



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



عليه
صلى الله عليه وسلم

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

الأثر

في الفقه الجعفري

تأليف

مجتهد عظيم الشأن العلامة السيد

الشيخ محمد كاظم الخراساني

الجزء ٢ - ١

مؤسسة الأعلم للطباعة

بغداد - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الارث فى الفقه الجعفرى

كاتب:

على كرباسى

نشرت فى الطباعة:

مؤسسه الاعلمى للمطبوعات

رقمى الناشر:

مركز القائمىة باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٦	الارث في الفقه الجعفرى
١٦	اشاره
١٦	المجلد ١
١٦	اشاره
٢٠	المقدمه
٢٠	اشاره
٢١	الاعراض
٢٣	الفرق بين الحق و الملك
٢٧	اقسام الحقوق
٢٩	حكم العين الموقوفه
٣٢	بيان حقيقه الوقف
٣٧	التصرفات غير المنافيه للخيار
٤٢	ارث الخيار
٤٣	ارث الزوجه للخيار
٤٦	الدين المستوعب
٥٠	ينتقل المال الى الورثه بمجرد الموت
٥٢	تعلق حق الديان بنحو الرهن
٥٤	الحج الواجب يخرج من الاصل
٥٥	في الوصيه بالمال
٥٨	اخراج الدين من الاصل
٦١	على الورثه ابراء ذمه الميت
٦٤	الواجبات البدنيه
٦٥	الحج الندبى يخرج من الثلث

٦٧	لو اختلف تقليد الميت مع الوارث
٧٠	في القتل العمدى
٧٢	التخليه
٧٥	الاراضى الخراجيه
٩٣	موانع الارث
٩٣	اشاره
٩٣	المانع الأول الكفر
٩٣	اشاره
٩٦	اولاد الكفار يتبعون آباءهم
١٠١	المرتد الفطرى و الملى
١٠٥	الرابع لو اسلم قبل القسمه
١٠٧	المسلمون يتوارثون بعضهم بعضا
١٠٩	المانع الثانى القتل
١١٢	المانع الثالث الرق
١١٥	المانع الرابع اللعان
١١٩	المانع الخامس الغيبه المتقطعه
١٢٢	القسم الاول: فى الوصايا
١٢٢	اشاره
١٢٥	الوصيه من المستحبات الاكيده
١٢٩	ليس للمرء الا ثلث ما يملك
١٣٢	الوصيه عهديه و تمليكه
١٣٤	تملك الهيئه الحاكمه
١٤٠	الوصيه من الاقاعات
١٤٦	التعليق فى الايقاع باطل
١٥٠	المسأله الاولى
١٥٠	الوصيه جائزه من الموصى

- ١٥٢ للوصى الرد فى حياه الموصى
- ١٥٦ المسأله الثانيه
- ١٥٦ لو مات الموصى له قبل الموصى
- ١٦٠ الوصيه التمليكيه من الواجب المعلق
- ١٦٢ ينتقل المال من الموصى له الى وراثته
- ١٦٣ المسأله الثالثه
- ١٦٣ ما يعتبر فى متعلق الوصيه
- ١٦٧ ان يكون متعلق الوصيه امرا مشروعا
- ١٧٠ فى الوصايا المبهمه
- ١٧٥ المسأله الرابعه
- ١٧٥ لو اوصى بما زاد على الثلث
- ١٧٩ ما يعتبر فى المجيز حال الاجازه
- ١٨١ المسأله الخامسه
- ١٨١ للموصى تعيين ثلثه فى أى عين شاء
- ١٨٤ المسأله السادسه
- ١٨٤ ما يعتبر فى الموصى
- ١٨٨ ان لا يكون الوصى قاتل نفسه
- ١٩٠ المسأله السابعه
- ١٩٠ ما يعتبر فى الوصى
- ١٩٢ المسأله الثامنه
- ١٩٢ ما يتعلق بالموصى له
- ١٩٨ المسأله التاسعه
- ١٩٨ ما يتعلق بالموصى به
- ٢٠٠ المسأله العاشره
- ٢٠٠ فى وجوب العمل بالوصيه
- ٢٠٤ المسأله الحاديه عشره

- ٢٠٤ فى الوصايا المتعدده
- ٢٠٧ المسأله الثانيه عشره
- ٢٠٧ تثبت الوصيه بشهاده عادلين
- ٢١٠ تثبت الوصيه فى شهاده اهل الكتاب
- ٢١٢ (المسأله الثالثه عشره)
- ٢١٢ الوصى أمين
- ٢١٤ قاعده على اليد
- ٢١٦ المسأله الرابعه عشره
- ٢١٦ للاب أو الجد للاب ان ينصب القيم
- ٢٢٠ قاعده الاقرار
- ٢٢٤ مدرك قاعده من ملك
- ٢٢٦ قبول قول ذى اليد لأحد المتداعيين
- ٢٢٨ بيان روايه مسعده بن صدقه
- ٢٢٩ الولايه
- ٢٢٩ ولايه الاب و الجد للاب
- ٢٣٢ عدم اعتبار المصلحه فى ولايه الاب و الجد
- ٢٣٣ تزويج الاب و الجد نافذ دون الطلاق
- ٢٣٦ ولايه الجد فى حياه الاب
- ٢٣٩ القرعه
- ٢٤٤ للاب ولايه على البالغه الرشيده
- ٢٤٥ لا ولايه للاب على الثيب
- ٢٥٠ لا يجوز التمتع بالبكر بدون إذن أبيها
- ٢٥٦ قاعده الغرور
- ٢٥٧ مدرك قاعده الغرور
- ٢٦٢ عقد الزواج الفضولى
- ٢٦٣ ولايه الحاكم الشرعى

- ٢٧٠ القضاء من وظائف الحاكم
- ٢٧٣ ولاية عدول المسلمين
- ٢٧٦ ولاية الحاكم الشرعى على الصغير
- ٢٧٨ ينعزل القيم بموت الحاكم الشرعى
- ٢٨٠ تأخر السفه و الجنون عن البلوغ
- ٢٨٢ فى المفقود عنها زوجها
- ٢٨٤ مفاد قاعدتى الضرر و الحرج
- ٢٨٨ ولاية الحاكم الشرعى على المفلس
- ٢٩٠ الولاية على الاوقاف العامه
- ٢٩١ فى مجهول المالك
- ٢٩١ اشاره
- ٢٩٦ فى التقاص
- ٢٩٦ اشاره
- ٢٩٩ للعين مراتب ثلاثه
- ٣٠١ فى التقاص من الوديعة
- ٣٠٤ جواز المقاصه بعد حكم الحاكم
- ٣٠٧ المال الذى لا وارث له
- ٣١٠ ادله التحليل
- ٣١٣ للحاكم الشرعى ولاية على اجبار الزوج على الطلاق
- ٣١٨ يجبر الزوج على الطلاق فيما لو امتنع من الانفاق
- ٣١٨ اشاره
- ٣١٩ «لا ضرر»
- ٣١٩ اشاره
- ٣٢٢ مفاد حديث لا ضرر
- ٣٢٥ موارد قاعده لا ضرر
- ٣٢٧ للزوجه ترك حقوق الزوج مع امتناعه من القيام بحقوقها ٢١٢

٣٢٨	حق الامام عليه السلام ٢١٣
٣٣١	الخاتمه
٣٣١	اشاره
٣٣١	العتق المعلق على الموت
٣٣٧	المريض محجور عليه
٣٤٢	الاخبار الداله على الخروج من الاصل
٣٤٥	الاخبار الداله على الخروج من الثلث
٣٤٧	اخبار منجزات المريض
٣٥٠	تعارض اخبار منجزات المريض
٣٥٢	لا تلازم بين الاقرار و المنجزات
٣٥٤	اقرار المريض بدين او منجز
٣٥٦	الاخبار الداله على اقرار المريض
٣٥٨	فهرس محتويات الجزء الاول من الكتاب
٣٦٩	المجلد ٢
٣٦٩	اشاره
٣٦٩	اشاره
٣٧١	القسم الثاني: فى المواريث
٣٧١	اشاره
٣٧٣	آيات المواريث
٣٧٧	بطلان التعصيب
٣٨١	موجبات الارث
٣٨١	اشاره
٣٨١	الاول السبب
٣٨١	اشاره
٣٨٢	حرمان الزوجه من الارض
٣٨٨	تعلق حق الزوجه بالماليه

- ٣٩١ لو تزوج المريض و مات قبل الدخول
- ٣٩٣ صحه طلاق المريض
- ٣٩٧ حرمة العمل بالقياس
- ٣٩٩ ميراث زواج الفضولى
- ٤٠٢ فعل الوكيل له جهتان
- ٤٠٤ العقد الفضولى
- ٤١٤ لو مات احد الزوجين قبل الدخول
- ٤٢١ الاخبار الداله على التنصيف فى موت الزوج
- ٤٢١ لو اشتبهت المطلقه من الرابع
- ٤٢٣ القسم الثانى فى الولا
- ٤٢٧ المؤمنون عند شروطهم
- ٤٣٣ شروط التبانى
- ٤٣٤ ولاء ضامن الجريه
- ٤٣٧ ولاء الامام
- ٤٤٠ الامر الثانى
- ٤٤٥ ما يعتبر فى النسب
- ٤٤٧ قاعده الاقرار
- ٤٤٧ اشاره
- ٤٥٠ طبقات الارث
- ٤٥٠ اشاره
- ٤٥٢ الطبقة الاولى: الأبوان و الأولاد
- ٤٥٣ الاولاد يرثون مع الابوين
- ٤٥٤ و كيف كان فيقع الكلام فى هذه الطبقة فى مسائل:
- ٤٥٤ الأولى: الأب المنفرد له المال كله
- ٤٥٤ المسأله الثانيه فى الحجب:
- ٤٥٨ القسم الثانى الذى يحجب و لا يرث:

- ٤٦١ (شرايط حجب الاخوه)
- ٤٦١ الاول العدد:
- ٤٦٢ الثانى: ان يكونا اخوين، أو اخا و اختين أو اربع اخوات من
- ٤٦٢ الثالث ان يكون الاب حيا:
- ٤٦٣ الرابع: ان لا يكون فى الاخوه احد الموانع:
- ٤٦٦ المسأله الثالثه فى الحمل
- ٤٦٧ تحديد أقصى مدته الحمل:
- ٤٧٤ المسأله الرابعه فى الحيوه
- ٤٨١ الرابعه فى المحبو:
- ٤٨٣ قاعده الالزام
- ٤٨٩ موارد قاعده الالزام
- ٥٠٥ قاعده الالزام تثبت حكما وضعيا
- ٥٠٦ الولايه شرط للصحه
- ٥٠٩ قيام طواف الوداع مقام طواف النساء
- ٥١١ وقوع العقد فى حال الأحرام
- ٥١٢ تحقيق فى حرمه الاعانه
- ٥١٤ بطلان الشرط المتأخر
- ٥١٧ الاسلام يجب ما قبله
- ٥٢١ المقدمات المفوته
- ٥٢٤ الخامسه فى اعيان الحيوه
- ٥٢٩ المسأله السادسه فى التعصيب (١)
- ٥٣٤ بطلان التعصيب
- ٥٤٠ قاعده من عليه الغرم فله الغنم
- ٥٤٣ موارد التعصيب
- ٥٤٦ المسأله السابعه فى العول
- ٥٥١ موارد العول

- ٥٥٦ ----- أدله القائلين بالعول:
- ٥٦٠ ----- تعقيب:
- ٥٦٣ ----- المسأله الثامنه
- ٥٦٤ ----- عله توفير سهم الرجل فى الميراث
- ٥٦٦ ----- فائده جعل النصف للبنث للواحد
- ٥٦٨ ----- ميراث الاولاد
- ٥٧٠ ----- ميراث اولاد الاولاد
- ٥٧٥ ----- كيفيه ميراث اولاد الاولاد
- ٥٨٢ ----- تفريعات
- ٥٨٢ ----- الفرع الأول:
- ٥٨٣ ----- الفرع الثانى ولد الزنا من الطرفين لا يرثه أبواه و من يتقرب بهما
- ٥٨٦ ----- الفرع الثالث:ولد الامه المشتركه الموطوءه فى طهر واحد او متعدد:
- ٥٨٩ ----- لو تبرأ من جريره ولده و ميراثه عند السلطان
- ٥٩٠ ----- الفرع الرابع:ديه الجنين
- ٥٩٣ ----- الفرع الخامس:
- ٥٩٥ ----- الفرع السادس:
- ٥٩٩ ----- الواسطه الخفيه
- ٦٠٠ ----- الفرع السابع:
- ٦٠٤ ----- لو قال بعتك نصف الدار
- ٦٠٦ ----- ميراث الحميل
- ٦٠٩ ----- المسأله التاسعه:فى ميراث الغرقى و المهذوم عليهم
- ٦١٥ ----- شروط ميراث الغرقى و المهذوم عليهم
- ٦٢٠ ----- المسأله العاشره:فى ميراث المجوس
- ٦٢٦ ----- الحاديه عشره:فى ميراث الخنثى
- ٦٣١ ----- ميراث الخنثى المشكل
- ٦٣٨ ----- ميراث من له رأسان

- ٦٤١ الطبقة الثانيه الاخوه و الاخوات و الجد الجده
- ٦٤٤ كلاله الابوين تمنع كلاله الاب
- ٦٤٥ ميراث الاخوه و الاجداد
- ٦٤٦ اجتماع الاخت لابوين مع كلاله الام
- ٦٤٩ اجتماع الاجداد للأب مع الاخوه للام
- ٦٥٢ فروع ميراث الاخوه و الاجداد
- ٦٥٢ الفرع الاول:
- ٦٥٣ الفرع الثاني:
- ٦٥٣ الفرع الثالث:
- ٦٥٤ الفرع الرابع:
- ٦٥٤ الفرع الخامس:
- ٦٥٤ الفرع السادس:
- ٦٥٤ الفرع السابع:
- ٦٥٥ الفرع الثامن:
- ٦٥٥ الفرع التاسع:
- ٦٥٥ الفرع العاشر:
- ٦٥٨ الفرع الحادى عشر:
- ٦٥٩ الفرع الثانى عشر:
- ٦٦١ الفرع الثالث عشر:
- ٦٦١ الفرع الرابع عشر:
- ٦٦٢ أولاد الاخوه يقومون مقام آبائهم
- ٦٦٨ الطبقة الثالثه الأعمام و العمات و الاخوال و الخالات
- ٦٦٩ ميراث الاعمام و الأخوال
- ٦٧٦ اجتماع الاعمام و الاخوال
- ٦٧٧ لا يرث الابعد مع وجود الاقرب
- ٦٧٨ ابن العم للأبوين يمنع العم للأب

٦٨١	اجتماع ابن العم للأبوين و عم للاب مع الخال
٦٨٣	أولاد العمومه و الخؤوله فانهم يقومون مقام آبائهم
٦٨٥	فروع ميراث الاعمام و الاخوال
٦٨٧	أولاد الاعمام و الاخوال
٦٨٧	دخول الزوج على الاخوال و الاعمام
٦٩٠	لو اجتمع للوارث سببان من نسب أو سبب
٦٩٢	محتويات الجزء الثاني من الكتاب
٧٠٢	تعريف مركز

الارث فى الفقه الجعفرى

اشاره

الارث فى الفقه الجعفرى

نويسنده: محمد ابراهيم بن على كرباسى

ناشر: مؤسسه الاعلمى للمطبوعات

نشر: بيروت - لبنان

تعداد جلد: ٢ ج

ص: ١

المجلد 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 راجي 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 ملك، 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 عمته 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 مجاناً لعدم امكان سلطنه الانسان على نفسه بالنحو الذى كان لطرفه عليه. بل ربما يقال بان ما فى ذمه الانسان لا يمكن ان يكون مملوكاً 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 لذه 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) (الوقوف بحسب ما يقفها اهلها)^(١) نعم وقع الاشكال فى وقف المنقطع هل ينتقل الى ورثه الطبقة الاخيره 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 القبيل 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 السابقة باثبات حقهم فيما لو ادعى بعض الورثه ان مورثهم وقف دارا عليهم و من بعدهم على نسلهم لأنه يكون حلف الطبقة السابقة بالنسبه الى اللاحقه من قبيل حلف لاثبات حق الغير بخلاف ما لو قلنا بكون التلقى من السابقة فان حلفهم يكفى لللاحقه من غير حاجه الى حلف جديد لأن ملكيه اللاحقه حينئذ من آثار ملكيه السابقة 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 ملك 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 منتقلة 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 دائميّه 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»^(١) 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 الرجعية 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 الرجعية 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 فى 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 فى بعض النصوص و لذا تقضى لو اخل بها الزوج مع تمكينها من نفسه، قل فى الرياض و تقضى نفقتها أى الزوجه دون نفقتهم أى الاقارب بلا خلاف فى ذلك.

ارث الخيار

و بالجمله كون الشىء 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 فى بقاء الموضوع، و بمقتضى الدليل المتقدم ان الحق بنفسه يورث و لو لم يورث المال مثلا فى 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 فى 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 أعمال 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 أعماله 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 مالکها 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.

فعليه 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 الملكية، فلا يعقل تعدد الملاك على المملوك الواحد بأن يكون لكل تمام السلطنة على الشيء الواحد ولذا يكون بالنسبة إلى الشيء الواحد تعدد الملاك يثبت الاشتراك. وفي المقام لما كان امر وحداني وضافه واحده لا يعقل أن تكون قائمه بالمتعدد فلا بد من أن يحصل فيها التجزئة. وحيث أنا بنينا على أن الخيار إنما هو حل العقد والأخذ بنحو الطريقه إلى ارجاع المال و جلبه فيتجزأ بحسب المال فيكون الخيار إلى كل بالنسبة إلى نصيبه وهو 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 إعمال الخيار في نصيب كل واحد مشروط باعمال الآخر لما هو مفروض أن الخيار واحد لمورثهم و عليه فلا بد من اتفاقهم على الفسخ و الاجازه لما عرفت من أن الخيار عباره عن حل العقد و فسخه بالنسبه إلى المال و انه طريق لجلبه فيتجزأ بمقدار تجزئته فيلحق لكل نصيب جزء منه و لكن مشروطا بانضمامه إلى الآخر. و الذي يمكن أن يقال انه لا معنى للشرطيه التي هي عباره 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 عبارته 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 فقليل: 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 فبالموت 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.

يحمل 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)^(١). 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 قيذا بهذه الموثقه بل لا يبعد تقييد هذه الموثقه بصحيحه ابن سنان^(٢) 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 الورثه بمجرد الموت

لكن الأحوط ان يكون برضا الديان ان أراد 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 الورثه 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 الورثه 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 الآيه 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 فى 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 فى 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 فى المعين و لكن لا يخفى ان الظاهر من الآيات و الأخبار الواردة فى الميراث هو انه بالموت ينتقل الى الورثه و ليس للمقيد ظهور فيما ادعاه الاستاذ. و مما ذكرنا من ظهور الأخبار و الآيات فى 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 فى 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(١) 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 التركة 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 للتركة.

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 كالدیون 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 وجب 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 وجب 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 ابي عبد الله (ع) انه سئل عن رجل اوصى بماله في 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 ابي سعيد عن ابي عبد الله (ع) عن رجل اوصى بعشرين درهما فى حجه قال يحج بها عنه رجل من موضع بلغه(٤) و ابي 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 النياه.

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 الالهم، 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 لكى 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 كمثل 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 أيبك دين فقضىته ينفعه ذلك؟ قالت نعم قال صلى الله عليه و آله: فدين الله أحق بالقضاء»^(١) 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»^(٢) 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 الحبو، 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 مراعه 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 الجهة 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 نفي الشيء هو نفي ملكيه الورثه لا- نفي 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 العمدي

و اما القتل عمدا ففي خبر ابي بصير عن ابي الحسن موسى ابن جعفر (ع) قال فان هو قتل عمدا و صالح أولياءه قاتله على الديه فعلى من الدين على اوليائه من الديه أو على امام المسلمين؟ فقال بل يؤدوا دينه من ديته التي صالحوا عليها أولياءه فانه أحق بديته من غيره (٣) مضافا الى ان الديه بدل النفس المضمونه على من ألتفها. هذا كله إذا صالح عليها أولياءه، و اما مع عدم المصالحة و مات القاتل بعد هربه تكون الديه 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 في الفقيه و التهذيب و في الوافي بطريقه عن علي 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 امرى 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 من خلصه 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 امرى 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: ٥٤

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 في حياته ملكا شرعيا فما ليس كذلك لا يدخل تحت ذلك العنوان كما شاع في 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 في المحل لكي يقابل به المال و دعوى كون ذلك من الشرط الضمني بتقريب انه قد جرت العاده في هذا العصر على أن من استأجر محلا من مالك لا يخرج 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 هي كلمه فارسيه معربها التخليه و هي عباره عن تنازل المستأجر الأول عما تحت يده من ايجار المحل الذي يشغله للآخر بمقدار من المال يتفق عليه الطرفان.

كما انه يستفاد من الآيات و الأخبار إن ما كان للميت من مال فهو لوارثه 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 فى 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 لا-ن 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 المجوزه 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 ببقاء الوقف مع زوال الآءار و لأجل ذلك ءرت السىره على ءربء اءكام الملكىه و الوقفىه مع زوال الآءار على الارض ءىء ءانء مشءوله بها. هءا ءله بالنسبه الى رقبه ارض الخراء و اما ما يأءذه السلءان باسم الخراء و المقاسمه و باسم الزءاه و ما يؤءء من ذلك من ءوائء. أو البىع و الشراء فلا اشءال 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 يضمونها 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 (1)، 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

الى غير ذلك من اخبار الباب خلافا للعامه حيث منع التوارث بينهما تمسكا بحديث لا توارث بين أهل ملتين (1) 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^(١) 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 لبس اليهوديه و النصرانيه و المجوسيه احب اليّ من لبس الزنا (٥) ممنوعه إذ الظاهر من الأخبار الخبث الباطنى لا- النجاسه الباطنيه كما يستفاد من قوله شرهم و انه لا يطهر الي 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 مالا 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 الاسرار.

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 يقتران 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 تعبدا 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 دلالة 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 ابعده 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»^(١) 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^(٢) 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؟ و جوه لا مجال للتمسك بادله مانعيه الكفر لكون المقام من التمسك بالعام بالشبهه المصادقيه، 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 متزلزا 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 الموردين 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 داخل في 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) الخبر(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 أبا (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 ديتة و يرث الرجل من مالها و ديتها 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 الديه و قد عرفت من النص و الفتوى ارثهما من الديه و دعوى ان الزوج و الزوجه لما لم يرثا من القصاص فينبغى عدم ارثهما من العوض فى غير محله بعد فرض انه بالمصالحه يندرج تحت عنوان الديه، كما ان دعوى انصراف الديه الى غير ذلك بعيده لا وجه للالتزام بها، اللهم إلا ان يقال انه بالنسبه الى القصاص مع مصالحه اولياء المقتول و اخذ عوض القصاص لا تكون ديه و إنما هو للاولياء اخذ العوض و الزوج او الزوجه اجنبيه عن ذلك لعدم كونهما من اولياء المقتول، و كونهما يستحقان من الديه لا يلزم استحقاقهما من عوض القصاص الا- ان الاجماع المنقول و المحصل و الاخبار الداله على ارث الزوج و الزوجه من عوض القصاص و ان لم يرثا من القصاص هو الحجه فى المقام(١). نعم لما كان اخوه الام و اخواتها لا يرثون من الديه شيئاً فلازمه عدم ارثهم لحق القصاص اذ لو كان لهم من القصاص كان لهم من الديه، على انه نقل عدم الخلاف كما عن السرائر ان كلاله الام لا ترث من الديه 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 الديه و كذا الزوجه.

موروثا للاجماع بقسميه المنقول و المحصل و للنصوص المستفيضه من غير فرق فين اقسام العبد بين القنّ و المدبر و غيرهما حتى المبعض 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 اذا 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 المستفيضه كخبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله (ع) قال كان امير المؤمنين يقول في الرجل الحر يموت و له أم مملوكه 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 الداله 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 لامكن 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 عدّ 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 أَحْيَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَ الْخَامِسَهُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَ يَذَرُونَهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ 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 اقر 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 جريه 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 مضمره 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 مضمره 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 سألت 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 كسيل 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 في البحر و ماتت المرأه فادعت ابنتها ان امها كانت صيرت هذه الدار لها و باعت اشقاصها منها و بقت في 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 مضي عشر سنين إلا ان الروايه ضعيفه لأن في طريقها سهل بن زياد فلذا لا- يعمل بها إلا- ما ينقل عن الاسكافي، و عن المفيد على ما يظهر من عبارتهما مع امكان حمل كلامهما على خلاف ذلك. و اما التحديد بربع 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 في نظر الشارع، فاذا حدد الشارع الغيبه المنقطعه بربع سنين بالنسبه الى الفروج ففي الأموال بطريق أولى، و لكن لا يخفى إن الأولويه لم تصل الى حد القطع لكى يؤخذ بها و إنما هي اولويه ظنيه لا تثبت حكما بل هي أشبه بالقياس «و السنه اذا قيست محق الدين». و اما الموثق المفقود يحبس ماله عن الورثه قدر ما يطلب في 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 الاكيد

و كيف كان فقد وقع الحث على محبوبيه الوصيه و أنها من المستحبات الاكيد 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 المواريث باطله لعدم المنافاه بين الآيتين لكى تكون آيه المواريث 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 المواريث 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 أبي 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 ورد 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 أضرت 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، ففى 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»^(١)، 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^(٢).

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 بالعهديه 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 تمليكيا 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 كالتزكاه للفقراء بناء على انه للتمليك كما هو ظاهر اللام في قوله تعالى: «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ» الآية،

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 للحكومه و انها تملك و ان كان فرق بين المقام و بين عنوان الحكومه، ففى المقام كلى ينطبق على افراده كعنوان الفقراء و العلماء فان كل فرد من الافراد يملك بعد القبض و الانطباق، و اما الحكومه 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 للحكومه 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 الحاكمه

مضافا الى ان تملك الهيئة الحاكمه لما كان أمرا معقولا و متصورا و ليس محذورا فى تملك الهيئة الحاكمه 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 الحاكمه فمع انها هى المالكه ليس قابله لاصدار المعاملات لذا يلزم مراجعه الحاكم الشرعى باخذ اجازة منه بالنسبه الى التصرفات التى تصدرها الهيئة الحاكمه و اما شخص الهيئة الحاكمه 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 الحاكمه أو لمن تنصبه تلك الهيئة الحاكمه.

و دعوى انه بناء على ان الهيئة الحاكمه 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 الْمَسْكِينِ» (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 طبعى 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 الاقاعات

الجهه الثانيه فى أن الوصيه من العقود أو من الاقاعات 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 وفاتى 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 كالعقود 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 ینظر 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، فکما 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 ممکن و واقع کالواجب المشروط فی التکلیفات على ما هو المشهور من ان الوجوب معلق على شیء کالحج، 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 المکاسب 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 کقوله ان شافانی الله فعبدی حر. انتهى...

و على کل 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

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 التملكيه 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» بل و الاجماع 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

ص: ١٣٥

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(1) 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(2) 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 وصايتها فمع بقاء الموصى على وصايتها 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 التملكيه 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 الكل على، و ان كان التملك 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 فى حال الحياه لا ملكيه من الموصى لا انشائه ولا- فعليه فلا- يكون مانعا و رافعا لتأثير الايجاب. و من هنا يعلم ان الرد فى المقام ليس كالرد فى الايجاب قبل القبول فى 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 الشىء فى 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 فى 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 فى شرائط العقد، و لكن لا يخفى أن المطابقه التى هى منوطه فى 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 لكى 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 في حياه الموصى و لم يرجع الموصى عن وصيته فهل يقوم وارثه مقامه في 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 بالثاني وفاقا للقاعده، و أما التفصيل فلا وجه له لأن الأغراض أجنبيه عن مقام الانشاءات و انما هي دواع لم تؤخذ في متعلقاتها من الملكيه المنشأه المعلقه على موت الموصى و انما هي لخصوص الموصى له، فمع انتفائه ينتفى. و بعد ذلك يقع الكلام في القولين الأولين فنقول ان مقتضى القاعده في هذا المقام عدم قيام الوارث مقام مورثه لما عرفت من انه في حياه الموصى لا ملكيه للعين أصلا لا فعليه و لا انشائه و انما هو انشاء الملكيه، فبالنسبه الى الموصى له لا علاقته له في ملكيه العين فيدخل في 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 في 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 فينبغى 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، مثلاً 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 ذبيها، و مع فرض عدم تحقق مقدمه الوجوب لذبيها مع عدم اتصاف ذبيها 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 مثلاً فيكون النذر فعلياً متحقق في الحال قد تعلق بأمر مقدور.

و دعوى انه يلزم التفكيك بين الانشاء و المنشأ ممنوعه، إذ نفس الانشاء ليس معلقاً لاستحاله التعليق في نفس الانشاء، و انما المنشأ معلق بمعنى ان الموصى قد أنشأ ملكاً للموصى له في المستقبل بأن يكون ظرف تملك المنشأ بعد موت الموصى، ففي حال الانشاء قد أنشأ ملكاً مطلقاً 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 كالحجج مثلاً فانه يكون وجوبه فعلياً في أشهر الحج قبل موسم الحج، فمع عدم رجوع الموصى عن وصيته مع التفاته الى موت الموصى له يحقق رضاؤه 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 مبني 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 حياه الموصى، و اما لو مات الموصى له بعد موت الموصى قبل رده، فبناء على كون الوصيه من العقود فحينئذ يكون حاله حال 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 التملكيه 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 الميت 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 المنشأ 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 الميت 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 يعتق على الموصى له و لم يعتق على ورثته بناء على كون التلقى من الموصى له فيعتق 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 لعمر و 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 لكى 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 مَوْصٍ 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 يردها الى المعروف بقوله تعالى (فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ 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 موصل جنفا الآية والظاهر هو الأول، إذ المراد بالنسخ هو التقييد. وهذا الذي ذكرناه من عدم جواز الوصية بما هو معصية لا يفرق بين كونه معصية واقعا أو معصية عند الموصى اليه، كما لو اجتهد أو قلد من يقول بأن النقل الى المشاهد المشرفة مع تحقق الفساد الطارئ على الميت غير مشروع مع ان الميت كان مجتهدا أو مقلدا لمن يرى جوازه، فان الوصى يرى ذلك معصية لا يجوز تنفيذ ما ذكره الموصى. و عليه فتكون الوصية في مثل هذا الفرض بلا وصى فهل للحاكم التصدى واعطاء السلطه لمن يقوم بتلك الشؤون؟ الظاهر ذلك اذا كانت الوصية بنحو تعدد المطلوب وبدونه ليس للحاكم التصدى لانتفاء الوصية، و اما لو انعكس الأمر بأن كان عند الموصى محرما وليس 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 معصية فلا يصح انشاؤه، ان كان قصد الايذاء و الانشاء قريبا لعدم تمشى قصد القرية و ان لم يكن القصد ذلك بل كان لداع آخر فلا مانع منه.

ان يكون متعلق الوصية امرا مشروعا

و يترتب على ما ذكرناه من ان يكون متعلق الوصية امرا مشروعا سائغا بطلان من اوصى بتغسيه و تكفينه و دفنه لغير الولي مع منع الولي له لعدم مشروعيتها فلا يجوز قيام الوصى به لكونه معصية، و لكن لا يخفى انا نمنع عدم مشروعيتها بعد تعلق الوصية فيكون غير مشروع في نفسه لو لا- الوصية، فبالوصية ينقلب ذلك العنوان و يكون من قبيل العناوين الثانويه الطارئة 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 الشيثين كاحد العبدین او احد الدارين، و ثالثه ان يوصى بكلی سواء كان فى الذمه كما لو اوصى بصاع من الحنطه او كلی فى 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 الموصى 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،

فى الوصايا المبهمه

و اما لو اوصى بحصه مشاعه غير مشخصه كما لو اوصى بجزء او سهم او بشىء 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 الموصى اليهما امر التعيين اما نصا او من جهه كونهما المخاطبين بذلك. نعم يمكن ان يقال فى مثل الجزء و السهم و الشىء ان لها معان شرعيه و ان اختلف فى تعيين معنى الجزء هل هو العشر او السبع و منشأ اختلاف الروايات و اما السهم بمعنى الثمن و الشىء بالسدس، اما الجزء فقد وردت عدده روايات بان المراد به العشر كما فى الكافى عن عبد الله بن سنان عن عبد الرحمن ابن سيابه ان امرأه اوصت الى و قالت ثلثى يقضى به دينى و جزء منه لفلان، فسألت عن ذلك ابن ابى 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 ابى ليلى فقال كذب ابن ابى 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 قلتم الربع؟ قال لقوله تعالى: (فَاُخِذْ مِنْ الطَّيْرِ فَصَيْرُ رُهْنٍ إِلَيْكَ ثُمَّ اجْعَلْ عَلَيَّ كُفْلًا جَبَلًا 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 وَ الْمَسَاكِينِ الْآيَةِ) (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 الفتاويه 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 الْآيَه) 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 فى كتاب علي من سته(١)، فهذه الاخبار كلها تدل على وجود معان شرعيه لتلك الالفاظ المبهمه فلا بد من حملها على تلك المعانى، 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 فى 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 شرعيه 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

الى الالفاظ المبهمه لذا يقتصر على المتيقن من تلك الالفاظ فلا يشمل مثل جزء الجزء او جزء الشيء او السهم و ان احتمال 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 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 اجازة الورثه، و لو امضوه فى حياتهم 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 اجاره الوقف بموت البطن السابق بخلاف ما لو آجر داره مده تزيد على حياته فان العين تنتقل الى الوارث مسلوبه المنفعه، و الاجاره 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 ماليتة 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 المالىه، 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 المالىه و تردد بين الاقل و الاكثر فان الروايه لا تشمل بل يصرّف مقدار المالىه 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

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ٦١ اذا نسي الموصى بعض مصارف الوصيه

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 بوجوب 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 السادسه

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 الجنيـد لروايه الحسن بن راشد عن الحسن العسكـرى (ع) اذا بلغ ثمان سنين فـجائز 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 المقيد 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»: الرشـد فلا تصح وصيه السفـيه فى ماله و تصح فى غير ماله كما هو المشهور لأدله الحجر بكونه ممنوعا من التصرف فى أمواله و الايـصاء 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 أجازه فهو له جائز(١) و هذا 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 ابى 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 الايضاء 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 بَجَهَالِهِ فَتُضَيَّبُوا 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 لتملكه، و لا يرد النقض بمثل تملك البطن اللاحق فى الوقف فانما هو بملاحظه البطن الموجود، فتملك 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 بالتدرىج 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 فى 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 فى خبر آخر عن الصادق عليه السلام قال: لو ان رجلا- أوصى إلى ان أضع فى يهودى أو نصرانى لوضعت فيهم(٢)، و هذه الروايات هى مطلقه تشمل الحربى و الذمى فلا وجه لتخصيصها بالذمى. و دعوى ان الحربى هو و ماله فىء 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 فى نفسه و ماله. و أما انه لا يملك فهو ممنوع، فان الحربى لا اشكال فى 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 تقديمه لأدله الوصيه على ما دل على جواز التغلب عليه أما لحكومتها أو ترجيحها لها باستدلال الرضا (ع) فى 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 تجددده من الزنا أو من شبهه بأن تمكن نفسها من أجنبى بطن انه زوجها فمدفوع إذ احتمال الزنا مندفع بظهور حال المسلم من عدم اقدامه 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 انفصاله حيا فمع عدم انفصاله حيا بأن انفصل ميتا و لو بالجنايه بطلت الوصيه له لعدم صلاحيته للتملك. و هل انفصاله حيا يكشف عن تحقق الملكيه من حين وفاه الموصى؟ أو ملكيته تتحقق بعد انفصاله حيا، و لا يبعد دعوى ان انفصاله حيا يكشف عن تحقق الملكيه من حين وفاه الموصى و تظهر الثمره فى النماء المتخلل بين موت الموصى و انفصاله 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 الموارد بنحو لا يزىء منه شىء أو ىنقص؁ فعلىه لا ىجوز للوصى اءء آءره عمله آىء انه على هذا التقءىر ان الوصى قء أقءم على كون عمله من التبرع؁ فلو اءء آءره آىئء فىلزم اما الزىاءه أو النقصان فى متعلق الوصىه و هو آىر آائز لانه تبءىل فى الوصىه فىقع آءق قوله تعالى: «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ...»

الآىه»(١). و اما لو كان قابلا للزىاءه و النقصان فىجوز للوصى اءء الأءره فىما لم يعىن و لم ىشءرء التبرع لكون عمله مآءرما فله ان يأءء الأءره بالمعروف اذا كان فقىرا لقوله تعالى: «وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ». و المراد بالمعروف هو الاكل قءر الكفاىه من آىر اسراف؁ و اما اذا كان آنىا فالأءوط الآءب لقوله تعالى: «وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ»(٢).

المسأله العاشره

فى آوب العمل بالوصىه

فى آوب العمل بالوصىه: لا ىآفى ان الوصىه بعء آآقها و عءم الرء من الوصى ىآب العمل بها و هى آكون على انآاء تاره ىذكر الموصى آهات الصرف فان و فى الآآ بما اوصى لزم العمل بها و ان لم ىف الآآ فان كان الموصى بها من الواآبات المالىه؁ و قء علم باشتغال الءمه بها اءءت الآتمه من اصل المال لما عرفت من آروج الواآبات المالىه من اصل المال و لو لم ىوص بها؁ و ان لم ىعلم اشتغال الءمه فلا ىجوز اءء الآتمه من اصل المال بل ىتوقف على آآزه الورآه؁ 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 وكيلى 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 متلفه 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 سليما مع وصيته سابقا او لاحقا فمع عدم اجازته الورثه فلا تصح لمخالفتها للمقصود ممنوعه، إذ لا سبيل الى ذلك لعدم المانع من نفوذ الوصيه بقدر ما يسعه من الثلث على أى تقدير بل تنفذ الوصيه حتى فيما اذا لم يوص بالثلث اصلا، كما ان دعوى ان الوصيه المفروضه مخالفه للشرع و ان لم تكن زائده على الثلث محل منع إذ الظاهر نفوذها بقدر ما يسعه من الثلث لعدم اثر لقصد لوقوعه لاغيا فقد اطلق الشيخ (قده) فى الجواهر نفوذ الوصيه و ان قصد انها من الأصل.

و بالجملة ان المعتبر فى نفوذ الوصيه غير المتوقفه على اجازته الورثه ان لا تكون زائده على الثلث، ففى كل مورد كان الموصى به أقل أو اكثر من الثلث او مساويا له يكون نافذا كان قصده فى أى نحو حصل فى امواله، و اما لو اوصى بما زاد على الثلث او بتمام تركته و لم يعلم كونها فى واجب حتى تنفذ من الأصل اولا- حتى يتوقف على اجازته الورثه فهل الاصل يقتضى نفوذ الوصيه الا- اذا ثبت عدم كونها فى واجب او عدم نفوذها الا اذا ثبت كونها فى واجب؟ وجهان، قيل بالأول تمسكا باطلاقات الوصيه كروايه عمار بن موسى عن ابي عبد الله (ع) قال الرجل احق بماله ما دام فيه الروح ان اوصى به كله فهو جائز(١) و نحوه اخبار اخر تدل على نفوذ الوصيه بالمال كله و لكن لا يخفى انها قيدت بما دل على عدم الوصايه بما زاد على الثلث فلا يؤخذ باطلاق تلك الاخبار و لذا السيد فى العروه قال بعدم النفوذ ما نصه (لكن الاظهر الثانى لان مقتضى ما دل على عدم صحتها اذا كانت أزيد من ذلك

ص: ١٨٧

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٠ ان من أوصى باكثر 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 صوره 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

تثبت الوصيه بشهاده عادلين

تثبت الوصيه بشهاده عدلين و بالشياع 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 الايصاء 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 الايصاء 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 بشهادة 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 أَحَدُكُمْ 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 أَرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْأَثِمِينَ فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَآخَرَانِ 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 مقيدة باهل الكتاب و بخصوص الوصيه التمليكيه 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 استفاده 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 اقره دون ما لم يقر.

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

(المسأله الثالثه عشره)

الوصى أمين

فى ان الوصى امين لا يضمن مع التلف اذا لم يكن عن تفريط و تعدد لكونه محسنا و ليس على المحسنين من سبيل، و يخرج من عموم (على اليد ما اخذت حتى تؤدى) (١) 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 منافعها 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 المبنية على الرد فلا تشمل يد الامين المبنية 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 فذكروا 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 ابي 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(1)، 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 انزاله بالخيانه بل يضمن و يقوم بما اوصى(1). و قال شيخنا فى الجواهر: ان هذه الروايه فيها ايماء على عدم انزال الوصى بالخيانه و لكن لا يخفى ان ذلك مبنى على قراءه يجعل مبنى للمعلوم فلو قرء للمجهول فلا دلالة له على عدم الانزال مضافا الى ان ضمانه لعله لجهله بالموضوع فهو لا يوجب الانزال.

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

المسأله 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 أخراج 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 موجه لطرح الروايه اذ

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

(خذ بما اشتهر بين اصحابك) (١). اللهم إلا ان يقال ان الشهره فى 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- ينعزل و لو طلب ان ينعزل 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 بالعهده بعد مضي العده فانه لا يقبل قوله لعدم كونه بعد العده مالكا للرجوع و يكون من باب

المدعى والمنكر، وفي 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 وكيلا على قبض ثمن المبيع فلو أقر بالقبض ثم تلف فانه يقبل قوله لكونه أمينا و ليس من باب قاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به لعدم كونه مالكا بالفعل للقبض، و كذا بالنسبه الى قبض الدين لو كان وكيلا 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 الأعاظم 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 أمينا 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 عبدا 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 الشئ يعم الأعيان و الأفعال و هو محل منع إذ المراد من الملكيه هي سلطنه الفعليه و الشئ يراد به نفس الأفعال إذ لا معنى لملك الاقرار بالعين الخارجيه فان معنى ملك الاقرار هو اثبات الشئ و جعله قارا كما هو معناه اللغوي فذلك لا يلائم العين الخارجيه فينحصر الشئ 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 الشرطيه 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 يكفي في سقوط ذلك الالتزام احتمال الصحه الا ان يقال ان دليل نفوذ الاقرار يقتضى ذلك الا ان ذلك محل نظر لعدم العموم في 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 ببيع 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 في 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 في 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 الالزامى من لوازم المدلول المطابقى فنفيه يوجب نفى المدلول الالزامى 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(1) 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 استنباه تنزيلا بمعنى ان الاستنباه التى فى الروايه اخذت بمعناها اللغوى و يكون الشارع قد امضاها و بذلك تكون استنباه تنزيلا و قد رتب عليها آثارها الخاصه التى منها تقديم خبر ذى اليد على الاستصحاب لجعله يقين تنزيلى و هذا الذى ذكرنا اولى من دعوى ان الاستنباه فى الروايه اعم من الاستنباه الواقعيه و التعبيديه حيث ان لايزمه ان يكون عطف البينه على الاستنباه 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 منحصر 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 لحجته 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 تدريجيه 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 العدالة 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 العدالة 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 (١) 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 الوارده فى تقويم جاريه ولد الصغار و يصنع بها ما يشاء و الوارده بالاتجار بمال الطفل، بل الاخبار الوارده 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 الصورتين 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 فى ولايه الاب و الجد

و هكذا فى تزويج الولي الاجبارى للصغيرين فى عدم اعتبار المصلحه لاطلاق الأدله، و دعوى الفرق بين ولايه الاب فى النكاح و بين ولايته فى المال فى غير محله لاطلاق الأدله فى المقامين كما يظهر للمتتبع فى 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 فى العروه بالثانى تبعا لصاحب الجواهر بتقريب ان الواقع فى 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 فى الصداق ضرر يقتضى خروجه عن دليل الولاية فيندفع ذلك بالرجوع الى مهر المثل و لا يقاس المقام بعقد الفضولى فان المقتضى للصحة هو الاجازة فهى 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 فى الصداق يوجب تعنون النكاح بانه ضررى كما فى الرياء فى 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 حكومه ادله نفى 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 ايجوز 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 الجاريه الصغيره يزوجه ابوها لها امر اذا بلغت؟ قال (ع) لا ليس لها امر مع ايها (٢) الى غير ذلك من الاخبار الداله على ان تزويجهما لو كان من الولي 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 و غيره 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 ابنة و كان ابوها حيا و كان الجد مرضيا جاز(1) فانه يدل بالدلالة المفهومية على عدم ولاية الجد مع فقد الاب الا- ان ذلك مبنى على حجية مفهوم الوصف و قد ذكر في محله عدم حجيته خصوصا في مثل ما يمكن حمله لبيان تحقق الموضوع كمثل قوله تعالى: (لا تُكْرَهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَى الْبُغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا) (2) بقرينه ذيل الرواية من قوله فان هوى ابوها الجارية و هوى الجد الى ان قال (ع) احب ان ترضى بقول الجد، و قيل بالثاني استنادا الى ان الجد 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 يزوجها 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 البقرة آيه ٢٣٧.
- ٤- (٤) الوسائل كتاب النكاح باب ٨ انه لا ولاية للوصى في عقد الصغيره و انه يستحب للمرأة ان توكل أختها 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 كل منهما بالولاية و لا یلزم الاشتراك و لا الاستیذان من الآخر فایهما سبق لم یبق محل للآخر، فتصحیح عقد كل 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 فیحتاج احراز شرط نفوذ عقد كل 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 فیحكم بتقدمه علیه ممنوعه لعدم ظهور ذلك من الاخبار لما عرفت من عدم احراز الشرط فی كل منهما لکی یصح نفوذ عقده و الاصل الجاری لا یصلح لاثبات كونها خلیه الی حین العقد بالنسبه الی كل منهما، فیرجع فی تعیین احد العقدین الی القرعه.

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

فنعول فى بيانها ان مدركها من الكتاب قوله تعالى: (فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ) (١) و قوله تعالى: (وَ مَا كُنْتُمْ لَدَيْهِمْ إِذْ يُتْلَىٰ أُولَٰئِكَ يُرْمَوْنَ بِالْحِجَابِ رُءُوسُهُمْ فِي الْغَيْظِ مِنَ اللَّهِ لِيَذَرَ الْكٰفِرِينَ) (٢)، و من الأخبار فروايه محمد بن الحكم قال سألت ابا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن شىء فقال لى:

كل مجهول ففيه 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 بجريان 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 مورده 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 وان خرج (ملصق) كان على منزلته فيهم لا نسب له ولا حلف و ان خرج شيء سوى هذا مما يعملون به (نعم) عملوا به و إن (لا) أخروه عاقبهم ذلك حتى يأتوا به مره أخرى ينتهون في 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 التي هي ايكال الأمر الى الله تعالى و اطاعته له الى ما هو من الشرك الباطل على ان الآيه الشريفه في 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 فَسُقٌ) (١) و كان فى الجاهليه إذا اجذبت سنه فالأغنياء من العشيره يشترون جزورا و يجزؤنه 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

و بالجمله هذه الجملة 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 أولاً. قيل: بالثانى لأنهما ليسا ابا و جد 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.

للاب و لايه على البالغه الرشيد

الرابعه لا- و لايه للاب و الجد للاب 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 املكك 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- (٢١) 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 الترويح بغير الولي حديث ٥ ص ٣٩٢ ج ٥

اخبار آخر فانها غير صالحه للمعارضه لعدم حجيتها. و اما البكر الرشيديه فقد اختلفوا فى ثبوت الولايه 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 الجاريه الصغيره يزوجه 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 ولايه للاب على الثيب

و صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) لا تستأمر الجاريه 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 تثيب(٣) الى غير ذلك من الاخبار التى استقصاها شيخنا الاعظم الى ثلاثه و عشرين روايه داله على استمرار ولايه الاب على البالغه الرشيديه الباكراه 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 استيثار البكر و من يجب عليه استيثارها 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 الولايه للأب و الجد.
- ٢- (٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٤ ان البكر البالغه الرشيديه التى ليس لها اب امرها بيدها.
- ٣- (٣) الوسائل كتاب النكاح باب ٣ انه لا ولايه 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 التذكره 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 الرشيديه 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 الأبنكار الا بأذن آباءهن (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 النقص 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 الاستحباب

لا يجوز التمتع بالبكر بدون إذن أبيها

الا- انك قد عرفت ان اخبار التمتع بالبكر متعارضه و اما خير سعدان غير صالح للحجيه و لا للترجيح على ان في المسالك و كشف اللثام و الجواهر وليها عوض ابيها فيكون مفاده استقلالها مقيده بغير الاب و على كل المسأله مشكله فلذا الاحوط الاستئذان 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 الوطء من وثبه و نحوها، و اخرى كانت بنحو الزنا أو الشبهه، اما إذا كانت بنحو الوثبه فحكمها حكم البكر كما في الجواهر و المسالك و غيرهما لعدم شمول النصوص الداله على استثناء الثيب لعدم صدق الثيبه على مثل ذلك و اما إذا كان بنحو الزنا او الشبهه فقد يقال بالحاقها بالبكر كما في العروه (و لا يبعد اللاحق بدعوى ان المتبادر من البكر من لم تتزوج) بناء على ان المستفاد من النصوص هو التزويج لا على الثيبه 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 الرشیده 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 الآخرة 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 الجعل 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 علتته 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 الفرقه 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 غرهم 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 خسر 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 ابنها 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»⁽¹⁾ 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 الولي 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 الشرعى 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 كانبيا 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 و ٤) 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- (٥) الوسائل كتاب القضاء باب وجوب العمل باحاديث النبى (ص) و الأئمه (ع) فى الكتب الاربعه.
 - ٥- (٦) 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 يستفاد 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 يستفاد

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 حالنا 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) سوره النساء آيه ٦٥.

٢- (٢) سوره النساء آيه ٥٩.

٣- (٣) سوره 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 للقاضي. 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 الحسينيه 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 زرار (٢).

ص: ٢٦٠

١- (١) الوسائل كتاب النكاح باب ١٢ ان الصغير ذكرنا 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 الولايه على امواله دون النكاح اجماعا، و المفقود عنها زوجها للحاكم الشرعى الولايه على الطلاق دون المال، كما ان دعوى ان المستفاد من قوله ان السلطان ولى من لا ولى له هو عموم الولايه حتى فى التزويج ممنوعه، إذ دلالتها محل منع، فان الولايه انما تثبت بما هو مشروع فى الخارج و معروف يطلب وجوده، و ليس لدليل الولايه صلاحيه للتشريع مضافا الى الروايه المتقدمه فانها تثبت الولايه فى الجمله لا على نحو الاطلاق، على انه لو قلنا بالعموم لشمع 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 ولايه ما عدى الاب و الجد مطلقا سلطانا او غيره، و المرسل مفاده هو ان السلطان له ولايه على النكاح و غيره فحينئذ تقع المعارضه بينهما فى مورد الاجتماع، و لا يخفى ان المعتبره اقوى من المرسل فتقدم المعتبره على المرسل.

ولايه الحاكم الشرعى على الصغير

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

(وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) الآيه (1).

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،

ينعزل 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 ينعزل 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 فينعزل المنصوب من قبله، و دعوى انه لا ينعزل

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 الولاية 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 الولاية 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 الولاية 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)^(١). 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 اطلاقيا 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 اى التزويج الى الحاكم الشرعى؟ وجهان الاحوط لو لم يكن الأقوى مراجعه الحاكم الشرعى إذ الآيه الشريفه (فان انستم

ص: ٢٦٥

١- (١) التهذيب كتاب النكاح باب ٣٢ عقد المرأه على نفسها النكاح حديث ١ ج ٧ و فى الاستبصار باب ١١ ان الثيب 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: الولايه 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 الولايه 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 الحسيه التى يكون مطلوبا و مرغوبا شرعا ايجادها. و اما التصرف فى مال الغائب مطلقا و لو كان للاسترباح فليس له الولايه لعدم الولايه 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 المنفعه 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 المرأه 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.

فى 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 لزوجه 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 الاصحاح، 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 ابدأ حتى يأتيها موته او يأتيها طلاق و ان لم تعلم اين هو من الارض و لم يأتيها منه كتاب و لا خير فانها تأتي الامام فيأمرها ان تنتظر اربع سنين فيطلب فى الارض فان لم يجد له

اثر حتى تمضى اربع سنين أمرها ان تعتد اربعه اشهر و عشرا، ثم تحل للأزواج، فان قدم زوجها بعد ما تنقضى عدتها فليس له عليها رجعه، و ان قدم و هى فى عدتها اربعه 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 المناط 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 عده 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 الحسيه التى يطلب وجودها فى الخارج مضافا الى قاعدتى الضرر و الحرج (١) لو لم

ص: ٢٦٩

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 قاعدتي 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 تملك 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 الملكيه لهم، و اذا عين الواقف متوليا فهو من باب التوليه لا الولاية و سيأتي ان شاء تعالى بيان الفرق، و هكذا لو ذكر المالك فى الوقف العام متوليا فانه ايضا من التوليه لا الولاية، و مع عدم ذكره فى الوقف العام متوليا يقوم الحاكم الشرعى بالتصرف على وجه الوقف بالولاية لثبوته له. ذلك من جعل الولاية من الامام لأنه مما يرجع اليه كما يجوز له اعطاء التوليه 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 مالکها 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 مالکة 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: ٢٧٦

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 بالسنة 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 الالحراز 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 بالضممان 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 المقتص 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 الواقعه 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 التعين بيد المدين و ليس ولايه التعين بيد الدائن، و فى المقاصه جعل الشارع ولايه التعين 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 وليا 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 الأقتصاص و لم يقتص بأن كان عنده مودعا ما يكون قيمته مأتى درهم و يطلب مقدار مائه درهم فيحتاج الى بيعه في الأقتصاص ثم تلف قبل الأقتصاص 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 الأقتصاص 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 الزماني 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 في 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 بالايمن و البيئات (1) هو ذلك و انما هو حكم ظاهري يترتب عليه آثار الواقع بحسب الظاهر و لا- يرتفع الحكم الواقعي 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 ابي يعفور عن ابي 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 الدعوى ج ٣ الطبعه القديمه و في التهذيب كتاب القضاء باب ٨٩ كيفيه الحكم و القضاء حديث ٣ ص ٢٢٩ ج ٦ الطبعه 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 المدين بيده، و اما لو ادعى على زيد بدين و هو يقول لا ادرى بانى مدين فمع علم الدائن يجوز المقاصه من مال المدين لو وقع فى يده. و اما مع احتمال الوفاء يشكل المقاصه من مال المدين، كما ان ظاهر الاخبار ان الذى يقع المال فى يد الدائن اذا كان مختصا للمدين، فلو وقع مال مشترك بين المدين و الغير فلا تجوز المقاصه منه إلا باذن الشريك لحرمة التصرف بمال الغير من دون رضاه، و ليس مثلما لو زاد حق المدين 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 مدينا لا يجوز المقاصه منه لو وقع ماله بيد الدائن، و ربما يقال بانه لو تذكر يجحد كونه مدينا ايضا لا تجوز المقاصه منه لعدم صدق الجحود مع نسيانه للمدين كما ان الجحود لا يصدق اذا كان الحياء او الخوف مانعا لمطالبه الدائن او كان المدين غائبا لا يعلم جحوده فان جميع ذلك لا تجوز المقاصه من مال المدين، 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 عمن 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 الجريره 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 ركبتيه و بعد سؤاله قال (ع) يا نجيء 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 بظاهرها لاعراض الاصحاب عن ظاهرها 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 سأله 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 الملائكة 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 الملائكة 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 الملكية او بنحو الولاية و الولاية اعطاء سلطنة على اموال العباد و الامام (ع) حسب ما عرفت له سلطنة على النفوس و على الاموال، و قد استفدنا من الأدله اى من المقبوله و المشهوره و غيرهما هو اعطاء سلطنة 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.

للحاكم الشرعى ولاية على اجبار الزوج على الطلاق

الحادى عشر: للحاكم 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(١) 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 اثرا 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- سبيل لها ان تتزوج ما انفق عليها(٢) ، 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 الزیادات 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 العن 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

فنبول ان استفدنا الحكم الكلى من تحقق ولايه الحاكم الشرعى على اجراء الطلاق لتحقق 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 وطئهما او وطىء 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 (فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ 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 وطئها اربعه اشهر و لكن لا يخفى ان العن 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 العن 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 بقية 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 تشمله

تلك القاعده لا- من جهه كون العدم غير قابل للجعل لكى يقال بامكان جعله فى مرحله بقاءه 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 غاية 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 الشرعية 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 القاعدة 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 القاعدة 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 الشىء و قضى (ص) بين اهل البادية 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 تقريرات 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 اشتراؤه، 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 وَبِمَا 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 يرد من المعاوضه الأعم منهما و لكن الأعميه لو سلمت فانها بالنسبه الى القواميه، بنحو الحكمه لا العله، على انه لو استفدنا العليه كما هو ليس ببعيد لمكان باء السبيه 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 الحكمة 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 بالجمله المعاوضه لو سلمت فانما هي بين الانفاق و التمكين، و اما بالنسبه الى القواميه التي هي سنخ من الولايه فانما أخذت النفقه فيها بنحو الحكمة 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: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ 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 بالتخيير 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 ابي 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 القدره عليه بنفس الاشتراط فلا مانع من اشتراط ما كان من هذا القبيل لحصول القدره 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)

للشبهه المصدقيه 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 عبدى بعد وفاتى أو اجعل مالى صدقه بعد وفاتى 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 المعاوضات غير المشتمله على المحاباه كاليبيع بثمان المثل، و الاجره بالثمن 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 الراجع.

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 الحكمة 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 يطراً 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 المطلقيه 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 التعليقى و لكن لا يخفى ان المقام ليس منهما. و بيان ذلك يحتاج الى ذكر الشك في المقتضى و الاستصحاب التعليقى 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 الولايه 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 مرزم عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله (ع) في الرجل يعطى الشيء من ماله في مرضه قال (ع): «اذا 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 يضيع 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 الكافي 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»^(١) 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»^(٢) 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»^٣.

الاجبار الداله على الخروج من الثلث

و اما ما استدل 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- (٢ و ٣) 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- (٣و٢) 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 دلالة 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 بالصرحة 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 و حسنه 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 الورثه أو كان مال الورثه اكثر 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 ينتجز 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 لأمرأته 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»^(١) 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^(٢) 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 سنداً مضافاً إلى أن أخبار الثلث موافقه للعامه فان اجماع العامه على خروج منجزات المريض من الثلث فيلزم طرحها لموافقتها 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 أجنبه عن منجزات المريض فان المراد من المنجز هو إنشاء تمليك 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 في المنجزات فهذا التفصيل و اما في 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 في الصدق و يقوى معه احتمال الكذب فيه لدواعي من الدواعي فيسقط عن الطريقه و ليس هذا يجرى في المنجزات فان المنجز ينشأ من أسباب و تلك الاسباب لا يفرق فيها بين التهمه و بين غيرها إلا أن الشأن في 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 مورد 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 في منجزات المريض فلا تغفل.

اقرار المريض بدين او منجز

بقى الكلام في 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 الذي 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 كاقاراه 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 فمن الثلث.
 - ٢- (٢) التهذيب كتاب الوصايا باب ٥ الاقرار فى المرض حديث ٧ ج ٩.
 - ٣- (٣ و ٤ و ٥) 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 أبى ولاد سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مريض أقر 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 وبعضها مقيده بالعدل وبعضها بالمرضى وبعضها بالثقه وبعضها بالمصدقه وبعضها بالملى والمراد به هو الملاءه وهى الوثاقه كما فى الصحاح. وهذه الاشياء المختلفه مرجعها الى التهمه وحينئذ بعد حمل بعضها على بعض يتم الجمع بأن الاقرار مع التهمه يخرج من الثلث ومع عدم التهمه يخرج من الاصل وهذا هو الموافق للمشهور. و عليه فالاقوى فى مسأله الاقرار هو التفصيل بين التهمه وعدم التهمه وفى المنجزات بالخروج من الاصل من غير فرق بين التهمه وعدم التهمه. نعم ربما يقال بانه مع التهمه لا يستفاد من الاخبار خروجها من الثلث بل يستفاد سقوطها ولكن 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 والمنجزات وبذلك يتم الجزء الأول من الكتاب و يليه الجزء الثانى فى الموارىث والحمد لله أولا و آخرا.

ص: ٣٤٢

١- (١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٦ صححه الاقرار للوارث وغيره 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

ففي التقاص ٢٨١

للعين مراتب ثلاثة ٢٨٤

ففي التقاص من الوديعة ٢٨٦

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

الارث فى الفقه الجعفرى

نويسنده: محمد ابراهيم بن على كرباسى

ناشر: مؤسسه الاعلمى للمطبوعات

نشر: بيروت - لبنان

تعداد جلد: ٢ ج

ص: ١

الارث في الفقه الجعفري

نويسنده: محمد ابراهيم بن علي كرباسي

ص: ٢

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد سيد المرسلين و آله الطاهرين المعصومين.

القسم الثاني: في الموارث

اشاره

ص: ٣

المواريث جمع ميراث، والميراث مفعال من الارث و يأؤه مقلوبه من الواو او من الورث، قال في مجمع البحرين: (و هو على الاول على ما قيل استحقاق انسان بموت آخر بنسب أو سبب شيئاً بالاصاله و على الثاني ما يستحقه انسان الى آخره بحذف الشىء، و أورثه ابوه مالا جعله ميراثاً) انتهى. و بعضهم عبر عن كتاب المواريث بالفرائض جمع فريضه من الفرض بمعنى التقدير و القطع،

آيات المواريث

و منه قوله تعالى فى سورة النساء آيه ٧: (نصيباً مفروضاً) و التعبير بالمواريث اولى من الفرائض لانه اعم إن أريد منها الفرائض المذكوره فى الكتاب العزيز.

و كيف كان فقد وردت الاخبار المستفيضه عن تعلم الفرائض و تعليمها و انها نصف العلم مع شده حاجه الناس اليها و لا حاجه لذكر الأدله الداله على أصل الميراث بعد كونه من اجماع المسلمين، بل الضروره من الدين قال الله تعالى (وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ (١) مِمَّا تَرَكَ

الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانَكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيْبَهُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا).

وقوله تعالى في سورة النساء آية ٧. (لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا) وقوله تعالى في سورة الأحزاب آية ٦ (وَأُولُوا

ص:٦

الْأَرْحَامِ ابْعُضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا) وقوله تعالى في سورة النساء آية ١١:

(لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ) الى غير ذلك من الآيات الواردة في الموارث

ص:٧

التي يستفاد منها تقديم الاقرب فالاقرب لان الناس كلهم فى الحقيقه انسابا و قرابات بعضهم لبعض و إنما يتفاضلون فى القرب و البعد، و الآيه إنما تدل على تقديم ذوى الارحام و ما ذاك إلا لانهم أقرب من غيرهم.

و بهذا يقتضى تقديم من كان امس رحما على غيره كتقديم من فى العمود على الحاشيه الأولى، و المراد بالعمود هو الاصول كالابوين و الفروع كاولاد المتوفى و اولادهم و تقديم الاولى من الحاشيه على الحاشيه الثانيه، و المراد بالاولى اولاد الابوين و هم الاخوه و الاخوات، و آباء الآباء و هم الاجداد و الجدات، و المراد بالحاشيه الثانيه هم الاعمام و العمات و الأخوال و الخالات و اولادهم على ترتيب الطبقات و ان كل طبقه لا- حقه لا- ترث مع وجود طبقه السابقه و لا ترث العصبه عندنا(و ان فى فيها التراب) كما نطقت الاخبار الكثيره بحرمانها على ما سيأتى- ان شاء الله تعالى- ذكرها تفصيلا. و اما روايه بعضهم الحقوا الفرائض باهلها فما بقى فهو لأقرب رجل ذكر فهى روايه ضعيفه لا يعتنى بها(١) بل هى موهونه

متنا إذ لا- يليق التعبير برجل ذكر و لا يحسن التعبير به فكيف ينسب الى الرسول الاعظم (ص) مضافا الى عدم عملهم على ظاهره فأنهم يورثون الأولى و لو كان طفلا فى يوم ولادته. و دعوى بعضهم بأنه لا يدخل تحت لفظ الرجل إلا إنه مساوله فى الحكم فان ذلك لا- يصحح التعبير بذلك لقصوره عنه به إذ المقام مقام بيان و تحديد على أنه قد خالفوا مضمونه فى حكمهم بأن الاناث يعصبن مع اخوتهن و بذلك يزيدون الحديث قصورا فى البيان.

بطلان التعصيب

و دعوى المفهوم من تحديد الفرائض بالنصف و الثلث و السدس و نحو ذلك بتقريب أن انحصار نصيب ذى الفرض بمقدار فرضه يقتضى التعصيب ممنوعه لاجماع الفريقين على عدم الالتزام بالمفهوم فيما إذا كان الوارث أبا مع بنت أو بنتين و اكثر فان الاماميه يزيدون على سدس الأب بالرد و الأربعة يزيدون عليه بالتعصيب و كما لو ترك زوجا هو ابن عم فان الاماميه يزيدون على نصفه بالقرايه و الأربعة يزيدون عليه بالتعصيب، و كما لو ترك أخا من أم هو ابن عم فان الاماميه يزيدون على سدسه بالقرايه، و الأربعة يزيدون بالتعصيب، و كما لو ترك أخوه

من الأم هم أولاد عم فان الاماميه يزيدون على ثلثهم بالقرابه و الأربعة بالتعصيب.قال الاستاذ الحجه البلاغى(قدس سره)فى الجزء الثانى من آلاء الرحمن فى تفسير القرآن«إن فقهاء العراق من الجمهور و منهم ابو حنيفه و أحمد بل و الشافعى إذا لم ينتظم بيت المال وافقونا على الرد على ذوى الفرائض من الارحام إذا لم يكن معهم عاصب و حكاه الترمذى فى جامعه عن اكثر أهل العلم،و هو المروى عن الصحابه عدا زيد بن ثابت فينتفى المفهوم بالمره لأنه ليس بلفظ له عنوان مدلول عليه لكى يقبل التخصيص و التقييد فى بعض مصاديقه بل هو لازم يتبع كون الفريضة حاصره بمضمونها فان ثبت و لو فى مورد واحد إنها فى استعمالها غير حاصره سقط المفهوم بالمره و قد ثبت انها غير حاصره-و ثالثا-قد ثبت باجماع المسلمين و أهل المحاورات على العمل بالدليل اللفظى و ان كان عموما أو اطلاقا دون المفهوم.و من ذلك ان الشيعة يعملون بآيات الاقربين و أولى الأرحام فى الرد مطلقا و كذا جمهور الصحابه و فقهاء العراق بل و الشافعى كما ذكرنا فى الرد إذا لم يوجد عاصب،و الجمهور بأجمعهم يعملون بعموم ما يرويه ابن طاووس فى التعصيب فيزيدون على الفرض كما ذكرناه فى مثالى الأب و الزوج الذى هو ابن عم،ثم قال(قدس سره)و من الوجوه حديثهم فى ان معاذ بن جبل قضى فى اليمن بأن نصف التركة للبنث و نصفها الآخر للأخت،يدفعه أولا- انه اجتهاد من معاذ فى اليمن لا- حجه فيه،و ثانيا أنه مردود بمخالفته للقرآن الكريم لأن آيه الكلاله المذكوره فى آخر السوره قد اشترطت فى ارث الأخت أن لا- يكون لأخيها ولد و البنث ولد بالاجماع.انتهى كلامه،على ان لفظ الولد يطلق على الذكر و الانثى لاشتقاقه من الولاده الشامله لهما إذ الجامع بين الانسان و أقاربه هو الرحم و الرحم

يعم الذكور و الاناث على السواء مضافا الى استعمال لفظ الاولاد فيهما في القرآن بقوله تعالى «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» (١) وقوله تعالى: (مَا كَانَ لِلَّهِ أَنْ يَتَّخِذَ مِنْ وَلَدٍ) (٢) أى لا- ذكر و لا انثى و عليه فكما ان الذين يحجبهم الاخ كذلك البنت تحجبهم على انه يستفاد من الآيه أى آيه اولوا الارحام: (بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ) ان الاقرب اولى ممن هو دونه فى القرابه و لا- شك ان البنت اقرب الى الميت من اخيه لقربها منه بلا واسطه، و الاخ يتقرب اليه بواسطه الاب او الام أوهما معا فلذا يثبت من ذلك الرد على البنت و البنين دون الاخ كما هو مذهب الحنفية و الحنابلة بكون المال كله للبنت فرضا وردا فيما اذا ترك الميت بنتا و لم يوجد واحد من اصحاب الفروض و العصبات كالا-خوات لابويه أو لاب فانهن عصبه مع البنت، و كذا فيما اذا ترك بنتين فالمال كله لهما فرضا وردا لعدم دلالة الآيه على نفي الرد على اصحاب الفروض فى هذا الحال فاذا كانت الآيه لا تدل فى هذا الحال فلا تدل على النفي فى غيرها مع ان الدلاله واحده على ان دلالتها بالصراحه على المساواه بين الذكور و الاناث مع ان القائلين بالتعصيب فرقوا بين النساء و الرجال فقالوا بتوريث الرجال دون النساء فيما لو ترك الميت بنتا و اخا و اختا فانهم يعطون النصف للبنت، و النصف الآخر للاخ و لا شىء للاخت مع انها فى درجته و مساواته لها، و كما لو ترك الميت بنتا و اختا و عما و عمه فانهم يورثون العم دون الاخت و العمه و هذا مناف لصريح القرآن حيث انه يورث النساء و الرجال و هم يورثون

ص: ١١

١-١) سورة النساء آيه: ١١. [١]

٢-٢) سورة مريم آيه ٣٥. [٢]

الرجال و يهملون النساء فان الناظر في فروع مواريتهم يجد صدق ما ادعيناه من عدم توريث الانثى، و لو لا نص القرآن على توريث البنت و البنات و الاخت و الاخوات لابوين او لاب او لام لكان شأن غيرهن من عدم التوريث فلا يورثون اولاد البنت و العمات و العم لأم و الجد لها و لا ترث الاخوال و الخالات عندهم اصلا و يقرون بالعصبه التي هي من يتقرب الى الميت بواسطه الاب و بنت الاخ لابوين او لاب لا ترث مع أخيها من امها و ابيها و كذلك بنت العم لا ترث مع أخيها من امها و ابيها الا اذا اقتضى القياس في بعض الفروض كالحاق بنت الابن بالبنت في النصف و ما عدى ذلك تحرم البنات و ليس ذلك الا استنادا الى روايه تقدمت ضعيفه سندا و موهونه متنا.

اذا عرفت ذلك فاعلم ان الكلام يقع في الموانع و الموجبات، اما الموانع فقد تقدم ذكرها في مقدمه الكتاب.

اشاره

و أما موجبات الارث فامران:

الاول السبب

اشاره

و هو على قسمين زوجيه و ولاء، و الولاء على ثلاثه أقسام. ولاء العتق و ضامن الجريره و ولاء الامام(ع). اما الزوجيه فيقع الكلام فيها من جهات: الجبهه الاولى فى ارث الازواج فنقول لا اشكال فى ثبوت ارث الازواج بالنكاح الصحيح الدائم للكتاب و السنه بمجرد العقد و لا يشترط الارث بالدخول فان الزوج يرث الربع مع الولد و النصف مع عدم الولد، و الزوجه ترث الثمن مع الولد و الربع مع عدم الولد، و مع تعدد الزوجات اشتركن فى النصيب الاعلى و هو الربع، و الادنى و هو الثمن بالنسبه الى الاولاد و ان نزلوا و مع عدمهم فبالنسبه الى سائر الطبقات فليس لهم الا نصيبهم الاعلى فللزوج مع الآباء و الامهات و مع الاخوه و الاخوات و الاجداد و الجدات و الاعمام و العمات و الاخوال و الخالات نصيبه الاعلى و هو النصف و الزوجه مع عدم الاولاد و ان نزلوا لها نصيبها الاعلى و هو الربع من غير فرق بين جميع الطبقات و لا يكون لها رد اذا لم يكن للزوج وارث سوى الامام(ع) نعم للزوج تمام المال اذا لم يكن للزوجه وارث لها سوى الامام فان الزوج يأخذ نصف المال بالفرض و النصف الآخر بالرد بخلاف الزوجه فانه لا رد عليها حتى فى هذا الفرض النادر على المشهور بين الأصحاب فيهما بل كاد أن يكون اجماعا فيهما مضافا الى الأخبار المستفيضه فعن أبى بصير قال قرأ علىّ ابو جعفر عليه السلام فى الفرائض امرأه توفيت و تركت زوجها قال المال كله للزوج، و رجل توفى و ترك امرأته

قال للمرأة الربع و ما بقى فلامام (١).و عن ابى بصير قال سألت أبا جعفر عن امرأه ماتت و تركت زوجها لا وارث لها غيره،قال اذا لم يكن غيره فله المال و المرأة لها الربع و ما بقى للامام ٢ و هناك اخبار خاصه بالنسبه الى الزوج داله على ان المال له بتمامه مع عدم وجود الوارث غير الامام كروايه سويد بن ايوب عن ابى جعفر(ع)قال كنت عنده فدعى بالجامعه فنظر فيها ابو جعفر فاذا فيها امرأه تموت و تركت زوجها ليس لها وارث غيره فقال له المال كله ٣الى غير ذلك من الأخبار الداله عليه، كما انه توجد أخبار فى خصوص الزوجه تدل على انه لا- رد عليها مع عدم وجود الوارث للزوج سوى الامام(ع)فالقول به متعين و ان كانت هناك اخبار آخر تخالف ذلك ففى بعضها تدل على أنه لا رد عليهما او يرد عليها او لا رد على الزوجه مع حضور الامام و مع غيبته يرد عليها،ولذلك اختلفت الاقوال فان منشأها اختلاف الروايات و لا- يمكن الأخذ بها لكونها ضعيفه أو انها يخالفه للمشهور فلا بد من حملها على ما اخترناه ان أمكن و إلا يلزم طرحها لعدم العمل بها.

حرمان الزوجه من الارض

الثانيه ان المستفاد من الأخبار حرمان الزوجه من الميراث فى الجمله و عليه تسالم الأصحاب قديما و حديثا و لم يخالف فى ذلك سوى ابن الجنيد و وافقه عليه القاضى نعمان المصرى صاحب دعائم الاسلام بحمل الأخبار الوارده فى الحرمان على الاراضى المفتوحه عنوه و خصصها

ص: ١٤

١- ١ و ٢ و ٣) الوسائل كتاب الميراث باب ٣ [١] ان الزوج اذا انفرد فله المال كله من ابواب الانزواج و فى التهذيب كتاب الميراث باب ٢٧ ميراث الانزواج حديث ١٢ و ١٣ و ١٤ و ١٥ ج ٩ ص ٢٩٧ الطبعه الحديثه.

بالرجال لتقويه المجاهدين، كما أنه خالف بالنسبه الى حكم الحبوّه و اول الاخبار فيها الى المصحف و الخواتيم و الدرّوع و السيف العائدات الى الأئمه عليهم السلام. و كيف كان فلا يصغى الى مخالفه مثل ذلك مع تحقق الاجماع على الحرمان، كما أنه لا يصغى ايضا الى التفصيل بين ذات الولد و غيرها بالالتزام بالحرمان فى غير ذات الولد و بعدم الحرمان بالنسبه الى ذات الولد إذ ليس لهذا التفصيل وجه سوى مقطوعه ابن اذينه و هي (فى النساء اذا كان لهن ولد اعطين من الرباع) (1) و بما انها مقطوعه غير صالحه لتقييد المطلقات كما أنها غير صالحه لكونها شاهد جمع بين المطلقات. و دعوى أنه يمكن القول بهذا التفصيل بتقريب ان الاخبار الآمره بارثها مطلقه مخصصه بالاجماع على حرمان غير ذات الولد و بعد التخصيص تنقلب النسبه، فحينئذ تكون النسبه بين هذه و بين المطلقات النافيه للارث عموم و خصوص مطلق فتخصص تلك المطلقات النافيه و لكن لا يخفى ان اصل الكليه على تقدير تسليمها فانما هي فى دليلين متعارضين و هناك دليل ثالث يخص أحدهما فحينئذ يكون بين نفس الدليلين عموم و خصوص مطلق. مثلا- لو جاء اكرم العلماء و لا- تكرم العلماء و ورد دليل ثالث لا تكرم النحويين فهذا الدليل يخص اكرم العلماء فيكون مفاده بعد تخصيص اكرم العلماء بغير النحويين يكون أخص من لا- تكرم العلماء فتقلب النسبه و يكون بين الدليلين عموم و خصوص مطلق.

و اما فى المقام فليس من هذا القبيل حيث ان الاجماع لا يعنون

ص: ١٥

١- ١) الوسائل كتاب الميراث باب ٧ [١] ان الزوج يرث من كل ما تركت زوجته من ابواب ارث الازواج و فى التهذيب كتاب الميراث باب ٢٧ ميراث الازواج حديث ٣٦ ج ٩ ص ٣٠١ الطبعه الحديثه.

الدليل كالدليل اللفظي و لاجل ذلك يلزم بالنسبه الى الدليل اللبى مثل الاجماع و العقل و السيره الاخذ بالقدر المتيقن. نعم بالنسبه الى الدليل المحفوف بحكم العقل الذى يكون من قبيل القرائن المحفوفه بالكلام فهو مثل الدليل اللفظى و حينئذ يكون من قبيل العام و الخاص و ليس من قبيل انقلاب النسبه فان الدليل المحفوف بذلك الحكم العقلى فى حال وجوده وجد خاصا فبعد معرفه فساد القولين فنقول الاقوال فى ارث الزوجه اربعة:

الاول: حرمانها من الارض مطلقا. بيضاء و مشغوله و اعطاء قيمه ما عليها من البناء و غيره.

الثانى: حرمانها من الأرض مطلقا و اعطاؤها من قيمه ما على الارض فيما عدى الاشجار و النخيل و توريثها من عين الاشجار و النخيل.

الثالث: حرمانها من ارض الرباع و هى دور المساكن عينا و قيمه و من عين ما عليها من البناء و من القيمه، و ترث من غير ذلك عينا ان كان ارضا كسائر امواله و هو المنسوب الى المفيد «قده سره» و جماعه.

الرابع: حرمانها من عين ارض الرباع و ما عليها و تعطى من القيمه ارضا و عماره و توريثها من غير ذلك عينا و لو كان ضيعه او عقارا و هو المنسوب الى المرتضى و الاقوى هو الاول و هو حرمانها من الارض مطلقا بيضاء و مشغوله و اعطاء قيمه ما عليها من البناء و غيره على المشهور بين الاصحاب للاخبار الوارده عن الأئمه الأطهار عليهم السلام منها روايه الحسين ابن محبوب عن الاحول عن ابى عبد الله (ع) قال سمعته يقول لا يرثن النساء من العقار شيئا و لهن قيمه البناء و الشجر

و النخيل (١) و منها روايه محمد و زراره لا يرثن النساء من عقار الأرض شيئا ٢ و منها روايه عبد الملك بن اعين ليس للنساء من الدور و العقار شيئا ٣ و منها روايه ميسر عن ابي عبد الله (ع) ثم قال: سألته عن النساء ما لهن من الميراث؟ قال: لهن قيمه الطوب و البناء و الخشب و القصب و اما الارض و العقار فلا ميراث لها قال قلت: و البنات قال:

البنات لهن نصيبهن قال قلت: كيف صار ذا و لهذه الثمن و الربع مسمى قال: لان المرأه ليس لها نسب ترث به و انما هي دخيل عليهم و انما صار هذا هكذا لثلاث تزوج المرأه فيجىء زوجها او ولد من قوم آخرين فيزاحم قوما في عقارهم (٢) و منها روايه زراره و محمد لا ترث النساء من عقار الدور شيئا و لكن يقوّم البناء و الطوب و تعطى منها ثمنها او ربعها قال و انما صار ذلك لثلاث يتزوجن فيفسدن على اهل الموارث موارثهم ٥، و منها روايه الفضلاء الخمسه المرأه لا ترث من تركه زوجها من ترابه دار او ارض الا- ان يقوّم الطوب و الخشب قيمه فتعطى ربعها او ثمنها ٦، و منها روايه يزيد الصائغ قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول ان النساء لا يرثن من رباغ الارض شيئا و لكن لهن قيمه الطوب و الخشب ٧، و منها روايته الاخرى عن ابي عبد الله (ع) قال سألته عن النساء هل يرثن من الارض؟ فقال لا و لكن يرثن قيمه البناء ٨ الى غير ذلك من الاخبار المستفاد منها ان الزوجه تحرم من الارض عينا و قيمه و مما عليها من البناء و غيره عينا و ترث من القيمه

ص: ١٧

-
- ١- ١ و ٢ و ٣) الوسائل كتاب الميراث باب ٦ [١] ان الزوجه اذا لم يكن لها ولد من ابواب ميراث الازواج.
٢- ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨) الوسائل كتاب الميراث باب ٦ [٢] ان الزوجه اذا لم يكن لها ولد لا ترث من العقار.

و ذلك يفهم من التعبير بلفظ قيمه و لا تعارضها الاخبار الداله على ارثها مطلقا كموثقه عبيد بن زراره و البقباق قلنا لابي عبد الله(ع) ما تقول فى رجل تزوج امرأه ثم مات عنها و قد فرض لها الصداق؟ قال:(لها نصف الصداق و ترثه من كل شىء و ان ماتت فهى كذلك) (١) و منها روايه البقباق و ابن ابى يعفور عن ابى عبد الله(ع) قال سألته عن الرجل هل يرث من دار امرأته او ارضها من التربه شيئا او يكون ذلك بمنزله المرأه فلا يرث من ذلك شيئا؟(قال يرثها و ترثه كل شىء ترك) (٢) لموافقتهما للتقيه فيلزم طرحها و الاخذ بالاخبار المتقدمه الداله على حرمان الزوجه من الأرض عينا و قيمه و توريثها مما على الارض من البناء و غيره قيمه لا عينا.

