



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الْمَلِكِ الْحَمِيدِ

الْقُدُّوسِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْمَلِكِ الْحَمِيدِ الْمُبْدِي

كَالِقَدْحِ الْخَمْرِ

الْقَدْحِ الْخَمْرِ

الْقَدْحِ الْخَمْرِ

وَالْقَدْحِ الْخَمْرِ

« ١٤ »

مَجْلَد

مَجْلَد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل

كاتب:

سيد على بن محمد طباطبائى (صاحب رياض المسائل)

نشرت فى الطباعة:

مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لاحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١١	رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل المجلد ١٤
١١	اشاره
١٢	اشاره
١٦	كتاب الغصب
١٦	النظر الأول فى تعريفه
٣٢	الثانى فى الأحكام
٥٢	الثالث: فى اللواحق و هى ست مسائل
٥٢	اشاره
٥٢	الأولى: فوائد المغصوب للمالك
٥٤	الثانيه: لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد
٥٥	الثالثه: إذا اشتراه عالماً بالغصب
٥٩	الرابعه: إذا غضب حباً فزرعه، أو بيضه فأفرخت، أو خمراً فخللها
٥٩	الخامسه: إذا غضب أرضاً فزرعها
٦٢	السادسه: لو تلف المغصوب و اختلفا فى قيمه
٦٤	كتاب الشفعه
٦٤	اشاره
٦٤	تعريف الشفعه
٦٥	و النظر فيه يستدعى أموراً
٦٥	الأول ما تثبت فيه الشفعه
٧٨	الثانى: فى الشفيع
٩٢	الثالث: فى كيفيته الأخذ
١١٠	و من اللواحق مسألتان
١١٠	الأولى: الشفعه لا تورث

- ١١٣ الثانيه:لو اختلف المشتري و الشفيع في الثمن
- ١١٦ كتاب إحياء الموات
- ١١٦ اشاره
- ١٢١ و يشترط في التملك بالإحياء أمور:
- ١٢١ الأول:ألا يكون في يد مسلم
- ١٢١ و الثاني:أن لا يكون حريماً لعامر
- ١٢٢ و الثالث:أن لا يسميه الشارع مشعراً للعباده
- ١٢٢ و الرابع:أن لا يكون مقطوعاً من إمام الأصل لغيره
- ١٢٣ و الخامس:أن لا يكون محجراً
- ١٢٦ و يلحق بهذا الكتاب مسائل تسع
- ١٢٦ الأولى:الطريق المبتكر في المباح
- ١٢٨ الثانيه:حريم بئر المعطن
- ١٣٣ الثالثه:من باع نخلاً و استثنى واحده
- ١٣٤ الرابعه:إذا تشاح أهل الوادى في مائه
- ١٣٧ الخامسه:يجوز للإنسان أن يحمى المرعى في ملكه خاصه
- ١٣٩ السادسه:لو كان له رحى على نهر لغيره
- ١٤٠ السابعه:من اشترى داراً فيها زياده من الطريق
- ١٤١ الثامنه:من كان له نصيب في قناه أو نهر
- ١٤٣ التاسعه:روى إسحاق بن عمار،عن العبد الصالح ع عن رجل في يده دار لم تزل في يده و يد آبائه
- ١٤٨ كتاب اللقطه
- ١٤٨ اشاره
- ١٤٨ الأول:في اللقيط
- ١٦٦ القسم الثاني:في الضوأل
- ١٧٦ القسم الثالث في لقطه المال الصامت و فيه ثلاثه فصول
- ١٧٦ الأول:اللقطه
- ١٧٦ اشاره

- مسائل ثلاث: ١٩٥
- الأولى: ما يوجد في أرض خربه ١٩٥
- الثانية: ما وجدته في صندوقه، أو داره ٢٠٢
- الثالثة: لا يملك اللقطة بحول الحول و إن عزفها ٢٠٣
- الفصل الثاني في بيان الملتقط ٢٠٧
- الفصل الثالث في الأحكام المتعلقة بالمقام و هي ثلاثة: ٢٠٩
- الأول: لا تدفع اللقطة إلى مدعيها وجوباً إلا بالبئنه ٢٠٩
- الثاني: لا بأس بجعل الأبق فإن عتبه لزم بالرد ٢١١
- الثالث: لا يضمن الملتقط في الحول و بعده لقطه و لا لقيطاً ٢١٤
- كتاب الموارث ٢١٦
- اشاره ٢١٦
- و المقدمات ثلاث ٢١٧
- الأولى: في بيان موجبات الإرث ٢١٧
- الثانية: في بيان موانع الإرث ٢١٩
- اشاره ٢١٩
- و يلحق بهذه المقدمه مسائل ست: ٢٢٩
- الأولى: الزوج المسلم أحق بميراث زوجته من ذوى قرابتها الكفار ٢٢٩
- الثانية: زوى مالك بن أعين، عن أبي جعفر (عليه السلام): في نصراني مات، و له ابن أخ و ابن أخت مسلمان، و أولاد صغار ٢٣٢
- الثالثة: إذا كان أحد أبوى الصغير مسلماً الحق به ٢٣٥
- الرابعة: المسلمون يتوارثون ٢٣٦
- الخامسه: المرتد ٢٣٨
- السادسه: لو مات المرتد كان ميراثه لوارثه المسلم ٢٤٤
- و هنا مسائل ثلاث. ٢٥٢
- الأولى: الديه كأموال الميت تقضى منها ديونه، و تنفذ وصاياه ٢٥٢
- الثانية: يرث الديه من يتقرب بالأب ذكراناً أو إناثاً ٢٥٦
- الثالثة: إذا لم يكن للمقتول عمداً وارث سوى الإمام (عليه السلام) ٢٦٢

- ٢٧٨ المقدمه الثالثه:فى بيان السهام
- ٢٧٨ اشاره
- ٢٨٤ مسألتان:
- ٢٨٤ الأولى:التعصيب باطل
- ٢٨٧ الثانيه:لا عول فى الفرائض
- ٢٩٠ و أما المقاصد فثلاثه:
- ٢٩٠ الأول:فى بيان ميراث الأنساب
- ٢٩٠ الأولى:الأبء والأولاد
- ٢٩٠ اشاره
- ٢٩٨ و تلحقه أى الكلام فى هذه المرتبه مسائل
- ٢٩٨ الأولى:أولاد الأولاد يقومون فى الإرث مقام آبائهم عند عدمهم
- ٣٠٥ الثانيه:حبوه ابن الميت الأكبر
- ٣١٤ الثالثه:لا يرث مع الأبوين و لا مع الأولاد جد و لا جدّه
- ٣٢٤ الرابعه:شروط حجب الإخوه الأم عن كمال نصيبها
- ٣٢٤ الأول:أن يكونوا أخوين فصاعداً أو أخواً و أختين،أو أربع أخوات فما زاد
- ٣٢٤ الثاني أن يكونوا لأبٍ و أم أو للأب
- ٣٢٧ الثالث:مع وجود الأب فلا يحجبون مع موته
- ٣٣٠ و الرابع:أن يكونوا غير كفره و لا أرقاء
- ٣٣٣ و الخامس أن يكونوا منفصلين بالولاده
- ٣٣٥ المرتبه الثانيه الإخوه مطلقاً،و يعتر عنهم بالكلاله و الأجداد
- ٣٣٥ اشاره
- ٣٥٢ مسألتان:
- ٣٥٢ الأولى:لو اجتمع أربعة أجداد لأب
- ٣٥٥ الثانيه:الجد و إن علا يقاسم الإخوه و الأخوات
- ٣٦٠ المرتبه الثالثه:الأعمام،و الأخوال
- ٣٦٠ اشاره

- مسائل ثلاث: ٣٧٤
- الأولى:عمومه الميت و عماته و خؤولته و خالاته و أولادهم و إن نزلوا أولى من عمومه أبيه و خؤولته ٣٧٤
- الثانية:من اجتمع له سببان موجبان للإرث،ورث بهما ما لم يمنع أحدهما الآخر ٣٧٦
- الثالثة:حكم أولاد العمومه و أولاد الخؤله مع الزوج و الزوجه حكم آبائهم ٣٧٧
- المقصد الثاني:فى ميراث الأزواج ٣٧٨
- اشاره ٣٧٨
- مسألتان: ٣٩٩
- الأولى:إذا طلق ذو الأربع نساء واحده من الأربع و تزوج أخرى ٣٩٩
- الثانية:نكاح المريض مشروط بالدخول ٤٠١
- المقصد الثالث:فى الولاء ٤٠٤
- الأول:ولاء العتق ٤٠٤
- القسم الثانى:ولاء ترضن الجريه ٤٢١
- القسم الثالث:ولاء الإمامه ٤٢٥
- و أما اللواحق - ٤٣١
- الفصل الأول:فى ميراث ابن الملاعنه ٤٣١
- اشاره ٤٣١
- خاتمه تشتمل على مسائل سبع: ٤٣٨
- الأولى:ولد الزنا لا ترثه امه و لا غيرها من الأنساب ٤٣٨
- الثانية:الحمل يرث إن سقط حياً ٤٤٠
- الثالثه:يوقف للحمل نصيب ذكرين احتياطاً ٤٤٤
- الرابعه:يرث ديه الجنين ٤٤٥
- الخامسه:إذا تعارفا بما يقتضى الميراث توارثا ٤٤٦
- السادسه:المفقود الذى لا يعلم موته و لا حياته يُترّص بماله ٤٤٨
- السابعه:لو تبرأ من جريه ولده و ميراثه ٤٥٦
- الفصل الثانى فى ميراث الخنثى ٤٥٩
- الفصل الثالث فى بيان ميراث الغرقى و المهذوم عليهم ٤٧٤

٤٨٥ الفصل الرابع فى بيان ميراث المجوس

٤٨٩ خاتمه فى بيان حساب الفرائض

٥٠٤ تتمه فى بيان المناسخات

٥٠٨ تعريف مركز

سرشناسه: طباطبائی کربلائی، علی بن محمد علی، ۱۱۶۱ - ۱۲۳۱ق.

عنوان و نام پدید آور: ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل / تالیف محمد علی الطباطبائی؛ تحقیق موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث.

مشخصات نشر: قم: موسسه آل البيت (عليهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ق. = ۱۳۷۶-

مشخصات ظاهری: ۱۶ ج.: نمونه.

فروست: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث؛ ۲۰۴، ۲۰۵، ۲۰۶، ۲۰۷، ۲۱۲، ۲۱۴.

شابک: دوره: ۹۶۴-۳۱۹-۰۸۸-۹؛ ۷۵۰۰ ریال: ج. ۹: ۹۶۴-۳۱۹-۱۱۱-۷؛ ۸۵۰۰ ریال: ج. ۱۱: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۳-۳؛ ۸۵۰۰ ریال: ج. ۱۲: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۴-۱؛ ۸۵۰۰ ریال: ج. ۱۳: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۵-X؛ ۱۵: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۷-۶؛ ۹۰۰۰ ریال: ج. ۱۶: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۸-۴

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری

یادداشت: عربی.

یادداشت: کتاب حاضر شرحی بر مختصر النافع محقق حلی است.

یادداشت: ج. ۹ (چاپ اول: ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷).

یادداشت: ج. ۱۱ - ۱۳ (چاپ؟: ۱۴۲۱ق. = ۱۳۷۹).

یادداشت: ج. ۱۵ و ۱۶ (چاپ؟: ۱۴۲۲ق. = ۱۳۸۰).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۷۲ - ۶۰۲ق. المختصر النافع -- نقد و تفسیر

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده: محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۷۶ - ۶۰۲ق. المختصر النافع. شرح

شناسه افزوده: موسسه آل البيت (عليهم السلام) لاحياء التراث

رده بندی کنگره: BP۱۸۲/م۳م۲۱۶۳۰۲۱۶ ۱۳۷۶

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی: م۷۷-۴۷۷۴

ص: ۱

اشاره

النظر الأول في تعريفه

كتاب الغصب و النظر في يقع في أمور الأول: في تعريفه.

اعلم أنّ الغصب كما هنا و في الشرائع و اللمعه و الدروس (١) هو الاستقلال و الاستبداد بإثبات اليد على مال الغير عدواناً و ظلماً، و هو قريب من معناه اللغوي الذي هو الأخذ ظلماً (٢).

و خرج بالاستقلال بإثبات اليد ما لا إثبات معه أصلاً كمنعه من ماله حتى تلف كما يأتي، و ما لا استقلال معه كوضع يده على ثوبه الذي هو لابس، فإنّ ذلك لا يسمّى غصباً لغّه و لا عرفاً.

و خرج بالمال الاستقلال باليد على غيره كالحزّ فإنّه لا يتحقّق فيه الغصبيه جدّاً، فلا يضمن.

ص: ٥

١- الشرائع ٣:٢٣٥، اللمعه (الروضه البهيه ٧): ١٣، الدروس ٣: ١٠٥.

٢- العين ٤: ٣٧٤، الصحاح ١: ١٩٤، القاموس المحيط ١: ١١٥.

و خرج بإضافه المال إلى الغير ما لو استقل بإثبات يده على مال نفسه عدواناً كالمرهون في يد المرتهن، و الوارث على التركة مع الدين على قول، فليس كلّ منهما بغاصب عرفاً و إن أثما و ضمناً.

و خرج بالعدوان إثبات المرتهن و الولي و الوكيل و المستأجر و المستعير أيديهم على مال الراهن و المولى عليه و الموكّل و المؤجر و المعير.

و لانتقاض هذا التعريف في عكسه بما لو اشترك اثنان فصاعداً في غصبٍ بحيث لم يستقلّ كل منهما باليد، بَدَل الاستقلال فيه بالاستيلاء (١) ليشمله؛ لصدق الاستيلاء فيه دون الاستقلال.

و لانتقاضه أيضاً بالاستقلال بإثبات اليد على مطلق حقّ الغير كالتحجير و حق المسجد و نحوه مما لا يعدّ مالاً مع كون الغصب فيه متحققاً عرفاً بَدَل المال فيه بمطلق الحق (٢)؛ ليشمله.

فتلخص من ذلك أنّ الأجود في تعريفه: أنّه الاستيلاء على حق الغير عدواناً.

و أمّا إبدال العدوان بغير حقّ؛ ليتناول التعريف من ترتبت يده على يد الغاصب جاهلاً بالغصب، و من سكن دار غيره غلطاً، أو لبس ثوبه خطأ فإنّهم ضامنون و لم يدخلوا في التعريف بدون التبديل المذكور.

فمردود؛ لعدم صدق الغصب عرفاً على شيء من ذلك جدّاً، و الحكم بالضمان فيها لم يكن وجهه في الغصب منحصراً؛ لعدم التلازم بينهما إجماعاً، و لذا قالوا: إنّ أسباب الضمان غير منحصره فيه (٣).

ص: ٦

١- لاحظ تحرير الأحكام ١٣٧:٢، تبصره المتعلّمين: ١٠٨، إيضاح الفوائد ١٦٦:٢، الروضه البهيه ١٩، ١٥:٧، جامع المقاصد ٢٠٨:٦، المفاتيح ١٧٠:٣.

٢- كما في الروضه البهيه ١٩:٧، و المفاتيح ١٧٠:٣.

٣- التذكرة ٣٧٤:٢، الروضه ١٩:٧، مجمع الفائده و البرهان ٤٩٥، ٤٩٣:١٠.

مع أنّ الغضب من الأفعال المحرّمه بدليل العقل و الآيات المتكاثره و السنه المستفيضه، بل المتواتره، و إجماع الأئمه المحقّق و المحكّي في كلام جماعه (١) إلى حدّ الاستفاضه، فلو صدق الغضب عليها حقيقه لاستلزم حرمتها مع أنّها مقطوع بعدمها.

و حيث قد عرفت اعتبار الاستقلال أو الاستيلاء في الغضب ظهر لك الوجه بعد ملاحظه الأصل أيضاً أنّه لا يضمن أحد و إن أثم - لو منع المالك من إمساك الدابّه المرسله فتلفت، لا عينها و لا منفعتها زمن المنع.

و كذا لا يضمنهما لو منعه من القعود على بساطه و السكنى في داره فتلفا؛ لما عرفت من الأصل، و عدم صدق الغضب الموجب للضمان بالإجماع بناءً على فقد جزئه المفهوم منه لغهً و عرفاً هنا، و هو إثبات اليد.

قيل: و يشكل بأنّه لا يلزم من عدم الغضب عدم الضمان؛ لعدم انحصار السبب فيه، بل ينبغي أن يختصّ ذلك بما لا يكون المانع سبباً في تلف العين بذلك بأن اتفق تلفها مع كون السكنى غير معتبره في حفظها، و المالك غير معتبر في مراعاة الدابّه كما يتفق لكثير من الدور و الدواب، أمّا لو كان حفظه متوقفاً على سكنى الدار و ركوب الدابّه لضعفها أو كون أرضها مسببه مثلاً فإنّ المتّجه الضمان؛ نظراً إلى كونه سبباً قوياً مع ضعف المباشر (٢).

ص: ٧

١- كالعلاّمه في التذكره ٢:٣٧٣، و الشهيد الأول في الدروس ٣:١٠٥، و الشهيد الثاني في المسالك ٢:٢٥٣، و ٢٥٤، و الروضه ٧:١٨.

٢- قال به الشهيد الثاني في الروضه ٧:١٩.

و هو حسن، وفاقاً لجماعه من المتأخرين كما في المسالك و الكفايه (١) و اختاراه أيضاً، لا لما ذكر من أن عدم الغصب لا يلزم منه عدم الضمان لاحتماله بسبب آخر؛ لفيه بالأصل المتقدم، و لذا سُلّم عدم الضمان في صورته عدم سببته المانع للتلف.

بل لأن نفي احتمال سببته سبب آخر في الضمان بالأصل، إنما يتوجه حيث لا يمكن إثباته بدليل آخر أقوى منه و أخص، و هو في صورته سببته المانع و ضعف المباشر ممكن؛ لعموم: «لا ضرر و لا إضرار في الدين» (٢) بناءً على صدق الإضرار بمنع المانع في هذه الصور عرفاً، فيتوجه ضمانه حينئذٍ جداً.

و من هنا يتوجه الحكم بضمان نقص قيمه السوقيه للمتاع إذا حصل بمنع المالك عن بيعه و لو مع بقاء العين و صفاتها.

و ذكر القائل المتقدم هنا أنه لم يضمن قطعاً؛ لأن الفاتت ليس بمال، بل اكتسابه (٣).

و هو كما ترى؛ لاتحاد وجه الحكم بالضمان هنا و فيما مضى، و هو صدق الإضرار المنفئ شرعاً، و ليس فيه ما يقتضى تخصيص الضرر المنفئ بما يكون متعلقه مالا، و لعله لذا قوى الشهيد- (رحمه الله) في بعض فتاويه الضمان في الجميع (٤)، و إن قوى في الدروس عدم الضمان مطلقاً (٥)، وفاقاً

ص: ٨

١- المسالك ٢:٢٥٤، الكفايه: ٢٥٥.

٢- انظر الوسائل ٢٥:٤٢٧ أبواب إحياء الموات ب ١٢.

٣- الروضه البهيه ٧:٢١.

٤- حكاة عنه في المسالك ٢:٢٥٤.

٥- الدروس ١٠٦، ١٠٥:٣.

للمشهور كما في المسالك و الكفايه (١).

و يصحّ أى و يتحقّق و يتصوّر غضب العقار كالمقول بلا خلاف بيننا، بل في ظاهر الكفايه و المسالك أنّ عليه الإجماع ممّا و من أكثر العلماء (٢)؛ لأنّ المعتر من الاستقلال بإثبات اليد أو الاستيلاء، و تحقّقهما ممكن في العقار كغيره.

و من ثمّ أمكن قبضه في البيع و نحوه ممّا يعتبر فيه القبض، و هو لا يتحقّق بدون الاستقلال بإثبات اليد عليه، فليكن هنا كذلك.

هذا مضافاً إلى الخبر: «من غضب شبراً من الأرض طوّقه الله تعالى من سبع أرضين إلى يوم القيامة» (٣).

و في آخر: «من خان جاره شبراً من الأرض جعله الله تعالى طوقاً في عنقه من تخوم الأرض السابعة حتّى يلقي الله عزّ و جلّ يوم القيامة مطوّقاً إلّا أن يتوب و يرجع» (٤).

و في ثالث: «من أخذ أرضاً بغير حقّ كُلف أن يحمل ترابها إلى المحشر» (٥).

خلافاً لبعض العامة، فقال: لا يمكن غضبه بل إنّما يضمن بالانهدام فإذا دخل و انهدم ضمن المهدم (٦).

ص: ٩

-
- ١- المسالك ٢: ٢٥٤، الكفايه: ٢٥٥.
 - ٢- الكفايه: ٢٥٥، المسالك ٢: ٢٥٤.
 - ٣- المغنى لابن قدامه ٥: ٣٧٩ بتفاوت يسير.
 - ٤- الفقيه ٤: ١٦، الوسائل ٢٥: ٣٨٦ أبواب الغصب ب ا ح ٢.
 - ٥- التهذيب ٦: ٨١٩/٢٩٤، الوسائل ٢٥: ٣٨٨ أبواب الغصب ب ٣ ح ٢.
 - ٦- قال به أبو حنيفه و أبو يوسف، حكاه عنهما السرخسى في المبسوط ١١: ٧٣، و ابنى قدامه في المغنى و الشرح الكبير، ٥: ٣٧٥، ٣٧٨.

و ضعفه ظاهر، مع عدم الدليل عليه.

و اعلم أنه إنما يضمن بمجرد الاستقلال به أى: بالعقار، بإثبات اليد عليه و لو بأن يستولى عليها و يتسلم مفاتيحها من دون أن يزعم المالك و يخرجها منها، على ما يقتضيه إطلاق العبارة و نحوها، و به صرح جماعة كالمسالك و الكفاية (١).

خلافًا للعلامة فاعتبر مع ذلك الدخول و الإزعاج (٢).

و وجهه غير واضح؛ لصدق الغصب بدونهما بمجرد الاستقلال و الاستيلاء عرفاً، ألا ترى أنه لو كان المالك غائباً يتحقق الغصب و لا إزعاج أصلاً، و كذا لو استولى مع المالك صار غاصباً و لو فى الجملة مع أنه لا إزعاج فيه بالمره، فظهر أن الاعتبار باليد و الاستقلال بلا شبهه.

قيل: و لعل المراد به عدم قدره المالك على تصرفه فيما هو بيده و تصرفه، بمعنى أنه لم يمكنه من ذلك و إن كان جالساً معه، فإنه حينئذ يكون وجوده و عدمه سواء (٣).

و هو حسن.

و لو سكن الغاصب الدار قهراً مع صاحبها ففى الضمان قولان مبتنان على الاختلاف فى تعريف الغصب بأنّ المعتبر فيه الاستقلال فلا يضمن، أو الاستيلاء فيضمن، و حيث قد عرفت أظهره الثانى ظهر لك توجه الضمان كما عليه الأكثر وفاقاً للشيخ (٤)، و نبه على الأكثره شيخنا فى

ص: ١٠

١- المسالك ٢: ٢٥٤، الكفاية: ٢٥٥.

٢- القواعد ١: ٢٠١.

٣- قال به الأردبيلي فى مجمع الفائدة و البرهان ١٠: ٥٠٣.

٤- المبسوط ٣: ٧٣.

هذا مع إمكان تصحيح هذا القول على تقدير اعتبار الاستقلال أيضاً كما هو ظاهر جمع، منهم: الشهيدان في الدروس و الروضه (٢)، و الفاضل المقداد في التنقيح، قال فيه بعد تعليل عدم الضمان بعدم استقلال يد الغاصب؛ لأنه إنما يحصل برفع يد المالك و لم يرفع -و فيه نظر؛ لأنه إن أراد باستقلال اليد عدم المشاركة فهو باطل و إلا لزم عدم الضمان على شخصين اشتركا في غصب شيء واحد، و إن أراد به إثباته على وجه يرتفع به يد المالك فهو مصادره على المطلوب؛ لأن ذلك غير المتنازع فيه (٣).

و لو قلنا بالضمان ضمن النصف عيناً و قيمة، كما إذا كان له شريك في الغصب. و إطلاق العبارة و نحوها من عبارة الجماعة يقتضى عدم الفرق في ضمانه النصف بين وحده المالك و تعدده.

و يحتمل تخصيصها بالصورة الأولى و الرجوع في الثانية إلى الضمان بالنسبه، فلو كان اثنين لزمه الثلث، و ثلاثة لزمه الربع، و أربعة لزمه الخمس.

و استقره في التنقيح إلحاقاً للمفروض بما لو تعدد الغاصب، و قال بعد ذلك: و التحقيق يقتضى الضمان على نسبه ما استولى عليه و استقل به، إن نصفاً فنصفاً، و إن ثلثاً فثلثاً، و هكذا (٤).

و هو جيد.

و على القول بالضمان لا بُد من التقييد بكونه متصرفاً في النصف مثلاً

ص: ١١

١- المسالك ٢:٢٥٥، الكفايه: ٢٥٥.

٢- الدروس ٣:١٠٦، الروضه ٧:٢١.

٣- التنقيح ٤:٦٦.

٤- التنقيح ٤:٦٧.

بحيث يمنع المالك من أنواع التصرفات فيه كالبيع والهبة و أمثالهما، لا- مجرد السكنى. و كون شركته على الإشاعه من غير اختصاص بموضع معين، أمّا معه فالمتجه ضمانه كائناً ما كان.

و لو كان قوياً مستولياً و صاحب الدار ضعيفاً بحيث اضمحلت يده معه احتمال قوياً ضمان الجميع.

و لو انعكس الفرض بأن ضعف الساكن الداخل على المالك عن مقاومته، و لكن لم يمنعه المالك مع قدرته ضمن الساكن اجره ما سكن خاصّه؛ لاستيفائه منفعته بغير إذن مالكة.

هذا مع حضور المالك، و أمّا مع غيبته فلا شبهه في ضمانه العين أيضاً؛ لتحقق الاستيلاء حينئذٍ جداً.

و يضمن حمل الدابة لو غصبها، و كذا غصب الأمه الحامل غصب لحملها بلا- خلاف أجده ظاهراً؛ لأنه مغصوب كالأم، و الاستقلال باليد عليه حاصل بالتبعيه لها.

و ليس كذلك حمل المبيع فاسداً حيث لا يدخل في البيع؛ لأنه ليس مبيعاً فيكون أمانه في يد المشتري؛ لأصالة عدم الضمان، و لأنّ تسلّمه بإذن البائع.

مع احتمال الضمان؛ لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١) مع الشك في صدق الأمانه عليه. و به قطع الماتن في الشرائع (٢).

قالوا: فإن أسقطت الحمل و بقيت الأمّ لزمه تفاوت ما بين قيمتها

ص: ١٢

١- غوالى اللآلى ١: ٢٢٤ و ٢: ٣٤٥، مستدرک الوسائل ١٧: ٨٨ أبواب الغصب ب ١ ح ٤.

٢- الشرائع ٣: ٢٣٦.

حاملاً و حائلاً، و إن تلفت بعد الوضع ألزم بالأكثر من قيمه الولد و قيمتها حاملاً إن اعتبرنا الأكثر، و إلا فقيمه يوم التلف (١).

و اعلم أنه لا خلاف في أنه لو تعاقبت الأيدي على المغصوب فالضمان على الكل سواء علموا بالغصب جمعياً أم جهلوا أم بالتفريق؛ لتحقق التصرف في مال الغير بغير إذنه الموجب للضمان؛ لعموم قوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» و إن انتفى الإثم عن الجاهل بالغصب.

و حينئذ يتخير المالك في تضمين من شاء منهم العين و المنفعه، أو تضمين الجميع بدلاً واحداً بالتقسيط و إن لم يكن متساوياً؛ لأن جواز الرجوع على كل واحد بالجميع يستلزم جواز الرجوع بالبعض.

و كذا له تقسيط ما يرجع به على أزيد من واحد و ترك الباقي؛ لما ذكر. و يرجع الجاهل منهم بالغصب إذا رجع عليه المالك على من غزه فسأطه على العين أو المنفعه و لم يُعلمه بالحال، و هكذا الآخر إلى أن يستقرّ الضمان على الغاصب العالم و إن لم تتلف العين في يده.

هذا إذا لم يكن يد من تلفت في يده يد ضمان كالعاريه، و إلا لم يرجع على غيره.

و لو كانت أيدي الجميع عارية تخير المالك في الرجوع عليهم أو بعضهم، و استقرّ الضمان على من تلفت في يده فيرجع غيره عليه لو رجع المالك عليه دونه، و كذا يستقرّ المنفعه على من استوفها.

و الحرّ لا يُضمن بالبناء للمفعول بالغصب عيناً و لا منفعه مطلقاً

ص: ١٣

و لو كان صغيراً؛ للأصل، و عدم صدق الغضب عليه عرفاً؛ لأنّ متعلّقه فيه ما كان مالاً كما مضى، و هو ليس بمال مطلقاً.

لكن لو أصابه تلف بسبب الغاصب من نحو الجنايه على نفسه أو طرفه مباشرةً أو تسيباً ضمنه إجماعاً، كما يأتي في محلّه في كتاب الجنایات إن شاء الله تعالى.

ثم إنّ عدم الضمان في غير هذه الصوره إجماعی في الكبير مطلقاً، و الصغير إذا كان تلفه بالموت الطبيعي من قبل الله تعالى، كما في الروضه و التنقيح (١).

و لو كان لا- من قبل الله تعالى و لا- بسببه أى الغاصب كالموت بافتراس السبع و لدغ الحيه و نحو ذلك فقولان للمبسوط (٢)، ينشئان مما مرّ، و من أنّه سبب الإتلاف، و أنّ الصغير لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه، و عروضها أكثرى فمن ثمّ رجّح السبب.

و قوى هذا في الخلاف و القواعد و المختلف و الدروس (٣)، و يعضدهم الخبر: «من استعار حرّاً صغيراً فعيب ضمن» (٤) بناءً على أنّ الاستعاره أهون من الغصب.

لكنّه بعد الإغماض عن سنده شاذّ لا قائل بإطلاقه، و مع ذلك كفتوى الجماعه بالضمان في المسأله موافق لرأى أبى حنيفه، كما عن

ص: ١٤

١- الروضه ٧:٢٧، التنقيح ٤:٦٧.

٢- المبسوط ٣:١٠٥، و ٧:١٨.

٣- الخلاف ٣:٤٢١، القواعد ١:٢٠٢، المختلف: ٤٥٩، الدروس ٣:١٠٦.

٤- الكافي ٥:٢/٣٠٢، قرب الإسناد: ٥٢٧/١٤٦ و فيه: من استعان، الوسائل ٢٩:٢٤٦ أبواب موجبات الضمان ب ١٢ ح ٢.

الخلاف و في التذكرة (١)، و مع ذلك تعليلهم المشار إليه غير صالح للحجّيه، و تخصيص أصاله البراءه القطعيه.

فالمسأله إمّا الأظهر فيها عدم الضمان كما هو الأشهر بين الطائفه على ما صرّح به في المسالك و الكفايه (٢)، أو محل تردّد كما هو ظاهر المتن و الإرشاد (٣)، و لكن ربما يستوحش منه.

و يعضد القول بالضمان ملاحظه أنّ فتح باب عدم الضمان في مثله يفضى إلى الحيل لقتل الناس بأن يخلّيه و يدعه في مسبعه و مضيعه، و أنّ الضمان يناسب عدوانه و يقابل بفعله الشنيع.

و هو مع ما فيه من أنّه استبعاد محض جارٍ في الكبير أيضاً، و لذا قيل: إنّ الظاهر عدم الفرق بين الكبير (٤) المجنون و الطفل الغير المميز الغير القادر على الدفع عن نفسه و هو مثل الحيوان. بل الظاهر عدم الفرق بينهما (٥) و بين الكبير إذا حبس بحيث لا يقدر على الخلاص منه، ثم حصل في الحبس شيء أهلكه مثل لدغ الحية أو غيره؛ لا اشتراك العله المتقدمه، (فإنّ الكبير مع عدم قدرته) (٦) على دفع الحية و العقرب إذا لم يره في الحبس لظلمته كالطفل، بل و كالحوانات التي لا شعور لها (٧)، انتهى.

و لكنّ الأكثر خصّوه بالصغير فلا يمكن أن يستدلّ لهم بهذا التعليل.

ص: ١٥

١- الخلاف ٣:٤٢١، التذكرة ٢:٣٧٦.

٢- المسالك ٢:٢٥٥، الكفايه: ٢٥٥.

٣- الإرشاد ١:٤٤٥.

٤- في «ص» زياده: و، و الصواب ما أثبتناه من المصدر.

٥- في «ص» بينهم، و ما أثبتناه من المصدر.

٦- بدل ما بين القوسين في «ص»: فإنّ كبره مع قدرته، و ما أثبتناه من المصدر.

٧- مجمع الفائده و البرهان ١٠:٥١٢.

و لو حبس صانعاً حرّاً زماناً له اجره عادةً لم يضمن أجرته إذا لم يستعمله، قالوا: لأنّ منافع الحرّ لا تدخل تحت اليد تبعاً سواء كان قد استأجره لعمل قد اعتقله و لم يستعمله، أم لا. نعم لو كان قد استأجره مدّة معيّنه فمضت زمن اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرّت الأجره؛ لذلك، لا للغصب، بخلاف الرقيق؛ لأنّه مال محض و منافعه كذلك.

و ظاهرهم القطع بعدم الضمان في صورته، و به صرّح في الكفايه (١).

فإن تمّ إجماعاً، و إلّا ففيه مناقشه حيث يكون الحابس سبباً مفوّتاً لمنافع المحبوس؛ لقوّه الضمان فيه، لا للغصب؛ بل لإيجابه الضرر عليه المنفى.

و عليه تبه الفاضل المقدس الأردبيلي في الشرح، قال بعد تقويه الضمان:- لدفع المفسد، و لدفع ضرر عظيم، فإنّه قد يموت هو و عياله من الجوع، و لا- يكون في ذلك مانع (٢)، مع كونه ظالماً و عادياً؛ و وجود ما يدلّ على جواز التعدي بما اعتدى، و جزاء السيئه سيئه، و القصاص، و نحو ذلك، فتأمل. انتهى (٣).

و تبعه خالي العلّامه دام ظلّه في حواشيه عليه، قال بعد تقويه ما ذكره الشارح:- و بالجمله إن ثبت إجماع أى على ما ذكره الأصحاب و إلّا فالأمر كما ذكره (٤) أى الشارح.

أقول: و يحتمل قوياً اختصاص ما ذكره الأصحاب بصوره عدم

ص: ١٤

١- الكفايه: ٢٥٥.

٢- في النسخ: مال، و ما أثبتناه من المصدر.

٣- مجمع الفائده و البرهان ٥١٣: ١٠.

٤- حاشيه مجمع الفائده و البرهان: ٦١٥.

استلزام الحبس التفويت كما فرضناه، بل الفوات خاصّةً.

و ربما يستفاد ذلك من التذكرة حيث إنّه مع تصريحه بما ذكره الأصحاب قال في عنوان البحث: منفعه بدن الحرّ تضمن بالتفويت لا بالفوات (١)، انتهى، فتأمّل.

و يظهر الفرق بين المقامين فيما لو حبسه مدّة لها أجره عادةً، فإن كان لو لم يحبس لحصّ لها كان حبسه سبباً لتفويتها فيضمن هنا كما ذكرناه. و إن كان لو لم يحبس لم يحصّ لها أيضاً لم يكن حبسه سبباً لتفويتها، وهذا مراد الأصحاب في حكمهم بنفى الضمان فيه كما احتملناه من كلامهم.

و لا شبهه فيه، كما لا شبهه في أنّه لو انتفع به باستخدامه ضمن أجره الانتفاع مع أنّه لا خلاف فيه.

و لا تضمن الخمر لو غصبت من مسلم أو كافر متظاهر و إن كان قد اتّخذها للتخيل؛ إذ لا قيمة لها في شرع الإسلام. لكن هنا يَأْتُم الغاصب و يجب عليه ردّها مع بقاء عينها.

و لو تخلّلت ردّها خللاً؛ لأنّها مملوكة على هذا الوجه، فلا يزول ملكها بانتقالها إلى الصفة المحلّله، بل تتأكّد.

و إن تلفت عينها عند الغاصب فإن كان بعد التخيل لزمه الخلل، و إن كان قبله أثم و سقط عنه الضمان في المشهور، كما في المختلف و المسالك (٢) و غيرهما؛ لأنّ حق الإمساك لا يوجب الضمان.

خلافاً للإسكافي (٣) فحكم له بقيمتها خللاً؛ لأنّ له حقّ اليد فكان عليه

ص: ١٧

١- التذكرة ٣٨٢: ٢.

٢- المختلف: ٤٥٩، المسالك ٢٥٦: ٢.

٣- نقله عنه في المختلف: ٤٥٩.

الضمان ياتلاف حقه، ولا يصحّ الضمان بالمثل، فيضمن بالقيمة و يجب الخلّ؛ لأنه أقرب إلى العين.

و يضعف بأن فيه تدافعاً؛ لأن جعلها حينئذٍ قيمته يقتضى إيجاب القيمة كيف كان، فلا وجه للانتقال إلى الخلّ وإن كان أقرب.

و لا فرق في إطلاق العبارة و غيرها من عبائر الجماعه، بل صريح بعضها بين كون الغاصب مسلماً أو كافراً، و بالإجماع على عدم الضمان مطلقاً في الأوّل صرح الفاضل في التذكرة (١)، و ظهرها عدم الخلاف فيه كذلك في الثاني. و به أيضاً يضعف (٢) مختار الإسكافي.

و يضمنها الغاصب مطلقاً مسلماً كان أو كافراً لو غصبها من ذمّي مستتر بلا خلاف بيننا، بل عليه في ظاهر المبسوط و التذكرة إجماعنا (٣)؛ لأنها مال بالإضافه إليه و قد أقرّ عليه، و لم يجز مزاحمته فيه.

ثم إن كان الغاصب مسلماً لزمه قيمتها عند مستحليها قولاً واحداً كما في المسالك (٤)، و في ظاهر التذكرة أنّ عليه إجماعنا (٥)؛ لتعدّر إزامه بالمثل شرعاً و إن كان بحسب القاعده مثلثاً.

و إن كان الغاصب كافراً ففي إزامه بالمثل أو القيمة وجهان: من أنه مال مملوك لهم و هو مثليّ فيضمن بمثله؛ إذ لا مانع منه هنا. و من أنه يمتنع في شرع الإسلام الحكم بثبوت الخمر في ذمه أحد، و إن كنا لا نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها، فامتنع الحكم بالمثل لذلك فوجب الانتقال إلى القيمة، كما

ص: ١٨

١- التذكرة ٣٧٩:٢.

٢- في «ص» زياده: لنا.

٣- المبسوط ١٠٠:٣، التذكرة ٣٧٩:٢.

٤- المسالك ٢٥٦:٢.

٥- التذكرة ٣٧٩:٢.

لو تعدّر المثل في المثلي.

و لعلّ هذا أقوى وفاقاً لأكثر أصحابنا، بل عليه في ظاهر التذكرة إجماعنا (١).

خلافاً للقاضي في أحد قوليّه فاختر الأوّل (٢). و نقله في التذكرة عن أبي حنيفة (٣).

و كذا الحكم في الخنزير إلّا أنّ ضمان قيمته حيث يجب واضح؛ لأنّه قيميّ حيث يملك.

و اعلم أنّه كما يوجب الغصب الضمان كذلك الإلتلاف يوجبه أيضاً بلا خلاف؛ و لعلّه لحديث: لا ضرر و لا إضرار (٤).

و لا- فرق في المتلف بين كونه عيناً أو منفعةً. و هو قد يكون بالباشرة و إيجاد علّه التلف كالأكل، و الحرق، و القتل، و نحو ذلك، و بالسبب و فعل ملزوم العلّه كحفر البئر. و إذا اجتمعا قدّم المباشر بلا خلاف ظاهر، بل ظاهرهم الإجماع عليه، و به صرح المقدس الأردبيلي - (رحمه الله) قال: و كأنّه مجمع عليه (٥).

و ذلك كما لو سعى إلى ظالم بآخر فأخذ ماله، أو فتح بابه على مال فسرق أو دلّ السراق إلى مال فسرقوه، فإنّ في جميع هذه المسائل ضمن المباشر الذي هو الظالم السارق دونه أي دون السبب. قالوا: لأنّه أقوى.

ص: ١٩

١- التذكرة ٣٧٩:٢.

٢- المهذب ٤٤٤:١.

٣- التذكرة ٣٧٩:٢.

٤- الوسائل ٢٥:٢٢٧/ أبواب إحياء الموات ب ١٢.

٥- مجمع الفائدة و البرهان ٥٠١:١٠.

و فيه نظر، فإنَّ القوَّة لا تدفع الضمان عن السبب بعد وجود ما يقتضى ضمانه أيضاً، وهو ما مرَّ من حديث نفى الضرر. ولا امتناع في الحكم بضمانهما معاً و تخيير المالك في الرجوع إلى أيهما شاء كالغصب. فلولا الإجماع الظاهر المعتضد بالأصل لكان القول بضمانهما كترتب الأيدي في الغصب في غايه الحسن.

و على هذا تبَّه خالي العلامة دام ظلّه في حاشيته على شرح الإرشاد (1)، إلّا أنّ ظاهره سلّمه الله المصير إليه، أو بقاؤه في شباك التردّد من دون أن يقطع بما ذكره الأصحاب، ولعله لتوقّفه في فهم الإجماع، و تردّده في قبول حكايته من ناقله؛ لعدم قطعه به.

و هو حسن، و لكن الإجماع ظاهر، فالمصير إلى ما ذكره الأصحاب متعيّن إلّا مع قوّة السبب كالمكره، و الملقى للحيوان في المسبّعه لو قتله السبع؛ لاتّفاقهم أيضاً على هذا الاستثناء.

و لذا قالوا: لو أزال القيد عن فرس و نحوه فشرده، أو عن عبد مجنون فأبق أو قفص طائر فطار ضمن المزيل، و نفى الخلاف في جميع ذلك في المبسوط (2) في الجملة، و عليه كذلك في ظاهر التذكرة إجماع الإماميّة (3). و يحتج لضمانه زيادةً عليه بما مرَّ من حديث نفى الضرر.

و يبقى الإشكال في (4) الحكم بنفى الضمان عن المباشر لو كان؛

ص: ٢٠

١- حاشيه مجمع الفائده و البرهان: ٦٠٩.

٢- المبسوط ٨٩: ٣.

٣- التذكرة ٣٧٥: ٢.

٤- في «ص» زياده: نفى.

لثبوت ضمانه و إن ضعف بعموم على اليد، و لا مانع من اجتماع الضمانين كما مرّ. و لكن المخرج عن هذا الإشكال كالمخرج عن الإشكال الأوّل بناءً على انعقاد الإجماع فى الظاهر على اختصاص الضمان بالسبب القويّ دون المباشر.

و مما ذكرنا يظهر الوجه فيما حكموا به من غير خلاف يعرف من أنّه لا يضمن لو أزاله أى القيد عن عبد عاقل بناءً على قوّه المباشر أى هو العبد؛ لأنّ له اختياراً صحيحاً فذهابه محال عليه؛ إذ لا يتوقّع منه الفرار، بخلاف المجنون.

قيل: هذا إذا لم يكن آبقاً، و إلّا ففى ضمانه و جهان: من أنّه بعقله يحال عليه الفعل. و من أنّ إطلاقه و قد اعتمد المالك ضبطه إتلاف عليه فكان كحلّ المجنون و البهيمه. انتهى (١).

و هذا ظاهر فى عدم الإجماع على الحكم فى الآبق، و عليه فالوجه الثانى متعيّن؛ لما مرّ من عموم ما دلّ على ضمان السبب، و إنّما خرج عنه فى محلّ الإجماع به، و هو مفقود فى المقام بمقتضى الفرض.

الثانى فى الأحكام

الثانى: فى الأحكام يجب ردّ المغصوب على مالكه ما دامت العين باقيةً يمكنه ردّها، سواء كانت على هيئتها يوم غصبها أم زائده، أم ناقصه و إن تعسّر ردّه، و استلزم ذهاب مال للغاصب كالخشبه المستدخله فى البناء، و اللوح فى السفينه و الخيط فى الثوب، و الممزوج الشاق تمييزه كالحنطه بالشعير و نحو ذلك.

ص: ٢١

١- قال به الشهيد الثانى فى المسالك ٢: ٢٥٧.

بلا خلاف فى شىء من ذلك إلاً فى وجوب فورىة الردّ مع ذهاب مال للغاصب أو من بحكمه. و بعدم الخلاف صرّح فى التذكرة (١)، و هو ظاهر المسالك (٢) و غيره (٣). و بالإجماع عليه صرّح جماعة كالشهيدين فى الدروس و الروضة، و المقدّس الأردبيلى (٤) رحمه الله و هو ظاهر الكفاية (٥)؛ و هو الحجّة، مضافاً إلى عموم: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى». و لم ينقل الخلاف فى المسألة إلاً عن أبى حنيفة (٦) فى الخشب المستدخله فى البناء أو المبنى عليها حيث حكم فيها بملكه للغاصب، و وجوب غرم قيمته على الغاصب.

و يضعّف زياده على ما مرّ بأنّ البناء العدوان لا يزيل ملك المالك، كما لو غصب أرضاً و بنى عليها باعترافه، و أنّ القدره على المثل تمنع العدول إلى قيمه؛ لأنّ المثل أقرب إلى المغصوب، فأولى أن تمنع القدره على العين العدول إلى قيمه.

و بالجمله لا-ريب فى فساد ما ذكره، و وجوب ردّ العين فوراً إلى مالكه و إن استلزم ذهاب مال الغاصب، كما هو ظاهر إطلاق العبارة و الأكثر

ص: ٢٢

١- التذكرة ٣٩٦، ٣٩٥: ٢.

٢- المسالك ٢٥٨: ٢.

٣- انظر السرائر ٤٨٤: ٢.

٤- الدروس ١٠٩: ٣، الروضة ٣٦: ٧، الأردبيلى فى مجمع الفائده و البرهان ٥٢٠: ١٠.

٥- الكفاية: ٢٥٦.

٦- حكاة عنه فى الخلاف ٤٠٩: ٣.

كما في المسالك (١).

و ذكر فيه و في الروضه و الشهيد في الدروس (٢) أنه لو خيف غرق الغاصب أو غرق حيوان محترم، أو مال لغيره و لم يكن بحكمه كأن تصرف في المغصوب جاهلاً بالغصب لم ينزع إلى أن يصل إلى الساحل.

و لو عاب بالإخراج من البناء و نحوه ضمن الأرش إجماعاً كما في الروضه (٣)؛ لأنه عوض عن أجزاء ناقصه، أو أوصاف، و كلاهما مضمون، سواء كان النقص من الغاصب أو من غيره و لو من قبل الله تعالى.

و لو بلغ حدّ الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبقى لها قيمه، فالواجب تمام قيمتها بلا خلاف.

و في جواز إجباره على النزع حينئذٍ وجهان: من فوات المائته، و بقاء حقّ المالك في العين. و الأوّل أجود و إن حكى في المسالك عن ظاهر الأصحاب الثاني؛ لأنها تنزل منزله المعدوم (٤). و فيه نظر و لو تلف المغصوب أو تعدّر العود إليه و ردّه ضمن الغاصب مثله إن كان المغصوب مثلثاً، بلا خلاف؛ لأنه أقرب إلى التالف.

و قد اختلف عباراتهم في ضبط المثلي، فالمشهور بينهم كما في المسالك و الكفايه (٥) أنه ما كان متساوي الأجزاء قيمه، أي أجزاء النوع الواحد منه، كالحبوب و الأدهان، فإنّ المقدار من النوع الواحد منه يساوي مثله في قيمه، و نصفه يساوي نصف قيمته.

ص: ٢٣

١- المسالك ٢:٢٥٨.

٢- الروضه ٧:٣٦، الدروس ٣:١٠٩.

٣- الروضه ٧:٤٤.

٤- المسالك ٢:٢٥٨.

٥- المسالك ٢:٢٥٩، الكفايه: ٢٥٧.

و ضبطه بعضهم بالمقدّر بالكيل أو الوزن (١)، و بعضهم بأنّه ما تتساوى أجزاءه فى الحقيقه النوعيه (٢). و زاد آخرون عليه اشتراط جواز السلم فيه (٣).

و عرّفه فى الدروس (٤) بأنّه المتساوى الأجزاء و المنفعه المتقاربه الصفات، و تبعه فى المسالك و الكفايه (٥)، قائلين: إنّه أقرب التعريفات إلى السلامه.

و لا يذهب عليك عدم ظهور حجّه لهذه التعريفات عدا العرف و اللغه، و هما بعد تسليم دلالتهما على تعيين معنى المثل المطلق و ترجيحهما أحد الآراء لا- دلالة لهما؛ إذ هى فرع تعليق الحكم على لفظ المثل فى دليل، و ليس بموجود عدا قوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ [١] (٦). و فيه نظر؛ لاحتمال كون المراد بالمثل فيه مثل أصل الاعتداء، لا مثل المعتدى فيه الذى هو ما نحن فيه، فتأمل. هذا.

مع أنّه لم يظهر حجّه على أصل اعتبار المثل فى المثلى، و القيمه فى القيمى عدا الإجماع و الاعتبار، و ليس فيهما ما يرجح أحد التعريفات، فليرجع فى خصوص الأفراد إلى ما جُمع على كونه مثلثا أو قيميّا.

و لا إشكال فيما ظهر فيه، و يشكل الأمر فيما عداه، و ينبغى الاحتياط

ص: ٢٤

١- انظر الأم ٢٥٤:٣، بدايه المجتهد ٣١٧:٢.

٢- غايه المراد ٣٩٨:٢.

٣- انظر فتح العزيز المطبوع مع المجموع ٢٦٦:١١.

٤- الدروس ١١٣:٣.

٥- المسالك ٢٥٩:٢، الكفايه ٢٥٧.

٦- البقره: ١٩٤.

فى مثله بالرجوع إلى الصلح و التراضى إن أمكن، و إلا فلا يبعد ترجيح مختار الأكثر؛ لرجحانه بالشهره.

و لولاها لكان العمل بالتخير بين الآراء متّجهاً، كما هو الحال فى ترجيح الأقوال المختلفه التى لا مرجّح لأحدها على الآخر من الأدله.

و ربما يرجّح مختار الأ-كثر أيضاً على أكثر ما عداه بسلامته عن النقض الذى يورد عليه من شموله للثوب؛ لأنّ قيمه أجزاءه متساويه، مع أنّه قيمي، و ذلك فإنّه يمكن أن يقال: الثوب ليس بمتساوى الأ-جزاء فإنّ ذراعاً منه قد يسوى عثمانيا و الآخر شاهيات، بل ربما لا تكون له قيمه أصلاً كما لا يخفى.

و أمّا ما يورد على مختارهم من أنّه إن أُريد التساوى بالكليّه فالظاهر عدم صدقه على شىء من المعرّف؛ إذ ما من شىء إلا و أجزاءه مختلفه فى قيمه فى الجمله مثل الحنطه و الشعير و جميع ما قيل إنّه مثلى، فإنّ حنطه قد تكون تغارها تساوى عشرين و الآخر عشر شاهيات، و بالجمله التفاوت معلوم.

و إن أُريد التساوى فى الجمله فهو فى القيمي أيضاً موجود مثل الثوب و الأرض و نحوهما.

و إن أُريد مقداراً خاصّاً فهو حواله إلى المجهول.

فيضعّف بما ذكره خالى العلامه (1) دام ظلّه بأنّه لعلّ المراد التفاوت المتعارف المعتدّ به عند أهل العرف، أى ما يكون متساوى الأجزاء عرفاً يكون مثلياً، و غير المتساوى كذلك غير مثلى، فتأمل. و أيضاً المثلى

ص: ٢٥

ما تعارف تحقّق المثل له بحيث يساويه و يماثله فى الطبيعه و المميّز النوعى و الصنفى، و هو أقرب إليه من كلّ جنس و إن كان مثل الدرهم و الدينار، فتأمل.

ثم إنّه إذا كان المثل موجوداً و لم يسلمه حتّى فقد، لزمّت قيمه عليه. و ذكر جماعه (١) أنّ المراد من فقدان أن لا يوجد فى ذلك البلد و ما حوله ممّا ينقل إليه عادةً.

و فيه نظر، بل مقتضى الأصل لزوم تحصيل المثل و لو من البلاد النائية التى لم ينقل إليها عادةً، إن لم يستلزم التكليف بالمحال، فتأمل.

و فى قيمه المعتبره حينئذٍ أوجه:

أولها و هو أشهرها كما فى المسالك و الكفايه (٢) :- اعتبار قيمته حين تسليم البدل.

و ثانيها: اعتبارها وقت الإعواز.

و ثالثها: اعتبار أقصى القيم من حين الغصب إلى حين دفع العوض، و هو المعبر عنه بيوم الإقباض.

و رابعها: اعتبار الأقصى من حينه إلى حين الإعواز.

و خامسها: اعتبار الأقصى من حين الإعواز إلى حين دفع قيمه.

و العمل على الأول.

و اعلم: أنّه قد ظهر مما مرّ أنّه إن لم يكن المغصوب مثلياً يلزم قيمته إجماعاً.

ص: ٢٦

١- منهم العلامة فى التذكرة ٢: ٣٨٣، و الشهيد الثانى فى المسالك ٢: ٢٥٩، و السيزوارى فى الكفايه: ٢٥٧.

٢- المسالك ٢: ٢٥٩، الكفايه: ٢٥٧.

و فى اعتبار ضمانها بين الأصحاب أقوال: أحدها و هو الذى اختاره الماتن هنا مشيراً إليه بقوله: و قيمته يوم الغصب إن كان مختلفها (١) [مختلفاً]. أى مختلف الأجزاء قيمه، وفاقاً لموضع من المبسوط (٢) و نسيه فى الشرائع (٣) إلى الأكثر؛ لأنه أوّل وقت دخول العين فى ضمان الغاصب، و الضمان إنّما هو لقيمتها فيقضى بها حاله ابتدائه به.

و يضعف بأنّ الحكم بضمن العين حينئذٍ بمعنى أنّها لو تلفت و جب بدلها و هو القيمة، لا و جوب قيمتها حينئذٍ، فإنّ الواجب ما دامت العين باقيه ردها، و لا ينتقل إلى القيمة إلّا مع تلفها، فلا يلزم من الحكم بضمنها على هذا الوجه اعتبار ذلك الوقت.

نعم ربما يمكن أن يستدلّ له بصحيحه أبى و لاد (٤) الطويله المشهوره الوارده فى ضمان البغله المغصوبه المتضمّنه لقوله عليه السّلام بعد أن سألته الراوى: أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمنى؟: «نعم قيمه بغل يوم خالفته». لكنّه مبنى على كون المراد القيمة الثابته يوم المخالفه، لكنّه معارض باحتمال أن يكون المراد: يلزمك قيمه البغل يوم المخالفه، متعلّقاً ب«يلزم»، يعنى لزوم القيمة فى ذلك اليوم. و عليه فحدّ القيمة غير مبين مرجوع إلى ما يقتضيه الدليل.

و مع ذلك معارض باعتباره عليه السّلام بعد ذلك فى أرش العيب القيمة يوم

ص: ٢٧

١- فى المطبوع من المختصر (٢٥٦):

٢- المبسوط ٣: ٦٠.

٣- الشرائع ٣: ٢٤٠.

٤- الكافى ٥: ٦/٢٩٠، التهذيب ٧: ٩٤٣/٢١٥، الإستبصار ٣: ٤٨٣/١٣٤، الوسائل ٢٥: ٣٩٠ أبواب الغصب ب ٧ ح ١.

الرّد، حيث إنّه (عليه السّلام) بعد أن سأله الراوى بعد ذلك بقوله: قلت: و إن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقّر قال: «عليك قيمه ما بين الصّحّه و العيب يوم تردّه عليه». فهذا القول ضعيف غايته، مع أنّى لم أجد القائل به عدا من مرّ و إن نسبه الماتن إلى الأكثر. و قيل: أعلى القيم من حين الغضب إلى حين التلف اختاره الشيخ في النهايه و الخلاف و موضع من المبسوط، و ابن حمزه و الحلّي (١).

و استحسّنه الماتن في الشرائع (٢)، و نسبه في المختلف و التنقيح (٣) إلى الأشهر. و مال إليه في الدروس، و اختاره في اللمعه (٤)، و قوّاه شيخنا في شرحها معتمداً على الصحيحه المتقدّمه، قال: و يمكن أن يستفاد منه اعتبار الأكثر منه إلى يوم التلف. و هو قوَى عملاً بالخبر الصحيح، و إلّا لكان القول بقيمته يوم التلف مطلقاً أقوى (٥).

و في إمكان استفاده ما ذكره منها نظر، مع أنّه ذكر قبل هذا الكلام أنّ فيها ما يدلّ على القول الأوّل. و فيه أيضاً ما مرّ.

و لعلّه لذا لم يستدلّ بها على أحد هذين القولين و لا غيرهما من

ص: ٢٨

١- حكاه عن النهايه في المهذب البارع ٤:٢٥٢، و المسالك ٢:٢٦٠، و الموجود فيها في موضع (٤٠٢): قيمه يوم الغضب، و في آخر (٤٤٦): قيمه يوم التعدي، و في ثالث (٧٨٠): قيمه يوم التلف، و لم نعثر على غيرها، الخلاف ٣:٤٠٣، ٤١٥، المبسوط ٣:٧٠، الوسيله: ٢٧٦، السرائر ٢:٤٨١.

٢- الشرائع ٣:٢٤٠.

٣- المختلف: ٤٥٥، التنقيح ٤:٧٠.

٤- الدروس ٣:١١٣، اللمعه (الروضه البهيه ٧): ٤٠.

٥- الروضه ٧:٤٣.

القدماء أحد، بل استدّلوا بغيرها و منهم أرباب هذا القول، فقد استدّلوا له بأنّه مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حاله أعلى القيم، و لو تلف فيها لزمه ضمانه فكذا بعده، و أنّه يناسب التخليط على الغاصب.

و يضعّف بما يأتي من أنّ الزيادة للسوق ما دامت العين باقيه غير مضمونه إجماعاً، و لا يلزم من ضمانها لو تلفت في تلك الحالة ضمانها مع عدم تلفها؛ لأنّ ضمان القيمة على تقدير تلفها (١) حينئذٍ ما جاء من قبل الزيادة، بل من حيث الانتقال من ضمان العين إلى القيمة لفوات العين، و هو منتفٍ على تقدير عدم تلفها] في تلك الحالة العليا.

و مؤاخذه الغاصب بالأشَقّ لا يجوز بغير دليل يقتضيه، و قد تبين ضعفه.

و فيه وجه آخر بل وجهان، أحدهما: ضمان القيمة يوم التلف، اختاره القاضى و الفاضل في المختلف (٢)، و نسبه في الدروس (٣) إلى الأكثر.

و ما أبعد ما بينه و بين ما يستفاد من ظاهر العبارة أنّه ليس قول أحد و إنّما هو مجرد وجه.

و وجهه أنّ العين ما دامت موجوده لا- حقّ لمالكها في القيمة زادت أم نقصت، و لهذا لم يحكم عليه بزيادة القيمة السوقية عند نقصانها حين الرّدّ إجماعاً كما يأتي، و صرّح به هنا الفاضل في المختلف (٤). و الانتقال إلى القيمة إنّما هو عند التلف فتعتبر القيمة في تلك الحال.

و فيه نظر سبق التنبيه على وجهه في كتاب التجاره في غير محلّ، و هو منع استلزام التلف الانتقال إلى القيمة حينه؛ إذ لا مانع من تعيين القيمة

ص: ٢٩

١- في «ح» و «ر» زياده: حينئذٍ ما جاء من قبل الزيادة، بل من حيث الانتقال من ضمان العين إلى القيمة لفوات العين، و هو منتفٍ على تقدير عدم تلفها.

٢- المهذب ٤٣٧، ٤٣٦، ١: المختلف: ٤٥٥.

٣- الدروس ١١٣: ٣.

٤- المختلف: ٤٥٥.

الأعلى حينه لأمرٍ آخر كحديث: لا إضرار ولا ضرر (١)؛ إذ لا- ريب أن حبس العين عن المالك حين ارتفاع قيمتها ضرر على المالك، و تفويت لتلك القيمة العليا عليه.

و من هنا يُوجّه الوجه الثانى، و هو ضمان أعلى القيم من حين الغصب إلى حين الردّ. ذكره الخال العلامة دام ضلّه فى حاشيه شرح الإرشاد، و اختاره (٢).

و فيه نظر (٣) مع أن الإجماع المحكىّ عمومًا و خصوصًا على عدم ضمان القيمة السوقية يدفع هذا الوجه المبنيّ عليه ما اختاره، مضافاً إلى شدوده و ندره القائل به؛ إذ لم يحك القول به إلّا عن الماتن فى أحد قوليه، و كافّه الأصحاب على خلافه؛ لأنّ الواجب القيمة فمتى حكم بها استقرت، فلا عبره بزيادتها و لا نقصانها يوم التلف.

و مع ذلك لم يوجّه مختار الماتن هذا بما ذكر، بل بما تبه عليه فى المسالك تبعاً للدروس، فقال بعد ذكر التعليل المتقدّم على ردّه:- نعم لو قلنا بأنّ الواجب فى القيميّ مثله كما ذهب إليه ابن الجنيد مخيراً بين دفع القيمة و المثل و مال إليه المصنف فى باب القراض أتجه و جوب ما زاد من القيمة إلى حين دفعها كما فى المثلى (٤).

و كيف كان فالمسألة محلّ إشكال. و الاحتياط يقتضى المصير إلى مختار الخال، لكن على سبيل الاستحباب.

ص: ٣٠

١- فى «ح»: لا ضرر و لا ضرار.

٢- حاشيه مجمع الفائده و البرهان: ٦٢٤.

٣- ليس فى «ص»، أثبتناه من سائر النسخ لاستقامه المتن.

٤- المسالك ٢: ٢٦٠، و هو فى الدروس ٣: ١١٣.

و أما الاحتياط الواجب لتحصيل البراءة اليقينيّة عمّا اشتغلت به الذمّه فمقتضاه المصير إلى القول الثاني، و إنّما لم يجب الاحتياط في الوجه الرابع مع جريان دليله فيه؛ لظهور الإجماع من الكلّ كما عرفت على خلافه.

ثم إنّ محلّ الخلاف كما صرّح به جماعه من الأصحاب (١) من غير خلاف هو ما إذا كان نقصان قيمه مستنداً إلى السوق. أمّا إذا استند إلى حدوث نقص في العين ثم تلفت فإنّ الأعلى مضمون بلا خلاف، بل عليه في المسالك (٢) الوفاق. و مرّ وجهه في ضمان أرش العيب، مع نقل الإجماع أيضاً في الروضه (٣).

و اعلم: أنّ المعروف بين الأصحاب كما في الكفايه (٤) أنّه مع ردّه أي الشئ المغصوب بعينه لا يجب على الغاصب أن يردّ زياده قيمه السوقيه و بعدم الخلاف فيه صرّح في المبسوط (٥)، و بالإجماع صرّح في المختلف (٦) كما مرّ، و هو ظاهر التذكرة و المسالك (٧) حيث لم ينقل الخلاف فيه بيننا، و نسباه إلى أكثر أهل العلم، و حكيا الخلاف فيه عن شذوذ من العامّه.

و هو كالصريح في انعقاد الإجماع عليه منّا و من أكثر العامّه؛ و هو

ص: ٣١

-
- ١- كالشهيدي الثاني في المسالك ٢:٢٦٠، و السبزواري في الكفايه: ٢٥٨، و الكاشاني في المفاتيح ٣:١٧٢.
 - ٢- المسالك ٢:٢٦٠.
 - ٣- الروضه ٧:٤٤.
 - ٤- الكفايه: ٢٥٧.
 - ٥- المبسوط ٣:٦٣.
 - ٦- المختلف: ٤٥٥.
 - ٧- التذكرة ٢:٣٨٥، المسالك ٢:٢٥٩.

الحجّه المعتضده بالأصل، و أنّ الفئات رغبات الناس لا شىء من المغصوب، فإنّ عينه موجوده فالواجب ردّها خاصّه. و بذلك يخصّ عموم حديث نفي الضرار، و لولاه لكان المصير إلى ضمانها في غايه من القوه؛ للحديث المزبور بناء على أنّ تفويتها بالغصب ضرر بلا شبهه.

و عليه تبّه الخال العلامه (1) دام ظلّه لكن ظاهره الميل إليه؛ لإظهاره التردّد في الإجماع، و احتمالاه كون المراد منه في كلام الحاكى غير معناه المصطلح. و ليس للقاصر محل تردّد، و فتح باب الاحتمال المزبور يوجب سدّ باب حجّيه الإجماعات المنقوله. هذا.

مع أنّ عدم الخلاف لا أقلّ منه قطعاً، و هو حجّه ظنيّه كما بيّناه في رساله مفرده في تحقيق الإجماع. و لا ريب أنّ الظنّ المستفاد منه أقوى من الظنّ المستفاد من عموم الخبر المتقدم؛ لكونه خاصّاً فليكن مقدّمًا.

و تردّد الزيادة أى زياده القيمه إن كانت لزياده في العين كاللبن و الشعر و الولد و الثمره أو الصفه كتعلّم الصنعه و نحوه، و إن كانت بفعل الغاصب. بلا خلاف في شىء من ذلك أجده.

@ (و وجه الأوّل واضح. و أمّا الثانى، ففيل (2): وجهه أنّه بعد وجود الصفه في العين صارت ملكاً للمالك و جزءاً لمملوكه من غير عوض له للغاصب، فيكون مضموناً. و لا فرق في ذلك بين حصوله ثانياً و كونه أوّلاً؛ إذ بعد الوجود صار ملكاً له و مضموناً بيد الغاصب المكلف بدفعه و بعوضه لو تلف، فيضمن كالأصل و الأجزاء السابقه و الأوصاف السالفه كالكبر بزياده

ص: ٣٢

١- حاشيه مجمع الفائده و البرهان: ٦١٩، ٦١٨.

٢- قال به المقدس الأردبيلي في مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٤٤٢.

الأجزاء بعد الغضب عنده) (١)@ [بناء على ما سيأتي من استحقاق المالك الزيادة عينا كانت أو آثاراً محضه فيتبعها قيمه] فتأمل.

و لو كان المغضوب دأبه فعابت عند الغاصب ردّها مع الأرش مطلقاً و لو كان العيب من قبل الله تعالى أو أجنبي؛ لما مضى في ضمان أرش العيب من الإجماع و غيره.

و يتساوى في ذلك بهيمه القاضى و الشوكى بلا خلاف فيه بيننا، بل عليه في كلام جماعه إجماعنا (٢)؛ و هو الحجه، مضافاً إلى عموم الأدلّه.

خلافاً لبعض العامه (٣) فحكم في الجنايه على بهيمه القاضى بالقيمه و يأخذ الجانى العين المغضوبه؛ نظراً منه إلى أنّ المعيب لا يليق بمقام القاضى.

ثم إنّ إطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق في الحكم بلزوم الأرش بالعيب بين ما لو كان بجنايه الغاصب في العين و نحوها ممّا في البدن منه اثنان، و بين غيره. و عليه عامّه المتأخّرين وفاقاً للمبسوط و القاضى و الحلّى (٤)، قالوا: لأنّه مال، فيجب فيه الأرش كغيره من الأموال.

أقول: و يعضده إطلاق صحيحه أبى و لآد المشهوره، بل عمومها، و فيها: قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر، فقال عليه السّلام: «عليك قيمه»

ص: ٣٣

١- بدل ما بين القوسين في «ر» و «ح»: بناءً على ما سيأتي من استحقاق المالك الزيادة عينا كانت أو آثاراً محضه فيتبعها قيمه.

٢- الخلاف ٣: ٣٩٦، الروضه البهيه ٧: ٤٦.

٣- حكاه عن مالك في المجموع ١٤: ٢٤٥، و المغنى لابن قدامه ٥: ٣٨٦.

٤- المبسوط ٣: ٦٢، القاضى في المهذب ١: ٤٣٧، الحلّى في السرائر ٤٩٨، ٤٨٨، ٤٨٧: ٢.

ما بين الصحة و العيب يوم تردّه عليه» (١).

خلافاً للخلاف (٢) فأدعى في جنايه الغاصب في إحدى العينين و ما في معناها نصف قيمه، و في كليهما تماماً محتجاً بالإجماع و الروايه، و هي: كل ما في البدن منه اثنان ففي الاثنين جميع قيمه و في الواحد نصفها (٣).

و نسب ذلك في المبسوط (٤) إلى روايات الأصحاب، بل فتاويهم.

و ردّه الحلّي (٥) بأنّ الروايه ليست إلّا في الإنسان، و حمل الدابه عليه قياس.

و حملهما الفاضل في المختلف (٦) على جنايه غير الغاصب في إحدى العينين بشرط نقص القدر عن الأرش.

و أمّا الخبران المثبتان في عين الدابّه ربع قيمه فليسا بمنطقتين على أحد المذهبين، مع أنّه لا - قائل بهما في البين فليطرحا، أو يحملا على التقيه فقد حكى في التذكرة (٧) القول بمضمونهما عن أبي حنيفه، أو على ما إذا توافق الأرش و القيمه. و هذا و إن كان بعيداً غايته إلّا أنّه لا بأس به جمعاً بين الأدله.

و لو كان المغصوب المعيب بالجنايه عبداً أو أمه و كان الغاصب هو الجاني ردّه و ديه الجنايه إن كانت مقدّره مطلقاً، وفاقاً

ص: ٣٤

١- الكافي ٥:٦/٢٩٠، التهذيب ٧:٩٤٣/٢١٥، الوسائل ٢٥:٣٩٠ أبواب الغصب ب ٧ ح ١.

٢- الخلاف ٣:٣٩٧.

٣- الوسائل ٢٩:٢٨٣/ أبواب ديات الأعضاء ب ١.

٤- المبسوط ٣:٦٢.

٥- السرائر ٢:٤٩٨.

٦- المختلف: ٤٥٧.

٧- التذكرة ٢:٣٨٠.

للمبسوط و الخلاف (1) تسوية بين الغاصب و غيره؛ لأصله العدم.

و فيه قول آخر أفتى به الحلّي و الفاضلان و الشهيدان (2)، و عامّه المتأخّرين على الظاهر المصرّح به (3)، و هو ضمان أكثر الأمرين من قيمه و المقدّر شرعاً في الجنايه؛ لأنّ الأكثر إن كان هو المقدّر فهو جانٍ، و إن كان هو الأرش فهو مال فوته تحت يده كغيره من الأموال؛ لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (4) و هذا أظهر.

مع أنّ المحكّي عن المبسوط ما يوافق هذا القول (5) فلا خلاف، و لذا إنّ الفاضل في المختلف (6) حمل كلامه السابق على إرادته الجاني غير الغاصب؛ فإنّ الحكم فيه ذلك بلا خلاف، بل عليه الوفاق في المسالك و غيره (7).

و الفرق أنّ ضمان الغاصب من جهه المائيه فيضمن ما فات منها مطلقاً، و ضمان الجاني منصوص فيقف عليه. و أنّ الجاني لم يثبت يده على العبد فيتعلّق به ضمان المائيه، بخلاف الغاصب؛ لأنّ يده يد عدوان يوجب ضمان العين عليه بالقيمه مطلقاً، حتّى لو مات العبد عنده ضمن قيمته مطلقاً بلا خلاف، كما في الكفايه (8) و غيرها.

ص: ٣٥

-
- ١- المبسوط ٣:٦٤، الخلاف ١:٦٨٠.
 - ٢- الحلّي في السرائر ٢:٤٨٨، المحقق في الشرائع ٣:٢٤١، العلامه في التذكرة ٢:٣٨٠، الشهيدان في اللمعه (الروضه البهيه ٧): ٤٧، ٤٨.
 - ٣- في «ر» و «ح» زياده: في الدروس، (٣:١١٤).
 - ٤- راجع ص ١٢ الرقم ١.
 - ٥- حكاه عنه في المختلف: ٤٥٧، و هو في المبسوط ٣:٩٨.
 - ٦- المختلف: ٤٥٧.
 - ٧- المسالك ٢:٢٦١، الكفايه: ٢٥٨.
 - ٨- الكفايه: ٢٥٨.

و لا فرق فى ذلك على القولين بين ما لو كانت الجنايه على الطرف أو النفس.

و يتفرّع على المختار أنه لو قتله غيره و زادت قيمته عن ديه الحرّ لزم القاتل الديه و الغاصب الزيادة؛ لأنّ مآلته مضمونه عليه، و كذا لو جنى عليه غيره فقطع يده مثلاً ضمن أقلّ الأمرين من نصف قيمه و نصف ديه الحرّ.

ثمّ إن زاد نصف قيمه عن نصف ديه الحرّ تخيّر المالك بين الرجوع إلى الغاصب بنصف قيمه فيرجع الغاصب على الجانى بأقلّ الأمرين، و بين أن يرجع على الجانى بأقلّهما و إلى الغاصب بالزيادة.

و لو مزج الغاصب المغصوب بغيره أو امتزج فى يده بغير اختياره كلّف قسمته بتمييزه إن أمكن التمييز مطلقاً و إن شقّ، كما لو خلط الحنطه بالشعير، أو الحمراء منها بالصفراء بلا خلاف؛ لوجوب ردّ العين حيث يمكن.

و لو لم يمكن التمييز كما لو خلط الزيت بمثله أو الحنطه بمثلها صفه ردّ العين وفاقاً للأكثر، بل لعلّه عليه عامّه من تأخّر؛ لأنّ عين مال المالك موجوده فى الجملة و غايته أنّها بغيرها ممتزجه، و ذلك لا يخرجها عن ملكه؛ و لأنّ فى ذلك إيصال المالك إلى بعض حقّه بعينه، و إلى بدل بعضه من غير زياده فوت على الغاصب، فكان أولى من إيصاله إلى بدل الكلّ.

خلافاً للحلّى فقال: ينتقل إلى المثل؛ لاستهلاك العين إذ لا يقدر الغاصب على ردّها لو طلبه (1).

ص: ٣٦

و يَضَعُفُ بَأَنَّ ذَلِكَ لَا يُوجِبُ خُرُوجَهَا عَنْ مَلِكِهِ، كَمَا لَوْ اخْتَلَطَ الْمَالَانِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِمَا أَوْ بَرَضَى الْمَالِكِينَ. وَ بَأَنَّهُ لَوْ غَضِبَ رَطْلًا مِنْ هَذَا وَ رَطْلًا مِنْ هَذَا وَ خَلَطَهُمَا وَ جَعَلَهُمَا بِذَلِكَ هَالِكِينَ يَلْزَمُ انْتِقَالَ الْمَلِكِ فِيهِمَا إِلَى الْغَاصِبِ وَ هُوَ تَمَلُّكٌ اخْتِيَارِيٌّ.

وَ كَذَا لَوْ كَانَ الْخَلْطُ بِأُجُودٍ مِنْهُ لَوْجُودِ عَيْنِ الْمَغْضُوبِ الْمَقْتَضَى لِتَسَلُّطِ الْمَالِكِ عَلَيْهِمَا، وَ عَدَمِ الْانْتِقَالِ إِلَى مِثْلِهَا أَوْ قِيَمَتِهَا.

وَ لَا يَقْدَحُ فِي ذَلِكَ الزِّيَادَةُ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ صِفَةٍ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ، فَكَانَ كَمَا لَوْ عَلَّمَ الْعَبْدَ صَنْعَهُ، أَوْ صَاغَ النَّقْرَةَ حَلِيًّا.

خِلَافًا لِلْمَبْسُوطِ وَ الْحَلِيِّ (١)، فَقَالَا: يَتَخَيَّرُ الْغَاصِبُ فِي دَفْعِ الْقَدْرِ مِنَ الْعَيْنِ أَوْ غَيْرِهَا؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ قَدْ اسْتَهْلَكَتْ، إِذْ لَا يَقْدَرُ عَلَى الرَّدِّ لَوْ طَالَبَهُ.

وَ التَّخْيِيرُ فِي الْحَقِيقَةِ رَاجِعٌ إِلَى ضَمَانِ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ حَيْثُ لَا يَنْحَصِرُ فِي الْعَيْنِ وَ هِيَ أُجُودٌ مِمَّا يَلْزَمُهُ فَإِذَا بَدَّلَهَا وَجِبَ قَبُولُهَا بِطَرِيقِ أَوْلَى؛ وَ لِأَنَّ بَعْضَهَا عَيْنٌ حَقَّةٌ وَ بَعْضُهَا خَيْرٌ مِنْهُ، مَعَ أَنَّهُ لَا خِلَافَ فِيهِ كَمَا فِي التَّنْقِيحِ (٢).

وَ اعْلَمُ: أَنَّ مَا ذَكَرَهُ الْأَكْثَرُ فِي الْمَقَامِينَ أَظْهَرَ إِنْ أَرَادُوا نَفْيَ الْخِيَارِ لِلْغَاصِبِ وَ إِثْبَاتَهُ لِلْمَالِكِ. وَ إِنْ أَرَادُوا لُزُومَ الْقَبُولِ عَلَيْهِ فَمَشْكَلٌ حَيْثُ يَعْتَذِرُ لِعَدَمِ قَبُولِهِ بِعُذْرٍ مُوجِبَةٍ، كَكُونِ مَالِهِ حَلَالًا وَ مَالِ الْغَاصِبِ الْمَمْزُوجِ بِهِ مَشْبُوهًا، أَوْ نَحْوِهِ، فَإِنَّ إِيْجَابَ الْقَبُولِ حَيْثُ ضَرُرٌ وَ أَىْ ضَرَرٍ. فَالتَّحْقِيقُ فِي الْمَقَامِينَ ثُبُوتَ الْخِيَارِ لِلْمَالِكِ وَ فِاقًا لِلتَّنْقِيحِ (٣).

وَ لَوْ كَانَ الْخَلْطُ بِأُجُودٍ مِنْهُ ضَمِنَ الْمِثْلَ بِلَا خِلَافٍ كَمَا فِي

ص: ٣٧

١- المَبْسُوط ٣: ٧٩، السَّرَائِر ٢: ٤٨٢.

٢- التَّنْقِيح ٤: ٧٢.

٣- التَّنْقِيح ٤: ٧٢، ٧٣.

التنقيح (١)، قيل: لتعذر ردّ العين كامله؛ لأنّ المزج في حكم الاستهلاك من حيث اختلاط كلّ جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب، وهو أدون من الحق فلا يجب قبوله، بل ينتقل إلى المثل، وهذا مبني على الغالب من عدم رضاه بالشركه (٢).

و في الروضه أنّ الأقوى تخيره بين المثل و الشركه مع الأرش؛ لأنّ حقّه في العين لم يسقط، لبقائها، كما لو مزجها بالأجود، و النقص بالخلط يمكن جبره بالأرش (٣).

و هو حسن حيث يكون المتمازجان غير ربويين، أو ربويين و رضى المالك بالناقص من دون أرش. و يشكل في غير ذلك، إلّا أن يدفع باختصاص الربا بالبيع، و لكنّه خلاف التحقيق، كما مرّ في بحثه.

و لو زادت قيمه المغصوب فهو أى الزائد لمالكة مطلقاً، و لو كانت الزيادة بفعل الغاصب كما مضى؛ لأنّها حصلت في ملك غيره.

أمّا لو كانت الزيادة لانضياف عين من مال الغاصب إلى المغصوب كالصبغ و الآله في الأبنيه أخذ الغاصب العين المضافه إن قبلت القلع و الفصل و لو بنقص قيمه الثوب و البناء و ردّ الأصل المغصوب جمعاً بين الحقين. و يضمن الغاصب الأرش إن نقص المغصوب بالقلع. و هذا هو المشهور بين الأصحاب سيّما المتأخرين وفاقاً للشيخ (٤).

ص: ٣٨

١- التنقيح ٤:٧٢.

٢- قال به الشهيد الثاني في الروضه ٧:٥٦.

٣- الروضه البهيه ٧:٥٦.

٤- المبسوط ٣:٧٧.

خلافاً للإسكافي و المختلف (١)فقالاتليس للغاصب قلع الصنغ بغير إذن المالك.فإن لم يرض و دفع قيمه الصنغ و جب على الغاصب قبوله؛ لأنّ عين مال الغاصب قد استهلكت،لعدم الانتفاع بصنغه،مع استلزام القلع التصرف بغير إذن المالك؛ كيف و لو أعار أرضاً للغرس فغرسها المستعير ثم استعاد المالك الأرض و بذل قيمه الغرس اجبر الغارس على أخذها عند الشيخ (٢)،مع أنّه أذن في الغرس،و في صورته النزاع لم يأذن المالك بالصنغ،فكيف لا يجبر الغاصب على أخذ قيمه الصنغ إن بذلها المالك مع تضرّره بالقلع و عدم تضرّر معير الأرض بقلع الغرس؟. قال في التنقيح بعد ذكر ذلك-:ما ذكره العلّامة حسن،و تعليله جيّد،لكن تمثيله بالأرض و الغرس إلزام للشيخ،و إلّا فقد قال في القواعد:

الأقرب توقف تملك الغرس بالقيمه على التراضى منهما.و نعم ما قال؛ لأنه فرق بين الغصب و العاربه بعدم الإذن في الغصب و حصوله في العاربه،فإذا قول ابن الجنيد جيّد و عليه الفتوى (٣).انتهى.

و إلى مختارهم يميل الخال العلّامة دام ضلّه مبالغاً في تقريبه في حاشيته على شرح الإرشاد (٤).و هو غير بعيد؛ نظراً إلى قواعدهم المقرّره في الغصب.

و قد استدرك شيخنا في الروضه على الحكم المشهور تعليل العلّامة و أجاب عنه،فقال:و لا يرد أنّ قلعه يستلزم التصرف في مال الغير بغير إذنه

ص:٣٩

١- المختلف:٤٥٥،و قد حكاها فيه عن الإسكافي.

٢- المبسوط ٥٥:٣.

٣- التنقيح ٧٤:٤.

٤- حاشيه مجمع الفائده و البرهان:٦٢٩.

و هو ممتنع، بخلاف تصرف مالك الثوب في الصبغ لأنه وقع عدواناً لأن وقوعه عدواناً لا يقتضى إسقاط ماله، فإن ذلك عدوان آخر. بل غايته أن ينزع و لا يلتفت إلى نقص قيمته، أو اضمحلاله أو بعضه (١). انتهى.

و فيه نظر، فإنه كما أن وقوعه عدواناً لا يقتضى إسقاط ماله الغاصب فله التصرف فيه بالقلع، فكذلك عدوانه لا يقتضى نفي سلطنه المالك عن ملكه فله أن يمنع الغاصب عن التصرف فيه بالقلع. و حيث تعارض الحقان ينبغي أن يترجح جانب المالك؛ لعدم تقصيره و تداركه مال الغاصب بقيمته. و لا كذلك الغاصب؛ لعدوانه فلا حرمه لسلطنته كما لا حرمه لفعله الذي له اجره و نحو ذلك، سيما مع استلزامه عيباً في ملك المالك أو نقصاً فيه. و جبره بالأرث ليس بأولى من تدارك مال الغاصب بالقيمه، بل هو أولى كما مضى.

و بالجملة فهذا القول أجود، و إن كان الأحوط للمالك ما عليه الأكثر.

و من هنا يتجه ما ذكره جماعه (٢) من أنه إذا طلب أحدهما البيع من غيرهما يجبر الغاصب على الإجابة إن كان الطالب هو المالك دون العكس، و ضعف ما يقال من أنه يحتمل أن لا يجبر أحدهما على موافقه الآخر لمكان الشركه، و أن يجبر المالك للغاصب على الإجابة أيضاً تسويةً بين الشريكين.

ثم إن كلّ ذا مع إمكان فصل العين المضافه، و أمّا مع عدمه كان الغاصب شريكاً للمالك لكن يلزمه إجابة المالك لو طلب منه البيع من

ص: ٤٠

١- الروضه ٧:٥١، و فيه: أو اضمحلاله للعدوان بوضعه.

٢- منهم العلامة في التذكرة ٢:٣٩٤، و القواعد ١:٢٠٦، و الشهيد الثاني في المسالك ٢:٢٦٣، و الروضه البهيه ٧:٥٣.

ثالث، وكذا قبول قيمه لو دفعها إليه كما في السابق.

وإن نقصت قيمه الثوب بالصبيغ لزم الغاصب الأرش، ولا يلزم المالك ما ينقص من قيمه الصبيغ. ولو بيع مصبوغاً بنقصان لم يستحق الغاصب شيئاً إلا بعد توفيه المالك قيمه ثوبه، ولو بيع بنقصان من قيمه الثوب لزم الغاصب إتمام قيمته.

واعلم أن جميع ما ذكر إنما هو فيما إذا صبغ الغاصب بصبيغ منه، ولو صبغ بصبيغ من المالك فإن لم يحصل بفعله نقصان لم يكن على الغاصب أرش. نعم إن أمكن إزالته فالظاهر أن للمالك طلب ذلك، وعلى الغاصب الأرش إن حصل نقص في المصبوغ، وعليه قيمه الصبيغ إن لم يبق العين.

وإن صبغه بصبيغ غيرهما عدواناً كان المالكان شريكين، فإن لم يحدث بفعله نقصان فلا غرم عليه، غير أنه يجب عليه الفصل مع إمكانه لو طلباه أو أحدهما. وإن حصل النقص فيهما أو في أحدهما عمّا كان قبل الصبيغ غرمه الغاصب لمن حصل في حقه.

الثالث: في اللواحق و هي ستّ مسائل

إشارة

الثالث: في اللواحق و هي ستّ مسائل.

الأولى: فوائد المغصوب للمالك

الأولى: فوائد المغصوب للمالك بلا خلاف؛ لأنها نماء ملكه و فوائده فتكون مضمونه عند الغاصب كأصل، سواء تجددت عنده أم لا، أعياناً منفصلة كانت كالولد، أو متصلة كالصوف و السمن، أو منفعه كأجره سكنى الدار و ركوب الدابة و كذا منفعه كلّ ما له أجره في العاده.

ولا فرق بين أن يستعمل العين و عدمه.

و لو استعملها و كان لها منافع مختلفه القيم كعبد يكون كاتباً

و خيَّاطاً فإن استعمله في الأعلى ضمنها قطعاً، وإن استعمله في الدنيا أو الوسطى، أو لم يستعمله أصلاً ففي ضمان أجره متوسطه أو العليا وجهان.

و يعتبر أجرته في الوقت المعتاد لعمله كالنهار في أكثر الأشياء، إلا أن يكون له صنعه بالنهار و صنعه بالليل فيعتبر أجرتهما.

و لو سمنت الدابته في يد الغاصب، أو تعلّم المملوك صنعه أو علماً فزادت قيمته ضمن الغاصب قيمه الزيادة، وإن كانت بسببه كما قالوه و مرّت إليه الإشارة.

فلو هزلت الدابته، أو نسي المملوك العلم أو الصنعه فنقصت بذلك قيمه ضمن الغاصب الأرش إن ردّ العين المغصوبه، و لو تلفت ضمن الأصل و الزيادة.

و لا فرق في إطلاق الفتاوى و صريح جماعه (1) بين أن يكون الهزال و النسيان بتفريط من الغاصب و عدمه، قالوا: لأنّ زياده الأثر في المغصوب تابعه له و لا يستحقّ الغاصب عليه شيئاً بالكلية، فإذا صارت ملكاً للمغصوب منه فهو مع الأصل في ضمان الغاصب.

و لا يضمن شيئاً من الزيادة المتّصله ما لم تزد به قيمه و ذلك كما لو سمن المغصوب مثلاً و قيمته بعد السمن و قبله واحده فإذا زال السمن المفرد و كانت قيمه بحالتها الأولى باقيه لم يكن عليه ضمان هذه الزيادة؛ لأنّ المعتمد من هذه الصفات القيمه فما لا أثر له في زيادتها لا اعتبار به. و لا فرق في ذلك بين الموجود حال الغصب، و المتجدّد في يد الغاصب بعده.

ص: ٤٢

١- منهم السبزواری في الكفایه: ٢٦٠.

و لو كان بعض السمن لا أثر له فى قيمه، و بعضه له أثر فزال الجميع فإنه يضمن ما له أثر فيها دون ما زاد عليه.

و لا خلاف فى شىء من ذلك أجده و لا نقله ناقل فى الكتب الاستدلاليه و غيرها بالكليه. و لعلّ مثله كافٍ فى إثبات مثل هذه الأحكام و إن خلت عن حجّه أخرى ظاهره.

الثانيه: لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد

الثانيه: لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد بلا خلاف و لا إشكال؛ لأنّ نقل الملك إلى مالك آخر موقوف على أسباب نصبها الشارع، و حدود حدّدها فما لم يحصل فالملك باقٍ على أصله. و تسميته على تقدير فساد الشراء مشترياً مجاز بحسب الصوره، و إلّا فالبيع حقيقه لا يطلق إلّا على الصحيح.

و يضمنه أى المبيع و ما يحدث من منافعه، و ما يزداد فى قيمته لزياده صفه فيه كتعلم و نحوه.

أما ضمان العين و منافعه العيئيه التى دخلت تحت يده فلعوموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١) السليم عن المخصّص حتّى عن شبهه كون الأخذ برضا المالك الموجب لانتفاء الضمان بالنصّ و الإجماع، و ذلك لاختصاص الدليلين النافيين للضمان فيما لو أخذ بالرضا بما إذا كان الرضا بمجرد الأخذ و التصرف فيه من دون أن يستعقب ضماناً، و أمّا رضى به مع تعقب الضمان و بشرطه كما فيما نحن فيه لأنّ المشتري قبضه ليكون مضموناً عليه و دفعه البائع إليه كذلك فلا يدلّان على نفي الضمان فيه لو لم نقل بدالتهما على ثبوته، و لذا صرّحاً بثبوته فى العاريه المضمونه بالشرط

ص: ٤٣

١- عوالى اللئلى ١٠/٣٤٥:٢، المستدرک ١٧:٨٨ أبواب الغصب ب ١ ح ٤.

و نحو ذلك. و عليه فيبقى العموم الدالّ على إطلاق الضمان بحاله.

و من هنا يتوجّه القاعده المشهوره أنّ كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده. و قد قدّمنا التحقيق في وجهها مرّه أُخرى في كتاب التجاره، و فساد ما يقال عليها و على عموم الروايه.

و أمّا ضمان زياده قيمه لزياده الصفه فحسن حيث صار المشتري سبباً في إتلافها؛ إذ لا ضرر و لا ضرار في الشريعه. و يشكل فيما عداها؛ لعدم وضوح مأخذه إلّا إلحاق مثل هذا القبض بالغصب، و هو حسن إن لم نعتبر في تعريفه قيد العدوان، و أمّا مع اعتباره كما هو الأظهر و مذهب الماتن هنا و في الشرائع (1) فالوجه عدم ضمانها.

الثالثه: إذا اشتراه عالماً بالغصب

الثالثه: إذا اشتراه أى المغصوب أحد عالماً بالغصب حين الشراء و قبضه فهو كالغاصب بل غاصب محض إن كان عالماً بحرمه الشراء و القبض؛ لصدق تعريفه عليه حينئذٍ بالاتفاق، و يطالب بما يطالب به البائع الغاصب.

و يتخبر المالك بين مطالبته بالعين مع بقائها، و بعوضها مثلاً أو قيمه مع تلفها، و مطالبه ما جرت عليه يده من المنافع، و بين مطالبه البائع. فإن طالبه رجوع على المشتري بالعين أو البدل و ما استوفاه من المنافع؛ لاستقرار التلف في يده مع دخوله على ضمانه.

نعم لو استوفى قبل البيع شيئاً من المنافع، أو مضى زمان يمكن فيه استيفاء شيء منها، أو حصل في يده نقصان مضمون عليه كان الضمان عليه من غير رجوع على المشتري. و إن رجع على المشتري فيما رجع عليه

ص: ٤٤

ضمانه لم يكن له الرجوع إلى البائع؛ لاستقرار الضمان عليه بالتلف أو ما في حكمه في يده.

و لا- يرجع المشتري إلى البائع بما يضمن للمالك من الثمن مع تلفه إجماعاً كما في التنقيح و المسالك (١) و غيرها (٢). قيل: للأصل، و أنه قد سلطه عليه و أذن له في إتلافه، و أنه مع علمه بأنه لا يسلم له العوض في حكم المسلط عليه مجاناً (٣).

و أما مع بقاءه ففي جواز الرجوع له به على البائع قولان: أشهرهما عدم الرجوع. قيل: لأنه بإعطائه إياه عالمياً بعدم عوض حقيقى في مقابلته في معنى هبته إياه (٤).

و فيه بعد تسليم كونه هبه أنه لا- يستلزم عدم جواز الرجوع، بل الأصل فيه جوازه إلا ما استثنى. و حمل المنع عن الرجوع على صورته الاستثناء بعيد عن إطلاقات عبارتهم.

و المتّجه الجواز مطلقاً، حتّى فيما لو كان البائع بالنسبة إلى المشتري ممن لا يجوز له الرجوع في هبته، وفاقاً لأحد قولى الماتن (٥). و به صرح في التنقيح (٦). و قواه شيخنا الشهيد الثانى فى كتابيه (٧)، و تبعه من متأخري

ص: ٤٥

١- التنقيح ٤:٧٤، المسالك ٢:٢٦٥.

٢- انظر الكفايه: ٢٦٠.

٣- قال به المحقق السبزواري فى الكفايه: ٢٦٠.

٤- انظر المسالك ٢:٢٦٥، و الكفايه: ٢٦٠.

٥- حكاه عنه الشهيد الثانى فى الروضه ٣:٢٣٥، و عن بعض رسائله فى المسالك ٢:٢٦٥.

٦- التنقيح ٤:٧٤، ٧٥.

٧- المسالك ٢:٢٦٥، الروضه البهيه ٣:٢٣٥.

المتأخرين جماعه (١). و لكن يشكل بما يحكى عن التذكرة (٢) من الإجماع على العدم مطلقاً بناءً على أن الإجماع المنقول حجّه، كما هو الأشهر الأقوى، سيّما إذا اعتضد بفتوى أكثر أصحابنا.

و لو كان المشتري جاهلاً- بالغصب كان كالغاصب من حيث ترتب اليد في وجوب دفع العين المبتاعه بعينها مع بقائها و بدلها مثلاً- أو قيمه مع تلفها إلى مالکها إن رجع عليه و يرجع بالثمن مع بقائه، و ببدله مع تلفه على البائع لفساد المعاوضه الموجب للترادّ في العوضين.

و لو كان عوض العين الذى غرمه للمالك أزيد من الثمن الذى دفعه إلى البائع ففى جواز رجوعه بالزياده إليه و جهان: أوجهما الأول، وفاقاً لشيخنا الشهيد الثانى (٣)؛ لتغير البائع له و إيقاعه فى خطر الضمان فليرجع عليه.

و لو رجع المالك إلى البائع رجح هو على المشتري، و فى رجوعه إليه فى القدر الزائد على الثمن على تقدير الزيادة الوجهان، و المختار هنا العدم، وفاقاً لمن مرّ؛ لما مرّ.

و المعروف من مذهب الأصحاب أن للمشتري أن يرجع بما (٤) بجميع ما غرمه للبائع (٥) ممّا لم يحصل له فى مقابلته عوض كقيمه الولد و النفقه

ص: ٤٦

- ١- منهم الأردبيلى فى مجمع الفائده و البرهان ٨:١٦٤، و البحرانى فى الحدائق ١٨:٣٩٢، و السبزوارى فى الكفايه: ٢٦٠.
- ٢- حكاه عنه الكركى فى جامع المقاصد ٦:٣٢٦، و الشهيد الثانى فى الروضه ٣:٢٣٥، و هو فى التذكرة ١:٤٦٣.
- ٣- المسالك ٢:٢٦٥.
- ٤- فى «ر» و المختصر (٢٥٧):.
- ٥- كذا، و لعلّ الأنسب: للمالك، كما فى الشرح الصغير ٣:١٣٤.

و العماره و نحو ذلك؛ لمكان التغيير، و ترتب الضرر به مع عدم جابر له من العوض.

و فى جواز الرجوع عليه بما ضمن و غرمه من المنافع كعوض الثمره و أجره السكنى تردّد ينشأ: من مباشرته الإتلاف مع حصول نفعه فى مقابله، و أولويّه حواله الضمان على مباشر الإتلاف.

و من أنّ الغاصب قد غرّه و لم يشرع على أن يضمن ذلك فكان الضمان على الغازّ، كما لو قدّم إليه طعام الغير فأكله جاهلاً و رجع المالك على الآكل، أو غضب طعاماً فأطعمه المالك فإنّه يرجع على الغازّ.

و إلى هذا ذهب الماتن فى كتاب التجاره من الشرائع، و الفاضل المقداد فى التنقيح (1).

و إلى الأوّل ذهب الشيخ فى المبسوط و الخلاف، و الحلّى (2). و هو أوفق بالأصل، مع عدم معلوميّه صلوح المعارض للمعارضه بناءً على عدم وضوح دليل على ترتب الضمان على الغازّ بمجرد الغرور و إن لم يلحقه ضرر، كما فيما نحن فيه بمقتضى الفرض؛ لاستيفائه المنفعه فى مقابله ما غرمه. و الإجماع على هذه الكليه غير ثابت بحيث يشمل نحو مفروض المسأله.

نعم ربما يتوجه الرجوع حيث يتصوّر له الضرر بالغرور، كما إذا أخذت منه قيمه المنافع أزيد ممّا يبذله هو فى مقابلتها من غير ملكه و نحو ذلك. و كيف كان الأحوط له عدم الرجوع مطلقاً.

ص: ٤٧

١- الشرائع ٢:١٤، التنقيح ٤:٧٥.

٢- المبسوط ٣:٦٩، ٧١، و حكاه عن الخلاف فى المسالك ٢:٢٦٥، الحلّى فى السرائر ٢:٣٤٨، ٤٩٣.

الرابعة: إذا غصب حنبا فزرعه، أو بيضه فأفرخت، أو خمراً فخللها

الرابعة: إذا غصب حنبا فزرعه، أو بيضه فحضرها تحت دجاجه له فأفرخت، أو خمراً فخللها فالكل للمغصوب منه بلا خلاف ظاهر في الأخير، وكذا في الأولين؛ إذ ليس المخالف فيهما إلا الشيخ (١) في أحد قوله، مع أنه قد رجح عنه (٢) كما في السرائر وغيره (٣). ونفى في الأول عنه الخلاف بين الأصحاب، وحكى فيه عن المرتضى في الناصريات (٤) الإجماع فيهما؛ وهو الحجة، مضافاً إلى أصاله بقاء الملك [ملك المالك] بحاله، وعدم دليل على تملك الغاصب إياه بفعله سيما مع النهي عنه، مع أنه عين مال المالك وإنما حدث بالتغيير اختلافات الصور، ونماء الملك للمالك وإن كان بفعل الغاصب. وضعف قول الشيخ ظاهر برجوعه عنه، فلا نطيل بنقله وردّه، سيما مع موافقته لرأى أبي حنيفة باعترافه.

الخامسة: إذا غصب أرضاً فزرعها

الخامسة: إذا غصب أرضاً فزرعها أو غرسها فالزرع والغرس لصاحبه و عليه أجره الأرض عن مده شغلها بالزرع فيها.

و لصاحبها أى الأرض إزاله الزرع والغرس ولو قبل بلوغهما؛ إذ ليس لعرق ظالم حق، كما فى الخبر المتلقى بالقبول (٥).

وله أيضاً إزامه أى الغاصب بالإزاله وطم الحفر، والأرش إن نقصت بالقلع أو الزرع؛ لدفع الضرر، بلا خلاف فى شىء من ذلك إلا ممن يأتى، بل فى التنقيح إنّه عليه انعقد إجماع القوم، قال: ولا نعلم فيه

ص: ٤٨

١- المبسوط ١٠٥:٣، الخلاف ٤٢:٣.

٢- انظر المبسوط ٥٦:٣.

٣- السرائر ٤٨٣:٢، التنقيح ٧٥:٤.

٤- الناصريات (الجوامع الفقيهيه): ٢١٨.

٥- التهذيب ٩٠٩/٢٠٦:٧، الوسائل ١٥٧:١٩ أبواب أحكام الإجاره ب ٣٣ ح ٣.

خلافاً إلهما ما يحكى عن ابن الجنييد من أنّ لصاحب الأرض أن يردّ ما خسره الزارع؛ لقوله (صلى الله عليه وآله): «من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته و ليس له من الزرع شىء» (١) و الحقّ الأوّل؛ لأنّه نماء ملكك الزارع و هو البذر فيتبعه فى الملك، فالأرض و الماء و الهواء و الشمس معدّات لصيوره البذر زرعاً ثم حبّاً بالتدريج و الفاعل هو الله سبحانه، فهو بمنزله من غضب دجاجة و أحضنها على بيض له فإنّه يملك الفرخ و عليه اجره الدجاجة، و كذلك إذا غضب أرضاً و بذراً فزرعه فيها يتبع الزرع البذر و لا يكون للغاصب شىء (٢).

و الخبر الذى تمسك به الإسكافى قد ذكر الأصحاب عدم ثبوت صحّته، مع أنّه مخالف للأصل القطعى عندهم المعتضد بالشهره العظيمه، و حكايه الإجماع المتقدّمه المعلومه الصحّح بتتبع فتوى الجماعه.

و معارض بخصوص الخبر المروى فى التهذيب فى كتاب المزارعه:

عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه حتّى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال: زرعت بغير إذنى فزرعك لى و علىّ ما أنفقت، إله ذلك؟ فقال: للزارع زرعه، و لصاحب الأرض كراء أرضه» (٣).

و أظهر منه الموثق المروى ثمّ بعده بلا فصل: فى رجل اكرى داراً و فيها بستان، فزرع فى البستان و غرس نخلاً و شجراً و فواكه و غير ذلك، و لم يستأمر صاحب الدار فى ذلك، فقال: «عليه الكراء و يقوّم صاحب الدار الزرع و الغرس قيمه عدل فيعطيه الغارس إن كان استأمره فى ذلك، و إن لم

ص: ٤٩

١- سنن الترمذى ١٣٧٨/٤١٠، سنن أبى داود ٣٤٠٣/٢٦١، ٣.

٢- التنقيح الرائع ٤: ٧٧.

٣- الكافى ١/٢٩٦، التهذيب ٧: ٩٠٦/٢٠٦، الوسائل ٢٥: ٣٨٧ أبواب الغصب ب ٢ ح ١.

يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء و له الغرس و الزرع و يقلعه و يذهب حيث شاء» (١).

و فيه دلالة على ما مر عن الشيخ (٢) في العاريه من لزوم أخذ المستعير قيمه ما زرعه أو غرسه في أرض الغير بعد بذله إيّاها له و عدم لزومه في الغصب.

لكنّه مروى في الكافي بهذا السند و المتن إلى قوله: «فيعطيه الغارس» و ليس فيه ما يعده، بل ذكر بعده: «و إن استأمر فعليه الكراء و له الغرس و الزرع يقلعه و يذهب به حيث شاء». و ليس فيه حينئذٍ دلالة على ما ذكره الشيخ و لا الأصحاب في الباب، بل ظاهر فيما ذكره الإسكافي، فيشكل الأمر، سيّما بملاحظه ما قدّمناه في مسأله زياده العين بغصب الغاصب و نحوه من قوّه ما ذكره الإسكافي و المختلف (٣) ثمّه خلافاً لهم أيضاً، ألا أن يجاب هنا باختلاف النسخه فلا يقوم بها على أحد حجّه.

و رجحان نسخه الكافي بأصبّيته و موافقتها لسياق السؤال و الجواب، لا يبلغ رجحان أدلّه الأصحاب هنا من الإجماع المنقول و الروايه السابقه المنجبره بالشهره، فلا تترجّح عليها هي و لا ما قدّمناه لتأييد الإسكافي ثمّه.

و على ما ذكره الأصحاب لو بذل و عوّض صاحب الأرض قيمه الغرس و الزرع لم يجب على الغاصب إجابته و قد مرّ الكلام

ص: ٥٠

١- الكافي ٢/٢٩٧، التهذيب ٧/٩٠٧/٢٠٦، الوسائل ٢٥:٣٨٧ أبواب الغصب ب ٢ ح ٢.

٢- المبسوط ٣:٥٥.

٣- المختلف: ٤٥٥، و قد حكاه فيه عن الإسكافي.

فى مثله فىما تقدم، و لكن ما ذكره الأصحاب هنا أظهر؛ إذ لم أجد الخلاف فىه إلّا من الإسكافى، و مع ذلك ظاهر الخبرين يساعدهم.

السادسه: لو تلف المغصوب و اختلفا فى القيمه

السادسه: لو تلف المغصوب و اختلفا فى القيمه فالقول قول الغاصب الغارم، وفاقاً للمبسوط و الخلاف و الحلى و الفاضلين و الشهيدين (١)، و كثير من المتأخرين، بل عامتهم؛ استناداً إلى أنّه منكر و غارم، و الأصل عدم الزيادة.

و قيل كما عن النهايه و المقنعه (٢)، و نسبه الماتن فى الشرائع إلى الأكثر (٣)؛ إنّ القول قول المغصوب منه قيل: لأنّ المالك أعرف بقيمه ماله من الغاصب (٤)، مع مناسبه ذلك لمؤاخذته بأشقّ الأحوال. و لا ريب فى ضعفه.

نعم: فى صحيحه أبى و لآد المشهوره قلت: من يعرف ذلك؟ أى القيمه قال: «أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمه فتلزمك، و إن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمه فيلزمك ذلك، أو يأتى صاحب البغل بشهود أنّ قيمه البغل حين اكرتري كذا و كذا، فليزمك» (٥) الحديث.

ص: ٥١

١- المبسوط ١٠١، ٣: ٧٥، الخلاف ٣: ٤١٢، السرائر ٢: ٤٩٠، الشرائع ٣: ٢٤٩، القواعد ١: ٢٠٩، التذكرة ٢: ٣٩٩، تحرير الأحكام ٢: ١٤٤، تبصره المتعلمين: ١٠٩، المختلف: ٤٥٨، إرشاد الأذهان ١: ٤٨٨، الدروس ٣: ١١٧، اللعه (الروضه البهيه ٧): ٥٨، المسالك ٢: ٢٤٨.

٢- النهايه: ٤٠٢، المقنعه: ٦٠٧.

٣- الشرائع ٣: ٢٤٩.

٤- قال به الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٤: ٧٨.

٥- الكافى ٥: ٦/٢٩٠، التهذيب ٧: ٩٤٣/٢١٥، الإستبصار ٣: ٤٨٣/١٣٤، الوسائل ٢٥: ٣٩٠ أبواب الغصب ب ٧ ح ١.

و لو لا إطباق متأخرى الأصحاب على العمل بالأصل العام و إطراح الروايه لكان المصير إليها فى غاية القوّه، لكن لا مندوحه عمّا ذكروه؛ لاعتضاد الأصل بعملهم، فيرجح عليها و إن كانت خاصّه لفقده التكافؤ، و مع ذلك فالاحتياط لازم فى المسأله بمراعاة المصالحه.

ص: ٥٢

و هي فُعلُه من قولك: شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفيعاً به أى زوجاً، كأنّ الشفيع يجعل نصيبه شفيعاً بنصيب شريكه. و أصلها التقويه و الإعانة، و منه الشفاعة و الشفع.

و شرعاً: ما عرّفه الماتن هنا بقوله: الشفعة استحقاق حصّة الشريك لانتقالها بالبيع و كذا في الشرائع (١) إلّا أنّه بدّل حصّة الشريك بقوله: أحد الشريكين حصّة شريكه. و لعلّه أجود لما فيه من التنبيه على اتّحاد الشريك المشترط في ثبوتها كما يأتي.

و الاستحقاق بمنزله الجنس يدخل فيه استحقاق الشخص مال آخر بالإرث، و الاستحقاق بالحيازة و الإحياء و غيره. و بقيد المستحقّ بكونه أحد الشريكين خرج منه استحقاق من ليس بشريك و لو بحصّة أُخرى ببيع و غيره. و خرج بقيد انتقالها بالبيع ما إذا استحقّ أحد الشريكين حصّة الآخر بهبه و غيرها.

و هذا التعريف و إن انتقض في طرده بأمر، منها: ما لو باع أحد الشريكين حصّةه للآخر، فإنّه يصدق عليه أنّ المشتري قد يستحقّ حصّة شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع.

إلّا أنّه أجود ممّا عرّفها به في القواعد من أنّها استحقاق الشريك

انتزاع حصّه شريكه المنتقله عنه بالبيع (١)؛ لانتقاضه طرداً زياده على ما ينتقض به الأوّل بأنّه قد يستحقّ الشريك حصّه شريكه المنتقله عنه بالبيع لا بسبب الشفعه، بل بسبب آخر كالإرث وغيره. و إنّما لا ينتقض ما هنا به؛ لتعليل الاستحقاق بالانتقال بالبيع ليخرج عنه ما كان الانتقال لا به، بل بغيره من النواقل كالهبة والإصداق والصلح ونحو ذلك، هذا.

و التحقيق أنّ هذه التعريفات اللفظية لا- يقدح فيها ما يورد أو يرد عليها من النقص و المناقشه، فإنّما المقصود منها التمييز في الجملة ليتذكّر فيترتب عليها الأحكام بسهولة، و إنّما يحصل تمام التمييز بالعلم بالشرائط من الأدلّه.

و الأصل فيها بعد الإجماع المحقّق المحكّي في كلام جماعه (٢) السنه المستفيضه، بل المتواتره من طريق الخاصّه و العامه، و ستتلى عليك جمله منها في الأبحاث الآتية.

و النظر فيه يستدعي أموراً

الأوّل ما ثبت فيه الشفعه

و النظر فيه أي في هذا الكتاب يستدعي أن نذكر فيه أموراً الأوّل: في بيان ما ثبت فيه الشفعه.

و اعلم أنّه ثبت في الأرضين و المساكن إجماعاً كما هنا و في الشرائع و شرحه، و شرح الإرشاد للمقدس الأردبيلي (٣). و النصوص بذلك

ص: ٥٤

١- القواعد ٢٠٩: ١.

٢- منهم ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٠، و الحلّي في السرائر ٣٨٩: ٢ و ابن فهد في المهذب البارع ٢٥٩: ٤، و الشهيد الثاني في المسالك ٢٧٠: ٢، و الأردبيلي في مجمع الفائده و البرهان ٨: ٩.

٣- الشرائع ٢٥٣: ٣، المسالك ٢٦٩: ٢، مجمع الفائده و البرهان ١٣: ٩.

مستفيضة جداً، منها: «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بالشفعة بين الشركاء في الأرضين و المساكن، وقال: لا ضرر و لا إضرار» (١).

و هل ثبت فيما ينقل كالثياب و الأمتعة؟ فيه قولان أكثر المتقدمين منهم: الشيخان و المرتضى و الإسكافي و القاضي و الحلبي و الحلبي و جماعه من المتأخرين (٢) على الأول مطلقاً، منقولاً كان أم لا، قابلاً للقسمه أم لا، و مال إليه الشهيد في الدروس و نفى عنه البعد (٣). و لعله أظهر؛ لدعوى الإجماع عليه في الانتصار و السرائر، و خصوص المرسله المنجبره بالشهره القديمه: «الشفعه جائزه في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره» الخبر (٤).

مضافاً إلى التأييد بالإطلاقات، بل و عموم بعض الروايات، كالحسن:

«الشفعه في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن» (٥)، و الخبر: «الشفعه لكل شريك لم يقاسم» (٦) و قريب منه مفهوم غير واحد من

ص: ٥٥

-
- ١- الكافي ٥: ٤/٢٨٠، الفقيه ٣: ١٥٤/٤٥، التهذيب ٧: ٧٢٧/١٦٤، الوسائل ٢٥: ٣٩٩ أبواب الشفعه ب ٥ ح ١.
 - ٢- المفيد في المقنعه: ٦١٨، الطوسي في النهاية: ٤٢٣، المرتضى في الانتصار: ٢١٥، و حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٤٠٢، القاضي في المهذب ١: ٤٥٨، الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٦٢، الحلبي في السرائر ٢: ٣٩٠؛ و ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩١.
 - ٣- الدروس ٣: ٣٥٦.
 - ٤- الكافي ٥: ٨/٢٨١، الفقيه ٣: ١٦٢/٤٦، التهذيب ٧: ٧٣٠/١٦٤، الوسائل ٢٥: ٤٠٢ أبواب الشفعه ب ٧ ح ٢.
 - ٥- الكافي ٥: ٥/٢٨١، التهذيب ٧: ٧٢٨/١٦٤، الوسائل ٢٥: ٣٩٥ أبواب الشفعه ب ٢ ح ١.
 - ٦- الكافي ٥: ١/٢٨٠، الوسائل ٢٥: ٣٩٦ أبواب الشفعه ب ٣ ح ٣.

مع انسحاب وجه الحكمة و هو الضرر الذى نيط به شرعيته الشفعه كما اعترف به الجماعه. و ربما استفيد من الروايه السابقه التى هى إحدى المستفيضة فى المسأله، هذا.

مع احتمال التأيد أيضاً ببعض النصوص الآتية فى ثبوت الشفعه فى المملوك.

و لا يعارضها المرسله الأخرى المرويّه فى الكافى بعدها: «أنّ الشفعه لا تكون إلّا فى الأرضين و الدور فقط» (٢)؛ لقصور سندها، مع عدم جابر لها عدا الأصل و الشهره المتأخره، و الأول يجب الخروج عنه بالإجماع المنقول، و العمومات. و الثانى جابر لو لم يعارضه الشهره القديمه الراجحه عليه حيث حصل بينهما معارضه، كما فى المسأله، و مع ذلك موافقه للعامه كافه، كما يستفاد من الانتصار (٣) و سيأتى إليه الإشاره.

و الأشبه بين أكثر المتأخرين (٤)، وفاقاً للمبسوط و الخلاف و ابن حوزه و ظاهر سلار (٥) الاقتصار على موضع الإجماع أخذاً بالأصل الدالّ على عدم تسلط المسلم على مال المسلم إلّا بطيب نفسه، خرج منه المجمع عليه و بقى الباقي. و بما دلّ على نفيها عن الحيوان و الطريق و السفينه من المعبره الآتية. و بالمرسله المتقدمه.

ص: ٥٦

١- الوسائل ٢٥:٣٩٦ أبواب الشفعه ب ٣.

٢- الكافى ٥: ٢٨١/ ذيل حديث ٨، الوسائل ٢٥:٤٠٥ أبواب الشفعه ب ٨ ح ٢.

٣- الانتصار: ٢١٥.

٤- انظر التذكرة ١: ٥٨٨، و الإيضاح ٢: ١٩٨، و الروضه ٤: ٣٩٧، و المسالك ٢: ٢٧٠.

٥- المبسوط ٣: ١٠٦، الخلاف ٣: ٤٢٥، الوسيله ٢: ٢٥٨، المراسم: ١٨٣.

و ضعف الجميع ظاهر، فالأول: بلزوم الخروج عنه بما مرّ من الخبر المنجبر بالعمل، والإجماع المنقول المعتضد بما تقدّم. و الثاني: بما يأتي.

و الثالث: بما مرّ.

و العجب من المختلف حيث استدلّ على هذا القول بالرواية المتقدّمة (١) من جملة المستفيضه، قال بعد نقلها: -و هو يدلّ بمفهومه على انتفاء الشفعه فى غير الأرضين و المساكن، أمّا أوّلاً: فلتعليق الحكم عليهما، و أمّا ثانياً: فلقوله (عليه السلام): «لا ضرر و لا ضرار» (٢).

و هو كما ترى، فإنّ تعليق الحكم عليهما لا يقتضى نفيه عمّا عداهما إلّا على تقدير اعتبار مثل هذا المفهوم، و لم يقل هو و لا سائر الأصحاب به.

و أمّا التعليل فالظاهر أنّه للحكم بثبوت الشفعه فيهما، لا لنفيه عمّا عداهما.

و عليه فيكون المراد بالضرر الضرر الذى نيط به وجه الحكمه فى ثبوت الشفعه، لا - ضرر نفى سلطنه المالك عمّا ملكه كما عقله، فالروايه حينئذٍ حجه بعمومها المستفاد من التعليل فيها لما عليه أكثر القدماء. و على تقدير عدم ظهور ما ذكرناه فاحتماله لا أقل منه، و معه لا يتم استدلاله إلّا على تقدير مرجوحته، و لا ريب فى فساده.

و تثبت الشفعه فى الشجر و النخل و الأبنيه إذا بيعت تبعاً للأرض التى هى أصلها و منضمّه معها، بلا خلاف ظاهر مصرّح به فى المبسوط (٣). و يظهر من الماتن فى الشرائع (٤)، و شيخنا فى شرحه، قال

ص: ٥٧

١- راجع ص: ٥٣.

٢- المختلف: ٤٠٢.

٣- المبسوط ٣: ١٠٧.

٤- الشرائع ٣: ٢٥٣.

بعد القطع بالحكم-:لدخولها فى عموم النص الوارد بثبوتها فى الربع و المساكن و الدور و نحو ذلك.و إن بيعت منفردة أو منضمّة إلى أرض أخرى غير ما هى فيها بنى ثبوت الشفعة فيها و عدمه على القولين السابقين، فمن عمّمها أثبتها بطريق أولى، و من خصّص موردها بالأرضين و المساكن و البساتين لم يوجبها؛ لأنها لا تدخل منفردة فى أحدها، فإنّ المساكن اسم للمجموع المركّب من الأرض و البناء، و كذا البساتين بالنسبة إلى الشجره.

و لا ينفعها ضميمتها إلى غير أرضها؛ لعدم التبعيه و كونها جزءاً من مسماها (١).

و فى ثبوتها أى الشفعة فى الحيوان ال قولان المتقدمان، و لم أفهم وجه إفراد ذكرهما فيه بالخصوص مع كونه من المنقول الذى فيه أصل القولين. و لقد أحسن فى الشرائع حيث أدرجه فيه و ذكره من أمثله (٢).

و كذا لم أفهم وجهاً لقوله:و المروى فى الموثق (٣) أنّها لا تثبت لإشعاره، بل و دلالتة بعدم ورود روايه بثبوتها فيه مطلقاً، و قد عرفت ورود ما هو صريح فى ثبوتها فيه سابقاً (٤) غايته أنّه ضعيف بالإرسال، و لكنّه كما عرفت منجبر بالشهره بين الأصحاب، و هو أقوى من الصحيح الغير المنجبر بها.

فالروايه النافيه لها و إن كانت موثقه إلّا أنّها بالإضافه إلى تلك المرسله

ص: ٥٨

١- المسالك ٢:٢٧٠.

٢- الشرائع ٣:٢٥٣.

٣- التهذيب ٧:٧٣٣/١٦٥، الإستبصار ٣:٤١٩/١١٧، الوسائل ٢٥:٤٠٣ أبواب الشفعة ب ٧ ح ٦.

٤- راجع ص: ٦١٩٠.

لذلك مرجوحه، وإن ترجّحت عليها بأخبار آخر صحيحه متضمّنه للتفصيل بين المملوك و حيوان غيره مصرّحه بالثبوت فى الأوّل و بعده فى الثانى.

منها: المملوك بين الشركاء فيبيع أحدهم نصيبه، و يقول صاحبه: أنا أحقّ به، إله ذلك؟ قال: «نعم إذا كان واحداً» فقيل له: فى الحيوان شفّعه؟ فقال: «لا» (1) و نحوها صحيحه أخرى فى الفقيه مرويه (2)؛ لأنّ هذا التفصيل لم يقل به أحد من أرباب القولين، بل و لا غيرهم، بل و لا نقل القائل به من الأصحاب أحد عدا الماتن هنا و فى الشرائع (3) فقال: و من فقهاءنا من أثبتها فى العبد دون غيره و قد اعترف جماعه بعدم معرفته (4)، فمثله شاذّ و إن صار إليه فى المختلف (5)، و لكنّه ضعيف و إن صحّ سند ما دلّ عليه؛ لما مرّ من فقد التكافؤ بينه و بين الخبر المثبت، هذا.

مع أنّ الموثّقه مع ما هى عليه ممّا مرّ إليه الإشاره محتمله للحمل على التقيه؛ لكون المنع مذهب العامّه، كما يستفاد من الانتصار، حيث قال بعد الحكم بالثبوت، و نسبته إلى الإماميه-: و خالف باقى الفقهاء فى ذلك، و أجمعوا على أنّها لا تجب إلّا فى العقارات و الأرضين دون العروض و الأمتعه و الحيوان (6). انتهى.

ص: ٥٩

-
- ١- الكافى ٥/٢١٠، التهذيب ٧:٧٣٥/١٦٦، الإستبصار ٣:٤١٥/١١٦، الوسائل ٢٥:٤٠٢ أبواب الشفّعه ب ٧ ح ٣.
 - ٢- الفقيه ٣:١٦٣/٤٦، الوسائل ٢٥:٤٠٤ أبواب الشفّعه ب ٧ ح ٧.
 - ٣- الشرائع ٣:٢٥٣.
 - ٤- انظر غايه المراد ٢:١٥١، التنقيح الرائع ٤:٨١، مجمع الفائده و البرهان ٩:١٤.
 - ٥- المختلف: ٤٠٢.
 - ٦- الانتصار: ٢١٥.

و هي مع ذلك بإطلاقها شامله للعبد و غيره، فتعارض بما مرّ من النصوص الصحيحه الصريحه بثبوتها في الأوّل و إن اشتركت معها في نفيها في الثاني.

و نحوها الموثق بل الصحيح: المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه فقال أحدهم: أنا أحقّ به إله ذلك؟ قال: «نعم إذا كان واحداً» (١).

و لا تثبت الشفعه فيما لا ينقسم و لا يقبل القسمة الإجباريه كالعضائد و الدكاكين و الحمامات الضيقه و النهر و الطريق الضيق كلّ منهما على الأشبه الأشهر بين أكثر من تأخّر، بل بالشهره المطلقه صرّح في التذكره (٢).

و الحجّه عليه غير واضحه عدا ما في التنقيح من وجوه ضعيفه، منها:

أنّ غرض الشارع بالشفعه إزاله ضرر المالك بالقسمه لو أرادها المشتري، و هذا الضرر منتف فيما لا يقسم، فلا شفعه فيه (٣).

و هو كما ترى في غايه من الضعف، أمّا أوّلاً: فلعدم ورود النصّ الصحيح الصريح بهذه العله.

نعم ربما يستفاد من بعض الروايات السابقه كون العله في ثبوت الشفعه نفى الضرر و الإضرار في الشريعه، لكن متعلّق الضرر فيه غير معلوم، فيحتمل ما ذكره و غيره من نفس الشركه الجديده، أو سوء الشريك. و لعلّ هذا أظهر.

ص: ٦٠

١- التهذيب ٧٣٤/١٦٥، الإستبصار ٣: ٤١٤/١١٦، الوسائل ٢٥: ٤٠٣ أبواب الشفعه ب ٧ ح ٤.

٢- التذكره ٥٨٩: ١.

٣- التنقيح الرائع ٨٢: ٤.

و لذا استدلل بعض الأصحاب وفقاً للمرتضى على ثبوت الشفعه فى المسأله بالضرر، فقال: لأن المقتضى لثبوت الشفعه و هو إزاله الضرر عن الشريك قائم فى غير المقسوم، بل هو أقوى؛ لأن المقسوم يمكن التخلّص من ضرر الشريك بالقسمه بخلاف غيره، قال: و أُجيب بأنه ليس المراد من إزاله الضرر بالشفعه ما ذكره، بل إزاله ضرر طلب القسمه و مئونها، و هو منتفٍ فى محلّ النزاع. و لا يخفى عليك ضعف هذا الجواب، و أىّ مئونه للقسمه و ضرر بذلك يقابل ضرر الشريك الذى لا وسيله إلى التخلّص منه (١).

و هو فى غايه الجوده.

و أمّا ثانياً: فلضعف التعليل من وجه آخر، و هو أنّ الشفعه إنّما تثبت بانتقال الملك عن الشريك إلى المشتري، فلا بدّ أن يكون الضرر الذى نيط به الشفعه فى ظاهر النصّ و كلام الأصحاب ناشئاً من جهته، و ضرر طلب المشتري القسمه ليس ضرراً ناشئاً منه؛ لسبقه على الانتقال، و ثبوته للشريك على كلّ حال. فضرر طلب القسمه لازم على كلّ تقدير، بل هو من لوازم الشركه فيما يقبل القسمه، فلا يمكن أن يكون مثله الضرر المناط به الشفعه. و هذا من أقوى الشواهد على تعيين ما استظهرناه من متعلّق الضرر فى الروايه.

و منها: أصاله بقاء الملك على مالكة، و إثبات الشفعه مخالف له فيفتقر إلى دليل.

و هو كالسابق فى الضعف بعد ما عرفت على الثبوت على العموم من

ص: ٦١

الإجماع المنقول، و الخبر المنجبر بالعمل المؤيد بما قدّمناه من المؤيدات.

و منها: الخبران «لا شفعه في سفينه، و لا في نهر، و لا في طريق» (١) و زيد في بعض النسخ «و لا في رحي و لا في حمام» (٢).

و فيهما مع قصور السند:- ما ذكره بعض الأصحاب (٣) من أنه لا دلالة فيهما عليه أصلاً، مع احتمالهما التقيه، سيما مع كون الراوى لهما من العامّة على المشهور بين الطائفة. و لا يقدح فيه اختصاصهما بنفى الشفعه في الأمور المزبوره إلّا على تقدير حجّيه مثل هذا المفهوم، و لم يقل بها أحد من الطائفة و أكثر العامّة، هذا.

مضافاً إلى معارضتهما في الطريق بأقوى منهما سنداً، و هو خبران:

أحدهما موثّق، و الآخر حسن يأتيان في بحث ثبوت الشفعه في المقسوم بالاشتراك في الطريق و الغالب فيها الضيق. و الاختصاص بالطريق غير قادح بعد الإجماع المركّب على العموم، و عليهما بناء الاستدلال بالخبرين الأولين.

فإذا القول بثبوت الشفعه في المسألة في غايه من القوّه، وفاقاً لجماعه من قدماء الطائفة، و منهم المرتضى مدّعياً عليه إجماع الإماميّة (٤).

و مال إليه من المتأخرين شيخنا في المسالك و جمع ممن تبعه (٥)، لكنّه

ص: ٦٢

١- الكافي ١١/٢٨٢، التهذيب ٧:٧٣٨/١٦٦، الإستبصار ١١٨/٣:٤٢٠، الوسائل ٢٥:٤٠٤ أبواب الشفعه ب ٨ ح ١.

٢- الفقيه ٣:١٥٩/٤٦، الوسائل ٢٥:٤٠٤ أبواب الشفعه ب ٨ ذيل الحديث ١.

٣- مفاتيح الشرائع ٣:٧٦.

٤- الانتصار: ٢١٥.

٥- المسالك ٢:٢٧٠، و انظر مفاتيح الشرائع ٣:٧٦.

رجع عنه في الروضه (١) فوافق الجماعه مستنداً إلى الوجه الثاني. وفيه ما عرفته.

هذا ولا ريب أنّ الأحوط للشفيع ترك المطالبه بها في المواضع الخلافيه، سيّما فيما لا يقبل القسمة، وخصوصاً الخمسه الوارده في خصوص الخبرين المتقدّم إليهما الإشاره، ونحوهما مرسله رضويّه (٢) عمل بها الصدوقان (٣) حيث نفي الشفعه فيها و أثبتها في غيرها و لو لم يقبل القسمة أصلاً.

و للمشتري إجابته الشفيع إن طلبها مطلقاً. وإن تعاسرا فالعمل على ما عليه أكثر قدماء أصحابنا.

و يشترط في ثبوتها انتقاله أى الشقص المشفوع بالبيع، فلا تثبت لو انتقل بهبه أو صلح، أو صداق (٤)، أو إقرار على الأظهر الأشهر، بل عليه عامّه من تأخر، و في المسالك و كلام جماعه أنّه كاد أن يكون إجماعاً (٥)، و بانعقاده بين المتأخرين صرح في التنقيح (٦)، و به و بالأخبار في نفيها عن الصداق صرح في المبسوط (٧)، و به في الجميع صرح في السرائر، و المقدس الأردبيلي في شرح الإرشاد (٨)؛ و هو الحجّه،

ص: ٦٣

١- الروضه ٣٩٨:٤.

٢- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٦٤، المستدرک ١٧:١٠٥ أبواب الشفعه ب ٨ ح ٤.

٣- الصدوق في المقنع: ١٣٥، و حكاه عن والده في المختلف: ٤٠٢.

٤- في «ح» و المطبوع من المختصر (٢٥٧) زياده: أو صدقه.

٥- المسالك ٢:٢٧١، الحدائق ٢٠:٢٩٨.

٦- التنقيح ٤:٨٤.

٧- المبسوط ٣:١١١.

٨- السرائر ٢:٣٨٦، مجمع الفائده و البرهان ٩:١٢.

مضافاً إلى الأصل. و اختصاص أكثر النصوص بصورة البيع خاصّةً، و إطلاقات بعضها غير معارضه بعد ورودها لبيان حكم آخر غير مفروض المسأله.

خلافاً للإسكافي فأثبتها في الهبه مطلقاً بعوض كان أم لا (١). و نسب جماعه إليه ثبوتها في الجميع (٢)، و لا تساعد عبارته المحكيه في المختلف (٣)، و لذا نسب إليه الثبوت فيما ذكرناه خاصّه في الدروس (٤).

فكيف كان فحجّته غير واضحه عدا ما قيل عنه: من عدم دليل على التخصيص مع اشتراك الجميع في الحكمه الباعثه، و هي دفع الضرر عن الشريك. و تضمّن النصوص البيع لا ينافي ثبوتها بغيره (٥).

و يظهر من المسالك الميل إليه في الجمله (٦)، و كذا بعض من تبعه، قال لا- بعد نقله:- و هو قوى إن خصّيه بالمعاوضات المحضه؛ لأنّ أخذ الموهوب مثلاً بغير عوض بعيد، و به خارج عن مقتضى الأصل، و كذلك غير الهبه (٧).

و المناقشه فيه واضحه؛ لا بتناء التقويه على ثبوت وجه الحكمه من حجّه منصوصه، و لم نقف عليها عدا الروايه المتقدمه النافيه للضرر بعد

ص: ٦٤

١- نقله عنه في المختلف: ٤٠٤.

٢- منهم الشهيد الثاني في المسالك ٢: ٢٧١، و الفاضل المقداد في التنقيح ٤: ٨٤، و الكاشاني في المفاتيح ٣: ٧٦.

٣- المختلف: ٤٠٤.

٤- الدروس ٣: ٣٥٨.

٥- قال به الكاشاني في المفاتيح ٣: ٧٦.

٦- المسالك ٢: ٢٧١.

٧- مفاتيح الشرائع ٣: ٧٦.

الحكم بالشفعه (١)، و هي مع قصور سندها و عدم جابر لها في المسأله قد مرّ ما يقدر في دلالتها من حيث إجمال المعلل به، هل هو ثبوتها، أو نفيها كما فهمه العلّامه (٢)؟ و عليه فينعكس الدلاله.

و لا ينافى الإجمال ما ادّعيناه سابقاً من ظهور الاحتمال الأوّل؛ لعدم كونه ظهوراً معتدّاً به، و لذا أيّدنا به الأدلّه العامّه و لم نجعله حجّة مستقلّة.

و على تقدير الظهور و قوّه الدلاله فلا ريب في عدم مقاومتها للإجماعات المحكيه و القاعده الثابته المسلّمه، و مع ذلك مفهوم العلّه فيها معارض بمفهوم الشرط أو القيد المعترف في المرسله المتقدّمه المتضمّنه لقوله (عليه السلام): «الشفعه جائزه في كلّ شيء» إلى أن قال: «إذا كان بين الشريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحقّ به من غيره» (٣).

و قريب منها: أخبار آخر معتبره و فيها الصحيح و غيره آتية في مسأله ثبوت الشفعه في الدور المقسومه، مع كون طريق الجميع واحده.

و لكنّ الإنصاف أنّ مثل هذه المفاهيم محتمله للورود مورد الغلبه في بعض، و السؤال في آخره، فلم تبلغ درجه الحجّيه، و لا كذلك مفهوم العلّه في المرسله، لكنّها صالحه للاعتضاد و التقويه، و إلّا فالعمده هو ما قدّمناه من الأدلّه الظاهره و الحجج الباهره السليمه كما عرفت عمّا يصلح للمعارضه. فلا شبهه في المسأله بحمد الله سبحانه.

و قد استدللّ الفاضل في المختلف (٤) للمختار بالصحيح: عن رجل

ص: ٦٥

١- راجع ص: ٥٣.

٢- المختلف: ٤٠٢.

٣- راجع ص: ٦١٩٠.

٤- المختلف: ٤٠٤.

تزوّج امرأه على بيت في دار له، و له في تلك الدار شركاء، قال: «جائز له، و لا شفعه لأحد من الشركاء عليها» (١).

و فيه نظر؛ لجواز أن يكون نفى الشفعه لكثرة الشركاء، لا للإصداق.

و لو كان الوقف مشاعاً مع طلق فباع الموقوف عليه الوقف على وجه يصحّ، ثبت الشفعه لصاحب الطلق بلا خلاف فيه ظاهر؛ لوجود المقتضى و انتفاء المانع.

و إن انعكس فباع صاحب الطلق ملكه لم تثبت للموقوف عليه مطلقاً وفاقاً من الماتن هنا و في الشرائع، و الشهيدان للمبسوط (٢) نافيةً الخلاف فيه. و نسبة الحلّى إلى الأكثر (٣)، و لعلّه الأظهر؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن من الفتوى و النصّ، و ليس بحكم التبادر إلّا ما عدا محلّ الفرض، مضافاً إلى نقل عدم الخلاف المتقدّم المعتضد بدعوى الحلّى على ذلك الشهره؛ و هو حجّه كما بينته في رساله في الإجماع مفرده، و مع ذلك سليم عن المعارض بالكلّيه عدا ما يتخيّل من وجه الحكمة المشتركة، و قد مرّ الجواب عنه في المسأله السابقه.

هذا كلّه على تقدير القول بانتقال ملك الموقوف إلى الموقوف عليه، كما هو أحد الأقوال في تلك المسأله.

و أمّا على القول بعدم الانتقال إليه مطلقاً فلا ريب في عدم ثبوت الشفعه لفقد الشركه المشترطه في ثبوتها اتّفاقاً فتوى و روايه.

ص: ٦٦

١- الفقيه ١٦٥/٤٧، التهذيب ٧:٧٤٢/١٦٧، الوسائل ٢٥:٤٠٧ أبواب الشفعه ب ١١ ح ٢.

٢- الشرائع ٣:٢٥٤، الدروس ٣:٣٥٨، المسالك ٢:٢٧١، المبسوط ٣:١٤٥.

٣- السرائر ٢:٣٩٧.

وقال المرتضى (١) رضى الله تعالى عنه: ثبت الشفعه مطلقاً (٢) و جَوَز للإمام و خلفائه المطالبه بشفعه الوقوف التى ينظرون فيها على المساكين، أو على المساجد و مصالح المسلمين، و كذلك كل ناظر بحق فى وقف من وصى و ولّى، و استند فيه إلى الإجماع.

و هو موهون بعدم وجود قائل به سواه، معارض بنقل الشيخ على خلافه عدم الخلاف. و هو أرجح بعد اعتضاده بالشهره المنقوله، و الأصل المتقدم إليهما الإشارة.

و عن الحلّى الموافقه له مع وحده الموقوف عليه، و للمبسوط مع تعدده. و عليه أكثر المتأخرين، بل نسبة الشهيدان إليهم كافه (٣).

و وجهه غير واضح إلا على تقدير ثبوت انتقال الموقوف إلى الموقوف عليه مطلقاً، و وجود عموم على ثبوت الشفعه كذلك حتى فى الملك الغير التام كالوقف فيصح ما ذكره حينئذ؛ لوجود المقتضى لثبوتها فى الشق الأول، و المانع عنه و هو تعدد الشركاء على الأصح كما يأتى فى الثانى. و لكنهما فى محلّ التردد أو المنع.

الثانى: فى الشفيع

الثانى: فى بيان الشفيع المستحق لمطالبه المشتري بالشفعه و هو كل مسلم شريك بحصه مشاعه قادر على الثمن و اعتبار الإسلام فيه ليس كلياً؛ لثبوتها بين الكفار بعضهم مع بعض إجماعاً، كما فى المبسوط و غيره (٤)؛ لعموم الأدله.

ص: ٦٧

١- الانتصار: ٢٢١.

٢- فى «ح» و المطبوع من المختصر (٢٥٧) زياده: و هو الأشبه.

٣- الدروس ٣٥٨: ٣، المسالك ٢٧١: ٢.

٤- المبسوط ١٩، ١٣٨: ٣؛ و انظر المسالك ٢٧٢: ٢.

بل يعتبر إذا كان المشتري مسلماً فلا- تثبت لذمى و لا- حربى على مسلم إجماعاً منّا، كما فى الانتصار و المبسوط و السرائر و المسالك و شرح الإرشاد للمقدس الأردبيلى (١) رحمه الله حاكياً له عن التذكرة، و هو أيضاً ظاهر جماعه (٢)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى أنّ مطالبتها تسلط على سبيل القهر، و لَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً [١].

و فى الخبر: «ليس لليهودى و لا النصرانى شفعه» (٣) يعنى على المسلم؛ للإجماع على ثبوتها لهما على غيره. و اختصاص النصّ و الفتوى بالذمى لعله لندرته اتفاق شركه المسلم مع الحربى، أو للتنبيه على الأدنى بالأعلى.

و يتفرّع على اعتبار الشركه فى الحصّه أنّه لا- تثبت بالجوار بلا- خلاف منّا حتّى من العمانى كما فى ظاهر المسالك، و صريح بعض من تبعه (٤). بل عليه الإجماع فى السرائر و عن شيخ الطائفه (٥)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى الأصل و اختصاص المخصّصه له بما فيه الشركه، مع فحوى النصوص الآتية الدالّه على نفى الشفعه فيما حصل فيه قسمه، بل بعضها كالصريح فى ذلك.

ص: ٦٨

-
- ١- الانتصار: ٢١٨، المبسوط ١٣٩: ٣، السرائر ٣٨٦: ٢، المسالك ٢٧٢: ٢، مجمع الفائده و البرهان ٩: ٢٦.
 - ٢- منهم المحقق فى الشرائع ٢٥٥: ٣، و العلّامه فى التذكرة ٥٩٠: ١، و الشهيد الثانى فى الروضه ٣٩٩: ٤.
 - ٣- الفقيه ١٥٧/٤٥: ٣، الوسائل ٤٠٠: ٢٥ أبواب الشفعه ب ٦ ح ١.
 - ٤- المسالك ٢٧٠: ٢، و انظر مفاتيح الشرائع ٧٦: ٣.
 - ٥- السرائر ٣٨٦: ٢، الشيخ فى الخلاف ٤٢٧: ٣: ٤٢٩.

كالحسن: عن الشفعة في الدور أ شىء واجب للشريك و يعرض على الجار فهو أحق بها من غيره؟ فقال: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن» (١) فلا شبهه في المسألة.

و خلاف العماني هنا على تقديره كما يستفاد من جماعه (٢) شاذ منعقد الإجماع على خلافه.

و يتفرع على اعتبار قدره على الثمن أنه لا تثبت الشفعة لعاجز عن الثمن بلا خلاف ظاهر، بل مصرح بالوافق عليه و على باقى قيود التعريف فى المسالك حيث حكاه بعد ذكره بقيوده (٣)؛ و هو الحجج، مضافاً إلى الأصل، و اختصاص المثبت من النص و الفتوى بحكم التبادر فى بعض، و التصريح فى الآخر بالقادر. مع إمكان الاستدلال عليه بالخبر الآتى فى تأجيل ثلاثه أيام لمدعى غيبه الثمن و نفي الشفعة إن لم يحضره بعدها، و بلزوم الضرر على المشتري أو البائع على تقدير ثبوتها مع العجز أيضاً، و هو منقضى عقلاً و نقلاً.

و منه يظهر الوجه فى إلحاقهم المماطل، و الهارب بعد البيع عن بذل الثمن بالعاجز عنه أولاً.

و يرجع فى العجز إلى اعترافه، أو شهاده القرائن القطعيه بعجزه، و عدم إمكان استدانته أو عدم مشروعيتها.

و لا تثبت الشفعة فيما ميّز و قسم على الأظهر الأشهر، بل عليه

ص: ٦٩

١- الكافي ٥/٢٨١، التهذيب ٧:٧٢٨/١٦٤، الوسائل ٢٥:٣٩٥ أبواب الشفعة ب ٢ ح ١.

٢- الإيضاح ٢:١٩٨، التنقيح ٤:٨٥، الدروس ٣:٣٥٧.

٣- المسالك ٢:٢٧٢.

عامّه من تأخر، وعن الشيخ و في السرائر و التنقيح و غيره (١) الإجماع عليه؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى أكثر ما مرّ في نفيها للجار من الأدلّه. و النصوص به مع ذلك مستفيضه كادت تكون متواتره.

منها زياده على الحسنه المتقدّمه الصحيح: «لا تكون الشفعه إلّا لشريكين ما لم يتقاسما» الحديث (٢).

و القوي: «لا شفعه إلّا لشريك غير مقاسم» (٣) و نحوه أخبار آخر ثلاثه (٤).

و الخبر: «إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعه» (٥).

و في آخر: «إذا أُرّفت الأرف، و حدّت الحدود فلا شفعه» (٦).

و في ثالث: «أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قضى بالشفعه ما لم تؤرّف» يعنى:

ما لم تقسّم (٧).

ص: ٧٠

-
- ١- انظر الخلاف ٣:٤٢٩، و السرائر ٣٩٣، ٣٨٧، ٣٨٦:٢، التنقيح ٤:٨٦، و انظر الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٠.
 - ٢- الكافي ٥:٧/٢٨١، التهذيب ٧:٧٢٩/١٦٤، الوسائل ٢٥:٣٩٦ أبواب الشفعه ب ٣ ح ١.
 - ٣- الكافي ٥:٦/٢٨١، التهذيب ٧:٧٣٧/١٦٦، الوسائل ٢٥:٣٩٦ أبواب الشفعه ب ٣ ح ٢.
 - ٤- الأوّل في: الكافي ٥:١/٢٨٠، الوسائل ٢٥:٣٩٦ أبواب الشفعه ب ٣ ح ٣. الثاني في: الكافي ٥:١٠/٢٨٢، الوسائل ٢٥:٣٩٧ أبواب الشفعه ب ٣ ح ٦. الثالث في: الفقيه ٣:١٥٧/٤٥، التهذيب ٧:٧٤١/١٦٧، الوسائل ٢٥:٣٩٨ أبواب الشفعه ب ٣ ح ٧.
 - ٥- الكافي ٥:٣/٢٨٠، الفقيه ٣:١٦١/٤٦، التهذيب ٧:٧٢٤/١٦٣، الوسائل ٢٥:٣٩٧ أبواب الشفعه ب ٣ ح ٤.
 - ٦- الكافي ٥:٤/٢٨٠، الفقيه ٣:١٥٤/٤٥، التهذيب ٧:٧٢٧/١٦٤، الوسائل ٢٥:٣٩٧ أبواب الشفعه ب ٣ ح ٥.
 - ٧- الفقيه ٣:١٥٣/٤٥، الوسائل ٢٥:٣٩٨ أبواب الشفعه ب ٣ ح ٨.

و فى المعترين: «لا شفعه إلاً لشريك» (١).

و لا يضمرّ ضعف الإسناد بعد الانجبار بالأصل، و الكثرة، و عمل الأصحاب. و خلاف العماني (٢) شاذّ، و مستنده غير واضح عدا ما يستدلّ له بالخبر العامى الوارد فى الجار (٣) و النصّ الآتى فى الاستثناء.

و الأوّل ضعيف سنداً غير صريح دلالةً، و لا مقاوم لما مرّ من الأدلّة من وجوه شتى.

و الثانى نقول بموجبه تبعاً للأصحاب من غير خلاف، و منهم الماتن هنا لقوله: إلاً بالشركه فى الطريق و النهر إذا بيع أحدهما أو هما مع الشقص المقسوم، للصحيح: عن دار فيها دور، و طريقهم واحد فى عرصه الدار، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه فى الطريق أن يأخذوا بالشفعه؟ فقال: «إن كان باع الدار و حوّل بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعه لهم، و إن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعه» (٤).

و نحوه خبر آخر (٥).

و قريب منهما الرضوى: «فإذا كانت دار فيها دور، و طريق أبوابها فى عرصه واحده، فباع رجل داره منها من رجل كان لصاحب الدار الأخرى شفعه إذا لم يتهياً له أن يحوّل باب الدار التى اشتراها إلى موضع آخر، فإن حوّل بابها فلا شفعه لأحد عليه» (٦).

ص: ٧١

١- التهذيب ٧٢٦، ٧٢٥/١٦٤، ٧:٧٢٥، الوسائل ٢٥:٣٩٥ أبواب الشفعه ب ١ ح ١، ٢.

٢- كما حكاه عنه فى المختلف: ٤٠٣.

٣- سنن البيهقى ١٠٦:٦.

٤- الكافي ٥:٢/٢٨٠، التهذيب ٧:٧٣١/١٦٥، الإستبصار ٣:٤١٧/١١٧، الوسائل ٢٥:٣٩٨ أبواب الشفعه ب ٤ ح ١.

٥- المقنع: ١٣٦، المستدرک ١٧:١٠٠ أبواب الشفعه ب ٤ ح ٣.

٦- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٦٤، المستدرک ١٧:٩٩ أبواب الشفعه ب ٤ ح ٢.

بناءً على ما قيل من ظهور أنّ قوله: «إذا لم يتهيأ» إلى آخره، كناية عن دخول الطريق في البيع و عدمه، بمعنى أنه إن باع الدار وحدها من غير دخول الطريق معها فلا شفعه؛ لما مرّ من عدم موجب لها. وإن أدخل الطريق في البيع لعدم إمكان طريق له غير ذلك فله الشفعه في الجميع (١).

و عن التذكرة (٢) الاستدلال أيضاً بالحسن: عن دار بين قوم اقتسموها، فأخذ كلّ واحد منهم قطعه فبناها، وتركوا بينهم ساحه فيها ممرّهم، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم، إله ذلك؟ قال: «نعم و لكن يسدّ بابه و يفتح باباً إلى الطريق، أو ينزل من فوق البيت و يسدّ بابه، فإن أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم أحقّ به، وإلّا فهو طريقه يجيء حتى يجلس على ذلك الباب» (٣).

و نحوه الموثق، إلّا أنّه قال: «أو ينزل من فوق البيت، فإن أراد شريكهم أن يبيع منتقل قدميه فهو أحقّ به، وإن أراد يجيء حتى يقعد على الباب المسدود الذي باعه لم يكن لهم أن يمنعه» (٤).

و فيه نظر، كما تبه عليه جمع ممّن تأخر (٥)؛ إذ لا- تعرّض فيهما لبيع الدار مع الممرّ كما هو محلّ البحث، بل ظاهرهما ثبوت الشفعه في الطريق فقط ببيعه خاصّة.

ص: ٧٢

١- قال به البحراني في الحدائق ٢٩٦: ٢٠.

٢- التذكرة ٥٩٠: ١.

٣- الكافي ٩/٢٨١، التهذيب ٧: ٧٣٢/١٦٥، الإستبصار ٣: ٤١٨/١١٧، الوسائل ٢٥: ٣٩٩ أبواب الشفعه ب ٤ ح ٢.

٤- التهذيب ٧: ٧٤٣/١٦٧، الوسائل ٢٥: ٣٩٩ أبواب الشفعه ب ٤ ح ٣.

٥- منهم الأردبيلي في مجمع الفوائد و البرهان ٩: ١٩، و السبزواري في الكفايه: ١٠٥، و البحراني في الحدائق ٢٩٥: ٢٠.

و اعلم أنّ النصوص كما ترى مختصّه بصوره الاشتراك فى الطريق، لكنّهم ألحقوا به الاشتراك فى الشرب، و مستندهم غير واضح، مع مخالفته لأصولهم فى الكتاب، اللهم إلّا أن تكون انعقد عليه الإجماع.

ثمّ لو باع الشريك حصّته من العرصه التى هى الطريق دون الدار جاز الأخذ بالشفعه؛ لما مرّ إليه الإشاره.

و اشترط بعضهم كون الطريق مميّا يقبل القسّمه فى صورته انفراده بالبيع دون صورته الانضمام (١)، و بعضهم اشترط ذلك فى الموضوعين (٢).

و ليس فى الروايات و غيرها تعرّض لذلك، فالأقوى عدم اعتباره مطلقاً.

و كذا إطلاق الروايات يقتضى عدم الفرق بين كون الدور مقسومه بعد اشتراك سابق أم لا. و به صرّح فى المسالك (٣)، و حكى عن التذكرة (٤)، و تبعهما جماعه (٥). و عن ظاهر آخرين (٦) اعتبار شركه سابقه على القسّمه فى ذات الطريق؛ تعويلاً على حجّه ضعيفه. فالأول فى غايه القوّه.

و اعلم أنّه تثبت الشفعه بين شريكين إجماعاً فتوى و نصّاً و لا تثبت لما زاد عليهما على أشهر الروايتين فتوى، بل عليه فى الانتصار و السرائر و التنقيح إجماعنا (٧)، و مع ذلك هى صحاح مستفيضه

ص: ٧٣

- ١- كالمحقق الثانى فى جامع المقاصد ٣٤٩:٦، و الشهيد الثانى فى الروضه ٣٩٩:٤، و المسالك ٢٧٠:٢.
- ٢- انظر الدروس ٣٥٧:٣.
- ٣- المسالك ٢٧١:٢.
- ٤- حكاه عنه فى المسالك ٢٧١:٢، و انظر التذكرة ٥٩٠:١.
- ٥- منهم السبزوارى فى الكفايه: ١٠٥، و البحرانى فى الحدائق ٢٩٧، ٢٩٦:٢٠.
- ٦- انظر جامع المقاصد ٣٥٢، ٣٥١:٦، و حكاه عن ظاهرهم فى الكفايه: ١٠٥، و الحدائق ٢٩٧:٢٠.
- ٧- الانتصار: ٢١٦، السرائر ٣٨٧:٢، التنقيح ٨٨:٤.

و غيرها من المعتبره تقدّم إلى جملة منها الإشاره في تضاعيف المباحث السابقه، معتضده بالأصل المتقدّم غير مرّه.

و الروايه الثانيه أيضاً مستفيضه، منها: النصوص المتقدّمه في المسأله السابقه.

و منها: الخبران «الشفعه على عدد الرجال» (١).

و الخبر: «قضى رسول الله (صلّى الله عليه و آله) بالشفعه بين الشركاء» (٢).

و هي مع قصور سند أكثرها، و عدم مكافأتها لما مضى من وجوه شتّى شاذّه لا عامل بها عدا الإسكافي و الصدوق في الفقيه في الجملة (٣)، موافقه لمذهب العامّه القائلين بمضمونها، كما صرّح به المرتضى و شيخ الطائفه (٤) و جماعه (٥)، فلتحمل على التقيه لذلك، سيّما مع كون راوى بعضها من العامّه.

و يعضده مصير الإسكافي إليها، إلّا أنّ المنقول عنه في الانتصار يخصّص ذلك بغير الحيوان، و مصيره فيه إلى ما عليه الأصحاب (٦). و هو حينئذٍ كالصدوق في قوله بالتفصيل المزبور، فإنّه قال في الفقيه بعد نقل

ص: ٧٤

- ١- الفقيه ١٥٦، ٤٥/١٥٥، ٣: التهذيب ٧٣٦/١٦٦، الإستبصار ٣: ٤١٦/١١٦، الوسائل ٢٥: ٤٠٣ أبواب الشفعه ب ٧ ح ٥ و ذيله.
- ٢- الكافي ٥: ٤/٢٨٠، الفقيه ٥: ٤/١٥٤، التهذيب ٧: ٧٢٧/١٦٤، الوسائل ٢٥: ٣٩٩ أبواب الشفعه ب ٥ ح ١.
- ٣- حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٤٠٣، الفقيه ٣: ٤٦.
- ٤- المرتضى في الانتصار: ٢١٦، و الشيخ في الخلاف ٣: ٤٣٥.
- ٥- منهم الفاضل في التذكرة ١: ٥٨٩، و الأردبيلي في مجمع الفائده و البرهان ٩: ١٠، و البحراني في الحدائق ٢٠: ٣٠٣.
- ٦- الانتصار: ٢١٧.

ما يدلّ على المختار من الأخبار-قال مصنّف هذا الكتاب:يعنى بذلك الشفعه فى الحيوان وحده،فأمّا غير الحيوان فالشفعه واجبه للشركاء و إن كانوا أكثر من اثنين،و تصديق ذلك ما رواه أحمد بن محمّد بن أبى نصر، عن عبد الله بن سنان قال:سألته عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم أن يبيع نصيبه،قال:« يبيعه» قلت:فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلمّا أقدم على البيع قال له شريكه:أعطني،قال:« هو أحقّ به» ثمّ قال(عليه السّلام):

« لا شفعه فى حيوان إلّا أن يكون الشريك فيه واحداً»(1)انتهى.

و ظاهر جماعه من الأصحاب مصير الإسكافى إلى القول المزبور مطلقاً من دون التفصيل (2)،و عبارته المختلف يحتمل ذلك و ما ذكره المرتضى،فإنّه قال بعد نقل مذهب الصدوق:-و كذا اختار ابن الجنيد ثبوت الشفعه مع الكثره (3).

و يعضد ما ذكره الجماعه ما ذكره الماتن فى الشرائع من أنّ فى المسأله أقوالاً ثلاثه،و عدّ منها القول بثبوتها مع الكثره مطلقاً (4)،و لم نجد القائل به لو لم يكن الإسكافى.

لكن يضعفه أنّه عدّ منها القول بالتفصيل بين العبد خاصّه و غيره، و لا قائل به حتّى الصدوق؛ لاشتراطه اتّحاد الشريك فى مطلق الحيوان من دون تخصيص بالعبد،فهو غير الصدوق.و لعلّ القول بالثبوت مطلقاً لمن

ص:٧٥

١- الفقيه ٣:٤٦.

٢- منهم القاضى فى المهذب ١:٤٥٣،و ابن فهد فى المقتصر:٣٤٦،و المهذب البارع ٤:٢٦٧،و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٦:٣٦٢.

٣- المختلف:٤٠٣.

٤- الشرائع ٣:٢٥٥.

عدا الإسكافي و قد وقف على قائله و لم نقف عليه، كالقول بالتفصيل الذي حكاه.

و كيف كان فالقول بالتفصيل بقسميه على تقديرهما ضعيف جداً كسابقتهما؛ لعدم وضوح مأخذهما عدا ما فى الفقيه قد مضى، و هو كما ترى؛ لعدم التعارض بين الخبر الذى قيده و الذى استشهد به لتقييده؛ إذ غايته اشتراط الائتحد فى الحيوان و هو لا ينافى اشتراطه فى غيره كما هو مقتضى الخبر الأول المفيد بعمومه، بل بصريحه؛ لأنه المرسل المتقدم المصرح بثبوت الشفعه فى كل شىء حتى الحيوان (1)، و نحوه الرضوى الماضى (2) إلا بالمفهوم الضعيف الذى لعله لا يقول به.

ثم على تقدير حججه لا يمكن التقييد به أيضاً؛ لما مضى من عدم التكافؤ أصلاً.

و مقتضاه رفع اليد عن نحو هذا الخبر كغيره من الأخبار المتقدمه المطلقه، سيما مع ما عرفت من قوه احتمال ورودها للتقيه.

و يحتمل أيضاً محامل أخر ذكرها الجماعه (3)، كحمل لفظ الجمع فيها على الاثنين و لو مجازاً، أو على إرادته تعميم الحكم بالنسبه إلى المكلفين، لا بالنسبه إلى قضيه واحده اشترك فيها جماعه. و هما و إن بعدا إلا أنه لا بأس بهما جمعاً، و هو أحسن من الطرح مهما أمكن و أولى.

و بالجمله لا ريب و لا شبهه فى المسأله بحمد الله تعالى.

و اعلم أنه لا خلاف على الظاهر المصرح به فى شرح الإرشاد (4)

ص: ٧٦

١- راجع ص: ٥٤.

٢- فى ص: ٧٠.

٣- انظر الانتصار: ٢١٧، و الاستبصار ١١٧: ٣، و المسالك ٢٧٢: ٢.

٤- مجمع الفائده و البرهان ٢٠: ٩.

للمقدّس الأردبيلي- (رحمه الله) محتملاً- كونه إجماعاً في أنّه لو ادّعى الشفيع غيبه الثمن أجّل ثلاثة أيّام و لو ملفقه من وقت حضوره للأخذ بالشفعه إن ذكر أنّه ببلده فإن لم يحضره في المدّة المضروبه بطلت. و لو قال:

إنّه في بلد آخر أجّل بقدر وصوله إليه و عوده منه و زياده ثلاثة أيّام بعد ذلك.

و الأصل في جميع ذلك الحسن بالنهدي: عن رجل طلب شفعه أرض فذهب على أنّ يحضر المال فلم ينصّ، فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها، أو يبيعهها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعه؟ قال:

« إن كان معه في المصر فلينتظر به ثلاثة أيّام، فإن أتاه بالمال، وإلا فليبع و بطلت شفحته في الأرض، و إن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد إلى بلد آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلده و ينصرف و زياده ثلاثة أيّام إذا قدم، فإن وفاه، وإلا فلا شفعه له» (1).

و قصوره عن الصّحّه مجبور بالعمل، مع أنّ الحسن في نفسه حجّه على الأظهر الأشهر بين الطائفة.

و ظاهر إطلاقه و إن شمل صورتي ترتّب الضرر على المشتري بالتأجيل و عدمه، إلا أنّ ظاهرهم الإطباق على تقييده ب ما إذا لم يتضرّر المشتري به كما إذا كان البلد بعيداً جداً. و لعلّه للجمع بينه و بين ما دلّ على نفي الضرر من العقل و النقل، مضافاً إلى التأييد بما مرّ من إناطه ثبوت الشفعه بنفي الضرر، فينبغي أن يكون حيث لا يلزم من وجه آخر، لأنّ مع التعارض ينبغي الرجوع إلى حكم الأصل، و هو عدم الشفعه، هذا.

ص: ٧٧

١- التهذيب ٧٣٩/١٦٧، الوسائل ٧: ٢٥: ٤٠٦ أبواب الشفعه ب ١٠ ح ١.

و أمّا ما يورد على الخبر من أنّ مورده هو الشفعه قبل البيع، وأنّ الذى ينتظر به هو الشريك الذى يريد أن يبيع، لا المشتري. فهو خارج عن محلّ البحث الذى استدّلوا به عليه و هو الشفعه بعد البيع، ولعلّهم قاسوا حال المشتري على البائع، و هو مشكل.

فغير واضح؛ لابتناؤه على كون المراد بصاحب الأرض هو المالك الأوّل دون المشتري، و لا إشعار فى الخبر به، مع صدق ذلك على المشتري. بل إطلاق لفظ الشفعه التى هى حقيقه فى الاستحقاق بعد البيع كما مرّ يعضد إرادته الثانى، هذا.

مع احتمال أن يكون الإلحاق على تقدير صحّحه ما ذكر من باب تنقيح المناط القطعيّ، لا القياس الخفيّ، فتدبر.

ثمّ المراد بطلانها على تقدير عدم إحضاره فى المدّاه المضروبه سقوطها إن لم يكن أخذ، و يتسلّط المشتري على الفسخ إن كان قد أخذ.

كذا ذكره فى المسالك (١).

و لعلّه كذلك؛ لأنّ الحكم بالبطلان إنّما هو مراعاة للمشتري، فإذا رضى بأخذ الشفيع بالتأخير فقد أسقط حقّه. و ليس فى إطلاق الروايه ما ينافى ذلك؛ لأنّ غايتها إسقاط حقّ الشفيع من السلطنه على المطالبه، و هو لا يستلزم إسقاط حقّ المشتري من المطالبه بالثمن بعد إجراء الصيغه الناقله.

و بالجملة لا دلالة فيها على بطلان حقّ الشفيع، و على تقديره لا ضير فيه أيضاً، و إن هى حينئذٍ إلّا كما ورد فى خيار التأخير من بطلان البيع، مع

ص: ٧٨

إطباق الأصحاب على بقاء الصَّحِّه و ثبوت الخيار، لا فساد الشفعه من أصله.

فما فى الكفايه (١) من أنّ هذا التفصيل غير مذكور فى الروايه، محلّ مناقشه إن أراد الردّ بها عليه، وإن أراد عدم استفاده ما ذكره منها فحسن، إلّا أنّه لم يستند إليها فى ذلك. و لعلّه أخذه ممّا قدّمناه من الحجّه.

و ثبت الشفعه للغائب و إن طالت غيبته، فإذا قدم من سفره أخذ إن لم يتمكّن من الأخذ فى الغيبه بنفسه، أو و كيله. و لا عبره بتمكّنه من الإشهاد.

و فى حكمه المريض و المحبوس ظلماً أو بحقّ يعجز عنه، و لو قدر على الحقّ و لم يطالب بعد مضيّ زمان يتمكّن من التخلّص و المطالبه بطلت.

و كذا السفيه و المجنون و الصبىّ فى ثبوت الشفعه لهم و يأخذ لهم الولىّ مع الغبطه و المصلحه كسائر التصرفات. و لا خلاف فى شىء من ذلك أجده، و بعدمه صرّح بعض الأجلّه (٢)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى العمومات المعتضده بوجه الحكمه المشترکه، و خصوص بعض المعتمبره المنجبر قصور سنده عن الصَّحِّه بفتوى الطائفه: «وصىّ اليتيم بمنزله أبيه يأخذ له الشفعه إذا كان له فيه رغبه» و قال: «للاغائب شفعه» (٣).

و هو و إن اختصّ مورده بالأوّل و الأخير إلّا أنّ الوسطين ملحقان بهما

ص: ٧٩

١- الكفايه: ١٠٥.

٢- مجمع الفائده و البرهان ٩: ٢٤.

٣- الكافى ٥: ٦/٢٨١، الفقيه ٥: ٦/٤٦، التهذيب ٧: ٧٣٧/١٦٦، الوسائل ٢٥: ٤٠١ أبواب الشفعه ب ٦ ح ٢.

لعدم القائل بالفرق بين الأربعة في الطائفة، مع اعتضاد إلحاق الثالث بل ما سبقه أيضاً بالاستقراء، و اشتراكه مع الصبي في الأحكام غالباً، هذا.

و ربما يشكل الحكم بثبوت الشفعه لهم إن تضمن طول الغيبه، و انتظار ارتفاع موانع الثلاثه حيث لم يأخذ لهم وليهم بالشفعه كما سيأتى إليه الإشاره ضرراً على المشتري؛ يظهر وجهه ممّا قدّمناه قريباً من أنّ مقتضى تعارض الضررين الرجوع إلى حكم الأصل، و هو عدم الشفعه.

و وجّهنا بهذا حكمهم السابق بتقييد جواز التأجيل بما إذا لم يتصرّر به المشتري، مع خلوّ النصّ كما عرفت عن القيد. لكن عدم خلافهم في ذلك بحيث كاد أن يعدّ من الإجماع كفانا الاشتغال بطلب دليل آخر على تصحيح الإطلاق.

و لو ترك الوليّ الأخذ حيث يجوز له فبلغ الصبيّ، أو أفاق المجنون أو رشد السفيه فله أى لكلّ منهم الأخذ قيل: لأنّ التأخير وقع لعذر، و تقصير الوليّ بالتراخي لا يسقط حق المولّى عليه، و ليس الحقّ متجدّداً عند الكمال، بل مستمرّ و إنّما المتجدّد أهليّه الأخذ (١). و لا يظهر خلاف فيه، و فى أنّه لو كان الترك لعدم المصلحه لم يكن لهم بعد ارتفاع الموانع الأخذ بالشفعه.

و عليه فلو جهل الحال فى سبب الترك هل هو الثانى أو الأوّل؟ ففى استحقاقهم الأخذ نظراً إلى وجود السبب فيستصحب، أم لا التفاتاً إلى أنّه مقتيد بالمصلحه و هى غير معلومه، و جهان، أو جههما الثانى عند الشهيد الثانى (٢).

ص: ٨٠

١- قال به الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣:٧٩.

٢- الروضه البهيه ٤:٤٠١.

و ذكر تبعاً للدروس أنّ المفلس له الشفعة (١)، و لكن لا يجب على الغرماء تمكينه من الثمن، فإن بذلوه أو رضى المشتري بذمته فأخذ، تعلق بالشقص حق الغرماء. و لا يجب عليه الأخذ لو طلبوه منه مطلقاً و لو بذلوا له الثمن، أو كان للمشتري بذمته رضاً.

الثالث: في كيفية الأخذ

الثالث: في بيان كيفية الأخذ و اعلم أنّه يجوز أن يأخذ الشفيع المشفوع بمثل الثمن الذي وقع عليه العقد إجماعاً محققاً مستفيض النقل في كلام جماعه (٢)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى اتفاق النصوص عليه.

و لو لم يكن الثمن مثلياً بل قيمياً كالرقيق و الجوهر و الثياب و نحو ذلك أخذه بقيمته على الأظهر الأشهر، بل لعله عليه عامه من تأخر إلّا من ندر ممن تأخر عمّن تأخر (٣) وفاقاً للمفيد و المبسوط و الحلّي (٤)؛ للعمومات المؤيّده بالإطلاقات، و الشهره العظيمه بين الأصحاب.

و قيل كما عن الخلاف و ابن حمزه (٥) -: إنه تسقط الشفعه و عليه الطبرسي و العلّامه في المختلف (٦) استناداً إلى روايه بل قيل

ص: ٨١

-
- ١- الدروس ٣:٣٦٠.
 - ٢- منهم العلّامه في المختلف: ٤٠٤، و فخر المحققين في الإيضاح ٢:٢١٠، و هو ظاهر المهذب البارع ٤:٢٦٩، و التنقيح ٤:٩٠، و جامع المقاصد ٤:٤٠٥، و مجمع الفائده و البرهان ٩:٣٠.
 - ٣- انظر كفايه الأحكام: ١٠٦.
 - ٤- المفيد في المقنعه: ٦١٩، المبسوط ٣:١٠٨، الحلّي في السرائر ٢:٣٨٥.
 - ٥- الخلاف ٣:٤٣٢، الوسيله: ٢٥٨.
 - ٦- المؤتلف من المختلف ١:٦٣١، المختلف: ٤٠٤.

روايات معتبره (١).

منها: الموثق في التهذيب، والصحيح في قرب الاسناد: في رجل اشترى داراً برقيق و متاع، و بزّ و جوهر، قال: «ليس لأحد فيها شفعه» (٢).

و منها: الحسن: «الشفعه في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحقّ بها من غيره بالثمن» (٣).

و منها: الصحيح: عن رجل تزوّج امرأة على بيت في دار له، و له في تلك الدار شركاء، قال: «جائز له و لها، و لا شفعه لأحد من الشركاء عليها» (٤).

و جعل هذه الروايه من روايات المسأله يتوجّه إليه المناقشه بظهور احتمال استناد المنع فيها عن الشفعه إلى كثره الشركاء، أو انتقال المشفوع بما عدا البيع لاشتراط الانتقال به في ثبوتها، كما مضى.

و كذلك جعل الثانيه من رواياتها و إن اتّفق للفاضل في المختلف (٥) بخيال أنّ الأحقّيه بالثمن إنّما يتحقّق في المثلى، لأنّ الحقيقه غير مراده إجماعاً، فيحمل على أقرب المجازاه إلى الحقيقه، و هو المثل.

و اعترضه في المسالك بأنّ أقرب المجازات إلى الحقيقه بحسب

ص: ٨٢

١- قال به الفيض الكاشاني في المفاتيح ٨١: ٣.

٢- التهذيب ١٦٧/٧٤٠، قرب الإسناد: ١٦٥/٦٠٣، الوسائل ٢٥: ٤٠٦ أبواب الشفعه ب ١١ ح ١.

٣- الكافي ٥/٢٨١، التهذيب ٧: ٧٢٨/١٦٤، الوسائل ٢٥: ٣٩٥ أبواب الشفعه ب ٢ ح ١.

٤- الفقيه ٣: ١٦٥/٤٧، التهذيب ٧: ٧٤٢/١٦٧، الوسائل ٢٥: ٤٠٧ أبواب الشفعه ب ١١ ح ٢.

٥- المختلف: ٤٠٤.

الحقيقه، فإن كان مثلياً فالأقرب إليه مثله، وإن كان قيمياً فالأقرب إليه قيمته (١).

و فيه نظر، بل الأجود في منعه ما ذكره المقدس الأردبيلي (٢) - (رحمه الله) من أنّها محموله على الغالب من أنّ القيمة ثمن أو المثلى في الدور، أو غير ذلك ممّا ذكره، وإن كان في بعضه نظر. و وجه اشتراط الثمن في استحقاق الشفعه على ما ذكره من المحامل التي مرجعها إلى اشتراط جنس الثمن و لو كان قيمياً الإشاره إلى أنّ استحقاقها ليس مجاناً بل بإعطاء الثمن، و هذا يجتمع ما لو كان مثلياً أو قيمياً.

و بالجمله فالاستدلال بهذين الخبرين في البين غير متوجه، و لعلّه لذا لم يستند إليهما من فضلاء الطرفين المشهورين أحد غير من مرّ.

بقي الكلام في الخبر الأوّل الذي استند إليه أرباب هذا القول، و فيها بعد الإغماض عن عدم مكافأتها لما مضى من حيث اشتهاه بين الأصحاب، بل و الإجماع عليه في الجمله دونه قصور من حيث الدلاله بناءً على احتمال استناد المنع فيها عن الشفعه على أسباب مانعه عنها تقدّمت إلى ذكرها الإشاره إذ ليس فيها التصريح بأنّ المانع من جهه القيمة، و أنّها قيمى لا مثلى.

و ما يقال: من أنّ المتبادر من سياقها ذلك؛ لأنّ الظاهر أنّ السؤال فيها إنّما أريد به من حيث الشراء بذلك الثمن، و أنّه هل تجوز الشفعه إذا كان الشراء بهذا الثمن أم لا. و لو كان المراد من السؤال معنى آخر من كون الدار

ص: ٨٣

١- المسالك ٢: ٢٧٧.

٢- مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٣١.

لا شريك فيها، وأن المراد نفى الشفعه بالجوار لما كان لذكر القيمه وجه بالكليه، و لكان حق السؤال التصريح بذلك و أن يؤتى بعباره أخرى تؤدى هذا المعنى.

فمدفوع بأنه و إن ذكر الثمن و بسببه يستظهر من السؤال و الجواب ما يتوهم، كذا ذكر أن المبيع الدار، و المتبادر منه المجموع، و هو مما لا يتأتى فيه بعد الشراء شركه توجب الشفعه، فلا تثبت فيها إلّا من حيث الجوار، فنفى الشفعه فى الروايه يحتمل أن يكون مستنداً إلى هذا.

و لو أريد من الدار بعضها تعين ما استظهر من السياق، إلّا أن إطلاقها على البعض مجاز لا يصار إليه إلّا بالقرينه، هي فى الروايه مفقوده. فإذا هى مجمله لا ريب فى ضعف الاستناد إليها، و لا شبهه.

و منه يظهر ضعف هذا القول، و إن ادعى عليه فى الخلاف إجماع الفرقه (١)؛ لوهنه بعدم ظهور قائل به سواه و بعض من تبعه (٢)، مع مصير معظم الأصحاب على خلافه و منهم هو فى قوله الثانى (٣). و على تقدير سلامته عنه لا يمكن المصير إليه؛ لضعفه عن المقاومه للعمومات المعتضده بالشهره.

و منها يظهر ضعف استناد المختلف (٤) لما صار إليه بالأصل المقرّر فى الشفعه؛ لاندفاعه بتلك الأدله المعتضده زياده على الشهره بوجه الحكمه المشتركه التى استند إليها هو و غيره من الجماعه فى مواضع عديده

ص: ٨٤

١- الخلاف ٣: ٤٣٢.

٢- كابن حمزه فى الوسيله: ٢٥٨.

٣- المبسوط ٣: ١٠٨.

٤- المختلف: ٤٠٤.

على سبيل الحجّه أو التقويه.

و هنا قول ثالث حكى فى المختلف و الدروس عن الإسكافى، و هو أنّه يكلف الشفيع ردّ العين التى وقع عليها العقد إن شاء، و إلّا فلا شفعه له (١).

و على المختار فهل المعتبر القيمه وقت العقد؛ لأنّه وقت استحقاق الثمن و العين متعدّره، فوجب الانتقال إلى القيمه، أو وقت الأخذ؛ لوجوبه حينئذٍ على الشفيع، أو الأعلى منهما؟ أقوال، أحوطها الأخير، و أشهرها فى الظاهر المصرّح به فى كلام جمع (٢)، الأوّل.

و اعلم أنّ للشفيع المطالبه بالشفعه فى الحال أى حال العلم بالشراء بلا خلاف، و لو آخر لا لعذر بطلت شفعتة وفاقاً للشيخ فى كتبه الثلاثه و القاضى و ابن حمزه و الطبرسى، و جماعه و منهم الفاضل فى كتبه، و الشهيدان (٣)، و عامّه المتأخّرين. و ادّعى عليه الشهره المطلقه جماعه منهم الفاضل فى التذكره، و آخرون الشهره المتأخّره كالمسالك و جمع ممّن تبعه (٤). و عن الشيخ دعوى الإجماع عليه (٥)؛ و هو الحجّه عندهم؛ مضافاً إلى ما قالوه من الأصل المتقدّم غير مرّه؛ و أنّها حقّ مبنى على التصديق بقربنه ثبوتها فى بعض دون بعض، و بعقد دون عقد فلا يناسب التوسعه؛

ص: ٨٥

-
- ١- المختلف: ٤٠٤، الدروس ٣: ٣٦٧.
 - ٢- منهم البحرانى فى الحقائق ٢٠: ٣١٨.
 - ٣- الشيخ فى النهايه: ٤٢٤، و المبسوط ٣: ١٠٨، و الخلاف ٣: ٤٣٠، و لم نعثر عليه فى مهذب القاضى، ابن حمزه فى الوسيله: ٢٥٨، الطبرسى فى المؤتلف من المختلف ١: ٦٣٠، الفاضل فى القواعد ١: ٢١٣، و المختلف: ٤٠٥، الشهيدان فى الدروس ٣: ٣٦٣، و اللمعه (الروضه البهيه ٤): ٤٠٤.
 - ٤- التذكره ١: ٦٠٤، المسالك ١: ٢٨٣؛ و انظر مفاتيح الشرائع ٣: ٧٨.
 - ٥- الخلاف ٣: ٤٣١.

و لأدائه إلى ضرر المشتري إذ قد لا يرغب في عماره ملكه لتزله؛ و للحسنه المتقدمه (١) في جواز إنظار الشفيع بالثمن الأيام
الثلاثه لحكمه (عليه السلام) فيها بطلان الشفعه بعد الثلاثه التي أخرها للعذر، فلو كان حقّ الشفعه على التوسع لم تبطل شفيعته
بالتأخير مطلقاً لعدم القائل بالفرق. فالقول به إحداث قول ثالث، و هو باطل بإجماعنا.

و للخبرين، في أحدهما: «الشفعه لمن واثبها» (٢) و في الثاني:

«الشفعه كحلّ العقل» (٣).

و في الجميع نظر؛ لمعارضه الإجماع بمثله و سيأتي، و اعتضاده بالشهره غير نافع بعد ظهور انعقادها بعد الحكايه، و مرجوحيته
بالموافقه للعامة كما سيأتي إليه الإشاره، و ضعف الأصل بما مرّ في المسأله السابقه.

و دعوى أنّها حقّ مبنى على الضيق غير مسموعه إن أُريد بها العموم حتّى في المسأله؛ لكونها مصادره غير واضحه الحجّه عدا
القرينه، و دلالتها على العموم غير ظاهره بل فاسده. و إن أُريد بها ثبوت الضيق في الجمله أو فيما عدا المسأله فغير نافع.

و الضرر الناشئ من التراخي مجبور بضمن الشفيع الأرش على تقدير القلع كما ذكروه، هذا إن أُريد من الضرر ما ينشأ من نقص
ما حصل و عمر. و إن أُريد به مجرّد عدم الرغبه في التعمير فيمنع عن كون مثله يعدّ ضرراً، و على تقديره يجبر بما ذكره علم
الهدى من عرض المبيع إلى

ص: ٨٤

١- في ص: ٧٥.

٢- عوالي اللئلي ٣: ١٣/٤٧٨، المستدرک ١٧: ١٠٨ أبواب الشفعه ب ١١ ح ١٣؛ بتفاوت.

٣- سنن ابن ماجه ٢: ٢٥٠٠/٨٣٥، سنن البيهقي ٦: ١٠٨.

الشفيع و بذل تسليمه إليه فإمّا أن يتسلّم، أو يترك الشفعه فيزول الضرر عن المشتري، فإن لم يفعل ذلك كان التفريط من قبله (١). و على تقدير عدم إمكان دفع هذا الضرر فالدليل من المدعى أخصّ.

و الجبر بالإجماع المركّب ينفع حيث لا يمكن العكس، و هو ممكن في محلّ البحث، فتدبرّ هذا.

مع أنّ هذا الدليل جارٍ في صورته التأخير لعذر، و قد أطبقوا على ثبوت الشفعه فيها مطلقاً.

و الحسنه لا- دلالة فيها على الفوريه التي ذكرها و أحالوا معرفتها إلى العرف و العاده. و لا ريب أنّ التأخير ثلاثه أيام، بل و ما دونها من دون عذر كما هو مورد الروايه تنافي الفوريه العرفيه، و لذا استدلّ به المقدس الأردبيلي- (رحمه الله) على القول الآتي، و أجاب عن الاستدلال بها لهذا القول بما يرجع حاصله إلى أنّ الحكم ببطلان الشفعه بعد الثلاثه لعلّه للعلم بعدم إرادته الشفيع المطالبه بالشفعه عرفاً و عادةً (٢).

أقول: و يحتمل كونه من جهه ظهور عدم بنائه (٣) على أداء الثمن المشترط في استحقاق الشفعه بالاتّفاق كما مرّ إليه الإشاره، و لذا عملوا بمضمونها من دون خلاف فيها يذكرونه ثمه.

و بالجمله هذه الروايه لو لم نقل بظهورها في ضدّ ما ذكره الجماعه، فلا ريب أنّها على ما ذكره غير دالّه.

و أمّا الخبران الأخيران فهما عاميان على الظاهر؛ إذ لم نجدهما في

ص: ٨٧

١- الانتصار: ٢٢٠.

٢- مجمع الفائده و البرهان ٩: ٢٢.

٣- في «ح» و «ر»: قدرته.

كتب أخبارنا المشهوره، و لا نقلهما ناقل من طرفنا فى الكتب الاستدلاليه.

بل صرح جماعه (1) بأنهما من طرق العامه، فليس فيهما حجّه و إن انجبرا بالشهره المتأخره، بل و المطلقه على تقدير تسليمها لأنها معارضه بالموافقه للعامه، كما صرح به فى الانتصار (2).

و فيه أى فى المقام قول آخر: إنها على التراخى لا- تسقط إلّا بالإسقاط. ذهب إليه المرتضى، و الإسكافى، و والد الصدوق، و الحلبي، و الحلبي (3) مدّعياً أنه الأظهر بين الطائفه، حاكياً الأوّل عن بعض الأصحاب مشعراً باشتهار ما اختاره بين الأصحاب.

و زاد المرتضى فادّعى الإجماع عليه؛ و هو الحجّه لهذا القول، مضافاً إلى العمومات السليمه كما عرفت عمّا يصلح للمعارضه، مع استصحاب الحاله السابقه.

و هذه الأدلّه فى غايه من المتانّه و الأجوبه عنها فاسده، عدا ما أجيب به الإجماع فإنّه حقّ لمعارضته بالمثل، إلّا أنّ فى الباقي كفايه لولا الشهره العظيمه المتأخره التى كادت تكون بالإجماع ملحقه. فالمسأله محلّ إشكال، فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها على حال.

و على اعتبار الفوريه يلزم المبادره إلى المطالبه عند العلم على وجه العاده. و المرجع فيه إلى العرف لا- المبادره بكلّ وجه ممكن، فيكفى مشيه إلى المشتري على الوجه المعتاد و إن قدر على الزياده، و انتظار الصبح لو

ص: ٨٨

١- منهم الشهيد الثانى فى المسالك ٢: ٢٨٣، و الروضه ٤: ٤٠٦، و الفاضل المقداد فى التنقيح ٤: ٩١، و البحرانى فى الحدائق ٢٠: ٣٢٠.

٢- الانتصار: ٢١٩.

٣- المرتضى فى الانتصار: ٢١٩، و نقله عن الإسكافى و والد الصدوق فى المختلف: ٤٠٥، الحلبي فى الكافي: ٣٦١، الحلبي فى السرائر ٢: ٣٨٨.

علم ليلاً، و الصلاة عند حضور وقتها و مقدّماتها و متعلقاتها الواجبه و المندوبه التي يعتادها على الوجه المعتاد، و انتظار الجماعه و الرفقه مع الحاجه، و زوال الحرّ و البرد المفرطين، و لبس الثوب، و أمثال ذلك.

و لا خلاف في شيء من ذلك أجده، و لعله لعدم حجّه ظاهره على الفوريه الحقيقيه، بل غايتها الفوريه العرفيه، و لا ينافيها شيء مما تقدّم إليه الإشاره، فتأمل.

و لو كان التأخير لعذر عن المباشره و التوكيل لم تبطل الشفعه بلا خلاف و لا إشكال، إلّا فيما يقتضيه إطلاق العباره و غيرها من عبارات الجماعه من عدم البطلان مطلقاً و إن أوجب التأخير على المشتري ضرراً، فإنّه منافٍ لما ذكره سابقاً في تأخير الثمن ثلاثه أيام بعد دعوى غيبته من تقييد الحكم ثمّه ببقاء الشفعه بعد التأخير إلى المدّه بما إذا لم يوجب ضرراً على المشتري، فإنّ دليل التقييد الذي عرفته جارٍ في المسأله.

اللهم إلّا أن يكون التقييد مراداً هنا أيضاً، و إنّما تركوه حواله على ما مضى. و كيف كان فمراعاة التقييد مطلقاً أحوط و أولى.

و قد عدّ الأصحاب من غير خلاف يعرف من جمله الأعدار ما أشار إليه بقوله: و كذا لا تبطل الشفعه لو كان التأخير بسبب توهم زياده ثمن فبان قليلاً- أو كونه جنساً من الثمن كذهب مثلاً- فبان غيره أي فضّه و نحوها، أو بالعكس، أو أنّه اشترى النصف فبان الربع أو بالعكس، أو أنّ المشتري واحد فبان أكثر أو بالعكس، أو نحو ذلك، لاختلاف الأغراض في مثل ذلك.

و يعذر جاهل الفوريه كجاهل الشفعه و ناسيهما. و تقبل دعوى الجهل ممّن يمكن في حقّه عادة، و إنّما يؤمر بالمطالبه بها فوراً حيث يكون البيع

عنده ثابتاً بالشياع أو البيئه، دون نحو خير الفاسق، و المجهول، و الصبي، و المرأه مطلقاً.

و فى شهاده العدل الواحد مطلقاً وجه قوئى وفاقاً للروضه (١)، و عن الدروس الاكتفاء به مع القرينه (٢). و حجته غير واضحه إن عمم القرينه للظنيه، و منع الاكتفاء بالخبر الغير المحفوف بها بالكليه، فإنها إن كانت عموم ما دل على حجيه خبره فليس فيه التقييد بالقرينه، و إن كانت حصول المظنه بصدق الخبر بمعونتها زياده على ما يحصل من مجرد خبره، و أن المعتبر قوه المظنه، فلا دليل على اعتبارها بعد أن قطع النظر عن عموم ما دل على حجيه خبر العدل مطلقاً. و كذا لو نظر إليه لما مضى من عدم تقييده بالقرينه، و أن مفاده الحجيه من حيث هو هو، و لو صدق المخبر كان كثوبته فى حقه (٣)، و كذا لو علم صدقه بأمر خارج.

و اعلم أنه يأخذ الشفيح الشقص المبيع من المشتري لأنه استحق الأخذ بالبيع و بعده انتقل الملك إلى المشتري، فلا تسلط له على أخذه من البائع. و لا خلاف فيه و فى أن دركه أى درك الشقص لو ظهر مستحقاً عليه أى على المشتري، فيرجع عليه بالثمن و بما اغترمه لو أخذه منه المالك، بل ادعى على الأمرين الإجماع فى السرائر (٤).

و لا فرق فى ذلك بين كونه فى يد المشتري و يد البائع بأن لم يكن أقبضه، لكن هنا لا يكلف المشتري قبضه منه، بل يكلف الشفيح الأخذ منه

ص: ٩٠

١- الروضه البهيه ٤:٤٠٦.

٢- الدروس ٣:٣٦٥.

٣- فى «ح» و «ر» زياده: على الظاهر.

٤- السرائر ٢:٣٩٠.

أو الترك؛ لأنّ الشقص هو حقّ الشفيع فحيثما وجده أخذه، و يكون قبضه كقبض المشتري و الدرّك عليه على التقديرين.

و لو انهدم المسكن، أو عاب بغير فعل المشتري أخذ الشفيع ب تمام الثمن أو الترك و لا شيء على المشتري مطلقاً، كان النقص و التعيب قبل المطالبة بالشفعه أم بعدها، بأمر سماويّ كانا أم بفعل آدمي، على الأشهر الأقوى، وفاقاً للمبسوط و الحلبي (1)؛ للأصل المؤيّد بإطلاق ما دلّ على لزوم الأخذ بالشفعه بالثمن. و المرسل المنجبر بعمل الأكثر: في رجل اشترى من رجل داراً (2) مشاعاً غير مقسوم و كان شريكه الذي له النصف الآخر مشاعاً (3) غائباً، فلما قبضها و تحوّل عنها انهدمت الدار، و جاء سيل خارق (4) فهدمها و ذهب بها، فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعه من هذا، فأعطاه الشفعه على أن يعطيه ماله كمالاً الذي نقد في ثمنها، فقال:

ضع عنّي قيمه البناء، فإنّ البناء قد انهدم و ذهب به السيل، ما الذي يجب في ذلك؟ فوقّع (عليه السلام): «ليس له إلّا الشراء و البيع الأوّل» (5).

خلافاً للخلاف على ما حكى عنه في المختلف (6)، ففصل بين صورتى كون الهدم بأمر سماويّ فالأوّل؛ لظاهر الخبر المتقدّم، أو بفعل آدميّ فالأخذ بحصّته من الثمن. و إطلاقه يشمل المشتري و غيره، بل لعلّه ظاهر فيه.

ص: ٩١

١- المبسوط ٣: ١١٦، الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٦٢.

٢- في المصدر: نصف دار.

٣- ليس في «ح» و «ر» و المصدر.

٤- في المصدر: جارف.

٥- التهذيب ١٩٢/٧: ٨٥٠، الوسائل ٢٥: ٤٠٥ أبواب الشفعه ب ٩ ح ١.

٦- المختلف: ٤٠٨، و هو في الخلاف ٣: ٤٣٧.

و وجهه غير واضح عدا ما يوجه به ضمان المشتري في القول الآتي في نقص المبيع بفعل المشتري قبل مطالبه الشفيع من تعلق حق الشفيع به بالبيع فيضمنه المشتري و إن كان ملكه.

و فيه نظر، فإنه إن أُريد بالحق المتعلق بالشقص حق المطالبه به فمسلم، و لكنّه بمجرد لا- يوجب ضماناً على المشتري، فإثباته يتوقف على دليل. و إن أُريد به الملكيه فممنوع، سيما إذا ادّعى ثبوتها قبل المطالبه. و على تقديره فالضمان محلّ تأمل، سيما إذا لم يقبضه المشتري؛ إذ لا موجب لضمانه حينئذٍ و لو فرض كونه ملك الشفيع، هذا.

مع أنّ هذا التوجيه على تقدير تماميته يشمل صورته التلف بأمر سماوى أيضاً و لا يقول به، إلا أن يقال باستثنائها بالخبر الذى مضى.

و إن كان الهدم بفعل المشتري بعد مطالبه الشفيع بالشفعه، فالمشهور ضمان المشتري، بمعنى أخذ الشفيع الباقي بعد التلف بحصته من الثمن و سقوط ما قابل التالف منه.

قيل: لأن الشفيع استحقّ بالمطالبه أخذ المبيع كاملاً، و تعلق حقه به، فإذا انتقض بفعل المشتري ضمنه له (١).

و هو مبنى على تملك الشفيع الشقص بالمطالبه دون الأخذ، و وجهه غير واضح. و الأصل يقتضى المصير إلى التملك بالأخذ كما عن الشيخ، و عليه بنى اختياره فى المبسوط (٢) هنا عدم الضمان على المشتري أيضاً كالسابق. و هو فى غاية من القوه، سيما بعد اعتضاده بإطلاق ما دلّ على استحقاق الشفيعه بتمام الثمن.

ص: ٩٢

١- قال به الشهيد الثانى فى المسالك ٢:٢٧٨.

٢- المبسوط ٣:١١٦.

و لو كان الهدم بفعله قبل المطالبه بها فالأشهر الأظهر عدم الضمان على المشتري، بل يتخير الشفيع بين الأخذ بكل الثمن و بين الترك؛ لما مرّ، و أنّ المشتري تصرّف في ملكه تصرّفًا سائغًا فلا يكون مضمونًا عليه، سيّما إذا كان التالف لا يقابل به شيء من الثمن فلا يستحقّ الشفيع في مقابلته شيئًا، كما لو تعيّب في يد البائع فإنّ المشتري تخير بين الفسخ و بين الأخذ بجميع الثمن.

و حكى في المسالك و الكفايه (1) قول بال ضمان، و هو الظاهر من إطلاق العبارة، و لا ريب في ضعفه؛ لضعف ما مرّ من توجيهه.

ثمّ إنّ الحكم بعدم الضمان على المشتري حيث توجه إنّما هو إذا لم يتلف من الشقص شيء يقابل بشيء من الثمن، و إلّا قيل: ضمن بحصّته من الثمن على الأشهر (2).

قيل: لأنّ إيجاب دفع الثمن في مقابله بعض المبيع ظلم (3).

و فيه نظر، و لذا أطلق الحكم في العبارة هنا و في المبسوط (4) و غيرهما (5)، و مع ذلك يدفعه إطلاق ما مرّ من الخبر، فتأمل.

و لو اشترى الشقص بثمان مؤجل قيل كما عن الخلاف و المبسوط و الإسكافي و الطبرسي (6): هو أي الشفيع بالخيار بين

ص: ٩٣

١- المسالك ٢: ٢٧٨، الكفايه: ١٠٦.

٢- قال به السبزواري في الكفايه: ١٠٦.

٣- كما قال به الشهيد الثاني في المسالك ٢: ٢٧٨.

٤- المبسوط ٣: ١١٦.

٥- انظر المختلف: ٤٠٨.

٦- الخلاف ٣: ٤٣٣، المبسوط ٣: ١١٢، و حكاها عن الإسكافي في الدروس ٣: ٣٦٤، الطبرسي في المؤلف من المختلف ١: ٦٣١.

الأخذ بالثمن عاجلاً و بين التأخير إلى الحلول و أخذه بالثمن فى محلّه أى وقت حلوله؛ لأنّ الذمم غير متساويه فيجب إمّا تعجيل الثمن، أو الصبر إلى الحلول و دفعه عند الأخذ.

و أُجيب بأنّ ذلك لا يوجب التخيير؛ لإمكان التخلّص بالكفيل إمّا مطلقاً كما يظهر من المختلف (١)، أو مع عدم الملائه كما عن الشيخ (٢) و غيره (٣)؛ و بأنّه يستلزم أحد محذورين إمّا إسقاط الشفعه على تقدير ثبوتها، أو إلزام الشفيع بزياده لا موجب لها. و كلاهما باطل.

و وجه الملازمه أنّ تجويز التأخير ينافى الفوريه المستلزمه لبطلانها، و تعجيل الأخذ بالحال يوجب زياده صفه فى الثمن، و هى كونه معجلاً من غير سبب.

و ذهب المفيد و الشيخ فى النهايه و القاضى، و الحلّى (٤) إلى أنّه لا يتخيّر، بل يأخذ الشقص عاجلاً و يكون الثمن مؤجلاً، و يلزم كفيلاً إن لم يكن مليئاً، و هو أشبه و أشهر، بل عليه عامّه من تأخّر، إمّا لما مرّ من منافاه التخيير للفوريه، أو لا له؛ لضعفه أوّلاً: بما مرّ من عدم وضوح دليل على اعتبارها. و ثانياً: على تقدير تسليمه يمكن كون الإخلال هنا بها لعذر، و هو مراعاة مال المشتري و ثمنه عن الذهاب، و هو لا يوجب سقوطها كما مرّ عن الأصحاب (٥).

ص: ٩٤

١- المختلف: ٤٠٦.

٢- النهايه: ٤٢٥.

٣- انظر إيضاح الفوائد ٢: ٢١١.

٤- المفيد فى المقنعه: ٦٢٠، النهايه: ٤٢٥، القاضى فى المهذب ١: ٤٥٨، الحلّى فى السرائر ٢: ٣٨٨.

٥- راجع ص: ٨٨.

و لعلّه لذا إنّ الشيخ مع اعتباره للفوريه لم يجعل الإخلال بها هنا موجباً لسقوطها.

و لكن دفع هذا العذر بإمكان مراعاة الفوريه، و مال المشتري عن الذهاب بأخذ الكفيل، كما قال به الأصحاب ممكن، فتأمل.

بل لأنّ التأجيل له قسط من الثمن فيلزم زياده الثمن المأخوذ به في الحال على الأصل.

و فيه أيضاً نظر، فإنّ هذا لم يدلّ إلّا على عدم وجوب تعجيل الثمن على الشفيح، و هو لا يستلزم وجوب الأخذ بالشفعه حالاً إلّا على تقدير اعتبار الفوريه، و المفروض عدمه.

فالمتّجه على هذا التخيير بين الأمرين اللذين ذكرهما في الخلاف و المبسوط، و بين ما ذكره الأصحاب. فهو في غايه من القوّه إن لم يكن إحداث قول ثالث في المسأله.

و لو دفع الشفيح الثمن قبل حلوله لم يلزم البائع أخذه لأنّ دفعه مسبّب عن المشتري، و هو لو دفعه إليه قبله لم يلزمه الأخذ قطعاً، فبأن لا يلزمه الأخذ من الشفيح بطريق أولى.

و لو دفعه الشفيح إلى المشتري قبل الحلول لزمه الأخذ على قول المبسوط و الخلاف. و يشكل على قول الأصحاب، و لا- يبعد اللزوم عليه أيضاً التفاتاً إلى أنّ الحكم بالتأجيل في حقّ الشفيح إنّما هو مراعاة لحقّه و استخلاص له عن لزوم التعجيل به، فإذا أسقط حقّه و يتبرّع بالتعجيل فلا موجب للمشتري عن عدم قبوله، مع دلاله الإطلاقات على لزومه.

و لو ترك الشفيح المطالبه بالشفعه قبل البيع فقال للمشتري:

اشتر نصيب شريكي فقد نزلت عن الشفعه و تركتها لم تبطل و كذا لو

عرض البائع الشقص على الشفيع بثمن معلوم فلم يردده، فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائداً، وفاقاً لظاهر المرتضى، و صريح الإسكافي و الحلبي، و الفاضل في المختلف و القواعد، و المقداد في التنقيح، و الشهيد الثاني، و كثير ممن تبعه (١). و الظاهر أنه عليه أكثر المتأخرين. و حكاه في الدروس عن المبسوط (٢).

و ظاهر الأول دعوى الإجماع عليه حيث قال: و مما انفردت به الإمامية أنّ حقّ الشفيع لا يسقط إلّا أن يصرح الشفيع بإسقاط حقه. ثم أخذ في نقل مذاهب العامه، و ذكر منها قول الشعبي بأن من بيعت شفيعته و هو شاهد و لم ينكر، فلا شفيعه له، ثم قال بعد هذا بلا فصل: و الذي يدل على صحه مذهبنا الإجماع المتكرر.

و هو كما ترى ظاهر في شمول عموم عبارته لمثل ما نحن فيه؛ فهو الحجه، مضافاً إلى ما ذكره جماعه (٣) من عموم ما دلّ على ثبوتها، مع سلامتها عمّا يصلح للمعارضه، و ضعف ما سيأتي على خلافه من الأدله، و آخرون (٤) بأن ذلك ترك قبل الاستحقاق فلا يلزم، كما لو أسقطت المرأه

ص: ٩٤

-
- ١- المرتضى في الانتصار: ٢١٩، حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٤٠٧، الحلبي في السرائر ٣٩٣: ٢، المختلف: ٤٠٧، و القواعد ٢١٦: ١، التنقيح الرائع ٩٣: ٤، الشهيد الثاني في المسالك ٢٨٣: ٢، و انظر كفايه الأحكام: ١٠٦، و المفاتيح ٨٠: ٣.
 - ٢- انظر الدروس ٣٦٩، ٣٦٨: ٣، المبسوط ١٤٠: ٣.
 - ٣- منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤٤٠: ٦، و الشهيد الثاني في المسالك ٢٨٣: ٢، و البحراني في الحقائق ٣٣١: ٢٠.
 - ٤- كالشيخ في المبسوط ٣١٤٠: ٣، و ابن إدريس في السرائر ٣٩٣: ٢، و العلّامه في المختلف: ٤٠٧، و الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٩٣: ٤، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤٤٠: ٦، و البحراني في الحقائق ٣٣١: ٢٠.

المهر قبل الترويج، و نحو ذلك.

خلافاً للنهايه و المفيد و ابن حمزه (١)؛ لقوله (صلى الله عليه و آله): «لا يحلّ للشريك أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن باع و لم يأذنه فهو أحقّ» (٢) لتعليق الاستحقاق فيه على عدم الاستيدان فلا يثبت معه، و لأنّ الشفعه شرعت لإزاله الضرر عن الشريك فإذا لم يرده دلّ على عدم الضرر. و ليس ذلك من باب الإسقاط حتى يتوقف على الاستحقاق.

و فى الجميع نظر؛ لعدم وضوح سند الخبر، و عدم جابر له بل الجابر بالعكس، مع معارضته بما مرّ من الإجماع المنقول الذى منه أجود. و منع دلالة عدم الردّ على عدم الضرر فإنّه أعمّ منه، مع احتمال جعله وسيلةً على الأخذ بالشفعه، و على تقدير تسليمه فهو إنّما يتمّ على تقدير قيام دليل على كون الضرر هو السبب الباعث لثبوت الشفعه، و لا حجّه عليه مستقيمه تطمئنّ إليها النفس، كما مرّ إليه الإشارة.

فهذه الحجج ضعيفه، و غايه ما يمكن أن يحتجّ لهم شيان:

أحدهما: ما ذكره المولى الأردبيلي من أنّ الترك وعد فتشملة الأدلّه الدالّه على وجوب الوفاء به، و ليس هنا إبراء أو إسقاط، بل قول و وعد و شرط، و مخالفته قبيحه عقلاً و شرعاً، و أنّه غرر و إغراء، و ليس من صفات المؤمن (٣).

و ثانيهما: ما يختلج بالبال من الأصل، و عدم عموم من الأخبار يدلّ

ص: ٩٧

١- النهايه: ٤٢٤، المفيد فى المقنعه: ٦١٨، ابن حمزه فى الوسيله: ٢٥٨.

٢- عوالى اللئلى ١٤/٤٧٩: ٣، المستدرک ١٧: ١٠٨ أبواب الشفعه ب ١١ ح ١٤.

٣- مجمع الفائده و البرهان ٩: ٤٥.

على ثبوت الشفعه فى جميع الأحوال. وإنما العموم الموجود فيها إنما هو بالنسبه إلى كل مبيع لا إليها فى جميع الأحوال، و غايته بالنسبه إليها أن يكون مطلقاً، و رجوعه إلى العموم مشروط بتساوى أفراده فى الانسباق إلى الذهن و عدمه؛ إذ مع رجحان بعضها بتبادر و نحوه ينصرف إليه دون المرجوح، و ما نحن فيه من هذا القبيل؛ لعدم تبادر ما أسقط فيه الشفعه من إطلاق ما دلّ على ثبوتها بلا شبهه.

مضافاً إلى التأييد بما ورد فى صحّحه الوصيه بما زاد على الثلث بإجازة الورثه لها قبل الموت من المعتبره (١)، و عليه معظم الطائفة، و ادعى بعضهم عليه إجماع الإماميه (٢).

و لا يخلو الجميع عن المناقشه.

فالأول: بأنه بعد تسليم كونه من باب الوعد لم يحضرنى الآن دليل عام يدلّ على وجوب الوفاء به على الإطلاق بحيث يشمل نحو مورد النزاع، مع عدم وجوبه فى كثير من قبيله بالإجماع، و قد تقدّم بعضه من إسقاط المرأه حقّها قبل الثبوت و نحو ذلك. و الفرق بينه و بين ما نحن فيه لو ادعى غير واضح.

و الثانى: بأنّ العموم فى البيع يستلزم العموم فى الأحوال، و إلّا لما بقى عموم على حال؛ لاختلاف أحوال أفراد العموم بلا إشكال، فتأمل.

و الثالث: نافع حيث يوجد دليل، و قد عرفت ما فيه.

و اعلم أنّ مقتضى الأدله من الطرفين عدم الفرق بين الموضوعين

ص: ٩٨

١- انظر الوسائل ١٩:٢٨٣ أبواب الوصايا ب ١٣.

٢- كالشيخ فى الخلاف ٤:١٤٤.

المتقدمين، وغيرهما من المواضع التي اختلف في سقوط الشفعه فيها ممّا أشار إليه الماتن بقوله: أمّا لو شهد على البيع و لم يرّد أو بارك للمشتري أو البائع فقال: بارك الله تعالى لكما في البيع، أو هو مبارك لكما، أو نحو ذلك. أو أذن لهما أو لأحدهما في البيع فقال: تبايعا ففيه التردّد الناشئ مما مرّ.

و عدم السقوط في الجميع كما عرفت أشبهه و لم أفهم وجهاً لفرق الماتن بين هذه المواضع. و لم أر من قال به، بل أطلق أرباب القولين الحكم فيها، عدا الفاضل في الإرشاد (1) ففرّق بينها كالماتن، و لكن حكم بالبطلان في الموضع الأوّل عكسه، و تنظر فيه في باقي المواضع.

و وجهه أيضاً غير واضح، و إن كان أنسب من فرق الماتن؛ لأنّه في غايه البعد، فإنّ عدم الإبطال بالإسقاط قبل البيع يستلزم عدمه فيما عداه بطريق أولى؛ إذ ليس بأبلغ في الدلاله على الإبطال من الإسقاط قبل البيع، بل هو أبلغ. فكيف يفرّق بينهما بالعدم في الأوّل، و السقوط في الباقي؟ بل العكس أولى، و قد تبه على الأولويّه في المسالك (2) شيخنا.

و من اللواحق مسألّتان

الأولى: الشفعه لا تورّث

و من اللواحق مسألّتان الأولى: قال الشيخ في النهايه و موضع من الخلاف، و القاضي و الطبرسي (3): إنّ الشفعه لا تورّث بل تبطل بموت الشفيع. و نسبه في

ص: ٩٩

١- الإرشاد ٣٨٧: ١.

٢- المسالك ٢٨٣: ٢.

٣- النهايه: ٤٢٥، الخلاف ٤٣٧: ٣، القاضي في المهذب ٤٥٩: ١، الطبرسي في المؤلف من المختلف ٦٣٢: ١.

المبسوط إلى أكثر الأصحاب (١)؛ للخبر: «لا تورث الشفعه» (٢) وأن ملك الوارث يتجدد على الشراء لا به، فلا يستحق به شفعه.

و يضعف الأوّل بضعف الراوى (٣)، مع جهاله الراوى عنه أيضاً (٤).

و لا جابر له أصلاً عدا الأكثرية المحكيه فى المبسوط، و هى موهونه باشتهار الخلاف بل و دعوى الإجماع عليه كما يأتى، مع أنه موافق لرأى أبى حنيفه كما نسبه إليه فى الخلاف (٥) شيخ الطائفة.

و قال شيخنا المفيد و علم الهدى و الشيخ فى موضع آخر من الخلاف و الحلّى و الشهيدان و الصيمرى (٦) أنها تورث و تبعهم جملة من المتأخرين. بل لعلّه عليه عامتهم إذ لم أفق على مخالف منهم. و صرح بالشهره المطلقه فى المسالك و الكفايه (٧).

و ظاهر الثانى فى الانتصار أن عليه إجماع الإماميه حيث قال فى

ص: ١٠٠

١- المبسوط ١١٣:٣.

٢- الفقيه ١٥٨/٤٥، التهذيب ٧:٧٤١/١٦٧، الوسائل ٢٥:٤٠٧، أبواب الشفعه ب ١٢ ح ١.

٣- و هو طلحه بن زيد أبو الخزرج النهدي الشامى، عدّه الشيخ فى رجاله ٣/١٢٦ من أصحاب الباقر (عليه السلام) و قال: بترى. و فى الفهرست ٣٦٢/٨٦ و رجال النجاشى ٥٥٠/٢٠٧ أنه عامى.

٤- و هو محمّد بن يحيى، و الظاهر بقريته اتحاد الراوى و المروى عنه أنه هو الخزاز، و قال النجاشى فيه: ثقة، عين، له كتاب نوادر. انظر رجال النجاشى: ٩٦٤/٣٥٩، معجم رجال الحديث ١٨:١١٩٩٧/٣٧.

٥- الخلاف ٤٣٦:٣.

٦- المفيد فى المقنعه: ٦١٩، علم الهدى فى الانتصار: ٢١٧، الخلاف ٣:٢٧، الحلّى فى السرائر ٢:٣٩٩، الشهيدان فى اللمعه (الروضه البهيه ٤): ٤١٢، الصيمرى فى تلخيص الخلاف ٢:١٧٧، و غايه المرام ٤:١١٥.

٧- المسالك ٢:٢٨٠، الكفايه: ١٠٦.

توجيه الخبر الوارد بأنه إذا سمح بعضهم بحقوقهم من الشفعه، إلى آخر الروايه:- فيمكن أن يكون تأويله أن الوارث لحق الشفعه إذا كانوا جماعه، فإنّ الشفعه عندنا تورث متى سمح بعضهم بحقّه، كانت المطالبه لمن لم يسمح، إلى آخر ما ذكره؛ و هو الحّيّه، مضافاً إلى الروايه المرويّه في المسالك و غيره (١) المنجبره بالشهره: «ما ترك الميّت من حقّ فلوارثه». هذا مع التأيّد بعمومات أدلّه الإرث قال سبحانه وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ [١] (٢). و لذا كان هذا هو الأشبه و عليه فالمشهور بل كاد أن يكون إجماعاً أنّها تقسم على سهام الورثه. و حجّتهم عليه غير واضحه عدا ما استدلّوا به لإثبات أصل المسأله من عمومات أدلّه الإرث.

و هو حسن إن بلغ درجه الحجّيّه كما ظنّوه، و إلّا كما ذكره بعض الأجلّه (٣)، و لعلّه لا يخلو عن قوّه فففيه مناقشه، و الأصل يقتضى التسويه، لكن المخالف لهم غير معلوم و إن ذكروه قولاً، و الظاهر أنّه من العامّه كما يستفاد من جماعه (٤).

و لو عفى أحد الورثه عن نصيبه أخذ الباقيون و لم تسقط لأنّ الحقّ للجميع، فلا يسقط حقّ واحد بترك غيره. فلو عفوا إلّا واحداً أخذ الجميع أو ترك؛ حذراً من تبعّض الصفقه على المشتري، و هو ضرر منفيّ في

ص: ١٠١

١- المسالك ٢: ٢٨٠، مفاتيح الشرائع ٣: ٨٢.

٢- النساء: ١٢.

٣- انظر مجمع الفوائد و البرهان ٩: ٤٠.

٤- انظر: الخلاف ٣: ٤٣٥، و التذكرة ١: ٦٠٠، و جامع المقاصد ٦: ٤٤٨.

الشريعة اتفاقاً فتوى و روايه.

و لا يقدح هنا تكثر المستحقّ و إن كانوا شركاء؛ لاتّحاد أصل الشريك، و الاعتبار بالوحده عند البيع لا الأخذ.

الثانيه: لو اختلف المشتري و الشفيع في الثمن

الثانيه: لو اختلف المشتري و الشفيع في الثمن الذي وقع عليه العقد، فادعى الأول أنّه مائه مثلاً، و الثاني أنّه خمسون فالقول قول المشتري مع يمينه في المشهور بين الأصحاب. بل لا يكاد يوجد فيه خلاف إلّا من ظاهر شيخنا الشهيد الثاني (1) تبعاً لما حكاه هو، و الشهيد الأول في الدروس (2) عن الإسكافي من العكس، بناءً منه على ضعف حججهم على ما ذكره.

و منها: التي أشار إليها الماتن هنا بقوله: لأنّه ينتزع الشيء من يده فلا يرفع يده عنه إلّا بما يدّعيه.

و منها: أنّه أعلم بعقده.

و منها: أنّ المشتري لا دعوى له على الشفيع إذ لا يدّعي شيئاً في ذمّته و لا تحت يده، و إنّما الشفيع يدّعي استحقاق ملكه بالشفعه بالقدر الذي يعترف به، و المشتري ينكره. و لا يلزم من قوله: اشتريته بالأكثر، أن يكون مدّعيّاً عليه و إن كان خلاف الأصل؛ لأنّه لا يدّعي استحقاقه إياه عليه، و لا يطلب تغريمه إياه؛ و لأنّ الذي لو ترك الخصومه ترك هو الشفيع؛ إذ لا يطلب المشتري للأخذ بالشفعه بما يدّعيه.

و قد بيّن وجوه الضعف في المسالك و الروضه (3)، و تبعه في الكفايه

ص: ١٠٢

١- الروضه البهيه ٤:٤١٤.

٢- الدروس: ٣٩١.

٣- المسالك ٢:٢٨٤، الروضه ٤:٤١٤.

لكن فى الجملة، و فـَـيـَـل، فـَقـَـال بـَـعـد نـَقـل القـَـولـيـن: -و حـَـجـَّه المسـأـله من الجـانـبـيـن لا يـخـلـو عـن ضـعـف، و لا يـبـعـد أن يـقـال: إذا سـلـم المشتري المبيع بمطالبه الشفيـع ثم اختلفا فى قدر الثمن فالقول قول الشفيـع؛ لأنـه منكر للزيادة فىكون داخلاً فى عموم اليمين على من أنكر. و إن لم يسلم المشتري المبيع و قلنا بوجوب تسليم الثمن أولاً- فيرجع الأمر إلى كون الشفيـع مدّعيًا و المشتري منكرًا، فىكون القول قول المدّعى. انتهى (١).

و ربما ناقش المشهور أيضاً الفاضل المقداد فى التنقيح فقال بعد الاستدلال لهم بأن الشفيـع يدّعى استحقاق الحصـه بـثـمن معيـن، و المشتري ينكره و يده عليها، فىكون القول قوله مع اليمين:- و لقائل أن يقول: بل القول قول الشفيـع؛ لأنـه منكر لزياده يدّعيها المشتري، و اليمين على من أنكر، و يؤيده قول الشيخ فى الخلاف أنّهما إذا أقاما بينه يعمل ببينه المشتري، و إذا كان كذلك ينبغى أن يكون القول قول الشفيـع عند عدم البينه. لكنـه قال بعد ذلك: و يمكن أن يجاب بأن الشفيـع إمّا أن يدّعى العلم أو لا، فإن كان الثانى لم يصح حلفه؛ لما تقدّم أنّه لا يمين إلّا مع العلم.

و إن كان الأول فكذلك؛ لأنّ الاختلاف فى فعل المشتري، و هو أعلم به.

انتهى (٢).

و المسأله لذلك قويه الإشكال، إلّا أنّ الأصل مع العجز عن الترجيح يقتضى المصير إلى مذهب الأكثر، سيّما مع موافقته بمنافاه الشفـعه للأصل، و بلوغ الشهره قريباً من درجه الإجماع. و لذا لم يخالف شيخنا فى المسالك صريحاً، بل و لا ظاهراً، و كذا التنقيح فإنـه و إن استشكل أولاً إلّا أنّه وافقهم

ص: ١٠٣

١- الكفايه: ١٠٧.

٢- التنقيح الرائع ٩٦: ٤، و هو فى الخلاف ٤٣١: ٣.

كما عرفت ثانياً.

و أما صاحب الكفايه فهو و إن صرّح بالمخالفه إلّا أنّه لا ضير في خروجه جدّاً، مع كون مختاره خرقاً للإجماع المركّب ظاهراً.

و كيف كان فالاحتياط لا ينبغي تركه في أمثال المقام على حال.

ص: ١٠٤

كتاب إحياء الموات و المراد بها الأراضي الغير المنتفع بها لعطلتها باستيجمها، أو عدم الماء عنها، أو استيلاء الماء عليها بحيث تعدّ مواتاً عرفاً. و يقال لها أيضاً:

موتان بفتح الميم و الواو، و فيه لغه بسكون الواو و فتح الميم دون ضمّها، لكونه بهذا الضبط الموت الذريع.

و بإحيائها إخراجها من الخراب و العطله إلى حيّز الانتفاع، و هو يوجب الملك كما يأتي.

و الأصل فيه بعد إجماع المسلمين كما في التنقيح (١) النصوص الخاصيه و العاميه، منها زياده على ما يأتي إليه الإشاره:- الأخبار النبويه.

منها: « من أحيى أرضاً ميتة فهي له » (٢).

و منها: « موتان الأرض لله تعالى، و لرسوله (صلى الله عليه و آله)، ثم هي لكم منّي أيها المسلمون » (٣).

و اعلم أنّه لا خلاف ظاهراً في أنّ العامر منها ملك لأربابه لا يجوز التصرف فيه إلّا بإذنهم بل عليه الإجماع في كلام جماعه (٤)؛ لقبح التصرف في ملك الغير عقلاً و شرعاً.

ص: ١٠٥

١- التنقيح الرائع ٤:٩٨.

٢- عوالي اللئلي ٣:١٢/٢٥٩.

٣- تلخيص الحبير ٣:١٢٩٣/٦٢.

٤- منهم الشهيد الثاني في المسالك ٢:٢٨٨، و الفيض الكاشاني في المفاتيح ٣:٢٣، و انظر الكفايه: ٢٣٨.

ففى الخبر: «لا يحلّ مال امرء مسلم إلّا عن طيب نفسه» (١).

و فى آخر: «من أخذ شبراً من الأرض بغير حق، أتى به يوم القيامة فى عنقه مطوقه من سبع أرضين» (٢).

و فى ثالث: «من أخذ أرضاً بغير حق كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر» (٣).

و كذا ما به صلاح العامر و يحتاج إليه من مرافقه و حريمه كالطريق المسلوك إليه و الشرب بكسر الشين واصله الحظّ من الماء، و منه: قوله تعالى وَ لَكُمْ شِرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ [١] (٤) و المراد هنا النهر و شبهه المعدّ لمصالح العامر و المراح أى مأوى الإبل و الغنم و نحو ذلك؛ لاتّحاد الدليل.

و بنحو ما هنا صرّح فى الشرائع، إلّا أنّه قال بعده: و يستوى فى ذلك ما كان من بلاد الإسلام و ما كان من بلاد الشرك، غير أنّ ما فى بلاد الإسلام لا يغنم، و ما فى بلاد الشرك يملك بالغبه عليه (٥).

و عليه لا- يتم ما قدّمه من عدم جواز التصرف فيه إلّا بإذنه على إطلاقه. و عليه تبّه فى المسالك، قال: لأنّ ما كان منها من بلاد الشرك يجوز التصرف فيه بغير إذن مالكة فى الجملة. و كان الأولى ترك ذلك، أو تقييده بكون ملكاً لمسلم أو مسالم (٦).

ص: ١٠٦

١- عوالى اللئلى ٣٠٩/١١٣: ٢.

٢- عوالى اللئلى ٣: ٧/٤٧٤، المستدرک ١٧: ٩١ أبواب الغصب ب ٣ ح ٢؛ بتفاوت يسير.

٣- التهذيب ٧: ٩٠٩/٢٠٦، الوسائل ٢٥: ٣٨٨ أبواب الغصب ب ٣ ح ٢.

٤- الشعراء: ١٥٥.

٥- الشرائع ٣: ٢٧١.

٦- المسالك ٢: ٢٨٧.

و أمّا الموات أى ما لا ينتفع به لعطلته بما مرّ إذا كان ممّا لم يجر عليه ملك مسلم و من بحكمه أو جرى عليه ملك أحدهما و لكن باد أهله و هلك بحيث لا- يعرفون و لا- بعضهم فهو للإمام عليه السّلام بلا خلاف بيننا، بل عليه فى التنقيح و المسالك و غيرهما (١) إجماعاً؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى الصحاح المستفيضه و غيرها من المعتمره الدالّه على أنّها من الأنفال.

منها زياده على ما يذكر فى بحث الأنفال من كتاب الخمس الصحيح: «إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ [١] (٢) أنا و أهل بيتى الذين أورثنا الأرض و نحن المتّقون و الأرض كلّها لنا» (٣) الحديث.

و حينئذٍ لا- يجوز التصرّف فيه و لا- إحياءه إلّا بإذنه لما مرّ، مضافاً إلى الإجماع عليه فى التنقيح و غيره (٤) و مع إذنه يملك بالإحياء بلا خلاف بل عليه الإجماع فى التنقيح؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى الصحاح المستفيضه و غيرها من المعتمره.

منها زياده على ما تقدّمت إليه الإشاره من الأخبار النبويّه -: الصحيح: عن الشراء من أرض اليهود و النصارى، قال: «ليس به بأس» إلى أن قال: «و أيّما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عملوه فهم أحقّ بها و هى

ص: ١٠٧

١- التنقيح ٤:٩٨، المسالك ٢:٢٨٧؛ و انظر الخلاف ٣:٥٢٦، و تلخيص الخلاف ٢:٢١٣، و جامع المقاصد ٧:٩.

٢- الأعراف: ١٢٨.

٣- الكافي ٥:٢٧٩، التهذيب ٧:٦٧٤/١٥٢، الإستبصار ٣:٣٨٣/١٠٨، الوسائل ٢٥:٤١٤ أبواب إحياء الموات ب ٣ ح ٢.

٤- التنقيح ٤:٩٨؛ و انظر جامع المقاصد ٧:١٠، الروضه ٧:١٣٥.

لهم» (١).

و الصحيحان: «أَيُّمَا قَوْمٍ أَحْيَوْا شَيْئاً مِنَ الْأَرْضِ أَوْ عَمَرُوهَا فَهَمُّ أَحَقَّ بِهَا» (٢) و زيد في أحدهما «و هي لهم» (٣).

و الصحاح: «من أحْيَى أرضاً مواتاً فهى له» (٤).

و عمومها سيّما الصحاح الأوّله يشمل صورتى كون المحيى مسلماً أو كافراً، بل سياق الأوّل كالصريح فى الشمول له.

و أصرح منه الصحيح الآخر: عن شراء الأرضين من أهل الذمّه، فقال: «لا بأس بأن يشتري منهم، إذا عملوها و أحيوها فهى لهم» (٥) الخبر.

فالقول المحكىّ فى المسالك و غيره (٦) باختصاص جواز الإحياء بالمسلم، ضعيف كمستنده من اختصاص الخطاب بالتمليك فى بعض النبوّيه المتقدّمه و الصحاح به؛ لعدم دلالة التخصيص بالذكر على التخصيص، مع احتمال الاختصاص بصوره الحضور كما يشعر به الصحيح و لا نزاع فيه، كما فى المسالك (٧).

ص: ١٠٨

- ١- الفقيه ٣:٦٦٤/١٥١، التهذيب ٧:٦٥٥/١٤٨، الإستبصار ٣:٣٩٠/١١٠، الوسائل ٢٥:٤١١ أبواب إحياء الموات ب ١ ح ١.
- ٢- التهذيب ٧:٦٥٩/١٤٩، الوسائل ٢٥:٤١١ أبواب إحياء الموات ب ١ ح ٣.
- ٣- الكافي ٥:١/٢٧٩، التهذيب ٧:٦٧١/١٥٢، الإستبصار ٣:٣٨٠/١٠٧، الوسائل ٢٥:٤١٢ أبواب إحياء الموات ب ١ ح ٤.
- ٤- الكافي ٥:٤/٢٧٩، التهذيب ٧:٦٧٣/١٥٢، الإستبصار ٣:٣٨٢/١٠٨، الوسائل ٢٥:٤١٢ أبواب إحياء الموات ب ١ ح ٥.
- ٥- التهذيب ٧:٦٥٧/١٤٨، الإستبصار ٣:٣٨٨/١١٠، الوسائل ٢٥:٤١٦ أبواب إحياء الموات ب ٤ ح ١.
- ٦- المسالك ٢:٢٨٧؛ و انظر جامع المقاصد ٧:١٠.
- ٧- المسالك ٢:٢٨٧.

و لكن فى ظاهره و ظاهر الروضه وقوع النزاع فيه أيضاً فى هذه الصوره حيث ذكره تلو حكمها، فقال: و فى ملك الكافر مع الإذن قولان، و لا إشكال فيه لو حصل، إنما الإشكال فى جواز إذنه (عليه السلام) له نظراً إلى أن الكافر هل له أهليه ذلك أم لا. و النزاع قليل الجدوى (١). انتهى.

و لا- ريب أن العموم مطلقاً أقوى، و ذلك لأنّ عمومها يشمل صورتى وجود الإمام (عليه السلام) و غيبته، بل لعلها فى الأولى أظهر، إلا أن أصحابنا كما قيل (٢) خصّوها بالثانيه فقالوا: و لو كان الإمام غائباً فمن سبق إلى إحيائه كان ملكه و أحقّ به. و مع وجوده له رفع يده أى المحيى. و وجهه غير واضح إن لم ينعقد الإجماع عليه.

و أمّا ما قيل (٣) على العبارة من أن فى قوله: و مع وجوده، إلى آخره، مناقضه لقوله: و مع إذنه يملك بالإحياء؛ لأنّه إذا ملكه بالإحياء لم يكن لأحد رفع يده إماماً كان أو غيره؛ لقوله (صلّى الله عليه و آله): «الناس مسلّطون على أقوالهم». فمدفوع بأنّه لا مناقضه بعد احتمال كون القول الأخير مخصّصاً لما قبله، كما فهمه القائل المتقدّم إليه الإشارة.

و عن النهايه فى دفعها: أن المراد بملكها بالإحياء ملك منافعها، لا رقبته فإنّها له (عليه السلام). فله رفع يد المحيى إن اقتضت المصلحه ذلك (٤).

و هو كما ترى، و إن أشعرت به عباره الماتن أخيراً كالدروس (٥) حيث

ص: ١٠٩

١- الروضه ١٣٥:٧.

٢- لم نعثر على قائله.

٣- التنقيح الرائع ٩٨:٤.

٤- النهايه: ٤٢٠.

٥- الدروس ٥٥:٣.

عبّرا عن الملكيه بالأحقّيه و الأولويّه، هذا. و الإشكال في هذا قليل الجدوى، فإنّه (عليه السّلام) أعرف بما يفعله قطعاً.

و يشترط في التملك بالإحياء أمور:

الأول: ألا يكون في يد مسلم

و يشترط في التملك بالإحياء أمور:

الأول: ألا يكون في يد محترمه من مسلم و لا- مسالم، (١) بلا- خلاف و لا- إشكال؛ لأنّ ذلك يمنع عن مباشره الإحياء لغير المتصرّف.

و مجرّد ثبوت اليد المحترمه كافٍ في منع الغير من الإحياء و إن لم يعلم وجود سبب الملك.

نعم لو علم إثبات اليد بغير سبب مملّك، و لا- موجب أولويّه فلا- عبره به، كما لو استندت إلى مجرّد تغلب على الأرض و نحو ذلك.

و الثاني: أن لا يكون حريماً لعامر

و الثاني: أن لا يكون حريماً لعامر بلا خلاف ظاهر مصرّح به في المسالك و غيره (٢)؛ للأصل الآتي، و لما فيه من الضرر المنفّي بالإجماع و غيره، و لأنّ مالك العامر استحقّ حريمه لأنّه من مرافقه و ممّيّا يتوقف عليه كمال انتفاعه. و سيأتي الكلام في بيان الحريم و تفصيله.

و هل يملك تبعاً للعامر، أو يكون أولى به و أحقّ به من غيره من دون تملك حقيقه؟ قولان، أشهرهما كما في المسالك و غيره (٣) الأول. و لعلّه أظهر، و في إطلاق المعتره المتقدمه في ثبوت الشفعه بيع الطريق المشترك (٤) دلالة عليه. و تظهر الفائده في بيعه منفرداً فيجوز على الأول، و على الثاني لا.

ص: ١١٠

١- في «ح» و «ر» زياده: و لو بالتحجير.

٢- المسالك ٢: ٢٨٩؛ و انظر الكفايه: ٢٤٠، و المفاتيح ٣: ٢٨.

٣- المسالك ٢: ٢٨٩؛ و انظر الكفايه: ٢٤٠.

٤- راجع ص: ٧٠.

و الثالث: أن لا يسميه الشارع مشعراً للعبادة

و الثالث: أن لا يسميه الشارع مشعراً و محلاً للعبادة كعرفه و منى و مزدلفه، بلا خلاف فيه في الجملة؛ للأصل، و اختصاص النصوص الدالة على تملك الأرض بالإحياء بحكم التبادر بغير الأراضى المزبوره، مع ما في تسويغ إحيائها من تفويت الغرض و منافاته البغيه فيها و الحاجه.

لكن مقتضى هذا التعليل المنع عن إحياء الكثير منها خاصه الذى يؤدى إحياءه إلى الضيق على الناسكين و يحتاج إليه غالباً، و أما ما عداه فلا يدل على المنع فيه أصلاً، و لذا استثناه الماتن على ما حكى عنه فجوز إحياءه (١). و نفى البعد عنه فى المسالك قال: إلا أن الأشهر المنع مطلقاً (٢).

و هو كذلك لو كان الأصل الجواز و النصوص الداله عليه عامه، و هما ممنوعان كما تقدم. و الأصل يقتضى العدم كما عليه الأكثر. و على غيره ففى بقاء حق الوقوف فيما يملكه المحيى أوجه، يفرق فى ثالثها بين ضيق الموقف فالبقاء، و عدمه فلا. و الحكم بالملك يأبى القول بالجواز مطلقاً إلا أن يجعل مراعى بعدم الإضرار فيكون التفصيل متوجهاً.

و الرابع: أن لا يكون مقطوعاً من إمام الأصل لغيره

و الرابع: أن لا يكون مقطوعاً من إمام الأصل لغيره، و لا محمى له، و لا لنفسه، كما أقطع النبى (صلى الله عليه و آله) الدور و أرضاً بحضرموت، و حُضْر فرس الزبير (٣) بالحاء المهمله و الضاد المعجمه و كما حمى النقيع لإبل الصدقه، و نعم الجزيه، و خيل المجاهدين فى سبيل الله سبحانه (٤).

ص: ١١١

١- الشرائع ٣: ٢٧٤.

٢- المسالك ٢: ٢٩٠.

٣- مسند أحمد ٢: ١٥٦، سنن أبى داود ٣: ٣٠٥٨/١٧٣ و ٣: ٣٠٧٢/١٧٧، سنن الترمذى ٢: ١٣٩٩/٤٢٠، سنن البيهقى ٦: ١٤٤.

٤- الكافى ٥: ٢٧٧، التهذيب: ٥/١٤١، سنن البيهقى ٦: ١٤٦.

و الخامس: أن لا يكون محجراً

و الخامس: أن لا يكون محجراً أى مشروعاً فى إحيائه مشروعاً لم يبلغ حد الإحياء. و لا خلاف أجده فى شىء من هذه الشرائط الثلاثة و ذلك لأن التحجير كسابقه يفيد اختصاصاً و أولويته بلا خلاف أجده، بل عليه الإجماع فى كلام جماعه كالمسالك و غيره (١)، فلا يصح لغيره التخطى إليه، و إن كان لا يفيد ملكاً على الأشهر الأقوى؛ للأصل، و اختصاص النصوص الداله على التملك بالإحياء به دون التحجير.

و مع ذلك لا يكاد يتحقق فيه خلاف إلما ما حكاه الفاضلان و غيرهما (٢) عن بعض المتأخرين من أن التحجير إحياء. و هو ضعيف؛ لأن المرجع فيهما إلى العرف و لا ريب فى تبايرهما فيه و إن تقاربا فى بعض الأفراد. و عليه حمل كلامه فى الدروس (٣).

قال شيخنا فى المسالك بعد نقل كل من الخلاف و الحمل، و لنعم ما قال:- و حيث كان المحكم فى الإحياء العرف فإن وافق التحجير فى بعض الموارد كفى، و إلا فلا (٤).

و اعلم أن التحجير مثل أن ينصب عليها أى على الأرض التى يريد إحياءها مرزاً (٥) و يجمع حوالها تراباً، أو يغرز فيها خشبات، أو يخط عليها خطوطاً، أو نحو ذلك. و منه أن يحفر النهر و لم يصل إلى منزع

ص: ١١٢

١- المسالك ٢: ٢٩٢، و انظر المفاتيح ٢٧/٣.

٢- المحقق فى الشرائع ٣: ٢٧٦، و العلامه فى المختلف: ٤٧٣؛ و انظر الدروس ٣: ٥٦، و جامع المقاصد ٧: ٢٨.

٣- الدروس ٣: ٥٦.

٤- المسالك ٢: ٢٩٢.

٥- فى المطبوع من المختصر: مرزباً.

الماء، و أن يعمل فى المعادن الباطنه عملاً لا يبلغ نيلها، أما بلوغه فهو إحياء.

و لا- تحجير فى المعادن الظاهره كما قالوه لأنه شروع فى الإحياء و هو منتفٍ فيها. و لو أهمل المحجر العماره مدّه طويله أجبره الإمام على أحد الأمرين إما الإتمام أو التخليه للغير؛ حذراً من التعطيل. و لا خلاف فى شىء من ذلك يعرف.

و اعلم أنّى لم أقف على ما يتضمّن أصل التحجير فضلاً عمّا يدلّ على حصول الأولويه به إلا اتّفاقهم عليه ظاهراً، و دعواه فى كلام جمع منهم صريحاً. و لعلهم أخذوها من فحوى ما دلّ عليها فى السبق إلى مكان من المسجد، أو السوق من النصّ و غيره. و لا بأس به.

و أما الإحياء ف ليس كذلك؛ لما مرّ من تضمّن النصوص له، و لحصول الملك به. و هى و إن كانت لا تدلّ على تقدير للشرع فيه إلا أنّ الضابط فى مثله معروف و هو أنّه يرجع فى كيفيّته و تحديده إلى العرف و العاده حيث لم يثبت له تقدير فى اللغه. و لعلّه لذا غير الماتن التعبير عنهما، فبيّن كيفيّته التحجير من دون ردّ إلى ما ردّ إليه كيفيّته الإحياء تنبيهاً بورود النصّ فيه دون التحجير، إلا أنّه ظاهر فى قيام دليل على ما بينه فى التحجير، و لعله الإجماع، فتأمل.

و حيث وجب الرجوع فى الإحياء إلى العرف فلا- بُدّ من الاقتصار على ما يحكم به فيه، و هو يختلف باختلاف ما يقصد منه، فالمسكن بالحائط، و السقف بخشب أو عقد، و الحظيره بالحائط و لو بخشب أو قصب.

و لا يشترط نصب الباب فيهما عندنا.

و الزرع بعضد الأشجار و قطعها، و التهيئه للانتفاع، و سوق الماء أو

اعتیاد الغیث أو السیح. و یحصل الإحیاء أيضاً بقطع المیاء الغالبه.

و لا یشرط الزرع و لا الغرس علی قول اختاره فی الدروس (١). و کذا لا یشرط الحائط و لا المسنّاه فی الزرع. نعم یشرط بیان الحدّ بمرز و شبهه.

أمّا الغرس فالظاهر اشتراط أحد الثلاثة من المرز أو المسنّاه أو الحائط فیهِ مصیراً إلى العرف، و لو فعل دون ذلك و اقتصر کان تحجیراً.

و اعلم أنّ الشهد فی الدروس (٢) جعل الشروط تسعه، و جعل منها إذن الإمام (علیه السلام) مع حضوره. و وجود ما یرجها عن الموات بأن یتحقّق الإحیاء، إذ لا ملک قبل کمال العمل المعتبر فیهِ و إن أفاد الشروع تحجیراً لا یفید سوى الأولیة كما مضى. و قصد التملک، فلو فعل أسباب الملك بقصد غیره أو لا بقصد له لم یملک، کحیازه سائر المباحات من الاصطیاد و الاحتطاب و الاحتشاش.

و یمکن استفاده هذه الثلاثة من الماتن هنا، فالأوّل: بما ذکره فی أوّل الکتاب من أنّه لا یجوز إحیاءه إلّا بإذنه. و الثانی: بجعل الشروط شروطاً للإحیاء، مضافاً إلى ما مرّ من قوله: و یرجع فی کیفیته إلى العاده. و الثالث:

بما مرّ من قوله فی ذکر الشروط: و یشرط فی التملک..؛ إذ التملک یتلزم القصد إلیه.

و الدلیل علی اشتراطها واضح، عدا الأخير؛ لعدم وضوحه فیهِ، مع إطلاق النصوص علی حصول الملك بالإحیاء من دون إشعار فیها، و لا قیام دلیل فی غیرها علی التقیید و اشتراط القصد. اللهم إلّا أن یمکن إجماعاً، و لم أتحقّقه، أو یدعی اختصاص إطلاق النصوص بحکم التبادر بصوره القصد، مع اقتضاء الأصل العدم بدونه، و هو غیر بعید.

ص: ١١٤

١- الدروس ٣:٥٦.

٢- الدروس ٣:٥٥.

الأولى: الطريق المبتكر في المباح

و يلحق بهذا الكتاب مسائل تسع.

الأولى: الطريق المبتكر و المراد به الملك المحدث في المباح من الأرض إذا تشاح أهله فحدّه خمس أذرع مطلقاً عند الماتن هنا و في الشرائع، و الفاضل في القواعد (١)، و عن ولده أنّه نقله عن كثير من الأصحاب (٢)؛ للخبر المروى في التهذيب في باب بيع الغرر و المجازفة: إذا تشاح قوم في طريق فقال بعضهم: سبع أذرع، و قال بعضهم: أربع أذرع، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «بل خمس أذرع» (٣).

قيل: و لأصالة البراءة من الزائد (٤). و لعلّ المراد بها أصالة براءة ذمّه المانع للآخر عن الزائد عن تحريم المنع فيجوز له دفعه عنه. و لكن تعارض بالمثل، مع أوفقيته بالعمومات الدالّة على جواز تملك الموات بالإحياء، خرج عنها الزائد على السبع فيما لا يحتاج إليه بالإجماع و بقي الباقي.

و في روايه عمل بها النهايه (٥) و جماعه و منهم: الحلّي و الفاضل في المختلف و التحرير، و فخر الإسلام و الشهيدان (٦)، و غيرهما (٧)، و لعلّه المشهور بين الطائفة، أنّ حدّه سبع أذرع مطلقاً.

ص: ١١٥

-
- ١- الشرائع ٣: ٢٧٢، القواعد ١: ٢٢٠.
 - ٢- إيضاح الفوائد ٢: ٢٣٢.
 - ٣- التهذيب ٧: ٥٧٠/١٣٠، الوسائل ١٨/ ٤٥٥ أبواب أحكام الصلح ب ١٥ ح ١.
 - ٤- قاله الشهيد الثاني في المسالك ٢: ٢٨٩.
 - ٥- النهايه: ٤١٨.
 - ٦- الحلّي في السرائر ٢: ٣٧٤، المختلف: ٤٧٥، التحرير ٢: ١٣٠، فخر الإسلام في الإيضاح ٢: ٢٣٢، الشهيدان في الدروس ٣: ٦٠، و المسالك ٢: ٢٨٩.
 - ٧- انظر الجامع للشرائع: ٢٧٦، و جامع المقاصد ٧: ٢٣.

و هو أقوى؛ للأصل الذى مضى، و تعدد الروايه به، كما سيأتى إليه الإشاره؛ و قوه بعضها سنداً إذ ليس فيه سوى السكونى الذى حكى فيه أنه ممن أجمع على تصحيح ما يصح عنه أصحابنا؛ و اعتضادها مع ذلك بالشهره مع شذوذ (القائل بها) (١) كما عرفته.

و ربما يفصيل فى الطرق بين التى للأمل-ك فالأول، و غيرها كالتى للقوافل فالثانى؛ جمعاً بين الروايات. و لا شاهد عليه يصحح الفتوى به كما عن المحقق الثانى (٢).

و ربما مال إليه شيخنا الشهيد الثانى، و زاد فقال: و قد يفرض احتياج بعضها إلى أزيد من السبع كالطريق التى يمرّ عليها الحاج بالكنايس و نحوها، فيجب مراعاة قدر الحاجه بالنسبه إلى الزائد على المقدار، أما النقصان عنه فلا. و حيث يقتصر به عن المقدار الزم المحيى ثانياً به. فإن كان هناك حاكم فهو وظيفته، و إلاّ و جب على المسلمين كفايةً من باب الحسبه. و لو تساوى المحيون من الجانبين الزموا به. و لو زادوها على السبع و استطرت صار الجميع طريقاً، فلا يجوز إحداث ما يمنع المارّه فى الزائد (٣).

و فى كثير ممّا ذكره نظر إلاّ أن يستند فى بعضه إلى أدلّه نفي الضرر.

و فى الموثق المروى فى التهذيب فى الباب المتقدم: قلت له: الطريق الواسع هل يؤخذ منه شىء إذا لم يضرّ بالطريق؟ قال:

« لا » (٤). و قيد بكون الطريق فى المبتكر؛ لأنّ الأملاك لا يجب ترك بعضها

ص: ١١٤

١- كذا فى «ص» و «ر»، و فى «ح»: المقابل لها. و هو الأنسب.

٢- جامع المقاصد ٢٣: ٧.

٣- المسالك ٢٨٩: ٢.

٤- التهذيب ١٢٩/٥٦٦: ٧، الوسائل ٣٧٨/١٧ أبواب عقد البيع و شروطه ب ٢٧ ح ١.

لأجل الطريق، فيكتفى بالطريق الموجود بين الملكين مطلقاً ضاق أو اتسع.

الثانية: حریم بئر المعطن

الثانية: حریم بئر المعطن هو و العطن واحد الأعطان و المعاطن، و هى مبارك الإبل عند الماء لتشرب، أربعون ذراعاً من الجوانب الأربع.

و حریم بئر الناضح ستون ذراعاً كذلك، على المشهور بين الطائفه فى المقامين كما حكاه جماعه (١) بحد الاستفاضه؛ للخبرين المفصلين:

أحدهما القوي بالسكونى المجمع على تصحيح ما يصح عنه على النقل الماضى: « أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعاً، و ما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون ذراعاً، و ما بين العين إلى العين يعنى: القناه خمسمائه ذراع، و الطريق يتشاح عليه أهله فحدّه سبع أذرع» (٢).

و فى الصحيح (٣) و غيره (٤) « أربعين ذراعاً» من دون تفصيل بين بئر الناضح و المعطن.

و فى روايه « خمسون إلّا أن يكون إلى عطن أو إلى الطريق فأقل من

ص: ١١٧

١- منهم الفاضل فى المختلف: ٤٧٤، و المقداد فى التنقيح الرائع ١٠٠: ٤، و الكركى فى جامع المقاصد ٢٤: ٧، و الشهيد الثانى فى المسالك ٢٩٠: ٢، و الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٢٩: ٣، و السبزوارى فى الكفايه: ٢٤٠.

٢- الأوّل فى: الكافى ٨/٢٩٦: ٥، التهذيب ٧/٦٤٣/١٤٥، الوسائل ٢٥: ٤٢٦ أبواب إحياء الموات ب ١١ ح ٥. و الثانى فى: الكافى ٥/٢٩٥: ٥، التهذيب ٧/٦٤٢/١٤٤، الوسائل ٢٥: ٤٢٦ أبواب إحياء الموات ب ١١ ح ٦.

٣- الكافى ٥/٢٩٥: ٥، التهذيب ٧/٦٤٥/١٤٥، الوسائل ٢٥: ٤٢٥ أبواب إحياء الموات ب ١١ ح ١.

٤- الفقيه ٣/٦٦١/١٥٠، الوسائل ٢٥: ٤٢٦ أبواب إحياء الموات ب ١١ ح ٧.

ذلك إلى خمسة و عشرين» (١).

و فى اخرى مرويه عن قرب الاسناد كذلك، إلا أنه زيد فيها:

« و حریم البئر المحدثه خمسہ و عشرون ذراعاً» (٢).

و لاختلاف هذه الأخبار قيل: بأن الحریم فى البئر مطلقاً ما يحتاج إليه فى الانتفاع المقصود منها؛ جمعاً بينها (٣). و استظهره بعض متأخر متأخرين أصحابنا (٤).

و فيه ما لا يخفى؛ لفساد الجمع أولاً بعدم التكافؤ أصلاً لاعتضاد المفصلين بالشهره العظیمه التى كادت تكون إجماعاً. و يشعر به عبارة التنقيح (٥) و لو ضعيفاً حيث نسب المختار إلى الأصحاب كافةً بعد أن ادعى عليه أولاً الشهره، فلا يقاومهما باقى الروايات و لو كانت جُمع صحيحه، مع أن أكثرها ضعيفه. و ثانياً بعدم وضوح الشاهد عليه من نصّ و لا أماره.

فهذا القول ضعيف غايته، كمختار الإسكافى (٦) من أن حریم بئر الناضح قدر عمقها ممّر الناضح؛ لعدم وضوح مأخذه، فلا يصح حمل روايه السّتين عليه، كما احتمله و نفى عنه البأس فى المختلف (٧).

و حریم العين و القناه ألف ذراع فى الأرض الرخوه،

ص: ١١٨

-
- ١- الكافى ٥: ٢٩٦/ ذيل حديث ٥، التهذيب ١٤٦/٦٤٦: ٧، الوسائل ٢٥: ٤٢٥ أبواب إحياء الموات ب ١١ ح ٢.
 - ٢- قرب الاسناد: ١٧٢/٥٣، و لم نعثر على الزيادة فيه، الوسائل ٢٥: ٤٢٧ أبواب إحياء الموات ب ١١ ح ٩.
 - ٣- روضه الطالبين ٤: ٣٤٩: ٣٥٠.
 - ٤- المفاتيح ٣: ٣٠.
 - ٥- التنقيح الرائع ٤: ١٠٠.
 - ٦- حكاة عنه فى المختلف: ٤٧٤.
 - ٧- المختلف: ٤٧٤.

و في الصلبه خمسمائته على الأظهر الأشهر هنا أيضاً كما في المسأله السابقه؛ للخبر « يكون بين البثرين إذا كانت أرضاً صلبه خمسمائته ذراع، و إن كانت أرضاً رخوه فألف ذراع» (١).

و عليه يحمل إطلاق الخبرين السابقين (٢) بالخمسائته بتقيدهما بما كانت صلبه. و حدّه الإسكافي بما يتنفى به الضرر (٣)، و مال إليه في المختلف (٤). و اختاره شيخنا الشهيد الثاني (٥) و بعض من تبعه (٦)؛ جمعاً بين ما دلّ على نفى الضرر، و على جواز الإحياء من غير تحديد؛ لضعف تلك الأخبار.

و للصحيح: في رجل كانت له قناه في قريه، فأراد [رجل] أن يحفر [قناه أخرى إلى قريه له]، كم يكون بينهما في البعد حتى لا تضرّ [إحداهما] بالأخرى في أرض إذا كانت صلبه أو رخوه؟ فوقّع (عليه السلام): «على حسب أن لا تضرّ إحداهما بالأخرى إن شاء الله تعالى» (٧).

و فيه نظر يظهر وجهه ممّا مرّ حرفاً بحرف. و يزيد هنا في الصحيح بكونه مكاتبه و المكاتب مجهولاً، و هما موجبان للمرجوحية أيضاً من هذه الجهة، إن لم نقل بكونهما موجبين للضعف، كما ذكره في التنقيح (٨).

ص: ١١٩

١- الكافي ٥: ٢٩٦/٥، الفقيه ٣: ٢٠٧/٥٨، التهذيب ٧: ٦٤٤/١٤٥، الوسائل ٢٥: ٤٢٥ أبواب إحياء الموات ب ١١ ح ٣.

٢- المتقدمين في ص: ١١٥.

٣- نقله عنه في المختلف: ٤٧٤.

٤- المختلف: ٤٧٤.

٥- المسالك ٢/ ٢٩٠.

٦- انظر الكفايه: ٢٤٠، و المفاتيح ٣: ٣٠.

٧- الكافي ٥: ٢٩٣/٥، الفقيه ٣: ٦٥٩/١٥٠، الوسائل ٢٥: ٤٣٠ أبواب إحياء الموات ب ١٤ ح ١، و ما بين المعقوفين أثبتناه من المصادر.

٨- التنقيح ٤: ١٠١.

و لكنّه ضعيف.

نعم ربما يمكن المناقشه في الخبر المستند للأكثر بوروده في البئرين دون القناتين، و مع ذلك ذيله مشعر بما ذكره الإسكافي؛ لتضمّنه قوله (عليه السلام):

« و قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) في رجل احتفر قناه و أتى لذلك سنه، ثم إن رجلاً احتفر إلى جانبها قناه، فقضى أن يقاس الماء بجوانب البئر ليله هذه، و ليله هذه، فإن كانت الأخيره أخذت ماء الأولى عوّرت الأخيره، و إن كانت الأولى أخذت ماء الأخيره لم يكن لصاحب الأخيره على الأولى شيء» (١) فتأمل.

و ربما يستفاد منه أنّ فائده هذا الحريم منع الغير من إحداث عين أخرى في ذلك المقدار، لئلا ينتقل ماء العين الأولى إلى الثانيه. و عليه تبّه في المسالك و غيره، و قالوا: و من ثمّ اختلف باختلاف الأرض بالرخواه و الصلابه، بخلاف حريم البئر المتقدّم فإنّ فائدته منع الغير من إحياء ذلك المقدار مطلقاً حتّى الزرع و الشجر؛ لأنّ الغرض منه الانتفاع بالبئر فيما أعدت له، و ما يحتاج إليه. و يستثنى للعين قدر ما يحتاج إليه للانتفاع بها فيما أعدت له عرفاً من غير تحديد (٢).

و اعلم أنّ ما ذكر في الحريم للبئر و العين و الحائط و الدار مخصوص بما إذا كان الإحياء في الموات فيختص الحريم بها.

و أمّا الأملاك فلا- يعتبر الحريم فيها؛ لأنّ الأملاك متعارضه، و كلّ واحد من الملاك مسلط على ماله، له التصرف فيه كيف شاء، فله أن يحفر بئراً في ملكه و إن كان لجاره بئر قريب منها و إن نقص ماء الأولى، و لكن

ص: ١٢٠

١- التهذيب ١٤٥/٦٤٤:٧، الوسائل ٤٣٣:٢٥ أبواب إحياء الموات ب ١٦ ح ٣.

٢- المسالك ٢٩٠:٢، الكفايه: ٢٤١.

فعل مكروهاً. ولو حفر في ملكه بئر بالوعه وفسد بئر الجار لم يمنع منه، ولا ضمان عليه، ومثله ما لو أعد داره المحفوف بالمساكن حماماً أو خاناً أو طاحونه أو حانوت حداد و قصار؛ لأن له التصرف في ملكه كيف شاء.

صرّح بجميع ذلك في السرائر و الدروس و المسالك (١)، ونسبه في الكفاية إلى الأصحاب كافة مؤذناً بدعوى الإجماع عليه، ونحوه الحلّي حيث نفى الخلاف فيه. ولكن قال في الكفاية: ويشكل هذا الحكم في صورته تضرّر الجار تضرراً فاحشاً نظراً إلى تضمّن الأخبار المذكورة نفى الضرر و الإضرار، وهو الحديث المعمول به بين الخاصّة و العامّة، المستفيض بينهم، خصوصاً ما تضمّن الأخبار المذكورة من نفى الإضرار الواقع في ملك المضارّ (٢).

و فيه نظر، فإنّ حديث نفى الضرر المستفيض معارض بمثله من الحديث الدالّ على ثبوت السلطنة على الإطلاق لربّ الأموال. وهو أيضاً معمول به بين الفريقين. و التعارض بينهما تعارض العموم و الخصوص من وجه، و الترجيح للثاني بالأصل و عمل الأصحاب كما اعترف به، و لا سيّما إذا استلزم منع المالك عن التصرف ضرراً عليه أشدّ من ضرر الجار، أو مساوياً، أو أقلّ بحيث لم يتفاحش معه ضرره. و ينبغي القطع في هذه الصور بما عليه الأصحاب. و أمّا فيما عداها فالظاهر ذلك أيضاً؛ لما ذكر، و إن كان الأحوط عدم الإضرار على الإطلاق.

و أمّا الأخبار الدالّة على نفى الإضرار في ملك المضارّ ف مع قصور سند بعضها، و عدم مكافأته لما مضى يمكن حملها على ما إذا قصد

ص: ١٢١

١- السرائر ٣: ٣٨٢، الدروس ٣: ٦٠، المسالك ٢: ٢٩٠.

٢- الكفاية: ٢٤١.

المالك بالتصرّف الإضرار دون رفع الحاجه، كما يشعر به بعض تلك الأخبار. ثمّ على تقدير تسليم ترجيح حديث نفي الضرر فلا وجه لتخصيصه بصورة تفاحش الضرر، مع عمومته وشموله للغير.

الثالثه: من باع نخلاً و استثنى واحده

الثالثه: من باع من غيره نخلاً المراد به الجنس الشامل للمتعدّد من أفراده بقريته قوله: و استثنى واحده منها كان له المدخل إليها و المخرج منها و مدى جرائدها بلا- خلاف ظاهر و لا محكّي؛ للخبر القوي بالسكوني كما مرّ « في رجل باع نخلاً فاستثنى عليه نخله، فقضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بالمدخل إليها و المخرج، و مدى جرائدها» (١).

و لأنّ ذلك مقتضى الاستثناء، فكأنّه استثنائها و شرط على المالك التردّد إليها لإصلاحها و أخذ ثمرها. و ذلك مقتضى العرف، و أنّه مثل استحقاق صاحب الثمره على النخله مع انتقالها عن ملكه.

و ينبغي أن لا- يكون إلّا لمصلحه تلك النخله المتعارفه لا غير، اقتصاراً على الأصل، بل و العرف، كما صرّح به بعض الأصحاب (٢).

و مقتضى هذا الدليل انسحاب الحكم في كلّ ما يشابه محلّ البحث من نحو بيع الدار و استثناء بيت منها، أو نحو ذلك.

و اعلم أنّ الأنسب ذكر هذه المسأله في كتاب البيع في بحث ما يدخل في المبيع، كما فعله في الشرائع (٣) و سائر الأصحاب عدا الحلّي (٤)، فإنّه ذكرها كالماتن هنا في هذا الكتاب.

ص: ١٢٢

١- الكافي ١/٢٩٥، الفقيه ٥/٥٧، التهذيب ٣/٢٠٠، الوسائل ٧/٦٤٠، أبواب أحكام العقود ب ٣٠ ح ٢.

٢- مجمع الفائده و البرهان ٨:٥٠٣.

٣- الشرائع ٢:٢٧.

٤- السرائر ٢:٣٧٣.

الرابعه: إذا تشاح و تنازع أهل الوادى فى مائه المباح الغير المملوك لهم حبسه الأعلى الذى (يلى) (١) فوهه النهر للنخل إلى الكعب، وللزرع إلى الشراك و هو أسفل منه بقليل ثم يسرحه و يرسله إلى الذى يليه و هكذا، بلا- خلاف فى أصل الحكم مطلقاً، استتصرّ الثانى بحبس الأول أم لا. بل فى المسالك (٢) الإجماع عليه؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى النصوص المستفيضه العاميه (٣) و الخاصيه (٤).

و المستفاد منها فى تحديد مقدار السقى ما عليه الماتن هنا تبعاً للنهايه (٥).

خلافاً للمبسوط و السرائر، فقلاً: روى أصحابنا أنّ الأعلى يحبس إلى الساق للنخل، و للشجر إلى القدم، و للزرع إلى الشراك (٦). و عليه أكثر الأصحاب و منهم الماتن فى الشرائع (٧). و ادعى جمع الشهره عليه و منهم شيخنا فى المسالك (٨).

و يظهر منه و من جمع ممن تبعه كالكفايه و غيره (٩) أنّ محل الخلاف بين القولين و الخبرين إنّما هو التعرّض للشجر غير النخل فى الثانى دون الأول، حيث استدّلوا لهذا القول ببعض ما مرّ من النصوص المتضمنه لعين

ص: ١٢٣

١- ليس فى «ص»، أثبتناه من «ر» و «ح» لاستقامه المتن.

٢- المسالك ٢: ٢٩٥.

٣- انظر سنن البيهقى ١٥٣: ٦: ١٥٤.

٤- انظر الوسائل ٢٥: ٤٢٠ أبواب إحياء الموات ب ٨.

٥- النهايه: ٤١٧.

٦- المبسوط ٣: ٢٨٤، السرائر ٢: ٣٨٥.

٧- الشرائع ٣: ٢٨٠.

٨- المسالك ٢: ٢٩٥؛ و انظر الكفايه: ٢٤٤، و المفاتيح ٣: ٢٧.

٩- المسالك ٢: ٢٩٥، الكفايه: ٢٤٤؛ و انظر المفاتيح ٣: ٢٧.