و دعوى ان هذه الأخبار ترجح على تلك لموافقتهما للكتاب لقوله(ع) ما وافق كتاب الله فخذه ممنوعه فان الموجب لطرح المخالف للكتاب هى المخالفه بالتباين و المرجح للاخذ باحد الخبرين المتعارضين هو الموافق للكتاب بالاطلاق. فلو كان فى احد الخبرين المتعارضين مزيه هى موافقه الكتاب و للخبر الآخر مزيه اخرى و هى المخالفه للعامه فالظاهر تقديم مزيه مخالفه العامه وفاقا لبعض مشايخنا فى دروسه، بل عن الوحيد البهبهاني ان مخالفه العامه تقدم على بقيه المرجحات أى مرجحات الصدور كالأعدليه، و المضمون أى موافقه الكتاب اذ لا معنى للتعبد بالصدور او المضمون مع كون التقيه موجبه للطرح و ان كان فيما ذكره الوحيد

ص: ١٨

-
- ١- ١) الوسائل كتاب النكاح باب ٥٧ [١] حكم ما لو مات الزوج او الزوجه قبل الدخول من ابواب المهور.
٢- ٢) الوسائل كتاب الميراث باب ٧ [٢] ان الزوج يرث من كل ما تركته زوجته من ابواب ميراث الازواج.

محل نظر. اذ الموافقه للعامه بنفسها لا- توجب الحمل على التقيه لكى يوجب الطرح، بل الذى يوجب الطرح و لو لم يكن له معارض فيما اذا كان فى الخبر قرائن تدل على صدوره تقيه، و اما لو لم تكن فيه قرائن داله على ذلك فيؤخذ بالخبر و لو كان موافقا للعامه ففى مورد التعارض تكون مثل تلك الموافقه موجه للطرح و الأخذ بالخبر المخالف. و بالجمله المخالفه مرجحه فى صوره التعارض مضافا الى أن تلك الاخبار الداله على الحرمان اكثر روايه و اشهر قولاً فلذا يلزم الأخذ بمضمونها و هو حرمان الزوجه من الأرض عيناً و قيمه و توريثها من قيمه ما عليها من البناء و غيره. و دعوى ان المستفاد من الاخبار حرمانها من الارض المشغوله بالبناء و الطوب و الخشب و غيرها.

و اما الاراضى البيضاء كالاراضى الزراعيه فترث الزوجه لخروجها عن مورد تلك الاخبار فان موردها هى الاراضى المشغوله فورد الجواب على مورد السؤال فحينئذ تكون الاراضى الزراعيه باقيه تحت اطلاقات الارث ممنوعه فان الناظر الى تلك الاخبار يجد أن موردها هو مطلق الارض مشغوله او بيضاء كما هو الظاهر من روايه ميسر بل الظاهر من عموم التعليل للحرمان لثلاث تدخل قوما آخرين فى عقارهم، و المراد بالعقار مطلق ما يكون ثابتاً.

ثم لا يخفى ان الزوجه ترث القيمه بالنسبه الى ما على الارض و لا ترث خصوصيه العين، و حينئذ هل ترث المالىه الموجوده فى العين أو ترث المالىه المنتقله الى ذمه الورثه و تكون نفس العين متعلقه لحقها باعتبار انها وفاء لتلك المالىه؟ وجهان اختار الشيخ (قدس سره) فى الجواهر الثانى. و الظاهر من الاخبار هو الاول.

بيان ذلك هو أن ارث الزوجه للعين تاره يتعلق بنفس

خصوصيه العين أى عين الطوب و الخشب و غيرهما مما على الارض، و اخرى بالماليه الموجوده فى الاعيان الخارجيه و ثالثه بالماليه المطلقه، و تكون الاعيان الخارجيه متعلقه لحق الزوجه باعتبار انه منها و فاء تلك الماليه و رابعه بالماليه المطلقه مع عدم تعلق حقها بالاعيان الخارجيه و انما الورثه مشغوله ذمتهم للزوجه بالماليه المطلقه بمجرد موت المورث. و المستفاد من الاخبار هو ماليه العين فان مادل على عدم ارثها يراد منه خصوصيه العينيه لانه القدر المتيقن فبقى ماليه العين داخله فى عمومات الارث فيتمسك بتلك العمومات فتكون اصاله العموم مبينه لاجمال المخصص.

و بعباره اخرى ان للشئ مراتبا ثلاثه خصوصيه العين، و ماليه موجوده فى العين، و مطلق الماليه و ادله الميراث الداله على انتقال العين للوارث يراد منها انتقال العين بتمام مراتبها، فاذا ورد دليل يدل على خروج احد الاعيان من الاطلاقات. او من العمومات و شككنا فى دلاله الدليل على اخراجه بجميع مراتبه ام على اخراجه بمرتبته خاصه فتتعين دلالتة على الثانى لانه القدر المتيقن و المقام من هذا القبيل فان التعبير بقيمه الطوب يدل على اخراج خصوصيه العينيه من ادله الميراث، و حينئذ يتردد الامر فى ان المراد من قيمه هى الماليه المطلقه غير المحدوده ليكون الخارج من دليل الميراث خصوصيه العينيه و الماليه الموجوده المتقدرة فى العين، او المراد منها هو الماليه فى العين؟ و مقتضى القاعده هو اراده المعنى الثانى لكونه هو القدر المتيقن.

تعلق حق الزوجه بالماليه

و لا يخفى ان منشأ اختلاف الاقوال هو ان المستفاد من لفظ قيمه هل هى خصوصيه ما على الارض من البناء و الطوب و الخشب او الماليه الموجوده فى تلك الاعيان او نفس الماليه المطلقه؟ و على الاخير هل للزوجه تعلق حق بالاعيان بنحو تكون كوثيقه لتلك الماليه فتكون

تلك الاعيان كالأعيان المجعوله وثيقه للدين أو انها مثل الاعيان الراجعه الى المفلس فانها ليست مثل الرهن إذ المفلس او شخص آخر له دفع الدين للغرماء فيرتفع الحجر عن الاعيان، وحينئذ تكون الزوجه اجنبيه عن العين مع عدم امتناع الورثه و يكون حقها متعلقا بدمه الوارث.

فعلى الأول تستحق النماءات فتكون كسائر الورثه بالنسبه الى ما على الارض من البناء و الطوب و الخشب و غيرها، و على الثانى لا تستحق النماءات كالأجره مثلا لكونها تابعه لخصوصيه العين.

نعم ليس للورثه التصرفات الناقله او المتلفه لكون المالىه الموجوده فى العين لها حق فيها كسائر الورثه فاتلاف العين اتلاف لماليتها، و على الثالث يكون كالثانى اذا كانت الاعيان جعلت بنحو الوثيقه كالرهن، الا انه فى الثانى ليس للورثه اعطاؤها من غير تلك الاعيان إلا برضاها لكون ذلك تبديلا فى استحقاقها فيتوقف على رضاها بخلاف الثالث اذ يكون دفع قيمه لها من باب التدارك نظير دفع قيمه فى القيميات.

و الذى يظهر من لفظ قيمه هو نفس المالىه المطلقه و الأعيان الخارجيه ليست مجعوله وثيقه لوفاء تلك المالىه كالرهن فهى اشبه بالأعيان الراجعه الى المفلس، فمع عدم امتناع الورثه تكون الزوجه اجنبيه عن العين، اللهم إلا ان يقال ان المستفاد من لفظ قيمه هو كونه حكما تكليفيا يوجب اشتغال ذمه الوارث من دون حق للزوجه فى العين، فعند موت الزوج تنتقل تلك الاعيان الى الورثه و يجوز لهم جميع التصرفات الناقله و المتلفه و ليس للزوجه تعلق حق مالى بالأعيان و لو مثل تعلق حق الغرماء بالعين الا ان الالتزام بذلك محل نظر إذ لفظه يقوم يستفاد منها ثبوت حق للزوجه بالعين مضافا الى ما عرفت سابقا ان مقتضى القاعده هو الاخذ بالقدر المتيقن و هو الالتزام بمالىه العين و لذا يضمن

الوارث للزوجه لو تأخر عن التدارك بتفريط منه، و على القول بكون حقها حكما تكليفيا و أنه بموت الزوج ينتقل الى ذمه الوارث حق الزوجه من تلك الاعيان يلزمه ضمان القيمة للزوجه مطلقا لو تلفت العين سواء كان بتفريط من الوارث أم لا. و لكن الانصاف ان لفظه القيمة يستفاد منها المالبه المطلقه إذ المالبه الموجوده فى العين و ان امكن تصويرها و انها ليست من الأمور الانتزاعيه الا انها لا تفهم من لفظ القيمة لكونها امرا دقيا و يكون دفع القيمة لها تداركا و ليس بنحو التبديل، و تجوز التصرفات للورثه حتى المتلفه مع عدم امتناع الورثه.

نعم يشكل تلك التصرفات مع الامتناع. و دعوى كون حقها حكما و ليس لها حق مالى فى العين محل نظر، إذ لازم ذلك بطلان الصلح عن حقها لكونه حكما تكليفيا محضا و لا شائبه له فى الوضع لكى تصح المصالحه، إذ عليه يكون كما لو نذر اعطاء درهم لزيد و الالتزام بذلك محل منع. و اما الدين فيوزع على ما ترث الزوجه و على ما تحرم منه لتعلق الدين بمجموع التركة و ليس للوارث اخراج الدين كله مما ترث منه الزوجه ليسلم له ما تحرم منه، كما انه ليس لها اخراجه ب كله مما تحرم منه لان فى كل منهما ضرر على الآخر و هو منفى.

الثالثه: انه يشترط فى التوارث بين الزوجين دوام العقد فلا توارث مع الانقطاع سواء اشترط عدم التوارث او لم يشترط لروايه ابن يسار عن الصادق (ع) فى الرجل يتزوج متعه و لم يشترط الميراث فقال:

ليس بينهما توارث اشترطا او لم يشترطا (1). و اما مع اشتراط التوارث فهل يحصل التوارث ام لا؟ المشهور على عدمه، و قيل انه مع الاشتراط

ص: ٢٢

يتوارثان لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١) وليس من الشروط المخالفه للكتاب و السنه كاشتراط عدم التوارث بالنسبه الى الدائم او اشتراط توارث الاجنبي، و الذى يقوى هو ذلك لما ذكر، و لروايه ابن ابي نصر عن ابي الحسن الرضا (ع) قال: تزويج المتعه نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث ان اشترطت كان و ان لم تشتط لم يكن. نعم يظهر من روايه الكليني انه ليس بينهما ميراث اشترطا او لم يشترطا كصحيحه ابن يسار المتقدمه الداله على عدم التوارث فى المنقطع مطلقا حتى فى صورته اشتراط التوارث، و لكن لا- يخفى ان ذلك ظهور فلا يعارض تلك الروايه الصريحه بالتوارث مع الاشتراط أى اشتراط التوارث لاحتمال حمل الاشتراط فى روايه ابن يسار و روايه الكليني على اشتراط السقوط أى ان تزويج المتعه لا توارث اشترطت سقوط التوارث أو لم تشتط ذلك فعليه ليست متعرضه لاشتراط التوارث و بهذا يجمع بين الروايتين فافهم.

لو تزوج المريض و مات قبل الدخول

الرابعه: لو تزوج فى مرض الموت و مات فى ذلك المرض و قبل الدخول فلا مهر و لا ميراث، و بذلك نطقت الاخبار المستفيضه بانه باطل فلا مهر و لا ميراث (٢) و عليه الأصحاب قديما و حديثا. نعم استشكل بعض من تأخر بأن البطلان بالنسبه الى المهر و الميراث فلا يشمل العده مثلا فافتى بترتب العده و نفى المهر و الميراث. و الذى ينبغى ان يقال

ص: ٢٣

١- ١) الوسائل كتاب التجاره باب ٦ ثبوت خيار الشرط بحسب ما يشترطه من أبواب الخيار الا ان الموجود المسلمون عوض المؤمنون و بهذا اللفظ فى الوسائل كتاب النكاح باب ٢٠ ان من شرط للزوجه ان لا يتزوج عليها من ابواب المهور.
٢- ٢) الوسائل كتاب الميراث باب ١٧ [١] ان المريض اذا تزوج من ابواب ميراث الأزواج حديث ٣ ج ٣ الطبعه القديمه.

هو انه ان استفدنا من قوله (ع) باطل (١) هو عدم ترتب الاثر مطلقا أى جميع الآثار ثبت قول المشهور، واما لو لم نستفد ذلك و ارجعنا البطلان الى خصوص المهر و الميراث فتبقى تلك الأدله المثبتة للآثار الأخر سليمه عن المعارض بل لو شككنا بشمول البطلان لما عدى المهر و الميراث نرجع الى تلك الأدله المثبتة لتلك الآثار اذ لا- مانع من التمسك باطلاقها لأن المقام من الشبهه المفهوميه و ليس من الشبهه المصداقيه،فالتمسك بالاطلاق يوجب رفع اجمال المقيد.

فانقدح مما ذكرنا ان الالتزام بمقاله المشهور مبنى على ان المستفاد من قوله (ع) باطل عدم ترتيب الآثار مطلقا و قد عرفت ان استفاده ذلك محل نظر بل منع.فعليه يقوى ان من تزوج و مات قبل الدخول فى مرض الموت ان تعتد زوجته عدّه الوفاه مع عدم استحقاق المهر و الميراث، ثم لا- يخفى الظاهر من اطلاق الاخبار ان الحكم يشمل ما لو تزوج بمطلقة و لو كانت مختلعه. نعم شمولها للزوجه التى ماتت اولاً ثم مات الزوج فى ذلك المرض محل اشكال بل منع للشك فى اطلاق الاخبار فلا محذور فى التمسك بالاطلاقات العامه المثبتة لجميع الآثار لكون الشبهه من الشبهات المفهوميه التى مرجعها الى التمسك بالاطلاقات كما ان ظاهر هذه الاخبار ان يكون الموت بذلك المرض فلو برأ ثم تمرض و مات لا يترتب عليه الحكم المذكور و هو عدم المهر و الميراث بل ربما يمنع ما لو استدام المرض كمرض السل و طاول سنينا عديده.

و على كل كلما شك فى اطلاق البطلان فى هذه النصوص فيرجع الى الاطلاقات العامه اقتصارا فيما خالف الاصل أى الاطلاق على القدر

ص: ٢٤

١-١) الوسائل كتاب الميراث باب ١٧ ان المريض اذا تزوج من أبواب ميراث الأزواج حديث ٣ ج ٣ الطبعة القديمه.

المتيقن. و دعوى ان الظاهر من الاخبار كون الدخول كاشفا عن صحة العقد فمع عدم الدخول حتى الموت يكشف عن بطلان العقد و يترتب على ذلك عدم ارث الزوج لو ماتت الزوجه قبل الزوج ممنوعه لانه لا معنى للكشف فى مثل ذلك و انما الشارع رتب آثار البطلان على موت الزوج و لا يستلزم ترتيب آثار البطلان بالنسبه اليهما من اول الأمر.

فدعوى ارثيه الزوج بالنسبه الى موت زوجته لو ماتت قبل الزوج هو الاقوى اقتصارا فيما خالف الاصل على القدر المتيقن و الله العالم.

صحة طلاق المريض

الخامسه:فى طلاق المريض لا اشكال فى صحة طلاق المريض على المشهور بين الأصحاب بل كاد ان يكون اجماعا و لصحيحه الحلبي عن ابي عبد الله(ع)قال:سئل عن رجل يحضره الموت فيطلق امرأته هل يجوز طلاقها؟قال:نعم و هى ترثه و ان ماتت لم يرثها (١)بحمل الذيل على الموت بعد العده.نعم هو مكروه زياده على كراهيه اصل الطلاق على المشهور و لخبر زراره:(ليس للمريض ان يطلق و له ان يتزوج) (٢)المحمول على الكراهه جمعا بينه و بين ما دل على الجواز كما انه لا اشكال فى ارث كل منهما للآخر لو مات كل منهما فى العده الرجعيه للاجماع بقسميه مضافا الى انها ما دامت فى العده الرجعيه هى بحكم الزوجه فترثه و يرثها،و بذلك دلت الاخبار كموثقه زراره قال:

سألت أبا جعفر(ع)عن الرجل يطلق امرأته قال:(يرثها و ترثه

ص:٢٥

-
- ١- (١) الوسائل كتاب الميراث باب ١٤ [١] ان من طلق فى المرض من ابواب ميراث الازواج.
٢- (٢) الوسائل كتاب الطلاق باب ٢٠ [٢] كراهه طلاق المريض و جواز تزويجه من ابواب اقسام الطلاق.

مادام له عليها رجعه) (١) من غير فرق بين طلاق المريض و غيره بعد حمل ما عرفت من خبر زراره على الكراهه جمعا. و اما طلاق البائن فاذا كان صحيحا لا- توارث بينهما لانقطاع العصمه بينهما و للاخبار المستفيضه كخبر محمد بن قيس عن ابي جعفر(ع) الى ان قال: فان طلقها الثالثه فانها لا ترث من زوجها شيئا و لا يرث منها ٢، و في صحيحه زراره عن ابي جعفر(ع) الى ان قال فاذا طلقها التطليقه الثالثه فليس له عليها رجعه و لا ميراث بينهما ٣ الى غير ذلك من النصوص الداله على انقطاع العصمه بينهما. و اما اذا كان مريضا فلا- خلاف في انها ترثه الى سنه مطلقا أى سواء كان الطلاق رجعيا ام بائنا ما لم تتزوج او يبرأ من مرضه و على ذلك الاجماع بقسميه مضافا الى النصوص المستفيضه كخبر عبيد بن زراره عن ابي عبد الله(ع) سألته عن رجل طلق امرأته و هو مريض حتى مضى لذلك سنه قال: ترثه اذا كان في مرضه الذى طلقها لم يصح بين ذلك (٢)، و خير ابي العباس عنه ايضا قلت له:

رجل طلق امرأته تطليقه و قد كان طلقها قبل ذلك تطليقتين قال:

(فانها ترثه اذا كان في مرضه) قلت: و ما حد ذلك؟ قال: (لا يزال مريضا حتى يموت ان طال ذلك الى سنه) ٥ و مثله خبره الآخر الى ان قال قلت: فان طال به المرض؟ قال: (ما بينه و بين سنه) ٦ و خبر الجداء و مالك بن عطيه عن ابي الورد كلاهما عن ابي جعفر(ع):

(اذا طلق الرجل امرأته تطليقه في مرضه ثم مكث في مرضه حتى انقضت

ص: ٢٦

١- ١ و ٢ و ٣) الوسائل كتاب الميراث باب ١٣ من ابواب ميراث الازواج. [١]
٢- ٤ و ٥ و ٦) الوسائل كتاب الطلاق باب ٢١ [٢] ان المريض اذا طلق بائنا من ابواب اقسام الطلاق.

عدتها ثم مات في ذلك المرض بعد انقضاء العده فانها ترثه ما لم تتزوج فان كانت قد تزوجت بعد انقضاء العده فانها لا ترثه (١) والمرسل عن أبي عبد الله (ع) في الرجل المريض يطلق امرأته و هو مريض قال:

(ان مات في مرضه و هي مقيمه عليه لم تتزوج ورثته و ان كانت قد تزوجت فقد رضيت بالذى صنع و لا ميراث لها) (٢) و هذه الأخبار كما ترى مطلقه غير مقيده بكون التوريث لاجل التهمه، و ما يتراءى من بعض الاخبار من تعليل الحكم بالاضرار المراد منه ترتب الميراث عقوبه لاحتمال كون الطلاق للمنع من ميراثها كمثل مرسله يونس عن أبي عبد الله (ع) سألته ما العله التي من اجلها اذا طلق الرجل امرأته و هو مريض في حال الاضرار ورثته و لم يرثها؟ فقال: (هو الاضرار و معنى الأضرار منعه اياها ميراثها منه فالزام الميراث عقوبه) ٣ فانه لا يصلح لتقييد تلك المطلقات لكون ذلك حكمه لا عله لكي يدور الحكم مدارها و على ذلك شهره الاصحاب.

و أما لو سألت الطلاق او كانت مختلعه او مباراه فالظاهر انها لا ترث لما يستفاد من قوله فقد رضيت به فان الرضا مسقط للارث و لخصوص خبر الهاشمي قال سمعت أبا عبد الله (ع) يقول لا ترث المختلعه و لا المباراه و المستأمره في طلاقها من الزوج شيئا اذا كان منهن في مرض

ص: ٢٧

-
- ١- ١) الوسائل كتاب الطلاق باب ٢١ [١] ان المريض اذا طلق بائنا من ابواب اقسام الطلاق.
٢- ٢ و ٣) الوسائل كتاب الميراث باب ١٤ [٢] ان من طلق في المرض للاضرار من ابواب ميراث الازواج.

الزوج و ان مات لـان العصمه قد انقطعت منهم و منه (١) كما انه لا يشمل الحكم لللعان بقذف الزوجه إذ الحكم مخصوص بالطلاق فيقتصر عليه فتسريته الى اللعان قياس و ليس ذلك من طرق الاماميه إذ هي تعتمد في طرقها على الأدله الأربعة، و القياس لما كان عبارته عن العمل بالرأى فيكون مخالفا للكتاب و قد ورد ان ما خالف كتاب الله فدعوه (٢) فان العمل بالقياس عمل بالظن (وَ إِنْ الظَّنُّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً) (٣) كما انه عمل بلا اذن فيكون من الافتراء على الله قال الله تعالى: (قُلْ آَللهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ) (٤) و من مصاديق قوله تعالى: (وَ مَنْ أَظْلَمُ مِمَّنِ افْتَرَى عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ) (٥) كما انه مخالف للسنه كما ورد عن الصادق (ع) حيث يقول لابان بن تغلب يا ابان اخذتني بالقياس (و السنه اذا قيست محق الدين) (٦) كما انه مخالف للاجماع فان اجماع أهل البيت و من تابعهم على المنع عن العمل بالقياس اصبح بنحو لا- يقبل الشك كما هو المنقول عن امير المؤمنين (ع) في أمر

ص: ٢٨

١-١) الوسائل كتاب الميراث باب ١٥ [١] عدم ارث المختلعه و المباره من ابواب ارث الازواج.

٢-٢) الوسائل كتاب القضاء باب ٩ [٢] وجوب الجمع بين الاحاديث المختلفه.

٣-٣) سوره الطور آيه: ٢٨. [٣]

٤-٤) سوره يونس آيه: ٥٩. [٤]

٥-٥) سوره الصف آيه: ٧. [٥]

٦-٦) الوسائل كتاب الديات باب ٤٣ [٦] ان ديه اعضاء الرجل و المرأه [٧] سواء الى ان يدفع ثلث الديه من ابواب ديه الاعضاء.

القياس وقصه الامام الصادق مع أبي حنيفة مشهوره (١) وعن النبي (ص) ستفترق امتي على بضع و سبعين فرقه اعظمها فتنه على امتي قوم يقيسون الامور برأيهم فيحللون الحرام و يحرمون الحلال (٢) و يظهر من ذلك ان الصحابه لا يعملون بالقياس و ينهاون عن العمل به، فعن عبد الله ابن مسعود قال: (يذهب قراؤكم و صلحاؤكم و يتخذ الناس رؤساء جهالا يقيسون الامور برأيهم، و عنه ايضا قال) اذا حللتكم في دينكم القياس احللتكم كثيرا مما حرم الله و حرمتكم كثيرا مما حلل الله) و روى عن ابن عباس انه قال: (إياكم و المقاييس فانما عبد الشمس و القمر بالقياس او بالمقاييس الى غير ذلك من اقوال الصحابه و التابعين).

حرمه العمل بالقياس

اذا عرفت ذلك فاعلم ان المراد بالقياس هو تسريه حكم من الأصل الى الفرع او اجراء حكم الفرع على الأصل او حكم المقيس على المقيس عليه و لازم ذلك ان يكون الحكم الثابت للاصل من دليل شرعى ثبت مثله للفرع للجهد المشتركه بين الاصل و الفرع و تسمى هذه الجهد بالعله المستنبطه بمعنى ان العله التى يعلل بها الحكم سلبا أو ايجابا عن طريق الرأى و الاستحسان الذى بمعنى الظن و التخمين الذى قد عرفت انه لا- يغنى من الحق شيئا و انه افتراء محض على الله تعالى و قيدنا كون تلك الجهد المشتركه عن طريق الرأى و الاستحسان لا-خارج ما كان من القياس المنصوص العله الذى هو عبارته عما اذا لم يكن فى الحكم المذكور فيه و لا فى عله الحكم المذكور فى الكلام ما يوجب احتمال دخل اضافتها

ص: ٢٩

-
- ١-١) ذكرها الشيخ الصدوق (قدس سره) فى علل الشرائع و نقلها سيدنا القاضى (قدس سره) فى كتاب احقاق الحق.
٢-٢) روى ذلك الخطيب البغدادي [١] فى تاريخه كما ذكره ابن حزم فى كتابه المسمى بالمحلى.

الى خصوص المورد المعلل فى كونها عله مثلا- الخمر حرام لانه مسكر حيث انه ليس فى الحكم اعنى الحرمة ما يوجب اختصاصه بالخمر فىكون المورد من قبيل الصغرى،فقولنا الخمر حرام لانه مسكر فى قوه قولنا الخمر مسكر و كل مسكر حرام فالخمر حرام،و عليه لا يكون للمورد خصوصيه لاستفاده كون المورد من صغريات تلك الكليه و إلا لم يكن للتعليل معنى بل يكون لغوا.نعم لو لم يكن كذلك بان اضيف التعليل الى نفس المورد كما تقول الخمر حرام لاسكاره فلا- يدل على انتفاء الخصوصيه إلا من الخارج.

و بالجمله مع عدم اضافته التعليل الى المورد يستفاد منه ان عله الحرمة هو التعليل فىدخل تحت منصوص العله و حيثئذ لا يكون الحكم مأخوذا من رأى و انما يكون مستفادا من الدليل كما انه يخرج الأولويه القطعيه عن القياس المنهى عنه كحرمة إيذاء الوالدين المستفاد من قوله تعالى: (فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌّ) (١) حيث ان ذلك مستفاد من الأدله العلميه لا من الظن و الاستحسان إذ انه بعد النص على حرمة التافيف الذى هو اقل مرتبه و أدنى درجه من الايذاء فيحرم الايذاء بلا كلام و لا اشكال.

و بالجمله القياس المحرم ما كانت العله المشتركه التى جرى حكم الفرع على الاصل كانت بالرأى و الاستحسان و ليس مستفادا من الدليل كالعله المنصوصه أو من الدليل العلمى كالأولويه القطعيه و لذا لا- نقول بحجيه الاولويه الظنيه لعدم حجيه الظن و العمل به محرم على تفصيل ذكرناه فى مباحث الاصول.

ثم لا يحفى ان المريض لو كان له اربع زوجات و طلقهن و هو

ص: ٣٠

مريض وقد تزوج باربعه بعد انقضاء عدّه الاولى و دخل بالاربعه الاخيره و مات الزوج قبل انقضاء السنه بالنسبه الى الاربعه الاولى اشتركت المطلقات مع الزوجات الحاليات فى الثمن مع الولد و الربع مع عدم الولد.

ميراث زواج الفضولى

السادسه لو زوج الفضولى الصغيرين و بلغ احدهما و اجاز العقد و مات قبل بلوغ الآخر عزل من تركته نصيب الآخر فان بلغ و اجاز العقد حلف بانه لم يجز لرغبه فى الميراث لروايه ابن محبوب عن على ابن رثاب عن ابى عبيده قال سألت أبا جعفر(ع) عن غلام و جاريه زوجهما و ليان غير مدركين فقال النكاح جائز و أيهما ادرك كان له الخيار (١) بناء على ان المراد من الولى العرفى كالإخ و العم و إلا- لم يكن وجه للخيار لهما لو كان الولى هو الشرعى على ان هذا الفرع يندرج تحت نكاح الفضولى المتوقف صحته على الاجازه على المشهور بين الاصحاب شهره عظيمه كادت ان تكون اجماعا بل لم يعرف الخلاف إلا من الشيخ فى محكى الخلاف مضافا الى استفاضه النصوص كخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر(ع) سألته عن رجل زوجته امه و هو غائب قال(ع)النكاح جائز إن شاء الزوج قبل و ان شاء ترك (٢) و كاخبار تزويج العبد بدون اذن سيده ففى بعضها انه لم يعص الله و انما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز (٣) و فى بعضها ذاك لمولاه ان شاء فرق بينهما و ان شاء

ص: ٣١

-
- ١- ١) الوسائل كتاب الميراث باب ١١ [١] حكم ميراث الصغيرين اذا زوجهما و ليان او غيرهما من ابواب ميراث الازواج.
 - ٢- ٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٤٥ [٢] حكم المهر فى عقد الفضولى فى العيوب و التدليس من ابواب المهور.
 - ٣- ٣) الوسائل كتاب النكاح باب ٢٤ [٣] ان العبد اذا تزوج بغير اذن مولاه كان العقد موقوفا على الاجازه منه.

اجاز نكاحهما (١) الى غير ذلك من الاخبار الواردة في توقف صحه نكاح العبد على اجازة سيده بل ربما يقال بانه يستفاد منها صحه مطلق عقد الفضولي كالبيع و نحوه من المعاملات الفضوليه من باب الغاء خصوصيه المقام فيستفاد منها العله المنصوصه فيشمل جميع المعاملات الفضوليه و لكن لا- يخفى ان ذلك ينفع في نفي الخصوصيه فيما اذا كانت العله ليست مضافه الى المورد كما لو قال الخمر حرام لانه مسكر فيكون من قبيل الكبرى و المورد من قبيل الصغرى.

فقولنا الخمر حرام لانه مسكر في قوه قولنا الخمر مسكر و كل مسكر حرام فالخمر حرام، و عليه لا- يكون للمورد خصوصيه لاستفاده كون المورد من صغريات تلك الكلبيه و الا لم يكن للتعليل معنى بل يكون لغوا.

و أما اذا لم يكن كذلك بل التعليل اضيف الى المورد كما تقول الخمر حرام لاسكاره فلا يدل على انتفاء خصوصيه المورد بل يكون لها دخل كما هو كذلك في المقام لنفي العصيان الى السيد فلا يستفاد الغاء خصوصيه المورد لكي تكون من منصوص العله ليستفاد منه نفي الخصوصيه إلا- ان يستفاد من قرينه أخرى خارجيه او من باب مناسبه الحكم للموضوع عدم دخل الخصوصيه فيكون التعليل بمنزله الكبرى كما لا يبعد ان يدعى ان المقام من هذا القبيل. بيان ذلك ان خصوصيه توقف العقد على اذن سيده ليست لها الدخل في ذلك حيث ان المراد من العصيان ليس هو مخالفه الامر او النهى الذي هو عبارته عن الحكم التكليفي بمعنى ارتكاب مخالفه المولى و فعل ما هو معصيه له على ما هو المصطلح لعدم

ص: ٣٢

١- (١) الوسائل كتاب النكاح باب ٢٤ [١] ان العبد اذا تزوج بغير اذن مولاه كان العقد موقوفا على الاجازة منه.

الامر و النهى من السيد و انما المراد من العصيان هو التجاوز عن الحد فاذا اجاز جاز الذى هو الحكم الوضعى بمعنى التصرف فى حق المولى بنكاحه لمن يشاء فان ذلك حقا للمولى و حينئذ يمكن التعدى لكل شخص متجاوز على صاحب الحق كحق المرتهن و حق الديان او بيع ملك الغير حتى مع قصد البيع لنفسه. نعم لو كان العصيان بمعنى مخالفه الامر و النهى الذى هو حكم تكليفى فلا- وجه لاستفاده الكبرى من جهة الغاء الخصوصية لعدم وجود المناط فى سائر المعاملات الفضوليه لذا قال الشيخ الانصارى(قده)«و يستانس بذلك لصحة الفضولى»لا انه يدل عليه و لكنك قد عرفت ان معنى العصيان هو ما ذكرنا سابقا فلا يبعد الاستدلال بهذه الاخبار على صحة الفضولى و مع الاغماض عما ذكر فيمكن التمسك بفحوى هذه الاخبار الداله على صحة الفضولى فى النكاح مع ما دل على تأكد الاحتياط فى الفروج و انه يكون منه الولد المناسب لشده الاهتمام فى الاحتياط فيه فاذا جاز ذلك فيما كان الاحتياط فيه اشد جاز فيما كان الاحتياط فيه اضعف بطريق اولى و قد تمسك بها الشهيد(قده)فى غايه المراد و وافقه على ذلك صاحب الرياض(قده)الا ان الشيخ(قده)و هن هذه الفحوى بما روى عن العلاء بن سيبه قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه و كلت رجلا بان يزوجها من رجل الى ان قال:فقال عليه السلام ان النكاح احرى و احرى ان يحتاط فيه و هو فرج و منه الولد...الحديث (1)ردا على العامه المفصلين بين بيعه و تزويجه بالصحة فى الاول و البطلان فى الثانى قائلا سبحان الله ما اجور هذا الحكم و افسده،الظاهر فى كون

ص: ٣٣

١- ١) الوسائل كتاب الوكاله باب ٢ [١] ان الوكيل اذا تصرف بعد عزله قبل ان يعلم و فى الوسائل [٢]ايضا فى كتاب النكاح باب ٥ [٣] وجوب الاحتياط فى النكاح من ابواب مقدمات النكاح. [٤]

الصحة و النفوذ هو الموافق للاحتياط دون البطلان فاذا حكموا بما يوافق الاحتياط فى موارد الاضعف و هو البيع يلزمهم الحكم به فيما كان الاحتياط فيه اشد و هو النكاح بطريق اولى و بعبارة اخرى ان هذا النص يدل على ان الفضولى لو كان صحيحا فى البيع لكان صحيحا فى النكاح بطريق اولى فانه عليه السلام جعل البيع اصلا و النكاح فرعا فصحة البيع تقتضى اولويه صحة النكاح، و على هذا فلا تتم اولويه صحة البيع من صحة النكاح فلا يصح التمسك بالفحوى و لكن لا يخفى ان هذه الرواية لا توهن الفحوى. بيان ذلك يتوقف على رسم امور: الاول ان الوكاله، اما اذنيه و اما عقديه، اما الاذنيه التى هى نفس الرضا يكفى فى تصرف الوكيل فصحة تصرفه تحتاج الى مقارنه رضاه لفعله فمع رجوع الموكل عن الاذن يقع فعل الوكيل مع جهله برجوعه باطلا، و اما العقديه الذى هو عبارة عن تفويض الامر الى الوكيل فلا يبطل فعل الوكيل بمجرد عزل الموكل إياه ما لم يبلغه العزل لأن تفويض الأمر المفوض اليه لا يرتفع عنه بمجرد العزل الواقعى لكونه قبل بلوغ العزل و كىل واقعا فلا يتحقق سلبه عن الوكاله واقعا و لو انشأ عزله الف مره إلا ان يبلغه العزل فترتفع وكالته.

فعل الوكيل له جهتان

الأمر الثانى ان فعل الوكيل بعد العزل مع جهله به له جهتان جهه توسعه للموكل و جهه تضيق عليه، اما جهه التوسعه فلنفوذ فعل الوكيل عنه و عدم انفساخ وكالته بمجرد العزل بحيث يحتاج فى اسناد فعل الوكيل الى نفسه الى انشاء وكاله مستأنفه بل فعل الوكيل بلا توكيل جديد يستند اليه و يقع عنه و هذا سعه للموكل، و اما جهه تضيقه فلنفوذ فعل الوكيل على الموكل رضى به ام لم يرض به، فالحكم بصحة ما يفعله الوكيل بعد العزل الجاهل به يمكن ان يكون من جهه

التوسعه و يمكن ان يكون من جهه التضييق و لا بد من تشخيص ذلك من بيان الامام عليه السلام لا اجماله.

الامر الثالث: اذا كان شيئان احدهما اهم من الاخر كالنكاح بالنسبه الى البيع فاذا ثبت فى الهم منهما توسعه يثبت فى المهم بطريق اولى كما انه اذا ثبت فى المهم تضييق ثبت فى الهم تضييق بطريق اولى فالتوسعه و التضييق يتعاكسان بالنسبه اليهما.

اذا عرفت ذلك فاعلم ان عدم انفساخ الوكاله بمجرد العزل قبل علم الوكيل به يكون ضيقا على الموكل بمقتضى نفوذ فعل الوكيل عليه و الامام عليه السلام فى مقام بيان الرد على العامه بان هذا الحكم الذى هو ضيق على الموكل اذا كان ثابتا فى البيع الذى هو مهم بالنسبه الى النكاح و انتم تقولون بثبوتها و تحكمون بصحة بيع الوكيل بعد العزل واقعا يكون ثبوتها فى النكاح الذى هو اهم بطريق اولى فلم لا تقولون به فى النكاح، و لا يخفى ان هذا المعنى غير مناف مع التمسك بفحوى صحه الفضولى فى البيع اذا كان صحيحا فى النكاح و ذلك ان صحته فى النكاح توسعه و اذا ثبتت التوسعه فى النكاح الهم يكون ثبوتها فى البيع بطريق اولى.

و هذا الذى ذكرنا هو الحق فى تصحيح الفحوى لا ما ذكره الشيخ (قده) بما حاصله ان التزويج الصادر من الوكيل قبل علمه بالعزل ان بنينا على بطلانه فتكون المرأه خليه عن الزوج فلو تزوجت بالغير و كان النكاح فى الواقع صحيحا لزم الزنا بذات البعل و لو بنينا على صحته و كان فى الواقع باطلا- لزم الزنا بغير ذات البعل فالامر يدور بين الحكم بالبطلان المحتمل معه وقوع الزنا بذات البعل او الحكم بصحته المحتمل معه الزنا بالخليه عن البعل يكون الحكم الثانى اقرب

الى الاحتياط فانه و ان كان حسنا الا انه خلاف ما يستفاد من النص اذ ليس فى مقام بيان الحكم الظاهرى عند الشك فى صحه النكاح واقعا و انما الذى يستفاد منه هو صحه النكاح و عدم عزل الوكيل بمجرد العزل قبل العلم به واقعا غايه الامر يكون بيانه بيان اولويه صحته عن صحه البيع بتقريب ان الحكم بالصحه حكم تضييقى و هو فى الاهم اولى و بالجمله لا مانع من التمسك بالفحوى على صحه العقد الفضولى بالاولويه و حيث انتهى الكلام الى بحث الفضولى فلا بأس بذكره على نحو الاجمال

العقد الفضولى

لا- يخفى قد وقع الكلام فى العقد الفضولى فليل بطلانه استنادا الى انه توقفه على الاجازه المتأخره فيكون من قبيل الشرط المتأخر الذى هو من المحالات الاوليه للزوم تقدم المعلول على بعض اجزاء العله و الى بعض الروايات مثل قوله صلى الله عليه و آله: لا تبع ما ليس عندك (١) و قوله صلى الله عليه و آله لا يبيع الا فيما يملك (٢) و روايه محمد بن الحسن الصفار الى ان قال فوقع عليه السلام لا يجوز بيع ما ليس بملك (٣) و روايه محمد بن القاسم بن فضيل قال سألت ابا الحسن الاول عليه السلام

ص: ٣٦

١- ١) الوسائل كتاب التجاره باب ٧/ [١] لا يجوز بيع ما ليس عنده من ابواب العقود.

٢- ٢) الخلاف كتاب البيوع مسأله ٢٧٥ اذا باع انسان ملك غيره كان البيع باطلا.

٣- ٣) الوسائل كتاب التجاره باب ٢ [٢] ان من باع ما يملك و ما لا يملك صح البيع فيما يملك خاصه من ابواب عقد البيع.

الى ان قال ليمنعها اشد المنع فانها باعته ما لم تملكه (١) ومكاتبه الحميري أن الامام عجل الله فرجه اجابه (الضيعة لا يجوز ابتاعها الا من مالکها او بأمره او رضى منه) ٢ و لكن لا يخفى ما فيه.

اما عن النبوى فالمراد من الموصل هو العين الشخصيه لا ما يشمل الكلى فان فى الكلى يجوز فيه السلف فحينئذ الروايه دائره بين احد امرين اما ان يكون المراد النهى عن بيع مال الغير الذى هو مجرد انشاء فيدل على بطلان بيع الفضولى و اما ان يكون المراد بيع العين من نفسه ثم يمضى و يشتريها من مالکها و هذا المعنى اظهر لما هو المنقول ان حكيم بن حزام كان دلالة فنهاه النبى صلى الله عليه و آله عن ذلك فتدخل هذه المعامله فى باب من باع شيئا ثم ملك و حينئذ يكون المقصود من النهى عدم ترتب الاثر عليه من حيث انه يبعه و كان واقعا عن نفسه و لا منافاه بين عدم وقوعه من العاقد الذى اوقعه عن نفسه و بين وقوعه من المالك اذا اجاز. و عليه يخرج من النهى عن بيع الفضولى.

و اما روايه محمد بن الحسن الصفار فيمكن قراءه كلمه (يملك) بصيغه فعل المجهول اى بطلان بيع ما يملك كالخنزير و الخمر او كالحشرات و الديدان و اما لو قرأ مبنيًا للمعلوم ايضا لا- يدل على بطلان بيع الفضولى الا- اذا اريد من نهى البيع بالمعنى المصدرى اى من ناحيه السبب الراجع الى ناحيه الانشاء.

و اما لو اريد من البيع الاسم المصدرى اى ناحيه المسبب الراجع الى نفس الملكيه فيخرج عن مورد الفضولى اذ لا اشكال فى توقف البيع بالمعنى الاسم المصدرى على الاجازه فلا يقع عن الفضولى

ص: ٣٧

١- ١ و ٢) الوسائل كتاب التجاره باب اشتراط كون البيع مملوكا او ماذونا فى بيعه. [١]

قطعا على انه لو قلنا ان المراد من البيع هو المعنى المصدري و مع ذلك لا ينافى من انه يقع صحيحا لو تحققت الاجازة على ما هو المختار من انه على القاعده كما سيأتى بيانه انشاء الله تعالى.

و اما روايه محمد بن القاسم فلا دلالة لها على بطلان البيع الفضولي و انما هي داله على عدم اعطاء الثمن للبايع الفضولي و من الواضح ان ذلك راجع الى ناحيه المسبب الذى هو بمعنى الاسم المصدري و لا اشكال انه لا يتحقق ما لم تلحقه الاجازة و لا يدل على بطلانه من ناحيه السبب اى الانشاء الذى هو المعنى المصدري.

و اما ما عن الحميرى فان دلالة ما اجابه عجل الله فرجه على صحة الفضولى اظهر منه فى الدلالة على بطلانه اذ المراد من الابتياح من المالك هو ايقاع العقد من المالك بالمباشره و المراد من (بامره) هو ايقاعه من وكيله و المراد من رضائه هو ايقاعه عن الفضولى و اجازته ثم ان الشيخ الانصارى (قده) قال لو قلنا بدلالته على المنع الا ان ادله الجواز تقدم عليها لاختصاصيتها و لكن لا يخفى ان النسبه بينها و بين ادله المنع تبين حيث ان اخبار الجواز ناظره الى ناحيه المسببات و اخبار المنع ناظره الى ناحيه الاسباب و بينهما تبين و اما كون الاجازة من الشرط المتأخر فهو ممنوع لرجوعه الى عنوان التعقب الذى يكون من الشرط المقارن. اذا عرفت ذلك فاعلم ان الحق هو صحة العقد الفضولى بمعنى صحه تاهليه اى يصح اذا لحقته الاجازة بيان ذلك يتوقف على ذكر امور الاول انه لا يكفى الرضا الباطنى بل يحتاج فى تصحيح العقد الفضولى الى اسناد المعامله الى المالك كما هو المتسالم عليه عند الاصحاب فقد استدل على نفوذ عقد المكره بالاجازة بفحوى صحه عقد الفضولى بها و ذلك مبنى على اعتبار الاسناد فى العقد بتقريب ان عقد الفضولى فاقد لجهتين و هما

الاسناد و الرضا و عقد المكره فاقد لجهه واحده و هى الرضا و ما هو فاقد للجهتين لو صح بالتعقب بالاجازه تكون صحه الفاقد لجهه واحده بها اولى و من الواضح ان هذا الاستدلال مناف مع اختيار عدم اعتبار الاسناد اذ على القول بعدم اعتباره يصير حال عقد الفضولى كعقد المكره من غير اولويه فى البين و قد ادعى الشيخ الانصارى (قده) كفايه الرضا الباطنى بالعمومات ك أوفوا بِالْعُقُودِ (١) و احل الله البيع و قوله صلى الله عليه و آله لا يحل مال امرء الابطيبي نفسه (٢) و روايه معاويه بن وهب قال جاء رجل الى ابى عبد الله (ع) فقال انى كنت مملوكا لقوم و انى تزوجت امرأه بغير اذن مولاي ثم اعتقونى بعد ذلك فاجدد نكاحى اياها حين اعتقت فقال له اكانوا علموا انك تزوجت امرأه و انت مملوك لهم؟ فقال نعم و سكتوا عنى و لم يعترضوا على قال فقال سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول (٣) و لكن لا- يخفى ان شيئا منها لا- دلالة على مدعاه اما عموم (اوفوا بالعقود) فيدل على ما ادعيناه من اعتبار الاستناد اولى مما ادعاه فان مقابله الجمع للجمع يقتضى التوزيع حيث ان مفاد الآيه ان كل احد يجب عليه الوفاء بعقده لا بالعقد الصادر عن الاجنبى فالعقد الصادر عن الفضولى ما لم يستند الى المالك لا يكون متعلقا لخطاب اوفوا من غير فرق بين القول بان وجوب الوفاء حكم وضعى كما هو الحق

ص: ٣٩

١-١) سورة المائدة الآية ١. [١]

٢-٢) الخلاف كتاب الغصب مسأله ٢٠ و فيها قال النبى صلى الله عليه و آله لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب من نفسه.

٣-٣) الوسائل كتاب النكاح باب ٢٦ [٢] ان العبد إذا تزوج بغير اذن مولاه كان سكوته بعد علمه كافيا فى الاجازه من ابواب نكاح العبيد و الآماء.

او انه حكم تكليفي ينتزع منه الحكم الوضعي و اما آيه الحل فالمراد من البيع فى الآيه ما كان عبارته عن المبادله بين المالكين المسمى بالاسم المصدري و من الواضح ان ذلك لا يصدر من الفضولى و انما الذى يصدر منه هو نفس الانشاء الذى هو المعنى المصدري و مع عدم الاستناد ليس يباع لكى يتعلق به حكم الحل المستفاد من قوله تعالى (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) (١)

و اما روايه الحل فانما تدل على اعتبار الرضا فى العقد و لا تنفى اعتبار غيره و يكون قوله لا صلاحه الا بفاتحه الكتاب فانه يدل على اعتبار الفاتحه فى الصلاه و لا تنفى اعتبار ما عداها و اما ما دل على ان سكوت المولى عند علمه بنكاح عبده اقرار فدلالته على المدعى اولى مما ادعاه حيث ان الاقرار أمر وجودى فهو تثبيت للامر الصادر عن العبد و من الواضح ان ذلك اجازته لما صدر من العبد و بالجمله السكوت بما هو سكوت ليس موجبا لتنفيذ النكاح بل اقراره يكون موجبا لتنفيذه كما قلنا ذلك فى ان سكوت من له الخيار عن الفسخ مع علمه بان له الخيار يجعل تثبيتا للعقد و ذلك يوجب سقوط خياره و بذلك يستدل على ثبوت الفوريه فى جملة من الخيارات كما لا يخفى.

الأمر الثانى: ان العقود و الايقاعات من الايجاد و الايجادات تنقسم على قسمين: تارة تتعلق بالامور الخارجيه التى موطنها الخارج بمعنى ان وجودها و عالم تحققها انما هو الخارج و اخرى تتعلق بالامور الاعتباريه فما كان من قبيل الأول فلا يعقل التفكيك بين ايجادها و وجودها كالانكسار بالنسبه الى الكسر و التسخين يتحقق بالنسبه الى وجود الحراره و ما كان من قبيل الثانى فيكون على نحوين فتارة يتحقق المنشأ فى موطن الانشاء كالايجاد المتعلق بالأمر الخارج فانه لا ينفك المنشأ فيه لوجوده

ص: ٤٠

الانشائي و اخرى يتحقق المنشأ فى عالم الاعتبار كما اذا توقف تحققه على امر اعتبارى ممن بيده الاعتبار اذ ليس كل منشىء يتحقق فى عالم الاعتبار كما لو قلت ملكتك السماء مثلا فانه بهذا الانشاء يتحقق المعنى الانشائي و لكنه لا يتحقق له فى عالم الاعتبار.

الأمر الثالث ان الخارجيات تاره تقبل النيايه كالضرب مثلا و اخرى لا تقبله و على كلا التقديرين فشىء منهما لا يقبل الفضولى اما ما لا- يكون قابلا للنيايه فواضح اذ كلما كان تحققه بالمباشره محضا فكيف يدخله الفضولى و اما ما يكون قابلا للنيايه فان كان باذن من الغير سابقا على وقوعه يكون مستندا الى الاذن و ان لم يكن مسبقا بالاذن فلا يكون بالاذن اللاحق يستند اليه كما اذا ضرب ضارب و بعد صدوره فقد اجزت ضربته فانه لا يستند اليك اذ الشىء لا يتغير عما وقع ففى مثله يستحيل تأثير الاجازه اللاحقه فلا يدخله الفضولى بوجه من الوجوه.

الامر الرابع ان الاعتبارات التى لا- تقبل النيايه لا- تدخله الفضولى و القابل منها للنيايه فبالنسبه الى صدوره الذى هو المعنى المصدرى لا تؤثر فيه الاجازه المتاخره اذ غير صالح لتاثيرها كما هو بالنسبه الى المعنى المصدرى فى الخارجيات و اما بالنسبه الى تحققه فى عالم الاعتبار الذى هو الاسم المصدرى تكون قابله لتأثير الاجازه فانه بتحققها يحصل الاستناد و بهذا يفترق عن الخارجيات حيث ان فى الخارجيات لا ينفك الوقوع عن الصدور و فى المقام ينفك الوقوع عن الصدور لا مكان تخلفه لاجل توقفه على امر مترقب من اعتبار ممن بيده الاعتبار او اجازته أو نحو ذلك.

فعليه يكون تحققه فى عالم الاعتبار الذى هو المعنى الاسم المصدرى لو لا الاجازه متنفذا لو لا الاجازه و لذا نقول ان الاجازه انما تقع على عقد محقق بنحو تؤثر فى نفوذه و يترتب الاثر عليه

بتحقق الاجازه لا- انه تكون هي بنفسها مما يترتب عليها الأثر، و عليه لا- يدخل الفضولي في مثل اداء الدين و اداء الزكاه و الخمس من المتبرع و انه بمجرد تاديه ذلك يوجب تخليه ذمه المديون منها بلا- توقف على اجازة المديون و كما في مثل الرجوع و جميع العقود الاذنيه التي يكفى فيها الاذن فان الاجازة فيها اما رجوع او اذن. اذا عرفت ذلك فاعلم ان العقد الفضولي على القاعده حيث انه بلحوق الاجازة يتحقق الاستناد فاذا تحقق الاستناد صار العقد الفضولي عقدا حقيقه للمجيز فيدخل تحت عموم اوفوا بالعقود او تجاره عن تراض و اما احتمال اعتبار المباشرة يدفع بالعمومات و بعباره اخرى يرجع الشك في اعتبار صدور المعنى المصدري عن له الاجازة زائدا عن اعتبار الاستناد-الذى هو الاسم المصدري- اليه فيدفع اعتباره بالاطلاقات و مما ذكرنا ظهر بطلان ما قيل بان كلما تدخله النيابة صح فيه الفضولي لما عرفت ان اداء الدين و نحوه تصح فيه النيابة و لا تصح من الفضولي و هذا الذى ذكرناه من التمسك بالعموم اولى مما تمسك الشيخ الانصارى بالعموم بما حاصله ان العقد الخالى من الاذن لا- يوجب سلب العقد عنه و الذى خرج من تحت العموم هو ما لم يكن مع الاذن لا لاحقا و لا سابقا و لما الذى تلحقه الاجازة فداخل تحت العموم و حينئذ يتمسك بالعموم و الحاصل ان المخصص المنفصل اذا كان مجملا مفهوما يتمسك بالعموم فى الفرد المشكوك لأنك قد عرفت ان معنى وجوب الوفاء بالعقود هو كل عقد مستند لكل شخص يجب الوفاء فما لم يكن مستندا الى المالك لا يجب الوفاء به و بالجمله العقد بدون اذن لا يدخل تحت العموم على ان المخصص فى المقام ليس منفصلا فان تجاره قد قيدت بالتراضى المقارن فيكون المعنى التجاره الناشئه من التراضى و اما عموم (اوفوا) (و احل الله البيع) فهو

مقيّد بالتجاره المقترنه بالتراضى هذا كله بالنسبه الى القواعد العامه الداله على صحه الفضولى و اما بالنسبه الى الادله الخاصه منها ما تقدم من فحوى الاخبار الداله على صحه نكاح الفضولى و قد تقدم بيانها على نحو التفصيل و منها قضيه عروه البارقى روى عن النبى صلى الله عليه و آله انه عرض له جلب فاعطى عروه البارقى دينارا ليشتري شاه للاضحيه فاشترى به شاتين ثم باع احدهما بدينار فجاء الى النبى صلى الله عليه و آله بشاه و دينار فقال هذه الشاه و هذا ديناركم فقال النبى صلى الله عليه و آله كيف صنعت؟ فذكر له ما صنع فقال له النبى بارك الله فى صفقه يمينك (1) فان شراء الشاتين و ان كان ربما يوجه بنحو يخرج عن الفضولى بدعوى ان قوله صلى الله عليه و آله اشتر لناشاه غرضه جنس الشاه الصادق على الواحد و الاثنين الا ان بيعه لشاه فضولى و لكن لا- يخفى انه من المحتمل ان يكون عروه انما هو و كيل مفوض من قبل النبى صلى الله عليه و آله و مع هذا الاحتمال يسقط الاستدلال بهذه الروايه على صحه الفضولى و هذا هو الذى يرد الروايه لا ما ذكره الشيخ (قده) من الاشكال على التمسك بها بان علم عروه برضا النبى بما فعل و الا- لزم القول بان عروه فعل حراما فى القبض و الاقباض فانهما فى البيع الفضولى حرام لانه تصرف بمال الغير ثم ايد ذلك بان الظاهر ان فعل عروه من باب المعاطاه قائلا بان مجرد الرضا و وصول كلا العوضين كاف فى صحه المعاطاه لما يرد عليه اولا ان علمه برضا النبى صلى الله عليه و آله يوجب رفع

ص: ٤٣

١- ١) الخلاف كتاب الوكاله: مسأله ٢٢ اذا و كله فى شراء شاه بدينار و اعطاه و اشترى به شاتين يساوى كل واحد منهما دينارا ص ٢٥٠ طبعه طهران كذا فى البخارى و غيره الا فى مسند ابن حنبل و غيره لم يذكر الظرف اعنى (به).

الحرمة لا- نفوذ المعامله اذ لا- ملازمه بين التكليف و الوضع فيمكن ان يكون النفوذ متوقفا على مبرز للرضا و للتكليف يحصل بنفس الرضا الباطنى و ثانيا لا- نفهم وجه كون الظاهر ان معامله عروه معاطاته مع ان التكلم بالطبيعه عند العرب اسهل شىء عندهم و ثالثا دعوى ان المناط فى حصول المعاطاه هو وصول العوضين ممنوع اذ التمليك لا بد و ان يكون بانشاء قولى او فعلى فلا- تحصل المعاطاه المفيده للتمليك دون احدهما بالنسبه الى الامور الجزئيه كوضع الفلوس للحمامى فانها مفيده للاباحه و المقام ليس من ذلك كما لا يخفى و منها صحيحه ابن قيس عن ابى جعفر الباقر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام فى وليده باعها ابن سيدها و ابوها غائب و استولدها الذى اشتراها فولدت منه فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر فقال وليدتى باعها ابنى بغير اذننى فقال صلى الله عليه و آله الحكم ان يأخذ وليدته و ابنها فناشده الذى اشتراها فقال خذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ البيع لك فلما رآه ابوه قال ارسل ابنى قال لا و الله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابنى فلما رأى ذلك سيد الوليده اجاز البيع... الخ (١) وقد ذكر لهذه الروايه موهنات بعضها لا يعبأ بها كمثل ان الحاكم لا يحكم على وفق دعوى المدعى من أن يسمع دعوى المدعى عليه و لكن لا- يخفى عدم ورود هذا الوهن فان الامام عليه السلام بصدد بيان نتيجه حكم الامير عليه السلام و لم يكن بصدد بيان ما له الدخلى فى الحكومه و عمدته ما ذكر فى الموهنات امور ثلاثه الاول الظاهر ان الوطىء فى مفروض المسأله يكون شبهه فحينئذ يكون الولد حرا فكيف له اخذ ولدها و يظهر ذلك من ذيل الروايه (حتى ترسل ابنى)

ص: ٤٤

١- ١) الوسائل كتاب النكاح باب ٨٥ [١] حكم ما لو بيعت الامه بدون اذن سيدها فولدت من المشتري من ابواب نكاح العبيد و الاماء.

الثانى امره عليه السلام باخذ ابن السيد مع انه حر كيف ياخذه و يحبسه الثالث ظهور كون الاجازه هو الرد و قد انعقد الاجماع على بطلانها و يكون الجواب عن الاول هو ان اخذ الابن مقدمه لأخذ الثمن و هو قيمه الولد لأنه على المشتري الواطىء قيمه الولد يوم الولاده و عن الثانى فلما ذكرنا فان اخذ ابن السيد ليأخذ منه حقه من الثمن الذى اعطاه بزعم انه مستحق و اما عن الثالث فليست الروايه من قبيل الاجازه بعد الرد فان الرد لا بد و ان يكون بمبرز و نفس عدم الاذن اعم من الرد كما ان الاجازه تحتاج الى مبرز و مظهر و ليس المقام من قبيل الخيارات المبنيه على الفور فانها بمجرد الالتفات و عدم فسخه يوجب سقوط الخيار لمن له الخيار بخلاف المقام و لو سلمنا و قلنا بانه من قبيل الاجازه بعد الرد فيمكن تميم ذلك بما ذكره الشيخ (قده) بيان ذلك هو ان استفاده الاحكام الكليه من القضايا الشخصيه تحصل باحدى طرق ثلاث الاول ان يذكر فى الروايه احدى الصغريات مع الكبرى الكليه او ما يكون بمنزلتها كالعله المنصوصه غير المضافه الى محلها كقولنا الخمر حرام لكونه مسكرا، الطريق الثانى كون القضييه الشخصيه فى مورد الروايه مع القضايا الشخصيه الاخر متحد النوع بحسب الخصوصيات المكتنفه و هذا الطريق غير مفيد فى المقام لأن احتمالها مع كون الاجازه بعد الرد مانع من العمل بها فى موردها فضلا عن التعدى لأمثالها، الثالث استفاده الحكم الكلى من حكم القضييه الشخصيه الا انه بالغاء خصوصيه المورد لمناسبه بين الحكم و الموضوع او من جهه اخرى كما لو كان هناك دلاله اقوى و اظهر كما فى ما نحن فيه فان اخذ ابنه حتى ينفذ البيع لك و قوله و لما رأى ذلك سيد الوليده اجاز بيع ابنه اظهر و اقوى فى نفوذ اجازته المالك للعقد الواقع على ملكه من كون الاجازه بعد الرد بل هو نص فلا بد من رفع

اليد عن ظهور كون الاجازة بعد الرد و تاويله فالتمسك بالروايه لا باس به و لنكتفى بذلك و قد استوفينا الكلام فى بحث الفضولى فى تعليقتنا على مكاسب الشيخ الانصارى(قده).

لومات احد الزوجين قبل الدخول

السابعه: لو مات الزوج او الزوجه قبل الدخول فهل يثبت تمام المهر او نصفه قيل تمام المهر فيهما؟ و ادعى على ذلك شهره الاصحاب كما فى الجواهر مضافا الى انه بالعقد تستحق المهر بتمامه و لم يثبت كون موت احدهما موجبا لتنصيف المهر و لذا يكون نمائوه لها، كما تشهد بذلك روايات كثيره كروايه ابن ابى عمير عن ابى بكير عن عبيد بن زراره قال قلت لابي عبد الله(ع): عن رجل تزوج امرأه على مئه شاه ثم ساق اليها الغنم ثم طلقها قبل ان يدخل بها و قد ولدت الغنم، قال:

(ان كانت الغنم حملت عنده رجعت بنصفها و نصف اولادها، و ان لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها و لم يرجع من الاولاد شىء) (١) الى غير ذلك من الاخبار المستفاد منها انه بمجرد العقد تملك الزوجه تمام المهر و بالطلاق يرجع نصفه اذا كان قبل الدخول، و هذا هو معنى ان المهر بتمامه تستقر ملكيه الزوجه له بالدخول و ليس معناه انه لا ملكيه لها قبل الدخول إلا بنصف المهر و بالدخول تملك تمامه، لعدم اخذ المهر فى النكاح بنحو العوضيه و انما هو اشبه بالمعاوضه. نعم بعض الروايات يستفاد منها عدم تملكها لتمام المهر بل تملك نصفه بالعقد و نصفه الآخر بالدخول كروايه ابى بصير عن ابى عبد الله(ع) قال: سألته عن رجل تزوج امرأه على بستان له معروف و له غله كثيره ثم مكث سنين لم يدخل بها ثم طلقها، قال: (ينظر الى ما صار اليه من غله البستان

ص: ٤٦

١- ١) الوسائل كتاب النكاح باب ٣٣ [١] حكم من تزوج على غنم و رقيق فولدت عند الزوجه من ابواب المهور.

من يوم تزوجها فيعطيها نصفه و يعطيها نصف البستان إلا- ان تعفو فيتقبل منه و يصطلحا على شىء ترضى به منه فانه اقرب للتقوى (١)، و لكن لا يخفى انها تحمل على الاستحباب كما هو ظاهر ذيلها مضافا الى انه لا بد من طرحها للاخبار الكثيره الداله على خلافها.

فالانصاف ان القول بأن الزوجه لا تملك بالعقد الا النصف ضعيف و ان قال به بعض القدماء فعليه لها النماء المتجدد بين العقد و الطلاق و يرجع عليها بالنصف لو خلعها على مهرها أو طلقها عليه او وهبته إياها أو ابرأته منه، كما انه تعطى زكاه لو امهرها نصابا و قبضها اياها ثم طلقها بعد مضى الحول، كما انه يجوز لها التصرف بتمام المهر و لا يتوقف على اجازته و لا يتعلق الحجر به لو حجر على الزوج لفلس لما عرفت من دون ان المهر يملك بتمامه و رجوع نصفه الى الزوج يحتاج الى سبب جديد، و قد ثبت فى الكتاب و السنه عود النصف الى الزوج بالطلاق فهو احد الاسباب الناقله. و اما موت احد الزوجين فهل هو كالطلاق سبب ناقل لنصفه او تملك تمامه، او بموت الزوجه، الزوج يرث نصف المهر، و بموت الزوج الزوجه تملك تمام المهر اقوال الاقوى هو الاول، و ينبغى ان يعلم اولا ان اخبار الباب على طوائف ثلاث:

الطائفة الاولى الداله على ان موت كل من الزوج و الزوجه قبل الدخول يستحق الاخر النصف، منها ما رواه ثقه الاسلام الكلينى باسناد صحيح عن زراره قال: سألته عن المرأه تموت قبل ان يدخل بها او يموت الزوج قبل ان يدخل بها، قال أيهما مات فللمرأه نصف ما فرض

ص: ٤٧

١- ١) الوسائل كتاب النكاح باب ٣٠ [١] ان من طلق امرأته قبل الدخول كان لها نصف المهر من ابواب المهور

لها، و ان لم يكن فرض لها فلا مهر لها، (١) و منها الموثق كالصحيح عن عبيد بن زرارہ قال: سألت ابا عبد الله (ع) الى ان قال:

(ان هلكت او هلك او طلقها فلها نصف المهر)، (٢) و منها ما رواه الكليني عن ابن ابي يعفور عن ابي عبد الله (ع) الى ان قال: اذا كان قد فرض لها صداقا فلها نصف المهر و هو يرثها، (٣) و منها ما رواه الكليني عن عبيد بن زرارہ و عن ابي العباس قال: قلنا لأبي عبد الله (ع) ما تقول في رجل تزوج امرأه ثم مات عنها و قد فرض الصداق؟ قال لها نصف الصداق و ترثه من كل شيء و ان ماتت فهو كذلك، (٤) و قد روى الشيخ هذا الخبر عن عبيد بن زرارہ و الفضل ابي العباس عن ابي عبد الله (ع) ٥ كما رواه الشيخ ايضا بذلك السند عن ابي الجارود عن ابي جعفر (ع)، ٦ و منها الصحيح الذي رواه الصدوق عن الحسن بن محبوب عن جميل بن صالح عن ابي عبد الله (ع) في حديث اختين اهديتا لاختين الى ان قال جميل: قيل فان ماتتا؟ قال يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما فيرثانهما الرجلان قيل فان مات الزوجان؟ قال: ترثانهما و لهما نصف المهر. ٧

ص: ٤٨

-
- ١- ١) الوسائل كتاب النكاح باب ٥٨ [١] حكم ما لو مات الزوج او الزوجه قبل الدخول
 - ٢- ٢) الوسائل كتاب النكاح باب ٥١ [٢] ان المهر يتصف بالطلاق قبل الدخول
 - ٣- ٣) الوسائل كتاب النكاح باب ٥٨ [٣] حكم ما لو مات الزوج او الزوجه قبل الدخول
 - ٤- ٤) و ٥ و ٦ و ٧) الوسائل كتاب النكاح باب ٥٨ [٤] حكم ما لو مات الزوج او الزوجه قبل الدخول هل يثبت نصف مهر المسمى ام كله

الطائفه الثانيه الداله على ان الزوجه تستحق نصف المهر بموت زوجها من دون تعرض لموت الزوجه و هي اخبار كثيره:منها الصحيح الذى رواه الكافى عن محمد بن مسلم عن احدهما(ع)فى الرجل يموت و تحته امرأه لم يدخل بها قال لها:نصف المهر و لها الميراث كاملا (١)و هذا الخبر رواه الشيخ بسند آخر ٢ و منها ما رواه الكلينى عن ابى عبيده الحذاء قال:سألت أبا جعفر(ع)عن غلام و جاريه..الخ ٣ و قد تقدم ذكر الخبر فى الجزء الاول فى تزويج الصغيرين،و منها الذى رواه الكلينى فى الموثق كالصحيح عن عبيد بن زراراه قال.سألت ابا عبد الله(ع)عن امرأه هلك زوجها و لم يدخل بها الى ان قال:و ان سمى لها مهرا فلها نصفه ٤.

و منها المرسل كالصحيح المروى فى الكافى عن ابن ابى عمير عن عبد الرحمن عن رجل عن على بن الحسين(ع)فى المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها ان لها نصف الصداق ٥.

و منها الصحيح المروى فى الكافى عن ابن ابى عمير عن حماد عن الحلبي عن ابى عبد الله(ع)قال:ان لم يكن دخل بها و قد فرض لها مهرا فلها نصف ما فرض لها (٢).

و منها الصحيح الذى رواه الكلينى المروى بسند صحيح عن صفوان ابن يحيى عن الحسن الصيقل و ابى العباس عن ابى عبد الله(ع)فى المرأه يموت عنها زوجها قبل ان يدخل بها قال:لها نصف المهر. ٧

ص:٤٩

١- ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل كتاب النكاح باب ٥٨ [١] حكم ما لو مات الزوج او الزوجه قبل الدخول هل يثبت نصف مهر المسمى ام كله

٢- ٧ و ٦) الوسائل كتاب النكاح باب ٥٨ [٢] حكم ما لو مات الزوج او الزوجه قبل الدخول هل يثبت نصف المهر المسمى ام كله

الى غير ذلك من الاخبار الكثيره التي منها الموثق و الصحيح.

الطائفه الثالثه.الداله على ان المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها فلها تمام المهر لا نصفه،منها الصحيح الذى رواه الشيخ عن ابى الصباح الكناني عن ابى عبد الله(ع)قال:اذا توفى الرجل عن امرأه و لم يدخل بها فلها المهر كله ان كان سمي مهرا (1)،و منها الصحيح الذى رواه الشيخ عن الحلبي عن ابى عبد الله(ع)قال:فى المتوفى عنها زوجها اذا لم يدخل بها ان كان فرض لها مهرا فلها مهرها الذى فرض لها و لها الميراث ٢ و رواه الشيخ ايضا بسند آخر،و منها ما رواه الشيخ بسند عن سليمان ابن خالد قال:سألته عن المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها فقال:

(ان كان فرض لها مهرا فلها المهر) ٣ و منها الصحيح الذى رواه الشيخ باسناده عن منصور بن حازم قال:سألت ابا عبد الله(ع)عن الرجل يتزوج المرأه فيموت عنها قيل ان يدخل بها،قال لها:

(صداقها كاملا) ٤ و منها الموثق الذى رواه الشيخ بسنده عن منصور ابن حازم قال:قلت لابي عبد الله(ع)عن رجل تزوج امرأه و سمي لها صداقا ثم مات عنها و لم يدخل بها،قال:(لها المهر كاملا و لها الميراث)قلت:فانهم روى عنك ان لها نصف المهر قال:لا يحفظون منى انما ذلك للمطلقه ٥.

اذا عرفت هذه الطوائف من الاخبار فاعلم ان الشيخ(قدس سره) قال فى الجواهر-بعد ذكره للخبر الأخير من الطائفه الثالثه-(و منه يعلم الوجه فى النصوص المعارضه)و ذكر النصوص المعارضه،قال:

ص: ٥٠

١ - ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل كتاب النكاح باب ٥٨ [١] حكم ما لو مات الزوج او الزوجه قبل الدخول هل يثبت نصف المهر المسمى ام كله.

على انها-اي المعارضه-قاصره عن معارضه ما عرفت من وجوه فلا بأس بطرحها او حملها على استحباب اخذ الزوجه النصف، و ايد ذلك بعض من تأخر بان الخبر الاخير من الطائفه الثالثه-اي خير منصور ابن حازم-المشتمل على قوله (لا يحفظون عني،انما ذلك للمطلقه) مقدم على تلك الاخبار المعارضه لكونه ناظرا اليها فيكون حاكما عليها مضافا الى موافقه اخبار الطائفه الثالثه الى المشهور بل ادعى انه الأشهر.

اقول:ان دعوى التنصيف بالنسبه الى موت الزوج اشهر روايه، بل لا-بد من القول بها تقديماً لأخبار الطائفه الثانيه الداله على استحقاق الزوجه نصف المهر مع موت زوجها.و اما بالنسبه الى موت الزوجه فيبعد الالتزام باستحقاقه تمام المهر،إذ ليس عندنا اخبار تدل على استحقاقه لتمام المهر عند موت زوجته،فانه حسب تتبعي للاخبار لم اجد خبرا يدل على ان الزوج يستحق تمام المهر بموت زوجته.نعم فى موت الزوج بالنسبه الى ما تستحقه الزوجه الاخبار متعارضه.فمنها حسب ما عرفت تقارن موت الزوجه بموت الزوج و يثبت لكل واحد منهما النصف بموت الآخر،و منها اخبار خاصه فى خصوص موت الزوج تثبت ان للزوجه نصف المهر.و فى قبال هذين الطائفتين فى خصوص موت الزوج اخبار آخر تثبت تمام المهر.

ولا- يخفى ان الناظر الى الاخبار يرى ان الطائفه التى تثبت التنصيف فى موت الزوج مؤيده بالاخبار المقارنه بين موت الزوج و موت الزوجه فتقدم على الاخبار المعارضه المثبتة لتمام المهر فى موت الزوج لكونها اشهر روايه فتدخل تحت قوله اذا ورد عنكم الخبران بأيهما أخذ؟

قال: «خذ بما اشتهر بين اصحابك». (1) والمراد منها الشهره فى الروايه المتحققه فى المقام الحاصله من ضم الروايات المختصه بروايات المقارنه.

و دعوى ان الشهره الفتوائيه فى المقام تدل على استحقاق تمام المهر لكل من الزوج او الزوجه فى غير محلها، لما عرفت من تحقق شهره الروايه على خلافها بل ربما يقال. ان قوله عليه السلام (لا يحفظون منى انما ذلك للمطلقه) تلوح عليها آثار التقيه، اذ يبعد من الرواه ان يقع السهو منهم خصوصا مثل الرواه الذين رووا اخبار التنصيف فان فيها الصحيح و الموثق فكيف يقع منهم سهو فيجعلون موت احد الزوجين كالطلاق مضافا الى ان الطائفه الثالثه لا يمكن الاخذ بها لموافقتها لمذهب العامه حسب ما يقال ان العامه تقول بالتمام. فعليه القول بالتنصيف هو الاقوى لما عرفت من تلك الاخبار الكثيره غير الصالحه للمعارضه.

و بالجمله الطائفه الثالثه الداله على تمام المهر للزوجه عند موت زوجها لا يؤخذ بها لمخالفتها للشهره فى الروايه و موافقتها للعامه مضافا الى ما عرفت ان فيها قرائن للحمل على التقيه فلذا يلزم طرحها و لو لم يكن لها معارض. و لا معنى لحمل اخبار التنصيف فى خصوص موت الزوج على الاستحباب إذ سياقها ينافى ذلك الحمل فتكون مقدمه، فيجب الاخذ بها فلم يكن لنا مانع من القول بالتنصيف سوى دعوى الشهره على الخلاف، و مع مساعده الدليل لا مانع من مخالفه الشهره الفتوائيه و مع الغض عن ذلك فلا محيص إلا من القول بالتفصيل بين موت الزوج

ص: ٥٢

(١ - ١) الوسائل كتاب القضاء باب وجوه الجمع بين [١] الاحاديث المختلفه و كيفية العمل بها

و موت الزوجه بالالتزام بالتنصيف فى موت الزوجه و الالتزام بالتمام فى موت الزوج لما عرفت من عدم دليل خاص على التمام فى موت الزوجه.

الاخبار الداله على التنصيف فى موت الزوج

و اما الاخبار الداء على التنصيف بالنسبه الى موت الزوج و موت الزوجه فيلزم طرح بعض الروايه و هو بالنسبه الى موت الزوج للاخبار الخاصه الداله على استحقاق الزوجه لتمام المهر عند موت زوجها تقديمها لها على اخبار التنصيف فيؤخذ ببعض روايه التنصيف و يطرح البعض الآخر، و لا- مانع من التبعض فى الاخبار كما وقع مثل ذلك بالنسبه الى نذر الزوجه فان الاصحاب استدلوا بصحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق (ع): «ليس للمرأة مع زوجها امر فى عتق و لا صدقه و لا تدبير و لا هبه و لا نذر فى مالها إلا فى حج او زكاه او بر والديها او صلته رحمها (1)» و باسناد آخر عن عبد الله بن سنان مثله إلا انه قال او صلته قرابتها» ٢ الروايه، على ان نذرها لا- ينعقد إلا- باذن الزوج مع ان الروايه مشتمله على ما لا يقولون به فان الاصحاب قديما و حديثا لا يعتبرون فى عتق الزوجه و هبتها و تدبيرها اذن الزوج بل قائلون بصحتها مع عدم اذنه كما فى الجواهر فى كتاب النذر ما لفظه: (اشتمالها على ما لا نقول به لا يضر)، و بالجمله التبعض فى الروايه لا يسقط الاخذ بما هو معمول به عند الاصحاب فاذن يقوى التفصيل بين موت الزوج فلها تمام المهر و موت الزوجه فله نصف المهر و الله العالم.

لو اشبهت المطلقه من الاربع

الثامنه: لو طلق الزوج احد زوجاته الاربع ثم تزوج بخامسه قبل تعيين المطلقه او بعد التعيين ثم اشبهت المطلقه من الاربع فالزوجه المعينه التى تزوج بها اخيرا تعطى ربع نصيب الزوجه اى لها ربع

ص: ٥٣

١- (٢٠١) الوسائل كتاب النذر و العهد باب ١٥ [١] حكم نذر المرأة [٢] بغير اذن زوجها

الثلث او ربع الربع و الباقي ثلاثه ارباع تشترك فيها الزوجات الاربع و عليه شهره الاصحاب بل لا نعلم لها مخالفا غير ابن ادريس فانه قال بالقرعه لكون المقام من الامر المشتبه و هي لكل امر مشتبه. و الذى يقوى هو الاول لصحيحه ابى بصير عن ابى جعفر(ع) الى ان قال قلت: رأيت إن هو خرج الى بعض البلدان فطلق واحده من الاربع و اشهد على طلاقها قوما من اهل تلك البلاد و هم لا يعرفون المرأه ثم تزوج امرأه من اهل تلك البلاد بعد انقضاء عدته التى طلقها ثم مات بعد ما دخل بها كيف يقسم ميراثه؟ قال: «ان كان له ولد فان للمرأه التى تزوجها اخيرا من اهل تلك البلاد ربع ثمن ما ترك، و ان عرفت التى طلقت من الاربع بعينها فلا شىء لها من الميراث و ليس عليها العده قال: و يقسمن الثلاثه النسوه ثلاثه ارباع ثمن ما ترك و عليهن العده و ان لم تعرف التى طلقت من الاربع قسمن النسوه ثلاثه ارباع ثمن ما ترك بينهن جميعا و عليهن جميعا العده» (١) المعمول بهذه الروايه بين الاصحاب و افتوا بمضمونها و بذلك خرجنا عما يقتضيه الاصل من العلم بعدم ارث احد الزوجات الاربع المنقضيه عدتها و لذا تزوج بالخامسه المقتضى لجريان القرعه كما اجرى ذلك ابن ادريس و بعد تعيينها بالقرعه لا تعدد عدته الوفاه، و حينئذ لا بد من الاقتصار على مورد النص و لا يتعدى الحكم الى غير المنصوص كما لو اشتبهت بين زوجتين او ثلاث او كان المفارق لاحدى زوجاته الاربع بفسخ او عيب او نحوهما لعدم استفاده العله من النص لكى تكون من العله المنصوصه حتى يمكننا التعدى او استفاد موضوع عام يشمل جميع الصور، اللهم إلا ان يقال

ص: ٥٤

١- ١) الوسائل كتاب الميراث باب ٩ [١] ان من طلق واحده من اربع و تزوج اخرى و اشتبهت المطلقه من ابواب ميراث الأزواج

المستفاد من النص بان الحكم المذكور فيه انما هو من باب الصلح القهرى الذى يقع من الحاكم كما فى مسأله الودعى مع فرض امتزاج الدرهمين ثم تلف احدهما فالحكم بالتنصيف من باب الصلح القهرى القاطع للنزاع، فحينئذ تكون الروايه على مقتضى القاعده فيتعدى من مورد النص الى بقيه الصور لعدم خصوصيه لكون الزوجات اربعة و لكن الانصاف ان استفاده ذلك محل اشكال و لذا استشكل جامع المقاصد فى تعدى الحكم الى غير المنصوص، و عن الروضه ان القول فى غير مورد النص هو الاقوى.

اقول: لا- مانع من القول بالتخير فى غير مورد النص بين القرعه و الصلح القهرى بالحكم المذكور بل الصلح القهرى على النحو المذكور يتعين لموافقته للاحتياط و بالجمله تعين القرعه لما عدى المنصوص كما صنعه ابن ادريس محل نظر فان القرعه يؤخذ بها فيما لو علم استناد الاصحاب فى الحكم اليها و ذلك فى قليل من الموارد و لم يعمل الاصحاب بعموم انها لكل امر مشتبه كما لا يخفى.

القسم الثانى فى الولاء

القسم الثانى الولاء. بالكسر مصدر، و يقرأ بالفتح ايضا بمعنى القرب و الدنو. و لا يخفى انه احد الاسباب الموجهه للارث بعد فقد النسب اجماعا، بل و ضروره من المذهب و الدين و هو على ثلاثه اقسام مترتبه، و لاء العتق، و ولاء ضامن الجريره، و ولاء الامام.

اما ولاء العتق هو عبارته عن عتق عبده تبرعا و انعاما عليه و لم يكن له قريب من الطبقات الثلاث، و ان لا يتبرأ المعتق بالكسر من جريره المعتق، فلو تبرأ فلا ولاء، بل يكون المعتق بالفتح من السائبه، و بعبارته اخرى ان ولاء العتق يتحقق بامور ثلاث:

الاول ان لا يكون له قريب من النسب من الطبقات الثلاثه،

و يدل عليه ما فى الصحيح انه قضى امير المؤمنين «ع» بهذه الآيه:

وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ الْآيَةِ. و دفع الميراث الى الخاله و لم يعط الموالى شيئا. (١)

الثانى: ان لا يتبرأ المعتق عن جريره المعتق فحينئذ يكون المعتق بالفتح سائبه و لا يرثه للخبر عن السائبه قال: الرجل يعتق غلامه ثم يقول: اذهب حيث شئت ليس لى من ميراثك شىء، و لا على من جريرتك شىء، و يشهد على ذلك شاهدين. (٢)

الثالث: ان يكون التبرع بالعتق، و ان يكون انعاما عليه، فاذا لم يكن كذلك بل عتقه فى واجب ككفاره و نذر من غير فرق بين ان يكون عتق عبد كلى فاعتق عبدا معيناً و فاء بنذره أو ان يكون عتق عبد معين فيعتقه، و فاء بنذره فان ذلك كله لا يعد تبرعا و انعاما عليه.