ما فى العبارة من دون زياده. و اعترضوا عليه بضعف السند و عدم التعرّض فيه للشجر.

و لم أفهمه بعد و ضوح الفرق بين الكعب و الساق، و أنّه أعلى منه بكثير، سيّما إذا أريد من الساق متنهاه أو أواسطه، فيصير هذا أيضاً محلّ الخلاف بينهما من حيث تحديد مقدار السقى للنخل فى القول الأوّل بالأوّل، و فى الثانى بالثانى. فلا وجه لحصر محلّ الخلاف فى الأوّل، و لا الاستدلال على هذا القول بما دلّ على القول الأوّل.

اللّهم إلّا أن يجعل الكعب هو المفصل بين القدم و عظم الساق، و يراد به مبدؤه لا الزائد، فيصير قوله (عليه السّلام): «إلى الساق» كنايةً عن منتهى الكعب، فتوافق الروايتان فى تحديد مقدار سقى النخل أيضاً، و يظهر انحصار اختلافهما فيما مرّ.

و لكنّه خلاف مذهب الأصحاب إلّا النادر (1) حيث حدّدوا الكعب بالمفصل فى قتيه القدم، و ادّعوا عليه الإجماع بحدّ الاستفاضه، و قامت عليه الأدلّه القاهره كما تقدّم فى بحث الموضوع من كتاب الطهاره.

و مع ذلك لم يتّضح الفرق بين تحديدى الشجر إلى القدم، و النخل إلى الساق؛ لتقاربهما على ذلك التقدير، فربما لم يكن معه الفصل محسوساً، بحيث كاد أن يكون أحدهما عين الآخر. و عليه بنى التوجيه فى دفع الاختلاف، فلا بُدّ من تصحيح وجه الفرق بين التحديدين بأن يراد من الساق غير مبدئه، و معها لم يرتفع الاختلاف؛ لمخالفه الكعب على أىّ تفسير للساق على هذا التقدير.

ص: ١٢٤

١- و هو العلامه فى القواعد ١١: ١.

إذا عرفت هذا فاعلم أنه لا إشكال في مقدار سقى الزرع؛ لاتّفاق النصوص و الفتاوى على تقديره بالشراك، و لا في الشجر؛ لمرسلي المبسوط و السرائر (١) المنجبرتين بعمل الأ-كثر، مع سلامتهما عن معارضه باقى النصوص الأخر؛ لخلوّها عن تحديد مقدار سقيه.

و يبقى الإشكال فى النخل؛ لتعارض النصوص و الفتاوى فيه كما عرفت. و لترجيح كلّ من القولين وجه.

فالأوّل: باستفاضه النصوص الدالّة عليه، مع صحّحه سند بعضها إلى ابن أبى عمير المجمع على تصحيح رواياته.

و الثانى: بانجبار المرسلتين الدالّتين عليه بعمل الأكثر، فلا يعارضهما شيء من النصوص المتقدّمة. و لعلّ هذا أجود، سيّما مع أوفقيّته بأصالتى بقاء الحقّ و عدم سلطنه الأسفل على الأعلى فى منعه عن القدر الزائد على المجمع عليه.

و ليس فى إطلاق النصوص و أكثر الفتاوى تقييد الحكم بكون الأعلى سابقاً فى إحياء الأرض التى يراد سقيها، أو كون السابق مجهولاً، كما ذكره الشهيدان و غيرهما (٢)، قائلين بتقدّم المتأخّر إذا كان سابقاً فى الإحياء؛ معلّين بتقدّم حقه فى الماء بالإحياء. و استوجهه فى الكفايه (٣) قائلاً: إنّ الروايات الدالّة على تقديم الذى يلى فوهه النهر لا عموم لها بحيث يشمل هذا القسم.

و فيه نظر؛ لكفايه رجوع الإطلاق إلى العموم فيه حيث لم يظهر له

ص: ١٢٥

١- المبسوط ٢٨٤:٣، السرائر ٣٨٥:٢.

٢- الدروس ٦٦:٣، المسالك ٢٩٥:٢؛ و انظر جامع المقاصد ٥٩:٧.

٣- الكفايه: ٢٤٤.

فرد شائع متبادر و يتساوى أفراده، كما في محلّ البحث. و لعلّه لهذا تنظر فيما ذكره في المفاتيح (١)، و هو في محلّه، إلّا أن يكون قد انعقد الإجماع على صحّته.

ثمّ إنّه ذكر في المسالك أنّ إطلاق النصّ و الفتوى لسقى الزرع و الشجر بذلك المقدار محمول على الغالب في أرض الحجاز من استوائها و إمكان سقى جميعها كذلك، فلو كانت مختلفه في الارتفاع و الانخفاض بحيث لو سقيت أجمع كذلك زاد الماء في المنخفضه عن الحدّ المشروع أفرد كلّ واحد بالسقى بما هو طريقه؛ توصلاً إلى متابعه النص بحسب الإمكان. و لو كانت كلّها منحدره لم يقف الماء فيها كذلك سقيت بما يقتضيه العاده، و سقط اعتبار التقدير الشرعي لتعذّره (٢).

و استحسنة في الكفايه (٣).

و احترزنا بالتقييد بالباح (٤) عمّا إذا كان ملكاً لهم، فإنّه يقسم بينهم على قدر سهامهم إمّا بقسمه نفس الماء، أو بالمهاياه عليه، بلا خلاف فيه أجده.

الخامسه: يجوز للإنسان أن يحمى المرعى في ملكه خاصّه

الخامسه: لا- يجوز للإنسان أن يحمى المرعى إلّا في ملكه خاصّه فلا يجوز أن يحمى بقعه من الموات لمواش بعينها و يمنع سائر الناس من الرعى فيها، بلا- خلاف أجده، بل عليه الإجماع في المسالك و غيره (٥)؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى ما دلّ على شرعيّه الناس في الماء و النار

ص: ١٢٦

١- المفاتيح ٣:٢٧.

٢- المسالك ٢:٢٩٥.

٣- الكفايه: ٢٤٤.

٤- راجع ص: ١٢١.

٥- المسالك ٢:٢٩١؛ التحرير ٢:١٣١، المفاتيح ٣:٢٨.

و الكلاء (١)، و خصوص منطوق النبوى (صلى الله عليه و آله): «لا- حمى إلهما لله تعالى و لرسوله (صلى الله عليه و آله)» (٢)، و مفهوم النصوص:

منها: الخبران القريبان من الصحيح باين أبى نصر المجمع على تصحيح رواياته أحدهما: عن الرجل تكون له الضيعة، و تكون لها حدود، تبلغ حدودها عشرين ميلاً أو أقل أو أكثر، يأتيه الرجل فيقول له:

أعطني من مراعى ضيعتك و أعطيك كذا و كذا درهما، فقال: «إذا كانت الضيعة له فلا بأس» (٣).

و أظهر منه الثانى، و فيه: إن لنا ضياعاً، و لها حدود، و فيها مراعى، و لرجل منا غنم و إبل يحتاج إلى تلك المرعى لإبله و غنمه، أ يحلّ له أن يحمى المراعى لحاجته إليها؟ فقال: «إذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمى و يصير ذلك إلى ما يحتاج إليه» قال: فقلت له: الرجل يبيع المراعى، فقال:

«إذا كانت الأرض أرضه فلا بأس» (٤).

و عليهما يحمل إطلاق بعض النصوص القاصره سندا، بل الضعيفه جداً: عن بيع الكلاء و المراعى، فقال: «لا بأس به، قد حمى رسول الله (صلى الله عليه و آله) النقيع لخيال المسلمين» (٥).

ص: ١٢٧

١- الوسائل ٢٥:٤١٧ أبواب إحياء الموات ب ٥.

٢- سنن الدارقطنى ٤:٢٣٨.

٣- الكافى ٥:٣/٢٧٦، التهذيب ٧:٦٢٤/١٤١، الوسائل ٢٥:٤٢٢ أبواب إحياء الموات ب ٩ ح ١.

٤- الكافى ٥:٢/٢٧٦، الفقيه ٥:٢/١٥٦، التهذيب ٣:٦٨٥/١٤١، الوسائل ٧:٦٢٣/١٧١، أبواب عقد البيع و شروطه ب ٢٢ ح ١.

٥- الكافى ٥:٥/٢٧٧، التهذيب ٧:٦٢٥/١٤١، الوسائل ٢٥:٤٢٣ أبواب إحياء الموات ب ٩ ح ٣.

و يحتمل الحمل على غير ذلك أيضاً ممّا يوافق النصّ و الفتوى.

و يجوز ذلك للنبي (صلى الله عليه و آله) و للإمام (عليه السّلام) مطلقاً بإجماعنا المحكى فى كلام جماعه من أصحابنا (١)، خلافاً لبعض العامه العمياء فلم يجوّزه لغير النبي (صلى الله عليه و آله) مطلقاً (٢)؛ للنبوى المتقدّم.

السادسه: لو كان له رحي على نهر لغيره

السادسه: لو كان له أى للإنسان رحي على نهر مملوك لغيره لم يجز له أى لصاحب النهر أن يعدل بالماء و يصرفه عنها إلّا برضاء صاحبها كما فى خصوص الصحيح: كتب رجل إلى الفقيه (عليه السّلام) فى رجل كانت له رحي على نهر قريه، و القريه لرجل أو لرجلين، فأراد صاحب القريه أن يسوق الماء إلى قريته فى غير هذا النهر الذى عليه هذه الرحي، و يعطّل هذه الرحي، إله ذلك أم لا؟ فوقع (عليه السّلام): « يتقى الله عزّ و جلّ، و يعمل بالمعروف، و لا يضارّ أخاه المؤمن » (٣) الحديث.

و اعلم أنّى لم أقف على متعرّض لهذه المسأله عدا قليل، و منه بعض المتأخرين (٤) مستنداً إلى هذا الصحيح، و زائد و هو اشتمال الصرف بالماء عن الرحي على ضرر منفى.

و هذا إنّما يتمّ على القول المتقدّم عن قريب بترجيح أدلّه نفى الضرر على أدلّه تسلّط الملاك على التصرف فى أملاكهم، و أمّا على غيره فيشكل

ص: ١٢٨

-
- ١- منهم ابن سعيد فى الجامع: ٣٧٥، و العلامه فى التحرير ١٣١: ٢، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٧: ٣٢، و الشهيد الثانى فى المسالك ٢: ٢٩١.
 - ٢- انظر الأم للشافعى ٤: ٤٨.
 - ٣- الكافى ٥: ٢٩٣، الفقيه ٥: ١٥٠/٣، التهذيب ٧: ١٤٦/٦٤٧، الوسائل ٢٥: ٤٣١ أبواب إحياء الموات ب ١٥ ح ١.
 - ٤- مفاتيح الشرائع ٣: ٢٧.

الحكم على إطلاقه، ولذا قيده الحلّي في السرائر بما إذا كان نصب الرحي على النهر بأمر حقّ واجب على صاحبه (١).

و هذا هو الأقوى بناءً على القول الآخر الذي ذهب إليه أصحابنا من ترجيح أدلّة السلطنة على أدلّة نفى الضرر. ولا ريب أنّ الأوّل أحوط و أولى.

السابعه: من اشترى داراً فيها زياده من الطريق

السابعه: من اشترى داراً فيها زياده من الطريق للمسلمين ففي روايه ابن مسلم الموثّقه المرويّه في التهذيب في باب بيع الغرر و المجازفه أنّه إن كان ذلك أى الزائد المدلول عليه بالزياده فيما اشترى فلا بأس (٢) و نحوها روايه أبى جميله المرويّه ثمّه (٣)، لكن بتغيير ما في العبارة.

و في النهايه و السرائر إن لم يتميز الزائد لم يكن عليه شيء، و إن تميّز ردّه إليها و رجع على البائع بالدرك و أخذ الثمن منه (٤). و الروايه الثانيه ضعيفه السند، و الأولى و إن كانت موثّقه إلّا أنّها مخالفه للأصول من حيث دلالتها على إباحه ما لا يجوز استباحته من طريق المسلمين.

و فيه نظر؛ لجواز أن يكون اللام فيها في الطريق للعهد، أى: الطريق

ص: ١٢٩

١- السرائر ٣٧٤: ٢.

٢- التهذيب ١٣٠/٥٦٨، ٧: الواسائل ٣٧٨: ١٧ أبواب عقد البيع و شروطه ب ٢٧ ح ٣.

٣- التهذيب ١٣١/٥٧٣، ٧: الواسائل ٣٧٩: ١٧ أبواب عقد البيع و شروطه ب ٢٧ ح ٤.

٤- النهايه: ٤٢٣، السرائر ٣٨٠: ٢.

المسلوك، و جاز أن يكون متسعاً يزيد على القدر الشرعي، فيكون على الإباحه، فلا- يضّر إدخالها في الملك، فأجاب (عليه السلام) بنفى البأس لما علم من حاله. فليست الروايه من محلّ البحث في شيء؛ لفرضه في العبارة و عبارتي السرائر و النهايه في زياده الطريق بالأخذ من طريق المسلمين، لا الطريق المسلوك.

و تفصيل النهايه فيه في موضع المنع لأنّ عدم التميز لا يقتضى إباحه ما أخذ من الطريق، بل ينبغي ردّه إليها على جميع الأحوال.

و الوجه فيه البطان أى بطلان البيع من رأس؛ لأنّ حقّ الطريق إذا لم يتميّز بالحدود كان ما وقع عليه العقد ممّا هو ملك المالك مجهولاً لجهالته.

و يصحّ البيع على تقدير الامتياز للأصل السليم عن المعارض من نحو الجهاله، و لكن له الخيار، ف يفسخ إن شاء لأنه يجب ردّ الزائد إلى الطريق، فيتبعّض المبيع على المشتري، و ذلك عيب موجب لخياره ما لم يعلم بحقيقه الحال، و مع العلم بها لا خيار له بلا إشكال؛ لمجيء الضرر عليه من قبله.

الثامنه: من كان له نصيب فى قناه أو نهر

الثامنه: من كان له نصيب قد ملكه فى قناه أو نهر جاز له بيعه بما شاء كما فى المعتبره.

ففى الصحيح: عن الرجل يكون له الشرب مع قوم فى قناه فيها شركاء، فيستغنى بعضهم عن شربه، أ يبيع شربه؟ قال: نعم إن شاء باعه بورق، و إن شاء بكييل حنطه (١).

ص: ١٣٠

١- الكافي ١/٢٧٧: ٥، التهذيب ٧: ١٣٩/٦١٦، الإستبصار ١٠٦/٣٧٦: ٣، الوسائل ١٧: ٣٧٣، أبواب عقد البيع و شروطه ب ٢٤ ح ١.

و نحوه الصحيح المروى عن قرب الاسناد: عن قوم كانت بينهم قناه ماء، لكل إنسان منهم شرب معلوم، فباع أحدهم شربه بدراهم أو بطعام، هل يصلح؟ قال: «نعم» (١).

و فى الحسن: عن قناه بين قوم، لكل رجل منهم شرب معلوم، فاستغنى رجل منهم عن شربه، أ يبيعه بحنطه أو شعير؟ قال: «يبيعه بما شاء، هذا مما ليس فيه شيء» (٢).

و أما النصوص الناهية عن بيع فضول الماء (٣) فمحمولة على الكراهة؛ جمعاً بين الأدلة.

و استشكل الحكم على إطلاقه فى التنقيح، قال: لعدم إمكان التسليم، و عدم العلم بقدر ما يسلم له بالقسمه. نعم يجوز الصلح على ذلك، و كأنه أراد بالبيع مطلق المعاوضه بنوع سائغ (٤).

و يستفاد من المسالك و الكفايه أنّ المنع فى محل الإشكال هو الأشهر بين الأصحاب، فإنهما قالا: ما حكم بملكه من الماء يجوز بيعه كيلاً- و وزناً للانضباط، و كذا يجوز مشاهدته إذا كان محصوراً. و أمّا بيع ماء العين و البئر أجمع فالأشهر منعه؛ لكونه مجهولاً، و كونه يزيد شيئاً فشيئاً فيخلط المبيع بغيره (٥).

ص: ١٣١

-
- ١- قرب الإسناد: ١٠٣٩/٢٦٢، الوسائل ١٧:٣٧٥ أبواب عقد البيع و شروطه ب ٢٤ ح ٥.
 - ٢- التهذيب ٧:٦١٧/١٣٩، الإستبصار ٣:٣٧٧/١٠٧، الوسائل ١٧:٣٧٤ أبواب عقد البيع و شروطه ب ٢٤ ح ٣.
 - ٣- انظر الوسائل ٢٥:٤١٩ أبواب إحياء الموات ب ٧.
 - ٤- التنقيح ٤:١٠٤.
 - ٥- المسالك ٢:٢٩٤، الكفايه: ٢٤٣.

و فى الدروس جَوَزَ بىعه على الدوام، سواء كان منفرداً أو تابعاً للأرض (١). انتهى.

فالمسألة محلّ إشكال من ظواهر هذه المعتره، و من القاعده الناهيه عن بيع الغرر و الجهاله المعتضده بالإجماع من أصلها، و خصوص الشهره المحكيه فى المسأله.

و لعلّ هذا لا يخلو عن قوه، سيّما مع ظهور سياق المعتره كالعباره فى أنّ المقصود من الحكم فيهما تجويز البيع بكلّ ما يشاء، لا تجويزه حقيقه. و إطلاقه على مطلق المعاوَضه الشرعيه مجاز شائع، و قد ورد مثله فى جواز بيع خدمه العبد المدبّر، و قد حمله الأصحاب على نحو الإجاره دون البيع حقيقه، و نحوه إطلاق البيع على المعاوَضه على سكنى الدار.

و كيف كان فالأحوط ترك البيع و البناء على الصلح؛ لجوازه مع الجهاله حيث لا يتوقّع رفعها كما فى المسأله بالاتفاق. و قد مرّ تحقيقه فى كتاب الصلح، مع اتفاق كلمه هؤلاء الجماعه الذين وقفت على كلمتهم فى المسأله على جوازه من دون ريبه.

التاسعه: روى إسحاق بن عمار، عن العبد الصالح ع عن رجل فى يده دار لم تزل فى يده و يد آبائه

التاسعه: روى الشيخ فى التهذيب فى باب بيع الغرر و المجازفه بسنده عن حسن بن محمّد بن سماعه، عن على بن رثاب و عبد الله بن جبله، عن إسحاق بن عمار، عن العبد الصالح (عليه السّلام)، قال: سألته عن رجل فى يده دار ليست له، و لم تزل فى يده و يد آبائه من قبله و قد أعلمه من مضى من آبائه أنّها ليست لهم و لا يدرون لمن هى، فيبيعها و يأخذ ثمنها؟ قال: « ما أحبّ أن يبيع ما ليس له » قلت: فإنّه ليس يعرف صاحبها و لا يُدرى لمن هى، و لا أظنّه يجىء لها ربّ، قال:

« ما أحبّ أن يبيع ما ليس له » قلت: فيبيع سكنها أو مكانها فى يده، فيقول

ص: ١٣٢

لصاحبه: أبيعك سكناي، و تكون في يدك كما هي في يدي؟ قال: «نعم يبيعها علي هذا» (١).

و اختصر عن جميع هذا الماتن و نقل بالمعنى، فقال في نقل التتمه:

و لا يظنّ مجيء صاحبه، قال: ما أحبّ أن يبيع ما ليس له، و يجوز أن يبيع سكناه و اعلم أنّ وصف الماتن هذه الروايه بأنّها مرسله غير واضح إلّا ما يقال: من عدم العلم بإسنادها إلى المعصوم؛ لأنّ وصفه بكونه عبداً صالحاً لا يقتضى كونه معصوماً.

و فيه نظر، لشهاده التتبع و تصريح جمع (٢) بأنّ المراد به حيث يطلق مولانا موسى بن جعفر عليه السّلام. هذا مع أنّ وجود عليه السّلام بعده ممّا يعين كونه معصوماً، كما لا يخفى.

و كذا الطعن فيها بأنّ في طريقها الحسن بن محمّد بن سماعه و هو واقفي غير واضح؛ لأنّ وقفه لا يمنع عن العمل بروايته على الأظهر الأشهر بعد وثاقته، كما صرح به العلّامة و النجاشي (٣) و غيرهما (٤) من علماء الرجال. و الاستدلال بالروايه لا بأس بها بحسب السند؛ لأنّها من الموثق.

نعم متنها مخالف للأصل من حيث تضمّنها جواز تركها في يده و بيعه السكنى، مع أنّها ليست له. بل ربما أشعرت بجواز بيع نفس الدار و لو مع الكراهه؛ لمكان لفظه «لا أحبّ» الظاهره فيها بلا شبهه.

و نحوه ما ذكره الشيخ في النهايه (٥) من أنّه يبيع تصرفه

ص: ١٣٣

١- التهذيب ١٣٠/٥٧١:٧، الوسائل ١٧:٣٣٥ أبواب عقد البيع و شروطه ب ١ ح ٥.

٢- الإرشاد للشيخ المفيد ٢:٢١٥، نقد الرجال ٥:٣١٦، جامع الرواه ٢:٤٦١.

٣- رجال العلّامة: ٢١٢، رجال النجاشي: ٨٤/٤٠.

٤- انظر جامع الرواه ١:٢٢٥، رجال ابن داود: ١٣١/٢٣٩.

٥- النهايه: ٤٢٣.

فيها، ولا - يبيع أصلها ؛ لأن حق التصرف ليس شيئاً يباع، ولو سلم، أو حمل البيع على الصلح و نحوه فهو فرع ثبوت هذا الحق بموجب و سبب، و لم يظهر إلّا مجرد سبق يده و يد آباءه عليها، و هو لا يفيد أولويه تُجوز الصلح عليها؛ إذ هي في السبق على الأمر المباح أو المشترك دون مال الغير.

و لذا اختلف الأصحاب في توجيهه، فقال الحلبي: و يمكن أن يقال:

إنما كان الأمر على ما ذكر في هذا الحديث، الوجه في ذلك و كيف يجوز له تركها في يده، و بيع ما جاز له بيعه، و هو يعلم أنه لم يكن لمورثه أن هذه الدار لم يحط علمه بأنها غصب، و إنما قال في الحديث: لم يكن لمورثه و من كان بيده شيء، و لم يعلم لمن هو، فسبيله سبيل اللقطه، فبعد التعريف المشروع يملك التصرف، فجاز أن يبيع ما له فيها، و هو التصرف الذي ذكره في الخبر، دون رقبه الأرض إذا كانت في الأرض المفتوحه عنوه (1).

و هو حسن، إلّا أنه ليس فيه توجيه لإطلاق لفظ البيع عليه مع أنه ليس حقيقه فيه، بل في المعاوضه على الأعيان.

و نحوه في هذا توجيه الماتن المشار إليه بقوله: و يمكن تنزيلها على أرض عاطله خربه مملوكه أحياء غير المالك بإذنه، ف إن مثلها للمحبي التصرف فيه و إن كان الأصل للمالك فإن حق التصرف ليس شيئاً يجوز بيعه كما عرفت حقيقه، و إنما هو شيء يصلح الصلح عليه، إلّا أن يكون المراد بيع التصرف بيع الآثار الموجوده من الأبنيه و السقوف.

و بهذا وجه الفاضل في المختلف كلام النهايه المستند في الظاهر إلى

ص: ١٣٤

١- السرائر ٣٨٠: ٢.

الروايه،قال بعده:ولا يلزم من كون الدار ليست له كونها غصباً،بل جاز أن تكون عاريه،وهو الظاهر؛ إذ تصرف المسلم إنما يبنى في الظاهر على المشروع (١).انتهى.

وهو حسن.

ص:١٣٥

١-المختلف:٤٧٥.

كتاب اللقطه و هى بضم اللام و فتح القاف و سكونها اسم للمال الملقوط، على ما نقل عن جماعه من أهل اللغه كالأصمعي، و ابن الأعرابي، و الفراء، و أبو عبيده (١). و عن الخليل أنها بالتسكين لا غير، و أمّا بفتح القاف فهى اسم للملتقط؛ لأن ما جاء على فُعَلَه فهو اسم للفاعل كهُمَزَه و لَمَزَه (٢). و بهذا صرّح أيضاً فى التنقيح (٣).

و على أى تقدير، فهى لغه مختصّه بالمال، و سيصرّح به الماتن فى القسم الثالث، و لكنّه هنا تبعاً للفقهاء تَجَوّز فى إطلاقها على ما يشمل الأدمى.

الأول: فى اللقيط

و أقسامه أى الملقوط ثلاثه :

الأول: فى اللقيط و يقال له: الملقوط و المنبوذ أيضاً.

و هو: كل صبى (٤) ضائع لا كافل له حاله الالتقاط، و لا يستقلّ بنفسه بالسعى على ما يصلحه و يدفع عن نفسه المهلكات الممكن دفعها عادةً.

ص: ١٣٧

- ١- حكاه عنهم فى المسالك ٢:٢٩٦، و انظر تهذيب اللغه ١٦:٢٥٠، لسان العرب ٧:٣٩٢، تاج العروس ٥:٢١٦.
- ٢- حكاه عنه فى السرائر ٢:١٠٠، و التذكرة ٢:٢٥٠، و انظر العين ٥:١٠٠.
- ٣- التنقيح الرائع ٤:١٠٥.
- ٤- فى المطبوع من المختصر زياده: أو مجنون.

فيلتقط الصبى و الصبيّه مع عدم التمييز إجماعاً، وكذا معه على قول مشهور بين أصحابنا. ولا ريب فيه مع عدم بلوغ التمييز حدّاً يحفظ نفسه عن الهلاك بوقوع فى بئر، أو ماء، أو نار، أو عن سطح، ونحو ذلك.

و يشكل مع بلوغه ذلك الحدّ و إن احتاج إلى بعض الضروريات، و بعدم الجواز فيه صرح بعض الأصحاب، قال: فيكون أمره إلى الحاكم كالبالغ من باب الولايه العامه، كحفظ المجانين و أموال الغياب و سائر المصالح العامه، فينصب له من يباشر ذلك، و يصرف عليه من بيت المال إن لم يكن له مال (1).

و هو حسن، و مرجعه إلى أنّ حكم الالتقاط و هو الأخذ و التصرف فى الضبط و حفظه و نحو ذلك مخالف للأصل مطلقاً، سيّما على القول بوجوده، فيقتصر فيه على القدر المتيقّن من النصّ و الفتوى، و هو ما أطلق عليه لفظ اللقيط حقيقه عرفاً، و المميّز الدافع عن نفسه لا يسمّى لقيطاً جدّاً.

و على تقدير التنزل، فلا- أقلّ من الشكّ فى تسميته بذلك حقيقه عرفاً، و هو كافٍ فى الرجوع إلى حكم الأصل. و لعلّ مراد المجوّزين خصوص المميّز الغير الدافع على ما يظهر من تعليلهم الجواز بما يدلّ عليه.

و من هنا ينقدح وجه صحّحه تعبير الماتن كغيره (2) عن اللقيط بخصوص الصبى، دون مطلق الإنسان الشامل له و لمن فى حكمه كالمجنون؛ لعدم صدق اللقيط عليه مطلقاً و إن لم يستقلّ بدفع المهلكات عن نفسه؛ لأنّ ترتب أحكام اللقيط عليه بالاسم دون الحاجه، و دفع الضرر

ص: ١٣٨

١- مجمع الفائده و البرهان ٣٩٤: ١٠.

٢- انظر التذكرة ٢٧٠: ٢، و التحرير ١٢٣: ٢.

عن النفس المحترمه؛ لاندفاعهما بإرجاع الأمر إلى الحاكم و من فى حكمه، كما فى البالغ العاقل لا تفاهم فىه على امتناع التقاطه، و مع ذلك قالوا: نعم لو خاف على البالغ التلف فى مهلكه و جب إنقاذه كما يجب إنقاذ الغريق و نحوه.

و هو كما ترى ظاهر فى دوران أحكام اللقيط مدار الاسم دون و جوب دفع الضرر.

و إليه يشير ما فى المسالك فى بيان احتراز الماتن بقوله: الضائع، عن غير المنبوذ و إن لم يكن له كافل من التعليل بأنه لا يصدق عليه اسم اللقيط و إن كان كفالته واجبه كالضائع إلا أنه لا يسمى لقيطاً. و فى بيان احترازه ب: لا كافل له، عن الضائع المعروف النسب من قوله: فإن أباه و جدّه و من و جب عليه حضائته مختصون بحكمه، و لا يلحقه حكم الالتقاط و إن كان ضائعاً. نعم يجب على من و جده أخذه و تسليمه إلى من يجب عليه حضائته كفايه من باب الحسبه (١).

و نحوه كلام غيره (٢).

فلا- و جه لما ذكرناه هما و غيرهما (٣) من إلحاق المجنون مطلقاً بالصبي مع اعترافهم بما ذكرناه، و تصريح بعض أهل اللغة فى تعريف اللقيط بأنه الصبي المنبوذ خاصه (٤).

فالأجود وفاقاً لبعض من تأخر (٥) عدم القطع بالإلحاق، بل التوقف

ص: ١٣٩

١- المسالك ٢: ٢٩٦.

٢- انظر الكفايه: ٢٣٤.

٣- الدروس ٣: ٧٣، جامع المقاصد ٦: ٩٧.

٤- تهذيب اللغة ١٦: ٢٥٠، القاموس ٢: ٣٩٨، و النهايه لابن الأثير ٤: ٢٦٤.

٥- انظر مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٣٩٥، و مفتاح الكرامه ٦: ٨٨، ٨٩.

اللهم إنا أن يكون إجماعاً، ولم أتحقّقه، سيّما مع اقتصار كثير من التعاريف على الصبي كالمتمن، مع موافقته اللغه، كما عرفت.

نعم يتوجّه عليه خروج الصبيّ و الخنثى الغير البالغين مع صدق اللقيط على غير مميّزهما لغه و عرفاً، و ورد النصّ به فى الأولى، ففى الخبر المعتبر: عن اللقيطه، فقال: « لا تباع و لا تشتري، و لكن تستخدم بما أنفقت عليها» (١) و نحوه غيره (٢).

و يمكن الذبّ عنه بإدخالهما فى الصبي تغليبا، سيّما مع شيوعه و دخول الصبيّ فيه بفحوى الخطاب جدّاً.

و يشترط فى الملتقط التكليف بالبلوغ و العقل، فلا- يصحّ التقاط الصبي و المجنون، بلا خلاف ظاهر مصرّح به فى كلام بعض الأصحاب (٣)؛ لاستلزام الصحه الولايه و الحضانه و الإنفاق، و ليس لهما أهليه شيء من ذلك.

و هل يجوز الالتقاط من يدهما لمن له أهليته فله ولايه الحفظ، أم لا- بل يخرج بذلك عن حكم اللقيط و يكون الولايه للحاكم؟ وجهان، ظاهر المحكيّ عن التذكرة الثانى (٤). و استوجه الأوّل شيخنا الشهيد الثانى (٥)، بل فسّر عدم الصحه بذلك فى الروضه (٦)؛ و لعله لاستصحاب

ص: ١٤٠

١- الكافي ٥:٢٢٥، الوسائل ٥:٤٦٧، أبواب اللقطه ب ٢٢ ح ٤.

٢- الكافي ٥:١/٢٢٤، الوسائل ٥:٤٦٧، أبواب اللقطه ب ٢٢ ح ١.

٣- مجمع الفائده و البرهان ٣٩٧: ١٠.

٤- التذكرة ٢٧٠: ٢.

٥- المسالك ٢٩٦: ٢.

٦- الروضه ٦٩: ٧.

الحاله السابقه،لكنه معارض بالمثل؛ أو للإطلاقات،و في انصرافها إلى محلّ الفرض إشكال.

و يفهم من إطلاق الماتن و كثير اشتراط التكليف خاصه و عدم اشتراط الرشد فيصحّ من السفیه؛ و لعلّه لأنّ حضانته ليست مالاً،و إنّما يحجر السفیه له؛ و مطلق كونه مولی عليه غير مانع.

خلافاً للدروس،فاستقرب اشتراطه؛ محتجّاً بأنّ الشارع لم يأتّمه على ماله فعلى الطفل و ماله أولى بالمنع؛ و لأنّ الالتقاط ائتمان شرعی و الشرع لم يأتّمه (١).

و يضعّف بأنّ عدم ائتمانه إنّما هو على المال لا على غيره،بل جوّز تصرّفه في غيره مطلقاً.و على تقدير أن يوجد معه مال يمكن الجمع بين القاعدتين الشرعيتين،و هما:عدم استئمان المبدّر على المال،و تأهيله لغيره من مطلق التصرفات التي من جملتها الالتقاط و الحضانه،فيؤخذ منه المال خاصّه.

و يشكّل بأنّ صحّحه التقاطه يستلزم وجوب إنفاقه،و هو ممتنع من المبدّر؛ لاستلزامه التصرف الماليّ،و جعل التصرف فيه لآخر يستعقب الضرر على الطفل بتوزيع أموره،هذا.

مضافاً إلى عدم عموم يشمل جواز التقاطه،فليرجع فيه إلى حكم الأصل،و هو عدم جوازه،فتأمل.

و كذا يفهم من ذلك عدم اشتراط العداله.و إليه ذهب الأ-كثر على الظاهر المصرّح به في المسالك (٢)،قيل:للأصل،و لأنّ المسلم محلّ

ص:١٤١

١- الدروس ٣:٧٦.

٢- المسالك ٢:٢٩٧.

الأمانه، مع أنه ليس استئماناً حقيقياً، ولا انتقاضه بالتقاط الكافر مثله، لجوازه بغير خلاف (١).

وقيل: بالاشتراط، كما عن الشيخ في أحد قوله (٢)، والفاضل في التذكرة و التحرير و الإرشاد و القواعد (٣)؛ لافتقار الالتقاط إلى الحضانه، و هي استئمان لا يليق بالفاسق؛ و لأنه لا يؤمن أن يستره و يأخذ ماله.

و فيه نظر، و لعل الأول أظهر، سيما مع التأييد بالإطلاقات الواردة مورد الغالب؛ لندره العادل، فتأمل.

و لا ريب أن الأول أحوط، كما صرح به الشهيد الثاني (٤) وفاقاً للمحكى عن المحقق الثاني (٥)، فتدبر.

و هنا قول ثالث يحكى عن المحقق الثاني بالتفصيل بين ما إذا كان له مال فالثاني؛ لأن الخيانه في المال أمر راجح، و ما إذا لم يكن فالأول؛ لما مر (٦).

و فيه أيضاً نظر.

و في اشتراط الإسلام في التقاط المحكوم بإسلامه كلقيط دار الإسلام، أو الكفر مع وجود مسلم فيها يمكن تولّده منه تردد ينشأ: من انتفاء سبيل الكافر على المسلم، و أنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه، سيما إذا تخلّق بالتربيّه و الصحبه المتأكّده بأخلاقه و أقواله و أفعاله. و من أصالتي الجواز و عدم الاشتراط، مع كون المقصود الأهم من الالتقاط الحضانه

ص: ١٤٢

١- المسالك ٢: ٢٩٧.

٢- المبسوط ٣: ٣٤٠.

٣- التذكرة ٢: ٢٥٢، التحرير ٢: ١٢٣، الإرشاد ١: ٤٤٠، القواعد ١: ١٩٥.

٤- الروضه البهيّه ٧: ٧٣.

٥- جامع المقاصد ٦: ١٠٨.

٦- جامع المقاصد ٦: ١٠٨.

و التريبه، و هما يحصلان مع الكفر.

و المناقشه فى هذه الوجوه واضحه؛ لاندفاع الأصاله الأولى بعدم دليل عليها سوى الإطلاقات، و فى انصرافها إلى محلّ البحث إشكال؛ لعدم تبادره منها بناءً على ورودها خطابات للمسلمين و فى بلادهم. و يعضده ورود النصوص (١) بحريّه المنبوذ على الإطلاق، مع اختصاصه بمنبوذ دار الإسلام بالإجماع.

و منه يظهر الجواب من الأصاله الثانيه، فإنّها صحيحه حيث يوجد عمومات أو إطلاقات ظاهره تدلّ على الجواز على الإطلاق، و ليس شىء منهما بموجود فى المسأله، كما عرفته.

و كون المقصود الأهم منه ما ذكر من الحضانه لا يستلزم المنع عن ثبوت المنع من حجّه أخرى ظاهره، و لا ريب أنّ ما قدّمناه من وجوه الأوّل منها بلا شبهه، سيّما مع ورود النصّ الصريح بالتعليل الاعتبارى، منها: فى المنع عن تزويج العارفه المؤمنه من المخالف بأنّ المرأه تأخذ من أدب زوجها.

فالأوّل أقوى، وفاقاً لأكثر أصحابنا، بل عليه عامّتهم كما لا يذهب على المتتبع و لا يخفى. و ليس المخالف عدا الماتن هنا و فى الشرائع (٢) حيث تردّد فيهما، و الشيخ فى الخلاف كما فى التنقيح (٣)، أو المبسوط كما فى المسالك (٤).

ص: ١٤٣

١- انظر الوسائل ٢٥:٤٦٧ أبواب اللقطه ب ٢٢.

٢- الشرائع ٣:٢٨٤.

٣- التنقيح الرائع ٤:١٠٦.

٤- كذا، و لعله سهو، فإنّ الموجود فيهما اشتراط الإسلام، انظر المبسوط ٣:٣٤٠، و المسالك ٢:٢٩٧.

ثم إنَّ محلَّ الخلاف على ما يستفاد من كلمات الأصحاب و تعليلاتهم في الباب، و به صرَّح جمع كالشيخ في المبسوط (١)، و الفاضل في جملة من كتبه (٢)، على ما حكى عنهما، و الشهيدان و غيرهما (٣) ما قيّدنا به العبارة من كون اللقيط محكوماً بإسلامه، دون ما إذا كان محكوماً بكفره، فللكافر التقاطه بلا خلاف.

و ربما يستفاد من التنقيح انسحاب الخلاف فيه أيضاً، فإنّه قال بعد نقل القولين -: و التحقيق أنّه إن حكم بإسلام اللقيط اشترط إسلام الملتقط، و إلّا فلا (٤). و هو كما ترى؛ لما مضى.

و أضعف منه ما ينقل من بعض المتأخّرين من المنع عن التقاط الكافر لمثله (٥)، فقد نفى الخلاف عن جوازه صريحاً جماعه، و منهم: شيخنا في المسالك و الروضة في بحث عدم اشتراط العدالة (٦)؛ و هو الحجّة، مضافاً إلى الآيه الكريمة وَ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ [١] (٧). و ما ربما يتخيّل للمنع من ورود النصّ بأنّ «كلّ مولود يولد على الفطره» (٨) ففي التقاط الكافر له افتتان له و لو في الجملة؛ مدفوع بأنّه لو

ص: ١٤٤

١- المبسوط ٣:٣٤٠.

٢- القواعد ١:١٩٥، التحرير ٢:١٢٣، التذكرة ٢:٢٧٠.

٣- الدروس ٣:٧٥، المسالك ٢:٢٩٧، الروضة ٧:٧٢، مجمع الفائدة و البرهان ١٠:٣٩٩.

٤- التنقيح ٤:١٠٦.

٥- حكاة عن المحقق الثاني في مجمع الفائدة و البرهان ١٠:٣٩٩، و انظر جامع المقاصد ٦:١٠٢.

٦- المسالك ٢:٢٩٧، الروضة ٧:٧٢.

٧- الأنفال: ٧٣.

٨- الفقيه ٢٦/٩٦، علل الشرائع: ٢/٣٧٦، الوسائل ١٥:١٢٥ أبواب جهاد العدو ب ٤٨ ح ٣.

صحّ لجري في منع الكافر عن حضائته لولده، وهو مخالف للضرورة.

ولا يجوز أن يلتقط المملوك اللقيط إلا بإذن مولاه بلا خلاف أجده، بل عليه الإجماع في كلام بعض الأجله (1)؛ وهو الحجّه؛ مضافاً إلى أنّ منفعه له، وحقّه مضيق ولا يتفرّغ للحضانه؛ و فحوى الخبر:

عن المملوك يأخذ اللقطه، قال: «و ما للمملوك و اللقطه، و المملوك لا يملك من نفسه شيئاً، فلا يعرض لها المملوك، فإنّه ينبغي أن يعرّفها سنه» (2) الخبر، فتدبر.

أمّا لو أذن له فيه ابتداءً، أو أقرّه عليه بعد وضع يده عليه جاز، و كان السيّد في الحقيقه هو الملتقط و العبد نائبه.

قيل: ثمّ لا يجوز للسيّد الرجوع فيه (3).

ولا فرق بين القرنّ و المكاتب و المدبرّ و المبغض و أمّ الولد؛ لعدم جواز تبرّع واحد منهم بماله و لا منفعه إلا بإذن سيّده. و لا يدفع ذلك مهايه المبغض و إن وفي زمانه المختصّ به بالحضانه؛ لعدم لزومها، فجاز تطرّق المانع كلّ وقت.

نعم لو لم يوجد للقيط كافل غير العبد، و خيف عليه التلف بالإبقاء فعن التذكرة (4) جواز التقاطه له حينئذٍ. و لعلّه أراد به الوجوب، كما صرّح به في الدروس (5).

ص: ١٤٥

١- مجمع الفائدة و البرهان ٣٩٨: ١٠.

٢- الكافي ٢٣/٣٠٩، الفقيه ١٨٨/٨٤٥، التهذيب ٣٩٧/١١٩٧، الوسائل ٤٦٥: ٢٥ أبواب اللقطه ب ٢٠ ح ١.

٣- قاله المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٠٧: ٦.

٤- التذكرة ٢٧٠: ٢.

٥- الدروس ٧٥: ٣.

ولا- ريب فيه، لكنّه لا- يوجب إلحاق حكم اللقطة به، وإنّما دلّت ضروره على الوجوب من حيث إنقاذ النفس المحترمه من الهلكه، وهو غير حكم اللقطة، كما مرّ إليه الإشاره. فلو وجد من له أهليته الالتقاط وجب عليه انتزاعه منه، وسيده من الجملة؛ لانتفاء أهليته العبد له.

وأخذ اللقيط مستحبّ إمّا مطلقاً، كما عليه الماتن هنا وفي الشرائع (١)، أو مع عدم الخوف عليه، وأمّا معه فيجب، كما في ظاهر الدروس و صريح اللمعه (٢). واستوجه هذا شيخنا في المسالك و الروضه (٣)، و تبعه في الكفايه (٤).

استناداً في الصورة الأولى إلى الأصل، مع سلامته عن المعارض سوى الأمر بالإعانه على البرّ، وهو للاستحباب لاستلزام وجوبه وجوب الإعانه على كثير من وجوه البرّ التي تشهد ضروره بعدم وجوبها فيها.

و البناء على التخصيص يوجب خروج مثل هذا العام عن الحجية لخروج أكثر أفراده مع أنه برهن في محله اشتراط بقاء ما يقرب من مدلول العام في حجيته فيما يبقى منه بعد تخصيصه.

و في الصورة الثانيه إلى وجوب دفع الضرر عن النفس المحترمه بالإجماع، بل الضروره.

و هذا التفصيل لا يخلو عن قوّه إن وجد الصورة الأولى، ولكن في وجودها مناقشه كما صرّح به بعض الأجلّه قال: إذ الطفل في محلّ التلف

ص: ١٤٦

١- الشرائع ٣:٢٨٥.

٢- الدروس ٣:٧٦، اللمعه (الروضه البهيه ٧): ٧٧.

٣- المسالك ٢:٢٩٧، الروضه ٧:٧٧.

٤- الكفايه: ٢٣٤.

مع عدم الكفيل (١). فيأذا الأ-جود الوجوب مطلقاً، وفاقاً للشيخ (٢) والأ-كث، كما في المسالك و الكفايه (٣). بل ادعى عليه الصيمرى فى شرح الشرائع الشهره (٤).

و منه يظهر أضعفيه مختار الماتن مع تفرّده به على الظاهر، فلم نر له موافقاً، ولا حكاة أحد.

ثم على المختار ليس الوجوب عيئياً، بل كفائياً، إجماعاً كما عن التذكرة (٥).

و اللقيط فى دار الإسلام حرّ محكوم بإسلامه، لا يجوز تملكه و لا كذلك اللقيط فى دار الشرك فإنّه رقّ محكوم بكفره [يجوز استرقاقه]، بلا خلاف أجده فى المقامين، و احتمله إجماعاً بعض الأجله (٦)؛ و هو الحجّه.

مضافاً فى الأوّل إلى أصاله الحرّيه فى الناس المستفاده من الأدله المتقدّمه فى كتاب العتق من الفتوى و الروايه.

و خصوص النصوص المستفيضة.

ففى الصحيح: «المنبوذ حرّ، فإذا كبر فإن شاء توالى إلى الذى التقطه، و إلّا فليردّ عليه النفقه، و ليذهب فليوال من شاء» (٧).

ص: ١٤٧

١- مجمع الفائدة و البرهان ٣٩٣: ١٠.

٢- المبسوط ٣٣٦: ٣.

٣- المسالك ٢٩٧: ٢، الكفايه ٢٣٤.

٤- غايه المرام ١٤٥: ٤.

٥- التذكرة ٢٧٠: ٢.

٦- انظر مجمع الفائدة و البرهان ٤١٤: ١٠، و الحدائق ٣٨٣: ١٩.

٧- الكافى ٣/٢٢٥، الوسائل ٤٦٧: ٢٥، أبواب اللقطه ب ٢٢ ح ٣.

وفيه: عن اللقيط، فقال: «حرّ لا يباع ولا يوهب» (١) ونحوه آخر إلّا أنّه أثبت فيه المذكور (٢).

وفي الخبر: «اللقيط لا يشتري ولا يباع» (٣).

وفي آخر: «المنبوذ حرّ، فإن أحبّ أن يوالى غير الذى ربّاه والاه، فإن طلب منه الذى ربّاه النفقه و كان مؤسراً ردّ عليه، وإن كان معسراً كان ما أنفق عليه صدقه» (٤).

إلى غير ذلك من النصوص، وهى وإن كانت مطلقة شاملة للقيط دار الشرك أيضاً، إلّا أنّه غير متبادر منها بعد ورودها خطابات للمسلمين وفى بلادهم، وقد مرّ نظيره، هذا.

مع ما عرفت من الاتفاق على الظاهر على الحكم برقيته، فبه تقيّد تلك الإطلاقات على تقدير تسليم ظهور شمولها لمحلّ البحث، وتخصّ أصله الحرّيّة المتقدّمة.

قالوا: والمراد ببلاد الإسلام هنا ما ينفذ فيه حكمه، ولا يكون فيها كافر إلّا معاهد. و دار الكفر ما ينفذ فيه أحكامه، ولا يوجد فيها مسلم إلّا مسالم. قالوا: ولو وجد فيها مسلم ولو واحد يمكن تولده منه ولو إمكاناً ضعيفاً الحق به، ولم يحكم بكفره ولا رقه؛ ولعله لما ورد من أنّ «الإسلام يعلو ولا يعلى» (٥).

واعلم أنّ المعروف من مذهب الأصحاب وأكثر أهل العلم كما فى

ص: ١٤٨

- ١- الكافي ٥/٢٢٥، الوسائل ٥:٤٦٨ أبواب اللقطة ب ٢٢ ح ٥.
- ٢- الكافي ٥/٢٢٥، الوسائل ٥:٤٦٧ أبواب اللقطة ب ٢٢ ح ٤.
- ٣- الكافي ٥/١/٢٢٤، الوسائل ٥:٤٦٧ أبواب اللقطة ب ٢٢ ح ١.
- ٤- الكافي ٥/٢/٢٢٤، الوسائل ٥:٤٦٧ أبواب اللقطة ب ٢٢ ح ٢.
- ٥- الفقيه ٤:٧٧٨/٢٤٣، الوسائل ٤:١٤/٢٦ أبواب موانع الإرث ب ١ ح ١١.

المسالك و غيره (١) أنه لا ولاية للملتقط ولا لغيره من المسلمين عليه، إلا في حضانتها و تربيته بل هو سائبه يتولى من شاء. و عليه دلت جمله من النصوص المتقدمه و غيرها (٢).

و يتفرع عليه انه إذا لم يتوال أحداً بعد بلوغه فعاقلته و وارثه الإمام (عليه السلام) إذا لم يكن له وارث و لم يظهر له نسب. فديه جنايته خطأ عليه، و حق قصاصه في النفس له. و في الطرف للقيط بعد بلوغه قصاصاً و ديه، قيل: و يجوز للإمام تعجيله قبله كما يجوز ذلك للأب و الجد، على أصح القولين (٣).

و يستفاد من شيخنا في الروضه وقوع الخلاف في أصل الحكم حيث قال بعد بيان أنه لا- ولاية عليه للملتقط و لا لأحد من المسلمين-: خلافاً للشيخ (٤).

و لعله أشار به إلى ما يحكى في المختلف و الدروس عنه و عن المفيد (٥) من أنه إذا لم يتوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين و لم يكن للذى أنفق عليه ولاؤه، و إن ترك (٦) و لم يترك ولدًا، و لا- قرابه له من المسلمين، كان ما تركه لبيت المال كما عن الأول، أو لبيت مال المسلمين كما عن الثاني.

ص: ١٤٩

١- المسالك ٢:٢٩٧؛ و انظر الروضه ٧:٧٧، و الكفايه: ٢٣٤.

٢- راجع ص: ١٤٤، و انظر الوسائل ٢٣:٩٧ أبواب العتق ب ٦٢، و ١٧:٢٩٩ أبواب ما يكتسب به ب ٩٦.

٣- قاله الشهيد الثاني في الروضه ٧:٧٩.

٤- الروضه ٧:٧٧.

٥- المختلف: ٤٥٣، الدروس ٣:٨١، و هو في النهايه: ٣٢٣، و المقنعه: ٦٤٨.

٦- أي: إن ترك اللقيط مالا.

لكن ذكر الحلّي أنّ المقصود من بيت المال هنا بيت مال الإمام، دون بيت مال المسلمين، قال: فإذا ورد لفظ: إنّه للمسلمين، أو لبيت المال، فالمراد أنّه بيت مال الإمام (عليه السّلام)، وإنّما أطلق القول بذلك لما فيه من التّقيه لأنّ بعض المخالفين لا يوافق عليه. ثم قال: هكذا أورده شيخنا في آخر الجزء الأوّل من مبسوطه، وهو الحقّ اليقيني (١)، انتهى.

و لعلّه لذا نسب الحكم في المسالك و غيره (٢) إلى الأصحاب من غير نقل خلاف.

و فيه نظر، كنسبه الخلاف في الروضه إلى الشيخ خاصّه؛ لما عرفته من موافقه المفيد له، مع أنّه حكى في الكتابين أيضاً عن الإسكافي قولاً آخر يخالف ما عليه الأصحاب و لو في الجملة، و هو أنّه لو أنفق عليه و تولّى غيره ردّ عليه النفقه، فإنّ أبي فله ولاؤه و ميراثه. و لكن حملة الفاضل (٣) على أخذ قدر النفقه من ميراثه.

و على أيّ حال فالحقّ ما ذكره الأصحاب، و لا دليل على ما ذهب إليه الإسكافي و الشيخان في ظاهر عبارتهم.

و يقبل إقراره على نفسه بالرقية مع بلوغه و رشده أي: و عقله، ما لم يعلم حرّيته سابقاً بشياع و نحوه على الأظهر الأشهر؛ لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (٤)؛ و خصوص ما مرّ في كتاب العتق من النصّ الدال على أنّ «الناس أحرار إلّا من أقرّ على نفسه بالعبودية» (٥).

ص: ١٥٠

١- السرائر ١٠٨:٢.

٢- المسالك ٢٩٨:٢؛ و انظر التذكرة ٢٧٦:٢.

٣- المختلف: ٤٥٣.

٤- الوسائل ١٨٤:٢٣ أبواب الإقرار ب ٣ ح ٢.

٥- الكافي ١٩٥/٥:٦، الفقيه ٣٠٢/٨٤:٣، التهذيب ٨٤٥/٢٣٥:٨، الوسائل ٥٤:٢٣ أبواب العتق ب ٢٩ ح ١.

خلافاً للحلى فقال: لا يقبل إقراره عند محصلي أصحابنا، وهو الأصح؛ لأنّ الشارع حكم عليه بالحرية (١).

و يضعف بأنّ حكم الشرع على الحرّيه بناءً على الأصل، وهو يدفع بالإقرار بعده. ولا فرق بين اللقيط وغيره من المجهولين، فلو جاء رجل وأقرّ بالعبودية يقبل. وقد كان على مذهبه أنّه لا يقبل؛ لأنّه كان محكوماً عليه بالحرّيه شرعاً فلا يقبل إقراره بالعبودية. وهذا كلّ غلط كما في المختلف (٢)، ومع ذلك النصّ الخاصّ المتقدّم يدفعه صريحاً.

نعم إن اعترف سابقاً بحرّيته مع الوصفين ثم ادعى رقيته أمكن عدم قبول إقراره؛ لكونه مناقضاً لإقراره السابق، وفاقاً لجماعه و منهم الشيخ في المبسوط (٣).

خلافاً لآخرين و منهم المحقق الثاني كما حكى (٤)، وجعله الأشهر شيخنا الشهيد الثاني (٥) فقبلوه هنا أيضاً؛ للعموم السابق، و عدم منافاه الإقرار السابق له، فإنّه له و الثاني عليه، فليقدّم بمقتضى النصّ المتقدّم الدالّ على قبول الإقرار عليه، و لا دليل على قبوله له حيث ينافى الأصل. و قبوله حيث لا ينافيه كما في محل البحث إنّما هو من حيث الأصل، و لولاه لما قبل، فوجود هذا الإقرار كعدمه.

و لعلّه أقوى.

ثم إنّ كلّ ذا إذا لم يكذّبه المقرّر له، و أمّا معه ففي قبول إقراره حيث

ص: ١٥١

١- السرائر ٣٥٤:٢.

٢- المختلف: ٤٤٣.

٣- المبسوط ٣٥٢:٣.

٤- جامع المقاصد ١٣١:٦.

٥- المسالك ٢٩٩:٢.

يقبل من دونه قولان، اختار ثانيهما في المبسوط (١)، وأولهما في المسالك (٢). ويتفرع عليه ما إذا عاد المقر له فصدقه فلا يلتفت إليه على الأول؛ لأنه لمّا كذّبه ثبت حرّيته بالأصل فلا يعود رقيقاً. ونعم على الثاني؛ لأن الرقيّه المطلقه تصير كالمال المجهول المالك يقبل إقرار مدّعيه ثانياً وإن أنكره أولاً.

و حيث حكم برقيته ففي بطلان تصرفاته السابقه على الإقرار أوجه، يفرق في ثالثها بين ما لم يبق أثره كالبيع و الشراء فلا يبطل، و ما يبقى كالنكاح فيبطل، و عليه نصف المهر قبل الدخول، و تمامه بعده. و لو كانت المقرّه الزوجه اللقيطه لم يحكم بالبطلان؛ لتعلقه بالغير و يثبت للسيد أقلّ الأمرين من المسمى و عقر الأمه. و اختار هذا في الدروس (٣).

و اعلم أنّ المعروف من مذهب الأصحاب من غير خلاف يعرف أنّ الواجب على الملتقط حضانتها بالمعروف، و هو تعهده و القيام بضروره تربيته بنفسه أو بغيره. و أنّه لا يجب عليه الإنفاق من ماله ابتداءً، بل من مال اللقيط الموجود تحت يده، أو الموقوف على أمثاله، أو الموصى لهم به، بإذن الحاكم مع إمكانه، و إلّا أنفق و لا ضمان.

و عن التذكرة الإجماع (٤) على عدم وجوب الإنفاق عليه ابتداءً، و جوازه على اللقيط من ماله لكن بإذن الحاكم مع إمكانه. و لا ريب في اعتباره حينئذٍ؛ لأصاله عدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه أو إذن

ص: ١٥٢

١- المبسوط ٣:٣٥٢.

٢- المسالك ٢:٢٩٩.

٣- الدروس ٣:٨١.

٤- التذكرة ٢:٢٧٣.

وليه. و ولايته مقصوره على الحضانه دون التصرف فى المال.

و هذا و إن جرى فى صورته عدم إمكان الإذن، إلا أنّ الجواز فيها للضرورة المبيحه، و هى فى صورته الإمكان مفقوده.

فالحكم بالجواز فى الصورتين كما يميل إليه بعض متأخري متأخري الطائفة (١) لا وجه له، سيما مع كون التفصيل بينهما بالجواز فى إحداهما و عدمه فى الثانيه معروفاً بين الطائفة. و به صرح فى الكفايه (٢).

ثم إن هذا إن وجد للقيط مال.

و أمّا إذا وجد الملتقط و لا مال له، فإن وجد سلطاناً استعان به على نفقته من بيت المال أو الزكاه فإن لم يجد و تعذر عليه استعان بالمسلمين و يجب عليهم مساعدته بالنفقه كفايه، على الأشهر بين الطائفة؛ لوجوب إعانه المحتاج كذلك مطلقاً.

خلافاً للماتن فى الشرائع حيث تردّد فيه (٣): ممّا مرّ، و من أنّ الوجوب حكم شرعى فيقف على دليل، و ليس، مضافاً إلى أصله البراهه.

و يمنعان بما عرفته، فإنه أخصّ.

فإذا الأشهر أظهر، و عليه فإن وجد متبرّع منهم، و إلا كان الملتقط و غيره ممن لا ينفق إلا بئيه الرجوع سواء فى الوجوب.

و إن تعذر الأمران من الرجوع إلى السلطان، و الاستعانه بالمسلمين أنفق الملتقط وجوباً و رجع عليه بعد يساره إذا نوى الرجوع بها عليه و لو تبرّع فلم ينو لم يرجع كما لا يرجع لو وجد

ص: ١٥٣

١- مجمع الفائده و البرهان ٤١٧: ١٠.

٢- الكفايه: ٢٣٥.

٣- الشرائع ٢٨٤: ٣.

المعين المتبرع فلم يستعن به.

و لا إشكال فى شىء من ذلك و لا خلاف إلّا فى الرجوع مع نيته، فقد خالف فيه الحلّى و قال: الأقوى عندى أنّه لا يرجع به عليه؛ لأنّه لا دليل على ذلك، و الأصل براءة الذمّه، و شغلها يحتاج إلى أدلّه ظاهره (١).

و يضعف باستتزام ما ذكره الإضرار باللقيط و الملتقط، و هو منقضى بالنصّ و الإجماع. و ذلك فإنّه إمّا أن يجب النفقه على الملتقط، أو لا. و الأوّل باطل؛ لأنّه ضرر به، مع أنّه خرق للإجماع أيضاً كما فى المختلف قال: إذ لم يوجب أحد مجاناً (٢). و الثانى باطل أيضاً؛ لأنّه ضرر على اللقيط؛ إذ لملتقطه ترك ما ليس بواجب عليه فيؤدى ذلك إلى تلفه، و الإجماع بل الضروره تنادى ببطلانه، هذا.

مع أنّه قد مرّ جملة من النصوص (٣) الدالّة على جواز الرجوع بها عليه، بل تضمّنت أمر اللقيط بردها عليه، و فيها الصحيح و غيره. و قصور سنده مجبور بالعمل، فلا قدح فيه، كما لا قدح فى شمولهما لما لا يجوز له الرجوع فيه إجماعاً؛ لجواز التقييد و التخصيص مع حجيه العام فى الباقي.

و فى الصحيح: عن اللقيطه، فقال: «لا تباع و لا تشتري، و لكن استخدمها بما أنفقته عليها» (٤) و ربما كان فيه تأييد ما لما اخترناه، فلا إشكال فيه أصلاً.

ص: ١٥٤

١- السرائر ١٠٧: ٢.

٢- المختلف: ٤٥٣.

٣- راجع ص: ١٤٥، ١٤٤.

٤- الكافي ٤/٢٢٥، الوسائل ٤٦٧: ٢٥ أبواب اللقطه ب ٢٢ ح ٤.

و هل يشترط مع نيته الرجوع للإشهاد؟ عن التذكرة: نعم (١)، و عن الحلبي: لا (٢). و هو أشهر و أقوى؛ للأصل، مع عدم ما يوجب الخروج عنه. نعم الأحوط ذلك ليسلم عن اليمين لو ادعى اللقيط عليه التبرع.

القسم الثاني: في الضوَال

القسم الثاني: في الضوَال جمع ضالّه.

و هي: كلّ حيوان مملوك ضائع أخذ و لا- يد محترمه عليه. احتُرز بالمملوك عن نحو الخنزير و الكلب العقور، و بالضائع عمّا يوجد و عليه يد المالك، و بلا يد عليه عن الحيوان الضائع عن مالكة و هو بيد الملتقط.

و أخذه في صورته الجواز الآتية مكروه كما هو من مذهبهم معروف.

قيل (٣): للنصوص، منها النبوي: « لا يأوى الضالّ إلّا الضالّ » (٤) و الخبران: « الضوَال لا يأكلها إلّا الضالّون » (٥) و زيد في أحدهما: « إذا لم يعرفوها » (٦).

و في الاستدلال بهما نظر؛ لورودهما في الأكل دون مجرد الأخذ الذي هو محلّ البحث، فلا دلالة فيه على المنع عنه. و ربما كان في الثاني من جهة الزيادة إشعار بل ظهور في اختصاص المنع بالأوّل دون الثاني، فتدبر.

و لكن الأمر في ذلك سهل لأنّ في فتاوى الأصحاب و الخبر الأوّل

ص: ١٥٥

١- التذكرة ٢٧٣:٢.

٢- حكاة عنه في التنقيح ١٠٨:٤، و انظر السرائر ١٠٧:٢.

٣- قاله الشهيد الثاني في المسالك ٣٠٠:٢، و السبزواري في الكفاية: ٢٣٥.

٤- سنن البيهقي ١٩٠:٦.

٥- التهذيب ١١٩٣/٣٩٦:٦، الوسائل ٢٥:٤٤٠ أبواب اللقطة ب ١ ح ٥.

٦- التهذيب ١١٨٢/٣٩٤:٦، الوسائل ٢٥:٤٤٢ أبواب اللقطة ب ٢ ح ٤.

كفايه و إن ضعف السند، و لم يبلغ الفتوى درجه الإجماع؛ لجواز التسامح فى أمثال المقام.

و استثنوا من ذلك الأخذ مع تحقق التلف فقالوا: إنه جائز، بل مستحب صيانته للمال المحترم عنه، مع انتفاء الفائدة للمالك على تقدير تركها، قيل: بل قد يجب كفاية إذا عرف مالها (١).

و حيث قد دلت فحوى العبارة على اختلاف حكم التقاط الضالة حرمة و حلاً أراد بيان كل من صورتين، و أشار إلى الأولى بقوله: فالبعير لا يؤخذ إذا وُجد فى كلاً و ماء، أو كان صحيحاً، إجماعاً كما يأتى.

و الصحاح به مع ذلك مستفيضه، فى اثنين منها: «إنى وجدت شاه، فقال رسول الله (صلى الله عليه و آله): هى لك، أو لأخيك، أو للذئب، فقال: يا رسول الله إننى وجدت بعيراً، فقال: معه حذاؤه و سقاؤه، حذاؤه خفه، و سقاؤه كرشه» (٢).

و فى ثالث: «عن الشاه الضالة بالفلاح، فقال للسائل: هى لك، أو لأخيك، أو للذئب، قال: و ما أحب أن أمسيها، و سئل عن البعير الضال، فقال للسائل: مالك و له، خفه حذاؤه إلى أن قال خل عنه» (٣) و نحوها مفهوم الرابع الآتى، هذا.

مضافاً إلى الأصل الدال على عدم جواز إثبات اليد على مال الغير من دون الإذن أو السبب المرخص فيه، و ليسا فى محل الفرض؛ لعدم معرفه بالصاحب، و أن البعير مصون عن السباع بامتناعه مستغن بالرعى.

ص: ١٥٦

١- كما فى الروضه ٧: ٨٣.

٢- الكافى ١٢/١٤٠، التهذيب ١١٨٤/٣٩٤، الوسائل ٢٥: ٤٥٧ أبواب اللقطه ب ١٣ ح ١.

٣- الفقيه ٣: ٨٤٨/١٨٨، التهذيب ١١٨٥/٣٩٤، الوسائل ٢٥: ٤٥٩ أبواب اللقطه ب ١٣ ح ٥.

فمصلحة المالك ترك التعرض له حتى يجده، والغالب أن من أضل شيئاً يطلبه حيث يضعه، فإذا أخذه غيره ضاع عنه، و عليه نته في بعض النصوص (١).

و لو أخذه في هذه الصورة ضمنه الآخذ لأنه غاصب، فلا يبرأ إلّا برده إلى المالك، أو الحاكم مع فقده، لا بالإرسال، و لا برده إلى المكان الأول. قيل: إلّا إذا أخذها ليردها إلى المالك (٢).

و في روايه: « الضاله يجدها الرجل فينوي أن يأخذ لها جعلاً فتنفق، قال: هو ضامن، فإن لم ينو أن يأخذ لها جعلاً فنفتت فلا ضمان عليه» (٣).

و في الصحيح: « من وجد ضالّه و لم يعرّفها، ثم وجدت عنده، فإنّها لربّها، أو مثلها من مال الذي كتمها» (٤).

و كذا حكم الدابه و البقره و الحمار، بلا خلاف في الأول أجده.

و جعله المعروف من مذهب الأصحاب في الكفايه (٥)؛ للأصل المتقدم.

مضافاً إلى خصوص الخبرين، في أحدهما: « إن أمير المؤمنين (عليه السلام) قضى في رجل ترك دابّه من جهد، قال: إن كان تركها في كلاً و ماء و أمن فهي له، يأخذها حيث أصابها، و إن كان ترك في خوف و على غير ماء و لا كلاً، فهي لمن أصابها» (٦).

ص: ١٥٧

١- الوسائل ٢٥:٤٣٩ أبواب اللقطه ب ١.

٢- قال به الكاشاني في المفاتيح ٣:١٨١.

٣- الفقيه ٣:٨٥٢/١٨٩، التهذيب ٦:١١٩٢/٣٩٦، الوسائل ٢٥:٤٦٤ أبواب اللقطه ب ١٩ ح ١.

٤- الكافي ٥:١٧/١٤١، الفقيه ٣:٨٤٣/١٨٧، التهذيب ٦:١١٨٠/٣٩٣، الوسائل ٢٥:٤٦٠ أبواب اللقطه ب ١٤ ح ١.

٥- الكفايه: ٢٣٥.

٦- الكافي ٥:١٤/١٤٠، التهذيب ٥:١١٧٨/٣٩٣، الوسائل ٢٥:٤٥٨ أبواب اللقطه ب ١٣ ح ٤.

و فى الثانى: «إنه (عليه السلام) كان يقول فى الدابة إذا سرحها أهلها، أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهى للذى أحياها» قال: «و قضى على (عليه السلام) فى رجل ترك دابته، فقال: إن كان تركها فى كالأ و ماء و أمن فهى له، يأخذها متى شاء، و إن تركها فى غير كالأ و ماء، فهى للذى أحياها» (١).

و على مذهب الخلاف و السرائر (٢) فى الأخيرين، و وافقه الماتن فى الشرائع (٣) لكن بعد التردد. و فى المسالك (٤) استجود إلحاق الأول منهما، دون الثانى. و استقرب عدم الإلحاق فى الكفاية قال: وقوفاً فى النهى على مورد النص (٥).

و فىه نظر؛ التفاتاً إلى ما يستفاد من النصوص من أن وجه الحكمة فى جواز التقاط البعير و الدابة و عدمه، إنما هو الأمن من تلفه بامتناعه من صغار السباع و عدمه؛ مضافاً إلى ظهور اتفاق الفتاوى عليه فى المقامين؛ مع أن المنع عن التقاطهما هو الأوفق بالأصل المتقدم.

فالأجود الإلحاق فىهما، سيما مع عموم الصحيح الآتى بناءً على أن المراد من المال فىه خصوص الحيوان الضال، كما يشهد له سياقه، و صرح به بعض الأصحاب (٦).

و يجوز أن يؤخذ البعير و ما فى حكمه لو تركه صاحبه من

ص: ١٥٨

١- الكافى ١٦/١٤١، التهذيب ١١٨١/٣٩٣، الوسائل ٢٥:٤٥٨ أبواب اللقطة ب ١٣ ح ٣.

٢- الخلاف ٣:٥٧٩، السرائر ١٠٠:٢.

٣- الشرائع ٢٨٩:٣.

٤- المسالك ٣٠٠:٢.

٥- الكفاية: ٢٣٥.

٦- جامع المقاصد ١٣٨:٦.

جهد و عطب لمرض أو كسر أو غيرهما في غير كلاً و لا ماء، و يملكه الآخذ حينئذٍ على الأظهر الأشهر، بل عليه عاقبه من تأخر؛
للصحيح:

« من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض، قد كَلَّت و قامت، و سَيَّيها صاحبها لما لم تتبعه، فأخذها غيره، فأقام عليها، و أنفق نفقه
حتَّى أحيها من الكلال و من الموت، فهي له، و لا سبيل له عليها، و إنما هي مثل الشيء المباح» (١).

مضافاً إلى الخبرين المتقدمين في الدائمه.

خلافاً لابن حمزه (٢) فلم يجوز الآخذ أيضاً في هذه الصوره؛ التفاتاً منه إلى إطلاق المنع عنه في الصحاح المتقدمه.

و يضعف بلزوم تقييده بهذه النصوص المعتمده.

و ظاهرها كالعباره و نحوها من عبائر الجماعه، و صريح آخرين اشتراط الأمرين من الترك من جهد و في غير كلاً و ماء معاً، فلو
انتفى أحدهما بأن ترك من جهد في كلاً و ماء، أو من غير جهد في غيرهما، أو انتفى كلّ منهما بأن ترك من غير جهد فيهما لم
يجز الآخذ. و عليه الإجماع في ظاهر التنقيح و صريح الصيمرى (٣).

و ربما يستفاد من بعض متأخري المتأخرين (٤) ما يعرب عن كفايه أحدهما.

و لا ريب في ضعفه، مع عدم وضوح مستنده.

ص: ١٥٩

١- الكافي ١٣/١٤٠، التهذيب ١١٧٧/٣٩٢، الوسائل ٢٥:٤٥٨ أبواب اللقطه ب ١٣ ح ٢.

٢- الوسيله: ٢٧٨.

٣- التنقيح الرائع ٤:١١٠، غايه المرام ١٤٩:٤.

٤- انظر المفاتيح ١٨١:٣.

و هل الفلاسه المشتمله على كلاً دون ماءٍ أو بالعكس بحكم عادتهما، أو بحكم مشتملتهما؟ قولان، صريح التنقيح: الثاني (١)، و صريح شيخنا الشهيد الثاني: الأول، قال: لعدم قوام الحيوان بدونهما، و لظاهر قول أمير المؤمنين (عليه السلام) إنه إن تركها في غير كلاً و لا ماء، فهي للذي أحياها (٢).

و هذا أقوى.

و الشاه إن وجدت في الفلاسه التي يخاف عليها فيها من السباع أخذها الواجد جوازاً، بلا خلاف ظاهر مصرح به في المسالك (٣) و غيره (٤)، بل عليه الإجماع في شرح الشرائع للصيمري و عن التذكرة (٥)؛ و هو الحجّه.

مضافاً إلى الصحاح المتقدمه، و لأنها لا تمنع من صغير (٦) السباع فتكون كالتالفه، لا فائده للمالك في تركها له. و يتخير الآخذ بين حفظها لمالكها، و دفعها إلى الحاكم. و لا ضمان فيهما إجماعاً كما في شرح الشرائع للصيمري و المسالك (٧)؛ للأصل، و انتفاء الموجب للضمان في الصورتين، نظراً إلى الرخصه في الآخذ فيكون أميناً في الحفظ، و الدفع إلى الحاكم الذي هو بحكم المالك، لأنه ولي الغيب؛ و بين أن يتملكها، بلا خلاف.

و هل يضمناها حينئذٍ كما عن الأكثر مطلقاً أو مع ظهور

ص: ١٦٠

١- التنقيح ٤: ١١١.

٢- الروضه ٧: ٨٥.

٣- المسالك ٢: ٣٠١.

٤- انظر الكفايه: ٢٣٥.

٥- غايه المرام ٤: ١٥٠، التذكرة ٢: ٢٦٧.

٦- في المطبوع من المختصر (٢٦١): ضرر.

٧- غايه المرام ٤: ١٥١، المسالك ٢: ٣٠١.

المالك، أم لا؟ قولان، تردّد بينهما في الشرائع (١) من أنها مال الغير، و لم يوجد دليل ناقل عن حكم ضمانه، وإنما المتفق عليه جواز تصرّفه فيها، و لعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» و عموم الخبر: «من وجد شيئاً فهو له، فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه ردّه إليه» (٢).

و من ظاهر اللّام في قوله (عليه السّلام): «هي لك» في تلك الصحاح (٣)، و إطلاق الصحيحه الأخيره (٤) منها الصريحه في الملك بالأخذ، و به تخصّص العمومات المتقدّمه، مع قصور الروايه الأخيره منها سنداً، بل و دلالةً.

و أقياً ما يقال من احتمال اللّام الاختصاص الغير المنافي للضمان، و اختصاص الصحيحه الأخيره بحيوان سيّبه صاحبه فلم تعمّ صور المسأله.

فمحلّ مناقشه؛ لمنافاه الاحتمال الظاهر المتبادر منها عند الإطلاق، و اندفاع الاختصاص بعدم القول بالفرق بين الأصحاب.

و مع ذلك فلا-ريب أنّ الضمان أحوط، بل و أظهر؛ للصحيح المروى عن قرب الإسناد: عن رجل أصاب شاه في الصحراء، هل تحلّ له؟ قال:

«قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): هي لك، أو لأخيك، أو للذئب فخذها، و عرّفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردّها إلى صاحبها، و إن لم تعرف فكلها، و أنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها عليه» (٥).

لكن سيأتى في الصحيح: «إن من وجد ضالّه فلم يعرّفها، ثم وجدت

ص: ١٦١

١- الشرائع ٢٨٩:٣.

٢- الكافي ١٠/١٣٩:٥، التهذيب ١١٧٥/٣٩٢:٦، الوسائل ٢٥:٤٤٧ أبواب اللقطه ب ٤ ح ٢.

٣- المتقدمه في ص: ١٥٣.

٤- المتقدمه في ص: ١٥٦.

٥- قرب الإسناد: ١٠٨٦/٢٧٣، الوسائل ٢٥:٤٥٩ أبواب اللقطه ب ١٣ ح ٧.

عنده، فإنها لربها» الحديث (١). و يستفاد من مفهومه خروجه عن ملك المالك بالتعريف.

و هل له التملك قبل التعريف سنة؟ قيل: لا؛ للاستصحاب، و عموم الأمر بالتعريف فى اللقطات (٢). و قوى جماعه (٣) العدم (٤)؛ لإطلاق الصحاح بالملك من دون تقييد له به، مع ورودها فى مقام بيان الحاجة، و به يخص عموم الأمر المتقدم مع الاستصحاب، مع أنه لا عموم له، بل غايته الإطلاق الغير المنصرف بحكم التبادر و سياق جلّ من النصوص المشتمله عليه إلّا إلى لقطه الأموال غير الضوالّ.

و الأوّل أحوط، بل لعله أظهر؛ للصحيح المتقدم الصريح فى ذلك المعتضد بإطلاق الصحيح الآخر، بل عمومه الناشئ عن ترك الاستفصال:

عن الرجل يصيب درهماً أو ثوباً أو دابة، كيف يصنع؟ قال: «يعرفها سنة، فإن لم يعرفها فى عرض ماله حتى يجيء طالبها، فيعطىها إياه، و إن مات أوصى بها، و هو لها ضامن» (٥) فتأمل.

و الصحيح: «من وجد ضالّه فلم يعرفها، ثم وجدت عنده، فإنها

ص: ١٦٢

١- الكافى ١٧/١٤١، الفقيه ٣: ٨٤٣/١٨٧، التهذيب ٣: ١١٨٠/٣٩٣، الوسائل ٦: ٢٥: ٤٦٠ أبواب اللقطه ب ١٤ ح ١.

٢- انظر تحرير الأحكام ٢: ١٢٦.

٣- منهم العلامة فى التذكرة ٢: ٢٦٨، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٦: ١٤٠، و الشهيد الثانى فى الروضه ٧: ٨٧.

٤- المراد عدم توقّف التملك على التعريف، و العبارة غير ملائمه للسياق، و الأنسب: الجواز.

٥- الفقيه ٣: ٨٤٠/١٨٦، التهذيب ٦: ١١٩٨/٣٩٧، الوسائل ٦: ٢٥: ٤٦٦ أبواب اللقطه ب ٢٠ ح ٢.

لربّها» و الخبر: «الضوّالّ لا يأكلها إلّا الضالّون إذا لم يعرفوها» (١).

و فى روايه ضعيفه (٢) أنّ واجد الشاه يحبسها عنده ثلاثه أيام، فإن جاء صاحبها، و إلّا تصدّق بثمانها عن صاحبها. و قد حملها الأصحاب على ما إذا أخذت من العمران، و المساكن المأهوله، و ما هو قريب منها بحيث لا يخاف عليها من السباع.

و ظاهرهم الإطباق على العمل بها حينئذٍ، و لكن اختلفوا فى جواز الأخذ فيه، فعن المبسوط أنّه جوّز فيه و فيما كان متّصلاً به نصف فرسخ أخذ الحيوان ممتنعاً أو لا، و يتخيّر الآخذ بين الإنفاق تطوّعاً، أو الدفع إلى الحاكم، و ليس له أكله (٣).

و المشهور كما فى التنقيح (٤)، و عن التذكرة عدم الخلاف فيه (٥) المنع إلّا مع خوف التلف أو النهب، فيجوز أخذه حينئذٍ حفظاً لمالكه على وجه الحسبه. و فى الدروس عن الفاضل الموافق لهم إلّا فى الشاه، قال:

و منع الفاضل من أخذ ما فى العمران عدا الشاه إلّا أنّ يخاف عليه النهب أو التلف (٦).

و وجهه كوجه ما فى المبسوط غير واضح، مع أنّ الأصل عدم جواز الأخذ و التصرف فى ملك الغير بدون إذن من الشرع، كما هو مفروض

ص: ١٦٣

١- التهذيب ١١٨٢/٣٩٤، الوسائل ٢٥:٤٤٢ أبواب اللقطة ب ٢ ح ٤.

٢- التهذيب ١١٩٦/٣٩٧، الوسائل ٢٥:٤٥٩ أبواب اللقطة ب ١٣ ح ٦.

٣- المبسوط ٣:٣٢٠.

٤- التنقيح ٤:١١٣.

٥- التذكرة ٢:٢٦٧.

٦- الدروس ٣:٨٣.

و يجب أن ينفق الواجد على الضالّه إن لم يتفق سلطان ينفق عليها من بيت المال أو يأمره بالإنفاق؛ حفظاً لنفسها المحترمه عن الهلكه، ولا يرجع بالنفقه على المالك حيثما لم يجر له أخذها قطعاً؛ لعدم الإذن له فى الأخذ ولا الإنفاق وإن وجب عليه من باب الحفظ.

و هل يرجع بها على المالك حيثما جاز له الأخذ مع نية الرجوع؟ قولان، الأشبه نعم و عليه الأكثر، بل لعلّه عليه عامّه من تأخر؛ لما مرّ فى بحث الإنفاق على اللقيط، خلافاً لمن سبق ثمه (١). و دليله مع جوابه يعلم من هنا.

و لو كان للضالّه نفع كالظهر و الركوب أو اللبن جاز الانتفاع به فى مقابله الإنفاق، بلا خلاف كما يفهم من الروضه (٢). و يعضده الصحيح الوارد فى تجويز استخدام اللقيطه فى مقابله النفقه (٣).

و فى كيفيه الاحتساب بالمنفعه مكان النفقه قولان قال الشيخ فى النهايه (٤): كان ما استوفاه من المنافع بإزاء ما أنفق عليها. و حجّته هنا غير واضحه عدا ما ذكره جماعه من الحواله على ما ورد فى الرهن من الروايه (٥).

ص: ١٦٤

١- راجع ص: ١٥٣ ١٥٤.

٢- الروضه ٧: ٩١.

٣- المتقدم فى ص: ١٥٤.

٤- النهايه: ٣٢٤.

٥- منهم الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٤: ١١٥، و ابن فهد فى المهذب البارع ٤: ٣٠٥، و الشهيد الثانى فى المسالك ٢: ٣٠٢.

و يَضَعُ زياده على ما أوردنا عليها ثمَّه من ضعف السند، وقصور الدلاله و المخالفه للقواعد الشرعيه بأنَّه قياس فاسد في الشرعيه، مع أنَّ الروايه الدالَّه على ذلك ثمَّه مشرطه للرهيئه، فإنَّه «قال (عليه السَّلام): الظهر يركب إذا كان مرهوناً، و على الذى يركب نفقته، و الدرُّ يشرب إذا كان مرهوناً، و على الذى يشرب نفقته» (١).

و من هنا ينقدح أنَّ الوجه فى المسأله ما اخترناه ثمَّه من لزوم التقاص بالنفقه، و رجوع كلِّ ذى فضل بفضله؛ لأنَّ لكل منهما حقاً عند الآخر فيتقاصان كسائر الحقوق.

القسم الثالث فى لقطه المال الصامت و فيه ثلاثه فصول

الأول: اللقطه

اشاره

القسم الثالث فى لقطه المال الصامت و فيه ثلاثه فصول :

الأول: اللقطه: كلُّ مال ضائع أُخذ و لا يد عليه هذا تعريف لها بالمعنى الأخص الذى هو المعروف منها لغه كما مضى.

و ربما كان فيه مع جعل المعروف قسماً ثالثاً من اللقطه تقسيم للشئ إلى نفسه و غيره.

و يندفع بأنَّ المراد من المقسم المعنى الأعم الذى هو المصطلح فى استعمال الفقهاء، فلا محذور؛ لتغاير الاعتبارين.

و كان عليه أن يقيّد المال بالصامت كى لا ينتقض فى طرده بالحيوان الضائع حتى العبد فإنَّه داخل فى المال المطلق.

إذا عرفت هذا ف اعلم أنَّ ما كان منه دون الدرهم يجوز

ص: ١٦٥

١- الفقيه ٣: ٨٨٦/١٩٥، التهذيب ٧: ٧٧٥/١٧٥، الوسائل ١٨: ٣٩٨ أبواب أحكام الرهن ب ١٢ ح ٢.

التقاطه و ينتفع به من غير تعريف بلا خلاف ظاهر، بل عليه الإجماع عن التذكرة و في التنقيح (١) لكن فيما عدا لقطه الحرم؛ و هو الحجّه، مضافاً إلى صريح الروايات الآتية.

و هل يجب ضمانه مع ظهور مالكة؟ قولان، أحوطهما ذلك، وفاقاً للقواعد و التنقيح و غيرهما (٢)؛ للأصل، و عدم صراحه النصوص في التملك بناءً على عدم صراحه اللام فيه، مع أنّ بعضها الذي هو المعتبر سنداً دون ما تضمّن اللام؛ لإرساله، مع عدم جابر له فيه جداً لم يتضمّن عدا نفى و جوب التعريف في هذا المقدار، و هو لا يستلزم التملك؛ لاجتماعه مع جواز التصرف فيه، هذا. مضافاً إلى اعتضاده ببعض ما مرّ فيما يشابه المسألة قريباً.

و في إلحاق قدر الدرهم بما دونه في الحكم المتقدم قولان، أظهرهما بل و أشهرهما العدم، وفاقاً للصدوقين و الشيخين، و القاضي و الحلّي (٣)؛ للأصل المعتضد بإطلاق النصوص المستفيضة، بل المتواتره بلزوم تعريف اللقطه (٤)، مع أنّ جملة منها عامّة؛ لما فيها من ترك الاستفصال، و هي حجّة أخرى مستقلّة و إن كانت للأوّل معاضده.

و خصوص الروايات، منها: الصحيح الصريح المتقدم: عن الرجل يصيب درهماً أو ثوباً أو دابّة كيف يصنع؟ قال: «يعزّفها سنه» (٥) فتأمل.

ص: ١٦٦

-
- ١- التذكرة ٢: ٢٥٦، التنقيح ٤: ١١٥.
 - ٢- القواعد ١: ١٩٨، التنقيح ٤: ١١٦؛ و انظر جامع المقاصد ٦: ١٥٨.
 - ٣- الصدوق في المقنع: ١٢٧، و حكاة عن والده في المختلف: ٤٤٩، المفيد في المقنع: ٦٤٧، الطوسي في المبسوط ٣: ٣٢٤، القاضي في المهذب ٢: ٥٦٧، الحلّي في السرائر ١: ١٠١.
 - ٤- الوسائل ٢٥: ٤٤١ أبواب أحكام اللقطه ب ٢.
 - ٥- الفقيه ١٨٦/٣: ٨٤٠، قرب الإسناد: ١٧٠٢/٢٦٩، الوسائل ٢٥: ٤٤٤ أبواب أحكام اللقطه ب ٢ ح ١٣.

و المرسل كالصحيح بابن أبي عمير المجمع على تصحيح رواياته - عن اللقطة، قال: «تعرف سنه قليلاً كان أو كثيراً» قال: «و ما كان دون الدرهم فلا يعرف» (١).

و مرسل الفقيه: «و إن كانت اللقطة دون درهم فهي لك فلا تعرفها» (٢) الخبر.

خلافاً للديلمى و التقى و ابن حمزه (٣)، فاختاروا الإلحاق. و حجّتهم عليه غير واضحة، و مع ذلك الأدلة على خلافه كما عرفت متكاثره متعاضده.

نعم يستفاد من قول الماتن: فيه روايتان وجود روايه لهم، و لم نقف عليها بعد التتبع، و به صرح فى التنقيح (٤).

و إطلاق الخبرين الأخيرين يقتضى عدم الفرق فى جواز أخذ ما دون الدرهم، و تملكه بين التقاطه من الحرم و غيره، و هو ظاهر المتن أيضاً.

بل يستفاد من قوله: و ما كان أزيد من الدرهم فإن وجدته فى الحرم كره أخذه، و قيل: يحرم و لا يحل أخذه إلّا مع تبه التعريف عدم الخلاف فيه. و نحوه عبارته الشيخ فى النهايه، و القاضى و الحلّى (٥) كما حكى.

ص: ١٦٧

-
- ١- الكافى ٤/١٣٧، التهذيب ٦/١١٦٢/٣٨٩، الإستبصار ٣/٢٢٦/٦٨، الوسائل ٢٥:٤٤٦ أبواب أحكام اللقطة ب ٤ ح ١.
 - ٢- الفقيه ٣/٨٥٥/١٩٠، الوسائل ٢٥:٤٤٣ أبواب أحكام اللقطة ب ٢ ح ٩.
 - ٣- الديلمى فى المراسم: ٢٠٦، التقى فى الكافى فى الفقه: ٣٥٠، ابن حمزه فى الوسيله: ٢٧٨.
 - ٤- التنقيح الرائع: ١١٦.
 - ٥- النهايه: ٣٢٠، المهذب ٢:٥٦٧، السرائر ٢:١٠١.

و في كل من الحكم بعدم الفرق في ذلك، والإشعار بعدم الخلاف فيه، واختصاصه بما زاد من لقطه الحرم نظر.

فالأول: بعدم دليل عليه عدا إطلاق الخبرين، و ليسا يشملان بحكم التبادر و الغلبه محلّ الفرض. و أدلّه المنع و الجواز المستدلّ بها في لقطه الحرم مطلقه لا تفصيل فيها بين الزائد على الدرهم و الناقص عنه، فلا وجه للحكم به.

و الثاني: بما يحكى عن جماعه من عدم الفرق بينهما، و إن اختلفوا في الحكم كراهه كما عن الخلاف و والد الصدوق (١)، أو تحريماً كما عن النهايه (٢)، و جماعه و منهم الماتن في كتاب الحج، و الدروس فيه أيضاً، و الفاضل في المختلف و القواعد، و المقداد في التنقيح، و الصيمرى في شرح الشرائع، و الشهيد في اللمعه (٣) مشروطاً في التحريم نيه التملك، مصرحاً بالجواز إذا كان بنيه الإنشاد.

و نسبه في المسالك و غيره (٤) إلى المشهور، و احتجّ فيه لهم بالآيه أَوْ لَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا [١] (٥) فإنّ مقتضاه أن يكون الإنسان آمناً فيه على نفسه و ماله، و هو ينافى جواز أخذه.

و النصوص، منها: «لقطه الحرم لا تمسّ بيد و لا رجل، و لو أنّ الناس

ص: ١٤٨

١- الخلاف ٣:٥٨٥، و حكاه عن والد الصدوق في المختلف: ٤٤٨.

٢- النهايه: ٢٨٤.

٣- الشرائع ١:٢٧٧، الدروس ١:٤٧٢، المختلف: ٢٤٨، القواعد ١:١٩٧، التنقيح ٤:١١٧، غايه المرام ٤:١٥٥، اللمعه (الروضه البهيه ٧): ٩٢.

٤- المسالك ٢:٣٠٣؛ و انظر جامع المقاصد ٦:١٤٧.

٥- العنكبوت: ٦٧.

تركوها لرجاء صاحبها فأخذها» (١).

و منها: عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه، قال: «بئس ما صنع، ما كان ينبغي له أن يأخذه» قلت: ابتلى بذلك، قال: «يعرفه» (٢) الحديث.

و منها: عن لقطه الحرم، فقال: «لا تمسّ أبداً حتى يجيء صاحبها فيأخذها» قلت: فإن كان مالاً كثيراً، قال: «فإن لم يأخذها إلّا مثلك فليعرّفها» (٣).

و ضعف الجميع بما يرجع حاصله إلى منع دلالة الآيه، و تضعيف أسانيد الروايات، مع تضمّن بعضها لفظه: «لا ينبغي» الصريحه في الكراهه، و آخر منها لفظه: «لم يأخذها إلّا مثلك فليعرّفها» الظاهر فيها؛ إذ لو كان محرّماً لساوى غيره. بل الظاهر منه أنّ أخذ الثقه غير مكروه، أو أقلّ كراهه، و حال مطلق اللقطه كذلك.

بل قد ورد فيها بمثل هذه العبارة ما هو أصحّ سنداً، منها: «كان على ابن الحسين (عليه السّلام) يقول لأهله: لا تمسّوها» (٤).

و منها: «لا تعرّض لها، فلو أنّ الناس تركوها لرجاء صاحبها فأخذها» (٥).

قال: و يؤيدّ الحكم بالكراهه الخبر: عن اللقطه، فقال: «أمّا بأرضنا

ص: ١٦٩

-
- ١- التهذيب ١١٦٧/٣٩٠، الوسائل ٢٥:٤٣٩، أبواب اللقطه ب ١ ح ٣.
 - ٢- التهذيب ١١٩٠/٣٩٥، الوسائل ٢٥:٤٦٣، أبواب اللقطه ب ١٧ ح ٢.
 - ٣- التهذيب ١٤٦١/٤٢١، الوسائل ١٣:٢٦٠، أبواب مقدمات الطواف ب ٢٨ ح ٢.
 - ٤- التهذيب ١١٦٣/٣٨٩، الإستبصار ٣:٢٢٧/٦٨، الوسائل ٢٥:٤٣٩، أبواب اللقطه ب ١ ح ١.
 - ٥- التهذيب ١١٦٦/٣٩٠، الوسائل ٢٥:٤٣٩، أبواب اللقطه ب ١ ح ٢.

هذه فلا يصلح» (١).

و في جميع ما ذكره عدا الجواب عن الآيه نظر؛ لانجبار قصور الأسانيد بالشهره الظاهره المحكيه في كلام جماعه (٢)، و اعتضاده بالأصل المتقدم إليه الإشاره غير مرّه من حرمه التصرف في ملك الغير إلّا برخصه من الشرع، هي في المقام مفقوده.

و «لا ينبغي» و إن أشعر بالكراهه إلّا أنّ «بئس ما صنع» أظهر دلالة على الحرمة منه على الكراهه.

و دعواه الصراحه في «لا ينبغي» ممنوعه، كيف لا؟! و استعماله في الحرمة و الأعمّ منها و من الكراهه شائع في الأخبار غايته، حتى أنكر بعض الأصحاب لذلك إشعاره بالكراهه (٣).

و دلالة «إن لم يأخذها إلّا مثلك» عليها على تقدير تسليمها غير نافعه للقائلين بالكراهه؛ لعدم تفصيلهم في الحكم بها بين الفاسق و الثقة، نعم ربما يوجد هذا التفصيل في كلام بعض القائلين بالحرمة (٤)، فتكون ضارّه لهم لا نافع.

و أمّا النصوص الصحيحه المتضمنه لنحو ما في الروايات السابقه من المنع عن أخذ مطلق اللقطه، فهي ممّا يؤيد القول بالحرمة؛ لإطلاقها الشامل للقطتي الحرم و غيره. و لا إجماع يقيده بالثاني و يصرف النهي فيها

ص: ١٧٠

١- التهذيب ١٤٦٣/٤٢١، الوسائل ١٣:٢٥٩ أبواب مقدمات الطواف ب ٢٨ ح ١.

٢- منهم فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢:١٥، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٦:١٤٧، و الشهيد الثاني في المسالك ٢:٣٠٣.

٣- انظر مجمع الفائدة و البرهان ١٠:٤٥٤.

٤- انظر الدروس ١:٤٧٣.

إلى الكراهه؛ لوقوع الخلاف فيه أيضاً حرمةً و كراههً، كما يستفاد من المختلف، حيث قال: الأشهر الكراهه (١)، بعد أن حكى المنع عن الصدوق و النهايه.

و على تقدير الإجماع على الكراهه فلا- دلالة فيه على تعين التقييد المتقدم إليه الإشاره بعد احتمال كونه مقيداً لها بصورة العكس، بل هذا أولى؛ لتعدد المجازيه فى الاحتمال الأول من التقييد و صرف النهى فيها إلى الكراهه، و لا كذلك الثانى، فإنّ اللازم فيه إنّما هو الأول، و يكون النهى فيه باقياً على الحرمة.

لكن يتوجه عليه استلزامه حمل الإطلاق على الفرد النادر؛ لندره لقطه الحرم بالإضافة إلى غيرها.

و به يجاب عمّا لو استدللّ به على الكراهه فى لقطه الحرم من إطلاق مرسل الفقيه: «إنّ أفضل ما يستعمله الإنسان فى اللقطه إذا وجدها أن لا يأخذها، و لا يتعرض لها، فلو أنّ الناس تركوا ما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه» (٢) الخبر؛ لوروده مورد الغالب و هو ما عدا لقطه الحرم، مع أنّه مرسل، لكنّه بعد حملة على الغالب من لقطه غير الحرم كما بنى عليه الجواب بالشهره المحكيه فى المختلف بل الظاهره منجبر، فيصرف به ظواهر النهى فى تلك النصوص الصحيحه إلى الكراهه.

و منه يظهر صحّه ما عليه المشهور فى لقطه غير الحرم من الكراهه (٣).

ص: ١٧١

١- المختلف: ٤٤٩.

٢- الفقيه ٣: ٨٥٥/١٩٠، الوسائل ٢٥: ٤٤٣ أبواب اللقطه ب ٢ ح ٩.

٣- فى «ح» و «ر» زياده: بل قيل: يفهم عليه الإجماع من التذكره، و هو حجّه أخرى مستقلّه. انظر مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٤٧٠، و التذكره ٢: ٢٥١، ٢٥٦.

[بل قيل: يفهم عليه الإجماع من التذكرة، و هو حجّه أخرى مستقلّه أيضاً] مضافاً إلى الموثق كالصحيح: عن اللقطة، فأراني خاتماً في يده من فضّه، قال: «إنّ هذا ممّا جاء به السيل، و أنا أريد أن أتصدّق به» (١).

و يبقى الجواب حينئذٍ عن تمسّك المسالك (٢) بها لصرف النهي في تلك الروايات أيضاً إلى الكراهه. و يمكن أن يقال: إنّ صرف النهي إليها في تلك الصحاح لقرينه من إجماع أو روايه لا يستلزم صرفه إليها في هذه الروايات من دون قرينه كما هو المفروض.

و تأييد الكراهه بالروايه الأخيره (٣) غير واضح؛ لإشعارها بل ظهورها في اختصاص عدم الصلاحيه و الكراهه بأرض منى خاصّه، و لا قائل به من الطائفة فلتطرح، أو تؤوّل بحمل «لا يصلح» على الحرمة، و يلحق مكه و باقى الحرم بمنى بعدم القائل بالفرق بين الطائفة، و لا - محذور. و لا كذلك لو أُبقيت على ظاهرها من الكراهه؛ إذ عدم القول بالفرق المزبور إنّما يتمّ به الكراهه في لقطه جميعه، و لا يدفع محذور اختصاصها به، فإنّ مقتضاه عدم الكراهه في لقطه غيره، و لا قائل به.

و حمل «لا يصلح» على تأكّد الكراهه و إن أمكن و يندفع به هذا المحذور، إلّا أنّه مجاز كالحمل على الحرمة، لا يمكن اختياره خاصّه إلّا بعد قرينه معيّنه هي في الروايه مفقوده.

اللّهم إلّا أنّ يقال: إنّّه أقرب المجازين إلى أصل الكراهه الذي هو الحقيقه، لكنّه معارض بظهور الروايات السابقه في الحرمة، مع اشتهاها بين الطائفة، كما اعترف به هو و غيره، و أخبارهم عليهم السّلام يكشف بعضها عن

ص: ١٧٢

١- التهذيب ١١٧٢/٣٩١، الوسائل ٢٥:٤٥١ أبواب اللقطة ب ٧ ح ٣.

٢- المسالك ٢:٣٠٣.

٣- المتقدمه في ص: ١٦٦.

بعض.

فإن لم يكن الحمل على الحرمه بهذا راجحاً على الحمل الآخر فلا- أقل من التساوى بينهما، و هو يوجب الإجمال المنافى للاستدلال.

و بما حرّناه ظهر قوّه القول فى لقطه الحرم بالحرمه، و ضعف القول فيها بالكراهه غايته.

و على كلا- القولين يعرّفها حولاً- واحداً، إجماعاً فيما زاد عن الدرهم، و على الأشهر الأقوى مطلقاً، بناءً على عدم تملكه و ما نقص عنه أيضاً كما مضى فإن جاء صاحبه سلّمه إليه و إلّا تصدّق به بعد الحول أو استبقاه أمانه فى يده.

و لا يجوز له أن يملكه ه بلا خلاف فى شىء من ذلك إلّا فى عدم جواز التملك، فقد جوّزه جماعه فى الناقص عن الدرهم و لو من دون تعريف كما مرّ (١). و عن الحلبي تجويزه فى الزائد أيضاً بعد التعريف (٢).

و قد مرّ ضعف الأوّل مفصّلاً، و مثله الثانى فيه جدّاً، مع كونه شاذّاً محجوجاً هو كسابقه بالأصل، و عدم دليل على الملك مطلقاً، عدا ما يأتى من النصوص الدالّه عليه الوارده فى مطلق اللقطه الغير المنصرفه كما عرفت بحكم التبادر و الغلبه إلى مفروض المسأله.

و مع ذلك معارضه بصريح الروايه المنجبره بالشهره العظيمه فى الجمله التى كادت تكون إجماعاً، بل لعلّها إجماع فى الحقيقه كما فى المختلف و عن التذكره (٣)، و فيها: «اللقطه لقطتان: لقطه الحرم و تعرّف

ص: ١٧٣

١- راجع ص: ١٦٤.

٢- الكافى فى الفقه: ٣٥٠.

٣- المختلف: ٤٤٨، التذكره ٢: ٢٥٦.

سنه، فإن وجدت لها طالباً، وإلا تصدقت بها. و لقطه غيرها تعرّف سنه فإن لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك» (١).

و لا يعارضه الخبر: فيمن وجد في الطواف ديناراً قد انسحق كتابته، قال: «له» (٢) وكذا الآخر: «فإن وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك لا تعرّفه» (٣).

لضعفهما سنداً، ومخالفتهما الإجماع ظاهراً؛ لدالتهما على إطلاق جواز التملك من دون تقييد بالتعريف سنه، مع تصريح الأخير بالنهي عنه، و لم يذهب إليه أحد من الأصحاب عدا الصدوقين (٤)، وهما شاذان انعقد على خلافهما الإجماع، فليطرحا، أو يؤولا بما يؤولان به إليه من حملهما على غير اللقطه من المدفون أو غيره، أو على أنه (عليه السلام) كان يعلم أنه من خارجي أو ناصبي، فتأمل.

و لو تصدق به بعد الحول، و كره المالك فلم يرض به لم يضمن الملتقط على الأشهر على حكاية الماتن هنا، و لم ينقل إلا عن المفيد و الديلمي و القاضي و ابن حمزه (٥).

و في المسالك نسب الضمان إلى الشهره (٦). و حكى عن الشيخ في

ص: ١٧٤

- ١- التهذيب ١١٦٣/٣٨٩، الإستبصار ٣: ٢٢٧/٦٨، الوسائل ٢٥: ٤٤١ أبواب اللقطه ب ٢ ح ١.
- ٢- التهذيب ١١٨٧/٣٩٤، الوسائل ٢٥: ٤٦٣ أبواب اللقطه ب ١٧ ح ١.
- ٣- الفقيه ٣: ٨٥٥/١٩٠، الوسائل ٢٥: ٤٤٣ أبواب اللقطه ب ٢ ح ٩.
- ٤- الصدوق في المقنع: ١٢٧، و حكاه عن والد الصدوق في المختلف: ٤٤٨. و انظر فقه الرضا (عليه السلام): ٢٦٦.
- ٥- المفيد في المقنعه: ٦٤٦، الديلمي في المراسم: ٢٠٦، القاضي في المهذب ٢: ٥٦٧، ابن حمزه في الوسيله: ٢٧٨.
- ٦- المسالك ٢: ٣٠٣.

كتبه الثلاثة و الإسكافي و الحلى (١)، و اختاره في المختلف و الصيمرى في شرح الشرائع (٢). و لعله أظهر؛ للخبر المتضمن بعد الأمر بالتصدق قوله (عليه السلام): «فإن جاء صاحبه فهو له ضامن» (٣).

و ضعفه منجبر بعموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٤) و فحوى الأدلة الآتية في لقطه غير الحرم من الضمان بعد الصدقة و الكراهة؛ و ذلك لأنها جائزه له و لو على كراهه كما مر إليه الإشاره، فضمامها حينئذٍ بعد الأمرين مع كونه مأذوناً في الالتقاط و الصدقة يستلزم الضمان بعدهما في مفروض المسأله بالأولويه؛ لأنه لم يرخص فيه إلّا بالصدقه دون الالتقاط؛ للنهى عنه، كما عرفت.

مضافاً إلى انجباره من أصله بالشهره الظاهره، و فيما تضمنه من حكم المسأله بالشهره المحكيه.

نعم يعارضها حكاية الشهره على العكس فى العبارة، لكنّها على تقدير تسليمها غير واضحة الحجّه عدا ما صرح به فى الشرائع و غيره (٥) من أنّ الصدقه بها تصرف مشروع بالإجماع فلا يتعقبها ضمان.

و هو حسن لولا- ما قدّمناه من الحججه القويّه المترجّحه على هذه بوجوه عديده، أفواها الأولويه المتقدمه، و هى و إن اختصّيت بصوره تعمّد

ص: ١٧٥

-
- ١- النهايه: ٢٨٤، المبسوط ٣: ٣٢١، الخلاف ٣: ٥٨٥، و حكاة عن الإسكافي فى إيضاح الفوائد ٢: ١٥٤، السرائر ١٠١: ٢.
 - ٢- المختلف: ٤٤٨، غايه المرام ٤: ١٥٦.
 - ٣- التهذيب ١٠/٣٩٥، الوسائل ٦: ١١٩٠، ٢٥: ٤٦٣ أبواب اللقطه ب ١٧ ح ٢.
 - ٤- عوالى اللئالى ١٠/٣٤٥، مسند أحمد ٥: ١٢، سنن أبى داود ٣: ٣٥٦١/٢٩٦، سنن الترمذى ٢: ١٢٨٤/٣٦٨، مستدرک الحاکم ٢: ٤٧، مستدرک الوسائل ١٧: ٤/٨٨.
 - ٥- الشرائع ٣: ٢٩٢؛ و انظر التنقيح الرائع ٤: ١١٨.

الالتقاط فلا تشمل غيرها من الصور، لكنّها تتمّ حجّجه على تمام المدعى بعدم القائل بالفرق بين الطائفة إن صحّ، وإلا فتخصيص الضمان بالصورة الأولى لا يخلو عن وجه؛ لاختصاص الخير المتقدم الدالّ عليه مع بعض معاضداته بها، فلا معارضه للقاعده من جهته فيما عداها.

وإن وجدته في غير الحرم و كان زائداً عمّا دون الدرهم يعرّفه حولاً واحداً، بلا خلاف فيه في الجملة، والنصوص به مع ذلك مستفيضة.

ففي الصحيح: «يعرّفها سنه، فإن جاء لها طالب، وإلا فهي كسبيل ماله» (١).

وفيه: «لا- ترفعوها، فإن ابتليت بها فعرفها سنه، فإن جاء طالبها، وإلا فاجعلها في عرض مالك، يجرى عليها ما يجرى على مالك، إلا أن يجيء طالب» (٢).

وفيه: «يعرّفها سنه، فإن لم يُعرّف حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها إياه، وإن مات أوصى بها، وهو لها ضامن» (٣) فتأمل.

وفي المرسل كالصحيح: «تعرف سنه قليلاً- كان أو كثيراً، وما كان دون الدرهم فلا يعرف» (٤). إلى غير ذلك من النصوص الكثيره.

ص: ١٧٦

- ١- التهذيب ١١٦٣/٣٨٩، الإستبصار ٣:٢٢٧/٦٨، الوسائل ٢٥:٤٤١ أبواب اللقطة ب ٢ ح ١.
- ٢- التهذيب ١١٦٥/٣٩٠، الإستبصار ٣:٢٢٩/٦٨، الوسائل ٢٥:٤٤٢ أبواب اللقطة ب ٢ ح ٣.
- ٣- الفقيه ٣:٨٤٠/١٨٦، قرب الإسناد: ١٠٧٢/٢٦٩، الوسائل ٢٥:٤٤٤ أبواب اللقطة ب ٢ ح ١٣.
- ٤- الكافي ٥:٤/١٣٧، التهذيب ١١٦٢/٣٨٩، الإستبصار ٣:٢٢٦/٦٨، الوسائل ٢٥:٤٤٦ أبواب اللقطة ب ٤ ح ١.

و إطلاقها كالعبارة و نحوها من عبائر الجماعة يقتضى عدم الفرق في وجوب التعريف بين صورتى تيه التملك بعده و عدمها. و هو أقوى وفاقاً لأكثر أصحابنا؛ لذلك؛ و لأنه مال الغير حصل في يده، فيجب عليه دفعه إلى مالكة، و التعريف وسيله إلى علمه به، فيجب من باب المقدمه؛ و لما في تركه من الكتمان المفوت للحق على مستحقه.

خلافاً للمبسوط (١)، فخصه بالصورة الأولى، محتجاً بأن التعريف إنما وجب لتحقيق شرط التملك، فإذا لم يقصده لم يجب و يكون مالاً مجهول المالك.

و فيه مع مخالفته لما مرّ نظر؛ لمنع حصر سبب وجوب التعريف فيما ذكر، بل السبب الأقوى فيه هو ما مرّ من وجوب إيصال المال إلى مالكة بأيّ وجه اتفق. و يفرق بينه و بين المال المجهول المالك بأنه لم يقدر له طريق إلى التوصل إلى مالكة، بخلاف محلّ الفرض فقد جعل الشارع التعريف طريقاً إليه، كما عرفت من إطلاق النصّ.

ثم إن الملتقط بعد التعريف تمام الحول بالخيار بين التملك مع الضمان كما في بعض الصحاح المتقدمه، و غيره من المعتمره.

ففي الخبر: «ينبغي أن يعرفها سنه في مجمع، فإن جاء طالبها دفعها إليه، و إلا كانت في ماله، فإن مات كانت ميراثاً لولده و لمن ورثه، فإن لم يجيء لها طالب كانت في أموالهم، هي لهم، و إن جاء طالبها بعد دفعها إليه» (٢).

ص: ١٧٧

١- المبسوط ٣:٣٢٢.

٢- الكافي ٥:٢٣/٣٠٩، الفقيه ٣:٨٤٥/١٨٨، التهذيب ٦:١١٩٧/٣٩٧، الوسائل ٢٥:٤٦٥ أبواب اللقطه ب ٢٠ ح ١.

و فى آخر: «خَيْرُهُ إِذَا جَاءَكَ بَعْدَ سَنَةٍ بَيْنَ أَجْرَهَا، وَبَيْنَ أَنْ تَغْرِمَهَا إِذَا كُنْتَ أَكَلْتَهَا» (١).

إلى غير ذلك من النصوص الكثيرة المعتضده بفحوى الضمان مع الصدقه، وبالشهره العظيمه التى كادت تكون إجماعاً، كما يشعر به كلام صاحب الكفايه (٢) حيث نسه إلى الأصحاب كافةً. فاحتماله عدم الضمان و كونه على جهه الاستحباب لا وجه له.

و الصدقه بها عن مالكها، كما فى النصوص المستفيضه، وفى الخبر القريب من الصحيح بفضاله و أبان المجمع على تصحيح ما يصح عنهما كما حكاه بعض أصحابنا (٣) -: عن اللقطه، فقال: «يَعْرِفُهَا سَنَهُ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ، وَ إِلَّا حَبَسَهَا حَوْلًا، فَإِنْ لَمْ يَجِءْ صَاحِبُهَا وَ مَنْ يَطْلُبُهَا تَصَدَّقَ بِهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ مَا تَصَدَّقَ بِهَا إِنْ شَاءَ اغْتَرَمَهَا الَّذِي كَانَتْ عِنْدَهُ وَ كَانَ الْأَجْرُ لَهُ، وَ إِنْ كَرِهَ ذَلِكَ احْتَسَبَهَا وَ الْأَجْرُ لَهُ» (٤).

و فى آخر: عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص، إلى أن قال (عليه السلام): «و إِمَّا كَانَتْ فِى يَدِهِ بِمَنْزِلِهِ اللَّقْطَةُ يَصِيبُهَا، فَيَعْرِفُهَا حَوْلًا، فَإِنْ أَصَابَ صَاحِبُهَا رَدَّهَا عَلَيْهِ، وَ إِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ ذَلِكَ خَيْرُهُ بَيْنَ الْأَجْرِ وَ الْغَرَمِ، فَإِنْ اخْتَارَ الْأَجْرَ فَلَهُ الْأَجْرُ، وَ إِنْ اخْتَارَ الْغَرَمَ غَرِمَ لَهُ وَ كَانَ الْأَجْرُ لَهُ» (٥).

ص: ١٧٨

١- التهذيب ١١٩٤/٣٩٦، الوسائل ٢٥:٤٤٢ أبواب اللقطه ب ٢ ح ٥.

٢- الكفايه: ٢٣٨.

٣- رجال الكشى ٦٧٣، ٨٣١: ٢.

٤- التهذيب ١١٦٤/٣٨٩، الإستبصار ٣:٢٢٨/٦٨، الوسائل ٢٥:٤٤١ أبواب اللقطه ب ٢ ح ٢.

٥- الكافى ٢١/٣٠٨، الفقيه ٥:٢١/٣٠٨، التهذيب ٣:٨٥٦/١٩٠، الإستبصار ٣:٤٤٠/١٢٤، الوسائل ٢٥:٤٤٣ أبواب اللقطه ب ١٨ ح

و إبقائها أمانةً موضوعاً في حرز أمثاله كالوديعة، فلا يضمنها إلّا مع التعدي أو التفريط؛ لأنه حينئذٍ محسن إلى المالك يحفظ ماله و حراسته له، فلا يتعلّق به ضمان؛ لانتفاء السبيل عن المحسنين.

و هذا لم يرد به نصّ كأصل التخيير بينه و بين أحد الأولين؛ لظهور النصوص الواردة فيهما في تعيّن أحدهما لا التخيير مطلقاً، إلّا أنّه قيل:

يفهم الإجماع عليه من التذكرة (١). فإن تمّ، و إلّا كان مشكلاً؛ لوقوع الخلاف في توقّف التملك على التّيه أو حصوله قهراً، و عليه لا معنى للإبقاء أمانةً، و سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

و يستفاد من المستفيض أنّه لو تصدّق الملتقط بها بعد الحول فكره المالك ذلك ضمن الملتقط و لا خلاف فيه ظاهراً، و نفاه في المسالك (٢) صريحاً. و جعله في المختلف إجماعاً (٣).

ثم إنّ كلّ إذا كانت مأمونه البقاء تمام الحول كالدرهم و الدينير و نحوهما و لو كانت ممّا لا يبقى بل يفسد عاجلاً كالطعام قوّمها على نفسه عند الوجدان، و ضمنها للمالك و انتفع بها، و إن شاء دفعها إلى الحاكم أوّلاً و لا ضمان عليه حينئذٍ أصلاً، بلا خلاف ظاهر مصرّح به في شرح الإرشاد للمقدس الأردبيلي - (رحمه الله) ناقلاً فيه عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه (٤).

و هو الحجّة الجامعه بين القاعده الدالّه على الثاني لأنّ الحاكم وليّ

ص: ١٧٩

١- قال به في مجمع الفائده و البرهان ١٠:٤٦١، و هو في التذكرة ٢:٢٦٠.

٢- المسالك ٢:٣٠٣.

٣- المختلف: ٤٤٩.

٤- مجمع الفائده و البرهان ١٠:٤٦٩، و هو في التذكرة ٢:٢٥٩.

العُيْب، والقوى بالسكونى و صاحبه الدال على الأول: عن سفره وجدت في الطريق مطروحه، كثير لحمها و خبزها و جنبها و بيضها، و فيها سكين، قال:

« يقوم ما فيها، ثم يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن » (١) الخبر.

و نحوه آخر: « فإن وجدت طعاماً في مفازه فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله، فإن جاء صاحبها فرد عليه قيمه » (٢).

و ليس في الأول كالعباره التصريح بالتقويم على نفسه؛ لإطلاق التقويم مع عموم مفهوم التعليل فيه الشاملين له و للتقويم على غيره.

و في تقييده بالخبر الثاني إشكال ينشأ من قوه احتمال ورود الأمر بالتقويم على نفسه على الغالب من تعبير تقويمه على الغير في المفاوز، و احتمال ورود إطلاق الخبر الأول عليه و إن أمكن، إلا أن عموم مفهوم التعليل مع عدم تعقل الفرق بل القطع بعدمه يدفعه.

و لذا ذكر جماعه (٣) التخيير بينهما أيضاً من غير خلاف، و إن اختلفوا في وجوب استئذان الحاكم و عدمه مطلقاً على قولين، فعن التذكرة:

الأول (٤)، و يعضده أن الأصل عدم التسلط على بيع مال محترم إلا بإذن الشارع أو الصاحب، و لم يثبت جوازه بدون إذنهما.

و اختار بعض الأجله الثاني (٥)، و يعضده إطلاق الخبر المتقدم،

ص: ١٨٠

١- الكافي ٢/٢٩٧، الوسائل ٤٦٨:٢٥ أبواب اللقطه ب ٢٣ ح ١.

٢- الفقيه ٣:٨٥٥/١٩٠، الوسائل ٤٤٣:٢٥ أبواب اللقطه ب ٢ ح ٩.

٣- منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٦٥:٦، و الشهيد الثاني في المسالك ٣٠٣:٢، و السبزواري في الكفايه: ٢٣٧.

٤- التذكرة ٢:٢٥٩.

٥- مجمع الفائده و البرهان ١٠:٤٦٩.

و نحوه الصحيح الوارد فى التقاط الجاربه: هل يحل فرجها لمن التقطها؟ قال: «لا، إنما يحل له بيعها بما أنفق عليها» (١).

و ربما عضده بعض بالأصل، و بأن له و لايه التملك و الصدقه بعد التعريف فالبيع بالطريق الأولى، و التعريف ساقط للعذر (٢).

و يضعف الأول بما مر، و الأولويه بأن التملك و ما بعده إنما يكونان بالضمنان بالقيمه السوقيه بعد التعريف لا قبله. و كيف كان فلا ريب أن الأول أحوط.

كل ذا مع وجود الحاكم، و مع عدمه يتعين عليه التقويم، فإن أخل به فتلف أو عاب ضمن.

و لو كان ممياً يتلف على تناول الأوقات لا- عاجلاً- كالثياب تعلق الحكم بها عند خوف التلف. و لو افتقر إبقاؤه إلى علاج كالرطب المفتقر إلى التجفيف، أصلحه الحاكم ببعضه، بأن يجعل بعضه عوضاً عن إصلاح الباقي، أو يبيع بعضه و ينفقه عليه و جوباً؛ حذراً من تلف الجميع. و يجب على الملتقط إعلامه بحاله إن لم يعلم، و مع عدمه يتولاه بنفسه؛ حذراً من الضرر بتركه.

و يكره أخذ الإداوه بالكسر، و هى المِطْهَرَه به أيضاً و المِخْصِرَه به أيضاً، و هى كل ما اختصر الإنسان بيده فأمسكه من عصاً و نحوها، قاله الجوهري (٣) و النعلين غير الجلد، أو مطلقاً إذا أخذ فى بلاد الإسلام، و إنما فيحرم التقاطه لكونه ميتة و الشظايا بالكسر، خشبه

ص: ١٨١

١- التهذيب ١١٩٨/٣٩٧:٦، الوسائل ٢٥:٤٤٣ أبواب اللقطه ب ٢ ح ٨.

٢- و هو المقدس الأردبيلى فى مجمع الفائده ١٠:٤٦٩.

٣- الصحاح ٢:٦٤٦.

محدّده الطرف تدخل في عروه الجوّالقيّن ليجمع بينهما عند حملهما على البعير. و الجمع أشظّه و العصا و الوتد بكسر الوسط و الحبل و العقال بالكسر، و هو حبل يشدّ به قائمه البعير، و السوط و أشباهه من الآلات التي يعظم نفعها و تصغر قيمتها.

بلا خلاف في أكثرها؛ للصحيح: «لا بأس بلقطه العصا، و الشظاظ، و الوتد، و الحبل، و العقال، و أشباهه» قال: «و قال أبو جعفر (عليه السلام): ليس لهذا طالب» (١).

و على الأظهر في الجميع، و هو أشهر، بل عليه عامّه من تأخّر.

لا- للأصل و الصحيح المزبور كما قيل (٢)؛ لضعف الأوّل بعدم دليل عليه، بل قيام الدليل على خلافه؛ لما عرفت من حرمه التصرّف في مال الغير بغير إذن من الشرع. و الثاني باختصاصه بغير محلّ الخلاف. و شموله له بقوله: «و أشباهه» محلّ نظر؛ لخفاء وجه الشبه فيحتمل ما (٣) يعم معه له، و كذا التعليل في الذيل.

بل لفحوى الأدلّه الدالّه على جواز التقاط ما عدا محلّ الخلاف ممّا يكثر قيمته؛ مضافاً إلى إطلاق المرسله المتقدّمه (٤) بأفضليته ترك اللقطه، بل عمومها الشامل لمحلّ البحث؛ مضافاً إلى الاعتضاد بالشهره العظيمه المحقّقه و المحكيه في كلام جماعه (٥) التي كادت تكون لنا إجماعاً.

ص: ١٨٢

١- الكافي ١٤٠/١٥:٥، الوسائل ٢٥:٤٥٦ أبواب اللقطه ب ١٢ ح ١.

٢- قاله العلّامه في المختلف: ٤٥٠.

٣- في «ح» و «ر» زياده: لا.

٤- في ص: ١٦٨.

٥- منهم السبزواري في الكفايه: ٢٣٧، و انظر مجمع الفائده و البرهان ١٠:٤٧٢، و المفاتيح ٣:١٧٧.

خلافاً لصريح الحلبي (١) و ظاهر الصدوقين (٢) و الديلمي (٣) فحرّموا التقاط الأوّلين و السوط؛ للخبرين، أحدهما: الصحيح المروى فى الفقيه (٤).

و هو حسن لولا ما قدّمناه من الدليل القابل لصرف النهى فيهما إلى الكراهه كما فى نظائرها، لكنّها هنا أشدّ؛ لقوّه شبهه الخلاف بمصير هؤلاء الأعظم إلى الحرمة. و من هنا يندفع ما قيل: من عدم وضوح دليل على شدّتها (٥).

و يظهر من المفيد أنّ الوجه فيها أنّ فقدّها قد يؤدّى إلى هلاك صاحبها؛ لأنّ الإداوه تحفظ ما يقوم به الرمق من الماء، و الحذاء يحفظ رجل الماشى من الزمانه و الآفات، و السوط يسير البعير، فإذا تلف خيف عليه العطب (٦).

و من شيخنا فى المسالك أنّ الوجه فى إطلاق النهى عن مسّها كونها من الجلود غالباً، و هى ميتة مع جهاله التذكيه (٧).

و فيه مناقشه واضحه؛ لورود الإطلاق فى بلاد الإسلام، و الجلود فيها محكوم بطهارتها اتفاقاً، فتوى و نصّاً، كما مضى. و كذا الوجه الأوّل لا يخلو

ص: ١٨٣

-
- ١- الكافى فى الفقه: ٣٥٠.
 - ٢- الصدوق فى الفقيه ٣: ١٨٨، و حكاه عن والده فى المختلف: ٤٥٠.
 - ٣- المراسم: ٢٠٦.
 - ٤- الفقيه ٣: ٨٤٦/١٨٨، الوسائل ٢٥: ٤٥٧ أبواب اللقطه ب ١٢ ح ٣، و الآخر فى: التهذيب ٦: ١١٨٣/٣٩٤، الوسائل ٢٥: ٤٥٦ أبواب اللقطه ب ١٢ ح ٢.
 - ٥- انظر مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٤٧٢، ١٠: ٤٧٤.
 - ٦- المقنعه: ٦٤٧.
 - ٧- المسالك ٢: ٣٠٤.

عن مناقشه ما،و الوجه التّعبد.

و اعلم أنّه يستفاد من تخصيص الماتن الكراهه هنا بهذه الأشياء و سابقاً بلقطه الحرم خاصّه،عدمها في غيرهما.

و هو ضعيف جداً،مخالف للإجماع المحقق،و المحكي عن التذكرة كما مرّ إليه الإشاره (١) قطعاً،و لكن الأمر سهل.

و هنا

مسائل ثلاث:

الأولى: ما يوجد في أرض خربه

مسائل ثلاث:

الأولى: ما يوجد في أرض خربه قد جلى عنها أهلها بحيث لم يعرفوا أصلاً أو في فلاه أي أرض قفر غير معموره من أصلها أو تحت الأرض التي لا مالك لها ظاهراً فهو لواجده فيملكه من غير تعريف إجماعاً،إذا لم يكن عليه أثر الإسلام من الشهادتين،أو اسم سلطان من سلاطينه.و على الأقوى مطلقاً وفاقاً للنهائية و الحلّي و غيرهما (٢)؛ لإطلاق الصحيحين.

في أحدهما: عن الدار يوجد فيها الورق،فقال: «إن كانت معموره فيها أهلها فهو لهم،و إن كانت خربه قد جلى أهلها،فالذى وجد المال أحقّ به» (٣) و نحوه الثاني (٤).

و أخصّيتهما عن المدعى باختصاصهما بالورق و الموجود في الدار الخربه،فلا- يعمّان مطلق اللقطه،و لا الموجوده منها تحت الأرض

ص: ١٨٤

١- التذكرة ٢٥١:٢، و راجع ص: ١٦٨.

٢- النهايه: ٣٢٠، السرائر ١٠١:٢؛ و انظر التحرير ١٢٩:٢.

٣- الكافي ١٣٨/٥، التهذيب ٣٩٠/١٦٩، الوسائل ٤٤٧:٢٥ أبواب اللقطه ب ٥ ح ١.

٤- التهذيب ٣٩٠/١٦٥، الوسائل ٤٤٧:٢٥ أبواب اللقطه ب ٥ ح ٢.

مدفوعه بالإجماع المركب، مع إمكان اندفاع الأخصييه باعتبار الاختصاص بالأرض الخربه باستلزام ثبوت الحكم فى لقطتها إياه فيما عداها بطريق أولى.

خلافاً للمبسوط، و الفاضل فى جملة من كتبه (١)، و جماعه (٢)، و نسبة فى الروضه (٣) إلى الشهره، فحكموا فيما عليه أثر الإسلام بأنه لقطه؛ لدلاله الأثر على سبق يد المسلم فيستصحب.

و للجمع بين الصحيحين و الموثق: « قضى على (عليه السلام) فى رجل وجد ورقاً فى خربه أن يعرّفها، فإن وجد من يعرفها، و إلا تمتع بها» (٤) بحمل الأولين على ما لا أثر عليه، و الأخير على ما عليه الأثر.

و فيهما نظر؛ لمنع الأول بأن أثر الإسلام قد يصدر من غير المسلم، نعم هو مخالف للظاهر، لكنّه لا يعارض به الأصل.

و الثانى: أولاً: بفقد التكافؤ فى الموثق عدداً و سنداً. و ثانياً: بكونه قضيه فى واقعه، فلا يعمّ محلّ الفرض لاحتماله غيره. و ثالثاً: بعدم الشاهد على ذلك الجمع، مع استلزامه حمل الصحيحين على الفرد النادر؛ لورودهما فى بلاد الإسلام، و الغالب فى لقطتها من الدراهم و الدنانير كونها

ص: ١٨٥

١- المبسوط ١: ٢٣٦ و ٣: ٣٣٨، القواعد ١: ١٩٩، المختلف: ٢٠٣، التذكرة ٢: ٢٦٥.

٢- منهم فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٢: ١٥٩، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٦: ١٧٥، و الشهيد الأول فى اللمعة (الروضه البهيه ٧): ١١٩، و السيورى فى التنقيح ٤: ١٢٠.

٣- الروضه ٧: ١٢٠.

٤- التهذيب ١١٩٩/٣٩٨، الوسائل ٤: ٤٤٨، أبواب اللقطه ب ٥ ح ٥.

مسكوكه بسكتهم.

مع إمكان الجمع بوجه آخر أوفق بالأصل، و هو حمل الأولين على الأحقّيه بعد التعريف حملاً للمطلق على المقيّد، لكنّه لا قائل به.

و هو ضعيف كالأوّل بعدم الشاهد عليه عدا ما مرّ من العلّه، و فيها ما عرفته. مع أنّهم جعلوها حجّةً مستقلّةً.

و الشهره على تقدير تحقّقها ليست بحجّه جامعها فما ظنّك بما إذا كانت محكيه.

و يستفاد من تقييد الماتن الموجود في الأرض التي لا مالك لها بكونه تحتها، عدم اشتراطه في الأولين، بل يملك الموجود فيهما مطلقاً؛ عملاً بإطلاق النصّ و الفتوى. و أمّا غير المدفون في الأرض المزبوره فهو لقطه.

قيل: هذا كلّ إذا كان في دار الإسلام، أمّا في دار الحرب فلواجده مطلقاً (١).

و لم يتعرّض الماتن و كثير هنا لوجوب الخمس في المدفون، مع تصرّيحهم به في كتابه. و لعلّهم أحالوه إلى الظهور من ثمه، أو أرادوا بالمدفون هنا ما لا يصدق عليه الكنز عرفاً. و الأوّل هو الظاهر؛ لمنافاه الثاني لإطلاق العبائر.

و لو وجده في أرض لها مالك معروف أو بائع، و لو كان ما وجده فيها مدفوناً عزّفه المالك أو البائع مطلقاً، و لو كان كلّ منهما مالكاً أو بائعاً بعيداً فإن عرفه (٢) أحدهما يدفع إليه من غير بينه و لا وصف و إلّا يعترف به كان للواجد على ما ذكره جمع من

ص: ١٨٤

١- قاله الشهيد الثاني في المسالك ٢:٣٠٤، و الروضه ٧:١٢٠.

٢- في المطبوع من المختصر (٢٦٢): فهو أحق به.

الأصحاب (١) من غير خلاف يعرف؛ لإطلاق الصحيحين المتقدمين بالدفع إلى أهل الأرض من دون تقييد باشتراط البيئه أو الوصف. بل ليس فيهما تقييده بالتعريف، ولكنه لا أعرف خلافاً فيه.

و لعله للجمع بينهما و بين الموثق كالصحيح: عن رجل نزل في بعض بيوت مكه، فوجد فيها نحواً من سبعين ديناراً مدفونه، فلم تزل معه و لم يذكرها حتى قدم الكوفه، كيف يصنع؟ قال: « يسأل عن أهل المنزل لعلمهم يعرفونها» قلت: فإن لم يعرفوها، قال: « يتصدق بها» (٢).

لكن ذيله منافٍ لما ذكره من التملك مع عدم المعرفة، إلا أن يحمل على الاستحباب، أو غيره مما يجتمع معه.

و ربما يرشد إلى التقييد الصحيح الآتي الوارد في المأخوذ من جوف الدابه المتضمن لعين ما ذكره في المسأله. و إلحاقها به لعله من باب تنقيح المناط القطعي؛ لعدم تعقل الفرق بين الأرض و الدابه في ذلك، فتأمل.

و إطلاق الحكم بكونه لواجده مع عدم اعترافهما الشامل لما عليه أثر الإسلام و غيره تبعاً لإطلاق النص، لكن في التنقيح الإجماع على كون الأول لقطه (٣). فإن تم، و إلا كما هو الظاهر المستفاد من الروضه و المسالك (٤) حيث أجرى الخلاف السابق فيه في المسأله فالإطلاق أصح.

و إطلاق العباره و غيرها بوجوب التعريف هنا يقتضى عدم الفرق بين

ص: ١٨٧

١- المقنعه: ٦٤٦، النهايه: ٣٢١، المراسم: ٢٠٦، الشرائع ٢٩٣: ٣، القواعد ١٩٩: ١، التحرير ١٢٦: ٢، اللمعه (الروضه البهيه ٧): ١٢١، جامع المقاصد ١٧٦: ٦، المسالك ٣٠٤: ٢.

٢- التهذيب ١١٧١/٣٩١: ٦، الوسائل ٢٥: ٤٤٨ أبواب اللقطه ب ٥: ح ٣.

٣- التنقيح ١٢١: ٤.

٤- الروضه ١٢١: ٧، المسالك ٣٠٤: ٢.

القليل والكثير. و به صرّح فى المسالك (١)؛ و لعلّ الوجه فىه مع اختصاص النصّ بالأخير لتضمّنه الدراهم و الدنانير الأصل، و اختصاص ما دلّ على تملكك الأوّل بلا تعريف باللقطه التى ليست منها مفروض المسأله. لكنّه إنّما يصحّ على المختار من عدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام و غيره، و لا يصحّ على غيره؛ لكون ما عليه الأثر منها عند القائل بالفرق بينهما.

و حكى فى التنقيح (٢) قولاً عن الشيخ بكون ما لا أثر فىه لقطه إذا لم يعرفه المالك أو البائع أيضاً.

و يدفعه النصّ جدّاً.

و كذا ما يجده فى جوف دابّه مملوكه، عرفه مالكها كما مضى؛ لسبق يده، و ظهور كونه من ماله دخل فى علفها؛ لبعده وجوده فى الصحراء و اعتلافه. فإن عرفه المالك، و إلّا فهو لواجده.

للصحيح: عن رجل اشترى جزوراً أو بقره للأضاحى، فلما ذبحها وجد فى جوفها صرّه، فيها دراهم أو دنانير أو جوهره، أو غير ذلك من المنافع، لمن يكون ذلك؟ و كيف يعمل به؟ فوقّع (عليه السلام): «عرّفها البائع، فإن لم يعرفها فالشئ لك، رزقك الله تعالى إيّاه» (٣).

و إطلاقه كالعبارة و نحوها عدم الفرق بين ما عليه أثر الإسلام و غيره.

خلافاً للمختلف و الروضه و غيرهما (٤)، فقالوا فى الأوّل بأنّه لقطه؛

ص: ١٨٨

١- المسالك ٣٠٤:٢.

٢- التنقيح الرائع ١٢١:٤.

٣- الكافى ٩/١٣٩، الفقيه ٥/٩، التهذيب ٣/٨٥٣/١٨٩، الواسئ ٦/١١٧٤/٣٩٢، أبواب اللقطه ب ٩ ح ١ و ٢.

٤- المختلف: ٤٥١، الروضه ٧:١٢٢؛ و انظر جامع المقاصد ١٧٧:٦.

لما مرّ مع جوابه، مع أنّ الأوّلين احتمالاً للإطلاق هنا، قال ثانيهما: لإطلاق النصّ و الفتوى. و ظاهره إطباق الفتاوى على عدم الفرق هنا، و لكن ظاهره في المسالك (١) وقوع الخلاف المتقدّم هنا أيضاً.

و لو وجده في جوف سمكه، قال الشيخ في النهاية، و المفيد و القاضي، و ابن حمزه (٢): أخذه بلا تعريف و عليه المتأخرون كافّة. خلافاً للدليمة و الحلي (٣) خاصة فهو كالمأخوذ من جوف الدابّة.

و ظاهر العبارة التردّد في ذلك، و بيني الخلاف على الاختلاف في اشتراط التيه في تملك المباحات و عدمه. فعلى الأوّل يقوى الأوّل؛ لأنّ المحيز إنّما قصد تملكها خاصّة لعدم علمه بما في بطنها، فلم يتوجّه قصده إليه. و على الثاني يقوى الثاني كما هو واضح.

و احتمل في المختلف و التنقيح (٤) قوته على الأوّل أيضاً، قالاً: لأنّه قصد ملك هذه الجملة، و ما في بطنها كأنّه جزء منها. لكنهما ضعّفاه، قال أولهما بعد البناء و ما يترتب عليه من القولين -: إلّا أنّ أصحابنا لم يفتوا بالتملّك له مع عدم المعرفة، و هو يدلّ على بطلان هذا القسم عندهم، و بقي الوجه الأوّل. و أشار به إلى عدم اشتراط التيه في التملّك، و عبارته ظاهره في انعقاد الإجماع عليه. و عليه فالمذهب الأوّل؛ لكون المأخوذ مباحاً في الأصل، فإذا حيز مع التيه ملك، هذا.

ص: ١٨٩

١- المسالك ٣٠٤: ٢.

٢- النهاية: ٣٢١، المفيد في المقنعه: ٦٤٧، القاضي في المهذب ٥٦٩: ٢، ابن حمزه في الوسيله: ٢٧٩.

٣- المراسم: ٢٠٦، السرائر ١٠٦: ٢.

٤- المختلف: ٤٥١، التنقيح ١٢٢: ٤.

مضافاً إلى اعتضاده بالنصوص المستفيضة المرويّه في الوسائل في الباب عن الكافي (١)، و قصص الأنبياء (٢)، و الأمالى (٣)، و تفسير مولانا العسكري (٤)؛ لتضمّنها تقريرهم (عليهم السّلام) لكثير في تصرّفهم فيما وجدوه في جوفها بعد الشراء من دون تعريف، على ما هو الظاهر منها. و أسانيدها و إن كانت قاصره إلّا أنّها بالشهره منجره، فلا وجه للقول الثانى.

نعم يتوجّه فيما لو كانت السمكه محصوره فى ماء تغلف كما ذكره الشهيدان (٥)؛ لعين ما ذكر فى الدابّه أوّلاً. و منه يظهر أنّ المراد بها الأهليه كما يظهر من الروايه، فلو كانت وحشيّه لا تعتلف من مال المالك فكالسمكه.

و به صرّح فى التنقيح (٦) و المختلف، قال فيه: و لما كانت الأحكام الشرعيّه غالباً منوطه بالغالب دون النادر- (و الغالب) (٧) فيما تلبعه الدابّه أنّه من دار البائع، و فيما تلبعه السمكه أنّه من البحر أوّج الشارح التعريف فى الأوّل للبائع دون الثانى، حتّى أنا لو عرفنا مضادّ الحال فى البابين حكمنّا بضدّ الحكمين. و لو أنّ البائع قد اشترى الدابّه ثم فى ذلك الآن بعينه باعها لم يجب تعريفه، و عرّف البائع قبله. و لو أنّ السمكه محصوره فى

ص: ١٩٠

-
- ١- الكافي ٨: ٥٨٥/٣٨٥، الوسائل ٢٥: ٤٥٣ أبواب اللقطه ب ١٠ ح ١.
 - ٢- قصص الأنبياء: ٢٢٤/١٨٤ و ٢٢٩/١٨٥، الوسائل ٢٥: ٤٥٣ أبواب اللقطه ب ١٠ ح ٢ و ٣.
 - ٣- أمالى الصدوق: ٣/٣٦٧، الوسائل ٢٥: ٤٥٤ أبواب اللقطه ب ١٠ ح ٤.
 - ٤- تفسير الإمام العسكري (عليه السّلام): ٦٠٤/١ ضمن الحديث ٣٥٧، الوسائل ٢٥: ٤٥٤ أبواب اللقطه ب ١٠ ح ٥.
 - ٥- اللمعه (الروضه البهيّه ٧): ١٢٣.
 - ٦- التنقيح الرائع ٤: ١٢٢.
 - ٧- ما بين القوسين أثبتناه من «ح» و المصدر لاستقامه العبارة.

بركه فى دار إنسان وحب أن يعرف بما فى بطنها (١). انتهى.

الثانية: ما وجدته فى صندوقه، أو داره

الثانية: ما وجدته فى صندوقه، أو داره المختصين بالتصرف فىهما فهو له. و لو شاركه فى التصرف غيره كان كاللقطه عرفه سنه إذا عرفه الشريك أولاً و أنكره بلا خلاف فىهما ظاهراً؛ لدلاله الصحيح عليهما منطوقاً و مفهوماً.

و فيه: « رجل وجد فى بيته ديناراً، قال: « يدخل منزله غيره؟ » قلت:

نعم كثير، قال: « هذه لقطه » قلت: فرجل وجد فى صندوقه ديناراً، قال:

« فيدخل أحد يده فى صندوقه غيره، أو يضع فيه شيئاً؟ » قلت: لا، قال:

« فهو له » (٢) هذا.

مع شهاده الظاهر فى صوره عدم المشارك بأنه له و قد يعرض له النسيان، لكنه يختص بما إذا لم يقطع بانتفائه عنه، و مع القطع به يشك، و لذا قيل: بأنه حينئذ لقطه أيضاً، كصوره المشارك مع الإنكار (٣).

و هذا أيضاً مشكل بعد إطلاق النص و الفتوى، مع عدم صدق اللقطه على مثله ظاهراً. فمتابعه الإطلاق لعلها أولى، و لا ينافيه القطع بالانتفاء، فقد يكون شيئاً بعثه الله تعالى و رزقه إياه.

و إطلاق النص و الفتوى يقتضى عدم الفرق فى الحكم بكونه لقطه مع المشارك بين المنحصر منه و غير المنحصر. و الوجه فيه ظاهر؛ لأنه بمشاركه غيره لا يد له بخصوصه، فتكون لقطه. و أمّا مع انحصار المشارك؛

ص: ١٩١

١- المختلف: ٤٥١.

٢- الكافي ٣/١٣٧، الفقيه ١٨٧/٨٤١، التهذيب ٣٩٠/١٦٨، الوسائل ٤٤٦: ٢٥ أبواب اللقطه ب ٣ ح ١.

٣- قاله الشهيد الثانى فى المسالك ٣٠٥: ٢.

فلأن المفروض أنه لا يعرفه الواجد، فلا يملكه بدون التعريف سنه.

قيل: و يحتمل قوياً كونه له مع تعريف المنحصر خاصه؛ لأنه بعدم اعتراف المشارك يصير كما لا مشارك له فيه (١).

و هو حسنٌ يمكن تنزيل إطلاق النصّ و الفتوى عليه.

و لا فرق في وجوب تعريف المشارك هنا بين ما نقص عن الدرهم و ما زاد؛ للإطلاق، و لاشتراكهم في اليد بسبب التصرف.

قيل: و لا يفتقر مدّعيه منهم إلى البيّنه و لا الوصف؛ لأنه مال لا يدّعيه أحد. و لو جهلوا جميعاً أمره فلم يعترفوا به و لم ينفوه، فإن كان الاشتراك في التصرف خاصه فهو للمالك منهم، و إن لم يكن فيهم مالك فهو للمالك، و إن كان الاشتراك في الملك و التصرف فهم فيه سواء (٢).

و دليل بعض ما ذكر غير واضح.

الثالثه: لا يملك اللقطه بحول الحول و إن عزفها

الثالثه: لا يملك اللقطه بحول الحول و إن عزفها سنه ما لم ينو التملك على الأشهر بين المتأخرين، بل مطلقاً كما في المختلف و الروضه و الكفايه (٣)؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن.

و للصحيح (٤) المتضمن للأمر بجعلها في عرض المال بعد التعريف، مع عدم التصريح فيه بجعله مالاً، فيكون ظاهراً في الأمر بجعلها أمانه.

و الخبر: «من وجد شيئاً فهو له، فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه ردّه إليه» (٥) لإيجابه ردّ العين بعد التصرف، و ليس ذلك قبل

ص: ١٩٢

١- الروضه ١٢٤:٧.

٢- قال به الشهيد الثاني في الروضه ١٢٥:٧.

٣- المختلف: ٤٥٠، الروضه ١٢٦:٧، الكفايه: ٢٣٨.

٤- الكافي ١١/١٣٩:٥، الوسائل ٢٥:٤٤٤ أبواب اللقطه ب ٢ ح ١٠.

٥- الكافي ١٠/١٣٩:٥، التهذيب ١١٧٥/٣٩٢:٦، الوسائل ٢٥:٤٤٧ أبواب اللقطه ب ٤ ح ٢.

الحول إجماعاً؛ لتحريم التصرف فيه، بل بعده، فهو ظاهر في كونه عنده أمانة، ولو حصل الملك قهراً لما كان لجعلها أمانةً معنى.

و في الجمع نظر؛ للزوم الخروج عن الأوّل بما يأتي، و قصور دلالة الخبرين، مع ضعف الثاني، و مخالفه إطلاقه الإجماع من حيث تجويزه الانتفاع مطلقاً من دون تقييد له بالتعريف سنه و حول الحول، و ذلك لأنّ الأمر بجعله في عرض المال غير صريح، بل و لا ظاهر في جعله أمانةً، كيف لا- و هو أمانة أيضاً سابقاً، مع ما في ذيله من قوله (عليه السّلام): «يجرى عليها ما يجرى على مالك» الظاهر في جريان جميع أحكام ماله عليه و من جملتها وجوب الزكاه عليه بعد حول الحول إذا كانت نقداً. و هذا إحدى ثمرات النزاع التي رُتبت عليه، فهو دليل للملك قهراً، لا لما ذكره، كما لا يخفى.

و أمّا ما يستفاد من الروضه (١) من أنّ وجه الاستدلال بهذه الروايه أنّ الأمر بجعلها في عرض المال أمر أقله الإباحه، فيستدعى أن يكون المأمور به مقدوراً بعد التعريف و عدم مجيء المالك، و هو لا- يجتمع مع الملك قهراً. فهو إنّما يتمّ لو كان المأمور به جعلها مالاً، و ليس، فإنّ جعلها في عرض المال غيره، كما صرح به في المختلف (٢)، و لذا لم يجعل وجه الاستدلال به ذلك، بل ما عقّبناه [عيناه] به.

@ و الأمر بردّ العين في الأخير لا- يختص بكونها أمانةً» بل يجتمع مع الملك سابقاً قهرياً كان أو اختياراً، و لذا أنّ بعضاً من الأصحاب القائلين بالملك الاختياري أوجب ردّ العين بعينها بعد مطالبه المالك لها، قائلاً: إنّ

ص: ١٩٣

١- الروضه ١٢٧: ٧.

٢- المختلف: ٤٥٠.

الملك السابق ملك متزلزل مراعىً ليس مستقراً (١)، فلا دلاله فى الخبر على ذلك أصلاً، سيما مع الحكم فيه أولاً بأنه له يتمتع به، الظاهر فى ثبوت الملك له جداً.

@ و بالجمله الاستدلال بهذه الأدله كما ترى.

و نحوه الاستدلال بالصحيح: «يعرفها سنه، فإن لم يعرفها حفظها فى عرض ماله، حتى يجيء صاحبها فيعطيها إياه، وإن مات أوصى بها، و هو ضامن» (٢) و لو كان مالها قهراً لكان له التصرف فيها كيف شاء، و لم يأمره بحفظها.

و ذلك لقوه احتمال أن يكون قوله (عليه السلام): «فإن لم يعرف» بالتشديد، و لا كلام فيه، لا بالتخفيف المبني عليه الاستدلال.

و قيل كما عن الشيخين و الصدوقين و الحلبي (٣): إنه يملكها بمضى الحول بعد التعريف، مدعيًا الأخير الإجماع عليه من الأصحاب و تواتر الأخبار. و ليس ببعيد عن الصواب؛ تعويلاً على ما ذكره من الإجماع و الأخبار؛ لتضمن كثير منها أنها بعد التعريف كسبيل ماله، الظاهر فى ذلك على الظاهر المصرح به فى الروضه و المختلف (٤).

و الجواب عنها بأن التشبيه لا يقتضى الاتفاق فى جميع الأحكام و إلا لكان هو هو، و ليس، بل يكفى فى مطلق التشبيه الاتفاق فى بعضها، و هو

ص: ١٩٤

١- جامع المقاصد ١٦٩: ٦.

٢- الفقيه ١٨٦/٣: ٨٤٠، مسائل على بن جعفر: ٢٦٥/١٦٥، قرب الإسناد: ١٠٧٢/٢٦٩، الوسائل ٤٤٤: ٢٥، أبواب اللقطه ب ٢ ح ١٣.

٣- المفيد فى المقنع: ٣٤٦، الطوسى فى النهايه: ٣٢٠، الصدوق فى المقنع: ١٢٧، و حكاه عن والد الصدوق فى المختلف: ٤٤٩، الحلبي فى السرائر ١٠٣: ٢.

٤- الروضه ١٢٩: ٧، المختلف: ٤٥٠.

هنا جواز التصرف فيه بأحد الأمور الثلاثة المتقدم ذكرها.

مدفوع بما حَقَّق في محلِّه من اقتضاء التشبيه الاتفاق في الجميع، إلَّا أن يكون فيها فرد متبادر فينصرف إليه، وليس محلَّ الفرض من المستثنى.

و دعوى استلزام الاتفاق في الجميع الاتِّحاد غريب واضح الفساد؛ لكفايه استناد التغير إلى أمر آخر غير الأحكام من نحو تغير الماهية أو غيرها.

و دعوى المختلف (١) وهن الإجماع بمصير أكثر الأصحاب إلى الخلاف غريبه بعد نقله هو بنفسه هذا القول عمَّن حكيناه عنه، و القول الأول عن الشيخ في الكتابين و الحلبي مقتصرًا عليهما. و لا ريب أنَّ الأولين أكثر عددًا بالنسبة إليهما. مع أنَّ الشيخ قال بهذا القول في قوله الآخر (٢)، فبقى الثاني خاصه، فمع ذلك كيف يمكن دعوى الأكثرية، بل الأنسب العكس كما اتفق لشيخنا في الدروس، حيث قال بعد نقل القولين -: و الروايات محتمله للقولين، و إن كان الملك بغير اختياره أشهر، و قال:

و تظهر الفائدة في اختيار الصدقه و النماء المتجدد و الجريان في الحول و الضمان. ثم هل يملكها بعوض يثبت في ذمته، أو بغير عوض ثم يتجدد بمجىء مالِكها؟ في الروايات احتمال الأمرين، و الأقرب الأول، فيلحق بسائر الديون (٣).

و اعلم أنَّ في أصل المسألة قولاً ثالثاً طرف النقيض للثاني، و هو احتياج التملك إلى التيه و التلفظ كما عن الشيخ و غيره (٤). و دليله غير واضح و إن كان أحوط، و بعده الأحوط [فالأحوط] القول الأول، فتأمل.

ص: ١٩٥

١- المختلف: ٤٥٠.

٢- النهاية: ٣٢٠.

٣- الدروس ٣: ٨٨.

٤- الشيخ في الخلاف ٣: ٥٨٤، و انظر التذكرة ٢: ٢٦١.

الفصل الثاني في بيان الملتقط للمال مطلقاً، وهو: من له أهليه الاكتساب، فلو التقط الصبي و المجنون جاز في المشهور بين الأصحاب، وفاقاً للشيخ (١) قاطعاً به، بل لا يكاد يتحقق فيه مخالف صريحاً، و لم ينقل، كما صرح به في المسالك (٢)، لكن كلماته في مواضع يومئ إلى وقوع الخلاف فيه، و به صرح في الكفايه (٣) و المفاتيح، فقال: يشترط في الملتقط أهليه الاكتساب عند قوم، و أهليه الحفظ عند آخرين، و إحدى الأهليتين عند ثالث (٤).

و لم أقف على أرباب القولين الأخيرين عدا الماتن في الشرائع، حيث صرح في تعريف الملتقط بثنائهما (٥)، و تردد في التقاط الصبي و المجنون للضاله في بحثها (٦). و لعلّ نظر القائلين للخلاف إليه في المقامين، و إلّا فلم أقف على من عداه في البين. و ما أبعد ما بين هذا و بين ما ذكره الناقل الثاني من مصير قوم إلى التفسير الثاني في كلامه.

و كيف كان، فالتحقيق أن يقال: إما أن يراد بجواز التقاط غير المكلف ما يقابل الحرمة بمعنى إباحته له، أو يراد به ترتب أحكام اللقطه عليه من التملك أو التصدق بها بعد التعريف، و خروجها بذلك عن الأمانه المحضه.

ص: ١٩٤

١- المبسوط ٣:٣٢٤.

٢- المسالك ٢:٣٠١.

٣- الكفايه: ٢٣٨.

٤- مفاتيح الشرائع ٣:١٨٣.

٥- الشرائع ٣:٢٩٤.

٦- الشرائع ٣:٢٩٠.

و لا- معنى للجواز بالمعنى الأول؛ لكونه من صفات التكليف، و ليس غير المكلف أهلاً- له و إن كان حكمه ثابتاً له، فتعين إرادته الثاني، و لا- دليل عليه؛ لاختصاص النصوص المثبتة لأحكام اللقطة المزبوره بالمكلف بحكم التبادر؛ و تضمنها الأمر بالحفظ أو التصدق أو التملك، و هو لا يتوجه إلى غيره. فالحكم بالجواز مشكل بعد اقتضاء الأصل العدم.

و يمكن أن يقال: إن وجه الإشكال المزبور مقتضى لاعتبار الأهليتين معاً، و ليس هو لأحد قولاً، فيكون للإجماع مخالفاً، فينبغي ترجيح أحد الأقوال المتقدمه على تقدير ثبوتها. و لا ريب أن المشهور منها أولى؛ لما عرفت من عدم مخالف صريح فيه أو كونه نادراً، فتأمل.

و عليه يتولى الولي الحفظ و التعريف فيما يفتقر إليهما، ثم يفعل لهما ما هو الأغبط لهما من التملك و الصدقه و الإبقاء أمانة إن قلنا به.

و فى جواز التقاط المملوك من دون إذن مولاه تردد و اختلاف، فبين من حكم بالمنع عنه كالإسكافي (1)؛ للخبر الماضى (2) فى المنع عن التقاطه اللقيط الصريح فى ذلك، مضافاً إلى الأصل، و اختصاص ما دلّ على جواز الالتقاط بغيره إمّا للتبادر أو لتصريح كثير من النصوص المتقدمه، مع الفتاوى بجواز التملك و الصدقه بعد التعريف، و ليس أهلاً للأمرين إجماعاً فى الثانى؛ لمكان الحجر عليه (3)، و على الأصح الأشهر فى الأول بناءً على عدم قابليته للملك.

ص: ١٩٧

١- حكاه عنه فى المختلف: ٤٥٣.

٢- المتقدم فى ص: ١٤٢.

٣- فى «ر» و «ح» زياده: فى مطلق التصرف.

و بين من قال بالصدء، و نسبه في المختلف إلى المشهور (١)، و منهم الماتن لقوله: أشبهه الجواز لأن المملوك له أهليه الاستئمان لأنه أهل للوديعة و غيرها من الأمانات، و أهليه الاكتساب لجواز اكتسابه بالاحتطاب و الاحتشاش و الاصطياد و إن كان المتملك هو المولى؛ لأن كسبه له، و المسألة كسابقته محل إشكال.

و كذا الكلام في التقاط المكاتب مطلقاً و المدبر و أم الولد منعاً و جوازاً، و لكن احتمال الحكم بالأخير في المكاتب أقوى كما لا يخفى. هذا في غير لقطه الحرم، و أما فيها فجائز أخذها للعبد، كما في الدروس معللاً بأنها أمانه، حاكياً عن الفاضل نفى الخلاف عنه (٢).

الفصل الثالث في الأحكام المتعلقة بالمقام و هي ثلاثة:

الأول: لا تدفع اللقطه إلى مدعيها و جوباً إلا بالبينه

الفصل الثالث في الأحكام المتعلقة بالمقام و هي ثلاثة:

الأول: لا تدفع اللقطه إلى مدعيها و جوباً إلا بالبينه العادله، أو الشاهد و اليمين، أو العلم بأنه له و لا يكفي الوصف إجماعاً إذا لم يورث ظناً، بل عن الحلبي (٣) عدم كفايته مطلقاً؛ لاشتغال الذمه بحفظها و إيصالها إلى مالكها، و لم يثبت (كون) (٤) الوصف (حجّه) (٥) و الواصف به مالكاً.

و قيل كما عن الشيخ (٦): إنه يكفي في الأموال الباطنه (٧)، و هو

ص: ١٩٨

١- المختلف: ٤٥٣.

٢- الدروس ٣: ٩٣، و هو في التذكرة ٢: ٢٥٤.

٣- السرائر ٢: ١١١.

٤- ما بين القوسين أثبتناه من «ر» و «ح».

٥- ما بين القوسين أثبتناه من «ر» و «ح».

٦- المبسوط ٣: ٣٢٩، الخلاف ٣: ٥٨٧.

٧- في «ر» و «ح» و المطبوع من المختصر زياده: كالذهب و الفضه.

حسن و غير خالٍ عن القوّه إذا أفاد المظنّه، كما هو الغالب في وصفها، وفاقاً للأكثر، بل عليه عامّه من تأخّر؛ لأنّ مناط أكثر الشرعيّات الظن، فيلحق المقام به إلحاقاً له بالأعمّ الأغلب؛ و لتعدّر إقامه اليّنه في الأغلب، فلولا له لزم عدم وصولها إلى مالکها كذلك.

و في كثير من النصوص إرشاد إليه، ففي الصحيح في ملتقط الطير و واجده: «و إن جاءك طالب لا تتهمه ردّه عليه» (١).

و نحوه الخبر الطويل المتضمن لتقرير مولانا الصادق (عليه السّلام) ملتقط الدنانير الدافع لها إلى من وصفها من دون بينه على ذلك (٢).

و قريب منهما النبوى المقبول (٣). و ظاهره كالصحيح و سابقه و إن كان وجوب الدفع، إلّا أنّ الفتاوى مطبقه على التعبير بالجواز، و به صرح في المسالك مدّعياً عليه دون الوجوب إجماع الأصحاب (٤).

و به و بسابقه يصرف الأمر في الخبرين عن ظاهره، مع قوّه احتمال عدم دلالتهم فيهما على الوجوب من أصله بوروده مورد توهم حظر الدفع و حرمة. فلا إشكال في عدم وجوبه، كما لا إشكال في جوازه؛ لندره القائل بخلافه؛ و قيام الدليل على فساده.

و عليه فلو أقام غير الواصف بها بينه بعد دفعها إليه استعيدت منه بلا خلاف؛ لأنّ اليّنه حجه شرعيّه بالملك، و الدفع بالوصف إنّما كان

ص: ١٩٩

١- في «ص»: «و إن جاءك طالب فلا تتهمه. و ما أثبتناه من «ر» و «ح» و المصدر، التهذيب ١١٨٦/٣٩٤، الوسائل ٢٥:٤٦١ أبواب اللقطه ب ١٥ ح ١.

٢- الكافي ٥:٦/١٣٨، التهذيب ١١٧٠/٣٩٠، الوسائل ٢٥:٤٤٩ أبواب اللقطه ب ٦ ح ١.

٣- سنن البيهقي ١٨٥:٦ ١٨٦.

٤- المسالك ٢:٣٠٨.

رخصه و بناءً على الظاهر. فإن تعدّر انتزاعها من الواصف ضمن الدافع لذى البيئه مثلها أو قيمتها؛ لإتلافه لها عليه بالدفع.

ولا- ينافيه الرخصه له من الشرع فيه؛ لأنّ غايتها دفع الإثم، وهو لا يستلزم نفي الضمان مع عموم دليل ثبوته من نحو قوله: «على اليد» وغيره من أدلته، كما ثبت نظيره في الإذن في التصرف في اللقطه بعد التعريف مع الضمان بظهور المالك.

فإذا ضمن رجوع على القابض بما غرم؛ لمباشرته الإتلاف؛ ولأنّه عادٍ بادّعائه ما ليس له، فيستقرّ الضمان عليه، إلا أن يعترف الدافع له بالملك، فلا يرجع عليه لو رجع عليه؛ لاعترافه بكون ذى البيئه الآخذ منه عاديا عليه ظالماً.

الثانى: لا بأس بجعل الآبق فإن عينه لزم بالردّ

الثانى: لا بأس بجعل الآبق و أخذ مالٍ لردّه و نحوه إجماعاً، فتوى و نصّاً فإن عينه المالك كأن قال: من ردّ عبدى مثلاً فله كذا لزم بالردّ مع عدم قصد التبرع كائناً ما كان بلا كلام و لا إشكال، كما فى المسالك و شرح الشرائع للصيمرى (١) مؤذنين بدعوى الإجماع عليه. و يدلّ عليه عموم: «المؤمنون عند شروطهم» (٢).

و إن لم يعين الجعل بأن قال: من ردّ عبدى فله على شىء، أو عوض، و أبهم ففى ردّ العبد من المصر الذى فيه مالكة إليه دينار قيمته عشرة دراهم.

و من خارج البلد الذى هو فيه سواء كان من مصر آخر أم

ص: ٢٠٠

١- المسالك ١٨٣:٢، غايه المرام ٣:٤٥٣.

٢- التهذيب ١٥٠٣/٣٧١:٧، عوالى اللئلى ٣:٧٧/٢١٧، الوسائل ٢١:٢٧٦ أبواب المهور ب ٢٠ ح ٤، المستدرک ١٣:٣٠١ أبواب الخيار ب ٥ ح ٧.

لا أربعة دنانير قيمتها أربعون درهماً على روايه مسمع بن عبد الملك، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «إن النبي (صلى الله عليه و آله) جعل في الأبق ديناراً إن أخذه في مصره، وإن أخذه في غيره فأربعة دنانير» (١).

و هي و إن كانت ضعيفه السند بجماعه (٢)، و المتن بمخالفه القاعده الداله على ثبوت اجره المثل فيما له اجره في العاده، و عدم شىء فيما لا اجره له، إلا أنها يعضدها (٣) الشهره المتقدمه و المتأخره حتى من الحلوى (٤) الغير العامل بأخبار الآحاد الغير المحفوفه بالقرائن القطعيه، لكنّه خصّها بصوره ذكر الجعل مبهماً، كما نزلنا عليه العبارة.

و نسبه الشهيد فى الدروس و الصيمرى فى شرح الشرائع (٥) إلى المتأخرين كافه. و نسب الأول كالمختلف (٦) العمل بإطلاق الروايه الشامل لما لم يذكر جعل بالكلية و لم يستدع الردّ بالمره إلى ظاهر النهايه و المقنعه و الوسيله (٧).

و ما عليه الحلوى و تابعوه فى غايه القوه؛ عملاً بالقاعده؛ و اقتصاراً فى تخصيصها بالروايه على ما تحقّق فيه منها جبر بالشهره، و ليس فى محل

ص: ٢٠١

١- التهذيب ٣٩٨/١٢٠٣: ٦.

٢- هم: محمّد بن الحسن بن شمون، و عبد الله بن عبد الرحمن الأصمّ، و سهل بن زياد، ضعّفهم أصحاب الرجال، لاحظ رجال الكشى ٦١٣/٥٨٤: ٢، رجال النجاشى: ١٨٥/٤٩٠ و ٢١٧/٥٦٦ و ٣٣٥/٨٩٩، رجال الطوسى: ٤٣٦/٢٠، الفهرست: ٨٠/٣٢٩.

٣- فى المطبوع من المختصر (٢٦٢): يؤيدها.

٤- السرائر ١٠٩: ٢.

٥- الدروس ٩٧: ٣، غايه المرام ٤٥٤: ٣.

٦- المختلف: ٤٥٤.

٧- النهايه: ٣٢٣، المقنعه: ٦٤٨، الوسيله: ٢٧٧.

و إطلاقها كالعبارة و ما ضاهاها من عبارات الجماعه يقتضى عدم الفرق فى وجوب المقدّر بين نقصانه عن قيمه العبد و عدمه. و به صرّح الماتن فى الشرائع و الفاضل فى التحرير (١).

و استشكل فى القواعد (٢) و الروضه، بل قال فيها: و ينبغى حينئذٍ أن يثبت على المالك أقلّ الأمرين من قيمته و المقدّر شرعاً. و مبنى الروايه على الغالب من زياده قيمته كثيراً (٣).

و هو حسنٌ، لكن فى كلام الصيمرى أنّ الإطلاق مشهور بين الأصحاب، فيمكن جعل الشهره قرينه على إرادته الفرد النادر. و فيه إشكال.

و ظاهر النص و الفتوى و وجوب دفع المقدّر لا استحبابه. و نسبه فى المختلف (٤) إلى الأشهر.

خلافاً للمبسوط (٥) فنزل الروايه على الفضيله، و حجّته غير واضحه عدا العمل بالقاعده، و ترك أصل الروايه. و هو حسنٌ لولا ما عرفت من الشهره الجابره. فهو ضعيف و إن اختاره شيخنا فى المسالك و الروضه و بعض من تبعه (٦)، فحكموا بلزوم الأجره دون المقدّر فى الروايه.

ثم إنّ مورد العبارة و الروايه العبد خاصّه، و لكن ألحق به

ص: ٢٠٢

١- الشرائع ١٦٤، ٣: ١٢٢، التحرير ٢: ١٢٢.

٢- القواعد ٢٠٠: ١.

٣- الروضه ٤٥٠: ٤.

٤- المختلف: ٤٥٤.

٥- المبسوط ٣٣٣: ٣.

٦- المسالك ١٨٥، ٢: ٤٤٨، الروضه ٤٤٨: ٤؛ و انظر الكفايه: ٢٣٣.

الشيخان و الحلّى و غيرهم (١) البعير و نسبه فى المختلف (٢) إلى الأ-كثر. و يظهر من المفيد-(رحمه الله) أنّ به روايه؛ لأنّه قال: بذلك ثبت السنّه.

و فيه إشكال، و لعلّ المصير إلى القاعده أجود وفاقاً لجماعه (٣).

و أما فيما عداهما فتتعيّن أجره المثل إذا كان العمل ممّا له أجره فى العاده و ذكر المالك لها و لو مبهمه؛ عملاً بالقاعده المتقدّمه، مع أنّه إجماعى كما صرّح به بعض الأجله. فلا إشكال فيه، كما لا إشكال فى عدم لزوم شىء مع فقد الشرطين، أو تبرّع العامل بعمله؛ لأصالة البراءه.

الثالث: لا يضمن الملتقط فى الحول و بعده لقطه و لا لقيطاً

الثالث: لا- يضمن الملتقط فى الحول و بعده لقطه و لا- لقيطاً و لا ضالّه ما لم يفزّط أو يتعدّى، بلا خلاف فى شىء من حكمى المستثنى منه و المستثنى، و لا إشكال فيهما أصلاً.

و من التعدى أخذها بتيه التملك قبل الوقت المشروع للتملك فيه فى أثناء الحول كانت أو ابتداء لكون اليد حينئذٍ عاريه مستعقبه للضمان إجماعاً. و كذا ترك التعريف حيث يجب عليه مطلقاً و إن لم ينو التملك، بل الحفظ خاصّه.

و ليس منه الأخذ بتيه الحفظ دائماً مع المواظبه على التعريف سنّه، و لا الأخذ ليعزّفها سنّه و يتملّكها بعدها، فإنّها أمانه فيها إذا عزّفها، و يجوز له التملك بعدها مع الضمان، كما مضى.

و فى ثبوته بعد الحول بمجرد تيه التملك السابقه أو توقفه على نيه

ص: ٢٠٣

١- المفيد فى المقنعه: ٤٤٨، الطوسى فى النهايه: ٣٢٣، الحلّى فى السرائر ١٠٩: ٢، الشهيد فى اللمعه (الروضه ٤): ٤٤٨.

٢- المختلف: ٤٥٥.

٣- الخلاف ٥٨٩: ٣، المبسوط ٣٣٢: ٣، كشف الرموز ٤١٥: ٢، التنقيح الرائع ١٢٨: ٤.

اخرى له متجدده وجهان على القول بافتقار التملك بعد التعريف إليها.

و على القول بحصوله بعده قهراً فالضمان بعد مضي الحول متعين جداً.

و حيث ثبت الضمان بموجبه من نية التملك قبل الحول أو ترك التعريف لم يزل بزواله من نية الحفظ و الأخذ في التعريف؛ استصحاباً لما ثبت من حاله سابقاً.

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ العين لا تخرج بالتقاطها قبل الحول عن ملك مالكةا، فالنماء المتجدد في أثنائه للمالك مطلقاً، متصلاً كان أو منفصلاً.

و أقرب الوجهين و أظهرهما أنه يتبع العين مطلقاً، و لا يشترط لتملكه حول بانفراده بعد إكمال حول أصله.

و إطلاق العبارة و سائر الفتاوى بكون اللقطة مع عدم التفريط أمانه يقتضى عدم الفرق فيها بين لقطه الحرم و غيرها.

و هو حسن إن قلنا بعدم الفرق بينهما حكماً، و أمّا على القول بالفرق بينهما كراهة في الثانيه و حرمة في الأولى فمشكل جداً. بل الأوفق بالأصول عدم كون لقطه الحرم أمانه؛ لكون اليد الآخذة لها عاديه من حيث النهى عن التقاطها فلا إذن لها في التصرف فيها أصلاً، فتأمل جداً.

كتاب الموارث هو أعم من الفرائض مطلقاً إن أُريد بها المفروض بالتفصيل، وإن أُريد بها ما يعمّ الإجمال كإرث اولى الأرحام فهو بمعناه، ومن ثم كان التعبير بما هنا أولى من التعبير بالفرائض.

و الأصل فيه بعد الإجماع الكتاب و السنّه، قال سبحانه:

يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ [١] إلى آخر الآيتين (١).

و في النبوى: «تعلّموا الفرائض و علّموها الناس، فإنّي امرء مقبوض، و إنّ العلم سيقبض، و تظهر الفتن حتى يختلف الاثنان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما» (٢).

قيل: و ذلك لابتداء مسائل الفرائض على أصول غير عقليّه، و عدم اشتمال القرآن على جميعها، و لأهل البيت (عليهم السّلام) فيها أصول باينوا بها سائر الفرق، و هم أدري بما في بيت النبي (صلّى الله عليه و آله) (٣).

و فيه أيضاً: «تعلّموا الفرائض، فإنّها من دينكم، و إنّ نصف العلم، و إنّهُ أوّل ما ينتزع من أمتي» (٤).

و قد ذكروا في توجيه التنصيف وجوهاً كلّها تعسّفات.

ص: ٢٠٥

١- النساء: ١٢، ١١.

٢- سنن البيهقي ٦: ٢٠٨، الوافي ١: ٧٠١، ٢٥.

٣- مفاتيح الشرائع ٣: ٣٠٠.

٤- سنن البيهقي ٦: ٢٠٩، الوافي ١: ٧٠١، ٢٥.

و النظر فيه يكون في المقدمات، و المقاصد، و اللواحق

و المقدمات ثلاث

الأولى: في بيان موجبات الإرث

و المقدمات ثلاث:

الأولى: في بيان موجبات الإرث و أسبابه و هي: نسب و سبب، فالنسب هو الاتصال بالولادة بانتهاء أحد الشخصين إلى الآخر، كالأب و الابن، أو بانتهاهما إلى ثالث مع صدق اسم النسب عرفاً على الوجه الشرعي.

و هو ثلاث مراتب: لا يرث أحد من المرتبه التاليه مع وجود واحد من المرتبه السابقه خال من موانع الإرث.

فالأولى: الأبوان من غير ارتفاع و الولد و إن نزل بشرط الترتيب، الأقرب فالأقرب.

و بعدها الأجداد و الجدات و إن علوا مرتبين و الإخوه و الأخوات و أولادهم مع فقدهم و إن نزلوا كذلك.

و بعدهما الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات، و أولادهم مع فقدهم و إن نزلوا، ثم أعمام الأبوين، و عماتهما، و أخوالهما، و خالاتهما، و أولادهم مع فقدهم و إن نزلوا كذلك، ثم أعمام الجد و الجدّه، و عماتهما، و أخوالهما، و خالاتهما، و أولادهم مع فقدهم و إن نزلوا، الأقرب فالأقرب، و هكذا إلى سائر الدرجات. ففي كل من المرتبتين الأوليين صنفان، و في الباقي صنف واحد؛ لأنهم إخوه الأب و الأم.

و لا يحجب الأقرب من كل صنف الأبعد من الصنف الذي في مرتبته، بل يحجبه إذا كان من صنفه، و الواحد من كل مرتبه أو درجه و إن كان أنثى يحجب من وراءه من المراتب و الدرجات، إلّا في صورته واحده

ص: ٢٠٦

إجماعه، هي: أن ابن العم للأب و الأم يحجب العم للأب وحده، و يأخذ نصيبه.

و الأصل في جميع ذلك بعد الإجماع عليه في الجملة الكتاب و السنّه، قال سبحانه وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ [١] الآية (١).

و في الصحيح: «أن كل ذى رحم بمنزله الرحم الذى يجزّ به، إلّا أن يكون وارث أقرب إلى الميت فيحجبه منه» (٢) و نحوه غيره (٣).

و في الخبر: «ابنك أولى بك من ابن ابنك، و ابن ابنك أولى بك من أخيك، و أخوك لأبيك و أمّيك أولى من أخيك لأبيك، و أخوك لأبيك أولى بك من أخيك لأميك، و ابن أخيك لأبيك و أمّك أولى بك من ابن أخيك لأبيك، و ابن أخيك لأبيك أولى بك من عمّك، و عمّك أخو أبيك من أبيه و أمّه أولى بك من عمّك أخى أبيك من أبيه، و عمّك أخو أبيك من أبيه أولى بك من عمّك أخى أبيك لأميّه، و ابن عمّك أخى أبيك لأميّه، و ابن عمّك أخى أبيك لأميّه» (٤).

و ما فيه من أولويّه المتقرّب بالأب وحده على المتقرّب بالأمّ وحدها من الإخوه و الأعمام و أولادهم بمعنى زيادتهم الميراث، و في غيرهم بمعنى

ص: ٢٠٧

١- الأنفال: ٧٥، الأحزاب: ٦.

٢- الكافي ٧: ١/٧٧، التهذيب ٩: ٩٧٦/٢٦٩، الوسائل ٢٦: ٦٨ أبواب موجبات الإرث ب ٢ ح ١.

٣- الكافي ٧: ٢/٧٧، التهذيب ٩: ٩٧٧/٢٦٩، الوسائل ٢٦: ٦٨ أبواب موجبات الإرث ب ٢ ح ٢.

٤- الكافي ٧: ١/٧٦، التهذيب ٩: ٩٧٤/٢٦٨، الوسائل ٢٦: ٦٣ أبواب موجبات الإرث ب ١ ح ٢.

الحجب، إجماعاً (١) كما يأتي.

و السبب هو الاتّصال بما عدا الولاده من ولاء أو زوجيّه، وهو لتعدّد ما به الاتّصال فيه قسمان: زوجيّه من الجانبين مع دوام العقد، أو شرط الإرث، على الخلاف المتقدّم في كتاب النكاح و ولاء بفتح الواو، واصله القرب و الدنو، والمراد به هنا تقرب أحد الشخصين بالآخر على وجه يوجب الإرث بغير نسب و لا زوجيّه.

و الولاء له ثلاث مراتب كالنسب، لا يرث أحد من المرتبه التاليه مع وجود واحد من المرتبه السابقه خال من الموانع، فأقربها: ولاء العتق، ثم ولاء تضمن الجريره، ثم ولاء الإمامه و القسم الأوّل يجمع جميع الوراث، و الثاني لا يجمع النسب و إن بُعد.

الثانيه: في بيان موانع الإرث

إشاره

الثانيه: في بيان موانع الإرث، و هي كثيره، ذكر الماتن منها هنا ثلاثه هي أظهر أفرادها الكفر، و القتل، و الرقّ أمّا الكفر فإنّه يمنع في طرف الوارث يعني: أنّه لو كان كافراً لا يرث مسلماً، و يرث لو كان بالعكس.

و الأصل فيه بعد اتّفاق المسلمين كافّه، كما في صريح المسالك و ظاهر غيره (٢) المعتبره المستفيضه التي كادت تكون متواتره، بل لعلّها متواتره، ففي الموثق: عن الرجل المسلم هل يرث المشرك؟ قال: «نعم،

ص: ٢٠٨

١- و في هذا الخبر دلالة على ما ذهب إليه المشهور من غير خلاف يظهر بينهم من اختصاص الرد فيما لو اجتمع المتقرب بالأمّ خاصّه مع المتقرب بالأب كذلك به، و اعتذروا له بما في هذه الروايه من الأولويه، و تأمّل فيه في الكفايه: (٢٩١) و لا- وجه له. منه (رحمه الله).

٢- المسالك ٣١١:٢، و انظر المفاتيح ٣١١:٣.

و لا يرث المشرك المسلم» (١).

و فى الصحيح: «المسلم يرث امرأته الذمّيه، و لا ترثه» (٢).

و فيه: «لا يرث اليهودى و النصرانى المسلمين، و يرث المسلم اليهودى و النصرانى» (٣).

و فى الخبر القريب من الصحيح بروايه ابن محبوب المجمع على تصحيح رواياته عن راويه الموجب لقصوره: «المسلم يحجب الكافر، و يرثه، و الكافر لا يحجب المؤمن، و لا يرثه» (٤).

فلا إشكال فى أنه يرث الكافر مسلماً مطلقاً حربياً كان الكافر أو ذمياً أو مرتدّاً، إنّما خصّ المنع بما إذا كان الكافر فى طرف الوارث؛ لأنّه يرث المسلم الكافر مطلقاً أصلياً كان أو مرتدّاً بإجماعنا المحكى فى عبارات جماعه من أصحابنا (٥)، مع وقوع التصريح به فى الأخبار التى تلونها سابقاً.

و أمّا النصوص المستفيضه الدالّه على أنه لا توارث بين أهل ملّتين من الموثقين و غيرهما فمع قصور أسانيدها، و ضعف جملة منها محموله إمّا

ص: ٢٠٩

١- التهذيب ٣٦٦/١٣٠٤، الإستبصار ١٩٠/٧٠٨، الوسائل ١٣:٢٦ أبواب موانع الإرث ب ١ ح ٥.

٢- الكافي ١٤٣/٦، الفقيه ٢٤٤/٧٨٤، التهذيب ٣٦٦/١٣٠٦، الإستبصار ١٩٠/٧١٠، الوسائل ١١:٢٦ أبواب موانع الإرث ب ١ ح ١.

٣- الكافي ١٤٣/٢، الفقيه ٢٤٤/٧٨٦، التهذيب ٣٦٦/١٣٠٣، الإستبصار ١٩٠/٧٠٧، الوسائل ١٣:٢٦ أبواب موانع الإرث ب ١ ح ٧؛ بتفاوت.

٤- الكافي ١٤٣/٥، الفقيه ٢٤٤/٧٨٣، التهذيب ٣٦٦/١٣٠٧، الإستبصار ١٩٠/٧١١، الوسائل ١١:٢٦ أبواب موانع الإرث ب ١ ح ٢.

٥- منهم الشيخ فى الخلاف ٢٣، ٢٤، و الحلى فى السرائر ٢٦٦:٣، و الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ١٣٢:٤.

على التقيّه؛ لموافقتها لمذهب أكثر العامّة، كما صرّح به جماعه، و منهم شيخ الطائفه (١).

أو على نفى التوارث من الجانيين على وجه يرث كل منهما صاحبه، كما يتوارث المسلمان، وهو لا ينافى إرث أحدهما عن الآخر خاصّه.

و بهذا التوجيه وقع التصريح فى كثير من المعتره و لو بعمل الطائفه، منها الصحيح: عن مولانا الصادق عليه السّلام أنّه قال: «فيما يروى الناس عن رسول الله صلّى الله عليه و آله أنّه قال: لا يتوارث أهل ملّتين» فقال: «نرثهم و لا يرثونا، إنّ الإسلام لم يزدّه إلّا عزّاً فى حقّه» (٢).

و الخبر: عن قوله: «لا يتوارث أهل ملّتين» فقال عليه السّلام: «نرثهم و لا يرثونا، إنّ الإسلام لم يزدّه فى ميراثه إلّا شدّه» (٣).

و فى آخر: «لا يتوارث أهل ملّتين، يرث هذا هذا، و هذا هذا، إلّا أنّ المسلم يرث الكافر، و الكافر لا يرث المسلم» (٤).

و فى الموثق: «لا يزداد الإسلام إلّا عزّاً، فنحن نرثهم، و لا يرثونا» (٥).

و فى الخبر: النصرانى يموت و له ابن مسلم، أ يرثه؟ قال: فقال:

«نعم، إنّ الله تعالى لم يزدّه فى الإسلام إلّا عزّاً، فنحن نرثهم،

ص: ٢١٠

١- التهذيب ٩: ٣٦٨؛ و انظر التنقيح الرائع ٤: ١٣٣، و الكفايه: ٢٨٩.

٢- الكافي ٧: ١/١٤٢، التهذيب ٩: ١٣٠٢/٣٦٥، الإستبصار ٤: ٧٠٦/١٨٩، الوسائل ٢٦: ١٥، أبواب موانع الإرث ب ١ ح ١٤.

٣- التهذيب ٩: ١٣١٢/٣٦٧، الإستبصار ٤: ٧١٦/١٩١، الوسائل ٢٦: ١٥، أبواب موانع الإرث ب ١ ح ١٧.

٤- التهذيب ٩: ١٣١٣/٣٦٧، الإستبصار ٤: ٧١٧/١٩١، الوسائل ٢٦: ١٥، أبواب موانع الإرث ب ١ ح ١٥.

٥- التهذيب ٩: ١٣٢١/٣٧٠، الإستبصار ٤: ٧١٩/١٩٢، الوسائل ٢٦: ١٦، أبواب موانع الإرث ب ١ ح ١٩.

و حيث قد ظهر أنّ الكافر لا يرث المسلم ف قد ظهر منه أنّ ميراث المسلم لوارثه المسلم مطلقاً انفراداً بالنسب و ما بعده من الأسباب أو شاركه الكافر فإنه لا يرثه مطلقاً و لو (٢) كان أقرب إليه من الوارث المسلم حتى أنّه لو كان ذلك الوارث المسلم ضامن جريره اتفق مع ولد كافر للميت فالميراث للضامن دون الولد الكافر.

و بالإجماع على هذا بالخصوص صرح جماعة من الأصحاب (٣)، و نفى عنه الخلاف في السرائر و المسالك و غيرهما (٤).

و لعلّه يفهم من إطلاق الأخبار المتقدمه في صدر الباب، سيّما الأخيره منها، فإنّه كالصريح فيه، بل جزم بصراحتة في المسالك و غيره (٥).

و قصور سنده منجبر بما مرّ، و بالعمل به من الكلّ من دون خلاف يظهر.

مضافاً إلى اعتضاده بصريح كثير من النصوص المعتمده الآتيه، كالصحيح الوارد في إسلام الكافر على الميراث قبل قسمه (٦)، و روايه

ص: ٢١١

١- الكافي ٧:٤/١٤٣، الفقيه ٤:٧٨٠/٢٤٣، التهذيب ٩:١٣٠٥/٣٦٦، الإستبصار ٤:٧٠٩/١٩٠، الوسائل ٢٦:١٢ أبواب موانع الإرث ب ١ ح ٤.

٢- في المطبوع من المختصر (٢٦٣): أو.

٣- منهم الفاضل في التحرير ٢:١٧١، و الكاشاني في المفاتيح ٣:٣١٢، و الهندي في كشف اللثام ٢:٢٧٨.

٤- السرائر ٣:٢٧٠، و المسالك ٢:٣١١؛ و انظر الكفايه: ٢٨٩.

٥- انظر كفايه الأحكام: ٢٨٩.

٦- الكافي ٧:٣/١٤٤، التهذيب ٩:١٣١٧/٣٦٩، الوسائل ٢٦:٢١ أبواب موانع الإرث ب ٣ ح ٢.

مالك بن أعين الآتيه فى المسأله الثانيه (١) من المسائل الست الملحقه (٢).

وهى و إن لم تنهض حجه على تمام المدعى من تقديم الأبعد على القريب مطلقاً، ولو كان ضامن جريره؛ لاختصاص الأول بتقديم ذى القرابه عدا الأولاد و الزوجه على الأُم النصرانيه، و الثانى بتقديم ابنى الأَخ و الأُخت على الأولاد، و هما فى ذوى الأنساب خاصه، إلا أنها ناهضه عليه بعد ضم الإجماع، و عدم القول بالفرق.

و فحوى النص الدال على أنه لو لم يكن للمسلم وارث مسلم فميراثه للإمام (عليه السلام)، فإن ثبوت أولويه إرثه (عليه السلام) من الكافر بولايه الذى هو متأخر عن أنواع الولاء يستلزم إرث من قبله منه من اولى الولاء الذين منهم ضامن الجريره بطريق أولى، كما لا يخفى، و النص هو الصحيح المشار إليه سابقاً، الوارد فى إسلام الكافر على الميراث قبل قسمته.

و قريب منه الصحيح الآخر: فى رجل مسلم قُتل و له أب نصرانى، لمن تكون ديته؟ قال: «تؤخذ ديته فتجعل فى بيت مال المسلمين؛ لأن جنايته على بيت مال المسلمين» (٣) فتأمل. و يعضدهما عموم النصوص الدال على أن الإمام (عليه السلام) وارث من لا وارث له (٤)، بناءً على أن ورثه المسلم الكفار لا يرثونه كما مرّ، فهم بالإضافه إليه بحكم العدم، و لا خلاف فيه أيضاً بين الأصحاب ظاهراً، و به

ص: ٢١٢

١- فى النسخ: الثالثه، و الصواب ما أثبتناه.

٢- تأتى فى ص: ٢١٧.

٣- الفقيه ٧٧٥/٢٤٣، التهذيب ١٣٢٢/٣٧٠، الوسائل ٢٦:٢٢ أبواب موانع الإرث ب ٣ ح ٦.

٤- الوسائل ٥٢٣:٩ أبواب الأنفال و ما يختص بالإمام ب ١، و ج ٢٦:٢٤٦ أبواب ولاء ضمان الجريره ب ٣.

صَرَّحَ بعض أصحابنا (١).

و اعلم أنّ الحكم بأنّ الكافر يرثه المسلم إن اتفق وارثاً، مطلقاً و لو كان بعيداً، و عارضه وارث كافر أقرب منه إلى الميت و أولى ممّا لا إشكال فيه أصلاً، كما مضى، فلا وجه لإعادته تاره أخرى.

و لا- كذلك الحكم بأنّ الكافر لا يرثه الكافر فإنّه في الجملة و إن كان لا إشكال فيه أيضاً، إلّا أنّه ليس على إطلاقه إجماعاً، بل يستثنى منه ما أشار إليه بقوله: إلّا إذا لم يكن له وارث خاص مسلم فيرثه الكفار حينئذٍ، و لذا يتوجّه إعادته بعد فهمه سابقاً؛ تنبيهاً على أنّ الحكم ليس على إطلاقه؛ لثبوت التوارث بين الكفار في صورته الاستثناء، بلا خلاف فيه ظاهراً، و صرّح به بعض أصحابنا (٢).

لعموم أدلّة الإرث، مع سلامته عن المعارض في محلّ البحث؛ لاختصاصه بما إذا كان هنا وارث خاص مسلم.

و لمرسله ابن أبي عمير الموثقه كالصحيحه إليه: في يهودى أو نصرانى يموت، و له أولاد غير مسلمين، فقال: «هم على ميراثهم» (٣).

و لما سيأتى من النص في ميراث المجوس (٤).

و في الصحيح: «إنّ عليّاً عليه السّلام كان يقضى في الموارث فيما أدرك الإسلام من مال مشرك تركه لم يكن قسم قبل الإسلام، أنّه كان يجعل للنساء و الرجال حظوظهم منه على كتاب الله تعالى و سنّه نبيّه صلّى الله عليه و آله» (٥).

ص: ٢١٣

١- الكفايه: ٢٨٩.

٢- انظر الكفايه: ٢٨٩.

٣- التهذيب ٣٧٢/٩: ١٣٣٠، الوسائل ٢٥: ٢٦ أبواب موانع الإرث ب ٥ ح ٣.

٤- في ص: ٤٧٠.

٥- الكافي ١/١٤٤، التهذيب ٣٧٠/٩: ١٣٢٤، الإستبصار ١٩٢/٤: ٧٢٠، الوسائل ٢٣: ٢٦ أبواب موانع الإرث ب ٤ ح ١.

و نحوه آخر (١).

و يظهر من الكليني و غيره (٢) دلالتهما على حكم المسأله.

و فيه مناقشه؛ لاحتمالهما وجوهاً ثلاثه، منها: أن يكون المراد أنه إذا أسلم واحد من الورثه أو أكثر قبل القسمة فإنه يشارك و لو كان امرأه، ردّاً على بعض العامه القائل: إنه لا يرث منهم سوى الرجال أو العصبه، على ما حكاه جدّي العلّامه المجلسي (٣) طاب رسمه.

و منها: أن يكون المراد أنه يجري على أهل الذمه أحكام الموارث، و ليست كغيرها من الأحكام، بأن يكون مخيراً في الحكم أو الردّ إلى أهل ملتهم، كما قال سبحانه فَإِنْ جَاؤُكَ فَاخُكُمُ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضُ عَنْهُمْ [١] (٤).

و منها: أن يكون المراد أنهم إذا أسلموا و كان لم يقسم بينهم التركة يقسم التركة بينهم على قانون الإسلام، و ليس لهم أن يقولوا: إنّ المال بموته انتقل إلينا على القانون السابق على الإسلام فنقسمه عليه.

و لا- يتم الدلاله إلّا على الوجهين الأخيرين، و لا قرينه فيهما تعيّن إرادتهما، مع احتمال أظهره الوجه الأوّل منها، كما ذكره جدّي (٥) - (رحمه الله).

و لو كان للكافر وارث مسلم كان أحقّ بالإرث من وارثه الكافر و إن بُعد هو و قرب ذلك الكافر لبعض ما مرّ في أولويّه

ص: ٢١٤

١- الكافي ٧: ٢/١٤٥، التهذيب ٩: ١٣٢٥/٣٧١، الإستبصار ٤: ٧٢١/١٩٢، الوسائل ٢٦: ٢٣، أبواب موانع الإرث ب ٤ ح ٢.

٢- الكافي ٧: ١٤٤؛ و انظر التهذيب ٩: ٣٧٠.

٣- روضه المتقين ١١: ٣٨٥.

٤- المائده: ٤٢.

٥- روضه المتقين ١١: ٣٨٦.

الوارث المسلم للمسلم من وارثه الكافر وإن قرب و بُعد هو، و الفرق بين المسألتين مع تشابههما كون المورث في الأولى مسلماً و في الثانية كافراً، فلا يتوهم التكرار هنا.

و إذا أسلم الكافر على ميراث مورثه، المحجوب منه بكفره، مع وجود ورثه له مسلمين قبل قسمته عليهم شارك في الإرث بحسب حاله إن كان مساوياً لهم في النسب و المرتبه، كما لو كان الكافر ابناً و الورثه إخوته مثلاً. و حاز الميراث و جمعه كَمَلاً إن كان أولى منهم في المرتبه، كما لو كانوا في المثال إخوه الميت، و الحكم بذلك مطلق سواء كان المورث مسلماً أو كافراً بلا خلاف في شيء من ذلك في الظاهر، بل عليه الإجماع في بعض العبائر، و هو الحجه.

مضافاً إلى المعترضه المستفيضه، و فيها الصحاح و الموثقات، ففي الصحيح: «من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله ميراثه، و إن أسلم و قد قسم فلا ميراث له» (١) و نحوه الموثقان (٢) كالصحيحين بأبان المجمع على تصحيح رواياته، و الخبران (٣) أحدهما الموثق.

و في الصحيح أيضاً: عن رجل مسلم مات، و له أم نصرانيه، و له

ص: ٢١٥

-
- ١- الكافي ٧:٣/١٤٤، التهذيب ٩:١٣١٧/٣٦٩، الوسائل ٢٦:٢١ أبواب موانع الإرث ب ٣ ح ٢.
 - ٢- الأوّل في: الكافي ٧:٤/١٤٤، التهذيب ٩:١٣١٨/٣٦٩، الوسائل ٢٦:٢١ أبواب موانع الإرث ب ٣ ح ٣. و الثاني في: الفقيه ٤:٧٥٨/٢٣٧، التهذيب ٩:١٢١١/٣٣٦، الوسائل ٢٦:٢١ أبواب موانع الإرث ب ٣ ح ٤.
 - ٣- التهذيب ٩:١٣٢٠/٣٧٠، الوسائل ٢٦:٢٢ أبواب موانع الإرث ب ٣ ح ٥، دعائم الإسلام ٢:١٣٧٠/٣٨٦، المستدرک ١٧:١٤٤ أبواب موانع الإرث ب ٢ ح ١.

زوجه و ولد مسلمون؟ فقال: «إن أسلمت أمه قبل أن يقسم ميراثه أعطيت السدس» قلت: فإن لم يكن له امرأه، ولا ولد، ولا وارث له سهم في الكتاب مسلمين، ولا قرابه نصارى ممن له سهم في الكتاب لو كانوا مسلمين، لمن يكون ميراثه؟ قال: «إن أسلمت أمه فإن ميراثه لها، وإن لم تسلم أمه، وأسلم بعض قرابته ممن له سهم في الكتاب فإن ميراثه له، فإن لم يسلم أحد من قرابته فإن ميراثه للإمام (عليه السلام)» (١). وهل يبقى الميراث على حكم مال الميت إلى أن يقسم أو يسلم الباقي و يصير بلا مالك بالفعل غير الله تعالى، أو ينتقل إلى الموجودين ملكاً مترزلاً ثم ينتقل منهم إلى من يسلم بعدهم كلاً أو بعضاً، أو يكون إسلامه كاشفاً عن الملكيه بعد الموت؟ فيه أوجه ثلاثة.

و قطع الشهيدان في الدروس و المسالك و الروضه و غيرها (٢) بأنّ النماء المتجدد بعد الموت و قبل القسمة تابع للأصل . و لو أسلم الكافر بعد القسمة لم يرث، بلا خلاف؛ للأخبار المزبوره.

و كذا لو كان الوارث المسلم واحداً لم يزاحمه الكافر في الميراث مطلقاً و إن أسلم إجماعاً، كما في السرائر (٣)، و لا خلاف فيه في الجملة إذا كان الواحد من عدا الإمام (عليه السلام) لأنه لا يتحقق هنا قسمة مع انتقال المال إليه و حصوله في ملكه، فالانتقال إلى غيره يحتاج إلى دليل، و ليس، و لا فرق في ذلك بين بقاء عين التركة و عدمه.

ص: ٢١٤

-
- ١- الكافي ٧: ٢/ ١٤٤، الفقيه ٤: ٧٨٧/ ٢٤٤، التهذيب ٩: ١٣١٦/ ٣٦٩، الوسائل ٢٠: ٢٦ أبواب موانع الإرث ب ٣ ح ١.
 - ٢- الدروس ٢: ٣٤٥، المسالك ٢: ٣١١، الروضه ٨: ٢٨، كشف اللثام ٢: ٢٧٨.
 - ٣- السرائر ٣: ٢٦٨.

خلافاً للمحكي في المسالك وغيره عن الإسكافي (١)، فحكم بالمشاركة في الصورة الأولى إن كان الوارث الواحد فيها حياً. وفي المسالك أنه نادر، ووجهه مع ذلك، ومخالفته للنصوص غير واضح.

أما لو كان الوارث الواحد هو الإمام، وكان المورث مسلماً، فأسلم الكافر، فهو أولى بالميراث، على المشهور، كما في الكفاية (٢)، وعن فخر الدين نسبتته إلى كثير (٣)، واختاره الماتن في الشرائع (٤)؛ للصحيح الأخير.

والصحيح الآخر: عن رجل قتل رجلاً مسلماً فلم يكن للمقتول أولياء من المسلمين إلا أولياء من أهل الذمة من قرابته؟ فقال: «على الإمام (عليه السلام) أن يعرض على قرابته من أهل بيته الإسلام، فمن أسلم منهم فهو وليه يدفع القاتل إليه، فإن شاء قتل، وإن شاء عفا، وإن شاء أخذ الديه، فإن لم يسلم أحد كان الإمام (عليه السلام) ولي أمره» (٥) الحديث.

خلافاً لإطلاق العبارة، وصريح جماعه، كالحلي والشيخ في النهاية (٦)؛ للتعليل المتقدم إليه الإشارة.

والمناقشه فيه بعد ورود النص الصحيح الصريح بخلافه واضحه، فالقول به ضعيف غاية.

ص: ٢١٧

١- المسالك ٣١١:٢، المختلف: ٧٥١.

٢- الكفاية: ٢٨٩.

٣- الإيضاح ١٧٥:٤.

٤- الشرائع ١٢:٤.

٥- الكافي ١/٣٥٩:٧، الفقيه ٢٤٨/٧٩:٤، التهذيب ١٧٨/٦٩٧:١٠، العلل: ١٥/٥٨١، الوسائل ١٢٤:٢٩ أبواب القصاص في النفس ب ٦٠

ح ١.

٦- السرائر ٢٦٨:٢، النهاية: ٦٦٣.

و أضعف منه المحكى عن ظاهر المبسوط و صريح ابن حمزه (١) من التفصيل بين نقل التركة إلى بيت المال فالثاني، و عدمه فالأول.

فإنه لا وجه له، كما في الروضه (٢)، و إن جزم به الفاضل في الإرشاد و ولده قد تبعه (٣).

و يلحق بهذه المقدمه مسائل ست:

الأولى: الزوج المسلم أحق بميراث زوجته من ذوى قرابتها الكفار

و يلحق بهذه المقدمه مسائل ست:

الأولى: الزوج المسلم أحق بميراث زوجته من ذوى قرابتها الكفار مطلقاً كافره كانت الزوجه أو مسلمه فإن له النصف بالزوجيه حيث لا يكون لها ولد حاجب و الباقي بالردّ على الأظهر الأشهر فيه.

و فى أنّ للزوجه المسلمه الربع من التركة إن لم يكن له ولد حاجب مع الورثه الكفار كانت أم لا- و الباقي للإمام (عليه السلام)، مع عدمهم مطلقاً، و مع وجودهم أيضاً إذا كان الزوج المورث مسلماً، و لهم إذا كان كافراً، كما مضى، و سيأتى الكلام فى المسألتين إن شاء الله تعالى مفضلاً.

و إنّما ذكرتا هنا مقدّمه لذكر مسأله هنا محلّها و هى: أنّه لو أسلموا أى الورثه الكفار أو أحدهم بعد أن أخذ الزوجان نصيبهما من التركة كلاً أو بعضاً قال الشيخ فى النهايه و القاضى و الماتن فى النكت (٤) يرّد عليهم أى على الورثه أو بعضهم بعد إسلامهم ما فضل عن سهم

ص: ٢١٨

١- المبسوط ٤: ٧٩، الوسيطه: ٣٩٤.

٢- الروضه ٨: ٢٩.

٣- الإرشاد ٢: ١٢٧، إيضاح الفوائد ٤: ١٧٥.

٤- النهايه: ٦٦٤، المهذب ٢: ١٥٧، نكت النهايه ٣: ٢٣٤.

الزوجيه من النصف فى الفرض الأوّل، و الزائد عن الربع فى الثانى.

و لا ريب فى الحكم بذلك فى الفرضين على القول النادر بعدم الردّ فيهما، و فى الثانى خاصّه على مختار الأكثر و الماتن هنا إذا كان الإسلام قبل القسمة بين ذى الفرض و الإمام (عليه السّلام)؛ لاندراج الحكم على التقديرين تحت النصوص المتقدّمه الدالّه على الإرث بالإسلام قبل القسمة، و عدمه إذا كان بعدها.

و ينبغى القطع بعدمه فى الفرض الأوّل على قول الأ-كثرو، و فى الثانى أيضاً على القول الثالث من ثبوت الردّ فيهما؛ لما مرّ فى الإسلام مع الوارث المسلم الواحد من الأصل، و اختصاص ما دلّ على خلافه و انتقال المال عنه بعضاً أو كلّاً إلى غيره الوارث بما إذا أسلم قبل القسمة، و هى لا تصدق إلّا مع التعدّد، دون الوحده المفروضه فى المسأله، فلا وجه لما ذكره الجماعه فى الفرض الأوّل مع قولهم بالردّ فيه.

كما لا- وجه لإطلاق قول الماتن هنا: و فيه تردّد الظاهر فى رجوع التردّد إلى الحكم المذكور فى الفرضين، بل كان ينبغى تخصيصه بالفرض الأوّل الذى قال فيه بالردّ.

اللهم إلّا أن يجعل مورد التردّد ثبوت الحكم فى المقامين معاً، و هو يجمع عدم التردّد فى ثبوته فى أحدهما.

و كيف كان وجه تردّده فى الحكم فى الفرض الأوّل مع حكمه فيه بالردّ غير واضح، عدا ما فى التنقيح (1) من الاستناد فى جهه منع المسلم عمّا فضل إلى ما قدّمنا، و فى جهه المقابل إلى قول الشيخ خاصّه.

ص: ٢١٩

و هو كما ترى، فإن قول الشيخ بنفسه لا يصلح حجّه، سيّما و أن يعارض به الحجّه الأقوى.

و الماتن استشكل الحكم المذكور فى الشرائع (١) أيضاً كما هنا، لكن لم يذكر وجهه إلّا فى الجهه الأولى، و لم يشر إلى وجهه فى الجهه الثانيه أصلاً، و الظاهر أنه ما حكى عن الماتن فى النكت (٢) من أنّ الزوج لا يستحق سوى النصف، و الردّ إنّما يستحقه إذا لم يوجد للميت وارث محقق و لا مقدّر، و هنا الوارث المقدّر موجود، فإنّه إذا عرض على الكافر الإسلام و أسلم صار وارثاً و منع الردّ؛ و أنّ استحقاق الزوج الفاضل ليس استحقاقاً أصلياً، بل لعدم الوارث؛ و كونه أقوى من الإمام و الزوج، فيجرى فى الردّ مجرى الإمام، فإنّه إذا أسلم على الميراث منع الإمام.

و يضعف بأنّ المعتبر فى الحكم بالردّ على الزوج و عدمه إنّما هو بعد الموت بلا فصل؛ لأنّه وقت الحكم بالإرث و انتقال التركة إلى الوارث، و الاعتبار حينئذٍ بالوارث المحقق لا المقدّر، مع عدم دليل على اعتباره، و انتقاضه بكل وارث واحد منع كافراً عن الإرث، سواء ورث فرضاً و ردّاً أو قرابته، خصوصاً الذى يرث بالفرض و الردّ، و الاتحاد على تقدير القول بالردّ حاصل، و الفرق بين الاستحقاق الأصلي و غيره لا دخل له فى الحكم بعد القول بثبوته فى الجملة عند عدم الوارث وقت الحكم بالإرث.

و بالجملة لا ريب فى ضعف هذا القول، و ابتناء الحكم فيه على الردّ على الزوجين مع عدم الوارث و عدمه، فيقبل على الثانى، و يردّ على

ص: ٢٢٠

١- الشرائع ١٢: ٤.

٢- النكت ٢٣٥: ٣.

الأول، وهذا البناء مشهور بين المتأخرين، بل عليه عامتهم وفاقاً للحلي (١).

الثانية: روى مالك بن أعين، عن أبي جعفر (عليه السلام): في نصراني مات، وله ابن أخ وابن أخت مسلمان، وأولاد صغار

الثانية: روى المشايخ الثلاثة في الصحيح (٢) إلى: مالك بن أعين، عن أبي جعفر (عليه السلام): في نصراني مات، وله ابن أخ وابن أخت مسلمان، وأولاد صغار أنه لابن الأخ الثلثان، ولابن الأخت الثلث، وأنه ينفقان على الأولاد بالنسبه أي بنسبه حقوقهما وميراثهما من أبيهم، فينفق عليهم ابن الأخ ثلثي النفقه، وابن الأخت ثلثها، هذا إذا لم يسلموا قبل البلوغ.

ف أما إن أسلم الصغار قبله دفع المال أي التركة إلى الإمام، فإن بلغوا باقين على الإسلام دفعه الإمام إليهم، ولو (٣) لم يسلموا، أو لم يبقوا بعده على إسلامهم دفع الإمام المال إلى ابن الأخ الثلثين، وإلى ابن الأخت الثلث و ظاهر نقلهم لها من دون معارض صريح بل ولا ظاهر عملهم بها، مع تصريح الشيخ في النهاية (٤) بالفتوى بها، كالمفيد والقاضي والحلي وابن زهره والكيدري ونجيب الدين (٥)، كما حكى ذلك عنهم الشهيد في

ص: ٢٢١

١- السرائر ٢٦٨: ٣.

٢- الكافي ١/١٤٣: ٧، الفقيه ٤/٧٨٨/٢٤٥، التهذيب ٩/١٣١٥/٣٦٨، الوسائل ١٨: ٢٦ أبواب موانع الإرث ب ٢ ح ١.

٣- في «ر» و المطبوع من المختصر (٢٦٤): فإن.

٤- النهاية: ٦٦٥.

٥- المفيد في المقنعه: ٧٠١، القاضي في المهذب ٢: ١٥٩، الحلي في الكافي في الفقه: ٣٧٥، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٨، نجيب الدين في الجامع: ٥٠٢.

النكت (١) مدّعياً هو فيه و في الدروس (٢) كونها مذهب الأكثر و المعظم، و نحوه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك (٣)، فقد نسبه إلى أكثر الأصحاب، قال: خصوصاً المتقدمين منهم كالشيخين و الصدوق (٤) و الأتباع، و بذلك أيضاً صرح المقدس الأردبيلي - (رحمه الله) و صاحب الكفاية (٥).

و لا ريب في اشتهاار الروايه بين القدماء، بل و المتأخرين أيضاً، كما يفهم من عبائر هؤلاء الجماعه، فلا بعد في المصير إليها، و إن ضعف السند بالراوي، و المتن بمخالفه الأصول المقرّره و القواعد الممهّده من أنّ الولد يتبع أبويه في الكفر و الإسلام بلا خلاف، و ما مرّ من أنّ من أسلم من الأقارب الكفّار بعد اقتسام الورثه المسلمين لا يرث، و من أسلم قبله يشارك أو يختصّ، و من لوازم عدم المشاركه اختصاص الوارث المسلم بنصيبه من الإرث، و لا يجب عليه بذله و لا شيء منه للقريب الكافر صغيراً كان أم كبيراً؛ لانجبار جميع ذلك بالشهره المطلقه المحكيه، بل المحقّقه بين القدماء بلا شبهه، بل لا يرى لهم منهم مخالف عدا الحلّى (٦)، و هو بالإضافه إليهم شاذّ، هذا.

مضافاً إلى قوّه السند في نفسه بتضمّن الحسن بن محبوب المجمع على تصحيح رواياته، مع أنّه في الفقيه أسنده إلى عبد الملك بن أعين أيضاً، لكن مردّداً بينهما في النسخه المشهوره، و في غيرها أسنده إليهما

ص: ٢٢٢

١- غايه المراد ٥٩٧:٣.

٢- الدروس ٣٤٦:٢.

٣- المسالك ٣١٢:٢.

٤- الفقيه ٢٤٥:٤.

٥- مجمع الفائده و البرهان ٤٨٣:١١، الكفاية: ٢٨٩.

٦- السرائر ٢٦٨:٣.

معاً، و هو حسن و إن ضعف مالك بن أعين، و يحصل من ذلك تأييد ما للسند أيضاً، كما يحصل من وصف جماعه إياه بالصحة، كالفاضل في المختلف و الشهيد في الكتابين (١)، بل نسبه جدى المجلسى - (رحمه الله) إلى أكثر الأصحاب (٢)، فتأمل جداً. و الخروج عن الأصول بمثل هذا الخبر المنجبر بالعمل غير عزيز، و لكن المسأله مع ذلك لعلها لا تخلو عن إشكال؛ لإطباق المتأخرين على عدم الجزم به، و إن اختلفوا فى التوقف فيه أو رده.

فبين من اختار الثانى، كالفاضل فى الإرشاد و المختلف و المقداد فى التنقيح و شيخنا فى المسالك و المقدس الأردبيلي - (رحمه الله) و جدى العلامة المجلسى (٣) - (رحمه الله) و نسبه شيخنا فى المسالك و بعض من تبعه (٤) إلى أكثر المتأخرين.

و بين من مال إلى الأوّل، كالماتن هنا و فى الشرائع و الشهيد فى الكتابين و صاحب الكفايه و غيرهم (٥).

و لعله فى محلّه، و إن كان المصير إلى ما عليه الأكثر لما مرّ غير بعيد.

و اختلفوا فى تنزيل الخبر على ما يوافق الأصل فرادوه على الاستحباب و غيرهم من العاملين به على محامل [بعيده] تأبى عنها نفس الروايه.

ص: ٢٢٣

١- المختلف: ٧٤٠، الدروس ٢: ٣٤٥، غايه المراد ٣: ٥٩٧.

٢- روضه المتقين ١١: ٣٨٧.

٣- الإرشاد ٢: ١٢٧، المختلف: ٧٤١، التنقيح الرائع ٤: ١٣٧، المسالك ٢: ٣١٢، مجمع الفائده ١١: ٤٨٣، روضه المتقين ١١: ٣٨٧.

٤- مفاتيح الشرائع ٣: ٣١٢.

٥- الشرائع ٤: ١٣، الدروس ٢: ٣٤٦، غايه المراد ٣: ٥٩٨، الكفايه: ٢٨٩؛ و انظر كشف اللثام ٢: ٢٧٧.

و هل يختص الحكم على تقدير ثبوته بمورد الخبر، كما هو ظاهر الأ-كثر، أم يطرد في ذى القرابه المسلم على الإطلاق مع الأولاد، كما فى المختلف عن ابن زهره و الحلبي (١)؟ وجهان، و لا ينبغي ترك الاحتياط فيه، بل فى أصل المسأله على حال.

الثالثه: إذا كان أحد أبوى الصغير مسلماً الحق به

الثالثه: إذا كان أحد أبوى الصغير مطلقاً مسلماً الحق به فى إسلامه، سواء كان حين علق الصغير أو بعده قبل بلوغه، و يتبع ذلك حكم التوارث فلو بلغ اجبر على الإسلام، و لو أبى عنه كان كالمرتد فى وجوب قتله و حكم إرثه الآتى، و لا أعرف فى شىء من ذلك خلافاً بين الأصحاب، بل ادعى عليه فى المسالك (٢) الوفاق، و نفى الخلاف عن أصل التبعية فى المفاتيح و الكفايه (٣)، و لا- شبهه فيه، كما لا شبهه فى التبعية فى الكفر أيضاً إذا كان أبواه كافرين معاً، و ادعى فيه بالخصوص الإجماع فى التنقيح، قال: و لهذا يسترق كما يسترق أبوه الكافر (٤).

أقول: و لعل التبعية للأبوين فى الإسلام و الكفر من الضروريات يمكن استفادته من الأخبار المتواتره معنى، المتشتمه فى مواضع عديده، ككتاب الميراث، و الحدود، و الجهاد، و الوصيه.

و يدل على إجباره على الإسلام بعد الإدراك الخبران المرويان فى الكافى و التهذيب فى باب حد المرتد، أحدهما المرسل كالموتق على الأصح: فى الصبى إذا شب فاختر النصرانيه، و أحد أبويه نصرانى، أو

ص: ٢٢٤

١- المختلف: ٧٤٠، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٨، الكافى فى الفقه: ٣٧٥.

٢- المسالك ٣١٢: ٢.

٣- المفاتيح ٣٦٣: ٢، الكفايه: ٢٨٩.

٤- التنقيح ١٣٥: ٤.

جميعاً مسلمين، قال: «لا يترك، و لكن يضرب على الإسلام» (١).

و فى الثانى: فى الصبى يختار الشرك و هو بين أبويه، قال: «لا يترك، و ذاك إذا كان أحد أبويه نصرانياً» (٢) فتأمل جداً. و على أنه لو أبى قُتل، المرسله الآتية.

و إنما الشبهه فى الحكم بالارتداد و ثبوت جميع أحكامه له بالإبء عن الإسلام مع ثبوته بمجرد التبعية، فإننى لم أقف فيه على روايه عدا روايه مرسله رواها الصدوق، قال: قال النبى (صلى الله عليه و آله): «إذا أسلم الأب جزّ الولد إلى الإسلام، فمن أدرك من ولده دعى إلى الإسلام فإن أبى قُتل، و إن أسلم الولد لم يجرّ أبويه، و لم يكن بينهما ميراث» (٣).

و إطلاقات النصوص المتضمنه لأحكام الارتداد غير شامله لمثل هذا المرتد، بحكم التبادر فى جملتها، و الصريح فى بعضها، إلا أنّ دعوى الوفاق المعتضده بعدم الخلاف و بالمرسله المزبوره الدالّه على ما ذكره و لو فى الجملة حجّه قويّه كفتنا مؤونه الاشتغال بتحصيل غيرها من الحجج الشرعيّه.

الرابعه: المسلمون يتوارثون

الرابعه: المسلمون يتوارثون بعضهم من بعض و إن اختلف آراؤهم و مذاهبهم ما لم ينكروا ما علم ضروره من الدين، و معه لا يرث المنكر غيره، و هو يرثه.

ص: ٢٢٥

- ١- الكافى ٧:٧/٢٥٧، الفقيه ٣:٣٤١/٩١، التهذيب ١٠:٥٥٤/١٤٠، الوسائل ٢٨:٣٢٦ أبواب حد المرتد ب ٢ ح ٢.
- ٢- الكافى ٧:٤/٢٥٦، التهذيب ١٠:٥٥٣/١٤٠، الوسائل ٢٨:٣٢٦ أبواب حد المرتد ب ٢ ح ١.
- ٣- الفقيه ٣:٣٤٣/٩٢، الوسائل ٢٨:٣٢٩ أبواب حد المرتد ب ٣ ح ٧.

و كذا الكفار يتوارثون بعضهم من بعض و إن اختلفت ملتهم (١) بلا خلاف فى شىء من ذلك، إلاً من المفيد فى المقنعه فى بعض نسخها، فقال: يرث المؤمن أهل البدع من المعتزله و المرجئه و الخوارج من الحشويه، و لا ترث هذه الفرق مؤمناً (٢). و وافق القوم فى النسخه الأخرى (٣).

و من الحلبي، فقال: يرث كفار ملتنا غيرهم من الكفار، و لا يرثونهم، و قال: المجبره و المشبّهه و جاحد الإمامه لا يرثون المسلم (٤).

و هما مع شذوذهما محجوجان بعمومات أدله الإرث من الكتاب و السنّه، السليمه هنا عن المعارض بالكثيه؛ لاختصاص الأدله المانع عن إرث الكافر عن المسلم فتوى و روايه بالكافر مقابل المسلم، و هو من لم يظهر الشهادتين، أو أظهرهما و أنكر من الدين ما علم ضروره.

و هذا و إن لم يتعرض له كثير من أصحابنا هنا، إلاً أنّ الحكم به مستفاد من قواعدهم التى مهّيدوها فى مواضع أخر شتى، و به صرح الشهيد فى الدروس و العلامه فى القواعد (٥) و الفاضل المقداد هنا، فقال بعد الاستدلال لما عليه الأصحاب من أنّ المقتضى للتوارث هو الإسلام لا- غير - نعم الغلايه و المجسّمه و الخوارج و المرجئه و الجبريه لا- يرثون غيرهم من أرباب المذاهب؛ لأنهم منكرون لما علم ضروره من دين النبى (صلّى الله عليه و آله)، فهم كفره، و الكافر لا يرث المسلم؛ لما تقدّم (٦). انتهى.

ص: ٢٢٦

١- فى «ر» و المطبوع من المختصر (٢٦٤): مللهم.

٢- المقنعه: ٧٠١.

٣- قاله فى المختلف: ٧٤١.

٤- الكافى فى الفقه: ٣٧٥.

٥- الدروس ٣٤٦: ٢، القواعد ١٦٣: ٢.

٦- التنقيح الرائع ١٣٧: ٤.

و مقتضى ذلك ثبوت التوارث بينهم و بين سائر الكفار، لكنّه صرّح بعد ذلك بما يدل على أنّ مثل هذا الكافر من ملّتنا يرث مثله و غيره من أقسام الكفار من غير ملّتنا، و لا- يرثونه إذا كانوا من غير ملّتنا، قال: لأنّ لهم خصوصيه بذلك زادوا على غيرهم، فهم يرثون غيرهم من الكفار، و لا ينعكس، و لم أقف على من تعرّض لذلك غيره.

الخامسه: المرتدّ

الخامسه: المرتدّ و هو الكافر بعد الإسلام أعادنا الله تعالى ممّا يوبق الأديان إذا كان ارتداده عن فطره الإسلام بأن ارتدّ عنه بعد أن انعقد و أحد أبويه مسلم، كما صرّح به الفاضلان و الشهيدان و غيرهم (١)، من دون خلاف بينهم يعرف، و يعضده ظواهر بعض النصوص الآتية المتضمن له مع حكمه من حيث التعبير فيه عنه بمن ولد على الإسلام كما فى بعض، أو على الفطره كما فى آخر، و لا يصدق شىء منهما إلّا بما ذكره يقتل، و لا يستتاب، و تعتدّ امرأته عدّه الوفاه مطلقاً، و لو لم يدخل بها، على قول قوى. و تقسم أمواله بين ورثته، و لو كان حيّاً.

بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده، و لا حكاه أحد من الطائفه، إلّا شيخنا فى المسالك و بعض من تبعه (٢)، فحكياه عن ظاهر الإسكافى، حيث لم يفصل فى الاستتابه و القتل بعدها مع عدم التوبه بين الفطرى و الملى، قال التابع بعد نقله: و هو شاذّ. و هو ظاهر فى انعقاد الإجماع على خلافه، و به صرّح فى الروضه و غيرها (٣)، و هو الحجّه.

ص: ٢٢٧

-
- ١- المحقق فى الشرائع ١٣: ٤، العلامه فى التحرير ١٧١: ٢، الشهيد الأوّل فى الدروس ٥٢: ٢، الشهيد الثانى فى المسالك ٤٥١: ٢؛ و انظر كشف اللثام ٤٣٥: ٢.
 - ٢- المسالك ٤٥١: ٢؛ و انظر المفاتيح ١٠٤: ٢.
 - ٣- الروضه ٣٣٧: ٩، و المسالك ٤٥١: ٢.

مضافاً إلى المعتبره المستفيضه، ففي الصحيح: «من رغب عن الإسلام، وكفر بما انزل على محمد (صلى الله عليه وآله) بعد إسلامه فلا توبه له، وقد وجب قتله، وبانت منه امرأته، وقسم ما ترك على ولده» (١).

وإنما خص بالفطرى مع شموله أيضاً للملى جمعاً بينه وبين ما دل على لزوم قتل المرتد بقول مطلق بعد امتناعه من التوبه، كالصحيح عن غير واحد من أصحابنا عنهما (عليهما السلام) فى المرتد: «يستتاب، فإن تاب، وإلا قتل» (٢) إلى غير ذلك من النصوص، بحملها على الملى خاصه.

و الجامع بعد الإجماع المتقدم إليه الإشاره المعتبره، منها الصحيح:

عن مسلم تنصير كما فى الكافى و التهذيب أو: ارتد كما فى الاستبصار قال: «يقتل، ولا يستتاب» قلت: فنصرانى أسلم، ثم ارتد عن الإسلام، قال: «يستتاب، فإن رجع، وإلا قتل» (٣).

و الموثق: «كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام و جحد محمداً (صلى الله عليه وآله) نبوته و كذبه فإن دمه مباح لكل من سمع ذلك منه، و امرأته بائنه منه يوم ارتد فلا تقر به، و يقسم ماله على ورثته، و تعتد امرأته عدّه المتوفى عنها زوجها، و على الإمام أن يقتله و لا يستتبه» (٤).

ص: ٢٢٨

-
- ١- الكافى ٧: ٤/١٥٣، التهذيب ٩: ١٣٣٣/٣٧٣، الوسائل ٢٦: ٢٧ أبواب موانع الإرث ب ٦ ح ٥.
 - ٢- الكافى ٧: ٣/٢٥٦، التهذيب ١٠: ٥٤٣/١٣٧، الاستبصار ٤: ٩٥٩/٢٥٣، الوسائل ٢٨: ٣٢٧ أبواب حد المرتد ب ٣ ح ٢.
 - ٣- الكافى ٧: ١٠/٢٥٧، التهذيب ١٠: ٥٤٨/١٣٨، الاستبصار ٤: ٩٦٣/٢٥٤، الوسائل ٢٨: ٣٢٧ أبواب حد المرتد ب ٣ ح ١.
 - ٤- الكافى ٧: ١١/٢٥٧، الفقيه ٣: ٣٣٣/٨٩، التهذيب ١٠: ٥٤١/١٣٦، الاستبصار ٤: ٩٥٧/٢٥٣، الوسائل ٢٨: ٣٢٤ أبواب حد المرتد ب ١ ح ٣.

و المرفوع كالموثق بعثمان بن عيسى المجمع على تصحيح رواياته:

«أمّا من كان من المسلمين ولد على الفطره ثم تزندق فاضرب عنقه، و لا تستتبه، و من لم يولد منهم على الفطره فاستتبه، فإن تاب، و إلّا فاضرب عنقه» (١).

و فى الصحيح: رجل ولد على الإسلام ثم كفر و أشرك و خرج عن الإسلام، هل يستتاب، أو يقتل و لا يستتاب؟ فكتب: «يقتل» (٢).

و فيه تصريح بقتل الفطرى و عدم استتابته، و فى كثير من النصوص عدم قتل الملىّ إلّا بعد امتناعه من التوبه، و لا- تعارض بينهما، فيجب العمل بهما بلا شبهه، و فيهما قرينه أخرى أيضاً على الجمع المتقدم إليه الإشاره، فلا شبهه فى المسأله.

و قصور اسناد بعض المعبره المتقدمه كقصور دلالة بعض آخر منها عن إفاده تمام ما ذكره الجماعه معتضد و مجبور بعملهم، فلا وجه لمناقشه بعض متأخرى الطائفه (٣) فيها بدينك الأمرين و غيرهما بالمرّه.

و ممّا ذكرناه استفاد ما ذكره الأصحاب من غير خلاف فيه بينهم يعرف أنّ من ليس ارتداده عن فطره كأن أسلم عن كفر ثم ارتدّ لا يقتل ابتداء، بل يستتاب، فإن تاب، و إلّا قتل و النصوص به زياده على ما مرّ مستفيضه، ما بين مطلقه للحكم بالاستتابه غير مقيدده للمرتدّ بالملىّ، و مقيدده له به.

ص: ٢٢٩

- ١- الفقيه ٣: ٣٣٩/٩١، التهذيب ١٠: ٥٥٠/١٣٩، الوسائل ٢٨: ٣٣٣، أبواب حد المرتد ب ٥ ح ٥.
- ٢- التهذيب ١٠: ٥٤٩/١٣٩، الإستبصار ٤: ٩٦٤/٢٥٤، الوسائل ٢٨: ٣٢٥، أبواب حد المرتد ب ١ ح ٦.
- ٣- مجمع الفائده و البرهان ١٣: ٣٢٢.

وقد عرفت الجواب عن الأدلّه بحملها على المقيّد؛ لما عرفت من الأدلّه، مع أنّها ضعيفه، وأكثر رجالها من العاقه، موافقه لمذاهبهم، كما صرّح به جماعه (١)، فيحتمل الحمل أيضاً على التقيه، و يعضده مصير الإسكافي (٢) إليها، كما مرّ غير مرّه.

و سقوطها من البيت بهذا الحمل غير ضائر، فإنّ في بقيه النصوص كفايه إن شاء الله تعالى.

مع عدم الخلاف هنا أصلاً، و به صرّح الفاضل المقداد في التنقيح، فقال بعد نقل ما قدّمناه هنا من المتن مع ما بعده من قوله: و تعتدّ زوجته عدّه الطلاق مع الحياه، و عدّه الوفاه لا معها -: هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا، لكن الشيخ في النهايه زاد على هذا أنّه إذا التحق بدار الحرب و لم يقدر عليه يقسم ميراثه بين أهله، و تبعه القاضى، و نازعه الحلى قائلاً بأنّ الأصل بقاء الملك على مالكه، و لا دليل على قسمه أمواله بارتداده، قال:

و قد رجع الشيخ عن ذلك في المبسوط و الخلاف، و هذا هو المفتى به (٣).

انتهى.

و ظاهره كما ترى عدم الخلاف في مبلغ العدّه في صورتى الحياه و الوفاه أيضاً و قد قدّمنا التحقيق فيه في كتاب النكاح.

و هل الملى لتوبته حدّ و تقدير مدّه؟ قيل: لا؛ لعدم دليل عليه (٤).

ص: ٢٣٠

١- منهم الشيخ في المبسوط ٧١:٨، و الخلاف ٣٥٣:٥، و الشهيد الثانى فى المسالك ٤٥١:٢.

٢- على ما نقله عنه فى المسالك ٤٥١:٢.

٣- التنقيح ١٣٨:٤، و هو فى النهايه: ٦٦٦، و المهذب ١٦١:٢، و السرائر ٢٧٢، ٢٧١:٣، و المبسوط ٢٨٣:٧، و الخلاف ٣٥٨:٥.

٤- قاله الشيخ فى الخلاف ٣٥٦:٥.

وقيل: القدر الذى يمكن معه الرجوع؛ احتياطاً فى الدماء؛ وإزاحةً للشبهه العارضه فى الحد (١). وقيل: ثلاثه أيام (٢)؛ للخبر الضعيف لجماعه (٣)، وفيه: «المرتدّ تعزل عنه امرأته، ولا تؤكل ذبيحته، ويستتاب ثلاثه أيام، فإن تاب، وإلا قتل يوم الرابع» (٤) و لعلّ الوسط أجود.

و أمّا المرأة ف لا- تقتل بالردّه بل تحبس، و تضرب أوقات الصلاه حتى تتوب مطلقاً و لو كانت مرتدّه عن فطره للمعتبره المستفيضه، ففى المرسل كالصحيح بل الصحيح على الصحيح:

«و المرأة إذا ارتدّت استتبت فإن تابت و رجعت، وإلا خلّدت السجن، و ضيّق عليها فى حبسها» (٥).

و فى الصحيح: فى المرتدّه عن الإسلام، قال: «لا تقتل»، و تستخدم خدمه شديده، و تمنع الطعام و الشراب إلا ما تمسك نفسها، و تلبس خشن الثياب، و تضرب على الصلوات» (٦).

و أمّا الصحيح الدالّ على قتل المرتدّه عن ملّه بعد إبانها عن التوبه (٧)،

ص: ٢٣١

-
- ١- حكاة الشيخ فى المبسوط ٧:٢٨٣، ثم قال: و هو الأقوى، و اعتمد عليه الصيمرى فى تلخيص الخلاف ٣:٢١٧.
 - ٢- حكاة الشيخ فى المبسوط ٧:٢٨٢، و جعله أحوط، و استحسنة المحقق فى الشرائع ٤:١٨٤.
 - ٣- تقدّم ذكرهم فى ص: ١٩٨ الرقم ٢.
 - ٤- الكافى ٧:١٧/٢٥٨، الفقيه ٣:٣٣٤/٨٩، التهذيب ١٠:٥٤٦/١٣٨، الاستبصار ٤:٩٦١/٢٥٤، المقنع: ١٦٢، الوسائل ٢٨:٣٢٨ أبواب حد المرتد ب ٣ ح ٥.
 - ٥- الكافى ٧:٣/٢٥٦، التهذيب ١٠:٥٤٣/١٣٧، الاستبصار ٤:٩٥٩/٢٥٣، الوسائل ٢٨:٣٣٢ أبواب حد المرتد ب ٤ ح ٦.
 - ٦- الفقيه ٣:٣٣٥/٨٩، التهذيب ١٠:٥٦٥/١٤٣، الوسائل ٢٨:٣٣٠ أبواب حد المرتد ب ٤ ح ١.
 - ٧- التهذيب ١٠:٥٦٧/١٤٣، الاستبصار ٤:٩٦٨/٢٥٥، الوسائل ٢٨:٣٣١ أبواب حد المرتد ب ٤ ح ٥.

ف مع أنه شاذ، مخالف للإجماع قضيه في واقعه، يحتمل الاختصاص بها، وغيره، مع توجيهات فيه بها لا ينافي الأخبار الأوله، ذكر بعضها الشيخ في الكتابين (١) وغيره، مع أنه غير مكافئ لها.

واعلم أنه ذكر شيخنا في المسالك و بعض من تبعه أنه ليس فيها ما يدل على قبول توبتها مطلقاً، والأول منها و إن كان ظاهره ذلك إلا أنه تضمن حكم الرجل بذلك أيضاً، و حمله على الملى يرد مثله فيها، فحمل الدال على تخليد حبسها دائماً من غير تفصيل على الفطرى و عدم قبول توبتها كالرجل ممكن، و فى التحرير إشعار بالخلاف فى ذلك، و هو مناسب للأخبار (٢).

أقول: و أظهر من عبارته التحرير عبارته المهدب (٣) المحكيه فى بعض الحواشى المعتره، و فيها بعد الحكم بأن حكم المرتد مطلقاً حكم المرتد عن غير فطره-: و ذهب بعضهم إلى أنها تحبس دائماً مع التوبه إن كانت عن فطره.

و لكنّه لم يظهر منها و لا- من العبارة الأولى كون المخالف منّا، فلعله من العامه العمياء، أو من لم يعتد به أصلاً، و ربما يشير إلى هذا ما حكى عن المهدب أيضاً فى ذيل تلك العبارة فى رده، قال: و هو و هم، لم يقل به أحد، و لا يدل عليه دليل، بل الأخبار تدل على خلافه (٤). انتهى.

و ما أبعد ما بين ما ذكره من دلالة الأخبار على خلافه و ما ذكره شيخنا

ص: ٢٣٢

١- التهذيب ١٤٤، ١٤٣: ١٠، الاستبصار ٢٥٦: ٤.

٢- المسالك ٢: ٤٥١، و تبعه الفيض الكاشانى فى المفاتيح ١٠٥: ٢، و هو فى التحرير ٢٣٥: ٢.

٣- المهدب البارع ٣٤٤: ٤.

٤- المهدب البارع ٣٤٤: ٤.

من مناسبتہ لها.

و كيف كان فعبارته ظاهره في عدم الخلاف، كعباره من تبع شيخنا في إشكاله، حيث قال بعد ذكر الحكم أولاً: -بلا خلاف. و هو الظاهر منه أيضاً حيث نسب الحكم بعد ذكره إلى الأصحاب كافة من دون خلاف ذكره، و لا -ريب فيه، فإنّ عبائر الأصحاب مطبقة على ذلك من دون نقل خلاف عمّن يعتدّ به، و لا ذكر إشكال، و حيث كانت المسألة بهذه المثابه فلا إشكال فيها بحمد الله سبحانه.

مع إمكان استفادتها من الروايه الأولى بنوع من التوجيه، كأن يذّب عمّا أُورد عليها من استلزام حمل المرتدّ فيها على الملى مثله في المرتدّه بمنع التلازم بين الحملين؛ لتغاير اللفظين، فلا -بعد في تقييد إطلاق أحدهما بالدليل الخارجى، و إبقاء الآخر على إطلاقه.

نعم ربما نافي ذلك السياق فكان مستبعداً، لكنّه مندفع بعد ضمّ الفتاوى من دون خلاف إليها، و لعلّه لذا لم يستشكل الحكم بذلك في الروضه (١) أصلاً، و جعله التابع أحوط و أولى (٢).

السادسه: لو مات المرتدّ كان ميراثه لوارثه المسلم

السادسه: لو مات المرتدّ كان ميراثه لوارثه المسلم و إن بُعد و قرب و ارثه الكافر، إجماعاً؛ لما مرّ.

و لو لم يكن له وارث إلّا كافر كان ميراث المرتدّ الأجود الاكتفاء عنه بالضمير للإمام (عليه السّلام)، بلا خلاف يظهر فيما إذا كان المرتدّ عن فطره.

و كذا مطلقاً على الأظهر الأشهر، بل عليه عامّه من تأخّر، و في

ص: ٢٣٣

١- الروضه ٩: ٣٤٤.

٢- انظر المفاتيح ١٠٥: ٢.

عبارة الماتن فى الشرائع و غيره (١) إشعار بالإجماع عليه، حيث نسبا الروايه و قائلها إلى الشذوذ، و لعلّه الظاهر من تتبع الفتاوى؛ لاتفاقها على ذلك من دون ظهور مخالف صريح و لا ظاهر، عدا الصدوق فى الفقيه، حيث روى ما يدل على أنّ ميراث الملى لورثته، فى الموثق كالصحيح عن إبراهيم بن عبد الحميد: فى نصرانى أسلم، ثم رجع إلى النصرانيه، ثم مات، قال:

«ميراثه لولده النصرانى» و مسلم تنصّر، ثم مات، قال: «ميراثه لولده المسلمين» (٢).

و ظاهره الفتوى بمضمونه؛ لما ذكره فى أوّل كتابه، مع أنّه حكى عنه المصير إليه صريحاً فى مقنعه (٣).

و لم نر موافقاً له عدا الشيخ فى استبصاره، حيث حكى الروايه فيه بعينها متناً و سنداً، لكن مرسلأ، و قال بعدها: ميراث النصرانى يكون لولده النصرانى إذا لم يكن له ولد مسلمون (٤).

لكّنه غير صريح بل و لا- ظاهر فى فتواه به؛ لما هو معلوم فى كتابيه من حاله، مع أنّه صرّح فى النهايه بخلاف الروايه، حاملاً لها على التقيه، قال: لأنّها مذهب العامه (٥). و بذلك ردّها جماعه (٦). و آخرون

ص: ٢٣٤

١- الشرائع ١٢:٤؛ و انظر المفاتيح ٣:٣١٢.

٢- الفقيه ٣:٧٨٩/٢٤٥، الوسائل ٢٦:٢٦ أبواب موانع الإرث ب ٦ ذيل الحديث ١.

٣- حكاه عنه فى المهذب البارع ٤:٣٤٧، و المسالك ٢:٣١١، و هو فى المقنع: ١٧٩.

٤- الاستبصار ٤:١٩٣، و كذا فى التهذيب ٩:١٣٢٨/٣٧٢.

٥- النهايه: ٦٦٧.

٦- منهم الفاضل فى المختلف: ٧٥١، و ابن فهد فى المهذب البارع ٤:٣٤٧، و المقداد فى التنقيح ٤:١٣٩.

و هو كما ترى؛ لاختصاص الإرسال بكتابه، وإلا فهي مسنده في الفقيه، مع أنّ في سنده ابن أبي عمير المجمع على تصحيح ما يصح عنه.

و ثالث: بعدم مقاومتها للقاعده الدالّه على أنّ المرتدّ بحكم المسلم، فلا يرثه الكافر (٢).

و هو حسن إن ثبت الكلّيّه و عموم المنزله بحيث يشمل مفروض المسأله من إجماع أو روايه، و لم أتحقّقهما كذلك بالكلّيّه.

و رابع: بمعارضتها بالمرسله كالصحيحه بأبان و ابن أبي عمير المجمع على تصحيح رواياتهما، كما مرّ غير مره: في رجل يموت مرتدّاً، و له أولاد، فقال: «ماله لولده المسلمين» (٣) بناءً على دلالة تقييد الولد بالمسلمين بمفهوم القيد المعبر على عدم كون إرثه لأولاده الكافرين، فلا يكون لغيرهم من الورثه الكفار بالإجماع و فحوى الخطاب، فانحصر الميراث للإمام (عليه السلام) (٤).

و هو حسن إن لم يكن القيد وارداً مورد الغالب، كما ذكره هذا المجيب في الذبّ عن معارضه هذا المرسل بإطلاق الصحيحين، في أحدهما: عن رجل ارتدّ عن الإسلام لمن يكون ميراثه؟ قال: «يقسم ميراثه

ص: ٢٣٥

- ١- منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز ٢: ٤٢٥، و ابن فهد في المهذب البارع ٤: ٣٤٧.
- ٢- انظر مجمع الفائده و البرهان ١١: ٤٧٣.
- ٣- الكافي ٧: ١/١٥٢، التهذيب ٩: ١٣٣٥/٣٧٤، الوسائل ٢٦: ٢٨ أبواب موانع الإرث ب ٦ ح ٦.
- ٤- انظر كفايه الأحكام: ٢٨٩.

على ورثته على كتاب الله تعالى» (١) ونحوه الثاني (٢)، قال بعدهما: إنهما مبيتان على الغالب من كون ورثته المرتد عن الإسلام مسلمين.

و مقصوده أنه لا عبره بإطلاقه؛ لوروده مورده، فلا يعم ورثته الكفار كما هو محلّ البحث و مفروضه.

قلنا: فاقبل مثله في القيد الوارد في المرسل؛ لوروده مورده أيضاً، فلا يعم غيره.

و خامس: بحمل الأولاد فيها على الصغار، وهم بحكم المسلمين تبعاً لإسلام أبيهم قبل ارتداده (٣).

و فيه نظر؛ لما فيه من تقييد الأولاد بالصغار، ثم تقييدهم بالمنعدين حال إسلام الأب، وليس فيها ما يرشد إليهما، مع إشعار وصفهم بالنصاري على خلافهما، و لو لا الإجماع الظاهر المستشعر من جملة من العبائر لكان المصير إليها ليس بذلك البعيد؛ لاعتبار السند، و الاعتضاد بعمومات أدلّه الإرث، السليمه هنا عن المعارض ممّا دل على عدم إرث الكافر عن المسلم؛ لاختصاصه بحكم التبادر بعدم الإرث عن المسلم الحقيقي، لا مطلق من في حكمه، و بروايه الإسكافي لها عن ابن فضال و ابن يحيى عن أبي عبد الله (عليه السلام) (٤).

و الحمل على التقيّه يصار إليه مع وجود المعارض الأقوى، و ليس

ص: ٢٣٦

- ١- الكافي ٧: ٢/ ١٥٢، الفقيه ٤: ٧٧١/ ٢٤٢، التهذيب ٩: ١٣٣٤/ ٣٧٤، الوسائل ٩: ٢٦: ٢٧ أبواب موانع الإرث ب ٦ ح ٣.
- ٢- الكافي ٧: ٤/ ١٥٣، التهذيب ٩: ١٣٣٣/ ٣٧٣، الوسائل ٩: ٢٦: ٢٧ أبواب موانع الإرث ب ٦ ح ٥.
- ٣- روضه المتقين ١١: ٣٨٩، و ملاذ الأخبار ١٥: ٣٩٩.
- ٤- حكاه عنه في المختلف: ٧٥١.

بعد الإجماع كما فرضنا.

مضافاً إلى انجبار ضعفها بذلك بموافقها للعمومات السليمة هنا كما عرفت عن المعارض.

و أمّا القتل أى قتل الوارث لولاه المورث فيمنع الوارث من الإرث أى إرث المقتول إذا كان عمداً ظلماً إجماعاً محققاً، و محكياً في كلام جماعه (١) حد الاستفاضه، و الصحاح به مع ذلك كغيرها من المعتبره مستفيضه، ففي الصحيح و غيره: «لا ميراث للقاتل» (٢).

و احترز بالظلم عمياً لو قتله حداً، أو قصاصاً، و نحوهما من القتل بحق، فإنه لا يمنع بلا خلاف، كما في كلام جماعه (٣)، و هو الحجه المؤيده بعمومات أدله الإرث كتاباً و سنّه، السليمه هنا عمّا يصلح للمعارضه، عدا إطلاقات النصوص المتقدمه، و هى غير صريحه فى المعارضه، بل و لا ظاهره؛ لاختصاصها بحكم التبادر بغير مفروض المسأله، و هو القتل ظلماً لا حقاً، هذا.

مضافاً إلى صريح الخبر المنجبر ضعفه بالعمل: عن طائفتين من المؤمنين، إحداهما باغيه، و الأخرى عادله، اقتتلوا، فقتل رجل من أهل العراق أباه، أو ابنه، أو أخاه، أو حميمه، و هو من أهل البغى، و هو وارثه،

ص: ٢٣٧

-
- ١- منهم الشيخ فى الخلاف ٢:٣٩، و الشهيد فى اللعه (الروضه البهيه ٨): ٣١، و الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣:٣١٤.
 - ٢- الصحيح فى: الكافى ٧: ٥/١٤١، التهذيب ٩: ١٣٥٢/٣٧٨، الوسائل ٢٦: ٣٠، أبواب موانع الإرث ب ٧ ح ١. و غيره فى: الكافى ٧: ٢/١٤٠، التهذيب ٩: ١٣٤٩/٣٧٧، الوسائل ٢٦: ٣١، أبواب موانع الإرث ب ٧ ح ٦.
 - ٣- منهم السبزوارى فى الكفايه: ٢٩٠، و الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣: ٣١٤، و انظر المسالك ٢: ٣١٣، و كشف اللثام ٢: ٢٨٠.

هل يرثه؟ قال: «نعم، لأنه قتله بحق» (١).

و لا يمنع لو كان خطأ مطلقاً عند المفيد في نقل (٢)، و الديلمي و الماتن هنا و في الشرائع (٣)، و إليه يميل شيخنا في المسالك (٤)؛ للصحيح:

عن رجل قتل امه، أ يرثها؟ قال: «إن كان خطأ ورثها، و إن كان عمدًا لم يرثها» (٥) و نحوه الموثق في التهذيبن، الصحيح في الفقيه (٦).

مع انتفاء الحكمه الباعثه على نفى الإرث حيث لم يقصد القتل، و هي مقابلته بنقيض مقصوده.

خلافاً للعماني (٧)، فيمنع مطلقاً؛ أخذاً بإطلاق النصوص المانع، و خصوص الخبر: «لا يرث الرجل أباه إذا قتله و إن كان خطأ» (٨) و نحوه آخر (٩).

و هو شاذ، و مستنده ضعيف؛ لتقييد الإطلاق بما مر من الصحيحين و غيرهما ممّا يأتي في البين، و ضعف الخبرين سنداً، و مكافأة لما مرّ

ص: ٢٣٨

-
- ١- الفقيه ١٣٣٣/٧٤٨:٤، التهذيب ٣٨١/١٣٦٤:٩، الوسائل ٤١/٢٦:٢٦ أبواب موانع الإرث ب ١٣ ح ١.
 - ٢- المقنعه: ٧٠٣.
 - ٣- المراسم: ٢١٨، الشرائع ١٤:٤.
 - ٤- المسالك ٣١٣:٢.
 - ٥- التهذيب ٣٧٩/١٣٥٨:٩، الإستبصار ١٩٣/٧٢٦:٤، الوسائل ٣٤/٢٦:٢٦ أبواب موانع الإرث ب ٩ ح ٢.
 - ٦- الفقيه ٢٣٢/٧٤٢:٤، التهذيب ٣٧٩/١٣٥٧:٩، الإستبصار ١٩٣/٧٢٥:٤، الوسائل ٣٣/٢٦:٢٦ أبواب موانع الإرث ب ٩ ح ١.
 - ٧- حكاه عنه في المختلف: ٧٤٢.
 - ٨- الكافي ١٤١/٧:٧، الوسائل ٣٤/٢٦:٢٦ أبواب موانع الإرث ب ٩ ح ٣.
 - ٩- التهذيب ٣٧٩/١٣٥٩:٩، الإستبصار ١٩٣/٧٢٧:٤، الوسائل ٣٤/٢٦:٢٦ أبواب موانع الإرث ب ٩ ذيل الحديث ٣.

و سيأتي من وجوه شتى، مع احتمالهما الحمل على التقيه، كما ذكره الشيخ في الكتابين (١).

وقال الشيخان و المرتضى و الإسكافي و الحلبي و القاضي و ابن حمزه و ابن زهره و الحلبي (٢)، و بالجمله الأكثر، على الظاهر المصرّح به في كلام جمع ممن تأخر، كالشهيدين و غيرهما (٣): إنه يمنع من الديه حسب و يرث ممّا عداها من التركة.

و لعلمه الأظهر؛ لنقل المرتضى و الشيخ و ابن زهره و الحلبي الإجماع عليه من الطائفه، و هو الحجّه الجامعه بين النصوص المختلفه، مع قصور ما دل منها على إرث الخاطي عن الدلاله على إرثه من الديه المأخوذه منه أو من العصبه؛ لاختصاصه بحكم التبادر يارث ما عداها من التركة.

مضافاً إلى روايه عاميه هي بالتفصيل مصرّحه، و فيها: أنّ النبي (صلى الله عليه و آله) قال: «ترث المرأه من مال زوجها و من ديته، و يرث الرجل من مالها و ديته، ما لم يقتل أحدهما صاحبه، فإن قتل أحدهما صاحبه عمداً فلا يرثه من ماله، و لا ديته، و إن قتل خطأ و رث من ماله و لا يرث من ديته» (٤).

ص: ٢٣٩

١- التهذيب ٩:٣٨٠، الاستبصار ٤:١٩٤.

٢- حكاه عن المفيد في التهذيب ٩:٣٨٠، و النهايه: ٦٧٢، الطوسي في التهذيب ٩:٣٨٠، المرتضى في الانتصار: ٣٠٧، و حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٧٤٢، الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٧٥، القاضي في المهذب ٢:١٦٢، ابن حمزه في الوسيله: ٣٩٦، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٨، الحلبي في السرائر ٣:٢٧٤.

٣- الدروس ٢:٣٤٧، المسالك ٢:٣١٣؛ و انظر الكفايه: ٢٩٠.

٤- سنن ابن ماجه ٢:٢٧٣٦/٩١٤.

و ضعف السند مجبور بعمل الأكثر، و ذكر الزوجين غير مخصّص إجماعاً، هذا.

مضافاً إلى الاعتضاد بعموم المعتبره المستفيضه أو إطلاقاتها الدالّه على عدم إرث القاتل شيئاً من الديه، ففي الصحيح: «المراه ترث من ديه زوجها و يرث من ديتها ما لم يقتل أحدهما صاحبه» (١) و نحوه الموثق (٢) و غيره (٣).

و أقرب منها دلالة الصحيح: عن امراه شربت دواءً و هي حامل، و لم يعلم بذلك زوجها، فألقت ولدها، قال: فقال: «إن كان له عظم و نبت عليه اللحم عليها ديه تسلّمها إلى أبيه، و إن كان حين طرحته علقه أو مضغه، فإنّ عليها أربعين ديناراً أو غرّه تؤدّيها إلى أبيه» قلت: فهي لا- ترث ولدها من ديته مع أبيه؟ قال: «لا، لأنّها قتلته» (٤) فتأمل. و استدلووا عليه أيضاً بوجه اعتباري، و هو: أنّ الديه يجب عليه دفعها إلى الوارث على تقدير كون الخطأ شبه العمد، و يدفعها عاقلته إلى الوارث على تقدير كونه محضاً؛ لقوله تعالى وَ دِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ [١] (٥) و لا شيء من الموروث له يجب دفعه إلى الوارث و الدفع إلى نفسه، و أخذه

ص: ٢٤٠

-
- ١- الكافي ٧: ٨/١٤١، التهذيب ٩: ١٣٥٣/٣٧٨، الإستبصار ٤: ٧٢٨/١٩٤، الوسائل ٢٦: ٣٢ أبواب موانع الإرث ب ٨ ح ٢.
 - ٢- التهذيب ٩: ١٣٦٢/٣٨١، الإستبصار ٣: ١٢٢٥/٣٤٣، الوسائل ٢٦: ٣٣ أبواب موانع الإرث ب ٨ ح ٤.
 - ٣- الكافي ٧: ٩/١٤١، التهذيب ٩: ١٣٥٤/٣٧٨، الوسائل ٢٦: ٣٢ أبواب موانع الإرث ب ٨ ح ٣.
 - ٤- الكافي ٧: ٦/١٤١، الفقيه ٤: ٧٤٦/٢٣٣، التهذيب ٩: ١٣٥٦/٣٧٩، الإستبصار ٤: ١١٣٠/٣٠١، الوسائل ٢٦: ٣١ أبواب موانع الإرث ب ٨ ح ١.
- ٥- النساء: ٩٢.

من عاقلته عوض ما جناه بنفسه لا يعقل.

و فيه: أنه استبعاد محض، لكن لا بأس بتأييد الدليل به إن ثبت، كما مرّ.

و اعلم أنه حكى الشهيد- (رحمه الله) في النكت و الدروس تبعاً للفاضل في المختلف (١) عن الفضل بن شاذان و العماني أنهما قالوا: إن ضارب ابنه تأديباً يرثه؛ لأنه كالإمام (عليه السلام) في إقامه الحدّ، و إن جنايه دابه الراكب مانع من الإرث موجب للكفّاره، قال الفضل: بخلاف دابّه السائق، و لا قيد فيهما، ثم ورثا السبب، كحافر البئر في غير ملكه؛ لأنه لا يسمى قاتلاً، و ورثا الصبي و المجنون إذا قتلا، قال الشهيد- (رحمه الله) في كتابه الأوّل (٢): و لم أقف على ذلك في كلام غيرهما من الأصحاب، إلّا أنّ المصنف ألحق السبب و الصبي و المجنون و السائق و القائد بال مباشر و الكامل و الراكب، و في الفرق بين السائق و الراكب بُعد؛ لأنه أكثر ضماناً منه.

و لو اجتمع القاتل الممنوع من الإرث و غيره ممّن يرث المقتول فالميراث لغير القاتل مطلقاً و إن بعُد من المقتول سواء تقرب ذلك الغير بالقاتل كابنه مثلاً أو بغيره كابن الأخ له و نحوه.

و لو لم يكن للمقتول وارث سوى القاتل فالإرث للإمام (عليه السلام)، بلا خلاف في شيء من ذلك و لا إشكال، فإنّ القاتل الممنوع من الإرث كالمعدوم، فيرثه من عداه من مراتب الوراث على الترتيب المتقدم، هذا.

مضافاً إلى الصحيحين الدالّين على بعض من ذلك، في أحدهما:

«لا يرث الرجل إذا قتل ولده أو والده، و لكن يكون الميراث لورثه

ص: ٢٤١

١- غاية المراد ٣:٦٠٨، الدروس ٢:٣٤٧، المختلف: ٧٤٢.

٢- في «ب» زياده: بعد الحكايه.

و فى الثانى: رجل قتل أباه؟ قال: «لا يرثه، وإن كان للقاتل ولد ورث الجدّ المقتول» (٢).

و فى الصحيح: فى الرجل يقتل و ليس له ولىّ إلاّ الإمام: «إنّه ليس للإمام أن يعفو، و له أن يقتل، أو (٣) يأخذ الديه» (٤) فتدبّر.

و هنا مسائل ثلاث.

الأولى: الديه كأموال الميت تقضى منها ديونه، و تنفذ وصاياه

و هنا مسائل ثلاث.

الأولى: الديه كأموال الميت تقضى منها ديونه، و تنفذ وصاياه مطلقاً و إن قتل عمداً إذا أخذت الديه و صولح عن القصاص عليها، على الأشهر الأقوى، و قد تقدّم الكلام فى المسأله فى آخر كتاب الوصيه مستوفى.

و هل للديان فى صوره العمد منع الوارث من القصاص مع عدم الوفاء الوجه: لا- وفاقاً للحلى و جماعه من المحققين كما فى التنقيح (٥)، و جعله أشهر فى المسالك و غيره (٦)؛ لأنّ أخذ الديه اكتساب، و هو غير واجب على الوارث فى دين مورثه، و للعمومات الوارده فى

ص: ٢٤٢

١- الكافى ٧: ٣/١٤٠، التهذيب ٩: ١٣٥٠/٣٧٨، الوسائل ٢٦: ٣٠ أبواب موانع الإرث ب ٧ ح ٣.

٢- الفقيه ٤: ٧٤١/٢٣٢، التهذيب ٩: ١٣٦١/٣٨٠، الوسائل ٢٦: ٣٩ أبواب موانع الإرث ب ١٢ ح ١.

٣- فى النسخ: و، ما أثبتناه من المصدر.

٤- التهذيب ١٠: ٦٩٦/١٧٨، الوسائل ٢٩: ١٢٥ أبواب القصاص فى النفس ب ٦٠ ح ٢.

٥- التنقيح ٤: ١٤١، و هو فى السرائر ٢: ٤٩، التحرير ٢: ١٧٢، تبصره المتعلمين: ١٨٠، المهذب البارع ٤: ٣٥٢، كشف الرموز ٢: ٤٢٨.

٦- المسالك ٢: ٣١٣، مفاتيح الشرائع ٣: ٣١٨.

و فى روايه عمل بها الشيخ فى النهايه و الحلبي و القاضى و الإسكافى و ابن زهره (١) مدّعياً عليها إجماع الإماميه، و حكاه الشهيد فى النكت (٢) أيضاً عن جماعه أنّ لهم منع الوارث حتى يضمن الوارث الدين رواها فى التهذيب فى كتاب الديات، فى آخر باب القضاء فى اختلاف الأولياء، بسنده عن يونس عن ابن مسكان، عن أبى بصير، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، و فيها: «إنّ أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل، فإن وهب أولياؤه دمه للقاتل ضمنوا اليه للغرماء، و إلّا فلا» (٣).

و فى أخرى: «فإن وهبوا دمه للقاتل فجائز، و إن أرادوا القود ليس لهم ذلك حتى يضمنوا الدين للغرماء، و إلّا فلا» (٤).

قيل: و الوجه فى جواز الهبه لهم بدون الضمان فى هذه أنّ مع الهبه يتمكن الغرماء من الرجوع إلى القاتل بحقّهم، بخلاف ما إذا قيد منه (٥).

و حملهما الطبرسى على ما إذا بذل القاتل اليه، فإنّه يجب القبول، و إلّا جاز القود (٦).

و هو حسن بعد وجود شاهد عليه، و ليس، مع قصور الروايتين سنداً

ص: ٢٤٣

- ١- النهايه: ٣٠٩، الكافى فى الفقه: ٣٣٢، حكاه عن القاضى و الإسكافى فى المختلف: ٤١٣، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٩٢.
- ٢- غايه المراد (مخطوط) النسخه الرضويه، الورقه: ٣٠٤.
- ٣- الفقيه ٤١١/١١٩، التهذيب ٧٠٣/١٨٠، الوسائل ٢٩: ١٢٢ أبواب القصاص فى النفس ب ٥٩ ح ١.
- ٤- التهذيب ٨٦١/٣١٢، الوسائل ١٨: ٣٦٥ أبواب الدين و القرض ب ٢٤ ح ٢.
- ٥- الوافى ١٦: ٨٦٥.
- ٦- حكاه عنه فى المختلف: ٤١٣.

و مقاومه لما مضى من وجوه شتى، أعظمها اعتضاده بالشهره العظيمه بين الأصحاب دونهما، حتى أنه فى المهذب و عن الماتن فى النكت (١) الحكم بضعف الروايه و شدوذها، مشعرين بدعوى الوفاق على خلافها.

و فى روايه: «إن قتل عمداً قتل قاتله و اذى عنه الإمام الدين من سهم الغارمين» (٢) هذا.

و أمّا ما يستفاد من السرائر و المختلف و المسالك (٣) من استناد الشيخ فيما أفتى به من مضمون الروايه المتقدمه إلى الخبر: «عن رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالاً و أخذ أهله الديه من قاتله، أ عليهم أن يقضوا الدين؟ قال: «نعم» قلت: و هو لم يترك شيئاً، قال: «أما أخذوا الديه؟ فعليهم أن يقضوا عنه الدين» (٤).

فقد ذكر فى التنقيح أنه و هم (٥). و لعلّه كذلك، و لكنهم أعرف، إلّا أنّ استناد الشيخ إليها مع عدم الدلاله على ما اختاره كما ذكره مستبعد.

و اعلم أنّ فى المسالك فرض الخلاف فيما لو بذل القاتل الديه (٦).

و هو غريب، خلاف ما يستفاد من كلمات الأصحاب فى بيان محلّه، حتى أنه هو بعد ذلك نسب مضمون الروايه المطلقه الغير المقيده بما ذكره من القيد إلى القيل الذى هو الشيخ فى النهايه و من تبعه، و عبارته كما نقل

ص: ٢٤٤

١- المهذب البارع ٤:٣٥٣، نكت النهايه ٢:٢٩.

٢- الفقيه ٤:٢٦٤/٨٣، الوسائل ٢٩:١٢٣ أبواب القصاص فى النفس ب ٥٩ ح ٢.

٣- السرائر ٢:٥٠، المختلف: ٤١٣، المسالك ٢:٣١٣.

٤- الكافى ٧:٦/٢٥، الفقيه ٤:٥٨٤/١٦٧، التهذيب ٩:٦٨١/١٦٧، الوسائل ١٨:٣٦٤ أبواب الدين و القرض ب ٢٤ ح ١؛ و فيها: إنّما أخذوا..

٥- التنقيح ٤:١٤٢.

٦- المسالك ٢:٤٧٩.