و يدل على ذلك الاجماع بقسميه و للاخبار الكثيره كخبر اسماعيل ابن الفضل: قال سألت ابا عبد الله «ع» عن الرجل اذا اعتق له ان يضع نفسه حيث شاء و يتولى من احب؟ فقال: اذا اعتق فهو مولى للذى اعتقه، و اذا اعتق و جعل سائبه فله ان يضع نفسه حيث شاء (٣)

ص: ٥٦

-
- ١- ١) الوسائل كتاب الميراث باب الاول ان المعتق لا يرث مع احد من ذوى الارحام من ابواب ولاء العتق و فى التهذيب كتاب الفرائض و المواريث [١] باب ٣١ ميراث الموالى مع ذوى الرحم حديث ٤ ج ٩ ص ٣٢٩
- ٢- ٢) الوسائل كتاب العتق باب ٣٤ [٢] ان من اعتق و جعل المعتق سائبه و تبرأ من جريرته و لا- اولاد له و لا- ميراث و فى الاستبصار كتاب العتق باب ١٤ و لاء السائبه حديث ٢ ج ٤ ص ٢٦ الطبعه الحديثه.
- ٣- ٣) الوسائل كتاب العتق باب ٣٤ [٣] ان من اعتق و جعل سائبه من ابواب العتق.

و سأل ابن ابي الاحوص ابا جعفر عن السائبه فقال:

انظر فى القرآن فما كان فيه (فتحرير رقبه مؤمنه) فتلك يا عمار السائبه التى لا ولاء لاحد عليها إلا الله (1) و سأله ايضا بريد بن معاويه العجلي الى ان قال فقال: ان كانت الرقبه التى كانت على ابيه فى ظهار او شكر واجب عليه فان المعتق سائبه لا سبيل لاحد عليه الى ان قال: و ان كانت الرقبه على ابيه تطوعا و قد كان ابوه امره ان يعتق عنه نسمة فان ولاء المعتق هو ميراث لجميع ولد الميت من الرجال و يكون الذى اشتراها و اعتقها عن ابيه كواحد من الورثة اذا لم يكن للمعتق قرابه من المسلمين احرار يرثونه قال: و ان كان ابنه الذى اشترى الرقبه فاعتقها عن ابيه من ماله بعد موت ابيه تطوعا منه من غير ان يكون ابوه امره بذلك فان ولاءه و ميراثه للذى اشتراه من ماله فاعتق عن ابيه اذا لم يكن للمعتق وارث من قرابه (2) الى غير ذلك من الاخبار. و انت كما ترى هذه الاخبار داله على ان العتق اذا كان فى واجب مثل كفاره اليمين او الظهار لا يرثه و لا يكون له ولاء، فما قيل، بانه يكون له ولاء كما عن بعضهم للصحيح عن الرجل يعتق فى كفاره اليمين او الظهار لمن يكن الولاء؟ قال للذى يعتق (3) ضعيف، لعدم العمل بهذا الخبر فلا يصلح

ص: ٥٧

-
- ١- ١) الكافى كتاب الميراث باب ولاء السائبه حديث ٢ ج ٧ [١] ص ١٧١ و فى التهذيب باب الزيادات ملحق فى كتاب الميراث حديث ١٧ ج ٩ ص ١٧٤ و فى الوسائل كتاب العتق باب ٤١ [٢] ان المعتق واجبا سائبه من ابواب العتق
- ٢- ٢) الكافى كتاب الميراث باب ولاء السائبه حديث ٧ ج ٧ [٣] ص ١٧٢ و فى الوسائل كتاب العتق باب ٣٨ [٤] ان المعتق اذا مات انتقل الولاء لاولاده
- ٣- ٣) الاستبصار كتاب العتق باب ١٤ ولاء السائبه حديث ٤ ج ٤ ص ٢٦ و فى الوسائل كتاب العتق باب ٤١ [٥] ان المعتق واجبا سائبه لا ولاء

لمعارضه تلك الاخبار الكثيره لذا لا بد من حملة على صورته التوالى بعد العتق او على التبرع عن غيره بالعتق للكفار اذ قلنا بانه من التبرع مضافا الى موافقته للعامه فيحمل على التقيه. ثم لا يخفى ان المستفاد من الاخبار التبرع و الانعام، فلو انعتق عليه لتنكيه اياه لا- يكون له ولاؤه لعدم كونه انعاما و عليه الاجماع، و لروايه ابى بصير عن الباقر(ع) قال: قضى امير المؤمنين(ع) فيمن نكل بمملوكه انه حر لا سبيل له عليه سائبه يذهب فيتولى الى من احب فاذا ضمن جريرته فهو يرثه (١).

و اما المدبر و الموصى بعته فالظاهر ان الولاء له لا طلاق الاخبار.

و دعوى انه احداث بعد الموت ممنوعه فان الوصيه و التدبير احداث فى حال الحياه مضافا الى خبر بريد بن معاويه المتقدم، بل ربما يقال انه لو اعتقه وصيه من ثلثه تطوعا ليس من الاحداث بعد الموت.

و اما المكاتب فالظاهر انه لا ولاء عليه لعدم صدق التبرع و الانعام نعم وقع الكلام لو شرط عليه الولاء فقيل انه لا ولاء له لعدم صدق التبرع و لمرسل ابن ابى عمير عن الصادق(ع) عن رجل كاتب مملوكه و اشترط عليها ان ميراثها له فرفع ذلك الى امير المؤمنين فابطل شرطه و قال:

«شرط الله قبل شرطك» (٢) و لكن لا- يخفى انه يثبت الولاء على المكاتب مع الشرط لروايتى محمد بن قيس حسنته و صحيحته. اما حسنته فعن

ص: ٥٨

١- ١) الوسائل كتاب الميراث باب ١ ان ضامن الجريره يرث مع عدم الإنساب فى العتق من ابواب ولاء ضامن الجريره و الام [١] امه

٢- ٢) التهذيب كتاب الميراث باب ٣٤ فى ميراث المكاتب حديث ١٣ ج ٩ ص ٣٥٣ الطبعه الحديث الوسائل كتاب الميراث باب ٢٢ ان من شرط على المكاتب ميراثه بطل الشرط من ابواب موانع الارث

الباقر(ع)و ان اشترط السيد ولاء المكاتب فافر الذي كوتب فله ولاؤه (١)و اما صحيحته قضى امير المؤمنين(ع)فى مكاتب اشترط عليه ولاءه اذا اعتق الى ان قال:فألحق ولده بموالى ابيه (٢)،

المؤمنون عند شروطهم

و خبر ابن سنان قضى امير المؤمنين فى من كاتب عبدا له ان يشترط ولاءه اذا كاتبه (٣)مضافا الى عموم(المؤمنون عند شروطهم) (٤)و اما مرسله ابن ابى عمير فتحمل على ما اذا كان له قريب فيكون الميراث لقريبه لما عرفت انه لا ولاء لاحد اذا كان له وارث من نسب،بل ربما يقال بثبوت الولاء لمن اشترطه على العبد الذى اشتراه لنفسه لعموم(المؤمنون عند شروطهم)بناء على ان الشرط فى الحديث اعم من الشرط الابتدائى و الموجود فى ضمن العقد و القول به محل نظر،إذ المتفاهم من الشرط عبارته عن الشىء المرتبط بغيره الذى هو المعنى الاسم المصدرى،لا المعنى المصدرى،الذى هو عبارته

ص:٥٩

-
- ١-١) الوسائل كتاب التدبير و المكاتبه باب ١٦ [١] حكم ولاء المكاتب و ولده من ابواب المكاتبه.
- ٢-٢) الاستبصار كتاب العتق باب ١٢ جر الولاء حديث ٣ ج ٤ ص ٢١ و فى الوسائل كتاب العتق باب ٣٦ [٢] ان ولاء الولد لمن اعتق الاب او الجد.
- ٣-٣) الاستبصار كتاب العتق باب ١٤ ان ولاء السائبه حديث ٦ ج ٤ ص ٢٧ و فى الوسائل كتاب العتق باب ٤١ [٣] ان المعتق واجبا سائبه لا ولاء لاحد عليه.
- ٤-٤) الوسائل كتاب التدبير باب ٤ [٤] المكاتب المطلق ينعق منه بقدر ما ادى من ابواب المكاتبه فتجد الاستشهاد بالعموم الا انه بلسان المسلمون و هكذا فى كتاب التجاره باب خيار الشرط و بهذا اللسان فى الوسائل باب ٢٠ من ابواب المهور.

عن جعل الشيء مرتبطاً بأمر آخر مضافاً الى انه لو اريد المعنى المصدرى لزم منه تخصيص الاكثر و هو امر مستهجن لما هو معلوم ان الشروط الابتدائية لا- يجب الوفاء بها اجماعاً، و ما ورد في بعض المقامات اطلاق الشرط عليه، انما هو بنحو المجاز و العناية، و هو خلاف ظاهر الكلام لا يحمل عليه إلا مع القرينه الصارفه كما في مثل قوله (ص): (ان شرط الله احق و اوثق) و الولاء لمن اعتق، (١) بل يمكن ان يوجه ان المراد بالشرط في الحديث هو المعنى الاسم المصدرى باعتبار ان احكامه تبارك و تعالى مرتبطه بعهد العباد و اخذ الميثاق منه بان لا يعبد الشيطان المستفاد من قوله تعالى: (أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ) (٢) فتكون الاحكام الملزمه بها البشر في ضمن العهد و الميثاق فتطبق على الاحكام انها شروط بمعنى الاسم المصدرى، و من ذلك يستفاد ان معنى الحديث هو انشاء حكم وضعى مثل قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٣) و ليس مفاده وجوب العمل على طبق ما التزم به تكليفاً فقط، بل قد عرفت ان المستفاد من الحديث انه في مقام انشاء حكم وضعى لا في مقام الاخبار عن الخارجى كما ان المراد عند شروطهم هو الثبوت عند التزامه بنحو يكون ما التزم به ثابتاً عليه، و انه في عهده لا يخرج عن عهده الا- بالوفاء، و حينئذ يشبه باب الضمانات اذ انها في تلك الباب تكون العين او مثلها في عهده بوجودها الاعتبارى و لا يمكن التخلص عن عهدها الا بالاداء، فكذلك في المقام فانه لا يمكن التخلص الملتزم عما التزم به

ص: ٦٠

١-١) الوسائل كتاب العتق باب ٣٥ [١] ان الميراث و الولاء لمن اعتق من ابواب العتق.

٢-٢) سورة ياسين آيه ٦٠ [٢]

٣-٣) سورة المائدة ١ [٣]

إلا بالوفاء بالتزامه و العمل على طبقه و لذا قلنا ان مفاد قوله(ص):

(المؤمنون عند شروطهم) (١) و عليه لا- يشمل الحديث الشروط الابتدائية اما تخصصا كما عرفت او تخصيصا بخروجها عن الحديث بالاجماع على عدم وجوب الوفاء بالشروط الابتدائية و يلحق بها ما لو وقع التراضي و التبانى قبل العقد الا ان العقد لم يبن عليها بل وقع العقد مغفولا عن تلك الشروط و انما الكلام فى الشروط التبانى الذى وقع العقد مبنا عليها فهل هى كالشروط الابتدائية التى قد عرفت انه لا يجب الوفاء بها ام أنها مثل الشروط المذكوره فى ضمن العقد التى لا اشكال فى دخولها تحت الحديث الشريف فيجب الوفاء بها؟ قيل بالثانى استنادا الى ان التبانى قبل العقد و ان لم يكن مذكورا فيه الا ان حاله كالشروط الضمنيه(٢) كلزوم تسليم كل واحد منهما الذى جعله فى العقد عوضا عن الآخر

ص:٦١

١-١) المستدرک کتاب التجاره باب ٤ من ابواب الخيار و فى الوسائل کتاب النکاح باب عشرين من ابواب المهور.

و ككون الثمن من نقد البلد و امثالهما و ذلك بواسطه تعاھدها عند العرف و العاده صارت مدلولا التزاميا للعقد و ان لم يذكر فى متن العقد بل ربما يكون العاقد غافلا عنها إلا ان الدلاله عليها تكون بالالتزام و لا فرق فى باب انشاء المعاملات بين ان تكون الدلاله مطابقه او التزاميه فانها تكون على نحو واحد و عليه تكون شروط التبانى من قبيل ما يدل عليه بالالتزام مضافا الى ان وقوع العقد مبني على السابق عليه يوجب

ص: ٦٤

تقييده بما تباينا عليه فيجب الوفاء بالعقد المقيّد بما تباينا عليه و لا يتحقق الوفاء بالعقد إلا بمطابقتها لما قد وقع التباين عليه، و لاجل ذلك قد ادعى بعض الاعلام ان ذلك يوجب انصراف العقد اليه على ان الرضا قد وقع مبنيا على العمل بالشرط المذكور قبل العقد فبدون العمل بذلك يكون أكلا للمال بالباطل و لكن لا يخفى ما فيه.

اما عن الدلالة الالتزاميه فهي انما تتحقق فيما هو لازم للمعنى المطابقي كما في المثالين المذكورين، و اما بالنسبه الى الامور التي وقع التباين عليها ليست من الامور التي تلزم المعنى المطابقي لكي تدل المعامله عليها بالدلاله الالتزاميه و مثل ذلك لا يجب الوفاء بها لعدم دلاله العقد عليها لا بالدلاله اللفظيه و لا بغيرها، و اما تقييد العقد بتلك الامور المذكوره قبل العقد التي بنى العقد عليها فهو محل منع حيث ان تلك الامور التي هي قبل العقد تعد من الامور النفسيه لا توجب تقييدا فلا تدخل تحت حيز الانشاء فلذا لا تصلح للتقييد كما انها لا توجب انصراف العقد اليها فان كونها من الامور النفسيه لا يوجب ذلك و لاجل ذلك ذهب المشهور الى عدم لزوم الوفاء بما وقع التباين عليه بل في الرياض نقل الاجماع على عدم لزوم الوفاء بها.

شروط التباين

و اما قضيه لزوم أكل المال بالباطل فيما وقع الرضا مبنيا على امر ففيه ان المعتبر في المعامله هي الرضا بمضمونها و هي المبادله بين المالين و في المقام تحقق ذلك حيث ان المعامله لم تكن عن اكراه و جبر فلذا تقع صحيحه. نعم لو قلنا بان ما وقع عليه التباين كالشرط في ضمن العقد فيكون ذلك من باب تخلف الشرط فيوجب الخيار، فما قيل ان الشرط من اركان العقد بل جزء من الثمن او المثلن فلا بد من ذكره. و الا كان العقد باطلا فهو محل منع اذ العقد صحيح ذكر الشرط ام لم يذكر

غايته انه عند التخلف يوجب الخيار اذ لا- ملزم له بالوقوف عند هذه المبادله فله حله و فسخه و هو معنى الخيار هذا كله فى شرطيه الولاء.

بناء على صحه هذا الشرط.

و اما العبد المنذور عتقه فالظاهر انه لا يصدق عليه التبرع لكونه من الواجب فيكون مثل العتق فى كفاره اليمين اللهم الا ان يقال بثبوت الولاء له لدخوله تحت قوله من اعتق لله، و لكن لا يخفى ان المستفاد من الروايات هو صدق التبرع و الانعام و لا يصدق على العبد المنذور عتقه التبرع و الانعام.

و اما الولاء للكافر و لو على المسلم فالظاهر ثبوته له لأطلاق الاخبار و لا ينافى ان يكون إرثه منوطا بالأسلام لوجود المانع من الأثر و هو الكفر.

ثم لا يخفى انه مع اجتماع الشرائط الثلاثه للولاء، فلو مات العتيق يرثه المنعم الذى اعتقه ان كان واحدا، و ان كان اكثر فهم شركاء فى الولاء بمقدار حصصهم رجالا او نساء، او هما معا من غير اشكال و لا خلاف فى ذلك، كما ان الزوجه ترثه و الزوج يرثها و يستحقان نصيبهما الأعلى و الباقي للمنعم المعتق بالكسر، و اما لو مات العتيق بعد موت المنعم فهل يرثه الذكور و الاناث من ورثه المنعم أو لا- بل يختص الميراث بالذكر؟ قال بالأول الشهيد «قدس سره» فى اللمعه و ادعى عليه الشهره لقوله «ص» الولاء لحمه كلحمه النسب (1) و روايه عبد الرحمن ابن الحجاج عن الصادق «ع» عن رسول الله «ص» دفع ميراث مولى

ص: ٦٦

١- ١) الاستبصار كتاب العتق باب ١٣ ولاء المعتق لولد المعتق حديث ٣ ج ٤ ص ٢٤ و فى الوسائل كتاب العتق باب ٤ [١] انه لا يصح بيع الولاء و لا هبته و لا اشتراطه.

حمزه الى ابنته (١) و لقوله «يرث الولاء من يرث المال» و الاقوى ان ميراثه للذكور دون الاناث اذا كان المتوفى رجلا وفاقا للشيخ و جماعه بل قيل انه المشهور للاخبار الخاصه منها مكاتبه محمد بن عمر لأبى جعفر «ع» عن رجل مات و كان مولى لرجل و قد مات مولاه قبله و للمولى ابن و بنات لمن ميراث المولى؟ فقال: هو للرجال دون النساء (٢) و منها حسنه بريد ابن معاويه المتقدمه الى غير ذلك من الأخبار.

و اما لو كان المعتق امرأه فالولاء لعصبتها للاخبار الصحيحه منها قضى امير المؤمنين «ع» على امرأه اعتقت رجلا و اشترطت ولاءه و لها ابن فالحق ولاءه لعصبتها الذين يعقلون عنه دون ولدها (٣) و لا يخفى ان هذا الخبر و الخبرين الآتين قد تخصص عموم روايه اللحمه الداله على عموم الارث سواء كان مالا او ولاء على ان الخبرين السابقين ضعيفان سندا مضافا الى ان اللحمه انما هى باعتبار انه لا- تباع و لا- توهب لا مطلقا. و اما دفع النبى (ص) لبنت حمزه فلا دلالة فيه إذ لعل النبى (ص) من العصبه و بما ان الأمر رجع اليه اعطاه الى ابنه حمزه على ان النبى (ص) اولى بالمؤمنين من انفسهم و لا يستدل بذلك لعدم معلوميه وقوع الفعل على اى وجه.

و كيف كان فيستفاد من الأخبار ان الميراث الى ورثته الذكور

ص: ٤٧

-
- ١- ١) الوسائل كتاب الميراث باب ١ ان المعتق لا يرث مع احد من ذوى الأرحام.
 - ٢- ٢) الوسائل كتاب العتق باب ١ [١] ان المعتق لا يرث مع احد من ذوى الأرحام.
 - ٣- ٣) الوسائل كتاب العتق باب ٣٧ [٢] ان المرأه اذا اعتقت انتقل الولاء الى عصبتها.

كالأب و البنين دون النساء كالزوجه و الأم و البنات اذا كان المتوفى رجلا و اذا كان المتوفى امرأه انتقل الى عصبته و هم اولاد ايها دون اولادها ذكورا و اناثا و دون اولاد اولادها كما هو مفاد روايه يعقوب بن شعيب قال سألت ابا عبد الله (ع) عن امرأه اعتقت مملوكا ثم ماتت قال يرجع الولاء الى بنى ايها (١) و عليه لا يفرق بين اخوه الأب و اخوه الأبوين لسقوط نسبه الأم لعدم ارث من يتقرب بها فان عدم قرابه المولى المولى هو الوارث و مع عدمه فالوارث قرابه مولى المولى على النحو المتقدم من الفرق بين ذكور الورثه فيرثون و اناثهم فلا يرثن فان عدم الجميع مما ذكر من الطبقات من المولى ثم قرابته ثم مولى المولى ثم قرابته فضا من الجريره.

ولاء ضامن الجريره

الثانى ولاء ضامن الجريره: الجريره و هى الجنايه و لا اشكال نسا و فتوى على مشروعيتها بل الاجماع بقسميه يدل عليه و ظاهر الأصحاب على انه من العقود المعتره التى يعتبر فيها الايجاب و القبول و صورته:

ان يقول عاقدتك على ان تنصرنى و تدفع عنى و تعقل عنى و ترثنى و يقبل الآخر. و اما لو اشتركا فى ذلك فصورته: ان يقول على ان تنصرنى و انصرك و تدفع عنى و ادفع عنك و ترثنى و ارثك و حينئذ ثبت التوارث بينهما فيما اذا لم يكن وارث بنسب أو ولاء العتق للأخبار المستفيضه كخبر ابن سنان قضى امير المؤمنين (ع) فيمن اعتق سائبه انه لا ولاء لمواليه عليه، فان شاء توالى الى رجل من المسلمين فليشهد انه ضمن جريرته و كل حدث يلزمه فاذا فعل ذلك فهو يرثه (٢) و مثله خبره

ص: ٦٨

١- (١) الوسائل كتاب العتق باب ٣٧ [١] ان المرأه اذا اعتقت انتقل الولاء الى عصبته.

٢- (٢) الوسائل كتاب الميراث باب ٣ [٢] ان من مات و لا وارث له من

الآخر الى غير ذلك من الأخبار الداله على ان ضامن الجريره يكون بمنزله العاقله و يختص الميراث بالضامن. نعم الكلام فى ما لو تجدد للمضمون وارث بعد العقد ففى بطلانه او مراعاته بموت المضمون و جهان، و اما الزوج و الزوجه فيرثان نصيهما الأعلى كما يظهر من روايه ابن ابى عمير عن ابى منصور عن ابى المعز عن رجل عن ابى جعفر(ع) فى حديث قال ان الله تعالى ادخل الزوج و الزوجه على جميع اهل الموارث فلم ينقصهما من الربع و الثمن ٢

ولاء الامام

الثالث ولاء الأمام و لا- اشكال و لا- ريب انه مع وجود الوارث للميت و لا- معتق و لا- ضامن جريره فميراثه للامام للاخبار المستفيضه ففى بعضها ان ما له من الأنفال لروايه محمد بن مسلم عن ابى جعفر(ع) قال من مات و ليس له وارث من قرابه و لا مولى عتاق و قد ضمن جريرته فماله من الأنفال ٣ و روايه الحلبي عن ابى عبد الله(ع) فى قوله (يَسْتَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ) ٤ قال من مات و ليس له مولى فماله من

الأنفال (١) و في بعضها لامام المسلمين كروايه حمزه بن حرمان الى ان قال فقال ابو عبد الله ان كان الرجل الميت يوالى الى رجل من المسلمين و ضمن جريرته و حدثه و شهد بذلك على نفسه فان ميراث الميت له و ان كان الميت لم يتوال الى احد حتى مات فان ميراثه لامام المسلمين ٢ كما روى عن ابى الحسن قال الامام وارث من لا وارث له ٣ و لا - ينافيه بعض ما ورد بان الامام جعله فى بيت مال المسلمين لروايه معاويه بن عمار عن ابى عبد الله قال سمعته يقول من اعتق سائبه فليتوال من شاء و على من و الى جريرته و له ميراثه فان سكت حتى يموت اخذ ميراثه فجعله فى بيت مال المسلمين اذا لم يكن له ولى ٤ فمحمول على ان المال لما كان راجعا الى الامام (ع) فيضعه حيث يشاء فيدفع الى من يشاء من باب التفضل أو ان بيت مال المسلمين بيت مال الامام أو يحمل على التقيه و دعوى انه مناف لما يروى عن ابى عبد الله (ع) قال مات رجل على عهد امير المؤمنين (ع) لم يكن له وارث فدفع امير المؤمنين (ع) الى همشاريخه اى اهل بلده (٢) ممنوعه بان ذلك لما كان له فهو تبرع منه.

و بالجمله لما كان للامام فى زمان حضوره فيضعه حيث يشاء، و اما

ص: ٧٠

١ - ١ و ٢ و ٣ و ٤) الوسائل كتاب الميراث باب ٣ [١] ان من مات و لا - وارث له من قرابه من ابواب ولاء ضامن الجريره و ولاء الامام

٢ - ٥) الوسائل باب ٤ [٢] حكم ما لو تعذر ايصال مال من لا وارث له و فى الاستبصار باب الميراث ١١٣ ميراث من لا وارث له حديث ٤ ص ١٩٧ و كلمه همشاريخه كلمه فارسىه معربه همشهرى اى اهل البلد لأن شهر بمعنى البلد و هم بمعنى مع اى الذين معه فى البلد و فى الكافى كتاب الميراث باب ٦٦ ح ١ ص ١٦٩ [٣] ج ٧ و فى التهذيب كتاب الميراث باب ٤٤ ح ٥ ص ٣٨٧ ج

فى زمان الغيبه فقد وقع الخلاف بين الأصحاب فى بيان مصرفه، فعن جماعه انه يحفظ له بالوصايه او دفنه الى حين ظهوره عجل الله فرجه و قد عرفت منا سابقا ان ذلك اتلاف له و لذا يجب صرفه الى الفقراء على المشهور بين الأصحاب و ان وقع الخلاف بينهم انه هل هو لمطلق الفقراء او فقراء تلك البلاد او للشيعة مطلقا و لو لم يكونوا فقراء قيل بالاخير لأدله التحليل فيكون حال ذلك كالأنفال كرؤس الجبال و بطون الأودية فانها تملك بالأحياء اذا كانت مواتا، و اما لو كانت محياه من اصلها فتملك بالحيازه فما كان مثل الأشجار التى تنمو من المياه الموجوده فى اصولها فتملك بالحيازه.

و اما بالنسبه الى الأرض فبالأحياء تملك الظاهر هو صرفه للفقراء مطلقا للاجماع من الفقهاء كما عن بعضهم و اجماع الأصحاب كما عن البيان، و يؤيد ذلك شمول ادله التحليل له فخرج الأغنياء بالاجماع و بقى مطلق الفقراء تحت تلك الأدله، و دعوى اختصاصه بفقراء البلد ممنوعه لعدم الدليل عليه سوى ما عرفت من انه فعل امير المؤمنين (ع) فانما ذلك فى زمان الحضور فلا يدل على ثبوته فى زمن الغيبه على ان المروى عن الصادقين عليهما السلام ان مال من لا وارث له من الأنفال و ذلك لا يختص ببلد المال مضافا الى أن روايه همشاريه مضطربه فان بعض المحدثين حكى عن بعض همشيرييه بالياء بعد الشين بدل همشيرييه بالهاء بعد الشين و المراد هو الأخ الرضاعيه، و قد ايد ذلك بروايه ابن عبيد عن ابى الحسن الرضا عليه السلام قال قلت له ما تقول فى رجل مات و ليس له وارث الا اخ له من الرضاعه يرثه قال نعم (1) إلا ان ذلك

ص: ٧١

١ - ١) الوسائل كتاب الميراث باب ٥ [١] حكم من مات و لا وارث له الا اخ من الرضاع من ابواب ولاء ضمان الجريره و الامامه و فى الكافى

لا قائل به إذ الاجماع قائم ان الأخ من الرضاعه لا يرث على ان الروايه ضعيفه لا يعتنى بها.

و الانصاف انه لا يبعد القول بجواز صرفه فى غير الفقراء من مصرف الأنفال كالصرف فى مصالح الدين العامه و لا يجوز صرف شىء منه للجائر من غير خوف اجماعا فلو دفعه اليه بدون الخوف ضمن و ان امكنه حفظ البعض أو الكل و جب فمع الحفظ لو تلف لا يضمن، و مع عدم الحفظ لو تلف يضمن و للشخص ان يوصى بثلث ماله مع عدم الوارث و اما الوصيه بما زاد على ثلثه فربما يقال بعدم صحه الوصيه فان صحتها حسب ما عرفت تتوقف على اجازة الوارث فمع عدم تحقق المعلق عليه لا تصح الوصيه، و قد عرفت منا سابقا لصحتها لانصراف تلك الأدله الى غير هذه الصوره فتأمل. نعم يقوى صحه الوصيه بجميع ماله للفقراء و كيف كان فبالنسبه الى من ليس له وارث من نسب و ولاء عتق و ضامن جريره و زوج فهو للأمام، و فى زمان الغيبه للفقراء و الأحوط مراجعه الحاكم الشرعى لأنه اعرف بمواقعه. و اما الزوجه فترث نصيبها الأعلى فى هذا الفرض.

الامر الثانى

النسب

الأمر الثانى النسب و لا اشكال فى كونه سببا لانتقال المال من المورث الى ورثته بالكتاب و السنه و الاجماع و هو الاتصال بالولاده على الوجه الشرعى و لو بتعدد الوسائط و لكن مع القرابه و الاعم النسب لكل احد و بطل الميراث بالسبب كالزوجيه و الولاء على اقسامها الثلاثه لأن الجميع ينتسبون الى اب واحد و هو «آدم» و لم واحده و هى «حواء»

و قولنا على الوجه الشرعى المراد به النكاح الصحيح بنحو يصدق

عليه الفراش و المقصود بالفراش هو الحاصل من مقاربه الرجل للمرأة المنبعثه عن اعتقاد كل منهما بجوازها شرعا المعبر عنه بلسان الشرع المقدس بالفراش حيث قال(ص):الولد للفراش و للعاهر الحجر (١)و لا يلحق الولد بالزوج لسبب الخلوه اذ لا اثر للخلوه عندنا خلافا لبعض العامه فقد ذهب الى ان الفراش يتحقق بالخلوه (٢)فضلا عن كونه يتحقق بمجرد العقد كما هو المحكى عن ابي حنيفه فقد ذهب الى أن الفراش يحصل بمجرد العقد فالحق الولد بالرجل الذى وقع العقد بينه و بين المرأة بالمكاتبه مع ما بينهما من البعد كالبعد ما بين المشرق و المغرب.

و اما التلقيح الصناعى المتعارف فى زماننا فهو محرم لما يستفاد من الأخبار حرمه اشغال المحل بغير عمليه الجنس على النحو المشروع الصادق عليه الفراش،و حيث انه ليس بفراش فلا يلحق بابيه و يلحق بامه لكونه ولدا حقيقيا،و ما ورد باللاحاق بابيه فى قضيه المساحقه فهو خارج بالنص كما عن اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله(ع)قال اذا زنى رجل بامرأه فاحتملت ماءه فساحت به جاريه رجمت المرأة و جلدت الجاريه و لحق الولد بابيه (٣).

ص:٧٣

-
- ١- ١) الوسائل كتاب الوصايا باب ١٥ [١] تجوز الوصيه لوارث،نص الحديث عن النبى(ص)فى خطبه الوداع الى ان قال و لا تجوز الوصيه لوارث بازيد من الثلث و الولد للفراش و للعاهر الحجر من ادعى الى غير أبيه او مولى غير مواليه فعليه لعنه الله و الملائكه اجمعين و فى التهذيب كتاب الميراث باب ٣٣ ميراث ابن الملا عنه حديث ٢٠ ج ٩ ص ٣٤٤ الطبعة الحديثه
- ٢- ٢) فى مجمع الأنهر ج ١ ص ٣٥١ ان الولد يلحق بالزوج لسبب الخلوه و لو كان الزوج عينا او خصيا او مجبوبا.
- ٣- ٣) الوسائل كتاب الحدود و التعزيرات باب ٣ [٢] حكم ما لو جامع

و عن المعلى بن خنيس قال سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل وطأ امرأته فنقلت ماءه الى جاريه بكر فحملت فقال الولد للرجل و على المرأة الرجم و على الجاريه الحد (١).

و كيف كان فما ثبت به النسب هو النكاح الصحيح و المراد به هو الوطىء المستحق باصل الشرع و ان حرم بالعارض لصوم او حيض أو اعتكاف او احرام او غير ذلك مما يجتمع مع الزوجيه و الملك و انما فسرنا النكاح بالوطىء دون العقد ليعم ملك اليمين و التحليل على قول جماعه فان النسب يثبت به اجماعا مع انتفاء العقد فيهما و حمله على ما يعمهما و العقد مجاز لا يصح مع وصفه بالصحة لأن الملك لا يتصف بها و اراده سبب الملك مع ما فيه من البعد و المخالفه لما هو المعهود من الاستناد الى الملك نفسه انما يصح معها الوصف فى السبب الاختيارى كالبيع دون القهرى كالارث الذى لا يجرى فيه التقسيم الى الصحيح و الفساد كما انه ليس المراد من الصحة مقابل الفساد اذ وطىء الشبهه صحيح بهذا المعنى قطعاً فلا يصح مقابل النكاح. و بالجمله هذه التعاريف لفظيه ليس الغرض منها إلا ان تجمع مصاديق ما يثبت النسب الصحيح و هذا الذى ذكرناه من التعريف يعم عقد الدائم و المتقطع و ملك اليمين و التحليل و وطىء الشبهه. و المراد بالأخير هو ما يكون صادرا عن جهل سواء كان عن جهل بالموضوع كما لو تخيل كون احد محارمه او اجنبيه انها زوجته فوطأها، او كان جاهلا بحرمتها لشبهه عرضت عليه سواء حصلت هذه الشبهه للطرفين او لطرف خاص بأن دلست المرأة فحسبها

ص: ٧٤

١ - ١) الوسائل كتاب الحدود و التعزيرات باب ٣ حكم ما لو جامع الرجل امرأته فساحت بكرة فحملت من ابواب حد السحق و القيادة

زوجته فوطأها او بالعكس.

و بالجمله فى اى مورد تحققت الشبهه يتحقق التوارث سواء كان من الطرفين او من طرف واحد فيلحق به الولد دون الآخر، كما انه يلحق حكما بوطنىء الشبهه ما لو اكره على وطنىء ما يحرم نكاحه او كان مجنوناً او نحوه.

و كيف كان فقد وقع الكلام فى المراد بوطنىء الشبهه فهل هو الوطنىء الذى ليس بمستحق مع ظن الاستحقاق مطلقاً او خصوص الظن المعتبر؟ ظاهر كلمات الأصحاب هو اعتبار مطلق الظن بل عدم العلم لظاهر الأخبار، فعن زراره قال ابو جعفر(ع): اذا نعى الرجل الى اهله او اخبروها انه طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الأول بعد فان الأول احق بها من هذا الآخر (١) الخبر.

و عن محمد بن قيس قال: سألت ابا جعفر(ع) عن رجل حسب اهله انه قد مات او قتل فنكحت امرأته و تزوجت سريره فولدت كل واحده منهما من زوجها فجاء زوجها الأول مولى السريه، قال فقال:

(ياخذ امرأته فهو احق بها و يأخذ سريره و ولدها) ٢.

و فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن ابى جعفر(ع) قال سألته عن رجلين شهدا على رجل غائب عند امرأته انه طلقها فاعتدت المرأه و تزوجت، ثم ان الزوج الغائب قدم فزعم انه لم يطلقها فاكذب نفسه احد الشاهدين فقال: لا سبيل للأخير عليها ٣.

و المروى عن تفسير على بن ابراهيم و غيره عن عمر بن الخطاب اتى بسسته نفر اخذوا فى الزنا فأمر ان يقام على كل واحد منهم الحد

ص: ٧٥

١ - ٢ و ٣) الوسائل كتاب الطلاق باب ٣٦ [١] ان من تزوج امرأه لها زوج حرمت عليه ابداً و ترجع الى الزوج الاول من ابواب العدد

و كان امير المؤمنين(ع)حاضرا فقال يا عمر ليس هذا حكمهم قال فاقم الحد عليهم فقدم واحدا منهم فضرب عنقه و قدم الثانى فرجمه و قدم الثالث فضربه الحد و قدم الرابع فضربه نصف الحد و قدم الخامس فعززه و اطلق السادس فتحير عمر و تعجب الناس من فعله،فقال له عمر يا أبا الحسن سته نفر فى قضيه واحده اقامت عليهم سته حدود و ليس يشبه شىء منهما الآخر،فقال امير المؤمنين(ع):اما الأول فكان ذميا فخرج عن ذمته لم يكن له حد إلا السيف،و اما الثانى فرجل محصن كان حده الرجم و اما الثالث فغير محسن حده الجلد،و اما الرابع فعبد ضربناه نصف الحد،و اما الخامس فكان من فعل بالشبهه فعزناه و ادبناه،و اما السادس فمجنون مغلوب على عقله سقط عنه التكليف (1)الى غير ذلك من النصوص الداله على المطلوب باعتبار حكم الشبهه من الاعتداد و اثبات المهر و الحاق الأولاد من دون سؤال عن كون ذلك كان بطريق معتبر اولا عالما بالاستحقاق اولا او كان الشاهدان معتبرين اولا- و باعتبار اثبات التعزير الذى هو ليس بحد بل ليس هو إلا- للركون الى ظن غير معتبر و الالم يستحق التعزير فيعلم حينئذ عدم اعتبار حليه الوطىء فى تحقيق الشبهه بل يتحقق مع حرمة،فالوطىء مع عدم العلم بالحل و انتفاء الظن المعترى محرم بناء على ما ذكر من ان الفروج لا تستباح بالاحتمال لكن لم لا يجوز ان يتحقق به النسب مع ظن الاستحقاق نظرا الى اطلاق النصوص و الفتوى و اى مانع من القول بتحريم الوطىء و ثبوت النسب معه اذا اقتضته الأدله الشرعيه و لعل المناط فى الزنا و انتفاء الشبهه العلم بعدم الاستحقاق مع انتفائه و هو غير حاصل فى الفرض و ان علم بتحريم

ص:٧٦

١-١) الوسائل كتاب الحدود و التعزيرات باب اقسام حدود الزنا و جمله من احكامها. [١]

قال الشيخ فى الجواهر بل لم نجد من اعتبر المعذوريه فى تحقق الشبهه قبل الشهيد الثانى و تبعه سبطه و صاحب الكفايه كما ستعرف، بل لعل الشبهه فى المقام هى التى تدرأ بها الحد من غير فرق بينهما و لم يعتبر احد فى تلك المعذوريه، ثم قال فى الجواهر و قد يدفع الاشكال من اصله بانه بعد العلم بتوقف اباحه الفروج على الاذن الشرعى لا يفيدها ظن الاستحقاق و لا احتماله الا- مع اعتباره و جواز التعويل عليه فى الشرع فبدونه كما هو المفروض ينتفى الاذن و يثبت التحريم فلا يكون هناك شبهه مسوغه للوطىء كى يكون الوطىء و طىء شبهه و من المعلوم انه ليس نكاحا صحيحا لا ان المفروض انه غير مستحق فى نفس الأمر فيتعين ان يكون زنا لانحصار الوطىء فى الاقسام الثلاثه على ما قطع به الأصحاب و حينئذ يجب تقييد اطلاق النص و الفتوى بالظن المعبر و ما بحكمه انتهى كلامه.

اقول مقتضى اطلاق النصوص هو عدم اعتبار كون الظن معتبرا، فلو حصلت الشبهه من اخبار شخص لا يترتب الزنا الموجب لعدم الأثر و عدم الحاق الولد خلافا للشهيد(قدس سره) حيث اعتبر ان يكون الظن معتبرا كقيام البيئه، بل و لو كان موافقا لحجه شرعيه ظاهريه كالأستصحاب و نحوه، و لكن الأقوى هو اعتبار كون الجهل عذرا و لا يحتاج الى كونه عن وجه مشروع إلا ان الأحوط كون الظن معتبرا للاحتياط فى الفروج و ان كان خلاف ظاهر الأخبار و كلمات الأصحاب فتأمل.

ما يعتبر فى النسب

ثم ان نكاح اهل الملل و النحل اذا فرض عندهم فرق بين النكاح و السفاح و حصل على وفق مذهبهم فإنه يلحق بالنسب الصحيح. و ان لم

يوافق مذهبنا، و مع الاتيان على خلاف مذهبهم فهو باطل لقاعده الالتزام اى الزموم بما الزموا به انفسهم إلا اذا اتى به على وفق مذهبنا لكونه موافقا للواقع و ما عدا ذلك بأن وقع النكاح لا على الوجوه المذكوره فهو سفاح و زنا لا يلحق به الولد و لا يرثهم و لا- يرثونه لانتهاء الولديه عنه شرعا الموجب للارث بل ميراثه لفروعه و زوجته و إلا- فلولاء العتق و ضامن الجريره للاخبار الكثيره الداله على عدم التوارث بينهما. و هذا مما لا اشكال فيه نصا و فتوى، و كذا ايضا لا اشكال بانه يحرم عليه ما يترتب على النسب بالنسبه الى النكاح لكونه ولدا فتحرم عليه اخته و امه و جميع محارمه النسبيه السبعه لكون المدار فيها على اللغه قال المحقق فى الشرائع لانه مخلوق من مائه فهو يسمى ولدا لغه، قال الشيخ (قدس سره) فى الجواهر: (و مناط التحريم هنا عندنا عليها كما اعترف به فى كشف اللثام على وجه يحتمل أو يظهر منه الاجماع على ذلك، بل فى المسالك انه يظهر من جماعه من علمائنا منهم العلامه فى التذكرة و ولده فى الشرح ان التحريم اجماعى بل الظاهر اتفاق المسلمين على تحريم الولد على امه و كما انه لازم لتحريم البنت على ابيها و ان حكى عن الشافعيه عدم تحريمها عليه نظرا الى انتفائها شرعا لكنه كما ترى ضروره عدم الملازمه بين الانتفاء شرعا و الحليه بعد ان كان مناط التحريم اللغه و حيث لم يقل بذلك فى الرياض و ادعى خروج ذلك بالاجماع قال فى الرياض. و اما الزنا فلا، اى فلا- يثبت النسبيات اجماعا الا فى التحريم المتعلق فى النسب فان الظاهر ثبوته بل الاجماع عليه عن التذكرة دون صدق النسبيه فى العرف و اللغه لعدم الاكتفاء بها بمجردهما فى الشريعة مع ثبوت الاحكام الباقية) انتهى.

و اما بالنسبه الى النظر و النفقه و امثالهما فهل تترتب ام لا؟ و جهان و الظاهر انها مما تترتب على حكم النسب المبني على كونه معتبر لغه و عرفا

لما يظهر من التلازم بين الحكمين و حيث لم ير التلازم بينهما استشكل فى القواعد فى العتق ان ملك الفرع و الاصل و الشهاده على الأب و الفوريه و تحريم الحليله و غيرها من توابع النسب، و فى كشف اللثام فى العتق فالأصل العدم مع الشك فى السبب بل ظهور خلافه قال الشيخ(قده) فى الجواهر(لا ينبغى التأمل فى ان المتجه عدم لحوق حكم النسب فى غير النكاح بل ستعرف قوه عدم جريان حكمه فيه ايضا فى المصاهرات فضلا عن غير النكاح بل قد يتوقف فى جواز النظر بالنسبه الى من حرم نكاحه فيما عرفت و لكن الانصاف عدم خلو الحل من قوه بدعوى ظهور التلازم بين الحكمين هنا خصوصا بعد ظهور اتحادهما فى المناط. و من ذلك كله يظهر لك انه لا وجه لما فى المسالك من التردد فى امثال هذه المسائل كما هو واضح).

قاعده الاقرار

اشاره

و كيف كان فالموجب لانتفاء التوارث هو الزنا او اللعان الجامع للشرائط فانه يمنع التوارث بين الأب و ولده فلو لا عن اب ابنه فلا توارث بينهما إلا اذا اكذب الأب نفسه على ما تقدم من أن الولد يرث و لا يرثه الأب مضافا الى ان اقراره و اعترافه ينفذ عليه لا له كما هو قضيه قوله«ص»: (اقرار العقلاء على انفسهم جائز) (1) فان الظاهر منه ان اقرار العقلاء اذا كان على ضررهم فذلك الاقرار الذى على ضرره

ص: ٧٩

١ - ١) الوسائل كتاب الاقرار باب ٣. و [١] هذا الحديث مشهور بين الفريقين و عبر الشيخ(قده) فى الجواهر عنه بالمستفيض او المتواتر على ان اتفاق العقلاء فى جميع الملل على نفوذ اقرار كل عاقل على نفسه بالضرر و لذا ترى الحكام و القضاء من جميع الملل فى الأقطار و الأمصار يعدون اعتراف الجانى و السارق و القاتل من اقوى المدارك لصدور هذه الافعال عنه و الشارع لم يردع عنه و لعل روايه ابى عبد الله الصادق عليه السلام

جائز و نافذ على نفسه فلو كان لاقرارهم الضررى لازم غير ضررى عليه من غير فرق بين كونه نافعا له ام لا لا يشمله الحديث و لا- ينافى ذلك التفكيك بين اللوازم و الملزومات اذا كان تعديا فان له نظائر كثيره مثل قاعده التجاوز فانه لو شك فى الطهاره فى اثناء صلاه العصر فتجرى قاعده التجاوز فى اثبات شرطيه صلاه الظهر من الطهاره و لا تجب اعاده الظهر مع انه يجب الوضوء لصلاه العصر لما هو معلوم ان مفاد قاعده التجاوز هو التعبد بتحقيق الشرطيه للعمل الذى تجاوز منه و لا تحرز الشرطيه بما هو هو.

و مما ذكرنا يظهر دفع ما استشكل بان الاقرار على النفس ان كان مثبتا لما اقر به فيجب ترتيب جميع آثار ما اقر به و ان لم يكن مثبتا له فلا- يترتب عليه شىء اصلا فيكون وجوده كعدمه لما عرفت منا سابقا بأن حديث الاقرار بناء على تعلق الظرف (عليهم) كما هو الظاهر بالاقرار فيكون مفاده ان اقرار العقلاء يثبت ما اقر به لكن اذا كان ضررا عليه لا ما كان له نفع له او ضرر على غيره. و دعوى ان الاقرار اماره على ما اقر به و لا يزمه اثبات كل ما يلزمه ممنوعه حيث ان المستفاد ان امارته ليست مطلقه و انما الاقرار يثبت ما اقر به بما انه ضرر عليه و قد عرفت ان التفكيك لا محذور فيه اذا كان تعديا و لو كانا متلازمين.

بيان ذلك ان الاقرار تاره يكون على نفس المقر فقط، مثل ان لفلان عليه ديننا مثلا فلا اشكال فى نفوذ هذا الاقرار عليه، و اخرى يكون الاقرار على نفسه و غيره و هذا على نحوين فتاره يكون المقر فى كل

(١) الوسائل كتاب الاقرار باب ٣

ص: ٨٠

واحد منهما مستقلا غير مربوط احدهما بالآخر، مثل ان يقر احد الشريكين بيع تمام الدار المشتركة بينه و بين غيره فينفذ في حصته من تلك الدار دون حصه شريكه حيث ان اقراره ينحل الى اقرارين:

اقرار في بيع حصته و اقرار في بيع حصه شريكه، فما كان بالنسبه الى حصته يكون اقرارا على نفسه و هو نافذ على نفسه. و ما كان بالنسبه الى بيع حصه شريكه فهو غير نافذ لكونه اقرارا على غيره، و لا- اشكال في عدم نفوذه لا-خراجه عن الحديث خروجاً موضوعياً لما عرفت ان موضوع الحديث هو الاقرار على النفس. و اخرى يكون المقرب به في كل منهما مربوط بالآخر لا ينفك احدهما عن الآخر حيث ان المقربه معنى قائم بالطرفين، كالاقرار بابوه شخص او بنوته او اخوته بالزنا مع المرأه المعينه الاجنبيه ففي مثل ذلك الظاهر ثبوت المقربه فيما كان على نفسه، و لا يثبت ذلك اللازم ففي ما لو اقر بالزنا مع امرأه معينه فان الفقهاء يقولون بان المقر يجلد إن كان غير محصن، و يرجم ان كان محصناً، مع ان المرأه لا شىء عليها من ناحيه هذا الاقرار، نعم هي لو اقرت على نفسها يقام عليها الحد من ناحيه اقرارها لما عرفت انه يمكن التفكيك بين المتلازمين تعبداً في مقام الاثبات و ان كان بينهما ملازمه في مقام الثبوت، و في المقام حيث انه اقر بان هذا الولد ابني فحيث ان اقراره ببنوته ضرر عليه لوجوب اعطائه النفقه لكنه لو مات الولد لا- يرثه مع ان البنوه و الابوه أمران متضايقان بينهما و معلوم ان بينهما الملازمه في مقام الثبوت الا انه بحسب الاثبات لما كان امراً تعبدياً لا تكوينياً فلا مانع من التفكيك بينهما. على اننا في غنى عن ذلك للاخبار الداله على ذلك كصحيحه الحلبي عن ابي عبد الله (ع) «فان

ادعاه ابوه لحق به و ان مات ورثه الابن و لم يرثه الأب (١) و روايه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) و فيه قلت: «إذا أقر به الأب هل يرث الاب؟ قال: نعم و لا يرث الاب الابن» ٢، و قد ذكرنا فى الجزء الاول بان اللعان لا ينفى الولديه بل ينفى التوارث فترثه امه و اخوته من امه و يتساوى الميراث بين اخوته لأمه و ابيه مع اخوته لامه، و لا يرث اخوته لأبيه فقط.

طبقات الارث

اشاره

اذا عرفت ذلك فاعلم: ان الكلام فى كون النسب سببا للميراث يقع فى طبقات ثلاث:

الأولى: الآباء و الأبناء. الثانية: الاخوه و الاجداد. الثالثة:

الاعمام و الاخوال.

و لا يخفى انه على ما يستفاد من الاخبار انه مع وجود احد من الطبقة الاولى لا ترث الطبقة الثانية، كما انه لو كان احد من الطبقة الثانية لا ترث الطبقة الثالثة، و كما ان المستفاد ايضا من الاخبار و كلمات الاصحاب الذى كاد ان يكون مسلما بينهم ان الطبقة الاولى صنفان: وهم الآباء و الابناء، و الطبقة الثانية، صنفان: وهم الاخوه و الاجداد، و الطبقة الثالثة، صنف واحد اى ميراث الاعمام مع الاخوال تستفاد من آيه [اولى الارحام] بمعنى ان اخوه الآباء مع اخوه الامهات من صنف واحد، و الاقرب من كل يمنع الابد، مثلا العم يحجب ابن الخال و الخال يحجب ابن العم بخلاف الطبقة الثانية

ص: ٨٢

١- (٢ او ١) الوسائل كتاب الميراث باب ٢ [١] ان الأب اذا أقر بالولد بعد اللعان ورثه الولد و لم يرثه الأب من ابواب ولد الملاعنه

و اما الأولاد مع ابنائهم صنف واحد، فلذا الأقرب يمنع الأبعد كما ان الأخوه مع اولادهم الاقرب يمنع الابعد، بل كل قريب يمنع البعيد اذا كان من صنفه الا العم للأب مع ابن العم للأبوين فانه على حسب ما يأتي انشاء الله.

ان ابن العم للأبوين مقدم على العم للأب و هذا بالخصوص خرج عن هذه القاعده المستفاده من آيه [اولى الارحام] و الاخبار. بل يستفاد من ان المتقرب بالأبوين يمنع المتقرب بالأب، كالأخ للأبوين يمنع المتقرب للأب و ان كانوا متساوين فى الطبقة، و لا بأس بذكر الروايه الطويله التى رواها صاحب الوسائل (قدس سره) باسناده عن بريد الكناسى عن ابى جعفر (ع) قال:

ابنك اولى بك من ابن ابنك، و ابن ابنك اولى بك من اخيك، قال: و اخوك لايبك و امك اولى بك من اخيك لايبك، و قال: و اخوك لايبك اولى بك من اخيك لامك، قال: و ابن اخيك لايبك و امك اولى بك من ابن اخيك لايبك. قال: و ابن اخيك من ابيك اولى بك من عمك، قال: و عمك اخو ابيك من ابيه و امه اولى بك من عمك اخى ابيك من ابيه، قال: و عمك اخو ابيك لابيه اولى بك من عمك اخى ابيك لأمه، قال: و ابن عمك اخى ابيك من ابيه و امه اولى بك من ابن عمك اخى ابيك لأبيه، قال: و ابن عمك اخى ابيك من ابيه اولى بك من ابن عمك اخى ابيك لأمه. (١)

١ - ١) الكافى كتاب الميراث باب ٣ الحديث ١ ج ٧ [١] ص ٧٦ الطبعة الحديثه و فى التهذيب كتاب الميراث باب ٢٢ الحديث ١ ج ٩ ص ٢٦٨ الطبعة الحديثه و فى الوسائل باب ١ من ابواب موجبات الارث. [٢]

ولا يخفى ان معنى الأولويه فى بعض هذه المسائل ليس الحجب مطلقا، كالمتقرب بالأب على المتقرب بالام إنما هو عن زياده الميراث جمعا بينها و بين توريثها الثلث كما سيأتى ان شاء الله تعالى. و عن ابن بكير عن زواره قال: سمعت ابا عبد الله (ع) يقول: «وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِيَّ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ» (١) قال: انما عنى بذلك أولى الأرحام فى الموارث و لم يعن اولياء النعمه فاولاهم بالميت اقربهم اليه من الرحم التى يجره اليها (٢). و بعد معرفه ذلك يقع الكلام فى الطبقات الثلاث.

الطبقه الاولى: الأبوان و الأولاد

وهى الأبوان و الأولاد و هما صنفان فى مرتبه واحده، فلا يمنع الأقرب من كل واحد من الصنفين الصنف الأبعد من الصنف الآخر، و انما يمنع الأقرب من كل صنف الأبعد من صنفه، فالأب مثلا لا يمنع ولد الولد و ان نزل او بنات الابن او البنت و ان نزلن لصدق الولد عليه حقيقه، و خصوص صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن ابي عبد الله عليه السلام قال:

بنات البنت يرثن اذا لم تكن بناتكن مكان البنات (٣). و روايته الاخرى عن أبى عبد الله (ع) قال: ابن الابن اذا لم يكن من صلب الرجل احد قام مقام الابن. قال: و ابنه البنت اذا لم يكن من صلب

ص: ٨٤

١- ١) سورة النساء آيه ٣٣. [١]

٢- ٢) الوسائل كتاب الميراث باب ١ [٢] ان الميراث يثبت بالنسب، من ابواب موجبات الارث.

٣- ٣) الكافى كتاب الموارث باب ميراث ولد الولد حديث ٣ ص ٨٨ [٣] ج ٧ و فى الاستبصار كتاب الفرائض باب ٩٩ ان ولد الولد يقوم مقام الولد اذا لم يكن ولد حديث ٣ ص ١٦٦ ج ٤

الرجل احد قامت مقام البنت (١).

و على ذلك شهره الاصحاب خلافا للصدوق فانه قال: ان الأقرب يحجب الأبعد مطلقا استنادا الى روايه سعد بن أبي خلف عن أبي الحسن الأول(ع):

الاولاد يرثون مع الابوين

بنات البنت يقمن مقام البنت اذا لم يكن للميت بنت و لا وارث غيرهن، و بنات الابن يقمن مقام الابن اذا لم يكن للميت ولد و لا وارث غيرهن (٢). و عن عبد الرحمن بن الحجاج عن ابي عبد الله(ع) قال:

بنات البنت يقمن مقام البنت اذا لم يكن للميت بنات و لا وارث غيرهن و بنات الابن يقمن مقام الابن اذا لم يكن للميت ولد و لا وارث غيرهن ٣

و لكن لا يخفى ان ما ذكر لا يصلح ان يكون سندا لاحتمال اراده انه لا وارث له من ولد الصلب، و دعوى الأقربيه لا تصلح سندا اذا الأقربيه تمنع الأبعد في صنفه لا- مطلقا كما ظهر لك من الأخبار السابقه الداله على ذلك، قال الشيخ قدس سره في الاستبصار: و اما ما ذكره بعض اصحابنا من ان ولد الولد لا يرث مع الابوين و احتجاجه بخبري سعد ابن ابي خلف و عبد الرحمن بن الحجاج في قوله ان ابن الابن يقوم مقام الابن اذا لم يكن للميت ولد(و لا وارث غيره) قال و لا وارث غيره انما هما الوالدان لا غير فغلط. لان قوله عليه السلام(و لا وارث غيره) المراد

ص: ٨٥

-
- ١- ١) الكافي كتاب الموارث باب ميراث ولد الولد حديث ٣ ص ٨٨ [١] ج ٧ و في الاستبصار كتاب الفرائض باب ٩٩ ان ولد الولد يقوم مقام الولد اذا لم يكن ولد حديث ٣ ص ١٦٦ ج ٤
- ٢- ٣) الاستبصار كتاب الميراث باب ٩٩ ان ولد الولد يقوم مقام الولد حديث الاول ص ١٦٦ ج ٤ و في الكافي كتاب الموارث باب ميراث ولد الولد حديث ١ و ٤ [٢] ج ٧ ص ٨٨

بذلك اذا لم يكن للميت الابن الذى يتقرب ابن الابن به او البنت التى تتقرب بنت البنت بها ولا- وارث له غيره من الاولاد الصلب

والذى يكشف عما ذكرنا ما رواه محمد بن الحسن الصفار عن ابراهيم ابن هاشم عن صفوان عن خزيمة بن يقطين عن عبد الرحمن بن الحجاج عن ابي عبد الله عليه السلام قال ابن الابن اذا لم يكن من صلب الرجل احد قام مقام الابن قال و ابنه البنت اذا لم يكن من صلب الرجل احد قامت مقام البنت (١) انتهى. قال العلامة المجلسى (قدس سره) بعد نقل هذا الكلام اقول: مع انه يلزم الصدوق تخصيص الاخبار بالزوج و الزوجه.

و كيف كان فيقع الكلام فى هذه الطبقة فى مسائل: الأولى: الأب المنفرد له المال كله

، و هو يحجب الجد و الأخوه و لا- يشاركه فى مرتبه غير الأولاد و الزوج و الزوجه للاجماع بقسميه، و للنصوص المستفيضه كصحيحه الحميرى قال: كتبت الى العسكري (ع) امرأه ماتت و تركت زوجها و ابوها او جدها او جدتها كيف يقسم ميراثها؟
فوقع (ع): للزوج النصف و ما بقى فلأبوين. (٢)

و عن ابي بصير عن الباقر (ع) عن رجل مات و ترك أباه و عمه و جده قال فقال (ع): حجب الأب الجد، الميراث للأب، و ليس للعم و لا للجد شيء (٣) و هكذا الام لها المال كله مع انفرادها و هى تحجب الجد

ص: ٨٤

١- ١) الاستبصار كتاب الموارث حديث ٦ ص ١٦٧ ج ٤ و فى الكافى كتاب الموارث باب ميراث ولد الولد حديث ٣ ج ٧ [١]

٢- ٢) الكافى كتاب الميراث باب ٢٥ حديث ١٠ ص ١١٤ [٢] ج ٧ و فى التهذيب كتاب الميراث باب ٢٨ حديث ٣٤ ص ٣١٠ ج ٧

٣- ٣) الكافى كتاب الميراث باب ٢٥ حديث ٩ ج ٧ [٣] ص ١١٤ و فى التهذيب كتاب الميراث حديث ٣٣ باب ٢٨ ج ٩ ص ٣١٠

والاخوه. و عن الحسن بن صالح قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن امرأة مملوكة (أى مزوجه) لم يدخل بها زوجها ماتت و تركت امها و اخوين لها من ابيها و امها. وجدها ابا امها و زوجها؟ قال: يعطى الزوج النصف و تعطى الأم الباقي و لا يعطى الجد شيئاً لان ابنته حجبتة (١)

الى غير ذلك من النصوص الداله على ان الجد متأخر عن الابوين و هو مع الاخوه بحسب المرتبه، و داله ايضا على انهما يحجبان الجد لقوله لأن بنته حجبتة. نعم يستحب ان يطعم الجد سدس الأصل لما يظهر من بعض الروايات كصحيحه جميل:

ان رسول الله (ص) اطعم الجد السدس، (٢) و فى خبر اسحاق ابن عمار ان الله فرض الفرائض فلم يقسم للجد شيئاً، فان رسول الله صلى الله عليه و آله اطعمه السدس فاجاز الله له ذلك.

و المراد بالجد مطلق الجد، و لو كان ام الأب او ام الأم. ففى روايه ابن ابى عمير عن جميل بن دراج عن ابى عبد الله (ع) ان رسول الله (ص) اطعم الجده ام الأب السدس و ابنها حى و اطعم الجده ام الأم السدس و ابنتها حيه، (٣) و هذه كما ترى تدل على ما ذكرنا

ص: ٨٧

-
- ١- ١) الكافى كتاب الميراث باب ٢٥ حديث ٨ ص ١١٣ [١] ج ٧ و فى التهذيب كتاب الميراث باب ٢٦ حديث ١٠ ص ٢٦٨
٢- ٢) الكافى كتاب الميراث باب ٢٥ حديث ١٦ [٢] ص ١١٥ ج ٧
٣- ٣) الكافى كتاب الميراث باب ٢٥ حديث ١٢ ج ٧ [٣] ص ١١٤ و فى التهذيب كتاب الميراث باب ٢٨ حديث ٣٩ ج ٩ ص ٣١١ و فى الاستبصار كتاب الميراث باب ٩٧ حديث ٩ ص ١٦٢ ج ٤ و فى الفقيه كتاب الميراث باب ١٤٨ حديث ٣ ج ٤ ص

من ان المراد من الجد:التعميم فى الروايه.

المسأله الثانيه فى الحجب:

و هو على قسمين:حجب حرمان:«و هو الحجب عن اصل الارث» و حجب نقصان:«و هو الحجب عن بعض الارث».

اما الأول:و هو حجب كل طبقه عن اللاحقه،و كل درجه سابقه تحجب اللاحقه و قد تقدمت و استفيدت من الروايه المطوله المرويّه فى الوسائل.

و اما الثانى:و هو حجب النقصان فعلى قسمين:قسم يحجب و يرث، و قسم يحجب و لا يرث.

اما الأول:كالولد،فهو و ان نزل يحجب الأبوين عما زاد على السدسين إلا اذا كانت البنت الواحده مع الأبوين فانه يبقى سدس واحد يرد عليهم أخماسا.هذا اذا لم يكن للميت اخوه لأب فانهم يحجبون الام عن الرد،فيكون الرد على الأب و البنت ارباعا على نسبه سهامهم و لا-رد على الأم لوجود حاجب الام عما زاد عن السدس،و لا يفرق بين كون الزائد على السدس ردا أو غيره بالنسبه الى الام للاجماع عليه،و لا يرد الزائد للعصبه لكونها حسب ما يروى بان فى فيها التراب.

و اما لو لم يبق زائد بل ينقص فيقع النقصان على البنت حسب ما يأتى لانه لا عول فى الفرائض،فلو دخل مع الابوين زوج فللزوج الربع و للأبوين السدسان و الباقي للبنث،و الفريضة حينئذ من اربعة و عشرين سهما ربعها سته للزوج و سدسهما و هما اربعة اربعة للأبوين فتقول $148+6$ الباقي عشره للبنث،فيقع النقص عليها و لا يقع النقص

على الزوج و الابوين على ما يأتى بيانه ان شاء الله تعالى فى مسائل العول.

و لو كان مع الاب و البنت و الام زوجه فلبنت النصف و للأبوين لكل واحد منهما السدس، و للزوجه الثمن و الباقي ربع السدس يرد على البنت و الابوين اخماسا دون الزوجه فيما اذا لم يكن حاجب للأُم و مع الحاجب يرد الباقي على البنت و الاب ارباعا فتصبح الفريضة بالفرض المذكور من ١٢٠ سهما ثمنها للزوجه ١٥ و لكل من الاب و الام ٢٠ سهما و لبنت النصف ٦٠ سهما و الباقي ٥ يرد على الابوين و البنت اخماسا فيدفع لكل من الابوين خمس و ثلثه اخماس للبنت. و مع الحاجب تصح الفريضة من ٩٦ ثمنها ١٢ للزوجه، و سدسان للأبوين ٣٢ لكل واحد منهما ١٦ و لبنت نصف الفريضة ٤٨ و الباقي ٤ تقسم ارباعا:

سهم يعطى للاب، و ثلثه اسهم تدفع للبنت ردا و تحجب الام عن ذلك.

و الذى يدل على ذلك هو اجماع الاماميه نقلا و تحصيلا و للصحیح قال: اقرأنى ابو جعفر (ع) فى صحيفه الفرائض التى هى املاء رسول الله (ص) و خط على (ع) بيده فوجدت فيها: رجل ترك ابنته و امه فلا بنته النصف ثلاثة اسهم و للام السدس سهم، و يقسم المال على اربعة اسهم فما اصاب ثلاثة اسهم فلا بنته و ما اصاب سهما فهو للام. (١)

قال: و قرأت فيها: رجل ترك ابنته و اباه فلا بنته النصف ثلاثة اسهم و للاب السدس سهم يقسم المال على اربعة اسهم، فما اصاب ثلاثة اسهم فلا بنته، و ما اصاب سهما فلا بنته. و وجدت فيها: رجل ترك ابويه و ابنته فلا بنته النصف ثلاثة اسهم، و للابوين لكل واحد منهما السدس

ص: ٨٩

١- (٢١) الوسائل كتاب الميراث باب ١٣ [١] ميراث الابوين من ابواب ميراث الابوين و الاولاد و فى الكافى كتاب الميراث باب ١٨ حديث ١ ص ٩٣ ج ٧ و فى التهذيب كتاب الميراث باب ٢٣ حديث ٤ ص ٢٧٠ ج ٩

كل واحد سهم، يقسم المال على خمسة اسهم فما اصاب ثلاثة فللابنه و ما اصاب سهمين فللابوين. (١)

هذا مع فرض عدم الحاجب لما سيأتى انه مع الحاجب تمنع الام من الرد، و ايضا الولد يحجب الزوج و الزوجه من نصيبهما الاعلى، فالزوجه تستحق الثمن مع الولد و الزوج يستحق الربع مع الولد كتابا و سنه و اجماعا، بل هو من ضروريات الدين و المذهب فلا يحتاج الى الاطاله.

القسم الثانى الذى يحجب و لا يرث:

و هو حجب الاخوه فانهم يحجبون الام عما زاد عن السدس مع اجتماع الشروط الآتية مع انهم لا يرثون للاخبار الكثيره. و لا يخفى ان حجب الاخوه تاره مع البنت الواحده، و اخرى مع عدم الولد.

اما مع عدم الولد فالاخوه تحجب الام عن ثلثها و ترجعها الى السدس و الباقي هو للاب اي خمسة اسداس للاجماع و للكتاب. قال الله تعالى فى سورة النساء: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَ وَّرِثَتْهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمَّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ السُّدُسُ... والآيه) (٢) و للاخبار الكثيره مثل صحيحه أبى العباس قال: سمعت أبا عبد الله (ع): لا يحجب الاخ او الاخت عن الثلث حتى يكونا اخوين أو اخا و اختين فان الله تعالى يقول

ص: ٩٠

١- (١) الوسائل كتاب الميراث باب ١٣ [١] ميراث الابوين من ابواب ميراث الابوين و الاولاد و فى الكافى كتاب الميراث باب ١٨ حديث ١ ص ٩٣ ج ٧ و فى التهذيب كتاب الميراث باب ٢٣ حديث ٤ ص ٢٧٠ ج ٩

٢- (٢) سورة النساء آيه ١١ [٢]

«فان كان له اخوه فلامه السدس» (١)، و صحیحه محمد بن مسلم عن ابی عبد الله (ع) قال: لا تحجب الام عن الثلث اذا لم يكن ولد إلا اخوان او اربع اخوات (٢). و عنه (ع) لا يحجب الام عن الثلث الا اخوان او اربع اخوات لاب و ام او لاب (٣) الى غير ذلك من الاخبار.

و اخرى مع البنت الواحده، فالأخوه تحجب الام عما زاد لها من الرد فلا يكون لها الرد حينئذ. و لا يخفى انه ليس عندنا ما يدل عليه سوى الاجماع الذى يمكن تحصيله فان الآيه الشريفه حسب ما عرفت ان موردها انحصار الميراث بالأبوين ليست متعرضه لحجبها عما زاد عن السدس بالرد، و كذلك الاخبار فانها داله على حجبها عن الثلث و ليست متعرضه لحجبها عما زاد على السدس فى الرد. و على كل ففى الاجماع كفايه لاثبات المطلوب. نعم وقع الكلام بالنسبه الى ما تستحقه بالرد لو لا الحجب. هل هو يرجع على البنت و الأب ارباعا ام ما تستحقه بالرد يختص بالاب؟ فالمشهور بل كاد ان يكون اجماعا هو على الاول. و عن معين الدين المصرى هو الثانى فانه صرح بأنه يرد على البنت و الاب اخماسا سهمان للاب و ثلاثه للبنت لان سهم الام محجوب للاب.

ص: ٩١

-
- ١- ١) الوسائل كتاب الميراث باب ٨ [١] انه لا تحجب الام من ابواب ميراث الابوين.
٢- ٢) التهذيب كتاب الميراث باب ٢٥ حديث ٧ ج ٩ و فى الاستبصار باب ٨٨ حديث ٤ ج ٤ ص ١٤١ و فى الكافى كتاب الميراث باب ١٧ حديث ٤ ج ٧ [٢] ص ٩٢ و فى الوسائل الباب السابق [٣]
٣- ٣) الوسائل الباب السابق و فى الكافى كتاب الميراث باب ١٧ [٤] حديث ٥ ص ٩٢ ج ٧ و فى التهذيب كتاب الميراث باب ٢٥ حديث ٥ ص ٢٨١ ج ٩ و فى الاستبصار كتاب الميراث باب ٨٨ حديث ٣ ص ١٤١ ج ٤

قال الشيخ (قدس سره) في الجواهر و لكن المشهور على خلافه بل لم اجد له موافقا على ذلك.

و كيف كان: فحجب الاخوه في الموردين مسلم بين الاصحاب.

ففي فرض اجتماع البنت مع الابوين فتارة يفرض مع وجود الحاجب للام و هو وجود اخوين او اخ و اختين او اربع اخوات للميت، فللبنت النصف، و لكل من الاب و الام السدس، و يبقى سدس واحد من الفريضة يقسم ارباعا، فللبنت ثلثه اسهم، و للاب سهم واحد، و تحرم الام من الرد لوجود الحاجب، فتصح الفريضة حينئذ من اربعة و عشرين فللبنت ١٢ بالفرض و ٣ بالرد و للاب ٥، اربعة بالفرض و واحد بالرد، و للام ٤ و تحرم من الرد.

و اخرى تفرض مع عدم وجود الحاجب، ففي فرض المسألة يقسم الباقي اخماسا فتصح الفريضة حينئذ في الفرض المذكور من ٣٠ سهما.

للبنت ١٨، ١٥ بالفرض و ٣ بالرد، و للاب ٦، ٥ بالفرض و واحد بالرد، و للام ايضا لها ٦، ٥ بالفرض و سهم واحد بالرد. هذا بالنسبة الى البنت.

و اما لو كان للميت ولد و ابوان فحيث لا رد فلا أثر لوجود الاخوه فلكل من الاب و الام السدس و الباقي للولد بالقرايه فتصح الفريضة حينئذ من ٦.

و بالجمله: الاخوه تكون حاجبه فيما له الأثر و هو لا يتصور إلا فيما اذا كان للميت بنت واحده مع الابوين من جهة الرد، أو لم يكن للميت غير ابوين فتعطي الام الثلث فيما اذا لم يكن لها الحاجب المذكور و الثلثان للاب. و اما اذا كان لها حاجب فتعطي سدسا واحدا، و خمسه اسداس للاب، و اما لو كان للميت بنتان و ابوان فلا رد لكي يلحظ

حجب الاخوه إذ فرض البنتين الثلثان و الابوين الثلث لكل واحد منهما السدس، فلا زياده فى الفريضه لكى يتحقق الرد.

(شرائط حجب الاخوه)

يعتبر فى حجب الاخوه أمور:

الاول العدد:

بان يكونا اخوين أو اخا و اختين، أو اربع اخوات للاجماع و الضروره، و للاخبار المستفيضه المفسره للاخوه فى الآيه الشريفه بالاخوين فما فوق، و الحجب بذلك مستفاد من الاخبار و الاجماع، و ان كان ظاهر الآيه اعتبار الذكوره. فالحاق اربع أخوات بذلك للتصريح به فى بعض الروايات كروايه ابى العباس عن ابى عبد الله عليه السلام: اذا ترك الميت اخوين فهم اخوه مع الميت حجب الام عن الثلث، و ان كان واحدا لم يحجب الام، و قال اذا كن اربع اخوات حجب الام من الثلث لانهن بمنزله الاخوين و ان كن ثلاثا لم يحجب (١).

و من ظاهر التعليل يستفاد حجب الاخ و الاختين مضافا الى روايه ابى العباس قال سمعت ابا عبد الله (ع) يقول لا يحجب الام عن الثلث الاخ و الاخت حتى يكونا اخوين او اخا و اختين ٢ الى غير ذلك من الاخبار المداله على ان المراد من الاخوه فى الآيه الشريفه هو ما ذكرناه و على ذلك فتوى الاصحاب.

ص: ٩٣

١- (٢١) الكافى كتاب الميراث باب ١٧ حديث ٢ ص ٩٢ [١] ج ٧ و الاستبصار كتاب الميراث باب ٨٨ حديث ١ ص ١٤١ ج ٤ و التهذيب كتاب الميراث باب ٢٥ حديث ٣ و ٥ ص ٢٨١ ج ٩

الثانى: ان يكونا اخوين، أو اخا و اختين أو اربع اخوات من

الابوين أو من الاب

فلو كانا من الام فلا حجب للاجماع و للاخبار، منها:

موثقه اسحاق عن الصادق (ع) فى رجل مات و ترك ابويه و اخوه للام، قال: الله سبحانه اكرم من ان يزيد لها فى العيال و ينقصها من الميراث الثلث (١)، و روايه فضل ابى العباس البقباق عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لا يحجب الام عن الثلث إلا اخوان أو اربع اخوات لأب و أم أو لأب (٢) و فى الفقيه روى محمد بن سنان عن العلاء بن فضيل عن أبى عبد الله (ع)... الى ان قال: و لا يحجب الأم عن الثلث الأخوة و الاخوات من الأم ما بلغوا، و لا يحجبها إلا أخوان أو أخ و اختان، أو اربع اخوات لأب أو لأب و ام أو اكثر من ذلك الخبر. (٣)

الثالث ان يكون الاب حيا:

فلو لم يكن حيا فلا- تحجب الا-خوه الام، فان الظاهر من الاخبار كون الحجب توفيراً على الأب، فمع عدمه لا توفير، مضافاً الى الأخبار المستفيضة كخبر ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

ص: ٩٤

-
- ١- ١) الوسائل كتاب الميراث باب ٩ [١] ان الاخوه يحجبون الام عن الثلث- الى السدس من ميراث الابوين و الاولاد
٢- ٢) الوسائل كتاب الميراث باب ١٠ [٢] لا- يحجب الام عما زاد عن السدس من ابواب ميراث الابوين و الاولاد و فى الاستبصار ج ٤ ص ١٤١.
٣- ٣) الفقيه ج ٤ ص ١٩٨ باب من لا يحجب عن الميراث

الأم لا تنقص عن الثلث ابدا إلا مع الولد و الأخوه اذا كان الاب حيا (١)و للصحيح عنه و عن ابى جعفر(ع)انهما قالا:«ان مات رجل و ترك امه، و اخوه و اخوات لأب و أم، و اخوه و اخوات لأم، و ليس الأب حيا، فانهم لا يرثون و لا يحجبونها لانه لم يورث كلاله» (٢)

الرابع: ان لا يكون فى الاخوه احد الموانع:

كالكفر، و الرق، للأجماع و الاخبار الداله على عدم حجبهما مطلقا، كروايه محمد بن مسلم قال: سألت ابا عبد الله(ع) عن المملوك و المشرك يحجبان اذا لم يرثا؟ قال عليه السلام: لا. (٣) و عن الفضل عن ابى عبد الله(ع) عن المملوك و المملوكه هل يحجبان اذا لم يرثا؟ قال عليه السلام: لا. ٤ و عن الحسن بن محبوب عن الحسن بن صالح عن ابى عبد الله عليه السلام قال: «المسلم يحجب الكافر و يرثه، و الكافر لا يحجب المسلم و لا يرثه»، و عن الكلينى و الشيخ الى ان قال عليه السلام: «الأسلام يعلو و لا يعلى عليه و الكفار بمنزله الموتى لا يحجبون

ص: ٩٥

-
- ١-١) الوسائل كتاب الميراث باب ١٠ [١] انه لا يحجب الام عما زاد عن السدس من كتاب ميراث الابوين و الاولاد.
٢-٢) الوسائل كتاب الميراث باب ١١ [٢] ان الاخوه لا يحجبون الام الامع وجود الاب من ابواب ميراث الابوين و الاولاد.
٣-٣) الوسائل كتاب الميراث باب ١٣ [٣] الاخوه اذا كانوا مملوكين لم يحجبوا الام باب ١٤ ان الايخ الكافر لا يحجب الام من ابواب ميراث الابوين و الاولاد.

و لا يرثون» (1) و فى بعض النصوص: «أنهم كالموتى فلا يحجبون».

و دعوى ان الظاهر من الاخبار هو حجب الحرمان دون النقصان:

ممنوعه لما عرفت من التصريح فى بعض الأخبار «أنهم كالموتى».

و بذلك ينصرف اطلاق الاخوه فى الآيه الشريفه الى ما لم يكن فيه احد المانعين و هما: الكفر، و الرق.

و اما القتل فليس فى البين ما يدل على عدم حجبه، إلا ان الشهرة التى كادت ان تكون اجماعا داله على عدم حجبه.

و اما دعوى انه لا- يحجب لعدم إرثه أو انه كالكافر و المملوك و امثال ذلك الموجب للتشكيك فى الاطلاق اى اطلاق الأخوه، فهى امور ظنيه لا يمكن الركون اليها. و على كل فالاجماع المدعى فى المقام هو الحجبه.

و لا يخفى ان الظاهر من اطلاق الاخوه ان يكونا عند الموت حين منفصلين، فلو كان احدهما منفصلا و الآخر حملا، فالظاهر عدم صدقه عليه، كما انه لو كانا ذكرين حملين لم يكونا حاجبين، كما انه لا يصدق الاطلاق لو اقترن موته بموت الأخوين او اشتبه المتقدم بالمتأخر، لعدم صدق الاخوه فى الآيه.

و توقف الشهيد(قده) فى الدروس فيما لو كانوا غرقى، من حيث ان فرض موت كل واحد منهما يستدعى كون الآخر حيا، فيتحقق الحجب، و من عدم القطع بوجوده- و الارث حكم شرعى- فلا يلزم منه اطراد الحكم بالحياه.

و الظاهر عدم الحجب، ووقفا فيما خالف الاصل على مورده، على انه فى مورد الشك لا- يثبت الحجب، و يتمسك بعمومات الارث.

ص: ٩٦

و بالجمله فى كل مورد شككنا فى شمول الاطلاق، لا- يمكن التمسك بالاطلاق، فيلتزم بعدم الحجب. اللهم إلا ان يقال: انه لا اطلاق فى عمومات الارث لكى يتمسك باطلاقها.

اما قوله تعالى «فَأُمَّهُ التُّثُّ» فلا اطلاق فيها لأنها مفصله بين الثلث و السدس، فلم تكن الآيه تثبت الثلث اولا. ثم بدليل منفصل تثبت الحجب بالأخوه لكى يتمسك باطلاقها.

و اما اطلاق: «أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» فليست بصدد بيان من تلك الجبهه لكى يتمسك باطلاقها، و انما هى فى مقام بيان:

اصل الميراث.

نعم، لا مانع من التمسك باصالة عدم جعل الحجب. إذ هو من العدم النعتى له حاله سابقه فيستصحب فافهم. ثم انه قد اشترط فى (الروضه) المغايره بين الحاجب و المحجوب، فلو كانت الام اختا لأب (اى اختا للمورث من أبيه لعدم تصور كون الام اختا من ابوين) فلا حجب كما يتفق ذلك فى المجوس، او الشبهه بوطىء الرجل ابنته، فولدها اخوها لأبيها (اى ولد البنت).

ثم لا- يخفى ان اولاد الاخوه لا يحجبون هنا و ان حجبا من كان أبعد منهم بمرتبه، قال السيد فى (الرياض) كما صرح به جماعه من غير خلاف بينهم اجده أخذنا بعموم ما دل على كمال النصيب و اختصاص ما دل على الحجب عنه بالا-خوه بهم دون اولادهم، لعدم صدق الاخوه عليهم حقيقه و الحاقهم بهم فى حجب الحرمان، و بالاولاد فيه و فى حجب النقصان، قياس فاسد فى الشريعه.

و اما الخناثى المشكله فلا يحجب الام أقل من اربعة لاحتمال ان يكن اناثا و الشك فى الشرط شك فى المشروط فاذا كن اربعا تحقق الحجب قطعا

ص: ٩٧

فانه يرث اذا انفصل حيا، كما انه يورث لو مات بعد انفصاليه حيا، للآجماع بقسميه، و للسنه المسلفيه. ففي الخبر: «اذا تحرك المولود تحركا بينا فانه يرث و يورث، فانه ربما كان أخرس» (١).

و بهذا المضمون اخبار كثيره، و الظاهر منها اعتبار الحركه الكاشفه عن الحياه، و لا يشترط استقرار الحياه بعد الانفصال و لا استهلاله لجواز كونه أخرس، بل المعتبر هي الحياه التي تدل عليها الحركه البينه- كما في الخبر- لا بنحو التقلص الطبيعي.

و يظهر من الاخبار: كون الحياه بعد الانفصال لتمام المولود، فلو خرج بعضه ميتا و بعضه الآخر حيا لا اثر له، و كما انه يرث اذا انفصل حيا يكون حاجبا لما دونه، اذ يرثه منوط بانفصاليه حيا، و يحجب ما زاد على السدس في الابوين لميراث الابوين، و ما زاد على الثمن لميراث الزوجه، و ما زاد على الربع لميراث الزوج، و يعزل له حصه ذكرين فاذا انكشف الحال بخلافه استدرك الزائد أو النقصان.

و انما يعزل حصه ذكرين لكونه يندر وجود أكثر من ذلك.

و يعلم وجود الحمل حال موت المورث بأن يوضع حيا لدون سته أشهر من حين موته، أو لاقصى الحمل، ان لم توطأ الام و طئا يصح استناده اليه، و ان وطئت و لو بشبهه فانه حينئذ لا يرث لاحتمال

ص: ٩٨

١- ١) الوسائل كتاب الميراث باب ٧ [١] ان الحمل يرث و يورث اذا ولد حيا و الاستبصار كتاب الميراث باب ١١٥ حديث ٢ ص ١٩٨ ج ٤ و التهذيب باب ٤٦ حديث ٥ ص ٣٩٢ ج ٩

حصوله من وطىء الشبهه.

و اما اصاله عدم تقدمه فلا يثبت انه ليس من الاول، لمعارضته باصاله عدم تأخره المثبتة لكونه منه.

و بالجمله كونه من الأول يحتاج الى احراز ليرث، و مع عدم الاحراز فلا يرث فتأمل. فظهر مما ذكرنا: انه يشترط فى ارث الحمل امور ثلاثه:

الأول: انفصاله حيا.

الثانى: بأن يؤتى به لاقل من ستة أشهر من حين موته، بل و لو ستة أشهر اذا جامع و مات بعد الجماع بلا فاصل.

الثالث: بأن لا يتجاوز أقصى مدة الحمل، فلو ولدته بعد ما مضى على الوفاة مدة تزيد على أقصى مدة الحمل فلا يرث بالاتفاق بين المسلمين، الا ان الخلاف قد وقع فى مقدار أقصى مدة الحمل.

تحديد أقصى مدة الحمل:

اما الاماميه فالمشهور -عندهم- ان أقصى مدة الحمل تسعه أشهر، للاخبار المستفيضه كمرسله عبد الرحمن بن سيبه عن ابى جعفر عليه السلام قال: «سألته عن غايه الحمل بالولد فى بطن امه فان الناس يقولون ربما بقى سنين؟ فقال: كذبوا، أقصى مدة الحمل تسعه أشهر لا يزيد لحظه و لو زاد لقتل» (١).

و خبر وهب عن الصادق (ع) عن امير المؤمنين (ع) «يعيش الولد

ص: ٩٩

١- ١) الوسائل كتاب النكاح باب ٢٩ [١] اقل الحمل و اكثره من ابواب القسم و النشوز و الشقاق.

لسته أشهر، و لسبعه، و لتسعه، و لا يعيش لثمانيه» (1)، و صحيحه ابن الحجاج: «سمعت أبا ابراهيم عليه السلام يقول: اذا طلق الرجل امرأه فادعت حبل، انتظر تسعه أشهر، فان ولدت و الا اعتدت بثلاثه أشهر، ثم قد بانت» ٢ الى غير ذلك من الاخبار الداله على ان أقصى مده الحمل هو (تسعه أشهر).

و قال بعضهم - كالشيخ فى المبسوط، و الفاضل فى أكثر كتبه، و المحقق فى الشرائع: «اقصاه عشره و هو حسن يعضده الوجدان فى كثير».

و لكن الشيخ فى الجواهر (قده) قال: «الا أنا لم نقف على ما يدل عليه بالخصوص فيما وصل الينا من النصوص، على انه حكى عن جماعه ان به روايه، بل يعارض ما ذكر من الوجدان بما فى المسالك و نهايه المرام بل و زماننا يوجد أن الوضع الى سنه فقصره حينئذ عليه (أى لتسعه اشهر) دونه (أى السنه) ليس فى محله.

و قيل: ان أقصى الحمل (سنه) كما نسب الى السيد المرتضى فى الانتصار مدعيا عليه الاجماع، و الجامع، و ابى الصلاح، و مال اليه فى المختلف، بل فى المسالك: انه اقرب الى الصواب، اذ لم يرد دليل معتبر على كون اقصاه اقل من السنه، فاستصحاب حكمه و حكم الفراش انسب، و ان كان خلاف الغالب، و قد وقع فى زماننا ما يدل عليه.

مع انه يمكن تنزيل تلك الاخبار على الغالب. كما تشعر به روايه صفوان عن محمد بن حكيم عن العبد الصالح (ع) الى ان قال:

«و اما الحمل فهو يستبين فى ثلاثه أشهر لأن الله عز و جل قد جعله

ص: ١٠٠

وقتا يستبين فيه الحمل، قال: قلت فانها ارتابت قال عليه السلام عدتها تسعة أشهر. قال: قلت فانها ارتابت بعد تسعة أشهر؟ قال عليه السلام: انما الحمل تسعة أشهر، قلت: فتزوج؟ قال عليه السلام: تحتاط بثلاثة أشهر... الخبر» (١) ثم أمر بالاحتياط نظرا الى كون ذلك نادرا و مراعاته اولى من الحكم بنفى النسب عن اهله، بل يترتب ما هو أعظم من ذلك و لبعه على ذلك سبطه و بعض اتباعه».

اقول: هذا لا يعارض ما ذكر من الروايات للقول المشهور لا سنداً و لا دلاله، بل لا معنى لحملها على الغالب، اذ حملها عليه ينافى قوله عليه السلام: و لو زاد ساعه لقتل امه فى نفيه، ضروره عدم كون الغالب منحصر فى التسعه الحقيقه التى لا تزد ساعه، كما ان تلك الأخبار صريحه تنفى الزائد على التسعه و ان الثلاثه أشهر انما اعتبرت للعدده و انما اعتبرت للعدده تعبدا او لنفى الريبه.

و بالجمله اجمعت الاماميه على ان أقصى الحمل لا يزيد ساعه عن السنه، فلو طلقها الزوج او مات عنها ثم ولدت بعد السنه و لو بساعه لم يلحقه الولد.

و فى اللغه بعد ان ذكر اختلاف الأصحاب فى تحديد أقصى الحمل بانه تسعه أشهر، او عشره، او سنه، و حمل الروايات على اختلاف عادات النساء قال «و اتفق الأصحاب على انه لا يزيد عن السنه».

كما روى ذلك عن ابن حكيم عن أبى ابراهيم او ابنه عليهما السلام انه قال: «المطلقة طلقها زوجها فتقول: انا حبلى، فتمكث سنه؟ فقال عليه السلام: ان جاءت به لأكثر من سنه لم تصدق و لو ساعه

ص: ١٠١

واحد في دعواها» (١).

و اما عند الأربعة فقد اختلفت اقوالهم:

فقال ابو حنيفه: ان اقصى مده الحمل ستتان.

وقال مالك و الشافعي و ابن حنبل: ان اقصاه اربع سنين استنادا الى انه روى ان امرأه من عجلان قد مكث الحمل في بطنها اربع سنين.

وقال عباد بن عوان: ان اقصى مده الحمل خمس سنين و به قالت المالكيه (٢) وقال الزهري: سبع سنين.

وقال ابن عبيد: ليس لأقصى الحمل حد (٣).

هذا كله بالنسبه الى أقصى الحمل، و اما بالنسبه الى اقل مده الحمل فقد اتفق المسلمون قاطبه على انه ستة أشهر، لأن ذلك هو مقتضى الجمع بين قوله تعالى: «وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا» (٤) وقوله تعالى: «وَ فِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ» (٥) فانه بعد اسقاط عامين يبقى من الثلاثين شهرا ستة أشهر، و ذلك أقل مده الحمل.

و لروايه محمد بن يحيى رفعه الى أبي عبد الله قال: قال امير المؤمنين عليه السلام: «لا تلد المرأة لأقل من ستة اشهر» كما في نكاح الوسائل.

ص: ١٠٢

١- (١) الوسائل كتاب الطلاق باب ٢٥ [١] عده المستترابه بالحمل من ابواب العدد.

٢- (٢) الفقه على المذاهب الاربعه ج ٤ ص ٥٢٣ الطبعة الاولى [٢]

٣- (٣) المغنى لابن قدامه الطبعة الثالثه ص ٤٧٧ ج ٧.

٤- (٤) سورة الاحقاف آيه ١٥ و [٣]الفصال في الآيه هو الرضاع.

٥- (٥) سورة لقمان آيه ١٤ [٤] في الوسائل كتاب النكاح باب ١٧ [٥] اقل الحمل و اكثره من ابواب احكام الاولاد، روى ابن شهر

اشوب في

و فى الارشاد للمفيد قال: «روت العامه و الخاصه عن يونس عن الحسن ان عمر اتى بامرأه قد ولدت لسته أشهر فهمم برجمها فقال امير المؤمنين (ع): ان خاصمتك بكتاب الله خصمتك، ان الله تعالى يقول: «وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا» و يقول جل قائلًا: «وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْتَمَّ الرِّضَاعَةَ» (١) فاذا تمت المرأه الرضاعه سنتين و كان حمله و فصاله ثلاثين شهرا كان الحمل

ص: ١٠٤

١-١) سورة البقره آيه ٢٢٢.

منها ستة أشهر فخلى عمر سبيل المرأة، و ثبت الحكم بذلك فعمل به الصحابه و التابعون و من أخذ عنه الى يومنا هذا (١).

فلو ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر ولدا حيا كاملا مع تحقق الدخول من الزوج فانه لا يلحق به الولد على المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه كادت ان تكون اجماعا، و لم يعرف الخلاف إلا من الشيخين المفيد و الطوسى (قدس سرهما) فقالا بالتخير بين النفى و الاقرار، و قد استندا الى خبر أبان بن تغلب عن الامام الصادق (ع): فى رجل تزوج امرأه فلم تلبث بعد ما اعدت اليه الا بعد اربعة أشهر حتى ولدت جاريه فانكر ولدها، و ادعت هى انها حبلت منه؟ فقال (ع): «لا يقبل ذلك منها، و ان ترافعا الى السلطان تلاعنا و فرق بينهما و لم تحل له ابدا» (٢).

و لكن لا يخفى ان الاستناد الى هذا الخبر محل منع، لضعفه مع مخالفته لما هو المشهور بين الأصحاب.

قال الشيخ صاحب الجواهر (قده): «لكنه شاذ لا يقدر فى تحصيل الاجماع، بل يمكن دعوى تواتر النصوص بخلافه، و قد سمعت دعوى الاجماع من المؤمنين او المسلمين على ان الستة أشهر اقل الحمل، و غيرها من الادله على ذلك»

مضافا الى أنه يمكن حمله على عدم حياه الولد او تمامه و ان يتنازعا فى المده و فى غير الكامل مما تسقط المرأة.

قال فى الرياض: يرجع فى الحاقه بالزوج حيث يحتاج اليه فيجب

ص: ١٠٥

١- ١) الارشاد للمفيد ص ١١٠. [١]

٢- ٢) الوسائل كتاب النكاح باب ١٧ [٢] اقل الحمل و اكثره من ابواب احكام الأولاد.

عليه التكفين و مؤنه التجهيز، و نحو ذلك من الاحكام المترتبه على حياته الى المعتاد لمثله من الأيام و الاشهر، فان امكن عاده منه لحقه حكمه، و ان علم عاده انتفاؤه عنه لغيبته عنه مده تزيد عن تخلفه عاده انتفى عنه.

قال الشيخ صاحب الجواهر(قده) في شرح قول المحقق(قده) «حيا كاملا»: و احترز بالحياه و الكمال عما ولدته في هذه المده غير حى او ناقص الخلقه، فانه يلحق به مع امكان تولده منه عاده للأصل المزبور، فيجب حينئذ عليه مؤنه تجهيزه و يستحق ديته لو جنى عليه الى غير ذلك من الاحكام المترتبه على لحوقه به، نعم لو لم يمكن فى العاده لحوقه به لم يلحق به كما هو واضح، و الظاهر انه يجرى هنا ما سمعته فى السابق من ان الحكم بعدم اللحق فى المتولد حيا كاملا لاقل من سته أشهر اذا كان معلوما اما مع الجهل فالظاهر الحكم فى اللحق للأصل الذى قدمناه، بل لعله هنا اولى باعتبار تحقق الدخول الذى هو اصل فى الحكم باللحق حتى يعلم فساده بالعلم بالتولد للاقل و نحوه.

المسأله الرابعه فى الجبوه

يجبى: اى يعطى الولد الأكبر من تركه أبية: السيف، و الثياب و المصحف، و الخاتم -اجماعا و قد استفاضت بذلك النصوص بل انفردت به الاماميه -عطيه و اكراما لولده الاكبر. و تفصيل ذلك يظهر فى طى امور:

الاول: يجبى الولد الذكر الاكبر مع التعدد و مع الانفراد، يجبى الذكر فقط دون الاثنى لروايه زراره، و محمد بن مسلم، و بكير و فضيل بن يسار، عن احدهما عليهما السلام: «الرجل اذا ترك سيفا

و سلاحا فهو لابنه، فان كانا اثنين فهو لأكبرهما» (١).

و عن شعيب العقر قوفى قال: «سألت ابا عبد الله (ع) عن الرجل يموت ما له من متاع بيته؟ قال: السيف، و قال عليه السلام: الميت اذا مات فان لابنه السيف، و الرحل و الثياب ثياب جلده» ٢.

و هو كما ترى فيه لفظ (الابن) المطلق الشامل للولد الاكبر و لغيره، و الخبر السابق يقول: «أكبرهما» فيظهر من ذلك انه مع التعدد يعتبر الاكبر، و مع عدم التعدد للذكر دون الانثى، مضافا الى روايه الربيعى عن أبى عبد الله (ع) قال: «اذا مات الرجل فللاكبر من ولده:

سيفه، و مصحفه، و خاتمه، و درعه» (٢).

و عن الربيعى ايضا عن أبى عبد الله (ع): «اذا مات الرجل، فسيفه، و مصحفه، و خاتمه، و كتبه، و رحله، و راحلته، و كسوته، لأكبر ولده. فان كان الاكبر ابنه، فللاكبر من الذكور» (٣).

و عن الشيخ عن حريز عن أبى عبد الله (ع): «اذا هلك الرجل

ص: ١٠٧

-
- ١- (٢١١) الوسائل كتاب الميراث باب ٣ [١] ما يحبى الولد الذكر الاكبر من تركه أبيه من ابواب ميراث الابوين و الأولاد.
٢- (٣) الكافى كتاب الميراث باب ١٣ حديث ٣ ص ٨٦ [٢] ج ٧ و فى الاستبصار كتاب الميراث باب ٩٠ حديث ٣ ص ١٢٤ ج ٤ و فى الوسائل كتاب الميراث باب ٣ من ابواب ميراث الابوين و الأولاد، باب ما يحبى الولد الاكبر من تركه أبيه. [٣]
٣- (٤) الكافى كتاب الميراث باب ١٣ ص ٨٦ حديث ٤ [٤] ج ٧ و فى الفقيه كتاب الميراث باب ١٧٥ حديث ١ ص ٢٥١ ج ٤ و فى التهذيب كتاب الميراث باب ٢٤ حديث ٧ ص ٢٧٥ ج ٧ و الوسائل كتاب الميراث باب ٣ من ابواب ميراث الابوين و الأولاد
باب ما يحبى الولد الاكبر من تركه أبيه [٥]

و ترك بنيه فللا كبير: السيف. و الدرع، و الخاتم، و المصحف، فان حدث به حدث فللا كبير منهم» (١).

و لا يخفى ان هذه الروايه الأ-خيره التى جمعت هذه الامور الاربعه بناء على ان المراد من الدرع: هو ثياب جلده، كما ان روايه الربعى الاولى يظهر منها ذلك و ان كانت روايته الثانيه تزيد «الكتب، و الرحل و الراحله» الا انه لم يعمل بها على ان الشيخ بحسب روايته اسقط لفظ الراحله. و بالجمله الامور الاربع مقتضى الجمع بين الروايات.

الثانى: الظاهر من الاخبار ان هذا العطاء على سبيل الاستحقاق و الوجوب لا على جهه الاستحباب، لما يستفاد من (اللام) فى قوله فولده الا-كبر أو فللا-كبر، اى بمجرد موت المالك يثبت لولده الاكبر حق فى تلك الامور الاربعه أو لولده الذكر دون الانثى بنحو لا يسوغ للورثه اخذ ذلك و التصرف فيه. و ظاهر هذا التمليك انما هو على نحو التنجيز لا بنحو التعليق، اى ملك ان يملك الموافق للاستحباب المخالف لظاهر اللام و لشهره الاصحاب فانه حسب ما هو معلوم من كلماتهم استفاده الوجوب و الاستحقاق.

و دعوى ان حمله على الاستحباب لأجل الجمع بين ادله الميراث الشامل لجميع الورثه على نحو سواء و بين هذه الاخبار فترفع اليد عن ظهور هذه الاخبار بالحمل على الاستحباب لا على الاستحقاق ممنوعه، فان ظاهر الاخبار هو كون اللام للاستحقاق و للتمليك، و بذلك يخصص عموم الكتاب و السنه الدالين على كون الميراث لجميع الورثه من دون خصوصيه للولد الاكبر.

ص: ١٠٨

١-١) الوسائل كتاب الميراث باب ٣ [١] ما يحبى الولد الذكر الاكبر من تركه أبيه من ابواب ميراث الابوين و الاولاد.

و دعوى ان الاختلاف فى الاخبار فى تعيين ما يحبى فبعضها ذكر السلاح و السيف، و بعضها أضاف الدرع و المصحف، و بعضها زاد الرحل و الراحله و الكتب. فهذا الاختلاف يدل على الاستحباب كاختلاف التقادير فى منزوحات البئر، فان الاصحاب قالوا بالاستحباب فيها لاجل اختلاف تلك التقادير: فى غير محلها، إذ هو قياس مع الفارق، فان القول باستحباب التقادير فى منزوحات البئر قول لا- بأس به لوجود قرائن فى الاخبار تدل عليه، و لذا قال به جماعه من المتأخرين، و فى المقام لا يلتزم بالاستحباب لما عرفت من استفاده التمليك و الاستحقاق من (اللام). فدعوى الاستحباب فى المقام مخالف للظاهر، و ان امكن تصويره بان يتوجه الخطاب لباقى الورثه بالاعطاء للولد الاكبر استحيابا.

الا ان ذلك ينافى ما هو الظاهر من كون (اللام) للوجوب و الاستحقاق، التى لم يتعارف التجوز بها عن الندب، كما هو مفادها فى أدله الارث فى الكتاب و السنه.

و دعوى ان الصحيحتين المتقدمتين لم يذكر فيهما الا ثلاثه و ليس فيهما ذكر للرابع-اي الثياب-، و ذكر فيهما الدرع بدلا عنها مع انه لم يقل به احد، و للتسامح فى المستحبات دون الواجبات، و للاختلاف الموجود فيها. هذه الدعوى ممنوعه:

اما الاختلاف-فقد عرفت ان ذلك لا يوجب الحمل على الاستحباب كما فى البئر، فان الاختلاف فى المنزوحات انما يدل على الاستحباب لاستفادته من القرائن، لا من نفس الاختلاف.

و اما عدم اشتمال الصحيحتين على الاربعه، فهو محل منع كذلك.

بناء على ان (الدرع) يراد منه (القميص) لا الحديد، و يلحق به غيره بالاجماع.

و اما اشتغال الخبر على ما لا يقول به احد فلا يوجب الدلاله على النذب، لأن ذلك لازم القائلين بالنذب، مع انه لم يقل به احد منهم.

قال الشيخ (قدس سره) في الجواهر: «فانه لم يحك عن احد منهم الاستحباب فيما زاد على الاربعه الا ما يحكى عن الأسكافي من الحاق السلاح بها، و اما الصدوق فانه روى روايه (الرحل و الراحله و الكتب) في الفقيه، فان كان ذلك منه عملا بها-بناء على ما ذكره في اول كتابه-فهو على الوجوب دون النذب».

و اما كون هذا الاختلاف يظهر منه التسامح للمناسب لدلالاتها على النذب، ففيه: ان هذا الاختلاف لا ينافي الوجوب، قال الشيخ (قده) في الجواهر:

«لمنع التسامح في مثل هذا النذب، المعارض بقاعده حرمة التصرف في مال الغير، و خصوصا اليتيم، اذ القائل بالنذب يجوز اخراجها و لو كان الوارث غير الكبير طفلا صغيرا، اذ هي من المستحبات الماليه: كزكاه مال الطفل. و مثل هذا الاستحباب لا بد له من دليل صالح لتخصيص القاعده القاضيه بالحرمة، و متى كان في نصوص المقام صلاحيه لذلك لافاده الوجوب حينئذ لعدم التسامح في هذا النذب كما هو واضح؟».

و اما اشتغالها على غير الاربعه، فلا يوجب حملها على النذب، بدعوى ان معلوميه الوجوب في غيرها لحفظ السياق يلزم ان تحمل على النذب، هذا ممنوع، لأن ذلك لازم القائلين بالنذب حيث لم يقولوا بالاستحباب في غير الاربعه، فعليه لا بد من حمل ما ذكر في الروايه من الزيادة على الاشتباه، و ان الأقوى ما ذكرناه: من دلاله (اللام) على التملك و الاستحقاق، كما هو المشهور بين الاصحاب شهره عظيمه

حتى قيل: انه مما تفرد به الاماميه- كما لا يخفى.

الثالث: المستفاد من الاخبار: ان اعطاء تلك الامور للولد الاكبر على جهه المجانيه، لا بنحو المعاوضه، بان يدفع الولد الاكبر قيمتها الى الورثه، فان الولد له حق اختصاص و تملك من دون عوض و لو كان بنحو القيمه و العوض لذكر في الاخبار، فحيث لا عين له في الاخبار و لا أثر يدل على عدم الاعتبار و على ذلك شهره الاصحاب، بل ادعى في السرائر: الاجماع عليه، و ليس لدعوى القيمه وجه سوى الاقتصار على ما هو المتيقن فيما خالف اطلاق الكتاب، بل جمعا بين أدله عموم الميراث لجميع الورثه من دون خصوصيه للاكبر و بين ادله الحبوه، و لكن لا يخفى مع مساعده الدليل لا مانع من تقييد اطلاق الكتاب بأخبار الحبوه، و لا شاهد للجمع لكى يلتزم به بعد الأخذ بظاهر الادله من كون هذه الأشياء تعطى للولد الاكبر مجانا من دون عوض، و إلا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة و هو قبيح.

قال صاحب الجواهر (قدس سره): «و كيف كان فالظاهر مجانيه هذا الحباء، عملا:

بظاهر النص المزبور، فما عن المرتضى و غيره: من كونه بالقيمه، فيكون خصوصيه الاكبر: الاختصاص بالعين من بين الورثه، واضح الضعف. و من الغريب ما فى (الكشف): من الاستدلال عليه بعموم أدله الارث السالم عن المعارض، قال: «فان اختصاص الاعيان به على ما فى الاخبار و الفتاوى، لا ينافى الاحتساب».

و بقول الامام الصادق عليه السلام فى حسن حريز السابق:-

«اذا هلك الرجل فترك بنيه، فللاكبر: السيف، و الدرع، و الخاتم و المصحف. فان حدث به حدث فللاكبر منهم»، ضروره وجوب

الخروج عن ذلك العموم بظهور المجانيه من (اللام) فى النص و الفتوى التى بهما نخرج على ما يقتضيه عموم الارث من الاشتراك و عدم الدلاله فى حسن حريز المحمول ما فيه من قوله: «...فان حدث» الى آخره على اراده: (فان كان قد حدث فى الـ كبر حدث قبل هلاك الرجل، فلاكير الباقي) لا على اراده الاحتساب بالقيمه، اذ هو مع انه لا يقول به احد كما ان الاستيناس لذلك بما سمعته من خير الزوجه عما فاتها من ارث الغرس و البناء بالقيمه، لا وجه له ايضا بعد حرمة القياس».

فظهر لك مما تلوناه عليك: ان القول بالقيمه فى غير محله على ما عرفت من استفادته من الاخبار و كلمات الاصحاب.

ثم لا يخفى ان اعطاء تلك الاعيان الى المحبو ليس لأجل قيامه و اداء ما فات عن أبيه من صوم و صلاه، فمع عدم القيام مطلقا- اى و لو قصورا لصغر او جنون- ينبغى عدم الاستحقاق- و ان قال به بعض- فهو ضعيف، لما عرفت ان الاخبار مطلقه ليس فيها عوضيه، لا بنحو القيمه و لا عوضها اداء لقضاء ما فات عن أبيه، و انما هو عطيه و حبه على نحو التنجيز. و قد عرفت انه لو كانت بنحو العوضيه على اى نحو كان من العوض لذكر فى الاخبار، فحيث لم يذكر دل على عدمه.

نعم، التكليف بقضاء ما فات عن أبيه للولد الـ كبر تكليف آخر أجنبى عن الحبه. و مما ذكرنا من أن المستفاد من (اللام) هو الوجوب و الاستحقاق، سقطت الفروع التى رتبها الفارقه بين الوجوب و الاستحباب. فعلى الوجوب قيمه يوم الموت، و على الاستحباب قيمه يوم الاحتساب، لانه زمان انتقال الحبه الى المحبو، و كان قبله مثل سائر الورثه الى غير ذلك من الثمرات بين الوجوب و الاستحباب المترته على القول بالقيمه.

الرابعه فى المحبو:

يعتبر ان يكون ولدا بالانتساب الشرعى و لو كان عن و طىء شبهه لاطلاق النصوص، فلا يعطى المتولد من الزنا لعدم صدق الولد شرعا عليه و ان صدق عليه لغه.

كما انه يعتبر فى المحبو ان يكون ذكرا فلا تعطى الانثى مع عدم الولد الذكر، فان الظاهر هو اعتبار الولد الذكر الاكبر مع التعدد و الولد الذكر مع عدم التعدد. و هل المراد بالاكبر خلقه أم ولاده؟ ففى التوأمن المتولد اولا هو الأكبر ولاده و المتولد اخيرا هو الأكبر نشأه و جهان بل قولان، الظاهر هو الاكبر ولاده لا نشأه كما عن الفقيه عن ابى عبد الله (ع) انه قال: «أكبر ما يكون الانسان يوم ولد، و أصغر ما يكون يوم يموت»، و ان كانت هناك روايه داله على كون المراد بالا-كبر الأكبر نشأه و لكنها ضعيفه غير معمول بها (١).

نعم وقع الكلام لو كانا فى آن واحد كما لو كانا من زوجتين، فهل تسقط الحبوه لعدم وجود الأكبر او القول بالاشتراك بينهما؟ و جهان مبنيان على ان المراد من الأكبر هل هو من كان اكبر؟ أو لا أكبر منه.

فعلى الأول: يحكم بالسقوط، و على الثانى: يحكم بالاشتراك بينهما، و لا وجه للقرعه للعلم بالتساوى فى السن. نعم لو اشتبه الأكبر بين شخصين او اشخاص، يمكن القول بالقرعه، لا-خراج عنوان الا-كبر فان القرعه لا-مانع منها الا-ان جريانها منوط بعمل الأصحاب، فما لم

ص: ١١٣

يعمل بها لم يؤخذ بها. و على كل فالمسألة محل اشكال لعدم الظهور من الدليل، و لا اصل يعين المراد، و شمول دليل الحبوه للفرد المشتبه محل نظر، فلذا ينبغى التمسك بعمومات الارث حيث ان الشبهه فى المقام مفهومييه، و قد ذكرنا فى الاصول: انه لا مانع من التمسك بالعمومات فيها.

كما انه وقع الاشكال فى المحبو: انه يشترط ان يكون عند موت أبيه حيا منفصلا أم يكفى كونه حملا؟ و منشأ ذلك هو انه هل يصدق على الحمل انه ولد لكى يدخل فى موضوع الدليل ام لا يصدق؟ قيل:

بالاول، لصدق الولد الذكر على الحمل، و هو نظير ارث الحمل. نعم بالنسبه الى كونه نطفه عند موت أبيه صدق الولد عليه مشكل، بل و صدقه على كونه مضغه او علقه عند موت أبيه محل اشكال لعدم صدق الولد عليه عرفا و لا شرعا، إذ الظاهر من صدق العناوين اعتبار الفعلية لا- المشارفه، بل ربما يشكل صدق الولد على الحمل مطلقا، و مع الشك فى الصدق المذكور يتمسك بعمومات الارث حسب ما عرفت أن الشبهه هى شبهه مفهومييه، و لا يقاس المقام على ارث الحمل، فان الاخبار هناك دلت على استحقاق الحمل و لو كان نطفه عند موت أبيه، بخلاف المقام فان الاخبار داله على استحقاق الولد الأكبر او الولد الذكر، و صدق الولد على الحمل محل اشكال و ان كان لا يبعد صدقه عند تمام الخلقه خصوصا بعد و لوج الروح.

و يظهر مما ذكرنا عدم اعتبار البلوغ فى المحبو. و اما اعتبار ان لا يكون سفيها، فقد قال به جماعه الا ان الاطلاق ينفيه.

نعم قيل: ان لا يكون فاسد الرأي، اى يعتقد ان الحبوه ليست للولد الأكبر لقاعده الالتزام المستفاده من الروايات كخبر عبد الاعلى عن أبى عبد الله(ع)، قال: سألته عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا؟ قال: «ان كان مستخفا بالطلاق الزمته ذلك» (١) و خبر على بن ابى حمزه سأل ابا الحسن(ع) عن المطلقة على غير السنه: أيتزوجها الرجل؟ فقال: «الزموهم من ذلك ما الزموه أنفسهم، و تزوجوهن فلا بأس بذلك» ٢. و خبر عبد الله بن محرز قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

رجل ترك ابنته و اخته لأبيه و أمه؟ فقال(ع): «المال كله للابنه و ليس للاخت من الأب و الام شىء، فقلت: فانا قد احتجنا الى هذا و الميت رجل من هؤلاء الناس و أخته مؤمنه عارفه؟ قال(ع): «فخذ النصف لها، خذوا منهم كما يأخذون منكم فى سنتهم و قضاياهم قال ابن اذينه: فذكرت ذلك لزراره فقال: ان على ما جاء به ابن محرز لنورا، خذهم بحقك فى احكامهم و سنتهم كما يأخذون منكم فيه» (٢) و صحيحه محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام قال: سألته عن الاحكام؟ قال عليه السلام: «يجوز على اهل كل ذى دين بما

ص: ١١٥

-
- ١ - (٢ و١) الوسائل كتاب الطلاق باب ٣٠ [١] ان المخالف اذا كان يعتقد وقوع الثلاث من ابواب مقدماته و شرائطه و فى الاستبصار ج ٣ ص ٢٩١
- ٢ - (٣) الكافى كتاب الميراث باب ٢٢ حديث ٢ ص ١٠٠ [٢] ج ٧ و فى التهذيب كتاب الميراث باب ٢٥ حديث ٩ ص ٣٢١ ج ٩ مع اختلاف يسير فى اللفظ

يستحلون» (١) الى غير ذلك من الاخبار الداله على جواز ترتيب آثار ما هو صحيح عندهم و فاسد عندنا، بمعنى: انه لو وقعت من رجل منا لا تترتب عليها آثار الصحه و لكن لو وقعت من المخالفين لنا القائلين بصحتها ترتب عليها آثار الصحه عندنا، كما لو كان الزوج من العامه ممن يعتقد وقوع الطلاق الثلاث بانشاء واحد بنحو يكون فاسدا عندنا و صحيحا عندهم (٢)، فيجب علينا ترتيب آثار المطلقه ثلاثا من غير فرق بين كون المرأه عارفه او مخالفه، فلو رجع اليها نحكم ببطلان رجوعه و يجوز لها التزويج بعد انقضاء العده، و هكذا لو كانت الزوجه عارفه- أى مؤمنه- جاز لها التزويج، و مثله الحلف بالطلاق (٣)، و الطلاق فى طهر المواقع (٤)، و الطلاق فى الحيض ٥، فانها فاسده عندنا و لو وقعت من المخالفين نرتب عليها آثار الصحه، و مثلها التعصيب فانه لا يجوز الأخذ بالتعصيب عندنا و لما كان من مذهبهم و دينهم الأخذ بالعصبه فنحن نرتب عليها آثار الصحه فنورث العصبه، فلو مات المخالف عن بنت و أب للبنت النصف، و للاب السدس، فيبقى سدسان فلو كان له اخ من المؤمنين جاز له اخذ السدسين، لروايه على بن أبى حمزه عن أبى الحسن (ع) انه قال: «الزموهم بما الزموا انفسهم» (٥)

ص: ١١٤

-
- ١- ١) التهذيب كتاب الميراث ص ٣٢٢ ج ٩.
 - ٢- ٢) الفقه على المذاهب الاربعه ج ٤ ص ٣٤١ [١] فاذا طلق الرجل زوجته ثلاثا دفعه واحده بان قال لها انت طالق ثلاثا لزمه ما تعلق به من العقد فى المذاهب الأربعة.
 - ٣- ٣) بدايه ابن رشد ج ١ ص ٣٩٧.
 - ٤- ٥) ابن قدامه فى المغنى جزء ٧ ص ٩٩.
 - ٥- ٦) التهذيب كتاب الميراث باب ٢٩ ميراث الاخوه و الاخوات حديث ١٢ ج ٩

فانهم قد الزموا انفسهم بتوريث العصبه فلو كنا من العصبه نأخذ استحقاقها و لو لم يكن ذلك من ديننا.

و هكذا لو كان للميت بنتان فصاعدا و كان له أخ او عم او ابن اخ او ابن عم، فعندهم (الثلاثان) للبتين، و (الثالث) الآخر للأخ او للعم او ابن الاخ او ابن العم، فلو كان احد هؤلاء من المؤمنين يأخذ (الثالث الباقي) و لو كان من مذهب: ان المال كله للبتين، الثلاثان بالفرض، و الثلث الباقي بالرد، لدخول ذلك تحت قاعده التعصيب.

هذا كله لو كان صحيحا عندهم فاسدا عندنا، و اما لو كان فاسدا عندهم صحيحا عندنا، كترك الاستشهاد فى النكاح، فان العامه ذهبوا الى ضروره وجود الشاهدين فى عقد النكاح (1)، فلو تزوج مخالف بامرأه مؤمنه، و لم يحضر العقد شاهدان، فان هذه ليست بزوجه على مذهب، و عليه: يلزمنا ان نطبق جميع الآثار المترتبه على بطلان نكاح لم تحصل فيه الشهود، فلو مات لم ترثه، و لا تستحق النفقه، و لا ينفعها ان يكون الزواج صحيحا و تكون زوجته شرعيه فى مذهبها، فانه بمجرد جريان قاعده الالتزام يجب انفصال كل عن الآخر.

و مثل هذا يقال فيما لو تزوج المؤمن بامرأه مخالفه، و لم يحضر العقد شاهدان ذكران بالغان عادلان، و مات الزوج المؤمن بعد الدخول بالمخالفه، فيجوز لورثه المؤمن هذا منع زوجته المخالفه من الارث، و المهر، و دفعها عن كل ما تستحقه، لاندرج ذلك تحت قاعده الالتزام، اذ العقد فى مذهبها- فاسد، و النكاح باطل، لعدم الاستشهاد.

و من هذا القبيل: الجمع بين العمه و بنت الأخ، او بين الخاله

ص: ١١٧

١ - ١) الفقه على المذاهب الأربعة الجزء ٤ ص ٢١ [١] الشرط الرابع من شرائط النكاح: (الشهاده) فلا يصح الا شهاده ذكرين بالغين عادلين

و بنت الاخت، فان العامه يرون حرمه الجمع مطلقا (١)، فلو كانت الزوجه مخالفه، و كان الزوج مخالفا، و دخل بها ثم ادخل عليها بنت أخيها، او بنت اختها. فهي مع رضی عمته او خالتها- الزوجه الاولى- تكون زوجه شرعيه عندنا، و هي على مذهبههم ليست بزوجه رضيت عمته او خالتها او لم ترض، و لما كان عقدها متأخرا عن الزوجه الاولى فهو باطل.

و عليه فلا- بد من الزامهم بما الزموا به أنفسهم: من فساد العقد على المتأخره، فيجوز لنا- حينئذ- ان نعقد عليها و ان لم يكن قد طلقها زوجها اخذا بقاعده الالزام.

و من هذا الباب مسأله ما لو عقد المخالف على المطلقه اليائسه قبل انقضاء عدتها، فالعقد هذا صحيح عندنا اذ لا عدده لليائسه. و هم يوجبون العده عليها (٢)، فالعقد في مذهبههم فاسد، فيجوز للامامى ترتيب آثار الفساد على هذا العقد و ان كان في مذهبه صحيحا. فيعقد عليها من دون ان يطلقها الزوج المخالف.

و كذا لو كانت اليائسه مخالفه، و كان العاقد عليها قبل انقضاء مده الطلاق مؤمنا، فان للورثه بعد وفاه هذا الزوج المؤمن دفعها عن الارث بحجه فساد العقد، و ان كان صحيحا على مذهبههم، الزاما لها بما الزمت به نفسها من فساد العقد في مذهبه.

و من هذا القبيل طلاق السكران، فانه لا يقع عندنا، و قال

ص: ١١٨

١ - ١) الفقه على المذاهب الأربعة الجزء ٤ ص ٦٨ [١] ما نصه: «و كذلك الجمع بين البنت و عمته، او خالتها، فاننا لو فرضنا واحدا منهما ذكرا لم يحل له ان ينكح الاخرى».

٢ - ٢) الفقه على المذاهب الاربعه ج ٤ ص ٥٤٩.

ابو حنيفه بوقوعه (١)، فللامامى ان يرتب آثار وقوع الطلاق لو كان الزوج حنفيا فيعقد عليها بعد انقضاء العده، الزاما له بما أُلزم به نفسه.

و كذا طلاق المكره، فان من شرط صحه الطلاق- فى مذهبنا- الاختيار، فلا يصح طلاق المكره. و ابو حنيفه قال بصحه طلاق المكره.

و هو عنده كطلاق غير المكره (٢). فلو أوقع الحنفى الطلاق مكرها، رتب الامامى عليه آثار وقوع الطلاق، فيعقد عليها بعد انقضاء العده و ان كان هذا الطلاق فاسدا عندنا لقاعده الالزام.

و منها الطلاق المعلق، فانه يشترط فى الصيغه تجردها عن التعليق على الشرط المحتمل الوقوع و على الصفه المعلوم حصولها، مثل اذا طلعت الشمس. قال فى الجواهر: «انه لم اقف على مخالف منا، بل فى الانتصار و الايضاح و التنقيح و الروضه و محكى السرائر: الاجماع عليه، و هو الحجه»، الا ان العامه قالوا بوقوع ذلك، بل الظاهر من كلامهم وقوع الطلاق المعلق بجميع انواعه، فهو صحيح عندهم فاسد عندنا، و بموجب قاعده الالزام يصح للامامى ان يرتب آثار وقوع الطلاق المعلق، فيعقد عليها بعد انقضاء العده (٣).

ص: ١١٩

-
- ١- ١) ابن قدامه جزء ٧ من المغنى ص ١١٤، و فى بدايه ابن رشد ج ٢ ص ٨١.
 - ٢- ٢) المغنى لابن قدامه الجزء ٧ ص ١١٨ قال: «لا تختلف الروايه عن احمد ان طلاق المكره لا يقع.. الى قوله: و اجازه ابو قلامه و الشعبى و النخعى و الزهرى و الثورى و ابو حنيفه و صاحبا، لأنه طلاق من مكلف فى محل يملكه كطلاق غير المكره.
 - ٣- ٣) بدايه المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٧٩: «و اما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبليه.. الى آخر كلامه.

و منها الطلاق بالكتابة، فانه لا يقع عندنا، و يقع عند العامه (١)، فاذا وقع الطلاق من المخالف بالكتابة، كان للامامى ترتيب آثار الصحه و ان كان فاسدا فى مذهبه لهذه القاعده.

و من موارد قاعده الالزام: (لا وصيه لوارث)، فان السنه الثابته عندهم التى لا اختلاف فيها: انه لا تجوز الوصيه لوارث (٢).

و حيث ان الوصيه للوارث ممضاه عندنا، فلو كان الموصى له او المقر له وارثا، و كان من المخالفين، الزم ببطلان الوصيه. و يؤخذ بقيه ذلك المال الزاما لهم بما دانوا به انفسهم.

و بالجملة: ان موارد قاعده الالزام فى ابواب النكاح و الطلاق ان كان صحيحا عندنا و فاسدا عندهم، و كان فى ترتيب آثار الفساد ضرر عليهم، اذ لا يصدق الالزام عرفا ما لم يكن مضرا بالذى يلزم به.

و ان كان فاسدا عندنا صحيحا عندهم، و كان فى ترتيب آثار الصحه ضرر على المخالف الذى يلزم به، حيث عرفت ان الالزام لا يكون ذا معنى ما لم يكن مضرا بالملزم به. و اذا كان كذلك جاز فى الحالتين الزام المخالف بترتيب آثار الفساد او ترتيب آثار الصحه اللزوم منها الضرر عليه بموجب قاعده الالزام: «الزموهم بما الزموا به انفسهم».

و هكذا ارث الزوج، فان العامه يورثونها من جميع ما تركه الزوج، نقودا او عروضا او ارضا او غيرها (٣)، و الاماميه متفقون على

ص: ١٢٠

١- ١) الفقه على المذاهب الاربعه ج ٤ ص ٢٥٣. [١]

٢- ٢) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٤٣٥.

٣- ٣) فى موارىث حسين على الأعظمى ص ١٨٩: «و إرث الزوجه يكون من جميع تركه زوجها نقودا او عروضا او اراضى مملوكه او بساتين او غيرها.

منع الزوجه من الأرض لا عينا ولا قيمه اذا لم يكن لها ولد من الزوج و انما ترث من البناء و الأشجار و النخيل قيمتها، و عليه: فلو كانت الزوجه مؤمنه و لم يكن لها ولد، و كان الزوج مخالفا، فانها بقاعده الالتزام تأخذ من الارض إدانه لهم بما دانوا به أنفسهم.

و اما بالنسبه الى ذات الولد، فتأخذ منهم استحقاقها من الارض ان كانت مقلده لمن يقول بالحاقها بغير ذات الولد في الميراث، و ذلك بموجب هذه القاعده.

موارد قاعده الالتزام

و منها: شركه الابدان: (و هي ان يشترك الصانعان على ان ما يرتفع لهما من كسبهما بينهما على حسب شرطهما) سواء كانا متفقى الصنعه: كالنجارين، و الخبازين، او مختلفى الصنعه: كنجار و خباز فان هذه الشركه باطله عندنا، الا ان أبا حنيفه قال بجواز ذلك (١).

فاذا كان احد الشريكين -في شركه الابدان- حنفيا، و قد عملا مده، و كان ترتيب الآثار على هذه الشركه مضرا به نافعا للطرف الآخر الذي هو المؤمن و الذي من مذهبه بطلان هذه الشركه الا انه بموجب قاعده الالتزام يجوز له الأخذ بصحتها و ترتيب الآثار على الشركه الباطله في مذهبه.

و منها-العقد حال الاحرام: فهو في مذهبنا باطل، غير ان المذهب الحنفى يجوز ذلك (٢). فلو عقد الحنفى عليها في حال الاحرام جاز ترتيب آثار الزوجيه على ذلك العقد، و لا يجوز للحنفى التخلف عن ذلك الزاما له بما دان به نفسه.

و منها-حق الشفعه للجار: فانه ليس للجار شفعه عندنا، و أعطى

ص: ١٢١

١-١) الخلاف كتاب الشركه المسأله ٦ شركه الابدان ص ٢٤٥ ج ١

٢-٢) بدايه ابن رشد ج ١ ص ٣٢٠.

ابو حنيفه للجار حق الشفعه الا انه جعل الشريك أحق، فان ترك فالجار أحق به (١).

و عليه فاذا كان المشتري حنفيا او ممن يقول بالشفعه للجار و ان لم يكن حنفيا، فللجار المؤمن الزامه بالشفعه و المطالبه بحقه فيها، و ان كان هذا الحق لم يثبت فى مذهبه و لا يرى الاخذ به صحيحا، و ذلك بقاعده الالزام: «الزموهم بما الزموا به أنفسهم».

و منها- انه لا شفعه فى المنقولات، بل كل ما يمكن تحويله من مكان الى مكان حتى مثل السفن، غير ان مالك قال بثبوت الشفعه فيمن باع سهمه من السفينه المشتركه (٢)، فيجوز لشريكه الآخر الزامه بأخذ الشفعه و المطالبه بحقه فيها و ان لم يكن ذلك من مذهبه، بموجب هذه القاعده.

و منها فروع كثيره فى الرهن نشير اليها فيما يلى:

١- اذا اشترط جعل الرهن عند عدل، صح عندنا هذا الشرط، و حيثئذ لا يجوز للعدل ان يبيعه لأداء دين المرتهن الا بثمان مثله حالا و لا- يجوز بيعه نسبته او بأقل من ثمن المثل. و لكن نسب الى أبى حنيفه بيعه نسيئه او بأقل من ثمن المثل، و قد صحح بيع ما يساوى مائه الف دينار بدائق الى ثلاثين سنه (٣).

ص: ١٢٢

١- ١) الخلاف كتاب الشفعه مسأله ٣ لا تثبت الشفعه للجوار ج ١ ص ٢٦٢.

٢- ٢) الخلاف كتاب الشفعه، المسأله ١ لا شفعه فى السفينه و كل ما يمكن تحويله ج ١ ص ٢٦٢

٣- ٣) الخلاف كتاب الرهن مسأله ٤٤ ص ٢٢٤ ج ١ لا- يجوز للعدل ان يبيع الرهن الا- بثمان مثله حالا- الى ان قال: و قال ابو حنيفه:-

فلو كان العدل اماميا و كان الراهن حنفيا، جاز للامامى ان يبيع الرهن لأداء دين المرتهن و لو نسيئه و لو باقل من ثمن المثل، و كذا لو كان المرتهن إماميا جاز له مطالبه العدل ببيع الرهن لاستيفاء دينه حتى و لو كان البيع بأقل من ثمن المثل، بل و لو كان ذلك نسيئه.

٢- عندنا لا- ضمان فى الرهن الا- بتعد او تفريط و تسبيب، و لكن ابا حنيفة قال بضمانه بأقل الأمرين: اى الدين او بقيمه العين المرهونه (١).

فلو كان الرهن مودعا عند حنفى، ثم هلك من غير تعد منه و لا تفريط و لم يكن مسببا لهلاكه، جاز للراهن الامامى تضمينه أقل الأمرين:

الدين او قيمه العين المرهونه، الزاما له بما الزم به نفسه.

الى كثير من امثال هذه الفروع، ذكرها الشيخ فى الخلاف، و جميعها تشترك فى انها صحيحة عندهم فاسده عندنا، و كذا منفعه الرهن ليست للراهن و لا- للمرتهن (٢)، الى غير ذلك من فروع الرهن فانها و ان كانت فاسده عندنا يجوز لنا ترتيب آثار الصحه لقاعده الالزام.

و من موارد قاعده الالزام: باب الضمان- أى الزام الضمان على المخالف اذا كان ضروريا بالمسمى او بالواقع:

ص: ١٢٣

١- ١) الخلاف، كتاب الرهن المسألة ٤٦ الرهن غير مضمون ص ٢٣٤ ج ١

٢- ٢) الخلاف، كتاب الرهن المسألة ٥٨ منفعه الرهن للراهن الى ان قال: و قال ابو حنيفة: منفعه الرهن تبطل فلا تحصل المرهون و لا للمرتهن.

اما ما يضمن بالمسمى فله فروع كثيره:

منها- خيار المجلس: فان الحنفى و المالكي، قالوا- بعدم ثبوته فيما لو لم يشترط الخيار، فلو باع الامامى و كان المشتري حنفيا او مالكيا، و كانا فى المجلس و لم يتفرقا، و فسخ المشتري الحنفى او المالكي، كان للبائع الزامه بعدم صحه الرجوع و ان كان مذهب البائع الأخذ بالخيار لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (١) لقاعده الالزام الجاربه فى الزام المخالف بما يتدين به، و فى المقام ان كان المشتري حنفيا فان مذهبه لا يثبت خيار المجلس الا بالشرط، و حيث لم يكن شرط فلا خيار فى المجلس، و ان كان مالكيا فمذهبه انه لا خيار فى المجلس اصلا مع عدم الشرط، و اما لو شرط الخيار فى المجلس فانه يفسد البيع. فالحنفيه و المالكيه متفقون على ان لا خيار فى المجلس الا ان الحنفيه تقول بثبوت الخيار بالشرط، و شرط الخيار عند المالكيه مفسد للبيع (٢).

و منها- خيار الغبن: فان الحنفى و الشافعى لم يثبتا خيار الغبن فلو كان احد طرفى المعامله حنفيا او شافعيا و تبين انه مغبون فليس له

ص: ١٢٤

١- ١) الوسائل كتاب التجاره باب ١ من ابواب الخيار، و [١] فى الفقه على المذاهب الاربعه كتاب البيع ص ١٧٠ ج ٢ [٢] بهذا النص رواه عن الشيخين و فى ص ١٧٣ من نفس الكتاب. اما حديث: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» فهو و ان كانت روايته صحيحه الا ان عمل اهل المدينة على خلافه و عملهم مقدم على الحديث و ان كان صحيحا، لأنه فى حكم التواتر الموجب للقطع، بخلاف الحديث فانه و ان كان صحيحا لكنه خبر آحاد يفيد الظن، فالأول مقدم عليه.

٢- ٢) الفقه على المذاهب الاربعه كتاب البيع ص ١٧٣ ج ٢. [٣]

الخيار، و الزم بما يدين به من عدم ثبوت الخيار (١)، و ان كان عندنا ان من اشترى شيئاً و لم يكن من اهل الخبره فظهر فيه غبن لم تجر العاده بالتغابن به، و كان له فسخ العقد اذا شاء، و لا يخرج ذلك الخيار بالتصرف اذا لم يخرج عن الملك بالتصرف، او يمنع مانع من رده - كالاتيلاذ من الأمه و العتق، و لا يثبت به ارش.

و منها- خيار التصريه، و هي جمع اللبن فى الضرع و تركها بغير حلب فيظن الجاهل بحالها كثره ما تحلبه فيرغب فى شرائها، فالمشترى عندنا له الخيار فى فسخ العقد، و خالفنا ابو حنيفه و قال: ليس له الخيار و انما له المطالبه بالتعويض عما نقص من قيمتها بذلك العيب (٢)، فلو كان المشتري حنيا و أراد ان يفسخ العقد، جاز لنا ان نلزمه بعدمه لقاعده: «الزموهم بما الزموا به أنفسهم» و ان كان للمشتري حق الفسخ فى مذهبنا.

و منها- بيع ما اشتراه قبل قبضه، فانه عندنا صحيح و ان كان مكروها فيما يكال و يوزن. الا ان الشافعى قال بالبطان (٣)، فلو باع

ص: ١٢٥

١- ١) المغنى لابن قدامه ص ٥٨٤ الثالث: المسترسل اذا غبن غبنا فاحشا يخرج عن العاده، فله الخيار بين الفسخ و الامضاء، و بهذا قال مالك، و قال ابن موسى، و قد قيل: ليس له فسخه، و هذا مذهب أبى حنيفه و الشافعى لأن نقصان قيمه السلعه مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل.

٢- ٢) الفقه على المذاهب الاربعه ص ٢٠٢ ج ٢: [١] الحنفية قالوا: اذا اشترى المصره فليس له ردها بذلك و انما له المطالبه بالتعويض عما نقص من قيمتها بذلك العيب.

٣- ٣) الفقه على المذاهب الاربعه كتاب البيع الص ٢٣٣: [٢] الشافعيه

الامامى من احد الشافعيه مثل هذا البيع أى ما اشتراه قبل ان يقبضه فندم،يجوز له ان يلزم المخالف بما هو طبق مذهبه من فساد المعامله و يسترجع المبيع،و ان كان مذهب البائع صحه هذه المعامله لقاعده الالزام.

و هكذا لو كان المشتري حنفيا و قد باعه الامامى ما اشتراه قبل قبضه ثم ندم،يجوز له ان يلزم المخالف الحنفى بما هو طبق مذهبه من فساد المعامله (١)،و ان كان من مذهب البائع صحه هذه المعامله، لقاعده:«الزموهم بما الزموا به أنفسهم».

و منها-السلم،فان وجود المسلم فيه حال العقد ليس شرطا عندنا،خلافاً لأبى حنيفه حيث قال:لا يجوز السلم الا ان يكون جنس المسلم فيه موجودا حال العقد (٢).

و عليه يصح للامامى ان يلزم الحنفى بفساد البيع فيما لو كان المسلم فيه معدوما،و كان فى ذلك ضرر على المخالف،لقاعده الالزام.

و منها-خيار الشرط،فقد قال ابو حنيفه:لا يجوز الخيار أكثر من ثلاثه أيام،و المالكيه قالت بذلك فيما عدى قسم واحد و هو بيع العقار فان الخيار عندهم الى سته و ثلاثين يوما او ثمانيه و ثلاثين،

ص:١٢٤

١-١) الفقه على المذاهب الاربعه كتاب البيع ص ٢٣٤:الحنفيه قالوا:من البيع الفاسد بيع الأعيان المنقوله قب [١] قبضها.

٢-٢) الميزان ص ٨٠ ج ٢ و فى بدايه المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣٠٣ و فى الفقه على المذاهب الأربعة ص ٣٠٧ ج ٢.

و الحنابله لا يحدونه بحد و يعتبرون ان يكون معلوما (١). و اما عندنا فشرط الخيار انما هو بحسب ما يشترطانه او أحدهما، و لكن يجب ان يكون في مده مضبوطة و لا يجوز ان يعلق على أمر يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج.

و عليه، فان للامامى الحق فى ان يلزم غيره من المخالفين حسب ما يتدين به من التحديد المعين عندهم فيلزمهم به ان كان ذلك مضرا بهم.

هذا كله فى الضمان بالمسمى، و اما الضمان الواقعى فله موارد كثيره:

منها-الوديعة، فانها ليست مضمونه عندنا مع المحافظه عليها، و لا يلزم دركها لو تلفت من غير تفريط او اخذت منه قهرا، و قال ابو حنيفه بعدم ضمانها لو أودعها عند من يساكنه من عياله (٢).

و عليه: فلو أودع حنفى عند امامى، و هو اودعها عند زوجته او من يساكنه من عياله و تلفت، ليس للحنفى ان يطالبه بتلك الوديعة و لا بضمانها، لأنه اودعها عند من تصح الوديعة عنده، الزاما له بما يدين به من عدم الضمان فى هذه الصوره.

و منها- لو أ تلف الشخص عينا من القيميات: كشاء-مثلا-

ص: ١٢٧

١- ١) الفقه على المذاهب الأربعة كتاب البيع ص ١٧٠ ج ٢.

٢- ٢) الفقه على المذاهب الأربعة [١] فى بحث حكم الوديعة ص ٢٥٣ قال: الحنفية تضمن الوديعة اذا ضاعت او تلفت فى امور- الى ان قال: ان على الوديع ان يحفظ الوديعة عند من يساكنه عادة من عياله-الى قوله ص ٢٥٤: فاذا دفع الوديعة لولده و نحوه ممن يساكنه من عياله فهلك عند الثانى فان الاول لا يضمن، لأنه دفعها لمن يصح ان يحفظ ماله.

انشغلت ذمته بقيمتها،لقاعده«من أ تلف مال الغير بلا اذن منه فهو له ضامن»(١)بمعنى ان افناء مال الغير بدون اذنه يجعل ذلك المال على عهده بوجوده الاعتبارى و ان لم يكن تحت يده،فيجب الخروج عن عهده:باعطاء المثل فى المثليات،او قيمه فى القيميات.

ص:١٢٨

و هذا المعنى مما اتفق عليه عند الأصحاب، لقاعده: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١)، فلو فرضت قيمه الشاه المتلفه ثلاث دنانير، فان الواجب على المتلف اداؤها، و تكون ذمته مشغوله بها.

فلو صالحه على أقل من ذلك او اكثر كان من الربا المحرم، الا ان أبا حنيفه جوز ذلك (٢)، فلو كان طرف المصالحة حنيفيا، و كانت تلك المصالحة تتم بضرره، جاز للامامى الذى يخالفه فى المذهب الزامه بموجب قاعده الالزام.

و منها-المنافع تضمن بالغصب مطلقا عندنا، و قال ابو حنيفه:

منافع الغصب لا تضمن اصلا، و قال: لو غصب ارضا فزرعها ببذره، كانت الغله له و لا اجره عليه، الا ان تنقص الارض بذلك (٣).

و عليه، فلو كان المغصوب منه حنيفيا، امكن الزامه بهذه القاعده فلا يعطى اجره ملكه التى استوفاه الغاصب و ان كانت لسنين متعدده.

و منها-لا يصح ضمان المجهول عندنا، و هكذا الكلام فى الحبوه،

ص: ١٣١

١-١) الخلاف كتاب الغصب المسأله ١٢٠ اذا غصب شيئا ثم غيره و البيهقى ص ٩٠ ج ٦ و فى المبسوط عن سمره عن النبى (ص).

٢-٢) الخلاف كتاب الصلح المسأله ١٠، اذا أتلغ رجل على غيره

٣-٣) الخلاف كتاب الغصب المسأله ١١، المنافع تضمن بالغصب -الى ان قال: و قال ابو حنيفه: «لا تضمن المنافع بالغصب بحال، فان غصب ارضا فزرعها ببذره كانت الغله له، و لا- اجره عليه الا ان ينقص بذلك-الى ان قال: لو آجرها و أخذ اجرها ملك الاجره دون مالها.

فان المخالف لما كان من دينه عدم اعطائه الحيوه للولد الأكبر فيجوز للاخ الأصغر العارف اشتراكه في اعيان الحيوه و لو كان من دينه و مذهبه عدم استحقاقه و انما هو للولد الأكبر،لما عرفت من قاعده الالتزام.

و دعوى ان دليل الالتزام مع ادله الاثر عموم من وجه في غير محلها،اذ هذه الدعوى جاربه في كل مورد من جريان قاعده الالتزام فانه بينها و بين العمومات عموم من وجه،الا انه لا تلاحظ النسبه بينها و بين العمومات،لأنها حاكمه على الادله الواقعيه فان دليل الحاكم مقدم على المحكوم و لو كان أعم.

و لكن لا يخفى ان ذلك لا يوجب الشرطيه،اي يشترط ان لا يكون فاسد الرأي،لاجل قاعده الالتزام،فان قاعده الالتزام داله على جواز مزاحمه الوارث في التصرف باعيان الحيوه و لا تنفى استحقاقه لكي تستفاد الشرطيه،بيان ذلك:هو ان دليل الالتزام يستفاد منه حكم تكليفي أي جواز المزاحمه فيما يأخذه.و ليس له تعرض في اثبات حق او نفي استحقاق لكي يكون متعرضا للحكم الوضعي،ففي مسأله التعصيب قاعده الالتزام تدل على جواز مزاحمه الورثه و الأخذ بالعصبه،فالاخ يشارك البنت-اي يجوز له اخذ استحقاقها-كما ان- المطلقه ثلاثا بانشاء واحد،الفاسد عندنا يجوز لغيره اخذها و لو كانت هي في الواقع زوجته فنحن نرتب عليها آثار الأجنبيه و لا يؤثر رجوعه.

و بالجملة دليل الالتزام يثبت حكما تكليفيا لا حكما وضعيا،و لذا لو استبصر المخالف المطلق ثلاثا جاز له اخذها و ليس ذلك الا لرفع الحكم التكليفي فان ما يستفاد من دليل الالتزام هو انه الزمهم بما الزموا به انفسهم ما داموا ملتزمين به،و مع استبصاره يرتفع ذلك التكليف لعدم التزامه معه و ليس ذلك انقلابا في ناحيه الوضع،و هذا

يجرى بالنسبه الى جميع التكاليف التى رتب عليها آثار الصحه، كما يظهر ذلك من صاحب الجواهر(قدس سره)حيث يقول-بعد ان نقل نصوص قاعده الالتزام:-

«و ذلك من النصوص الداله على التوسعه لنا فى أمرهم و أمر غيرهم من أهل الأديان».

فان المستفاد من التوسعه:الاباحه لنا، كما هو كذلك فى الغنائم حيث احل ذلك للشيعة لتطيب مواليدهم،فيكون ذلك من قبيل عله التشريع،فلا- منافاه بين البطلان و بين اجراء حكم الصحه بالنسبه الينا لطفاً منه،فهى و ان كانت زوجه لهم كانت حلالاً لنا و حراماً عليهم.

و لكن لا- يخفى ان الالتزام بذلك يوجب الالتزام بأن الزوجيه السابقه لم ترتفع،و تكون-مع ذلك-زوجه للثانى بمقتضى دليل الالتزام،و ذلك محل غرابه:بل يلزم منه القول بالاباحه مع القول بفساد مثل ذلك الطلاق.

و كيف ينسب الى الامام عليه السلام القول باباحه و طى الزوجه الباقيه على زوجيتها الاولى مع علم الواطىء بأنها زوجه الغير،فان ذلك أمر عجيب لا يمكن لاحد التفوه به،على انه مناف لنصوص الباب اذ الظاهر من كلمه«اختلعها»فى مكاتبه الهمدانى الى أبى جعفر عليه السلام فى من حث بطلاق امرأته غير مره؟

قال عليه السلام:«و ان كان ممن لا يتولانا و لا يقول بقولنا:

فاختلعها منه،فانه انما يرى الفراق بعينه»(1).

اقول:ان ذلك يدل على ان الطلاق يقع حقيقه،اذ هو مقتضى

ص: ١٣٣

١- (١) الوسائل كتاب الطلاق باب ٣٠ من ابواب مقدماته و شروطه و فى الاستبصار ج ٣ [١] ص ٢٩١.

تعبير الامام عليه السلام بقوله: «اختلعها» كما ان روايه عبد الرحمن البصرى عن أبى عبد الله عليه السلام، قال:

قلت له: امرأه طلقت على غير السنه؟

فقال عليه السلام: «تتزوج هذه المرأه لا تترك بغير زوج» (١).

فان ظاهر تعبيره عليه السلام ب«لا تترك بغير زوج» هو انه لا زوج لها حقيقه. الى غير ذلك من الروايات المشتمله على الفقرات التى تنافى بقاء الزوجيه، ولأجل ذلك رجحنا أخيرا القول بأن أدله الالتزام تثبت حكما واقعيًا، و عنوانا ثانويًا. و يترتب على ذلك: انه لو استبصر المخالف فلا مانع من الرجوع بزوجه، لأن ظاهر هذه القاعدة: ان المخالف ما دام معتقدا بصحة معتقده و ان معتقده هو يتدين به فيلزم بترتيب الأثر عليه، كما تشعر بذلك روايه عبد الله بن طاووس:

عن أبى عبد الله عليه السلام: «انه من دان بدين قوم لزمه أحكامهم» ٢.

و روايه هيثم بن أبى مسروق عن بعض أصحابه عن أبى الحسن الرضا عليه السلام، الى ان قال: قلت: جعلت فداك كيف و هى امرأته؟ قال عليه السلام: لأنه قد طلقها. قلت: كيف طلقها؟ قال عليه السلام: طلقها و ذلك دينه فحرمت عليه ٣.

فان الظاهر من ذلك ان الحكم ما دام معنونا بأنه معتقده و انه دينه، فيلزم ترتيب الأثر عليه ما دام معنونا به.

و تشعر به كذلك روايه محمد بن عبد الله العلوى، قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثًا؟ فقال

ص: ١٣٤

١- ١ و ٢ و ٣) الوسائل كتاب الطلاق باب ٣٠ من ابواب مقدماته و شروطه و الاستبصار ج ٣ [١] ص ٢٩١.

عليه السلام لى: «ان طلاقهم الثلاث لا يحل لغيركم، و طلاقكم يحل لكم لأنكم لا ترون الثلاث شيئا و هم يوجبونها» (١).

فان هذه الروايات- كما ترى- تحكم بأنه يلتزم بما التزموا به ما داموا يتدينون به. و ما ذكره صاحب الجواهر (قدس سره) يمكن حمله على ما اخترناه، فان مراده من التوسع يمكن ان تكون فى الموضوع، و هو- حينئذ تعبير آخر عن الحكم الثانوى الواقعى.

و قد ظهر بما ذكرناه ان المختار عندنا هو القول بأن (قاعده الالزام) انما يستفاد من أدلتها، انها حكم ثانوى ينطبق على الملزم به ما دام متدينا بذلك الدين و ملتزما به، و مع استبصاره ينقلب الحكم و يصح له الرجوع بزوجه المؤمنه، على ان ذلك هو مقتضى ظهور الحديث. و نزيد ذلك تبيانا و توضيحا فنقول:

انه مع عدم القول بذلك يلزم التعارض فى الحديث عند التطبيق ففيما لو كان احد الزوجين مخالفا و الآخر مستبصرا فان المستبصر يدين بفساد الطلاق و المخالف يدين بصحته، و لا يمكن الجمع بين الحكمين لان الطلاق لا يقبل وصفى الصحه و الفساد معا، اذ ليس هو من قبيل العقد الفارسى الذى يرى صحته الموجب- مثلا- و القابل يرى فساده، لان العقد الفارسى يكون موجبا لتحقيق النقل و الانتقال عند من يرى صحه العقد بالفارسى و ان كان لا يعتقد بذلك الطرف الآخر. فلا بد ان يكون المراد من الحكم على من دان منهما بما دان، فاذا استبصر المخالف و صارا معا مستبصرين كان مقتضى الحديث جواز ترتيب احكام الزوجيه لانهما معا يدينان به.

ص: ١٣٥

و لكن لا يخفى ان ما ذكر مبنى على ان قاعده الالزام انما هي قضيه ما داميه، أى ما دام كونه متدينا به، و لكن ذلك محل منع، و يشهد له روايه محمد بن اسماعيل بن بزيع:

سألت الرضا عليه السلام عن ميت ترك امه و اخوه و اخوات، فتقسم هؤلاء ميراثه: فأعطوا الام السدس، و اعطوا الاخوه و الاخوات ما بقى، فمات الاخوات فأصابنى من ميراثه، فأحببت ان أسألك: هل يجوز لى ان آخذ ما اصابنى من ميراثها على هذه القسمة ام لا؟ فقال عليه السلام: «بلى». فقلت: ان ام الميت فيما بلغنى قد دخلت فى هذا الامر - أعنى الدين؟ فسكت قليلا. ثم قال عليه السلام: خذه (١).

فانه كما ترى يستفاد منه ان الاستبصار لا يوجب تغير الحكم، فتكون العله المحدثه هي المبقية، و لكن لا يخفى انه يستفاد من أدله الالزام هو ان العله المحدثه تدوم ما دامت موجوده، و اما انها هي المبقية فخلاف الظاهر، اذ ظاهر أخذ كل عنوان فى موضوع الحكم ان لذلك العنوان دخلا فى الحكم حدوثا و بقاء لا حدوثا فقط.

فعليه: لو استبصر المخالف قبل ان يعقد عليها شخص آخر كان له ان يرجع اليها، و اما اذا عقد عليها من يجوز له ذلك فلا يبقى موضوع للرجوع اليها البتة.

و اما روايه محمد بن اسماعيل بن بزيع: فلا دلالة لها على تغير الحكم عند الاستبصار، اذ لا ريب بمقتضى قاعده الالزام فى جواز اخذ الأخوات من الام الزاما لها بما تتدين به، و بعد الأخذ و التملك لا يستوجب الاستبصار تبدل الحكم، و لذا قلنا ان من تزوج المطلقه ثلاثا على غير السنه كان تزويجه صحيحا، و تخرج عن زوجه المطلق واقعا،

ص: ١٣٦

فاذا استبصر لا يبقى مجال للرجوع اليها.

و كذا اذا اخذ الاخ العصبه فاستبصرت البنت او الام او الاخوات فلا يوجب استبصارهن رجوع المال الى ملكهن، غايه الامر ان ذلك مبنى على ان المستفاد من أدله قاعده الالتزام عمومها، الزام المخالف المخالف الآخر، ولا تختص بالزام الموافق المخالف لا غيره.

و الالتزام بذلك محل نظر، اذ الظاهر من ادله الالتزام ان المخاطب بهذا الخطاب هو الطائفة الاماميه، فلا يشمل المخالفين بعضهم بالنسبه الى بعضهم ان كانت طائفة منهم ترى صحه معامله و طائفة اخرى ترى فساد تلك المعامله فتلتزم احدهما الاخرى بما تدين، و ان كانت ترى خلاف ما تدين به الطائفة الملزمه بها.

اللهم الا- ان يقال: ان هذا الحديث و ان كان لا- يستحل الزام المخالف للمخالف لمنافاته لظاهر الحديث، لأن ضمير الخطاب المقدر في قوله: «الزموهم» مرجعه الطائفة الاماميه، الا ان هناك روايات اخر مفادها عام، و لا يختص بالاماميه كما هو مطابق روايه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «يجوز على اهل كل ذى دين بما يستحلون» (١). و روايه عبد الله بن طاووس (٢).

و يظهر من ذلك انهما ان كانا مختلفين فى المذهب بحيث ان يكون المراد من لفظه (دين) المذهب، فاذا استحل شيئا فى مذهبه صح ان يقال استحله فى دينه.

قاعده الالتزام تثبت حكما وضعيا

و كيف كان، فقد ظهر مما ذكرناه: ان قاعده الالتزام تثبت حكما

ص: ١٣٧

١-١) التهذيب كتاب الميراث ص ٣٢٢ ج ٩ الحديث ١١.

٢-٢) الوسائل كتاب الطلاق باب ٣٠ من ابواب مقدماته و شروطه و فى الاستبصار ج ٣ [١] ص ٢٩١.

وضعيًا، وانه حكم ثانوي، لما هو معلوم من ان تلك الاحكام تثبت حكما وضعيًا. على ان النزاع في ان ادله الالتزام هل تثبت حكما تكليفيا او حكما وضعيًا واقعيًا قليل الجدوى، اذ من يدعى بثبوت حكم وضعي يمكنه ان يدعى ان هذا الحكم الوضعي ينقلب لو استبصر المخالف الا اذا ادعى ان العله المحدثه هي العله المبقية، وقد عرفت انها خلاف ما يستفاد من الأخبار: من ان الحكم انما يترتب عليهم ما داموا متدينين بذلك المذهب.

على ان ذلك لو سلم فانما هو بالنسبه الى من يرى المنع من المخالفين لجريان قاعده الالتزام، لا- مطلق فاسد الرأي كالواقفيه، الموافقين لنا بالحبوه انه للولد الأكبر.

الولاية شرط للصحة

ثم لا- يخفى: ان جواز تزويج المخالف بعد مجيئه من الحج بالمؤمنه او مقاربتة لها لو كان متزوجا قبل الحج، او جواز تزويج المؤمن بالمرأه المخالفه بعد مجيئها من الحج او جواز مقاربتة لها بعد مجيئها من الحج ليس لدليل الالتزام، و انما ذلك لاجل ان العمل مشروط بصحته بالولاية فمع عدمها لا عمل صحيح.

و اما عدم قضاء الصلاه و الصيام و الحج لو استبصر المخالف فلا يدل على صحتها، و انما هو دليل خاص. نعم، يشكل ذلك لو قلنا بأن الولاية شرط للقبول- كما عن بعض الاصحاب- استنادا الى ما يظهر من بعض الروايات بأنه لا تقبل الصلاه و غيرها مع عدم الولاية، كروايه ميسر عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال:

«ان أفضل البقاع ما بين الركن و المقام و باب الكعبه و ذات حطيم اسماعيل، و والله لو ان عبدا صف قدميه في ذلك المكان و قام الليل

مصليا حتى يجيئه النهار، و صام النهار حتى يجيئه الليل، و لم يعرف حقنا و حرمتنا اهل البيت، لم يقبل الله منه شيئا ابدا» (١).

بناء على ان القبول غير الصحة، بتقريب: ان الصحيح هو ما يكون تام الأجزاء و الشروط، بحيث يكون المأتي به مطابقا للمأمور به و باتيانه يحصل فراغ الذمه، سواء كان محبوبا و مطلوبا للمولى بنحو يؤجر عليه ام لا. و اما القبول فهو عبارته عن وقوع العمل محبوبا للمولى و مطلوبا له، بحيث يكون اتيانه مقربا صاحبه الى الله تعالى و يستحق عليه الثواب.

و عليه، فتكون الصحة مرتبه غير القبول كما في قوله تعالى:

«إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ» (٢)، بناء على ان المراد من التقوى:

ترك الفسق، اذ من المعلوم ان ترك الفسق، ليس من شرائط صحة العمل، او لا يعطون الثواب مع عدمها، كما في صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام:

«..الى ان قال: لو ان رجلا قام ليله، و صام نهاره، و تصدق بجميع ماله، و حج عمره، و لم يعرف ولايه و لى الله تكون جميع اعماله بدلالته، ما كان على الله حق في ثوابه» (٣).

و روايه المعلا بن خنيس قال: قال ابو عبد الله عليه السلام:

«لو ان عبدا عبد الله مائه عام ما بين الركن و المقام، يصوم النهار و يقوم الليل حتى يسقط حاجباه على عينيه و يلتقى تراقيه هرما، جاهلا بحقنا لم يكن له ثواب» ٤.

ص: ١٣٩

١- (١) الوسائل باب ٢٩ من ابواب مقدمات العبادات ج ١. [١]

٢- (٢) سورة المائدة الآية ٣٠. [٢]

٣- (٣) الوسائل باب ٢٩ من ابواب مقدمات العبادات ج ١. [٣]

الى غير ذلك من الروايات الداله على عدم القبول و عدم اعطاء الثواب، و ذلك غير الصحه، لما عرفت ان الصحه غير القبول، و لا يلزمها الثواب، اذ ذلك من لوازم القبول، و لذا ذهب جمع كثير من الأصحاب الى ان العمل بلا- ولايه صحيح الا- انه لا- يقبل منهم، او لا يعطون الثواب عليه، فليست الولايه شرطا لصحه الأعمال و انما هي شرط فى القبول.

و لكن لا- يخفى ان ذلك مبنى على ان الصحه غير القبول، و هو محل نظر بل منع، اذ صحه العمل و موافقتها لما أمر به المولى ايضا تعد عند العرف مرتبه من القبول، اذ معنى امتثال أمر المولى و موافقه العمل لما أمره به: هو انه قبله.

نعم، قد يصار فى بعض المقامات الى اراده القبول مرتبه راقيه و عاليه غير صحه العمل الا انه بتوسط قرينه حاله او مقالیه، كما هو كذلك بالنسبه الى آیه: «إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ» لكون (ترك الفسق ليس شرطا لصحه العمل) ضروريا من ضرورات الفقه.

و اما بالنسبه الى ما نحن فيه فلم تقم قرينه على كون المراد من القبول مرتبه اخرى غير الصحه، فلذا جل الاصحاب على ان الولايه شرط فى صحه العمل.

و لو قلنا الولايه شرط فى القبول و ليست شرطا فى صحه العمل، فحينئذ يقع العمل صحيحا، و بناء عليه يشكل الامر بالنسبه الى كل من الزوج او الزوجه اذا كان احدهما مخالفا فلا يحل له الطرف الآخر.

نعم، بعض الاعلام حل عقده هذا الاشكال و دفعه بجريان (قاعده الالزام) فى حق المخالف من غير فرق بين ان يكون رجلا او امراه، فاذا جرت قاعده الالزام حل له النكاح، فيحل للطرف الآخر

المقاربه، او صح له العقد عليها لو كانت امرأه، فترتب جميع آثار الزوجيه، خصوصا لو قلنا بأن قاعده الالتزام تثبت عنوانا ثانويا.

قيام طواف الوداع مقام طواف النساء

او بقيام طواف الوداع مقام طواف النساء لو كان من العامه اذ انهم يرون وجوب الاتيان بطواف الوداع (١)، و يظهر هذا من روايه اسحاق ابن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لو لا ما من الله به على الناس من طواف الوداع، لرجعوا الى منازلهم ولا ينبغي لهم ان يمسوا نساءهم» (٢)، بمعنى انه لا تحل لهم النساء حتى يرجعوا الى البيت فيطوفوا اسبوعا آخر، الا ان رجوعهم الى البيت ليس واجبا لقيام طواف الوداع مقام طواف النساء منه منه تعالى، فالذى يظهر من الروايه ان قيام طواف الوداع مقام طواف النساء، انما هو في خصوص العامه لا مطلقا، فما عن ابن بابويه من ان قيامه مقامه مطلقا و لو كان من الشيعة فيما لو نسي احدهم طواف النساء و جاء بطواف الوداع محل منع فذلك لا يستفاد من الروايه لظهور لفظ (الناس) المراد به العامه.

قال صاحب الجواهر (قدس سره): «فظاهر ما سمعته من النص و الفتوى: وجوب قضائه و ان كان قد طاف طواف الوداع، مضافا الى كونه مستحبا فلا يجزى عن الواجب، لكن قال الصادق عليه السلام في خبر اسحاق: «لو لا ما من الله به على الناس من طواف الوداع لرجعوا الى منازلهم ولا ينبغي ان يمسوا نساءهم» بل عن ابن بابويه

ص: ١٤١

١ - ١) الفقه على المذاهب الأربعة ج ١ ص ٥٣١: [١] اما الطواف فأنواعه ثلاثة: ركن و هو طواف الزيارة و يسمى طواف الافاضه، و واجب و هو طواف الوداع و يسمى طواف الصدور، و سنه و هو طواف القدوم.

٢ - ٢) الوسائل كتاب الحج باب ٢ [٢] وجوب طواف النساء على الرجل و المرأة من ابواب الطواف. [٣]

الفتوى بذلك الا انه قاصر عن المعارضه من وجوه،خصوصا مع امكان اختصاصه بالعامه الذين لا يعرفون طواف النساء و اراده المنه على المؤمنين بالنسبه الى نسائهم غير العارفات».

فالذى يظهر منه(قدس سره):المفروغيه عن ان طواف الوداع يكون قائما مقام طواف النساء لو كان الشخص من العامه لا من الشيعة.

و لكن لا يخفى ما فى ذلك

اما عن الاول-ان قاعده الالزام لا تثبت المدعى مطلقا،بل انما تثبت فيما اذا عاد الضرر على المخالف من اجرائها لا فيما يعود عليهم بالنفع فيكون جريانها لصالحهم.

اما عن الثانى-ان التمسك بروايه اسحاق بن عمار مشكل فى المقام لاختلاف النسخ،ففى نسخه الوسائل بدل(طواف الوداع)طواف (النساء)،و هكذا فى نسخه الكافى.و عليه:فيكون المقام من قبيل من يكون مقلدا لمن يقول بصحة المعاطاه-مثلا-و المشتري يقول ببطلانه او البائع يقول بصحة العقد الفارسى و المشتري يقول ببطلانه،فهل يصح البيع ام لا؟

قيل بعدم صحته،لأن العقد يتقوم بالطرفين،فهو اما يكون صحيحا عند الطرفين او يكون باطلا عندهما معا.

و لكن لا يخفى ان ذلك بالنسبه الى الحكم الواقعى غير انه لا ينافى امكان التفكيك بالنسبه الى الحكم الظاهرى،فيكون صحيحا فى حق احدهما و فاسدا عند الآخر،و يرتب كل واحد منهما الحكم الظاهرى بالنسبه اليه.

و هكذا يقال فى المقام:حيث يحرم على الزوج المؤمن نكاح زوجته غير المؤمنه،و يحرم على الزوجه المؤمنه ان تمكن من نفسها الزوج

وقوع العقد في حال الأحرام

و مثل المقام: ما لو اختلف الزوج و الزوجه فى وقوع العقد حال الاحرام، فادعى الزوج وقوع العقد فى خارج الاحرام، وانكرت الزوجه ذلك مدعيه وقوع العقد حال الاحرام، و حلف الزوج، فبمقتضى اصاله الصحه يثبت العقد ظاهرا فيترتب عليه النفقه و المبيت عندها، و يحرم عليه التزويج بالخامسه او ان يتزوج اختها، و ليس لها المطالبه بحقوق الزوجيه: من النفقه و المبيت.

قال الشهيد الثانى فى المسالك فى هذه المسأله: «و انما جمعنا بين هذه الاحكام المتنافيه مع ان اجتماعها فى الواقع ممتنع: جمعا بين الحقين المبتنيين على المضايقه المحضه عملا فى كل سبب بمقتضاه حيث يمكن».

و اعترض عليه صاحب الجواهر (قدس سره) بقوله: «و فيه انه اذا لا يكلف هو بوطئها لأنه حرام بزعمه فى الصوره الاولى، و ينبغى ان لا- تكلف هى بتمكينه من نفسها فى الصوره الثانيه لانه حرام بزعمها، و ايضا له التزويج باختها و الخامسه، ان كان صادقا فيما بينه و بين الله تعالى، و لكن لا يمكن منه ظاهرا بعد الحكم شرعا بصحه العقد المانع من ذلك».

هذا، و ان كان الفرق بين المقام و هذه المسأله من جهه اخرى، حيث ان فى هذه المسأله تجرى اصاله الصحه لكون التداعى فى صحه العقد و فساده بخلاف المقام، للعلم بصحه العقد فيه، الا انه من جهه امتناع الجمع بين الحقين تشترك المسألتان فى ذلك كما لا يخفى.

ثم انه قد يقال بعدم جواز تمكين نفسها له، لكونه من باب

الاعانه على الاثم و العدوان (١)، و حرمة ذلك مما لا اشكال فيه الا انه لا ينطبق على المقام، اذ لا يصدق جواز تمكين الزوجه لزوجها فى فرض المسأله انه اعانه على الاثم و العدوان. اذ الاعانه انما تتصور فى مقام يكون حراما واقعا عند الطرفين.

تحقيق فى حرمة الاعانه

على الاثم و العدوان

(١) و الاعانه على الاثم حرام لقوله تعالى: «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْاِثْمِ وَ الْعِدْوَانِ»، او لروايه ابن أبى عمير عن غير واحد، عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: «من أعان على قتل مؤمن و لو بشرط كلمه جاء يوم القيامة مكتوبا بين عينيه آيس من رحمه الله» (٢).

و لكن لا- يخفى انه يشكل الاستدلال لحرمة الاعانه بالآيه، بأن حفظ وحده السياق بين الجملتين يدل على حمل النهى على الكراهه لا- الحرمة، حيث انا نعلم من الخارج عدم وجوب مطلق التعاون على البر و التقوى، نعم يجب فى مثل انقاذ الغريق او الحريق، فلا بد من حمل الأمر على الاستحباب كما هو الظاهر، فيحمل النهى على الكراهه فى الجمله الثانيه لا الحرمة.