كالروايه مطلقه، ثم نسب تقييد الروايه بالقيد الذى ذكره إلى الطبرسى خاصه (١)، وهو ظاهر بل صريح فى مخالفته للنهايه، ولا وجه له سوى قوله بمضمون الروايه مقيّداً بدفع القاتل الديه و إطلاق القول بمضمونها من دون القيد فى النهايه، ولذا أنّ بعض من ديدنه غالباً متابعتة لم يترجم عن المسأله بما ذكره، بل ذكرها مطلقه (٢)، هذا.

والاحتياط فى المسأله يقتضى المصير إلى القول الثانى؛ للإجماع المنقول المعتضد بدعوى الشهيد فى الدروس فى كتاب الدين الشهره عليه (٣)، مع عدم وجود مخالف له من القدماء عدا الحلّى (٤)، وهو بالإضافة إليهم نادر قطعاً، والشهره المحققه إنّما هى متأخره، ولو لا العمومات القطعيه من الكتاب و السنّه و خصوص الروايه الأخيره المعتضده بالشهره المتأخره العظيمه بحيث لا يكاد يوجد مخالف منهم لكان المصير إلى هذا القول فى غايه القوّه، ولعلّه لهذا تردّد الشهيد فى كتبه المزبوره و لم يحكم بشيء من القولين فى المسأله.

الثانيه: يرث الديه من يتقرب بالأب ذكراً أو إناً

الثانيه: يرث الديه ديه المقتول مطلقاً، عمداً كان قتله أو خطأً من يتقرب إليه بالأب ذكراً أو إناً بلا خلاف إلّا من الخلاف، فقال: لا يرثها إلّا المتقرب إليه بالأبوين دون أحدهما (٥).

و هو شاذّ، و مستنده غير واضح، عدا ما يظهر من شرح الشرائع

ص: ٢٤٥

١- المسالك ٢: ٤٧٩.

٢- مفاتيح الشرائع ٣: ٣١٨.

٣- الدروس ٣: ٣١٣.

٤- راجع ص: ٢٣٩.

٥- انظر الخلاف ٥: ١٧٨.

للصيمري (١) من أنه روايه. و لم أقف عليها، و لا نقله غيره، فهي مرسله لا تعارض عمومات الإرث و النصوص الآتية.

و كذا يرث الزوج و الزوجه كل منهما من ديه الآخر، بلا خلاف يظهر، و به صرح في المبسوط (٢)، بل بالوفاق عليه صرح جمع و منهم الشيخ في الخلاف (٣)، و هو الحجه.

مضافاً إلى عمومات الكتاب و السنّه، و خصوص المعتره المستفيضه الدالّه على أنّهما يتوارثان من الديه ما لم يقتل أحدهما صاحبه (٤)، و قد تقدّم غير بعيد إلى بعض منها الإشاره.

و أمّا الروايه الدالّه على: «أَنَّ عَلِيًّا (عليه السّلام) كان لا- يورث المرأه من ديه زوجها، و لا يورث الرجل من ديه امرأته شيئاً و لا الإخوه من الأمّ من الديه شيئاً» (٥) فمع أنّها شاذّه، قاصره السند بالسكوني، غير معارضه لما مرّ من الأدلّه من وجوه عديده، فلتكن مطرحه أو مؤوّله بما ترجع به إلى الأوّله من الحمل على صورته ما إذا قتل أحدهما صاحبه، مع احتمالها الحمل على التقيه، كما ذكره شيخ الطائفه (٦) و يؤيده روايه الراوى لها الذى هو من قضاء العامّه.

و لا يرث من يتقرب إليه بالأمّ خاصّه، وفاقاً للمقنعه و النهايه

ص: ٢٤٦

-
- ١- غايه المرام ١٧٠:٤.
 - ٢- المبسوط ٥٤:٧.
 - ٣- الخلاف ١١٤:٤.
 - ٤- الوسائل ٣٨، ٣١:٢٦ أبواب موانع الإرث ب ١١، ٨.
 - ٥- التهذيب ٣٨٠/٩، الإستبصار ١٩٥/٧٣١، الوسائل ٣٩:٢٦ أبواب موانع الإرث ب ١١ ح ٤.
 - ٦- التهذيب ٣٨٠:٩.

و القاضى و التقى و ابن زهره و الحلّى و الكيدرى و الفاضل فى القواعد و ولده و الشهيدين فى الدروس و المسالك (١)، و نسبه فيه إلى الأكثر، و تبعه فى النسبه جمع (٢)، و سيأتى عن الحلّى نفي الخلاف عنه (٣)، و فى الخلاف الإجماع عليه (٤)، و هو الحجّه.

مضافاً إلى المعتره المستفيضه، فى الصحيح: «يرثها الورثه على كتاب الله تعالى و سهامهم، إذا لم يكن على المقتول دين، إلّا الإخوه و الأخوات من الأمّ فإنّهم لا يرثون من ديتة شيئاً» (٥) و نحوه آخران (٦)، لكن بدون ذكر الأخوات فيهما.

و فى الموثق: «لا يرث الإخوه من الأمّ من الديه شيئاً» (٧).

و فى الخبر: هل للإخوه من الأمّ من الديه شىء؟ قال:

«لا» (٨).

ص: ٢٤٧

١- المقنعه: ٧٠٢، النهايه: ٧٣٥، المهذب ٢: ١٦٣، الكافى فى الفقه: ٣٧٦، الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٨، السرائر ٣: ٢٧٤، القواعد ٢: ١٦٣، إيضاح الفوائد ٤: ١٨٠، الدروس ٢: ٣٤٧، المسالك ٣١٣، ٣١٤.

٢- منهم السبزوارى فى الكفايه: ٢٩١، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢: ٢٨٠.

٣- فى ص: ٢٤٥.

٤- الخلاف ٢: ٣٥٦.

٥- الكافى ٧: ٢/١٣٩، الفقيه ٧: ٢٣٢/٧٤٤، التهذيب ٩: ١٣٣٨/٣٧٥، الوسائل ٢٦: ٣٥، أبواب موانع الإرث ب ١٠ ح ١.

٦- أحدهما فى الكافى ٧: ٥/١٣٩، التهذيب ٩: ١٣٤٠/٣٧٥، الوسائل ٢٦: ٣٧، أبواب موانع الإرث ب ١٠ ح ٤. و الآخر فى: الكافى ٧: ٤/١٣٩، التهذيب ٩: ١٣٣٩/٣٧٥، الوسائل ٢٦: ٣٦، أبواب موانع الإرث ب ١٠ ح ٢.

٧- الكافى ٧: ٦/١٣٩، التهذيب ٩: ١٣٤٣/٣٧٦، الوسائل ٢٦: ٣٧، أبواب موانع الإرث ب ١٠ ح ٥.

٨- الكافى ٧: ٨/١٤٠، التهذيب ٩: ١٣٤٢/٣٧٥، الوسائل ٢٦: ٣٧، أبواب موانع الإرث ب ١٠ ح ٦.

و ليس فى سنده سوى السهل الثقة عند بعض (١)، و ضعفه سهل عند آخرين (٢)؛ و داود بن حصين، و هو موثق.

و هذه النصوص و إن قصرت عن إفاده تمام المدعى من حرمان جميع من يتقرب بها؛ لاختصاصها بالإخوه و الأخوات منها، إلا أنه لا قائل بالفرق ظاهراً، و إن احتمله الشهيدان (٣)، مع رجوع أولهما إلى عدم الفرق.

مضافاً إلى ثبوت الحكم فى غير مواردنا بطريق أولى، كما صرح به جماعه (٤)، و إن أنكرها آخرون مترددين فيها (٥). و لا وجه له بعد ظهورها بحسب فهم العرف الذى هو المناط فى حجيتها.

و قيل كما عن المبسوط (٦) يرثها من يرث المال كائناً من كان؛ لعمومات الإرث. و لا وجه للاستناد إليها بعد تلك النصوص الخاصه، إلا على مختار من ضعف العمل بأخبار الآحاد، أو عدم قابليتها لتخصيص نحو الكتاب، و هما عنده خلاف التحقيق.

و أما ما يظهر من الصيمرى من أن سنده الروايه، فيتوجه عليه عين ما سبق على حكايته السابقه من المناقشه (٧).

ص: ٢٤٨

١- كالتوسى فى رجاله: ٤/٤١٦.

٢- منهم المجلسى فى رجاله: ٨٧٠/٢٢٤، و انظر تعليقات الوحيد البهبهانى على منهج المقال: ١٧٧، ١٧٦.

٣- الدروس ٣٤٨، ٣٤٧، ٢: الروضه البهيه ٣٧، ٣٦، ٨: المسالك ٣١٤، ٣١٣: ٢.

٤- منهم الشهيد الأول فى غايه المراد ٣: ٦١٠، و الشهيد الثانى فى الروضه ٨: ٣٧، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢: ٢٨٠.

٥- مجمع الفائده ١١: ٥١١، الكفايه: ٢٩١.

٦- المبسوط ٧: ٥٤.

٧- راجع ص: ٢٤٢.

و اعلم أنّ كثيراً من الأصحاب كالشهيدين وغيرهما (١) نسبوا هذا القول إلى الحلّي في كتاب الجنائيات. و لم أقف فيه على ما يدل على ما ذكروه، مع أنّه قال في المسأله الآتية ردّاً على ما قاله الشيخ فيها في النهايه: هذا غير صحيح و لا مستقيم، بل الإمام وليّ المقتول المذكور، إن شاء قتل، و إن شاء عفا، فإن رضى هو و القاتل و اصطالحا على الديه فإنّها تكون له، دون بيت مال المسلمين؛ لأنّ الديه عندنا يرثها من يرث المال و التركة، سوى كلاله الأُمّ، فإنّ كلاله الأُمّ لا ترث الديه و لا القصاص و لا القود، بغير خلاف، و تركته لو مات كانت لإمام المسلمين، بغير خلاف بيننا (٢). إلى آخر ما ذكره.

و هذا كما ترى ظاهر بل صريح في اختياره القول الأوّل، نافياً للخلاف فيه بيننا، و لم أرَ منه في ذلك الكتاب ما يوجب توهم ما ذكروه، عدا ما حكاه فيه عن الشيخ في النهايه و المبسوط في مسأله من يرث القصاص (٣)، فإنّ عبارته في الكتابين المحكيه في كتابه ذلك تضمّنت حكم تلك المسأله و المسأله التي نحن فيها، و عبارته النهايه صرّحت بمنع الكلاله للأُمّ عن إرث الديه (٤)، و عبارته المبسوط أطلقت الحكم بأنّه يرثها من يرث المال (٥)، ثم قال: و الأقوى ما اختاره في مبسوطه.

ص: ٢٤٩

١- الدروس ٢:٣٤٨، المسالك ٢:٣١٣؛ و انظر التنقيح ٤:١٤٣، و الكفايه: ٢٩١.

٢- السرائر ٣:٣٣٦.

٣- السرائر ٣:٣٢٨.

٤- النهايه: ٦٧٣.

٥- المبسوط ٧:٥٤.

و لعلّه لذا نسبوه إلى ما نسبوه زاعمين رجوع اختياره لما في المبسوط إلى المسأله التي نحن فيها أيضاً، و ما تفتنوا لرجوعه إلى حكم مسأله من يرث القصاص خاصّه، فإنّ في عبارتي النهايه و المبسوط فيها أيضاً اختلافاً، حيث تضمّنت الأولى منع النساء من إرثهنّ القصاص، و الثانيه أنّه يرثه من يرث المال حتى النساء، و اختار هو مختار المبسوط؛ استناداً، إلى عموم الآيه وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ [١] (١). و يشير إلى ما ذكرناه من رجوع اختياره لما في المبسوط إلى مختاره هذا دون ما مضى أولاً: ما ذكرناه من عبارته الصريحه في موافقته المشهور هنا مدّعياً الوفاق عليه.

و ثانياً: فهم الفاضل في المختلف ما ذكرناه، فإنّه في كتاب الجنايه بعد نقله عباره الحلّي تلو عبارتي المبسوط و النهايه قال: و المعتمد ما قاله الشيخ في المبسوط؛ لعموم الآيه، ثم قال: احتجّ الشيخ على قوله في النهايه بما رواه أبو العباس عن الصادق (عليه السلام)، قال: «ليس للنساء عفو ولا قود» (٢) ثم قال: و الجواب المنع من صححه السند (٣).

و هو كما ترى صريح في فهمه من تلك العبارات ما فهمناه، و أنّ عنوانها مسأله من يرث القصاص لا هذه المسأله.

و نسبه في الدروس أيضاً إلى الفاضل، بعد نسبه إياه إلى الحلّي، قال: و في المبسوط: يرثها من يرث المال، و اختاره ابن إدريس و الفاضل؛

ص: ٢٥٠

١- الأنفال: ٧٥، الأحزاب: ٦.

٢- الكافي ٧: ٥/٣٥٧، التهذيب ١٧٧/٦٩٢: ١٠، الإستبصار ٢٦٢/٩٨٨: ٤، الوسائل ١١٨: ٢٩ أبواب القصاص في النفس ب ٥٦ ح ١.

٣- المختلف: ٧٨٦.

و لم أفق على ما ذكره في شيء من كتبه التي تحضرني، ولا يبعد أن يكون منشأ نسبة ذلك إليه عبارته في المختلف المتقدمه المتضمنه لاختياره ما اختاره المبسوط و الحلّي، لكنّها كما عرفت صريحه في أنّ عنوان مختارهم في تلك العبائر شيء آخر، لا هذه المسأله.

الثالثه: إذا لم يكن للمقتول عمداً وارث سوى الإمام (عليه السلام)

الثالثه: إذا لم يكن للمقتول عمداً وارث سوى الإمام (عليه السلام) فله القود، أو الديه مع التراضي عن القود عليها و ليس له العفو عنهما، وفاقاً للإسكافي و الشيخين و القاضي (٢)، و لعله المشهور بين الأصحاب، كما صرح به جمع (٣)؛ للصحيح المروي في الكتب الثلاثه بعده طرق صحيحه: في الرجل يقتل و ليس له ولي إلا الإمام: «إنّه ليس للإمام أن يعفو، و له أن يقتل، أو يأخذ الديه فيجعلها في بيت مال المسلمين، لأنّ جنايه المقتول كانت على الإمام، و كذلك تكون ديته للإمام المسلمين» (٤) و هو يتناول العمد و الخطأ، و نسبه في المختلف إلى الشيخين (٥)، فلا يبعد.

و قيل و هو الحلّي كما مرّ: إنّ له العفو أيضاً كغيره من الأولياء، بل هو أولى (٦)، و نفى عنه البأس في المختلف (٧)، إلا أنّه جعل

ص: ٢٥١

١- الدروس ٣٤٨: ٢.

٢- حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٧٨٨، المفيد في المقنعه: ٧٤٣، الطوسي في النهايه: ٦٧٣، القاضي في المهذب ١٦٢: ٢.

٣- منهم الفاضل المقداد في التنقيح ١٤٣: ٤، و الشهيد الثاني في المسالك ٣١٣: ٢، و السبزواري في الكفايه: ٢٩١.

٤- التهذيب ١٧٨/٦٩٦: ١٠، الوسائل ١٢٥: ٢٩ أبواب القصاص في النفس ب ٦٠ ح ٢.

٥- المختلف: ٧٨٨.

٦- السرائر ٣٣٦: ٣.

٧- المختلف: ٧٨٨.

العمل بالروايه أولى، وقريب منه كلام شيخنا فى المسالك، فإنه قال بعد نقل هذا القول:- و له وجه وجيه، إلا أن صحه الروايه، و ذهب معظم الأصحاب إلى العمل بمضمونها، مع عدم المعارض، يعين العمل بها (١).

و الأمر كما ذكره، و لكن لا فائده فى نفى البأس عنه بعد ذلك أصلاً.

و أمّا الرقّ فيمنع من الإرث فى الوارث بمعنى: أنه لا يرث الإنسان إذا كان رقاً، و إن كان المورث مثله، بل يرثه الحرّ و إن كان ضامن جريره، دون الرقّ و إن كان ولدًا.

و فى الموروث بمعنى: أن الرقّ لا يورث، بل ماله لمولاه بحق الملك، لا بالإرث و إن كان له وارث حرّ، و لا خلاف فى شىء من ذلك، حتى على القول بأنّ العبد يملك، بل عليه الإجماع فى عبائر جمع (٢)، و هو الحجه.

مضافاً إلى النصوص المستفيضة، بل المتواتره، يقف عليها المتتبع لتضاعيف أخبار أبحاث هذه المسأله، ففى جمله من المعتبره المستفيضة، و فيها الصحيح و القريب منه و غيرهما: «لا يتوارث الحرّ و المملوك» (٣).

و يستفاد منها منع الرقّ عن الإرث فى المقامين، و من غير واحد من النصوص المعتبره المنع فى الأوّل (٤).

و أمّا ما يدل عليه فى الثانى فالمعتبره الأخر المستفيضة، الوارده فى ميراث المكاتبين، منها الصحيح: فى مكاتب توفى و له مال، قال: «يحسب

ص: ٢٥٢

١- المسالك ٣١٣: ٢.

٢- كالأخلاف ٢٦: ٤، و كشف اللثام ٢٨١: ٢، و المفاتيح ٣١٣: ٣.

٣- الوسائل ٢٦: ٤٣ أبواب موانع الإرث ب ١٦.

٤- الوسائل ٢٦: ٤٤ أبواب موانع الإرث ب ١٦ الأحاديث ٧، ٦، ٣.

ميراثه على قدر ما أعتق منه لورثته، و ما لم يعتق منه لأربابه الذين كاتبوه» (١).

و نحوه آخر: في رجل مكاتب يموت و قد أدّى بعض مكاتبته، و له ابن من جاريتته، قال: «إن كان اشترط عليه أنه إن عجز فهو مملوك رجع إليه ابنه مملوكاً و الجاريه، و إن لم يكن اشترط عليه ذلك أدّى ابنه ما بقي من مكاتبته، و ورث ما بقي» (٢).

و نحوه ما غيرهما من المعتمده الأخر، التي فيها الصحيح أيضاً و غيره (٣).

و لو اجتمع الرق الوارث مع الحرّ مثله فالميراث للحرّ دونه و لو بُعد الحر و قرب المملوك كما مرّ.

و لو كان للحرّ ولد رقّ و لذلك الولد الرقّ ابن حرّ و ورث الابن الحرّ جدّه، و لا يحجبه رقيه أبيه، كما في الكافر و القاتل، فإنّهما لا يمنعان من يتقرّب بهما إلى الميت؛ لانتفاء المانع منه دونهما، و به خصوص الخبر المنجبر ضعفه بالعمل، و روايه الحسن بن محبوب المجمع على تصحيح ما يصح عنه عن موجه: في عبد مسلم و له أم نصرانية، و للعبد ابن حرّ، قيل: أ رأيت إن ماتت أمّ العبد و تركت ما لا؟ قال: «يرثها ابن ابنها الحرّ» (٤).

ص: ٢٥٣

١- الكافي ٧: ٤/١٥١، الفقيه ٧: ٢٤٨/٨٠١، التهذيب ٩: ١٢٥٤/٣٤٩، الوسائل ٢٦: ٤٨ أبواب موانع الإرث ب ١٩ ح ٢.

٢- الكافي ٧: ٢/١٥١، التهذيب ٩: ١٢٥٦/٣٤٩، الإستبصار ٤: ١٢٥/٣٧، الوسائل ٢٦: ٥٧ أبواب موانع الإرث ب ٢٣ ح ٢.

٣- الوسائل ٢٦: ٥٧ أبواب موانع الإرث ب ٢٣.

٤- الكافي ٧: ١/١٥٠، التهذيب ٩: ١٢١٤/٣٣٧، الوسائل ٢٦: ٤٥ أبواب موانع الإرث ب ١٧ ح ١.

و لو أعتق على ميراث قبل قسمته يشارك باقى الورثه إن كان مساوياً لهم فى الطبقة و الدرجه و حاز الإرث و جمعه كله إن كان أولى منهم، بلا خلاف، كما فى المعترفه المستفيضه.

ففى الصحيح: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فىمن ادعى عبد إنسان أنه ابنه: أنه يعتق من مال الذى ادعاه، فإن توفى المدعى، و قسم ماله قبل أن يعتق العبد، فقد سبقه المال، و إن أعتق قبل أن يقسم ماله فله نصيبه منه» (١).

و فى القريب منه بأبان و ابن أبى عمير المجمع على تصحيح رواياتهما: «من أعتق على ميراث قبل أن يقسم الميراث فهو له، و من أعتق بعد ما قسم فلا ميراث له» (٢) و نحوه غيره (٣).

و فى القريب منه أيضاً بأبان المتقدم، الوارد فىمن أسلم على ميراث قبل قسمته: قلت: العبد يعتق على ميراث، قال: «هو بمنزلته» (٤).

و منه يظهر أنه لو كان الوارث الحرّ واحداً فأعتق الرق بعد موت مورثه لم يرث مطلقاً و إن كان أقرب إلى الميت من الحرّ، و كذا لو أعتق بعد القسمة مع تعدد الورثه لأنه لا قسمه فى الأول، و لا عتق قبلها فى الثانى، فلا إرث له.

ص: ٢٥٤

-
- ١- الفقيه ٢٤٦/٧٩٤، التهذيب ٣٣٧/١٢١٢، الوسائل ٢٦:٤٦ أبواب موانع الإرث ب ١٨ ح ١.
 - ٢- الكافي ١٤٤/٧، التهذيب ٣٦٩/١٣١٨، الوسائل ٢٦:٢١ أبواب موانع الإرث ب ٣ ح ٣.
 - ٣- التهذيب ٣٣٦/١٢١٠، الوسائل ٢٦:٤٧ أبواب موانع الإرث ب ١٨ ح ٢.
 - ٤- الفقيه ٢٣٧/٧٥٨، التهذيب ٣٣٦/١٢١١، الوسائل ٢٦:٢١ أبواب موانع الإرث ب ٣ ح ٤.

و لو قسم بعض التركة ثم أعتق ففى إرثه من الجميع، أو الباقي خاصه، أو عدمه مطلقاً، أو وجه و احتمالات، و لعل أظهرها الأول، كما قطع به الفاضل فى الإرشاد و غيره (١)؛ لعموم المعتبره المتقدمه بإرثه لو أعتق قبل القسمة، و المتبادر منها قسمه جميع التركة لا بعضها.

و لو لم يكن للميت مّمن عدا الإمام (عليه السلام) وارث سوى المملوك اجبر مولاه على أخذ قيمته فيعتق ليحوز الإرث و يجمعه، بلا خلاف أجده، بل عليه الإجماع فى ظاهر كلام جماعه (٢)، و النصوص به مع ذلك مستفيضه، ستأتى إليها الإشارة.

و هى و إن كانت مطلقة فى وجوب الشراء، إلّا أنّها مقيده بما إذا لم يكن هناك وارث حرّ، و لو كان بعيداً كضامن جريره؛ لما مرّ إليه الإشارة، مع أنّه ادّعى عليه الشيخ إجماع الإماميه (٣).

و ظاهر أكثرها، كالعباره و غيرها، و صريح آخرين (٤)، توقف عتقه بعد الشراء على الإعتاق، فيتولاه من يتولّى الشراء، و هو الحاكم الشرعى، فإن تعذر تولّاهما غيره كفايه.

قيل: و لا- فرق فى المملوك بين القنّ و المكاتب و المدبّر و أمّ الولد؛ لاشتراك الجميع فى أصل الرقيّه و إن تشبّث بعضهم بالحرّيه، و النهى عن بيع أمّ الولد مخصوص بغير ما فيه تعجيل عتقها؛ لأنّه زياده فى مصلحتها

ص: ٢٥٥

١- الإرشاد ٢: ١٢٧؛ و احتمله فى القواعد ٢: ١٦٢، و تنظر فيه فى التحرير ٢: ١٧١؛ و انظر مجمع الفائدة و البرهان ١١: ٤٨٨.

٢- منهم الفاضل الآبى فى كشف الرموز ٢: ٤٣٢، و الشهيد الثانى فى المسالك ٢: ٣١٤، و الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣: ٣١٣.

٣- الخلاف ٤: ٢٦.

٤- منهم العلامة فى القواعد ٢: ١٦٤، و الشهيد الثانى فى الروضه البهيه ٨: ٣٨.

التي نشأ منها المنع من البيع، فيصح هنا بطريق أولى، ولو كان المكاتب المطلق قد أدى شيئاً وعتق منه بحسابه فكّ الباقي، وإن كان يرث بجزئه الحرّ؛ لأنّ ما قابل جزأه الرقّ من الإرث بمنزله ما لا وارث له (١). انتهى.

و يعضده إطلاق النصوص و الفتاوى.

و لو قصر المال و التركة عن قيمته لم يفكّ على الأظهر الأشهر، كما في المختلف و المسالك و غيرهما (٢) و عليه عامّه من تأخر، و نفى عنه الخلاف في السرائر (٣)، و هو الحجة.

مضافاً إلى مخالفته الأصل من وجوه عديده، فيقتصر فيه على المتيقن من الفتوى و الرواية، و ليس إلّا ما إذا وفّت التركة بتمام القيمة، بل و ما زاد أيضاً، إلّا أنّه لم يعتبر الزيادة عنه إجماعاً.

و قيل: يفكّ ما وفى به القيمة و يسعى العبد في باقيه هذا القول لم نظفر بقائله، و إنّما الأصحاب الحاكون له أشاروا إليه من دون تصريح به، و بعدم الظفر به صرح شيخنا في المسالك (٤) و غيره، و لا- يبعد أن يكون هو الفضل بن شاذان، كما حكاه عنه في الكافي، فإنّه قال في جملة كلام له في وجوب شراء المملوك و إعتاقه مع عدم الوارث و جبر المالك عليه:- فإن قال أى قائل- فإنّها أى أمّ الولد ورثت أقلّ من قيمتها أو ورثت النصف من قيمتها، أو الثلث، أو الربع، قيل له: يعتق منها بحساب ما ورثت، فإن شاء صاحبها أن يستسعيها فيما بقي من قيمتها فعل

ص: ٢٥٦

١- قاله الشهيد الثاني في المسالك: ٣١٤.

٢- المختلف: ٧٤١، المسالك ٣١٤: ٢؛ و انظر الإيضاح ١٨٣: ٤، و المهذب البارع ٣٦٠: ٤.

٣- السرائر ٢٧٢: ٣.

٤- المسالك ٣١٤: ٢.

ذلك، وإن شاء أن تخدمه بحساب ما بقي منها فعل ذلك. لكنّه قال بعد ذلك ما يدل على تخصيصه الفكّ بما إذا لم يقصر المال عن جزء من ثلاثين جزءاً من قيمتها، وإنه لو قصر لا يفكّ؛ أخذاً من عدّه الشهر، وزعم أنّ الأمه لو تجاوزت قيمتها ديه الحرّ ردّت إليها (١).

و إطلاق القول المحكى في كلام الأصحاب لا يوافق هذا التفصيل، ولعلّه لذا جعله في الدروس قولاً ثالثاً (٢).

و كيف كان فلا-ريب في ضعفه مطلقاً، وإن قواه مطلقاً من دون تفصيل بعض متأخري متأخري أصحابنا (٣)؛ لعدم وضوح مأخذه، عدا ما في السرائر (٤) من نسبته إلى روايه، و لم نقف عليها، فهي مرسله لا-حجه فيها، سيما في مقابله حجّه الأ-كثر المتقدّمه، مع أنّه ذكر الشيخ في النهايه أنّه لم يقف له على أثر (٥).

و أمّا عموم: «الميسور لا يسقط بالمعسور» (٦) ونحوه (٧) فبعد تسليم شموله لنحو المقام معارض بعموم ما دل على أنّه: «لا ضرر و لا ضرار في الإسلام» (٨) و لا-ريب أنّ إجبار المالك على بيع مملوكه ضرر، و أصاله البراءه مع الشهره العظيمه مع حكايه نفى الخلاف المتقدّمه ترجّح الثاني،

ص: ٢٥٧

- ١- الكافي ٧:١٤٨.
- ٢- الدروس ٢:٣٤٣.
- ٣- مفاتيح الشرائع ٣:٣١٣.
- ٤- السرائر ٣:٢٧٢.
- ٥- النهايه: ٦٦٨.
- ٦- عوالي اللئلي ٤:٢٠٥/٥٨.
- ٧- عوالي اللئلي ٤:٢٠٧/٥٨.
- ٨- الفقيه ٤:٧٧٧/٢٤٣، الوسائل ١٤:٢٦ أبواب موانع الإرث ب ١ ح ١٠، وكذا الوسائل ٢٥:٤٢٧ أبواب إحياء الموات ب ١٢.

فلا محيص عنه، وإن نفي البأس عن خلافه في المختلف و المسالك (١).

و يتفرع على القولين فروع، منها: ما لو تعددوا و وفى نصيب بعضهم بقيمته دون غيره، فعلى القول الثانى يجب شراؤهما، بل وجوب شراء من وفى نصيبه بقيمته أولى؛ لعدم تضرر المالك، و عدم الاحتياج إلى الاستسعاء.

و على الأول لا- يجب شراء من لا يفي نصيبه بقيمته، و فى وجوب شراء الآخر و جهان، أحدهما: العدم؛ لقصور التركة عن فكّ الورثة فى الجملة، و هو مانع عن الفكّ، كما مرّ إليه الإشارة؛ و لأنه إمّا أن يجب فكّ بعض كل واحد، أو فكّ واحد لا بعينه، أو بعينه، فإمّا من يفي نصيبه بقيمته، أو غيره، و الأول خلاف الفرض، و الثانى غير موجود فى الخارج، و الثالث ترجيح من غير مرجح، و الرابع كذلك، مع متروكيته بالإجماع.

و ثانيهما: نعم؛ لوجود قريب يرث مع الحرّيه، و ما هو كذلك يجب شراؤه؛ لعموم النص، و فرق بينه و بين شراء بعض وارث بحصول ضرر فيه على المالك دون الأول، و هو اختيار الفاضل و ولده، و مال إليه شيخنا الشهيد الثانى (٢).

و منها: ما لو لم تف التركة بقيمه القريب و وقت بقيمه البعيد، كالأخ مع الابن، فيجب شراؤه دون البعيد على القول الثانى دون الأول.

و عليه ففى وجوب شراء الأخ، أو كون التركة للإمام (عليه السلام) و جهان، أحدهما: نعم؛ لأنّ الابن يمنع من إرث الأخ مع حرّيته أو مع إمكانها، و كلاهما مفقودان، فهو فى حكم العدم، فينحصر الوارث فى الأخ.

ص: ٢٥٨

١- المختلف: ٧٤١، المسالك ٣١٤: ٢.

٢- القواعد ١٦٤: ٢، إيضاح الفوائد ١٨٤: ٤، المسالك ٣١٤: ٢.

و الآخر: لا؛ لأنَّ كونه ولداً يمنع من إرث الأخ، فليس الأخ وارثاً هنا. و هو ضعيف؛ لأنَّ من شروط الحجب عدم رقيته الوارث.

و اعلم أنَّه يفكُّ الأبوان إجماعاً، كما في الانتصار و السرائر و الشرائع و شرحه لشيخنا الشهيد الثاني و الصيمرى و الروضه (١)، و غيرها من كتب الجماعه (٢)، و هو الحجه.

مضافاً إلى الصحاح المستفيضة و غيرها من المعتمره فى الأم (٣)، و يلحق بها الأب؛ لعدم القائل بالفرق، مع وقوع التصريح به فيما يأتى من المعتمره.

مضافاً إلى استلزام ثبوت الحكم فيها ثبوته فيه بطريق أولى (٤).

و اختلفوا فى إلحاق من عداهما بهما على أقوال، فبين من اقتصر عليهما، كما عن سلار و ظاهر ابنى بابويه (٥)؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المجمع عليه.

و بين من ألحق بهما الأولاد خاصه دون غيرهما من الأقارب و الزوجين، مخصّصاً إياهم بأولاد الصلب دون أولاد الأولاد، كما عن المفيد و ابن حمزه (٦)، و نسبه الحلّى إلى الأكثر و حكاه عن المرتضى و قواه؛ مستنداً فى محلّ المنع إلى الأصل، و فى الإلحاق إلى الإجماع (٧).

ص: ٢٥٩

- ١- الانتصار: ٣٠٨، السرائر ٢٧٣، الشرائع ٤: ١٥، المسالك ٢: ٣١٥، غايه المرام ٤: ١٧٢، الروضه البهيه ٨: ٤١.
- ٢- إيضاح الفوائد ٤: ١٨٦، و التنقيح الرائع ٤: ١٤٥، و مفاتيح الشرائع ٣: ٣١٣.
- ٣- الوسائل ٢٦: ٤٩ أبواب موانع الإرث ب ٢٠ الأحاديث ١١، ٧، ٦، ٢، ١.
- ٤- فى «ب» زياده: فتأمل.
- ٥- المراسم: ٢١٩، حكاه عن ابنى بابويه فى المختلف: ٧٤١، و الإيضاح ٤: ١٨٦.
- ٦- المقنعه: ٦٩٥، الوسيله: ٣٩٦.
- ٧- السرائر ٣: ٢٧٢.

و سيظهر لك ضعف هذه الأقوال.

وقيل: يفكّ ذو القرابه مطلقاً، فيدخل فيه من علا من الآباء، و من سفلى من الأولاد، و الإخوه، و الأعمام، و الأخوال، و بالجمله كل وارث قريب عدا الزوج و الزوجه، و القائل الإسكافى و الشيخ فى النهايه و التقى و القاضى و ابن زهره و الكيدرى (١)، و كثير ممن تأخر عنهم كالفاضل و ولده و الشهيدين و غيرهم (٢)، و نسبه فى الروضه إلى الأكثر (٣).

و هو الأقوى؛ استناداً فى إلحاق الأولاد للصلب بما مرّ من الإجماع المحكى فى كلام الحلى، و أولادهم بظاهر الاتفاق المحكى فى الروضه على إلحاق الأولاد بالأبوين من دون تقييد بكونهم للصلب.

مضافاً إلى المعبره المستفيضه، فى الصحيح: الرجل يموت، و له ابن مملوك، قال: «يشترى، و يعتق، ثم يدفع إليه ما بقى» (٤) و نحوه آخر (٥).

و فى ثالث: عن رجل كانت له أمٌ ولد و هو طويل، و فى آخره -قلت: فولدها من الزوج؟ قال: «إن كان ترك مالاً - اشترى منه بالقيمه،

ص: ٢٦٠

١- حكاه عن الإسكافى فى المختلف: ٧٤١، النهايه: ٦٦٨، التقى فى الكافى فى الفقه: ٣٧٥، القاضى فى المهذب ١: ١٥٥، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٨، و حكاه عن الكيدرى فى المختلف: ٧٤١.

٢- القواعد ٢: ١٦٤، إيضاح الفوائد ٤: ١٨٧، للمعه (الروضه البهيه ٨): ٤١، و التنقيح الرائع ٤: ١٤٦.

٣- الروضه ٨: ٤٢.

٤- الكافى ٧: ٤/١٤٧، الفقيه ٤: ٧٩٢/٢٤٦، التهذيب ٩: ١٢٢١/٣٣٤، الوسائل ٢٦: ٥٠، أبواب موانع الإرث ب ٢٠ ح ٤.

٥- التهذيب ٩: ١٢٠٥/٣٣٥، الإستبصار ٤: ٦٦٧/١٧٧، الوسائل ٢٦: ٥٣، أبواب موانع الإرث ب ٢٠ ح ١٠.

فَأَعْتَقَ، وَوَرِثَ» (١) وَ الْحَدِيثَ مَرُورِي فِي الْفَقِيهِ.

وَ فِي الْمَوْثُوقِ الْمَرُورِي فِيهِ كَذَلِكَ، وَ فِي الْكَافِي وَ التَّهْذِيبِ بَسْنَدٍ فِيهِ جِهَالُهُ: مَاتَ مَوْلَى لَعْلَى (عَلَيْهِ السَّلَامُ)، فَقَالَ: «انظُرُوا هَلْ تَجِدُونَ لَهُ وَارِثًا؟» فَقِيلَ لَهُ: إِنَّ لَهُ ابْنَتَيْنِ بِالْيَمَامَةِ مَمْلُوكَتَيْنِ، فَاشْتَرَاهُمَا مِنْ مَالِ الْمَيْتِ، ثُمَّ دَفَعَ إِلَيْهِمَا بَقِيَّةَ الْمِيرَاثِ (٢).

وَ احْتِمَالُ التَّبَرُّعِ فِيهِ وَ إِنْ كَانَ قَائِمًا، إِلَّا أَنَّهُ بِضَمِيمِهِ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْأَخْبَارِ الظَّاهِرَةِ فِي عَدَمِهِ وَ كَوْنِهِ عَلَى الْوَجُوبِ لَيْسَ مُحْتَمَلًا، فَتَأَمَّلْ. وَ مِنْهُ إِنْ تَمَّ يَنْقَدِحُ وَجْهُهُ لِلِاسْتِدْلَالِ بِهِ عَلَى إِحْقَاقِ مَطْلُوقِ الْوَرِثَةِ؛ لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): «هَلْ تَجِدُونَ لَهُ وَارِثًا؟» مُضَافًا إِلَى دَلَالَتِهِ كَثِيرٍ مِنَ الْمَعْتَبَرَةِ الْمَشَارِإِ إِلَيْهَا بِقَوْلِهِ: وَ بِهِ رَوَايَةٌ ضَعِيفَةٌ عَلَيْهِ، مِنْهَا الْمُرْسَلُ كَالْمَوْثُوقِ بَابِنِ بَكِيرِ الْمَجْمَعِ عَلَى تَصْحِيحِ مَا يَصِحُّ عَنْهُ: «إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ، وَ تَرَكَ أَبَاهُ وَ هُوَ مَمْلُوكٌ، أَوْ أُمَّهُ وَ هِيَ مَمْلُوكَةٌ، أَوْ أَخَاهُ أَوْ أُخْتَهُ، وَ تَرَكَ مَالًا وَ الْمَيْتَ حُرًّا، يَشْتَرِي مِمَّا تَرَكَ أَبُوهُ أَوْ قَرَابَتُهُ وَ وَرِثَ الْبَاقِيَّ مِنَ الْمَالِ» (٣) وَ نَحْوَهُ مَرْسَلٌ آخَرَ (٤) مِثْلُهُ سِنْدًا وَ مَتْنًا.

وَ الْخَبَرُ: عَنْ رَجُلٍ مَاتَ، وَ تَرَكَ مَالًا كَثِيرًا، وَ تَرَكَ أُمَّةً مَمْلُوكَةً، وَ أُخْتًا مَمْلُوكَةً؟ قَالَ: «تَشْتَرِيَانِ مِنْ مَالِ الْمَيْتِ، ثُمَّ تَعْتَقَانِ، وَ تَوَرِثَانِ» قَلْتَ

ص: ٢٤١

١- الْفَقِيهِ ٧٩٥/٢٤٦، الْوَسَائِلُ ٥٤:٢٦ أَبْوَابُ مَوَانِعِ الْإِرْثِ ب ٢٠ ح ١٢.

٢- الْكَافِي ٧:٨/١٤٨، الْفَقِيهِ ٧٩١/٢٤٦، التَّهْذِيبُ ٩:١١٩٧/٣٣٣، الْإِسْتَبْصَارُ ٤:٦٥٩/١٧٥، الْوَسَائِلُ ٥٢:٢٦ أَبْوَابُ مَوَانِعِ الْإِرْثِ ب ٢٠ ح ٨.

٣- التَّهْذِيبُ ٩:١٢٠٣/٣٣٤، الْإِسْتَبْصَارُ ٤:٦٦٥/١٧٦، الْوَسَائِلُ ٥٣:٢٦ أَبْوَابُ مَوَانِعِ الْإِرْثِ ب ٢٠ ح ٩.

٤- الْكَافِي ٧:٣/١٤٧، التَّهْذِيبُ ٩:١٢٠٢/٣٣٤، الْإِسْتَبْصَارُ ٤:٦٦٤/١٧٦، الْوَسَائِلُ ٥٠:٢٦ أَبْوَابُ مَوَانِعِ الْإِرْثِ ب ٢٠ ح ٣.

أ رأيت إن أبى أهل الجارية، كيف يصنع؟ قال: «ليس لهم ذلك، و تقومان قيمه عدل، ثم تعطى مالهم على قدر قيمه»
(١) الحديث.

و ضعف سنده بالجهالة، و متنه كسابقه عن الدلالة بالأخصييه من المدعى بالاختصاص ببعض القرابه، مجبور بعمل أكثر الطائفه، كما هو الظاهر من الفتاوى الظاهره و المحكيه، و قد عرفته من حكاية الروضه المتقدمه التي هي أرجح من حكاية الحلبي الأ-كثريه على خلافه؛ لكونها موهونه بعدم مصير أحد إلى ما ذكره، عدا نادر من الطائفه (٢)، مع كون باقى فتاوى القدماء و المتأخرين على خلافه مطبقة. و بعدم القائل بالفرق بين الأخت مثلاً و غيرها من القرابه بين الطائفه، و به صرح فى الروضه (٣).

و أمّا ما يتوهم من القدرح فى الروايه الأخيره بتضمّنها شراء الأخت مع الأمّ و إيراثها معها، مع أنّه ممّا لا نقول به فمدفوع بأنّ الواو فيها بمعنى أو، كما صرح به جماعه (٤)، و ربما يرشد إليه قول الراوى: فإن أبى أهل الجارية، فتدبر، فإذا لا محيص عن هذا القول و لا مندوحة.

و فى إلحاق الزوج و الزوجه بمطلق القرابه فى الحكم المزبور تردّد ينشأ: من الأصل المتقدم إليه الإشاره.

و من ورود الصحيح بإلحاق الزوجه فالزوج أولى، مع أنّه لا-قائل بالفرق بينهما جدّاً، و فيه: «كان أمير المؤمنين (عليه السّلام) إذا مات الرجل و له امرأه

ص: ٢٤٢

١- الكافى ٧:٦/١٤٧، التهذيب ٩:١١٩٨/٣٣٣، الإستبصار ١٧٥/٤:٦٦٠، الوسائل ٢٦:٥٠ أبواب موانع الإرث ب ٢٠ ح ٥.

٢- راجع ص: ٢٥٦.

٣- الروضه ٨:٤١.

٤- المختلف: ٧٤١، مرآه العقول ٢٣:٢٢٠، الوسائل ٢٦:٥١، الوافى ٢٥:٨٤٥.

مملوكه، اشتراها من ماله، فأعتقها، ثم ورّثها» (١).

و في الدلالة نظر؛ لقيام احتمال التبرّع فيه، فلا يمكن الاستدلال به على الوجوب.

مع أنه معارض بصريح الصحيح الناصّ على عدم شراء الزوج من مال الزوجه، رواه في الفقيه، وفيه: عن مملوك رجل أبق منه، فأتى أرضاً فذكر لهم أنه حرّ من رهط بني فلان، وأنه تزوّج امرأة من أهل تلك الأرض فأولدها، ثم إنّ المرأة ماتت، و تركت في يده مالاّ و ضيعه و ولدها، ثم إنّ سيّده أتى تلك الأرض، فأخذ العبد و جميع ما في يده و أذعن له العبد بالرق؟ فقال: «أما العبد فعنده، و أمّا المال و الضيعه فإنّه لولد المرأة الميتة، و لا يرث عبد حرّاً» قلت: جعلت فداك، فإن لم يكن للمرأة يوم ماتت ولد و لا وارث، لمن يكون المال و الضيعه التي تركتها في يد العبد؟ فقال:

«جميع ما تركت لإمام المسلمين خاصّه» (٢).

و هو كما ترى صريح في خروج الزوج من هذا الحكم، فالزوجه أولى؛ مضافاً إلى عدم القول بالفرق، كما مضى.

و حملة في الوافي على أنّ ذلك لخدعته المرأة بدعواه الحرّيه (٣).

و فيه: أنه لا معارض له صريحاً بل و لا ظاهراً يوجب الخروج عن ظاهره؛ مضافاً إلى عدم دليل على الحمل، مع خلوّ كلام القائلين بوجوب فكّ الزوجين كالنهايه و الكيدري و ابن زهره و الفاضل في الإرشاد و المحقق

ص: ٢٤٣

١- الفقيه ٢٩٨/٨٣، التهذيب ٢٤٧/٨٩٤، الإستبصار ١٧٨/٤٦٧٤، الوسائل ٢٣:٨٩ أبواب العتق ب ٥٣ ح ١.

٢- الفقيه ١٣٧١/٢٨٨، الوسائل ٢٢٤:٢١ أبواب العيوب و التدليس ب ١١ ح ٣.

٣- الوافي ٢٥:٨٥٠.

الثانى و الشهيد الثانى و بعض من تبعه (١) عن التقييد بما ذكره و اشتراطه بعدم الخدعه.

اللهم إنا أن يكون مراده بها عدم وقوع تزويجه بإذن سيده، فيكون باطلاً، فكأن المملوك ليس بزواج لها.

و فيه نظر؛ لعدم إمكان الحكم بالبطلان إلا مع عدم إجازة المولى، و هو فى الروايه غير مشار إليه أصلاً، بل وقع الحكم فيها بإرث الإمام لتركها مع عدم الولد مطلقاً، بل عاماً؛ لترك الاستفصال عن إجازة المولى لعقده و عدمها، فيكون الحكم شاملاً لصوره الإجازة أيضاً.

نعم تخرج الروايه بهذا عن الصراحه جداً، لكنّها ظاهره؛ لما ذكرناه، سيما و إنّ قوله (عليه السلام) معللاً: «و لا يرث عبد حرّاً» ظاهر فى أنّ المانع عن الإرث فى مورد السؤال إنما هو العبوديه خاصه، لا عدم الزوجيه، و هو ظاهر فى ثبوتها، فتأمل. و بالجمله الأقوى عدم وجوب فكهما؛ للأصل، و هذا الصحيح الظاهر (٢) فيه و لو بمعونه ما قدّمناه، مع خلوه عن المعارض الصريح، بل مطلقاً؛ لما مضى من ضعف دلالة الصحيحه بفكّ الزوجه.

نعم ربما يشير إليه قوله (عليه السلام) فى بعض ما تقدّم من الروايات: «هل تجدون له وارثاً» (٣) بناءً على ما قدّمناه من إطلاق الوارث فيه و صدقه على

ص: ٢٤٤

١- النهايه: ٦٦٨، حكاه عن الكيدرى فى المختلف: ٧٤١، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٨، الإرشاد ٢: ١٢٨، حكاه عن المحقق الثانى فى مجمع الفائده و البرهان ١١: ٤٩٢، الشهيد الثانى فى الروضه ٨: ٤٢، و المسالك ٢: ٣١٥، و تبعه الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣: ٣١٣.

٢- فى «ب»: الناص.

٣- راجع ص: ٢٥٧.

نحو الزوجه، إلما أنّ الاكتفاء بنحو هذه الإشاره فى مثل هذه الروايه و إن كانت موثقه فى مقابله الأصول القطعيه المعتضده فى خصوص المسأله بعمل أكثر الطائفه و خصوص الصحیحه الظاهره لا یخلو عن شبهه، بل مشکل غايته، بل لا مسرح عمّا اخترناه و لا مندوحه.

و حیث كان المملوك الذى منع عن إرثه و إیراثه فى العبائر المتقدمه مطلقاً، و یتبادر منه خصوص القنّ، دون غيره ممّن تشبّث بالحرّیه، و احتمال لذلك توهم اختصاص الحكم به دونهم، تبه على العموم بقوله:

و لا- یرث المدبّر، و لا- أمّ الولد، و لا المكاتب المشروط و لا المطلق الذى لم يؤدّ شيئاً، و لا یورثون كالقنّ، بلا خلاف ظاهر، و یشهد له ما ورد من المعتبره المستفیضه فى المكاتب، و قد تقدّم إلى جملة منها الإشاره (١).

و كما لا یرثون على هذه الحاله كذا یفکون لیرثوا؛ لتحقق الوصف إذا كانوا ممّن یجب فكّهم، و قد تقدّمت إليه الإشاره (٢).

و من تحرّر بعضه و بقى بعضه رقاً یرث و یورث ب قدر ما فيه من الحرّیه، و یمنع من كلّ منهما ب قدر ما فيه من الرقیه بلا خلاف فيه بیننا أجده، بل ظاهر جماعه أنّ علیه إجماع الإمامیه (٣)، و أخبرنا به فى المكاتب مستفیضه (٤).

ففى الصوره الأولى: لو كان للمیت ولد نصفه حرّ و أخ حرّ، فالمال

ص: ٢٤٥

١- فى ص: ٢٤٩.

٢- فى ص: ٢٥٢.

٣- منهم الشیخ فى الخلاف ٤: ٢٧، و انظر تلخیص الخلاف ٢: ٢٤٧، و المفاتیح ٣: ٣١٣.

٤- الوسائل ١٦٥، ١٦٢: ٢٣ أبواب المكاتبه ب ٢٠، ١٩، و ج ٢٦: ٤٧ أبواب موانع الإرث ب ١٩.

بينهما نصفان.

و لو كان نصف الأَخ حِزًّا أيضاً فللابن النصف، وللأَخ الربع، والباقي للعم الحِزِّ إن كان، فلو كان نصفه حِزًّا، فله الثمن، والباقي لغيره من المراتب المتأخّره عنه، وهكذا.

و لو لم يكن هناك وارث في جميع الطبقات حتى ضامن الجريره، كان باقي التركة في مقابله الجزء الرقّ بمنزله ما لو لم يخلف وارثاً، فيشترى الجزء الرقّ من التركة المخلفه في مقابلته، وإن قلنا إنّه لا يشتري بعض المملوك؛ لأنّ شراء هذا الجزء يوجب تمام الحِزِّيه، ولا يحصل به ضرر على المالك بالتبعيض، بخلاف شراء البعض وإبقاء الباقي رقّاً.

نعم لو لم يف باقي التركة بهذا الجزء جاء فيه الخلاف السابق.

و في الثانيه: لو كان الميت نصفه حِزًّا فلمولاه نصف تركته، ولوارثه الحِزِّ النصف الباقي، وهكذا، في أصح الوجهين في كيفية الإرث منه بنسبه الحِزِّيه، وفاقاً لشيخنا في المسالك و الروضه (١)، قال: لأنّ مالك الباقي قد استوفى نصيبه بحق الملك، فلا سبيل له على الباقي، وإنّما تظهر فائده الإرث بالنسبه ممّا ترك على تقدير أن يكون قد اكتسب بجميعه مالاً و لم يحصل للمالك منه شيء، فيكون ما كسبه مقسوماً على نسبه الرقيّه و الحِزِّيه.

و الأجود الاستدلال عليه بظاهر الصحيحين، في أحدهما: عن رجل كاتب عبداً له على ألف درهم، و لم يشترط عليه حين كاتبه إن هو عجز عن مكاتبته فهو ردّ في الرقّ، و إنّ المكاتب أدّى إلى مولاه خمسمائه درهم، ثم

ص: ٢٦٦

مات المكاتب، و ترك مالا، و ترك ابناً له مدر كاً؟ قال: «نصف ما ترك المكاتب من شىء فإنه لمولاه الذى كاتبه، و النصف الآخر لابن المكاتب» (١) الخبر.

و فى الثانى: مكاتب توفى و له مال، قال: «يقسم ماله على قدر ما أعتق منه لورثته، و ما لم يعتق يحسب منه لأربابه الذين كاتبوه و هو ماله» (٢).

و الوجه الثانى: أن ما جمعه ببعضه الحر يتقسّم على مالك الباقي و الورثه بقدر ما فيه من الرقّ و الحرّيه، فإذا كان نصفه حرّاً و نصفه رقّاً فنصف ما جمعه بنصفه الحرّ للسيد، و نصفه للورثه؛ لأنّ سبب الإرث الموت، و الموت حلّ بجميع بدنه، و بدنه ينقسم إلى الرقيّه و الحرّيه فينقسم ما خلفه.

و هو ضعيف غايته، سيّما فى مقابله ما قدّمناه من الحججه الظاهره.

المقدّمه الثالثه: فى بيان السهام

إشاره

المقدّمه الثالثه: فى بيان السهام المقدّره، و بيان أهلها.

و هى فى كتاب الله تعالى ستّه: النصف، و الربع، و الثمن، و الثلثان، و الثلث، و السدس و قيل فى التعبير عنها ما هو أخصر ممّا هنا، و هو: النصف، و نصفه، و نصف نصفه، و الثلثان، و نصفهما، و نصف نصفهما (٣). و أخصر منهما

ص: ٢٤٧

- ١- الكافى ٣/١٨٦، التهذيب ٩:١٢٥٩/٣٥٠، الإستبصار ٤:١٢٣/٣٧، الوسائل ٤:٥٩/٢٦ أبواب موانع الإرث ب ٢٣ ح ٥.
- ٢- الكافى ٧:٤/١٥١، الفقيه ٤:٨٠١/٢٤٨، التهذيب ٩:١٢٥٤/٣٤٩، الوسائل ٤:٤٨/٢٦ أبواب موانع الإرث ب ١٩ ح ٢؛ بتفاوت.
- ٣- قاله الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٤:١٤٩.

التعبير عنها بالربع، و الثلث، و ضعف كل، و نصفه.

و أما أهل هذه السهام فخمسه عشر:

فالنصف لأربعة للزوج مع عدم الولد للزوجه و إن نزل سواء كان منه أم من غيره، قال سبحانه وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وُلْدٌ [١] (١) و ولد الولد كالولد هنا، إجماعاً، كما حكاها جماعه (٢).

و للبنات الواحد، قال سبحانه وَ إِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ [٢] (٣). و ل الأخت للأب و الأم، أو الأخت للأب خاصه مع عدمها و عدم الذكران فى الموضوعين، قال الله تعالى إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ [٣] (٤). و احترز بالقيود عن الأخت للأم خاصه، فإن لها السدس؛ لآيه الأخرى الواردة فى الكلاله (٥)، مضافاً إلى الروايه (٦)، و الإجماع الظاهر من فتاوى الجماعه.

و الربع لاثنتين للزوج مع الولد للزوجه و إن كان من غيره،

ص: ٢٤٨

١- النساء: ١٢.

٢- منهم ابن إدريس فى السرائر ٣:٢٣٠، و الشهيد الثانى فى المسالك ٢:٣١٨، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢:٢٨٨.

٣- النساء: ١١.

٤- النساء: ١٧٦.

٥- النساء: ١٢.

٦- الكافى ٧:٣/١٠١، الفقيه ٤:٦٧٦/٢٠٢، التهذيب ٩:١٠٤٥/٢٩٠، الوسائل ٢٦:١٥٤ أبواب ميراث الاخوه و الأجداد ب ٣ ح ٢.

و نزل لما مرّ، قال سبحانه فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْنَ [١] (١). و للزوجه مع عدمه أى الولد للزوج مطلقاً، و لو كان من غيرها، و نزل، كما سبق، قال تعالى وَ لَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ [٢] (٢). و الثمن لقبيل واحد للزوجه مع الولد لزوجها و إن كان من غيرها، و نزل كما مضى، قال سبحانه فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ [٣] (٣). و لا فرق فى الزوجه فى المقامين بين الواحد و المتعدده، حتى لو كنّ أربعاً اقتسمن الفرض من الربع أو الثمن على عددهنّ أربعاً، و لو كنّ ثمانيه اقتسمنه أثماناً، و هكذا.

و يتصوّر ذلك فى المريض إذا طلق أربعاً فى مرضه طلاقاً بائناً، و تزوّج بأربع غيرهنّ من قبل خروجهنّ من عدتهنّ، و دخل بمن تزوّجهنّ أخيراً، ثم مات قبل برئه من مرضه الذى طلق الأربع فيه قبل سنه من طلاقه لهنّ و قبل تزويجهنّ، فإنّ الثمان نسوه يرثه الثمن مع الولد، و الربع مع عدمه، بالسويه، و تبه على ذلك الحلى فى السرائر نافياً للخلاف فيه بين الأصحاب (٤).

و الثلثان لثلاثه للبتين فصاعداً قال عزّ من قائل فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ [٤] (٥).

ص: ٢٦٩

١- النساء: ١٢.

٢- النساء: ١٢.

٣- النساء: ١٢.

٤- السرائر ٣: ٢٣٠.

٥- النساء: ١١.

و هو و إن جعل فيه النصيب للزائد عن الأثنتين، إلما أنّهما الحقتا به إجماعاً، كما في كلام جماعه (١)، و يعضده ثبوته في الأختين، ففي البنيتين أولى. و ذكر لذلك وجوه أخر، لا فائده مهمه لنقلها هنا بعد ثبوته بما ذكرناه.

و للأختين فصاعداً إذا كنّ للأب و الأم، أو الأختين للأب خاصه، مع عدمهما و عدم الذكران في الموضعين، قال تعالى فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا التُّلْتَانِ مِمَّا تَرَكَ [١] (٢). و الثلث لقبيلتين للأب مع عدم من يحجبها من الولد للميت و إن نزل، أو الإخوه قال سبحانه فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَ وَّرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ التُّلْتُ [٢] (٣). و للثنتين فصاعداً من ولد الأم خاصه، ذكوراً كانوا أم إناثاً أم بالتفريق، قال سبحانه فَإِنْ كَانُوا [٣] أى أولاد الأم أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي التُّلْتِ [٤] (٤). و السدس لثلاثه لكل واحد من الأبوين مع الولد للميت و إن نزل قال تعالى وَ لِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ [٥] (٥).

ص: ٢٧٠

-
- ١- منهم السيورى فى كنز العرفان ٢:٣٢٨، و الشهيد الثانى فى المسالك ٢:٣١٩، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢:٢٨٨.
 - ٢- النساء: ١٧٦.
 - ٣- النساء: ١١.
 - ٤- النساء: ١٢.
 - ٥- النساء: ١١.

و لِلأَمِّ مَع مَنْ يَحْجِبُهَا عَنِ الزَّائِدِ عَنِ السُّدُسِ، مِنَ الْوَالِدِ أَوْ الْإِخْوَةِ، قَالَ تَعَالَى فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ [١] (١). و لِلوَاحِدِ مِنْ كَلَامِهِ الْأُمُّ أَى وَلِدَهَا ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى قَالَ عَزَّ مِنْ قَائِلٍ وَ لَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ [٢] (٢). قِيلَ (٣): سَمِيَ الْإِخْوَةُ كَلَامَهُ مِنَ الْكُلِّ وَ هُوَ الثَّقَلُ؛ لِكَوْنِهَا ثَقَلًا عَلَى الرَّجُلِ؛ لِقِيَامِهِ بِمَصَالِحِهِمْ مَعَ عَدَمِ التَّوَلَّدِ الَّذِي يُوجِبُ مَزِيدَ الْإِقْبَالِ وَ الْخَفَةَ عَلَى النَّفْسِ، أَوْ مِنَ الْإِكْلِيلِ، وَ هُوَ مَا يُزَيَّنُ بِالْجَوْهَرِ شَبَهَ الْعَصَابَةِ؛ لِإِحَاطَتِهِمْ بِالرَّجْلِ كِإِحَاطَتِهِ بِالرَّأْسِ.

هذا حكم السهام المقدره منفرده.

و أمَّا مَنْصَمُهُ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ فَبَعْضُهَا يُمْكِنُ، وَ بَعْضُهَا يُمْتَنَعُ، وَ صُورُ اجْتِمَاعِهَا الثَّنَائِي مُمْكِنًا وَ مُمْتَنَعًا إِحْدَى وَ عَشْرُونَ، حَاصِلُهُ مِنْ ضَرْبِ السَّهَامِ السَّتَّةِ فِي مِثْلِهَا، ثُمَّ حُذِفَ الْمَكْرُورُ مِنْهَا، وَ هُوَ خَمْسَةٌ عَشْرًا، مِنْهَا ثَمَانٌ مُمْتَنَعَةٌ، وَ هِيَ:

وَاحِدَةٌ مِنْ صُورِ اجْتِمَاعِ النِّصْفِ مَعَ غَيْرِهِ، وَ هِيَ: اجْتِمَاعُهُ مَعَ الثَّلَاثِينَ؛ لِاسْتِزَامَةِ الْعَوْلِ (٤)، وَ إِلَّا فَأَصْلُهُ وَاقِعٌ، كَزَوْجٍ وَ أُخْتَيْنِ فَصَاعِدًا لِأَبٍ، لَكِنْ يَدْخُلُ النِّقْصُ عَلَيْهِمَا، فَلَمْ يَتَحَقَّقْ الْاجْتِمَاعُ مَطْلَقًا.

وَ اثْنَتَانِ مِنْ صُورِ اجْتِمَاعِ الرَّبْعِ مَعَ غَيْرِهِ، وَ هُمَا: اجْتِمَاعُهُ مَعَ مِثْلِهِ؛

ص: ٢٧١

١- النساء: ١١.

٢- النساء: ١٢.

٣- قاله الشهيد الثاني في الروضة البهية ٦٩: ٨.

٤- العول: ارتفاع السهام و زيادتها على التركة و قصور التركة عن سهام ذوى الفروض، و هو ضد التعصيب الذى هو توريث العصبه ما فضل عن ذوى السهام. النهاية لابن الأثير ٣: ٣٢١، مجمع البحرين ٤: ٤٣١.

لأنه سهم الزوج مع الولد و سهم الزوجه مع عدمه، فلا يجتمعان. و اجتماعه مع الثمن؛ لأنه نصيبها مع الولد و الربع نصيبها مع عدمه، أو نصيب الزوج معه.

و اثنتان من صور اجتماع الثمن مع غيره، و هما: اجتماعه مع مثله؛ لأنه نصيب الزوجه و إن تعددت خاصه، فلا يتعدّد. و اجتماعه مع الثلث؛ لأنه نصيب الزوجه مع الولد، و الثلث نصيب الأمّ لا معه، أو الاثني من أولادها لا معهما (١).

و واحده من صور الثلثين، و هي: اجتماعهما مع مثلهما؛ لعدم اجتماع مستحقهما متعدداً في مرتبه واحده؛ مضافاً إلى بطلان العول (٢).

و اثنتان من صور اجتماع الثلث، و هما: اجتماعه مع مثله، و إن فرض في البنّتين و الأختين، حيث إنّ لكلّ واحده ثلثاً، إلّا أنّ السهم هنا هو جملة الثلثين، لا بعضهما. و اجتماعه مع السدس؛ لأنه نصيب الأمّ مع عدم الحاجب، و السدس نصيبها معه أو مع الولد، فلا يجامعه.

و يبقى من الصور ثلاث عشره، فرضها واقع صحيح، قد أشار الماتن إلى عشره منها بقوله: و النصف يجتمع مع مثله كزوج و أخت لأب و أمّ، أو لأب خاصه مع عدم ذكر. و مع الربع كزوجه و أخت كذلك، و كزوج و بنت واحده.

و مع الثمن كزوجه و بنت، و قد تقدّم أنّه لا يجتمع مع الثلثين.

ص: ٢٧٢

١- أي: من أولاد الأمّ لا مع الولد و الأمّ.

٢- لأنّ مع وجود الطبقة الأولى و هي البنات لا ترث الطبقة الثانيه و هي الأخوات، مضافاً إلى زياده السهام على التركة بثلاث.

و مع الثلث كزوج و أم مع عدم الحاجب، و كلاله الأم المتعدده مع أخت لأب و أم، أو أب خاصه مع عدم ذكر.

و مع السدس كزوج و واحد من كلاله الأم، و كبت مع أحد الأبوين، و كأخت لأب و أم، أو لأب خاصه مع واحد من كلاله الأم.

و قد عرفت أنه لا يجتمع الربع مع مثله، و لا مع الثمن و يجتمع الربع مع الثلثين كزوج و ابنتين، و كزوجه و أختين لأب و أم، أو أب خاصه.

و مع الثلث كزوجه و أم مع عدم الحاجب، و زوجه مع متعدد من كلاله الأم.

و مع السدس كزوجه و واحده من كلاله الأم، و كزوج و أحد الأبوين مع ابن، أو بنت، بناءً على أن زياده سدسى الأبوين معها بالردّ لا- بالفرض، و إنما هو السدس خاصه، فلا فرق بين الابن و البنت فى ذلك، و إن افرقا بحصول الردّ إلى أحد الأبوين معها دونه، إلا أنه ليس من جهه الفرض الذى هو محلّ الفرض.

و يجتمع الثمن مع الثلثين كزوجه و ابنتين.

و مع السدس كزوجه و أحد الأبوين مع ابن، أو بنت.

و يجتمع الثلثان مع الثلث، كإخوه لأُم مع أختين فصاعداً لأب، و لا يجتمعان مع مثلهما؛ لما مضى.

و يجتمعان مع السدس، كبنتين و أحد الأبوين، و كأختين لأب مع واحد من كلاله الأم.

و يجتمع السدس مع السدس، كأبوين مع الولد مطلقاً، و لو بنتاً، إن فرضنا اجتماع السدسين فى الجملة و إن اجتمع معهما فرض آخر غيرهما،

و إلاً فليخصّ الولد بالابن؛ لكون البنت فرضها النصف، فيجتمع ثلاثة فروض، وهو خلاف المفروض.

وقد عرفت أنه لا يجتمع الثمن مع مثله، ولا مع الثلث، ولا الثلث مع مثله، ولا مع السدس تسميه (1) احترز بهذا القيد عن اجتماع مقيده، وهو الثلث مع السدس قرابه، كزوج و أبوين، فإنّ للزوج النصف، وللأمّ مع عدم الحاجب الثلث، وللأب السدس، ومع الحاجب بالعكس، وعلى التقديرين فسهم الأب هنا بالقرابه لا بالفرض.

ولو لوحظ هذا المعنى لأمكن اجتماع كل ما امتنع سابقاً بغير العول، فيجتمع الربع مع مثله كما في بنتين و ابن، و مع الثمن، كما في زوجه و بنت و ثلاث بنين، وهكذا، لأنه خارج عن الفرض.

واعلم أنّ الوارث إذا كان واحداً من أيّ الطبقات كان ورث المال كلّ، بعضه بالفرض، و الباقي بالقرابه إن كان من ذوى الفروض، و إلاً فجميعه بالقرابه.

و إن كان أكثر من واحد و لم يحجب بعضهم بعضاً، فإنّما أن يكون ميراث الجميع بالقرابه، أو بالفرض، أو بعض بهذا و بعض بهذا.

فعلى الأوّل: يقسم على ما يأتي من التفصيل في ميراثهم.

و على الثالث: يقدم صاحب الفرض فيعطى فرضه، و الباقي للباقيين.

و على الثاني: فإنّما أن تنطبق السهام على الفريضة، أو تنقص عنها، أو تزيد عليها.

فعلى الأوّل لا إشكال.

ص: ٢٧٤

و على الثالث: فالزائد عندنا للأنساب، يردّ عليهم زياده على سهامهم؛ إذ الأقرب يحرم الأبعد.

و على الثانى: يدخل النقص عندنا على البنت و البنات، و الأخت و الأخوات للأبوين، أو للأب خاصه.

و ضابطه عندنا: أنّ النقص إنّما يدخل على من له فرض واحد فى الكتاب المجيد؛ لأنّ له الزيادة متى نقصت السهام، فيكون عليه النقيصه متى زادت، دون من له فرضان، فإنّه متى نزل عن الفرض الأعلى كان له الفرض الأدنى.

خلافاً للعامه فى المقامين، حيث حكموا فى الأول بالتعصيب، أى إعطاء الزائد للعصيه به، و هم من يتقرّب بالأب من الإخوه و الأعمام، و فى الثانى بالعول، فجعلوا النقص موزعاً على أرباب السهام.

و حيث إنّ هاتين المسألتين من أمّهات المسائل، و المعركه العظمى بين الإماميه و من خالفهم، و عليهما يبنى معظم الفرائض، نبه الماتن عليهما بقوله:

مسألان:

الأولى: التعصيب باطل

مسألان:

الأولى: التعصيب باطل عندنا بضروره مذهبنا، و المعتبره المستفيضه بل المتواتره عن أئمتنا (عليهم السّلام) (1)، و آيه و أولوا الأرحام [1] (2) فإنّها نص فى ذلك.

و فى الصحيح: إنّ أبا جعفر (عليه السّلام) أقرأنى صحيفه الفرائض التى هى

ص: ٢٧٥

١- الوسائل ٨٥: ٢٦ أبواب موجبات الإرث ب ٨.

٢- الأنفال: ٨٥، الأحزاب: ٦.

إملاء رسول الله (صلى الله عليه وآله) وخط على (عليه السلام) بيده، فوجدت فيها: «رجل ترك ابنته وأمه، لابنته النصف، وللأم السدس، يقسم المال على أربعة أسهم، فما أصاب ثلاثة أسهم فهو لابنه، وما أصاب سهماً فهو للأم» ووجدت فيها:

«رجل ترك ابنته وأبويه، لابنه النصف ثلاثة أسهم، وللأبوين لكل واحد منهما السدس، يقسم المال على خمسة أسهم، فما أصاب ثلاثة فهو لابنه، وما أصاب سهمين فللأبوين» قال: وقرأت فيها: «رجل ترك ابنته وأباه، لابنه النصف، وللأب سهم، يقسم المال على أربعة أسهم، فما أصاب ثلاثة فللابنه، وما أصاب سهماً فللأب» (1) الحديث.

و في الخبر، و قد سئل: المال لمن هو؟ للأقرب؟ أو للعصبة؟ فقال (عليه السلام): «المال للأقرب، والعصبة في فيه التراب» (2) إلى غير ذلك من الأخبار التي لا يسعها المصمارة.

و من هنا يصح ما سيأتي من أن فاضل التركة يرد على ذى السهام، عدا الزوج، والزوجه، والأم مع وجود من يحجبها، على تفصيل يأتي ذكره إن شاء الله تعالى.

الثانية: لا عول في الفرائض

الثانية: لا عول في الفرائض بضروره مذهبنا، و المعتمده المستفيضه التي كادت تبلغ التواتر عن أئمتنا (عليهم السلام) (3)، و إنكارهم الشديد في ذلك، و احتجاجاتهم.

و قد أطنب الأصحاب في الاستدلال على ذلك، و الرد على مخالفهم

ص: ٢٧٦

١- الكافي ٧: ١/٩٣، الفقيه ٤: ٦٦٨/١٩٢، التهذيب ٩: ٩٨٢/٢٧٠، الوسائل ٢٦: ١٢٨ أبواب ميراث الأبوين والأولاد ب ١٧ ح ١.

٢- الكافي ٧: ١/٧٥، التهذيب ٩: ٩٧٢/٢٦٧، الوسائل ٢٦: ٦٤ أبواب موجبات الإرث ب ١ ح ٣.

٣- الوسائل ٢٦: ٧٢ أبواب موجبات الإرث ب ٦.

بما لا- يسع المقام لذكره، و من جملته ما أشار إليه الماتن بقوله: لاستحاله أن يفرض سبحانه في مال ما لا يفي به، كمنصفين و ثلث، أو ثلثين و نصف، و نحو ذلك، و إلا لكان جاهلاً أو عابثاً، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً.

و العمده هو الإجماع، و النص، ففي الصحيح: في زوج و أبوين و ابنه: «فللزوج الربع، ثلاثة من اثني عشر، و للأبوين السدسان، أربعة من اثني عشر، و بقي خمسة أسهم، فهي للابنه؛ لأنها لو كانت ذكراً لم يكن لها غير ذلك، و إن كانتا اثنتين فليس لهما غير ما بقي، خمسة» (١) الحديث.

و في المستفيضه: «إنّ الذي أحصى رمل عالج يعلم أنّ السهام لا تعول على ستّه» (٢).

بل يدخل النقص على البنت أو البنين كما عرفته في أمثله الصحيح، أو على الأخت للأبوين أو الأب، أو الأختين كذلك أو على الأب، أو من يتقرّب به، و سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى و فرض دخول النقص على الأب غير موجود إلا هنا و في الشرائع و جملة من كتب الفاضل و اللمعه (٣).

و هو غير جيّد، يظهر وجهه ممّا قدّمناه في ضابطه من يدخل عليه النقص، فإنّ الأب مع الولد لا ينقص عن السدس، و مع عدمه ليس من ذوى الفروض، و مسأله العول مختصّه بهم.

ص: ٢٧٧

١- الكافي ٧: ١/٩٦، التهذيب ٩: ١٠٤١/٢٨٨، الوسائل ٢٦: ١٣١ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٨ ح ١.

٢- الوسائل ٢٦: ٧٢ أبواب موجبات الإرث ب ٦.

٣- الشرائع ٤: ٢١، الإرشاد ٢: ١٣١، التحرير ٢: ١٦٣، اللمعه (الروضه البهيه ٨): ٨٧.

و منه يظهر فساد ما قيل فى مثاله، و هو: زوج و أبوان، الفريضة ستته، للزوج النصف ثلاثة، و للأمّ الثلث، و الباقى و هو الواحد للأب، فيدخل النقص عليه؛ لأنّ المناسب أن يكون له اثنان من الستّه كما للأمّ.

و ذلك لأنّ ثبوت الاثنتين له ليس بالفريضة، بل بالمناسبه و القرابه، و قد عرفت أنّه لا عول إلّا فيمن يرث بالفرض، لا بالقرابه.

و إنّما خصّ هؤلاء بالنقص؛ لأنّ لكلّ من سواهم فريضتين فى حالتين، عليا و دنيا، بخلافهم؛ لأنّه لا دنيا لهم بالفرض، فأخروا لذلك.

و اعلم أنّ العول لا يكون إلّا بدخول الزوج أو الزوجه، و المراد به زياده فى السهام عليها على وجه يحصل النقص على الجميع بالنسبه، سمى عولاً إمّا من الميل، و منه قوله تعالى ذلك أذنى ألا تعولوا [١] (١) و سميت الفريضة عائله على أهلها لميلها بالجور عليهم بنقصان سهامهم.

أو من عال الرجل إذا كثر عياله؛ لكثرة السهام فيها.

أو من عال إذا غلب؛ لغلبه أهل السهام بعضهم على بعض بالنقص (٢).

أو من عالت الناقه ذنبها إذا رفعت؛ لارتفاع الفرائض على أهلها (٣) بزياده السهام، كما إذا كانت الفريضة ستّه فعالت إلى سبعة، فى مثل زوج و أختين لأب، فإنّ له النصف، ثلاثه من ستّه، و لهما الثلثان أربعة، فزادت الفريضة واحداً، أو إلى ثمانية، كما إذا كان معهم أخت لأمّ، أو إلى تسعه، بأن كان معهم أخت أخرى لأمّ، أو إلى عشره إذا كان معهم أمّ محجوبه، و هكذا.

ص: ٢٧٨

١- النساء: ٣.

٢- ليس فى «ب».

٣- فى «ب»: أصلها.

و أمّا المقاصد فتلاثة:

الأول: في بيان ميراث الأنساب

الأولى: الآباء والأولاد

إشاره

و أمّا المقاصد فتلاثة:

الأول: في بيان ميراث الأنساب، وقد عرفت أنّ مراتبهم ثلاث:

الأولى: الآباء من غير ارتفاع والأولاد وإن نزلوا، بشرط الأقرب فالأقرب فالأب يرث المال كلّ إذا انفرد عن قريب للميت في مرتبه وكذلك الأمّ ترثه إذا انفردت عنه، لكنّها ترث الثلث بالفرض والباقي بالردّ بخلاف الأب، فيرثه أجمع بالقرايه؛ لما مرّ من أنّه مع عدم الولد لا فرض له.

و لو اجتمعا أي الأبوان خاصّه، منفردين عمّن هو في مرتبتهما فللأمّ الثلث بالفرض مع عدم الحاجب وللأب الباقي بالقرايه.

و لو كان له أي للميت إخوه يحجبونها عن الثلث كان لها السدس بالفرض أيضاً، والباقي كله للأب بالقرايه.

و لو اجتمعا و شاركهما زوج أو زوجته، فلزوج النصف، وللزوجه الربع، وللأمّ ثلث الأصل لا ثلث الباقي عن نصيبهما إذا لم يكن لها حاجب عنه، من الإخوه والباقي عن نصيبهم للأب بالقرايه، بخلافهم، فإنّما يحوزونه بالفرض.

و لو كان للأمّ (1) حاجب كان لها السدس من الأصل كالثلث، والباقي عن نصيبهم للأب كالسابق.

و لو انفرد الابن عمّن يشاركه في مرتبه فالمال كلّ له بالقرايه.

ص: ٢٧٩

١- في المختصر المطبوع (٢٦٧): لها.

و لو كانوا أكثر من واحد اشتركوا فيه بالسويّه بلا- خلاف؛ لعدم إمكان الترجيح من غير مرجّح، وكذلك البنت أو البنات لو انفردن، كان المال كلّ لهنّ بالسويه، لكن يرثن بعضه و هو النصف، أو الثلثان بالفرض، و الباقي بالقرايه.

و لو كانوا ذكراً و إناثاً، فللذكر سهمان، و للأُنثى سهم بالكتاب و النص و الإجماع.

و لو اجتمع معهم (١) أى مع الأولاد الأبوان خاصّه فلهما السدسان بالسويّه فرضاً و الباقي عن نصيهما و هو الثلثان للأولاد مطلقاً ذكراً كانوا، (أو إناثاً) (٢)، أو ذكراً و إناثاً يرثونه بالقرايه خاصّه.

و لو كانت بنتاً فى المثال فلها النصف بالتسميه و للأبوين السدسان بها، من أصل التركة و الباقي و هو السدس يردّ على الأبوين و البنت أخماساً على نسبه الفريضة، إجماعاً؛ لأنّ ذلك هو قضيه الردّ على السهام؛ و للصحيح المتقدّم فى إبطال العصبه (٣)، فيكون جميع التركة بينهم أخماساً، للبنت ثلاثه أخماس، و لكل منهما خمس، و الفريضة حينئذٍ من ثلاثين؛ لأنّ أصلها ستّه مخرج السدس و النصف، ثم يرتقى بالضرب فى مخرج الكسر إلى ذلك (٤).

ص: ٢٨٠

١- فى المختصر المطبوع (٢٦٧): معهما.

٢- ما بين القوسين ليس فى «ر» و «ب».

٣- راجع ص: ٢٧٢.

٤- لأنّ مخرج السدس و النصف ٦، و مخرج الكسر ٥، و الحاصل من ضرب الأوّل فى الثانى ٣٠، للبنت ١٥، و لكل واحد من الأبوين ٥، و المجموع ٢٥، يبقى ٥ و هو يردّ عليهم بنسبه سهامهم، فللبنت ٣، و لكلّ من الأبوين ١، فمجموع حصّه البنت فرضاً و ردّاً: ١٥ + ٣ = ١٨ و مجموع حصّه كل من الأبوين كذلك: ٥ + ١ = ٦.

هذا إذا لم يكن للأُم حاجب عن الزيادة عن الثلث.

و لو كان من يحجب الأُم من الإخوة ردّ على الأب و البنت خاصّه أربعاً و الفريضة حينئذٍ من أربعة و عشرين (1)، للأُم سدسها أربعة، و للبنت اثني عشر بالأصل و ثلاثه بالردّ، و للأب أربعة بالأصل و واحد بالردّ.

و لا- خلاف في أصل الردّ هنا و سابقاً، و كونه فيه أخصاً، كما لا خلاف في اختصاصه هنا بمن عدا الأُم، بل على جميع ذلك الإجماع في عبار جماعه (2)، و هو الحجج المؤيّد به بما مرّ من الأدلّه.

مضافاً في الأخير إلى فحوى الأدلّه الدالّه على حجب كلاله الأب للأُم عن الثلث، فإنّ حرمانها بهم من أصل الفريضة العليا يستلزم حرمانها بهم من الردّ بوجه القرابه بطريق أولى، سيّما مع تضمّن كثير من النصوص الدالّه على حرمانها بهم من فريضة العليا التعليل له بحكمه التوفير على الأب، الموجوده هنا أيضاً.

و لعلّه إلى هذا نظر المقدّس الأردبيلي - (رحمه الله) في استدلاله لحجبها من الردّ بالكلاله بالآيه الدالّه على حجبها بهم عن الفريضة الكامله (3)، فتردّد صاحب الكفايه (4) فيه لا وجه له، بل ضعيف غايته؛ لما عرفته.

ص: ٢٨١

- ١- لأنّ مخرج الكسر هنا ٤، و الحاصل من ضرب ٦ فيه ٢٤، للبنت ١٢، و لكلّ من الأبوين ٤، و المجموع ٢٠، يبقى ٤ و هو يرّد على الأب و البنت على حسب سهامهما، فللبنت ٣، و للأب ١، فمجموع حصّه البنت: ٣ + ١٢ = ١٥، و مجموع حصه الأب: ١ + ٤ = ٥.
- ٢- منهم الشهيد الثاني في المسالك ٣٢٤: ٢، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢٩٠: ٢، آيات الأحكام للفاضل الجواد ١٦٩: ٤ و ١٧١.

٣- مجمع الفائده و البرهان ٣٥٣: ١١.

٤- الكفايه: ٢٩٥.

و به یذب عمداً اعتراضه به أيضاً من منافاه الحرمان هنا لعموم الصحیحه السابقه فی إبطال العَصِيْبَه؛ لارتفاع المنافاه بتخصیص عمومها بما إذا لم یکن ثَمَّ کلاله حاجبه.

و بالجمله لا شبهه فی المسأله، كما لا شبهه عند الأكثر فی كون الردّ أرباعاً؛ لما مضى قریباً من أنّ ذلك قضیه الردّ علی نسبه السهام، مع كونه الآن مشهوراً بین أصحابنا، بحيث لا یکاد یتحقق فیه مخالف منهم، و لم ینقل إلّا عن معین الدین المصری (۱)، حیث ذهب إلى قسمه الردّ أحماساً هنا أيضاً، للأب منها سهران، سهم الأمّ و سهمه؛ لأنّ الإخوه یحجبون الأمّ عن الزائد لمكان الأب، فیكون الزائد له (۲).

و لعلّه نظر إلى مفهوم ما تقدّم من التعلیل الوارد فی الأخبار لحجب الأمّ عن الثلث.

و هو غیر بعيد؛ لاعتبار أسانیدها بالصحه فی بعض، و القرب منها فی آخر، مع حجیه مفهوم التعلیل، و أنّه یتعدى به حیثما كانت العله موجوده، إلّا أنّ إطباق الفتاوى و اتفاقها علی كون الردّ أرباعاً بحيث کاد أن یعدّ إجماعاً أوجب وهنه.

مع إمكان أن یقال: إنّ التعلیل إنّما هو لحجب الأمّ عن الزائد عن

ص: ۲۸۲

۱- هو الشیخ الجلیل معین الدین أبو الحسن سالم بن بدران بن علی بن سالم المازنی المصری، من مشاهیر علماء الإمامیه و أجلاء فقهاءهم، أخذ الفقه عن محمّد بن إدريس الحلی، و روى عن السید أبی المکارم ابن زهره، و أخذ عنه الخواجه نصیر الدین الطوسی، من مؤلفاته: التحریر، الأنوار المضيئه، رساله النیات، الاعتکافیه. لم نظفر بتاریخ وفاته، إلّا أنّه کان حیاً سنه ۶۲۹ و مات قبل ۶۷۲. أمل الآمل ۲: ۹۹۹/۳۲۴، ریاض العلماء ۲: ۴۰۸، أعیان الشیعه ۷: ۱۷۲، طبقات أعلام الشیعه ۳: ۷۱، الکنی و الألقاب ۳: ۱۶۳، معجم المؤلفین ۴: ۲۰۲.

۲- حکاه عنه فی المختلف: ۷۵۳.

السدس، لا إعطائه بجميعة للأب، فمقتضى التعدى به حينئذٍ إثبات أصل الحجب عنه، و نحن نقول به، كما قدّمناه، لا إعطاؤه كلّه للأب، و إن اتفق ذلك في أكثر الصور، فإنّه ليس كالتعليل يتعدى به من غير دليل.

و التوفير على الأب، المعلّل به الحجب لا يجب أن يكون بتمام الزائد؛ لصدقه بالتوفير البعض، لكنّه خلاف الظاهر المتبادر منه؛ لسبق التوفير بالجميع إلى الذهن، و لعلّه لذا احتمل هذا القول في الدروس (1) و لكن رجع عنه (2).

و لو كان مع الأبوين بنتان فصاعداً، فللأبوين السدسان بينهما نصفان و للبنتين أو البنات الثلثان بالسويه و لا ردّ في المقام؛ لأنّ الفريضة حينئذٍ بقدر السهام.

و لو كان معهما أى مع البنتين أو معهنّ أى البنات أحد الأبوين خاصّه كان له السدس مطلقاً أباً كان أو أمّاً و لهما أو لهنّ الثلثان، و السدس الباقي عن سهامهم يرّد عليهم جميعاً أخماساً على نسبة السهام (3)، على الأشهر الأقوى، بل لعلّه عليه الآن كافّه أصحابنا؛ لما مضى قريباً.

خلافاً للمحكى عن الإسكافي (4)، فخص الردّ بالبنتين؛ لدخول

ص: ٢٨٣

١- الدروس ٢:٣٥٧.

٢- اللّمعه (الروضه البهيّه ٨): ٩٧.

٣- بيان ذلك: أنّ الفريضة هنا من ٣٠ كمثال البنت و الأبوين، لأنّ مخرج السهام ٦ و مخرج الكسر ٥، و الحاصل من ضرب الأوّل في الثانى ٣٠، فللبنت ٢٠، و لأحد الأبوين ٥، و الفاضل و هو ٥ يرّد عليهم على حسب سهامهم، فللبنت ٤، و لأحد الأبوين ١، فمجموع حصه البنات فرضاً و ردّاً: ٤ + ٢٠ = ٢٤، و مجموع حصه أحد الأبوين كذلك: ١ + ٥ = ٦.

٤- حكاه عنه في المختلف: ٧٥٠.

النقص عليهما، فيكون الفاضل لهما، و للموثق: في رجل مات و ترك ابنتيه و أباً، قال: «للأب السدس، و للابنتين الباقي» (١).

و يضعف الأول: بأنه مجرد اعتبار لا دليل عليه، و على تقديره فإنما يجب جبر النقص بذلك إذا لم يكن جبر بشيء آخر غيره، و الحال أنه قد جبره الشارع به حيث جعل لهنّ فريضه علياً خاصه لا دنياً، فيكون النقص كالفريضه الدنيا لهنّ، فيساوين الأبوين من جميع الوجوه، فلا يصلح حجّه.

مع انتقاضه بالمعتبره المستفيضه، الوارده في اجتماع أحد الأبوين مع البنت الواحده؛ لتصريحها برّد الفاضل عليهما بنسبه الفريضه، منها الصحيح: أقرأني أبو جعفر (عليه السلام) صحيفه كتاب الفرائض إلى أن قال - فوجدت فيها: «رجل ترك ابنته و أمّه: للابنه النصف، ثلاثه أسهم، و للأُم السدس، يقسم المال على أربعة أسهم، فما أصاب ثلاثه أسهم فللابنه، و ما أصاب سهماً فللأمّ» قال: و قرأت فيها: «رجل ترك ابنته و أباه، للابنه النصف ثلاثه أسهم، و للأب السدس، يقسم المال على أربعة أسهم، فما أصاب ثلاثه أسهم فللابنه، و ما أصاب سهماً فللأب» (٢).

و الخبر: في رجل ترك ابنته و أمّه: «أنّ الفريضه من أربعة؛ لأنّ للبنت النصف ثلاثه أسهم، و للأُم السدس سهم، و ما بقى سهمان فهما أحقّ بهما.. بقدر سهامهما» (٣).

ص: ٢٨٤

- ١- التهذيب ٢٧٤/٩٩٠، الوسائل ١٣٠:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٧ ح ٧.
- ٢- الكافي ١/٩٣، الفقيه ١٩٢/٤٦٦٨، التهذيب ٢٧٠/٩٨٢، الوسائل ١٢٨:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٧ ح ١.
- ٣- التهذيب ٢٧٣/٩٨٨، الوسائل ١٣٠:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٧ ح ٦.

و هذه العلة موجودة في المسألة، فيتعدى بها الحكم إليها، و يعارض بها الموثقه، و يرحح عليها؛ لما هي عليه من المرجوحيه بالشذوذ و الندره، و في الدروس أنها متروكه (١)، و فيه إيماء إلى انعقاد الإجماع على خلافها، بل ربما كان فيه عليه دلاله، و بالإجماع صرح في التحرير، و في بعض المعتمره: «أصل الفريضة من سته أسهم، لا تزيد و لا تعول عليها، ثم المال بعد ذلك لأهل السهام الذين ذكروا في الكتاب» (٢) فتدبر.

و لو كان مع البنت أو البنيتين فصاعداً و الأبوين زوج أو زوجة، كان للزوج الربع مطلقاً و للزوجه الثمن كذلك و للأبوين السدسان إن كانا معاً، و إلاً فلأحدهما السدس و الباقي للبنت أو البنات و حيث يفضل شيء عن الفريضة التي هي النصف و السدسان و الثمن في مثال المتن، و يختلف باختلاف الفروض التي فرضناها، و هي ما لو كان الوارث بنتين و أحد الأبوين و زوجة، أو بنتاً و أحدهما و زوجاً، أو زوجة يردّ الزائد عليها أي على البنت أو البنات و على الأبوين في الفرض الأول، أو أحدهما في الفرض الثاني أخماساً مع عدم الحاجب للأمّ عن الثلث، أو أرباعاً حيث يناسب، فللبنت ثلثه أخماس، و للأبوين خمسان إذا اجتمعا معاً معها، و إلاً فلأحدهما الربع، و لها الثلثه الأرباع، و للبنتين أربعه أخماس، و الخمس الباقي لأحد الأبوين.

و لو كان معهما من يحجب الأمّ رددناه أي الفاضل عن الفريضة على البنت و الأب خاصه أرباعاً بنسبه سهامهم، و لا يردّ على الزوجين هنا إجماعاً؛ لاختصاصه بدوى القرابه بالكتاب و السنّه المستفيضة، بل المتواتره.

ص: ٢٨٥

١- الدروس ٣٥٦:٢.

٢- الكافي ٧/٧/٨١، الوسائل ٧٣:٢٦ أبواب موجبات الإرث ب ٦ ح ٨.

مضافاً إلى صريح بعض المعتمده: «وإن ترك الميت أمّاً، أو أباً و امرأة و ابنه فإنّ الفريضة من أربعة و عشرين سهماً، للمرأة الثمن ثلاثة أسهم من أربعة و عشرين، و لأحد الأبوين السدس أربعة أسهم، و للابنة النصف اثني عشر سهماً، و بقي خمسة أسهم، هي مردوده على سهام الابنه و أحد الأبوين على قدر سهامهما، و لا يرّد على المرأة شيء، و إن ترك أبوين و امرأة و بنتا فهي أيضاً من أربعة و عشرين سهماً، للأبوين السدسان ثمانية أسهم، لكل واحد منهما أربعة أسهم، و للمرأة الثمن ثلاثة أسهم، و للابنة النصف اثني عشر سهماً، و بقي سهم واحد مردود على الابنه و الأبوين على قدر سهامهم، و لا يرّد على المرأة شيء، و إن ترك أباً و زوجاً و ابنه فللأب سهمان من اثني عشر سهماً، و هو السدس، و للزوج الربع ثلاثة أسهم من اثني عشر و للابنة النصف ستة أسهم من اثني عشر، و بقي سهم واحد مردود على الابنه و الأب بقدر سهامهما، و لا يرّد على الزوج شيء» (1) الحديث.

و اعلم أنّ جميع ما ذكر من الأحكام في هذه المرتبه غير ما أُشير إلى الخلاف فيه مجمع عليه بين الأصحاب، مستفاد من الكتاب و السنّه المشار إليهما في المقدمات و صدر الكتاب، و مع ذلك فبخصوص كثير منها نصوص معتبره، قد تقدّم إلى بعضها الإشاره، و لا- فائده مهمه في نقلها جمله بعد وضوح مأخذها من الكتب المشهوره، في أبوابها المتفرّقه، كأبواب إبطال العول و العصبه، و أبواب ميراث الولد خاصّه، و ميراث الأبوين كذلك، و ميراثه معهما خاصّه، و ميراثه معهما مع الزوجه أو

ص: ٢٨٦

المرأه، و ميراثهما مع أحدهما، و غير ذلك من الأبواب (المتعلقه بهذه المرتبه) (١).

و تلحقه أى الكلام فى هذه المرتبه مسائل

الأولى: أولاد الأولاد يقومون فى الإرث مقام آبائهم عند عدمهم

و تلحقه أى الكلام فى هذه المرتبه مسائل (٢) الأولى: أولاد الأولاد يقومون فى الإرث مقام آبائهم عند عدمهم و عدم الأبوين و وارث آخر أقرب منهم، إجماعاً؛ للمعتبره المستفيضه الآتيه، و مقتضى كثير منها ثبوت ذلك و لو مع وجود الأبوين أو أحدهما، و هو الأقوى، كما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

و حيث يرثون يأخذ كل فريق منهم نصيب من يتقرب به إلى الميت، فلا أولاد الابن الثلثان، و لأولاد البنت الثلث، كائناً من كانوا، ذكوراً كانوا أو إناثاً.

و يقتسمونه أى النصيب الذى حازوه اقتسام الأولاد للصلب للمذكر مثل حظ الأنثيين، أولاد ابن كانوا أو أولاد بنت إجماعاً فى الأول و على الأشبه الأشهر فى الثانى، بل عليه الإجماع فى صريح التنقيح (٣) و ظاهر الشرائع و غيره (٤)، و هو الحجه.

مضافاً إلى كون أولاد الأولاد أولاداً إيمانياً حقيقه أو مجازاً راجحاً هنا، بقريته الإجماع المحكى فى كلام جماعه من الأصحاب (٥) على أن الأولاد

ص: ٢٨٧

١- ما بين القوسين ليس فى «ب» و «ر».

٢- فى «ب» زياده: متعلقه بهذه المرتبه.

٣- فى «ح» و نسخه فى «ر»: الغنيه. (الجوامع الفقيهه): ٦٠٥.

٤- التنقيح الرائع ٤: ١٦٤، الشرائع ٤: ٢٥، و انظر المسالك ٢: ٣٢٥، و مجمع الفائده و البرهان ١١: ٣٦٩.

٥- منهم الشهيد الثانى فى المسالك ٢: ٣٢٥، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢: ٢٩٠، و انظر الكفايه: ٢٩٦.

و مرادفاته من البنين و البنات و نحوهما هنا و فى أكثر ما ورد فى القرآن يشمل أولاد الأولاد أيضاً، كما فى حجب الأبوين و الزوجين، و آيه المحرّمات (١) و الاحتجاب فى موضعين (٢)، و غير ذلك، و يستفاد كون الشمول بعنوان الحقيقه من كثير من الروايات، و ربما ادعى تواترها، فيدخل أولاد البنات فى عموم **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ** [١] (٣) كما يدخل أولاد البنين فيه بالإجماع.

خلافاً للقاضى، تبعاً للمحكى عن بعض القدماء، فقال: يقتسم أولاد البنات نصيبهم بالسويه مطلقاً؛ لتقرّبهم بالأنثى (٤).

و هو مع شذوذه منقوض بما اعترف به موافقاً للقوم فى اقتسام أولاد الأخت للأبوين و الأب بالتفاوت، مع مشاركتهم لأولاد البنت فى إرث نصيب الأم، هذا.

مع عدم دليل على اقتسام المتقرّبين بالأنثى بالسويه بعنوان الكلّيه، و مع ذلك معارض بالعموم المتقدم إليه الإشاره؛ لما عرفت من شموله لأولاد البنت.

مع أنّ استدلاله بما ذكر ربما دل على اعترافه بالشمول لهم؛ إذ لولاه لأمكنه الاستدلال فى ردّ التفاوت و إثبات المساواه بعدم دليل على الأول، و موافقه الثانى للأصل، كما ذكره فى أمثال الوصيه و الوقف، و من هنا ينقدح تحقق الإجماع من الخصم أيضاً على ما ذكرناه من الشمول.

ص: ٢٨٨

١- النساء: ٢٣.

٢- النور: ٣١، الأحزاب: ٥٥.

٣- النساء: ١١.

٤- المهذب ١: ٣٣٣.

و حينئذٍ فلا ريب في كون الاقسام بالتفاوت هو الأشبه، كما ذكره الماتن و الأكثر، بل عامّه من تأخر.

و أما أخذ كل فريق نصيب من يتقرّب به فهو أيضاً الأشبه الأشهر، بل عليه عامّه من تأخر، و في كثر العرفان انعقاد الإجماع عليه بعد المرتضى (١)، و في الغنيه أنّ عليه إجماع الطائفه (٢)، و هو الحجّه.

مضافاً إلى ظواهر المعتره المستفيضه، منها الصحاح: «بنات البنات يقمن مقام البنات إذا لم يكن للميت بنات، و لا وارث غيرهنّ، و بنات الابن يقمن مقام الابن إذا لم يكن للميت ولد، و لا وارث غيرهن» (٣).

خلافاً للمرتضى و الحلّي و معين الدين المصري (٤)، فقالوا: يقتسمون تقاسم الأولاد للصلب من غير اعتبار من تقرّبوا به؛ لأنهم أولاد حقيقه، فيدخلون في العموم المتقدّم.

و أُجيب بأجوبه أجودها ما ذكره شيخنا في المسالك و الروضه (٥)، فقال بعد ذكر دليلهم: -و هذا كلّ حقّ لولا دلالة الأخبار الصحیحه على خلافه هنا، ثم ساقها، و قال بعدها:

فإن قيل: لا دلالة للروايات على المشهور؛ لأنّ قيامهنّ مقامهم ثابت على كل حال في أصل الإرث، و لا يلزم منه القيام في كيفيته و إن احتمله، و إذا قام الاحتمال لم يصلح لمعارضه الآيه الدالّه بالقطع على أنّ للذكر مثل

ص: ٢٨٩

١- كثر العرفان ٣:٢٢٨.

٢- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٧.

٣- الوسائل ١١١، ١١٠: ٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٧ ح ٤، ٣.

٤- رسائل الشريف المرتضى المجموعه الثالثه: ٢٥٧، ٢٦٦، السرائر ٢٥٧، ٢٣٦: ٣، و حكاه عن معين الدين المصري في المختلف: ٧٣٢.

٥- المسالك ٢: ٣٢٥، الروضه ٨: ١٠٤.

قلنا: الظاهر من قيام الأولاد مقام الآباء والأمهات تنزيلهم منزلتهم لو كانوا موجودين مطلقاً، وذلك يدل على المطلوب، مضافاً إلى عمل الأكثر، انتهى.

و هو جيّد، يعضده بل يدل عليه أنّه لو كان المراد من المنزله إثبات أصل التوارث لا الكيفيّة لاكتفى في النصوص بذكر أولاد الأولاد من دون تفصيل بين أولاد البنين و أولاد البنات في الذكر، فإنّه على ذلك مجرد تطويل مستغنى عنه، لا طائل تحته، فيجّل عن مثله كلام الإمام الذي هو إمام الكلام.

و يقوى ذلك اتفاق الأخبار الواردة في المضمرة على عدم ذكر أولاد الأولاد على الإجمال، بل هي ما بين مصرّحه بالتفصيل، كالصّحاح المتقدّمه و غيرها ممّا يأتي إليه الإشاره، و مكتفٍ بأحد شقّيه، كالصّحاح: «بنات البنات يرثن، إذا لم تكن بنات كَنّ مقام البنات» (١).

و الموثق، بل الصّحاح كما قيل (٢): «ابن الابن يقوم مقام الابن» (٣).

نعم في الخبر المنجبر ضعفه بصفوان و عمل الأكثر: «و لا يرث أحد من خلق الله تعالى مع الولد إلّا الأبوان و الزوج و الزوجه، فإن لم يكن ولد و كان ولد الولد ذكوراً كانوا أو إناثاً فإنّهم بمنزله الولد، و ولد البنين بمنزله البنين يرثون ميراث البنين، و ولد البنات بمنزله البنات يرثون ميراث

ص: ٢٩٠

١- الكافي ٧: ٣/٨٨، التهذيب ٩: ١١٣٨/٣١٧، الإستبصار ٤: ٦٣٠/١٦٦، الوسائل ٢٦: ١١٠ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٧ ح ١.

٢- انظر المهذب البارع ٤: ٣٧٧.

٣- الكافي ٧: ٢/٨٨، التهذيب ٩: ١١٣٩/٣١٧، الإستبصار ٤: ٦٣١/١٦٧، الوسائل ٢٦: ١١٠ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٧ ح ٢، و

فيها: مقام أبيه.

البنات، و يحجبون الأبوين و الزوجين عن سهامهم الأ-كثر، و إن سفلوا ببطين و ثلاثه و أكثر يرثون ما يرث الولد الصلب، و يحجبون ما يحجب ولد الصلب» (١).

و لكنّه كما ترى و إن أجمل فيه أوّلاً- ذكر أولاد الأولاد، لكنّه مفضّل ثانياً بين أولاد البنين و البنات، و مع ذلك هو ظاهر كالصريح بل صريح في أنّ المراد بالمنزله ليس في خصوص أصل الإرث، بل هو مع الكيفيه، و لذا قال: «يرثون ميراث البنين و البنات» و ما قال: يرثون كما يرثون، مع أنّ فيه لو قاله دلالة أيضاً، و إن لم يكن بتلك الظهور و الصراحه، فهذه الروايه أقوى دلالة من الأخبار السابقه.

و في الموثق: «ابنه الابن أقرب من ابن البنت» (٢).

قال بعض الأفاضل: المراد بالأقربيه فيه كثره النصيب، لا استيرائه جميع التركة (٣).

و عليه تكون الروايه لما اخترناه مؤيّدّه، لكنّه حملها الشيخ بعد نقلها و نقل ما بمعناها، و دعوى إجماع الطائفه على خلافها على التقيّه (٤).

و كيف كان لا- شبهه في المسأله بعد الإجماع المنقول، و الأخبار المعتمده الظاهره و الصريحه، المعتمده بالشهره العظيمه التي كادت تكون إجماعاً، بل لعله إجماع في الحقيقه، كما ذكره الناقل له (٥).

ص: ٢٩١

- ١- الكافي ٧: ٣/٩٧، التهذيب ٩: ١٠٤٣/٢٨٨، الوسائل ٢٦: ١٣٢ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٨ ح ٣.
- ٢- التهذيب ٩: ١١٤٣/٣١٨، الإستبصار ٤: ٦٣٥/١٦٧، الوسائل ٢٦: ١١٣ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٧ ح ٨.
- ٣- روضه المتقين ١١: ٢٦٣، ملاذ الأخيار ١٥: ٣٠٨.
- ٤- التهذيب ٩: ٣١٨، الاستبصار ٤: ١٦٧، ١٦٨.
- ٥- كنز العرفان ٢: ٣٢٨.

و على القولين حيث يرثون يمنع الأقرب منهم إلى الميت الأبعد إجماعاً؛ لما مرّ في صدر الكتاب.

و أمّا الموثق: «بنات الابن يرثن مع البنات» (1) فشاذّ، مخالف للإجماع، محمول على التقيه، كما ذكره شيخ الطائفة، قال: لأنّ في العامه من يذهب إلى ذلك (2).

و يتفرع على الخلاف مع المرتضى أنّه يرّد على ولد البنت ما يزيد عن سهمها خاصّه، و سهم الأبوين إن كانا كما يرّد على امّه ذكراً كان ولدها أو أنثى على مذهب الأصحاب، و يخصّ ذلك على مذهبه بما إذا كان ولدها أنثى.

و الفروع كثيره، لا يخفى تطبيق أحكامها على القولين على ذى فطنه.

و على القولين يشاركون أى أولاد الأولاد حيث قاموا مقام آبائهم الأبوين للميت و إن كانوا أبعد منهما كما يشاركهما الأولاد للصلب على الأصح الأقوى، بل عليه عامّه متأخري أصحابنا، بل و متقدميهم أيضاً، عدا الصدوق، حيث منع عن المشاركة، و جعل التركة للأبوين أو أحدهما خاصّه (3).

و هو شاذّ جداً، بل على خلافه الإجماع فى الكافى فى أوّل كتاب الفرائض (4)، و فى الغنيه و كنز العرفان و التنقيح حاكياً له عن الشيخ أيضاً (5).

ص: ٢٩٢

١- التهذيب ٩: ١١٤٢/٣١٨، الإستبصار ٤: ٦٣٤/١٦٧، الوسائل ١١٢: ٢٦، أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٧ ح ٦.

٢- التهذيب ٩: ٣١٨.

٣- الفقيه ٤: ١٩٦.

٤- الكافي ٧: ٧٠.

٥- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٧، كنز العرفان ٢: ٣٢٩، التنقيح ٤: ١٦٤، ١٦٥.

و نفى عنه الخلاف فى الانتصار، و ظاهر السرائر الإذعان به، حيث حكاه ساكتاً عليه، متلقياً إياه بالقبول (١).

و مع ذلك مستنده غير واضح، عدا ما فهمه من الصحاح المتقدمه من كون المراد من «و لا وارث غيرهن» هو الوالدان لا غير، و كونهما أقرب من الأولاد، فيمنعون بهما؛ لما مرّ من العمومات الداله على منع الأقرب الأبعد.

و يضعف الأؤل: بأن المراد منه الأولاد للصلب لا الأبوان، كما ذكره الشيخ و غيره (٢)، قال: و الذى يكشف عمّا ذكرناه ما رواه محمد بن الحسن الصفار، عن إبراهيم بن هاشم، عن صفوان، عن خزيمة بن يقطين، عن عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «ابن الابن إذا لم يكن من صلب الرجل أحد قام مقام الابن» قال: «و ابنه البنت إذا لم يكن من صلب الرجل أحد قامت مقام البنت» (٣) انتهى.

و هو حسن، يعضده اتحاد الراوى له و للصحاح المتقدمه، و قصور السند فى هذا بالشهره و العمل منجبر، و مع ذلك بصريح الخبر المتقدم فى البحث السابق معتضد، و هو فى نفسه دليل مستقل بعد انجباره بما انجبر به هذا، و نحوه فى الصراحه المرسله المرويه عن الطبرسى (٤) - (رحمه الله). و بهذه الأدله يظهر وجه الجواب عن الحججه الأخيره؛ لوجوب تخصيصها بها؛ لأنها خاصه و تلك عامه، و مع ذلك معتضده بصريح الإجماعات المستفيضه المنقوله، فلا ريب فى المسأله.

ص: ٢٩٣

١- السرائر ٢٣٦: ٣.

٢- التهذيب ٣١٧: ٩؛ و انظر إيضاح الفوائد ٢١٣: ٤.

٣- التهذيب ٣١٧/١١٤١: ٩، الوسائل ١١٢: ٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٧ ح ٥.

٤- الاحتجاج: ٣٩٠، الوسائل ١٠٨: ٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٥ ذيل الحديث ١٤.

الثانية: يجبى أى يعطى و يخصّ الولد الأ-كبر أى أكبر الذكور إن تعدّدوا، وإلّا فالذكر خاصّه، كما سيظهر بثياب بدن الميت المورث له و خاتمه، و سيفه، و مصحفه بضروره مذهبنا، و المعتبره المستفيضه عن أئمتنا (عليهم السلام)، ففى الصحيح: «إذا هلك الرجل و ترك بنين فلأكبر السيف، و الدرع، و الخاتم، و المصحف، فإن حدث به حدث فلأكبر منهم» (١).

و نحوه آخر: «إذا مات الرجل فلأكبر ولده سيفه، و مصحفه، و خاتمه، و درعه» (٢).

و نحوها ثالث، مبدلاً فيه الدرع بالكتب، و الرحل، و الراحله، و الكسوه (٣).

و فى الموثق: «إذا ترك سيفاً أو سلاحاً فهو لابنه، فإن كانوا اثنين فهو لأكبرهما» (٤) و نحوه آخر مبدلاً فيه السلاح بالثياب، ثياب جلده (٥).

و فى ثالث: «كم من إنسان له حق لا يعلم به» قلت: و ما ذاك أصلحك الله تعالى؟ قال: «إنّ صاحبى الجدار كان لهما كنز تحته لا يعلمان به، أمّا أنّه لم يكن بذهب و لا فضّه» قلت: فما كان؟ قال: «كان علماً» قلت: فأتيهما

ص: ٢٩٤

-
- ١- الكافى ٧: ١/٨٥، التهذيب ٩: ٩٩٤/٢٧٥، الإستبصار ٤: ٥٣٨/١٤٤، الوسائل ٢٦: ٩٨ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٣ ح ٣.
 - ٢- الكافى ٧: ٣/٨٦، التهذيب ٩: ٩٩٦/٢٧٥، الإستبصار ٤: ٥٤٠/١٤٤، الوسائل ٢٦: ٩٧ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٣ ح ٢.
 - ٣- الكافى ٧: ٤/٨٦، الفقيه ٤: ٨٠٥/٢٥١، التهذيب ٩: ٩٩٧/٢٧٥، الإستبصار ٤: ٥٤١/١٤٤، الوسائل ٢٦: ٩٧ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٣ ح ١.
 - ٤- التهذيب ٩: ٩٩٨/٢٧٦، الإستبصار ٤: ٥٤٢/١٤٤، الوسائل ٢٦: ٩٨ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٣ ح ٦.
 - ٥- الفقيه ٤: ٨٠٦/٢٥١، الوسائل ٢٦: ٩٨ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٣ ح ٥.

أحقّ به؟ قال: «الكبير، كذلك نقول نحن» (١).

و نحوه رابع، لكن من دون لفظه: حق و أحق، بل في ذيله بعد بيان العلم المكتوب فيه: فقال له حسين بن أسباط: فإلى من صار؟ إلى أكبرهما؟ قال: «نعم» (٢).

و ظاهرهما كالصحيح الثالث دخول الكتب في الجوه، و يمكن تعميم المصحف في غيرها لها.

لكنه خلاف الظاهر؛ لتبادر القرآن المجيد منه، لا مطلق الكتب، مع منافاته أيضاً لظاهر عطف الكتب عليه في الصحيح المزبور، و مع ذلك مخالف للأصل، و ما عليه الأكثر.

و ظاهر هذه الأخبار كونه على سبيل الوجوب و الاستحقاق مجاناً؛ للتعبير في كثير منها عن الإحباء باللام المفيدة للملك، أو الاختصاص، أو الاستحقاق، و في الموثق الثالث بصريح لفظه الأخير.

و لا ينافي الاستدلال به تضمّنه الكتب الغير المعمول به عند الأكثر، أمّا عند العامل به فظاهر، و أمّا عندهم فلكونه إخباراً عن الملّه السابقه، و لم يكن المصحف فيها، فيحتمل كون ذلك الكتاب المكنون بدلاً عنه.

و هو ظاهر المتن هنا و في الشرائع (٣) و كثير من أصحابنا، و صريح جمع منهم (٤)، و ادّعى الشهره عليه جماعه بحدّ الاستفاضه (٥)، و لا ريب

ص: ٢٩٥

١- التهذيب ٢٧٦/١٠٠٠:٩، الإستبصار ١٤٤/٥٤٣:٤، الوسائل ٩٩:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٣ ح ٨.

٢- التهذيب ٢٧٦/١٠٠١:٩، الوسائل ٩٩:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٣ ح ٩.

٣- الشرائع ٢٥:٤.

٤- السرائر ٢٥٨:٣، التحرير ١٦٤:٢، كشف الرموز ٤٥١:٢، التنقيح الرائع ١٦٨:٤، الروضه البهيه ١٠٨:٨.

٥- كالشهيد الأوّل في الدروس ٣٦٢:٢، و الشهيد الثاني في المسالك ٣٢٥:٢، و الفيض الكاشاني في المفاتيح ٣٢٩:٣.

فيها، بل ادعى الحلّي عليه الإجماع (١)، وهو حجه أخرى مستقلة.

خلافاً للإسكافي والمرتضى والفاضل في المختلف (٢)، فقالوا بأنه على الاستحباب، وزاد الأولان احتسابها بالقيمة لا مجاناً؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل ونصّ الكتاب على موضع الوفاق.

وهو حسن إن كان المستند منحصراً فيه، وهو ممنوع؛ لأنّ الأخبار المتقدّمة مع استفاضتها، واعتبار أسانيدھا ظاهره في الوجوب؛ لما مضى، وفي كونه مجاناً؛ للزوم تأخير البيان عن وقت الحاجة مع عدمه، وهو قبيح عندنا، كما تقرّر في محلّه مستوفى، مع أنّ الأصل براءة الذمّه عن القيمة جدّاً.

ولا ريب أنّ هذه الأدلّه بالإضافة إلى أدلّه الإرث خاصّه، فلتكن عليها مقدّمه.

ودعوى ضعف دلالتها ضعيفه جدّاً، أمّا أولاً: فلما مضى.

وأمّا ثانياً: فلاستناد الدلالة فيها إلى اللام وما هو أظهر منها، وهي بعينها مستند الدلالة في أدلّه الإرث من الكتاب والسنة أيضاً، فما هو الجواب فيها فهو الجواب هنا.

والاقتصار في المسألة على مجرد الوفاق دون الأخبار لا وجه له ولو قلنا بعدم حجيه أخبار الآحاد؛ لكونها هنا محفوفه بالقرائن القطعيه أو القريبه منها، وهي كونها متلقاه بالقبول عند علمائنا.

وأمّا ما يقوّى به هذا القول من اختلاف الأخبار في مقدار ما يحبى

ص: ٢٩٦

١- السرائر ٢٥٨: ٣.

٢- حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٧٣٢، المرتضى في الانتصار: ٢٩٩، المختلف: ٧٣٣.

به، كما مضى، مع عدم تضمّن شىء منها الأربعة المتفق عليها؛ لأنّ أشملها لها الصحيحان الأوّلان، وقد تضمّننا ثلاثة منها، و لم يتضمّننا الثياب، بل تضمّننا الدرع بدلها، و لم يقل به أحد.

فمحلّ نظر، أمّا أوّلاً: فلعدم دليل على كون الاختلاف أماره للاستحباب، إلّا أن يبلغ درجه يحصل القطع به من جهتها، كما فى أخبار البئر و نحوها، و لا بلوغ هنا إليها جدّاً.

و أمّا ثانياً: فلمنع عدم تضمّن الصحيحين للأربعة، و تضمّنهما للدرع الذى لا يقولون به؛ لابتنائهما على تعيّن كون المراد بالدرع فيهما درع الحديد لا- الثوب و القميص، و هو فى حيّز المنع؛ لظهور اشتراكه بينهما لغهً، و وروده بالمعنى الأخير فى الأخبار كثيراً، فأرادته محتمل، و معه لا يمكن دعوى الأمرين جدّاً، فيكون الصحيحان حينئذٍ سالمين عن القدح بالتضمّن لما لا يقول به أحد، و قد تضمّننا الثلاثة قطعاً، و يلحق بها الرابعه بعدم القول بالفرق بينهما فى أصحابنا، و تخرج الأحاديث المتضمّنه لها شاهده و إن سلّمنا عدم حجيتها لتضمّننا نحو السلاح و غيره ممّا لم نكن به قائلاً، هذا.

و يمكن تعيين الدرع بالمعنى الثانى و ترجيحه بفهم الأصحاب، حيث عبّروا عنه بعد الثلاثة فى كلامهم بالثياب، و لا سيّما الشيخ فى النهايه (1)؛ لفتواه فيها بعين متون الأخبار غالباً، و لا خبر يتضمّن ما ذكره كما ذكره جميعاً، على تقدير أن لا يكون المراد من الدرع فى الصحيحين ما ذكرنا، و إذا ثبت بذلك دلالتهما على القميص الحق به باقى الكسوه بالإجماع

ص: ٢٩٧

و الشواهد المتقدّمه، و حينئذٍ فيكونان متضمّنين للأربعة جميعاً و لو بضميمه، فتأمل جدّاً.

و لئن سلّمنا عدم تضمّنها إلّا للثلاثة، و تضمّنها ما لا يقول به أحد من الطائفة، نقول: لا يوجب ذلك خروجها عن الحجية بعد ما تمهّد في محلّه و مرّ غير مرّه من عدم اشتراط تطابق كلّ من الأدلّه الشرعيه للمدّعي كليله، و أنّه يثبت بعضه ببعضها و آخر بباقيها، و عدم قدح تضمّن الخبر لما لا يعمل به في حجّيته.

و بهذا يمكن الذبّ عن الاختلاف فيما عدا الصحيحين؛ لأنّه إنّما هو يتضمّن بعضه بعضاً من الأربعة و آخر منه ما لا يقول به أحد من الطائفة؛ لاندفاع الأوّل بثبوت ما لم يتضمّنه من باقى الأربعة بحجه اخرى خارجه من إجماع أو روايه، و الثاني بأنّه من قبيل العام المخصّص، فيكون في الباقي حجّه.

و بهذا يمكن أن يقال بوجود روايه متضمّنه لمجموع الأربعة، و هي الصحيحه الثالثه، و غايتها تضمّنها الكتب و الرجل و الراحله زياده على الأربعة، و هو غير ضائر؛ لما عرفته من عدم خروجها بذلك عن الحجّيه.

هذا على تقدير عدم القول بهذه الثالثه.

و أمّا على القول بها أيضاً كما هو ظاهر الفقيه (١) حيث رواها فيه، مع التزامه أن لا يروى فيه إلّا ما يعمل به فلا إشكال من أصله.

و لا بعد في المصير إليه بعد صحه مستنده، لولا ما في صريح الروضه و ظاهر غيرها (٢) من إعراض الأصحاب عنها و اقتصارهم على الأربعة، مؤذناً

ص: ٢٩٨

١- الفقيه ٢٥١:٤.

٢- الروضه ١١٠:٨؛ و انظر التنقيح ١٦٨:٤.

بدعوى الإجماع عليه.

و نحوه الكلام فيما صار إليه الإسكافي (١) من إلحاق السلاح بها، لكن المصير إليه هنا أضعف منه فيما مضى؛ لقصور مستند هذا عن الصحة بالموثقيه، دونه؛ لكونه كما عرفت صحيحاً.

و هل يختص الحباء وجوباً أو استحباباً، بالقيمه أو مجاناً بما إذا خلف الميت مالا غير ذلك أى غير ما يحبى به، كما هو صريح الشيخين و ابن حمزه و الماتن هنا و فى الشرائع (٢)، و عزاه فى الدروس إلى الحلّى (٣)، و فى المسالك إلى المشهور (٤)، أم يعمّه و ما إذا لم يخلف؟ وجهان، بل قولان، ظاهر إطلاق النصوص مع الثانى، و الأصل مع اختصاص الإطلاق بحكم التبادر بالصورة الأولى؛ لكونها الغالبه فيه جداً مع الأوّل، و هو الأقوى، سيّما مع الاعتضاد بالشهره، و بما علّل به من استتزام الثانى الإجحاف و الإضرار بالورثه، و هما منفيتان فى الشريعه.

و عليه ففى اشتراط كون الغير كثيراً بحيث يعادل نصيب كل من الورثه مقدار الحبوه، أو نصيب الكلّ مقدارها، أو عدمه مطلقاً، و كفايه ما قلّ منه و لو كان درهماً و هى تساوى دنانير، أو وجه، مقتضى الأدلّه الدالّه على اعتباره و لا سيّما التعليل الأوّل.

قيل: و عليه ينبغى اعتبار نصيب الولد المساوى له فى الذكوريه، أمّا

ص: ٢٩٩

١- حكاه عنه فى المختلف: ٧٣٢.

٢- المفيد فى المقنعه: ٦٨٤، الطوسى فى النهايه: ٦٣٤، ابن حمزه فى الوسيله: ٣٨٧، الشرائع ٢٥: ٤.

٣- الدروس ٣٦٢: ٢، و هو فى السرائر ٢٥٨: ٣.

٤- المسالك ٣٢٦: ٢.

غيره فلا؛ لعدم المناسبه، سيّما الزوجه (١).

و اعلم أنّه لو كان الأ-كبر بنتاً أخذته أى المال المحبّب به الأ-كبر من الذكور بلا خلاف، بل عليه الوفاق فى المسالك (٢)، و هو الحجّه.

مضافاً إلى إناطه الحبوه فى أكثر النصوص المتقدّمه بالأ-كبر من الذكور، أو بالذكر أعم من أن يكون هناك أنثى أكبر منه أم لا، مع أنّه وقع التصريح به فى بعضها، و هو الصحيح: «فإن كان الأكبر بنتاً فلأ أكبر من الذكور» (٣).

و مقتضاه كغيره إطلاقاً ثبوت الحبوه بين المتعدّد من أكبر الذكور، فيقسم بينهم بالسويه، و حكى التصريح به عن الشيخ فى المبسوط و جماعه (٤)، و لعلّه المشهور.

خلافاً لابن حمزه (٥)، فاشترط فى ثبوتها للأ أكبر فقد آخر فى سنّه، و أسقطها مع وجوده. و لعلّه نظر إلى تبادل الواحد من الأكبر دون المتعدّد.

و هو غير بعيد لولا اشتهاه خلافه، سيّما مع ندره اتفاق المتعدّدين من أولاد رجل واحد فى سنّ واحد، بحيث لا يزيد سنّ أحدهما عن الآخر بساعه و لا ينقص، كما هو واضح.

و ممّا ذكرنا يظهر الاتفاق على إحياء الذكر الواحد مع غيره من الورثه

ص: ٣٠٠

١- قاله الشهيد الثانى فى المسالك ٢:٣٢٦.

٢- المسالك ٢:٣٢٦.

٣- الكافى ٧:٤/٨٦، الفقيه ٤:٨٠٥/٢٥١، التهذيب ٩:٩٩٧/٢٧٥، الإستبصار ٤:٥٤١/١٤٤، الوسائل ٢٦:٩٧ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٣ ح ١.

٤- المبسوط ٤:١٢٦؛ و انظر الجامع للشرائع: ٥٠٩، و القواعد ٢:١٧١، و الكفايه: ٢٩٧ حكاه عن الجماعه الشهيد الثانى فى المسالك ٢:٣٢٦.

٥- الوسيله: ٣٨٧.

الغير المذكور أيضاً، وإن اقتضى أفعال التفضيل فيما مرّ من النص وجود مشارك له في أصل الفعل، فيشكل مع الاتحاد، لكن الاتفاق المعتضد ببعض المعتبره المتقدّمه المصرّح بأنّه لابنه، وأنّه إن كانوا أكثر فهو لأكبرهم يدفعه.

و في اشتراط بلوغه قولان، من إطلاق النصوص المتقدّمه و من أنّه يجب عليه أن يقضى عنه ما ترك من صلاه و صيام في مقابله الحبوّه، و لا يكلف به إلّا البالغ.

و الأصح الأول؛ لمنع كون القضاء في مقابلتها، و إن اشترطه في ثبوتها بعض أصحابنا، كابن حمزه (١)؛ لعدم الملازمه بينهما، مع خلوّ نصوص الجانيين عن بيانها.

و شرط بعض الأصحاب في ثبوتها أن لا يكون المحبّو سفيهاً، و لا فاسد الرأي أى مخالفاً في المذهب، ذكر ذلك الحلّي و ابن حمزه (٢).

و حجتهما عليه غير واضحه، مع كون النصوص مطلقه، فالأصح عدم الاشتراط، و إن نسبه في الشرائع إلى قول مشهور (٣).

قيل: و يمكن اعتبار الثاني من حيث إنّ المخالف لا يرى استحقاقها، فيجوز إلزامه بمذهبه، كما جاء في منعه عن الإرث أو بعضه، حيث يقول به إدانه له بمعتقده (٤)، انتهى.

ص: ٣٠١

١- الوسيله: ٣٨٧.

٢- السرائر ٣: ٢٥٨، الوسيله: ٣٨٧.

٣- الشرائع ٤: ٢٥.

٤- قاله الشهيد الثاني في المسالك ٢: ٣٢٦.

و هو حسن، إلا أنه ليس من باب الشرطيه، فتدبر، و لذا لم يشترط أحد في إبطال العول و العصبه عدم فساد الرأى، و إنما حكموا به مطلقاً، مع تصريحهم كجمله من الأخبار بجواز إدانته المخالف بمعتقدده فيهما.

و اشترط جماعه من الأصحاب في ثبوتها خلوّ الميت عن دين مستغرق للترکه (١).

و فيه بل في اشتراط خلّوه عن مطلق الدين إشكال، وفاقاً لشيخنا في الروضه (٢): من انتفاء الإرث على تقدير الاستغراق، و توزيع الدين على جميع التركة؛ لعدم الترجيح، فيخصّها منه شيء و تبطل بنسبته.

و من إطلاق النص، و القول بانتقال التركة إلى الوارث و إن لزم المحبّو ما قابلها من الدين إن أراد فكّها.

و يلزم على المنع من مقابل الدين إن لم يفكّه المنع من مقابل الوصيه النافذه إذا لم تكن بعين مخصوصه خارجه عنها، و من مقابل الكفن الواجب و ما فى معناه؛ لعين ما ذكر، و يُبَعَدُ ذلك بإطلاق النص و الفتوى بثبوتها، مع عدم انفكاك الميت عن ذلك غالباً، و عن الكفن حتماً.

و الموافق للأصول الشرعيه البطلان فى مقابله ذلك كلّ إن لم يفكّ المحبّو بما يخصّه؛ لأنّ الحبوه نوع من الإرث و اختصاص فيه، و الدين و الوصيه و الكفن و نحوها تخرج من جميع التركة، و نسبه الورثه إليه على السواء.

نعم لو كانت الوصيه بعين من أعيان التركة خارجه عن الحبوه

ص: ٣٠٢

١- منهم الشهيد الأوّل فى الدروس ٢٦٣:٢، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣٢٦:٢، و السبزوارى فى الكفايه: ٢٩٧.

٢- الروضه ١١٤:٨.

فلا منع، كما لو كانت تلك العين معدومه.

و لو كانت الوصيه ببعض الحبوه اعتبرت من الثلث، كغيرها من ضروب الإرث، إلا أنها تتوقف على إجازة المحبب خاصه.

و يفهم من الدروس (١) أن الدين غير المستغرق غير مانع؛ لتخصيصه المنع بالمستغرق، واستقرب ثبوتها حينئذٍ لو قضى الورثه الدين من غير التركه؛ لثبوت الإرث حينئذٍ، ويلزم مثله في غير المستغرق بطريق أولى.

و كذا الحكم لو تبرع متبرع بقضاء الدين، أو أبرأه المدين.

مع احتمال انتفائها حينئذٍ مطلقاً؛ لبطلانها حين الوفاء بسبب الدين.

و فيه: أنه بطلان مراعى، لا مطلقاً.

الثالثه: لا يرث مع الأبوين و لا مع الأولاد جدّ و لا جدّه

الثالثه: لا يرث مع الأبوين و لا مع الأولاد و إن نزلوا جدّ مطلقاً و لا جدّه كذلك و لا أحد من ذوى القرابه (٢) بلا خلاف أجده إلا من الصدوق (٣)، حيث شرك الجدّ من الأب معه، و الجدّ من الأم معها، و شرك الجدّ مطلقاً مع أولاد الأولاد.

و من الإسكافي (٤)، حيث شرك الجدّين و الجدّتين مع البنت و الأبوين.

و هما شاذان، بل على خلافهما الآن انعقد الإجماع، و به صرح السيّد فى الناصريات (٥) فى الردّ على الأوّل فى تشريكه الجدّ مع ولد الولد، و الفاضل المقداد فى التنقيح (٦) فى الردّ على الثانى، و هو الحجه.

ص: ٣٠٣

١- الدروس ٢٦٣:٢.

٢- فى «ر» زياده: كالأعمام و الأخوال و الخاله و العمّه.

٣- الفقيه ٢٠٨:٤.

٤- حكاه عنه فى المختلف: ٧٥١.

٥- الناصريات (الجوامع الفقيهيه): ٢٢١.

٦- التنقيح ١٧٠:٤.

مضافاً إلى الأدلة من الكتاب والسنة، الدالة على منع الأقرب الأبعد، وعلى فريضة الأبوين مع الولد، ولا معه؛ لظهورها في انقسام التركة بينهما وبينه خاصه على التقدير الأول، وبينهما خاصه على التقدير الثاني مطلقاً، من دون تقييد في شيء منها بما إذا لم يكن هناك جد؛ إذ لا- إشاره إليه أصلاً، والمراد بالأبوين فيها هو الأب والأم بغير واسطه، بغير خلاف، حتى من الصدوق والإسكافي؛ لأنّ السدس والثلاثين مثلاً- ليسا للأب والأجداد، وكذا السدس والثلاث ليسا للأم والجدات (1) وجوباً، بل ولا استحباباً في كثير (2) من الأفراد.

مع أنّ النصوص الآتية (3) في الطعمه الدالة على أنّ الله تعالى لم يفرض للجد شيئاً، وإتّما جعل له رسول الله (صلى الله عليه وآله) سهماً فأجاز الله تعالى ذلك له داله عليه.

و من هنا ينقدح وجه الاستدلال على ردّهما بالصحيح الداله على أنّه لا يجتمع مع الأبوين والولد غير الزوج والزوجه (4).

مضافاً إلى الأدلة الدالة على أنّ الأجداد والجدات في مرتبه الإخوه، لا يرثون إلّا حيث يرثون (5)، ولا- ريب ولا- خلاف أنّ الإخوه لا يرثون مع الأبوين، ولا مع الأولاد وإن نزلوا شيئاً، فليكن الأجداد كذلك.

مع أنّ خصوص المعتمبره بذلك ناطقه، ففي الصحيح: امرأه ماتت، وتركت زوجها، وأبويها، وجدّها، أو جدّتها، كيف يقسم ميراثها؟

ص: ٣٠٤

١- في «ح» و«ر» زياده: لا.

٢- في «ب»: بعض.

٣- في ص: ٣٠٣، ٣٠٥.

٤- الوسائل ١٠٣: ٢٦ أبواب ميراث الأبوين والأولاد ب ٥.

٥- الوسائل ١٦٤: ٢٦ أبواب ميراث الإخوه والأجداد ب ٦.

فوق (عليه السلام): «للزوج النصف، و ما بقى للأبوين» (١).

و فى القريب منه: عن امرأ مملّكه، لم يدخل بها زوجها، ماتت و تركت أمّها، و أخوين لها من أبيها و أمّها، و جدّها أبا أمّها، و زوجها؟ قال:

«يعطى الزوج النصف، و يعطى الأمّ الباقى، و لا يعطى الجدّ شيئاً؛ لأنّ ابنته حجبتة عن الميراث، و لا يعطى الإخوه شيئاً» (٢).

و فى آخر مثله: عن رجل مات، و ترك أباه و عمّه و جدّه؟ قال: فقال:

«حجب الأب الجدّ الميراث، و ليس للعمّ و لا للجدّ شيء» (٣).

و بالجمله لا- ريب فى المسأله، سيّما مع عدم وضوح حجّه على قولى الصدوق و الإسكافى و لا- أماره، عدا ما يستدل للثانى أوّلاً: بمشاركه الأجداد للأبوين فى التسميه التى أخذوا بها الميراث الذى عيّن لهم، و هى الأبوه.

و ثانياً: ببعض أخبار الطعمه الآتية.

و المناقشه فيهما واضحه، أمّا الأوّل: فبعد ما عرفته؛ مضافاً إلى منع المشاركه فى التسميه عرفاً و لغه؛ لأنّ الجدّ لا يدخل فى اسم الأب حقيقه، بدليل صحّحه السلب، بل مجازاً، و كذا الجدّه بالنسبه إلى الأمّ.

و أمّا الثانى: فلأنّ ذلك محمول على إعطاء الجدّ و الجدّه طعمه، كما سيأتى التصريح به فى الأخبار؛ مضافاً إلى ما مرّ من صريح الآثار المعترضه بعمل كافّه الأصحاب.

ص: ٣٠٥

١- التهذيب ٩: ١١١٣/٣١٠، الإستبصار ٩: ١٦١/٤٠٦، الوسائل ٤: ١٣٥: ٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٩ ح ٤.

٢- الكافي ٧: ٨/١١٣، التهذيب ٩: ١١١١/٣١٠، الإستبصار ٩: ١٦١/٤٠٨، الوسائل ٤: ١٣٤: ٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٩ ح ٢.

٣- الكافي ٧: ٩/١١٤، التهذيب ٩: ١١١٢/٣١٠، الإستبصار ٩: ١٦١/٤٠٩، الوسائل ٤: ١٣٥: ٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٩ ح ٣.

و أمّيا الصحيح: عن بنات الابنه و الجدّ؟ فقال: «للجدّ السادس، و الباقي لبنات الابنه» (١) فغير صريح فيما ذهب إليه الصدوق من مشاركته الجدّ مع أولاد الأولاد، و لا يمكن الاستناد إليه له.

أمّا أولاً: فلعدم تصريح فيه بكون الجدّ المشارك لبنات البنت جدّ الميت، فيحتمل كونه جدّ البنات أب الميت، فيصح ما فيه من المشاركة، و لكن يبقى حكم الردّ فيه غير مذكور، و لا بأس به، لاستفادته من غيره من الأخبار.

و أمّيا ثانياً: فلاخصّيته من المدعى، و إن أمكن تطبيقه له، إلّا أنّ ذلك لا يدفع المرجوحية الثابتة له بذلك، المعتمد مثله في مقام التعارض جدّاً.

و أمّا ثالثاً: فلعدم معارضته لما قدّمناه من الأدلّة الدالّة على أنّ الجدّ بمنزله الأخ، فلا يرث مع ولد الولد، كما لا يرث الأخ معه.

و أمّا رابعاً: فلنقل الشيخ عن ابن فضال دعوى إجماع الطائفة على ترك العمل به (٢)، مع احتمال الحمل على التقيه، كما صرح به جماعه (٣).

و أمّا خامساً: فبمعارضته لما دلّ على أنّ أولاد الأولاد بمنزله الأولاد، و من أحكامهم حجبتهم الأجداد عن الميراث إجماعاً، فيثبت لأولادهم ذلك أيضاً؛ التفاتاً إلى عموم المنزلة، مع وقوع التصريح به في بعض ما دلّ عليه، فإنّ فيه بعد بيانه: «يرثون ما يرث ولد الصلب، و يحجبون ما يحجب ولد الصلب» (٤).

ص: ٣٠٦

١- الفقيه ٤: ٦٨٢/٢٠٥، الوسائل ١١٣: ٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٧ ح ١٠.

٢- التهذيب ٩: ٣١٥.

٣- الوسائل ١١٤: ٢٦، روضه المتقين ١١: ٢٨٥.

٤- الكافي ٧: ٣/٩٧، التهذيب ٩: ١٠٤٣/٢٨٨، الوسائل ١٣٢: ٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٨ ح ٣.

و لا ريب أن هذه الأدلة أرجح من تلك الصحيحة من وجوه عديده، فالقول بظاهاها على تقدير تسليمه ضعيف غاية، كقول الإسكافي.

لكن يستحب للأب أن يطعم أباه جد الميت و أمه جدته السدس من أصل التركة يقتسمانه بينهما بالسويه إذا حصل له الثلثان فما زاد و كذا يستحب أن تطعم الأم أباه جد الميت و أمها جدته النصف من نصيبها بالسويه إذا حصل لها الثلث فما زاد بلا خلاف فيه في الجملة؛ للمعتبره المستفيضه، ففي الصحيح: «أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) أطعم الجدّه أم الأب السدس، و ابنها حتى، و أطعم الجدّه أم الأم، و ابنتها حتى» (١).

و نحوه صحيحان آخران (٢)، لكن من دون ذكر جدّه الأب فيهما، بل اقتصر في أحدهما بذكر الجدّه مطلقاً، من دون إضافه الأب أو الأم.

و في رابع: إن ابنتي هلكت، و أمي حيّه، فقال أبان: لا، ليس لأمك شيء، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «سبحان الله، أعطها السدس» (٣).

و في الموثق (٤) و غيره (٥) من المعتبره القريبه من الصحيح: أن رسول

ص: ٣٠٧

١- الفقيه ٢٠٤/٦٨٠، التهذيب ٣١١/١١١٨، الإستبصار ١٦٢/٦١٦، الوسائل ١٣٩:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٢٠ ح ٩.

٢- الأول في الكافي ١١٤/١٢، الوسائل ١٣٦:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٢٠ ح ١. و الآخر في الكافي ١١٤/٧، التهذيب ٣١١/١١١٥، الإستبصار ١٦٢/٦١٤، الوسائل ١٣٧:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٢٠ ح ٢.

٣- الكافي ١١٤/٧، الفقيه ٢٠٤/٦٨١، بتفاوت، التهذيب ٣١٠/١١١٤، الإستبصار ١٦٢/٦١٣، الوسائل ١٣٨:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٢٠ ح ٦.

٤- الكافي ١١٤/١٣، الفقيه ٢٠٥/٦٨٣، التهذيب ٣١١/١١١٦، الوسائل ١٣٧:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٢٠ ح ٣.

٥- الكافي ١١٤/٧، التهذيب ٣١١/١١١٧، الإستبصار ١٦٢/٦١٥، الوسائل ١٣٧:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ٢٠ ح ٤.

اللّٰه (صَلَّى اللّٰه عَلَيْهِ وَآلِهِ) أَطْعَمَ الْجَدَّةَ السُّدُسَ، وَ لَمْ يَفْرَضْ لَهَا شَيْئاً، كَمَا فِي الْأَوَّلِ، وَ فِي غَيْرِهِ: أَطْعَمَهَا طَعْمَهُ.

وَ ظَاهِرُ الْجَمِيعِ عِدَا الصَّحِيحِ الْأَخِيرِ كَوْنُ إِعْطَاءِ السُّدُسِ لِـ عَلِيٍّ جِهَةَ الْمِيرَاثِ، بَلْ عَلَى سَبِيلِ الطَّعْمِ الَّتِي هِيَ فِي اللُّغَةِ بِمَعْنَى الْهَبَةِ، وَ هِيَ غَيْرُ الْإِرْثِ بَلَا شَبَهَةٍ، وَ عَلَيْهَا يَحْمَلُ الصَّحِيحَةُ الرَّابِعَةُ وَ غَيْرُهَا، مِمَّا يَأْتِي إِلَيْهِ الْإِشَارَةُ.

وَ حَيْثُ تَعَيَّنَ كَوْنُهُ طَعْمَهُ لِـ إِرْثاً، ظَهَرَ كَوْنُهُ عَلَى الْإِسْتِحْبَابِ لِـ الْإِيجَابِ؛ لِغَدَمِ قَائِلِ بَوُجُوبِهَا، مَعَ مَنَافَاتِهِ لَمَّا تَقَدَّمَ مِنَ الْأَخْبَارِ الْمَصْرُوحَةِ بِغَدَمِ شَيْءٍ لِلْأَجْدَادِ مَعَ الْأَبْوِينِ وَ الزَّوْجِ، أَوْ أَحَدِهِمَا.

وَ صَرِيحُ الصَّحِيحِينَ الْأَوَّلِينَ غَدَمَ إِخْتِصَاصِ الطَّعْمِ بِأُمِّ الْأَبِ، وَ ثُبُوتِهَا أَيْضاً لِأُمِّ الْأُمِّ.

خِلَافاً لِلْمَحْكِيِّ فِي الْمَخْتَلَفِ وَ التَّنْقِيحِ عَنِ الْحَلْبِيِّ (١)، فَخَصَّهَا بِالْأُولَى.

وَ حِجَّتُهُ عَلَيْهِ غَيْرُ وَاضِحَةٍ، سَيِّمًا فِي مَقَابِلِهِ الصَّحِيحِينَ وَ غَيْرِهِمَا مِنَ الْأَخْبَارِ، مِنْهَا: «الْجَدَّةُ لَهَا السُّدُسُ مَعَ ابْنِهَا وَ مَعَ ابْنَتِهَا» (٢) وَ مِنْهَا: فِي أَبِي بَوِينٍ وَ جَدَّةِ لُؤْمٍ، قَالَ: «لِللَّامِ السُّدُسُ، وَ لِلْجَدَّةِ السُّدُسُ، وَ مَا بَقِيَ وَ هُوَ الثَّلَاثَانُ لِلْأَبِ» (٣).

وَ هَذِهِ النُّصُوصُ وَ إِنْ اخْتَصَّتْ بِذِكْرِ الْجَدَّةِ خَاصَّةً، إِلَّا أَنَّهُ لَا قَائِلَ

ص: ٣٠٨

١- المَخْتَلَفُ: ٧٥٣، التَّنْقِيحُ ١٧٢: ٤، وَ هُوَ فِي الْكَافِي فِي الْفَقْهِ: ٣٧٨.

٢- الْفَقِيهُ ٦٨٥/٢٠٥، التَّهْذِيبُ ١١٢٠/٣١٢، ٩: ١١٢٠، الْإِسْتَبْصَارُ ٦١٨/١٦٣، ٤: ٦١٨، الْوَسَائِلُ ٢٦: ١٤٠، أَبْوَابُ مِيرَاثِ الْأَبْوِينِ وَ الْأَوْلَادِ ب ٢٠ ح ١١.

٣- الْفَقِيهُ ٦٨٤/٢٠٥، التَّهْذِيبُ ١١١٩/٣١٢، ٩: ١١١٩، الْإِسْتَبْصَارُ ٦١٧/١٦٣، ٤: ٦١٧، الْوَسَائِلُ ٢٦: ١٤٠، أَبْوَابُ مِيرَاثِ الْأَبْوِينِ وَ الْأَوْلَادِ ب ٢٠ ح ١٠.

بالفرق بينها وبين الجدِّ في استحباب الطعمه له، وهو كافٍ في التعديهِ.

مضافاً إلى ثبوتها بالأولويه، وكثير من النصوص المصرحه بالجدِّ أيضاً، منها المرسله المرويهِ في الكافي، قال فيه: وقد روى أنّ رسول الله (صلى الله عليه وآله) أطمع الجدِّ والجدّه السدس (١).

ومنها النصوص المرويهِ في التهذيب و بصائر الدرجات، الدالّه على أنّ الله تعالى لم يذكر الجدِّ، ولم يفرض له فرضاً، وإنّما جعل له رسول الله (صلى الله عليه وآله) سهماً، كما في بعض (٢)، أو أطمعه سهماً، كما في آخر (٣)، أو أطمع، من دون ذكر السهم، كما في ثالث (٤)، فأجاز الله تعالى له ذلك.

وقصور الأسانيد أو ضعفها مجبور بعمل الطائفه، والأولويه المتقدمه، فما يوجد في كلام بعض (٥) من الطعن على الأصحاب في إلحاقهم الجدِّ بالجدّه لا وجه له، بل ضعيف غايته.

والسدس في هذه الأخبار وإن كان مطلقاً غير مبين فيه أنّه من الأصل أو من نصيب المُطعم، إلّا أنّ الظاهر منه كما فهمه الأصحاب هو الأوّل.

ص: ٣٠٩

-
- ١- الكافي ١٠/١١٤، الوسائل ١٣٦:٢٦ أبواب ميراث الأبوين والأولاد ب ١٩ ح ٥.
 - ٢- التهذيب ٩:١٤١٧/٣٩٧، الوسائل ١٤٠:٢٦ أبواب ميراث الأبوين والأولاد ب ٢٠ ح ١٣.
 - ٣- بصائر الدرجات: ٣/٣٩٨، الوسائل ١٤٢:٢٦ أبواب ميراث الأبوين والأولاد ب ٢٠ ح ١٦.
 - ٤- بصائر الدرجات: ١٣/٤٠١، الوسائل ١٤٢:٢٦ أبواب ميراث الأبوين والأولاد ب ٢٠ ح ١٧.
 - ٥- انظر المفاتيح ٣:٣٠٣، ٣:٣٠٢.

خلافاً للمحكي عن الإسكافي (١)، فالثاني. ولا دليل عليه سوى الأصل الغير المعارض لما مرّ من الظهور المعتضد بفهم الأكثر. مع أنّ الخبر الأخير في الردّ على الحلبي صريح في ردّه؛ لتصريحه بالثلثين في مقابله السدسين.

واعلم أنّ ما ذكره الماتن هنا من تقييد الحكم بما إذا زاد نصيب المُطعم بقدر السدس فما زاد شيء لم يذكره أحد من الأصحاب عدا الشهيد في اللمعه و الدروس (٢)، وإتّما المشهور كما في المختلف و المسالك و غيرها (٣) تقييده بما إذا زاد نصيبه عن السدس و لو بما دونه.

و تظهر الفائدة في اجتماع الأبوين مع البنت، أو أحدهما مع البنات، فإنّه على القول الأوّل لا يفضل لهما سدس، فلا يستحبّ الطعمه، و على الثاني يزيد نصيبهما عن السدس، فيستحب.

و ليس في شيء من النصوص ما يدل على شيء منهما صريحاً، و لكن يمكن الاستناد إليها لكلّ منهما، مع تأييد الأوّل بالأصل و الاعتبار، و الثاني بقاعده التسامح في أدلّه السنن، و لعلّ هذا أجود، سيّما مع التأييد بكونه الأشهر.

و ربما قيل باستحباب أقلّ الأمرين من الزائد عن السدس و منه (٤).

و لا دليل عليه عدا ضمّ الاعتبار مع الأخبار، و هو ضعيف جدّاً؛ لاتفاق الأخبار على السدس خاصّه، من دون نقيصه.

ص: ٣١٠

١- حكاه عنه في المختلف: ٧٥١.

٢- اللمعه (الروضه البهيه ٨): ١٢٢، الدروس ٣٦٧: ٢.

٣- المختلف: ٧٥١، المسالك ٣٢٦: ٢؛ و انظر الكفايه: ٢٩٧.

٤- قواعد الأحكام ١٧٠: ٢.

و يستفاد من تغيير الماتن التعبير عن السدس في طرف الأمّ بنصف الثلث فما زاد استحباب طعمتها لأبيها و (١) أمّها السدس و ما زاد إن حصل بالردّ، بخلاف الأب، فطعمته لأبويه السدس خاصّه من دون زياده.

و هو شيء لم يقيم عليه في الأخبار دلالة، و لم يذكره أحد من الطائفة فيما أعلمه، و لعلّ ذلك منه مسامحة في التعبير، لا التنبيه على ما مرّ إليه الإشارة.

و لو حصل لأحدهما أي أحد الأبوين نصيبه الأعلى من الثلث فما زاد في الأمّ، و الثلثين في الأب على مختار الماتن، و الزائد على السدس على مختار الأكثر دون الآخر استحباب له طعمه الجدّ و الجدّه بالسدس دون صاحبه الذي لم يحصل له نصيبه الأعلى، أو الزائد عن السدس، فلو كانت الأمّ محجوبه بالإخوة فالمستحب إطعام الأب خاصّه، و لو كان معهما زوج من غير حاجب فالمستحب لها خاصّه، بلا خلاف أجده؛ للأصل، مع اختصاص الأخبار المتقدمه بحكم التبادر و الاعتبار بما إذا كان هناك للمطعم عن نصيبه زياده سدساً أو غيره، و ليس في إطلاق ما دل منها على أنه (صلى الله عليه و آله) أطعم الجدّه السدس، منافاه لذلك؛ لأنه قضيه في واقعه، فلا تعم، بل تحتمل الاختصاص بما ذكرناه، سيّما بعد تصريح جملة منها صحيحه بأنّه أطعمها مع ابنها أو ابنتها، و المتبادر منه إطعامه إياها مع اجتماعها معهما خاصّه، أو مع أحدهما كذلك، و الظاهر أنّ فعله (صلى الله عليه و آله) ذلك إنّما هو في قضيه واحده (٢) فتكون هذه الأخبار مبيّنه لتلك الأخبار المجمله؛ لبيانها نصيب كلّ من الأبوين على ما فيها بحكم التبادر الذي مضى زائداً عن السدس، بل نصيبهما الأعلى، بل فصاعداً أيضاً إن كان

ص: ٣١١

١- في «ب» و «ر»: أو.

٢- في «ب»: قضيه في واقعه.

اجتماع الجدّه فيها مع أحدهما خاصّه.

و من هنا يتّجه ما ذكره الأصحاب من أنّه لا طعمه لأحد الأجداد إلّا مع وجود من يتقرب به من أب أو أمّ، فلا يستحب للأولاد طعمه، و ذلك للأصل، مع اختصاص النصوص المفصّله المبيّنه لفعله الذى هو الأصل فى استحباب الطعمه بإطعامه الجدّه مع حياه ابنها أو ابنتها، و عليه يحمل بعض الأخبار المبيّنه لفعله مجملاً، كما نظيره قد مضى، و لعلّه إلى هذا نظر الشيخ (١) فى استدلاله للحكم هنا بتلك الأخبار المفصّله قاصداً به دفع المقتضى لعموم استحباب الطعمه، و إلّا فليس فيها دلالة على التخصيص، كما ذكره معترضاً عليه فى الكفايه (٢)، هذا.

و ربما يظهر من التنقيح الإجماع فى المسأله، فإنّه قال: يدل على استحباب الطعمه قوله تعالى وَ إِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَ الْيَتَامَىٰ وَ الْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ [١] (٣) و هذا و إن كان عامّاً فى طرفى المُطعم و المُطعم، لكن إجماع الأصحاب و الروايات خصّاه بالمسأله المذكوره (٤).

و أشار بها إلى مسأله الطعمه للأبوين خاصّه المذكوره فى العبارة و نحوها من عبائر الجماعه.

و اعلم أنّ مقتضى الأصل الذى مهّدناه فى هاتين المسألتين لنفى الطعمه اختصاصها فى كلّ من الأبوين بما إذا كان له جدّ واحد أو جدّه، دون ما إذا كانا له معاً؛ لعدم ظهور الأخبار إلّا فى الصوره الأولى خاصّه، فيتمسّك فى نفي الطعمه فى الثانيه إلى الأصل، لكن عدم القائل بالفرق بين

ص: ٣١٢

١- التهذيب ٣١١:٩.

٢- الكفايه: ٢٩٧.

٣- النساء: ٨.

٤- التنقيح الرائع ١٧٢:٤.

الصورتين كافٍ في ثبوتها فيها، مع قوّه احتمال ثبوتها فيها بطريق أولى، لكن مقتضاها كالأجماع استحباب السدس لهما، وحيث لا مرجّح لأحدهما في الاختصاص بالسدس يقسم بالسويه بينهما، ولا زياده عن السدس لهما قطعاً؛ إذ نحن في ويل و عويل في إثبات أصل السدس لهما، فكيف لنا إثبات الزائد عنه أيضاً؟!

الرابعه: شروط حجب الإخوه الأم عن كمال نصيبها

الأول: أن يكونوا أخوين فصاعداً أو أخواً وأختين، أو أربع أخوات فما زاد

الرابعه: الولد الحاجب لكلّ من الأمّ و الزوجين عن كمال نصيبه يشمل ولد الولد و إن نزل، إجماعاً، كما مرّ (١).

قيل: لإطلاق لفظ الولد عليه عرفاً، فيدخل في ظاهر اللفظ (٢). وفيه نظر.

و لخصوص النص: «أولاد الأولاد يحجبون الأبوين و الزوج و الزوجه عن سهامهم الأكثر، و إن سفلوا ببنتين و ثلاثه و أكثر، يرثون ما يرث ولد الصلب، و يحجبون ما يحجب ولد الصلب» (٣).

و قريب منه المعتبره المتقدّمه الدالّه على كون أولاد الأولاد بمنزله آبائهم (٤)، و من حكمهم الحجب، فليكن ذلك حكم أولادهم أيضاً؛ لعموم المنزله.

و في شموله الممنوع من الإرث كالرقيق و جهان: من إطلاق ما دلّ على حجب الولد الشامل لمثله.

و من عموم ما دلّ على كمال النصيب لأهله، مع عدم معلوميه شمول

ص: ٣١٣

١- في ص: ٢٨٣.

٢- قاله الفيض الكاشاني في المفاتيح ٣: ٣٢٦.

٣- الكافي ٧: ٣/٩٧، التهذيب ٩: ١٠٤٣/٢٨٨، الوسائل ٢٦: ١٣٢ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٨ ح ٣.

٤- راجع ص: ٢٨٧، ٢٨٥.

الإطلاق لمثله، سيّما بعد ملاحظه عدم شمول الإخوه الحاجبين للأمّ عن كمال نصيبها لمثله، كما يأتي.

و لعلّ هذا لا يخلو عن قوه (١)، سيّما مع تضمّن بعض النصوص الدالّة على عدم شمولهم له لقوله (عليه السّلام): «الكفّار بمنزله الموتى، لا- يحجبون و لا- يرثون» (٢) فيأثّه يفهم منه أنّ عدم الإرث يجعلهم في حكم الموتى، فوجودهم كعدمهم، و هو جارٍ هنا، فتأمل جدّاً. و لا يحجب الإخوه الأمّ عن كمال نصيبها إلّا بشروط أربعة بل خمس، مشهوره:

الأوّل: أن يكونوا أخوين فصاعداً أو أخواً و أختين، أو أربع أخوات فما زاد و هم يحجبون دون غيرهم، بلا خلاف، بل عليه الإجماع ممّا في كثير من العبارات (٣)، و هو الحجه الصارفة للآيه (٤) عن ظاهرها.

مضافاً إلى المعتبره المستفيضه جدّاً، ففي الصحيح: «لا يحجب الأمّ عن الثلث إذا لم يكن ولد إلّا الأخوان، أو أربع أخوات» (٥).

و فيه: «إذا ترك الميت أخوين فهم إخوه مع الميت، حجبا الأمّ، و إن كان واحداً لم يحجب الأمّ» و قال: «إذا كنّ أربع أخوات حجبن الأمّ عن الثلث؛ لأنهنّ بمنزله الأخوين، و إن كنّ ثلاثاً لم يحجبن» (٦).

ص: ٣١٤

١- في «ب»: قرب.

٢- الفقيه ٧٧٨/٢٤٣: ٤، الوسائل ١٢٥: ٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٥ ح ٢.

٣- المسالك ٣١٧: ٢، مجمع الفائدة و البرهان ٥٥٤: ١١، المفاتيح ٣٢٧: ٣، كشف اللثام ٢٨٧: ٢.

٤- النساء: ١١.

٥- الكافي ٧: ٤/٩٢، التهذيب ٩: ١٠١٩/٢٨٢، الإستبصار ٤: ٥٢٧/١٤١، الوسائل ١٢١: ٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١١ ح ٤.

٦- الكافي ٧: ٢/٩٢، التهذيب ٩: ١٠١٥/٢٨١، الإستبصار ٤: ٥٢٤/١٤١، الوسائل ١٢٠: ٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١١ ح ١.

و فى الموتق: «لا يحجب الأم عن الثلث إلّا الأخوان، أو أربع أخوات لأبٍ و أم، أو لأب» (١).

و الحصر فيه و فى الأوّل إضافى، بدلاله الإجماع، و الصحيح الثانى و غيره ممّا دلّ على حجب الأخ و الأختين، كالخبر المروى فى الفقيه، و فيه:

«لا- يحجبها إلّا أخوان أو أخ و أختان، أو أربع أخوات لأب، أو لأبٍ و أم، [أو (٢)] أكثر من ذلك، و المملوك لا- يحجب، و لا يرث» (٣).

و فى آخر مروى عن تفسير العياشى: «لا يحجب عن الثلث الأخ و الأخت حتى يكونا أخوين، أو أخاً و أختين» (٤) الخبر.

و من هنا يظهر فساد ما قيل على الأصحاب من أنّ روايات الباب لا تدلّ على حجب ذكر و امرأتين، و أنّ الخبرين المتقدمين المتضمنين للحصر يدلان على خلافه (٥).

و فيه أيضاً أنّه يمكن استفاده حجب الذكر و المرأتين من المنزله المستفاده من الصحيحه الثانيه، فإنّ فيها أنّ الأربع أخوات بمنزله الأخوين، فالثنتان بمنزله أخٍ واحد، فهما مع أخٍ واحد كالأخوين.

الثانى أن يكونوا لأبٍ و أمّ أو للأب

الثانى: أن يكونوا لأبٍ و أمّ، أو للأب فلا يحجب كلاله الأمّ،

ص: ٣١٥

١- الكافى ٧: ٥/٩٢، التهذيب ٩: ١٠١٧/٢٨١، الإستبصار ٤: ٥٢٦/١٤١، الوسائل ٢٦: ١٢٠ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١١ ح ٣.

٢- فى النسخ: و، ما أثبتناه من المصادر.

٣- الفقيه ٤: ٦٧٤/١٩٨، الوسائل ٢٦: ١٢٣ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٣ ح ١.

٤- تفسير العياشى ١: ٥٢/٢٢٦، الوسائل ٢٦: ١٢٢ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١١ ح ٧.

٥- قاله السبزوارى فى الكفايه: ٢٩٣.

بلا خلاف، بل عليه الإجماع في عبائر جماعه (١)، وهو الحجه.

مضافاً إلى المعبره المستفيضه، المتقدّم إلى جمله منها الإشاره، و منها زياده عليها الخبر المتقدّم روايته عن الفقيه، وفيه: «و لا يحجب الأمّ عن الثلث الإخوه و الأخوات من الأمّ ما بلغوا». و في موقف زراره: «و أمّا الإخوه لأمّ ليسوا لأبّ فإنّهم لا يحجبون الأمّ عن الثلث» (٢).

و في ثالث في تفسير الكلاله الحاجبه: «أولئك الإخوه من الأب، فإذا كان الإخوه من الأمّ لم يحجبوا الأمّ عن الثلث» (٣).

و في القوى: رجل مات و ترك أبويه و إخوه لأمّ، قال: «اللّه سبحانه أكرم من أن يزيدّها في العيال، و ينقصها من الثلث» (٤).

الثالث: مع وجود الأب فلا يحجبون مع موته

الثالث: ما أشار إليه بقوله: مع وجود الأب فلا يحجبون مع موته، على الأظهر الأشهر، بل عليه عامّه من تقدّم و تأخّر، إلّا الصدوق (٥) «مع تأمل فيه، كما سيظهر.

قيل: لظاهر الآيه فإنّ لم يكن له ولد و ورثه أبواه فلأمّه الثلث [١]

ص: ٣١٤

١- لاحظ المسالك ٢: ٣١٨، المفاتيح ٣: ٣٢٧، كشف اللثام ٢: ٢٨٨.

٢- الكافي ٧: ١/٩٢، التهذيب ٩: ١٠١٣/٢٨٠، الوسائل ١١٧/٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٠ ح ٤.

٣- الكافي ٧: ٧/٩٣، التهذيب ٩: ١٠١٤/٢٨٠، الوسائل ١١٧/٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٠ ح ٢.

٤- التهذيب ٩: ١٠٢٦/٢٨٤، الوسائل ١١٨/٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٠ ح ٥.

٥- الفقيه ٤: ١٩٨.

فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ الشُّدُسُ [١] (١) لدلالته على أنّ حجبهم لها فيما إذا ورثه أبواه، فلا يثبت الحجب مع فقد الأب (٢).

و فيه نظر؛ لعدم استفادة الاشتراط منها، بل غايتها الاختصاص بالحجب في حياه الأب، فلا يدل عليه.

نعم يصلح ما ذكر ردّاً على من يستدل بعمومها؛ لعدم الاشتراط.

و الأجدود الاستدلال عليه بالنصوص، منها الصحيح: «إن مات رجل، و ترك أمّه و إخوه و أخوات لأب و أمّ، و إخوه و أخوات لأب، و إخوه و أخوات لأمّ، و ليس الأب حيّاً، فإنّهم لا يرثون، و لا يحجبونها؛ لأنّه لم يورث كلاله» (٣).

و منها الخبر: «الأم لا تنقص عن الثلث أبداً إلّا مع الولد، أو الإخوه إذا كان الأب حيّاً» (٤) و نحوه غيره (٥).

و قصور السند مجبور بعمل الأكثر، مع اعتباره في نفسه، و اعتضاد الحكم بما يستفاد من النصوص من أنّ علّه الحجب التوفير على الأب.

و قال الصدوق في الفقيه: لو خلف زوجها و أمّها و إخوه فللأم السدس، و الباقي يردّ عليها.

ص: ٣١٧

١- النساء: ١١.

٢- قاله المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة و البرهان ٥٥٣: ١١.

٣- الكافي ٧: ١/٩١، التهذيب ٩: ١٠١٣/٢٨٠، الإستبصار ٤: ٥٤٥/١٤٥، الوسائل ٢٦: ١٢٣ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٢ ح ٣.

٤- التهذيب ٩: ١٠٢٠/٢٨٢، الوسائل ٢٦: ١٢٢ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٢ ح ١.

٥- الكافي ٧: ٤/٩٢، التهذيب ٩: ١٠١٩/٢٨٢، الإستبصار ٤: ٥٢٧/١٤١، الوسائل ٢٦: ١٢١ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١١ ح ٤.

و ظاهره الحجب هنا، و هو شاذّ، و دليله غير واضح إلّا ما استدل به من ظاهر عموم الآيه، و قد عرفت جوابه.

نعم له خبران يقربان من الصحة، إلّا أنّهما متروكان بالإجماع؛ لاشتغالهما على إرث الإخوة مع الأم، و حملاً على التقيه، أو إلزامهم بمعتقدهم، بمعنى: أنّ الأمّ لو كانت ترى ذلك جاز للأخوات إلزاماً لها بمعتقدها، هذا.

و أرى النزاع هنا لفظياً، كما صرح به في الدروس و المختلف (١)، قال: و لا منازعه هنا في الحاصل لها بالردّ و التسميه؛ لأنّ الباقي كلّها لها، و إنّما النزاع في التقدير، فعندنا لها الثلث؛ لقوله تعالى وَ وَرَثَةُ أَبَوَاهُ فَلِأُمَّهِ الثُّلُثُ [١] (٢) ثم قال: فإنّ اعتراض بقوله تعالى فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ السُّدُسُ [٢] (٣) أجبتنا بأنّ شرط حجب الإخوة وجود الأب، و الأب هنا مفقود.

و يستفاد منه الاتفاق حتى من الصدوق على اعتبار هذا الشرط، و يعضده تصريح الصدوق بما علّل به الحجب في النصوص، فقال: و إنّما حجبتوا الأمّ عن الثلث؛ لأنّهم في عيال الأب، و عليه نفقتهم، فيحجبون، و لا يرثون (٤).

و لعلّه لذا لم ينسبه كثير إلى المخالفه هنا، و يحتمل لقله الثمره فيها؛ لما عرفت من أنّها لفظيه لا فائده لها إلّا نادره فرضيه.

ص: ٣١٨

١- الدروس ٢٥٦:٢، المختلف: ٧٣٩.

٢- النساء: ١١.

٣- النساء: ١١.

٤- الفقيه ١٩٧:٤.

و الرابع: أن يكونوا غير كفره و لا أرقاء

و الرابع: أن يكونوا غير كفره و لا أرقاء إذا كانت الأم مسلمة حره، إجماعاً، كما حكاه جماعة (١)، و هو الوجه.

مضافاً إلى المعتبره المستفيضه، منها زياده على ما مرّ إليه الإشاره الصحيح: عن المملوك و المشرك، يحجبان إذا لم يرثا؟ قال: «لا» (٢).

و الموثقان: عن المملوك و المملوكه هل يحجبان إذا لم يرثا؟ قال:

«لا» (٣).

و فى الخبر: «المسلم يحجب الكافر، و يرثه، و الكافر لا يحجب المسلم، و لا يرثه» (٤).

و فى آخر «الكفار بمنزله الموتى، لا يحجبون، و لا يرثون» (٥).

و قصور سندهما كدلاله الجميع من حيث احتمالها كون المراد الحجب عن أصل الإرث خاصه، لا- عن الزائد عن كمال النصيب، فيكون المراد بالحجب فيها حجب حرمان لا حجب نقصان مجبور بعمل الأصحاب و فهمهم.

مع أنّ قصور الدلاله إنّما هو عن الصراحه، و إلّا فالظهور موجود؛

ص: ٣١٩

-
- ١- منهم الشيخ فى الخلاف ٤:٣٣، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢:٢٨٨، و الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣:٣٢٧.
 - ٢- التهذيب ١٠٢٧/٢٨٤:٩، الوسائل ١٢٤:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٤ ح ١.
 - ٣- الفقيه ٧٩٨/٢٤٧:٤، التهذيب ١٠٢١/٢٨٢:٩، الوسائل ١٢٤:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٤ ح ٢، ٣.
 - ٤- الكافى ٥/١٤٣:٧، الفقيه ٧٨٣/٢٤٤:٤، الوسائل ١٢٤:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٥ ح ١.
 - ٥- الفقيه ٧٧٨/٢٤٣:٤، الوسائل ١٢٥:٢٦ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٥ ح ٢.

للإطلاق و العموم، و هو كافٍ، سيّما مع عدم عموم في الإخوة الحاجبه في الآيه، و إنّما هي مطلقه غير معلومه الشمول لمثل الإخوة في المسأله، هذا.

مع أنّ عطف عدم الحجب على عدم الإرث في جمله منها ربما يدل على أنّ المراد بالحجب حجب نقصان لا حجب حرمان، و إنّما فعدم الإرث يستلزم عدمه بالمعنى الثاني، فلا فائده في العطف إلّا التأكيد، و التأسيس أرجح منه.

و من هنا ربما يظهر أنّ المراد بالحجب حيث يطلق في الأخبار الحجب بالمعنى الأوّل لا الثاني، فتدبر، و بمجموع ما ذكرنا لا يبقى إشكال أصلاً، و الحمد لله.

و في حجب الإخوة القتل لأخيهم المورث امه عن كمال النصيب قولان: أشبههما و أشهرهما عدم الحجب للإجماع المحكى في الخلاف عن الطائفة، بل قال: من الأمه، و ابن مسعود خالف فيه، و قد انقرض خلافه (١). هذا.

مضافاً إلى الاعتضاد بما قدّمناه في عدم حجب الولد من المؤيّدات، بل الأدله، قيل: لمشاركه القاتل مع الكافر و المملوك في العله الموجبه للحكم (٢).

خلافاً للصدوق و العماني (٣)، فيحجبون، و نفى عنه البأس في المختلف (٤)؛ لعموم الآيه، و صدق الإخوة على القاتل، و منع التعدي، فإنّ

ص: ٣٢٠

١- الخلاف ٤:٣٣.

٢- قاله الشهيد الثاني في المسالك ٢:٣١٨.

٣- الفقيه ٤:٢٣٤، و حكاه عن العماني في المختلف: ٧٤٣.

٤- المختلف: ٧٤٣.

العلة ليست منصوصة بل مستنبطه، فيكون الإلحاق بها قياساً لا يقول به الأصحاب، و منع الإجماع لمخالفة القديمين.

و في الجميع نظر يظهر وجهه بعد تميم الإجماع بمنع منعه بمخالفتهما؛ لشذوذهما، مع معلوميه نسبهما، فلا يقدح خروجهما في انعقاد الإجماع إجماعاً مئاً، بل و أكثر من خالفنا أيضاً؛ نظراً إلى حصول اتفاق الكلّ بعد عصرهما، بل و قبلهما، فتأمل جدّاً.

و به يخصّص العموم على تقديره، مع إمكان القدح فيه بعدم عموم في الإخوة و إنّما هو جمع منكر في سياق الإثبات لا يفيد لغه، على الأشهر الأقوى، فهو مطلق، و في شموله لمثل الإخوة القتل مناقشه، أو شك و ريبه، فيبقى عموم ما دل على ثبوت الثلث للآم من الكتاب و السنّه سليماً عمّا يصلح للمعارضه.

و أمّا العلة المستنبطه فهي و إن لم تكن حجه إلّا أنّها مؤيّده، سيّما بعد اجتماعها مع المؤيّدات المتقدّمه في عدم حجب الولد، بل لا يبعد جعل مجموعها حجه، سيّما بعد الاعتضاد بالشهره العظيمه المحققه و المحكيه في كلام جماعه حدّ الاستفاضه، و منهم الفاضل في المختلف، و جعلها على المختار حجه، فقال في الاستدلال: لنا أنّه المشهور بين علمائنا، فيتعيّن العمل به (1). و هو ظاهر في بلوغها حدّ الإجماع، و إلّا لما استدل بها؛ إذ ليس من طريقته جعل الشهره حجه في مقام أصلاً، و لو لا نفيه البأس عن القول الثاني أخيراً لكان استدلاله المزبور بالشهره في انعقاد الإجماع ظاهراً، بل صريحاً.

ص: ٣٢١

و الخامس أن يكونوا منفصلين بالولادة، ف لا يكفي كونهم حملاً بلا خلاف ظاهر، إلا من الماتن في الشرائع (١)، فتردد فيه أولاً: من العموم، و أصاله عدم اشتراط الانفصال.

و من الخبر: «إنّ الطفل و الوليد لا- يحجب، و لا يرث، إلا ما آذن بالصراخ، و لا شيء أكثه البطن و إن تحرّك، إلا ما اختلف عليه الليل و النهار» (٢) و انتفاء العله المنصوصه لحجبهم، و هي إنفاق الأب عليهم.

و لكن جعل هذا أظهر ثانياً، و هو كذلك و إن كان في الدليل الأخير نظر لانجبار ضعف الخبر بالعمل، و منع العموم؛ لفقد اللفظ الدالّ عليه، و إنّما غايته الإطلاق، و في شموله لمثل الحمل شكّ و نظر، سيّما بعد ملاحظه منعه عن الإرث و إن عزل له نصيب حتى يظهر.

و ليس في اعتبار الإيذان بالصراخ في الخبر اشتراط له فيخالف الإجماع من هذا الوجه فلا يمكن الاستدلال به؛ لوروده مورد الغالب في تولّد الحمل و مجيئه، فلا- عبره بمفهومه، كما هو الحال في نظائره، فيكون المراد منه الكنايه عن اعتبار حياته دون صراخه الحقيقي.

و من هنا اشترط الشهيدان في الدروس و الروضه (٣) سادساً، و هو كونهم عند موت المورث أحياء، و إلا فلو كان بعضهم ميتاً أو كلّهم عنده لم يحجب، و كذا لو اقترن موتهما، أو اشتبه المتقدم منهما و المتأخر.

و توقّف في الدروس لو كانوا غرقى، من حيث إنّ فرض موت كلّ

ص: ٣٢٢

١- الشرائع ٤:١٩.

٢- الفقيه ٤:٦٧٤/١٩٨، التهذيب ٩:١٠٢٢/٢٨٢، الوسائل ٢٦:١٢٣ أبواب ميراث الأبوين و الأولاد ب ١٣ ح ١.

٣- الدروس ٢:٣٥٧، الروضه ٨:٦٣.

واحد منهما يستدعى كون الآخر حياً، فيتحقق الحجب، و من عدم القطع بوجوده و الإرث حكم شرعى، فلا يلزم منه اطراد الحكم بالحياه، قال: و لم أجد فى هذا كلاماً لمن سبق.

و قوّى فى الروضه عدم الحجب؛ للشك، و الوقوف فيما خالف الأصل على مورد.

أقول: و منه يظهر الوجه فى اشتراط أصل هذا الشرط، و مرجعه إلى عموم ما دل على فرض النصيب الأكمل، و منع عموم الإخوه؛ للشك فى شموله للميت منهم. و هو حسن، كما مرّ، بل جريان منع العموم هنا أظهر؛ لتبادر الأحياء من الإخوه دون الأموات.

و منه يظهر الوجه فى اشتراط الثانى منهما فى الروضه (1) سابغاً، و هو المغايره بين الحاجب و المحجوب، فلو كانت الأم أختاً لأب فلا حجب، كما يتفق فى المجوس، أو الشبهه بوطء الرجل ابنته، فولدها أخوها لأبيها.

و فيما صرح به الشهيدان فى الكتابين (2) من عدم حجب الإخوه للأب المنفيتين عنه بالملا عنه؛ مضافاً إلى ما دل على اشتراط كونهم للأب، فإنّ المتبادر منه كونهم له شرعاً، و هو منتفٍ عنهم، و إن كانوا له فى نفس الأمر، و لذا لا توارث بينه و بينهم، كما يأتى.

و منه أيضاً يظهر عدم حجب الأولاد للأب و الزوجين عن كمال النصيب إذا كانوا كذلك.

و اعلم أنّ أولاد الإخوه لا يحجبون هنا، و إن حجّبوا من كان أبعد

ص: ٣٢٣

١- الروضه ٨:٦٤.

٢- الدروس ٢:٣٥٧، الروضه ٨:٦٢.

عنهم بمرتبه، كما صرّح به جماعه (١) من غير خلاف بينهم أجده؛ أخذاً بعموم ما دل على كمال النصيب، واختصاص ما دل على الحجب عنه بالإخوه بهم دون أولادهم؛ لعدم صدق الإخوه عليهم حقيقه، وإلحاقهم بهم فى حجب الحرمان، وبالأولاد فيه وفى حجب النقصان قياس فاسد فى الشريعه.

المرتبه الثانيه الإخوه مطلقاً، ويعبّر عنهم بالكلاله و الأجداد

اشاره

المرتبه الثانيه الإخوه مطلقاً، ويعبّر عنهم بالكلاله و الأجداد كذلك.

اعلم أنه إذا لم يكن للميت أحد الأبوين، ولا ولد و إن نزلوا أو كانوا ممنوعين عن إرثه فالميراث للإخوه له، و أولادهم و إن نزلوا، بشرط الأقرب فالأقرب و الأجداد و إن علوا مرتبين مطلقاً، انفردوا أو اجتمعوا، لأب و أمّ كانوا أم لأمّ، أم لأب، على تفصيل يأتي ذكره إن شاء الله تعالى.

فالأخ الواحد للأب و الأمّ يرث المال و يحوز كلّه بالقراه و كذا الإخوه المتعدّدون لهما.

و الأخت كذلك، إلّا أنّها إنّما ترث النصف بالتسميه، و الباقي بالردّ عليها، دون العصبه بالقراه، بخلاف الإخوه، فإنّهم يحوزون الجميع بها خاصه.

و للأختين فصاعداً لهما الثلثان بالتسميه، و الباقي بالردّ

ص: ٣٢٤

١- منهم المحقق فى الشرائع ٤:١٩، و الشهيد الثانى فى المسالك ٢:٣١٨، و السبزوارى فى الكفايه: ٢٩٣.

و لو اجتمع الإخوه و الأخوات لهما كان المال بينهم، للذكر سهمان، و للأُنثى سهم و للواحد من ولد الأم السدس بالتسميه، مطلقاً ذكراً كان أو أنثى و الباقي بالقرايه.

و للثنين فصاعداً من ولدها الثلث بالتسميه، و الباقي بالقرايه، يقتسمونه بينهم بالسويه مطلقاً ذكراً كانوا أو إناثاً أو ذكراً و إناثاً. و لا يرث مع الإخوه و الأخوات للأب و الأم، و لا مع أحدهم أحد من ولد الأب خاصه، لا من الفريضة و لا من القرايه مطلقاً، اجتمعوا مع كلاله الأم أيضاً أم لا، بلا خلاف أجده، بل عليه الإجماع فى كلام جماعه (١)، و منهم الفضل بن شاذان من قدماء الطائفه (٢)، و هو الحجه المخصّصه لعمومات الإرث بالقرايه و الفريضة من الكتاب و السنّه.

مضافاً إلى المعبره، منها النبوى و المرتضى: «أن أعيان بنى الأم أحق بالميراث من ولد العلات» (٣).

و الأعيان: الإخوه لأبٍ واحد و أمٌ واحده، مأخوذه من عين الشىء، و هو النفيس منه، و بنو العلات: هم لأبٍ واحد و أمهات شتى؛ لأن الذى

ص: ٣٢٥

-
- ١- كالمفيد فى المقنعه: ٦٨٩، و ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٧، و الأردبيلى فى مجمع الفائده و البرهان ١١: ٣٩٠، و الهندى فى كشف اللثام ٢: ٢٩٢.
 - ٢- حكاه عنه فى الكافى ٧: ١٠٥.
 - ٣- الأوّل فى: الفقيه ٤: ٦٧٥/١٩٩، الوسائل ٢٦: ١٨٣ أبواب ميراث الأخوه و الأجداد ب ١٣ ح ٤. و الثانى فى: التهذيب ٩: ١١٧٢/٣٢٦، الإستبصار ٤: ٦٤٤/١٧٠، الوسائل ٢٦: ١٨٣ أبواب ميراث الاخوه و الأجداد ب ١٣ ح ٣.

تزوجها بعد اولى قد كان ناهلاً؛ لأنّ النهل شرب الإبل الماء أولاً ثم يترك حتى يسرى في عروقه و يشرب مرّه أخرى، و هذا الشرب علل بعد نهل، فكأنّ من تزوّج بأُمّهم بعد اخرى نهل بالأولى ثم علّ بالثانيه.

و الخبر: «أخوك لأبيك و أمّك أولى بك من أخيك لأبيك، و ابن أخيك لأبيك و أمّك أولى بك من ابن أخيك لأبيك»
(١).

و إرسال الأوّل كقصور سند الثاني بالعمل مجبور، فلا إشكال فيه.

لكن يقومون أى إخوه الأب مقامهم أى مقام إخوه الأب و الأمّ عند عدمهم أو منعهم عن الإرث و يكون حكمهم فى الانفراد و الاجتماع بعضهم مع بعض، أو مع كلاله الأمّ ذلك الحكم الذى ذكر فى الإخوه لهما، إجماعاً؛ للعمومات، و النصوص المستفيضة.

فلو انفرد الأخ أو الأخت للأب حاز المال كله، لكن الأوّل جميعه بالقرابه، و الثانيه النصف بها و الباقي بالتسميه.

و كذا الإخوه و الأخت المتعدّون، لكن فريضتهنّ الثلثان، و الباقي بالقرابه، و يقتسمونه بالسويه مع التساوى فى الذكوريه و الأنثويه، و بالتفاوت مع الاختلاف فيهما للذكر مثل حظّ الأنثيين.

هذا حكم انفرادهم عن باقى الكلالات للأبوين أو للأمّ.

و أمّياً حكم اجتماعهم معها فهو أنّه لو اجتمع الكلالات الثلاث كان لولد الأمّ خاصّه السدس إن كان واحداً، و الثلث إن كانوا أكثر، و الباقي لولد الأب و الأمّ معاً مطلقاً، ذكراً كان أو أنثى، واحداً أو متعدّداً و يسقط معهم أولاد الأب خاصّه، كما مرّ.

ص: ٣٢٤

فإن أبقت الفريضة و زادت التركة عن السهام، بأن كان كلاله الأبوين أختاً خاصّة مطلقاً، أو أختين كذلك مع واحد من كلاله الأمّ فالردّ على كلاله الأب و الأمّ خاصّه، على الأشهر الأظهر، بل عليه عامّه من تأخّر، و في السرائر بل في كلام جماعه كما في المسالك، بل في كلام أكثر علمائنا كما في المختلف الإجماع عليه (١)، و هو الحجه.

مضافاً إلى المعبره المستفيضه، منها زياده على ما يأتي من فحوى المعبره، و صريح بعضها الصحيح: ما تقول في امرأ ماتت، و تركت زوجها، و إختوها لأمّها، و إخوه و أخوات لأبيها؟ قال: «للزوج النصف ثلاثه أسهم، و لإختوها لأمّها الثلث سهمان، الذكر و الأنثى فيه سواء، و بقى سهم، فهو للإخوه و الأخوات من الأب، للذكر مثل حظّ الأنثيين؛ لأنّ السهام لا تعول، و أنّ الزوج لا ينقص من النصف، و لا-الإخوه من الأمّ من ثلثهم؛ لأنّ الله عزّ و جلّ يقول فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث [١] (٢) و إن كان واحداً فله السدس، و إنّما عنى الله تعالى في قوله و إنّ كان رجلاً يورث كلاله أو امرأه و له أخ أو أخت فلكل واحد منهما الشدس [٢] (٣) إنّما عنى الله تعالى بذلك الإخوه و الأخوات من الأمّ خاصّه و قال في آخر سورة النساء يسيئتمونك قبل الله يفتيكم في الكلاله إن امرؤ هلك ليس له ولد و له أخت [٣] يعنى بذلك: أختاً لأب و أمّ، أو أختاً لأب فلها نصف ما ترك [٤] - و إنّ كانوا إخوة رجالاً و نساءً فللذكر مثل حظّ الأنثيين [٥] (٤) فهم الذين يزدون و ينقصون» قال: «و لو أنّ امرأه

ص: ٣٢٧

١- السرائر ٣: ٢٦٠، المسالك ٢: ٣٢٧، المختلف: ٧٣٨.

٢- النساء: ١٢.

٣- النساء: ١٢.

٤- النساء: ١٧٦.

تركت زوجها، وأختيها (١) لأمها، وأختيها لأبيها، كان للزوج النصف: ثلاثة أسهم، وأختيها لأمها (٢) الثلث، وأختيها لأبيها السدس: سهم، وإن كانت واحدة فهو لها؛ لأن الأختين من الأب لا يزدون على ما بقي، ولو كان له أخ لم يزد على ما بقي» (٣) ونحوه بعينه إلّا في يسير الحسن (٤).

وإنما ذكرناه بطوله لتكفله لبيان كثير مما سبق من الأحكام، وتفسيره الكلايتين في الآيتين بما فسّرهما به المفسرون، وبيانه حكم ما إذا عالت الفريضة بمزاحمة الزوج أو الزوجه من ردّ النقص على الأخوات من الأب خاصه، وقد تركه الماتن هنا اتكالا على ما قدّمه من بطلان العول والعصبه.

ووجه دلالة على الحكم في المسألة الحصر المستفاد من قوله (عليه السلام):

«فهم الذين يزدون و ينقصون». وقريب منهما فيه بعض المعتبره، كالموثقه بالحسن بن علي، عن عبد الله بن المغيرة المجمع على تصحيح ما يصح عنه، وفيه قلت لزراره:

إنّ بكبيراً حدثني عن أبي جعفر (عليه السلام) أنّ الأخت للأب والأخوات للأب والأم يزدون و ينقصون؛ لأنهنّ إلى أن قال فقال زراره: وهذا قائم عند أصحابنا، لا يختلفون فيه (٥). و ظاهره إجماع قدماء الرواه والأصحاب على

ص: ٣٢٨

١- في المصادر: وإخوتها.

٢- في المصادر: وللإخوه من الأم.

٣- الكافي ٧: ٣/١٠١، التهذيب ٩: ١٠٤٥/٢٩٠، الوسائل ٢٦: ١٥٤ أبواب ميراث الإخوه والأجداد ب ٣ ح ٢.

٤- الكافي ٧: ٥/١٠٣، الوسائل ٢٦: ١٥٧ أبواب ميراث الأخوه والأجداد ب ٣ ذيل الحديث ٣.

٥- الكافي ٧: ٧/١٠٤، التهذيب ٩: ١١٤٨/٣١٩، الوسائل ٢٦: ١٥٢ أبواب ميراث الإخوه والأجداد ب ٢ ح ٢.

ذلك.

و هذا الخبر و إن لم يتضمّن الحصر، إلّا أنّ السياق قريب منه فى الدلالة.

مضافاً إلى أنّ كبيراً الراوى لهذا هو الذى روى الحسن المتقدم، و الظاهر اتحادهما.

فقول الفضل بن شاذان و العمانى بالردّ عليهم جميعاً على قدر أنصباهم (١) ضعيف، سيّما مع شدوذه كما فى المسالك (٢)، و عدم وضوح مستنده عدا ما يتخيّل من التساوى فى القرب، و عدم أولويّه بعض على بعض، و هو بعد تسليمه اجتهاد فى مقابله النص، فلا يعتبر.

و لو أبقت الفريضة مع ولد الأمّ و ولد الأب بعد اجتماعهما فى الردّ على قرابه الأب خاصّه، أو عليهما قولان مشهوران أحدهما قول الصدوق و الشيخين و أتباعهما و أكثر المتأخّرين كما فى المسالك و غيره (٣): إنّه يردّ على كلاله الأب خاصّه؛ للموثق: فى ابن أُختٍ لأب و ابن أُختٍ لأمّ، قال: «لابن الأخت للأمّ السدس، و لابن الأخت للأب الباقي» (٤) و هو يستلزم كون الأمّ كذلك؛ لأنّ الولد إنّما يرث بواسطتها.

ص: ٣٢٩

١- حكاها عنهما فى المختلف: ٧٢٨، و الدروس ٢: ٣٦٨.

٢- المسالك ٢: ٣٢٧.

٣- الصدوق فى المقنع: ١٧٢، المفيد فى المقنعه: ٦٩١، الطوسى فى النهايه: ٦٣٨، و تبعهما ابن البراج فى المهذب ٢: ١٣٨، و أبو الصلاح فى الكافى: ٣٧٢، و ابن حمزه فى الوسيله: ٣٨٩، و نجيب الدين فى الجامع للشرائع: ٥١٣، المسالك ٢: ٣٢٧، الكفايه: ٢٩٨.

٤- التهذيب ٩: ١١٥٧/٣٢٢، الإستبصار ٤: ٦٣٧/١٦٨، الوسائل ٢٦: ١٦٢، أبواب ميراث الاخوه و الأجداد ب ٥ ح ١١.

ولأنَّ النقص يدخل عليهم بمزاحمه الزوج أو الزوجه، دون كلاله الأم، إجماعاً، و من كان عليه الغرم فله الغنم، و ذلك: مثل أخت لأب مع واحد أو اثنتين فصاعداً من ولد الأم، أو أختين للأب مع واحد من ولد الأم فيحوز كلاله الأم السدس، أو الثلث، على تقدير التعدد فرضاً، و الباقي مطلقاً للأخت و الأختين فرضاً و ردّاً.

و القول الآخر: إنّه يردّ على الفريقين بنسبه مستحقهما أرباعاً في الفرض الأوّل، و أخماساً في الأخيرين.

و هو أشبه عند الماتن هنا و في الشرائع و الفاضل في أحد قوليه (١)، وفاقاً للإسكافي و الحلبي و المبسوط (٢)؛ لتساويهما في المرتبه، و فقد المخصّص؛ استضعافاً للروايه، فإنّ في طريقها على بن فضال، و هو فطحى، و منع اقتضاء دخول النقص الاختصاص بالردّ؛ لتخلّفه في البنت و الأبوين.

و هو حسن لولا ورود النصّ المعبر بالاختصاص، و ضعف السند ممنوع؛ لوثاقه على بتصريح العدول من أرباب الرجال بها (٣)، و مع ذلك معتضده بالشهره (٤) المحقّقه و المحكيه، بل ظاهر الكليني في باب بيان الفرائض دعوى الإجماع، فإنّه قال: و الإخوه و الأخوات من الأم لا يزدون على الثلث، و لا ينقصون من السدس، و الذكر و الأنثى فيه سواء، و هذا كلّ

ص: ٣٣٠

١- الشرائع ٤:٢٨، التحرير ٢:١٦٤.

٢- حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٧٣٨، الحلبي في السرائر ٣:٢٦٠، المبسوط ٤:٧٣.

٣- رجال الكشي ٢:٨١٢، رجال النجاشي: ٦٧٦/٢٥٧، الفهرست: ٣٨١/٩٢.

٤- في «ر» زياده: العظيمه.

مجمع عليه (١).

و هو كما ترى عامّ يشمل محلّ النزاع، هذا.

مضافاً إلى مفهوم الحصر و ما يقرب منه في النصوص الصحيحة المتقدّمة، التي هي العمده في ثبوت الحكم المشهور في المسأله السابقه.

مع تأييد الجميع بما في بعض المعترضه من قوله (عليه السلام): «و أخوك لأبيك أولى بك من أخيك لأُمِّك» (٢) بناءً على ما ذكره بعض المحدثين في توجيهه نظراً إلى مخالفه ظاهره الإجماع من أنّ وجهه أنّ له ما بقى إن كان ذكراً و يردّ عليه خاصه إن كان أنثى (٣). فتأمل جدّاً. و أصرح من الجميع المرسله المرويّه في مجمع البيان، فإنّ فيها:

«و يصح اجتماع الكلالين معاً؛ لتساوى قرابتهما، و إذا فضلت التركه يردّ الفاضل على كلاله الأب و الأُمّ، أو الأب دون كلاله الأُمّ» (٤) فإذا القول الأوّل أقوى.

و للجدّ المال كلّّه إذا انفرد مطلقاً لأبٍ كان أو لأُمّ، و كذا الجدّه المنفرده، ترثه مطلقاً.

و لو اجتمع جدّ و جدّه، فإن كانا معاً لأبٍ فلهما المال كلّّه، يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظّ الأنثيين، و إن كانا معاً لأُمّ فالمال لهم يقتسمونه بينهم بالسويه بلا خلاف في شيء من ذلك أجده، و به صرّح جماعه (٥)، و هو الحجّه.

ص: ٣٣١

١- الكافي ٧: ٧٤.

٢- الكافي ٧: ١٧٦، الوسائل ١٧١: ٢٦ أبواب ميراث الأخوه و الأجداد ب ٧ ح ٤.

٣- الوسائل ١٧١: ٢٦ ذيل الحديث ٤.

٤- مجمع البيان ٢: ١٨.

٥- منهم السبزواري في الكفايه: ٢٩٨، و انظر مجمع الفائده و البرهان ١١: ٣٩٥.

مضافاً إلى عموم أدلّة الإرث بالقرابه من الكتاب و السنّه، التي هي المستند أيضاً في إرث الأخوات و الإخوه، بل جميع أهل هذه المراتب و المرتبه المتقدمه و المتأخره، كما عرفته غير مرّه.

لكن لا- يستفاد منها كيفيه القسمه في المتقربين بالأب بالتفاوت و المتقربين بالأمّ بالسويه، و هي ثابتة في الإخوه بالكتاب و الإجماع و السنّه، و لم أقف على نص معتبر سنداً يدل عليها هنا، و لا إشكال فيها في المتقربين بالأمّ؛ لموافقتها الأصل في الشركه الثابته بالأدلّه، و هو التسويه، كما مرّ نظيره في مواضع عديده.

و يشكل فيها في الطرف الآخر، سيّما مع مخالفتها الأصل المزبور، لكنّه يرتفع بعدم الخلاف فيها هنا أيضاً، مع وقوع التصريح بها في الرضوى: «فإن ترك جدّين من قبل الأمّ و جدّين من قبل الأب، فللجدّ و الجدّه من قبل الأمّ الثلث بينهما بالسويه، و ما بقى للجدّ و الجدّه من قبل الأب، للذكر مثل حظّ الأنثيين» (١).

و قريب منه المرسله المرويه في مجمع البيان، و فيها: «فالجدّ أب الأب مع الأخ الذي هو ولده في درجه، و كذلك الجدّه مع الأخت، فهم يتقاسمون المال للذكر مثل حظّ الأنثيين» إلى أن قال: «و متى اجتمع قرابه الأب مع قرابه الأمّ مع استوائهم في الدرج كان لقرابه الأمّ الثلث بينهم بالسويه، و الباقي لقرابه الأب للذكر مثل حظّ الأنثيين» (٢).

مضافاً إلى عموم المعبره الوارده في علّه تفضيل الذكران على النسوه

ص: ٣٣٢

١- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٩٠، المستدرک ١٧: ١٨٣ أبواب ميراث الاخوه و الأجداد ب ٨ ح ٢.

٢- مجمع البيان ٢: ١٨، الوسائل ٢٦: ٦٥ أبواب موجبات الإرث ب ١ ح ٥.

بأن ذلك لأنهنّ ليس عليهنّ جهاد ولا نفقه ولا معقله (١)، وإنّما ذلك على الرجال، ولذلك جعل للمرأة سهماً واحداً وللرجل سهمين، كما في الصحيح (٢) وغيره (٣)، وفي ثالث: «لأنّ الله تبارك وتعالى فضّل الرجال على النساء بدرجة ولأنّ النساء يرجعن عيالاً على الرجال» (٤).

وهي كما ترى عامه من حيث التعليل أولاً، ومن جهة الإطلاق بل العموم ثانياً، ولا وجه لتقييده أو تخصيصه ببيان علّه تفضيل الأولاد والكلاله الذين تضمّنهم الآيه الكريمة بعد عموم العلّه واللفظ، ولا يرد ذلك في المتقرّين بالأُمّ مطلقاً بعد وضوح قيام دليل على التخصيص من الإجماع والكتاب والسنة فيهم دون غيرهم، هذا.

مضافاً إلى المؤيّدات الأخر التي تظهر بالتأمّل فيما يأتي من الأدلّه على تنزيل الأجداد من كلّ جهة منزله الإخوه من تلك الجهة، ولو لا ما نورد عليها من المناقشه في التمسك بها لإثبات حكم في نحو المسأله لكانت حجه مستقلة.

وبالجملة لا شبهه في المسأله وإن أطلق عنان المناقشه فيها بعض الأجله، لكنّه بعد ما عرفت لا وجه له، والحمد لله سبحانه.

وإذا اجتمع الأجداد المختلفون قرابه، بأن كان بعضهم لأبٍ

ص: ٣٣٣

١- المَعْقَلَه: الديه. النهايه لابن الأثير ٣: ٢٧٩.

٢- الكافي ٧: ٣/٨٥، التهذيب ٩: ٩٩٣/٢٧٥، المحاسن: ٨٩/٣٢٩، الوسائل ٢٦: ٩٣ أبواب ميراث الأبوين والأولاد ب ٢ ح ١.

٣- الكافي ٧: ٢/٨٥، التهذيب ٩: ٩٩٢/٢٧٤، الوسائل ٢٦: ٩٤ أبواب ميراث الأبوين والأولاد ب ٢ ح ٣.

٤- الكافي ٧: ١/٨٤، التهذيب ٩: ٩٩١/٢٧٤، الوسائل ٢٦: ٩٤ أبواب ميراث الأبوين والأولاد ب ٢ ح ٢.

و بعضهم لأمّ فلمن يتقرب بالأمّ الثلث، على الأصح مطلقاً واحداً كان أو أكثر، و لمن يتقرب بالأب الثلثان كذلك و لو كان المتقرب به واحداً وفقاً لوالد الصدوق و النهاية و القاضى و الحلّى و ابن حمزه (١)، و عليه المتأخرون كآفه كما فى المسالك (٢)، مدّعياً اتّفاقهم عليه، و به يشعر عبارته الروضه (٣)، حيث نسب فيها الأقوال الآتية إلى الندره، و هو الحجه.

مضافاً إلى عموم الأدلّه الداله على أنّ لكلّ قريب نصيب من يتقرب به إلى الميت و سهمه، و لا ريب أنّ الأمّ سهمها الثلث، فليكن ذلك لقريبها الجدّ و لو انفرد.

و القول بأنّه كما أنّ الثلث نصيبها كذلك السدس نصيبها فترجيح الأوّل على الثانى فى إعطائه القريب دونه يحتاج إلى مرجح.

فاسد؛ لمنع كون السدس فريضتها الأصلي، بل هى الثلث، و إنّما السدس فريضتها بالحاجب، مشروطه به، و هو فى المقام مفقود، فيتبعه عدمه، و يلزم منه ثبوت النصيب الأصلي الذى هو الثلث.

و من هنا يظهر فساد التأمّل فى هذه الحجه، كما اتفق لصاحب الكفايه (٤)، و إن لم يبيّن وجهه.

و خصوص الموثق: «إذا لم يترك الميت إلّا جدّه أباً أبيه و جدّته أمّ أمّه، فإنّ للجدّه الثلث، و للجدّ الباقي، و إذا ترك جدّه من قبل أبيه، و جدّ أبيه، و جدّته من قبل أمّه، و جدّه أمّه، كان للجدّه من قبل الأمّ الثلث،

ص: ٣٣٤

١- حكاها عن والد الصدوق فى المختلف: ٧٣٣، النهاية: ٦٤٩، القاضى فى المهذب ٢: ١٤٢، الحلّى فى السرائر ٣: ٢٦٠، ابن حمزه فى الوسيله: ٣٩٢.

٢- المسالك ٢: ٣٢٧.

٣- الروضه ٨: ١٢٧.

٤- الكفايه: ٢٩٨.

و سقطت جدّه الأمّ، و الباقي للجدّ من قبل الأب، و سقط جدّ الأب» (١).

و نحوه الرضوى: «فإن ترك جدّاً من قبل الأمّ، و جدّاً من قبل الأب، فللجدّ من قبل الأمّ الثلث، و للجدّ من قبل الأب الثلثان» (٢).

و فى المسأله أقوال أُخر:

منها: قول الصدوق: للجدّ من الأمّ مع الجدّ للأب أو الأخ للأب السدس، و الباقي للجدّ للأب أو الأخ (٣).

و منها: قول الفضل بن شاذان: إنّه لو ترك جدّته أمّ امّه و أخته للأبوين، فللجدّه السدس (٤).

و منها: قوله و قول العماني: إنّه لو ترك جدّته أمّ امّه و جدّته أمّ أبيه، فلأمّ الأمّ السدس، و لأمّ الأب النصف، و الباقي يرّد عليهما بالنسبه (٥).

و منها: قول التقى و ابن زهره و الكيدرى: إنّ للجدّ أو الجدّه للأمّ السدس، و لهما الثلث بالسويه (٦).

و مستندهم غير واضح و لا متوهم، غير ما فى النكت من أنّ لهم روايه محمّد بن حمران، عن زراره، قال: أرانى أبو عبد الله (عليه السلام) صحيفه الفرائض، فإذا فيها: «لا ينقص الجدّ من السدس شيئاً» و رأيت سهم الجدّ

ص: ٣٣٥

١- التهذيب ٩/١١٢٤/٣١٣، الإستبصار ٤/٦٢٥/١٦٥، الوسائل ١٧٦:٢٦ أبواب ميراث الاخوه و الأجداد ب ٩ ح ٢.

٢- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٩٠، المستدرک ١٧:١٨٣ أبواب ميراث الاخوه و الأجداد ب ٨ ح ٢.

٣- حكاه عنه فى المختلف: ٧٣٣.

٤- حكاه عنه فى الدروس ٢:٣٧٠.

٥- حكاه عنه فى المختلف: ٧٣٣.

٦- الكافى فى الفقه: ٣٧٢، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٧، و نقله عن الكيدرى فى المختلف: ٧٣٣.

فيها مثبتاً (١). قال في وجه الاستدلال بها: وهو غير محمول على الجد للأب؛ لأن النص أنه إذا كان مع إخوه كان كأحدهم (٢). انتهى.

وهو ضعيف جداً، أولاً: بضعف السند باشتراك الراوى، وثانياً: بما ذكره في الجواب عنها من أن حديثنا أى الموثق المتقدم صريح، مع اعتضاده بما تقدم، أى من العمومات و عمل الأصحاب، وأن الشيخ حملها على التقيه (٣)، فإنه يشمل الجد مطلقاً، وهو غير مذهبنا.

أقول: ويحتمل حملها أيضاً على الطعمه على بعض الوجوه.

وربما انتصر لهم بعض أفاضل المعاصرين وغيره بما سيأتى من الأخبار المنزله للأجداد منزله الإخوه، ومقتضاه ما ذكره؛ لأن الواحد من كلاله الأم نصيبه السدس، فليكن أيضاً نصيب الجد المنزل منزله؛ عملاً بعموم المنزله.

وفيه أولاً: أنه لا دلالة فيها على أزيد من تنزيل الجد للأب منزله الإخوه والأخوات له، وهو لا يستلزم تنزيل الجد للأم منزله كلالتها، ولا يتم الاستدلال على هذا التقدير قطعاً.

وثانياً: أنه على تقدير تسليم ذلك غايتها إثبات المنزله لهم إذا كانوا مع الكلاله، لا مطلقاً، وتبّه على هذا الصدوق فى الفقيه، فقال فى جملة كلام له فى الرد على الفضل فيما قال به من أن الجد بمنزله الأخ أبدأ، يرث حيث يرث، ويسقط حيث يسقط ما لفظه: فكيف يكون الجد بمنزله الأخ

ص: ٣٣٦

١- التهذيب ٣٠٦/١٠٩٥:٩، الإستبصار ١٥٨/٥٩٧:٤، الوسائل ١٧٠:٢٦ أبواب ميراث الإخوه والأجداد ٦ ح ٢١.

٢- غايه المراد ٥٦٤:٣.

٣- التهذيب ٣٠٦:٩.

أبداً؟ وكيف يرث حيث يرث، و يسقط حيث يسقط؟ بل الجدّ مع الإخوه بمنزله واحد منهم، فأما أن يكون أبداً بمنزلتهم يرث حيث يرث و يسقط حيث يسقط الأخ فلا (١)، إلى آخر ما ذكره و أطال في ردّه و تضعيف مستنده.

و من هنا يظهر وجه ثالث لفساد الاستدلال بها لجميع تلك الأقوال، فإنّ منها قول الصدوق، و هو كما ترى يأبى مناط الاستدلال و ينكره غاية الإنكار.

و يشهد له في إنكاره مضافاً إلى الأصل، مع اختصاص أكثر تلك النصوص المثبتة للمنزلة مع الإخوه خاصّه، كما مرّ إليه الإشاره تقييد جملة منها لها بما إذا اجتمع الجدّ مع الكلاله، كالصحيحين: «إنّ الجدّ مع الإخوه من الأب يصير مثل واحد من الإخوه ما بلغوا» (٢).

و نحوهما المرسل المروى عن العماني: أنّ رسول الله (صلّى الله عليه و آله) أملى على أمير المؤمنين (عليه السّلام) في صحيفه الفرائض: «أنّ الجدّ مع الإخوه، يرث حيث ترث الإخوه، و يسقط حيث تسقط، و كذلك الجدّه أخت مع الأخوات، ترث حيث يرثن، و تسقط حيث يسقطن» (٣).

و لو لا- اختصاص المنزله بصوره الاجتماع مع الكلاله لما كان للتقييد بقوله: «مع الإخوه» فائده، بل كان ينبغي أن يقال: إنّ الجدّ مثل واحد من

ص: ٣٣٧

١- الفقيه ٢٠٨/٤: ٧٠٥. ذيل الحديث

٢- الأوّل في: الفقيه ٤/٢٠٦: ٤٠٩٣، الوسائل ١٦٤: ٢٦ أبواب ميراث الاخوه و الأجداد ب ٦ ح ٤. و الثاني في: الكافي ٧/٢: ١٠٩، التهذيب ٣/٣٠١: ٩٠، الإستبصار ٤/٥٨٣: ١٥٥، الوسائل ١٦٥: ٢٦ أبواب ميراث الاخوه و الأجداد ب ٦ ح ٩.

٣- الوسائل ١٧٠: ٢٦ أبواب ميراث الأخوه و الأجداد ب ٦ ح ٢٢.

الإخوة، ترث حيث يرث الإخوة، ويسقط حيث تسقط، فتأمر بـ جَدًّا . و لو اجتمع معهم أى مع الأجداد زوج أو زوجه أخذ كل منهما النصيب الأعلى له من النصف أو الربع و لمن يتقرب منهم بالأُمّ ثلث الأصل لأنه نصيبها المفروض لها، فأخذه المتقربون بها و الباقي لمن يتقرب بالأب منهم.

و الجدّ الأدنى يمنع الجدّ الأعلى بلا خلاف و لا إشكال فيه، و لا فيما مضى؛ للقواعد المقررة.

مضافاً إلى خصوص المعتبره، منها: عن زوج و جدّ، قال: «يجعل المال بينهما نصفين» (١) و مضى فى الموثق السابق ما يدل على منع الأدنى الأعلى (٢).

و إذا اجتمع معهم الإخوة فالجدّ و الجدّه للأب كالأخ و الأخت له، و الجدّ و الجدّه للأُمّ كالأخ و الأخت لها، على المعروف من مذهب الأصحاب من غير خلاف يعرف بينهم، بل ادعى جماعه منهم الإجماع عليه، كالكليني فى الكافى و الشيخ فى الاستبصار و الفاضل المقداد فى كنز العرفان (٣)، و نسبه الشهيدان إلى الأصحاب (٤) معربين عن دعوى الإجماع عليه، لكن عبارته الأولين مختصّه بدعواه على قيام الجدّ منزله الأخ من الأب، و عبارته الثالث كما بعده و إن كانت ناصه بالعموم، إلّا أنّها غير صريحة فى دعوى الإجماع، فإنّه قال: الأجداد عندنا فى مرتبه الإخوة، فإذا

ص: ٣٣٨

١- التهذيب ١١٢٩/٣١٥، الوسائل ٩: ١٨٠، أبواب ميراث الاخوة و الأجداد ب ١١ ح ٢.

٢- راجع ص: ٣٣١.

٣- الكافى ٧: ١١٥، الاستبصار ٤: ١٥٨، كنز العرفان ٢: ٣٣٤.

٤- غايه المراد ٣: ٥٦٥، المسالك ٢: ٣٢٧.

اجتمعوا معهم كان الجدّ للأب كالأخ له، والجدّ له كالأخت له، والجدّ للأم كالأخ منها، وكذا الجدّ، انتهى.

ولكنّها فيها ظاهره غايه الظهور، سيّما مع كون ما ذكره المعروف من مذهبهم والمشهور، فهي الحجة المثبتة لهذا التفصيل المزبور.

مضافاً إلى إطلاق المرسله المتقدّمه؛ إذ ليس فيها التقييد للإخوه بكونهم من الأبوين أو الأب خاصّه، كما في إجماعى الكليني و الشيخ، وأكثر النصوص المستفيضه بل المتواتره الوارده في المسأله.

مع أنّ جملة منها أيضاً مطلقه، كالصحيح: في رجل مات، وترك ستّه إخوه و جدّاً، قال: «هو كأحدهم» (١).

و الموثق: في ستّه إخوه و جدّاً، قال: «للجدّ السبع» (٢).

و الخبر: في رجل ترك خمسّه إخوه و جدّاً، قال: «هي من ستّه، لكل واحد منهم سهم» (٣).

فإنّ إطلاق الجدّ والإخوه فيها شامل للمتقربين بالأمّ أيضاً، لكنّها مع ذلك مجمله، قاصره عن بيان التفصيل المعروف بينهم من أنّ جدود الأب و جدّاته ككلالته، و جدود الأمّ و جدّاتها ككلالتها، يقتسمون تقسيم الكلاله مع الاختلاف في الذكوريه و الأنوثيه بالتفاوت أو التسويه، لكن الإجماع الظاهر المصرّح به كفانا مئونه الاشتغال بطلب حجه أخرى في المسأله، أو تطبيق الأخبار عليها بجهد و مشقّه.

ص: ٣٣٩

١- الفقيه ٢٠٧/٤:٦٩٧، الوسائل ١٦٥:٢٦ أبواب ميراث الاخوه و الأجداد ب ٦ ح ٧.

٢- الكافي ١١٠/٧:٥، الفقيه ٢٠٧/٤:٦٩٨، التهذيب ٣٠٤/٩:١٠٨٤، الإستبصار ١٥٦/٤:٥٨٦، الوسائل ١٦٨:٢٦ أبواب ميراث الاخوه و الأجداد ب ٦ ح ١٥.

٣- الكافي ١١٠/٧:٦، التهذيب ٣٠٤/٩:١٠٨٥، الإستبصار ١٥٦/٤:٥٨٧، الوسائل ١٦٨:٢٦ أبواب ميراث الاخوه و الأجداد ب ٦ ح ١٦.

مع تكفّل كثير من النصوص لبيان التقسيم بالتفاوت بين الأجداد للأب والإخوة له إذا اجتمعوا، كالصحيح: «إنّ الجدّ مع الإخوة من الأب يصير مثل واحد من الإخوة ما بلغوا» قال: قلت: رجل ترك أخاه لأبيه وأمه و جدّه، أو قلت: ترك جدّه وأخاه لأبيه (١) وأمه، قال: «المال بينهما، فإن كانا أخوين أو مائة ألف فله نصيب مثل واحد من الإخوة» قال: قلت: رجل ترك جدّه وأخته، فقال: «للذّكر مثل حظّ الأنثيين [١]، وإن كانتا أختين فالنصف للجدّ، والنصف الآخر للأختين، وإن كنّ أكثر من ذلك فعلى هذا الحساب، وإن ترك إخوة وأخوات لأب وأمّ، أو لأب، و جدّاً فالجدّ أحد الإخوة، المال بينهم، للذّكر مثل حظّ الأنثيين» قال زواره: هذا مما لا يؤخذ على فيه، قد سمعته من أبيه ومنه قبل ذلك، وليس عندنا في ذلك شك ولا اختلاف (٢).

و الصحيح: عن رجل ترك أخاه لأبيه وأمه و جدّه، قال: «المال بينهما ولو كانا أخوين أو مائة، كان الجدّ معهم كواحد منهم، للجدّ نصيب واحد من الإخوة، قال: «فإن ترك أخته فللجدّ سهمان، وللأخت سهم، وإن كانتا أختين فللجدّ النصف، وللأختين النصف» قال: «فإن ترك إخوة وأخوات من أب وأمّ كان الجدّ كواحد من الإخوة، للذّكر مثل حظّ الأنثيين» (٣) إلى غير ذلك من الأخبار التي يضيق عن نشرها المقام.

بقي هنا شيء، وهو أنّه إذا اجتمع الجدّ أو الجدّه للأُمّ مع الأخت للأب، فلا أحدهما السدس، أو الثلث، على الخلاف، وللأخت النصف،

ص: ٣٤٠

١- في «ب» و التهذيب و الاستبصار زياده: أو أخاه لأبيه.

٢- الكافي ٧: ٢/١٠٩، التهذيب ٩: ١٠٨١/٣٠٣، الإستبصار ٤: ٥٨٣/١٥٥، الوسائل ٢٦: ١٦٥، أبواب ميراث الاخوة و الأجداد ب ٦ ح ٩.

٣- الكافي ٧: ٨/١١٠، الفقيه ٤: ٦٩٤/٢٠٦، التهذيب ٩: ١٠٨٧/٣٠٥، الإستبصار ٤: ٥٨٩/١٥٦، الوسائل ٢٦: ١٦٧، أبواب ميراث الاخوة و الأجداد ب ٦ ح ١٣.

بلا خلاف.

و هل يكون الفاضل عن سهامهما مردوداً عليهما بالنسبه، كما هو فتوى ابن زهره و الكيدري (1)، أو على الأخت خاصه، كما عن النهايه و القاضي و نجيب الدين (2)؟ قولان، تردّد بينهما الفاضل في الإرشاد (3).

و لا- وجه له بعد عموم مفهوم الحصر المتقدم في قوله (عليه السلام): «فهم الذين يزدون و ينقصون» (4) مشيراً بهم إلى كلاله الأب، و ليس فيه تقييد ذلك بما إذا اجتمعوا مع كلاله الأم خاصه، بل هو عام شامل له و لما إذا اجتمعوا مع الأجداد لها.

و لا- يقدح في ذلك تضمّن صدر بعض النصوص المتضمّن له أو جملتها خصوص الصورة الأولى، فيخصّ بها عموم ذيلها، إلّا على تقدير تخصيص السؤال لعموم الجواب، و هو خلاف التحقيق، كما برهن في محله.

فالقول الثاني أظهر، وفاقاً للشهيد في الدروس و النكت (5)، قائلاً فيه:

الظاهر أنّه يلزم كلّ من قال باختصاص الأخت في مسأله قيام كلاله الأب مقام كلاله الأب و الأم.

و هنا

مسألان:

الأولى: لو اجتمع أربعة أجداد لأب

مسألان:

الأولى: لو اجتمع أربعة أجداد لأب أي جدّ أبيه و جدّته لأبيه

ص: ٣٤١

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٧، و حكاه عن الكيدري في المختلف: ٧٣٣.

٢- حكاه عنهم في غايه المراد ٥٦٦: ٣، و هو في النهايه: ٦٥١، المهذب ١٤٥، ١٤٤: ٢، الجامع للشرائع: ٥١٧، ٥١٦.

٣- الإرشاد ١٢١: ٢.

٤- راجع ص: ٣٢٤.

٥- الدروس ٣٧١: ٢، غايه المراد ٥٦٦: ٣.

و هما لأمّه و مثلهم لأمّ أى جدّ أمّه و جدّتها لأبيها و هما لأمّها كان لأجداد الأمّ و جدّاتها الأربعة الثلث يقتسمونه بينهم أربعاً، و لأجداد الأب و جدّاته الثلثان يقتسمونهما بينهم بالتفاوت لأبوى أبيه ثلثا الثلثين أثلاثاً للذكر منهما ضعف الأنثى و لأبوى أمّه الثلث أثلاثاً أيضاً كذلك.

هذا على المشهور بين أصحابنا، كما صرّح به جماعة (١).

قيل: اعتباراً للنسبه إلى نفس الميت (٢).

خلافاً لمعين الدين المصرى، فنث الثلث لأبوى أمّ الأمّ بالسويه، و ثلثاه لأبوى أبيها كذلك أيضاً، و ثلث الثلثين لأبوى أمّ الأب بالسويه، و ثلثاهما لأبوى أبيه أثلاثاً (٣).

قيل: اعتباراً فى الطرفين بالتقرب إلى الأمّ فى الجملة المقتضى للتسويه (٤).

و للبرزهى (٥)، فنث الثلث لأبوى أمّ الأمّ بالسويه، و ثلثاه لأبوى أبيها أثلاثاً، للذكر ضعف الأنثى. و قسمه أجداد الأب كالأول، قيل: اعتباراً فى

ص: ٣٤٢

١- منهم الشهيد فى الروضه ٧: ١٤٧، و الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣: ٣٢٣، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢: ٢٩٣.

٢- قاله الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣: ٣٢٤.

٣- حكاه عنه فى الدروس ٢: ٣٧٠.

٤- قال به الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣: ٣٢٤.

٥- حكاه عنه فى الدروس ٢: ٣٧١. و هو الشيخ زين الدين محمّد بن القاسم البرزهى، عالم، فقيه، فاضل، ينقل له أقوال فى كتب الاستدلال، و البرزهى بفتح الباء و الزاى نسبه إلى البرزّه بالبهاء الصريحه و هى قريه من أعمال بيهق، و البرزه بتاء التانيث قريه من غوطه دمشق إلما أن النسبه إليها البرزى. أمل الآمل ٢: ٨٨٤/٢٩٣، رياض العلماء ٥: ١٥٢، الكنى و الألقاب ٢: ٦٨، القاموس المحيط ٢: ١٧٢ (برز)، معجم البلدان ١: ٣٨٢.

الطرفين بالتقرب إلى الأب (١).

و المسألة محلّ إشكال؛ لعدم وضوح الدليل على شيء من هذه الأقوال، و ضعف الاعتبارات، مع تعارض بعضها مع بعض.

و ندره اتفاق هذه المسألة كفتنا مؤونه الاشتغال بتحصيل ما يرجح أحد هذه الأقوال، مع أنّ العمل بالمشهور متعين في أمثال المجال لو لم يكن بدّ و لا يمكن احتياط.

و تصح المسألة على القولين الأخيرين من أربعة و خمسين، و إن اختلف وجه الارتفاع فيهما؛ لأنّ على الأول: سهام قرابه الأمّ ستّه، و سهام قرابه الأب ثمانية عشر، و على الثاني: الثمانية عشر سهام قرابه الأمّ، و سهام قرابه الأب تسعه، و على التقديرين يجتزأ بالثمانية عشر التي هي العدد الأكثر لدخول الأقل فيه، و هو الستّه في الأول و التسعه في الثاني، و تضرب في أصل المسألة، و هو ثلاثه، تبلغ العدد المتقدّم إليه الإشارة.

و أمّا على القول الأول: فتصح من مائه و ثمانية لأنّ أصلها كما عرفت من ثلاثه أسهم هي مخرج ما فيها من الفروض، و هو الثلث، سهم منها لأقرباء الأمّ و هو ثلثها لا ينقسم على عددهم و هو أربعة، و سهمان لأقرباء الأب لا ينقسم على عدد سهامهم و هي تسعه؛ لأنّ ثلثي الثلثين لجدّ أبيه و جدّته لأبيه بينهما أثلاثاً، و ثلثه لجدّ أبيه و جدّته لأمه أثلاثاً أيضاً، فترتقى سهام الأربعة إلى تسعه، فقد انكسرت على الفريقين، و بين عدد سهم كلّ فريق و نصيبه مباينه، و كذا بين العددين، فيطرح النصيب، و يضرب أحد العددين في الآخر يحصل ستّه و ثلاثون، تضرب في أصل

ص: ٣٤٣

١- مفاتيح الشرائع ٣:٣٢٤.

الفريضة ثلاثه تبلغ مائه وثمانيه،ثلثها ستّه و ثلاثون ينقسم على أجداد أمّه الأربعة بالسويه،لكلّ واحد تسعه،و ثلثاها اثنان و سبعون ينقسم على تسعه،لكلّ سهم ثمانيه،فلجدّ الأب و جدّته لأبيه ثلثا ذلك ثمانيه و أربعون،ثلثه للجدّه ستّه عشر،و ثلثاه للجد اثنان و ثلاثون،و لجدّ الأب و جدّته لأمه أربعة و عشرون،ثلثا ذلك للجدّ ستّه عشر،و ثلثه للجدّه ثمانيه.

الثانيه:الجدّ و إن علا يقاسم الإخوه و الأخوات

الثانيه:الجدّ و إن علا مطلقاً،بشروط الترتيب الأقرب فالأقرب يقاسم الإخوه و الأخوات مطلقاً،بغير خلاف ظاهر،مصرّح به في كلام جماعه (١)،و هو الحججه.

مضافاً إلى الصحاح المستفيضة و نحوها من المعبره،المتقدّم إلى جمله منها الإشاره،الدالّه على تنزيل الجدّ منزله الإخوه و اقتسامهما التركه (٢).

و جمله منها و إن كانت مطلقه غير منصرفه بحكم التبادر و الغلبه إلى الجدّ الأعلى،بل إلى الأدنى خاصّه،إلّا أنّ جمله أخرى منها وافرّه عامّه لهما،و إن كان الجدّ فيها أيضاً مطلقاً،إلّا أنّه في السؤال،و حيث لم يستفصل عن أفراده و احتملاته التي منها الجدّ الأعلى أفاد العموم لهما على الأقوى،كما برهن في محلّه مستقصى.

نعم ربما يتوجّه السؤال بأنّ هذا العموم معارض بعموم ما دلّ على منع الأقرب الأبعد،و الأخ أقرب من أب الجدّ،و الجمع بينهما كما يمكن بتخصيص هذا العموم و إبقاء عموم مقاسمه الجدّ للأخ بحاله،كذا يمكن

ص: ٣٤٤

١- كشف الرموز ٤٥٧:٢.

٢- راجع ص: ٣٣٣.

العكس، فلا- وجه لترجيح الأول عليه، سيّما مع العمل به في الحكم بترتب الأجداد بعضهم مع بعض و منع الأقرب منهم الأبعد، فليكن هذا بالترجيح أجدر، وهذا السؤال متوجه لولا فتوى الأصحاب المرحّج للجمع الأول.

و أولاد الإخوه و الأخوات مطلقاً و إن نزلوا لكن مرتّبين يقومون مقام آبائهم عند عدمهم في مقاسمه الأجداد و الجدّات خاصّه، بلا خلاف أجدّه، بل عليه الإجماع في السرائر و الانتصار و الغنيه و كنز العرفان و غيرها (1)، و هو الحجّه.

مضافاً إلى النصوص المستفيضه عموماً و خصوصاً، فمن الأول:

المعتبره من الصحيح و غيره، الدالّه على أنّ كلّ ذى رحم بمنزله الرحم الذي يجزّ به، إلّا أن يكون وارث أقرب إلى الميت فيحجبه (2).

و من الثاني: الصحاح و المعتبره من الموتق و غيره، الدالّه على مقاسمه ابن الأخ مع الجدّ المال بينهما نصّين (3).

و الصحيح: «بنت الأخ بمنزله الأخ» (4).

و المرسل القريب من الصحيح: في بنات أخت و جدّ، قال: «لبنات الأخت الثلث، و ما بقى فللجدّ» (5) إلى غير ذلك من الأخبار.

ص: ٣٤٥

١- السرائر ٣:٢٦٠، الانتصار: ٣٠٢، الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٧، كنز العرفان ٢:٣٣٤؛ كشف اللثام ٢:٢٩٣.

٢- الوسائل ٢٦:٦٣ أبواب موجبات الإرث ب ١ ح ١، و ٦٨ ب ٢ ح ١، و ١٦٢ أبواب ميراث الإخوه و الأجداد ب ٥ ح ٩.

٣- الوسائل ٢٦:١٥٩ أبواب ميراث الإخوه و الأجداد ب ٥.

٤- التهذيب ٩:١١٧٠/٣٢٥، الوسائل ٢٦:١٦٢ أبواب ميراث الإخوه و الأجداد ب ٥ ح ٩.

٥- الكافي ٧:٧/١١٣، الفقيه ٧:٧٠٢/٢٠٧، التهذيب ٩:١١٠٩/٣٠٩، الوسائل ٢٦:١٦١ أبواب ميراث الإخوه و الأجداد ب ٥ ح ٧.

و قصورها عن إفاده تمام المدعى مجبور بعدم القائل بالفرق بين جزئيات المسأله و أفرادها، مع الاعتضاد بعموم المعبره المتقدمه الداله على المنزله.

و الاستثناء فى بعضها كآيه الإرث بالقرايه و غيرها و إن اقتضى منع الجد من بعد عن درجه من أولاد الإخوه، إلا أنه مخصص هنا أيضاً بالإجماع، و صريح الأخبار الخاصه.

و استفاد من عموم المنزله المتقدمه مضافاً إلى عدم الخلاف أنه يرث كل واحد منهم أى من المتقاسمين من الأجداد و أولاد الإخوه نصيب من يتقرب به إلى الميت.

ثم إن كانوا أولاد أخ أو إخوه أو أولاد أخت أو أخوات لأب اقتسموا نصيبهم من المال مع الاختلاف فى الذكوره و الأنوثة بالتفاوت للذكر مثل حظ الأنثيين، و إن كانوا أى أولاد الإخوه و الأخوات لأم خاصه اقتسموا نصيبهم بينهم بالسويه مطلقاً، و لو اختلفوا فى الذكوره و الأنوثة، فإن ذلك حكم المنزله.

و لنذكر أمثله اقتسام أولاد الإخوه منفردين عن الأجداد، ثم أمثله اقتسامهم مجتمعين معهم، فنقول:

لو خلف الميت أولاد أخ لأم أو أخت لها خاصه، كان المال لهم بالسويه، السدس فرضاً و الباقي رداً، من غير فرق بين الذكر و الأنثى.

و إن تعدد من تقربوا به من الإخوه للأم أو الأخوات أو الجميع، كان لكل فريق من الأولاد نصيب من يتقرب به، يقتسمونه بالسويه.

و إن كانوا أولاد أخ للأبوين أو لأب و لا وارث سواهم كان المال بينهم بالسويه إن اتفقوا ذكوريه أو أنوثيه، و إلا بالتفاضل.

و إن كانوا أولاد أخت للأبوين أو الأب، كان النصف فرضاً، والباقي ردّاً مع عدم غيرهم.

و إن كانوا أولاد أختين فصاعداً كذلك، فالثلثان لهم فرضاً، والباقي ردّاً مع عدم غيرهم، و يقتسمونه بالسويه أو التفاضل، كما تقدّم.

و لو اجتمع أولاد الأخت للأبوين أو الأب مع أولاد الأخ أو الأخت أو الأخوة أو الأخوات للأُم، فللفريق الثانى السدس مع وحده من يتقربون به، و الثلث مع تعدّده، و للفريق الأوّل النصف، و الباقي يرّد عليهم خاصّه، أو عليهما، على الاختلاف المتقدّم إليه الإشاره.

و لو اجتمع أولاد الكلالات الثلاث سقط أولاد من يتقرب بالأب، و كان لمن يتقرب بالأُم السدس مع وحده من يتقرب به، و إلّا فالثلث، و لمن يتقرب بالأبوين الباقي.

و لو دخل فى هذه الفروض زوج أو زوجته، كان له النصيب الأعلى، و الباقي ينقسم كما تقدّم.

و لو خلف أولاد أخ للأبوين و أولاد أخت لهما، و مثلهم من قبل الأُم، و جدّاً و جدّه من قبل الأب، و مثلهما من قبل الأُم، فللكلاله الأُم مع الجدّين لها الثلث، يقتسمونه أرباعاً، ربع للجدّ، و ربع للجدّه، و ربع لأولاد الأُم، و ربع لأولاد الأخت، و كلّ من هؤلاء الأولاد يقتسمونه بالسويه، و الباقي و هو الثلثان يقسم على الباقيين بالتفاضل، فثلثاه للجدّ من الأب و لأولاد الأخ من الأبوين انصافاً بينه و بينهم، بالتفاضل بينهم، و ثلثه للجدّه و أولاد الأخت انصافاً بينها و بينهم كذلك.

و لا فرق بين كون الأخ موافقاً للجدّ فى النسبه أو مخالفاً، فلو كان ابن أخ لأُم مع جدّ لأب، فلا ابن الأخ السدس فريضه أبيه، و للجدّ الباقي، و لو

انعكس فكان الجدّ للآمّ و ابن الأخ للأب، فلجدّ الثلث أو السدس، على الخلاف المتقدم، و لابن الأخ الباقي.

و بالجمله فإنّك تنزل هؤلاء الأولاد من أيّ جهة كانوا منزله من يتقربون به، و تقسم عليهم حصته كما تقسم عليه لو كان، و كذلك الجدّ.

و اعلم أنّ اشتراط عدم الإخوة في إرث أولادهم مطلقاً هو المشهور بين الأصحاب؛ لعموم ما دل على منع الأقرب الأبعد، و لا يكاد يتحقق فيه خلاف، و لم ينقل إلّا عن الفضل بن شاذان، حيث شرك ابن الأخ من الأبوين مع الأخ من الأمّ، و ابن ابن الأخ منهما مع ابن الأخ منها، و نحو ذلك، فجعل السدس للمتقرب بالأمّ، و الباقي للمتقرب بالأبوين، بناءً على أصله من جعل الإخوة صنفين، و اعتبار الأقرب من إخوة الأمّ فالأقرب على حده، و الأقرب من إخوة الأبوين و الأب فالأقرب على حده، و عدم اعتبار قرب أحد الصنفين بالنسبة إلى الآخر، كما في الأخ بالنسبة إلى الجدّ الأعلى (١).

و هو مع شذوذه (٢) ضعيف؛ لاتحاد صنف الإخوة جميعاً كالجدّ، كما هو المفهوم من تقديم الأقرب فالأقرب لغه و عرفاً؛ مضافاً إلى النصّ الصحيح كما قيل (٣)، و لم أقف عليه.

نعم في الرضوى: «من ترك واحداً ممّن له سهم، ينظر فإن كان من بقي من درجته [أولى بالميراث] ممّن سفّل [فهو أولى] و هو أن يترك الرجل أخاه و ابن أخيه، فالأخ أولى من ابن أخيه» (٤) و الحمد لله.

ص: ٣٤٨

١- حكاه عنه في الفقيه ٤:٢٠٠، و الكافي ٧:١٠٧.

٢- في «ر» زياده: بل دعوى الإجماع على خلافه في السرائر (٣:٢٦٢).

٣- قاله الشهيد الثاني في المسالك ٢:٣٢٨.

٤- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٨٩، المستدرک ١٧:١٨٠ أبواب ميراث الإخوة و الأجداد ب ٤ ح ٤؛ بتفاوت، و ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

المرتبه الثالثه:

الأعمام، والأخوال و أولادهم، وهم أولوا الأرحام، وإنما يرثون على المشهور مع فقد الإخوه و بنهم و الأجداد فصاعداً.

و عن الفضل: أنه لو خلف خالاً و جدّه لأمّ اقتسما المال نصفين (١).

و فى الدروس: أنّ الذى فى كتابه: أنه لو ترك جدّته و عمّته و خالته فالمال للجدّه. و نقل عن يونس مشاركه العمّه و الخاله، و أنه جعل العمّه تساوى الجدّه و غلّطه فى ذلك، و فى قوله: إنه لو خلف عمّاً و ابن أخ اقتسما المال نصفين (٢).

و هذا منه موافقه للمشهور، فتأمل. و كيف كان فالمذهب الأوّل؛ لعدم وضوح دليل على الخلاف، مع ظهور أقربيه كلّ من آحاد المرتبه الثانيه من كلّ من أهل هذه المرتبه، فالميراث لهم؛ لعموم ما دل على منع الأقرب الأبعد من الآيه و الروايه.

مضافاً إلى صريح الرضوى: «و من ترك عمّاً و جدّاً، فالمال للجدّ، و إن ترك عمّاً و خالاً و جدّاً و أخاً، فالمال بين الأخ و الجدّ، و يسقط العم و الخال» (٣).

و اعلم أنّ للعمّ جميع المال إذا انفرد عمّن عداه ممّن يرث و كذا المال للعمّين المنفردين فصاعداً، و كذا العمّه المنفرده و العمّتان المنفردتان و العمّات المنفردات، يقتسمون المال بينهم

ص: ٣٤٩

١- حكاه عنه فى الفقيه ٤: ٢١٣، و انظر الكافى ٧: ١١٨.

٢- الدروس ٢: ٣٧٢.

٣- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٨٩، المستدرک ١٧: ١٨٩ أبواب ميراث الأعمام و الأخوال ب ١ ح ١.

بالسوية، لأب و أم كانوا أو لأب أو لأم، بلا خلاف فيه.

و فى أنه لو اجتمع العمومه جمع عمّ، أى الأعمام و العمّات اقتسموا المال بينهم بالتفاضل للذكر مثل حظّ الأنثيين إن كانوا جميعاً من قبل الأبوين أو الأب، بمعنى أنّهم كانوا إخوة لأب الميت من قبل أبويه أو أبيه خاصّه، و الدليل عليه بعد عدم الخلاف فيه على الظاهر، بل الإجماع كما فى الغنيه (١) الخبر المنجبر قصور سنده بالعمل:

فى عمّه و عمّ، قال: «لعمّ الثلثان، و للعمّه الثلث» (٢) و نحوه الرضوى (٣).

و أمّا إذا كانوا جميعاً لأمّ فالذى يقتضيه إطلاق العبارة هنا و فى الشرائع و الصدوق فى الفقيه و الفضل بن شاذان و الغنيه (٤) مدّعياً عليه إجماع الإماميّة أنّه أيضاً كذلك، يقتسمونه بينهم بالتفاضل، و يعضده إطلاق الروايه.

خلافاً لصريح جماعه، كالفاضل فى الإرشاد و التحرير و القواعد و الشهيدين فى الدروس و للمعتين و غيرهم (٥)، فيقتسمونه بالسوية.

و هذا أوفق بالأصل؛ لاقتضاء شركه المتعدّدين فى شىء اقتسامهم له بينهم بالسوية، خرج عنه هنا ما لو كانوا للأب بالإجماع و الروايه، و تبقى هذه الصوره تحته مندرجه؛ لعدم مخرج لها عنه عدا إطلاق الروايه، و هى

ص: ٣٥٠

١- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٧.

٢- التهذيب ١١٧٩/٣٢٨: ٩، الإستبصار ١٧١/٤٠٦٤٥، الوسائل ١٨٩: ٢٦ أبواب ميراث الأعمام و الأخوال ب ٢ ح ٩.

٣- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٨٩، المستدرک ١٧: ١٩٠ أبواب ميراث الأعمام و الأخوال ب ٢ ح ٤.

٤- الشرائع ٤: ٣٠، الفقيه ٢١١: ٤، و حكاة عن الفضل بن شاذان فى الكافي ٧: ١٢٠، الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٧.

٥- الإرشاد ٢: ١٢٢، التحرير ٢: ١٦٦، القواعد ٢: ١٧٥، الدروس ٢: ٣٧٢، اللمعه (الروضه البهيه ٨): ١٥٣؛ كشف اللثام ٢: ٢٩٦.

مع قصور سندها بالجهالة مع عدم جابر لها في هذه الصورة غير مقاومه للأصل المعتضد بالشهره، بل نفى عنه الخلاف جمله، و منهم صاحب الكفايه (١).

ولا يعارضه عموم ما دل على تفضيل الذكر على الأنثى بقول مطلق؛ لرجحان الأصل عليه بالشهره العظيمه، مع حكايه نفى الخلاف المتقدمه، هذا.

مع عدم صراحه في الدلاله؛ لاحتمالها الاختصاص بالعمّ و العمّه للأب أو الأبوين خاصّه، و يؤيده إطلاق أنّ الجدّ يقاسم الإخوه للأب في الأخبار المستفيضه بل المتواتره، مع أنّ المراد منه الجدّ من قبل الأب خاصّه، فتدبر. و إذا قام مثل هذا الاحتمال انتفت الصراحه في الروايه، التي هي مناط التخصيص للعمومات، كما مرّ إليه الإشاره غير مرّه.

ثم إنّ جميع ما ذكر إنّما هو إذا كانوا مجتمعين في الدرجه، بأن كانوا جميعاً للأبوين، أو أحدهما خاصّه.

و أمّا لو كانوا متفرقين بأن كان بعضهم للأبوين أو الأب خاصّه، و بعضهم للأمّ كذلك ف قد ذكر الأصحاب من غير خلاف يعرف بينهم، و به صرح جماعة (٢) أنّ لمن تقرب منهم بالأمّ السدس إن كان واحداً مطلقاً، ذكراً كان أو أنثى و الثلث إن كانوا أكثر يقتسمونه بينهم بالسويه و لو اختلفوا ذكوره و أنوته و الباقي عن الثلث أو السدس لمن تقرب منهم بالأب و الأمّ أو الأب عند عدم

ص: ٣٥١

١- الكفايه: ٣٠٠.

٢- منهم الحلّي في السرائر ٣: ٢٦٢، و الكاشاني في المفاتيح ٣: ٣٢١، و السبزواري في الكفايه: ٢٩٨.

من يتقرب بهما، واحداً كان أو متعدداً، يقتسمونه بينهم بالتفاضل للذكر مثل حظ الأنثيين و لم أقف لهم بعد الاتفاق على حجه ظاهره و لا متوهمه عدا إلحاق الأعمام بالكلالة، و أنّ إرثهم إنّما هو من حيث الأخوة لأب الميت، فكما أنّ لمن تقرب منهم بالأُمّ السدس مع الوحده و الثلث مع الكثره بينهم بالسويه، و لمن تقرب منهم بالأبوين أو الأب بالتفاضل، فكذلك هنا. و هو كما ترى؛ لعدم دليل عليه بعد الوفاق أصلاً، فيكون لولاه قياساً.

و ربما يتأمل في الاتفاق أيضاً؛ نظراً إلى إطلاق عبارتي الصدوق و الفضل باقتسام العمّ و العمّه المال بالتفاضل، من دون تفصيل بين كونهما معاً لأب أو لأمّ أو مختلفين، و نحوهما إطلاق الروايه المتقدمه.

و يمكن الذبّ عن الجميع، فعن الروايه بما مرّ إليه الإشاره، و عن مخالفتها به أيضاً على احتمال، و بمعلومية نسبهما، فلا يقدر في انعقاد الإجماع مخالفتها على تقدير تسليمها، فتأمل جدّاً . و يسقط معهم أى مع الأعمام للأبوين من يتقرب من الأعمام إلى الميت بالأب خاصّه و يقومون أى المتقربون به خاصّه مقامهم أى مقام المتقربين للأبوين عند عدمهم بلا خلاف فى شىء من الأمرين أجده، و به صرح جماعه (١)، بل فى الغنيه و السرائر (٢) الإجماع عليهما، و هو الحجه فيهما.

مضافاً إلى بعض المعبره فى الأوّل: «و عمّك أخو أبيك من أبيه و أمّه أولى بك من عمّك أخى أبيك من أبيه» قال: «و ابن عمّك أخى أبيك من

ص: ٣٥٢

١- انظر مجمع الفوائد و البرهان ٤١٣: ١١، ٤١٤، و الكفايه: ٣٠٠.

٢- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٧، السرائر: ٢٦٢: ٣.

أبيه و أمه أولى بك من ابن عمك أخى أبيك لأبيه» (١).

و اعلم أنّ هذه المرتبه ليست كسابقتها مشتمله على صنفين يجتمع أعلى أحدهما مع أدنى الآخر، بل الصنفان فيها أحدهما بحكم الآخر؛ نظراً إلى أنّ إرثهم إنّما يكون من جهة كونهم إخوه لأب الميت و أمّه، كما هو ظاهر الأصحاب، أو من جهة كونهم بمنزله الأبوين، كما يستفاد من الأخبار، ولا شيء من صنفى الإخوه و الأبوين بمتعدد، بل كل منهما صنف واحد، فيكون ما نُزّل منزلتهما كذلك.

و لهذا الصنف درجات متفاوتة صعوداً و نزولاً بحسب القرب و البعد، فالعمّ و العمّه مثلاً مطلقاً أقرب من بنيهما و بنى الخال، و الخال و الخاله كذلك.

و لا يرث الأبعد منهم مع الأقرب، مثل ابن خال مع خال، أو مع عمّ، أو ابن عمّ مع خال، أو مع عمّ إجماعاً، إلّا من الإسكافي فى ابن خال مع عمّ، حيث قال: إنّ للعمّ الثلثين، و لابن الخال الثلث (٢).

و هو شاذّ، محجوج بالإجماع الظاهر المحكى فى الغنيه و السرائر (٣)، و الآيه (٤)، و المعتبره الدالّه على أنّ: «كلّ ذى رحم بمنزله الرحم الذى يجزّ به، إلّا أن يكون وارث أقرب إلى الميت منه، فيحجبه» (٥) و لا ريب أنّ العمّ

ص: ٣٥٣

١- الكافي ٧: ١/٧٦، التهذيب ٩: ٩٧٤/٢٦٨، الوسائل ٢٦: ١٩٠، أبواب ميراث الأعمام و الأخوال ب ٤ ح ١.

٢- حكاه عنه فى المختلف: ٧٥١.

٣- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٧، السرائر ٣: ٢٦٢.

٤- الأنفال: ٧٥، الأحزاب: ٦.

٥- الكافي ٧: ٢/٧٧، التهذيب ٩: ٩٧٤/٢٦٩، الوسائل ١١٧٠/٣٢٥، الوسائل ٢٦: ٦٨، أبواب موجبات الإرث ب ٢ ح ١، و ١٨٨ أبواب ميراث الأعمام و الأخوال ب ٢ ح ٦.

أقرب من ابن الخال، وأنَّ العمَّ أقوى من الخال؛ لأنَّه أكثر نصيباً، وخاله تحجب ابن العمِّ، كما في الخبر: في ابن عمِّ وخاله، قال: «المال للخال» و قال في ابن عمِّ و خال، قال: «المال للخال» (١) فالعمُّ أولى أن يحجب ابن الخال، فتدبر.

و بالجمله لا شبهه فيما ذكره الأصحاب من كئيه قاعده منع الأقرب الأبعد إلّا في اجتماع ابن عمِّ لأب و أمُّ مع عم لأب ف إنَّ ابن العمِّ أولى بالميراث عند الإماميه، حكى إجماعهم عليه جماعه حدّ الاستفاضه (٢)، بل لعلَّ الحكايه متواتره، و هو الحجه المخصّصه لتلك القاعده.

مضافاً إلى النصوص المستفيضه، كما ذكرها بعض الأجله (٣).

و لم أقف عليها كذلك، مع أنّها غير معتبره السند، لكن في الفقيه: إن ترك عمّاً لأب و ابن عمِّ لأب و أمُّ فالمال كله لابن العمِّ للأب و الأمُّ؛ لأنَّه قد جمع الكلالتين كلاله الأب و كلاله الأمُّ، و ذلك بالخبر الصحيح عن الأئمه (عليهم السلام) (٤). فتأمل، مع أنّ ذلك مجبور بالعمل.

و هل يتعدى الحكم من هذه الصوره إلى ما تقاربها من الصور، كما لو حصل التعدّد في أحد الجانبين أو كليهما، أو دخل في الفرض المذكور

ص: ٣٥٤

-
- ١- التهذيب ٩: ١١٧٩/٣٢٨، الإستبصار ٤: ٦٤٥/١٧١، الوسائل ٢٦: ١٩٣، أبواب ميراث الأعمام و الأخوال ب ٥ ح ٤.
 - ٢- منهم ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٧، و الحلّي في السرائر ٣: ٢٦٢، و الفاضل المقداد في التنقيح ٤: ١٨١، و ابن فهد في المهذب البارع ٤: ٣٩٣، و السبزواري في الكفايه: ٣٠١.
 - ٣- المفاتيح ٣: ٣٠٢.
 - ٤- الفقيه ٤: ٢١٢.

زوج أو زوجته، أو حصل التغيير بالذكور و الأنوثة، أو انضم إلى ذلك الخال و الخاله؟ خلاف لا يليق بهذا الشرح نشره، و الاقتصار على مورد النص أظهر، وفاقاً لكثير؛ لأن المسألة جرت على خلاف الأصول المقررة و القواعد الممهّدة، فالتعديده فيها عن موضع الإجماع و الروايه مشكله، و إن وَّجَّهت بتوجيهات اعتباريه ربما أوجبت مظنه، إلا أن في بلوغها حدًا يجوز معه تخصيص الأصول بها إشكالاً.

و للخال جميع المال إذا انفرد عمّن عداه مّمّن يرث و كذا المال للخالين المنفردين و الأخوال المنفردين و كذا الخاله المنفرده و الخاليتين المنفردتين و الخالات المنفردات، لهنّ المال أجمع، يقتسمونه بينهم بالسويه.

و لو اجتمعوا ذكوره و أنوثة فالمال بينهم أيضاً بالسويه كيف كانوا في المقامين، أى لأب كانوا أو لأمّ أو لهما، بشرط الاجتماع في الدرجة، بأن يكونوا كذلك جميعاً.

و أما لو كانوا متفرقين فيها، بأن كان بعضهم للأبوين و بعض للأب خاصّه و آخر للأم فلمن يتقرب بالأمّ السدس إن كان واحداً مطلقاً، ذكراً كان أو أنثى و الثلث إن كانوا أكثر كذلك، يقتسمونه بينهم بالسويه و الثلثان فما زاد لمن يتقرب بالأب و الأمّ، و يسقط من يتقرب منهم بالأب (١) معهم أى مع المتقربين منهم بالأبوين، و يقومون مقامهم عند عدمهم و القسمة بينهم أى بين المتقربين بهما أو بالأب مع عدمهم بالسويه للذكر مثل ميراث الأنثى (٢).

ص: ٣٥٥

١- في المطبوع من المختصر (٢٧٠): بالأمّ.

٢- في المطبوع من المختصر (٢٧٠): للذكر مثل حظّ الأنثيين.

ولا- خلاف في شىء من ذلك أجده، و به صرح جماعة (١)، إلما في الحكم الأخير من اقتسام الأخوال للأب و الخالات له بالتساوى، فقد خالف فيه بعض أصحابنا، كما في الخلاف (٢)، فحكم بأن الخؤولة للأبوين أو الأب يقتسمون بالتفاضل؛ نظراً إلى تقربهم بأب في الجملة.

و ردّ بأنّ تقربهم للميت بالأُم مطلقاً، ولا عبره بوجهه قربها (٣).

و فيه: أنه متى كان الحكم كذلك فالحكم في صورته التفرقة بأنّ للمتقرب بالأُم السدس مع الوحده و الثلث مع الكثره و الباقي للمتقرب بالأبوين أو الأب خاصّه مع عدمه لا وجه له، بل الواجب على هذا الحكم بالتساوى.

و بالجملة فكلما تم في هذه المسأله على الفقير مشتبهه، فإنه إن كان الاعتبار بالنظر إلى تقرب هذا الوارث إلى الميت فتقرب الخؤولة مطلقاً إنما هو بالأُم الموجب لاقتسام من تقرب بها بالتساوي، أعم من أن يكون التقرب إليها بالأبوين أو أحدهما خاصّه، فلا وجه حينئذٍ لتخصيص المتقرب إليها بالأُم بالسدس أو الثلث، بل لا وجه لسقوط المتقرب إليها بالأب متى اجتمع مع المتقرب إليها بالأبوين.

و إن كان الاعتبار بالنظر إلى تقرب الوارث إلى الواسطه أعنى الأُم، فلا ينبغي النظر إلى الأُم مطلقاً، و حيث إنّ النص مفقود في هذا المجال فالحكم فيه مطلقاً لا يخلو عن إشكال، و إن كان القول بالتساوي كما هو المشهور لا يخلو عن قرب؛ لأنه مقتضى الشرکه، كما مرّ مراراً إليه

ص: ٣٥٦

١- انظر مفاتيح الشرائع ٣:٣٢١ ٣:٣٢٢.

٢- الخلاف ٤:١٧.

٣- المسالك ٢:٣٣٠.

الإشارة، و لكنّه يعارض بما مرّ من العمومات الدالّة على تفضيل الذكر على الأنثى مع التعليل بقول مطلق، فالاحتياط بنحو من المصالحه لا يترك.

و إن أمكن الذبّ عن هذا بترجيح قاعده الشركه عليه بالشهره، فلا بأس بالعمل عليها حيث لا يمكن الاحتياط بنحو من المصالحه، سيّما مع ندره قول بعض الأصحاب، كما صرّح بها في الروضه (١) مشعراً بدعوى الإجماع عليه، و قريب منها عباره الكفايه و غيرها (٢)، فلا يبعد ترجيح المشهور مطلقاً، سيّما بملاحظه الرضوى الآتى.

و لو اجتمع الأخوال و الأعمام، فللأخوال الثلث، و للأعمام الثلثان إجماعاً مع تعدّد الأخوال مطلقاً؛ للرضوى: «فإن ترك خالاً و خاله و عمّاً و عمّه، فللخال و الخاله الثلث بينهما بالسويه، و ما بقى فللعمّ و العمّه، للذكر مثل حظّ الأنثيين» (٣).

و لأنّ الأخوال يرثون نصيب من تقربوا به و هو الأخت أو الأم، و نصيبهما الثلث، @ (و الأعمام يرثون نصيب من يتقربون به و هو الأخ أو الأب، و نصيبهما الثلثان) @ (٤)، هذا.

مضافاً إلى فحوى المعبره الآتية، و عموم التعليل فى جمله منها.

و فى الموثق: فى رجل أوصى بثلث ماله فى أعمامه و أخواله، فقال:

«لأعمامه الثلثان، و لأخواله الثلث» (٥) و قد روى الشيخ فى الكتابين فى هذا

ص: ٣٥٧

١- الروضه ١٥٤: ٨.

٢- الكفايه: ٣٠١؛ و انظر الدروس ٣٧٣: ٢، و كشف اللثام ٢٩٧: ٢.

٣- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٨٩، المستدرک ١٧: ١٩٠ أبواب ميراث الأعمام و الأخوال ب ٢ ح ٤.

٤- ما بين القوسين ليس فى «ح».

٥- الكافى ٧: ٣/٤٥، الفقيه ٤: ٥٣٥/١٥٤، التهذيب ٩: ١١٦٩/٣٢٥، الوسائل ١٩: ٣٩٣ أبواب أحكام الوصايا ب ٦٢ ح ١.

و يقتسمون كلّ منهم نصيبهم من الثلث و الثلثين اقتسامهم حال الانفراد، فالأخوال بالسويه مطلقاً، و الأعمام بالتفاوت مع الاختلاف في الذكوره و الأنوثة، و مع الاتفاق فيهما بالسويه.

هذا إن اجتمعوا في الدرجه.

و لو كانوا متفرقين فلاأخوال من جهه الأمّ ثلث الثلث، و مع الاتحاد سدسه، و الباقي من الثلث للأخوال من جهه الأب و إن كان واحداً، و الثلثان للأعمام سدسهما للمتقرب منهم بالأمّ إن كان واحداً، و ثلثهما إن كان أكثر بالسويه و إن اختلفوا في الذكوره و الأنوثة، و الباقي للأعمام المتقربين بالأب بالتفاضل.

و أمّا مع اتحاد الأخوال و الأعمام بأن اجتمع خال أو خاله مع عمّ أو عمّه، فالمشهور أنّ لكلّ من الخال أو الخاله الثلث أيضاً كصوره التعدّد، و الثلثان لكلّ من العم و العمّه، بل عليه عامّه المتأخّرين، و في المسائل الناصريه الإجماع عليه (١)، و في السرائر أنّه مذهب المحضّلين (٢)، و هو الحجه.

مضافاً إلى التعليل المتقدّم إليه الإشاره، و المعتبره المستفيضه، ففي الصحيح إنّ في كتاب علي (عليه السّلام): «رجل مات، و ترك عمّه و خاله، قال:

لعمه الثلثان و للخاله الثلث» (٣) و إنّ فيه أيضاً: «إنّ العمّه بمنزله الأب،

ص: ٣٥٨

١- الناصريه (الجوامع الفقيهيه): ٢٢٣.

٢- السرائر ٢٦١: ٣.

٣- الكافي ٧: ١/١١٩، التهذيب ٩: ١١٦٢/٣٢٤، الوسائل ٩: ١٨٦: ٢٦ أبواب ميراث الأعمام و الأخوال ب ٢ ح ١، و فيها: العمّ و الخال، بدل العمّه و الخاله.

و الخاله بمنزله الأم، و بنت الأخ بمنزله الأخ، و كلّ ذى رحم بمنزله الرحم الذى يجزّ به، إلّا أن يكون وارث أقرب إلى الميت منه فيحجبه» و بمعنى ذيله الموثق و غيره (١).

و فى الصحيح: رجل مات، و ترك عمّه و خاله، قال: «لعمّه الثلثان، و للخاله الثلث» (٢).

و نحوه الخبر بل الصحيح كما قيل (٣) -: رجل ترك عمّاً و خالاً، فأجاب: «الثلثان للعمّ، و الثلث للخال» (٤).

خلافاً لصريح العماني و الكيدري و معين الدين المصرى و ابن زهره و ظاهر المفيد و الديلمى (٥)، فقالوا: لكلّ من الخال أو الخاله السدس.

و حجتهم غير واضحة عدا إلحاق الأخوال و الأعمام بالكلالة.

و هو مع عدم دليل عليه من أصله كما عرفته اجتهاد صرف فى مقابله الأحاديث المعتره، المعتضده بالشهره العظيمه التى كادت تكون إجماعاً، بل لعلها إجماع فى الحقيقة، كما صرح به فى المسائل الناصريه (٦). فقولهم ضعيف غاية، كقول العماني أيضاً بأنّ للعمّ أو العمّه

ص: ٣٥٩

١- الوسائل ١٨٦: ٢٦ أبواب ميراث الأعمام و الأخوال ب ٢.

٢- انظر الوسائل ١٨٧: ٢٦ أبواب ميراث الأعمام و الأخوال ب ٢ ح ٢، ٣، ٤، ٥.

٣- قاله المجلسى فى ملاذ الأخيار ٣٢٢: ١٥.

٤- التهذيب ١١٧٧/٣٢٧: ٩، الوسائل ١٨٩: ٢٦ أبواب ميراث الأعمام و الأخوال ب ٢ ح ٨.

٥- حكاه عن العماني و الكيدري و معين الدين فى المختلف: ٧٣٥، ٧٣٤، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٧، المفيد فى المقنعه: ٦٩٣، الديلمى فى المراسم: ٢٢٣.

٦- الناصريات (الجوامع الفقيهيه): ٢٢٣.

النصف، وللخال أو الخاله السدس، والباقي يردّ عليهما على قدر سهامهما (١).

و يزيد الحجة على هذا بأنّ الردّ إنّما هو مع التسميه و هؤلاء لا تسميه لهم.

و لو كان معهم أى مع الأعمام و الأخوال جميعاً زوج أو زوجه فل كل منه هما النصيب الأعلى من النصف أو الربع و لمن يتقرب منهم بالأُمّ أى الأَخوال و إن اتحدوا و كانوا لأُمّ، كما مرّ ثلث الأصل لا ثلث الباقي و الباقي و هو السدس على تقدير الزوج، و هو مع الربع على تقدير الزوجه لمن يتقرب منهم بالأب أى الأعمام.

و لو تفرق الفريقان المجتمعان مع أحدهما، أخذ كلّ منهما نصيبه الأعلى، و للأخوال الثلث، سدسه لمن تقرب منهم بالأُمّ مع الوحده، و ثلثه لا- معها، و الباقي من الثلث للأخوال من قبل الأبوين أو الأب عند عدمهم، و الباقي بعد نصيب أحد الزوجين و الأَخوال للأعمام، سدسه للمتقرب بالأُمّ مع الوحده، و ثلثه لا معها بالسويه، و الباقي للمتقرب منهم بالأبوين أو الأب عند عدمهم بالتفاضل.

و لو اجتمع أحدهما مع أحد الفريقين خاصّه، فله نصيبه الأعلى كذلك، و الباقي لأحد الفريقين و إن اتحدوا، و مع التعدّد و اتفاق الجهه كالأعمام من الأب خاصّه أو من الأم كذلك أو الأخوال كذلك يقتسمون الباقي كما فضّل.

ص: ٣٦٠

١- حكاه عنه فى المختلف: ٧٣٥.

و لو اختلف الوجهه فإن كان الفريق المجمع لأحدهما الأعمام خاصه فلمن تقرب منهم بالأُم سدس الأصل أو ثلثه، بلا خلاف على ما يظهر منهم، و به صرح في المسالك و الروضه و غيرهما من كتب الجماعه (١). و إن كان الأحوال خاصه فكذلك أيضاً، على الأظهر الأشهر بين الطائفة، بل نسبه الشهيدان في الدروس و المسالك (٢) إلى ظاهر كلام الأصحاب مشعرين بدعوى الإجماع عليه.

خلافاً للمحكى في القواعد و التحرير و الدروس و المسالك عن بعض الأصحاب (٣) فلمن تقرب منهم بالأُم سدس الباقي.

و للقواعد و فخر الدين (٤)، فله سدس الثلث؛ لأن الثلث نصيب الخؤوله، فللمتقرب منهم بالأُم سدسه مع اتحاده، و ثلثه مع تعدده.

و يضعف: بأن الثلث إنما يكون نصيبهم مع مجامعه الأعمام، و إلا فجميع المال لهم، فإذا زاحمهم أحد الزوجين زاحم المتقرب منهم بالأب و بقيت حصه المتقرب بالأُم و هو السدس مع وحدته، و الثلث مع تعدده خاليه عن المعارض.

مع أن هذا القول بل و سابقه أيضاً لو صحا يجريان في اجتماع أحد الزوجين مع الأعمام خاصه أيضاً، فيكون للمتقرب بالأُم منهم سدس الباقي خاصه، أو ثلثه، أو سدس الثلثين، أو ثلثهما، مع أنهم لا يقولون بذلك

ص: ٣٦١

١- المسالك ٢:٣٣٢، الروضه ٨:١٦٠.

٢- الدروس ٢:٣٧٤، المسالك ٢:٣٣١.

٣- القواعد ٢:١٧٥، التحرير ٢:١٦٦، الدروس ٢:٣٧٣، المسالك ٢:٣٣٢.

٤- القواعد ٢:١٧٥، إيضاح الفوائد ٤:٢٣١.