ص: ١٤٤

[١- ١] المائده: ٢. [١]

[٢- ٢] الوسائل كتاب القصاص، باب ٢، [٢] يحرم الاشتراك فى القتل المحرم من ابواب تحريم القتل ظلما.

هذا من جهه و من جهه ثانيه: أن النهى فى الآيه تعلق بعنوان التعاون للاعانه، و فرق بينهما، فان التعاون عباره عن التعاون بين الطرفين بان كان صدور الفعل باعانه كل واحد منهما للآخر، بخلاف الاعانه فانها من طرف واحد، لأن هيئه التعاون من باب التفاعل و موضوعه اشتراك الشخصين من جهه صدور الفعل، و لكن لا يخفى ان ما ذكر من الجهتين لا ينافى الاستدلال بالآيه على حرمه الاعانه.

اما عن الاول: فانه لا يقتضى وحده السياق ذلك، حيث ان الأمر فى جمله و النهى فى جمله اخرى فلم يكونا فى جمله واحده، و عليه.

يكون مفاد احدهما غير مفاد الآخر، كما التزم فى حفظ وحده السياق فى حديث رفع عن امتى تسعه اشياء (1)، اذ انه لما كان الحديث فى مقام رفع الأشياء، و كان فى دفعها منه فلا بد ان يكون المسند فى جميعها الرفع الامتنانى، و لذلك قالوا بان المرفوع فى الجميع اما الحكم او الموضوع، و لا- معنى لأن يكون المرفوع فى بعضها الحكم و بالنسبه الى البعض الآخر الموضوع حفظا لوحدته السياق.

و اما عن الثانى: فان الخطاب لما كان عاما يشمل عموم المؤمنين و المسلمين بان يكون كل واحد عونا للآخر فى البر و لا يكون عوناً لأحد فى الاثم و العدوان، و عليه: يكون المأمور به فى الآيه الشريفه إعانه كل مسلم فيما يصدر منه من فعل الخير، و المنهى عنه اعانه كل شخص فى فعله الذى هو اثم اى معصيه للخالق او عدوان و ظلم على الغير،-

ص: ١٤٥

١- ١) كتاب الفرائد للشيخ الانصارى (قدس سره) فى المقصد الثالث فى اصل البراءة قال: المروى عن النبى (ص) بسند صحيح فى الخصال كما عن التوحيد رفع عن امتى تسعه أشياء.

و كيف كان، فالذى يسهل الخطب ان المختار هو الاول، فالاقوى هو جواز تزويج المؤمن بالمخالفة و تزويج المؤمنه بالمخالف بعد رجوعهما من الحج، فضلا عن المقاربه. و لم يبق فى البين اشكال سوى ان المخالف لو استبصر، يسقط عنه الحج و بقيه العبادات، مع انه على فرض بطلانها فيجب قضاؤها، و قضاؤها مشروط بالايان، و مع الايمان يسقط الاتيان بها.

اقول: هذا الاشكال فى المقام لا يتوجه، اما مع عدم الاتيان بالعبادات اصلا فيجب قضاؤها لو استبصر. و اما لو جاء بها على مذهبه فمن الدليل الذى دل على الاكتفاء بها بعد الاستبصار يظهر ان صحتها مشروطه بأمر متأخر، و هو الايمان، و قد حصل، غير ان الشرط المتأخر بديهي البطلان.

بطلان الشرط المتأخر

و السبب فى بطلانه: رجوعه الى ان يكون للمتأخر دخل فى وجود المتقدم، بأن يكون من أجزاء عله وجوده او من اجزاء موضوعه و قيوده و هو من المحالات الاولى، بداهه امتناع تقدم المعلول على جميع

اجزاء علتہ و لو كان جزءا او شرطاً يسيراً، كما انه يلزم تقدم الحكم على موضوعه و هو بديهي البطلان، ضروره امتناع تقدم الحكم على موضوعه و لو على جزء او قيد يسير.

و بالجمله: لا بد من تقدم العله و الموضوع على المعلول و الحكم بجميع أجزائه و قيوده، من غير فرق في الحكم بين كونه تكليفا او وضعيا.

هذا في شرائط المجعول، و اما بالنسبه الى شرائط الجعل و علل التشريع التي هي عبارته عن العله الغائيه للجعل، الذي هو فعل من الأفعال، و حيث انه صادر من الحكيم المختار لا بد ان يكون عقلائيا لكي لا يكون جزافا منافيا للحكمه. فمرجع الشرطيه لهذا الفعل هو وجودها العلمى دون الوجود الخارجى، فان العله الغائيه عله للجعل بماهيتها أى بوجودها فى الذهن، و معلول بوجودها فى الخارج.

و ظهر مما ذكرنا ان هناك فرقا بين شرائط الجعل و شرائط المجعول و قد ذكرنا فى مباحث الاصول: ان الأحكام على نحو القضايا الحقيقيه و ان شرائط الحكم ترجع الى ناحيه المجعول، و تكون من الموضوع بوجودها الخارجى، و عليه: يكون حالها حال الموضوع، فكما انه لا يوجد الحكم الا بعد وجود موضوعه فكذا قيوده المأخوذه فى الموضوع، فلا يصير الحكم فعليا ما لم توجد تلك القيود فى الخارج، فكم فرق بين علل التشريع و الجعل، و بين شرائط المجعول.

و اما شرائط المأمور به فليست من قبيل الشرط المتأخر، لأن الشرط فيها قد اخذ نفس التقيد لا نفس القيد، و نفس التقيد ليس من الامور المتأخره و انما هو من الامور المقارنه، كما فى الاغسال الليليه المعتبره فى صحه صوم المستحاضه الكبيره بالنسبه للنهار السابق فليست

هى من قبيل الشرط المتأخر، فما ذكره صاحب الكفايه من جعلها من الشرط المتأخر محل نظر و اشكال.

و هذا هو الذى احوج صاحب الكفايه فى مقام الجواب لتجنب المحاذير ففرق بين شرائط الأمور به و شرائط الاحكام. ففى شرائط الأمور به يجعل المتقدم بواسطه تعقبه بالتأخر و اضافته اليه عنوانا حسنا يفى به الغرض، و ذلك كما يكون بالنسبه الى المقارن يكون الى المتقدم و المتأخر.

و اما فى شرائط الاحكام فالشرط بالنسبه الى التكليف و الوضع عبارته عن لحاظ الأمر ذلك المتأخر، فالشرط فى الحقيقه هو لحاظ الشئ المتأخر بوجوده العلمى و هو من الشرط المقارن.

و الجواب عن الاول: انك قد عرفت ان شرائط الأمور به خارجه عن محل الكلام، لكون الشرط هو نفس التقييد، و هو من المقارن.

و اما عن الثانى: فاللحاظ انما اعتبر فى علة التشريع لا فى شرائط المجعول، و ذلك انما نشأ للخلط بين علة الجعل و بين شرائط المجعول.

اللهم الا- ان يقال بأن اشكال الشرط المتأخر فى المقام لا يتأتى لرجوعه الى شرطيه التعقب، و هو عنوان مقارن. كما افيد فى حصول الملكيه قبل اجازة المالك بان الشرط فى الاعتبار هو عنوان التعقب و عليه بنى القول بالكشف الحقيقى.

و لكن لا يخفى ان القول بالتعقب ان اقتضاه الدليل كما لا يبعد فى المقام اذ لنا ان نستكشف من أدله السقوط هو ذلك. و اما بالنسبه الى المعامله الفضوليّه فدعوى التعقب خلاف ظاهر الأدله لظهورها فى اعتبار الاذن و الاجازة الخارجيه فى تأثير العقد فى النقل و الانتقال، و لا دخل لوصف التعقب فى مقام التأثير.

نعم يتوجه الاشكال لو استفدنا من الادله السقوط، فيكون كما لو اسلم الكافر بناء على انه مكلف بالفروع كالاصول، و باسلامه يسقط ما وجب عليه من قضاء العبادات لقول النبي صلى الله عليه و آله و سلم:

«الاسلام يجب ما قبله» (١) إذ لا يعقل الوجوب عليه مع انه لا يصح

ص: ١٤٩

١- ١) السيره الحليه المجلد الثالث ص ١٠٥-١٠٦، و بهذا النص عن أبي الفرج الاصبهاني كما هو المحكى عن سيره ابن هشام، و فى الطبرانى زياده و الهجره تجب ما قبلها، و فى مجمع البحرين زياده قوله (ص): «و التوبه تجب ما قبلها: من الكفر و المعاصى و الذنوب». و بالجمله: هذا الحديث مروي عند الفريقين عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم، فلذا لا اشكال فيه من حيث السند، و اما الدلاله فربما يشكل عليه بلزوم تخصيص الأكثر، إذ لا ريب فى بقاء عقود و ايقاعانه و ضماناته و ديونه فى حال الكفر. و لكن لا يخفى ان هذه الامور خارجه عن الحديث بالتخصص لا بالتخصيص، حيث انه فى مقام الامتنان و ترغيب الناس الى الاسلام، فيكون مفاده حينئذ ان كل فعل او قول او اعتقاد يكون من آثاره فى الاسلام ضرر عليه، فالاسلام جعله كالعدم، و كذا لو ترك أمرا و كان من آثاره ترك ذلك الأمر فى الاسلام لزم تداركه فى قضائه او ادائه، فالاسلام يرفع تداركه قضاء و أداء العبادات الفائته عنه، و كأداء زكاه ماله مع بقاء عينها، و لكن بشرط توجه الخطاب اليه حال الكفر لا حال الاسلام، ففى عقود و ايقاعاته و ديونه و جميع ضماناته فى حال كفره او كان فيها ضرر او حرج او ضيق او مؤاخذة فليس ذلك من ناحيه الاسلام، بل تلك الآثار كانت ثابتة عليه مع قطع النظر عن الاسلام فهى خارجه عن مفاد الحديث بالتخصص لا بالتخصيص.

منه لو أتى بمتعلقه مع كفره، و يسقط عنه اذا اسلم، فلم يكن لمتعلق التكليف وقت اداء لقضاء العبادات.

و بالجمله يكون الاتيان بالعبادات مشروطا بأمر مسقط، فيلزم من وجوده عدمه، و قد التزم بعض بعدم تكليف الكفار بالفروع لأجل هذه الشبهه، و قد اجاب بعض من تأخر بان توجه التكليف اليه له فائده فانه ان اسلم فى الوقت يجب عليه اتيان العباده، و يعفى عنه بعد خروج الوقت، و يعاقب لو لم يأت به حتى الموت- و لكن لا يخفى ما فيه-.

كما انه اجاب عنه السيد فى العروه بما لفظه: «انه يكون مكلفا بالقضاء فى وقت الأداء على نحو الوجوب المعلق، و مع تركه الاسلام فى الوقت فوت على نفسه الاداء و القضاء فيستحق العقاب عليه».

و لكن لا يخفى ان هذا انما يتم لو كان المستفاد من توجه الخطاب

فى الوقت امرآ بالآءاء؁ او امرآ معلقآ على قضاءه بعد خروج الوقت و هو محل نظر و تأمل. و لو سلمنا و قلنا: بأن ذلك مستفاد فهو مبنى على تصحيح الواجب المعلق- كما يقوله صاحب الفصول- و يكون الوجوب فعليا و الواجب استقباليا لكى تجب مقدماته المفوته كما يدعى بالنسبه الى وجوب الغسل قبل طلوع الفجر فان وجوبه فعلى و لو لم يأت به قبل طلوع الفجر فيكون قد فوت عليه صوم ذلك اليوم؁ و الالتزام بذلك محل نظر كما ان الالتزام يكون الأمر المتوجه الى الكافر تهكميا لأجل ان يصح عقابه؁ فى غير محله؁ لظهور ان الأمر المتوجه الى المسلم و الكافر على نحو واحد؁ و هو أمر حقيقى لا تهكمى بالنسبه الى الكافر و حقيقى بالنسبه الى المسلم؁ على ان التهكمى لا يستتبع العقاب؁ و كيف يصح العقاب على ما يستحيل امثال أمره عقلا؟؟

و بالجمله: بناء على ان القضاء بأمر جديد لا- بالأمر الاول؁ فتوجيهه الى الكافر يلزم منه التحذير السابق حيث انه مشروط بأمر مسقط فلا معنى لامثاله؁ اذ يلزم منه المحال.

و لكن حيث بينا فى محله على ان القضاء انما هو بالخطاب الذى توجه الى الاداء؁ و ليس أمر القضاء على حده بعد فوات الاداء؁ و انما الاداء على نحو تعدد الدال و المدلول؁ فلو لم يسلم و ترك العمل المأمور به فى الوقت فلا محاله يبقى فى ذمته؁ فاذا اسلم جبّ عنه؁ و يبقى فى ذمته لو لم يسلم و يعاقب عليه و هو معنى تكليفه بالقضاء و ليس أمره بالقضاء أمرآ جديدا لكى يستلزم المحذور المتقدم.

نعم؁ الاشكال يرد فى خصوص الصوم؁ و هو انه قبل طلوع الفجر غير مكلف بالصوم؁ و انما يتوجه اليه التكليف اول طلوع الفجر فيلزم المحذور المتقدم؁ اذ هو فى حال كفره لا يصح منه الصوم؁ و لو أسلم

فبمجرد ان يمضى آن من آتات النهار يكون فاقدا لشرط الصحه، فلا يتمكن من صوم تمام النهار جامعا للشرائط، و صوم بعض النهار غير صحيح الا ان يأتى دليل ينص على كفايته.

المقدمات المفوته

و بالجمله: الاسلام ليس واجبا بالوجوب المقدمى قبل طلوع الفجر لعدم تحقق زمان ذى المقدمه، و حين طلوعه لو اسلم و قد مضى آن من الوقت فلا يمكن الامتثال، و لكن الذى يسهل الخطب: ان هذا الاشكال يجرى بالنسبه للمقدمات المفوته كالغسل قبل الفجر، فبأى وجه دفعنا الاشكال هناك يندفع بنفس الوجه الاشكال فى المقام، لانطباق المقدمات المفوته عليه، حيث ان المراد بها هى (المقدمات الوجوديه) لو تركت قبل حصول الواجب، او قبل وجود شرائط الوجوب يكون مفوتا للواجب فى وقته او بعد حصول شرطه.

و قد اجيب عنه بوجه:

منها- ما ذكرناه من القول بالواجب المعلق، فالوجوب فعلى و الواجب استقبالى، فتجب المقدمات المفوته لفعليه الوجوب.

و منها- الالتزام بالشرط المتأخر، لرجوعه الى عنوان التعقب.

و منها- الوجوب النفسى و التهيئى الذى قال به كل من صاحب المعالم و المدارك (قدس سرهما).

و منها- ما ذكره استاذنا المحقق الأغاضياء العراقى (قدس سره) فى الواجب المشروط: من ان الاراده فعليه قبل وجود الشرط خارجا لانها تتعلق بالصوره الذهنيه من المراد، و الشرط وجودها خارجا

انما هو فاعليه الاراده و محركيتها لا أصل وجودها.

و منها-حكم العقل بلزوم اتيان المقدمات الوجوديه،التي لو لم يأت بها قبل زمان الواجب او قبل حصول سائر شرائط الوجوب لم يكن قادرا على اتيان الواجب بعد حصول شرط الوجوب و فى زمان الوجوب.

و منها-ما ذكره الاستاذ المحقق النائيني(قدس سره):من استفاده الوجوب النفسى المعبر عنه(بمتمم الجعل)ليس غيريا ناشئا من الوجوب النفسى لعدم وجوب ذى المقدمه لكى تترشح منه،و ليس نفسيا بنحو ينشأ عن ملاك،و انما يكون ملاكه فى غيره- بمعنى:ان ملاك ذى المقدمه حيث لا يمكن تحصيله بجعل واحد صار سببا لجعلين، احدهما متعلق بنفس ذى المقدمه،و الآخر متعلق بالمقدمات المفوته.

فهناك جعلان-مسببان عن ملاك واحد،ولذلك صح التعبير عنه ب(متمم الجعل)نظير متمم الجعل فى باب التبعدى و التوصلى،غايته ان فى ذلك الباب متمم الجعل يكون بعد الواجب الاصلى،اما هنا فى المقام فتمم الجعل قبل الواجب الاصلى،فتجب تلك المقدمات المفوته وجوبا نفسيا.

و قد ذكرنا تفصيل ذلك فى بحوثنا الاصوليه فمن اراد الاستزاده فليرجع الى كتابنا(منهاج الاصول).

ثم لا- يخفى ان من له الامر لو انتزع ارضا من مخالف يعتقد انه من اولى الأمر و له انتزاعها بعد احيائه لها و سلمها الى المؤلف،فربما يقال بجواز اخذ المؤلف منه و لا- يكون احياء من تقدمه من المخالف احياء ملك لكى يكون المتأخر غاصبا لقاعده(الزموم بما الزموا به انفسهم)فهو و ان قال به بعض من تأخر و أفتى بذلك الا انه محل اشكال للاشكال بعموم قاعده الالتزام لمثل هذا المورد.و ان كان للامام

العادل انتزاع هذه الاراضى الموات و قد احيوها و يسلمها لمن شاء الا ان الاشكال فى ثبوت هذه السلطه لكل من له ولايه و لو على قطعه خاصه او تثبت لخصوص من له الخلافه و الامر فيشكك فى عموم الالتزام لمثل ذلك اى لمن له ولايه على بعض الاقطار، كما انه يشكل جريان قاعده الالتزام فيما لو غسل المؤمن المخالف على وفق مذهبه، لان تكليف التمسك انما هو للحى و ليس من تكليف الميت، و اما القول بذلك فهو مستفاد من ظاهر كلمات الاصحاب.

قال فى جامع المقاصد: «ان ظاهرهم انه لا يجوز تغسيله غسل اهل الولايه، و لا نعرف لاحد تصريحاً بخلافه». و قيل ان ذلك للمداراه لهم.

(اقول) المداراه لا تكون سبباً لتصحيح الغسل مضافاً الى انه يتم لو كان مع وجودهم و حضورهم، و الا تغسيل اهل الخلاف مع مخالفته لمذهبنا باطل، و الخطاب متوجه للحى، اى للمغسل، فلا مجال لمجىء قاعده الالتزام، فلذا يقوى تغسيلهم على وفق مذهبنا وفاقاً للشيخ فى الجواهر و الحدائق و المستند و غيرهم.

و اما الموانع مثل القتل، و الكفر، و الارتداد، فانها لما كانت موانع من الميراث فيمنع من الحبوه لانها ارث و هو ممنوع عنه، بل قيل:

انه يجعل الولد وجوده كعدمه فيجبى للولد الذى أصغر منه، و لكن لا يخفى انه محل منع اذ لا يصدق على غيره اكبر بل يقال له اصغر، و مع الشك يتجه القول بالسقوط تمسكاً باطلاقات الارث فانك قد عرفت انه فى كل مورد شككنا فى تقييد الاطلاقات يتمسك باطلاقات اذا كانت الشبهه مفهوميه كما هو المفروض فى المقام.

و اما لو اسلم على قسمه الميراث لا يبعد اعطاؤه الحبوه بناء على

ما ذكرنا من أن المانع، الكفر المستمر الى ما بعد القسمة، ومع عدم الاستمرار لا مانع من الاستحقاق.

نعم بالنسبة الى المبعّض يشكل القول باعطائه منها قدر حرّيته.

و ان قلنا بانه يرث على قدر كونه حرا الا- ان الاخبار منصرفه عن ذلك فالقول به مشكل، فلذا يتمسك باطلاقات الارث. و لا يخفى ان الاستفادة من الحبوه انها للولد الاكبر الذكر فتمنع الخنثى المشكل لعدم احراز الذكوريه.

الخامسه فى اعيان الحبوه

الخامسه فى اعيان الحبوه: و هى اربعة، السيف، و المصحف، و الخاتم، و الثياب على المشهور شهره عظيمه، بل ادعى فى (السرائر) الاجماع عليه، و لا يخفى ان الاستفادة من اخبار الباب بضم بعضها الى بعض هو هذه الأربعة كما يستفاد من صحيحه حرّيز عن ابي عبد الله (ع) حيث قال: (اذا هلك الرجل و ترك بنين فللاكبر السيف و الدرع، و الخاتم، و المصحف) (١). بناء على ان المراد من الدرع هو (الثوب) إذ لا قائل بكون الدرع من الحبوه.

و هكذا روايه الربعى عن ابي عبد الله (ع) قال: «اذا مات الرجل فللاكبر من ولده سيفه و مصحفه، و خاتمه، و درعه» ٢.

نعم فى روايته الاخرى زياده (الكتب و الرحل و الراحله) ٣، و الظاهر من الاصحاب عدم العمل بها، و عدم العمل ببعضها لا يوجب

ص: ١٥٦

١- ٢ و ٣) الاستبصار كتاب الفرائض باب ٩٠ ما يختص به الولد الاكبر حديث ١ و ٣ و ٤ ج ٤ ص ١٤٤ و فى الوسائل كتاب الميراث باب ٣ [١] ما يحبى به الولد من ابواب ميراث الايوين و الاولاد و فى التهذيب كتاب الفرائض باب ٢٤ ميراث الاولاد حديث ٤ فى الاولى و فى الثانيه حديث ٦ و الثالثه حديث ٧ ج ٩ ص ٢٧٥.

ترك البعض الآخر الذى عملوا به، فالذى عليه العمل هو خصوص الاربعه فقط، كما ان المستفاد من ثيابه بلفظ الجمع هو وضع جميع ما يعد ثوبا و لباسا من القميص، و القلنسوه، و العمامه، و الجوراب، و الحزام، و العباءه، و الفروه، و جميع ما يعد لباسا له فهو من الحبوه.

نعم، فى النعل اشكال بل العدم هو الاقوى.

و اما خاتم الذهب، و لباس الحرير، فحيث انهما يحرمان عليه عده من اللباس محل اشكال، بل لا يبعد انه يعد من لباسه لو كان قد اعده للبس و ان كان حراما و حرمة لا تنفى اختصاصه.

و لا يخفى ان الظاهر من ثيابه هو اعتبار اختصاصه لان يعده للبس، فلو كان للتجاره او لبعض اهله لا يصدق عليه ثيابه فهو خارج عن الحبوه.

و اما اعتبار ان لا- يكون الميراث منحصره به فهو و ان احتمله بعض فليس له وجه سوى اشعار من روايه شعيب العرقوفى قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يموت ما له من متاع بيته؟ قال:

السيف» (1) فان لفظه (من) تشعر بوجود غير الحبوه فى التركه.

و لا يخفى ان ذلك اشعار لا ينفع ما لم يكن دلالة صريحه.

كما ان اشتراط ان لا يكون دين مستغرق فى غير محله، فان هذا الشرط من شروط ارث التركه و ليس هو من شروط الحبوه، اما بناء على كون المال لم ينتقل للورثه إلا بعد اداء الدين فواضح ان اعيان

ص: ١٥٧

١- (١) التهذيب كتاب الفرائض باب ٢٤ ميراث الاولاد حديث ٩ ج ٩ و فى الاستبصار كتاب الفرائض باب ٩٠ ما يختص به الولد الاكبر حديث ٧ ج ٤ ص ١٤٥.

الحيوه باقيه على ملك الميت، واما بناء على ما هو الحق بان التركة تنتقل الى الورثه محقوقه للغير كالرهن-مثلا-فاعيان الحيوه تنتقل الى الولد الا-كبر مع تعلق الحق بها من الدين، فلو أدى الدين فى المستوعب او أدى ما وزع عليها من الدين فى غير المستوعب فهو أحق بها، وحينئذ يجوز له اخذ اعيان الحيوه، اللهم إلا- ان يقال بان الدين لا يتعلق باعيان الحيوه كما هو ظاهر اطلاقات الاخبار، فان الظاهر منها اختصاصها بالولد الاكبر و لا يتعلق بها الدين، على انه ما من ميت إلا و هو مدين لا سيما الدين غير المستوعب، فينبغى ان لا تسلم غالبا اعيان الحيوه من الدين بل يتعلق بها على حسب التوزيع.

و عليه: ان أعيان الحيوه لا يأخذ منها الولد الاكبر الا بعد أداء ما يتعلق بها من الدين و هو خلاف اطلاق الاخبار.

اقول: ان هذا الاحتمال و ان ذكره بعض من تأخر الا انه مجرد استبعاد لا يوجب صرف اطلاقات الحيوه الى غيره، فان الاطلاقات فى بيان الاختصاص بالولد الا-كبر مطلقا بالنسبه الى الميراث، و ان الولد الاكبر هو المقدم، و انه بموت مورثه تنتقل اليه تلك الاعيان و ما يستحقه من بقيه التركة من غير خصوصيه لتلك الاعيان، و بالجمله:

فارثه لتلك الاعيان كارثه لبقية التركة.

و لأجل ذلك نقول فيما اذا فرض كون بعض الحيوه متعددا:

كالسيف، و الخاتم، فان للولد الاكبر اخذ أحد هذه الامور المتعده و تعينها يتوقف على رضاء الشريك الذى هو بعض الورثه، و ليس من قبيل الزكاه و نحوها مما يكون التعيين بيد المالك و ليس لمستحقها جهه التعيين، إذ فرق بينهما، فان الامر باخراج الزكاه الى المخاطب به و هو المالك بان يقول الشارع له: «اخرج عشر مالك» و فى المقام ليس

كذلك، إذ هو من قبيل جعل حق في المال المنتقل اليه، وهذا الحق المجعول في المال له شريك فيلزم ان يكون التعيين برضائهما، فان ملكيه المحبو بالنسبه الى المتعدد كالسيف و الخاتم اذا كانا متعددين و ان كانت على نحو الكلى في المعين إلا انه في خصوصيه التعيين له شركه و اشاعه، فلذا يحتاج التعيين الى رضاء الشريك، و لذا لو تلف بعض المتعدد فحق المحبو يتعلق بالباقي كما لا يخفى.

ثم ذكروا انه يعتبر في اعيان الحبوه ان لا تتعلق بها الوصيه، فمع تعلق الوصيه بها يوجب خروجها عن عنوان ما ترك، فهو مقدم على الارث، و لا يرجع المحبو الى الورثه لأخذ عوضه، كما انه لو اوصى باخراج ثلث ما يملك يتعلق الثلث باعيان الحبوه.

و دعوى انه يخرج الثلث من غيرها تقديما لادله الحبوه او كونه اجحافا بالمحبو ممنوعه، فان ادله الوصيه مقدمه على الحباء، و هو انما يزاحم الوارث لا الوصيه.

نعم، لو اوصى بمائه دينار و كان ثلثه يسع غير اعيان الحبوه، لا يبعد القول بخروجه من غير اعيان الحبوه، تقديما لادلتها و ان كان محل نظر و تأمل.

ثم لا- يخفى انه لو اوصى بصرف اعيان الحبوه فيما يخرج من الاصل، كتكفينه في ثيابه، ربما يقال: بانه يحتسب من الثلث للفرق بين الحبوه و بين غيرها من اعيان التركه، فان ما ينفذ من الاصل من اعيان التركه يفوت على جميع الورثه بالسويه بخلاف الحبوه فانها تفوت على المحبو خاصه، و هو مستلزم للاجحاف، و لازم ذلك احتسابه من الثلث و عليه الشهيد في رسالته، و الذى يقوى أن الوصيه نافذه نظير ما لو اوصى باعيانها للأجنبي، فمع الوصيه يفوت حق المحبو لأنه بالايضاء

يعدم موضوع حقه من غير فرق بين المقامين، غايه الامر انه بالنسبه الى المقام يحتسب من الاصل، و فيما لو اوصى لاجنبي باعيان الحيوه يحتسب من الثلث، و ليس فيه اجحاف على المحبو لكى يكون من الجنف، فان الوصيه لما كان سببها متقدما فلا يتحقق بها اجحاف لما عرفت من انها تعدم موضوع الحيوه فلا يصدق عليه حرمان و اجحاف.

ثم انهم اعتبروا فى اعيان الحيوه ان لا يكون على الميت دين مستغرق، فمع تحققه لا ارث لتحقق حق الديان بجميع ما ترك.

نعم، له دفع ما يتعلق من الدين باعيان الحيوه لكى تخلص له تلك الاعيان فلا يجوز لغيره من الورثه مزاحمته، و اما لو كانت اعيان الحيوه مرهونه على دين للميت فلو فكه المحبو لا اشكال فى كونه له و لا يجوز لغيره مزاحمته، و هل له -اي للمحبو- الرجوع على الورثه بما فكه من الدين او ليس له؟ و جهان بل قولان مبنيان على ان دين الميت يتعلق بمطلق التركه، و منها اعيان الحيوه، فحينئذ يرجع على الورثه بما يزيد على ما وزع عليه من الدين، او ان الدين متعلق بتلك الأعيان و التى جعلت وثيقه لها لتعلق الاستيفاء بها فليس له الرجوع على الورثه كما له الرجوع على الورثه فى دين الميت غير المجعول عليه وثيقه.

و الظاهر هو الأول لان تركه الميت عند الموت تكون بدل ذمته، فحق الاستيفاء متعلق بجميع التركه التى منها تلك الاعيان. فحينئذ يلزم ما يتعلق بها من الدين الموزع على جميع التركه، فمع اداء دين الميت جميعا يرجع الى الورثه بما هو زائد عما يخصه، و جعل تلك الاعيان استيفاء لذلك الدين لا يوجب حصر تعلقه بنفس تلك الأعيان بل هو نظير دين الميت غير المجعول بازائه من تلك الاعيان وثيقه.

المسأله السادسة فى التعصیب (١)

اعلم ان الفريضة تاره تساوى لما ترك، كما لو ترك الميت زوجا

ص: ١٤١

و اختا، فالفريضة من سهمين: للزوج سهم، و للاخت سهم.

او ترك ابوين و بنتين، فالفريضة مساويه لتلك السهام، فان لكل من الاب و الام سدسا، و للبنتين اربعة اسداس.

ففى الفرائض المذكوره المساويه لا تعصيب و لا عول، كما انه ليس منهما ما لو اجتمع ذو الفرض مع غيره، كما لو ترك الميت ابا و اما فقط، فان الام تأخذ فرضها و الباقي للأب بالقرايه، لعدم الولد، و انما

ص: ١٤٣

يرث بالفرض مع وجود الولد، فكما اجتمع ذو الفرض مع غيره اخذ ذو الفرض فرضه و الباقي لغير ذى الفرض.

و كما لو اجتمع الابوان مع الزوج: فللزوجة النصف بالفرض و للام الثلث بالفرض، و الباقي للاب بالقراه و ان كان سدسا. و اخرى ما اذا لم تساو الفريضة تلك السهام بان تزيد الفريضة على السهام المفروضة فى الكتاب، فتارة يكون فيها زياده على الفرض و هذه الزياده ترد عليه و ذلك يتحقق - أى الرد - فى المرتبه الاولى، و هى مرتبه الابوين و البنت او البنات، و فى المرتبه الثانيه، و هى الاخت و الاخوات.

اما الاولى - كما لو ترك بنتا و اما، فللبنت النصف، و للام السدس، و يبقى سدسان يرد عليهما اربعا كما فى روايه حمران بن أعين عن أبى جعفر (ع) فى رجل ترك ابنته و امه؟

«ان الفريضة من أربعه أسهم، لان لبنت ثلاثه أسهم، و للام السدس سهم، و بقى سهمان فهما أحق بهما من العم و ابن الاخ و العصبه لان البنت و الام سمى لهما و لم يسم لهما، فيرد عليهما بقدر سهامهما» (١).

و بهذا النص عن موسى بن بكر الواسطى، قال: قلت لزراره:

حدثنى بكبير عن أبى جعفر (ع) الخ... (٢).

و كما لو ترك بنتا و أبوين، فللبنت النصف، و لكل من الابوين السدس، و يبقى سدس واحد يرد عليهما أخماسا، ثلاثه أخماس للبت، و لكل من الابوين خمس واحد، كما عن روايه على بن رئاب عن زراره قال:

ص: ١٦٤

١- (١) التهذيب - كتاب الفرائض باب ٢٣. ميراث الوالدين حديث ٧ ج ٩ ص ٢٧٢

٢- (٢) نفس المصدر الحديث (١٠) ص ٢٧٣.

«وجدت في صحيفه الفرائض: رجل مات و ترك ابنته و ابويه، فوجدت للبنت ثلاثة أسهم، و للأبوين لكل واحد منهما سهم يقسم المال على خمسة اجزاء، فما أصاب ثلاثة اجزاء فللبنت، و ما أصاب جزئين للأبوين» (١).

و كما لو ترك بنتا و أبا فللبنت النصف، و للأب السدس، و يبقى سدسان يرد عليهما أرباعا كما عن محمد بن مسلم الى ان قال: «و قرأت فيها: رجل ترك ابنته و اباه فللبنت النصف ثلاثة أسهم و للأب السدس سهم يقسم المال على أربعة اسهم، فما أصاب ثلاثة فللبنت، و ما أصاب سهمها فللأب» (٢).

الى غير ذلك من فروع الرد المذكوره فى الجدول الآتى المستفاده جميعها من اخبار الباب.

و اما لو دخل الزوج و الزوجه فيخرج سهمهما و لا- يرد عليهما، كما لو ترك الميت زوجه و أحد الأبوين و بنتا، فان للزوجه الثمن، و الباقي بعد الرد يقسم أرباعا كما عن كتاب موسى بن بكر الى ان قال:

«فان ترك الميت ابا او اما و امرأه و بنتا فان الفريضة من (٢٤) سهما: للمرأة الثمن ثلاثة أسهم من (٢٤)، و لأحد الأبوين السدس اربعة أسهم، و للبنت النصف اثنا عشر سهما، و بقى خمسة اسهم مردوده على سهام البنت واحد الابوين على قدر سهامهما، و لا يرد على المرأه شىء» (٣).

ص: ١٤٥

١-١) التهذيب ج ٩ الحديث (٤) ص ٢٧٢.

٢-٢) التهذيب كتاب الفرائض باب ٢٣ ميراث الوالدين حديث ٤ ج ٩

٣-٣) التهذيب كتاب الفرائض باب ٢٧ ميراث الازواج حديث ٣ عن الحسن بن محمد بن سماعه قال دفع الى صفوان كتابا لموسى بن بكر

و كما لو ترك الميت زوجا و ابا و بنتا، فان الزوج يأخذ الربع و هو ثلاثة من اثني عشر، و الأب يأخذ السدس سهمان من اثني عشر و البنت و بقى سهم يرد على البنت و الأب على قدر سهامهما، و لا يرد على الزوج و لا يرث احد من خلق الله مع الولد الا الابوان و الزوج و الزوجه كما فى كتاب موسى بن بكر ١.

و يتحقق الرد فى المرتبه الثانيه، و هى الاخت و الاخوات من الابوين، و مع عدمهم يرد على الاخوه للأم كما هو المستفاد من الاخبار.

بطلان التعصيب

و تسمى هذه الفروع و امثالها بمسائل (التعصيب) أى ان هذا الزائد المردود على أصحاب الفروض على حسب فروضهم لا يدفع الى العصبه، اى اخوه الميت او اعمامه ما عدا الزوج و الزوجه، فانه على حسب ما عرفت سابقا انه لا يرد عليهما، و الحكم عندنا فى مسأله التعصيب حكم ضرورى فقد نطقت الاخبار الصحيحه على عدم توريث العصبه، ففى بعضها - و ليست العصبه من دين الله عز و جل ٢، و فى بعضها فى فيها التراب ٣. الى غير ذلك من اخبار الباب، و عليه اجماع الاماميه، خلافا لمخالفينا فقد ورثوا العصبه اى اذا استكمل اهل السهام

ص: ١٦٦

سهامهم من الميراث فما يبقى يكون لاولى عصبه ذكر، ولا يعطون الانثى و ان كانت اقرب منه في النسب شيئاً، مثال ذلك اذا مات رجل و خلف بنتا او ابنتين و عما و ابن عم، فانهم يعطون البنت او البنتين سهامهم، اما النصف اذا كانت واحده، او الثلثين اذا كانت اثنتين فما زاد عليهما، و الباقي يعطونه للعم و ابن العم و لا يردون على البنات شيئاً استنادا الى خبر رووه عن وهيب عن ابن طاووس عن أبيه عن ابن عباس (رض) عن النبي (ص) انه قال:

«الحقوا الفرائض فما ابقت الفرائض فلاولى عصبه ذكر».

و الى خبر رواه عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر، ان سعد بن الربيع قتل يوم أحد، و ان النبي (ص) زار امرأته فجاءت بابنتي سعد فقالت: يا رسول الله ان اباهما قتل يوم أحد و اخذ عمهما المال كله و لا تنكحان الا و لهما مال، فقال النبي (ص) سيقضى الله في ذلك، فانزل الله تعالى «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ» حتى ختم الآية، فدعا النبي (ص) عمهما و قال له: اعط الجاريتين الثلثين، و اعط امهما الثمن و ما بقى فلك.

و الى قوله تعالى: «وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرْثُنِي» (١) خاف ان يرثه عصبته فسأل الله تعالى ان يهب له وليا يرثه دون عصبته، و لم يسأل وليه فترث العصبه.

و لكن لا يخفى ما فيه: اما عن روايه ابن طاووس فقد عرفت مما ذكرناه سابقا بطلان هذه الروايه لما رووا عن طاووس خلاف ذلك، و انه تبرأ من هذا الخبر و ذكر انه لم يروه، و انه شيء القاه الشيطان

ص: ١٤٧

على السننهم (١). على ان هذا الخبر لا يمكن الاخذ بظاهره، لأن ظاهره يخالف ما اجمع المسلمون على خلافه. ألا ترى ان رجلا لو مات و خلف بنتا و اخا و اختا فمن قولهم اجمع: ان للبنت النصف، و ما بقى فلالأخ و الأخت للذكر مثل حظ الانثيين، و الخبر يقتضى ان ما بقى للأخ لانه الذكر، و لا يكون للاخت شىء.

و كذلك لو أن رجلا مات و ترك بنتا و ابنه ابن و عما، ان يكون للبنت النصف، و ما بقى للعم، لانه اولى عصبه ذكر. و لا تعطى بنت الابن شيئا.

و كذلك فى اخت لآب و ام و اخت لآب و ابن عم، ان لا تعطى الأخت من الآب شيئا بل تعطى الأخت من قبل الآب و الام النصف، و ما يبقى لابن العم لأنه اولى عصبه ذكر.

و كذلك فى بنت و ابن ابن و ابنه ابن، و كذلك فى بنت و بنت ابن و اخوه و اخوات لآب و ام.

و كذلك لو توفى رجل عن عشر بنات، و ابن ابن عم، فيكون نصيب البنات الثلثان، و نصيب ابن ابن العم الثلث، و هو من الطبقة الثالثة، و امثال ذلك كثيره جدا.

مضافا الى انه مخالف لما دل عليه الكتاب من قوله عز و جل «آبَاؤُكُمْ وَ أَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ» (٢) و قوله تعالى: «وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» (٣).

ص: ١٦٨

١-١) فى التهذيب كتاب الفرائض و المواريث باب ٢٦ فى ابطال العول و العصبه حديث ١٤ ص ٢٦٢ ج ٩.

٢-٢) سورة النساء الآية ١٠. [١]

٣-٣) سورة الاحزاب الآية ٦. [٢]

و اما الكلام فى الخبر الثانى فقد ذكر الشيخ الطوسى فى تهذيبه ان ما استحبوا به فهو انه روايه رجل واحد، و هو عبد الله بن محمد بن عقيل و هو عندهم ضعيف و اهن لا- يحتجون بحديثه، و هو منفرد بهذه الروايه، و ما هذا حكمه لا يعترض به ظاهر القرآن الذى بينا وجه الاحتجاج منه.

و اما ما تعلقوا به من قوله عز و جل: «وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي» فانما هو تأويل على خلاف الظاهر. و ذلك انه لم يكن له بنو عم فيرثوه بسبب ذوى الارحام لا بسبب العصبه، لأنه لو لم يكن بنو العم و كان بدلهم بنات العم لورثته بسبب ذوى الارحام. و ليس فى هذا ما يدل على العصبه.

و اما قولهم: انه سأل وليا و لم يسأل وليه فانما ذلك لان الخلق كلهم يرغبون فى البنين دون البنات، فهو عليه السلام انما سأل ما عليه طبع البشر كلهم، و هو كان يعلم انه لو ولد له انثى لم تكن ترث العصبه البعداء مع الولد الأقرب. و لكن رغب فيما يرغب الناس كلهم فيه، على ان الآيه داله على ان العصبه لا ترث مع الولد الانثى لقوله تعالى: (وَكَانَتْ امْرَأَتِي عَاقِرًا) * و العاقره هى التى لا تلد، و لو لم تكن امرأته عاقره و كانت تلد لم يخف الموالى من ورائه. لأنها متى ولدت ولدا ما ذكرا كان او انثى ارتفع عقرها و احرز الولد الميراث، ففى الآيه دلالة واضحه على ان العصبه لا ترث مع احد من الولد ذكورا كانوا او اناثا.

على انا لا نسلم ان زكريا عليه السلام سأل الذكر دون الانثى، بل الظاهر يقتضى انه طلب الانثى كما طلب الذكر، ألا ترى الى قوله تعالى: «وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا

رِزْقًا قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنِّي لَكَ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ - هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ» (١) فانما طلب زكريا عليه السلام حين رأى مريم عليها السلام على حالها ان يرزقه الله مثل مريم لما رأى من منزلتها عند الله و رغب الى الله في مثلها و طلب اليه عز و جل ان يهب له ذريه طيبه مثل مريم، فأعطاه الله افضل مما سأل، فأمر زكريا حجه عليهم في ابطال العصبه ان كانوا يعقلون. انتهى كلامه رفع في الخلد مقامه.

على انه هناك روايات كثيره تدل على عدم توريث العصبه كما عن روايه صفوان بن عبد الله انه سأل ابا الحسن عليه السلام عن رجل مات و ترك ابنته و اخاه؟ قال عليه السلام المال للبنت (٢).

و عن بريد العجلي عن ابي جعفر عليه السلام قال: قلت رجل مات و ترك ابنته و عمه؟ قال عليه السلام: المال للبنت، و ليس للعم شيء و قال: ليس للعم مع البنت شيء (٣).

و عن ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام: ان رجلا مات على عهد النبي (ص) و كان يبيع التمر، فأخذ اخوه التمر، و كان له بنات فأنت امرأته النبي (ص) فأعلمته بذلك فانزل الله عليه، فأخذ النبي صلى الله عليه و آله و سلم التمر من العم فدفعه الى البنات (٤).

ص: ١٧٠

١- ١) سورة آل عمران الآية ٣٧. [١]

٢- ٢) التهذيب- كتاب الفرائض و الموارث باب ميراث الاولاد ٢٤ حديث ١٦ صفحه ٢٢٨.

٣- ٣) نفس المصدر الا ان الحديث ١٧.

٤- ٤) التهذيب- كتاب الفرائض باب ميراث الاولاد ص ٢٧٩ حديث ٢١ الطبعة الحديثه.

ثم انك قد عرفت ان الرد فى المرتبه الثانيه التى هى الاخـت و الاخوات من الأبوين، و مع عدمهم يرد على الاخوه للام، و انما الكلام فيما لو ترك الميت اختا لأب مع اخت لام فهل يرد عليهما او على خصوص اخت الأب؟ فيه خلاف، و الظاهر هو الثانى لروايه محمد ابن مسلم قال سألت ابا جعفر عليه السلام عن ابن اخت لأب و ابن اخت لام؟ قال: لابن الاخت من الام السدس، و لابن الاخت من الاب الباقي (١). و لان الولد انما يستحق من جهه امه، و ان ابن الاخت انما يرث سهم امه فسيستكشف من ذلك ان امها كانت كذلك حيث حكم الامام لابنها بذلك، على ان النقص انما يرد على قرابه الأب فيكون الزائد يرد عليها دون الاخرى كما هو مفاد من كان عليه الغرم فله الغنم، و يتضح ذلك فى فرض المسأله فيما لو ترك الميت زوجا و اختا لأب، و اختا لام، فللزوجة النصف، و للاخت للام السدس، و الباقي سدسان للاخت للاب فوقه النقص عليها دون الاخت للام، فمع عدم الزوج يجب ان يكون الزائد لها ايضا حسب ما هو معلوم ان من عليه الغرم فله الغنم، خلافا للشيخ و ابن ادريس و العلامه فى احد قوليه: بأنه يرد عليهما بتساوى كلالتي الاب و الام فى المرتبه، و ليس ما يوجب تخصيص الرد بخصوص كلاله الاب الا روايه محمد بن مسلم و هى ضعيفه، لكون الراوى على بن فضال و هو فطحى.

ص: ١٧١

١- ١) التهذيب- كتاب الفرائض باب ٢٩ ميراث الاخوه و الاخوات حديث ١٣ ج ٩ ص ٣٢٢ الطبعه الحديثه.

قاعده من عليه الغرم فله الغنم

و اما قضيه من عليه الغرم فله الغنم،فهى قاعده اعتباريه لا- دليل عليها،على انها تتخلف فيما لو ترك الميت بنتا مع أبوين،فان الباقي يرد عليها و على الابوين أحماسا.و فيما لو ترك الميت زوجا و بنتا و ابوين فان النقص يرد على البنت و لا- يرد على الابوين،فكان عليها الغرم مع ان الغنم للجميع.

و اما ابن فضال،فانه و ان كان فاسد العقيده الا انه موثوق بنقله و ذلك لا ينافى كونه فاسد العقيده.

و اما قاعده«من عليه الغرم فله الغنم»فلا ينافى تخلفها فى مورد فان العام حجه فى الباقي.و الذى يظهر من الشهيد(ره)انها قاعده اعتباريه،قال فى شرح اللمعه:«..(و ثبوته)أى ثبوت الرد على قرابه الأب خاصه(قوى)للروايه،و الاعتبار».و يقصد بالروايه روايه محمد بن مسلم الآنفه الذكر،و بالاعتبار قاعده(من عليه الغرم فله الغنم)،و لم نعثر على مدرك لهذه القاعده فيما تتبعناه من كتب الفقه و المجاميع التى بين ايدينا من كتب الحديث فى المظان التى كنا نحتمل الحصول فيها على مدرك مآثور لهذه القاعده،لذلك فقد قوى عندنا ما ذهب اليه الشهيد رحمه الله من كونها اعتباريه.

نعم،عثرنا فى كتاب الرهن من كتاب الخلاف على حديث نبوى نصه:

«الرهن من صاحبه الذى رهنه، له غنمه و عليه غرمه» (١)، و لكن عبارته: «له غنمه و عليه غرمه» ليست تعليليه، حتى يمكن استخراج قاعده عامه منها بعد الغاء خصوصيه المورد، كما مر تفصيل ذلك فى الصفحه ٣٢ من هذا الجزء. و فى تعليق لزراره رحمه الله ارسل القاعده بغير هذا اللفظ ارسال المسلمات، و اليك نص الخير فى الكافى عن عمر ابن اذينه، قال: قلت لزراره: انى سمعت محمد بن مسلم و بكيرا يرويان عن أبى جعفر عليه السلام فى زوج و ابوين و ابنه، فللزوجة الربع ثلاثه أسهم من اثني عشر سهما، و للابوين السدسان اربعة أسهم من اثني عشر سهما، و بقى خمس أسهم فهو للابنه، لانها لو كانت ذكرا لم يكن لها غير خمس من اثني عشر سهما، و ان كانتا اثنتين فلهما خمس من اثني عشر سهما، لانهما لو كانا ذكرا لم يكن لهما غير ما بقى خمس من اثني عشر؟ قال زرارته: «هذا هو الحق اذا اردت ان تلقى العول فتجعل الفريضة لا تعول، فانما يدخل النقصان على الذين لهم الزيادة من الولد و الاخوات من الأب و الام، فاما الزوج و الاخوه للام لا ينقصون مما سمى الله لهم شيئا» (٢). و على كل حال فانه ليس فيما ذكرناه ما يمكن ان يكون مدركا لهذه القاعده، و ان صلح للتأييد و نحن فى غنى عن كل ذلك لوجود روايه محمد بن مسلم فان فيها الكفايه.

و اما لو اجتمع اخت لأبوين مع واحد او اكثر من كلاله الام،

ص: ١٧٣

١- (١) الخلاف كتاب الرهن ص ٢٣٤ المسأله ١٤٧، و مثله ما ورد من طرق العامه، قال ابن الاثير فى النهايه ج ٣ ص ١٧٩: و [١] منه الحديث: «الرهن لمن رهنه، له غنمه و عليه غرمه».

٢- (٢) الكافى ج ٧ كتاب المواريث، باب ميراث الولد مع الزوج و المرأه و الابوين، الحديث ١ [٢] ص ٩٦.

او اختان لأبوين مع واحد من كلاله الام.فقد عرفت ان الفاضل يرد على الاخت للابوين او الاختين،و لا يرد على كلاله الام.ففى
الفرض الاول مع اجتماع الاخت للابوين و المنفرد من كلاله الام،يكون الباقي سدسين بعد اخراج النصف للاخت.و السدس
للاخت المنفردة للام،

و فى الثانى فيما اذا كانت الكلاله اكثر من واحد،يكون الفاضل سدسا واحدا بعد اخراج النصف للاخت و الثلث لكلاله الام
المتعدده.

و فى الفرض الثالث و هو ان يجتمع اختان مع كلاله الام المنفردة يكون الفاضل سدسا بعد اخراج الثلثين للاختين،و السدس
لكلاله الام المنفردة.فالفاضل فى الصور الثلاث يرد على كلاله الابوين فقط على الاشهر بين الاصحاب،بل كاد ان يكون
اجماعا،و لم ينقل الخلاف الا من الحسن بن عقيل و الفضل بن شاذان،فقد قالوا برد الباقي على الجميع.ففى صورته ما لو اجتمع
اخت لأبوين مع اخت لام يرد عليهما ارباعا.و فى الصورتين الاخرتين يرد عليهما اخماسا.

و اما القول بالرد على ام الام و ام الأب بحسب استحقاقهما حيث ان ام الام لها السدس،و ام الاب الثلثان،و يبقى سدس واحد يرد
عليهما اخماسا فى غير محله.اذ الحق ان ام الام لها الثلث اتحدت ام تعددت وفاقا للمشهور بين الاصحاب،بل على الاشهر كما
عن الشهيد فى اللمعه.

و بالجمله:الظاهر ان الفاضل من السهام لا يرد على كلاله الام، ففى صورته اجتماع ابن الاخت لاب،و ابن الاخت لام،فقد عرفت
ان الاقوى رد الفاضل على ابن الاخت لاب،و لا يرد على ابن الاخت لام،خلافا للشيخ و العلامة.

فعلى القول الاول تصح الفريضة من ٦، نصفه لاخت الاب فرضا، و سدسه لاخت الام، و الباقي و هو سهمان لاخت الاب، فلها ٥ أسهم:

ثلاثة بالفرض و اثنان بالرد.

و اما على القول الثانى فتصح الفريضة من اثنى عشر فيكون للاخت للاب تسعة اسهم: ستة بالفرض و و ثلاثة بالرد و للاخت للام ثلاثة أسهم اثنان بالفرض و واحد بالرد.

موارد التعصيب

و على كل فهذه المسألة من مسائل التعصيب، و قد ذكرنا جميع مسائل التعصيب فى الجدول الآتى و هى خمسة عشر مسأله:

الاولى: لاخت للاب و الاخت للام على ما تقدم.

الثانية: اب و بنت، للاب السدس، و للبنت النصف، يبقى سدسان يقسم عليهما أرباعا فالفريضة من ١٢ تسعه للبنت: ستة بالفرض و ثلاثة بالرد، و للاب ٣ اثنان بالفرض و واحد بالرد.

الثالثة: ام و بنت، للام السدس، و للبنت النصف، و يبقى سدسان يقسم عليهما ارباعا، فتصح الفريضة من ١٢ تسعه للبنت: ستة بالفرض و ثلاثة بالرد، و ثلاثة للام: اثنان بالفرض و واحد بالرد.

الرابعة: اب و ام و بنت، لكل من الاب و الام السدس، و للبنت النصف، و يبقى سدس واحد يقسم عليهما اخماسا، فتصح الفريضة حينئذ من ٣٠ لكل من الاب و الام خمسة بالفرض، و واحد بالرد، و للبنت خمسة عشر بالفرض، و ثلاثة بالرد.

الخامسة: بنت منفردة، لها تمام المال: نصفه بالفرض و النصف الآخر بالرد.

السادسة: بنتان منفردتان، لهما تمام المال: ثلثاه بالفرض، و الثلث الآخر بالرد.

السابعة: اب و بنتان، للاب السدس، و للبنتين الثلثان، و يبقى سدس واحد يقسم اخماسا، فتصح الفريضة من ٣٠ لكل من البنتين ١٢:

عشره بالفرض، و اثنان بالرد، و للاب ٦: خمسة بالفرض، و واحد بالرد.

الثامنة: ام و بنتان - كالمسألة السابعة.

التاسعة: اخت منفردة لأبوين او لأب - كالمسألة الخامسة.

العاشره: اختان لأبوين او لأب - كالمسألة السادسة.

الحادية عشر: اخت لأبوين او لأب و زوجة، للزوجة الربع، و الباقي للاخت: نصف الفريضة يدفع للاخت فرضا، و ربعها ردا، و الفريضة من ٤ بعد الرد.

الثانية عشر: اختان لأبوين او لأب مع زوجة، للزوجة الربع، و للاختين الثلثان، و الباقي للاختين ردا، و الفريضة من ٢٤ ربعها ستة للزوجة، و ثمانية عشر للاختين ستة عشر فرضا، و اثنان ردا.

الثالثة عشر: اخت للام، لها تمام المال: سدسه بالفرض، و الباقي بالرد.

الرابعة عشر: اخت لام مع زوج، للمزوج النصف، و سدس الفريضة للاخت فرضا، و الباقي للاخت ردا، و الفريضة من ٦.

الخامسة عشر: اخت لام و زوجة، للزوجة الربع، سدس الفريضة للاخت فرضا، و الباقي ردا، و الفريضة بعد الرد من اربعة.

ثم انه يذكر لمعرفة التوزيع طريقان:

أحدهما المنسوب لمفتاح الكرامة، و هو ان تضرب مخرج الرد في اصل الفريضة، -مثلا- لو ترك الميت بنتا و ابوين، فالفريضة من ستة فللبنت ثلثه، و لكل من الابوين سدس الفريضة، و هو سهم واحد،

و يبقى سدس الفريضة يرد عليهما اخماسا، بان تضرب مخرج الرد و هو خمسة في اصل الفريضة، فتقول: 30×5 للبنت 15، 18 بالفرض و 3 بالرد، و لكل من الابوين 5، 6 بالفرض و 1 بالرد.

الطريق الثاني: و هو المنسوب الى الشيخ في المبسوط، و ابن ادريس في السرائر، و هو ان تجمع مخرج الفرائض التي لها الرد فتضرب بها في اصل الفريضة، ففي المثال المذكور للبنت فريضة النصف و هو 3، و للابوين فريضة السدسان فلهما 2، فتجمعهما اي فريضة البنت مع الابوين فتقول: $3+2=5$ تضرب المتحصل و هو 5 في اصل الفريضة فتقول: 30×5 ، و منها تصح الفريضة المطلوبة، فللبنت 15، 18 بالفرض و 3 بالرد، و لكل من الابوين 5، 6 بالفرض، و واحد بالرد.

ص: 177

المسأله السابعه فى العول

و هو: «ما تزيد الفروض لقصورها عن سهام الورثه» كزوج و اختين، فللزوج النصف، و للاختين الثلثان، فزادت الفريضه واحدا. فعند العامه يقع النقص على الجميع و هو باطل عندنا، و النقص يقع على ذى الفرض الواحد، و لا يدخل النقص على ذى الفريضتين: مثل الزوج و الزوجه.

و بعباره اخرى: ان ذا الفرض الواحد انما يرث بفرضه اذا لم يزاحمه من له فرضان، فلو اجتمع من له فرض واحد و من له فرضان و كانت التركه تنقص عما وقع لها من الفروض فيقع النقص على ذى الفرض الواحد دون ذى الفرضين، و وقوع هذا النقص يسمى (بالعول) لميل الفريضه بالجور عليهم لنقصان سهامهم الاصليه، و ذلك لا يحصل الا بدخول الزوج او الزوجه.

و انما وقع النقص على تلك الفروض، لتحقق الرد عليها فيما لو زادت السهام على الفروض لما هو معلوم من ان من له الغنم فعليه الغرم فلو خلف الميت ابوين و بنتين او بنات و زوجا، فللزوج الربع، و للابوين السدسان، و الباقي للبنتين، فيقع النقص على البنتين بمقدار ما اخذ الزوج الربع، و لو ابدل عن الزوج بالزوجه وقع النقص على البنتين بمقدار ما اخذت الزوجه الثمن.

و هكذا لو مات عن اخوات لام و اب، او لاب و اخوات لام و زوج، فللزوج النصف، و لاختوات الام الثلث، و الباقي لاختوات الاب

و يقع النقص عليهم، و لو ابدل مكان الزوج زوجه وقع النقص على اخوات الام و الاب او الاب بمقدار ما اخذت الزوجه.

و بالجملة:المستفاد من النص و الاجماع ان النقص لا- يقع فيما لو دخل الزوج او الزوجه إلا على البنات و الاخوات لأب،لكون البنات و الاخوات لهما فرض واحد دون الزوج و الزوجه فانهما ذو فرضين كما ان الام ايضا ذات فرضين:ثلث و سدس مع اجتماعهما مع الاب.

نعم خرج من هذه القاعده الاب فانه و ان كان ذا فرض واحد و هو له السدس فيما له الولد،فانه لا يقع النقص عليه للاتفاق على عدم وقوع النقص عليه.

و اما الاخوات للام،فلا يقع النقص عليهن لعدم تحقق الرد عليهن،فليس عليهن نقصان،فلا يدخل تحت ما هو معلوم من انه من عليه الغرم له الغنم.

و بالجملة:مسألة العول ادراجها تحت القاعده بجميع الفروع محل اشكال،اذ نراه يتخلف فى بعضها،الا انه يسهل الخطب بأنا غير محتاجين الى ذلك بعد ان كان بطلان العول الذى هو من ضروريات مذهب الاماميه مسلما و قد تواترت فى بطلانه الاخبار من أهل بيت العصمه أئمتنا سلام الله عليهم:

فعن الامام الباقر(ع)كان امير المؤمنين(ع)يقول:«ان الذى أحصى رمل عالج ليعلم ان السهام لا تعول» (١).

و عن محمد بن مسلم:أقرأنى ابو جعفر(ع)صحيفه كتاب الفرائض التى هى املاء رسول الله(ص)و خط على(ع)بيده فاذا فيها:«ان السهام لا تعول» ٢.

ص:١٧٩

و عن ابن عباس: «و ايم الله لو قدمتم من قدم الله و اخرتم من اخر الله ما عالت الفرائض» فقال له زفر: و ايها قدم و ايها اخر؟ فقال: «كل فريضة لم يهبها الله عن فريضة الا الى فريضة فهذا ما قدم الله، و اما ما اخر الله فكل فريضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا ما بقى فتلك التي اخر الله، فاما الذي قدم: فالزوج له النصف، فاذا دخل عليه ما يزيله عنه رجع الى الربع لا يزيله عنه شيء، ثم ذكر الزوجه و الام الى ان قال: و اما التي اخر الله ففريضة البنات و الاخوات:

النصف و الثلثان، فاذا ازلتهن الفرائض عن ذلك لم يكن لهن الا ما بقى فتلك التي أخر، فاذا اجتمع ما قدم الله و ما اخر بدىء بما قدم الله فاعطى حقه كاملا فان بقى شيء كان لمن اخر و ان لم يبق شيء فلا شيء له» (1).

و هكذا كما ترى يدخل النقص على البنات و الاخوات دون الزوج و الزوجه و الام، و بمقتضى ذلك ان الاب لا يدخل عليه النقص لانه انما يرث بالفرض مع الولد و مع عدم الولد لا فرض له. فحينئذ لو خلف الميت ابوين و زوجا، فالفريضة من سته: للزوج النصف 3، و للام الثلث 2، و للاب الباقي و هو واحد من سته، فلا يدخل عليه النقص، إذ لم يكن في هذا الحال فرضه اثنين لكي يقع النقص عليه، بل ليس له فرض مع عدم الولد، و انما فرضه مع الولد و هو السدس، و ما عداه يرث بالقرابه.

ص: ١٨٠

١-١) المصدر نفسه، باب ٧ [١] كيفية الغاء العول، و الكافي، كتاب المواريث باب في ابطال العول، الحديث ٢ ص ٧٩ [٢] ج ٧. و التهذيب كتاب الفرائض، باب ٢١ في ابطال العول و العصبه الحديث الأول (١) و الثاني (٣) و الثالث (٤)، ص ٢٤٧ ج ٩.

كما ان الام لها الفرض مع عدم الولد: فان لها الثلث مع عدم الحاجب، و مع الحاجب فرضها السدس، و الباقي من الثلث فى مثل الفرض المذكور يكون للاب بالقرايه فما ذكره بعض: من القول بوقوع النقص على الاب فى الفرض المذكور، لا وجه له،

نعم يرد الاشكال فيما لو ترك الميت زوجا و ابوين و بنتا، فان النقص يقع على البنت فقط و لا يقع على الأب مع انه ذو فرض فى هذا الحال.

و يرد الاشكال ايضا فيما لو ترك بنتين و ابوين و زوجا، فان الزوج يأخذ الربع، و الابوين السدسين، و يقع النقص على البنتين. فينقصان من الثلثين، و لا يقع النقص على الاب.

و منشأ ذلك هو الاتفاق على عدم وقوع النقص عليه فى هذا الحال فلو لا الاتفاق لا شكل بالأب فى هذين الفرعين لا الفرع الذى ذكره، إذ لا فرض له حتى يقع عليه النقص.

و لا يخفى ان هذا الذى ذكرناه قد اجمعت عليه الاماميه حتى بالنسبه الى الاخوات للام، فانه لا يقع عليهن النقص -لما عرفت من انهن يأخذن استحقاق امهن، و هى لا- يقع عليها النقص -مضافا الى انه ليس لهن الرد عند اجتماعهن مع كلاله الاب او الابوين، فليس عليهن النقصان، و لا مخالف من الاماميه فى اصل المسأله: و هو دخول النقص على البنات و الاخوات من الاب او الابوين دون الزوج و الزوجه و الام و قد خالف فى ذلك مخالفونا حيث جعلوا النقص موزعا على الجميع، فيدخل النقص على كل واحد بقدر فرضه مثل الديون التى تزيد على مال المدين فانه يرد النقص على اربابها بمقدار الدين.

و قد عرفت منا سابقا ان ذلك خلاف ما نطقت به اخبار

اهل البيت عليهم السلام و ان السهام لا- تعول و انما العول و الجور يقع على البنات و اخوات الاب و الام او الاب دون الزوج و الزوجه و الام.

و مع تحقق الاتفاق على عدم دخول النقص على الاب يتم المطلوب.

نعم،قد يناقش فى ثبوت الاتفاق فى الاب،فان المحقق فى الشرايع و النافع،و الشهيد فى اللمعه،و العلامه فى جملته كتبه،قالوا بدخول النقص عليه لكونه ذا فرض واحد،كالبنات و البنات فانهما مع عدم الاخ للاولى النصف و للثانيه الثلثان،و مع الاخ لا فرض لهما و انما ارثهما بالقرايه،و عليه يدخل تحت من يدخله النقص،فلو اجتمع زوج و بنت و ابوان فلاب فرضه و هو السدس لكونه مع الولد،و للبنات فرضها و هو النصف لكونها بدون الاخ،و الزوج فى فرض المسأله يأخذ الربع،و الام تأخذ السدس،فلو ورد النقص على البنات و الاب فينقص من فرض كل واحد منهما ثمن فرضه:

مثلا فى الفرض المذكور الفريضه من (ثمان و اربعين)سهما، للزوج الربع و هو ١٢،و للام السدس و هو ٨ أسهم،فيكون الحاصل ١٢+٨=٢٠،و الباقي ٢٨ يدفع للبنات ٢١ فينقص من فرضها النصف ثلثه اثمان من اصل (٢٤)،و يدفع للاب ٧ أسهم فينقص منه ثمن واحد عن اصل فرضه السدس (٨)أسهم.

و الذى عليه المشهور هو الاول لان الاب لا- ينقص من السدس مع وجود الولد،و مع عدم وجوده لا- يكون من اصحاب الفروض،و العول مختص بهم.

و عليه فتكون الفريضه فى المثال المذكور من ٢٤،يدفع للزوج الربع و هو ٦ أسهم و يدفع لكل واحد من الابوين السدس و هو اربعة اسهم فيكون الحاصل ٦+٦+٦=١٨ و تبقى عشره أسهم تدفع للبنات فينقص

من سهمها سهمان.

و بناء على ما ذكرنا من انه لا فرض للاب مع عدم الولد فلو اجتمع الأب مع الام و الزوج فللزوج النصف و للام الثلث و الباقي للاب و هو و ان كان السدس و لكنه ارث بالقرايه لا بالفرض.

و لو اجتمع الأب مع البنات و الزوج فله السدس كاملا بالفرض و للزوج الربع كاملا بالفرض، و الباقي للبنات فيقع النقص عليهن دونه.

موارد العول

و للعول صور ذكرناها في الجدول و هي ثمانية امور:

الاول: امرأه توفيت و تركت زوجا و أبوين و بنتا، للزوج الربع و للابوين السدسان، و الباقي للبنات، و يقع النقص على البنت، و الفريضة من ١٢: للزوج ١٢/٣، و لكل من الابوين ١٢/٢، و الباقي ١٢/٥ للبنات.

الثاني: رجل توفى و ترك زوجة و أبوين و بنتين، للزوجة الثمن و للابوين السدسان، و الباقي للبنتين، فيقع النقص عليهما، لأن لهما الثلثان فينقص منهما بمقدار ما اخذت الزوجة، و الفريضة من ٢٤:

لكل من الابوين اربعة، و للزوجة ثلثه، و الباقي ثلاث عشره فينقص من فرضهما ثلثه التي اخذتها الزوجة. و إلا ففرضهما الثلثان و هو ستة عشر، و حيث ان الثلثة عشر لا تنقسم على البنتين فلذا يلزم ضرب الفريضة في اثنين فتقول: ٤٨ ٢X٢٤ فحينئذ تصح الفريضة من ثمان و اربعين.

الثالث: رجل توفى و ترك زوجة و اختين لابوين او لأب، و اختين لام، فللزوج الربع، و للاختين للام الثلث، فالباقي للاختين للابوين

ص: ١٨٣

او لأب و الفريضة تصح من ٢٤: ربعها ٦ الى الزوجه، و ثلثها ٨ الى الاختين للام، و يبقى عشره الى الاختين للابوين أو لأب، فيقع النقص على الاختين للابوين فان فرضهما الثلثان و هو ١٦ فينقص من كل منهما ثلاثة اثمان، و هو حصه الزوجه، فحصولها اوجب العول عليهما.

الرابع: امرأه توفيت و تركت زوجا و اختين لأبوين او لأب، للزوج النصف، و الباقي و هو النصف الآخر للاختين لأبوين او لأب و يقع النقص عليهما و تصح الفريضة حينئذ من ستة: نصفها للزوج، و النصف الآخر للاختين، و ينقص سهم واحد من استحقاقهما إذ حقهما الثلثان و هو اربعة، و لا يقع النقص على الزوج، و تصح الفريضة مع الاختصار من اربعة.

الخامس: امرأه توفيت و تركت زوجا، و اختين لابيوين و اختين لام، للزوج النصف، و للاختين للام الثلث، و الباقي للاختين لأبوين او لأب، و يقع النقص على الاختين لأبوين، فينقص استحقاقهما ثلاثة اسداس الفريضة فتصح الفريضة من ١٢ للزوج ٦ و للاختين لام اربعة و يبقى اثنان و هو سدس الفريضة للاختين لأبوين او لأب، فوقع النقص عليهما دون الاختين للام و الزوج، فان حقهما ثمانية من ١٢ فاخذتا اثنين.

السادس: لو ترك زوجا و بنتين و ابوين. فالعول يقع على البنيتين و الفريضة من (١٢) و حيث ان الباقي هو الخمس و الخمس لا ينقسم على البنيتين، لذلك تضاعف الفريضة الى (٢٤) حيث تضرب في اثنين.

الزوج الأبوان البنتان

٢٤/٢٤ ٢٤/١٠ ٢٤/٨ ٢٤/٦

السابع: اذا ترك زوجا و بنتين واحد الأبوين. فالنقص يقع على البنيتين، و حيث ان الباقي (٧) لا تنقسم على البنيتين، فان الفريضة

ص: ١٨٤

تضاعف الى (٢٤).

الزوج احد الأبوين البنتان

٢٤ ١٤ ٤ ٤

٢٤ ٢٤ ٢٤ ٢٤

الثامن: ان ترك زوجا و اختا من الابوين او الأب و اثنين من كلاله الام. فالنقص يقع على الاخت لأبوين و تكون الفريضة من (١٢).

الزوج الاخت كلاله الام المتعدده

١٢ ٤ ٢ ٤

١٢ ١٢ ١٢ ١٢

التاسع: اذا ترك زوجا و اختا لأبوين او لأب، و واحدا من كلاله الام. فالنقص يقع على الاخت لأبوين او لأب.

الزوج الاختان فما فوق كلاله الام المفرده

٦ ١ ٢ ٣

٦ ٦ ٦ ٦

و هذه الصور متفق عليها بين الفريقين. و اما المختصه بمواريث المذاهب الاربعه السنيه، فهي:

الاولى: لو ترك زوجا و اما و اختا من الأب، او اختا من الابوين. فالنقص يرد على الجميع. و تكون الفريضة من (٨).

الزوج الام الاخت

٨ ٣ ٢ ٣

٨ ٨ ٨ ٨

الثانيه: لو تركت زوجا و اما، و اختين فما فوق من الاب او الابوين. فالنقص يرد على الجميع و الفريضة من (٩).

ص: ١٨٥

الزوج الاختان فصاعدا الام

٢/٩-٩/٩ ٤/٩ ٣/٩

الثالثة: لو تركت زوجا و اختين فصاعدا من الاب، و اما، و واحدا من كلاله الام. فالنقص يقع على الجميع و الفريضة من (١٠).

الزوج الاختان فصاعدا الام الواحد من الكلاله

١/١٠-١٠/١٠ ٢/١٠ ٤/١٠ ٣/١٠

الرابعة لو تركت زوجا و اختين فصاعدا من الاب، و اما، و اخوين من كلاله الام. فالنقص يقع على الجميع و الفريضة من (١١).

الزوج الام الاختان فصاعدا الاثنان من الكلاله لكل واحد

١/١١+١/١١-١١/١١ ٤/١١ ٢/١١ ٣/١١

الخامسة: لو تركت زوجا و اما و اختين فأكثر من الاب، و ثلاثه فأكثر من كلاله الام. فالنقص يرد على الجميع. و الفريضة من (١١).

الزوج الام الاختان فصاعدا الكلاله

٢/١١-١١/١١ ٤/١١ ٢/١١ ٣/١١

السادسة: اذا ترك زوجة، و اما، و اختين فما فوق من الاب او الابوين. فالنقص يقع على الجميع. و الفريضة من (١٥).

الزوجه الام الاختان فصاعدا

٨/١٥-١٥/١٥ ٤/١٥ ٣/١٥

ص: ١٨٤

السابعة: اذا ترك زوجته، واما، و اختين فما فوق من الاب او الابوين، و واحدا من كلاله الام. فالنقص يقع على الجميع.
و الفريضة من (١٧).

الزوجه الام الاختان فصاعدا الواحد من كلاله الام

٢/١٧-١٧/١٧ ٨/١٧ ٤/١٧ ٣/١٧

الثامنة: لو ترك زوجته، واما، و اختين فما فوق من الاب او الابوين، و اثنين من كلاله الام. فالنقص يقع على الجميع.
و الفريضة من (١٩).

الزوجه الام الاختان فصاعدا الاثنان من كلاله الام لكل واحد منهما

٢/١٩+٢/١٩-١٩/١٩ ٨/١٩ ٤/١٩ ٣/١٩

التاسعة: ان ترك زوجته، واما، و اختين فما فوق من الاب او الابوين، و اكثر من اثنين من كلاله الام. فالنقص يرد على الجميع.
و الفريضة من (١٩).

الزوجه الام الاختان فصاعدا الثلاثة فصاعدا من من الاب او الابوين كلاله الام

٤/١٩-١٩/١٩ ٨/١٩ ٤/١٩ ٣/١٩

ص: ١٨٧

أدله القائلين بالعول:

١- انه لا بد من النقص عند تراحم الفرائض، و دخوله على بعض دون بعض ترجيح من دون مرجح، و مقتضى العدل هو ادخاله على الجميع.

و الجواب: ان المقام مقام جعل و تشريع و اتباع الشرع فى القسمه و ليس فى أدله الشرع و لفظه ما يراد منه دخول النقص على الجميع.

و عليه: فادخال النقص على الجميع تحكم لا دليل عليه، و باطل ليس من العدل فى شىء. خصوصا اذا علمنا انه لا بد فيه من التقييد لبعض المطلقات.

و ليس كذلك ادخال النقص على البعض فانما هو لترجيح الدليل و تعيينه كما فى الاخبار الواردة عن اهل البيت عليهم السلام و ابن عباس و عليه اجماع الاماميه.

٢- و استدلوا بالقياس على الحكم بالتقسيت فيما لو أوصى الانسان بوصيه نافذه بنصف الالف لزيد، و نصفها لعمر، و ثلثها لبكر - مثلا.

الجواب:

(أ) ان القياس باطل من اساسه.

(ب) انه قياس مع الفارق، فنحن ان لم نجد فى هذه الوصيه قرينه على العدول او التقييد كان قرينه اراده الموصى بلفظى النصف و الثلث مجازا بنحو اللغز: هو الجزء الناتج من التقسيت على نسبه المعانى الحقيقه، و ليس فى هذا ما يستلزم المنع من الجمع فى الاستعمال

ص: ١٨٨

الواحد بين المعنى الحقيقي و المعانى المتعدده المتنافيه المتباينه و اذا جاز هذا من الناس فلا يجوز مثله من القرآن الكريم.فضلا عن ان محل الكلام يستلزم امرا ممتنعا فى اللغه و هو الجمع بين المعنى الحقيقي و المعانى المتباينه المتنافره.و ذلك ان الفرائض فى مسائل العول تخرج عن معانيها الحقيقيه.و لتوضيح هذه الحقيقه نقول:

الفريضه فى القرآن المعنى الحقيقى معناها فى مسائل العول

الثلث للزوجه او الزوجات ١/٨-١/٩

ربع الزوجه ١/٤ ٣/١٩،٣/١٧،٣/٥

ربع الزوج ١/٤ ٣/١٣ ٣/١٥

نصف الزوج ١/٢ ٣/٧ ٣/٨ ٣/٩ ٣/١٠ ٣/١١

نصف البنت و نصف الاخت ١/٢ ٣/٧ ٣/٨ ٦/١٣

سدس الأب او الام او الواحد من الكلاله ١/٦ ١/٧ ١/٨ ١/٩ ١/١٠

١/١١ ٢/١٣ ٢/١٥ ٢/١٧ ٢/١٩ ٤/٢٧

الثلث لكاله الام ١/٣ ٢/٨ ٢/٩ ٢/١١ ٤/١٩ ٨/٢٧

ص: ١٨٩

الفريضة في القرآن المعنى الحقيقي المعنى في فروض العول

الثلاث للام ١/٣ ٢/٨ ٢/٩ ٢/١٠ ٢/١١ ٢/١٥ ٢/١٧ ٢/١٩

ثلاثا البنات و الاخوات ٢/٣ ٢/٧ ٢/٨ ٢/٩ ٢/١٠ ٢/١٥ ٢/١٧ ٢/١٨

١٦/٢٧ ٨/٢٣

و لو جوزنا مثل هذا الجمع على الناس-تمحلا-لما جاز ذلك على مجد القرآن الكريم في البيان لتمييز السهام.

(ج)قالوا:من وجوه القياس:ان المال اذا قصر عن ديون الغرماء،يوزع عليهم على نسبة ديونهم.

و الجواب:ان ذلك باطل لأنه قياس.و نضيف الى ذلك انه قياس مع الفارق،و الفارق واضح:فقصور المال لا ينافي ثبوت الدين في الذمه بمقاديره الحقيقيه و لم يكن ثبوته مبتنيا على استعمال ممتنع في اللفظ الواحد.و ان توزيع المال على الدين لم يكن في حال يؤول الى العلم الاجمالي فضلا عن التفصيلي بالتقييد و خروج البعض من افراد الدين عن الاطلاق الذي في دليل ثبوته و استحقاقه.فليس هذا القياس الا من نحو قياس الضد على ضده في جهه المضاده.

(د)نسبوا القول بالعول لعلى عليه السلام في روايه عبيده السلماني بقوله عليه السلام:«صار ثمنها تسعا».

و الجواب:انه لا بد من الرجوع لاصل الروايه و معرفه المقصود من قوله(ع):«صار ثمنها تسعا»حتى يتبين وجه الحق فيه فنقول:

روى الشيخ في التهذيب مرفوعا عن عبيده السلماني قال:كان

ص:١٩٠

على عليه السلام على المنبر، فقام اليه رجل فقال: يا امير المؤمنين رجل مات و ترك ابنتيه و ابوين و زوجته، فقال عليه السلام: «صار ثمنها تسعا!!». قال سماك: و قلت لعييده كيف ذلك؟ قال: ان عمر بن الخطاب وقعت في امارته هذه الفريضة فلم يدر ما يصنع. فقال له أصحاب محمد (ص): اعط هؤلاء فريضتهم: للابوين السدسان، و للزوجه الثمن، و للبنتين ما يبقى. فقال: فأين فريضتهما الثلثان؟ فقال على عليه السلام: لهما ما يبقى. فأبى ذلك عليه عمر و ابن مسعود قال عبيده: و أخبرني جماعه من أصحاب على (ع) بعد ذلك في مثلها انه أعطى الزوج الربع مع البنتين، و للابوين السدس، و الباقي رد على البنتين و ذلك هو الحق و ان أباه قوما.

و بعد هذا نقول ان من يقرأ نص هذه الروايه يتضح له الامر، و ينجلي بحيث لا يبقى شك و لا شبهه من ان قول الامام امير المؤمنين عليه السلام: «صار ثمنها تسعا؟؟» خارج مخرج الانكار و التألم من قسمه العول، و كأنه عليه السلام قال مستنكرا: كيف صار تسعا ما سماه الله تعالى في كتابه ثمنا؟ و كيف يطلق لفظ الثمن في استعمال واحد على جزء من ثمانية و على جزء من تسعة؟؟

يضاف الى ذلك ان المروى عن أئمه أهل البيت (ع) هو استنكار الامام امير المؤمنين عليه السلام على القائلين بالعول و نفيه نفيا باتا، فمن ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة في الكافي و الفقيه و التهذيب في الصحيح عن الامام الباقر عليه السلام قال: كان على عليه السلام يقول: ان الذي أحصى رمل عالج يعلم ان السهام لا تعول على سته. لو يبصرون و جهها لم تجز سته.

(ه) قالوا: النقض على الحل لمسأله التزاحم بتقييد بعض المطلقات

و تقديم من قدمه الله و تأخير من أخره و ادخال النقص على البنات او الأخوات من الأب او الابوين، و ذلك بما اذا كان التراحم فى فرائض من قدمه الله، كما اذا كان الوراث زوجا و اما و اثنين او أكثر من كلاله الام او اكثر، فان المال لا ينقسم على نصف و ثلث و سدسين. و كذا اذا كان مع هؤلاء اخت او اختان من كلاله الاب او الابوين فان المال يضيق و ان أخرجنا هذه الكلاله بالمره.

و الجواب: ان هاتين الصورتين ممتنعين فى المواريث على مذهب الاماميه، فقد قام الدليل عندنا على ان الكلاله بقسميها لا ترث مع الام. فلا مجال للتشبه بهما.

تعقيب:

لقد عرفت مذهب أهل البيت عليهم السلام فى بطلان العول و نفيه و لعل الأخبار الواردة عنهم عليهم السلام فى ذلك قد بلغت حد التواتر او كادت. و هذا المذهب هو الذى يعضده العقل و المنطق: فان الله سبحانه العالم بكل شىء و الذى أحاط بكل شىء علما حين جعل الفرائض لا يخلو امره من احدى حالتين:

الاولى: ان يكون جعلها حين جعلها و هو عالم بما تؤول اليه من التراحم كما فى فروض مسائل العول

الثانيه: ان يكون حين جعلها جاهلا بما تؤول اليه من التراحم.

و الفرض الثانى باطل باجماع المسلمين اذ الجهل مستحيل عليه، و ذاته المقدسه منزّه منه. بقى الفرض الاول و هو ان يكون عالما بما تؤول اليه و للمسأله حينئذ و جهان:

احدهما:- ان يكون الشارع المقدس قد استعمل الفاظ الفرائض:(السدس،و الثلث،و الربع،و النصف)فى معانيها الحقيقيه فى غير مسائل العول،و استعملها ايضا فى المعانى الكثيره المتنافره التى مرت عليك آنفا فى فروض مسائل العول.

و هذا باطل و ممتنع و خارج على الاستعمالات اللغويه و اصولها و قواعدها،فانه يستلزم ان يستعمل اللفظ الواحد فى الاستعمال الواحد فى معناه الحقيقى و معان غير حقيقيه و هى بعد معان متنافيه أشد التنافى متنافره اشد التنافر،مشتمته لا يجمع بينها جامع،و ليس تربط بين كل واحده منها و المعنى الحقيقى علاقه حتى يصح التجوز.فهى كلها فى مقام التقسيم و اناطه الحكم بخصوصيات الكسور.اذن نسبتها الى المعنى الحقيقى نسبه التعاند و التنافر،كما انها متعانده و متنافره فيما بينها.