و اعلم أنّ هذه المرتبه مشتمله على طبقات متعدده مترتبه، فالأولى:

أعمام الميت، و عمّاته، و أخواله، و خالاته، ثم أولادهم مع عدمهم، ثم أولاد الأولاد، و هكذا مرتّبين.

و الثانيه: أعمام أب الميت و أمّه، و عمّاتهما، و أخوالهما، و خالاتهما، ثم أولادهم فنازلاً مرتّبين، كما فى سابقتها.

و الثالثه: أعمام الجدّ و الجدّه، و عمّاتهما، و أخوالهما، و خالاتهما، ثم أولادهم فنازلاً مرتّبين.

و الرابعه: أعمام أب الجدّ و أمّه، و أب الجدّه و أمّها، و عمّيات كل منهم، و أخوال كل منهم، و خالاتهم، ثم أولادهم و إن نزلوا مرتّبين.

و على هذا، فإذا انتقل فرض الميت إلى الطبقة الثانيه من طبقات الفريقين ف لو اجتمع عمّ الأب أب الميت و عمّته و خاله و خالته و عمّ الأمّ أم الميت و عمّتها و خالها و خالتها ورثوا جميعاً؛ لاستوائهم فى الطبقة، و كان لمن يتقرب منهم بالأمّ من العمّ و العمّه و الخال و الخاله الثلث بينهم بالسويه أرباعاً، و لمن يتقرب منهم بالأب الثلثان الباقيان ثلثاه لعمّه و عمّته بينهما أثلاثاً للذكر مثل حظّ الأنثيين و ثلثه الباقي لخاله و خالته بينهما نصفين بالسويه هذا على قول مشهور.

و قيل (1): بل يجعل لخال الأمّ و خالتها ثلث الثلث بالسويه، و لعمّها

و عمّتها ثلثاه كذلك، و أمّا الأعمام فكالمشهور.

و احتمال بعضهم (١) أن يكون للخؤوله الأربعة من الطرفين الثلث بينهم بالسويه، و فريضه الأعمام الثلثان، ثلثهما لعمّ الأمّ و عمّتها بالسويه أيضاً؛ لتقربهما بالأمّ، و ثلثاهما لعمّ الأب و عمته أثلاثاً، للذكر مثل حظّ الأنثيين.

و المسأله خاليه من النصوص، فسلك جادّه الاحتياط فيها بصلح و نحوه مطلوب مع الإمكان، و إلّا فلا محيص عن المشهور.

و تصحّ المسأله عليه من مائه و ثمانيه، كمسأله الأجداد الثمانيه، إلّا أنّ الطريق هنا أنّ سهام أقرباء الأب ثمانيه عشر توافق سهام أقرباء الأمّ الأربعة بالنصف، فيضرب نصف أحدهما فى الآخر، ثمّ المجتمع فى أصل الفريضه، و هو ثلاثه، تبلغ مائه و ثمانيه، و كذا على القول الأخير.

و أمّا على القول الثانى فتصحّ من أربعه و خمسين؛ لأنّ سهام أقرباء الأمّ ستّه تداخل سهام أقرباء الأب الثمانيه عشر، فيجتزى بالأكثر و يضرب فى الثلاثه أصل الفريضه، تبلغ ذلك.

و هنا

مسائل ثلاث:

الأولى: عمومه الميت و عمّاته و خؤولته و خالاته و أولادهم و إن نزلوا أولى من عمومه أبيه و خؤولته

مسائل ثلاث:

الأولى: عمومه الميت و عمّاته و خؤولته و خالاته و أولادهم و إن نزلوا أولى من عمومه أبيه و خؤولته و عمومه أمّه و خؤولتها، و عمومتهما و خؤولتهما و أولادهم و إن نزلوا أولى من عمومه الجدّ و الجدّه و خؤولتهما، و هكذا.

و كذا أولاد كلّ بطن أقرب أولى من البطن الأبعد و الأصل فيه

ص: ٣٦٣

بعد الوفاق الظاهر المحكى فى كلام جمع (١) الأولويه المستفاده من آيه إرث القرابه (٢)، و الكليه الناطقه بتنزيل كل ذى رحم منزله الرحم الذى يجز به كما فى النصوص المتقدمه (٣).

و منها مضافاً إلى خصوص بعض النصوص: «إذا اجتمع ولد العم و ولد العمه، فلولد العم و إن كان أنثى الثلثان، و لولد العمه و إن كان ذكراً الثلث» (٤) يظهر الوجه فى أنه يقوم أولاد العمومه و العمات و الخؤوله و الخالات من كل طبقه مقام آبائهم و أمهاتهم فى الإرث عند عدمهم، و يأخذ كل منهم نصيب من يتقرب به، واحداً كان أو أكثر فيأخذ ولد العم أو العمه و إن كان أنثى الثلثين، و ولد الخال أو الخاله و إن كان ذكراً الثلث، و ابن العمه مع بنت العم الثلث كذلك، و يتساوى ابن الخال و ابن الخاله و بنتهما، و يأخذ أولاد العم أو العمه للأُم السدس إن كان واحداً، و الثلث إن كان أكثر، و الباقي لأولاد العم للأبوين أو للأب مع عدمهم.

و كذا القول فى أولاد الخؤوله المتفرقين، و لو اجتمعوا جميعاً فلاولاد الخال الواحد أو الخاله كذلك للأُم سدس الثلث، و لأولاد الخالين أو الخاليتين فصاعداً أو هما كذلك ثلث الثلث، و باقيه للمتقرب منهم بالأب.

و كذا القول فى أولاد العمومه المتفرقين بالإضافه إلى الثلثين، و هكذا.

و يقتسم أولاد العمومه من الأبوين أو الأب عند عدمهم بالتفاوت،

ص: ٣٦٤

١- منهم الشهيد الثانى فى المسالك ٢: ٣٣١، و السبزوارى فى الكفايه: ٣٠١، انظر المفاتيح ٣: ٣٠١، ٣٠٢.

٢- الأنفال: ٧٥، الأحزاب: ٦.

٣- فى ص: ٣٤١.

٤- انظر الفقيه ٤: ٢١٩، و الكافي ٧: ١٢٢.

للذكر مثل حظ الأنثيين إذا كانوا إخوة مختلفين في الذكوريه و الأنثويه، و يقتسم أولاد العمومه من الأم بالتساوى، و كذا أولاد الخؤوله مطلقاً، لأب كانوا أو لأم أو لهما.

الثانيه: من اجتمع له سببان موجبان للإرث، ورت بهما ما لم يمنع أحدهما الآخر

الثانيه: من اجتمع له سببان أى موجبان للإرث، و المراد بالسبب هنا المعنى الأعمّ من السبب بالمعنى السابق؛ لشموله النسب ورت بهما معاً ما لم يمنع أحدهما الآخر و لم يكن ثمّه من هو أقرب منه فيهما أو فى أحدهما.

فالأوّل أى الذى يرث بالسببين اللذين لم يمنع أحدهما الآخر كابن عمّ لأب هو ابن خال لأمّ أ و زوج هو ابن عمّ أ و عمّه لأب هى خاله لأمّ و يتصور الأوّل فيما لو تزوّج أخ الشخص من أبيه بأخته من امّه، فهذا الشخص بالنسبه إلى ولد هذين عمّ؛ لأنّه أخو أبيه من الأب، و خال؛ لأنّه أخو امّه من الأمّ، و ولده ابن عمّ لأب و ابن خال لأمّ، و كلّ من الولد و الوالد يصلح للمثال، فيرث نصيب الخؤوله و العمومه، حيث لا مانع له منهما أو من أحدهما، فلو اجتمع معه عمّ للأبوين حجبه عن الإرث بنصيب العمومه، و كان له الثلث بنصيب الخؤوله.

و يتصور الثالث فى رجل له ابن، تزوّج بامرأه لها بنت، ثم ولدت منه بنتاً، و تزوّج ابن الرجل من غير هذه المرأه بنتها من غيره، فابنته منها عمّه و خاله لمن يتولد من ولديهما اللذين تزوّج أحدهما بالآخر.

و الثانى أى الذى أحد السببين فيه يحجب الآخر، فلا يرث بهما

معاً، بل بأحدهما هو كإبن عمّ هو أخ لأمّ و يتصور فى رجل تزوّج بامرأه أخيه، ولأخيه منها ولد اسمه حسن، ثم ولد له منها ولد اسمه حسين، فحسن ابن عمّ لحسين و أخوه لأمّه، فإذا توفّى ورثه حسين من جهه كونه أخاً، لا من جهه كونه ابن عمّ، لأنّ الأخ حاجب لابن العم.

و لا خلاف فى شىء من ذلك، و لا فى أنّه لا يمنع ذو السبب المتعدّد من هو فى طبقته من ذى السبب الواحد من حيث توهم قوّه السبب بتعدّده؛ لأنّ مدار الحجب إنّما هو على الاختلاف فى القرب و البعد بحسب البطون، لا على وحده القرابه و تعدّدها، فيأخذ ذو القرابتين مع عدم المانع من جهتي استحقاق النصيبين، و يأخذ ذو القرابه الواحده من جهتها نصيب واحد.

و لا يعترض بتقديم المتقرب بالأبوين على المتقرب بالأب و حجه إتياءه، فإنّ ذلك جارٍ على خلاف الأصل، و من ثم شاركه المتقرب بالأمّ.

الثالثه: حكم أولاد العمومه و أولاد الخؤله مع الزوج و الزوجه حكم آبائهم

الثالثه: لا ريب و لا خلاف فى أنّ حكم أولاد العمومه و أولاد الخؤله مع مجامعتهم الزوج و الزوجه حكم آبائهم و أمهاتهم فى أنّه يأخذ من يتقرب بالأمّ منهم نصيبها، و هو ثلث الأصل و يأخذ كلّ من الزوج و الزوجه نصيبه الأعلى منه من النصف أو الربع و يكون ما بقى عن أنصبتهم لمن يتقرب منهم بالأب و يقتسم كلّ منهم اقتسامهم حال انفرادهم عن الزوجين بنحو ما سبق تفصيله.

المقصد الثاني:

في بيان ميراث الأزواج اعلم أن الزوجين يدخلان على جميع الطبقات، ولا يحجبهما حجب حرمان أحد؛ لعموم الآيه (١)، والمعتبره المستفيضة (٢)، بل المتواتره، وخصوص المعتبره، منها القريب من الصحيح: «إن الله تعالى أدخل الزوج و الزوجه على جميع أهل الموارث، فلم ينقصهما من الربع و الثمن» (٣) و الإجماع، بل الضروره.

و قد مرّ أن للزوج مع عدم الولد الغير الممنوع من الإرث و إن نزل النصف، و للزوجه مع عدمه كذلك الربع، و أنّ لكل واحد منهما مع وجوده و إن نزل نصف النصيب من الربع أو الثمن، و يكون الباقي لباقي الورثه من أرباب الطبقات الثلاث، كائناً من كانوا و لو معتقين أو ضمناً جريره.

و لو لم يكن منهم وارث سوى الزوج ردّ عليه الفاضل من نصيبه الأعلى، على الأشهر الأقوى، بل ظاهر العبارة و نحوها و التنقيح (٤) عدم الخلاف فيه، و في صريح كلام الشيخين في كتاب الإعلام و الإيجاز و الاستبصار و السيدين في الغنيه و الانتصار و الحلّي في السرائر (٥) الإجماع

ص: ٣٦٧

- ١- النساء: ١٢.
- ٢- الوسائل ١٩٥: ٢٦ أبواب ميراث الأزواج ب ١.
- ٣- الكافي ٧: ٤/٨٢، الوسائل ١٩٥: ٢٦ أبواب ميراث الأزواج ب ١ ح ٢.
- ٤- التنقيح ٤: ١٨٩.
- ٥- الإعلام (مصنفات الشيخ المفيد ٩: ٥٥، الإيجاز (الرسائل العشر): ٢٧١، الاستبصار ٤: ١٤٩، الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٨، الانتصار: ٣٠٠، السرائر ٣: ٢٨٤.

عليه، وهو الحجج.

مضافاً إلى المعتبره المستفيضه الصريحه، ففي الصحيح: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) فدعا بالجامعه، فنظر فيها، فإذا فيها: «امرأه ماتت، و تركت زوجها، لا وارث لها غيره، المال له كله» (١).

و فيه: امرأه توفيت، و لم يعلم لها أحد، و لها زوج، قال: «الميراث لزوجها» (٢).

و في الموثق: امرأه تركت زوجها، قال: «المال كله له إذا لم يكن لها وارث غيره» (٣).

و فيه: قرأ عليّ أبو عبد الله (عليه السلام) فرائض علي (عليه السلام)، فإذا فيها: «الزوج يحوز المال إذا لم يكن غيره» (٤) و نحوها غيرها (٥).

خلافاً للمحكي عن ظاهر الديلمي (٦)، فلا يرّد عليه، بل هو للإمام (عليه السلام)؛ لظاهر الآيه، المؤيد بالأصل؛ لأنّ الردّ إنّما يستفاد من آيه أولى الأرحام (٧)، و الرحم منتفٍ عن الزوج من حيث هو زوج.

ص: ٣٤٨

١- الكافي ٧: ٢/١٢٥، التهذيب ٩: ١٠٥٣/٢٩٤، الإستبصار ٤: ٥٤١/١٤٩، الوسائل ٢٦: ١٩٧ أبواب ميراث الأزواج ب ٣ ح ٣.

٢- الكافي ٧: ١/١٢٥، التهذيب ٩: ١٠٥١/٢٩٤، الإستبصار ٤: ٥٥٩/١٤٩، الوسائل ٢٦: ١٩٧ أبواب ميراث الأزواج ب ٣ ح ١.

٣- التهذيب ٩: ١٠٥٠/٢٩٤، الإستبصار ٤: ٥٥٨/١٤٨، الوسائل ٢٦: ١٩٨ أبواب ميراث الأزواج ب ٣ ح ٧.

٤- التهذيب ٩: ١٠٥٢/٢٩٤، الإستبصار ٤: ٥٤٠/١٤٩، الوسائل ٢٦: ١٩٧ أبواب ميراث الأزواج ب ٣ ح ٢.

٥- الوسائل ٢٦: ١٩٧ أبواب ميراث الأزواج ب ٣.

٦- المراسم: ٢٢٢.

٧- الأنفال: ٧٥، الأحزاب: ٦.

و للموثق: «لا يكون ردّ على زوج و لا زوجته» (١).

و هو شاذّ، و مستنده ضعيف؛ لوجوب الخروج عن الأصل بما مر، و عدم مقاومه الموثق له من وجوه، مع احتمال الحمل على التقيه، بل حمله عليها بعض الأجله، قال: لموافقها لمذاهب العامه (٢). و يكون ذلك مذهبهم كافه صرح في الانتصار (٣)، فلا ريب في المسأله بحمد الله سبحانه.

و في ردّ الفاضل عن نصيب الزوجه عليها إذا لم يكن بعد الإمام (عليه السلام) وارث سواها قولان بل أقوال:

أحدهما: أنه لا ردّ عليها، بل لها الربع خاصّه و الباقي للإمام (عليه السلام) مطلقاً؛ للأصل المتقدّم إليه الإشاره، و المعتبره المستفيضه، منها الصحيح: كتب محمّد بن حمزه العلوي إلى أبي جعفر الثاني (عليه السلام):

مولى لك أوصى إليّ بمائه درهم، و كنت أسمعّه يقول: كلّ شيء لي فهو لمولاي، فمات و تركها، و لم يأمر فيها بشيء و له امرأتان إلى أن قال - فكتب (عليه السلام): «انظر أن تدفع هذه الدراهم إلى زوجتي الرجل، و حقهما من ذلك الثمن إن كان له ولد، و إن لم يكن له ولد فالربع، و تصدّق بالباقي على من تعرف أنّ له إليه حاجه إن شاء الله» (٤).

و لا قصور فيه بالمكاتبه كما قرّر في محلّه، و لا في الدلاله من حيث

ص: ٣٤٩

١- التهذيب ١٠٦١/٢٩٦، الإستبصار ٤:٥٦٣/١٤٩، الوسائل ٢٦:١٩٩ أبواب ميراث الأزواج ب ٣ ح ٨.

٢- المفاتيح ٣:٣٠٤.

٣- الانتصار: ٣٠٠.

٤- الكافي ٧:٤/١٢٦، التهذيب ٩:١٠٥٩/٢٩٦، الإستبصار ٤:٥٦٦/١٥، الوسائل ٢٦:٢٠١ أبواب ميراث الأزواج ب ٤ ح ١.

توهم كون المائه له (عليه السلام) بالإقرار لا بالإرث؛ لأن كون السهم المذكور حقاً للزوجتين على التفصيل الذي يقتضيه الإرث يدل دلالة ظاهره على أنه بطريق الإرث.

مع أن الإقرار يختلف حاله في الصحة و المرض، فيقبل في الأول مطلقاً، وفي الثاني في بعض الصور كذلك، وفي الباقي يمضى عليه من الثلث لا مطلقاً، فترك الاستفصال عن أحوال المقرّ و صور إقراره و الجواب بالتصدّق بعد إخراج الربع بقول مطلق كالصريح في أن ذلك بالإرث.

و احتمال علمه (عليه السلام) بحقيقه حال المقرّ و إقراره بحيث يناسب كونه بالإقرار غير مذكور في الخبر فيدفع بالأصل.

و منها الموثقات، في أحدها: قرأ عليّ أبو جعفر (عليه السلام) في الفرائض:

«امراه توفيت، و تركت زوجها، قال: المال للزوج، و رجل توفى، و ترك امرأته، قال: للمرأة الربع، و ما بقى فللإمام (عليه السلام)» (1). و في الثاني: توفى رجل و ترك امرأته، قال: للمرأة الربع، و ما بقى فللإمام (عليه السلام) « (2). و في الثالث: «أعط المرأة الربع، و احمل الباقي إلينا» (3) و نحوها غيرها (4).

و أكثر هذه الأخبار و إن كان يتوهم منها الاختصاص بحال حضور الإمام (عليه السلام) من حيث وقوع التعبير فيها عن الموت في الأسئلة بلفظ الماضي

ص: ٣٧٠

- ١- الكافي ٧: ٢/١٢٦، الوسائل ٢٠٢: ٢٦ أبواب ميراث الأزواج ب ٤ ح ٣.
- ٢- الكافي ٧: ٣/١٢٦، الوسائل ٢٠٢: ٢٦ أبواب ميراث الأزواج ب ٤ ح ٤.
- ٣- الكافي ٧: ١/١٢٦، التهذيب ٩: ١٠٥٨/٢٩٥، الإستبصار ٤: ٥٦٥/١٥٠، الوسائل ٢٠٢: ٢٦ أبواب ميراث الأزواج ب ٤ ح ٢.
- ٤- الوسائل ٢٠١: ٢٦ أبواب ميراث الأزواج ب ٤.

الظاهر فى وقوعه حال السؤال المصاحب لحضور الإمام (عليه السّلام)، لكن الموثقه الأولى ظاهره فى العموم لحالتى الحضور و الغيبه؛ لحكايتها الحكم المذكور عن صحيفه الفرائض التى تضمّنت الأحكام على سبيل القاعده و الكليّيه، هذا.

مع أنّ الظاهر من الأسئلة و إن تضمّنت لفظ الماضى السؤال عن الحكم بعنوان الكليّيه فى الرجل المتوفّى المخلف للزوجه خاصّه، من دون قصد إلى صورته خاصّه تضمّنتها الأسئلة، بل ربما لم تكن واقعه حينها.

و ربما يومئ إلى ظهور ما ذكرنا فهم الأصحاب أوّلاً، حيث استدلوا بهذه الأخبار لعدم الردّ مطلقاً.

و ثانياً: قولهم (عليه السّلام) فى أكثرها بعد الأمر بإعطاء الربع: «و الباقي للإمام (عليه السّلام)» و لو كان موردها صورته الحضور خاصّه لكان المناسب أن يقولوا: و الباقي يبعث إلى، أو: هو لى، أو ما شاكل ذلك كما وقع التعبير به فى الموثق الثالث، فالعدول عنه إلى قول: إنّ الباقي للإمام، بقول مطلق ظاهر فى العموم.

و ثالثاً: وقوع التعبير بلفظ الماضى فى مواضع لا يختص الحكم فيها بحال الحضور قطعاً، مثل ما ورد فى صحيفه الفرائض و غيرها.

و القول الآخر: إنّه يردّ عليها الفاضل مطلقاً كالزوج للمعتبرين (1)، أحدهما الصحيح: «رجل مات، و ترك امرأته، قال: «المال

ص: ٣٧١

١- أحدهما فى: الفقيه ١٩٢/٤:٦٦٧، الوسائل ٢٠٣:٢٦ أبواب ميراث الأزواج ب ٤ ح ٦. و الآخر فى: التهذيب ٢٩٥/١٠٥٦:٩، الإستبصار ١٥٠/٤:٥٦٨، الوسائل ٢٠٤:٢٦ أبواب ميراث الأزواج ب ٤ ح ٩.

لها» فقال: امرأه ماتت، و تركت زوجها، قال: «المال له». و هذا القول شاذٌ، مخالف للأصل، و النصوص المستفيضه المتقدمه التي لا يعارضها المعبران من وجوه عديده، و مع ذلك القائل به غير معروف، عدا المفيد فيما يحكى عن ظاهره في المقنعه (١) في عباره محتمله لكون ذلك حكم الزوج خاصه، و مع ذلك ذكر الحلى (٢) أنه رجح عنه في كتاب الإعلام.

و كيف كان فالمصير إلى هذا القول ضعيف غاية، و إن صحَّ مستنده؛ لمعارضته بأجود منه ممّا مرّ، فليحمل على ما يأتي، أو على ما إذا كانت الزوجه قريبه للزوج، فترث الباقي بالقرابه، كما ذكره الشيخ في الكتابين (٣)، مستشهداً عليه بالصحيح: عن رجل مات، و ترك امرأه قرابه، ليس له قرابه غيرها؟ قال: «يدفع المال كله إليها» (٤).

و فيه نظر، و مع ذلك فهو أظهر من الجمع الذي سيذكر.

و قال ثالث و هو الصدوق (٥): بالردّ عليها مع عدم ظهور الإمام (عليه السّلام) و غيبته، و بعدمه مع حضوره، و تبعه جماعه من المتأخرين (٦)؛ جمعاً بين الأخبار بحمل ما دل منها على الردّ على حال

ص: ٣٧٢

١- المقنعه: ٦٩١.

٢- السرائر ٣: ٢٤٤.

٣- التهذيب ٩: ٢٩٥، الاستبصار ٤: ١٥١.

٤- التهذيب ٩: ١٠٥٧/٢٩٥، الاستبصار ٤: ٥٦٩/١٥١، الوسائل ٤: ٢٠٥، أبواب ميراث الأزواج ب ٥ ح ١.

٥- الفقيه ٤: ١٩٢.

٦- منهم ابن سعيد في الجامع: ٥٠٢، و العلّامة في التحرير ٢: ١٦٨، و الإرشاد ٢: ١٢٥، و الشهيد في اللمعه (الروضه البهيه ٨): ٨١.

الغيبه، و ما دل منها على عدمه على حال الحضور.

و لا شاهد عليه أصلاً، و لا موجب له جداً، سوى الحذر عن إهمال الحديث الصحيح لو لم يرتكب هذا الجمع، و لا وجه له بعد إمكان الجمع بغيره ممّا مرّ، بل جعله الشيخ أولى في التهذيب (١).

و منه يظهر ما في نسبة هذا القول إليه فيه (٢)، بل و لو لم يجعله أولى كما في الاستبصار (٣) لم تمكن النسبه أيضاً؛ لترديد الجمع بين الاحتمالين، مع عدم تصريحه بترجيح الجمع الذي يوافق هذا القول، مع أنّ احتمالاته في مقام الجمع في الكتابين و إن لم يقع فيها ترديد لم يمكن نسبة القول بها إليه فيهما، كما مضى التنبيه عليه مراراً، هذا.

و ربما يضعف هذا الجمع بأنّ تخصيص ما دل على الردّ بحال الغيبه بعيد جداً؛ لأنّ السؤال فيه للباقر (عليه السّلام) وقع من رجل مات بصيغه الماضي، و أمرهم (عليهم السّلام) حينئذٍ ظاهر، و الدفع إليهم ممكن، فحمله على حال الغيبه المتأخره عن زمن السؤال عن ميت بالفعل بأزيد من مائه و خمسين سنه أبعد كما قال ابن إدريس (٤) ممّا بين المشرق و المغرب.

و فيه نظر، يظهر وجهه أولاً ممّا مرّ.

و ثانياً: أنّه على تقدير تسليمه إنّما يجرى في الصحيح الذي مرّ حيث وقع التعبير فيه بلفظ الماضي، و ليس يجرى في المعبر الآخر القريب منه سنداً بآب بن أبي عمير عن أبان بن عثمان؛ لوقوع التعبير فيه بلفظ المضارع

ص: ٣٧٣

١- التهذيب ٩: ٢٩٥.

٢- نسبة إليه في المسالك ٢: ٣١٧.

٣- الإستبصار ١٥١، ١٥٠: ٤.

٤- السرائر ٣: ٢٤٣.

المحتمله لحصول المبدأ في حال الغيبه، و لم يستفصل عنه و عن حصوله في حال الحضور، فيعمّ الجواب بالردّ عليها لهما، و أوّل من جمع بهذا الجمع هو الصدوق في الفقيه، و هو لم يرد فيه إلّا هذا الخبر، دون الصحيح الذي مرّ، و بمقتضى ما ذكره المضعّف لهذا الجمع من مراعاة مدلول صيغتي الماضي و المضارع يقوّى هذا الجمع، و يتوجّه من الصدوق، حيث إنّه ذكر ممّا دل على عدم الردّ ما وقع التعبير فيه بلفظ الماضي، و ما دل على الردّ بلفظ المضارع.

نعم لا يتوجه من الشيخ الذي هو مورد اعتراض الحلّي؛ حيث اقتصر على ذكر الصحيح المتقدم.

و بالجمله الأجود في ردّ هذا الجمع ما قدمناه من عدم شاهد عليه، و الترجيح لجانب ما دل على عدم الردّ؛ لموافقته الأصل، و العمومات، و التعدّد بحدّ الاستفاضه، و غير ذلك ممّا سيأتى إليه الإشاره.

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ الأوّل من هذه الأقوال أظهر مع أنّه أشهر، كما في عبارة جمع (١)، بل يستفاد من الانتصار عدم الخلاف فيه، فإنّه قال: و أمّا الزوجه فقد وردت روايه شاذّه بأنّها ترث المال كله إذا انفردت كالزوج، و لكن لا معول عليها، و لا تعمل الطائفه بها (٢). و قريب منه كلام الحلّي، حيث قال مشيراً إلى المختار: إنّه لا خلاف فيه [من (٣)] محصّل متأمّل، إلّا روايه شاذّه لا يلتفت إليها (٤).

ص: ٣٧٤

-
- ١- منهم الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٤: ١٨٩، و السبزواري في الكفايه: ٣٠٤، و الفيض الكاشاني في المفاتيح ٣: ٣٠٤.
 - ٢- الانتصار: ٣٠١.
 - ٣- في النسخ: بين، و ما أثبتناه من المصدر.
 - ٤- السرائر ٣: ٢٤٢.

و هذه الأمور من الشهره المحكيه، بل المحققه، و العبارات المعربه عن عدم الخلاف بين الطائفه معاضدات آخر قويه للأدله المتقدمه، فلا ريب أيضاً في هذه المسأله بحمد الله سبحانه.

و إذا كنّ أى الزوجات، و إنّما جمع الضمير نظراً إلى معنى الخبر، و هو أكثر من واحده فهنّ مشتركات في الربع مع عدم الولد أو الثمن معه اتفاقاً، فتوى و نصياً، و منه الصحيح المتقدم في البحث السابق (1)، و نحوه الصحيح الآتي في المسأله الأولى من المسألتين (2).

و الخبر المنجبر قصوره بالعمل: «لا- يزداد الزوج على النصف، و لا- ينقص من الربع، و لا- تزداد المرأه على الربع، و لا- تنقص من الثمن، و إن كنّ أربعاً أو دون ذلك فهنّ فيه سواء» إلى أن قال الفضل الراوى له: و هذا حديث صحيح على موافقه الكتاب (3).

و ذكر الأربع فيه وارد على الغالب و المقرر بحسب أصل الشرع، و إلّا فلو فرض زيادتهنّ عليه اقتسمن أحد النصيبين بينهما أيضاً بالسويه، بلا خلاف، و به صرح الحلّي (4)، كما تقدمت إليه الإشاره، و ربما اقتضته إطلاق العبارة و ما ضاهاها من عبارات الجماعه.

و اعلم أنّ المعروف من مذهب الأصحاب أنّ مجرد العقد مع عدم الدخول كافٍ في ثبوت التوارث بين الزوجين، ف ترث الزوجه زوجها و إن لم يدخل بها الزوج، و كذا الزوج يرثها و إن لم يدخل بها.

ص: ٣٧٥

١- راجع ص: ٣٦٥.

٢- يأتي في ص: ٣٨٥.

٣- الفقيه ١٨٨/٤: ٦٥٧، التهذيب ٩: ٩٦٤/٢٤٩، الوسائل ٢٦: ١٩٦ أبواب ميراث الأزواج ب ٢ ح ١.

٤- السرائر ٣: ٢٣٠.

و الأصل فيه بعد الإجماع، و عموم الكتاب و السنّه خصوص النصوص المستفيضة، و فيها الصحاح و غيرها من المعبره، منها: في امرأه توفيت قبل أن يدخل بها، قال: «فلها نصف المهر، و هو يرثها» و في رجل توفى قبل أن يدخل بامرأته، قال: «إن كان فرض لها مهراً فلها نصفه، و هي ترثه» (١).

و منها: في الرجل يموت و تحته امرأه لم يدخل بها، قال: «لها نصف المهر، و لها الميراث كاملاً» (٢) إلى غير ذلك من النصوص المتقدمه في كتاب النكاح في بحث المهور.

و يستثنى منه عند الأصحاب ما لو تزوج المريض و مات في مرضه قبل الدخول بها، فإنها لا ترثه، كما يأتي.

و (٣) يتوارثان ما دامت المرأة في حبال الزوج و لو بعد الطلاق إذا كانت في العده الرجعيه خاصه دون البائنه، فلا توارث بينهما فيها، و لا- بعد العده مطلقاً، إجماعاً في المقامين، و للنصوص المستفيضة التي كادت تكون متواتره فيهما، تقدم في باب كراهه طلاق المريض إلى جمله منها الإشاره.

نعم يستثنى عند الأصحاب من عدم التوارث في العده البائنه صوره واحده، أشار إليها بقوله: لكن لو طلقها حال كونه مريضاً ورثت منه هي خاصه و إن كان الطلاق بائناً ما لم تخرج السنه من ابتداء الطلاق

ص: ٣٧٦

-
- ١- الكافي ٦/١١٩، التهذيب ٥١٠/١٤٧، الإستبصار ٣/١٢٢٠/٣٤١، الوسائل ٣٢٨: ٢١ أبواب المهور ب ٥٨ ح ٨.
 - ٢- الكافي ١/١١٨، التهذيب ٤٩٩/١٤٤، الإستبصار ٣/١٢٠٧/٣٣٩، الوسائل ٣٢٦: ٢١ أبواب المهور ب ٥٨ ح ١.
 - ٣- في المطبوع من المختصر (٢٧١) زياده: كذا.

إلى حين موت الزوج و لم يبرأ الزوج من مرضه الذى طلقها فيه و لم تتزوج هي، و قد مضى الكلام مستوفى فى كتاب الطلاق فى الباب المتقدم إليه الإشاره، فى هذه المسأله.

و فى أنه لا ترث المطلقه بالطلاق البائن إلّا هنا أى فى هذه الصوره المستثناه.

و يرث الزوج من جميع ما تركته المرأه التى توفيت و هى فى حبالته مطلقاً، ذا ولد كان منها أم لا، بإجماع المسلمين كآفه كما فى الإيضاح و التنقيح (١)؛ للعمومات من الكتاب و السنه، مع اختصاص الأدله المخصّصه لها من النصوص المستفيضه، بل المتواتره، و الإجماعات المنقول حدّ الاستفاضه بالزوجه؛ مضافاً إلى خصوص بعض النصوص الآتیه.

و كذا المرأه ترث الزوج من جميع ما تركه عدا العقار فلا ترث منه عيناً، إجماعاً، و خلاف الإسكافى (٢) بإرثها منه أيضاً شاذّ، مسبوق بالإجماع و ملحوق به، كما فى نكت الإرشاد و شرح الشرائع للصيمرى و غيرهما (٣)، و فى صريح الانتصار و السرائر و المسالك و غيرها من كتب الجماعه و ظاهر الغنيه (٤) أنّ الحكم بذلك من متفرّدات الإمامیه.

و أمّا الصحيح: عن الرجل، هل يرث من دار امرأته أو أرضها من التربه شيئاً، أو يكون ذلك بمنزله المرأه؟ فقال: «يرثها، و ترثه من كل شىء

ص: ٣٧٧

١- الإيضاح ٢٤٠:٤، التنقيح ١٩٠:٤.

٢- حكاه عنه فى المختلف: ٧٣٦.

٣- غايه المراد ٥٨٣:٣، غايه المرام ١٨٣:٤، المهذب البارع ٣٩٩:٤.

٤- الانتصار: ٣٠١، السرائر ٢٥٨:٣، المسالك ٣٣٣:٢؛ و انظر الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٧، و الكفايه: ٣٠٢.

ترك، و تركت» (١).

فحمله على التقيه متعين؛ لموافقته العامه، كما صرح به جماعه (٢)، و يظهر من جمله من الروايات الآتية، و هو أولى من تخصيص العموم فى جانب الزوجه بما عدا الأراضى؛ لمنافاته لسياق الروايه، و كذا من تخصيص الزوجه بذات الولد من الزوج؛ لعدم الشاهد عليه من إجماع أو روايه معتبره، و إن اشتهر بين المتأخرين كما سيأتى إليه الإشاره.

و لا قيمه أيضاً، على الأشهر الأقوى، خلافاً للمرتضى (٣). و هو ضعيف جداً، كما سيأتى بيانه مفصلاً إن شاء الله تعالى.

و بالجمله لا شبهه فى أنها لا ترث من العقار شيئاً.

و ترث من قيمه الآلات أى آلات البناء من الأخشاب و الأبواب و الأبنيه من الأحجار و الطوب (٤) و غيرها، دون عينها، بلا خلاف فيهما ممن عدا الإسكافى (٥).

و خلافه فى إرثها من عينها أيضاً كخلافه السابق شاذ، لا يلتفت إليه؛ لاستفاضه النصوص قبل الإجماع بل تواترها على رده فى المقامين، ففى الصحيح: «لا يرثن النساء من العقار شيئاً، و لهن قيمه البناء و الشجر و النخل» يعنى بالبناء: الدور، و إنما عنى من النساء: الزوجه (٦).

ص: ٣٧٨

- ١- الفقيه ٤: ٨١٢/٢٥٢، التهذيب ٩: ١٠٧٥/٣٠٠، الإستبصار ٤: ٥٨١/١٥٤، الوسائل ٢٦: ٢١٢ أبواب ميراث الأزواج ب ٧ ح ١.
- ٢- منهم فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٤: ٢٤٢، و الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣: ٣٢٩، و المجلسيان فى روضه المتقين ١١: ٤١١، و ملاذ الأخيار ١٥: ٢٨٢.
- ٣- الانتصار: ٣٠١.
- ٤- الطوب: الأجر. المصباح المنير: ٣٨٠، مجمع البحرين ٢: ١١١.
- ٥- حكاه عنه فى المختلف: ٧٣٦.
- ٦- الفقيه ٤: ٨٠٩/٢٥٢، الوسائل ٢٦: ٢١١ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ١٦.

وفيه: «لا ترث النساء من عقار الدور شيئاً، ولكن يقوّم البناء و الطوب، و تعطى ثمنها أو ربعها» (١).

و في الخبر: «لا ترث النساء من عقار الأرض شيئاً» (٢).

و في آخر: «المرأه ترث الطوب و لا ترث من الرباع شيئاً» (٣) الحديث.

و المراد بإرثها من الطوب إرثها من قيمته لا من عينه، كما في الأخبار المفصّله، منها زياده على ما مرّ الخبر: «إنما جعل للمرأه قيمه الخشب و الطوب لثلا يتزوجن فيدخل عليهم من يفسد مواريتهم» (٤).

و في آخر: «إنّ النساء لا يرثن من رباع الأرض شيئاً، و لكن لهنّ قيمه الطوب و الخشب» قال: قلت: إنّ الناس لا يأخذون بهذا، فقال: «إذا ولينا ضربناهم بالسوط، فإن انتهوا، و إلّا ضربناهم بالسيف» (٥).

و في ثالث: «ليس للنساء من الدور و العقار شيء» (٦) إلى غير ذلك من النصوص الآتية.

و اعلم أنّه قد اختلف الأصحاب فيما يحرم منه الزوجه، فمنهم من اقتصر على ما في عباره من العقار خاصّه، كالمفيد و الحلبي (٧)؛ اقتصاراً في

ص: ٣٧٩

١- الكافي ٧:٦/١٢٩، الوسائل ٢٦:٢٠٨ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ٧.

٢- الكافي ٧:٤/١٢٨، الوسائل ٢٦:٢٠٨ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ٦.

٣- الكافي ٧:٥/١٢٨، قرب الاسناد: ١٨٢/٥٦، الوسائل ٢٦:٢٠٦ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ٢.

٤- الكافي ٧:٧/١٢٩، التهذيب ٩:١٠٦٨/٢٩٨، الإستبصار ٤:٥٧٤/١٥٢، الوسائل ٢٦:٢٠٩ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ٩.

٥- الكافي ٧:١٠/١٢٩، التهذيب ٩:١٠٦٩/٢٩٩، الإستبصار ٤:٥٧٥/١٥٢، الوسائل ٢٦:٢١٠ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ١١.

٦- الكافي ٧:٩/١٢٩، التهذيب ٩:١٠٧٠/٢٩٩، الإستبصار ٤:٥٧٦/١٥٢، الوسائل ٢٦:٢٠٩ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ١٠.

٧- المقنعه: ٦٨٧، السرائر ٣:٢٥٨.

تخصيص العمومات القطعية على القدر المتيقن المجمع عليه المصرّح به في النصوص المذكوره.

و منهم من طرد الحكم في أرض المزارع و القرى و غيرها، و بالجمله نفس الأرض مطلقاً، سواء كانت بياضاً أم مشغوله بزرع و شجر و بناء و غيرها، كالنهايه و القاضى و الحلبي و ابن حمزه (1)، بل ادّعى عليه الشهره جماعه، كالفاضل في التحرير و القواعد و ولده في الشرح و الشهيدين في النكت و المسالك و المفلح الصيمرى في شرح الشرائع و المقدس الأردبيلي - (رحمه الله) و صاحبى المفاتيح و الكفايه (2)، و بالجمله أكثر من وقفت على كلماتهم في المسأله، و مع ذلك اختاروه إلّا نادراً منهم، و هو أيضاً مذهب الماتن في الشرائع و الفاضل في المختلف و الإرشاد و الشهيد في الدروس و اللمعه (3)، و في الخلاف الإجماع عليه (4).

و هو الأظهر؛ للنصوص المستفيضه المصرّحه بذلك، ففي الصحيح:

«إنّ المرأه لا ترث من تركه زوجها من ترابه دار أو أرض، إلّا أن يقوم الطوب و الخشب قيمه، فتعطى ربعها أو ثمنها» (5).

ص: ٣٨٠

١- النهايه: ٦٤٢، القاضى في المهذب ٢: ١٤٠، الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٧٤، ابن حمزه في الوسيله: ٣٩١.

٢- التحرير ٢: ١٦٨، القواعد ٢: ١٧٨، الإيضاح ٤: ٢٤٠، غايه المراد ٣: ٥٨٧، و المسالك ٢: ٣٣٣، غايه المرام ٤: ١٨٣، و الأردبيلي في مجمع الفائده و البرهان ١١: ٤٥٠، المفاتيح ٣: ٣٢٩، الكفايه: ٣٠٢.

٣- الشرائع ٤: ٣٤، المختلف: ٧٣٦، الإرشاد ٢: ١٢٥، الدروس ٢: ٣٥٨، اللمعه (الروضه البهيه ٨): ١٧٢.

٤- الخلاف ٤: ١١٦.

٥- الكافي ٧: ٣/١٢٨، التهذيب ٩: ١٠٦٤/٢٩٧، الإستبصار ١٥١/١٥٧، الوسائل ٢٦: ٢٠٧، أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ٥.

وفيه: «لا ترث ممّا ترك زوجها من القرى و الدور و السلاح و الدوابّ شيئاً، و ترث من المال و الفرش و الثياب و متاع البيت ممّا ترك، و تقوّم النقض و الأبواب و الجذوع و القصب، فتعطى حقّها منه» (١).

و نحوه الموثق: «لا ترث من تركه زوجها من القرى و الدور و السلاح و الدوابّ شيئاً، و ترث من المال و الرقيق و الثياب و متاع البيت ممّا ترك، و يقوّم النقض و الجذوع و القصب، فتعطى حقّها» (٢).

و فى القريب منه سنداً: «لهنّ قيمه الطوب و البناء و القصب و الخشب، فأتمّ الأرض و العقارات فلا- ميراث لهنّ فيه» قال: قلت: فالثياب؟ قال:

«لهنّ» (٣) و نحوه الخبر (٤).

و فى آخر: «لا يرثن من الأرض و العقارات شيئاً» (٥).

و فى ثالث: «لا- يرثن من الدور و الضياع شيئاً، إلّا أن يكون أحدث بناءً، فيرثن ذلك البناء» (٦) و المراد بإرثهنّ منه إرثهنّ من القيمة، بدلاله الأخبار المفصّله.

ص: ٣٨١

- ١- الكافي ٧: ٢/١٢٧، التهذيب ٩: ١٠٦٥/٢٩٨، الإستبصار ٤: ٥٧١/١٥١، الوسائل ٢٦: ٢٠٥ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ١.
- ٢- الفقيه ٤: ٨١١/٢٥٢، التهذيب ٩: ١٠٧٢/٢٩٩، الإستبصار ٤: ٥٧٨/١٥٣، الوسائل ٢٦: ٢١٠ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ١٢.
- ٣- الكافي ٧: ١١/١٣٠، التهذيب ٩: ١٠٧١/٢٩٩، الإستبصار ٤: ٥٧٧/١٥٢، الوسائل ٢٦: ٢٠٦ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ٣.
- ٤- الكافي ٧: ١٠/١٢٩، التهذيب ٩: ١٠٦٩/٢٩٩، الإستبصار ٤: ٥٧٥/١٥٢، الوسائل ٢٦: ٢١٠ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ١١.
- ٥- الكافي ٧: ١/١٢٧، التهذيب ٩: ١٠٦٦/٢٩٨، الإستبصار ٤: ٥٧٢/١٥٢، الوسائل ٢٦: ٢٠٧ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ٤.
- ٦- التهذيب ٩: ١٠٧٣/٣٠٠، الإستبصار ٤: ٥٧٩/١٥٣، الوسائل ٢٦: ٢١٠ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ١٣.

و فى رابع: إنَّ بكبيراً حدثنى عن أبى جعفر (عليه السّلام): «أَنَّ النّساء (لا يرثن) (١) ممّا ترك زوجها من ترابه دار و لا أرض، إلّا أن يقوّم البناء و الجذوع و الخشب، فتعطى نصيبها من قيمه البناء، و أمّا التربه فلا تعطى شيئاً من أرض و لا ترابه» قال زراره: هذا لا شك فيه (٢).

و هذه الأخبار مع اعتبار سند جملة منها بالصحة و الموثقيه، و انجبار باقيها بالشهره العظيمة المحققه جدّاً و المحكيه ظاهره الدلاله على المختار.

و لا يقدح فى حجيه بعضها تضمّنه لما لا يقول به أحد من السلاح و الدواب؛ لأنّ طرح بعض الخبر لمعارض أقوى لا يوجب طرح ما لا معارض فيه، كما مرّ مراراً.

و ربما يؤوّل ذلك بأنهما من الحبوه، أو موصى به، أو صدقه، أو نحوها ممّا لا ترث الزوجه و لا غيرها معه.

نعم ذلك نقص فى مقام التعارض إذا كان المعارض موجوداً، و لا وجود له هنا سوى العمومات المتفق على تخصيصها و لو فى الجملة كثيراً، و هو نقص أيضاً، فيتساوى النقصان، و الخاص مقدّم.

و أمّا الأخبار السابقه فلا معارضه فيها لهذه الأخبار بوجه؛ إذ غايتها إثبات الحرمان فى العقارات، و لا تنافى بينه و بين إثباته من جملة الأراضى و لو كانت غيرها من هذه الأخبار بوجه أصلاً.

فلا وجه مع ذلك للقول الأوّل إلّا مراعاة تقليل التخصيص و الاقتصار

ص: ٣٨٢

١- فى المصادر: لا ترث امرأه.

٢- التهذيب ١/٣٠١، ٩: ١٠٧٧، الإستبصار ٣/١٥٣، ٤: ٥٨٠، الوسائل ٢٦: ٢١١، أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ١٥.

فيه على المتيقن منه، وليس بوجه؛ لوجوب الالتزام به و لو كثر بعد قيام الدليل عليه، وقد قام، كما ظهر لك في المقام.

و الاقتصار على المتيقن غير لازم، بل يكفي المظنون بعد حصول الظن به من الأخبار المزبوره، و منع حصوله منها أو عدم حجيه مثلها بناءً إماً على عدم حجيه أخبار الآحاد، أو عدم قابليتها لتخصيص نحو عمومات الكتاب ضعيف، على الأشهر الأقوى، كما حقق في محله مستقصى.

و أتمّ ما في شرح الإرشاد للمقدس الأردبيلي - (رحمه الله) و الكفايه (١) من المناقشات في جملة الأخبار الواردة في المسأله، و تأويلها بتأويلات بعيده و تمحّلات غير سديده فمما لا ينبغي الالتفات إليه و العروج في مقام التحقيق عليه، و كفاه فساداً مخالفته لفهم الأصحاب كافه، مع عدم تعرض أحد منهم لشيء منه أصلاً، و لو جرى أمثال هذه التأويلات في الروايات لا ندرس جملة الأحكام، و ما بقي لها أثر في محل و لا مقام.

ثم إنّ ظاهر العبارة و ما ضاهاها من عبارات الجماعه في الاقتصار فيما تحرم منه على العقار و الأبنيه و الآلات عدم حرمانها من نحو الشجر و النخل، و هو أحد القولين في المسأله.

و الثاني: إلحاقه بالآلات، نسب إلى القواعد و الدروس و أكثر المتأخرين (٢)، و هو مذهب فخر الدين مدّعياً هو و والده و الصيمري و غيرهم (٣) أنّه المشهور، بل الظاهر منهم أنّه لا خلاف فيه على المشهور،

ص: ٣٨٣

١- الأردبيلي في مجمع الفائده و البرهان ١١: ٤٤٥، الكفايه: ٣٠٣.

٢- نسبة إليهم في المسالك ٢: ٣٣٣، و هو في القواعد ٢: ١٧٨، و الدروس ٢: ٣٥٨.

٣- فخر الدين في الإيضاح ٤: ٢٤١، و والده في القواعد ٢: ١٧٨، و الصيمري في غايه المرام ٤: ١٨٣، المذهب البارع ٤: ٤٠٢.

و فى المسالك (١) أنه ممنوع، كما يظهر من تتبع عباراتهم.

و كيف كان فالأقرب الإلحاق؛ للتصريح به فى بعض الصحاح المتقدمه (٢).

مضافاً إلى إمكان استفادته من جُمله من النصوص النافيه لإرثهنّ من العقار شيئاً، و النخل و الشجر منها، كما صرّح به جماعه (٣)، و منهم بعض أهل اللغه بل جماعه (٤).

و عدم التعرض فيها للقيمه غير ضائر بعد قيام الإجماع على ثبوتها؛ إذ لا قائل بالحرمان منهما عيناً و قيمه؛ لتردده بين الحرمان منه عيناً خاصه أو عدمه بالكليه، فإذا ثبت الحرمان عيناً من هذه الأخبار ثبتت قيمه بعدم القائل بالفرق بين الطائفه.

مع أنّ فى إثباتها مناسبه لإثباتها فى الآلات و الأبنيه، بل ربما ادّعى دخول الشجر فى الآلات (٥)، و إن كان بعيداً، مع ما فيه من تقليل التخصيص للعمومات.

و ظاهر شيخنا فى المسالك (٦) الميل إلى هذا، و فى الروضه إلى الأوّل قائلاً: إنّ النصوص الصحيحه و غيرها دالّه عليه أكثر من دلالتها على القول

ص: ٣٨٤

١- المسالك ٢:٣٣٣.

٢- فى ص: ٦٤٨٣، ٦٤٨٢.

٣- منهم الشهيد الثانى فى المسالك ٢:٣٣٣، و الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٣:٣٢٨، و انظر روضه المتقين ١١:٤١٢.

٤- منهم الجوهري فى الصحاح ٢:٧٥٤، و ابن الأثير فى النهايه ٣:٢٧٤، و الطريحي فى مجمع البحرين ٣:٤١٠.

٥- الروضه ٨:١٧٣.

٦- المسالك ٢:٣٣٣.

المشهور بين المتأخرين (١). وفيه نظر.

و للسيد المرتضى علم الهدى (رحمه الله) في أصل المسألة قول ثالث تفرد به، حيث إنّه يمنعها أى الزوجه من العين أى عين الرباع خاصه دون قيمه فيثبتها لها؛ مراعاة للجمع بين العمومات و ما أجمع عليه الأصحاب من الحرمان بتخصيص الحرمان بالعين و إيجاب قيمه، على نحو ما اختاره فى الجوه.

و هو شاذّ و مستنده ضعيف؛ لظهور كلمات القوم قديمهم و حديثهم فى الحرمان منها عيناً و قيمه، و إن اختلفوا فى مقدار ما تحرم منه، و يشير إلى ذلك استنادهم إلى الأخبار، و هى كما عرفت صريحه فى حرمانها من الأرض مطلقاً، عيناً و قيمه، بدليل استثناء قيمه من آلتها خاصه.

و مع ذلك فهى حجه برأسها فى خلافه، فإنّها ليست من الآحاد حتى لا يقال بحجيتها، أو لا يخصّص عموم الكتاب بها، و لو سلّم فالقرينه على صحتها من فتاوى الأصحاب موجوده جداً، فيكون من الآحاد المحفوفه بالقرائن القطعيه، و لا ريب فى حجيتها لأحد حتى عنده، فتأمل.

و اعلم أنّ مقتضى إطلاق العباره و غيرها من عبائر الجماعه ممّا أطلق فيه الزوجه عدم الفرق فيها بين كونها ذات ولد من زوجها أم لا، و هو الأقوى، وفاقاً لكثير من أصحابنا، كالكلينى و المفيد و المرتضى و الشيخ فى الاستبصار و الحلبي و ابن زهره (٢) ظاهراً، و الحلبي و جماعه من المتأخرين (٣).

ص: ٣٨٥

١- الروضه ١٧٤: ٨.

٢- الكلينى فى الكافى ٧: ١٢٧، المفيد فى المقنعه: ٦٨٧، المرتضى فى الانتصار: ٣٠١، الاستبصار ١٥٥، ١٥٤: ٤، الحلبي فى الكافى فى الفقه: ٣٧٤، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٧.

٣- السرائر ٣: ٢٥٩؛ كشف الرموز ٢: ٤٦٤، مفاتيح الشرائع ٣: ٣٢٨، ٣٢٩.

صريحاً، و في السرائر و عن الخلاف (١) الإجماع عليه، و هو الحجه.

مضافاً إلى إطلاق الأخبار السابقه، بل عمومها الثابت من صيغه الجمع في جُمله منها، و ترك الاستفصال في أخرى، و عموم التعليل و وجه الحكمه في ثالثه.

خلافاً للصدوق و أكثر المتأخرين (٢)، فخصوا الحكم بغير ذات الولد؛ تقيلاً للتخصيص؛ و عملاً بالمقطوع الغير المسند إلى إمام؛ إذا كان لهنّ ولد أعطين من الرباع (٣). و للجمع بين النصوص المتقدمه المختلفه في أصل الحرمان و عدمه بالكلية بحمل الأدله على غير ذات الولد و الأخيره على صاحبته.

و في الجميع نظر؛ للزوم التخصيص و إن كثر بعد قيام الدليل عليه و لو من الإطلاق أو العموم، فإنه في أفراد الخاص، و هو بالإضافة إلى أصل العمومات خاصّ فيقدم عليها.

و المقطوع لا حجه فيه بعد القطع، و ليس مثل الإرسال ليحبر ضعفه بالشهره و نحوها، كما صرح به جماعه من أصحابنا (٤).

و الجمع لا شاهد عليه، مع وضوح الجمع بغيره من حمل ما دلّ على عدم الحرمان بالكلية على التقيه، كما تقدمت إليه الإشاره، و الاحتياط لا يترك هنا، بل في أصل المسأله أيضاً، فإنه طريق السلامه.

ص: ٣٨٤

١- السرائر ٣: ٢٥٩، الخلاف ٤: ١١٦.

٢- الفقيه ٤: ٢٥٢؛ و القواعد ٢: ١٧٨، الإيضاح ٤: ٢٤١، و الشهيد في اللمعه (الروضه ٨): ١٧٢، التنقيح ٤: ١٩٢.

٣- الفقيه ٤: ٨١٣/٢٥٢، التهذيب ٩: ١٠٧٦/٣٠١، الإستبصار ٤: ٥٨٢/١٥٥، الوسائل ٢٦: ٢١٣ أبواب ميراث الأزواج ب ٧ ح ٢.

٤- منهم المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ١١: ٤٤٤، و صاحب الكفايه: ٣٠٤.

و هنا فوائد مهمه يطول الكلام بذكرها جمله، إلبا أنا نذكر منها ما لا يُد منه، و هو أن الظاهر كما صرح به جماعه (١) من غير خلاف بينهم أجده أنه لا فرق فى الأبنيه و المساكن على القول باعتبارها بين ما يسكنه الزوج و غيره، و لا بين الصالح للسكنى و غيره، كالحمامات و الأرحيه و غيرها إذا صدق عليه اسم البناء.

و أن المراد بالآلات المثبتة منها خاصه دون المنقوله، فإنها ترث من عينها إجماعاً، كما حكاه الصيمرى فى شرح الشرائع (٢)، و لا فرق بين كونها قابله للنقل بالفعل أو بالقوه، كالثمره على الشجره و الزرع على الأرض و إن لم يستحصد، أو كان بذراً، دون الشجر.

و أن كيفية التقويم للبناء و الآلات و الشجر على القول بانسحاب الحكم فيه أن يقوم مستحق البقاء فى الأرض مجاناً إلى أن يفنى، فيقدر الدار كأنها مبنية فى ملك الغير على وجه لا يستحق عليها أجره إلى أن يفنى، و تعطى قيمه ما عدا الأرض من ذلك. و ذكر الصيمرى وجهاً آخر لكيفية التقويم أخصر من الأول، و هو أنه يقوم الأرض على تقدير خلوها من الأبنيه و الأشجار، ما يسوى؟ فإذا قيل:

عشره، مثلاً قومت اخرى مضافه إليهما، فإذا قيل: عشرون، مثلاً كانت شريكه فى العشره الزائده.

و هل قيمه رخصه للورثه لتسهيل الأمر لهم حتى لو بذلوا الأعيان لم

ص: ٣٨٧

١- منهم الشهيد الثانى فى المسالك ٢: ٣٣٤، و الروضه ٨: ١٧٤، و السيزوارى فى الكفايه: ٣٠٤.

٢- غايه المرام ٤: ١٨٤.

يكن لها طلب قيمه، أم على سبيل الاستحقاق؟ فيه وجهان، ولعل الأقرب الأول، وفاقاً لجماعه من الأصحاب (١)، وإن كان الظاهر من النصوص وجوبها على الوارث على وجه قهري؛ لورودها في مقام توهم تعين العين، فلا يفيد سوى إباحه قيمه، وسبيلها سبيل الأوامر الواردة مورد توهم الحظر الغير المفيده لذلك سواها، كما برهن في محله مستقصى؛ مضافاً إلى إشعار التعليل الوارد في جملة منها بذلك جداً.

خلافاً للصيمري و المحقق الثاني و الشهيد الثاني في المسالك و الروضه (٢)، و الاحتياط معهم في الجملة.

و هنا

مسألان:

الأولى: إذا طلق ذو الأربع نساء واحده من الأربع و تزوج أخرى

مسألان:

الأولى: إذا طلق ذو الأربع نساء واحده من الأربع و تزوج أخرى بعد العده، أو فيها إذا كانت بائنه، ثم مات و اشتبهت المطلقة بين الأربع الأول كان للأخيره الخامسة المعلومه ربع الثمن مع الولد، و ربع الربع مع عدمه، و الباقي عن نصيبها بين الأربعه المشتبهه بينهن المطلقة بالسويه بلا خلاف أجده، و لا نقله أحد من الطائفه، عدا الفاضل المقدماد في التنقيح و الشهيدين في الدروس و المسالك و الروضه (٣)، فنقلوه عن الحلبي خاصه، حيث صار إلى القرعه، فمن أخرجتها بالطلاق

ص: ٣٨٨

١- منهم المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ١١:٤٥١، و السبزواري في الكفايه: ٣٠٤.

٢- الصيمري في غايه المرام ١٨٥، ١٨٤:٤، المسالك ٣٣٤:٢، الروضه ١٧٥:٨.

٣- التنقيح ١٩٣:٤، الدروس ٣٦١:٢، المسالك ٣٣٢:٢، الروضه ١٧٨:٨.

منعت من الإرث، و حكم بالنصيب للباقيات بالسويه؛ لأن القرعه لكل أمر مشتبه إماً مطلقاً، أو فى الظاهر مع كونه متعيناً عند الله تعالى، و الأمر هنا كذلك؛ لأن المطلقة فى نفس الأمر غير وارثه، و لأن الحكم بتوريث الجميع يستلزم توريث من يعلم عدم إرثه؛ للقطع بأن إحدى الأربع غير وارثه.

و هو حسن على أصله، و كذا على غيره لولا الشهره المستنده إلى صريح بعض المعتره المروى فى الكافى صحيحاً و التهذيب كذلك فى باب ميراث المطلقات و أواخر باب أحكام الطلاق، و موثقاً فى باب ميراث الأزواج، و فيه: رأيت إن هو خرج إلى بعض البلدان، فطلق واحده من الأربع، و أشهد على طلاقها قوماً من أهل تلك البلاد، و هم لا يعرفون المرأة، ثم تزوج امرأه من أهل تلك البلاد بعد انقضاء عدّه التى طلقت، ثم مات بعد ما دخل بها، كيف يقسم ميراثه؟ قال: «إن كان له ولد فإن للمرأة التى تزوجها أخيراً من أهل تلك البلاد ربع ثمن ما ترك، و إن عرفت التى طلق من الأربع بعينها و اسمها و نسبها فلا شىء لها من الميراث، و عليها العدّه» قال: «و يقتسمن الثلاث نسوه ثلاثة أرباع ثمن ما ترك بينهنّ، و عليهنّ العدّه، و إن لم يعرف التى طلق من الأربع اقتسمن الأربع نسوه ثلاثة أرباع ثمن ما ترك بينهنّ جميعاً، و عليهنّ جميعاً العدّه» (١).

و لو اشتبهت بواحد أو باثنتين أو نحو ذلك، ففى انسحاب الحكم أو القرعه نظر، من الخروج عن النص، و تساويهما معنى، و استقرب الوجه الأول فخر الإسلام و شيخنا الشهيد الثانى فى الروضه (٢)، و إن اختار فى

ص: ٣٨٩

-
- ١- الكافى ٧/١٣١، التهذيب ٨:٣١٩/٩٣، و ٩:١٠٦٢/٢٩٦، الوسائل ٢٦:٢١٧ أبواب ميراث الأزواج ب ٩ ح ١.
 - ٢- إيضاح الفوائد ٤:٢٤٠، الروضه ٨:١٨١، و فيها أنه هو الأقوى.

المسالك (١) انسحاب الحكم، و توقف فيه الفاضل و الشهيد الأول (٢)، و هو في محلّه، فلا بُدّ من الرجوع إلى الصلح.

الثانيه: نكاح المريض مشروط بالدخول

الثانيه: نكاح المريض مشروط بالدخول بمعنى أنه لا يلزم بحيث يترتب عليه أحكامه من الإرث و نحوه فإن مات في مرضه ذلك قبله أى قبل الدخول فلا مهر لها و لا ميراث على الأشهر الأظهر، بل لا يكاد يتحقق فيه خلاف من أحد و لا تأمل و لا نظر، إلّا من الماتن في الشرائع و الشهيد في الدروس (٣)، حيث نسب الأول الحكم إلى الروايه، و الثاني إلى المشهور، و هو منهما مشعر بنوع تردّد فيه لهما، و لعلّه من حيث مخالفته للعمومات القطعيه من الكتاب و السنه، و خصوص إطلاق المعبره (٤) الناطقه بجواز نكاح المريض بعد المنع عن طلاقه، من دون تقييد بالدخول، و لا اشتراط في لزومه.

و هو حسن لولا- إطباق الفتاوى عليه، حتى منهما هنا و في اللمعه (٥) المتأخّره كالكتاب عن الكتابين السابقين، فهو رجوع منهما و جزم منهما بالحكم جدّاً.

و نسب الحكم في السرائر (٦) إلى أصحابنا، مشعراً بكونه مجمعاً عليه

ص: ٣٩٠

١- المسالك ٣:٣٣٢.

٢- القواعد ١:١٧٨، الدروس ٢:٣٦١.

٣- الشرائع ٤:٣٥، الدروس ٢:٣٥٨.

٤- الوسائل ٥:٥٠٥، ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٤٣. و ج ١٤٩:٢٢ (أبواب أقسام الطلاق ب ٢١).

٥- اللمعه (الروضه البهيه ٨): ١٧٢.

٦- السرائر ٣:٢٨٣.

بيننا، كما عن صريح التذكرة (١).

و مع ذلك النصوص الصريحة المعتبرة سنداً مطبقه على ذلك أيضاً، ففي الصحيح المروى في الفقيه: عن رجل تزوج في مرضه؟ فقال: «إذا دخل بها فمات ورثته، وإن لم يدخل بها لم ترثه، ونكاحه باطل» (٢).

و في نحوه المروى هو و ما يأتي في الكافي و التهذيب في باب طلاق المريض: «ليس للمريض أن يطلق، و له أن يتزوج، فإن هو تزوج و دخل بها فهو جائز، و إن لم يدخل بها حتى مات في مرضه فنكاحه باطل، و لا مهر لها، و لا ميراث» (٣).

و في القريب منهما سنداً بابني محبوب و بكبير، المجمع على تصحيح ما يصح عنهما: عن المريض، إله أن يطلق؟ قال: «لا، و لكن له أن يتزوج إن شاء، فإن دخل بها ورثته، و إن لم يدخل بها فنكاحه باطل» (٤).

و المراد ببطلان العقد في هذه النصوص عدم لزومه على وجه يترتب عليه جميع أحكامه حتى بعد الموت من الميراث و العده، لا البطلان و عدم الصحة حقيقة، و إلا لزم عدم جواز وطئه لها في المرض بذلك العقد، مع أنّ صدرها كغيرها من الأخبار الدالّة على جواز نكاح المريض بقول مطلق يدل على خلافه.

ص: ٣٩١

١- التذكرة ٥١٨: ٢.

٢- الفقيه ٧٢٤/٢٢٨، الوسائل ٢٦: ٢٣١ أبواب ميراث الأزواج ب ١٨ ح ١.

٣- الكافي: ١٢/١٢٣، التهذيب ٨: ٢٦١/٧٧، الإستبصار ٣: ١٠٨٠/٣٠٤، الوسائل ٢٦: ٢٣٢ أبواب ميراث الأزواج ب ١٨ ح ٣.

٤- الكافي ٦: ١/١٢١، الوسائل ٢٦: ٢٣٢ أبواب ميراث الأزواج ب ١٨ ح ٢.

و إن مات المريض في مرض آخر بعد برئه من المرض الأول، أو مات بعد الدخول، فلا ريب في صحة العقد، و لزومه، و ترتب أحكامه؛ عملاً بالعمومات، و خصوص هذه الروايات جميعها في الفرض الثاني، و الصحيح الثاني منها في الفرض الأول؛ لتقيده البطلان بموته في مرضه، و به يقيد الموت المطلق الموجب للبطلان في الآخرين، مع أنّ المتبادر منه فيهما المقيد خاصه.

و لو ماتت هي في مرضه الذي عقد فيه قبل الدخول بها، ففي توريثه منها إشكال ينشأ:

من أنّ صحة العقد و لزومه الموجب لترتب جملة الأحكام عليه موقوفه على الدخول، أو البرء.

و من أنّ الحكم على خلاف الأصول المقرّره في الكتاب و السنه، فيقتصر فيه على مورد المعتبره، و هو موته خاصه.

و هذا أقوى، وفاقاً للروضه (1)؛ لمنع الدليل الأول، و احتمال الفرق بين موته و موتها في مرضه، حيث منع عن الإرث في الأول دون الثاني، باحتمال كون الحكمه في وجه المنع عن الإرث مقابله المريض بضدّ قصده من الإضرار بالورثه بإدخال الزوجه عليهم، و بعبارة اخرى: كون الحكمه مراعاة حال الورثه، و هي في الفرض الثاني مفقوده، بل منعكسه، فينبغي الحكم فيه بالصحة، فتأمل .

ص: ٣٩٢

الأول: ولاء العتق

المقصد الثالث:

في بيان الإرث ب الولاء، وقد عرفت أن أقسامه ثلاثة مترتبة.

الأول (١): ولاء العتق و الأصل فيه بعد الإجماع السنه المستفيضه، بل المتواتره من طرق العامه و الخاصه، و سيأتي إلى جمله منها الإشاره.

و يختص الإرث به بالمعتق دون المعتق، فلا يرث مولاة المعتق له، بلا خلاف فيه إلما من الإسكافي و الصدوق في الفقيه (٢)، فأورثا منه أيضاً كالعكس. و هو شاذ، بل عن الشيخ و في التنقيح (٣) على خلافه الإجماع، و هو الحجه.

مضافاً إلى الأصل، فإن الإرث يحتاج إلى سبب شرعي، و لم يثبت في محل البحث؛ لاختصاص النصوص الداله على الإرث بإرث المولى من عتيقه خاصه، و هي صحاح مستفيضه تضمنت قولهم (عليهم السلام): «الولاء لمن أعتق» (٤). و ربما يفهم منه عدم الإرث في محل البحث، مع أن في المسالك و غيره (٥) أن بعض ألفاظ الحديث: «إنما الولاء» و هو أظهر دلالة.

ص: ٣٩٣

١- في المطبوع من المختصر (٢٧٢): القسم الأول.

٢- حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٧٥٢، الفقيه ٢٢٤: ٤.

٣- حكاة عن الشيخ في الدروس ٢: ٢١٤، و المفاتيح ٣: ٣٠٦، و هو في الخلاف ٤: ٨٤، و المبسوط ٤: ٩٥، التنقيح ٤: ١٩٤.

٤- الكافي ٧: ١/١٧٠، الفقيه ٣: ٢٦١/٧٤، التهذيب ٨: ٨٠٧/٢٢٤، الوسائل ٢٦: ٢٤٣ أبواب ولاء ضمان الجريره و الإمامه ب ١ ح ١.

٥- المسالك ٢: ٣٣٦؛ و انظر المفاتيح ٣: ٣٠٦.

و أمّا ما فى الخبر: «الولاء لحمه كلحمه النسب» (١) فمع ضعف سنده بالسكونى مطلق يحتمل التقييد بما يوافق المذهب، كما نبّه عليه جدّى المجلسى - (رحمه الله) فى شرحه على الفقيه (٢)، و مع ذلك غير مكافئ لشيء ممّا مرّ من الحجج، نعم لو دار الولاء توارثاً، كما لو أعتق العتق أب المنعم.

و يشترط فى الإرث به التبرّع بالعتق (٣) و أن لا يتبرّأ من ضمان (٤) جريرته حال إعتاقه.

فلو كان العتق على المعتق واجباً فى كفّاره أو نذر و شبههما كان العبد المعتق سائبه أى لا عقل بينه و بين معتقه، قال ابن الأثير:

تكرّر فى الحديث ذكر السائبه و السوائب، كان الرجل إذا أعتق عبداً فقال:

هو سائبه، فلا عقل بينهما و لا ميراث (٥).

و كذا لو تبرّع بالعتق و لكن تبرّأ من ضمان الجريره على الأظهر الأشهر فى الشرط الأوّل، بل عليه عامّة من تأخّر، و نفى عنه الخلاف فى السرائر (٦)، و فى الانتصار و الغنيه (٧) الإجماع عليه، و هو الحجه.

مضافاً إلى الأصل، مع اختصاص النصوص المتقدمه بمباشره العتق، فلا يشمل محل الخلاف و المشاجره.

ص: ٣٩٤

١- الفقيه ٣: ٢٨١/٧٨، الوسائل ٢٣: ٧٥ أبواب العتق ب ٤٢ ح ٢.

٢- روضه المتقين ١١: ٣١٩.

٣- فى «ح» زياده: على الأظهر.

٤- ليس فى «ب» و «ر».

٥- النهايه ٢: ٤٣١.

٦- السرائر ٣: ٢٥.

٧- الانتصار: ١٦٨، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٧.

والمعتبره به مع ذلك مستفيضه، ففي الصحيح: «انظروا في القرآن، فما كان فيه: فتحري رقبه فتلك السائبه التي لا ولاء لأحدٍ عليها إلّا الله تعالى، فما كان ولاؤه لله تعالى فهو لرسوله، وما كان لرسول الله (صلى الله عليه وآله) فإنّ ولاءه للإمام (عليه السلام)، و جنايته على الإمام (عليه السلام)، وميراثه له» (١) وفي معناه آخر (٢).

وفي ثالث: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فيمن نكل بمملوكه: أنّه حرّ، ولا سبيل له عليه، سائبه، يذهب فيتوالى إلى من أحبّ، فإذا ضمن جريرته فهو يرثه» (٣).

وفي الخبر: الرجل أعتق، إله أن يضع نفسه حيث شاء، ويتولّى من أحبّ؟ فقال: «إذا أعتق لله تعالى فهو مولى للذي أعتقه، وإذا أعتق وجعل سائبه، فله أن يضع نفسه حيث شاء، ويتولّى من شاء» (٤).

خلافاً للمبسوط وابن حمزه (٥) في أمّ الولد، فأثبتا الولاء لورثه مولاهما بعد انعقادها من نصيب ولدها، ونفى الأوّل الخلاف فيه.

وهو موهون بوجوده، مع مصير المشهور إلى الخلاف، ومع ذلك معارض بحكاية الإجماع ونفى الخلاف المتقدّمه.

ص: ٣٩٥

-
- ١- الكافي ٧: ٢/١٧١، التهذيب ٩: ١٤١٠/٣٩٥، الإستبصار ٤: ٧٤٨/١٩٩، الوسائل ٢٦: ٢٤٨ أبواب ولاء ضمان الجريره و الإمامه ب ٣ ح ٦.
 - ٢- الكافي ٧: ٧/١٧١، الفقيه ٣: ٢٩٣/٨١، التهذيب ٨: ٩٢٥/٢٥٤، الإستبصار ٤: ٧٦/٢٣، الوسائل ٢٣: ٧١ أبواب العتق ب ٤٠ ح ٢.
 - ٣- التهذيب ٩: ١٤١١/٣٩٥، الوسائل ٢٦: ٢٤٥ أبواب ولاء ضمان الجريره و الإمامه ب ١ ح ٦.
 - ٤- الكافي ٦: ٢/١٩٧، التهذيب ٨: ٩٠٩/٢٥٠، الوسائل ٢٣: ٦٣ أبواب العتق ب ٣٦ ح ١.
 - ٥- المبسوط ٦: ٧١، الوسيله: ٣٤٤.

و لهما (١) أيضاً فيمن اعتق بالقرابه، فأوجبا الولاء لمن ملك أحد قرابته فاعتق عليه، سواء ملكه باختيار أو اضطرار؛ للموثق: في رجل يملك ذا رحمه، هل يصلح له أن يبيعه، أو يستعبده؟ قال: «لا يصلح أن يبيعه، ولا يتخذه عبداً، وهو مولاه، وأخوه في الدين، وأيهما مات ورثه صاحبه، إلا أن يكون وارث أقرب إليه منه» (٢).

و فيه نظر، فإن الظاهر أن المراد بالإرث فيه الإرث الحاصل بالقرابه دون الولاء، و يؤيده الحكم فيه بالتوارث من الطرفين، فلا حجه فيه لهما.

و يتصور الإرث بالولاء هنا مع كون العتق بالقرابه، و يشترط في العتق (٣) بالولاء عدم المناسب مطلقاً، كما سيأتي فيما إذا كان صاحب الولاء غير مناسب للعتق أصلاً مع كونه نازلاً منزله من يكون العتق بسبب قرابته، بأن يكون صاحب الولاء قريباً لذلك القريب مع عدم قرابته للعتيق، و قد مات ذلك القريب، فصار قريبه الذي ليس من أقرباء العتيق صاحب الولاء، كما إذا اشترى رجل أمه فاعتقت عليه، و مات الرجل، و كان له أخ لأبيه خاصه، و لا وارث للأُم نسباً أصلاً، فولاء الأم للأخ المذكور.

و أما الصحيح: عن الرجل يعتق الرجل في كفاره يمين أو ظهار، لمن يكون الولاء؟ قال: «الذي يعتق» (٤) فشاذاً، فليطرح، أو يحمل على ما إذا توالى إليه بعد العتق، أو على التقيه، كما يستفاد من الانتصار (٥)، حيث

ص: ٣٩٦

١- المبسوط ٦: ٧١، الوسيط ٦: ٣٤٣.

٢- الفقيه ٣: ٢٨٧/٨٠، الوسائل ٢٣: ٢٩ أبواب العتق ب ١٣ ح ٥.

٣- كذا، و لعل الأنسب: الإرث.

٤- الفقيه ٣: ٢٨٣/٧٩، التهذيب ٨: ٩٣١/٢٥٦، الإستبصار ٤: ٨٦/٢٦، الوسائل ٢٣: ٧٨ أبواب العتق ب ٤٣ ح ٥.

٥- الانتصار: ١٦٨.

نسب خلافنا إلى الفقهاء الأربعة، أو على الإعتاق تطوعاً في كفاره غيره، كما دل عليه بعض الصحاح المتقدمه (١).

و لا خلاف في الشرط الثاني، بل في عبارة جمع (٢) الإجماع عليه، و هو الحجه.

مضافاً إلى المعتبره، منها الخبر القريب من الصحيح بابن محبوب المجمع على تصحيح رواياته: عن السائبه؟ فقال: «الرجل يعتق غلامه، ثم يقول له: اذهب حيث شئت، ليس لي من ميراثك شيء، و لا علي من جريرتك شيء، و يشهد على ذلك» (٣).

و في اشتراط الإشهاد في التبري قولان، و الأكثر على العدم؛ للأصل.

خلافاً للشيخ و الصدوق و الإسكافي (٤)؛ للأمر به في الخبر المذكور و غيره، كالصحيح: «من أعتق رجلاً سائبه فليس عليه من جريرته شيء، و ليس له من الميراث شيء، و يشهد على ذلك» (٥).

و فيه: أن الأمر به أعم من ذلك و من كونه شرط الإثبات عند الحاكم لو ادّعاه، فلا مخرج عن الأصل بمثله، بل مقتضى الجمع بينهما حملة على الثاني.

ص: ٣٩٧

١- راجع ص: ٣٩٠، الرقم ٥.

٢- منهم العلامة في التحرير ٢: ١٦٨، و فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٣: ٥٢٣، و الفيض الكاشاني في المفاتيح ٣: ٣٠٧.

٣- الكافي ٧: ١٧١، الفقيه ٣: ٢٨٩/٨٠، التهذيب ٨: ٩٢٩/٢٥٦، الاستبصار ٤: ٨٤/٢٦، المقنع: ١٦٠، الوسائل ٢٣: ٧٧ أبواب العتق ب ٤٣

ح ٢.

٤- النهايه: ٦٦٩، المقنع: ١٥٦، و حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٧٥٢.

٥- التهذيب ٨: ٩٢٨/٢٥٦، الاستبصار ٤: ٨٣/٢٦، الوسائل ٢٣: ٧٨ أبواب العتق ب ٤٣ ح ٤.

و هل يسقط التبرى بعد العتق للإرث، أم لا، بل لا يُدَّ منه حينه؟ وجهان، ظاهر الأكثر و صريح الفاضل فى التحرير و الشهيد فى الدروس (١) الثانى؛ و لعلّه لعموم: «الولاء لمن أعتق» (٢) خرج منه ما لو تبرأ من جريرته حال الإعتاق بالإجماع و الروايات، و بقى غيره مندرجاً تحته.

و هو حسن لولا- إطلاق التبرى فيما مرّ من النص المحتمل لوقوعه حال الإعتاق و بعده، سيّما مع عطف التبرى على «يعتق» فيه ب«ثم» فى الكافى و الفقيه، و هى حقيقه فى التراخى، لكن الموجود فى التهذيب و الاستبصار الواو بدل ثم.

و كيف كان النص معهما مطلق يشمل صورتين، إلّا أن يدعى تبادر التبرى حال الإعتاق لا بعده، بقرينه السياق، و هو غير بعيد، مع أنّ مخالف الأكثر غير معلوم الوجود، و إن أشعر به عبارته التحرير و الدروس.

و لا يرث المعتق عتيقه مع وجود مناسب له و إن بعد فإنّ الولاء بعد النسب، كما مر، بالإجماع، و آيه اولى الأرحام (٣)، و النصوص المستفيضه، منها الصحيح: «قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فى خاله جاءت تخاصم فى مولى رجل مات، فقرأ هذه الآيه و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله [١] فدفع الميراث إلى الخاله، و لم يعط المولى» (٤).

و يرث المولى عتيقه مع الزوج و الزوجه بعد أن يأخذ كل

ص: ٣٩٨

١- فى «ر» زياده: و المسالك. التحرير ١٦٨:٢، الدروس ٢١٤:٢، المسالك ٣٣٥:٢.

٢- الوسائل ٦٤، ٢٣:٦١ أبواب العتق ب ٣٧، ٣٥.

٣- الأنفال: ٧٥، الأحزاب: ٦.

٤- الكافى ١٣٥:٢، التهذيب ٣٢٩/١١٨٣، ٩:١١٨٣، الإستبصار ١٧٢/٤:٦٤٩، الوسائل ٢٣٣:٢٦ أبواب ميراث ولاء العتق ب ١ ح ٣.

منهما نسيه الأعلى، بلا خلاف، إلا من الحلبي (١) - (رحمه الله) فممنع عن إرثه مع الزوج خاصه، وجعل المال له كله، النصف تسميه و الباقي رداً، كما مضى (٢).

و هو شاذ، و مستنده غير واضح، و مع ذلك عموم: «الولاء لمن أعتق (٣)» و «و لحمه كلحمه النسب» (٤) يرده.

و إذا اجتمعت الشروط المتقدمه ورثه المنعم أى المعتق له، و اختص بتركته إن كان واحداً، و اشتركوا فى المال إن كانوا أكثر يقتسمونه بينهم بالسويه مطلقاً، ذكوراً أو إناثاً أو مختلفين، بلا خلاف؛ لأن السبب فى الإرث هو الإعتاق، فيتبع الحصه، و لا ينظر فيها إلى الذكوره و الأنوثة كالإرث بالنسب؛ لأن ذلك خارج بالنص و الإجماع، و إلا لكان مقتضى الشركه خلاف ذلك.

و لو عدم المنعم فللأصحاب فى تعيين الوارث للعقيق أقوال خمس، لا - ضروره بنا إلى التطويل بنقلها جملة، مع عدم وضوح حججها، إلا أن الأقرب إلى الأخبار منها قولان مشهوران:

أحدهما: ما استظهره الماتن هنا بقوله: أظهرها انتقال الولاء إلى الأولاد الذكور، دون الإناث، فإن لم يكن الذكور فالولاء لعصبته الذين يعقلون عنه إذا أحدث حدثاً، من إخوته و جدوده و عمومته و أبنائهم.

كل ذا إذا كان المعتق رجلاً.

و لو كان المعتق امرأه ف ينتقل الولاء إلى عصبته دون أولادها

ص: ٣٩٩

١- الكافى فى الفقه: ٣٧٤.

٢- راجع ص: ٣٦٣.

٣- تقدمت مصادرهما فى ص: ٣٨٩.

٤- تقدمت مصادرهما فى ص: ٣٨٩.

مطلقاً، و لو كانوا ذكوراً استناداً في اختصاص الأولاد الذكور من المعتق الرجل بالإرث إلى الصحيح، و هو طويل، و فيه: «و إن كانت الرقبه على أبيه تطوعاً، و قد كان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمة، فإنّ ولاء المعتق هو ميراث لجميع ولد الميت من الرجال» (١) الحديث.

و الخبر: عن رجل مات، و كان مولى لرجل، و قد مات مولاه قبله، و للمولى ابن و بنات، فسأله عن ميراث المولى؟ فقال: «هو للرجال دون النساء» (٢).

و في اختصاص عصبه المنعم بالولاء مع فقد الولد الذكر إلى الصحيح: قضى (عليه السلام) في رجل حرّ رجلاً فاشترط ولاءه، فتوفى الذي أعتق، و ليس له ولد إلّا النساء، ثم توفى المولى و ترك مالاّ و له عصبه، فاحتقّ في ميراثه بنات مولاه و عصبته، فقضى بميراثه للعصبه الذين يعقلون عنه (٣).

و فيه أيضاً دلالة على منع البنات عن الميراث، لكن في دلالة على المستدل به عليه نظر، فإنّ ظاهر قوله: ثم توفى المولى و ترك مالاّ و عصبه، أنّ العصبه للمولى و هو العتيق، لا المنعم كما هو المدعى، و الاحتقاق و هو التخاصم إنّما وقع بين بنات المنعم و عصبه العبد، فلا دلالة فيه على

ص: ٤٠٠

١- الكافي ٧: ٧/١٧١، التهذيب ٨: ٩٢٥/٢٥٤، الإستبصار ٤: ٧٦/٢٣، الوسائل ٢٣: ٧١، أبواب العتق ب ٤٠ ح ٢.

٢- التهذيب ٩: ١٤١٩/٣٩٧، الوسائل ٢٦: ٢٣٩، أبواب ميراث ولاء العتق ب ١ ح ١٨.

٣- التهذيب ٨: ٩٢٣/٢٥٤، الإستبصار ٤: ٧٧/٢٤، الوسائل ٢٣: ٧١، أبواب العتق ب ٤٠ ح ١.

ما ذكر.

و في منع أولاد المعتقه مطلقا و إعطاء الإرث لعصبتها إلى الصحاح، منها: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) على امرأه أعتقت رجلاً، و اشترطت ولاءه، و لها ابن، فألحق ولاءه لعصبتها الذين يعقلون عنها، دون ولدها» (١).

و لا معارض لها، مع كثرتها، و اشتهاؤها، بل نفى الخلاف عنها في الاستبصار و الخلاف (٢)، و فيه و في السرائر (٣) الإجماع عليه.

و من هنا يظهر عدم إشكال في الحكم من جهه عصبه المعتقه، و إنما هو في اختصاص إرث المعتق بأولاده الذكور دون الإناث، كما استظهره الماتن هنا، وفاقاً للشيخ في النهايه و الإيجاز (٤)، و تبعه القاضي و ابن حمزه (٥)، و تبعهم من المتأخرين جماعه (٦)، حتى أنه في التحرير و شرح الشرائع للصيمرى (٧) ادعى عليه الشهره.

أو اشتراكهم أجمع في إرثه، كما هو القول الثاني للشيخ في الخلاف و الحلى في السرائر و الشهيد في الدروس (٨)، ينشأ:

من دلالة النصوص الصحيحه المتقدمه على الاختصاص.

ص: ٤٠١

-
- ١- التهذيب ٨: ٩٢١/٢٥٣، الإستبصار ٤: ٨٠/٢٥، الوسائل ٢٣: ٧٠ أبواب العتق ب ٣٩ ح ١.
 - ٢- الاستبصار ٤: ١٧٣، الخلاف ٤: ٨١.
 - ٣- الخلاف ٤: ٨١، السرائر ٣: ٢٤.
 - ٤- النهايه: ٥٤٧، الإيجاز (الرسائل العشر): ٢٧٧.
 - ٥- المهذب ٢: ١٥٤، الوسيله: ٣٩٧.
 - ٦- منهم العلامة في التحرير ٢: ١٦٩، و الشهيد الثاني في الروضه ٨: ١٨٥، و الفيض الكاشاني في المفاتيح ٣: ٣٠٧.
 - ٧- التحرير ٢: ١٦٩، غايه المرام ٤: ١٨٨.
 - ٨- الخلاف ٤: ٧٩، السرائر ٣: ٢٣، الدروس ٢: ٢١٦.

و من الموثق الصريح في العدم: قال (عليه السلام): «مات مولى لحمزه بن عبد المطلب، فدفن رسول الله (صلى الله عليه و آله) ميراثه إلى بنت حمزه» (١).

و الأوله و إن كانت صحيحه إلا أنها موافقه للعامه، كما صرح به الشيخ و الحسن بن محمّد بن سماعه الذي هو أحد رواه هذه الموثقه، فإنه قال في آخرها: هذه الروايه تدل على أنّ المرأه ترث الولاء، ليس كما يروون العامه (٢).

و اختار هذا في الكفايه (٣)، مؤيداً له بعموم: «الولاء لحمه ك لحمه النسب» (٤) في الخبر القوي بالسكوني المجمع على تصحيح رواياته عموماً، كما عن الشيخ (٥)، و خصوصاً كما ادّعا الحلبي (٦) من الخاصه و العامه، و طاعناً في دلاله الصحيحه الأولى من النصوص المتقدمه، قال: فإنّ محل الاستدلال فيها قوله: «فإنّ ولاء المعتق هو ميراث لجميع ولد الميت من الرجال» قال: و هو مبنى على أنّ «من الرجال» قيد الولد، مع أنّه يحتمل أن يكون قيداً للميت لا للولد، و حينئذ لا يكون للخبر دلاله على اختصاص الولاء بالذكور من الأولاد. و فيه نظر.

و المسأله عند الفقير محل إشكال، و إن كان لا بأس بالقول الأخير؛ لاعتضاد الموثقه بمخالفه العامه و القويّه المتقدمه، مع صراحتها بلا شبهه، و الكثره و الصحه في الأخبار الأوله لم تبلغ حدّ المقاومه لهذه المرجّحات

ص: ٤٠٢

-
- ١- الكافي ٧: ١٧٠/٦، التهذيب ٩: ١١٩١/٣٣١، الإستبصار ٩: ١٧٢/٦٥٢، الوسائل ٤: ٢٣٦/٢٦ أبواب ميراث ولاء العتق ب ١ ح ١٠.
 - ٢- التهذيب ٩: ٣٣١، الاستبصار ٩: ١٧٣.
 - ٣- الكفايه: ٣٠٥.
 - ٤- المتقدم في ص: ٣٨٩.
 - ٥- العده ١: ٣٨٠.
 - ٦- السرائر ٣: ٢٤.

المزبوره، سَيِّما مع مخالفه العامه.

نعم ربما عارضها الشهره المحكيه، بل الظاهره، كما عرفت، لكنّها ليست شهره مفيده لتلك المظنّه القويّه الجابره أو المرّجحه و الفائقه غيرها من المرّجحات المقابله مثل مخالفه العامّه، مع أنّ في اللمعه (1) جعل المشهور كون الولاء للأولاد الذكور منهم و الإناث مطلقاً، ذكراً كان المنعم أو امرأه، لكنه عجيب كما في الروضه (2)؛ لأنّه مذهب الصدوق (3) خاصّه، كما صرّح به في الدروس و جماعه (4)، هذا.

مع أنّ المحكى عن الخلاف (5) دعواه الإجماع على مجموع ما اختاره فيه، حتى توريث بنات المنعم، فيكون هو حجه أخرى زياده على ما مضى.

و اعلم أنّ المشهور بين الأصحاب أنّه يترتب من يرث ترتّبهم في النسب؛ لحديث اللحمه المتقدم، و خصّ بما مرّ للأدله المتقدمه، فيشارك الأب الأولاد، و كذا الجدّ و الأخ من قبله، أمّا الأمّ فيبني إرثها على ما سلف، و المشهور أنّه تشاركهم أيضاً؛ و لعلّه لعموم الحديث المتقدم، و إنّما الخارج منه بالنصوص الصحيحه البنات خاصّه، و هو لا يستلزم خروج الأمّ منه أيضاً، فتأمل. و خلاف الإسكافي (6) في تقديمه الولد على الأبوين، و الجدّ على

ص: ٤٠٣

١- اللمعه (الروضه البهيه ٨): ١٨٣.

٢- الروضه ١٨٦: ٨.

٣- الفقيه ٢٢٤: ٤.

٤- الدروس ٢١٥: ٢؛ المهذب البارع ٤٠٧: ٤، الروضه ١٨٤: ٨، الكفايه ٣٠٥.

٥- الخلاف ٧٩: ٤١٤.

٦- حكاه عنه في الدروس ٢١٦: ٢.

الأخ شاذٌ ضعيف، وإن قيل (١): يساعده ظاهر الصحيح المتقدم (٢)، المتضمّن لقوله (عليه السلام): كان ولاء العتق ميراثاً لجميع ولد الميت من الرجال؛ لما عرفت من قوه احتمال وروده مورد التقيه، وربما يؤيده موافقه الإسكافي، كما مرّ غير مرّه.

و حيث خصّ الإرث بالولاء في النصوص المتقدمه بالعصبه الذين يعقلون ظهر أنّه لا يرث الولاء الأخوات و الجدّات و إن كنّ من أبيه؛ لأنهنّ لا يعقلن، كما لا يعقل من يتقرّب بأُمّ المنعم من الإخوه و الأخوات و الأخوال و الخالات و الأجداد و الجدّات، فلا يرثون أيضاً.

و هل يورث الولاء كما يورث به؟ قولان، أشهرهما: العدم؛ للأصل؛ و لأنّه ليس مالاً يقبل النقل، و لهذا لا يصح بيعه و لا هبته و لا اشتراطه في بيع و نحوه، بلا- خلافاً، بل إجماعاً، كما في التنقيح (٣)؛ للقوى المتقدم: «الولاء لحمه كلحمه النسب، لا- يباع و لا يوهب» (٤).

و الصحيح: «أنّ عائشه قالت للنبي (صلّى الله عليه و آله): إنّ أهل بريره اشتروا ولاءها، فقال (صلّى الله عليه و آله): الولاء لمن أعتق، و أبطل شرطهم» (٥).

خلافاً لظاهر الماتن هنا و في الشرائع و جماعه (٦)، فجعلوه موروثاً، لأنّه من الحقوق المتروكه، فكان داخلاً تحت عموم الإرث.

و فيه نظر يظهر وجهه ممّا مرّ، إلّا أنّ ذلك ظاهر الصحيح المتقدم

ص: ٤٠٤

١- قاله السبزواري في الكفايه: ٣٠٦.

٢- في ص: ٣٩٥.

٣- التنقيح الرائع ٤: ١٩٨.

٤- في ص: ٣٨٩.

٥- الكافي ٤: ١٩٨، التهذيب ٨: ٩٠٧/٢٥٠، الوسائل ٢٣: ٦٤، أبواب العتق ب ٣٧ ح ١.

٦- الشرائع ٤: ٣٦، الخلاف ٤: ٧٩، السرائر ٣: ٢٣، التحرير ٢: ١٦٩.

المتضمّن لأنّ ولاء العتق ميراث لجميع ولد الميت، ونحوه الصّحاح الواردة في توريث عصبه المعتقه دون ولدها، منها زياده على ما مضى: عن امرأه أعتقت مملوكاً، ثم ماتت؟ قال: «يرجع الولاء إلى بنى أبيها» (١).

و منها: «يكون ولاؤها لأقرباء أمّه من قبل أبيها، وتكون نفقتها عليهم حتى تدرك، وتستغنى» قال: «ولا يكون للذي أعتقها عن أمّه شيء من ولائها» (٢) ونحوها غيرها ممّا يأتي.

و العجب من الأصحاب عدم استدلالهم لهذا القول بها، ولعلّهم فهموا منها الإرث به، لا كونه موروثاً، لكنه خلاف الظاهر، كما اعترف به شيخنا في المسالك (٣) في شرح قول الماتن: ويرث الولاء الأبوان والأولاد، فإنّه قال: ويفهم منه كونه موروثاً، فيقوى العجب منه في عدم استدلاله بها، ولا سيّما الصحيح الأوّل منها؛ لكونه كعبارة الماتن في تضمّنه لفظ إرث الولاء مضاهياً، ولعلّ هذا أقوى.

و تظهر الفائده في مواضع، منها: ما لو مات المنعم قبل العتيق، وخلف وارثاً غير الوارث بعد موت العتيق، كما لو مات المنعم عن ولدين، ثم مات أحدهما عن أولاد، ثم العتيق، فعلى الأشهر يختصّ الإرث بالولد الباقي، ويشاركه أولاد الولد الميت على الآخر.

و اعلم أنّه كما يرث المولى عتيقه كذلك يرث أولاد عتيقه مع فقد النسب، بلا- خلاف؛ للصّحاح المستفيضه، منها: عن رجل اشترى عبداً، له

ص: ٤٠٥

١- التهذيب ٨: ٩٢٢/٢٥٤، الإستبصار ٤: ٨١/٢٥، الوسائل ٢٣: ٧٠ أبواب العتق ب ٣٩ ح ٢.

٢- التهذيب ٨: ٩٢٤/٢٥٤، الإستبصار ٤: ٨٢/٢٥، الوسائل ٢٣: ٧٠ أبواب العتق ب ٣٩ ح ٣.

٣- المسالك ٣: ٣٣٦.

أولاد من امرأه حرّه، فأعتقه؟ قال: «ولاء ولده لمن أعتقه» (١).

و منها: في العبد تكون تحته الحرّه، قال: «ولده أحرار، فإن أعتق المملوك لحق بأبيه» (٢).

و منها: «قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) في مكاتب اشترط عليه ولاؤه إذا أعتق، فنكح وليده لرجل آخر، فولدت له ولداً، فحرّره، ثم توفّي المكاتب، فورثه ولده، فاختلفوا في ولده، من يرثه؟» قال: «فألحق ولده بموالى أبيه» (٣).

و لكن في نصوص آخر ما ربما يتوهم منه المخالفه لذلك، منها الصحيح: دخلت على أبي عبد الله (عليه السّلام) و معى على بن عبد العزيز، فقال لى:

«من هذا؟» فقلت: مولى لنا، فقال: «أعتقتموه، أو أباه؟» فقلت: بل أباه، فقال: «ليس هذا مولاك، هذا أخوك و ابن عمك، و إنّما المولى الذى جرت عليه النعمه، فإذا جرت على أبيه فهو أخوك و ابن عمك» (٤).

لكنّها مع ضعف سند أكثرها شاذّه، محتمله للحمل على أنّه ليس معتقاً، و عدم كونه مولى بهذا المعنى لا يستلزم انتفاء الولاء، و لا تلازم بينهما، و به صرّح الشيخ (٥) أيضاً، مستشهداً له بالخبر: «المعتق هو المولى،

ص: ٤٠٦

- ١- الكافي ٧: ٤/١٧٠، الفقيه ٣: ٢٨٥/٧٩، التهذيب ٨: ٩١٠/٢٥٠، الإستبصار ٤: ٦٦/٢١، الوسائل ٢٣: ٦٦ أبواب العتق ب ٣٨ ح ١.
- ٢- التهذيب ٨: ٩١١/٢٥١، الإستبصار ٤: ٦٧/٢١، الوسائل ٢٣: ٦٦ أبواب العتق ب ٣٨ ح ٢.
- ٣- الفقيه ٣: ٢٧٥/٧٧، التهذيب ٨: ٩١٢/٢٥١، الإستبصار ٤: ٦٨/٢١، الوسائل ٢٣: ٦٦ أبواب العتق ب ٣٨ ح ٣.
- ٤- الكافي ٦: ٣/١٩٩، الفقيه ٣: ٢٨٦/٧٩، التهذيب ٨: ٩١٧/٢٥٢، قرب الاسناد: ١٣٣/٤١، الوسائل ٢٣: ٦٩ أبواب العتق ب ٣٨ ح ١١.
- ٥- التهذيب ٨: ٢٥٣، الإستبصار ٤: ٢٣.

و الولد ينتمى إلى من يشاء» (١).

و حيث قد عرفت ذلك فاعلم أنه يصح جزّه أى الولاء من مولى الأم إلى مولى الأب إذا كان الأولاد مولودين على الحرّيه تبعاً لحرّيه أمّهم، بيان ذلك: أنه إذا أعتقت الأمّ أولاداً ثم حملت بهم، و أبوهم رقّ، فولأؤها و ولاء أولادها لمولاها؛ لعدم إمكانه من جهة الأب؛ إذ لا- ولاء عليه، و لمعتق الأمّ عليهم نعمه، فإنّهم عتقوا بعتقها، فإن ماتوا و الأب رقيق بعد وراثتهم معتق الأمّ بالولاء و لو عتق الأب بعد ذلك.

و أمّا لو عتق قبله انجزّ ولاؤهم من مولى الأمّ إلى مولاها؛ للصّحاح المتقدّمه، و لأنّ ثبوت الولاء لمولاها كان لضروره أنه لا ولاء على الأب، فإذا وجد قدّم كما يقدّم عليه لو كان معتقاً قبل عتق الأمّ أو معه؛ لأنّ الولاء تلو النسب (بمقتضى حديث اللحمه المتقدم) (٢) و النسب إلى الآباء دون الأمّهات.

و إنّما اشترط الولاده على الحرّيه احترازاً عمّا لو ولدوا على الرقيّه ثم أعتقوا، فإنّ ولاءهم حينئذٍ لمباشر عتقهم، كائناً من كان، لا ينجزّ ولاؤهم إلى معتق أبيهم؛ لأنّ نعمه من أعتقهم عليهم أعظم من نعمه من أعتق بعض أصولهم، فيخصّ بولائهم.

و لا فرق فى ذلك بين أن يعتقوا منفصلين أو حملاً مع أمّهم، فلا ينجزّ ولاؤهم من معتقهم على تقدير فقدّه و فقد عصبته إلى معتق أمّهم؛ لأنّ ولاء المباشره لا ينجزّ مطلقاً، و إنّما ينجزّ ولاء غيرها من الأضعف إلى الأقوى.

و لا أجد خلافاً فى شيء من ذلك، و لا فى اشتراط كون الحرّيه

ص: ٤٠٧

١- الفقيه ٣: ٢٨٨/٨٠، التهذيب ٨: ٩١٩/٢٥٣، الإستبصار ٤: ٧٥/٢٣، الوسائل ٢٣: ٦٧، أبواب العتق ب ٣٨ ح ٧.

٢- ما بين القوسين ليس فى «ر».

المعتبره ولادتهم عليها حرّيه عرضيه حاصله بالعتق، لا أصلية، ونفى عنه و عن جميع ما مرّ الخلاف في السرائر (١)، و ادعى عليه الاتفاق في المسالك (٢) وغيره.

لكن جمله من الصحاح المتقدمه يارث معتق الأب أولاد زوجته الحرّه مطلقه، بل ربما كان بعضها ظاهراً في اختصاص حكم الجرّ بما إذا كانت حرّه الأصل، كالصحيح: عن حرّه زوجتها عبداً لى، فولدت لى منه أولاداً، ثم صار العبد إلى غيرى، فأعتقه، إلى من ولاء ولده؟ إلى إذا كانت أمهم مولا-تى؟ أم إلى الذى أعتق أباهم؟ فكتب: «إن كانت الأمّ حرّه جرّ الأب الولاء، وإن كنت أنت أعتقت فليس لأبيه جرّ الولاء» (٣).

و لم أر أحداً من الأصحاب تتبه أو نّبه على ذلك، عدا خالى العلّامة المجلسى - (رحمه الله) فى الحاشيه المنسوبه إليه على هذه الروايه، فإنّه قال:

ظاهرها اختصاص حكم الجرّ بما إذا كانت حرّه الأصل، كما هو ظاهر الأخبار السابقه، على خلاف ما ذكره الأصحاب و أجمعوا عليه، فتدبر.

ثم قال فى توجيهها و تطبيقها لما ذكره: و لعلّ المراد أنّك إذا أعتقت الأمّ فصار عتقها سبباً لعتق الأولاد التى حصلت بعد العتق فحينئذٍ ينجزّ الولاء إلى مولى الأب، و إن كنت أعتقت الأولاد أنفسهم فولأؤهم لك و لا ينجزّ، و الله يعلم (٤).

أقول و بالله التوفيق:- لعلّ الوجه فى اتفاق الأصحاب على ما مرّ أنّ الحرّيه الأصلية فى أحد الأبوين تستتبع حرّيه الأولاد، فيكون حرّيتهم من

ص: ٤٠٨

١- السرائر ٢٦٣:٣.

٢- المسالك ٣٣٦:٢.

٣- التهذيب ٩١٣/٢٥١، الإستبصار ٤:٦٩/٢١، الوسائل ٢٣:٦٧ أبواب العتق ب ٣٨ ح ٤.

٤- ملاذ الأخبار ١٣:٥٠٢.

جهتها، لا من جهة العتق، والولاء إنما يكون على من حصلت له الحرّيه به لا بها، فإنّ الولاء من توابع العتق، لا الحرّيه مطلقاً، ولذا قالوا (عليهم السّلام):

«الولاء لمن أعتق» (١) ولا عتق هنا بالإضافة إلى الأولاد مطلقاً و لو تبعاً؛ لامتناع حصول الحاصل، فتأمل جدّاً. و حينئذٍ ينبغي تقييد النصوص المتقدمه بحمل الحرّيه فيها على المعتقه خاصّه، و حمل الروايه الأخيره على ما حملها عليه خالي العلامه (٢).

و على كل حال، فالنصوص المزبوره صريحه الدلاله على أصل حكم الجزّ و لو في الجملة؛ مضافاً إلى النصوص الأخرى، كالمرسل كالموتق: «يجزّ الأب الولاء إذا أعتق» (٣).

فما يوجد في بعض الحواشي المنسوبه إلى شيخنا الشهيد الثاني على كتابه المسالك في مسأله الجزّ: أنّه ليس في بابه نص مطلقاً، و إنّما هو اعتبار؛ غريب، إلّا أن يكون مراده من المنفى ما يتضمّن أحكام الجزّ كلا بنحو ما ذكره الأصحاب.

و اعلم أنّهم ذكروا من غير خلاف يعرف بينهم أنّه إذا فقد المولى و قرابته الوارثون للولاء يرثه مولى المولى، فإنّ عدم فقرابه مولى المولى، على تفصيل قرابه المولى، فإن فقد الجميع فمعتق أب المعتق، ثم معتق هذا المعتق، و هكذا كالأوّل.

و لا نصّ فيه، و كأنّهم استنبطوه من حديث اللحمه المتقدم (٤)، و لا بأس به.

ص: ٤٠٩

١- راجع ص: ٣٨٩.

٢- راجع ص: ٤٠٤.

٣- التهذيب ٩١٤/٢٥٢، الإستبصار ٧٠/٢٢، الوسائل ٢٣:٦٧ أبواب العتق ب ٣٨ ح ٥.

٤- في ص: ٣٨٩.

القسم الثاني:

ولاء تضمّن الجريه و هي الجنايه:

اعلم أنّ من توالى إنساناً بأن يضمّن ذلك الإنسان حدثه و جنايته و يكون ولاؤه المورث به له، ثبت له أى للضامن الميراث بلا خلاف فيه بيننا، بل عليه الإجماع فى عبائر كثير من أصحابنا، كالغنيه و المسالك و الكفايه و غيرها (١)، و هو الحجه.

مضافاً إلى الصحاح المستفيضه، و غيرها من المعتبره، ففى الصحيحين «إذا والى الرجل الرجل فله ميراثه، و عليه معقلته» (٢).

و فى الصحيح: عن مملوك أعتق سائبه؟ قال: «يتولّى من شاء، و على من تولّى جريته، و له ميراثه» (٣) الخبر، و نحوه الموثق (٤)، هذا.

مع أنّه على ما ذكره الأصحاب عقد كان سائغاً فى صدر الإسلام، بل فى الجاهليه أيضاً، فيشمله عموم: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ [١]» (٥) و مقتضاه اللزوم،

ص: ٤١٠

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٨، المسالك ٢: ٣٣٨، الكفايه ٣٠٦؛ المفاتيح ٣: ٣١٠.

٢- الأوّل فى: الكافى ٧: ٣/١٧١، الوسائل ٢٦: ٢٤٤ أبواب ولاء ضمان الجريه ب ١ ح ٢. و الثانى فى: التهذيب ٩: ١٤١٣/٣٩٦، الوسائل ٢٦: ٢٤٤ أبواب ولاء ضمان الجريه ب ١ ح ٤.

٣- الكافى ٧: ٤/١٧١، الفقيه ٨٠/٢٩٠، التهذيب ٨: ٩٢٧/٢٥٥، الإستبصار ٤: ٧٤٧/١٩٩، الوسائل ٢٣: ٧٣ أبواب العتق ب ٤١ ح ١.

٤- التهذيب ٩: ١٤٠٦/٣٩٤، و ١٤٠٩/٣٩٥، الاستبصار ٤: ٧٤٦/١٩٩، الوسائل ٢٦: ٢٤٤ أبواب ولاء ضمان الجريه ب ١ ح ٣، و ٢٤٩ ب ٣ ح ٩.

٥- المائده: ١.

كما هو المشهور، وفاقاً للحلى (١)، و ظاهره الإجماع عليه، و هو حجه أخرى مستقلة، فليس لكل منهما فسخه و نقل الولاء إلى الغير.

خلافاً للشيخ و ابن حمزه (٢)، فجائز، إلّا أن يعقل عنه؛ للأصل.

و يندفع بما مر.

و على المختار فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود اللازمه.

و صوره عقده أن يقول المضمون: عاقدتك على أن تنصرنى، و تدفع عني، و تعقل عني، و ترثني، فيقول الضامن: قبلت، و لو اشترك العقد بينهما قال أحدهما: على أن تنصرنى و أنصرك، و تعقل عني و أعقل عنك، و ترثني و أرثك، أو ما أدى هذا المعنى، فيقبل الآخر.

و لا يتعدى الإرث عن الضامن إلى أقاربه و ورثته، على المشهور، بل في الغنيه (٣) عليه الإجماع؛ فصراً للحكم على موضع الشرط، و وقوفاً على اليقين فيما خالف الأصل.

خلافاً للمحكي في السرائر و المختلف عن ظاهر المقنعه (٤)، حيث سوى بين هذا الولاء و ولاء العتق في جميع الأحكام الثابتة له. و حجته مع ندرته غير واضحة.

و لا يصح أن يضمن الجريه إلّا عن سائبه، كالمعتق في النذر و الكفارات أو تبرعاً مع التبري عن جريته، كما مرّ أو

ص: ٤١١

١- السرائر ٣: ٢٦٥.

٢- الخلاف ٤: ١٢٠، الوسيله: ٣٩٨.

٣- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٨.

٤- السرائر ٣: ٢٦٥، المختلف: ٧٤٠، و هو في المقنعه: ٦٩٤.

ع من كان حرّ الأصل لكن لا وارث له مطلقاً و لو معتقاً، فإنّ هذا الإرث متأخّر عن الإرث بالنسب و العتق، بلا خلاف، بل في ظاهر الغنية (١) الإجماع عليه، و ربما كان في النصوص الصحيحة (٢) دلالة عليه.

و على أنّه لا يرث الضامن إلّا مع فقد كل مناسب (٣) و مع فقد المعتق عتقاً يرث به الولاء، مع أنّه لا خلاف فيه أيضاً.

و الفرق بين هذا الحكم و السابق مع اشتراكهما في اشتراط فقد المناسب و المعتق أنّ ذلك شرط صحة العقد و هذا شرط الإرث، و المعنى أنّه مع صحة العقد و اجتماع شرائطه لا يثبت الإرث للضامن إلّا مع فقد الوارث المذكور عند موت المضمون أيضاً، فلو فرض تجدد وارث للمضمون، بأن تزوّج بعد العقد و ولد له أولاد كان إرثه لهم، دون الضامن و إن كان سببه صحيحاً سائغاً.

و يتصوّر تجدد العتق على العقد بأن يكون إسلامه طارئاً، ثم يكفر بعد العقد، و يلتحق بدار الحرب، و يسترقّ، فيعتقه مولاه، فإنّه يقدّم ولاء العتق على الضامن المتقدّم.

و يرث معه الزوج و الزوجه نصيبهما الأعلى من النصف أو الربع و ما بقى عنه كان له أى للضامن، بلا خلاف، بل عليه الإجماع في الغنية (٤)؛ للعمومات، و خصوص ما مرّ من النصوص الدالّة على دخولهما

ص: ٤١٢

١- الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٠٧.

٢- انظر الوسائل ٢٦: ٢٤٣ أبواب ولاء ضمان الجريره ب ١.

٣- في «ح» زياده: و إن بعد.

٤- الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٠٨.

على جميع طبقات الورثة (١).

و هو أى الضامن أولى من بيت مال الإمام (عليه السلام)، بلا خلاف، بل فى الغنيه عليه الإجماع (٢)، و هو الحجه.

مضافاً إلى الصحاح المستفيضه و غيرها من المعتميره، فى الصحيحين: «من مات و ليس له مولى فماله من الأنفال» (٣) و نحوهما الموثق (٤) و غيره (٥).

و فى الصحيح: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فيمن أعتق عبداً سائبه: أنه لا- ولاء لمواليه عليه، فإن شاء توالى إلى رجل من المسلمين، فليشهد أنه يضمن جريرته و كل حدث يلزمه، فإذا فعل ذلك فهو يرثه، و إن لم يفعل ذلك كان ميراثه يردّ على إمام المسلمين» (٦) و قريب منه الموثق (٧)، و فى جملة من النصوص أن: «الإمام وارث من لا وارث له» (٨).

ص: ٤١٣

١- راجع ص: ٣٦٣.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٨.

٣- أحدهما فى: الكافى ٧: ٤/١٦٩، التهذيب ٩: ١٣٧٩/٣٨٦، الإستبصار ٤: ٧٣٢/١٩٥، الوسائل ٢٦: ٢٤٧ أبواب ولاء ضمان الجريره ب

٣ ح ٣. و الآخر فى: الكافى ٧: ١/١٦٨، الوسائل ٢٦: ٢٤٧ أبواب ولاء ضمان الجريره ب ٣ ح ٤.

٤- التهذيب ٩: ١٣٨٠/٣٨٦، الإستبصار ٤: ٧٣٣/١٩٥، الوسائل ٢٦: ٢٤٩ أبواب ولاء ضمان الجريره ب ٣ ح ٨.

٥- الوسائل ٢٦: ٢٤٦ أبواب ولاء ضمان الجريره ب ٣.

٦- التهذيب ٩: ١٤٠٧/٣٩٤، الوسائل ٢٦: ٢٥٠ أبواب ولاء ضمان الجريره ب ٣ ح ١٢.

٧- التهذيب ٩: ١٤٠٦/٣٩٤، الإستبصار ٤: ٧٤٦/١٩٩، الوسائل ٢٦: ٢٤٩ أبواب ولاء ضمان الجريره ب ٣ ح ٩.

٨- الكافى ٧: ٣/١٦٩، الوسائل ٢٦: ٢٤٨ أبواب ولاء ضمان الجريره ب ٣ ح ٥.

القسم الثالث:

ولاء الإمامه و الأصل فيه بعد الإجماع الظاهر المحكى فى الخلاف و الغنيه و السرائر و المنتهى و المسالك و غيرها من كتب الجماعة (١) النصوص المتقدمه و غيرها من المعتمده، فى الصحيح: «من مات و ليس له وارث من قبل قرابته، و لا مولى عتاقه قد ضمن جريرته، فماله من الأنفال» (٢).

وفيه: «السائبه التى لا- ولاء لأحد عليها إلا الله تعالى، فما كان ولاؤه لله تعالى فهو لرسول الله (صلى الله عليه و آله)، و ما كان لرسول الله (صلى الله عليه و آله) فإن ولاءه للإمام (عليه السلام)، و جنايته على الإمام (عليه السلام)، و ميراثه له» (٣) إلى غير ذلك من النصوص (٤)، التى كادت تبلغ هى مع ما مرّ التواتر.

و أمّا النصوص الداله على أن إرث من لا- وارث له لبيت مال المسلمين (٥)، فمع قصور سند أكثرها غير مقاومه لما قدّمناه من الأدله من وجوه شتى، أعظمها موافقه تلك للشهره العظيمه (٦)، و مخالفتها للعامه،

ص: ٤١٤

١- الخلاف ٢: ٢٢، الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٨، السرائر ٣: ٢٦٥، المنتهى ١: ٥٥٣، المسالك ٢: ٣٣٨؛ المفاتيح ٣: ٣١١، كشف اللثام ٢: ٣٠٢.

٢- الكافى ٧: ٢/١٦٩، الفقيه ٧: ٧٧٣/٢٤٢، التهذيب ٩: ١٣٨١/٣٨٧، الوسائل ٢٦: ٢٤٦ أبواب ولاء ضمان الجريره ب ٣ ح ١.

٣- الكافى ٧: ٢/١٧١، التهذيب ٨: ٩٣٠/٢٥٦، الإستبصار ٤: ٨٥/٢٦، الوسائل ٢٣: ٧٧ أبواب العتق ب ٤٣ ح ١.

٤- الوسائل ٢٦: ٢٤٦ أبواب ولاء ضمان الجريره ب ٣.

٥- الوسائل ٢٦: ٢٤٦ أبواب ولاء ضمان الجريره ب ٣ ح ٩، و ب ٤ ح ٩، ٥، ٨، ٩، و ب ٧ ح ١.

٦- ليس فى «ب» و «ر».

دون هذه، فإنها في طرف النقيض لتلك، فلتطرح، أو تحمل على التقيه، أو تؤوّل ككلام القائل بها، وهو الإسكافي و الشيخ في الاستبصار (١) بما يؤوّل إلى الأخبار الأوّله: من أنّ المراد بيت المال و إن أُضيف إلى المسلمين بيت مال الإمام عليه السلام بقرينه الأخبار السابقه، و ما ذكره جماعه (٢):

من شيوع إطلاق بيت المال و إرادته بيت مال الإمام عليه السلام، و يشير إليه كلام الشيخ في الخلاف هنا، حيث قال: ميراث من لا وارث له ينتقل إلى بيت المال، فهو للإمام عليه السلام خاصه، و عند جميع الفقهاء ينتقل إلى بيت المال و يكون للمسلمين (٣).

و من الأدلّه المتقدمه فتوى و روايه يستفاد أنّ الإمام عليه السلام لا يرث أحداً إلّا مع فقد كلّ وارث له حتى ضامن الجريه، فلو وجد كان أحقّ بالإرث منه عليه السلام عدا الزوجه، فإنّها تشاركه و تأخذ نصيبها الأعلى على الأصح الأشهر، كما مضى بيانه مفضلاً.

و لا-ريب أنّ مع وجوده أى الإمام عليه السلام فالمال له، يصنع به ما شاء، و قد روى الشيخان فى المقنعه و النهايه (٤): أنّه كان على عليه السلام يعطيه فقراء بلده أى بلد الميت، و ضعفاءهم، قالوا كباقي الأصحاب -: إنّّه كان ذلك منه تبرّعاً عليهم.

و أمّا مع غيبته فقيل (٥): قال جماعه: يحفظ له بالوصايه، أو

ص: ٤١٥

١- حكاه عن الإسكافي فى المختلف: ٧٤٩، الاستبصار ١٩٦: ٤.

٢- مجمع الفائده و البرهان ١١: ٤٦٤، روضه المتقين ١١: ٣٧٧، الوسائل ٢٦: ٢٤٩، الكفايه ٣٠٦.

٣- الخلاف ٤: ٢٢، و فيه: لا ينقل إلى بيت المال، و هو للإمام خاصه.

٤- المقنعه: ٧٠٥، النهايه: ٦٧١.

٥- قاله الشهيدان فى الدروس ٢: ٣٧٧، و المسالك ٢: ٣٣٨.

الدفن إلى حين ظهوره كسائر الحقوق، و في ظاهر الخلاف (١) الإجماع عليه، و هو أحوط، و إن كان الأظهر ما اختاره الماتن و جماعه من القدماء و المتأخرين من أنه يقسم في الفقراء و المساكين، إتمياً مطلقاً، كما هنا و في الشرائع و التحرير و القواعد و الإرشاد و الدروس و المسالك (٢) و عن المفيد و الديلمي و ابن زهره و الحلبي و القاضي و الكيدري (٣)، و بالجمله الأكثر، بل الأصحاب أجمع عدا الصدوق في الفقيه و الشيخ في الخلاف كما في النكت (٤).

أو مقيداً بفقراء بلد الميت و مساكينه، كما في اللمعه في هذا الكتاب و الدروس في بحث الأنفال من كتاب الخمس (٥).

و ذلك لما مرّ (٦) من النصوص الصحيحه الدالّه على أنّه من الأنفال، فدلت على جواز صرفه فيهم، إن لم يدلّ على ما هو أعمّ من ذلك، بناءً على القول بتحليلهم الأنفال للشيعة في زمان الغيبه، كما هو المشهور، على ما صرح به في الروضه (٧).

مضافاً إلى ما تبّه عليه في الكفايه (٨) بعد اختياره هذا القول، تبعاً

ص: ٤١٦

١- الخلاف ٢٣:٤.

٢- الشرائع ٤٠:٤٠، التحرير ١٧١:٢، القواعد ١٨٠:٢، الإرشاد ١٢٦:٢، الدروس ٣٧٧:٢، المسالك ٣٣٩:٢.

٣- المفيد في المقنعه: ٧٠٦، الديلمي في المراسم: ٢٢٤ و حكاه عن ابن زهره و ابن إدريس و الكيدري في غايه المراد ٥٩١:٣، القاضي في المهذب ١٥٤:٢.

٤- الفقيه ٢٤٢:٤، الخلاف ٢٣:٤، غايه المراد ٥٩١:٣.

٥- اللمعه (الروضه البهيه ٨): ١٩٠، الدروس ٢٦٤:١.

٦- راجع ص: ٤٠٨.

٧- الروضه ٨٥:٢.

٨- الكفايه: ٣٠٧.

للمقدّس الأردبيلي (١)- (رحمه الله) من أنّ وجهه استغناء الإمام (عليه السّلام) واحتياج الفقراء، والحفظ في المدّة المتطاولة تعريض للمال للتلف، فمعلوم رضا الإمام (عليه السّلام) بذلك، وأنّه لو كان حاضراً مستغنياً لفعل كذلك، هذا.

مع أنّي لم أجد الخلاف إلّا من الخلاف (٢)، وهو بالإضافة إلى باقي الأصحاب شاذّ، وبه يوهن ما في ظاهر كلامه من الإجماع، مع عدم صراحته فيه.

نعم في السرائر (٣) ما يدل على موافقته له، إلّا أنّ المحكى عنه في النكت ما قدّمناه.

وليس في هذه الأدلّة ما يدلّ على اعتبار القيد المشار إليه في اللمعه، بل هي مطلقه، ولا شاهد له إلّا ما مرّ في روايه الشيخين من فعل علي (عليه السّلام)، وهي مع ضعف سندها بالإرسال لا تدلّ على ثبوته في غيبته، وبذلك صرح في الروضه (٤).

نعم الأولي ذلك، كما في الكفايه (٥)؛ حذراً من الشبهه الناشئه من خلاف اللمعه، لكنّها مشروطه بما إذا لم يُعارضها أولويّه من وجه آخر، كما إذا كان فقراء غير أهل البلد أحوج، وفيهم الأيتام، والأرامل، والضعفاء العاجزين عن التكبّب كالعجائز، والشيوخ، والمرضى، وأصحاب العاهات.

وهنا قول ثالث بلزوم الدفع إلى همشاريجه مطلقاً، اختاره الصدوق

ص: ٤١٧

١- مجمع الفائده و البرهان ٤:٣٤٥.

٢- الخلاف ٤:٢٣.

٣- السرائر ٣:٢٢٩.

٤- الروضه ٨:١٩٠.

٥- الكفايه: ٣٠٧.

فى الفقيه (١)؛ لخبرين (٢) قاصرى السند مختص أحدهما بحال حضوره (عليه السلام)، مع أنه لا يقول به، بل يخص ذلك بحال الغيبة، كما هو محل البحث.

مع أن بعض المحدثين (٣) حكى عن بعض النسخ: همشيره بالياء بعد الشين بدل همشيره بالهاء بعد الشين و قال: المراد به: الأبخ الرضاعى. فلا دخل لهما بمحل البحث، مع شذوذهما على هذا التقدير، وإن دل على ما دلًا عليه بعض النصوص، كالخبر الضعيف بسهل:

ما تقول فى رجل مات و ليس له وارث إلا أخاً له من الرضاعه، يرثه؟ قال:

«نعم» (٤) الخبر.

و لا قائل بذلك من الأصحاب، كما صرح به جدى المجلسى - (رحمه الله) فى شرحه على الفقيه، فقال: و لا خلاف فى أن ولد الرضاعه ما يرث (٥).

انتهى.

و مع ذلك لا بأس به إن كان الهمشيره متعدداً، و من جمله الفقراء، فإن فيه جمعاً بين الأقوال.

و اعلم أن إطلاق الفقير فى عبائر الأصحاب يشمل الهاشمى و غيره من العوام، و الأولى بل لعله المعين عند الأحرار تخصيص الأول به؛ لما ورد من أن السادات عياله، يجب عليه جبر نفقتهم من حصته فى الخمس (٦)، فصرف حقه فى ضروره ما يلزمه أولى من صرفه إلى غيره، مضافاً إلى آيه

ص: ٤١٨

١- الفقيه ٢٤٢: ٤.

٢- الوسائل ٢٥٢: ٢٦ أبواب ولاء ضمان الجريه ب ٤ ح ١، ٢، ٣، ٤.

٣- و هو الحر العامل فى الوسائل ٢٥٦: ٢٦.

٤- الكافي ٧: ١/١٦٨، الوسائل ٢٥٥: ٢٦ أبواب ولاء ضمان الجريه ب ٥ ح ١.

٥- روضه المتقين ٣٨٠: ١١.

٦- انظر الوسائل ٥٢٠: ٩ أبواب قسمه الخمس ب ٣.

أولى الأرحام (١)، المقتضيه لتعنيهم، و لو لا شبهه الإجماع بجواز الدفع إلى غيرهم أتجه القول به، و ليس فى فعل على عليه السلام و دفعه إياه إلى فقراء البلد منافاه لذلك، من حيث عدم معلوميته كونهم من العوام، و على تقدير المعلوميته كما هو الظاهر ليس فيه أنه فعل ذلك مع حاجه الساده بذلك، بل الظاهر عدم حاجتهم مع وجوده عليه السلام، و قلتهم، و أين ذلك من كثره الساده فى أمثال الزمان، و شدّه حاجتهم، مع عدم وفاء حقهم من الخمس بمؤونتهم.

و بالجمله عمل الفقير على ذلك، بل لعله عندى من اللوازم، و لعله لازم لكلّ من أوجب دفع حصّيته عليه السلام من الخمس فى زمان الغيبه إليهم، كما يومئ إليه بعض تعليلاتهم، المتقدم إليه الإشاره.

نعم لو اتفق غناؤهم و لا يتفق إلّا أن يشاء الله تعالى صرف إلى غيرهم من فقراء الشيعة، الأوج منهم فالأوج.

و على كلّ حال لا يجوز أن يعطى الجائر إلّا مع الخوف المبيح للإعطاء، كأن يأخذه قهراً؛ لأنّه غير مستحقّ له عندنا، فلو دفعه إليه دافع اختياراً كان ضامناً، و لو أمكنه دفعه عنه ببعضه و جب، فإن لم يفعل ضمن ما يمكنه منعه منه.

ص: ٤١٩

و أما اللواحق فأربعة فصول:

الأول: في ميراث ابن الملاعنه قد تقرّر في كتاب اللعان أنه سبب في التحريم المؤبد، و زوال الفراش، و انتفاء الولد من الملاعنه، و من لوازمه أنه لا يرثه الولد، و لا يرثه هو و لا أحد من أقارب الأب؛ لانتفاء النسب بينهم شرعاً، فيبقى ميراثه لأمّه و من يتقرّب بها من أخواله و أجداده من قبلها و ل ولده لأنّ نسبه لم ينتف عن الأمّ، و لم يلزم من نفى الأب له كونه ولد زنا، إجماعاً، و سيأتي النصوص الدالّه على جميع ذلك.

فإن كان له ولد و أمّه حيّه فلائمّ السدس، و الباقي تمامه للولد و إن نزل، إن كان ذكراً، و إن كان أنثى فله النصف، أو الثلثان، و الباقي ردّ عليهما إن اجتمع معها.

و لو انفردت عنه و عن الزوجين كان لها الثلث إجماعاً و لها الباقي أيضاً بالردّ عليها، على الأشهر الأقوى، بل لعلّه عليه عامّه متأخري أصحابنا، و عن الخلاف (1) الإجماع عليه، و هو الحجه.

مضافاً إلى الأصول المتقدمه، الثابته من الكتاب و السنّه، و خصوص النصوص المستفيضه التي كادت تبلغ التواتر، ففي بعضها: «أنّ ميراث ولد الملاعنه لأمّه» (2).

ص: ٤٢٠

١- الخلاف ١٠٤: ٤.

٢- الكافي ٧: ٢/١٦٠، الفقيه ٢٣٦/ ٧٥٠، التهذيب ٣٣٨/ ١٢١٨، الوسائل ٢٦: ٢٥٩ أبواب ميراث ولد الملاعنه ب ١ ح ٢.

و فى جملة وافره منها: عن ولد الملاعنه، من يرثه؟ قال: «أمه» قلت: فإن ماتت أمه من يرثه؟ قال: «أخواله» (١).

خلافاً للإسكافى و الشيخ فى الاستبصار (٢)، فخصاً ذلك بما إذا كان هناك عصبه لها يعقلون عنه، و جعلاً الردّ مع عدمهم على الإمام (عليه السلام)، كما عليه الشيخ أو بيت مال المسلمين كما عن الإسكافى.

و للصدوق (٣)، ففصّل بين غيبه الإمام (عليه السلام) فالردّ عليها، و حضوره فالردّ عليه؛ جمعاً بين النصوص المتقدمه و الصحيحين: «ابن الملاعنه ترثه أمه الثلث، و الباقي لإمام المسلمين؛ لأنّ جنايته على الإمام (عليه السلام)» (٤). و لا شاهد عليه، مع إطلاق كلّ من نصوص الطرفين، و فقد التكافؤ؛ لكثرة الأخبار الأوّله، مع اعتبار جملة منها، و انجبار باقيها بالشهره العظيمه، و مخالفه العامه كما سيأتى إليه الإشاره و حكايه الإجماع المتقدمه، و لا يعارض جميع ذلك بل و لا جملة منها مجرد الصّحه فى الأخبار المقابله.