على انه لا- يجوز الجمع فى الاستعمال بين الحقيقه و المجاز حتى و لو حصلت علاقه كما حرر ذلك فى محله من علم اصول الفقه.

و مما يعضد هذا ان الاوائل الذين قالوا بالعول من الصحابه لم يدعوا ان تراحم الفرائض فيه قرينه على اراده الشارع المقدس المعانى المتكثره من الفاظ الفرائض.و انما جعلوا ذلك من قبيل الصلح القهرى عند اشتباه الحكم الشرعى لأنه لم يتضح لهم من قدمه الله و من آخره كما هو مفاد بعض ما رووه فى هذا الباب.

ثانيهما:- ان يكون الشارع فى الموارد التى يتراءى فيها تراحم الفرائض بحسب الظاهر البدوى من اطلاقها قد قيد بعض مطلقاتها، و أخرج بعض مصاديقها منها بحيث لا يحصل التراحم،و أو كل أمر هذه المصاديق الى عمومات الارث بالقرابه و آيات الاقربين و اولى الارحام.

و هذا الفرض لا بد من الالتزام به بعد ما ذكرناه من بطلان الفرض

الاول و هو موافق لمذهب أهل البيت عليهم السلام و اليهم يرجع فى مثل هذه الامور فهم أهل الذكر الذين قال الله فيهم: «و اسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون» و هم الذين جعلهم رسول الله (ص) عدل القرآن بقوله: «انى تارك فيكم الثقلين: كتاب الله حبل ممدود ما بين السماء و الارض، و عترتى أهل بيتى، ما ان تمسكتم بهما لن تضلوا بعدى ابدًا، و قد أخبرنى اللطيف الخبير انهما لن يفترقا حتى يردا على الحوض» و فى بعض نصوص الحديث الشريف: «و لا تعلموهم فانهم أعلم منكم»

و هذا الحديث الشريف المعروف ب(حديث الثقلين) هو من الأحاديث المشهوره التى بلغت شهرتها حد التواتر بلحاظ مجموع من رواه من الفريقين فى كل الطبقات. اما اختلاف بعض الرواه من حيث الزياه و النقص فى نقله، فان ذلك مما تقتضيه طبيعه تعدد الواقعه التى صدر فيها، و قد تنبه الى ذلك ابن حجر فقال فى الصواعق ص ١٤٨:

«..ثم اعلم ان لحديث التمسك بذلك طرقا كثيره وردت عن نيف و عشرين صحابيا.. و مر له طرق مبسوطه فى حادى عشر الشبه، و فى بعض تلك الطرق انه قال ذلك بحجه الوداع بعرفه، و فى اخرى انه قاله بالمدينه فى مرضه، و قد امتلأت الحجره بأصحابه، و فى اخرى انه قال ذلك بغدير خم، و فى اخرى انه قال ذلك لما قام خطيبا بعد انصرافه من الطائف... و لا تنافى اذ لا مانع من انه كرر عليهم ذلك فى تلك المواطن و غيرها اهتماما بشأن الكتاب العزيز و العتره الطاهره».

هذا و يضاف الى ذلك نقل البعض له بالمعنى، و لكن موضع الالتقاء بين جميع الرواه هو التواتر القطعى للحديث، و حسبك فى ذلك ان يكون من رواته كل من: صحيح مسلم، و سنن الدارمى، و خصائص النسائى، و سنن أبى داود، و ابن ماجه، و مسند احمد، و مستدرک

الحاكم، و ذخائر الطبري، و حليه الأولياء، و كنز العمال، و غير ذلك من المجاميع في الحديث. و من المفسرين في كتب التفسير: امثال الرازي، و الثعلبي، و النيسابوري، و الخازن، و ابن كثير، و غيرهم.

هذا عدا كتب التاريخ، و اللغة، و السير و التراجم.

و الذي يستفاد من هذا الحديث الشريف و من امثاله كحديث السفينه: «مثل اهل بيتي كسفينه نوح من ركبها نجى و من تخلف عنها غرق و هوى» الى غير ذلك من الأحاديث المرويه عن الفريقين في هذا الباب هو:

١- عصمتهم عليهم السلام: لتصريحه بعدم افتراقهم عن الكتاب حتى يردا عليه الحوض. و ذلك يقتضى عدم صدور أيه مخالفه للشريعه لا عن عمد و لا عن سهو او غفله و ذلك معنى العصمه.

و لاعتباره التمسك بهم عاصما من الضلاله و فاقد الشيء لا يعطيه.

٢- دلالته على لزوم التمسك بالكتاب و العتره معا لا بواحد منهما حتى يكونا معا مانعين من الضلاله. و معنى التمسك بالقرآن هو الاخذ بتعاليمه و السير على وفقها. و معنى التمسك بأهل البيت هو الأخذ بتعاليمهم و السير على وفقها. و قد مر عليك انهم عليهم السلام انكروا على القائلين بالعول و نفوا ذلك نفيا باتا.

المسأله الثامنه

الاولاد و أولاد الاولاد

و الكلام يقع في موردين: الأولاد الصليبين، و اولاد الاولاد، اما

ص: ١٩٥

الاولاد الصليبين: فلو انفرد الابن فالمال له، و ان كانوا اكثر اشتركوا بالسويه ان كانوا ذكورا فقط او اناثا فقط، و ان كانوا ذكرا و اناثا فللذكر سهمان و للانثى سهم واحد، لقوله تعالى: «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ».

و عله ذلك: ما روى عن عبد الرحمن عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال:

«قلت له: جعلت فداك، كيف صار الرجل اذا مات و ولده من القرابه سواء، ترث النساء نصف ميراث الرجال و هن أضعف من الرجال و أقل حيله؟

فقال عليه السلام: لأن الله عز و جل فضل الرجال على النساء بدرجة و لأن النساء يرجعن عيالا على الرجال» (١).

و لما روى عن اسحاق بن محمد النخعي قال: سألت الفهفكي ابا محمد عليه السلام: «ما بال المرأة المسكينه الضعيفه تأخذ سهمها واحدا و يأخذ الرجل سهمين؟

فقال ابو محمد عليه السلام: ان المرأة ليس عليها جهاد، و لا نفقه و لا عليها معقله، انما ذلك على الرجال» (٢).

و المعقله هي الديه، أى ان المرأة لا تكون عاقله بمعنى انها لا تشترك مع العاقله فى دفع الديه لقتل الخطأ.

و لما روى عن هشام عن الأحوال قال: قال لى ابن أبى العوجاء:

عله توفير سهم الرجل فى الميراث

ما بال المرأة المسكينه الضعيفه تأخذ سهمها واحدا، و يأخذ

ص: ١٩٦

١- ١) الكافي كتاب المواريث باب عله كيف صار للذكر سهمان و للانثى سهم الحديث ١ الجزء ٧ [١] الصفحة ٨٤.

٢- ٢) الكافي كتاب المواريث باب عله كيف صار للذكر سهمان و للانثى سهم الحديث ٢ الجزء ٧ [٢] الصفحة ٨٤.

قال: فذكر بعض اصحابنا لأبي عبد الله عليه السلام ذلك فقال:

«ان المرأة ليس عليها جهاد، ولا نفقه، ولا معقله، وانما ذلك على الرجال، ولذلك جعل للمرأة سهما واحدا و للرجل سهمين»
(١).

و لروايه الامام الصادق عليه السلام لما سأله ابن أبي العوجاء:

«ان المرأة ليس عليها جهاد، ولا نفقه ولا عقل انما ذلك على الرجال» (٢).

و روايه الامام الرضا عليه السلام: «ان المرأة اذا تزوجت اخذت -يعنى المهر- و الرجل يعطى، فلذلك وفر على الرجل، و لان الانثى فى عيال الذكر ان احتاجت، و عليه ان يعولها، و عليه نفقتها، و ليس على المرأة ان تعول الرجل، و لا تؤخذ بنفقتها ان احتاج، فوفر على الرجال لذلك، و ذلك قوله تعالى: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» ٣.

و روايه الامام الصادق عليه السلام لما سأله عبد الله بن سنان، فقال عليه السلام: «لما جعل لها من الصداق» ٤.

و من مجموع هذه الروايات يستفاد ان السبب فى جعل نصيب الذكر ضعف نصيب المرأة هو الامور التاليه:

١- كونها فى عيال الرجل، و عليه نفقتها، و هى لا تعول به و لا تؤخذ بنفقتها.

٢- اخذها للصداق اذا تزوجت، و الرجل يدفع المهر، لذلك

ص: ١٩٧

١- ١) الكافي كتاب المواريث باب عله كيف صار للذكر سهمان و للانثى سهم الحديث ٣ الجزء ٧ [١] الصفحه ٨٥.

٢- ٢ و ٣ و ٤) كتنز العرفان للفاضل المقداد ج ٢ ص ٣٣١، و علل الشرايع ص ٥٧٠ [٢] ط. النجف.

احتاج الى التوفير.

٣- ان الرجل ملزم بالجهد دون المرأة، وحيث كانت واجباته أثقل كان نصيبه الأوفر.

٤- ان عليه المعقله دونها.

٥- هذه هي الاسباب او هي بعضها، ويمكن ان يضاف اليها الكثير من الاسباب مما لم تتعرض له الأخبار الواصله الينا كالذى يقال:

من ان المرأة أقل من الرجل انتاجا للجنس البشرى فالمرأة مثلا لو قاربها المآت من الرجال فى الشهر الواحد فهى لا تنتج بعد مرور تسعه اشهر إلا واحدا او توأما، اما الرجل فيولد بعدد النساء اللواتى قاربهن الى غير ذلك من الفروق التى يمكن ان تكون سببا لهذا التشريع، والمشرع الحكيم الذى أحاط بكل شىء خبرا هو أدرى بسر ما شرعه. و كل ما نعرفه نحن هو ان تشريعاته مطابقه للحكمه و العدالة لا تعدوها مطلقا لاستحاله انفكاكها عن ذاته المقدسه.

اما البنات فللواحد (النصف)، و للبنتين فما فوق (الثلاثان).

فائده جعل النصف للبنت الواحد

و أشكال البعض على جعل النصف للبنت الواحد حيث قال:

«ما هي الفائده من جعل هذا الفرض، مع ان البنت فى كل مسأله اما ان تنقص عن النصف، او تزيد عليه بالرد؟».

و الجواب: ان صاحب الاشكال لم يستطع ان يتصور فرضا للبنت تأخذ فيه النصف دون زياده او نقصان، لذلك نقول: ان تصور مثل هذا الفرض أمر ممكن ففيما لو ترك الميت أبا نصفه مملوك، و اما، و زوجها، و بنتا منفرده. فالفريضه حينئذ من (١٢) فلاب المبعوض نصف السدس (واحد)، و للام السدس (اثنان)، و للزوج (ثلاثه) و الباقي (٦) للبنت، و هو النصف دون زياده او نقيصه و كذا لو كانت

ص: ١٩٨

الام مملوكة النصف، و يمكن تصويره كذلك فيما لو مات عن بنت مخالفة و اخت مؤمنه، فان للاخت -حسب قاعده الالزام- حق المطالبه بالنصف على مذهبهم، فلو أخذت نصفها، لم يبق للبنت الا النصف دون زياده او نقيصه.

و مع غض النظر عما ذكرنا فان ذكر النصف لا يخلو من فائده حيث به يعلم استحقاقها من الرد، اذ الرد يكون بحسب السهام، فاذا اجتمعت البنت مع أحد الأبوين كان الرد عليهما ارباعاً، و اذا اجتمعت معهما كان اخماساً.

كما اوردوا على جعل الثلثين للبتين فقالوا: «ان القرآن المجيد ذكر ان الواحد من الاناث لها (النصف)، و ان النساء فوق اثنتين (لهن الثلثان)، و لم يذكر الاثنتين فما وجهه؟».

و فى الجواب عن هذا الاشكال وقع الخلاف بينهم فبعضهم ألحقهما بالواحد، فجعل نصيبهما النصف، و البعض الآخر جعل نصيبهما الثلثين الحاقاً بالنساء فوق اثنتين:

١- فقال ابن عباس: لهما النصف لظاهر الآيه، و هو قوله:

«فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ» .

٢- و قال الباقر -و هو الحق-: ان حكمهما حكم ما زاد، و هو انه لهما (الثلثان) لوجوه:

(أ) النص الوارد عن اهل البيت عليهم السلام.

(ب) اجماع الطائفة، بل اجماع الامه.

(ج) انه لو كان لهما النصف لكان التقييد بالواحد ضائعاً.

(د) ان البنت الواحد لها مع أخيها (الثلث) اذا انفردت، فبالأولى ان يكون لها مع اختها (الثلث)، فيكمل لهما (الثلثان).

(ه) انه اوجب للاختين الثلثين، و البنات أقرب و أمس رحما من الاختين، فيكون لهما الثلثان على وجه أولى (١).

(و) ما أجاب به الكليني (قدس سره) بعد رفضه لكل هذه الأدلة مستدلا بقوله تعالى: «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» حيث استفاد من هذا النص على ان حظ الانثيين هو (الثلثان) و الثلث الباقي للذكر، فاكفى القرآن بهذا النص عن تكرار ذكرهما منفصلتين.

قال ثقه الاسلام الكليني (قدس سره) «و قد تكلم الناس في أمر الابنتين من اين جعل لهما (الثلثان) و الله جل و عز انما جعل الثلثين لما فوق اثنتين؟

فقال قوم: باجماع، و قال قوم: قياسا كما ان كان للواحد النصف كان ذلك دليلا على ان لما فوق الواحد الثلثين، و قال قوم:

بالتقليد و الروايه، و لم يصب واحد منهم الوجه في ذلك فقلنا:

ان الله عز و جل جعل حظ الانثيين الثلثين بقوله: «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» و ذلك انه اذا ترك الرجل بنتا و ابنا فللذكر مثل حظ الانثيين و هو (الثلثان)، فحظ الانثيين (الثلثان)، و اكتفى بهذا البيان ان يكون ذكر الانثيين بالثلثين، و هذا بيان قد جهله كلهم و الحمد لله كثيرا» (٢).

و لا يرث مع الأولاد الا الأبوان و الزوج و الزوجه.

فان كان الوارث مع الولد (الزوج) أخذ نصيبه الادنى و هو (الرابع) اذ الولد يحجبه عن نصيبه الاعلى و هو (النصف)، و الثلاثة الأرباع الباقية تكون للأولاد.

ميراث الاولاد

و ان كان الوارث مع الأولاد هي (الزوجه) أخذت نصيبها الأدنى

ص: ٢٠٠

١- ١) كنز العرفان ج ٢ ص ٣٢٧-٣٢٨.

٢- ٢) الكافي ج ٧ ص ٧٢-٧٣. [١]

كذلك، وهو (الثلث) لان الولد يحجبها عن نصيبها الأعلى وهو (الرابع) و الباقي بعد اخراج الثلث الذى هو نصيب الزوجه يعطى للاولاد.

و ان شارك الاولاد فى الارث ابوان، فان كان الولد ابنا او ابنتين، أخذ كل واحد من الأبوين نصيبه المفروض وهو (السدس) و الباقي للابن ان كان واحدا، و ان كانا اثنين او اكثر فالباقي من المال بينهما بالسويه، و ان كانوا ذكرا و اناثا، أخذ كل واحد من الأبوين سهمه وهو (السدس)، و قسم الباقي بين الاولاد للذكر مثل حظ الانثيين.

و ان كان الولد بنتا، كان لكل واحد من الأبوين فرضه (السدس) و تعطى البنت نصيبها (النصف)، فيبقى من التركة سهم واحد يزيد على السهام المفروضه، و هذا السهم يقسم على ذوى الفروض اخماسا، فتعطى البنت ثلثه اخماس، و لكل من الأبوين خمس واحد.

هذا اذا لم يكن للميت اخوه يحجبون الام عن الرد، و الا فيرد على الأب و البنت ارباعا، فيأخذ الاب ربعا، و الارباع الثلاثه تأخذها البنت، و قد تقدم تفصيل ذلك مع بقيه الفروع فلا نطيل.

و لا يرث الاجداد مع الاولاد، و لا مع الأبوين، و هذا موضع وفاق الا ما حكى عن ابن الجنيدي فى بعض الموارد، كما لو كان للميت بنت واحده، و ابوان، وجد، فالنصف للبنت، و السدسان للابوين، قال: و الباقي يدفع للجد. و لكن المشهور لدى الفقهاء من اصحابنا ان الزائد يرد على البنت و الابوين و لا يعطى للجد.

نعم، يستحب للابوين ان يطعما الجد مطلقا سدس الاصل، او من نصيب المطعم. و كيف كان، فان عدم مشاركته الاجداد للابوين و الاولاد مفروغ منه، و قد عرفت منا سابقا ان الاخبار الوارده عن

أهل بيت العصمة عليهم السلام قد نصت عليه.

اما الاخبار الداله على اطعام الجد فمقتضاها الاستحباب، بل يمكن اضافته الى ذلك دعوى تحصيل الاجماع عليه، فقد قال الشيخ صاحب الجواهر (قدس سره):

«.. فلم يتحقق خلافه كالمحكى عن الصدوق رحمه الله، بل لعل في آخر كلامه في الفقيه صرح في النذب كما اعترف في كشف اللثام وغيره، وكذا المحكى عن الكليني، وكان التأمل في كلامه بعد اعترافه بأن اجماع العصابه على ان الجد بمنزله الأخ المعلوم ارثه مع عدم الابوين يقضى باراده النذب له.

و بذلك يظهر لك انه لا مخالف محققا في المسأله-الى ان قال قدس سره:

مضافا الى ما دل من الكتاب و السنه على فريضة الابوين مع الولد و عدمه، على انه يقتضى اختصاص قسمه التركة بينهما و بينه او بينهما خاصه من دون اشاره الى الجد اصلا».

ميراث اولاد الاولاد

و اما اولاد الاولاد فالكلام عنهم يكون في مقامين:

المقام الأول-انهم يقومون مقام الاولاد عند عدمهم مطلقا، أى سواء كان الابوان موجودين ام الموجود احدهما دون الآخر ام ليس كذلك؟

المشهور هو الاول، خلافا للصدوق، حيث اشترط في توريث اولاد أولاد الميت عدم وجود أبويه كليهما او احدهما، قال في الفقيه:

«فاذا ترك الرجل أبوين و ابن ابن و ابن بنته، فالمال للابوين، للام الثلث، و للاب الثلثان، لان ولد الولد انما يقومون مقام الولد اذا لم يكن هناك ولد و لا وارث غيره، و الوارث هو الاب او الام».

و مستند ابن بابويه (قدس سره) في هذه الفتوى: صححه عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«بنات البنت يقمن مقام البنت اذا لم يكن للميت بنات ولا وارث غيرهن، و بنات الابن يقمن مقام الابن اذا لم يكن للميت ولد و لا وارث غيرهن» (١).

و رواه سعد بن أبي خلف، عن أبي الحسن الاول عليه السلام:

«بنات البنت يقمن مقام البنت اذا لم يكن للميت بنات ولا وارث غيرهن و بنات الابن يقمن مقام الابن اذا لم يكن للميت ولد و لا وارث غيرهن» (٢).

بتقريب ان المراد من قوله عليه السلام: «و لا وارث غيرهن» الأبوان، و من هنا قال في الفقيه:

«...فاذا ترك الرجل أبوين و ابن ابن او بنت بنت، فالمال للأبوين: للام الثلث، و للأب الثلثان، لان ولد الولد يقومون مقام الولد اذا لم يكن هناك ولد و لا وارث غيرهن» (٣).

و لكن لا يخفى ان ذلك يمكن حمله على ولد الصلب، قال الشيخ

ص: ٢٠٣

١ - ١) التهذيب كتاب الفرائض الباب ٢٨ من علا - من الآباء و هبط من الاولاد الحديث ٥٧ ج ٩ ص ٣١٦، و الكافي كتاب المواريث باب ميراث ولد الولد الحديث ٤ الجزء ٧ [١] الصفحة ٨٨.

٢ - ٢) الاستبصار كتاب الفرائض باب ٩٩ ان ولد الولد يقوم مقام الولد اذا لم يكن له ولد الحديث ٢ الجزء ٤ الصفحة ١٦٦، و في التهذيب كتاب الفرائض الباب ٢٨ من علا من الآباء و هبط من الاولاد الحديث ٥٨ الجزء ٩ الصفحة ٣١٦.

٣ - ٣) الفقيه الجزء ٤ كتاب الميراث ص ١٩٦.

فى الاستبصار بعد ايراد الخبرين (١):

«و حمل لا- وارث غيرهما على الأبوين فغلط، لان قوله عليه السلام: «لا وارث غيره» المراد بذلك اذا لم يكن الميت الابن الذى يتقرب ابن الابن به، او البنت التى تتقرب بنت البنت بها، و لا وارث غيره الا اولاد الصلب.

و الذى يكشف عما ذكرناه: ما رواه محمد بن الحسن الصفار، عن ابراهيم بن هاشم، عن صفوان بن خزيمه بن يقطين بن عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ابن الابن اذا لم يكن من صلب الرجل أحد قام مقام الابن، و ابنه البنت اذا لم يكن من صلب الرجل احد قامت مقام البنت» (٢).

قال الشيخ فى الجواهر- بعد نقل موافقه المقنع للصدوق:-

«و على كل حال فهو قول متروك، و قد نص المفيد، و السيد، و الشيخ، و ابو الصلاح.. الى ان قال:

بل يمكن تحصيل الاجماع فى الحجة حينئذ على المختار ذلك، بل يكتفى به مضافا الى ظاهر قوله تعالى: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ خِطِّ الْأُنثِيَيْنِ - الى آخرها» بناء على ان ولد الولد ولد حقيقه كما عن الاكثر، بل عن ابن ادريس الاجماع عليه، بل و على القول

ص: ٢٠٤

-
- ١- ١) الاستبصار كتاب الفرائض الباب ٩٩ ان ولد الولد يقوم مقام الولد اذا لم يكن ولد الجزء ٤ الصفحة ١٦٦.
٢- ٢) الاستبصار كتاب الفرائض الباب ٩٩ ان ولد الولد يقوم مقام الولد اذا لم يكن ولد الحديث ٦ الجزء ٤ الصفحة ١٦٧، و التهذيب كتاب الفرائض الباب ٢٨ من علا من الاء و هبط من الاولاد الحديث ٥٨ الجزء ٩ الصفحة ٣١٦.

بالمجازيه فانه مراد هنا قطعاً لاجماع الاصحاب على الاستدلال بهذه الآيه على اقتسام اولاد الابن نصيبهم للذكر ضعف الانثى، و احتجاجهم على بعض من شذ منهم فى قسمه ولد الانثى نصيبهم بالسويه، و ما ذلك الا للاجماع على ان المراد بالولد هنا المعنى الأعم، بل المراد بالولد فى قوله تعالى: «لِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَ وَّرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمَّهُ الثُّلُثُ»، ولد الولد.

«و حكى عن المرتضى و غيره الاجماع على ذلك».

و ذكر ثقه الاسلام الكلينى (قدس سره) فى كتابه الكافى، فى بيان الفرائض فى الكتاب: «ان الله جل ذكره جعل المال كله للولد فى كتابه، ثم أدخل عليهم بعد الابوين و الزوجين، فلا يرث مع الولد غير هؤلاء الاربعه، و ذلك انه عز و جل قال: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ» فاجمعت الامه على ان الله أراد بهذا القول الميراث، فصار المال كله بهذا القول للولد.

ثم فصل الانثى عن الذكر، فقال: «فللذكر مثل حظ الانثيين» و لو لم يقل عز و جل للذكر مثل حظ الانثيين لكان اجماعهم على ما عنى الله به من القول يوجب المال كله للولد الذكر و الانثى سواء، فلما ان قال: «للذكر مثل حظ الانثيين» كان هذا تفصيل المال، و تمييز الذكر من الانثى فى القسمه، و تفضيل الذكر على الانثى، و صار المال كله مقسوما بين الولد للذكر مثل حظ الانثيين.

ثم قال: «فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك» فلولا انه عز و جل اراد بهذا القول ما يفصل بهذا، كان قد قسم بعض المال و ترك بعضا مهملا، و لكنه جل و عز أراد بهذا ان يوصل الكلام الى منتهى قسمه الميراث كله فقال:

«وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النُّصْفُ وَ لِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ» (١)، فصار المال كله مقسوما بين البنات و بين الابوين، فكان ما يفضل من المال مع البنت الواحده ردا عليهم بقدر سهامهم التي قسمها الله جل و عز، و كان حكمهم فيما بقى من المال كحكم ما قسمه الله عز و جل على نحو ما قسمه، لانهم كلهم اولو الارحام، و هم أقرب الاقربين.

و صارت القسمة للبنات النصف و الثلثان مع الابوين فقط، و اذا لم يكن ابوان، فالمال كله للولد بغير سهام الا ما فرض الله عز و جل للازواج على ما بيناه فى اول الكتاب، و قلنا: ان الله عز و جل انما جعل المال كله للولد على ظاهر الكتاب، ثم أدخل عليهم الابوين و الزوجين».

انتهى كلامه رفع فى الخلد مقامه، و انما نقلناه على طوله لطرافته و عظيم فائدته.

و كيف كان، فلم ينقل الخلاف الا عن ابن بابويه فى (الفقيه، و المقنع) و هو قول متروك، لكونه مخالفا للاجماعات المنقوله، بل يمكن تحصيل الاجماع فى المسأله مضافا الى صدق الولد على ولد الولد فيشملة اطلاق اولادكم فى قوله تعالى: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ».

مضافا الى الاخبار الكثيره الوارده فى انه يحجب الاب، كخبر الحسن بن محمد بن سماعه قال: «دفع الى صفوان كتابا لموسى بن بكر فقال لى: هذا سماعى من موسى بن بكر و قرأته عليه، فاذا فيه موسى بن بكر عن على بن سعيد، عن زراره قال: هذا مما ليس فيه اختلاف عند اصحابنا، عن أبى عبد الله و عن أبى جعفر عليهما السلام

ص: ٢٠٦

و ذكر مسائل الى أن قال: «فان لم يكن ولد و كان ولد الولد ذكورا كانوا او اناثا فانهم بمنزله الولد، و ولد البنين بمنزله البنين يرثون ميراث البنين، و ولد البنات بمنزله البنات يرثون ميراث البنات، و يحجبون الابوين و الزوج و الزوجه من سهامهم الأكثر، و ان سفلوا ببطين و ثلاثه و اكثر يرثون ما يرث ولد الصلب و يحجبون ما يحجب ولد الصلب (١)، و فى التهذيب عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «ابن الابن اذا لم يكن من صلب الرجل احد قام مقام الابن، قال: و ابنه البنت اذا لم يكن من صلب الرجل احد قامت مقام البنت» (٢). الى غير ذلك من الاخبار المستفاد منها ان اولاد الاولاد بمنزله الاولاد فى حجب الابوين عما زاد من الفريضة.

و على كل فلا اشكال فى انهم يرثون مع الابوين.

المقام الثانى:

كيفية ميراث اولاد الاولاد

فى ان ارثهم على أى نحو فهل يرثون كأبائهم للذكر مثل حظ الانثيين، او يرثون ميراث الآباء و يأخذ كل فريق منهم نصيب من يتقرب به، فابن البنت يأخذ الثلث، و بنت الابن تأخذ الثلثين، فلو كان له اولاد البنت و اولاد الابن كان لأولاد البنت الثلث يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين، كما ان لأولاد الابن الثلثان يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين على المشهور بين الاصحاب، بل نقل الاجماع على ذلك

ص: ٢٠٧

١- ١) الكافى ج ٤ ص ٩٧، و [١] فى الوسائل كتاب الميراث باب ١٤ [٢] ميراث الأبوين مع الولد واحد الزوجين من ابواب موجبات الارث.

٢- ٢) التهذيب كتاب الميراث باب ٢٨ الحديث ٦٢ ج ٩ ص ٣١٨.

ففى كتاب على(ع):«ان كل ذى رحم بمنزله الرحم الذى يجر به إلا ان يكون وارث اقرب الى الميت منه فيحجبه» (١).

و لمرسله يونس عن أبى عبد الله عليه السلام قال:«اذا التفت القرابات فالسابق احق بميراث قريبه، فان استوت قام كل واحد مقام قريبه» ٢.

و صحيحه عبد الرحمن عن أبى عبد الله(ع):«بنات الابنه يقمن مقام البنت اذا لم تكن للميت بنات و لا وارث غيرهن، و بنات الابن يقمن مقام الابن اذا لم يكن للميت ولد و لا وارث غيرهن» (٢).

بتقريب، ان المراد من عدم الوارث هو عدم وجود الاولاد الصليبين، لا- الآباء و الامهات لكى يكون دليلا- للصدوق: من كون الابوين يحجبان اولاد الاولاد، و اصرح من الكل ما عرفته سابقا من روايه موسى بن بكر المتقدمه.

الى غير ذلك مما يستفاد من الأخبار خلافا للسيد المرتضى (قدس سره) و الحللى و معين الدين البصرى، فقالوا يقتسمون تقاسم اولاد الصلب من غير اعتبار من يتقربون به، لانهم اولاد حقيقه عرفا فيدخلون فى عموم «يوصيكم الله للذكر مثل حظ الانثيين» للقطع بأن اولاد الاولاد و ان كن اناثا اولاد بتقريب:

ان اولاد الاولاد اولاد حقيقه، و من هنا حرمت حلائل اولاد

ص: ٢٠٨

١- (٢٠١) التهذيب كتاب الميراث باب ٢٢ الحديث ٥، ٣ ج ٩ ص ٢٦٩.

٢- (٣) التهذيب ج ٩ ص ٣١٦.

الاولاد على الجد لقوله تعالى: «وَ حَلَالٌ أَبْنَائِكُمُ» (١) فلو لم يكن ولد الولد ولدا لما حرمت زوجته على جده لو طلقها او مات عنها.

و كذلك بنات الابن و بنات البنت يحرم على جدهن لدخولهن تحت قوله تعالى: «وَ بَنَاتُكُمْ» فهن بنات حقيقه و الا- لما شملتهن الآيه الكريمة، فالحرمة المستفاده من الآيه فى الموردين موقوفه على اعتبار ولد الولد ولدا حقيقه لدى العرف.

و يشهد لذلك ايضا ان اولاد الاولاد يجوز لهم النظر الى زينه جداتهم، و الفقهاء يستدلون على ذلك بقوله تعالى: «وَ لَا يُدِينَنَّ زَيْنَتُهُنَّ إِلَّا لِأَعْوَالِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ» (٢). و اولاد الاولاد يدخلون تحت عنوان «ابنائهن» و ما ذلك الا لان ولد الولد ولد حقيقه عرفا. و من هنا جاز للجدات ان يبدن زينتهن لابناء ابنائهن.

قالوا: و لانه لو وقف فى زماننا على بنى على و فاطمه عليهما السلام و كان المقصود الابناء الصليبين لكان الوقف لغوا، بل ينصرف الى البطون الموجوده و اللاحقه و هذا دليل آخر على ان ولد الولد ولد حقيقه، و الا لكان الوقف باطلا و لا قائل به.

و مثل هذا يقال فى الوصيه، فلو أوصى شخص بضيعه-مثلا- الى بنى على و فاطمه فى هذه الازمنه المتأخره فالوصى به يعطى الى الموجودين لصدق الابن حقيقه عليهم و الا لكانت الوصيه باطله.

و لكن لا يخفى ان ذلك مردود بوجوه:

اما اول- فلان ولد الولد لو كان ولدا حقيقه لشارك ولد الصلب فى الميراث، و لا صبح مع وجود أبيه فى مرتبه الابوين و الاولاد

ص: ٢٠٩

١- ١) النساء آيه ٢٣. [١]

٢- ٢) النور آيه ٣١. [٢]

و اللازم باطل اجماعا فالملزوم مثله.

و اما ثانيا-فلصدق النفي و صحه سلب الولديه عنه و ذلك ينافي الحقيقه.

و اما ثالثا-فلضعف ما تمسكوا به من دعوى التحريم اذ هي مستفاده من الخارج لا من الآيه الكريمه.

و اما الوقف و الوصيه فالأمر فيهما واضح بالقرينه،و هي وقوعهما في هذا الزمان و يكفى ذلك في اراده المجاز.

اذا عرفت هذا فاعلم:انه يرث كل منهم نصيب من يتقرب به لتضافر الروايات بذلك.

قال في الروضه في معرض الرد عليهم:«..هذا كله حق لو لا دلاله الأخبار الصحيحه على خلافها،الى ان قال:

فان قيل:لا دلاله للروايات على المشهور،لان قيامهن مقامهم ثابت على كل حال على أصل الارث،و لا يلزم منه القيام في كيفيته و ان احتمله،و اذا قام الاحتمال لم يصلح للمعارضه للآيه الداله بالقطع على ان للذكر مثل حظ الانثيين.

قلنا:الظاهر من قيام الاولاد مقام الآباء و الامهات،تنزيلهم منزلتهم لو كانوا موجودين مطلقا،و ذلك يدل على المطلوب مضافا الى عمل الأكثر».

اقول:و قد يقرب مختار السيد المرتضى و من تابعه بدعوى ان دلاله هذه الاخبار انما هي بالاطلاق،و التمسك بالاطلاق يتوقف على ان يكون الشارع بصدد البيان من جهه كيفيه الارث،لا- بصدد بيان أصل الارث،حتى يكون ردا لقول الصدوق(قدس سره)،مضافا الى ان المستفاد من هذه الاخبار هو قيام اولاد الاولاد مقام الاولاد الصليين:

فى ان للذكر مثل حظ الانثيين.

و لكن لا- يخفى انه خلاف صريح للروايه القاضيه بان«ولد الولد بمنزله البنين، يرثون ميراث البنين، و ولد البنات بمنزله البنات الصلب يرثون ميراث البنات..«الخبر».

فان هذه الروايه صريحه فى المطلوب و ليست من باب التمسك بالاطلاق.

قال فى الرياض:«..يدل عليه انه لو كان المراد من المنزله اثبات اصل التوارث لا الكيفيه، لا كتفى فى النصوص بذكر اولاد الاولاد من دون تفصيل اولاد البنين و اولاد البنات فى الذكر، فان ذلك مجرد تطويل مستغنى عنه لا طائل تحته، فيحال عن مثله كلام الامام الذى هو امام الكلام.

و يقوى ذلك اتفاق الأخبار الوارده فى هذا المضممار على عدم ذكر أولاد الأولاد على الاجمال، بل هى ما بين مصرحه بالتفصيل كالصحيح المتقدمه و غيرها مما تأتى الاشاره اليها، و بين مكتفيه بأحد شقيه كالصحيح:«بنات البنت يرثن اذا لم يكن بنات كن مكان البنات»(١).

و الموثق كالصحيح- كما قيل-:«ابن الابن يقوم مقام أبيه»(٢).

نعم، فى الخبر المنجبر ضعفه بصفوان و عمل الأكثر:«و لا يرث احد من خلق الله مع الولد الا الابوان و الزوج و الزوجه، فان لم يكن ولد و كان ولد الولد، ذكورا كانوا او اناثا، فانهم بمنزله الولد، و ولد البنين بمنزله البنين يرثون ميراث البنين، و ولد البنات بمنزله البنات يرثون

ص: ٢١١

١- ١) التهذيب ج ٩ ص ٣١٧ عن عبد الرحمن بن الحجاج.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ ص ٣١٧ عن اسحاق بن عمار عن ابيه

ميراث البنات» (١) الى آخر الخبر المتقدم.

ثم قال (قدس سره): و لكنه كما ترى فانه أجمل اولاً ذكر اولاد الأولاد، و لكنه فصل ثانياً بين اولاد البنين و البنات، و مع ذلك هو ظاهر كالصريح بل صريح فى ان المراد بالمنزله ليس فى خصوص اصل الارث، بل هو مع الكيفيه، و لذا قال: «يرثون ميراث البنين و البنات» و ما قال: يرثون كما يرثون، مع ان فيه - لو قاله - دلالة ايضاً و ان لم تكن بذلك الظهور و الصراحه.

فهذه الروايه أقوى دلالة من الاخبار السابقه، و فى الموثقه:

«ابنه الابن أقرب من ابن البنت» (٢).

قال بعض الأفاضل: «المراد بالأقربيه فيه كثره النصيب لاستيرائه فى جميع التركه».

اقول: و ما ذكره بعض الأفاضل يكون مؤيداً لما اخترناه و هو أولى مما ذكره الشيخ (قدس سره) من حملها على التقيه لدعوى اجماع الطائفه على خلافها، و لأجل ما ذكرناه من ان الأقوى ما ذهب اليه المشهور مؤيداً بالاجماع المنقوله، و لظاهر الأخبار السابقه، و لصريح الخبر المنجبر ضعفه بعمل الاصحاب.

و اما القول بأن اولاد البنت يقتسمون المال بالسويه - كما فى الخاله و اخوه الام - فانهم يقتسمون سهامهم فيما بينهم بالسويه، من غير فرق بين الذكر و الانثى، ان هذا القول لا وجه له، اذ المخصص انما يؤخذ به بمقدار ما يستفاد منه، و هو ان ولد الولد يأخذ حصه من يتقرب به، و اما كيفيه ارثه فيشملة العموم: «للذكر مثل حظ الانثيين».

ص: ٢١٢

١- ١) الكافى ج ٧ [١] الص ٩٧.

٢- ٢) الاستبصار ج ٤ الص ١٦٨.

على انه ينقض في اولاد الاخت التي هي من الاب، فانهم يقتسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين، مع انهم انما يتقربون الى الميت من جهة امهم.

قال في الرياض: «فيدخل اولاد البنات في عموم» يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين» كما يدخل اولاد البنين فيه بالاجماع، خلافا للقاضي تبعا للمحكي عن بعض القدماء قال: يقتسم اولاد البنات نصيبهم بالسويه مطلقا، لتقربهم بالانثى، وهو مع شذوذه بما اعترف به موافق للقوم في اقتسام اولاد الاخت للابوين او لأب بالتفاوت مع مشاركتهم لا اولاد البنت في ثبوت نصيب الام.

هذا مع عدم دليل على اقتسام المتقربين بالانثى بالسويه بعنوان الكليه، و مع ذلك معارض بالعموم المتقدم اليه الاشاره لما عرفت من شموله لا اولاد البنت، مع ان استدلاله بما ذكر ربما دل على اعترافه بالشمول لهم، اذ لولاه لأمكنه الاستدلال في رد التفاوت و اثبات المساواه: بعدم دليل على الاول، و موافقه الثاني للاصل كما ذكره في امثال الوصيه و الوقف.

و من هنا ينقدح تحقق الاجماع من الخصم ايضا على ما ذكرناه من الشمول، و حينئذ فلا ريب في كون الاقتسام بالتفاوت هو الاشبه.

و قال في الروضه: «و لو تعدد اولاد الاولاد في كل مرتبه (أى في اولاد الابن و اولاد البنت) او في بعضها، فسهم كل فريق يقتسمونه بينهم كما اقتسم آباؤهم» للذكر مثل حظ الانثيين» و ان كانوا أى الاولاد المتعددون اولاد البنت على أصح القولين، لعموم قوله تعالى:

«لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» و لا معارض لها أى لا معارض للآيه في مورد ملاحظه اولاد الاولاد فيما بينهم.

هذا فى الارث، واما بالنسبه الى الرد، فيفرق بين قول المشهور من الاصحاب و بين قول السيد المرتضى و متابعيه، فان الرد على قول المشهور يرد على ولد البنت ذكرا كان او انثى، و على قول المرتضى (قدس سره) يرد اذا كان ولدها انثى.

و كيف كان، فعلى القولين يمنع الاقرب الى الميت منهم الأبعد اجماعا، و اما كون بنات الابن يرثن مع البنات - كما فى الموثق - فهو مخالف للاجماع و محمول على التقيه كما ذكره الشيخ (قدس سره).

تقريعات

و فيما يلى نذكر جمله من المسائل التى آثرنا ان لا تدخل تحت مسأله من المسائل التى تنظم فصول هذا الكتاب بل اخترنا لها هذا العنوان.

الفرع الأول:

لو مات الكافر الحربى و لم يخلف وارثا

، فميراثه للامام عليه السلام.

قال الشيخ (قدس سره) فى الجواهر بعد ذكر هذا الفرع:

«بلا خلاف فيه بيننا و لا اشكال، كما انه لو مات الامام ينتقل الميراث الذى أخذه بحق الامامه الى الامام لا الى غيره من ورثته، و به قال فى الغنيه و السرائر، بل فى الغنيه اجماع الطائفه».

و قال فى مفتاح الكرامه: «و هو الموافق للاصول و القواعد».

ص: ٢١٤

ولد الزنا من الطرفين لا يرثه أبواه و من يتقرب بهما، و ان كان الزنا من احد الطرفين انتفى عنه خاصه و ورثه الآخر و من يتقرب به، على الاشهر من الاصحاب بل كاد ان يكون اجماعا، استنادا الى أخبار يستفاد منها انتفاء النسب الشرعى بينهما شرعا:

كروايه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «ايما رجل وقع على أمه قوم حراما، ثم اشتراها و ادعى ولدها فانه لا يورث منه فان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: «الولد للفراش و للعاهر الحجر و لا يورث ولد الزنا..» الخبر (١).

و كروايه زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«أيما رجل وقع على جاريه حراما، ثم اشتراها و ادعى ولدها، فانه لا يورث فيه، فان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: «الولد للفراش و للعاهر الحجر، و لا يورث ولد الزنا الا رجل يدعى ولد جاريته» ٢.

و عن الحلبي، عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ايما رجل وقع على وليده قوم حراما، ثم اشتراها فادعى ولدها فانه لا يورث منه شيء، فان رسول الله صلى الله عليه و آله قال:

«الولد للفراش و للعاهر الحجر، و لا يورث ولد الزنا الا رجل يدعى

الى غير ذلك من الاخبار الداله على ان احد الزانيين لا يرث ولد الزنا و لا احد من أقاربهما لقطع التوارث بينهما، و لا يرثهم هو.

قال فى المبسوط: «و ان كانا توأمين فانه لا يرث احدهما الآخر لان نسبهما الشرعى غير ثابت».

و قال فى الرياض: «ولد الزنا لا يرثه الزانى و لا امه الزانيه و لا غيرهما من الانساب، و لا يرثهم، بلا خلاف فى قطع التوارث بينه و بين الزانى و أقربائه، بل عليه الاجماع فى المختلف، و الايضاح و شرحى الشرايع، و شيخنا الشهيد الثانى و هو الحجه».

و على كل لم ينقل الخلاف الا من الصدوق و أبى الصلاح قال فى الكافيه: «و ولد الزنا يرث امه و من يتعلق ببنيها و يرثونه، و لا يرث الفحل و من يتعلق بنسبه و لا يرثونه».

و الظاهر انه لا مستند لهما فيما أجد الا روايه اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «ان عليا عليه السلام كان يقول:

«ولد الزنا و ابن الملاعنه ترثه امه و اخوته لامه او عصبتها» (٢).

و ما ورد عن يونس انه قال: «ان ميراث ولد الزنا لقربته من امه كابن الملاعنه» ٣.

ص: ٢١٤

١- (١) الوسائل كتاب الميراث الباب ٨ [١] ان ولد الزنا لا يرثه الزانى و لا الزانيه من ابواب ولد الملاعنه و ما أشبهه، و فى الكافى كتاب الفرائض باب ميراث ولد الزنا الحديث ١ الجزء ٧ [٢] الص ١٦٣.

٢- (٢) الوسائل كتاب الميراث الباب ٨ [٣] ان ولد الزنا لا يرثه الزانى و لا الزانيه من أبواب ولد الملاعنه و ما أشبهه، و فى الاستبصار كتاب الفرائض باب ميراث ولد الزنا الحديث ٥ و ٦ ص ١٨٤.

و لكن لا يخفى ان الروائتين مطروحتين عند الاصحاب، على ان الشيخ فى الاستبصار حمل الروايه الاولى على توهم الراوى فقال ما لفظه:

«...فالوجه فى هذه الروايه ان نقول: يجوز ان يكون الراوى سمع هذا الحكم فى ولد الملاعنه فظن ان حكم ولد الزنا حكمه، فرواه على ظنه دون السماع».

و حمل الروايه الثانيه على الوقف، و لما كانت موقفه فهى ساقطه عن الحجيه، فقال (قدس سره):

«..فهذه الروايه شاذه مخالفه للاخبار الكثيره التى قدمناها، و مع هذا فهى موقفه غير مسنده، لان يونس لم يسندها الى أحد الاثمه عليهم السلام، و يجوز ان يكون ذلك مذهبا كان اختاره لنفسه كما اختار مذاهب كثيره علمنا بطلانها».

و كما ان الروائتين حملتا على ان يكون الزنا من جانب الرجل، و اما من جانب المرأه فيكون الوطىء عن شبهه، فقد قال فى مفتاح الكرامه:

«..و هنا حمل قريب و هو ان تكون هاتان الروائتان محمولتين على ما إذا كان الزنا بالنسبه الى الرجل فقط دون المرأه، كان تكون مغصوبه أو غير ذلك، و يزيده تشبيبه بابن الملاعنه».

اقول: ما ذكر من هذه التوجيهات الظاهر انها بعيدة غير اننا فى غنى عن مثل هذه التأويلات و الحمل على الوجوه المختلفه لتوافق ما هو ثابت فى هذا الباب، ذلك ان الروائتين لا تصلحان لمعارضه الاخبار الكثيره الوارده بمنع التوريث، مع عدم عمل الاصحاب بهما.

و عليه: فالاقوى ما اخترناه من ان ولد الزنا من الطرفين لا يرثه أبواه و لا من يتقرب بهما، و كذلك لا يرثهما من جانبه ايضا.

نعم، يرثه ولده و ان نزل، و الزوج و الزوجه فيأخذان نصيبهما الأعلى من التركة مع عدم الولد، و النصيب الأدنى مع الولد، و ذلك للعمومات و من اجل عدم المانع من جهتهم.

هذا، فان لم يكن لولد الزنا ولد، و لا احد الزوجين، و لا وارث آخر حتى ضامن الجريه، فحينئذ يكون ميراثه للامام عليه السلام مطلقا و ان كان له ابوان او من يتقرب بهما، لما عرفت من ان الاقوى عدم ارث الابوين و من يتقرب بهما.

الفرع الثالث: ولد الامه المشتركه الموطوءه في طهر واحد او متعدد:

ولد الامه المشتركه الموطوءه في طهر واحد او متعدد:

لو كانت الامه مشتركه فوطأها المشتركون فيها في طهر واحد او متعدد، عالمين بالحرمة او جاهلين، سواء اذن كل واحد منهم لشريكه ام لم يأذن، فولدت ولدا على وجه يمكن لحوقه بكل واحد منهم، ثم تداعوه او سكتوا، فانه مما لا اشكال فيه عدم لحوقه بالجميع، ذلك لان التكون انما يكون من نطفه واحده و لا يكون من اكثر من نطفه للنص و الاجماع، و حينئذ يقرع بينهم فمن خرج اسمه الحق به الولد. و لما كانت الجارية بالنسبه اليه ام ولد و كان الولد ولدا له، لزمه ان يغرم حصص شركائه الباقين: من قيمه امه و قيمه يوم ولد حيا.

قال الشيخ (قدس سره) في الجواهر: «فهو حينئذ كالجاني على حصصهم، إذ قد سمعت فيما تقدم: ان الامه المشتركه إذا وطأها احد الشركاء اثم و غرر، لكن لا يكون زانيا بل يكون عاصيا، و يلحق به الولد، و تكون الجارية ام ولد، و يغرم حصه الشريك: من الام و الولد

و بعد القرعه يرجع الامر الى ذلك».

و الاصل فى ذلك: حسنه أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام، قال: «بعث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عليا عليه السلام الى اليمن فقال له حين قدم: حدثنى بأعجب ما ورد عليك. فقال:

يا رسول الله أتانى قوم قد تبايعوا جاريه فوطأها جميعهم فى طهر واحد فولدت غلاما فاحتجوا فيه كلهم يدعيه، فأسهمت بينهم فجعلته للذى خرج سهمه و ضمنته نصيبهم. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم:

ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم الى الله الا خرج سهم المحق» (١).

و صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: «إذا وقع الحر و العبد و المشرك على امرأه فى طهر واحد، و ادعوا الولد، اقرع بينهم و كان الولد للذى يقرع» (٢).

و صحيحه معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام، قال:

«إذا وطأ رجلان أو ثلاثة جاريه فى طهر واحد فولدت، فادعوه جميعا أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولد ولده، و يرد قيمه الولد على صاحب الجاريه» (٣).

و صحيحه سلمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام، قال:

«قضى على عليه السلام فى ثلاثه وقعوا على امرأه فى طهر واحد، و ذلك فى الجاهليه قبل ان يظهر الاسلام، فأقرع بينهم و جعل الولد لمن قرع، و جعل ثلثى الديه للآخرين. فضحك رسول الله صلى الله عليه وآله حتى بدت نواجذه و قال: لا أعلم لا أعلم فيها شيئا الا ما قضى على عليه السلام».

ص: ٢١٩

قال فى المسالك-بعد ان ذكر الخبر الاول:-«و الاصحاب حكموا بمضمونها و حملوا قوله:»و ضمنته نصيبهم«على النصيب من الولد و الام معا، كما لو كان الواطىء واحدا منهم ابتداء،فانه يلحق به و يغرم نصيبهم منها».

هذا اذا لم يدعه واحد منهم،اما لو ادعاه واحد منهم و نفاه الباكون الحق به و اغرم حصص الباقيين من قيمه الام و الولد،لانتفائه عن غيرهم بالنفى من غير لعان،اذ حكم كل واحد بالنسبه الى هذا الولد مثله من الامه الموطوءه المنفرده:من حيث اللقوق و تحريم النفى مع عدم العلم بنفيه،و انتفائه بالنفى من غير لعان،و انما يزيد هنا توقف لقوقه بأحدهم مع تداعيهم أو سكوتهم على القرعه.

و مثله ما إذا وطأ الامه غير مالکها معه شبهه و طئا يمكن لقوقه بكل منهما.و الاصل فى ذلك كله مضافا الى ما تقدم ما جاء فى صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام:«إذا وقع المسلم و اليهودى و النصرانى على المرأه فى طهر واحد،اقرع بينهم و كان الولد للذى تصيبه القرعه»(١).

و عليه،فاذا الحق الولد بمن تصيبه القرعه فى جميع الصور المتقدمه،و كان حكمه حكم بقيه اولاده،فياخذ نصيبه من الميراث، و له الحبوه إن كان هو الاكبر.

اما لو وطأ أمته و وطأها الآخر فجورا،الحق الولد بالمولى فضلا عما لو اتهمها،للاجماع بقسميه نقلا و تحصيلا،و للنصوص العامه و الخاصه.هذا اذا لم تكن هناك اماره يظن منها كونها لغيره.

ص: ٢٢٠

١-١) الوسائل كتاب الميراث الباب ١٠ [١] ان الشركاء اذا وقعوا على جاريه فى طهر واحد اقرع بينهم من ابواب ولد الملاعنه و ما أشبهه.

اما لو حصل مع ولادته اماره يغلب الظن معها انه ليس منه، فالمشهور انه لم يجز له الحاقه به و لا نفيه، بل ينبغي ان يوصى له بشيء من ماله و لا يورثه ميراث الأولاد للنصوص الواردة بذلك:

منها-خبر ابن عجلان:«ان رجلا من الأنصار أتى أبا جعفر عليه السلام فقال:قد ابتليت بأمر عظيم انى قد وقعت على جاريتى، ثم خرجت فى بعض حوائجى،فانصرفت من الطريق فأصبت غلامى بين رجلى الجارويه،فاعترلتها فحملت،ثم وضعت جاريه لعهده تسعه أشهر؟فقال له ابو جعفر عليه السلام:احبس الجارويه و لا تبعها، و أنفق عليها حتى تموت أو يجعل الله لها مخرجا،فان حدث بك حدث فأوص ان ينفق عليها من مالك حتى يجعل الله لها مخرجا»(١)الى غير ذلك من الأخبار.

لو تبرأ من جريره ولده و ميراثه عند السلطان

اما لو تبرأ احد من جريره ولده و من ميراثه عند السلطان،فلا يكون ذلك سببا لمنعه من الارث،على الأشهر بل كاد ان يكون اجماعا و لم يعرف الخلاف إلا من الشيخ فى محكى النهايه و الاستبصار،و ابن حمزه فى محكى الوسيله،و الكفدرى فى محكى الاصباح،و القاضى فى محكى المهذب،استنادا الى روايه أبى بصير عن احدهما عليهما السلام:

«قال:سألته عن المخلوع،يتبرأ منه أبوه عند السلطان و من ميراثه و جريرته-لمن ميراثه؟فقال:قال على عليه السلام:هو لأقرب الناس اليه»(٢).

ص: ٢٢١

١-١) من لا يحضره الفقيه ج ٤ ص ٢٣٠ باب ميراث الولد المشكوك فيه الحديث ١.

٢-٢) الوسائل الباب ٧ [١] حكم من تبرأ من جريره ولده من ابواب ولد الملاعنه و ما اشبهه.

و خبر بريد بن خليل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تبرا عند السلطان من جريره ابنه و ميراثه، ثم مات الابن و ترك مالا- من يرثه؟ قال: ميراثه لأقرب الناس الى أبيه.

و لكن لا- يخفى ان هذا القول شاذ لا- يعبو به، بل عن السرائر و التنقيح الاجماع من المسلمين على خلافه، بل عن الشيخ في (المسائل الحائريه) موافقه للأصحاب، و قال: «و ان الروايه شاذه».

مضافا الى اشمال الاولى على لفظ السلطان المنصرف الى سلطان الجور القاضى بمراعاة التقيه، و الثانيه بجهاله بريد و هو مقدوح فيه.

على ان الروايه الاولى اختلف النقل فى نصها، ففى الفقيه: «قال على عليه السلام: هو لأقرب الناس الى أبيه» فيتم الاستدلال بها على القول الشاذ، و اما النص الذى نقلناه عن الوسائل و ذكره الشيخ فى التهذيب فيمكن ارجاع الضمير فيه الى الميت و يكون أقرب الناس اليه هو الأب فيوافق القول المشهور، و بهذا و نحوه تخرج الروايتان عن قابليه معارضه النصوص و القواعد المستفاده من الكتاب و السنه.

الفرع الرابع: ديه الجنين

ديه الجنين، و هو: «الولد ما دام فى البطن، فاذا جنى جان فأسقطه فعليه الديه، و الوارث لها ابواه و من يتقرب بهما مع عدمهما، كما لو ماتا معه، او مات ابوه قبله و امه معه، او من يتقرب بالأب بالنسب كالاخوه، و السبب كعمتق الأب، و لا يرث المتقرب بالام من الاخوه و الاخوات، و ذلك استنادا الى روايه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام، قال:

«الديه يرثها الورثه على فرائض الموارث،الا الاخوه من الام فانهم لا يرثون من الديه شيئا» (١).

و عن عبد الله بن سنان،قال:قال ابو عبد الله عليه السلام:

«قضى امير المؤمنين عليه السلام ان الديه يرثها الورثه الا الاخوه و الاخوات من الام» ٢.

و عن عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام قال:«لا يرث الاخوه من الام من الديه شيئا» ٣.

فبمقتضى هذه الروايات خصص عموم قوله تعالى: «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ». و بذلك يدفع قول من يقول بالارث مطلقا،و مقتضى الاقتصار على هذه الروايات عدم حرمان غير الاخوه ممن يتقرب بالام.

و اما مدعى الحرمان فقد استدل بمفهوم الموافقه،بتقريب:ان الاخوه للام اذا كانوا محرومين من ارث الديه،و هم أقرب الى الميت من احواله و اعمامه من امه،فحرمان هؤلاء يكون بالاولى.

و لكن لا يخفى ان هذه الاولويه من الاولويه الظنيه غير المعنى بها و لا توجب تخصيص عموم اولى الارحام.

اما مقدار الديه فهي على ما يستفاد من الاخبار كما يلى:

١-فى (النطفه)اذا استقرت فى الرحم و استعدت للنشوء:

عشرون ديناراً.

٢-فى (العلقه)و هى القطعه من الدم تتحول اليها النطفه:

اربعون ديناراً.

ص:٢٢٣

٣-و فى (المضغه) و هى القطعه من اللحم بقدر ما يمضغ:

ستون ديناراً.

٤-و فى (العظم) أى ابتداء تخلقه من المضغه:ثمانون ديناراً.

٥-و فى (التام الخلقه)قبل ولوج الروح فيه:مائة دينار.

هذا سواء كان الجنين ذكراً ام انثى استناداً الى الاخبار المستفيضه كصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يضرب المرأة فتطرح النطفه؟ فقال:عليه عشرون ديناراً.فقلت:يضربها فتطرح العلقه؟

فقال:عليه اربعون ديناراً.قلت:فيضربها فتطرح المضغه؟قال:

عليه ستون ديناراً.قلت:فيضربها فتطرحه و قد صار له عظم؟فقال عليه الديه الكامله» (١).

و عن سليمان بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام:«فى النطفه عشرون ديناراً،و فى المضغه ستون ديناراً،و فى العظم ثمانون

ديناراً، فاذا كسى اللحم فمائه دينار، ثم هى ديتة حتى يستهل، فاذا استهل فالديه كامله» ٢.

الى غير ذلك من الاخبار الداله على ان ديه الجنين مائه دينار، و قد قسمت على اجزاء، فالنطفه جزء، و العلقه جزء، و المضغه

جزء، و العظم جزء، فاذا كسى اللحم فقد تم الجنين كما هو عن محمد بن يعقوب بأسانيده عن امير المؤمنين عليه السلام (٢).

ص: ٢٢٤

١- ١ و ٢) الكافى ج ٧ ص ٣٤٥. [١]

٢- ٣) الوسائل كتاب الديات باب ١٩ [٢] ديات النطفه و العلقه و المضغه و العظم و الجنين من ابواب ديات الاعضاء.

فانه ترثه امه دون أبيه لانتفائه عنه باللعان، و لا يمنع ذلك من ان يرثه ولده و زوجته، لا خلاف في ذلك بل عليه الاجماع نقلا و تحصيلا. اما الاب فقد انقطع نسبه باللعان الفاسخ للعقد و النافى للفراش. و اما ولده و زوجه فداخل تحت عمومات المواريث فيأخذ كل نصيبه بمقتضى فروض المواريث.

اما لو ماتت امه و كان له ولد فارثه لولده، و ما جاء في بعض النصوص من ان الارث اذا ماتت امه لاخواله كروايه زراره عن أبي جعفر عليه السلام: «ان ميراث ولد الملاعنه لامه، فان كانت امه ليست بحيه فلاقرب الناس الى امه اخواله» (١).

و روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ولد الملاعنه- من يرثه؟ قال: امه. فقلت: ان ماتت امه من يرثه قال: اخواله (٢).

الى غير ذلك من النصوص الواردة في ان ميراثه يكون لاخواله.

و هي جميعا محموله على ما اذا لم يكن أقرب اليه منهم، كالولد و الاخوه من الام و لا- يرث الاخوه من الاب فقط. نعم، يرثه الاخوه للأبوين

١-١) الكافي ج ٧ ص ١٦٠ الحديث ٢ [١] ميراث ابن الملاعنه، و التهذيب ج ٩ ص ٣٣٨.

٢-٢) الكافي ج ٧ ص ١٦٠ الحديث ٤ [٢] ميراث ابن الملاعنه، و التهذيب ج ٩ ص ٣٣٩.

من جهه الام لا من جهه الاب، و مر تفصيل ذلك فى المجلد الاول من هذا الكتاب (١).

اما لو لم يكن له ولد و كانت له ام فقط كان المال كله لها، الثلث بالفرض و الباقى بالرد لاطلاق الادله. اما ما جاء فى صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قضى امير المؤمنين عليه السلام فى ابن الملاعنه: انه ترثه امه الثلث و الباقى للامام، لأن جنايته على الامام» (٢).

و عن أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام قال: «ابن الملاعنه ترثه امه الثلث و الباقى لامام المسلمين» ٣.

قال صاحب الجواهر (قدس سره): «و عن الصدوق العمل بهما مع ظهوره عليه السلام، و الاسكافى و الاستبصار اذا لم يكن لها عصبه يعقلون عنه، الا ان الرد عند اولهما على بيت مال المسلمين، و ثانيهما على الامام».

و ما قلناه هو الاشهر فتوى و روايه، بل هو المشهور عند اصحابنا نقلا و تحصيلا، بل حكى الشيخ فى الخلاف و المبسوط الاجماع على ذلك. مضافا الى اطلاق الادله كتابا و سنه، كآيه اولى الأرحام و غيرها و الأخبار المستفيضه التى كادت ان تبلغ التواتر و هى موافقه للكتاب و مخالفه للعامه.

و عليه، فالروايتان شاذتان محمولتان على التقيه.

ص: ٢٢٦

١-١) نخبه الاحاديث ج ١ ص ١٠٢.

٢-٢ و ٣) التهذيب ج ٩ ص ٣٤٢-٣٤٣، و الفقيه ج ٤ ص ٢٣٦

قال المحقق (قدس سره): «انه لو اتفق الوارثان على اسلام

احدهما المعين في اول شعبان و الآخر في غره رمضان، و اختلفا في زمان موت المورث، فادعى احدهما موته في اثناء شعبان، و ادعى الآخر كونه في اثناء رمضان، كان المال بينهما نصفين، لأصالة بقاء حياه المورث الى اسلام الوارث الآخر».

و قد اشكل على ذلك: بان هذا الأصل من الاصول المثبته التي لا نقول بحجيتها حيث ان مفاد قوله عليه السلام: «لا تنقض اليقين بالشك ابدا» (١) الوارد في صحيحه زراره الاولى و الثانيه و الثالثه حيث ان المجعول في باب الاصول مطلقا أى من غير فرق بين كونها تنزيليه او غير تنزيليه، هو مجرد تطبيق العمل على مؤدى الأصل و ليس فيها جهه كشف و طريقه اصلا. لا ذاتا كالقطع و لا جعلها كالأماره.

لأنها وظائف عمليه مجعوله للشاك بعد الفحص و اليأس عن الدليل في الشبهات الحكميه. و مطلقا في الشبهات الموضوعيه.

و هذا المعنى المجعول في باب الاصول يشترك فيه الأصل التنزيلى و الأصل غير التنزيلى - و ان افترق احدهما عن الآخر:

فان المجعول في الأصل التنزيلى: هو البناء العملى على ان أحد طرفى الشك هو الواقع، من دون كونه كاشفا عنه. اما فى الأصل غير التنزيلى فمفاده: هو حكم الشارع بالبناء العملى على احد طرفى الشك

ص: ٢٢٧

من دون كون العمل عملا واقعيًا.

و بالجمله: لا كاشفيه لها عن الواقع فى الاصول مطلقا، بخلاف الامارات، فان فيها جهه كاشفيه، حيث ان المجعول فيها هى الطريقيه و الوسطيه فى مقام الاثبات، و لو كان من جهه امضاء ما عند العقلاء، و بذلك يثبت مؤدى الاماره واقعيًا جعليًا كما ثبت المقطوع وجدانيا، فالطريق الجعلى حاله حال الطريق المنجعل، كما ان العلم الوجدانى اذا تعلق بشىء ثبت نفس ذلك الشىء مع جميع لوازمه العقليه و العاديه و الشرعيه، فكذلك الطريق الجعلى كالاماره-مثلا- يثبت نفس المؤدى فتثبت بذلك جميع اللوازم عقليه و عاديه و شرعيه.

و هذا بخلاف الاصول العمليه المحرز و غيرها التى مفادها البناء العملى-مثلا- فان دليل لا تنقض اليقين بالشك انما هو مقام البناء العملى على العمل على طبق المؤدى، و لا يثبت المؤدى حقيقه كالعلم الوجدانى، أو جعلًا كالاماره. و اذا لم يثبت المؤدى فلا تثبت لوازمه العقليه أو العاديه، حيث انها من لوازم نفس المؤدى تكوينًا، فليس أمر رفعها و وضعها بيد الشارع فى عالم التشريع و انما تشمل الآثار الشرعيه.

و لو كانت لهذه الآثار الشرعيه آثار اخرى شرعيه ترتب عليها، فيجب العمل على ترتيبها، لان المفروض ان جميعها آثار شرعيه أمر رفعها و وضعها بيد الشارع، و لأجل الفرق بين المجعول فى باب الاماره و المجعول فى باب الاصول قلنا بان مثبتات الاماره حجه، و مثبتات الاصول ليست بحجه، و اذا لم تثبت اللوازم العقليه و العاديه فلا تترتب الآثار الشرعيه المترتبه على اللوازم العقليه أو العاديه، و ذلك ما اصطلح عليه الاصوليون (بالاصل المثبت) و هو عندهم ليس بحجه.

ص: ٢٢٨

و فى المقام حيث ان أصاله بقاء حياه المورث الى زمان اسلام الوارث فى حال حياه المورث الذى هو موضوع كونه وارثا من اللوازم العقلية لبقاء حياه المورث الى ذلك الزمان، و لا شك ان مثل هذا الاستصحاب من الاصل المثبت، لما عرفت ان موضوع التوارث بلحاظ الاضافه الحاصله من اجتماع موت المورث و اسلام الوارث فى زمان لهما دخل فى موضوع التوارث، و قد عرفت ان الاصول العمليه لا تثبت اللوازم العقلية، فلا تثبت ما يرتب عليها من الآثار الشرعيه.

و لكن لا- يخفى ان ذلك انما يتم لو كان موضوع الأثر، هو اعتبار المعيه أو الظرفيه أو الحالیه، حيث ان هذه العناوين من اللوازم العقلية فلا- تثبت بالاصل، و اما لو لم يكن كذلك بل فى الفرض المذكور ان موضوع الأثر هو نفس اجتماع اسلام الوارث مع حياه المورث فى زمان واحد من دون دخل لجهه الاضافه من الظرفيه و الحالیه و المعيه، فيكون موضوع الأثر مركبا من جزئين:

احدهما- اسلام الوارث.

و ثانيهما- حياه المورث.

اما الأول فيحرز بالوجدان، و اما الثانى فيحرز بالأصل.

و عليه: فيكون المقام من قبيل عرضين لمحلين، نظير حكمهم بضمان من كانت يده على مال الغير مع الشك فى اذن صاحبه، لاصاله عدم الرضا من المالك حين وضع اليد على المال، حيث ان الموضوع مركب من يد و عاديه.

اما اليد فتتعلق بالغير، و عاديه عباره عن عدم رضا المالك فليس احدهما المعروض و الآخر العرض لكى يكون الموضوع الظرفيه أو الحالیه و انما هما من قبيل شيئين معروضين على محلين، فان اليد من أعراض الغير

و العاديه عباره عن عدم رضاء المالك.فيكون احدهما قد احرز بالوجدان و هو تحقق اليد على مال الغير،و يحرز الآخر و هو كون هذا الاستيلاء بالعدوان.

كما انهم تمسكوا فى عقد الفضولى لتأثير اجازة المالك فى مورد الشك فى تحقق الرد من قبله باصالة عدم صدوره منه،فانه يمكن ان يكون موضوع الأثر مركبا من الاجازة و عدم صدور الرد.

و قد دفع الشيخ الانصارى الاشكال الوارد على مثل هذه الاصول، بأن التمسك به غير ممكن مع كونها من الاصول المثبتة و ذلك بجعل الواسطه من الوسائط الخفيه بتقريب:

انه مع خفاء الواسطه يوجب عد الأثر المترتب على الواسطه أثرا لذى الواسطه للمسامحه العرفيه،اذ ذلك موكول الى فهم العرف.

فعليه:لا- قصور فى صورته خفائها فى شمول دليل التنزيل لها،لوضوح ان فهم العرف يرتب الآثار الشرعيه التى هى بواسطه أمر خفى على نفس المستصحب من دون توسط ذلك الأمر الخفى و ان كان بالدقه العقليه انما ترتب على المستصحب بواسطته.

اللهم الا ان يقال:انه لا أثر لخفاء الواسطه بتقريب:

ان الأثر لو كان أثرا لذى الواسطه حقيقه،بنحو تكون الواسطه من الجهات التعليه،فليس ذلك تفصيلا فى المسأله،و ان كان أثرا حقيقه و دقه للواسطه فلا مجال لترتبه على ذى الواسطه للمسامحه العرفيه فان العرف انما يكون مرجعا فى مداليل الألفاظ لا فى مقام التطبيق فان تطبيق ما فهم على ما فى الخارج ليس المرجع فيه النظر العرفى،بل يلاحظ كمال الدقه.

ففى ما نحن فيه بعد الرجوع الى العرف يكون معنى

«لا تنقض اليقين بالشك» وجوب ترتيب الآثار الشرعيه التي للمستصحب بدون واسطه عقليه أو عاديه، ففي مقام التطبيق لا اعتبار لما يرى العرف انطباقه على ما كانت الواسطه خفيه.

وقد أجاب عن ذلك المحقق العراقي (قده): بأن المسامحه العرفيه انما هي في تحديد مفهوم «لا تنقض اليقين بالشك» بما يراه العرف نقضا و ان لم يكن بحسب الدقه نقضا.

و كيف كان، فقد عرفت اننا لسنا بحاجة الى هذه المسامحه العرفيه في دفع الاشكال فيما ذكر من الفروع، لما عرفت من ان المقام من قبيل ما احرز أحد موضوعى الأثر بالوجدان، و الآخر بالأصل.

نعم، يمكن دفع الاشكال بما ذكره الشيخ من الواسطه الخفيه بالنسبه الى بعض الفروع الاخر، مثل ما ذكره العلامة في التحرير:

فيما إذا اختلف الجانى و ولى الميت فى سرايه الجنايه، فقال الولي:

مات بالسرايه، و قال الجانى: مات بسبب آخر. أو صار الاختلاف بينهما، فقال الجانى: ان الجنايه وقعت على الميت بعد الموت، و قال الولي: وقعت قبل الموت و انما الموت كان بسببها. فالعلامة قدس سره قال: «فى الضمان و عدمه و جهان: من أصله عدم الضمان، و من أصله بقاء حياه المجنى عليه الى زمان وقوع الجنايه» و وقوع الجنايه على الحى الذى هو موضوع الأثر من اللوازم العقليه لبقاء الحياه—أو مثل جريان استصحاب عدم وجود الحاجب عند الشك فى وجوده فى البشره فى محل الغسل أو الوضوء، و لا شك انها منوطه بوصول الماء الى البشره.

الواسطه الخفيه

و لكن لا يخفى ان مثل هذين الفرعين ليست الواسطه فيهما من الواسطه الخفيه:

اما انها ليست خفيه فى الفرع الأول فلأن أصله بقاء حياه

المجنى عليه الى زمان وقوع الجنايه لازمه العقلى ان تكون الجنايه قد وقعت على الحى، اذن فاستصحاب ذلك لاثبات أحكام الجنايه على الحى من الاصول المثبتة التى هى من الواسطه الجليه، و عليه يلزم ان نقول بعدم حجيتها، و لا نقول بالضمان.

و هكذا الكلام بالنسبه للفرع الثانى: فان استصحاب عدم وجود الحاجب عند الشك فى وجوده فى البشره، يكون من لوازمه العقليه وصول الماء الى البشره. و ليس ذلك من الواسطه الخفيه. فعليه اما ان لا يجرى الاستصحاب- أو يقال بان ذلك ليس من اجل الاستصحاب و انما هو لأجل سيره العقلاء على بنائهم على العدم و عدم الفحص عن الحاجب. فيكون عندنا اصل عقلائى على عدم وجود الحاجب عند الشك فى الحاجب.

هذا و قد فصلنا القول و قلبنا وجوه الآراء فى ذلك فى الجزء الخامس من كتابنا (منهاج الاصول).

الفرع السابع:

الاقرار بالنسب:

النسب: «اتصال شخص بغيره لانتهاه احدهما فى الولاده الى الآخر أو لانتهاهما الى ثالث على الوجه الشرعى».

و اما شروطه فهى كما يلى:

١- أهليه المقر للاقرار- بأن يكون بالغاً عاقلاً.

٢- امكان الحاق المقر به بالمقر شرعاً.

ففى شرح اللمعه: «فلو أقر بينوه المعروف نسبه، أو اخوته

ص: ٢٣٢

أو غيرهما، مما يغير ذلك النسب الشرعى.

أو أقر بينوه من هو أعلى سنا من المقر، أو مساو له، أو أنقص منه بما لم تجر العاده بتولده منه، بطل الاقرار.

و كذا المنفى عنه شرعا كولد الزنا و ان كان على فراشه، و ولد اللعان و ان كان الابن يرثه».

٣- و يشترط تصديق المقر به للمقر فى دعواه النسب، فيما عدا الولد الصغير- ذكرا كان أم انثى- و المجنون و الميت.

و أصل النسب التوليد، فمن ولد شخصا من نطفته كان ابنه و المولد أبا و الانثى اما، و آباؤهما اجدادا أو جدات و ان تصاعدوا، و أولادهما اخوه و أخوات، و هم الموجودون على حاشيه عمود النسب و أولاد آباؤهما و ان علوا أعمام و عمات و أخوال و خالات و هم على الحاشيه ايضا.

و نحن نذكر هنا ما يتعلق بتعيين السهام من الفريضة، فنقول:

إذا تعارف اثنان ورث بعضهم من بعض و لا يطلب منهما بينه، و لو كانا معروفين بغير ذلك النسب لم يقبل قولهما.

قال السيد فى مفتاح الكرامه: «... و الاصل فى توارثهما و عدم طلب البينه منهما: انحصار الحق فيهما، و الاخبار الداله على ذلك كصحيح عبد الرحمان بن الحجاج، و حسنه سعيد الأعرج.

و فى صحيح عبد الرحمن ثبوت التوارث بين الام و الولد الصغير اذا أقرت به، و قد استشكل فيه المصنف رحمه الله فى التذكرة، الى ان قال:

«و لو كانا معروفين بغير ذلك النسب، و مثله لو قامت بينه بخلافه، و لعله أراد بكونهما معروفين بغير ذلك ان معرفتهما نشأت اما

عن مشاهده او شياح او شهاده شاهدين، و حينئذ فلا قصور فى العبارة.

و ليعلم: انهم ذكروا فى باب الشهادات ان النسب يثبت بالشياح و ذكروا فى باب الاقرار انه لا بد من شاهدين ذكرين عدلين، و ظاهرهما التناقض، و يمكن الجمع بان اشتراط الشاهدين انما هو مع التنازع، و اما الشياح فمع عدمه، أو نقول لا تناقض بينهما بل يثبت بكل واحد منهما و تتأول العبارة»

و لو أقر بعض الورثه بمشارك فى الميراث، لم يثبت نسبه، و لزم المقر ان يدفع اليه ما فضل فى يده عن ميراثه و لا- يجب ان يقاسمه.

و فى مفتاح الكرامه قال: «هذا هو المشهور كما فى عده مواضع، و فى السرائر و تلخيص الخلاف: انه مذهبنا.

و قال المحقق الثانى: انه نص الأصحاب.

و الوجه فى ذلك: ان قول المنكر مع عدم البيئه مقدم، و تصديقه معتبر، و لما كان النسب أمرا اضافيا لم يثبت ايضا فى حق المقر لعدم تبعض النسب.

مضافا الى انه نفى عنه الخلاف فى السرائر و تلخيص الخلاف، و انما ينفذ اقراره فى المال، فيدفع المقر الى المقر به فضل ما فى يده عن ميراثه، و هو سدس الأصل، لانهم اذا كانوا ثلاثه فلكل واحد ثلث، و بيد المقر نصف لان الورثه اثنان- فيكون الفضل هو السدس.

ثم قال: قلت: لو لا- الاجماع لكان القول بأنه يدفع اليه نصف ما بيده قويا، لان كان مقتضى الضوابط، لان مقتضى الشركه ان ما حصل فهو للشركاء، و ما ذهب فمنهم، و الذى بيد الثانى خارج عنهما.

و يؤيده ما ذكره فى البيع: من ان الاقرار ينزل على الاشاعه، قال و فى كتاب التجاره: و مبنى الاقرار على الاشاعه، كما اذا قال:

نصف الدار لك و النصف الآخر لى و لشريكى، فكذبه الشريك، فيأخذ ثلث ما فى يده، و على القول بأخذ الفاضل ينبغى ان يأخذ نصف ما فى يده، إذ هو مستحق للربع بزعمه و الباقي فاضل، فتأمل جيدا».

قال الشيخ قدس سره فى الخلاف: «إذا مات رجل و له ابنان فأقر احدهما بأخ ثالث و انكره الآخر، لا خلاف انه لا يثبت نسبه و انما الخلاف فى انه يشاركه فى المال ام لا؟

فعندنا انه يشاركه، و يلزمه ان يرد عليه ثلث ما فى يده» (١).

و قد استدل قدس سره بالاجماع، و بأنه فى مثل هذه الحال يكون قد أقر بأن حقه من التركة هو الثلث، لأنه حينئذ ثالث ثلاثه المال بينهم بالسويه، فيكون ثلث ما فى يده لهذا الثالث الذى انكره الثانى لأن الاقرار قائم مقام البيئه، و لو قامت البيئه لم يلزمه اكثر من ذلك.

اقول: و الظاهر ان ذلك يستفاد من بعض الأخبار، كروايه وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام، قال:

«قضى على عليه السلام فى رجل مات و ترك ورثه، فأقر أحد الورثه بدين على أبيه، انه يلزمه ذلك فى حصته بقدر ما ورث، و لا يكون ذلك عليه من ماله كله...» (٢).

و عن اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: فى رجل مات فأقر بعض ورثته لرجل بدين؟

ص: ٢٣٥

١- ١) كتاب الاقرار من كتاب الخلاف مسأله ٢٩ الص ٢٥٥ الج ٢ الطبعه الحجريه.

٢- ٢) التهذيب ج ٩ الباب ٣٩ الص ٣٧٢.

فقال عليه السلام: «يلزمه ذلك في حصته» (١).

هذا هو القول المشهور، ونسبه في الايضاح الى الأصحاب، واستظهر ذلك شيخنا الانصارى قدس سره في المكاسب و قال:

«اما مسأله الاقرار بالنسب، فالمشهور وان صاروا الى ما ذكر، و حكاه الكليني عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته، الا انه صرح جماعه ممن تأخر عنهم بمخالفته للقاعده حتى قوى في ذلك الحمل على الاشاعه، و تبعه سبطه و سيد الرياض في شرح النافع و الظاهر ان مستند المشهور بعض الروايات الضعيفه المنجبر بعمل أصحاب الحديث كالفضل و الكليني بل و غيرهما» (٢).

اقول: ما نقله الشيخ من تقويه الحمل على الاشاعه في هذه المسأله هو نظير ما ذكره في بيع نصف الدار حيث قال:

«لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار..الى ان قال:

فان علم انه لم يقصد بقوله: يعتك نصف الدار، الا مفهوم هذا اللفظ ففيه احتمالان: حملة على نصفه المملوك له، و حملة على النصف المشاع بينه و بين الأجنبي.

و منشأ الاحتمالين اما تعارض ظاهر النصف، اعنى الحصه المشاعه في مجموع النصفين مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف الى نصفه المختص، و ان لم يكن له هذا الظهور في غير المقام، و لذا يحمل الاقرار على الاشاعه...» (٣).

لو قال بعتك نصف الدار

و التحقيق: هو ان لفظ النصف في قوله: «بعتك نصف الدار»

ص: ٢٣٦

١- ١) الفقيه ج ٤ الص ١٧١، و الكافي ج ٧ [١] الص ١٦٨.

٢- ٢) المكاسب [٢] طبعه تبريز الص ١٥١.

٣- ٣) المكاسب ص ١٥٠ ط تبريز. [٣]

ظاهر فى الاشاعه،الا ان هذا الظاهر لا يصار اليه،لوجود القرينه على خلافه،اذ ان اسناد البيع الى لفظ النصف و ايقاعه عليه يقتضى رفع اليد عن الظهور الأول الدال على الاشاعه،لوجود القرينه على ذلك لكونه يملك نصف الدار و لا بيع الا فى ملك فالبيع يقع على نصفه الخاص لا- على النصف المشاع بينه و بين شريكه حتى يكون المبيوع من حصته الربع فقط،و الربع الآخر من حصه شريكه.

و قرينه اخرى فى المقام هى ظهور ايقاع البيع عن نفسه لا- عنه و عن شريكه.هذا من قبيل قولك:«لا- تضرب احدا»فان لفظ «احد»ينطبق على الاموات كانطباقه على الاحياء بلا فرق،الا ان اسناد الضرب اليه فيه قريه صارفه عن اراده الاموات.و مثل هذا ما لو قال المولى:«بعتك غانما»و غانم اسم مشترك بين عبده و عبد شخص آخر،فان قرينه ايقاع البيع لا تنصرف الا الى عبده المسمى بغانم.

و ليس كذلك ما لو باع الأجنبى فضولا نصف الدار،فانه لا ينصرف الى أحد المالكين بالخصوص،بل ينبغى ان يكون النصف على الاشاعه،اذ لا دليل على عدم الاشاعه،بل يكون المراد نصف المبيع فضولا،ربع من كل واحد من الشريكين.

و هكذا لو أقر احد الشريكين بكون نصف الدار لثالث،بان قال:«نصف هذه الدار لزيد»و حيث ان كلامه هنا يحتمل ان يكون اقرارا على نفسه فيجب عليه دفع نصفه المختص،و يحتمل ان يكون شهاده على شريكه،فيحمل على حصه شريكه،و حيث لا معين فى البين حتى يكون موجبا للحمل على الاقرار او على الشهاده،فيحمل على النصف من مجموع الحصتين،فيكون اقرارا بالنسبه الى نصف نصيبه،

و شهادة على نصف حصه شريكه.

و مثله ما لو أقر لثالث بالارث، فأنكره الثاني، فيكون بالنسبه الى نفسه اقرارا، و حيث ان اقرار العقلاء على أنفسهم جائز، فيجب عليه اعطاء سدس ما بيده، و اما السدس الآخر الذى هو تحت تصرف الوارث الثانى المنكر، فان اقرار هذا يعتبر شهادة عليه، و حيث انه شاهد واحد، فلا يترتب عليه اثر، و لذا لو كانا شاهدين عادلين لثبتت الاشاعه فى كل التركه.

و تمام الكلام فى هذا الموضوع ذكرناه مفصلا فى تعليقتنا على المكاسب.

ميراث الحميل

الفرع الثامن: فى ميراث الحميل:

قال الشيخ فى النهايه: «فهو الذى يجلب من بلاد الكفر و يسترق فاذا تعارف منهم اثنان أو جماعه بنسب يوجب بينهم الموارثه فى شرع الاسلام فانه يقبل قولهم فى ذلك، و يورثون على نسبهم، و لا يطالبون بالبينه على ذلك على حال».

أقول: و ذلك استنادا لروايه عبد الرحمن بن الحجاج قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحميل؟ فقال: و أى شىء الحميل؟»

ص: ٢٣٨

قال:قلت.المرأه تسبى من أهلها معها الولد الصغير،فتقول هذا ابني،و الرجل يسبى فيلقى أخاه.فيقول هو أخى،و ليس لهم بينه إلا قولهم.

فقال:فما يقول فيهم الناس عندكم؟

قلت:لا يورثونهم،لأنه لم يكن لهم على ولادتهم بينه،و انما هى ولاده الشرك.

فقال:سبحان الله،إذا جاءت بابنها أو ابنتها و لم تزل مقره به، و إذا عرف أخاه و كان ذلك فى صحه منهما و لم يزالا مقرين بذلك ورث بعضهم من بعض» (١).

و بهذا النص أيضا عن عبد الرحمن بن الحجاج بسند آخر مع اختلاف فى اللفظ ٢.

و عن سعيد الأعرج عن أبى عبد الله عليه السلام قال:سألته عن رجلين حميلين جيىء بهما من أرض الشرك،فقال أحدهما لصاحبه:

أنت أخى،فعرفا بذلك،ثم اعتقا و مكثا مقرين بالاخاء،ثم ان أحدهما مات؟

فقال الميراث للأخ،يصدقان» ٣.

و لا يعارض ذلك روايه طلحه بن زيد عن أبى عبد الله(ع)عن أبيه(ع)قال«لا يرث الحميل إلا بينه» (٢).

ص:٢٣٩

١- (٣و٢) الكافى كتاب الفرائض باب الحميل حديث ١ و ٢ و [١] ٣ ج ٧ ص ١٦٥ و فى الوسائل كتاب الميراث باب ٨ [٢] حكم الحميل من ابواب الملاعنه و ما أشبهه.

٢- (٤) الاستبصار كتاب الفرائض باب ١٠٧ ميراث الحميل حديث ٣ ص ١٨٦ و فى الوسائل كتاب الميراث باب حكم الحميل من ابواب ولد الملاعنه و ما أشبهه [٣]

لحملها على التقية، قال الشيخ فى الاستبصار: «فلا ینافى الخبرین الأولین، لأن الوجه فى هذا الخبر ان نحمله على التقية لأنه موافق لمذهب بعض العامة».

و فى الوسائل قال: «و یمکن حملة على عدم الاقرار فىكون الحصر اضافة».

ثم انه استفاد من روايه عبد الرحمن المتقدمه انه إذا تعارف كاملان فصاعدا ورث بعضهم عن بعض، و لا يكلف احدهما البینه.

قال الشيخ فى الجواهر: «بلا- خلاف فيه بیننا، بل و لا- اشكال بعد عموم اقرار العقلاء، و انحصاره فیهما، و خصوص المعتبره المستفیضه كصحیح عبد الرحمن- سأل الصادق (ع) عن المرأه تسبی من ارضها و معها ولد صغير فتقول: هو ابنى، و الرجل یسبى فیلقى أخاه فیقول:

هو أخى، و یتعارفان و لیس لهما على ذلك بینة إلا قولهما؟

فقال: ما یقول من قبلکم؟ قلت: لا یورثونهم، لأنهم لم یکن لهم على ذلك بینة انما كانت ولاده فى الشرك؟

فقال «سبحان الله إذا جاءت بابنها أو بنتها معها و لم تزل مقره به و إذا عرف أخاه و كان ذلك فى صحه من عقلهما لا یزالان مقرین بذلك ورث بعضهم من بعض» (1).

و غیره، بل هو دال على قبول اقرار الام بالصغیر، و قد ذکر ذلك فى باب الاقرار للأب خاصه، معللین له بإمكان اقامه الام البینه على ولادتها له دونه.

اقول: الظاهر انه لا- استفاد من الروایه حکما کلیا لکی یتعدى الى غیر المتعارفین من ذوی الانساب الا بالتصادق لعدم ثبوت النسب

ص: ۲۴۰

بالاقرار، و انما يستفاد منه حكمه بالنسبه الى المقر خاصه من غير فرق بين الولد و الاخ و غيرهما كما هو المحكى عن المبسوط حيث قال: «لا يتعدى حكم التوارث الى اولاد المتصادقين و لا غيرهما من ذوى النسب إلا بالتصادق بينهم».

المسأله التاسعه: فى ميراث الغرقى و المهدوم عليهم

لا يخفى ان مقتضى القاعده الأوليه: ان شرط التوارث «هو موت كل مع تأخر حياه الآخر» فمع الشك فى التأخر و التقدم و احتمال التقارن او علم به فلا- ميراث فى البين، لعدم حصول شرطيه التوارث، و اصاله تأخر احدهما عن الآخر معارض باصاله تأخر الآخر. و اما انه مثبت فلا- يجرى، ففيه: ان عنوان التأخر ليس هو الموضوع لكى يكون من الاصول المثبتة لذلك العنوان، و انما الموضوع حياته مع موت الآخر، و ليس جريان الاصل لاثبات عنوان التقارن كما ادعاه بعض بأن اجراء الاصلين مثبت للتقارن، فيعود المحذور بأنه من الاصول المثبتة، لان عنوان التقارن امر انتزاعى يحصل من اجتماعهما فى آن واحد، و ليست الظرفيه و الحالیه اخذت فى الموضوع لكى يكون جريان الاصول مثبتا لذلك العنوان، و انما المقام من قبيل عرضين لمحلين، و لا تظهر الثمره بين كون الاصل فى المقام من الاصول المثبتة للجهل بتاريخ الحادثين.

و اما لو علم تاريخ احدهما دون الآخر فيمكن جريان الاصل فى مجهول التاريخ، فيكون من قبيل ما لو احرز احد الجزئين بالوجدان و الآخر بالاصل، فيحصل موضوع الارث لما عرفت من ان المقام من

قبيل عرضين لمحلين و ان التقارن هو عنوان انتزاعي و ليس مأخوذا في موضوع الارث.

هذا كله لو قلنا بجريان الاستصحاب في مجهول التاريخ، و اما لو منعنا جريانه بدعوى عدم اتصال اليقين بالشك كما عن المحقق الخراساني (قده) في كفايته بتقريب:

ان عندنا ازمه ثلاثه مثلا- يوم الخميس نقطع بعدم وجود الحادثين كاسلام الوارث و موت المورث، و في يوم الجمعة نعلم بحدوث احد الحادثين و في يوم السبت نقطع بحدوث الحادث الآخر، فالزمان الأول زمان المتيقن الذي هو المستصحب، و هو عدم حدوث كل واحد منهما.

و زمان الشك انما هو زمان الثالث لا الثاني، إذ المفروض ان الشك في التقدم و التأخر لا في اصل الحدوث، و ذلك لا يحصل الا- بعد وجود الا-ثنين، حيث ان التأخر و التقدم من الاضافات التي يتوقف على وجود الا-ثنين، و ظرف وجودهما ليس الا الثالث، فلم يتصل زمان المشكوك بما هو مشكوك بزمان المتيقن لكي يحصل ملاك الاستصحاب الذي هو جر المتيقن الى زمان المشكوك، و ذلك يقتضى اتصال زمان المشكوك بالمتيقن.

و لكن لا- يخفى ان ذلك انما يتصور لو كان في الزمان الثاني الذي هو يوم الجمعة حصل له يقين بما يخالف ما تيقنه سابقا، ثم زال و حصل له الشك في اليوم الثالث لكي يقال بانه لم يتصل المشكوك بالمتيقن، و اما لو كان في اليوم الثاني حصل له القطع باحدهما لا على اليقين فذلك يوجب الشك في خصوص كل واحد منهما بعد ما كان يتيقن عدم كل واحد منهما.

ص: ٢٤٢

و بالجمله ما يتيقن عدم احدهما كاسلام الوارث فى الزمان الأول يكون مشكوكا فى الزمان الثانى الذى يعلم وجود احدهما، و كذلك فى الزمان الثالث، فيكون ذلك اليقين السابق مشكوكا فيحصل ملاك الاستصحاب.

و بعبارة اخرى المتيقن السابق فى الزمان الثانى الذى هو يوم الجمعة لم يحصل له يقين بارتفاعه او بقاءه، و انما هو مشكوك بقاءه و ارتفاعه فمع حصول ذلك المشكوك فى الزمان الثانى و الثالث لا- مانع من التعبد بجر الحاله السابقه، و لم ينفصل المشكوك بالمتيقن.

و حاصل الكلام: ان العلم بحدوث احد الحادثين فى الزمان الثالث لا يرفع الشك فى بقاء خصوص كل واحد من الحادثين المتيقن عدمهما فى الزمان الاول. و انما يكون العلم بحدوث احد الحادثين منشأ للشك فى بقاء ذلك القدر المتيقن فى الزمان الاول.

و كيف كان فقد ذكرنا فى مباحث الاصول ان الحادثين المتعاقبين لو علم بحدوثهما و شك فى المتأخر و المتقدم و كانا من مجهولى التاريخ و كان لكل واحد من العدمين أثر عملى، فلا مانع من جريانهما الا ان يسقطا بالمعارضه.

نعم لو لم يكن لاحدهما أثر شرعى فلا يجرى فيه الاستصحاب فيجرى بالطرف الآخر من دون معارض.

هذا اذا كان الاثر لكل واحد منهما بالخصوص من دون دخل لعنوان التقارن او التقدم او التأخر. و اما لو كان الاثر لهذه العناوين فلا يجرى الاستصحاب فى خصوص كل واحد منهما لاثبات ذلك حيث انه من الاصول المثبتة، و كذلك أصاله تأخره الى زمان كذا. كان حدوثه فى ذلك الزمان او كان الاثر مترتبا على حدوثه فيه بناء على ان

يكون حدوثه في زمان عباره عن ان يكون اول وجوده في ذلك الزمان.

نعم لو كان حدوثه عباره عن كونه موجودا في ذلك الزمان و معدوما قبله فحينئذ يصير من الموضوع المركب الذى ثبت احد جزئيه بالوجدان و الآخر بالاصل.

و اما بالنسبه الى استصحاب نفس العناوين لو ترتب عليها أثر عملى شرعى،فليس لها حاله سابقه لو كان بنحو ليس الناقصه،و اما لو كان بنحو ليس التامه فلا- مانع من جريانه باعتبار ان له حاله سابقه و هو العدم الازلى بناء على كون هذه الاضافات من المحمولات بالضميمه و انها من الامور الواقعيه الخارجيه،بمعنى ان الخارج يكون ظرفا لنفسها.

و اما بناء على ان هذه الاضافات من الخارج المحمول التى ليس لها ما بازاء فى الخارج الا- منشأ الاعتبار فلا- يجرى الاستصحاب،إذ لا مجال لجريان اصاله العدم اذ ليست من الخارجيات المسبوقه بالعدم، و لازمه ان تكون اصاله العدم تجرى فى منشأ انتزاعها الذى هو الحدوثات الخاصه الزمانيه لكونها هى التى تقوم بها المصلحه و المفسده،و لكونها موضوعا للأثر.

و الفرق بين الامرين انه على الاول تجرى اصاله العدم فى كل من التقدم و التأخر و التقارن بنحو مفاد ليس التامه،لكونها تعد من الخارجيات المسبوقه بالعدم الازلى،غايه الامر عند العلم بانقلاب احد هذه الاعدام المستصحبه مع فرض ترتب الاثر على كل واحد من الاضافات اى التقدم و التأخر و التقارن يسقط الجميع بالمعارضه و مع عدم فرض ترتب الاثر على احدها فيجرى بالنسبه الى ما فيه الاثر و لا يجرى بالنسبه الى ما ليس فيه الاثر.

و اما على الثانى و فرض ترتب الاثر على كل واحد من العناوين فيجرى استصحاب الحادث بحسب اجراء الزمان المتقدم على الحادث الآخر،و المقارن دون المتأخر،للعلم الاجمالى بانقلابه الى النقيض اما مقدما او مؤخرا،و بذلك لا يبقى مجال للمعارضه بين تلك الاصول، إذ هي فرع جريان اصاله عدم الحادث فى الزمان المتأخر و مع عدم جريانه فيه للعلم المذكور،فلا معارضه فى البين.

كما انه لا- مجال لجريان اصاله عدم الحدوث المتأخر بلحاظ بقاء وصف المتأخر،لما عرفت ان فرع خارجيه تلك الامور و واقعتها بمعنى ان يكون الخارج ظرفا لنفسها،و الا- مع عدمها كما هو المفروض على الثانى لا- يبقى مجال لجريانه فى نفس الوصف و الاضافه،نعم يجرى فى شخص الحدوث الخاص لخصوص ذاته،و المفروض حصول العلم بانتقاض العدم الخاص المتيقن فى ضمن اليقين بعدم الجامع بين الحدوثات باليقين بالوجود.

و بالجمله:الموضوع للارث موت احدهما مع حياه الآخر لا- بنحو المعيه و لا الظرفيه و الحاليه.نعم لو كان المأخوذ احد هذه العناوين فى الموضوع فلا يجرى الأصل بالنسبه الى ما علم تاريخ احدهما،لكونه من الاصول المثبتة،فعدم جريانه بالنسبه الى مجهولى التاريخ بطريق اولى، و حيث انك عرفت ان الموضوع للارث لم يؤخذ فيه احد تلك العناوين، لذا فالاقرب انه لو علم تاريخ احدهما و جهل تاريخ الآخر نقول بارث المجهول دون المعلوم،باصاله عدم موت المجهول الى زمان موت المعلوم لتحقق موضوع الارث،بخلاف ما إذا كانا مجهولى التاريخ فانه لا يجرى الأصل لما عرفت من المعارضه،فلا بد حينئذ من القرعه لو علم عدم التقارن،و مع عدم التقارن لا توارث بينهما مع احتمال مجيء القرعه.

وقد انقذح مما ذكرنا انه فى مورد الاشتباه أى ان لم يعلم موت احدهما قبل الآخر مع احتمال التقارن مقتضى القاعده الاولى انه لا- توارث بينهما بأى سبب حصل الموت، سواء كان للغرق او الهدم او الحرق او القتل او الموت حتف الأنف. نعم استثنى من ذلك انه لو كان بسبب الغرق و الهدم يحصل بينهما التوارث للاجماع بقسميه و للأخبار الصحيحه كصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال:

«سألت ابا عبد الله (ع) عن قوم يغرقون فى السفينه، أو يقع عليهم بيت فيموتون فلا يعلم ايهم مات قبل صاحبه؟

قال: «يورث بعضهم من بعض كذلك هو فى كتاب على» (١).

و مثله صحيحته الاخرى الا انه قال: «كذلك وجدناه فى كتاب على» ٢.

و روايه محمد بن قيس عن أبى جعفر قال: «قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل و امرأه انهدم عليهما بيت فماتا و لا يدري ايهما مات قبل؟

فقال: يرث كل واحد منهما زوجه كما فرض الله لورثتهما» ٣.

الى غير ذلك من اخبار الباب الداله على اثبات التوارث بعضهم من بعض، و لكن لا يرث مما ورثه صاحبه للزوم التسلسل و للروايات الداله على ذلك، كروايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر (ع) الى ان قال: «يورث بعضهم من بعض من صلب اموالهم، لا يورث ما يورث

ص: ٢٤٤

١- ٢ و ٣) الوسائل كتاب الميراث باب ١ [١] انه يرث كل واحد منهم الآخر من ابواب ميراث الغرقى.

بعضهم بعضا شيئا» (١).

و روايه حمران بن أعين عن ذكره عن امير المؤمنين (ع) الى ان قال: «و لا يرث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء شيئا، و لا يرث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء شيئا» ٢.

شروط ميراث الغرقى و المهدوم عليهم

و يشترط فى ميراث الغرقى و المهدوم عليهم امور:

الاول: ان يكون لاحدهما مال، فلو لم يكن مال لهما فلا توارث لأنتفاء الموضوع.

الثانى: ان يكون بينهما توارث، فان لم يكن بينهما توارث كما لو مات اخوان و كان لكل واحد منهما ولد، فلا توارث لعدم تحقق موضوع الارث.

و اما لو كان لاحدهما وارث دون الآخر، كما لو كان لاحدهما ولد: فظاهر النص انه يقع بينهما التوارث، بل ادعى الاجماع على ذلك.

و دعوى انه لا توارث بينهما اقتصارا على مورد النص فيما خالف الاصل ممنوعه، لما ذكرنا من الاجماع و الاطلاق.

الثالث: ان يشتهب المتقدم بالمتأخر او التقارن، فلو علم بأحدهما فلا توارث كما هو صريح النص و الفتوى.

ص: ٢٤٧

١ - ٢) الوسائل كتاب الميراث باب ٣ [١] ان الغرقى و المهدوم عليهم يرث كل من صاحبه من ماله الاصلى من ابواب ميراث الغرقى.

و اما لو كان بسبب غير الهدم و الغرق،فاما ان يكون بسبب الموت حتف الأنف:الظاهر انه لا خلاف في عدم التوارث لروايه القداح عن الباقر(ع):«ماتت ام كلثوم بنت علي(ع)و ابنها زيد من عمر بن الخطاب في ساعه واحده،لا يدري ايهما هلك قبل،فلم يورث احدهما من الآخر و صلى عليهما جميعا»(١).

و دعوى انه محمول على ما علم التقارن خلاف ما هو نص الروايه.

و اما اذا كان بسبب غير الموت حتف الأنف،مثل الحرق و القتل و غيرهما و علم عدم الاقتران و انما اشتبه السابق باللاحق،فظاهر الاصحاب هو اعتبار القرعه،للعلم باريه احدهما للآخر،إلا انه لم يعلم أيهما بل ربما يقال بأنه بالنسبه الى الغرق و الهدم و علم عدم التقارن و اشتبه المتقدم بالتأخر هو ايضا اعتبار القرعه،اقتصارا فيما خالف النص للأصل.بل قيل بسقوط الارث لعدم تحقق موضوعه و ان كان يقوى الأول لشمول القرعه لمثل ذلك.

و اما ان لم يعلم الاقتران بل احتمله فهل يلحق ما عدا الغرق و الهدم و الموت حتف الأنف بالغرق و الهدم؟و جهان:

قيل باللاحق لما يستفاد من روايات الغرق و الهدم العله القطعيه بنحو يوجب التعدى لاجل عليه الاشتباه،و لذا قوى في الرياض ذلك محتجا بقوه احتمال كون العله المحتج بها قطعيه منقحه بطريق الاعتبار و ينسب الى الشيخ في النهايه ذلك.

قال الشيخ في الجواهر:«بل قيل صريحها و صريح أبي علي و ابي الصلاح و أبي حمزه و سعيد و المحقق الطوسي و ظاهر المبسوط و السرائر

ص: ٢٤٨

١-١) التهذيب كتاب الميراث باب ٣٦ حديث ١٥ ج ٩ ص ٣٦٣ و في الوسائل كتاب الميراث باب ٥ من ابواب ميراث الغرقى.

[١]

و المراسم و المهذب، للأشتراك فى الاشتباه الذى هو العله و الا-كثر كما فى الروضه و المسالك على عدم الاطراد، بل عن الكفايه نسبه الى الأصحاب و هو الأقوى اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن بعد عدم العلم بل و الظن المعبر بكون العله الاشتباه و العلم لحرمة القياس.

مضافا الى ما روى ان قتلى اليمامة و صفين و الحره لم يورث بعضهم من بعض».

اقول ذكرنا سابقا بان اطراد العله لكى يتعدى بها عن المورد انما يكون اذا رجعت الى العله المنصوصه التى مرجعها الى قضيه كليه تشتمل على كبرى تقتضى انطباقها على موضوعات و مصاديق يكون المورد احدها، كقولنا الخمر حرام لأنه مسكر، فى قوه قولنا الخمر مسكر و كل مسكر حرام فالخمر حرام، و عليه: لا- يكون للمورد خصوصيه لما يستفاد من التعليل ان المورد من صغريات تلك الكليه، و الا- لم يكن للتعليل معنى، بل يكون لغوا، و عليه يخرج من القياس المحرم اتباعه بل يكون استدلالا بالدليل و لكن استفاده ذلك فى المقام مما يقطع بخلافه بل يمكن ان يقال انه من العله المستنبطه التى هى أشبه بالقياس الممنوع عنه شرعا.

قال الشيخ(قده) فى الجواهر: «و من الغريب ما فى الرياض هنا من الميل الى الأول، أى اطراد الحكم مع اسباب الاشتباه محتجا عليه بقوه احتمال كون العله المحتج بها قطعيه منقحه بطريق أولى بالاعتبار لا- مستنبطه بطريق المظنه الملحق بالقياس المحرم فى الشريعة، الى ان قال قدس سره:

إذ هو كما ترى من غرائب الكلام، فان قوه احتمال كون العله قطعيه لا يكاد يتصور له معنى محصل الى ان قال:

على ان احتمال القطع أو الظن على فرض تصوره غير مجد في الخروج عن حرمه القياس، و لیتنا فهمنا العله القطعيه المنقحه بطريق الاعتبار من المستنبطه بطريق المظنه على وجه يفيد التعديه التي اشار اليها مع فرض عدم اندراجها في الموجود من النصوص».

و بالجملة: استفاده العله القطعيه الموجهه للتعدى خلاف الانصاف و ظاهر الأصحاب هو عدم اللاحق لكونه من القياس الممنوع شرعا، و عدم استفاده العليه القطعيه من ذلك و الظنيه لا توجب اللاحق لا سيما إذا كان النص على خلاف الأصل، فلازمه عدم التعدى اقتصارا فيما خالف النص الأصل.

نعم في مثل بعض الفروع مثل الغرق بماء المضاف أو النفط أو نحو ذلك بل و مثل هدم الجبل أو انكسار شجره عليه أو وقوع بيت شعر أو خيمه و نحوها، فيمكن القول بالتعدى و ان كان ذلك محل اشكال لما عرفت من ان الحكم على خلاف الأصل، و لذا يؤخذ بالقدر المتيقن، و من هنا يشكل التعدى لمثل وقوع تل من البرف أو الثلج.

و كيف كان ففي كل مورد شككنا في تقدم احدهما على الآخر و احتملنا التقارن، فعدم التوارث هو الأقوى، و لا مجال لمجىء القرعه نعم انها تأتي فيما إذا لم يحتمل التقارن و قطعنا بتقدم موت احدهما على الآخر زمانا و لكن شككنا في ايهما المتقدم، فهو مجال للقول بالقرعه، بل هو المستفاد من الأخبار.

ففي روايه حريز عن احدهما قال: «قضى امير المؤمنين (ع) باليمن في قوم انهدمت عليهم دار لهم فبقى صبيان احدهما مملوك و الآخر حر، فأسهم بينهما فخرج السهم على احدهما، فجعل المال له و اعتق

الى غير ذلك من الأخبار الداله على ان القرعه لكل أمر مشكل و لكن الاصحاب لم يعملوا بهذا العموم و انما عملوا بها فى موارد خاصه و الظاهر ان هذه الموارد منها.

ثم لا يخفى ان فى وجوب تقديم الأضعف بالتوريث على الأقوى خلافا. قيل بعدم وجوبه للأصل و ظاهر الأصحاب هو الوجوب كما فى المبسوط و النهايه و السرائر، و لروايه الفضل بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السلام فى المرأه و زوجها سقط عليهما بيت؟

فقال (ع): «تورث المرأه من الرجل، ثم يورث الرجل من المرأه» (٢).

و عن عبيد بن زراره، سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل سقط عليه و على امرأته بيت؟

فقال عليه السلام: تورث المرأه من الرجل، ثم يورث الرجل من المرأه» (٣).

و هكذا صحيحه محمد بن مسلم (٤)، الى غير ذلك من الأخبار

ص: ٢٥١

١- (١) التهذيب كتاب الفرائض باب ٣٦ حديث ٣ ج ٩ ص ٣٦٢ و فى الوسائل كتاب الميراث باب ٤ [١] حر و مملوك اشتبها حكم بالقرعه من ابواب ميراث الغرقى.

٢- (٢) ممن لا يحضره الفقيه ج ٤ ص ٢٢٥.

٣- (٣) التهذيب الا ان الحديث ١.

٤- (٤) نفس المصدر الا ان الحديث ٨ و الجمع ج ٩ ص ٣٥٩ و ٣٦٠ و ٣٦١ و فى الوسائل كتاب الميراث باب الاول و ٦ و ٣ من ابواب ميراث الغرقى. [٢]

المستفاده منها تقديم الأضعف ارثا على الأقوى.

و الذى يقوى هو ذلك و عليه جماعه، و دعوى ان هذه الأخبار مخصوصه بالزوج و الزوجه، أو ان الترتيب ذكرى، أو يستفاد منها الاستحباب فى غير محلها، اذ هو خلاف ظاهر الأخبار.

و بالجمله ان الظاهر هو تقديم الأضعف على الأقوى لما ينقل من الاجماع على ذلك.

هذا كله لو كان كل منهما له مال. و اما لو كان المال لاحدهما و الآخر لا مال له، فالمستفاد من الأخبار هو ان الميراث لمن لا مال له، للأخبار المستفيضة التى بمضمونها أفتى الأصحاب. ثم انك قد عرفت ان الحكم بالتوارث فى العرقى و المهدوم عليهم خلاف الأصل، فلذا يشكل التعدى الى ما لو كان توارث بعضهم لبعض دون البعض الآخر الا على تقدير غير معلوم كما لو غرق الأب و ولداه فان الولدين لا يتوارثان الا مع فقد الأب بل يقوى عدم التعدى و الله العالم.

المسألة العاشرة: فى ميراث المجوس

لا- يخفى ان المجوس اذا ترفعوا الى حكام الاسلام فهل يورثون بالنسب و السبب الصحيحين و الفاسدين، أو لا يورثون الا من الصحيح سببا و نسبا أو يفصل بين النسب و السبب فيحكم بآرثه فى النسب صحيحا و فاسدا و لا- يرث من السبب الا صحيحا؟ اقوال.

الظاهر هو الأول، فلو نكح مجوسى امه و أولدها ذكرا و رثته امه لكونها اما، فتأخذ السدس و تأخذ الثمن لكونها زوجته، و لو ولدت بنتا فلها الثمن و السدس و للبنت النصف و الزائد يرد على البنت و امها

ص: ٢٥٢

ارباعاً، وهكذا لو ماتت الزوجه فانه يرثها للزوجيه فيأخذ النصف مع عدم الولد و معه الربع و الباقي له و لو اجتمع السبيان و احدهما يمنع الآخر ورث من جهه المانع مثل بنت هي اخت لام فان لها نصيب البنت دون الاخت، لان الاخت لا ميراث لها مع البنت عندنا على المشهور بين الاصحاب كما هو المحكى عن التحرير و لروايه السكوني عن علي (ع) انه كان يورث المجوس اذا تزوج بامه او بابنته من وجهين:

من وجه انها أمه و وجه انها زوجته (١).

و عن عبد الله بن سنان: «قذف مجوسيا عند ابي عبد الله (ع) فقال: (مه) فقال الرجل: انه ينكح أمه و اخته. فقال: «ذلك عندهم نكاح في دينهم» (٢).

و خبر محمد بن مسلم سألت أبا جعفر (ع) عن الاحكام قال:

«تجوز على كل ذى دين بما يستحلون» (٣).

و عن علي بن حمزه قال: قال أبو الحسن (ع): «الزموهم بما الزموا به أنفسهم» ٤.

ص: ٢٥٣

١- ١) التهذيب كتاب الفرائض باب ٣٧ ميراث المجوس حديث ١ ج ٩ ص ٣٦٤، و في الوسائل كتاب الميراث باب ١ من ابواب ميراث المجوس انهم يورثون النسب و السبب. [١]

٢- ٢) الوسائل كتاب الميراث باب ٢ [٢] تحريم قذف المجوس من ابواب ميراث المجوس.

٣- ٣ و ٤) الوسائل كتاب الميراث باب ٣ [٣] من اعتقد شيئاً لزمه حكمه من ابواب ميراث المجوس و في التهذيب كتاب الفرائض باب ٢٩ ص ٣٢٢.

و فى روايه ان كل قوم دانوا بشىء يلزمهم حكمه (١).

الى غير ذلك من الاخبار الداله على صحه ترتيب الآثار عليهم، و لو لا هذه الاخبار لكان القول بالتفصيل بين النسب فيرث به صحيحا و فاسدا، و بين السبب فان صحيحه يوجب التوارث دون الفاسد هو الاقوى لدخول هذا النكاح الصحيح عندهم بالفاسد عندنا بالنسبه الى النسب تحت الشبهه، فيكون من وطىء الشبهه فيدخل تحت عمومات الارث.

و اما بالنسبه الى السبب فلا تكون الزوجيه شبهه، إذ لا تكون الام زوجه و لا الواطىء لها زوج، فلا يرث بسبب فاسد لكونه شبهه.

و فى اللمعه قوى ذلك استنادا الى قوله تعالى: «وَ أَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ» (٢) و قوله تعالى: «وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ» (٣) و قوله تعالى: «وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ» (٤) و لا شىء من الفاسد بما أنزل الله و لا بحق و لا بقسط، ثم قال: و اما أخبار الشيخ فعمدتها خبر السكونى و أمره واضح، و الباقي لا ينهض على مطلوبه.

و لكن لا- يخفى انه بملا-حظه تلك الروايات يصير حكما بما أنزل و انه حكم بالقسط، و بتلك الروايات تدخل تحت عمومات الارث، و اما خبر السكونى فضعفه بعض الا انه منجبر بشهره الروايه كما عن ابن الجنيد، أو بفتوى الاصحاب كما عن التحرير، على ان الشيخ نقل اجماع الطائفه على العمل بخبر السكونى و حفص بن غياث و غياث بن

ص: ٢٥٤

١- ١) الوسائل كتاب الميراث باب ١ من ابواب ميراث المجوس. [١]

٢- ٢) سورة المائده الآيه ٤٩. [٢]

٣- ٣) سورة الكهف الآيه ٢٩. [٣]

٤- ٤) سورة المائده الآيه ٤٢. [٤]

كلوب، و على العمل بروايه بنى فضال الى ان قال- كما عن مفتاح الكرامه- و لو تركنا العمل بأخبار هؤلاء لسقط معظم الفقه، و لاجل ذلك قوينا القول الأول على ما عرفت انه المشهور و للروايات المتقدمه.

قال الشيخ صاحب الجواهر(قده) و الشيخ أبو جعفر الطوسي و من تابعه و سلار و القاضي و ابن حمزه و غيرهم يورثونه بالأمرين صحيحهما و فاسدهما بل فى محكى التحرير انه المشهور، و عن الاسكافى انه مشهور عن على(ع) لما رواه السكونى الى ان قال قدس سره:

و الظاهر هو الحق و القسط الذى قد انزل الله و أمر نبيه بالحكم به عليهم».

و على ما اخترنا من انهم يورثون بالأمرين صحيحهما و فاسدهما لو اجتمع الأمران لواحد و رث بهما، مثل أم هى زوجه، فان لها نصيب الزوجيه و هو الربع مع عدم الولد و الثلث نصيب الامومه من الاصل، فان لم يكن لها مشارك كالابن فالباقي يرد عليها بالامومه، و كما فى بنت هى زوجه فان لها الثمن نصيب الزوجيه و النصف نصيب البنتيه، و الباقي يرد عليها بالقرايه اذا لم يكن لها مشارك.

و لو كان له ابوان كان لهما السدسان، و لها الثمن و النصف، و ما يفضل عنهما يرد بالقرايه عليها و على الابوين اخماسا.

و كذا أخت هى زوجه لها الربع نصيب الزوجيه مع عدم الولد و النصف نصيب الاخت و الباقي يرد عليها بالقرايه اذا لم يكن لها مشارك.

و كذا جده هى أخت كما لو تزوج زيد بنته فأولدها بنتا و تزوج البنت فأولدها ولدا اسمه بكر، فام البنت جده بكر و أخته.

و لو اجتمع السبيان و احدهما يمنع الآخر و رث من جهه المانع،

مثلا بنت هي أخت من أم فان لها نصيب البنت دون الاخت لأنه لا ميراث لاخت مع بنت عندنا.

و كذا بنت هي بنت بنت، فان لها نصيب البنت دون بنت البنت لأنه لا ميراث لبنت البنت مع البنت عندنا.

و كذا عمه هي أخت من أب كما لو تزوج زيد بامه و له ابن فأولدها بنتا هي عمه الابن و أخته فان لها نصيب الاخت دون العمه.

و كذا عمه هي بنت عمه كما لو كان لزيد بنت و ابن و للابن اولاد فتزوج زيد بنته فأولدها بنتا، فهي أخت الابن و بنت أخته و عمه أولاد الابن و بنت عمتهم، فان لها نصيب العمه لأنه لا ميراث لبنت العمه مع العمه.

و لو فرض مشروعيه الاشتراك في الزوجه عندهم فتزوج اثنان منهم امرأه كانا معا شريكين في نصيب الزوجيه منها النصف و الربع، لان كل واحد يستحق النصف أو الربع.

قال الشيخ قدس سره في الجواهر: «ضروره صيرورتهم كالزوجات المشتركات في الثمن من الزوج أو الربع، نعم لا يبعد استحقاقها هي من كل واحد منهم نصيب الزوجيه الثمن أو الربع لا نصف الثمن و نصف الربع مع احتماله فتأمل.

ثم قال قدس سره: و لو تزوجوا بالسبب الفاسد عندهم الصحيح عندنا، أمكن جريان أحكام الصحيح عليه لاطلاق ما دل على صحته التي لا يقدر فيها زعمهم الفساد و يحتمل الزامهم بأحكام الفاسد معامله لهم بما يقتضيه دينهم و الزاما بما ألزموا انفسهم».

و اما على ما اختاره في اللمعه فلو نكح المجوسى امه فأولدها ورثته امه بالامومه، و ورثه ولدها بالنسب الفاسد، و لا ترثه الام بالزوجيه

لأنه سبب فاسد.

ثم قال: و لو نكح المسلم بعض محارمه شبهه وقع التوارث بينه و بين اولاده بالنسب ايضا و ان كان فاسدا.

ثم فرع عليهما فروعا ثمانية:

الفرع الأول: لو نكح المجوسى ابنته فأولدها بنتين أو المسلم شبهه النسب، و لو كان فاسدا من حيث البنتين.

الفرع الثانى: لو ماتت احدى البنتين فقد تركت امها و اختها، المال لامها لكونها من الطبقة الاولى و ان كان الارث من امها بنسب فاسد.

الفرع الثالث: لو ماتت الام ورثتها ابنتاها لانهما ابنتاها و لو بنسب فاسد.

الفرع الرابع: و ان ماتت احدهما بعد موت الام ورثتها الاخرى لعدم المانع بعد فرض موت الام قبلها.

الفرع الخامس: لو أولد المجوسى البنت بنتا ثم أولد الثانية بنتا ورثته بالسويه لكون كلهن بناته بالنسب.

الفرع السادس: لو ماتت العليا، أى ام الثانية وجده الثالثه، ورثتها الوسطى دون السفلى، لتقدم الوسطى درجه على السفلى.

الفرع السابع: لو ماتت الوسطى فللعليا أى أم البنت المتوفيه نصيب الام، أى السادسة، و السفلى أى بنت المتوفيه النصف، و الباقي يرد عليهما ارباعا.

الفرع الثامن: لو ماتت السفلى ورثتها الوسطى، لأنها أمها، و لم ترثها العليا لكونها جده و اختا و هما محجوبان بالام حيث انها من الطبقة الاولى دون الجده و الاخت فانهما من الطبقة الثانية.

ص: ٢٥٧

فظهر من ذلك ان القول بعدم ارثه إلا فى الصحيح ضعيف و ان قال به جماعه استنادا الى فساد ذلك عند المسلمين، و ان الارث يترتب عن النسب و السبب الصحيحين و ذلك هو الحكم بما انزل و حكم بالقسط ففيه ما لا يخفى انه بملاحظه تلك الروايات يصير حكما بما انزل و انه حكم بالقسط و بتلك الروايات يدخل تحت عمومات الارث.

ثم لا يخفى ان أهل الملل انما يتوارثون بالسبب الفاسد اذا بقوا على ملتهم و تدينوا بدينهم.

اما لو أسلم المجوسى مثلا عن زوجه هى احد محارمه أو اسلمت هى دونه أو اسلما معا بطل النكاح و التوارث بزوال العذر، و دخوله تحت النص غير معلوم بل يمكن دعوى عدم دخوله.

و اما المسلمون فلا يتوارثون بالسبب الفاسد و ان كانوا معذورين به مع الجهل فمن تزوج المرأة لشبهه و هى لا تحل له فلا ترثه و لا يرثها سواء كان التحريم ذاتيا بأن كانت من محارمه كالام و الاخت أم عرضيا كذات البعل.

نعم بالنسبه الى النسب الذى هو شبهه فانه يرث كالصحيح، فلو جهل الرجل ابنته و تزوج بها شبهه بتخيل انها اجنبيه فاولدها ثم مات اشترك الولد و امه بميراثه لانه أب لهما، و لو ماتت عنه و عن ابناء الابناء استقل الولد بالميراث لانه أقرب، و هكذا بالنسبه الى ما

الحاديه عشره: فى ميراث الخنى

و الكلام فيها تاره فى مقام الثبوت و اخرى فى مقام الاثبات، اما الأول: فهى انها فى الواقع اما رجل أو امرأه، حيث ان طبيعه البشر

لا تخلوا من احد أمرين، و ليس هناك طبيعه ثالثه غير الامرين لقوله تعالى: «يَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَ يَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكَورَ» (١) و قوله تعالى: «وَ أَنَّهُ خَلَقَ الرِّجَالَ الذَّكَرَ وَ الْمَائِثَةَ» (٢) فان الظاهر من الآيتين حصر الموهوب و المخلوق فى الامرين: الذكر و الانثى، و يؤيد ذلك قوله تعالى: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» (٣) حيث انه لو كان هناك طبيعه ثالثه يلزم اهمالها و لم يبين حكمها.

اللهم الا ان يمنع الحصر منها بل جاريه مجرى الغالب بأن تكون ناظره الى الاغلب.

و اما الثانى: فالخنثى اما مشكل و اما غير مشكل، اما الثانى و هو ما يحكم عليه انه ملحق اما بالرجال بواسطة وجود الامارات التى جعلها الشارع اماره لتشخيص كونه من الرجال، و اما انه ملحق بالنساء لوجود اماره لتشخيص كونها من النساء، فمع وجود امارات الرجال أو النساء فمثل ذلك لا يكون الخنثى من المشكل.

و اما المشكل فهو لا يحكم عليه بانه رجل أو امرأه لفقد امارات الطرفين، أو لتعارضها، الا ان التبع فى روايات الباب لا تجد خنثى مشكله، فان المستفاد من الأخبار امارتين: خروج البول من أى الفرجين، فان خرج من فرج الرجال الحق بهن، و ان خرج من فرج النساء الحق بهم، و على فرض خروجه من كليهما ينظر الى السابق بينهما فيلحق به، و على تقدير مقارنته خروجا من كل واحد من الفرجين فيؤخذ بالاماره الثانيه و هى عد اضلاعه الايمن و الايسر، فان نقص ضلعا

ص: ٢٥٩

١- ١) سورة الشورى الآيه ٤٩. [١]

٢- ٢) سورة الطور الآيه ٤٥. [٢]

٣- ٣) سورة النساء.

فرجل، و ان لم ينقص فامرأه نعم يمكن ان يتصور الخنثى المشكل فيما اذا أخرج البول من فرج الرجل و نقص الأيسر عن الايمن بالنسبه الى الاعضاء، أو نقول بان الخنثى طبيعه ثالثه و كلاهما محل نظر:

اما الاول: فالذى يظهر من الاخبار ترتب الامارتين بمعنى ان خروج البول يلحظ اولاً- فى مقام الاماريه و اذا تفارن الخروج و الانتهاء فى البول يلحظ عد الاعضاء.

و اما الثانى فقد عرفت ان المستفاد انه لا- طبيعه ثالثه بل الخنثى اما رجل أو امرأه، و عليه لا- بد ان يلاحظ فيهما حال العلم الاجمالى فى مقام التكليف بالجمع بينهما، و لا تجرى القرعه لما عرفت انها فى الشبهات الموضوعيه، أو الحكميه فيما تعد الشبهه من المعضله.

و قد عرفت من الاخبار الوارده فى المقام عدم تحقق الشبهه، فيرفع الجهل، فلا يكون من الامر المجهول اذ القرعه تجرى حيث لا اماره مع وجود مثل روايه هشام بن سالم فان مفادها بعد تساوى المبالين يعطى نصف نصيب الرجل و نصف نصيب المرأه.

و مثل روايه اسحاق بن عمار عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام: «ان عليا عليه السلام كان يقول: للخنثى يورث من حيث يبول فان بال منهما جميعاً فمن ايهما سبق البول ورث منه فان مات و لم يبيل فنصف عقل المرأه و نصف عقل الرجل».

و لا يعارضها ظاهراً خبر عد الاضلاع لاعراض الاصحاب عنه، و العمل بمؤدى تلك الروايات متعين.

هذا و المستفاد من الأخبار ان الخنثى هو «من له فرج الرجال و النساء» و لا اشكال انه يرث على الفرغ الذى يبول منه، فان كان من فرج الرجل فهو من الرجال، و الا فهو من النساء، للاجماع بقسميه، و لخبر طلحه عن الصادق (ع):

«انه كان امير المؤمنين(ع) يورث الخنثى من حيث يبول» (١).

و هكذا خبر داوود بن فرقد: «ان كان يبول من ذكره فله ميراث الذكر، و ان كان يبول من القبل فله ميراث الانثى» (٢).

و اما لو بال منهما فمن حيث سبق منه البول للاجماع بقسميه، و لصحيحه هشام بن سالم، فانه قال: «يورث من حيث يبول، فان خرج منهما جميعا فمن حيث سبق».

و اما لو سبق منهما فيختبر بالانقطاع، و ان كان في الاخير محل مناقشه إذ ليس في الروايات استفاده بأن الانقطاع له اماريه. و لذا قال المرتضى و الصدوق بعدم الاعتبار.

و لكن لا يخفى: انه يمكن استفاده ذلك من بعض النصوص، كمثل قوله في المرسل: (ابعدهما) بناء على الابعد زمانا، مضافا الى الاجماع المنقوله من السرائر و التحرير و المفاتيح، قال الشيخ في الجواهر (قده). في شرح قول المحقق: «اعتبر الذى ينقطع اخيرا».

فيورث عليه اجماعا فى محكى السرائر و التحرير و المفاتيح، و ظاهر الغنيه و الخلاف بل و كتاب الاعلام للمفيد، مضافا الى ظهور كونه المراد من قوله فى المرسل -ابعدهما- على معنى ابعدهما زمانا، و ليس هو الا- الذى ينقطع أخيرا بعد فرض تساويهما فى الابتداء، بل قيل انه المراد

ص: ٢٤١

١ - ١) التهذيب كتاب الفرائض باب ٣٥ ميراث الخنثى الحديث ٢ ج ٩ ص ٣٥٤، و فى الكافى كتاب الموارث باب الخنثى الحديث ٢ ج ٧ [١] ص ١٥٦.

٢ - ٢) الوسائل كتاب الميراث باب ١ [٢] انه يرث على الفرج من ابواب الخنثى، و فى التهذيب كتاب الفرائض باب ٣٥ الحديث ١ و ٣ ج ٩ ص ٣٥٤.

ايضا من الانبعاث فى الصحيح بدعوى ملازمته لمعنى الثوران و القوه و الكثره، أو بمعنى الاسترسال لما عن القاموس:بعثه كمنعه
ارسله فانبعث للانقطاع اخيرا،و ان كان هو كما ترى ضروره ظهوره فى اراده الاشتداد و فى المرسل السابق الذى عقبه بابعدهما
المنافى لاراده الانقطاع اخيرا بعد ارادته من ابعدهما (١).

نعم عن بعض النسخ يثبت بمعنى ينقطع،و حينئذ مع التقييد بالاخير للخبر الأخر و معاهد الاجتماعات و شهاده الوجدان يكون دالا
على المطلوب.

كما ان توريثه بعد اضلاعه،فان تساوى عددهما من الجانبين فهى انثى،و ان نقص من احدهما فهو ذكر و على ذلك جماعه لخبر
السكونى عن جعفر عن ابيه قال:

«ان عليا(ع) كان يورث الخنثى بعد اضلاعه» (٢).

و قد علل ذلك بأن حواء خلقت من ضلع آدم،ولا يخفى ان هذه الروايه ضعيفه مضافا الى معارضتها لبعض الروايات،كموثقه
اسحاق ابن عمار عن جعفر عن ابيه عليهما السلام قال:

«ان عليا كان يقول:الخنثى يورث من حيث يبول:فان بال منهما فمن ايهما سبق البول،و ورث منه فان مات و لم يبيل فنصف عقل

ص:٢٤٢

١-١) الوسائل كتاب الميراث باب ١ انه يرث على الفرج من ابواب الخنثى،و فى التهذيب كتاب الفرائض باب ٣٥ الحديث ١ و
٣ ج ٩ ص ٣٥٤.

٢-٢) الوسائل كتاب الميراث باب ٢ [١] حكم الخنثى المشكل من ابواب الخنثى.

المرأه و نصف عقل الرجل» (١).

و لصحيحه هشام بن سالم الى ان قال: «فان خرج منهما سواء من حيث ينبعث، فان كانا سواء ورث ميراث الرجال و ميراث النساء (٢).

الى غير ذلك من الاخبار التى ليس فيها عد الاضلاع، مضافا الى ان هذا التعليل المذكور من كون حواء من ضلع آدم فهو مناف لبعض الروايات الواردة من ان حواء خلقت من فضل آدم، و يظهر منها الانكار على ان حواء خلقت من ضلع آدم،

ميراث الخنثى المشكل

و بالجمله فالخنثى ان عرفت من جهه البول فتلحق اما بالرجال و اما بالنساء، و ان كان البول يخرج من الذكر و القبل سواء و لم يسبق احدهما فهو المعبر عنه بالخنثى المشكل، فالمشهور بين الأصحاب هو انه يورث نصف النصيبين، أى نصيب الانثى كما يظهر من موثقه هشام بن سالم المتقدمه. فان فيها ورث ميراث الرجال و النساء، و ليس المراد الجمع بين الفريضتين بل المراد نصفهما كما هو صريح خبر أبى البختري (٣)، فان لم يبيل من واحد منهما حتى يموت فله نصف ميراث المرأه و نصف ميراث الرجل كما هو الظاهر من موثقه ابن عمار، فان مات و لم يبيل فنصف عقل المرأه و نصف عقل الرجل، و على ذلك شهره الاصحاب فلا مجال حينئذ الى القول بالقرعه لأنها لكل امر مشكل لما

ص: ٢٤٣

١- ١) العقل: الميراث هنا و ان كان فى الاصل الديه. الوسائل كتاب الميراث باب ٢ [١] حكم الخنثى المشكل من ابواب الخنثى.

٢- ٢) نفس المصدر. [٢]

٣- ٣) الوسائل كتاب الميراث الباب ٢ [٣] حكم الخنثى المشكل الذى لم يتبين امره بالعلامات المذكوره من ابواب ميراث الخنثى.

عرفت من النص على خلافه، و ان ادعاه الشيخ قدس سره فى الخلاف مدعيا عليه الاجماع و الاخبار.

و لا- يخفى ان الاجماع لا وجه له مع ذهاب المشهور على خلافه، و اما الاخبار فلا تدل الا على اماريه القرعه لكل أمر مشتبه، و من الواضح ان مثل روايه اسحاق بن عمار المتقدمه و امثالها لا يبقى اشتباه.

مضافا الى ان القول بذلك على مقتضى القاعده لانه نقطع بان الخنثى يستحق حصه الانثى فيدفع لها، و يبقى النصف الآخر يقسم بينها و بين حصتها: فيدفع لها مع الانثى ثلاثه من خمس، و مع الذكر ثلاثه من سبعة فيدفع للخنثى ثلاثه و للذكر اربعة، ثم انهم ذكروا فى استخراج نصيب الخنثى و معرفه مقدارها على القول بالتنصيف طرقا اربعة، و الذى عليه المعول منها هو اثنان:

الاول: طريق التحقيق: و هو ان يجعل للخنثى نصف سهم الذكر و نصف سهم الانثى و لو يقدر لاحدهما ميراثا إذا لم يكن.

و لازم ذلك ان يكون لسهم الذكر نصف و لنصفه الذى هو سهم الانثى نصف لكى تصح الفريضه و يصح الانقسام.

الطريق الثانى: التنزيل: و هو ان يفرض الخنثى تاره ذكرا و يقدر له فريضته، و اخرى انثى و يقدر له فريضته، ثم يضرب احدهما بالآخر مع التباين، و بالوفق مع التوافق، ثم المجتمع باثنين، و مع التماثل يكتفى بضرب احدهما باثنين، و مع التداخل بضرب اكثرهما باثنين، ثم يقسم المجتمع مرتين مره على تقدير انوثيه الخنثى و اخرى على تقدير ذكوريته فيجمع النصيبان و يعطى للخنثى نصفها.

و الذى يظهر من الاخبار ان الذى عليه التعويل الطريقه الاولى بل يظهر ذلك من النصوص المتقدمه.

و الفرق بين الطريقتين تظهر فيما لو اجتمعت الخنثى مع البنت فانها تجعل للبنت على الطريقه الاولى اثنين و تقدر للذكر اربعة و تجعل نصفها،فتصح الفريضة من خمسه:اثان للبنت،و ثلاثه للخنثى، فيكون للبنت خمسا الفريضة.

و على الطريقه الثانيه:تفرض الخنثى ذكرا فتكون الفريضة من ثلاثه:له اثنان،و للبنت واحده،و تفرض انثى فتكون الفريضة من اثنين و هما متباينان فتضرب احدهما فى الآخر فتقول:٢*٣=٦ فتضرب ستة فى اثنين فالمتحصل اثنا عشر هى فريضة الخنثى مع البنت، فتقسمها عليها مرتين:

مره على تقدير ذكوريه الخنثى فلها ثمانيه و للبنت اربعة.

و مره على تقدير الانثويه فلها ستة،فتجمع السهمين فتقول:

٦+٨=١٤ تعطى للخنثى نصفها و هو سبعة.و تجمع سهمى البنت من الفريضة فيكون الحاصل عشره لها نصفها و هو خمسه،فيكون للخنثى سبعة من اثنى عشر،و للبنت خمسه من اثنى عشر،فتزيد حصه الخنثى فى هذه الطريقه بخمس.

و كيف كان لو اجتمع الخنثى مع ابن و بنت فتصح الفريضة من تسعه:للابن اربعة و للبنت اثنان و للخنثى ثلاثه،و ان كان معه ابن فللابن اربعة و قدر للبنت اثنان فجعلت للخنثى نصفها فتصح الفريضة من سبعة:أربعة للابن و ثلاثه للخنثى.

و اما لو اجتمع الخنثى مع احد الزوجين،اخرجت نصيب الزوجه اولا و الباقى للخنثى ان انفرد،و لو كان معه شركاء فما صحت به فريضة الخنثى مع شركائه تضرب بفريضة الزوج و الزوجه،و ما يجتمع تصح منه القسمة فتخرج نصيب الزوجه ثم يقسم الباقى بين الخنثى و شركائه.

مثلا لو مات عن ابنين و بنت و زوج و خنثى، صححنا الفريضة من ثلاثة عشر، لكل واحد من الابنين اربعة، و اثنان للبنت، و ثلاثة للخنثى، و بما ان الزوج فرضه الربع و مخرجه اربعة فتضرب فتقول:

١٣*٤٥٢ للزوج ثلاثة عشر (١/٤) و من كان له سهم من ثلاثة عشر اخذه مضروبا بثلاثة: فتأخذ البنت ستة، و لكل من الابنين اثنا عشر، و الخنثى تسعة.

و اما لو كان مع الخنثى احد من الأبوين او كلاهما فتصح الفريضة حينئذ على نحو يصح معها الرد على تقدير الانثوية و هي أربعة و عشرون:

ففى الاولى لأحد الأبوين خمسة بالفرض و الرد، و للخنثى تسعة عشره، و هى نصف ميراث الذكر و الانثى، فان للذكر من الفريضة عشرين إذ لا رد معه، و للانثى بالفرض و الرد ثمانية عشره، فالمجموع ٣٨ نصفها ما ذكرنا و هو تسعة عشره.

و ثلاثون فى الثانى: أى لو اجتمع مع الأبوين، فللأبوين احد عشر فرضا و ردا، و للخنثى تسعة عشره و هى نصف سهمى الذكر و الانثى و ان أردت ان تصحح القسمة على الأبوين فاضرب الثلاثين باثنين فتقول:

٣٠*٢٠٦ فتصح الفريضة.

و لو كان مع الخنثى ما يسقط معه الرد، بأن اجتمع معه ذكورا و اناثا، فتجعل سهاما للخنثى و الشركاء، و تضرب مجموع تلك السهام بفريضة الأبوين فتخرج سدسهما او سدس احدهما، ثم تقسم الباقي على الخنثى و الشركاء.

مثلا لو اجتمع ابوان و خنثى و بنت و ابن، فان فريضة الخنثى مع الشركاء ٩، فتضرب التسعة فى ستة التى هى فريضة الأبوين فتقول:

ص: ٢٦٦

٩*٦٥٤ فلأبوين السدسان و مقداره ثمانية عشره، لأن لهما اثنين من سته، فتضرب الاثنين في التسعه فتقول ٢*٩١٨ و من كان له من التسعه سهم اخذه مضروباً بأربعة و هى الباقي من الستة بعد فرض الابوين، فيكون للابن سته عشر، و ذلك هو الحاصل من ضرب الاربعة فى اربعة فتقول ٤*١٦٤ و للبت ثمانية، و ذلك حاصل ضرب اثنين فى اربعة فتقول: ٢*٨٤ و للخنثى اثنا عشر و ذلك من ضرب ثلثه فى اربعة فتقول: ٣*١٢٤ الى غير ذلك من الفروع التى ذكرها القوم.

و لا يخفى ان ذلك على الطريقه الاولى من استخراج نصيب الخنثى و معرفه مقداره الذى عرفت انه هو المستفاد من الروايات.

هذا كله فيما لو اجتمع الخنثى المشكل مع معلوم الذكوره و الانوثة، و اما لو اجتمع مع امثاله، اقتسموا المال بينهم بالسويه كما انه لو اجتمع مع المتقرب بالام خاصه اخذ المتقرب نصيبه المفروض له و الباقي للخنثى، و لا اشكال انه لو انفرد له المال كله و الله العالم.

الثانيه عشر: ما ليس له فرج الرجال و لا النساء مما يتشخص به كلا منهما كأن يكون لحمه نابته يرشح منها البول رشحا و ليس له قبل و لا - مخرج له الا مخرجا واحدا يتغوط منه و يبول، او ليس له مخرج و انما يخرج بالقىء، فانه يرث بالقرعه على الأشهر بين الأصحاب، بل الاجماع عليه - كما عن السرائر و التنقيح - و لصحيح الفضيل عن الصادق عليه السلام قال:

«يقرع عليه الامام أو المقرع: يكتب على سهم (عبد الله) و على سهم (امه الله) و الامام أو المقرع يقول: اللهم انت الله لا إله إلا أنت عالم الغيب و الشهاده أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون، بين

لنا أمر هذا المولود كيف يورث ما فرضت له في الكتاب، ثم تطرح السهام في سهام مبهمة، ثم تجال السهام على ما خرج ورث عليه» (١).

و في مرسل ثعلبه عن الصادق(ع) قال: «سئل عن مولود ليس بذكر و لا انثى ليس له إلا دبر كيف يورث؟

قال عليه السلام: يجلس الامام(ع) و يجلس معه ناس من المسلمين فيدعون الله و يجال السهم عليه، على أى ميراث يورثه: أميراث الذكر أو ميراث الانثى؟ فأى ذلك خرج عليه ورثه. ثم قال: و أى قضيه يجال عليها السهام، يقول الله تعالى: «فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ» (٢).

و اما الاستكشاف بالبول ان كان يبول على مباله فهو انثى، و ان كان ينحى البول فهو ذكر، فهو و ان وردت به بعض الأخبار كما عن الحسن السبط(ع) سئل عن المؤبت فقال عليه السلام: «هو الذى لا يدري ذكر هو أو انثى، فانه ينتظر به فان كان ذكرا احتلم و ان كان انثى حاضت، و بدا ثديها، و الا- قيل له: بل على الحائط، فان أصاب بوله الحائط فهو ذكر، و ان تنكص بوله كما يتنكص بول البعير فهي امرأه» (٣).

ص: ٢٤٨

-
- ١- ١) التهذيب كتاب الفرائض باب ٣٥ الحديث ٧ ج ٩ ص ٣٥٦، و الوسائل كتاب الميراث باب ٤ من ابواب ميراث الخنثى. [١]
- ٢- ٢) التهذيب كتاب الفرائض الباب ٣٥ ميراث الخنثى، الحديث ٩ ج ٩ ص ٣٥٧. *الصفات ١٤١. [٢]
- ٣- ٣) الوسائل الباب ٢ [٣] حكم الخنثى المشكل الذى لم يتبين امره بالعلامات من ابواب ميراث الخنثى.

و لمرسل ابن بكير عنهم(ع)فى مولود ليس له ما للرجال و لا ما للنساء الا ثقب يخرج منه البول على أى ميراث يورث؟

فقال عليه السلام: ان كان إذا بال يتنحى بوله ورث ميراث الذكر، و ان كان لا يتنحى بوله ورث ميراث الانثى» (١).

الا انها محموله على حصول الطمأنينه بتشخيص الحال بذلك فانه لا مورد للقرعه لان موردها هو عدم التمييز المسماه فى أخبار القرعه بالمعضله و المشكله، كما روى المحدث المجلسى فى المجلد الأول من بحار الانوار فى باب انهم عليهم السلام عندهم مواد العلم عن عبد الرحيم القصير عن أبى جعفر(ع)قال:

«كان على(ع)إذا ورد أمر ما نزل به كتاب و لا سنه قال:

رجم(سأهم)فأصاب.

قال أبو جعفر عليه السلام: و هى المعضلات. و فى روايه اخرى و تلك المعضلات.

و من الواضح ان المراد بالمعضله هو الموضوع المشتبه الذى لم ينزل حكمه بالخصوص لا فى الكتاب و لا فى السنه، و لذا قلنا فى قاعده القرعه فى الجزء الأول من الكتاب ان الموضوعات الكليه حيث ان حكمها يستفاد من الكتاب و السنه تخرج من المعضله كما تخرج الشبهات البدويه، فان حكمها يستفاد من الكتاب و السنه تخرج عن عنوان المعضله لجريان القواعد المجعوله للشاك فى جميع موارد الشك فتختص موارد القرعه بالشبهات الموضوعيه المقرونه بالعلم الاجمالى إذا كان من المشكلات و المعضلات التى لا طريق لحل العلم الاجمالى شرعا مع عدم امكان

ص: ٢٦٩

١- ١) التهذيب كتاب الفرائض الباب ٣٥ الحديث ١١ ج ٩ ص ٣٥٩ و الوسائل كتاب الميراث الباب ٤ من ابواب ميراث الخنثى.

[١]

الاحتياط، أو يوجب العسر و الحرج، أو نعلم بعدم إيجابه شرعا،

ففى مثل ذلك شرع القرعه من غير فرق بين كونه من حقوق الله أو من حقوق الناس، ولا فرق بين ان يكون له واقع معين فى عالم الثبوت، و لكون القرعه واسطه و دليلا فى عالم الاثبات، أو لم يكن له واقع معين فى عالم الثبوت، فتكون القرعه واسطه فى الثبوت كما فى قوله:

«احدى زوجاتى طالق، أو احدى عبيدى حر بناء على صحه ذلك فى الطلاق و العتق.

و اما مثل الغنم الموطوءه فى قطع من الغنم فى الشبهه غير المحصوره فشرعت القرعه لعدم ايجاب الاحتياط لكونه تضيعا للمال بنحو لا- يتحمل عاده، و ان كان مقتضى القاعده ايجاب الاحتياط لو لا تلك الجبهه، و لا يمكن تعيين الموطوءه و ما هو موضوع الحكم بحرمة لحمه و وجوب حرقه فيكون بذلك من المعضلات فى الشبهه المقرونه بالعلم الاجمالى.

و هذه المسماه بالمعضله لا يفرق بين كونها من الموضوعات المشتببه أو من الاحكام و ان قال المحقق الاستاذ العراقى (قده) بان تختص فى الموضوع المشتببه، استنادا الى ان الظاهر من لفظ (من كل أمر مجهول) هو نفس ذات الشىء لا حكمه.

و لكن الانصاف ان لا ظهور فيه إذ المراد من الامر فى الروايه هو الشىء، و الشىء بمفهومه العام يصدق على الموضوع المجهول و على الحكم المجهول كما لا يخفى.

ميراث من له رأسان

ثم انهم ذكروا بعض الافراد النادره كما إذا كان له رأسان

و بدنان على حقو واحد، كما يدعى انه وجدت امرأه لها رأسان و صدران أو رجل له رأسان و صدران، فهل يورث ميراث اثنين أو واحد؟

و حكمه انه يستكشف بانتباهته، فان انتبها معا فهما واحد، و الا فهما اثنان كما عن الصادق (ع) في خبر حريز قال:

«ولد على عهد أمير المؤمنين (ع) مولود له رأسان و صدران في حقو واحد، فسئل أمير المؤمنين يورث ميراث اثنين أو واحد؟

فقال (ع): يترك حتى ينام، ثم يصاح به قال: فان انتبها جميعا معا كان له ميراث واحد، و ان انتبه واحد و بقى الآخر نائما فانما يورث ميراث اثنين» (١) و على ذلك شهره الأصحاب حتى انجر ضعف هذا الخبر بعملهم و الله العالم.

و روى المفيد في الارشاد قال: روى أهل النقل و حمله الآثار:

ان امرأه ولدت في فراش زوجها ولدا له بدنان و رأسان على حقو واحد فالتبس الامر على أهله أهو واحد أم اثنان؟ فصاروا الى أمير المؤمنين عليه السلام يسألونه عن ذلك ليعرفوا الحكم فيه.

فقال لهم عليه السلام: اعتبروه اذا نام ثم انتبهوا أحد البدنين و الرأسين فان انتبها معا في حاله واحده فهما انسان واحد، و ان استيقظ احدهما و الآخر نائم فهما اثنان، و حقهما من الميراث حق اثنين (٢).

و من عجيب ما ورد عن هذا الصنف ما يروى عن أبي جميله، قال: رأيت بفارس امرأه لها رأسان و صدران في حقو واحد، متزوجه تغار هذه على هذه، و هذه على هذه.

ص: ٢٧١

١- (١) التهذيب كتاب الفرائض الباب ٣٥ الحديث ١٢ ج ١٩ ص ٣٥٨.

٢- (٢) التهذيب كتاب الفرائض الباب ٣٥ الج ٩ الص ٣٥٨ الحديث ١٢.

قال: وحدثنا غيره: انه رأى رجلاً كذلك، وكانا حائكين يعملان جميعاً على حف واحد (١).

و مهما يكن من أمر فهل ينخص هذا الحكم الميراث أو يعم بقيه الأحكام؟

اما فى التكليف فالظاهر انهما اثنان مطلقاً، فيجب فى الطهاره غسل الاعضاء جميعاً، وفى الصلاه يصليان جميعاً و لا يجزى فعل احدهما عن الآخر، وفى الوضوء يغسل كل منهما وجهه و يديه و يمسح رأسه، و يمسحان معا على الرجلين ليحصل اليقين بالخروج عن العهده، و هل يجوز صلاه احدهما منفصلاً عن الآخر فيه اشكال لجواز ان يكونا واحداً و كذا لو لم يتوضأ احدهما فى صلاه الآخر نظر.

و اما فى النكاح فالظاهر انه يعتبر ان يكونا واحداً، لاتحاد الحقو و ما تحته، فان كان انثى جاز للزوج بثلاث اخر بالعقد الدائم. و اما بالنسبه الى العقد فلا بد من رضائهما و ايجابهما و قبولهما.

قال فى اللمعه: «اما من جهه العقد فى توقف صحته على رضاهما معا نظر، و يقوى توقفه، فلو لم يرضيا معا لم يقع النكاح، و لو اكتفينا برضا الواحد فى صلاه نكاح الآخر لو كان انثى اشكال، و كذا يقع الاشكال فى الطلاق.

ثم قال: و اما العقود كالبيع فهما اثنان مع احتمال الاتحاد.

و لو جنى احدهما لم يقتص منه و ان كان عمداً، لما يتضمن من ايلام الآخر أو اتلافه، نعم، لو اشتركا فى الجنايه اقتص منهما. و هل يحتسبان بواحد أو اثنين؟ نظر.

و تظهر الفائده فى توقف قتلها على رد ما فضل عن ديه واحد.

ص: ٢٧٢

و لو ارتد احدهما لم يقتل و لم يحبس و لم يضرب، لأدائه الى ضرر الآخر، نعم، يحكم بنجاسه العضو المختص بالمرتد دون المختص بغيره.

و فى المشترك نظر، و تبين الزوجه بارتداده مطلقا، و لو ارتدا معا لزمهما حكمه.

ثم قال: و هذه الفروض ليس فيها شىء محرر، و للتوقف فيها مجال و ان كان الفرض نادرا.

الطبقه الثانيه الاخوه و الاخوات و الجد الجد

و هم الاخوه و الاخوات و الجد و الاجداد. و قد عرفت مما ذكرنا سابقا انه مع وجوده واحد من المرتبه الاولى التى هم الآباء و الاولاد لا تصل النوبه الى هذه المرتبه.

ثم لا يخفى ان الاخوه و الاجداد صنفان، و الاقرب من كل صنف يمنع الابعد من ذلك الصنف، و لا يمنع من الصنف الآخر المجماع له فى المرتبه كما هو كذلك فى الاولاد مع الآباء.

فالابن مع وجوده يمنع ابن الأخ مطلقا لكونه الابعد من صنفه و لا يمنع الأب ابن الابن لكونه أقرب منه الى الميت، لأنه من صنف آخر، و ان كان معه فى مرتبه واحده.

و هكذا يمنع الاخ مع وجود ابن الاخ مطلقا لكونه أقرب الى الميت منه، و لا يمنع الجد و ان علا لأن الجد ليس من صنفه، و لا يمنع ابن الاخ و ان نزل لكونه ليس من صنفه.

و بالجمله الجد الأدنى و الجد و ان كانا للام يمنع الجد الأعلى و ان

كان للأب دون اولاد الاخوه،بمعنى عدم منع الجد الادنى اولاد الاخوه مطلقا و ان نزلوا للأب،أو لام أو لهما.

و يمنع الاخ و ان كان للام و الاخت كذلك ابن الاخ و ان كان للأبوين،لأنهما من صنف واحد وجهه واحده يمنع الاقرب منهما الابعد.و كذا يمنع ابن الاخ لاب او لابوين او لام،ابن ابنه لاب أو لابوين أو لام.

و هكذا يمنع كل أقرب فى مرتبه و صنفه و ان كان لام الابعد و ان كان لابوين.

و قد خالف فى ذلك الفضل بن شاذان حيث جعل للاخ من الام السدس،و الباقي لابن الاخ للأبوين كأبيه،بمعنى انه جعل ابن الاخ للأبوين مساويا فى الدرجه مع الاخ للام.

و هكذا يجرى الكلام فى الاولاد المترتين أى اولاد الاخ للابوين أو لاب مع اولاد الاخ للام.

قال الشهيد فى الروضه:محتجا باجتماع السبين،بمعنى ان ولد الاخ للابوين يمت الى الميت بسبين امه و ابيه،اما الاخ للام فيمت الى الميت بسبب واحد و هو امه فقط.و لذلك لم يقدم الاخ للام على ابن الاخ للابوين.

ثم قال الشهيد قدس سره:و يضعف بتفاوت الدرجتين المسقط لاعتبار السبب،بمعنى ان درجه ابن الاخ مطلقا أنزل من درجه الاخ مطلقا،و السبب انما يعتبر مع تساوى الدرجه لا مع اختلافها.قال الشيخ قدس سره فى الجواهر:«كما انه يرد عليه أيضا انه المفهوم لغه و عرفا،بل فى المسالك نسبتته الى النص الصحيح:ان الاخوه صنف واحد،و ان الاقرب منهم يمنع الابعد،اتحدت الجهه أو اختلفت،

بل سمعت قول الصادق عليه السلام فيما مضى من مرسل يونس:

إذا التفت القرابات فالسابق أحق بميراث قريبه، فان استوت قام كل واحد مقام قريبه.

و فى المحكى عن فقه الرضا عليه السلام: من ترك واحدا ممن له سهم ينظر فان كان من بقى من درجته ممن سفل و هو ان ترك الرجل اخاه و ابن اخيه فالاخ أولى من ابن أخيه.

و فيها مسائل:

الاولى: الاخ المنفرد للأب و الام له تمام المال بلا خلاف بين الأصحاب فى الكتاب و السنه.

اما الكتاب: فقولته تعالى: «وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ» (١).

و اما السنه: ففى خبر عبد الله بن سنان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات و ترك اخاه و لم يترك وارثا غيره؟

قال عليه السلام: «المال له» (٢).

و مع تعدد الاخوه ذكرا و انثى يشتركون بالمال بينهم على السويه مع الاشتراك فى سبب الميراث، و مع الاختلاف ذكورا و اناثا يقتسمون المال بالتفاضل للذكر ضعف الانثى، للاجماع بقسميه و للكتاب و السنه.

و لو انفردت الاخت فلها النصف بالفرض و الباقي بالرد عندنا بالقرابه لآيه: «أُولُوا الْأَرْحَامِ» كما انه لو كانتا اختين فلهما الثلثان و الباقي يرد عليهما ايضا بالقرابه لآيه: «أُولُوا الْأَرْحَامِ» و ذلك صريح روايه بكر بن أعين عن أبى جعفر عليهما السلام، قال:

ص: ٢٧٥

١-١ (١) النساء ١٧٦. [١]

٢-٢ (٢) الوسائل كتاب الميراث الباب ٢ [٢] الاخ إذا انفرد فله المال الحديث ١ من ابواب ميراث الاجداد و الاخوه.

«إذا مات الرجل و له اخت تأخذ نصف الميراث بالآيه، كما تأخذ الابنه لو كانت، و النصف الباقي يرد عليها بالرحم اذا لم يكن للميت وارث أقرب منها، فان كان موضع الاخت اخا أخذ الميراث كله بالآيه، لقول الله تعالى: «وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ» و ان كانتا اختين أخذتا الثلثين بالآيه و الثلث الباقي بالرحم، و ان كانوا رجلا و نساء فللذكر مثل حظ الانثيين...» (١).

كلاله الابوين تمنع كلاله الاب

الثانيه: لا يخفى ان كلاله الاب و الام أى اخوه الاب و الام اولى من كلاله الاب، أى اخوه الاب فقط لكونها اقرب فتدخل تحت قوله تعالى: «أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» (٢) و لما يستفاد من الروايه الطويله المتقدمه المرويّه فى الوسائل عن أبى جعفر (ع) مضافا الى ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله، قال: «أعيان بنى الام يرثون دون بنى العلات، يرث الرجل اخاه من أبيه و امه، دون أخيه من أبيه» (٣).

و روايه الحرث بن الأعور، عن أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام، انه كان يقول: «أعيان بنى الام أقرب من بنى العلات».

و روايه محمد بن على بن الحسين قال: قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: «أعيان بنى الام أحق بالميراث من بنى العلات» (٤).

ص: ٢٧٦

١- ١) الوسائل، كتاب الميراث الباب ٢ [١] الاخ إذا انفرد فله المال الحديث ١ من ابواب ميراث الاجداد و الاخوه.

٢- ٢) الاحزاب ٦. [٢]

٣- ٣) الخلاف كتاب الفرائض مسأله ٦٦.

٤- ٤) الوسائل كتاب الميراث، الباب ١٢ [٣] ان من يتقرب بالابوين من الاخوه يمنع من يتقرب بالاب من ابواب ميراث الاجداد و الاخوه.

و المراد بالاعيان الاخوه للابوين من عين الشيء أى النفيس منه، و بنى العلات هم اخوه الاب.

ميراث الاخوه و الاجداد

الثالثة: ميراث الاخوه: فان كان اخوه للام فمع الانفراد له السدس، و مع التعدد لهم الثلث، يقتسمون المال بينهم بالسويه مطلقا فان انفردوا فالمال لهم، فان كان واحدا فله السدس بالفرض و الباقي بالرد، و ان كان متعددا فلهم الثلث بالفرض و الباقي بالرد يقتسمونه بالسويه.

و ان اجتمع اخوه الابوين أو الاب مع اخوه الام، فلاخوه الام ان كان واحدا السدس، و خمسه اسداس لـ اخوه الابوين أو لاب يقتسمونه بالسويه مع الاتحاد بالنسب، و مع الاختلاف للذكر مثل حظ الانثيين.

و ان كان اخوه الام أكثر من واحد، فلهم الثلث يقتسمونه بالسويه، و الباقي الثلثان الى اخوه الابوين أو الاب يقتسمونه بالتفاضل.

و على ذلك الاجماع بقسميه، و الكتاب و السنه، و لا بأس بذكر روايه بكير بن أعين المتقدمه نذكرها مفصله فانها داله على هذه الاحكام.

قال بكير بن أعين: «قمت لابي عبد الله عليه السلام:

امراه تركت زوجها و اخوتها و اخواتها لامها، و اخوتها و اخواتها لابيها؟

قال عليه السلام: للزوج النصف: ثلاثه أسهم، و للاخوه من الام الثلث: الذكر و الانثى فيه سواء، و بقى سهم فهو للاخوه و الاخوات من الاب: للذكر مثل حظ الانثيين، لـ ابن السهام لـ تعول و لـ ينقص الزوج من النصف، و لـ الاخوه من الام من ثلثهم، لان الله تبارك و تعالى يقول:

«فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ وَ إِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً

فلها السدس» عنى الله تبارك و تعالى فى قوله: «وَ إِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً، أَوْ امْرَأَةٌ وَ لَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ» انما عنى بذلك الاخوه و الاخوات من الام خاصه، و قال فى آخر سورة (النساء):

«يَسِيْرَتَفْتُوْنَكَ قَبْلَ اللّٰهِ يُفْتِيْكُمْ فِى الْكَلٰلَةِ اِنْ اِمْرُؤٌ هَلَمَّكَ لَيْسَ لَهُ وَّلَدٌ وَ لَهُ اُخْتٌ» يعنى اختا لأب و ام، أو اختا لأب، فلها نصف ما ترك، و هو يرثها ان لم يكن لها ولد.

و ان كانوا اخوه رجالا- و نساء فللذكر مثل حظ الانثيين، فهم الذين يزدون و ينقصون، و كذلك اولادهم الذين يزدون و ينقصون.

و لو ان امرأه تركت زوجها و اخوتها لامها، و اختيها لأبيها: كان للزوج النصف ثلاثة اسهم. و للاخوه من الام سهمان، و بقى سهم فهو للاختين للاب.

و ان كانت واحده فهو لها، لأن الاختين لأب اذا كانتا اخوين لأب لم يزادا على ما بقى، و لو كانت واحده أو كان مكان الواحده اخ لم يزد على ما بقى، و لا تزد انثى من الأخوات و لا من الولد على ما لو كان ذكرا لم يزد عليه» (1).

و هذا كما ترى الروايه مشتمله على ما ذكرناه من الأحكام.

اجتماع الاخت لابوين مع كلاله الام

الرابعه: لو اجتمع اخت لأبوين أو اختان لهما مع واحد من كلاله الام أو اكثر، فالمشهور ان الاخت للأبوين تأخذ النصف بالفرض و يعطى السدس لكلاله الام مع اتحادها، و الثلث مع عدم الاتحاد، و الباقى يرد على الأخت للابوين لما هو معروف ان من عليه الغرم له الغنم

ص: ٢٧٨

١- ١) الوسائل كتاب الميراث الباب ٣ [١] ان النقص يرد على الاخوات من الأبوين من ابواب ميراث الاخوه و الاجداد.

أى من يدخل عليه النقص له الزيادة، بل يمكن دعوى الاجماع عليه.

فما ادعاه ابن أبى عقيل و ابن شاذان بالرد على الجميع ارباعا فيما لو كانت اخت لأبوين، أو اخماسا فيما اذا كانتا اختين لأبوين فى غير محله.

نعم، لو اجتمع كلاله الام مع الاخت أو الاختين لأب ففى الرد على قرابه الأب هنا خاصه أو عليهما قولان مشهوران: الظاهر اختصاص الرد بكلاله الأب، لروايه محمد بن مسلم عن الباقر(ع) فى ابن اخت لاب و ابن اخت لام؟ قال عليه السلام:

«لابن الاخت للام السدس، ولابن الاخت للاب الباقي» (١).

و لازم ذلك كون الام كذلك التى هى الاخت للاب، لأن الولد انما يرث بوساطتها مضافا الى ما عرفت من القاعده المعروفه ان من عليه الغرم له الغنم، فلذا القول بذلك أى بعدم الرد على كلاله الام مطلقا هو الاقوى.

الخامسه: الجد اذا انفرد له المال كله، للأب كان أو لام.

و كذا الجده إذا انفردت لها المال بأجمعه.

و لو اجتمع جد لأب مع جده لأب، فالمال بينهما بالتفاضل.

و اما لو اجتمع جده لام مع جد لام فالمال بينهما بالتساوى، و مع اجتماع الجميع فثلثا المال لطرف الاب يقتسمون المال بالتفاضل، و ثلثه لطرف الام يقتسمون المال بالتساوى.

و الحاصل مع اجتماع الاجداد كما يتصور ذلك فيما بعد الطبقة الاولى، فانها تكون ثمانية اشخاص اربعة من طرف الاب، و اربعة من

ص: ٢٧٩

١- (١) التهذيب كتاب الميراث الباب ٢٩ ميراث الاخوه و الاخوات الحديث ١٣ ج ٩ ص ٣٢٢،

الام، و فى الطبقة الثالثه يتضاعف العدد، الا ان الفرض نادر.

و عليه: فمع الاتحاد فى الذكوره و الانوثة يقتسمون المال بالسويه و مع التفاوت يقتسمون المال بالتفاضل: للذكر مثل حظ الانثيين.

فان كانت الاجداد كلها لام، فالمال لهم يقتسمونه بالسويه مطلقا سواء اتحدوا بالذكوره أم بالانوثة، أم اختلفوا.

و اذا اجتمع اجداد الاب مع اجداد الام: تأخذ اجداد الام الثلث و ان كان واحدا، و الثلثان لاجداد الاب.

و على ذلك شهره الاصحاب، بل فى الخلاف الاجماع عليه، و لعموم ما دل على ان ارث كل قريب نصيب من يتقرب به، فان اجداد الام يرثون لاجل ام الميت و هى تستحق الثلث.

و لا يشكل بأن نصيبها مع الولد السدس، فانه يدفع بان نصيبها الاصلى الثلث، الا ان الولد يحجبها عما زاد عن السدس و الاطلاق ينصرف اليه. كالاب فان نصيبه الثلثان مع عدم الولد.

و العمده فى المقام موثقه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال ابو جعفر عليه السلام:

«اذا لم يترك الميت إلامه أباه و جدته ام امه، فان للجده الثلث و للجد الباقي.

قال: و اذا ترك جده من قبل أباه و جدته من قبل امه و جد امه، كان للجده من قبل الام الثلث، و سقطت جده الام، و الباقي للجد من قبل الاب، و سقط جد الاب» (١).

و عن فقه الرضا(ع): فان ترك جدا من قبل الام و جدا من

ص: ٢٨٠

(١-١) الوسائل كتاب الميراث الباب ٩ [١] ميراث الاجداد الحديث ٢ من ابواب ميراث الاجداد و الاخوه.

قبل الأب، فلجد من قبل الام:الثالث، و للجد من قبل الأب:

الثالثان».

و بذلك يدفع ما يقال: بأن الجد من طرف الام مع الاتحاد السدس له كالاخوه، و مع التعدد الثالث، لتنزيل اكثر الأخبار الجد منزله الاخ و الجده منزله الاخت، لما ظهر لك من الموثقه لأنه مع فرض اتحاد الجد جعل لها الثالث و لم يجعل لها السدس.

مضافا الى ما عرفت ان تلك الاطلاقات منزله على ان كلاله الام تستحق نصيب ام الميت و نصيبها الأصلي الثالث.

نعم، خرجت اخوه الام فمع الاتحاد لها السدس للاخبار السابقه: من ان كلاله الام مع الاتحاد لها السدس، و بقي الجد للام داخلا تحت الاطلاقات فله الثالث اتحد لم تعدد و الله العالم.

اجتماع الاجداد للأب مع الاخوه للام

السادسه: لو اجتمعت الأجداد للأب مع اخوه للام، فللاخوه للام:الثالث، يقسم بينهم بالسويه، و للاجداد للاب:الثالثان، يقسم بينهم بالتفاضل، للاجماع بقسميه، و لخبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الاخوه من الام مع الجد قال: للاخوه فريضتهم:الثالث مع الجد» (١).

و مثله خبر أبي جميله الى ان قال: «للاخوه من الام: فريضتهم مع الجد» (٢).

ص: ٢٨١

١- (١) التهذيب كتاب الفرائض باب ميراث من علا من الآباء و هبط من الاولاد الحديث ٢٣.

٢- (٢) الاستبصار ج ٤ الص ١٦٠ باب ميراث الجد مع كلاله الام، الحديث ٦، و التهذيب كتاب الفرائض باب ٢٨ ميراث من علا من الآباء و هبط من الاولاد الحديث ٢٢.

و اما خبر القاسم بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«ان فى كتاب على عليه السلام: ان الاخوه من الام لا يرثون مع الجد» (١) محمول على عدم ارثهم زائدا على اصل الفريضة اى الثلث.

و اما إذا اجتمع الاجداد مع الاخوه و الاخوات لابوين أو لاب، فقد عرفت انهم فى مرتبه واحده، ينقسم المال بينهم بالتفاضل: للذكر مثل حظ الانثيين، فلو ترك جدا و اختا للاب أو لابوين فللجد سهمان و للاخت سهم واحد.

فلو انعكس الفرض بأن كان أخ وجده، فللاخ سهمان، وللجده سهم واحد. للاجماع بقسميه و للصحيح عن اسحاق بن عمار عن أبي بصير قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول فى سته اخوه وجد، قال:

للجد السبع» (٢).

و عن أبي بصير أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام فى رجل ترك خمس اخوه و جدا: «هى من سته لكل واحد سهم» ٣.

و فى المرسل: ان رسول الله (ص) أملى على على أمير المؤمنين عليه السلام فى صحيفه الفرائض: «ان الجد مع الاخوه يرث حيث ترث الاخوه، و يسقط حيث تسقط، و كذلك الجده اخت مع الاخوات ترث حيث يرثن، و تسقط حيث يسقطن» (٣).

ص: ٢٨٢

١- ١) نفس المصدر الحديث ٨. و فى التهذيب الحديث ٢٤.

٢- ٢) التهذيب كتاب الفرائض الباب ٢٨ ميراث من علا من الآباء و هبط من الاولاد الحديث ٥، ٦ الجزء ٩ الص ٣٠٤.

٣- ٤) الوسائل كتاب الميراث الباب ٦ [١] ان الجد مع الاخوه كالاخ من ابواب ميراث الاجداد و الاخوه.

الى غير ذلك من الاخبار المنزله للجد منزله الاخ، و الجده منزله الاخت، و يتم ذلك بالاجماع بقسميه على عدم الفرق بين اجداد الام و اجداد الاب و الام أو الاب، فان الجد للام بمنزله الاخ للام، و الجد للابوين بمنزله الاخ للابوين، و الجد للاب بمنزله الاخ للاب.

و حاصل الكلام: ان صور المسأله كثيره و ملخصها:

ان الاجداد كالاخوه، فما كان من قبل الام لهم (الثلاث) يقسم بينهم بالسويه، و ما كان من قبل الابوين أو الاب فلهم (الثلاثان) يقسم بينهم بالتفاضل: للذكر مثل حظ الانثيين.

هذا لا اشكال فيه و انما الكلام فيما اذا ترك اختا للأبوين وجدا و جده لام، فان كلاله الام لتعددتها تأخذ الثلث، و الاخت للأبوين أو للأب تأخذ النصف بالفرض، فيبقى سدس واحد فهل يرد على الاخت للأبوين أو لأب فقط، أو يرد عليها و على الجد و الجده اربعا أو اخماسا؟ قولان:

الظاهر: الأول، لما عرفت من القاعده المعروفه: من ان من عليه الغرم له الغنم، و ان كان الأحوط التصالح.

و اما الزوج و الزوجه فيأخذان نصيهما الاعلى، للزوجه الربع، و للزوج النصف، و تأخذ اخوه الام الثلث، و الباقي لكلاله الأب، و لا يقع النقص على الزوج و الزوجه، و لا على كلاله الام.

فتحصل مما ذكرنا: ان الجد كالأخ، و الجده كالاخت، سواء كانا لأبوين أو للأب أو للام، من غير فرق بينهما سوى جهه الاستحقاق، فان من يتقرب بالام من الاخوه ان كان واحدا فله السدس، و ان كان أكثر فله الثلث، و الباقي من السدس أو الثلث لكلاله الابوين أو للأب.

و اما بالنسبه للأجداد من طرف الام فلا فرق بين كونه واحدا

أو أكثر فإن له الثلث، لما عرفت من الأخبار والآية فإنها بالنسبة إلى الأخوة للام قد فصلت بين الاتحاد والتعدد، وبالنسبة إلى الأجداد من الام لم تفصل، فلذا بقيت تحت اطلاق من يتقرب بالام، لأن تقربها من قبل ام الميت حسب ما عرفت ان نصيبها الأصلي هو الثلث، ولا ينافيه حجبتها عما زاد عن السدس لاجل الولد، فالاطلاق محمول على ما تستحق من نصيبها الأصلي وهو الثلث.

فروع ميراث الاخوه و الاجداد

و يتفرع على ما ذكرناه فروع:

الفرع الاول:

لو ترك الميت جدا وجده للام،

و أخا و اختا لها، وجدا وجده للاب، و اخا و اختا للاب فكيف تقسم التركة عليهم؟

لأقرباء الام الثلث من اصل الفريضة، و سهامهم أربعة لان المال يقسم عليهم بالسوية، و لأقرباء الأب الثلثان من اصل الفريضة، و سهامهم ستة لأنهم يقتسمون المال بالتفاضل، و الفريضة - كما ذكر الشهيد رحمه الله في شرح اللمعة - تكون من ستة و ثلاثين، قال ما نصه:

«فالأقرباء الام الثلث، و واحد من ثلاثه اصل الفريضة و سهامهم أربعة و لأقرباء الأب اثنان منها، و سهامهم ستة، فيطرح المتداخل، و العددان يتوافقان بالنصف، فيضرب الوفق و هو اثنان في ستة، ثم المرتفع في اصل الفريضة، يبلغ ستة و ثلاثين، و ثلثها لأقرباء الام الاربعه، لكل ثلاثه، و ثلثها لأقرباء الأب الاربعه بالتفاوت، فلكل

ص: ٢٨٤

اثنى أربعه، و لكل ذكر ثمانية» (١).

الفرع الثاني:

لو ترك الميت اخا وجدا من طرف الام،

و اخا وجدا من طرف الاب، فتقسم التركة كما يلي:

للأخ و الجد من طرف الام: الثلث، واحد من ثلاثه، و للأخ و الجد من طرف الاب: الثلثان، اثنان من ثلاثه، فالفريضة هنا تختلف، و اختلافها من جهة الام، لان سهام طرف الام اثنان، و الثلث واحد لا يصح توزيعه عليهما، فيضرب سهامهما في اصل الفريضة لوجود التباين بين العددين فيكون الحاصل ستة من ضرب اثنين في ثلاثه اصل الفريضة، فيكون لاقرباء الاب أربعه اثنان لكل واحد منهما، و يبقى اثنان لاقرباء الام لكل واحد منهما واحد.

الفرع الثالث:

و لو اجتمع جد أو جده من طرف الام،

مع الاجداد و الاخوه المتعددين من طرف الاب، فللجد أو الجده للام: الثلث، و الثلثان الباقيان للاخوه و الاجداد للأب بالسويه مع تساويهم في الذكوره و الانوثه. و بالتفاضل مع الاختلاف.

ص: ٢٨٥

الفرع الرابع:

جده لام، وجد لاب، و اخ لأب لو اجتمعوا

كان لكل واحد منهم الثلث، لان الجده لام لها الثلث، و يبقى الثلثان للجد و الاخ لأب لكل واحد منهما ثلث.

الفرع الخامس:

جده لام، وجد لاب و اخ لاب، لو اجتمعوا

فلجده الام الثلث، و الثلثان الباقيان لقرابه الاب، نصيب الجده الثلث منهما، فتصح الفريضة من تسعه، ثلاثه لجده الام، و اثنان لجده الاب، و الباقي ل اخ الاب.

الفرع السادس:

لو اجتمع جده لام، وجد لاب و اخت لاب،

فالثلث من اصل الفريضة نصيب الجده من الام، و ثلثا الفريضة لاقرباء الاب، فالثلث من الثلثين للاخت من الاب، و الثلثان الباقيان للجد لأب، فتصح الفريضة من تسعه أيضا، ثلاثه لجده الام، و اثنان للاخت لاب، و الباقي أربعة للجد لأب.

الفرع السابع:

لو خلف ابا أو اختا لام مع الاجداد مطلقا،

أى سواء كانوا

ص: ٢٨٦

لام الاب أم لاب الاب، ذكورا أم اناثا، متعددين أو متحدتين، فلأخ أو الاخت لام:السدس، و الباقي للأجداد.

الفرع الثامن:

و لو تعدد اخوه الام مع الاجداد مطلقا للأب،

فلكلاله الام:

الثالث لتعدددها، و ثلثا الفريضة للأجداد لاب، يقتسمون المال بالسويه مع اتحادهم بالانوثه و الذكوره، و بالتفاضل ان اختلفوا بأن كان بعضهم ذكورا و بعضهم اناثا.

الفرع التاسع:

جده وجد للام، و أخ و أخت للام، وجد وجده للأب لو اجتمعوا

فللمتقرب من الجدود و الاخوه بالام:الثالث، يقتسمونه بالسويه، و للجد و الجده و الجد للأب الثلثان.

الفرع العاشر:

لو ترك ثمانية أجداد،

أربعة لاييه-أى جد أبيه وجدته لاييه وجده وجدته لامه-، و أربعة لامه-أى جد امه وجدتها لاييه، وجدها وجدتها لامها-، و هذه الثمانية اجدادهم اجداد الميت فى المرتبه الثانيه، فان كل مرتبه تزيد على سابقتها بمثلها، فكما ان للميت فى المرتبه الاولى أربعة أجداد، فان له فى المرتبه الثانيه ثمانية

ص: ٢٨٧

أجداد، و في المرتبه الثالثه سته عشر،

و في الفرض المذكور- أى مع الثمانيه أجداد- تصح الفريضه من ثلاثه أسهم، و هو مخرج ما فيها من الفروض و هو الثلث، سهم من الثلاثه لأقرباء الام، و هو ثلثها، و الثلثان الآخران للأجداد من طرف الأب، و هما سهم الأب.

و لما كانت هذه السهام لا تنقسم على عددهم، ذلك ان نصيب أقرباء الام سهم من الثلاثه- و هو ثلثها- و عددهم أربعة فلا ينقسم عليهم.

و سهران من ثلاثه لأقرباء الأب، و سهامهم تسعه، لان نصيب الجدين من الأب الثلثان من الثلثين يقسم بينهما اثلاثا، و نصيب الجدين من الام الثلث من الثلثين يقسم اثلاثا ايضا، فترتقى سهام الأربعة- أى أجداد أبيه- الى تسعه.

و عليه، فالفريضه تنكسر من جهه اجداد الام، و من جهه اجداد الأب، و بين عدد كل واحد من الجهتين و بين نصيبه مباينه، فنصيب فريق طرف الام واحد- و هو الثلث- و سهامهم أربعة فيقع التباين بين نصيبهم و سهامهم، و نصيب الاجداد من طرف الام اثنان- و هو الثلثان من أصل الفريضه- و سهامهم كما أوضحنا آنفا تسعه، فيقع التباين بين نصيبهم و سهامهم.

و حيث عرفت وجه التباين بين نصيب كل فريق و سهامهم فانه يطرح النصيب، و تبقى السهام، و لما كان بينها تباين أيضا: فان عدد سهام الأجداد من طرف الام أربعة، و عدد السهام من طرف الأب تسعه، فيجب ضرب احدهما بالآخر، فيكون الحاصل سته و ثلاثين، ثم تضرب السته و الثلاثون في أصل الفريضه- و هى ثلاثه- فالمتحصل منها مائه و ثمانيه.

ص: ٢٨٨

اما كيفيه تقسيم الحاصل و هو مائه و ثمانيه، فيعطي لاجداد امه:

الثالث، و هو ست و ثلاثون، تقسم بينهم بالسويه، تسعه لكل واحد منهم. و الثلثان الآخران- و هما اثنان و سبعون- تعطي لاجداد الاب، تقسم على تسعه لكل سهم ثمانيه: فلجد الاب وجدته لابييه: ثلثا ذلك- و هما ثمان و أربعون- ثلثها و هو ستة عشر للجد، و ثلثاها و هما اثنان و ثلاثون للجد.

و لجد الاب وجدته من طرف امه: أربعة و عشرون: ثلثا ذلك للجد- و هما ستة عشر-، و ثلثه للجد و هو ثمانيه.

قال في اللمعه: «... هذا هو المشهور بين الاصحاب، ذهب اليه الشيخ و تبعه الاكثر، و في المسأله قولان آخران:

احدهما- للشيخ معين الدين المصرى: ان ثلث الثلث لابوى ام الام بالسويه، و ثلثاه لابوى أبيها بالسويه أيضا، و ثلث الثلثين لابوى ام الاب بالسويه، و ثلثاهما لابوى أبيه اثلاثا، فسهام قرابه الام ستة و سهام قرابه الاب ثمانيه عشر، فيجتزأ بها، لدخول الاخرى فيها، و تضرب فى اصل المسأله تبلغ أربعة و خمسين:

ثلثها: ثمانيه عشر لاجداد الام، منها اثنا عشر لابوى أبيها بالسويه، و ستة لابوى امها كذلك، و ستة و ثلاثون لاجداد الاب، منها اثنا عشر لابوى امه بالسويه، و أربعة و عشرون لابوى أبيه اثلاثا.

و هو ظاهر.

و الثانى- للشيخ زين الدين محمد بن القسم البرزهي: ان ثلث الثلث لابوى ام الام بالسويه، و ثلثيه لابوى أبيها اثلاثا، و قسمه اجداد الاب كما ذكره الشيخ، و صحتها أيضا من أربعة و خمسين لكن يختلف وجه الارتفاع، فان سهام اقرباء الام هنا ثمانيه عشر، و اقرباء الاب

ص: ٢٨٩

تسعه تداخلها، فيجتزى بضرب الثمانية عشر في الثلاثة اصل الفريضة.

و منشأ الاختلاف: النظر الى ان قسمه المنتسب الى الام بالسويه فمنهم من لاحظ الامومه في جميع اجداد الام، و منهم من لاحظ الاصل و منهم من لاحظ الجهتين» (١).

الفرع الحادى عشر:

لو اجتمع اخت لابوين مع واحد من كلاله الام،

للاخت لابوين النصف بالفرض، و سدس لكلاله الام المنفرده، و يبقى سدسان يردان على الاخت من الابوين خاصه.

و فى اجتماعها مع المتعدد من كلاله الام يبقى سدس واحد، يرد على الاخت لابوين، و لا يرد على كلاله الام، خلافا للحسن بن أبى عقيل و الفضل بن شاذان، فانهما قالا بالرد عليهما أرباعا فى الصورة الاولى- و هى فى صورة اجتماع الاخت لابوين مع واحد من كلاله الام-، و احماسا فى الصورة الثانيه- و هى فرض اجتماع الاخت من الابوين مع المتعدد من كلاله الام-.

و الظاهر ان هذا القول قد تفرد به الحسن و الفضل. و رأى المختار لنا هو اختصاص الرد بالاخت لابوين خاصه- كما هو المشهور بين الاصحاب- بل ادعى صاحب الجواهر عند قول المحقق فى فرض المسأله «كان الفاضل للاخت من الابوين خاصه»- قال: بلا- خلاف معتد به اجده فيه، بل عن المختلف انه ادعى اكثر علمائنا بالاجماع عليه و هو الحجج. مضافا الى الحصر فى قول الصادق عليه السلام فيما

ص: ٢٩٠

مر من خبرى بكير و محمد بن مسلم، فهم الذين يزادون و ينقصون، بل و موثق موسى بن بكير قال:

«قلت لزراره: ان بكيرا حدثنى عن أبى جعفر ان اخوه للأب و الاخوات للأب و الام يزادون و ينقصون...الى ان قال:

فقال زراره: و هذا قائم عند أصحابنا لا يختلفون فيه».

فانه و ان لم يكن فيه حصر صريح لكنه ظاهر فيه، خصوصا مع ملاحظه ما سمعته من خبر بكير مما حكاه عنه.

الفرع الثانى عشر:

لو اجتمع كلاله الام مع الاخت أو الاختين للأب،

فلكلاله الاخت للأب: النصف، و لكلاله الام: السدس مع الاتحاد، فيبقى سدسان الظاهر انه يردان على كلاله الأب، و كذلك يرد السدس الباقي فى المتعدد ايضا.

هذا هو القول المختار وفاقا للشيخين، و المشهور بين المتأخرين، لما عرفت منا سابقا: ان المستفاد من روايه ابن مسلم عن الامام الباقر عليه السلام فى ابن اخت لأب و ابن اخت لام، قال: «لابن الاخت للام السدس، و لابن الاخت للأب الباقي» و هو يستلزم كون الام كذلك، لان ابن الاخت انما ورث سهم امه فيستكشف من ذلك ان امه كانت كذلك.

و هناك قول بالرد عليهما، اختاره الشيخ ايضا، و ابن ادريس، و المحقق، و العلامه فى احد قوليه، لتساويهما فى المرتبه، و الرد عليهما -على فرض القول به- يرد ارباعا فيما لو فرض اخت لاب، مع اخ

أو اخت لام، فإنه بعد اخراج السدس الذى هو فرض الاخ-خ أو الاخت لام، و النصف للاخت للأب، يبقى سدسان يردان عليهما ارباعا.

و يرد اخماسا فيما لو فرض أخ أو اخت لام، و اختان للأب، فان فرض كلاله الام السدس لانفرادها، و فرض الاختين لأب الثلثان، فيبقى سدس واحد يرد عليهما اخماسا، و اختار هذا القول الاسكافى ايضا و لكنك قد عرفت مما سبق ان الظاهر هو اختصاص الرد بالاخت لأبوين أو لأب، وفاقا للشيخين و الصدوقين و اتباعهما و اكثر المتأخرين.

مضافا الى ما عرفت من روايه محمد بن مسلم، و ابن بكير و زراره فان المستفاد منها هو خصوص كلاله الأبوين أو الاب، و لا يرد على كلاله الام اصلا. و مع وجود تلك الاخبار لا تسمع دعوى تساوى كلاله الام و كلاله الاب فى الدرجه.

قال الشيخ قدس سره فى الجواهر: «لكنه كالاجتهد فى مقابله النص الذى قد سمعته من خبرى محمد بن بكير، و محمد بن مسلم، و زراره، و غيرهم. مضافا الى الخبر الذى قد رواه راميا له بالضعف الذى يكون به من الموثق بل هو من أعلى درجاته، و قد فرغنا عن حجتيه فى الاصول، مضافا الى انجباره بالشهره بقسميها، بل عن ظاهر الكلينى فى باب بيان الفرائض: دعوى الاجماع عليه حيث قال:

«و الاخوه و الاخوات من الام لا يزدون على الثلث، و لا ينقصون من السدس، و الذكر و الانثى فيه سواء.»

و هذا كله مجمع عليه، و الى ما فى المعتبره عن مجمع البيان فان فيه:

«و يصح اجتماع الكلايتين معا لتساوى قرابتهما، و اذا فضلت التركه يرد الفاضل على كلاله الاب و الام، أو الاب، دون كلاله الام.»

ص: ٢٩٢

الفرع الثالث عشر:

للواحده من الاخوه أو الاخوات للام

-على تقدير انفراده،بمعنى ان لا يكون فى طبقته وارث سواه-:السدس بالفرض،و الباقى بالرد قرابه.

و للأكثر من واحد:الثلث بالفرض،و الباقى بالرد يقتسمون المال جميعا بالسويه،ذكورا كانوا ام اناثا أو كانوا متفرقين،لظاهر قوله تعالى: «فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ».

قال صاحب الجواهر قدس سره:«..و اصله التسويه فى الشركه خصوصا مع اتحاد السبب،و للاجماع بقسميه،و السنه و الباقى يرد عليهم قرابه ذكرانا كانوا أو اناثا،أو ذكرانا و اناثا،و لا اشكال فى شىء من ذلك لتطابق الكتاب و السنه و الاجماع عليه».

الفرع الرابع عشر:

لو اجتمع الزوج و الزوجه مع الاخوه أو اولادهم

،و الاجداد مطلقا-أى لآب كانوا أم لام- يأخذان نصيبهما الاعلى:النصف للزوج،و الربع للزوجه،و لاجداد الام أو لاختها أو لكليهما:ثلث الاصل،يقتسمونه بالسويه،و الباقى لقرابه الابوين:من اخوه و اجداد أو لآخوه الاب مع عدم وجود اخوه الابوين.

فلو اجتمع قرابه الام جد وجده،و اخ و اخت،و قرابه الاب جد وجده،و اخ و اخت مع الزوج كان للزوج النصف:ثلاثه من ستة

اصل الفريضة، لاشتغالها على النصف و الثلث، و بين مخرجيهما تباين فيضرب احدهما فى الآخر ٦ ٢٧٣. و لقرابه الام: الثلث اثنان، و عددهم اربعة، و لقرابه الاب: السدس واحد، و عددهم ستة، فينكسر على الفريقيين و حينئذ يدخل النصيب فى السهام و تتوافق، إذ ان عدد نصيب اقرباء الام اثنان و سهامهم اربعة فنصيبهم داخل فى السهام و عدد نصيب اقرباء الام واحد و سهامهم ستة فهو داخل فيها، و بين الاربعة و الستة توافق بالنصف، فيضرب نصف احدهما فى الآخر فيكون الحاصل اثنى عشر، ثم يضرب الاثنا عشر فى اصل الفريضة و هو ستة فتبلغ اثنى عشر و سبعين.

أولاد الاخوه يقومون مقام آبائهم

السابعة: اولاد الاخوه يقومون مقام آبائهم مع عدمهم، و يشاركون الاجداد و يرثون ميراث آبائهم، فأولاد الاخ من الام أو الاخت من الام ترث السدس لاتحاده، و اولاد الاخوين أو الاخوه أو الاخوات يرثون الثلث للتعدد، و يقتسمون المال بالسوية مطلقا، اتحدوا فى الذكوره أو الانوثة أو اختلفوا.

قال الشيخ قدس سره فى الجواهر عند قول المحقق: «كانت القسمة بينهم بالسوية» قال:

«كمن قاموا مقامهم من غير فرق بين كونهم اولاد اخ واحد او اخت، و بين كونهم اولاد اخوه متعددين، و ان كان مع النسبه الى المتعدد يأخذ كل واحد نصيب من يتقرب به الا انه يقسم ايضا بالسوية فلو كان اولاد الاخوه للام ثلاثة-مثلا-واحد منهم ولد اخ و الآخران ولدا واحد، فلو ولد الولد: السدس، الذى هو نصف الثلث و للآخرين: السدس الآخر بينهما بالسوية».

و اما اولاد الاخوه من الابوين أو من الأب فانهم يرثون ميراث

آبائهم، و هو الثلثان و يقتسمونه بالسويه مع الاتحاد فى الذكور و الانوثة و بالتفاضل مع الاختلاف فى الذكور و الانوثة: للذكر مثل حظ الانثيين.

و هذا مما لا اشكال فيه نضا و فتوى، و اولاد الاخ للأبوين يحجبون اولاد الاخ للأب كما ان الاخ للأبوين يحجب الاخ للأب لقول الصادق عليه السلام فى خبر العياشى:

«و ابن اخيك لا بيك و امك أولى من ابن أخيك لا بيك» (١).

و بدخول الزوج او الزوجه يدخل النقص على اولاد الاخوه من الابوين او من الاب، و لا يدخل النقص على اولاد الاخوه من الام كما لا يخفى.

الثامنه: ان المعروف بين الاصحاب: ان اولاد الاخوه ينزلون منزله الاخوه، و يحجبون ما يحجبونه، كما ان اولاد الاولاد بمنزله الاولاد، و الذى يظهر من كاشف اللثام مخالفه ذلك فقال:

«اولاد الاخوه لا يرثون لكونهم اخوه، كما ان اولاد الاولاد يرثون لكونهم اولاداً، بل لدخولهم فى اولى الارحام».

و يترتب على ذلك انه لو اجتمع اخ من ام مع ابن اخ لاب، فعلى المعروف و المشهور بل كاد ان يكون اجماعاً ان الميراث كله للأخ للام، و لا يرث ابن الاخ.

و فى كشف اللثام: ان ابن الاخ للأب يرث مع الاخ للام ما لفظه:

«فلا يحجب الاخ من الام ولد الاخ من الاب و ان كان اقرب، كما ان الجد الادنى لا يحجبه لان الاقرب انما يحجب الابدع مع

ص: ٢٩٥

١- ١) الجواهر، كتاب الفرائض (١) [خاتمه اولاد الاخوه و الاخوات].

اقول: ان المستفاد من الأخبار ان القريب يمنع البعيد مطلقا، اتحدت الجهه أو تعددت، و دعوى ان الحجب انما يتحقق فيما إذا اتحدت الجهه، و في الاخوه الجهه لم تتحد فان الاخوه للام مع الاخوه للأب مختلفان جهه، فهما كالصنفين ممنوعه:

فان الاخوه بجميع اقسامها صنف واحد. و قد نسب ذلك في المسالك الى النص الصحيح، و ان الاقرب منهم يمنع الابدع اتحدت الجهه ام اختلفت، مضافا الى مرسل يونس: «اذا التفت القرابات فالسابق احق بميراث قريبه، فاذا استوت قام كل واحد مقام قريبه» (١).

و في فقه الرضا(ع): «ان ترك الرجل اخاه و ابن اخيه فالأخ اولى من ابن اخيه».

و عن العياشى في تفسيره عن أبى بصير، عن أبى جعفر الباقر عليهما السلام- الى ان قال:- «فاذا التفت القرابات فالسابق أحق بالميراث من قرابته» (٢).

هذا بالنسبه الى ما لو ترك صنفا واحدا من الأجداد و الاخوه، و اما لو ترك صنفين فيمكن دعوى ان الاقرب يمنع الأبعد بالنسبه الى صنفه.

ص: ٢٩٦

-
- ١-١) الكافي كتاب الميراث باب ان الميراث لمن سبق الى سهم قريبه الحديث ٣ ج ٧ [١] الص ٧٧.
٢-٢) الوسائل كتاب الميراث الباب ٥ [٢] ان الاقرب من الأعمام و الأخوال من ابواب ميراث الأعمام و الأخوال.

قال الشيخ(قده)فى الجواهر فى اول كتاب الميراث:

«و لا- يمنع البعيد القريب فى غيره، أى غير العم للأب مع ابن العم للأبوين، و لا يرث معه إلا إذا لم يزاحمه فى استحقاقه. كما فى اخ حر و ولد نصفه حر، فان المال بينهما نصفان، و قد يتصور نحو ذلك فى الاخوه و الأجداد من غير حجب على ما جزم به فى المصاييح تبعاً للدروس، كما لو ترك جدا للام و ابن اخ للام مع اخ لأب فان ابن الاخ لا يحجب اجداد الام و لا يزاحم الأخ للأب، فيرث مع الجد للام و به صرح فى القواعد».

اقول: لا يخفى ان المستفاد من الأخبار: ان القريب يمنع البعيد فى كل مرتبه، و اما المزاحمه و عدمها اجنبية عن المقام و لا توجب صرف اطلاق الأخبار اليها، و دعوى ان القريب فى كل صنف يمنع البعيد من صنفه اذا زاحمه، اما اذا لم يزاحمه بان ترك جدا للأب و ابن اخ لام مع اخ للأبوين او لأب، فان ابن الأخ لا يزاحم الأخ للأبوين و انما يزاحم الجد للام فان الثلث حسب الفرض يكون للجد للام مع عدم وجود ابن الأخ، فان ابن الأخ لا يزاحم الأخ و انما يزاحم الجد للام، ممنوعه: فان الظاهر من الأخبار هو منع القريب للبعيد فى تلك المرتبه مطلقاً، و لو لم يزاحم، مضافاً الى ما عرفت من مرسل يونس و فقه الرضا(ع) فالالتزام بالتقييد محل نظر على ان الاطلاق يرفع ذلك و ان كان ما ذكره(قده) لا مانع من الالتزام به ان اوجب صرف الاطلاق اليه إلا ان دعوى ذلك مشكل، و عليه فالمسأله محتاجه الى التأمل.

و كيف كان فأولاد الاخوه يرثون ميراث آبائهم و يقاسمون الأجداد.

ص: ٢٩٧

قال المحقق فى الشرائع: «و لو اجتمع معهم قاسموهم كما يقاسموهم الاخوه».

قال الشيخ فى الجواهر تعقبا على هذه الجملة من كلام المحقق:

«بلا خلاف فيه بيننا ضروره قيامهم مقام آبائهم فى ذلك، و لا ينافيه تنزيل الأجداد منزله الاخوه المراد منه بيان كيفيه استحقاقهم الارث ما يشمل حجبتهم، خصوصا بعد استفاضه النصوص او تواترها فى شركه الجد و ابن الأخ و كون المال بينهما نصفين..الى ان قال:-

و لو خلف ابن اخ و بنت ذلك الأخ، و كان الأخ لأب و ابن اخت و بنت تلك الاخت له، و ابن اخ و بنت ذلك الأخ لام، و ابن اخت و بنت تلك الاخت لام، مع الأجداد الثمانيه اخذ الثلثين الأجداد من قبل الاب مع اولاد الاخت للأب الاربعه، و لانتسابهم الى الاب يقسم بينهم اثلاثا: للجد و الجده من قبل أب الاب و اولاد الاخت و الاخ للأب ثلثا الثلثين.

ثم ثلثا الثلثين أيضا يقسم بينهم اثلاثا، للجد و اولاد الاخ ثلثا ذلك نصفه للجد، و نصفه لاولاد الاخ اثلاثا، و الثلث: أى ثلث ثلثي الثلثين للجد و اولاد الاخت: نصفه للجد، و نصفه لاولاد الاخت، يقسم بينهم اثلاثا.

و ثلثهما- أى الثلثين- للجد و الجده من قبل ام الاب اثلاثا، و الثلث: أى ثلث الاصل للأجداد الاربعه من الام، و لاولاد الاخوه من قبلها اسداسا- على المشهور- لكل واحد سدس، و لاولاد الاخ للام سدس بالسويه، و لاولاد الاخت لها سدس آخر بالسويه، و يصح من ثلاثمائه و اربعه و عشرين».

و لو دخل احد الزوجين اخذ نصيبه الاعلى، و يقع النقص على من تقرب بالابوين او الاب، كأبائهم.

و لا- يقع النقص على من تقرب بالام- و لا- يرث من تقرب بالاب مع وجود من تقرب بالابوين بل يقوم مقامه عند عدمه و الله العالم.

ص: ٢٩٩

الطبقه الثالثه الأعمام و العمات و الاخوال و الخالات

و هم «الأعمام و العمات و الاخوال و الخالات».

و لا يخفى ان ارث هذه الطبقه ليس بالفرض و انما هو بآيه (اولو الارحام) أى ارثهم بالقرايه.

و قد عرفت من النصوص السابقه انه مع وجود الاخوه و الأجداد لا- تصل النوبه الى هذه الطبقه، بل الاجماع بقسميه يقضى بذلك، كما ان قاعده الأقرب يمنع الأبعد المستفاده من النصوص توجب تقديم الاخوه و الأجداد على الأعمام و الأخوال، خلافا للفضل بن شاذان، فقد نقل عنه انه لو خلف خالا وجده لام: اقتسم المال نصفين، مع ان الخال من طبقه الثالثه و الجد من طبقه الثانيه.

قال الشيخ فى الجواهر قدس سره بعد نقل مخالفه الفضل:-

«...و لكن فى الدروس: ان الذى فى كتابه لو ترك جدته و عمته و خالته: فالمال للجده.

و فى كشف اللثام: انه غلط يونس فى تشريكه بين العمه و الخاله و ام الأب، و تشريكه بين العم و ابن الأخ. و قال كما فى الاخير:

انه لما رأى ان بين العم و الميت ثلاث بطون، و كذلك بين ابن الاخ و ابن الميت ثلاث بطون، و هما جميعا من طريق الاب. جعل المال بينهما نصفين، و هذا غلط، لانهما و ان كانا جميعا كما وصف فان ابن الاخ من ولد الاخ، و العم من ولد الجد، و ولد الاب احق و أولى من ولد الجد و ان سفلوا.

ص: ٣٠٠

كما ان ابن الابن أحق من الاخ، لان ابن الابن من ولد الميت و الاخ من ولد الاب، و ولد الميت أحق من ولد الاب و ان كان فى البطون سواء.

و كذلك ابن ابن ابن أحق من الاخ، لان هذا من ولد الميت نفسه و ان سفل، و ليس الاخ من ولد الميت.

و كذلك ولد الاب أحق و أولى من ولد الجد.

ثم قال:

قلت: و بالتأمل فى هذا و فى ما سلف منا تعرف الوجه فى ترتيب الطبقات جميعها على قاعده الاقرب: ضروره معلوميه أولويه من ولد الميت و من ولد الميت به من كل احد، و هم الابوان و الابناء و ان سفلوا: اهل الطبقة الاولى التى هى عمود النسب.

ثم من بعدهم من ولد اب الميت، و من ولده ابو الميت: و هو الاخوه و اولادهم، و الاجداد و ان علوا، بعضها من العمود و بعضها من حاشيه النسب، اهل الطبقة الثانيه.

ميراث الاعمام و الأخوال

ثم من بعدهم من ولده الاجداد: و هم الاعمام و الاخوال:

اهل الطبقة الثالثه الذين جميعهم من حاشيه النسب.

و يترتبون فيما بينهم كترتب الاجداد و الاخوه و اولادهم، نعم، الميت و خاله أولى به من عم أبيه و خاله، و هما أولى من عم جد الميت و خاله و هكذا...

كما ان الجد الادنى أولى من الجد الابدع، و الاخ أولى من ابن الاخ، فان اولى الارحام أولى ببعض فى كتاب الله، أى الاقرب منهم يمنع الابدع». و فيها مسائل:

الاولى: العم المنفرد او العمه المنفردة، سواء كانت لابوين او

ص: ٣٠١

للأب أو للأم: لها تمام المال، ومع التعدد بقتسمون المال بالسوية مع الاتحاد في الذكور و الانوثة مطلقا، سواء كانوا متقربين بالابوين أو الاب أو الام بلا اشكال و لا ريب، للاجماع بقسميه منقول و محصل.

و اما مع الاختلاف في الذكور و الانوثة فان كانوا متساوين من حيث القرابه، بأن كانوا جميعا لأبوين أو لأب فيقتسمون المال بالتفاضل للذكر مثل حظ الانثيين، للاجماع بقسميه بل صريح النصوص ذلك.

و اما اعمام الميت المتقربون من طرف الام-أي اخوه اب الميت لامه- فمع الاختلاف في الذكور و الانوثة هل يقتصمون المال بالسوية ام لا بل بالتفاضل؟ قولان:

قيل: بالاقسام بالتفاضل، للقاعده المستفاده من تفضيل الذكور على الاناث في باب الارث، مضافا الى اطلاق قول الصادق (ع) في خبر سلمه: في عم و عمه، للعم الثلثان و للعمه الثلث (1).

و قيل: بالاقسام بالسوية، لاصاله الاشتراك لاتحاد السبب.

و قد خرجنا من هذا الاصل بالمتقرب بالأبوين أو الاب، لان ارثهم لاجل تقربهم الى الميت فيرثون نصيب من يتقربون به، فهم يأخذون حصه اخوه اب الميت لامه فيرثون حصته لاجل امه، فلذا يقتصمونه بالسوية.

و قاعده تفضيل الذكر على الانثى لم تثبت، و لو ثبتت فهي مقيده بما ذكرنا، كما ان الروايه ايضا مقيده بما ذكرنا فتحمل على كون العم أو العمه لأبوين أو للأب، و الظاهر هو الثاني على المشهور بين الأصحاب بل نقل الاجماع عليه، و ان كان الاحوط التصالح.

ص: ٣٠٢

و اما استحقاق ميراثهم، هو انه ان كان واحدا فالسدس، و ان كان اكثر فالثلث للاجماع بقسميه، مضافا الى انه اخوه اب الميت لانه فيرثون ميراث من يتقربون به، و قد عرفت ان الأخ من طرف الام ان كان واحدا فالسدس و ان كان اكثر فالثلث.

و لكن لا يخفى انه يمكن الخدشه فيه، فان ثبوت الحكم فى الاخوه لا يستلزم ثبوته فى الأعمام اذ لا تلازم بينهما، بل ينافى ذلك ما استفاد من اخبار الباب: كمثل روايه أبى ايوب عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ان فى كتاب على عليه السلام ان العمه بمنزله الاب، و الخاله بمنزله الام و بنت الأخ بمنزله الأخ، و كل ذى رحم بمنزله الرحم الذى يجربه، الا ان يكون وارث أقرب الى الميت منه فيحجبه» (١).

و روايه سليمان بن خالد عن ابى عبد الله عليه السلام: «كان على عليه السلام يجعل العمه بمنزله الأب فى الميراث، و يجعل الخاله بمنزله الام، و ابن الاخ بمنزله الاخ الحديث» ٢.

الى غير ذلك من الاخبار الداله على ان العم و العمه منزلان منزله الاب و الام، الا ان الاجماع المدعى كاف فى المقام على انه يمكن ان استفاد ذلك من انه يرثون نصيب من يتقرب به.

قال الشيخ فى الجواهر: «و كذا لا خلاف فيما ذكره من حكم المتفرقين عدا الاطلاق السابق، بل فى الرياض انه حكاه أى جماعه نفى الخلاف، و لعل الوجه فى ذلك بانه لما كان تقربهم الى الميت بالاخوه قاموا مقام كلاله الميت التى قد عرفت ان ارثها كذلك او لانه لما انتقل اليهم ارث من تقربوا به عوملوا معاملة الورثه له، بل لعله

ص: ٣٠٣

هو معنى انهم يرثون نصيب من يتقربون به، أى يعاملون الوارث له.

و بذلك يقيّد اطلاق الخبر المزبور بالعمه او العم للأبوين او للأب، بل لعل اطلاق عباره الفضل و المفيد و الصدوق ينزل على ذلك ايضا، و قاعده التفضيل غير متحقق اقعاها بحيث يشمل ما نحن فيه، و على تقريره يقيّد ايضا بما عرفت خصوصا بعد الاتفاق ظاهرا على الحكم المزبور و الله العالم».

و لا يخفى ان اعمام الاب مع وجود اعمام الابوين لا يرثون، للاجماع عليه كما عن السرائر و الغنيه، مضافا الى قوله عليه السلام:

«و عمك اخو ابيك لايه و امه أولى بك من عمك اخى ابيك» (١).

نعم يقومون مقامهم عند عدمهم.

الثانيه: الخال المنفرد له تمام المال، و كذا الخاله المنفردة لها تمام المال، فلو تعددا و اتحدا في الذكوره و الانوثة: فالمال بينهم على السويه مطلقا سواء كانوا لابوين او لاب او لام، لان السبب هي الام و هو موجود في الجميع.

كما ان قاعده الاشتراك جاريه في الجميع.

و اما اذا اختلفوا في الذكوره و الانوثة: فان كان الجميع لابوين او لاب او لام، فالمال يقتسمونه بالسويه ايضا، للاجماع عليه و لاصاله التسويه و الاشتراك خصوصا من جهه القرابه للام، فان الارث في المقام هو انهم اخوه الام و تقربهم للميت من هذه الجهه، فاذا لا فرق في ذلك من جهه الاب.

و بالجمله ارثهم ليس بملاحظه الاب، و انما هو ارثهم لتقربهم للام، و لاجل ذلك وقع الاشكال ما لو اختلف الاخوال فبعضهم للأبوين

ص: ٣٠٤

١- (١) الوسائل كتاب الميراث الباب الأول، [١] ان الميراث يثبت بالنسب و السبب من ابواب موجبات الارث.

و بعضهم للأب و بعضهم للام، فبمقتضى ما ذكرنا ان ارثهم لأجل تقربهم بالام، فينبغى ان لا يفرق بين ذلك، الا ان المشهور و الفتوى على انه للمتقرب بالام ان كان واحدا فله السدس، و ان كان متعدددا فله الثلث و الباقي للمتقرب بالأبوين أو بالأب، و يسقط اخوال الأب مع وجود اخوال الأبوين، و يقوم مقامه مع عدمهم.

و لكن لا يخفى ان المستفاد من قوله عليه السلام: «و يأخذ نصيب من يتقرب به» (١) هو كون معاملتهم معامله الورثة لنصيب من يتقرب به، و لا ريب فى كون قسمتهم ذلك لو كانوا هم الورثة، إذ معنى الأخوال: هم اخوه ام الميت، فمع موت الام الذى بسببها ورثوا هذا المال قد عرفت ان الاخوه للام ان كان واحدا له السدس، و ان كان متعدددا فلهم الثلث، و ان كانوا الأبوين فلهم الباقي، و يحجب اخوه الأبوين اخوه الأب فبهذا السبب يرث نصيب المتقرب به، و لازم ذلك كون من يتقرب بذلك له ذلك النصيب.

مضافا الى قوله: «اعيان بنى الام أقرب من بنى العلات» (٢).

فالذى تحصل مما ذكرنا هو ان ارث الأخوال مع التعدد يقتسمونه بالسويه للذكر مثل حظ الانثى، و مع الاختلاف بالنسبه الى المتقرب بالأبوين أو الأب أو الام، فالمتقرب بالأب يسقط لوجود المتقرب بالأبوين، و بالنسبه الى المتقرب بالام له السدس مع الاتحاد، و الثلث مع التعدد، و الباقي للمتقرب بالأبوين يقتسمونه بالسويه على

ص: ٣٠٥

١- ١) الوسائل كتاب الميراث الباب الأول ان الميراث بالنسب و السبب من ابواب موجبات الارث.

٢- ٢) التهذيب كتاب الفرائض الباب ٣٠ ميراث الأعمام و العمات الحديث ١١ الج ٩ الص ٣٢٦.

المشهور بين الأصحاب، بل على الأشهر كما عن اللمعه، و في الغنيه الاجماع عليه، و كذا تلخيص الخلاف و السرائر و المسالك، و لم ينقل الخلاف الا من الشيخ في النهايه حيث حكم بالتفاضل في خؤوله الأب.

و في اللمعه علل ذلك بالاشتراك في التقرب بالام. فان الخال لأبيه ينسب الى الميت من جهة الام لكونه اخا لأبيه و ان كان من ابيها، و لا يزم ذلك ان لا يكون عند الاختلاف و التفرق تفاوتاً بينهم، بأن يكون للمتقرب بالام السدس مع الانفراد، و الثلث مع التعدد، بل يقتسمون المال الجميع بالسويه لتقرب الجميع بالامومه، كما انه ينبغي ان لا يسقط الخؤوله للأب بالخؤوله بالابوين.

الا- ان الانصاف ان الأخير لا يرد، إذ منع خؤوله الابوين خؤوله الاب انما هو اجماعى، و لم ينقل الخلاف الا عن الصدوق في المقنع، فانه نسب الخلاف فيه الى الفضل، الا- ان الناظر الى عبارته المقنع يجد خلاف ذلك كما ذكر ذلك في حاشيه مفتاح الكرامه، و عبارته المقنع هي هذه:

«فلو ترك خالا لاب و ام، و خالا لاب، فان الفضل بن شاذان ذكر ان المال للخال للأب و الام، و سقط الخال للأب».

على ان الظاهر من روايه الحارث عن امير المؤمنين عليه السلام قال:

«اعيان بنى الام يرثون دون بنى العلات» (1) هو حجب خؤوله الابوين خؤوله الاب.

ص: ٣٠٦

١- ١) التهذيب كتاب الفرائض الباب ٣٠ الحديث ١٣ الحج ٩ ص ٣٢٧ الطبعه الحديثه، و المراد بالعات: إذا كان ابوهم واحدا و امهاتهم شتى.

نعم يبقى الاشكال بالنسبه الى ما ذكر الاصحاب عند اجتماع خؤوله الام مع خؤوله الاب فمع انفراد خؤوله الام لها السدس، و
خمسه اسداس لخؤوله الاب، و مع التعدد ثلث لخؤوله الام، و ثلثان لخؤوله الاب، مع ان تقرب الخؤوله مطلقا انما هو بالام
الموجب لاقتسام من تقرب بها بالسويه، من دون فرق بين التقرب اليها بالابوين او بأحدهما.

فعليه: لا وجه لتخصيص المتقرب اليها بالام بالسدس او بالثلث الا ان يلاحظ الواسطه فانها تقضى بكون القسمة بالتفاوت.

و لكن لا يخفى: انه يدفع ذلك كله بان المسأله اجماعيه، قال في مفتاح الكرامه بعد ان ذكر الملاحظتين:

ملاحظه القرب الى الميت فانها تقضى بالقسمة بالتساوى فى الجميع و ملاحظه الواسطه الى الميت، فهى تقضى القسمة بالتفاوت.

قال قدس سره: «لكنهم حكموا فيما إذا اجتمع خال و خاله لام و خال و خاله لاب، ان للمتقرب بالام الثلث بينهما بالسويه، و
للمتقرب بالاب الثلثان بينهما بالسويه ايضا، و الدليل على ذلك الاجماع».

قال الشيخ قدس سره فى الجواهر بعد قول المحقق: «و الباقي للخؤوله من الاب و الام بينهم للذكر مثل حظ الانثى». لما عرفت من
اصاله التسويه و التقرب بالام و لا يشكل ذلك بان مقتضى الاخير قسمة الجميع بالسويه، لاخصاص قرابه الام منهم السدس او
الثلث، و الباقي لقرابه الابوين، لانه لا تلازم بين الامرين، على ان مقتضى قوله عليه السلام: «يرثون نصيب من يتقربون به» معاملتهم
معامله الوارث، و لا ريب فى كون قسمتهم ذلك لو كانوا هو الورثه.

نعم، كان قرابه الأب بالتفاوت، لكن يمكن هنا اصاله ترجيح التسويه و قرابه الام على خصوص ذلك، فلا اشكال حينئذ من هذه الجبهه، كما انهما رجحا معا فى الأعمام للام فى صوره الاجتماع على الاصح و الافتراق بلا خلاف كما عرفت، فاشكال بعض متأخرى المتأخرين فى ذلك حتى قال: ان الأولى الصلح بل قال: «انه يشكل ما ذكره المصنف و غيره من انه يسقط الخؤوله من الاب الام مع عدم الخؤوله من الاب و الام، فانهم حينئذ يقومون مقامهم لتقرب الجميع بالام و عدم مدخله الاب، و لذا اقتسموا بالسويه» فى غير محله خصوصا فى الاخير، لعموم قوله عليه السلام: «اعيان بنى الام أقرب من ذوى العلات».

بل لا ينكر استفاده ذلك على جهه القاعده فى جميع الارحام من النص و الفتوى، مضافا الى قاعده الاقرب، و الى انه من لوازم معاملتهم معامله الورثه لنصيب من يتقربون به، لانه هو معنى قوله عليه السلام:

«يرثون نصيب من يتقربون به».

اجتماع الاعمام و الاخوال

الثالثه: لو اجتمع الاعمام و الاخوال فلالخوال الثلث، واحدا أو اكثر و معه يقتسمونه بالسويه، و الثلثان للأعمام واحدا أو اكثر ذكورا و اناثا او هما، و مع الاختلاف يقتسمونه بالتفاضل: للذكر مثل حظ الانثيين، و على ذلك شهره الاصحاب، و لقول الصادق عليه السلام فى خبر أبى ايوب: «ان فى كتاب على ان العمه بمنزله الاب، و الخاله بمنزله الام، و بنت الاخ بمنزله الاخ، و كل ذى رحم بمنزله الرحم

ص: ٣٠٨

الذى يجربه إلا ان يكون وارث أقرب الى الميت فيحجبه» (١).

مضافا الى أن جهه القرابه تقتضى ذلك، فان جهه القرب بالنسبه الى الخال الذى هو اخو ام الميت ملحوظ فيه جهه الامومه، و العم الذى هو اخو اب الميت ملحوظ فيه جهه الابوه، و لا يخفى ان ارث الام هو الثلث، و لا ينافى انها ترث السدس لوجود الحاجب لكون ميراثها الاصلى هو الثلث، و الاب ميراثه هو الثلثان، و يتحقق ذلك فى الرحم الذى يتصل به و يرث بسببه.

ثم ان ارث الاخوال لما كان هو الثلث مع الاعمام، فلو كان بعضهم لام و بعضهم لابوين أو لاب، فيأخذ من تقرب بالام فقط سدس الثلث، و الباقي لمن تقرب بالابوين، و يسقط من تقرب بالاب مع وجود من تقرب بالابوين، و يكون حال الاخوال مع الأعمام حال الاخوال لو انفردوا، إذ لا فرق بين اجتماعهم و انفرادهم و الله العالم.

لا يرث الابعد مع وجود الاقرب

الرابعه: لا يرث الابعد مع وجود الاقرب فى الاعمام و الاخوال، لكونهم من صنف واحد، فان ميراث الاعمام و الاخوال ثابت من آيه اولى الارحام، و من القاعده المستفاده من النص من تقديم الاقرب فالاقرب، و لروايه سلمه بن محرز عن أبى عبد الله عليه السلام قال فى ابن عم و خاله: «المال للخاله» (٢).

ص: ٣٠٩

١- ١) الوسائل كتاب الميراث الباب ٢ [١] انه اذا اجتمع الاعمام و الاخوال من ابواب ميراث الاعمام و الاخوال، و فى التهذيب الباب ٣٠ ميراث الاعمام و العمات الحديث ٩ الج ٩ الص ٣٢٦.

٢- ٢) التهذيب كتاب الفرائض الباب ٣٠ الحديث ١٨ الص ٣٢٨ الج ٩، و فى الوسائل كتاب الميراث الباب ٥ من ابواب ميراث الاعمام و الاخوال. [٢]

بخلاف الاخوه و الأجداد: فان الميراث ثابت لكل واحد منهما من دليل مخصوص من دون اعتبار الآخر، لصحيحه محمد بن مسلم قال:

نظرت فى صحيفه ينظر فيها أبو جعفر عليه السلام قال: قرأت فيها مكتوبا: «ابن اخ وجد المال بينهما سواء» الخبر (١).

و عن محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام قال:

حدثنى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم -و لم يكن يكذب جابر-: «ابن الأخ يقاسم الجد» ٢.

ابن العم للأبوين يمنع العم للأب

فانقده مما ذكرنا ان الأعمام و الأخوال حيث انهما من صنف واحد، فالأقرب يمنع الأبعد الا فى مسأله ابن العم للأبوين مع العم للأب، فان ابن العم للأبوين يمنع العم للأب و ان كان العم للأب أقرب، للاجماع بقسميه، بل فى الفقيه نسبتة الى الخبر الصحيح الوارد عن الأئمة عليهم السلام، و فى غيره الى الأخبار الصحيحه المستفيضه.

و الذى وجدته فى كتب الحديث ما رواه الحسن بن عمار، قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام: ايما أقرب ابن عم لأب و أم، أو عم لأب؟»

قال: قلت: حدثنا أبو اسحاق السبيعي، عن الحارث الأعور عن أمير المؤمنين عليه السلام انه كان يقول:

«أعيان بنى الام أقرب من بنى العلات».

قال: فاستوى جالسا ثم قال: جئت بها من عين صافيه، ان

ص: ٣١٠

١- (٢١) الوسائل كتاب الميراث الباب ٥ [١] من ميراث الاخوه و الأجداد، و فى التهذيب كتاب الفرائض الباب ٢٨ الحديث ٢٥ و ٢٧ الحج ٩ الص ٣٠٩.

عبد الله أبا رسول الله صلى الله عليه وآله، أخو أبي طالب لأبيه و أمه» (١).

هذا هو المستفاد من لسان الروايه، و هو ان الامام عليه السلام أراد ان يقرر أمرا كليا عاما و هو: ان من ورث بالقربى لا بالتسميه و كان متقربا بسببين يكون مقدا على من ورث بسبب واحد، و منه ما تضمنته الروايه من تقديم الاخوه الذين يكونون ابناء أعيان يعنى ابناء أب و أم-يقدمون على الاخوه الذين يكونون أبناء علات-يعنى اخوه من أب واحد و امهاتهم شتى-، و هذه الجهه- أعنى جهه كونهم ابناء أعيان و ابناء علات كما تجرى فى نفس الآباء أيضا تتسرب الى ابنائهم، فمن كان ابن عم لشخص من أبيه و امه يكون مقدا على من كان عما لشخص من جهه الأب فقط.

و بهذا الاعتبار قدم أمير المؤمنين على عليه السلام فى الميراث على عمه العباس رضوان الله عليه.

و ان قال قائل: ان هذه القاعده خرجت منها اشياء و اشياء، فاننا نقول: تلك خرجت بأدلتها الخاصه، أو نقول: هب انها غير مطرده فهى حكمه و الحكمه لا يشترط فيها الاطراد فليقتصر فيها على القدر المتيقن.

مضافا الى ذلك هو ان الاعتماد فى اثبات هذا الحكم انما هو تحقيق الاجماع بقسميه نقلا و تحصيلا، قال الشيخ قدس سره فى الجواهر:

«..بلا خلاف فيه بيننا، بل الاجماع بقسميه عليه، و فى محكى الفقيه نسبه الى الخبر الصحيح الوارد عن الاثمه عليهم السلام: و فى غيره

ص: ٣١١

١- ١) الاستبصار باب ميراث أولى من ذوى الأرحام الحديث ٥ الج ٤ الص ١٧٠.

الى الاخبار،و عن المقنع تعليله مع ذلك بأنه قد جمع الكاليتين:

كلاله الاب و الام،و نحوه عن المفيد،لان ابن العم يتقرب الى الميت بسببين و العم بسبب واحد،و ليس كذلك حكم الاخ للأب و ابن الاخ للأب و الام لان الاخ وارث بالتسميه الصريحه،و ابن الاخ وارث بالرحم دون التسميه،و من يرث بالتسميه حجب من يستحق الميراث بالرحم دون التسميه،و العم و ابن العم انما يرثان بالقربى دون التسميه،فمن تقرب بسببين منهما كان أحق ممن تقرب بسبب واحد على ما بيناه،لقول الله عز و جل: «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ..».

و مقتضى ذلك التعديه الى الخال و ابن الخال،بل و الى غير ذلك و لكن لم نعثر فى النصوص الا على قول الصادق عليه السلام للحسن ابن عمار:

«ايما أقرب ابن عم لايب و أم،أو عم لايب؟فقال:حدثنا ابو اسحاق السبيعي عن الحارث الاعور،عن أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام انه كان يقول:

«اعيان بنى الام أقرب من بنى العلات».

فاستوى عليه السلام جالسا ثم قال:جئت بها من عين صافيه، ان عبد الله ابا رسول الله(ص)اخو أبى طالب لاييه و امه.

و هو بعد انجباره بما عرفت الحججه مع الاجماع».

و مما ذكرناه و نقلناه عن الشيخ صاحب الجواهر قدس سره يظهر لك كيف تخرج هذه المسأله عن القاعده المسلمه:ان الاقرب يمنع الابعد.

و هكذا لو اقترن العم للأب مع ابن العم للأبوين بالزوج و الزوجه فان الحكم لا يتغير.

نعم، لو كانت عمه للأب و ابن عمه للأبوين، فالتعدى اليه محل اشكال، و الاظهر عدم التعدى اقتصارا فيما خالف الأصل على النص، كما انه لو اقترنت الصوره المفروضه بالخال بان اجتمع ابن عم للأبوين و عم للأب مع الخال، فانه يمنع ابن العم اخذا بالقدر المتيقن، و حينئذ المال يدفع للعم و الخال، و يسقط ابن العم.

و قد خالف بعض و قال: بأن المال للخال، فان ابن العم للأبوين يحجب العم للأب، و ابن العم محجوب بالخال، و لكن لا يخفى ما فيه لما عرفت من الآخذ بالقدر المتيقن اقتصارا فيما خالف النص الأصل، فحينئذ يؤخذ بعموم آيه «أُولُوا الْأَرْحَامِ» الداله على تقديم الأقرب و لا- مانع من التمسك باطلاقها لكون الشبهه مفهوميه، اذ المقام من الشك بين الأقل و الأكثر فيؤخذ بالأقل و يتمسك بالاطلاق أو بالعموم بالنسبه الى الافراد المشكوكه و قد ذكرنا فى الاصول: ان اجمال المخصص فى المفهوم تاره يكون بين المتباينين و اخرى بين الأقل و الأكثر:

فعلى الأول: يسرى اجماله الى العام بالنسبه الى المردد بين المتباينين من غير فرق بين المخصص المتصل و المنفصل، غايه الأمر بالنسبه الى المتصل لم ينعقد ظهور للعام الا فيما عدا ذلك المردد بين المتباينين، و فى المنفصل فهو و ان انعقد له ظهور فيه الا انه ليس بحجه، للعلم بخروج ذلك المردد من تحت حجيه العام، فلا- تجرى اصاله الظهور و العموم مع العلم بخروج ذلك من تحت العام.

فعليه: لا يفرق بين كون المخصص متصلا أو منفصلا فى ما كان الاجمال و الاشتباه فى المفهوم و قد تردد بين متباينين فى عدم جواز التمسك بالعموم أو الاطلاق، لادخال المشتهه تحت حكم العام.

و على الثانى ما كان الاجمال فى المخصص فى المفهوم مرددا بين

الأقل و الأكثر،فتاره يكون المخصص المجمل مفهوما متصلا،و اخرى منفصلا:

فان كان الأول:فهو كما لو تردد بين متباينين حيث اجماله يسرى الى العام،و ذلك ان اتصاله بالعام يوجب عدم انعقاد ظهور له الا بعد تماميه الكلام،فلا يمكن التمسك بالعام للفرد المشكوك الدخول فى الخاص من جهه الشبهه المفهوميه.مثلا لو شككنا فى دخول مرتكب الصغيره تحت مفهوم العادل من جهه اجمال ذلك المفهوم،من حيث دور انه بين الأقل و الأ-كثر،و كان المخصص متصلا،كقوله:«اكرم العلماء العدول»فلا يمكن التمسك بالعموم لادخال الفرد المشكوك الدخول فى الخاص من جهه الشبهه المفهوميه،فمع الشك ان مرتكب الصغيره داخل تحت مفهوم العادل لاجمال مفهومه و تردده بين الأقل و الأكثر،فلا يمكن التمسك بالعموم،لأن ظهوره انعقد فى خصوص العلماء العدول لكون المخصص متصلا و قد فرض انه مشكوك الدخول تحت مفهوم العدول.

و ان كان الثانى أى ما كان المخصص مجملا بحسب المفهوم منفصلا فلا يسرى اجماله الى العام.كما فى المقام و يمكن ان يتمسك بذلك العام لدخول الفرد المشكوك فيه لعدم مصادمته للمخصص المجمل،فينعقد ظهور العام فيكون العموم حجه الا فيما كان ظهور الخاص اقوى،و قد فرض ان المخصص لا ظهور له بالنسبه الى الفرد المشكوك فضلا عن كونه اقوى من ظهور العام.

و هذا المعنى لا- يجرى فيما إذا كان المفهوم مبينا و كان الشك فى دخوله تحت الخاص مع العلم بكونه من افراد العام،و كان التخصيص منفصلا المسمى ذلك(بالشبهه المصادقيه)كما لو شك فى زيد انه

فاسق مع العلم بكونه عالماً، و كان التخصيص اكرم العلماء-مثلاً- بدليل منفصل، و هو لا تكرم الفساق منهم، فان مثل ذلك لا يمكن جريان اصاله العموم أو الاطلاق فيه، حيث ان المخصص شموله لمورد الخاص بالنص عليه، فيقدم على ظهور العام واقعا و هو يوجب ان يخرج مورد الخاص عن العام واقعا فيسقط ظهور العام عن الحجية فيما ينطبق عليه مفهوم الخاص واقعا، فعنوان الخاص بمصاديقه الواقعيه خرجت من تحت العام و المخصص المنفصل و لو لم يصادم ظهور العام، لأن ظهور الكلام ينعقد بعد تماميته و الشيء لا ينقلب عما هو عليه، و لكن يصادم حجيه ذلك الظهور في ذلك المقدار بمعنى ان حجيه ذلك الظهور تسقط في المقدار الواقعي للخاص، فيخرج كل ما هو مصداق واقعا للخاص من تحت حجيه ظهور العام و اصاله العموم.

فعليه يحتاج التمسك بالعموم الى احراز عدم كونه من مصاديق الخاص واقعا، لخروج مصاديق الخاص الواقعيه عن اصاله العموم. و بالجمله فيما لو شك في كونه من افراد الخاص يشك في دخوله تحت ظهور العام بما انه حجه، و ان كنا نعلم بدخوله تحت العام الا انه لا فائده فيه ما لم يكن دخوله بما هو حجه و تمام الكلام في الجزء الثاني من كتابنا (منهاج الاصول).

أولاد العمومه و الخؤوله فانهم يقومون مقام آبائهم

الخامسه: اولاد العمومه و الخؤوله فانهم يقومون مقام آبائهم عند عدمهم، و يأخذ كل نصيب من يتقرب به.

فيأخذ ولد العمه- و ان كان انثى-: الثلثين، و ولد الخال- و ان كان ذكرا-: الثلث، و الأقرب منهم يمنع الأبعد و ان لم يكن من صنفه، فابن العم أو العمه أولى من ابن ابن الخاله أو الخال، ابن الخال أو الخاله أولى من ابن ابن العم أو العمه، لما عرفت من

ان ارث الأعمام و الأخوال يستفاد من آيه «أولوا الأرحام» و بما ان الأولاد يرثون ميراث الآباء،و المستفاد من الأخبار ان كل ذى رحم بمنزله الرحم الذى يجربه،فلذا يتساوى ابن الخال مع بنت الخاله فى النصيب لاستواء الخال و الخاله،فيفرض وجودهما فما لهما من النصيب يعطى لاولادهما.

و لو اجتمع ولد العمومه و ولد الخؤوله مع تعدد الأعمام و الأخوال فلولد الخؤوله الثلث يقسم بينهم بالسويه،و لولد العمومه الثلثان يقسم بينهم بالتفاضل،و مع تعدد ولد الخؤوله مع الاتحاد فى النسب يصير سهم كل لأولاده،و يقتسمونه بالسويه،و مع الاختلاف من جهة النسب بان كان بعضهم لام و بعضهم لأبوين و بعضهم لأب،سقط المتقرب بالأب و للمتقرب بالام سدس الثلث ان كان واحدا،و ثلثه ان كان متعددا، و باقى الثلث للمتقرب بالأبوين أو الأب من الخؤوله اتحد أو تعدد، فمع التعدد فى الخؤوله يقتسمونه بالسويه من غير فرق بين الخؤوله للام أو للأبوين أو للأب،و ان كان الاحوط فى الابوين المصالحه.

و اما الثلثان فهما للأولاد المنتسبين للعمومه فان كان بعضهم لام:

فسدسهما لولد العمومه للام اذا كان العم واحد يقسمونه بالسويه، و ثلثهما لولد العمومه للام إذا كان العم متعددا يقسم بين العمومه للام بالسويه،و ان كان الاحوط المصالحه.

و هكذا يقتسم كل من الأولاد سهم من يتقرب به و الباقى بعد السدس أو الثلث لأولاد العمومه للأبوين اتحدت العمومه أو تعددت، يقسم بينهم مع الاختلاف بالتفاضل:لذكر مثل حظ الانثيين.

قال الشيخ ثقه الاسلام الكلينى قدس سره فى الكافى:

«قال الفضل:ان ترك الميت عمين احدهما لأب و ام،و الآخر

لأب، فالمال للعم الذى للاب و الام.

فروع ميراث الاعمام و الاخوال

و ان ترك أعماما و عمات، فالمال بينهم: للذكر مثل حظ الانثيين.

و ان ترك اخوالا و خالات، فالمال بينهم: الذكر و الانثى فيه سواء.

و ان ترك خالا لأب و ام، و خالا لأب، فالمال للخال للأب و الام.

و كذلك العمه و الخاله فى هذا انما يكون للتى هى للأب و الام، دون التى هى للأب.

الى ان قال الكلينى قدس سره:

فان ترك عما و ابن اخت، فالمال لابن الاخت، لأن ولد الاخوه يقومون مقام الاخوه و العم لا يقوم مقام الجد، لأن ابن الأخ يرث مع الجد، و قد أجمعوا على ان ابن الجد لا يرث مع الأخ، فلا يشبه ولد الجد و ولد الاخوه.

الى ان قال رحمه الله تعالى:

و كذلك ان ترك عمه و ابنه أخ فالمال لابنه الأخ، لأنها من ولد الأب، و العمه من ولد الجد.

الى ان قال قدس سره:

و كذلك ان ترك خالا لأب و ام، و خالا لام، فللخال للام:

السدس، و ما بقى فللخال للأب و الام.

و ان ترك خالا لأب و ام، و أخوالا لأب، و أخوالا لام، فللأخوال للام: الثلث، و ما بقى فللخال للأب و الام، و يسقط الأخوال للأب.

و ان ترك عما لأب، و خاله لأب و ام، فللخاله للأب و الام:

الثلث، و ما بقى فللعم للأب.

و ان ترك ابنه عم و ابن عمه، فلا ينه العم: الثلثان،

و لابن العمه:الثالث.

و ان ترك بنات عم و بنى عم،فالمال بينهم:للذكر مثل حظ الانثيين.

و ان ترك بنات خال و بنى خال،فالمال بينهم بالسويه:الذكر و الانثى فيه سواء.

و ان ترك ابن عم لأب و ام،و ابن عم لأب،فالمال لابن العم للأب و الام.

و ان ترك ابن ابن عم لأب و ام،و ابن عم لأب،فالمال لابن العم للأب.

و ان ترك ابنتى ابن عم،احداهما اخته لامه،فالمال للتى هى اخته لامه.

و ان ترك خالته و ابن خاله له،فالمال للخاله لأنها أقرب بطن.

و ان ترك عمه امه و خاله امه،استويا فى البطون و هما جميعا من طريق الام:فالمال بينهما نصفان.

الى ان قال قدس الله روحه و نور ضريحه:

فان ترك ابن عم و ابنه عم،و ابن عمه و ابنه عمه،و ابن خال و ابنه خال،و ابن خاله و ابنه خاله:

فالثلث لولد الخال و الخاله،يقسم بينهم بالسويه:الولد و الانثى فيه سواء.

و الثلث من الثلثين الباقيين لولد العمه:للذكر مثل حظ الانثيين -

و الثلثان الباقيان من الثلثين لولد العم،للذكر مثل حظ الانثيين.

و أصل حسابه من تسعه،لأنه يؤخذ أقل شىء له ثلث،و لثلثه ثلث،و هو (تسعه).

ص:٣١٨

فثلث ثلثه لا يقسم بين ولد الأخوال لأنهم أربعة، فتضرب تسعه في أربعة، فتكون ستة و ثلاثين، فيكون ثلثه إثني عشر -

و ثلثا ثلثه ثمانية، لا يقسم بين ولد العمه لأنه ينكسر، فيضرب ستة و ثلاثين في ثلاثة، فيكون مائه و ثمانية: الثلث من ذلك ستة و ثلاثون بين ولد الخال و الخاله، لكل واحد منهم تسعه، و بقى اثنان و سبعون من ذلك أربعة و عشرون لولد العمه، و لابن العمه ستة عشر و لابنه العمه ثمانية، و بقى ثمانية و اربعون، لابن العم اثنان و ثلاثون و لابنه العم ستة عشر» (١).

أولاد الاعمام و الاخوال

السادسه: اولاد العم و الخال مقدمون على عم أب الميت و خال ابيه و عم ام الميت و خالها.

كما ان عم الميت و خاله و عمته و خالته مقدمون على عم اب الميت و خالته و عمه أب الميت و خالته.

لما عرفت من ان ارثهم من جهه دخولهم تحت آيه «أولوا الأرحام» و ان الأقرب يمنع الأبعد، فحينئذ لو اجتمع عم الأب و عمته و خاله و خالته، و عم الام و عمتهما و خالها و خالتهما، كان للمتقرب بالام الثلث يقسم بينهم بالسويه، و للمتقرب بالأب الثلثان: ثلثها لخال الأب و خالته يقسم بينهما بالسويه، و الباقي يدفع الى عم الأب و عمته: للذكر مثل حظ الانثيين، و حينئذ تصح المسأله الارثيه من ١٠٨: ثلثها لمن تقرب بالام يقسم بينهم بالسويه، فلعمه الام ٩+ لعمها ٩+ لخالها ٩ ٣٦ الباقي ٧٢ ثلثه ٢٤ الى خال الأب و خالته، فلكل منهما ١٢ الباقي ٤٨ الى عم الأب ٣٢ و عمه الأب ١٦.

دخول الزوج على الاخوال و الاعمام

ثم لا يخفى انه لو دخل الزوج أو الزوجه على الأخوال أخذ

ص: ٣١٩

نصيبه الأعلى من النصف أو الربع.

و هكذا لو دخل على الاعمام اخذ نصيبه الأعلى.

و الباقي بالنسبة الى الأخوال يقسم بينهم بالسويه ان اتحدوا من جهة النسب، و ان اختلفوا اخذ المتقرب بالام السدس ان كان واحدا و الثلث ان كان اكثر يقسم بينهم بالسويه من غير فرق بين كونهم لام أو لأبوين، أو لأب، فان اقتسامهم بالسويه هو قول معظم الأصحاب و ان نقل عن الشيخ فى الخلاف عن جماعه ان الخؤوله لا بويين أو لا ب يقسمون المال بالتفاضل فى صوره الاختلاف فى المذكوره و الانوئه، فقد ضعفه فى المسالك، حيث ان الملاحظه الانتساب الى الميت و ليس الا من جهة الام.

قال فى المسالك: «اقتسام الخؤوله مطلقا بالسويه هو المذهب، كغيرهم ممن ينتسب الى الميت بام، و نقل الشيخ فى الخلاف عن بعض الاصحاب: ان الخؤوله لا بويين أو لاب يقتسمون للذكر ضعف الانثى نظرا الى تقربهم بأب فى الجملة و هو ضعيف، لان تقرب الخؤوله بالميت بالام مطلقا و لا عبره بجهه قريهما».

و هل المراد من السدس و الثلث المذكورين سدس الاصل او ثلثه، أو سدس الثلث و ثلثه، أو سدس الباقي و ثلثه بعد اخذ نصيب الزوجيه؟ اقوال: و ان كان الذى يقوى هو الاول، و الاحوط المصالحه.

كما أنه بالنسبة الى الاعمام لو اختلفوا من جهة النسب يأخذ المتقرب بالام السدس، و هل هو سدس الباقي أو سدس الثلث، أو سدس الاصل؟ الظاهر هو الاخير، و قد نقل الاتفاق عليه فى الرياض، و منعه صاحب الجواهر.

قال الشيخ قدس سره فى الجواهر:

«و بذلك يظهر ان المتجه فى المفروض: ان للخال من الام سدس ما بقى بعد نصيب الزوج، لأنه هو نصيب الام المنتقل الى الخؤوله جميعهم، لا سدس الأصل، وهذا القول و ان اعترف فى كشف اللثام بعدم معرفه قائله، و حكاه الفاضل فى جمله من كتبه وغيره بلفظ (القييل) لكن لا- وحشه مع الحق، و ان قل القائل به كما لا انس مع غيره و ان كثر القائل به. فالمتجه ذلك ايضا فى الاعمام، فيكون للمتقرب منهم بالام سدس ما بقى بعد نصيب الزوج أو ثلثه لا سدس الاصل أو ثلثه، و ان قال فى الرياض: انه لا خلاف فيه يظهر، و به صرح فى المسالك و الروضه و غيرهما من كتب الجماعه.

لكن فيه: انه لا- يخفى على من لاحظ المقام عدم تحقق اجماع فى المسأله، لقله من تعرض لها، بل فى المسالك بعد ان ذكر ما سمعت فى الاخوال من الاقوال الثلاثه- قال:

«و لو كان مع احد الزوجين اعمام متفرقون، فلمن تقرب منهم بالام سدس الاصل مع اتحاده، و ثلثه مع تعدده، و الباقي للمتقرب بالاب».

و ينبغى مجيء القولين الآخرين هنا، لكنهم لم يذكروا هنا خلافا و ظاهره عدم الاجماع فى المسأله، اذ عدم ذكر الخلاف اعم منه كما هو واضح».

اقول: الظاهر ان فى مسأله الاعمام لو اجتمع مع احد الزوجين انه لم ينقل الخلاف فيه: ان المراد من السدس هو سدس الاصل، بل فى اللغه انه لا خلاف فيه، قال:

«و لو كان مع احد الزوجين اعمام متفرقون فلمن تقرب منهم بالام: سدس الاصل او ثلثه بلا خلاف على ما يظهر من الاصحاب».

و اما فى الخؤوله لو اجتمع مع احد الزوجين فالقول بسدس الباقى لم يعرف قائله و انما نقله كل من صاحب الدروس و العلامه فى القواعد و التحرير عن بعض الاصحاب.

نعم،اختار الشهيد فى الدروس و العلامه:فى صورته اجتماع الخال للام،و الخال للأب،و الزوج:ان للخال للام مع الانفراد سدس الثلث،و مع التعدد ثلث السدس،لكون نصيب الخؤوله الثلث، فللمتقرب بالام منهم سدس الثلث مع الانفراد و ثلثه مع التعدد.

و لكن لا- يخفى انه انما يكون نصيبهم ذلك مع اجتماعهم مع الاعمام،و الا فجميع المال لهم،فاذا زاحمهم احد الزوجين يزاحم المتقرب منهم بالاب،و عليه:فحصه المتقرب بالام:السدس مع وحدته و الثلث مع تعدده خاليه عن المعارض.

و عليه يظهر ان مسأله الا-خوال كالأعمام فى أن المراد سدس الأصل أو ثلثه لا سدس الباقى و ثلثه،و الاحوط المصالحه و الله العالم.

لو اجتمع للوارث سببان من نسب أو سبب

السابعه:لو اجتمع للوارث سببان من نسب أو سبب و لم يمنع احدهما الآخر،ورث بهما كجد لاب هو جد لام،أو كعم هو خال أو ابن عم لاب هو ابن خال لام،بأن يتزوج أخو الشخص لايه باخته لامه،فهذا الشخص بالنسبه الى ذلك الولد هو عم له لانه اخو ابيه، و خال له لانه اخو امه كما ان ابنه ابن عم و ابن خال.

هذا فى النسبين و اما بالنسبه الى الاسباب،كمعتق أو ضامن جريره هو زوج أو زوجه،أو كان نسبا من جهه و سببا من جهه:

كزوج هو ابن عم و هو ابن خال،أو زوجه هى بنت عم،هذا إذا لم يمنع احدهما الآخر،و إذا منع احد السببين الاخر ورث بالمانع كما لو تزوج الاخوان زوجتين فولدتا لهما ثم مات احدهما فتزوجها الآخر

فولدت له ولدا فولد هذه المرأة من زوجها الاول ابن عم لولدها من زوجها الثانى و اخ لام فيرث بالاخوه لا بالعمومه.

هذا فى النسب، و اما فى السبب بان كان احدهما حاجبا كمعتق هو ضامن الجريره، فانه يرث بالعتق لا بكونه ضامن الجريره-هذا تمام الكلام فى طبقات الموارىث.

و به يتم الجزء الثانى من كتابنا(نخبه الاحاديث فى الوصايا و الموارىث)، و يليه الجزء الثالث و الأخير و هو يشتمل على جداول توضيحيه تزيد على ثلاثمائه مسأله تتعلق بالطبقات الثلاث.

و الحمد لله اولاً و آخراً و الصلاه و السلام على محمد و آله الطاهرين.

ص: ٣٢٣

محتويات الجزء الثاني من الكتاب

الموضوع الصفحة

آيات المواريث ٥

بطلان التعصيب ٩

موجبات الارث ١٣

حرمان الزوجه من الارض ١٥

تعلق حق الزوجه بالماليه ٢١

لو تزوج المريض و مات قبل الدخول ٢٣

صححه طلاق المريض ٢٥

حرمة العمل بالقياس ٢٩

ميراث زواج الفضولى ٣١

فعل الوكيل له جهتان ٣٥

عقد الفضولى ٣٧

ادله صححه الفضولى ٤٣

لو مات احد الزوجين قبل الدخول ٤٧

الاخبار الداله على التنصيف فى موت الزوج ٤٩

لو اشتبهت المطلقه من الاربع ٥٣

القسم الثانى فى الولاء ٥٥

ولاء العتق ٥٧

المؤمنون عند شروطهم ٦١

الموضوع الصفحة

الوفاء بالشروط ٦٣

شروط التباني ٦٥

ولاء ضامن الجريه ٦٨

ولاء الامام ٦٩

الامر الثاني النسب ٧٢

ما يعتبر فى النسب ٧٧

قاعده الاقرار ٧٩

طبقات الارث ٨٢

الطبقه الاولى ٨٤

الاولاد يرثون مع الابوين ٨٥

المسأله الثانيه فى الحجب ٨٨

القسم الثانى الذى يحجب ولا يرث ٩٠

شرائط حجب الاخوه ٩٣

الثالث ان يكون الأب حيا ٩٤

الرابع ان لا يكون فى الاخوه احد الموانع ٩٥

المسأله الثالثه فى الحمل ٩٨

تحديد أقصى مده الحمل ٩٩

تحديد أقل الحمل ١٠٢

المسأله الرابعه فى الحيوه ١٠٦

احكام الحيوه ١١٣

قاعده الالزام ١١٥

موارد قاعده الالزام ١٢١

ص: ٣٢٥

الموضوع الصفحة

قاعده من اتلف ١٢٨

قاعده الالزام تثبت حكما وضعيا ١٣٧

الولاية شرط للصحة ١٣٩

قيام طواف الوداع مقام طواف النساء ١٤١

وقوع العقد في حال الأحرام ١٤٣

حرمة الاعانه على الاثم و العدوان ١٤٤

بطلان الشرط المتأخر ١٤٦

الاسلام يجب ما قبله ١٤٩

المقدمات المفوته ١٥٣

الخامسه في اعيان الجبوه ١٥٦

المسأله السادسه في التعصيب ١٦١

بطلان التعصيب ١٦٥

قاعده من عليه الغرم فله الغنم ١٧٢

موارد التعصيب ١٧٧

المسأله السابعه في العول ١٧٨

بطلان العول ١٧٩

موارد العول ١٨٣

ادله القائلين بالعول ١٨٨

بطلان ادله القائلين بالعول ١٩٢

المسأله الثامنه الاولاد و اولاد الاولاد ١٩٥

عله توفير سهم الرجل فى الميراث ١٩٧

فائده جعل النصف للبنث الواحده ١٩٩

ص: ٣٢٤

الموضوع الصفحة

ميراث الاولاد ٢٠١

ميراث اولاد الاولاد ٢٠٣

كيفية ميراث اولاد الاولاد ٢٠٧

ميراث ولد الزنا ٢١٥

ميراث ولد الأمه المشتركه ٢١٩

لو تبرأ من جريره ولده و ميراثه عند السلطان ٢٢١

ديه الجنين ٢٢٢

ميراث ولد الملاعنه ٢٢٥

لو اتفق الوارثان على اسلام احدهما المعين ٢٢٧

بطلان الاصل المثبت ٢٢٩

الواسطه الخفيه ٢٣١

الاقرار بالنسب ٢٣٣

لو قال بعتك نصف الدار ٢٣٧

ميراث الحميل ٢٣٨

ميراث الغرقى و المهذوم عليهم ٢٤١

شروط ميراث الغرقى و المهذوم عليهم ٢٤٧

ميراث المجوس ٢٥٢

ميراث الخنثى ٢٥٨

ميراث الخنثى المشكل ٢٦٣

ميراث من له رأسان ٢٧٠

الطبقه الثانيه ٢٧٣

انفراد الاخوه و الاجداد ٢٧٥

ص: ٣٢٧

كلاله الابوين تمنع كلاله الاب ٢٧٦

ميراث الاخوه و الاجداد ٢٧٧

اجتماع الاخت لابوين مع كلاله الام ٢٧٨

اجتماع الاجداد للأب مع الاخوه للام ٢٨١

فروع ميراث الاخوه و الاجداد ٢٨٤

أولاد الاخوه يقومون مقام آبائهم ٢٩٤

الطبقه الثالثه ٣٠٠

ميراث الاعمام و الأخوال ٣٠١

ميراث الاخوال ٣٠٥

اجتماع الاعمام و الاخوال ٣٠٨

لا يرث الابدع مع وجود الاقرب ٣٠٩

ابن العم للأبوين يمنع العم للأب ٣١٠

اجتماع ابن العم للأبوين و عم للاب مع الخال ٣١٣

تمسك العام فى الشبهه المفهوميه ٣١٤

أولاد العمومه و الخؤوله فانهم يقومون مقام آبائهم ٣١٥

فروع ميراث الاعمام و الاخوال ٣١٧

أولاد الاعمام و الاخوال ٣١٩

دخول الزوج على الاخوال و الاعمام ٣٢٠

لو اجتمع للوارث سبيان من نسب أو سبب ٣٢٢

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

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