و بالجملة هذا القول ضعيف غايته، و لا شاهد له كسابقه.

و منه يظهر أنّ الصحيحين من الروايات الشاذّه، لا عامل بإطلاقهما فى الطائفه، و بذلك صرّح فى التحرير (٥)، و قد حملهما فى التهذيب على التقيه، بعد أن قال: إنّهما غير معمول عليهما (٦)، مشعراً بدعوى الإجماع

ص: ٤٢١

١- الوسائل ٢٥٩:٢٦ أبواب ميراث ولد الملاعنه ب ١.

٢- حكاه عن الإسكافى فى المختلف: ٧٤٣، الاستبصار ١٨٢:٤.

٣- الفقيه ٢٣٦:٤.

٤- الفقيه ٧٥٢، ٧٥١/٢٣٦، التهذيب ١٢٣١، ١٢٣٠/٣٤٢، ٩:١٢٣٠، الإستبصار ٦٨٤، ٦٨٣/١٨٢، الوسائل ٢٦٥:٢٦ أبواب ميراث ولد

الملاعنه ب ٣ ح ٣، ٤.

٥- التحرير ١٧٣:٢.

٦- التهذيب ٣٤٣:٩.

على طرحهما، وقوله في الاستبصار ليس بصريح، بل ولا ظاهر في الفتوى؛ لاحتمال إرادته به مجرد الجمع بين الأخبار، ولكن فيه ما مرّ.

مضافاً إلى ما ذكره الحلبي: من أنه هدم و نقض لإجماعنا، وهو أنّ قرابات الأمّ و كلالتها لا يعقلون، ولا يرثون من الديه شيئاً، بغير خلاف بيننا، وذكر قبل هذا اعتراضاً أيضاً، وهو أنّه مصير إلى مذهب المخالفين، و عدول عن آيه اولى الأرحام (1)، و أصول المذهب، و رجوع إلى القول بالعصبه (2).

و لو انفرد الأولاد عن الأمّ و الزوجين اقتسموه على حسب ما قرّر في ميراث الأولاد فلل بنت ال واحد النصف بالفرض و كذا للثنتين فصاعداً الثلثان به، و الباقي من النصف في الفرض الأول، و الثلث في الفرض الثاني لصاحبه الفرض بالردّ.

و للذكران إذا انفردوا عن البنات المال بينهم بالسويه، و لو اجتمعوا أي الذكور و الإناث فللذكر سهمان، و للأنثى سهم و يرث الزوج و الزوجه نصيبهما الأعلى من النصف و الربع مع عدم الولد و إن نزل و الباقي للوارث الخاص من الأمّ و نحوها إن كان، و إلّا فالباقي ردّ على الزوج، و على الإمام (عليه السّلام) مع الزوجه، كما تقدّمت إليه الإشارة (3) و لهما نصيبهما الأدنى من الربع و الثمن معهم أي مع الأولاد.

و لو عدم الولد يرثه من تقرب بأمه من الأجداد و الجدّات و الإخوه

ص: ٤٢٢

١- الأنفال: ٧٥، الأحزاب: ٦.

٢- السرائر ٢٧٦: ٣.

٣- راجع ص: ٤١١.

و الأَخوات و الأعمام و العَمَّات و الأخوال و الخالات، و هكذا إلى سائر الطبقات و الدرجات مرتَّبين الأَقرب فالأَقرب، الذِكر و الأُنثى منهم سواء في النِصيب؛ لتقَرَّبهم بالأُمِّ، و قد مرَّ أن نِصيبهم ذلك.

و مع عدم الوارث مطلقاً حتى ضامن الجريه يرثه الإمام (عليه السَّلام). و لا خلاف في شيء من ذلك؛ للعمومات من الكتاب و السنَّة، خرج منها ابن الملا عنه في صورته خاصَّة، و بقي الباقي مما قدَّمناه تحتها مندرجه، و مع ذلك النصوص بجمله منها مستفيضه، تقدَّم بعضها، و يأتي إلى جملته أُخرى منها الإِشاره.

و يرث هو أي ابن الملا عنه أُمِّه بلا خلاف فتوى و روايه و كذا من يتقَرَّب بها ممن قدَّمناه مطلقاً على الأظهر الأشهر بين أصحابنا، و ربما أشعر عبارته الماتن في الشرائع (١) بالإجماع عليه، و يعضده إطباق فتاوى من وقفت على كلامهم عليه؛ لثبوت نسبه و صحته بالنسبه إليهم، بلا خلاف، كما في السرائر (٢).

و للصحيح: «ابن الملا عنه ينسب إلى امِّه، و يكون أمره و شأنه كلُّه إليها» (٣) و من ثمَّ ورثوه هم إجماعاً، كما في المسالك (٤)، فيدخل فيما مرَّ من العمومات.

و مع ذلك النصوص المستفيضه دالِّه عليه بإطلاقها، فإنَّ فيها: رأيت إن ماتت امِّه، و ورثها الغلام، ثم مات الغلام، من يرثه؟ قال: «عصبه أُمِّه،

ص: ٤٢٣

١- الشرائع ٤: ٤٣.

٢- السرائر ٣: ٢٧٦.

٣- الفقيه ٤: ٧٥٧/٢٣٧، الوسائل ٢٦: ٢٦٢ أبواب ميراث ولد الملا عنه ب ١ ح ٨.

٤- المسالك ٢: ٣٣٩.

و هو يرث أخواله» (١).

و به أفتى فى التهذيب، فقال: إنَّ العمل على ثبوت الموارثه أحوط و أولى على ما يقتضيه شرع الإسلام (٢).

خلافًا له فى الاستبصار (٣)، فخصَّ ذلك بما إذا اعترف به الأب، وإلا فلا يرث أخواله، جمعاً بين إطلاقى النصوص بالتوارث، كما تقدّم، و بالعدم، كالموثق: «يرثه أخواله، و لا يرثهم الولد» (٤) بشهادة النصوص المفصلة الدالة عليه بالمفهوم، منها الصحيحان: «فإن لم يدعه أبوه فإنَّ أخواله يرثونه، و لا يرثهم» (٥).

أقول: و يعضده أنَّ موارد تلك المستفيضه الحاكمه بالتوارث إنّما هو صورته تكذيب الوالد بعد اللعان نفسه، و الحكم فيها ذلك، كما فى النصوص المفصلة، فليس بينهما معارضة.

لكن روى الصدوق فى الفقيه بسندين غير نقيين، بل أحدهما ضعيف، عن أبى عبد الله (عليه السلام): فى ابن الملا عنه، من يرثه؟ قال: «ترثه أمه» قلت: رأيت إن ماتت أمه و ورثها، ثم مات هو، من يرثه؟ قال: «عصبه»

ص: ٢٢٤

١- الكافى ٧: ١٦١، التهذيب ٩: ١٢٢٢/٣٣٩، الوسائل ٢٦: ٢٦١ أبواب ميراث ولد الملا عنه ب ١ ح ٧.

٢- التهذيب ٩: ٣٤١.

٣- الاستبصار ٤: ١٨١.

٤- الكافى ٧: ٩/١٦١، التهذيب ٩: ١٢٢٦/٣٤١، الاستبصار ٤: ٦٧٩/١٨٠، الوسائل ٢٦: ٢٦٧ أبواب ميراث ولد الملا عنه ب ٤ ح ٤.

٥- أحدهما فى الكافى ٧: ١٠/١٦٠، التهذيب ٩: ١٢٢٧/٣٤١، الاستبصار ٤: ٦٨٠/١٨٠، الوسائل ٢٦: ٢٦٨ أبواب ميراث ولد الملا عنه

ب ٤ ح ٥. و الآخر فى الكافى ٦: ٦/١٦٣، الفقيه ٤: ٧٤٩/٢٣٥، التهذيب ٩: ١٢٢٩/٣٤٢، الاستبصار ٤: ٦٨٢/١٨١، الوسائل ٢٦: ٢٦٩

أبواب ميراث ولد الملا عنه ب ٤ ح ٧.

أمّه، و هو يرث أخواله» (١).

و ليس فيه ما يوجب تقييد الإطلاق من نحو خصوصيه المورد، و رجوع الضمير في الجواب إليه، كما اتفق في المستفيضه المتقدمه، و قصور السند منجبر بالشهره العظيمه، و الموافقه للعمومات القطعيه، مع أنّ القائل بالنصوص المفصّله و إن صحّت، و جمعت بين الأخبار المختلفه غير معروف، عدا الشيخ في الاستبصار، و فتواه فيه غير متيقّنه و لا معلومه، كما مرّ التنبيه عليه مراراً، و مع ذلك فهو على تقديره متروك، كما ذكره الماتن في الشرائع (٢)، و عضده ما قدّمناه، فالمشهور لعلّه أقوى.

و حيث قد تقرّر انتفاء نسب ولد الملاعنه عن أبيه ظهر أنّه لا يرث أباه، و لا من تقرّب به، و لا يرثونه من حيث النسب.

و لو اعترف به الأب بعد اللعان لحق به في الجملة و ورث هو أباه خاصّه دون العكس، فلا يرثه الأب.

بلا خلاف في شيء من ذلك، و النصوص به مع ذلك مستفيضه، ففي الصحيح: «فإن ادّعاه أبوه لحق به، و إن مات ورثه الابن، و لم يرثه الأب» (٣).

و في آخر: «يردّ إليه ابنه، و لا يرثه» (٤).

و في الخبر: إذا قرّر به الأب هل يرث الأب؟ قال: «نعم، و لا يرث الأب الابن» (٥).

ص: ٤٢٥

١- الفقيه ٢٣٧/٧٥٦:٤، الوسائل ٢٦٦:٢٦٦ أبواب ميراث ولد الملاعنه ب ٤ ح ١.

٢- الشرائع ٤٣:٤.

٣- الكافي ٧:٣/١٦٠، التهذيب ٩:١٢١٩/٣٣٩، الوسائل ٢٦٢:٢٦٢ أبواب ميراث ولد الملاعنه ب ٢ ح ١.

٤- الكافي ٧:٧/١٦١، الفقيه ٢٣٧/٧٥٥:٤، الوسائل ٢٦٣:٢٦٣ أبواب ميراث ولد الملاعنه ب ٢ ح ٣.

٥- الكافي ٧:٥/١٦٠، التهذيب ٩:١٢٢١/٣٣٩، الوسائل ٢٦٣:٢٦٣ أبواب ميراث ولد الملاعنه ب ٢ ح ٢.

و أمّا بعض النصوص (١) الدالّة على أنّه مع الاعتراف به بعد اللعان لا يرّد على الأب، فمع قصور سنده شاذّ، محمول على عدم اللحوق الكامل الموجب للتوارث من الطرفين.

و هل يرث الولد غيره أى غير الأب من ذوى قرابه أبيه و يرثونه، أم يرثهم و لا يرثونه، أم يستمرّ الأمران على النفى السابق؟ أو وجه، فالشيخ (٢) و الأ-كثر، و منهم الماتن هنا و فى الشرائع (٣) على (٤) الأخير؛ عملاً بالاستصحاب، و قصرًا للإقرار على المقرّ، و على تقدير كونه شهاده فهى لا تسمع من الواحد.

و خيره الحلبي و الفاضل (٥) فى بعض كتبه الأول؛ نظراً منهما إلى أنّ الإقرار كإقامه البينه الموجه لثبوت النسب.

و فيه ما عرفته.

و فضّل الفاضل (٦) فى بعض كتبه بأنّهم إن صدّقوا الأب على اللعان لم يرثهم و لا يرثونه، و إن كذبوه ورثهم و ورثوه. و المذهب الأول و لا عبره بنسب الأب كما مرّ.

و يتفرّع عليه أنّه لو ترك ابن الملاعنه إخوه لأب و أمّ مع أخ أو إخوه (٧) لأمّ، كانوا سواء فى الحصّه (٨)، و كذا لو ترك جدّاً لأمّ مع أخ أو

ص: ٤٢٦

١- التهذيب ٩: ١٢٢٣/٣٤٠، الإستبصار ٩: ١٧٩/٤٠٦٧٦، الوسائل ٢٦: ٢٦٦ أبواب ميراث ولد الملاعنه ب ٤ ح ٣.

٢- فى «ح» و «ر»: ظاهر الشيخ. التهذيب ٩: ٣٤١، النهايه: ٦٧٩.

٣- الشرائع ٤: ٤٣.

٤- ليس فى «ح» و «ر».

٥- الكافي فى الفقه: ٣٧٥، المختلف: ٧٤٤.

٦- القواعد ٢: ١٨١.

٧- فى المطبوع من المختصر (٢٧٣): أو أخت.

٨- فى المطبوع من المختصر (٢٧٣): المال.

أخت أو إخوه أو أخوات من أب و أمّ تساووا فيها؛ لكون انتسابهم إليه من جهة الأمّ خاصّه، فيتساوون فيها، كما مرّ إليه الإشارة.

و اعلم أنّ في إطلاق الأب على الملاعن تجوّزاً؛ إذ ليس بأبٍ له ينسب إليه ظاهراً، و وجهه النظر إلى كونه أباه ابتداءً.

خاتمه تشتمل على مسائل سبع:

الأولى: ولد الزنا لا ترثه أمّه و لا غيرها من الأنساب

خاتمه تشتمل على مسائل سبع:

الأولى: ولد الزنا لا يرثه الزانى، و لا أمّه الزانية (١) و لا- غيره م ا من الأنساب و لا- يرثهم، بلا- خلافٍ في قطع التوارث بينه و بين الزانى و أقربائه، بل عليه الإجماع في المختلف و الإيضاح و شرحى الشرائع للصيمرى و شيخنا الشهيد الثانى (٢)، و هو الحجج.

مضافاً إلى النصوص المستفيضه، ففي الصحيح: «أيما رجل وقع على وليده قوم حراماً، ثم اشتراها، فادعى ولدها، فإنّه لا يورث منه شيء، فإنّ رسول الله (صلّى الله عليه و آله) قال: الولد للفراش، و للعاهر الحجر، و لا يورث ولد الزنا إلّا رجل يدعى ابن وليدته» (٣) و نحوه بعينه الموثق (٤)، و أخبار أخر (٥).

و فى الصحيح: قلت: فإنّه مات، و له مال، من يرثه؟ قال

ص: ٤٢٧

١- ليس فى «ب» و «ر».

٢- المختلف: ٧٥٤، الإيضاح ٢٤٧: ٤، غايه المرام ١٩٣: ٤، المسالك ٣٤٠: ٢.

٣- التهذيب ١٢٤٢/٣٤٦، الإستبصار ١٨٥/٦٩٣، الوسائل ٢٧٤: ٢٦، أبواب ميراث ولد الملاعنه ب ٨ ح ١.

٤- الكافي ١/١٦٣، الوسائل ٧: ١، ٢٧٤: ٢٦، أبواب ميراث ولد الملاعنه ب ٨ ذيل الحديث ١.

٥- الوسائل ٢٧٤: ٢٦، أبواب ميراث ولد الملاعنه ب ٨.

«الإمام (عليه السلام)» (١). وفي الخبر: عن رجل فجر بامرأه، ثم إنّه تزوّجها بعد الحمل، فجاءت بولد، هو أشبه خلق الله تعالى به؟ فكتب بخطه و خاتمه: «الولد لغيه، لا يورث» (٢).

و إطلاقهما كعموم التعليل في الأخير، و المستفيضه المتقدمه يدل على عموم الحكم و شموله لجميع ما في العبارة من منع التوارث بينه و بين الأمّ و أقاربها أيضاً، كما هو الأظهر الأشهر بين أصحابنا، بل عليه عامّه متأخريهم، بحيث كاد أن يكون ذلك إجماعاً منهم، و ربما أشعر به عبارة كثير، كالشيخ في الاستبصار و الماتن في الشرائع و شيخنا في شرحه و الفاضل في القواعد (٣)، حيث قالوا على الروايه الآتيه: أنّها شاذّه مطرحه، فلا ريب في المسأله.

و أقياً النصوص السدّالّه على إرث الزاني منه إذا أقرّ به (٤)، فشاذّه مطرحه، لا- عمل عليها بين أصحابنا، مع قصور أسانيدّها عن الصحه، فلتكن مطرحه، و إن كانت موثقه.

و لا- خلاف في أنّه يرثه أي ولد الزنا ولده و إن نزل، و الزوج أو الزوجه نصيبهما الأ- على مع عدم الولد، و الأ-دنى معه؛ للعمومات، مع عدم المانع من جهتهم.

ص: ٤٢٨

-
- ١- الفقيه ٧٣٩/٢٣١، التهذيب ١٢٣٤/٣٤٣، الإستبصار ٦٨٦/١٨٣، الوسائل ٢٦:٢٧٥ أبواب ميراث ولد الملائنه ب ٨ ح ٣.
 - ٢- الكافي ٧:٢/١٦٣، الفقيه ٧٣٨/٢٣١، التهذيب ١٢٣٣/٣٤٣، الإستبصار ٦٨٥/١٨٢، الوسائل ٢٦:٢٧٤ أبواب ميراث ولد الملائنه ب ٨ ح ٢.
 - ٣- الاستبصار ١٨٣، الشرائع ٤:٤٤، المسالك ٢:٣٤٠، القواعد ٢:١٨١.
 - ٤- الوسائل ٢٦:٢٧٤ أبواب ميراث ولد الملائنه ب ٨ ح ٥، ٧، ٨.

و لو لم يكن أحدهم أى الولد أو الزوجين، و لا وارث آخر و لو ضامن جريره فميراثه للإمام (عليه السلام) مطلقاً، و لو كان هناك الأبوان، أو أحد من ذوى قرابتهما، على الأشهر الأقوى، كما مضى.

و قيل كما عن الإسكافى و الصدوق و الحلبي (١): إنه يرثه أمّه و أقاربها مع عدمها كابن الملاعنه للخبرين، فى أحدهما: «أنّ علياً (عليه السلام) كان يقول: ولد الزنا، و ابن الملاعنه ترثه أمّه، و إخوته لأُمّه، أو عصبتها» (٢).

و فى الثانى: «ميراثه لقرابته من قبل أمّه على نحو ميراث ابن الملاعنه» (٣).

و هما قاصرا السند بغيث بن كلوب و غيره فى الأوّل، و الوقف إلى الراوى من دون نسبه إلى إمام فى الثانى، فلا يعترض بهما الأدلّه المتقدّمه من وجوه عديده، سيّما مع موافقتهما لمذهب العامّه، كما صرّح به فى السرائر و الغنيه (٤)، فليحتمل على التقية، أو على عدم كون الأمّ زانية، فإنّها و أقاربها يرثونه حينئذٍ؛ لثبوت النسب الشرعى بينهم، فيكون كولد الملاعنه، و ما أجود هذا الحمل، و لم أر من تعرّض له إلّا قليلاً من متأخري متأخري الطائفه (٥).

الثانيه: الحمل يرث إن سقط حيناً

الثانيه: الحمل يرث إن سقط حيناً إجماعاً، للصحيح المستفيضه،

ص: ٤٢٩

١- حكاه عن الإسكافى فى المختلف: ٧٤٤، الفقيه ٢٣٢: ٤، الكافى فى الفقه: ٣٧٧.

٢- التهذيب ١٢٣٩/٣٤٥، الإستبصار ١٨٤/٤: ٦٩٠، الوسائل ٢٦: ٢٧٨ أبواب ميراث ولد الملاعنه ب ٨ ح ٩.

٣- الكافى ٧: ١٦٤/٧ ذيل الحديث ٤، التهذيب ١٢٣٨/٣٤٤، الإستبصار ١٨٣/٤: ٦٨٩، الوسائل ٢٦: ٢٧٦ أبواب ميراث ولد الملاعنه ب ٨ ح ٦.

٤- السرائر ٣: ٢٧٦، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٨.

٥- مجمع الفائدة ١١: ٥٢٠، الوسائل ٢٦: ٢٧٨.

و غيرها من المعتبره، ففي الصحيحين و غيرهما: «إذا تحرّك تحرّكاً بيناً ورث، فإنّه ربما كان أخرس» (١).

و في الصحيح: «إذا تحرّك ورث، إنّه ربما كان أخرس» (٢).

و تعتبر حياته عند الأصحاب ب حركة الأحياء، كالاستهلال و الصياح، أو مجرد الحركات البيّنه المعتبر عنها ب الحركات الإراديه دون غيرها من مثل التقلّص و القبض و البسط طبعاً لا اختياراً، فإنّ ذلك قد يحصل في اللحوم.

و الحركة المطلقة في الصحيحه الأخيره مقيّده بالبيّنه منها، بمقتضى الأخبار السابقه عليها، بل ورد في كثير من المعتبره حصر ما يعتبر به في الاستهلال و الصياح خاصّه، ففي الصحيح: «لا يصلّي على المنفوس، و هو المولود الذي لم يستهلّ، و لم يصح، و لم يورث من الديه و لا غيرها، فإذا استهلّ فصلّ عليه، و ورّته» (٣).

و في الموثق: في ميراث المنفوس من الديه، قال: «لا يرث شيئاً حتى يصيح، و يسمع صوته» (٤). و نحوه المرسل: «إنّ المنفوس لا يرث من الديه شيئاً حتى يستهلّ، و يسمع صوته» (٥).

ص: ٤٣٠

-
- ١- الوسائل ٣٠٤:٢٦ أبواب ميراث الخنثى و ما أشبهه ب ٧ ح ٧، ٤، ٧، ٤.
 - ٢- الكافي ٧:١/١٥٥، الوسائل ٣٠٢:٢٦ أبواب ميراث الخنثى و ما أشبهه ب ٧ ح ٣.
 - ٣- التهذيب ٣:٤٥٩/١٩٩، الوسائل ٣٠٣:٢٦ أبواب ميراث الخنثى و ما أشبهه ب ٧ ح ٥.
 - ٤- الكافي ٧:٥/١٥٦، التهذيب ٩:١٣٩٧/٣٩١، الإستبصار ٤:٧٤٥/١٩٨، الوسائل ٣٠٢:٢٦ أبواب ميراث الخنثى و ما أشبهه ب ٧ ح ١.
 - ٥- الكافي ٧:٦/١٥٦، الوسائل ٣٠٢:٢٦ أبواب ميراث الخنثى ب ٧ ح ٢.

لكن أطبق الأصحاب على تركها، والعمل بالأخبار السابقه المصرّحه بالاكْتفاء بالحركه، معلّله بأنّه ربما كان أحرص، ولعلّه لقوّه احتمال ورود هذه الأخبار مورد الغالب.

و ربما جمع بعض الأصحاب بينها و بين الأخبار المتقدمه بالتخيير بين الأمرين، بمعنى الاكْتفاء بأحدهما (١).

و لا بأس به، لكنّه ليس بجمع حقيقه، بل خروج عن ظاهر الأخيره، و طرح لمفاهيمها بالكليه.

و الأجود حملها على التقيّه، كما فعله جماعه، و منهم شيخ الطائفه، قال: لأنّ بعض العامّه يراعون فى توريثه الاستهلال (٢).

أقول: و يشير إليه الأمر بالصلاه عليه بعد استهلاله فى الصحيحه الأولى، و يستفاد من بعض الأخبار الصحيحه (٣) كونه مذهب العامّه.

و أمّا الجمع بينها بتخصيص الأخيره بالإرث من الديه، و الأوّله بالإرث من غيرها، كما فى المفاتيح (٤).

فضعيف غايته؛ لعدم الشاهد عليه سوى إشعار المرسله به، من حيث تخصيص الإرث بالديه باعتبار الاستهلال فيه، و اختصاص الموثقه السابقه عليها بها أيضاً، و لا يصلحان للشهاده، من حيث إنّ الاختصاص فى الموثقه إنّما هو فى كلام الراوى خاصّه، و الإشعار فى المرسله ليس بحجه إلّا على تقدير حجيه مفهوم اللقب، و هو مع أنّه ليس بحجه باتفاق

ص: ٤٣١

١- انظر الوسائل ٢٦:٣٠٢.

٢- الاستبصار ٤:١٩٩؛ و انظر الدروس ٢:٣٥٥.

٣- الفقيه ٤:٨١٨/٢٢٦، التهذيب ٩:١٣٩٩/٣٩٢، الإستبصار ٤:٧٤٤/١٩٨، الوسائل ٢٦:٣٠٤ أبواب ميراث الخنثى ب ٧ ح ٨.

٤- المفاتيح ٣:٣١٦.

الطائفه لا يعارض مفاهيم التعليقات في الأخبار المتقدمه التي هي كالنص في عدم اعتبار الاستهلال بالكليه، و لو في الإرث من الديه، و مع ذلك فهو منقوض بصريح الصحيحه المتقدمه المسويه بين الديه و غيرها في اعتبار الاستهلال خاصه، و بالجمله فهذا الجمع ناشٍ عن قله التأمل في الأخبار، و عدم التبع لها كما هو.

و اعلم أنّ مقتضى إطلاق الروايات و الفتاوى و به صرح الشهيدان و غيرهما (١) عدم اشتراط استقرار الحياه، بل وجودها مطلقاً.

خلافاً لظاهر الماتن في الشرائع (٢)، فاعتبر استقرارها. و لا وجه له أصلاً، سيما مع ورود بعض الصحاح في السقط أنّه إذا تحرّك تحرّكاً بيناً يرث و يورث (٣)، و الغالب فيه عدم استقرار الحياه.

و لا يشترط حياته عند موت المورث، بمعنى حلول الحياه فيه عنده، بلا خلاف ظاهر، و قد صرح به بعض الأصحاب (٤)؛ لإطلاق النصوص بإرثه مع ولادته حياً، الشامل لما لو كان عند موت مورثه نطفه.

نعم يشترط العلم بوجوده عند الموت؛ ليحكم بانتسابه إليه، و يعلم ذلك بأن تلده لما دون سنّه أشهر من حين موته مدّه يمكن تولّده منه، أو لأقصى الحمل إذا لم توطأ الأمّ و طناً يصلح استناد الولد معه إلى الواطئ.

ص: ٤٣٢

١- الدروس ٢:٣٥٥، المسالك ٢:٣١٦، الروضه ٨:٢٠٩؛ و انظر كشف اللثام ٢:٢٨٧.

٢- الشرائع ٤:٤٨.

٣- الكافي ٧:٢/١٥٥، التهذيب ٩:١٣٩٤/٣٩١، الإستبصار ٤:٧٤٢/١٩٨، الوسائل ٢٦:٣٠٣ أبواب ميراث الخنثى ب ٧ ح ٤.

٤- و هو الفيض الكاشاني في المفاتيح ٣:٣١٦.

وقد صرّح الفاضل في التحرير و الشهيد في الدروس و غيرهما (1) بأنه لو خرج نصفه و تحرّك أو استهلّ ثم سقط مَيْتاً لم يرث و لا يورث.

و لعلّه للأصل، و اختصاص النصوص بحكم التبادر بالساقط متحرّكاً بجميعة، و لا بأس به، و لم أجد الخلاف فيه، و إن أشعر به عبارة التحرير، و لعل المخالف من العامّة.

الثالثه يوقف للحمل نصيب ذكرين احتياطاً

الثالثه: قال الشيخ (2) و تبعه الأصحاب، من غير خلاف، كما صرّح به جماعه منهم (3): إنّه يوقف و يعزل للحمل نصيب ذكرين احتياطاً عن تولّده حياً، و تعدّده ذكراً، و إنّما لم يوقف له زياده عن نصيبهما مع احتمال التولّد زائداً عنهما لندرته غالباً.

ثم على هذا التقدير لا- يخلو من احتمالات عشره: إمّا أن يولد ذكراً واحداً، أو أنثى كذلك، أو خنثى، أو ذكرين، أو أنثيين، أو خنثيين، أو ذكراً و أنثى، أو ذكراً و خنثى، أو أنثى و خنثى، أو يسقط مَيْتاً، و أكثر هذه الاحتمالات نصيباً للحمل فرضه ذكرين، فلو اجتمع مع الحمل ذكر اعطى الثلث، و وقف للحمل الثلثان، و لو اجتمع معه أنثى أعطيت الخمس حتى يتبين الحمل، فإن ولد حياً كما فرض، و إلّا وزّع التركة بينهم على حسب ما يقتضيه حال الحمل، فإن ولد مَيْتاً خصّ باقيها بالولد الموجود مطلقاً، و إن ولد حياً وزّعت بينهم أنصافاً، أو أثلاثاً، أو نحو ذلك، بحسب ما يقتضيه حاله من ذكوره أو أنوثته أو خنوثته، واحداً أو متعدداً.

و لو كان هناك ذو فرض أعطوا النصيب الأدنى إن كانوا ممّن

ص: ٤٣٣

١- التحرير ١٧٤:٢، الدروس ٣٥٥:٢؛ المسالك ٣١٦:٢.

٢- الخلاف ١١٢:٤.

٣- منهم ابن فهد في المذهب البارع ٤١٥:٤، و انظر المسالك ٣٤٣:٢.

يحجبهم الحمل على الأعلى، كالزوجين و الأبوين، أو أحدهما، مع عدم ولد هناك أصلاً، فإن ولد ميتاً أكملوا نصيبهم، وإن ولد حياً روعى حاله، وقسم التركة على حسبها.

والضابط: أنه متى كان هناك حمل، و طلب الورثة القسمة، فمن كان محجوباً بالحمل كالإخوة لا يعطى شيئاً إلى أن يتبين الحال، و من كان له فرض لا يتغير بوجوده و عدمه كنصيب الزوجين و الأبوين إذا كان معه ولد يعطى كمال نصيبه، و من ينقصه و لو على بعض الوجوه يعطى أقل ما يصيبه على تقدير ولادته على وجه يقتضيه، كالأبوين إذا لم يكن هناك ولد غيره.

الرابعة: يرث ديه الجنين

الرابعة: يرث ديه الجنين و هو الولد فى البطن مطلقاً، حلّ فيه الحياه أم لا، على ما يقتضيه إطلاق عباره المتن و باقى أصحابنا أبواه، و من يتقرب بهما أو بالأب خاصّه، مع عدمهما، بلا- خلافاً، إلّا من الشيخ فى موضع من الخلاف (١)، فمنع المتقرب بأحدهما مطلقاً.

و هو ضعيف، إلّا منعه المتقرب بالأُم خاصّه، كما مضى التحقيق فيه و فى تنقيح الأقوال و الأدلّه فى صور المسأله مستقصى فى المسأله الثانيه من المسائل الثلاث الملحقه ببحث مانعيه القتل عن الإرث (٢).

و إنّما أفردها الأصحاب هنا بالذكر مع استفاده حكمها من إطلاق الأدلّه المتقدمه ثَمَّيه فتوى و روايه لورود نصّ فيه بالخصوص: إنّ عليّاً (عليه السّلام) لما هزم طلحه و الزبير أقبل الناس منهزمين، فمروا بامرأه حامل على الطريق، ففرغت منهم، فطرح ما فى بطنها حياً، فاضطرب حتى مات، ثم ماتت أمّه من بعده، فمرّ بها عليّ (عليه السّلام) و أصحابه، و هى مطروحه على

ص: ٤٣٤

١- انظر الخلاف ١٧٨: ٥.

٢- راجع ص: ٢٤٢.

الطريق فسألهم عن أمرها، فقالوا: إنها كانت حبلى، ففزعت حين رأت القتال و الهزيمة، قال: فسألهم: أيهما مات قبل صاحبه؟ فقيل: إن ابناً مات قبلها، قال: فدعا زوجها أبا الغلام الميت، فورثته ثلثي الديه، وورث أمه ثلث الديه، ثم ورث الزوج من المرأة الميتة نصف ثلث الديه التي ورثتها من ابنها (١)، الخبر.

و قصوره مجبور بالعمل، و بروايه ابن محبوب المجمع على تصحيح رواياته عن موجه، و قصور متنه عن إفاده تمام المطلب يجبر بعدم القائل بالفرق؛ مضافاً إلى ما مر من الإطلاقات.

اللهم إنا أن يدعى عدم انصرافها بحكم التبادر إلى محل البحث، فتدبر.

الخامسة: إذا تعارفا بما يقتضى الميراث توارثا

الخامسة: إذا تعارفا أى اثنان غير معروفى النسب بما يقتضى الميراث بينهما من نسب، أو زوجيه، أو ولاء توارثا، و لم يكلف أحدهما البيئه بإجماعنا فى الجملة ظاهراً؛ لعموم إقرار العقلاء (٢)؛ و للصحاح الصراح، و قد تقدمت فى كتاب الإقرار و بيئنا ثمه عدم تعدى التوارث إلى غيرهما، مع جملة من الشرائط المتعلقة بالمسألة (٣).

و أما ما دلّ على عدم التوارث بالتعارف و احتياجه إلى البيئه، كالخبر:

«لا يورث الحميل إلا بيئته» (٤) فمحمول على التقية، كما صرح به جماعة،

ص: ٤٣٥

١- الكافي ٧: ١/١٣٨، الفقيه ٧: ٧١٩/٢٢٦، التهذيب ٤: ٣٧٦/١٣٤٤، الوسائل ٩: ٣٦: ٢٦ أبواب موانع الإرث ب ١٠ ح ٣.

٢- انظر الوسائل ٢٣: ١٨٤ أبواب الإقرار ب ٣ ح ٢.

٣- راجع ج ١٣: ٢٨١.

٤- الفقيه ٤: ٧٣٢/٢٢٩، التهذيب ٤: ٣٤٨/١٢٥٠، الإستبصار ٤: ٧٠٠/١٨٦، الوسائل ٤: ٢٧٩: ٢٦ أبواب ميراث ولد الملائعنه ب ٩ ح ٣.

و منهم شيخ الطائفة، قال: لأنه موافق لمذهب بعض العامه (١).

أقول: ويشير إليه جملة من الصحاح المتقدمه، و ما فى مجمع البحرين فى تفسير الحميل من قوله: و منه قول عمر فى الحميل: لا يورث إلاً بيئته (٢). انتهى. مع كون الراوى له طلحه بن زيد العامى بنصّ الشيخ و النجاشى (٣).

و الحميل هو الذى يحمل من بلده صغيراً إلى بلد الإسلام، كما صرح به فى الصحاح و النهايه الأثيريه (٤) و لكن قال فيها: قيل: هو المجهول النسب، و ذلك أن يقول الرجل للإنسان: هذا أخى، أو ابنى، ليرث ميراثه عن مواليه، فلا يصدق إلاً بيئته.

أقول: الأوّل هو المستفاد من بعض تلك الصحاح: عن الحميل؟ فقال: «و أىّ شىء الحميل؟» قلت: المرأه تسبى من أرضها، و معها الولد الصغير، فتقول: هو ابنى، و الرجل يسبى، فيلقاه أخوه، فيقول: هو أخى، و يتعارفان، و ليس لهما على ذلك بيئته إلاً قولهما، قال: فقال: «فما يقول من قبلكم؟» قلت: لا - يورثونه؛ لأنّه لم يكن لهما على ذلك بيئته، و إنّما كان ولاده فى الشرك، فقال: «سبحان الله: إذا جاءت بابنها أو بنتها لم تزل مقرّه به، و إذا عرف أخاه و كان ذلك فى صحه من عقولهما لا يزالان مقرّين بذلك، و رث بعضهم من بعض» (٥).

ص: ٤٣٦

١- التهذيب ٣٤٨:٩، الإستبصار ١٨٧:٤.

٢- مجمع البحرين ٣٥٦:٥.

٣- الفهرست: ٣٦٢/٨٦، رجال النجاشى: ٢٠٧/٥٥٠.

٤- الصحاح ١٦٧٨:٤، النهايه ٤٤٢:١.

٥- الكافى ١/١٦٥، الفقيه ٧٣٣/٢٣٠، التهذيب ١٢٤٧/٣٤٧، الإستبصار ٦٩٨/١٨٦، الوسائل ٢٦:٢٧٨ أبواب ميراث ولد

الملاعنه ب ٩ ح ١.

و عن معانى الأخبار: سَمِيَ الحميل حميلاً لأنه حمل من بلاده صغيراً، و لم يولد فى الإسلام (١).

السادسه:المفقود الذى لا يعلم موته و لا حياته يُترَبص بماله

السادسه:المفقود الذى لا- يعلم موته و لا حياته يُترَبص بماله اتفاقاً،فتَوَى و نصّاً. و لكن فى قدر التربص روايات مختلفه، لأجلها اختلفت أقوال الطائفه.

فمنها: ما دلّ على أنّه أربع سنين و هو الموثقان، فى أحدهما:

«المفقود يحبس ماله على الورثه قدر ما يطلب فى الأرض أربع سنين، فإن لم يقدر عليه قسم ماله بين الورثه» (٢).

و نحوه الثانى (٣)، لكنّه مطلق غير مقيّد بالطلب، و الجمع بينهما يقتضى التقييد به، سيّما مع عدم القائل بالإطلاق، بل كل من قال بمضمونهما قيّده بذلك، و هو الصدوق و المرتضى و ابن زهره و الحلبي (٤)، و نفى عنه البأس فى المختلف (٥)، و قوّاه الشهيدان فى الدروس و المسالك و الروضه (٦)، و مال إليه جملة من متأخري المتأخرين، كالمحدّث الكاشانى و صاحب الكفايه و غيرهما (٧).

ص: ٤٣٧

١- معانى الأخبار: ٢٧٣.

٢- الكافى ٧: ٩/١٥٥، التهذيب ٩: ١٣٨٦/٣٨٨، الوسائل ٢٦: ٣٠٠ أبواب ميراث الخثى ب ٦ ح ٩.

٣- الكافى ٧: ٥/١٥٤، الفقيه ٤: ٧٦٦/٢٤٠، الوسائل ٢٦: ٢٩٨ أبواب ميراث الخثى ب ٦ ح ٥.

٤- الصدوق فى الفقيه ٤: ٢٤٠، المرتضى فى الانتصار: ٣٠٧، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٨، الحلبي فى الكافى فى الفقه: ٣٧٨.

٥- المختلف: ٧٤٩.

٦- الدروس ٢: ٣٥٢، المسالك ٢: ٣٤٣، الروضه ٨: ٥٠.

٧- المفاتيح ٣: ٣١٩، الكفايه: ٢٩٢؛ كشف اللثام ٢: ٢٨٦.

و لعلّه الأقوى؛ لدعوى السيدين عليه في الانتصار و الغنيه إجماع الإماميه، مع اعتبار سند الروايه بعد التعدّد بالموثقيه ياسحاق بن عمار المشترك بين الموثق و الثقة، و ربما ادّعى صحتها بعض الأجله (١).

مضافاً إلى التأييد بفحوى الأدله الداله على ثبوت مثل الحكم في الزوجه، من اعتدادها بعد الفحص في المدّه المزبوره، و جواز تزويجها بعدها، فإنّ عصمه الفروج أشدّ و أقوى اتفاقاً، فتوى و نصّاً، فليجر مثل حكمها في قسمه المال بين الورثه بطريق أولى.

و ردّ الأولويه بوجود الفارق، و معارضتها بتضرّر المرأه بطول الغيبه، كما ذكره جماعه (٢) حسن إن كان الضرر المثبت للحكم لها إرادتها النكاح و الاستمتاع، لا النفقه، مع أنّ المستفاد من النصوص الوارده في حكمها كونه من جهه النفقه خاصّه، و لذا حكمت بلزوم الصبر عليها مع وجود من ينفق عليها.

و حينئذٍ يتّجه الأولويه؛ لاتحاد وجه الضرر بينها و بين سائر الورثه، سيّما الصغار منهم و العجزه، فتأمل . و ممّا ذكرنا من اعتبار سند الروايه بالموثقيه أو الصحه يظهر لك ما في قوله هنا و غيره (٣): إنّّه في سندها ضعف اللّهمّ إلّا أن يريد بالضعف غير المعنى المصطلح عليه بين المتأخّرين، أو يعدّ الموثق من أقسام الضعيف، كما هو طريقته في كثير من مواضع الكتاب.

ص: ٤٣٨

١- مجمع الفائدة ٥٤٤: ١١.

٢- التحرير ١٧٣: ٢، و انظر التنقيح الرائع ٤: ٢٠٦، و كشف اللثام ٢: ٢٨٦.

٣- كما في الشرائع ٤: ٤٩.

و كيف كان فقدح مثل هذا الضعف على تقديره في الحجية بمعزل عن التحقيق، مع ما عرفت من عدم انحصار الدليل في هذه الرواية؛ لحكاية الإجماعين المتقدم إليها الإشارة، و كل منهما كرواية صحيحة حجه مستقله.

و لو سلم التنزل باحتمال توجه القدح إليهما، نظراً إلى ندره القائل بهذا القول بين القدماء نقول: لا- أقل من إفادتهما الشهره بينهم، و هي جابره لسند الروايه، أو عاضده له، فيخصيص بها الأصل و لو اعتضد بالشهره المتأخره؛ لأن الروايه خاصه و الأصل عام، فلتكن عليه مقدمه، و قلّه القائل بحسب اطلاعنا لا يوجب قلته واقعاً.

و بهذا يذب عن التسليم، و يرجع الإجماع إلى ما كان عليه و اقتضت الأدله من حجيته على الإطلاق، هذا.

مع أنّ الوهن بذلك يجبره أيضاً التعدد في النقل؛ لبعده الخطأ معه.

و منها: ما دلّ على أنه عشر سنين في الجملة، كالصحيح:

عن دار كانت لامرأه و كان لها ابن، فغاب الابن في البحر، و ماتت المرأه، فادّعت ابنتها أنّ أمها صيرت هذه الدار لها، و باعت أشقاصها (1) منها، و بقيت في الدار قطعه إلى جنب دار رجل من أصحابنا، و هو يكره أن يشتريها؛ لغيبه الابن، و ما يتخوف أن لا يحلّ شراؤها، و ليس يعرف للابن خبر، فقال: «و منذ كم غاب؟» قلت: منذ سنين كثيره، قال: «ينتظر به غيبته عشر سنين، ثم تشتري» قلت: إذا انتظر به غيبته عشر سنين يحلّ شراؤها؟

ص: ٤٣٩

١- الأشقاص جمع الشقص، و هو: النصيب في العين المشتركة من كل شيء. النهايه لابن الأثير ٢: ٤٩٠، مجمع البحرين ٤: ١٧٣.

قال: «نعم» (١).

و هي و إن كانت صحيحه، إلما أنّها في حكم خاصّ وارده، ففي الاستدلال بها على الكليه تعسف، فإنّه لا يلزم من تسويغه (عليه السلام) بيع القطعه من الدار بعد العشر الحكم بموته حينئذٍ، فإنّ الغائب يمكن للحاكم أن يبيع ماله للمصلحه، فكيف بالإمام (عليه السلام)؟ مع أنّ الروايه تضمّنت أنّ بائع الدار ادّعى كونها ملكاً له من دون منازع له في هذه المدّه الطويله، فجاز كون تسويغ البيع لذلك، و إن بقي الغائب على حجته، و لا ينافيه الأمر بالتأخير إلى تلك المدّه؛ لاحتمال كونه من باب الاحتياط، كما صرّح به بعض الأجله (٢)، هذا.

مع أنّها غير مكافئه لما قدّمناه من الأدلّه من وجوه عديده، منها: ندره القائل بها، إذ لم يحكك إلما عن المفيد (٣) في قوله المشهور: من الانتظار إلى تلك المدّه في بيع عقاره خاصّه، و جواز اقتسام الورثه ما عداها من سائر أمواله بشرط الملاءه، و ضمانهم لها على تقدير ظهوره؛ مستنداً في الشقّ الأوّل: إلى الصحيحه المتقدمه.

و في الثاني: إلى ما في روايه ثالته (٤) من أنّه يقسمه أي المال الورثه إذا كانوا ملاء فإذا جاء ردّوه عليه و ليس فيها ضعف أيضاً كما ذكره الماتن، بل هي موثقه، و لكنّها لما قدّمناه من الأدلّه غير

ص: ٤٤٠

١- الكافي ٧: ١٥٤، التهذيب ٩: ١٣٩١/٣٩٠، الوسائل ٢٦: ٢٩٩ أبواب ميراث الخثى ب ٦ ح ٧، بتفاوت.

٢- و هو الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٢٨٦.

٣- المقنع: ٧٠٦.

٤- الكافي ٧: ٨/١٥٥، الفقيه ٤: ٧٦٨/٢٤١، التهذيب ٩: ١٣٨٥/٣٨٨، الوسائل ٢٦: ٣٠٠ أبواب ميراث الخثى ب ٦ ح ٨.

مكافئه من وجوه عديده، فلتطرح، أو تؤوّل بما يؤوّل إلى الأوّل، بحملها على القسمة بعد الطلب في مدّه الأربع سنين، و رفع اليد عن مفهوم الشرط، أو يحمل على الاستحباب.

وقال الشيخ في المبسوط و الخلاف و تبعه القاضى و ابن حمزه و الحلّى و الفاضلان و كثير من المتأخّرين (١)، بل ادّعى عليه الشهره جماعه (٢): إنّه لا يورث حتى يمضى له من حين ولادته مدّه لا يعيش مثله إليها عاده.

و لا ريب أنّ هذا هو ال أولى فى الاحتياط، و أبعد من التهجّم على الأموال المعصومه بالأخبار الموهومه المرجوحه بالإضافه إلى الأصول القطعيه التى منها أصاله بقاء الحياه السابقه، و عدم دخول التركه فى ملك الورثه، و لا دليل لهم عليه سواها، كما صرّح به شيخنا الشهيد الثانى فى الروضه، فقال: و ليس به روايه صريحه، و ما ادّعى له من النصوص ليس دالّاً عليه (٣).

و لعل مراده من النصوص المدّعى دلالتها النصوص الوارده فى مال مجهول المالك، كالصحيح: سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم (عليه السلام) و أنا جالس، فقال: إنّه كان عند أبى أجير يعمل عنده بالأجره، ففقدناه، و بقى له

ص: ٤٤١

-
- ١- المبسوط ٤:١٢٥، الخلاف ٤:١١٩، القاضى فى المهذب ٢:١٦٥، ١٦٦، ابن حمزه فى الوسيله: ٤٠٠، الحلّى فى السرائر ٣:٢٩٨، المحقق فى الشرائع ٤:٤٩، العلّامه فى القواعد ٢:١٦٧؛ الإيضاح ٤:٢٠٦، الدروس ٢:٣٥١، المقتصر: ٣٦٨.
 - ٢- منهم الشهيد الثانى فى الروضه ٨:٤٩، و الأردبيلى فى مجمع الفائده ١١:٥٣٨، و السبزوارى فى الكفايه: ٢٩١.
 - ٣- الروضه ٨:٤٩.

من أجره شيء، فلا - نعرف له وارثاً، قال: «فاطلبوه» قال: وقد طلبناه فلم نجده، قال: فقال: «مساكين» وحرّك يديه، قال: وأعاد، قال: «اطلب واجهد، فإن قدرت عليه، وإلا فهو كسيل مالك، حتى يجيء له طالب، فإن حدث بك حدث فأوص به: إن جاء طالب أن يدفع إليه» (١) ونحوه غيره (٢).

و المدعى دلالتها عليه الفاضل في المختلف و ولده في الإيضاح و الفاضل المقداد في التنقيح (٣)، و هو الظاهر من الكليني و الشيخ و غيرهما من المحدثين (٤)، حيث ساقوها في أخبار باب مال المفقود.

و وجه عدم دلالتها ما أشار إليه في الكفاية (٥)، من اختصاصها بمن لا يعرف له وارث، و لا يشمل لمن له وارث، كما هو مفروض المسألة، و لذا لم يستدلّ بها أكثر أصحابنا، بل صرح جمع و منهم شيخنا المتقدم ذكره بعدم دلالتها، و ربما كان الوجه في توهم دلالتها ما ذكره المولى الأردبيلي - (رحمه الله) فقال بعد الاستدلال بها - : و هذه الأخبار و إن لم تكن في الميراث، إلا أنّ الظاهر عدم الفرق بينه و بين غيره من الحقوق (٦).

و هو كما ترى، فإنّ الظهور المدعى إن كان مستنداً إلى الأصل فهو

ص: ٤٤٢

- ١- الكافي ٧: ١/ ١٥٣، التهذيب ٩: ١٣٨٧/ ٣٨٩، الإستبصار ٤: ٧٣٩/ ١٩٧، الوسائل ٢٦: ٢٩٦، أبواب ميراث الخثى ب ٦ ح ١.
- ٢- الفقيه ٤: ٧٦٧/ ٢٤١، الوسائل ٢٦: ٣٠١، أبواب ميراث الخثى ب ٦ ح ١٠.
- ٣- المختلف: ٧٤٩، الإيضاح ٤: ٢٠٦، التنقيح ٤: ٢٠٧.
- ٤- الكافي ٧: ١٥٣، الاستبصار ٤: ١٩٦، التهذيب ٩: ٣٨٩، و انظر الوسائل ٢٦: ٢٩٦.
- ٥- الكفاية: ٢٩١.
- ٦- مجمع الفائدة ١١: ٥٤٠.

الحججه دونها، وإن كان مستنداً إليها فضعفه أظهر من أن يخفى، سيما مع اعترافه أولاً بعدم دلالتها.

ثم إنَّ المرجوحه المدّعه في العبارة كما يستفاد من سياقها المتضمن لتضعيف أسانيدها و دلالتها مرجوحه حقيقه ليس معها في الروايات حججه، وأمّا على المختار فليس المراد من المرجوحه ذلك، بل المرجوحه بحسب الاحتياط في العمل، وإلا فقد عرفت اعتبار أسانيد ما دلّ عليه، مع الاعتضاد بالأولويه، والإجماعين اللذين كاد أن يكونا كأولويه حججه مستقله، وليس في كثير من المسائل الشرعيه المثبتة بالظنون الاجتهاديه أقوى من هذه الحججه، فيخصّص بها الأصل في المسأله، كما يخصّص بمثلا بل و بما دونها في تلك المسائل المزبوره.

و الشهره المدّعه في كلام الجماعه ليست بتلك الشهره التي توجب مرجوحه هذه الحججه، و هن الإجماعات المحكيه، فإنّها شهره متأخره، كما صرّح به جمله من النقله لها في المسأله، و منهم صاحب الكفايه (١)، و هو كذلك؛ إذ لم نر من القدماء من أفتى بهذا القول، إلّا الشيخ و بعض من تبعه ممن تقدم إليه الإشاره (٢)، و مجموعهم أربعة بعين عدد من قال بالمختار من القدماء، فإنّهم أيضاً كما عرفت أربعة، و يزيدون عليهم بدعوى جمله منهم على مختارهم إجماع الإماميه، و أقلّ ما يستفاد من هذه الدعوى سيما مع التعدّد الشهره القديمه، كما مرّ إليه الإشاره، و مع ذلك الشهره المتأخره إنّما نشأت من الفاضلين و الشهيدين و جمله ممن تقدم

ص: ٤٤٣

١- الكفايه: ٢٩١.

٢- راجع ص: ٤٣٦.

إليهم الإشارة (١)، وليس مثلها شهره حقيقه، سيما مع قول جملة منهم أيضاً بالمختار، كالشهداء و الفاضل في قولهم الثاني، كما عرفت (٢).

و بالجملة فالمختار سبيله واضح، لا يكاد يحوم حوله شبهه الاشتباه و الإنكار، و إن كان مذهب الخلاف (٣) أقرب إلى الاحتياط.

و هنا قول رابع للإسكافي (٤)، شاذ، غير واضح المستند، و هو:

التفصيل في المفقود بين من فقد في عسكر شهدت هزيمته و قتل من كان فيه أو أكثرهم فالمختار، و من لا يعرف مكانه في غيبته و لا خبر له فانتظار عشر سنين، لكنّه لم يصرح بشرط الطلب و الفحص في شيء من الموضعين.

و على المشهور، فإذا مضت المدّة المعتبره التي هي في زماننا مائه و عشرون سنه؛ لندره الزائد عليها غايه الندره، بل ربما اكتفى بما دونها إلى المائه في المسالك و الروضه (٥) حكم بتوريث من هو موجود حال الحكم، و قد صرح الشهداء و غيرهما بأنّه لو مات له قريب في تلك المدّة عزل له نصيبه منه، و كان بحكم ماله (٦).

خلافاً للفاضل في التحرير، فخصّ ذلك بما إذا علم حياته أو موته بعد مورثه، قال: و إذا مضت المدّة و لم يعلم خبره ردّ إلى ورثه الأوّل؛ للشك في حياته حين موت مورثه، فلا يورث مع الشك (٧).

ص: ٤٤٤

١- راجع ص: ٤٣٦.

٢- في ص: ٤٣٣.

٣- راجع ص: ٤٣٦.

٤- حكاه عنه في المختلف: ٧٤٩.

٥- المسالك ٣١٥: ٢، الروضه ٤٩: ٨.

٦- الدروس ٣٥١: ٢، المسالك ٣١٥: ٢.

٧- التحرير ١٧٣: ٢.

و فيه نظر؛ لاندفاع الشك بالأصل، و لو عورض بأصالة عدم الإرث لردت بورودها أيضاً في جانب غيره من ورثه الأول، و بعد التسايط يبقى الأصل الأول على حاله سليماً عن المعارض، فالأصح ما أطلقه الجماعة.

السابعه: لو تبرأ من جريره ولده و ميراثه

السابعه: لو تبرأ الوالد من جريره ولده و جنايته و ميراثه، ففي روايه عمل بها الشيخ في النهايه و بعض من تبعه (١) أنه يكون ميراثه للأقرب إلى أبيه دونه، كما فهمه أكثر الأصحاب.

و المراد بالروايه الجنس؛ لتعددها، منها: عن رجل تبرأ عند السلطان من جريره ابنه و ميراثه، ثم مات الابن و ترك مالاً من يرثه؟ قال: «ميراثه لأقرب الناس إلى أبيه» (٢).

و منها: عن المخلوع يتبرأ [منه أبوه (٣)] عند السلطان، و من ميراثه و جريرته، لمن ميراثه؟ قال: «فقال على (عليه السلام): هو لأقرب الناس إليه» (٤) كما في التهذيب، أو «إلى أبيه» كما في الفقيه.

و ليس في شيء من سندی الروايه مع تعددها ضعف كما في ظاهر العبارة؛ لأنّ فيهما صفوان بن يحيى و ابن مسكان المجمع على تصحيح رواياتهما، فلا يضرّ جهاله الراوى الذى روي عنه فى الأولى، و لا جهاله فى الثانيه و لا اشتراك، كما حَقَّق فى محلّه مستقصى.

ص: ٤٤٥

١- النهايه: ٦٨٢، و تبعه القاضى فى المهذب ١٦٧: ٢.

٢- التهذيب ١٢٥٢/٣٤٨: ٩، الإستبصار ٤٠٦٩٦/١٨٥، الوسائل ٢٦: ٢٧٢ أبواب ميراث ولد الملائنه ب ٧ ح ٢.

٣- فى النسخ: من ابنه، و الصواب ما أثبتناه من المصادر.

٤- الفقيه ٤٠٧٣١/٢٢٩، التهذيب ٩٠١٢٥٣/٣٤٩، الإستبصار ٤٠٦٩٧/١٨٥، الوسائل ٢٦: ٢٧٣ أبواب ميراث ولد الملائنه ب ٧ ح ٣.

نعم فيها إضمار، ومع ذلك هي كسابقتها شاذة في الظاهر، المصرح به في كلام جماعه، كالماتن في الشرائع و الشهيدين في المسالك و اللمعه و الحلّى في السرائر (١)، حاكياً له عن الشيخ في الحائريات أيضاً، مدّعياً هو كغيره بذلك رجوعه عمّا في النهايه، ومع ذلك ادّعى هو و الفاضل المقداد في التنقيح (٢) على خلافها إجماع أصحابنا، بل المسلمين كافه، و هو الحجّه.

مضافاً إلى الأصول القطعيه من الكتاب و السنه، الدالّه بعمومها على إرث الوالد ولده.

و خصوص ما ورد في تعليل حرمان الزوجه من العقار بأن: «المرأه قد يجوز أن ينقطع ما بينها و بينه من العصمه، و يجوز تغييرها و تبديلها، و ليس الولد و الوالد كذلك؛ لأنّه لا يمكن التفصّي منهما، و المرأه يمكن الاستبدال بها» (٣) الحديث.

و هو كما ترى كالنصّ في فساد التبرّي؛ إذ لو صح لأمكن به التفصّي عن الولد، و قد حكم (عليه السّلام) باستحالته، هذا.

مع أنّ الروايتين و إن اعتبرنا سنداً، إلّا أنّهما ليستا صريحتين، بل و لا- ظاهرتين في ذلك ظهوراً تامّاً، كما صرّح به الفاضل في المختلف

ص: ٤٤٦

١- الشرائع ٤:٤٤، المسالك ٢:٣٤٠، اللمعه (الروضه البهيه ٨): ٢١٣، السرائر ٣:٢٨٦، و انظر مقدّمه المسائل الحائريه (الرسائل العشر): ٢٨٨.

٢- التنقيح ٤:٢٠٩.

٣- الفقيه ٤:٨٠٨/٢٥١، التهذيب ٩:١٠٧٤/٣٠٠، الاستبصار ٤:٥٧٩/١٥٣، عيون الأخبار ٢:٩٦، علل الشرائع: ٢/٥٧٢، الوسائل ٢٦:٢١٠ أبواب ميراث الأزواج ب ٦ ح ١٤.

و شيخنا فى الروضه و غيرهما (١)، أمّا الأولى فالأنه لى فيها تصريح بموت الولد قبل الأب، و لعله مخصوص بموته بعده، و يكون التبرى المذكور غير معتبر، كما مر.

و بنحوه يجاب عن الثانى على النسخه الثانى، و كذا على النسخه الأولى مع أنها عليها أضعف دلالة؛ لأنها غير صريحه فى نفى ميراث الأب، بل يمكن أن يكون المراد أن الميراث للأب؛ لأنه أقرب الناس إليه، فإن لم يكن موجوداً فأقرب الناس إليه.

و عن الشيخ أنه قال عقبيهما: لى فى الخبرين أنه نفى الولد بعد أن أقر به، و إلا لم يلتفت إلى إنكاره، و لو قبل إنكاره لم يلحق ميراثه بعصبته؛ لعدم ثبوت النسب، قال: و لا يمتنع أن يكون الوالد من حيث تبرأ من جريره الولد و ضمانه حرم الميراث، و إن كان نسبه صحيحاً (٢).

ص: ٤٤٧

١- المختلف: ٧٤٧، الروضه ٨: ٢١٣؛ المهذب البارع ٤: ٤٢٢.

٢- حكاه عنه فى الوسائل ٢٦: ٢٧٣، و هو فى الاستبصار ٤: ١٨٥.

الفصل الثاني في بيان ميراث الخنثى و شبهه و هو من له فرج الرجال و النساء اعلم أنّ الظاهر من الآيات القرآنيه انحصار أنواع الإنسان في صنفى الذكر و الأنثى، و يستحيل اجتماعهما، كقوله سبحانه خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَ الْأُنثَى [١] (١) و قوله تعالى يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ [٢] (٢) إلى غير ذلك من الآيات الدالّه على ذلك بمعونه المقامات، و على هذا فهو لا يخرج عنهما و يكون أحد فرجيه أصلياً و الثانى زائداً، كسائر الزوائد فى الخلقه من يدٍ و رجلٍ و نحوها، فإن أمكن استعلام الأصلي من الزائد فهو المعروف بين الأصحاب بالخنثى الواضح، و إلّا فهو المشكل.

و طريق استعلامه أنّه يعتبر بالبول فإن بال من فرج الرجال فهو رجل، و إن بال من فرج النساء فهي امرأه، و إن بال منهما اعتبر بالسبق فمن أيّهما سبق بوله يورث عليه ذكوره و أنوثه، بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى كثير من كلمات الأصحاب، كالمفيد و المرتضى و الحلّى و الفاضل فى التحرير و ولده فى الإيضاح و شيخنا فى المسالك و الصيمرى و غيرهم (٣)، لكن الأولين لم يذكر السبق، بل ذكرا كالديلمى (٤) بدله الغلبه

ص: ٤٤٨

١- النجم: ٤٥.

٢- الشورى: ٤٩.

٣- المفيد فى الإعلام (مصنفات المفيد ٩): ٦٢، المرتضى فى الانتصار: ٣٠٦، الحلّى فى السرائر ٢٧٧: ٣، التحرير ١٧٤: ٢، الإيضاح ٢٤٩: ٤، المسالك ٣٤٠: ٢، غايه المرام ١٩٦: ٤؛ المهذب البارع ٤٢٤: ٤.

٤- انظر المراسم: ٢٢٥.

و الكثره، و لعلّه ملازم لهما، كما يستفاد من صريح الفاضل المقداد في التنقيح (1)، و ظاهر الباقيين المدعين للإجماع من غير نقل خلاف عن هؤلاء.

و الأصل في جميع ذلك بعد الإجماعات المحكيه النصوص المستفيضه، ففي الصحيح: عن مولود ولد، له قبل و ذكر، كيف يورث؟ قال: «إن كان يبول من ذكره فله ميراث الذكر، و إن كان يبول من القبل فله ميراث الأنثى» (2) و نحوه المرسل كالموثق (3).

و في الخبر: «كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يورث الخنثى من حيث يبول» (4) و نحوه آخر مروى عن العيون (5).

و في ثالث مروى عن إبراهيم بن محمد الثقفي في كتاب الغارات و فيه: «فانظروا إلى مسيل البول، فإن خرج من ذكره فله ميراث الرجل، و إن خرج من غير ذلك فورثوه مع النساء» (6) الحديث.

و في الصحيح: «يورث من حيث يبول، و من حيث سبق بوله، فإن خرج منهما سواء فمن حيث ينبعث، فإن كانا سواء ورث ميراث الرجال و ميراث النساء» (7).

ص: ٤٤٩

١- التنقيح الرائع ٢١٠: ٤.

٢- الكافي ٧: ١/١٥٦، التهذيب ٩: ١٢٦٧/٣٥٣، الوسائل ٢٦: ٢٨٣ أبواب ميراث الخنثى ب ١ ح ١.

٣- الكافي ٧: ٤/١٥٧، الوسائل ٢٦: ٢٨٤ أبواب ميراث الخنثى ب ١ ح ٣.

٤- الكافي ٧: ٢/١٥٦، التهذيب ٩: ١٢٦٨/٣٥٣، الوسائل ٢٦: ٢٨٣ أبواب ميراث الخنثى ب ١ ح ٢.

٥- عيون الأخبار ٢: ٣٥٠/٧٤، الوسائل ٢٦: ٢٨٤ أبواب ميراث الخنثى ب ١ ح ٥.

٦- كتاب الغارات ١: ١٩٣، الوسائل ٢٦: ٢٨٤ أبواب ميراث الخنثى ب ١ ح ٦.

٧- الكافي ٧: ٣/١٥٧، التهذيب ٩: ١٢٦٩/٣٥٤، الوسائل ٢٦: ٢٨٥ أبواب ميراث الخنثى ب ٢ ح ١.

و فى الخير: «الخنثى يورث من حيث يبول، فإن بال منهما جميعاً فمن أيهما سبق البول ورث عليه، فإن مات و لم يبل فنصف عقل المرأه، و نصف عقل الرجل» (١) و نحوه آخر مروى عن قرب الاسناد (٢).

و فى المرسل المروى فى الكافى: فى المولود، له ما للرجال و ما للنساء، يبول منهما جميعاً، قال: «من أيهما سبق» قيل: فإن خرج منهما جميعاً؟ قال: «فمن أيهما استدرّ» قيل: فإن استدرّاً جميعاً؟ قال: «فمن أبدهما» (٣).

فإن بدر منهما قال الشيخ و أكثر الأصحاب، كالمفيد و الديلمى و ابنى حمزه و زهره و الفاضلين و الشهيدين و غيرهما من المتأخرين (٤): إنه يورث على الذى ينقطع منه أخيراً و اختاره الحللى (٥)، نافياً للخلاف فيه، مشعراً بدعوى الإجماع عليه، و هو الحجج.

مضافاً إلى المرسله الأخيره، فإن الظاهر من الأبعديه فيها الأبعديه زماناً، و الضعف منجبر بالشهره بين الأصحاب، و بالصحيحه الثانيه المتضمنه لقوله (عليه السلام): «فمن حيث ينبعث» قال فى القاموس: بعثه كمنعه أرسله فانبعث (٦). و المراد أنه ينظر أيهما أشد استرسالاً و إدراكاً، فيحكم

ص: ٤٥٠

١- الفقيه ٢٣٧/٧٥٩، التهذيب ٣٥٤/١٢٧٠، الوسائل ٢٦:٢٨٦ أبواب ميراث الخنثى ب ٢ ح ٢.

٢- قرب الإسناد: ٥١٧/١٤٤، الوسائل ٢٦:٢٨٩ أبواب ميراث الخنثى ب ٢ ح ٦.

٣- الكافى ٧:٥/١٥٧، الوسائل ٢٦:٢٨٤ أبواب ميراث الخنثى ب ١ ح ٤.

٤- الشيخ فى النهايه: ٦٧٧، المفيد فى المقنع: ٦٩٨، الديلمى فى المراسم: ٢٢٥، ابن حمزه فى الوسيله: ٤٠١، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٨، المحقق فى الشرائع ٤:٤٤، العلّامه فى القواعد ٢:١٨١، الشهيدين فى اللمعه (الروضه البهيه ٨): ١٩٢؛ كشف اللثام ٣:٣٠٣.

٥- السرائر ٣:٢٧٧.

٦- القاموس المحيط ١:١٦٨.

به، و الظاهر أن المنقطع أخيراً أشدّ إدراكاً؛ لكون الخروج منه أكثر زماناً، فتأمّل جدّاً . و مما ذكرنا ظهر أنه ليس فيه تردد و إن ذكره الماتن، فهو ضعيف، و أضعف منه عدم اعتباره، كما عن الصدوق و الإسكافي و المرتضى (١)، و أضعف منهما مصير القاضي إلى اعتبار الأسبق انقطاعاً (٢)؛ لعدم الشاهد عليه، مع قيام الدليل كما عرفت على خلافه.

فإن تساوي خروجاً و انقطاعاً قال الشيخ في الخلاف خاصّه: إنّه يعمل فيه بالقرعه مدّعياً عليه إجماع الفرقه و أخبارهم (٣).

قيل: و عنى بها ما ورد عنهم (عليهم السلام) من أنّها لكل أمر مشتبه، و هذا منه (٤).

و هو شاذّ، و إجماعه موهون معارض بمثله و مثله كما يأتي، و لا اشتباه بعد ورود النص الصحيح بعد الأضلاع، أو إعطاء نصف النصيبين، كما يأتي.

و قال المفيد في كتاب إعلام الوری (٥) و السید المرتضى علم الهدى في الانتصار (٦) إنّه يُعدّ أضلاعه فإن اختلف أحد الجانبين فذكر، و إن تساوي عدداً فأثنى، مدّعين عليه الإجماع، و اختاره

ص: ٤٥١

١- الصدوق في المقنع: ١٧٦، حكاة عن الإسكافي في المختلف: ٧٤٥، المرتضى في الانتصار: ٣٠٦.

٢- المهذب ١٧١: ٢.

٣- الخلاف ١٠٦: ٤.

٤- قاله الشهيد الثاني في المسالك ٣٤٠: ٢.

٥- الإعلام بما اتّفتت عليه الإماميه من الأحكام (مصنفات المفيد ٩): ٦٢.

٦- الانتصار: ٣٠٦.

الإسكافي و الحلبي في السرائر (١)؛ لذلك؛ و للنص الذي ادعى تواتره، و هو ما رواه في التهذيب بسنده إلى ميسره بن شريح، و هو طويل، و في جملته أنه قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «جَرَدوها من ثيابها، و عَدّوا أضلاع جنبيها» ففعلوا، ثم خرجوا إليه، فقالوا: عدد الجنب الأيمن اثنا عشر ضلعاً، و الجنب الأيسر أحد عشر ضلعاً، فقال (عليه السلام): «اللَّهُ أكبر، ايتوني بالحجام» فأخذ من شعرها، و أعطاهم رداءً و حذاءً، و ألحقها بالرجال، قال: «لأنَّ حَوَاءَ خلقت من ضلع آدم، و أضلاع الرجال أقلّ من أضلاع النساء بضع» (٢) الحديث.

و طعن الأكثر في هذا الخبر بجهاله الراوى.

و فيه: أنّ الصدوق رواه في الفقيه عن عاصم بن حميد، عن محمّد ابن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام) (٣)، و طريقه إليه في المشيخه (٤) صحيح، إلّا أنّ في روايته أنّ أضلاعها كانت سبعة عشر، تسعه في اليمين، و ثمانية في اليسار، و يعضده روايه المفيد و الإسكافي و العماني (٥)، و هذا لا ينافى توافقها مع روايه التهذيب في أصل اعتبار العدّ، و كون متساوى الأضلاع امرأه، و مختلفها رجلاً.

و روى في الفقيه أيضاً عن السكوني، عن جعفر (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام):

«أَنَّ عَلِيّاً (عليه السلام) كان يورث الخنثى، فيعدّ أضلاعه، فإن كانت ناقصه عن

ص: ٤٥٢

١- حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٧٤٥، السرائر ٢٨٠: ٣.

٢- التهذيب ١٢٧١/٣٥٤، الوسائل ٢٨٦: ٢٦ أبواب ميراث الخنثى ب ٢ ح ٣.

٣- الفقيه ٧٦٢/٢٣٨: ٤.

٤- المشيخه (الفقيه ٤): ١٠٨.

٥- المفيد في الإرشاد ٢١٣: ١، و حكاه عن الإسكافي و العماني في المختلف: ٧٤٥.

أضلاع النساء بضع ورث ميراث الرجال؛ لأنَّ الرجل تنقص أضلاعه عن ضلع المرأة بضع؛ لأنَّ حواء خلقت من ضلع آدم»
(١) الحديث.

و روى المفيد الحديث الأوّل فى إرشاده عن الحسن بن على العبدى، عن سعد بن طريف (٢)، عن أصبغ بن نباته، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) (٣) نحو ما فى الفقيه.

و قال الصدوقان و المفيد فى المقنعه و الشيخ فى النهايه و الإيجاز و المبسوط و الديلمى و القاضى و ابنا حمزه و زهره (٤): إنّه يعطى نصف ميراث رجل و نصف ميراث امرأه، و هو أشهر كما هنا و فى القواعد و شرح الشرائع للصيمرى و التنقيح و الدروس و الروضه (٥)، و نسبه فى المسالك إلى أكثر المتأخرين (٦).

أقول: بل عليه عامتهم بحيث كاد أن يكون ذلك إجماعاً منهم؛ لجملة من النصوص المتقدّمة، منها الصحيح: «فإن كان سواء ورث ميراث الرجال و النساء» (٧) و المراد به نصف الأمرين؛ لامتناع أن يراد مجموعهما.

ص: ٤٥٣

-
- ١- الفقيه ٢٣٨/٧٦٠:٤، الوسائل ٢٦:٢٨٧ أبواب ميراث الخنثى ب ٢ ح ٤.
 - ٢- فى النسخ: ظريف، و الصواب ما أثبتناه. لاحظ رجال البرقى: ١٨٨/٥٠، رجال النجاشى: ٤٦٨/١٧٨، رجال الطوسى: ١٧/٩٢، و ٣/١٢٤، و ٣/٢٠٣.
 - ٣- إرشاد المفيد ٢١٣:١، الوسائل ٢٦:٢٨٨ أبواب ميراث الخنثى ب ٢ ح ٥.
 - ٤- الصدوق فى المقنعه: ١٧٧، و حكاها عن والده فى المختلف: ٧٤٥، المقنعه: ٦٩٨، النهايه: ٦٧٧، الإيجاز (الرسائل العشر): ٢٧٥، المبسوط ٤:١١٤، الديلمى فى المراسم: ٢٢٥، القاضى فى المهذب ٢:١٧١، ابن حمزه فى الوسيله: ٤٠٢، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٨.
 - ٥- القواعد ٢:١٨١، غايه المرام ٤:١٩٧، التنقيح ٤:٢١٢، الدروس ٢:٣٧٩، الروضه ٨:١٩٤.
 - ٦- المسالك ٢:٣٤٠.
 - ٧- المتقدم فى ص: ٤٤٥.

و أصرح منه الخيران المذكوران بعده: «فإن مات و لم يبل فنصف عقل المرأة و نصف عقل الرجل» (١).

مضافاً إلى التأييد بأنّ فيه مراعاة للحالتين؛ لتساويهما عقلاً، فيعمل بالمتيقن، و يعطى ميراث الأنثى، و يقسم ما زاد عليه من سهم المشكوك فيه و هو كونه ذكراً نصفين، كما وقع نظيره في الشرع عند اختلاف الدعويين مع عدم الحجة.

و لعلّ هذا أقوى؛ لقوّه الأدلّه عليه، و انجبار قصور الخبرين منها بالصحيح قبلهما، و الشهره العظيمة بين المتأخرين و القدماء ظاهره و محكيه حدّ الاستفاضه، كما عرفته.

و منها ينقدح الوهن في الإجماعين المتقدم إليهما الإشارة، فليس فيهما حجه، كما لا حجه في الأخبار الموافقه لهما، مع قصور أكثرها سنداً، و عدم جابر له جداً.

و دعوى الحلّى التواتر (٢)، غير جابره بعد ظهور اتفاق أكثر الفتاوى على خلافها، فالتواتر على تقدير تسليمه إنّما هو في الروايه، و هو بمجرّده مع عدم الفتوى بها غير نافع، بل يوجب وهنها بلا- شبيهه، و مع ذلك فهي بأقسامها حتى الصحيح منها غير مقاومه للنصوص المقابله المضاهيه لها سنداً و عدداً؛ لرجحانها عليها بما قدّمناه من الشهره العظيمة بين أصحابنا، التي كادت تكون إجماعاً، فتكون حجه مستقلّه برأسها، هذا.

و عن العماني أنّه قال: و قد روى عن بعض علماء الشيعة أنّه سئل عن الخنثى، فقال: روى بعض أصحابنا في وجه ضعيف لم يصح عندي أنّ

ص: ٤٥٤

١- المتقدم في ص: ٤٤٥.

٢- السرائر ٢٨٠: ٣.

حواء خلقت من ضلع آدم (عليه السلام)، فصار للرجال من ناحيه النساء ضلعاً أنقص، و للنساء ثمانية عشر ضلعاً من كل جانب تسعه، و للرجال سبعة عشر ضلعاً من جانب اليمين تسعه و من جانب اليسار ثمانية، ثم قال:

و هذه علامه واضحه إن صحت عنهم (عليهم السلام) (١).

و هو كما ترى ظاهر في عدم ثبوت الروايه و صحتها في الصدر الأول، فضلاً عن تواترها، فيدفع به دعوى الحلّي جداً، كيف لا؟! و هو متأخر عن زمان العماني بكثير، و يبعد غايه البعد حصول التواتر له دونه، مع أنه أسبق زماناً، و أجدر بالاطلاع بالتواتر و أولى، و مع ذلك لم يدعه أحد من أصحابنا.

نعم نسب الروايه في الخلاف إلى أصحابنا، فقال: روى أصحابنا (٢).

و هو مع عدم كونه صريحاً في دعوى التواتر، بل و لا ظاهراً، و إن توهمه منه الحلّي مضعّف باختياره فيه كما عرفت خلافها، و لا يكون ذلك إلّا لعدم تواترها، أو كون تواترها بحسب الروايه خاصّه لا الفتوى، و هو كما عرفت مما يوجب وهنها لا حجيتها.

و بالجمله فدعوى الحلّي و مختاره ضعيف، و أضعف منه ما تخيله بعض المعاصرين: من القول بمختاره فيما إذا علم عدد أضلاعه قبل موته، و مختار المشهور إذا لم يعلم ذلك.

لكونه إحداث قول لا نجوّزه، و مع ذلك لا شاهد عليه، و لا منشأ له سوى دلالة الخبرين الأخيرين من نصوص المشهور بالمفهوم على عدم الحكم مع عدم الموت، و هو ضعيف؛ لكون الصحيح قبلهما مطلقاً،

ص: ٤٥٥

١- حكاه عنه في المختلف: ٧٤٥.

٢- الخلاف ١٠٦: ٤.

و لا يمكن تقييده بمفهوميهما؛ لعدم التكافؤ أصلاً، وعدم القائل بالفرق، كما مضى، ولكنه جمع حسن لولاهما.

و على المختار لو اجتمع مع الخنثى ذكر، أو أنثى، أو ذكر و أنثى معاً، فقد اختلف الأصحاب في كيفية القسمة على قولين:

ف قيل كما عن النهايه و الإيجاز و استحسنة الفاضل في التحرير (١): إنه للذكر أربعة، و للخنثى ثلاثة في الفرض الأول، و كذا في الثاني لكن للأنثى سهمان، و للذكر أربعة، و للخنثى ثلاثة، و للأنثى سهمان في الثالث.

و توضيحه: أنه يجعل للأنثى أقل عدد يكون له نصف و هو اثنان، و للذكر ضعف ذلك، و للخنثى نصف كل منهما، فالفريضة على الفرض الأول من سبعة، و على الثاني من خمسة، و على الثالث من تسعة، حسب ما تقدم من التفصيل.

و قيل كما عن المبسوط (٢): إنه تقسم الفريضة مرتين، فيفرض مرّه ذكراً و مرّه أنثى و يعطى الخنثى و غيره نصف النصيبين، و هو أظهر عند الماتن هنا، و الأشهر كما صرح به جمع ممن تأخر (٣) مثاله: خنثى و ذكر، نفرضهما ذكرين تاره، و ذكراً و أنثى اخرى، و نطلب أقل مال له نصف، و لنصفه نصف، و له ثلث، و لثلثه نصف حتى يصح منه فرض كونه ذكراً و كونه أنثى، و أخذ نصف النصيبين منه أيضاً فيكون اثني عشر، فيحصل للخنثى خمسة، و للذكر سبعة

ص: ٤٥٦

١- النهايه: ٦٧٧، الإيجاز (الرسائل العشر): ٢٧٥، التحرير ١٧٤: ٢.

٢- المبسوط ١١٥: ٤.

٣- تلخيص الخلاف ٢٦٦: ٢، الروضه البهيه ١٩٤: ٨، التنقيح الرائع ٢١٤: ٤.

و لو كان بدل الذكر أنثى، حصل للخنثى سبعة، و للأُنثى خمسة بيانه: أنك إذا قَسِمت الفريضة على تقدير الذكوريه، ثم قَسِمتها مرّه أُخرى على تقدير الأنوثيه، نظرت إلى كل من الفريضتين، فإن تباينت ضربت إحداهما في الأُخرى، و إن توافقتا ضربت إحداهما في وفق الأُخرى، و إن تماثلتا اجتزئت بإحداهما، و إن تناسبتا أخذت بالأكثر ثم تضرب ذلك في اثنين، فتعطي كل وارث من المجموع نصف ما حصل له من الفرضين.

فلو كان مع الخنثى ذكر فعلى تقدير فرض الخنثى ذكراً تكون الفريضة من اثنين، و على تقدير فرضه أنثى تكون من ثلاث، و الفريضتان متباينتان فتضرب إحداهما في الأُخرى، ثم المجتمع في اثنين، تكون اثني عشر، للخنثى على تقدير الذكوريه ستّه، و على تقدير الأنوثيه أربعه، فيؤخذ نصفهما، و هو خمسة من اثني عشر، و للذكر سبعة؛ لأنّها نصف ماله على تقدير ذكوريّه الخنثى و هو ستّه، و ماله على تقدير أنوثيته و هو ثمانية.

و لو كان مع الخنثى أنثى فالمسأله بحالها، إلا أنّ للخنثى سبعة، و للأُنثى خمسة، فإنّه على تقدير فرض الخنثى ذكراً فالفريضة من ثلاثه، و على تقدير فرضه أنثى فالفريضة من اثنين، فتضرب إحداهما في الأُخرى؛ لتباينهما، ثم تضرب المجتمع في اثنين يصير اثني عشر، للخنثى على تقدير الذكوريّه ثمانية، و على تقدير الأنوثيه ستّه، فيؤخذ نصفهما و هو سبعة، و للأُنثى على تقدير ذكوريّته أربعه، و على تقدير أنوثيته ستّه و مجموع النصف من كل منهما خمسة.

و لو اجتمع معه ذكر و أنثى فعلى تقدير فرضه ذكراً تكون الفريضة من خمسة، و على تقدير فرضه أنثى تكون من أربعه، و النسبه بين الفريضتين التباين، فتضرب إحداهما في الأُخرى تبلغ عشرين، ثم المجتمع في اثنين

تبلغ أربعين، فللخنثى على تقدير الذكورِ سته عشر، و على تقدير الأنوثة عشره، و مجموع نصفهما ثلاثة عشر، و للذكر على تقدير فرض ذكورِ الخنثى سته عشر، و على تقدير الأنوثة عشرون، و نصف ذلك ثمانية عشر، و للأنثى على تقدير فرض الذكورِ ثمانية، و على تقدير فرض الأنوثة عشره، و نصف ذلك تسعه، فقد تقرّر أنّ للخنثى حينئذٍ ثلاثة عشر من أربعين، و للذكر ثمانية عشر، و للأنثى تسعه منها.

و اختلفت كيفية القسمة بين القولين في هذه الفروض:

أمّا على الفرض الأوّل: فبموجب القول الأوّل للخنثى ثلاثة أسباع التركة، و للذكر أربعة أسباعها، و بموجب القول الثاني ينقص نصيب الخنثى عن ثلاثة أسباع الاثنى عشر أعني خمسة و سبعاً بسبع واحد، كما لا يخفى على المتأمل.

و أمّا على الفرض الثاني: فبموجب القول الأوّل للخنثى ثلاثة أخماس التركة، و للأنثى خمساً، و على القول الثاني ينقص عنه خمس واحد من اثني عشر، كما لا يخفى على المحاسب.

و أمّا على الفرض الثالث: فبمقتضى القول الأوّل للخنثى ثلث التركة ثلاثة من تسعه، و للذكر أربعة أسباع، و للأنثى تسعاً، و على القول الثاني ينقص نصيب الخنثى بثلث واحد، كما يظهر بالنظر في ذلك.

و لو شاركهم زوج أو زوجه صحّحت فريضه الخنثى (1) و مشاركيه مع قطع النظر عن أحدهما ثم ضربت مخرج نصيب الزوج أو الزوجه من الربع أو الثمن، و هو أربعة و ثمانية في الحاصل من تلك الفريضة، فما ارتفع منه فمناه تصح الفريضة.

فعلى الفرض الأوّل على القول الأوّل الذي فيه الفريضة سبعة

ص: ٤٥٨

١- في المطبوع من المختصر (٢٧٥): الخنثى.

لو جامعهم زوج ضربتها في مخرج نصيبه أربعة، تحصل ثمانية و عشرون، فللزوجة منها الربع سبعة، و من كان له منها شيء أخذه مضروباً في ثلاثة، و هو ما نقص من مضروب الأربعة عن نصيب الزوج، فللخنثى تسعة، و للذكر كراثنا عشر.

و لو جامعهم زوجة ضربت السبعة في مخرج نصيبها ثمانية تحصل ستة و خمسون فللزوجة منها ثمانية سبعة. و من له منها شيء أخذه مضروباً في سبعة، و هو ما نقص من مضروب الثمانية عن نصيب الزوج، فللخنثى أحد و عشرون، و للابن ثمانية و عشرون.

و على الفرض الأول على القول الثاني الذي فيه الفريضة اثنا عشر: لو جامعهم زوج ضربتها في مخرج نصيبه أربعة، تحصل ثمانية و أربعون، للزوج منها الربع اثنا عشر، و من كان له منها شيء أخذه مضروباً في ثلاثة، كما تقدم، فللخنثى خمسة عشر، و للابن أحد و عشرون.

و لو جامعهم زوجة ضربت الاثنا عشر في مخرج نصيبها ثمانية، تبلغ ستة و تسعين، للزوجة اثنا عشر، و من كان له منها شيء أخذه مضروباً في سبعة، كما مرّ، فللخنثى خمسة و ثلاثون، و للابن تسعة و أربعون، و قس على هذا الفروض الباقية و غيرها على كل من القولين.

و من ليس له فرج النساء و لا- فرج الرجال إمّا بأن تخرج الفضله من دبره، أو يفقده و يكون له ثقبه بين المخرجين تخرج منه الفضلتان، أو البول مع وجود الدبر، أو بأن يتقيأ ما يأكله، أو بأن يكون له لحمه راييه تخرج منه الفضلتان، كما نقل ذلك على ما ذكره الفاضل في التحرير و الشهيدان (1) يورث بالقرعة على الأظهر الأشهر بين الطائفة،

ص: ٤٥٩

بل عليه المتأخرون كآفه، ونفى عنه الخلاف في السرائر (١).

والمعتبر به مع ذلك مستفيضه، منها الصحيح: عن مولود ليس له ما للرجال، ولا له ما للنساء؟ قال: «يقرع الإمام أو المقرع، يكتب على سهم: عبد الله، وعلى سهم: أمه الله، ثم يقول الإمام أو المقرع: اللهم أنت الله لا إله إلا أنت، عالم الغيب والشهادة، أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون، فبين لنا أمر هذا المولود كيف يورث ما فرضت له في الكتاب، ثم يطرح السهمان في سهام مبهمه، ثم يجال السهام، على ما خرج ورث عليه» (٢).

وفي القريب من الصحيح بصفوان بن يحيى و ابن مسكان المجمع على تصحيح رواياتهما، فلا يضمر جهاله الذي عنه روي: عن مولود ليس بذكر ولا أنثى، ليس له إلاً دبر، كيف يورث؟ قال: «يجلس الإمام و يجلس معه ناس، و يدعو الله تعالى، و يجيل بالسهم على أى ميراث يورث، ميراث الذكر، أم ميراث الأنثى، فأى ذلك خرج ورثه عليه» ثم قال: «أى قضيه أعدل من قضيه يجال عليها السهام، إن الله تعالى يقول فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ [١] (٣)» (٤) و نحوه المرسل (٥)، و قريب منهما

ص: ٤٦٠

١- السرائر ٢٧٧: ٣.

٢- الكافي ٧: ٢/١٥٨، الفقيه ٤: ٧٦٣/٢٣٩، التهذيب ٩: ١٢٧٣/٣٥٦، الاستبصار ١/ ١٨٧، المحاسن ٣: ٢٩/٦٠٣، الوسائل ٢٦: ٢٩٢ أبواب ميراث الخثى ب ٤ ح ٢.

٣- الصافات: ١٤١.

٤- الكافي ٧: ١/١٥٧، التهذيب ٩: ١٢٧٤/٣٥٦، الوسائل ٢٦: ٢٩١ أبواب ميراث الخثى ب ٤ ح ١.

٥- الكافي ٧: ٣/١٥٨، التهذيب ٩: ١٢٧٥/٣٥٧، الوسائل ٢٦: ٢٩٣ أبواب ميراث الخثى ب ٤ ح ٣.

خلافًا للإسكافي (٢)، فاعتبره بالبول، قال: فإن نجاه عند خروجه عن مباله فهو ذكر، وإن بال على مباله فأثنى؛ للمرسل كالموثق (٣).

و هو شاذٌ، و مستنده عن المكافأه لما مرّ قاصر.

و إطلاق العباره و غيرها من عبائر الجماعه يقتضى عدم وجوب الدعاء، و به صرّح الشهيدان (٤)، قال ثانيهما: لخلوّ باقى الأخبار عنه.

و فيه نظر؛ لتضمّن جميعها الأمر به و إن اختلف بحسب الإجمال أو الإطلاق، كما فى الأخبار الأخيره، و التفصيل، كما فى الصحيحه.

فإن أراد بالدعاء المستحب عنده جنسه المناسب للقرعه فجميع الأخبار للأمر به متضمّنه، فكيف يقول: الأخبار عنه خاليه؟ و إن أراد به الكيفيه المرسومه فى الصحيحه، فلا يقدح خلوّ باقى الأخبار عنها بعد تضمّنها الأمر بمطلق الدعاء، و الأصل يقتضى حملها عليها، و هو أرجح من الحمل على الاستحباب جدًّا، و لذا أمر به الحلّى (رحمه الله) فى السرائر، و الماتن فى الشرائع و الفاضل فى القواعد و التحرير (٥)، و إن اختلفت عبائرهم بحسب (الإطلاق و التقييد) (٦) بنحو ما فى الصحيح، و لا- ريب أنه أحوط، إن لم يكن أظهر.

ص: ٤٦١

١- التهذيب ٩:١٢٧٦/٣٥٧، الوسائل ٢٦:٢٩٤ أبواب ميراث الخنثى ب ٤ ح ٤.

٢- حكاه عنه فى المختلف: ٧٤٧.

٣- الكافي ٧:٤/١٥٧، التهذيب ٩:١٢٧٧/٣٥٧، الإستبصار ٤:٧٠٢/١٨٧، الوسائل ٢٦:٢٩٤ أبواب ميراث الخنثى ب ٤ ح ٥.

٤- الدروس ٢:٣٨١، المسالك ٢:٣٤٢، الروضه ٨:٢٠٦.

٥- السرائر ٣:٢٧٧، الشرائع ٤:٤٧، القواعد ٢:١٨٧، التحرير ٢:١٧٥.

٦- فى «ر» و نسخه فى «ح» و «ب»: الإجمال و التفصيل.

و من له رأسان أو بدنان على حَقْوٍ بفتح الحاء و سكون القاف معقد الإزار عند الخصر واحد سواء كان ما تحت الحَقْوِ ذكراً أو أنثى أم غيره؛ لأنَّ الكلام هنا في اتحاد ما فوق الحقو و تعدّده ليرتب عليه الإرث، و حكمه أن يوقظ أو يصاح به، فإن انتبه أحدهما فهما اثنان و إلّا فواحد، بلا خلاف؛ للنص المتضمّن لقضاء عليّ (عليه السلام) بذلك (1).

و قصوره أو ضعفه مجبور بأنّه لا رادّ له، حتى أنّ منكر حجيه أخبار الآحاد كالحلّي (2) قد قبله.

و على التقديرين يرثان إرث ذى الفرج الموجود، فيحكم بكونهما واحده أو اثنتين، أو ذكراً واحداً أو ذكرين، و لو لم يكن له فرج أو كانا معاً حكم لهما بما مضى.

ص: ٤٤٢

١- انظر الوسائل ٢٦:٢٩٥ أبواب ميراث الخنثى ب ٥.

٢- السرائر ٣:٢٧٧.

الفصل الثالث في بيان ميراث الغرقى و المهدوم عليهم اعلم أنّ مقتضى الأصل و به صرّح (١) الأصحاب عدم الحكم بالتوارث إلّا مع تحقق سبق موت المورث على الوارث، إلّا ما خرج بدليل، و هو مسأله هؤلاء فإنّهم يرث بعضهم بعضاً إجماعاً ظاهراً، و حكاه جماعة (٢) مستفيضاً، بل و زائداً، و هو الحجّه.

مضافاً إلى الصحاح المستفيضه و غيرها من المعتمره، ففي الصحيحين: عن القوم يغرقون في السفينه، أو يقع عليهم البيت فيموتون، و لا يعلم أيّهم مات قبل صاحبه؟ فقال: «يورث بعضهم من بعض، كذلك هو في كتاب عليّ (عليه السّلام)» (٣). و في الصحيح: قلت له: رجل و امرأه سقط عليهما البيت فماتا، قال:

«يورث الرجل من المرأه و المرأه من الرجل» قال: قلت: فإنّ أبا حنيفه قد أدخل عليهم في هذا شيئاً، قال: «و أيّ شيء أدخل عليهم؟» قلت: رجلين أخوين أعجميين ليس لهما وارث إلّا مواليهما، أحدهما له مائه ألف درهم معروفه، و الآخر ليس له شيء، ركبوا سفينه فغرقا، فأخرجت المائه ألف، كيف يصنع بها؟ قال: تدفع إلى مولى الذي ليس له شيء، فقال: «ما أنكر

ص: ٤٦٣

١- في «ب» زياده: بعض.

٢- منهم الشهيد الثاني في المسالك ٢: ٣٤٣، و السبزواري في الكفايه: ٣٠٧، و الفيض الكاشاني في المفاتيح ٣: ٣١٩.

٣- الكافي ٧: ١/١٣٦، الفقيه ٤: ٧١٣/٢٢٥، الوسائل ٢٦: ٣٠٧ أبواب ميراث الغرقى ب ١ ح ١.

ما أدخل فيها، صدق، هو هكذا» (١) الخبر، و نحوه آخر (٢).

و يشترط الحكم فيهم بشروط ثلاثة، أشار إليها بقوله: إذا كان لهم أو لأحدهم مال و إنما لا تنتفى التوارث من حيث عدم ما يورث، و ينتقل المال لأحدهما إلى من لا مال له، ثم إلى وارثه الحي، كما مرّ في الصحيحين و كانوا يتوارثون و التوارث دائر بينهم، بمعنى أنّ كل واحد منهم يرث من الآخر و لو بمشاركه غيره، فلو انتفى كما لو لم يكن استحقاق إرث بالكلية، إنما لعدم النسب، أو السبب، أو لوجود مانع من كفر، أو رق، أو وجود وارث حيّ لكل منهما أو لأحدهما حاجب للميت الآخر، لم يثبت الحكم، فلو غرق أخوان و لكلّ منهما ولد فإنه لا توارث بينهما، بل كل منهما يحوز ميراثه ولده، و كذا لو كان الولد لأحدهما خاصّه دون الثاني، و ليس للثاني إلاّ أخوه ذو الولد، فلا يرثه الأخ، و يختص الميراث بغيره، و إن كان أبعد؛ لعدم ثبوت بقائه بعد أخيه الذي هو شرط في الإرث، كما مر.

و كان اشتبه المتقدم منهم في الموت بالمتأخر فلو علم اقترانه فلا إرث، و لو علم المتقدم ورثه المتأخر من غير عكس، كما في الخبر: قضى على (عليه السلام) في رجل و امرأه ماتا جميعاً في الطاعون، ماتا على فراش واحد، و يد الرجل و رجله على المرأة، فجعل الميراث للرجل، و قال: إنّه مات بعدها (٣).

ص: ٤٤٤

- ١- الكافي ٧: ٣/١٣٧، التهذيب ٩: ١٢٨٧/٣٦٠، الوسائل ٩: ٢٦: ٣٠٩ أبواب ميراث الغرقى ب ٢ ح ٢.
- ٢- الكافي ٧: ٢/١٣٧، التهذيب ٩: ١٢٨٦/٣٦٠، الوسائل ٩: ٢٦: ٣٠٩ أبواب ميراث الغرقى ب ٢ ح ١.
- ٣- الكافي ٧: ٦/١٣٨، التهذيب ٩: ١٢٨٩/٣٦١، الوسائل ٩: ٢٦: ٣١٤ أبواب ميراث الغرقى ب ٥ ح ٣.

و يستفاد منه جواز الاكتفاء عن العلم بمثل تلك القرينه، و فيه مخالفه للأصل، و لا- يمكن الخروج عنه بمثله؛ لقصور سنده بالرفع، و دلالة باحتمال حكمه (عليه السلام) بعلمه.

و لا- خلاف في شيء من ذلك، بل في ظاهر الغنيه (١) الإجماع عليه، و هو الحجّه؛ مضافاً إلى الأصل المتقدّم إليه الإشاره، مع اختصاص النصوص المخرجه عنه بما اجتمع فيه الشرائط الثلاثه، و مع ذلك البدايه لصحة الشرط الأوّل شاهده، كما أنّ الأصول و العمومات و المرفوعه على الثالث دالّه.

و بما ذكرنا يظهر ما في الكفايه (٢) من المناقشه في الحكم بعدم التوارث بين الأخوين ذى الولد و عديمه، و احتمال إلحاقهما بالأخوين ذى المال و عديمه.

و لذا أنّ المولى الأردبيلي (رحمه الله) الذي هو الأصل في المناقشه، قال بعدها: إلّا أن يقال: هذا الحكم مخالف للأصل و القاعده، و إنّما الاستثناء للدليل، و قد وجد في صوره المال من جانب واحد لا غير، فتأمل (٣). انتهى.

و هنا شرط رابع ذكره في التحرير و القواعد (٤)، و هو كون الموت بالسبب، فلو وقع بغيره كحتف الأنف لم يثبت التوارث بينهم، بل ينتقل الإرث من كل منهم إلى وارثه الحي، و هذا الشرط و إن لم يصرّح به هنا و في

ص: ٤٤٥

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٨.

٢- الكفايه: ٣٠٨.

٣- مجمع الفائده و البرهان ١١: ٥٢٩.

٤- التحرير ١٧٥: ٢، القواعد ١٩١: ٢.

كلام كثير إلا أنه يستفاد من حكمهم بعدم التوارث في الموت حتف الأنف، كما يأتي إن شاء الله تعالى.

و في ثبوت هذا الحكم يعنى التوارث بين الأموات المشتبهين في الموت بحسب السبق و التقارن مع اجتماع ما مرّ من الشرائط فيما إذا كان الموت بغير سبب الغرق و الهدم من باقى الأسباب كالقتل و الحرق تردّد ينشأ: من الأصل المتقدّم مع اختصاص النصوص المخصّيه له بالغرقى و المهذوم عليهم، و من أنّ الظاهر أنّ العله في التوارث بينهم الاشتباه المستند إلى سبب، و هى موجوده في محل البحث.

و إلى الأوّل ذهب المفيد و الأكثر، على الظاهر المصرّح به في الروضه و المسالك (١)، و نسبه في الكفايه (٢) إلى الأصحاب، مع أنّه كغيره نقل الثانى عن ظاهر الشيخ في النهايه و الإسكافى و الحلبي (٣)، و نقله في الإيضاح أيضاً عن ظاهر المبسوط و صريح ابن حمزه (٤)، و اختاره والده في القواعد (٥) صريحاً، و قوّاه في المختلف أخيراً، بعد أن ضعّف ما ذكره لهم دليلاً بمنع التعليل بمطلق الاشتباه، قال: فجاز أن يكون الاشتباه المستند إلى أحدهما (٦).

و لعل الوجه في التقويه مع تضعيفه الحجّه قوّه احتمال كون العله

ص: ٤٤٤

١- المفيد في المقنعه: ٦٩٩، الروضه ٢٢١: ٨، المسالك ٣٤٣: ٢.

٢- الكفايه: ٣٠٨.

٣- النهايه: ٦٧٤، حكاة عن الإسكافى في المختلف: ٧٥٠، الحلبي في الكافى في الفقه: ٣٧٦.

٤- الإيضاح ٢٧٦: ٤، المبسوط ١١٨: ٤، ابن حمزه في الوسيله: ٤٠٠.

٥- القواعد ١٩١: ٢.

٦- المختلف: ٧٥٠.

المحتج بها قطعاً منقحه بطريق الاعتبار، لا مستنبطه بطريق المظنه لتلحق بالقياس المحرم في الشريعة.

و يعضده وقوع التعدييه عن مورد النصوص المخصيه له للقاعده كثيراً لأخصيه يتتها من المدعى كذلك، كما لا يخفى، والإجماع و إن كان هو المستند في ذلك، إلا أنه لا ينافي الاعتضاد.

و يشير إلى قوه الاحتمال بل و تعيينه فهم الراوى فيما تقدم من الصحيحين الأخيرين من حكمه (عليه السلام) في المهذوم عليهم ثبوتة في الغرقى، و لذا بعد سماعه الحكم منه (عليه السلام) في المهذوم عليهم اعترض على أبى حنيفه فيما حكم به في الغرقى من دون تربص و تزلزل، بحيث يظهر منه أنه فهم كون العله هو الاشتباه، و إنما فلم يتقدم للغرقى ذكر سابقاً لا سؤالاً و لا جواباً، و المعصوم (عليه السلام) أقره على فهمه، غير معترض عليه بالقياس، و أنك لم استشعرت من حكمى في المهذوم الاعتراض على أبى حنيفه في الغرقى، فهذا القول في غايه القوه و نهايه المتانته لولا الشهره العظيمه التى كادت تكون من المتأخرين إجماعاً.

و ما فى الإيضاح من أنه قد روى: أن قتلى اليمامة و قتلى صفين لم يرث بعضهم من بعض، بل ورثوا الأحياء (١) قال: فإن صحت الروايه فهى حجه قويه (٢).

أقول: و يكفى لنا فى الاحتجاج بها انجبارها بالشهره و لو لم تكن بحسب السند صحيحه.

و يضعف الاعتضاد بوقوع التعدييه بعدم وقوعها فى الموت من غير

ص: ٤٦٧

١- المغنى لابن قدامه ٧: ١٨٨، الشرح الكبير ٧: ١٥٧.

٢- إيضاح الفوائد ٤: ٢٧٧.

سبب، كما يأتي، و الإجماع و غيره، و إن كانا مستنديه، إلا أنّهما دالان على عدم كون العله الاشتباه المطلق، بل المقيد بشىء، و هو كما يحتمل خصوصيته الموت بالسبب مطلقاً كذا يحتمل خصوصيته به مقيداً بالهدم و الغرق خاصه، و التقييد فيه و إن كان زائداً يوجب مرجوحيته بالإضافة إلى الاحتمال الأوّل، إلا أنّ المقصود من معارضه الاحتمال الأوّل به و ذكرهما بعد الإجماع على التقييد بعد دعوى تنقيح المناط القطعي؛ إذ هي على تقدير تسليمها إنّما تصح في الاشتباه المطلق و لو في الموت من غير سبب، فإنّه هو الذى يترأى فى الاعتبار و النظر كونه العله و المناط فى مورد النص دون الاشتباه المقيد.

و بالجمله: المسأله عند العبد محل توقف، و إن كان المصير إلى ما عليه الأكثر لا يخلو عن قرب.

و مع اجتماع الشرائط المتقدمه يورث الأضعف و الأقل نصيباً أولاً، ثم يورث الأقوى منه، و الأكثر نصيباً، فيفرض موته أولاً و يرث الأضعف منه نصيبه، ثم يفرض موته و يرث الأقوى منه نصيبه؛ للمعتبره، منها الخبران، أحدهما الصحيح: عن رجل سقط عليه و على امرأته بيت، فقال: «تورث المرأه من الرجل، ثم يورث الرجل من المرأه» (١) و بمعناهما الموثق كالصحيح (٢).

و لا يورث الأقوى مما ورث الأضعف منه بل من صلب

ص: ٤٤٨

-
- ١- الصحيح فى: التهذيب ٩: ١٢٨٢/٣٥٩، الوسائل ٢٦: ٣١٥ أبواب ميراث الغرقى ب ٦ ذيل الحديث ٢. الخبر الآخر فى: التهذيب ٩: ١٢٨١/٣٥٩، الوسائل ٢٦: ٣١٥ أبواب ميراث الغرقى ب ٦ ح ٢.
 - ٢- الفقيه ٤: ٧١٤/٢٢٥، الوسائل ٢٦: ٣١٥ أبواب ميراث الغرقى ب ٦ ح ١.

تركته فقط، على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، وفي ظاهر الغنية (١) الإجماع عليه، وهو الحجة.

مضافاً إلى الأصل، واختصاص النصوص المتقدمه ونحوها مما دلّ على توريث كل منهم من صاحبه بحكم التبادر بالتوارث من أصل التركة، وخصوص الصحيحين المتقدم إليهما الإشارة (٢)، والدالين على توريث الأخ الذي لا مال له من أخيه ذى المال من دون عكس، والخبر المنجبر ضعفه بالإرسال وغيره بعمل الأكثر: «لا يرث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء شيئاً، ولا يرث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء شيئاً» (٣).

وفي الصحيح: «تورث المرأة من الرجل، ويورث الرجل من المرأة» معناه: يورث بعضهم من بعض من صلب أموالهم، لا يورثون مما يورث بعضهم بعضاً شيئاً (٤). وهو كما تقدمه نصّ و حجه إن كان التفسير من الإمام (عليه السلام)، وإلا فمعاضد إن كان من بعض الرواه.

وفيه قول آخر بالإيرث مّا ورث للمفيد و الديلمى (٥)، و ما تقدم حجه عليهما؛ مضافاً إلى ما ذكره جماعه (٦) من استلزامه المحال عادة، وهو فرض الحياه بعد الموت؛ لأنّ التوريث من الثانى يقتضى فرض موته، فلو ورث ما انتقل عنه لكان حيّاً بعد انتقال المال عنه، وهو ممتنع عادةً.

ص: ٤٦٩

١- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٨.

٢- فى ص: ٤٥٨.

٣- التهذيب ١٢٩٤/٣٦٢، الوسائل ٢٦:٣١١ أبواب ميراث الغرقى ب ٣ ح ٢.

٤- الكافى ٧:٥/١٣٧، التهذيب ٩:١٢٨٨/٣٦١، الوسائل ٢٦:٣١٠ أبواب ميراث الغرقى ب ٣ ح ١.

٥- المفيد فى المقنعه: ٦٩٩، الديلمى فى المراسم: ٢٢٦.

٦- منهم العلّامه فى المختلف: ٧٥٠، و ولده فى الإيضاح ٤:٢٧٧، و الفاضل المقداد فى التنقيح ٤:٢١٨.

و استلزامه التسلسل، و عدم انقطاع القسمة.

و لكن فيهما مناقشه، فالثاني: بأنّ القائل بهذا القول لم يحكم بالإرث مما ورث منه لغير الثاني، كما صرح به شيخنا في المسالك (١)، و يظهر من العبارة، و من تعليل القائل مذهبه بكون ما ورثه صار من جمله ماله قبل أن يحكم بموته و الإرث منه، بخلاف الأول، فإنّه يحكم بموته و الإرث منه قبل أن يحكم له بالإرث.

و الأول: لورود مثله في إرث الأول من الثاني.

و ما قيل في ردّه: من أنّا نقطع النظر عمّا فرض أولاً، و نجعل الأول كأنه المتأخر حياةً، بخلاف ما إذا ورثنا الأول من الثاني مما كان قد ورثه الثاني منه، فإنّه يلزم فرض موت الأول و حياته في حاله واحده (٢).

لا يخلو عن تكلف، مستغنى عنه بعد قيام الدليل على هذا القول، و لكن الشأن فيه، فإنّا لم نقف عليه غير ما مرّ من التعليل. و هو في مقابله ما قدّمنا من الدليل عليل.

و وجوب تقديم الأضعف في الإرث، و أنّه لا فائده إلّا التوريث مما ورث منه.

و يضعف بمنع كون التقديم على جهه الوجوب، بل على الاستحباب، على الأشبه وفاقاً للشيخ في الإيجاز و ابن زهره في الغنيه و الفاضل في ظاهر الإرشاد و صريح التحرير و الشهيد في الدروس (٣)؛ للأصل، و خلّو كثير من النصوص من لفظه «ثم» المفيده للترتيب، مع كون

ص: ٤٧٠

١- المسالك ٢:٣٤٤.

٢- قال به فخر المحقّقين في الإيضاح ٤:٢٧٧.

٣- الإيجاز (الرسائل العشر): ٢٧٦، الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦٠٨، الإرشاد ٢:١٣٠، التحرير ٢:١٧٥، الدروس ٢:٣٥٣.

النصوص المتقدمه المتضمنه لها أخص من المدعى بكثير؛ لورودها فى خصوص الرجل و المرأه، و المدعى أعم من وجوه عديده، فيحمل الترتيب على الاستجاب.

و لو سلم الوجوب كما هو الظاهر، وفاقاً للشيخين و الحلّى و الشهيد فى اللمعه و غيرهم (١)؛ لظهور النصوص المتضمنه للترتيب فى وجوبه، و بها تقيّد إطلاقات النصوص الخاليه عنه، و الأخصيه من المدعى مجبوره بعدم القائل بالفرق مطلقاً فيحتمل كونه تعييداً محضاً لا- لعلّه معقوله، فإنّ أكثر علل الشرع و المصالح فى نظر الشارع عنا خفيّه تعجز عقولنا عن إدراكها بالكليّه، و ليكن منها وجوب الترتيب فى المسأله، فالواجب أتباع النص.

و لتخلّفه مع تساويهما فى الاستحقاق، كأخوين لأب، فينتفى اعتبار التقديم و يصير مال كل منهما [لورثه (٢)] الآخر، فلا يتم الاستناد إليه لإثبات المطلوب، فتأمل جدّاً.

و على اعتبار التقديم مطلقاً فلو غرق أب و ابن واحد، أو أكثر و لم يبلغوا سنّه و رث الأب من ابنه بعد فرض موته أوّلاً نصيبه، ثم يفرض موت الأب و ورث الابن من أصل تركه أبيه، لا- ممّا و رث منه كما تقدم ثم يعطى نصيب كل منهما لوارثه الخاص أو العام.

و لو كان لأحدهما وارث خاص دون الآخر أعطى ما اجتمع

ص: ٤٧١

١- المفيد فى المقنعه: ٦٩٩، الطوسى فى النهايه: ٦٧٤، الحلّى فى السرائر ٣: ٣٠٠، اللمعه (الروضه البهيّه ٨): ٢١٩؛ و انظر التبصره: ١٨٥، و الجامع للشرائع: ٥٢٠.

٢- فى النسخ: لوارثه، و الصواب ما أثبتناه.

لذى الوارث الخاص لهم أى لورثته، جمع الضمير مراعاة للتعدد المحتمل، و لو أفرد به الجنس كإرادته من المرجح تبعاً له كان أنسب و أعطى ما اجتمع للآخر عديم الوارث الخاص للإمام (عليه السّلام). و لو لم يكن لهما وارث خاص غير أنفس هما بأن انحصر الوارث الخاص لكل منهما فى الآخر انتقل مال كل منهما إلى الآخر فرضاً ثم انتقل منهما إلى الإمام (عليه السّلام) بالفعل.

و إذا لم يكن بينهما تفاوت فى الاستحقاق و قدر النصيب، بأن تساوى فيه فرضاً، أو قرابه، أو بهما معاً سقط اعتبار التقديم قطعاً كأخوين لأب، أو لأم، أو لهما معاً.

فإن كان ل كل منهما مال و لا- مشترك لهما فى الإرث انتقل مال كل منهما إلى صاحبه فرضاً ثم انتقل منهما إلى ورثتهما الخاص محققاً.

و إن كان لأحدهما خاصه مال دون الآخر صار و انتقل ماله لأخيه فرضاً و انتقل منه بعد ذلك إلى ورثته الخاص محققاً و لم يكن للآخر ذى المال شىء حتى ممّا ورثه منه عديم المال على المختار، و يرث منه نصيبه على غيره.

و لو لم يكن لهما وارث خاص أصلاً انتقل المال من كل منهما، أو من ذى المال خاصه على المختار إلى الإمام (عليه السّلام)، كالسابق الذى كان بينهما تفاوت؛ لأنه وارث من لا وارث له شرعاً كما هنا؛ لأنّ فرض تأخر موت كل منهما عن صاحبه المقتضى لكونه وارثاً قد انقطع بالفرض الآخر المضادّ له، فكأنه لا وارث لهما، سيّما مع إمكان تقارن موتهما.

و لو ماتا حتف أنفهما على فراشهما، من غير قتل و لا- ضرب و لا حرق و لا غرق، و خصّ الأنف لما يقال: إنَّ روحه تخرج منه بتتابع نفسه لم يتوارثا، و كان ميراث كل منهما إن كان لورثته الخاص أو العام، بلا خلاف ظاهر، بل عليه الإجماع في الروضه و حكاة في المسالك (١) عن جماعة، و هو الحجة المعتضده بما تقدّم (٢) في عدم الموارثه بين القتلى و نحوهم من الأدله.

مضافاً إلى الروايه «ماتت أمّ كلثوم بنت علي (عليه السّلام) و ابنها زيد بن عمر ابن الخطاب في ساعه واحده، لا يدري أيهما مات قبل، فلم يورث أحدهما من الآخر، و صلّى عليهما جميعاً» (٣).

ص: ٤٧٣

١- الروضه ٢٢١: ٨، المسالك ٣٤٤: ٢.

٢- راجع ص: ٤٦٢.

٣- التهذيب ١٢٩٥/٣٦٢: ٩، الوسائل ٢٦: ٣١٤ أبواب ميراث الغرقى ب ٥ ح ١.

الفصل الرابع في بيان ميراث المجوس إذا ترفعوا إلى حكام الإسلام، أو اشترط عليهم التزامهم بأحكامه و قد اختلف الأصحاب فيه، فالمحكي عن يونس بن عبد الرحمن، و هو من أجلاء قدماء الأصحاب و رواتهم، من رجال الكاظم و الرضا (عليهما السلام) أنه لا- يورثهم إلّا بالصحيح من النسب و السبب دون فاسدهما (١)، و تبعه المفيد على نقل و التقى و الحلّي و الفاضل في المختلف (٢)، و نسبه المفيد في كتاب الإعلام إلى جمهور الإماميه (٣)، و اختاره المرتضى في الموصليّات (٤)، مدّعياً الإجماع عليه.

و عن الفضل بن شاذان النيشابوري، و هو أيضاً أحد أصحابنا الفضلاء العظماء المتكلمين، من رجال الهادي و العسكري (عليهما السلام) أنه يورثهم بالنسب صحيحه و فاسده، و بالسبب الصحيح خاصّه (٥)، و تابعه ابن بابويه و العماني و المفيد- (رحمه الله)- على ما نقله جماعه (٦).

و قال الشيخ في جملة من كتبه و ابن حمزه و الديلمي و القاضي،

ص: ٤٧٤

-
- ١- حكاه عنه في الكافي ٧:١٤٥.
 - ٢- نقله عن المفيد في المختلف: ٧٤٨، التقى في الكافي في الفقه: ٣٧٦، الحلّي في السرائر ٢٨٨، ٢٨٧: ٣، المختلف: ٧٤٨.
 - ٣- الإعلام (مصنفات المفيد ٩): ٦٦.
 - ٤- الموصليّات (رسائل السيد المرتضى ١): ٢٦٦.
 - ٥- حكاه عنه الشيخ في التهذيب ٩: ٣٦٤.
 - ٦- منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز ٢: ٤٨٣، و الفاضل المقداد في التنقيح ٤: ٢٢١، و حكاه عن العماني في المختلف: ٧٤٨، و انظر الفقيه ٤: ٢٤٨، و المقنع: ١٧٩، و الإعلام (مصنفات المفيد ٩): ٦٦.

و الإسكافي كما حكاه عنه الفاضل المقداد و الصيمري (١): إنهم يورثون بالصحيح و الفاسد فيهما و نسبه في التحرير إلى المشهور (٢).

و جعله الإسكافي مشهوراً عن علي (عليه السلام)؛ لما رواه السكوني في القوى به: «عن علي (عليه السلام) أنه كان يورث المجوس إذا تزوج بأمه و أخته و ابنته من جهة أنها أمه و أنها زوجته» (٣) و قريب منه مروى عن قرب الاسناد (٤).

و قول الصادق (عليه السلام) في الصحيحين اللذين رواهما الشيخان لمن سب مجوسياً و قال: إنه تزوج بأمه: «أما علمت أن ذلك عندهم هو النكاح» (٥) بعد أن زبر السائل.

و قوله في الموثق: «كل قوم يعرفون النكاح عن السفاح، فنكاحهم جائز» (٦).

و قوله (عليه السلام) في غير واحد من الأخبار: «إن كل قوم دانوا بشيء يلزمهم

ص: ٤٧٥

١- الشيخ في النهاية: ٦٨٣، و المبسوط ١٢٠: ٤، ابن حمزه في الوسيلة: ٤٠٣، الديلمي في المراسم: ٢٢٤، القاضى في المهذب ١٧٠: ٢، التنقيح ٢٢١: ٤، غايه المرام ٢٠٦: ٤.

٢- التحرير ١٧٦: ٢.

٣- الفقيه ٨٠٤/٢٤٩، التهذيب ٩: ١٢٩٩/٣٦٤، الإستبصار ٤: ٧٠٤/١٨٨، الوسائل ٢٦: ٣١٧، أبواب ميراث المجوس ب ١ ح ١.

٤- قرب الإسناد: ٥٥٨/١٥٣، الوسائل ٢٦: ٣١٨، أبواب ميراث المجوس ب ١ ح ٤.

٥- أحدهما في: الكافي ١/٥٧٤، التهذيب ٧: ١٩٥٦/٤٨٦، الوسائل ٧: ١٩٩، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٨٣ ح ١. و الآخر في: الكافي ٧: ٣/٢٤٠، التهذيب ١٠: ٢٨٨/٧٥، الوسائل ٢٨: ١٧٣، أبواب حد القذف ب ١ ح ٣.

٦- التهذيب ٧: ١٩٠٧/٤٧٥، الوسائل ٧: ٢٠٠، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٨٣ ح ٣.

و لعل هذا القول أظهر؛ لاعتبار سند الأحاديث الدالّة عليه، سيّما مع اعتزادها بالشهره المحكيه فى الفتوى و الروايه، و لكن الإجماع المتقدّم فى كلام المرتضى على القول الأوّل المعتضد بدعوى المفيد الشهره عليه يوجب التوقف فيه، سيّما و أنّ اختيار الفضل الموافق له و لو فى الجملة أشبه عند أكثر من تأخّر، كالفاضلين و الشهيدين و غيرهم (٢) ممّن وقفت على كلامهم، و لعله لهذا نسبه جدّى المجلسى - (رحمه الله) فى شرحه على الفقيه إلى الأكثر (٣).

و استدلووا للتوارث بالنسب الصحيح و الفاسد بتوارث المسلمين بهما حيث يقع الشبعه، و هى موجوده فيهم.

و لعدمه بالسبب الفاسد بقوله تعالى وَ أَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ [١] (٤) و قوله تعالى وَ قُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ [٢] وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ [٣] (٥) و لا شىء من الفاسد بما أنزل الله تعالى، و لا بحق، و لا بقسط.

و بهذه الحججه احتجّ الحلّى (٦) على نفي الفاسد منهما.

و قد عرفت فساده فى فاسد النسب، و الظاهر لولا ما قدّمناه فساده فى

ص: ٤٧٦

١- التهذيب ١/٣٦٥، الإستبصار ١٨٩/٤٠٥، الوسائل ٣١٨:٢٦ أبواب ميراث المجوس ب ١ ح ٣.

٢- المحقق فى الشرائع ٤:٥٢، العلّامه فى القواعد ٢:١٩٠، الشهيدين فى اللمعه (الروضه البهيه ٨): ٢٢٣؛ و انظر كشف اللثام ٣١١:٢.

٣- روضه المتقين ١١:٤٠٣.

٤- المائده: ٤٩.

٥- المائده: ٤٢.

٦- السرائر ٣:٢٨٨.

فساد السبب أيضاً بعد قيام ما قدّمناه من الأدلّة على صحته عندهم و لو كان فاسداً عندنا، وإقرارهم على دينهم مما أنزل الله تعالى، وهذا من لوازم ذلك، فتأمل جداً.

و كيف كان ف لو خلف المجوسى أمياً هي زوجته له، فلها نصيب الأمّ دون الزوجه على مختار الفضل، و نصيبهما على مختار الشيخ، و على قول يونس إن كان امّه على نكاح صحيح فكذلك، وإلا فلا شيء لها.

و لو خلف جدّه هي أخت له، و يتصوّر فيما إذا تزوّج أبوه بابنه بنته فأولده منها، فالبنت للصلب جدّته لأمّه، و هي أختها؛ لأن أباهما واحد ورثت بهما أى بالجدّيّه و الأختيه.

و لا- كذا لو خلف بنتاً هي أخت له، و يتصوّر فيما إذا تزوّج امّه و أولدها بنتاً، فهي بنته لصلبه، و أخته لأمّه، فإنّها لا ترث بالبنتيه و الأختيه لأنّه لا ميراث للأخت مع البنت بل ترث بالبنتيه خاصّه.

و الحكم فى هاتين المسألتين بالإرث بالنسب بقول مطلق إنّما هو على القولين الأخيرين، دون قول يونس، و أمّا عليه فيقيّد بصححه النسب.

خاتمه فى بيان حساب الفرائض

خاتمه فى بيان حساب الفرائض الذى هو فى هذا الباب من أعظم المهام؛ للاحتياج إليه فى تصحيح المسائل أولاً، وقسمه التركة على الورثه ثانياً.

فنقول: كل عدد إذا نسب إلى آخر، فإما أن يكونا متساويين، كثلاثة و ثلاثة، و يقال لهما: المتماثلان أيضاً.

أو مختلفين، و حينئذٍ فإما أن يعدّ الأقل الأكثر و يفنيه بإسقاطه عنه مرّه بعد أُخرى، أو لا. فالأول: المتداخلان؛ لدخول أحدهما فى الآخر كالثلاثة مع التسعه، و يقال لهما المتوافقان بالمعنى الأعمّ أيضاً.

و طريقه استعلام التداخل بين العددين أن يسقط أقلهما من الأكثر مرّه بعد أُخرى، أو يزداد على الأقل مثله مرّه أو مراراً، فإن فنى الأكثر أو ساوى الأقل الأكثر فهما متداخلان.

و الثانى: و هو ما لا يعدّ الأقل الأكثر، لا يخلو إما أن يعدّهما معاً عدد ثالث غير الواحد، بمعنى أن يفنيهما جميعاً بالإسقاط مرّه بعد أُخرى، أو لا- يفنيهما إلّا الواحد، و الأول المتوافقان بالمعنى الأخصّ، كالعشره و الستّه، فإنّه يفنيهما الاثنان، و الستّه و الثمانيه كذلك، و التسعه و الستّه يفنيهما الثلاثة، و العشره و الخمسه عشر يفنيهما الخمسه.

و قد يتعدّد المبنى لهما، كما فى الاثنى عشر و الثمانيه عشر، فإنّه يفنيهما الستّه و الثلاثة و الاثنان، فتوافقهما حينئذٍ بالسدس و الثلث و النصف،

لكن المعبر عندهم منها أقلها جزءاً؛ لأنه أقل للفريضة و أسهل للحساب، و هو هنا السدس. و كالعشرين و الثلاثين فإنه يفنيهما العشره و الخمسه و الاثنان، فتوافقهما بالعشر و الخمس و النصف، و المعبر العُشر؛ لما قلنا.

و الثاني: المتباينان، كثلاثة و خمسه، و ثلاثة و سبعة، و طريق استعمال التوافق و التباين بين العددين أن يسقط أقلهما من الأكثر ما أمكن، فما بقي فأسقطه من الأقل، فإن بقي منه شيء فأسقطه ممّا بقي من الأكثر، و لا تزال تفعل ذلك حتى يفنى العدد المنقوص منه أخيراً، فإن فنى بواحد فمتباينان، و إن فنى بعدد فمتوافقان بجزء مأخوذ من ذلك العدد تكون نسبتته إلى ذلك العدد كنسبه الواحد إليه، فإن فنى باثنين فهما متوافقان بالنصف، أو بثلاث فبالثلث، أو بأربعة فبالربع، و هكذا.

و قد يتراعى إلى جزء من أحد عشر فصاعداً، مثاله أحد و عشرون و تسعه و أربعون، تسقط الأقل من الأ-كثُر مرّتين، تبقى سبعة، تسقطها من الأحد و العشرين تفنيها، فتوافقهما بالسبع.

و كعشره و ستّه، تسقطها من العشره، تبقى أربعة، تسقطها من الستّه تبقى اثنان، تسقطهما من الأربعة مرّتين يفنيانها، فتوافقهما بالنصف.

و كمائه و عشرين و مائه و خمسه و ستّين، تسقط الأقل من الأكثر، تبقى خمسه و أربعون، تسقطها من الأقل تبقى ثلاثون، تسقطها من الخمسه و أربعين، تبقى خمسه عشر، تسقطها من الثلاثين مرّتين يفنيهما، فالتوافق بجزء من خمسه عشر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ مخارج الفروض ستّه بل خمسه، لاجتماع الثلث و الثلثين في مخرج واحد، كما يأتي و نعى بالمخرج: أقلّ عدد يخرج منه ذلك الجزء المكسور صحيحاً ف مخرج النصف من

اثنين، والرابع من أربعة، والثلث من ثمانية، والثلثان من ثلاثة، والسادس من ستة وحينئذٍ فإمّا أن يقع فى المسأله واحد منها، أو اثنان فصاعداً، أو لا يقع منها شىء فيها.

و على الأول: فالمخرج المأخوذ منه ذلك الكسر هو أصل المسأله، كما لو اجتمع الزوج مع أهل المرتبه الثانيه ممن ليس له فريضه، فإنّ أصل الفريضه اثنان هو مخرج النصف حصّه الزوج، فله واحد منها و الآخر للباقيين، فإن انقسم عليهم من دون كسر، وإلا عملت به ما يأتى إلى أن تصحح الفريضه من عدد ينتهى إليه الحساب، وهكذا لو اجتمع فيها نصفان.

و على الثانى: فإن كانا متماثلين، و خرج الكسران من مخرج واحد، فيجتزى بأحدهما، كالثلث و الثلثين فالثلاثه أصل المسأله.

و إن كانا مختلفى المخرج، فلا بدّ من النظر فيهما، فإن كانا متداخلين يجتزى بأكثرهما، كالثمانيه مخرج الثمن فريضه الزوجه، و الاثنى مخرج النصف فريضه البنت الواحده، فيما إذا اجتمعت مع الزوجه، أو الستّه مخرج السدس هو فريضه أحد الأبوين، و الاثنى مخرج النصف فريضه البنت الواحده فيما إذا اجتمعت مع أحدهما، فأكثر المخرجين من الثمانيه فى الفرض الأول و الستّه فى الفرض الثانى هو أصل المسأله.

و إن كانا متوافقين ضربنا وفق أحدهما فى مجموع الآخر، كالستّه مخرج فريضه الواحده من كلاله الأم، و الأربعة مخرج فريضه الزوجه، و التوافق بينهما بالنصف، و هو من الأربعة اثنان، و من الستّه ثلاثه، تضرب أحد النصفين فى مجموع الآخر يحصل اثنا عشر، هو أصل الفريضه.

و لو اجتمع الثمن و السدس، كزوجه و أحد الأبوين مع ابن، فالثمن مخرجه الثمانية، و السدس مخرجه الستة و بينهما توافق بالنصف فتضرب نصف أحدهما في مجموع الآخر يحصل أربعة و عشرون، هي أصل الفريضة، و هكذا.

و إن كانا متباينين ضربنا أحدهما في الآخر، كأربعة و ثلاثة فيما إذا اجتمع زوجه لها الربع و أم لها الثلث، و كثمانية و ثلاثة فيما إذا اجتمعت زوجه لها الثمن و بنتان لهما الثلثان.

ففي الفرض الأوّل: تضرب الأربعة في الثلاثة أو بالعكس يحصل اثنا عشر، هي الفريضة.

و في الثاني: تضرب ثمانية في ثلاثة أو بالعكس يحصل أربعة و عشرون، و على هذا القياس.

و على الثالث: يجعل المال على عدد الرؤوس مع التساوى في الذكوره و الأنوثة، و مع الاختلاف فيهما يجعل سهمان للذكر و سهم للأنثى، فما اجتمع فهو أصل الفريضة صحيحاً.

و بعد ما صححت الفريضة لا تخلو إمّا أن تكون بقدر السهام، أو أقلّ منها، أو أكثر، فما كان الفريضة فيه بقدرها فإن انقسم الفريضة عليها من غير كسر فلا - بحث، كزوج و أخت لأبوين أو لأب، فالمسألة من سهمين؛ لأنّ فيها نصفين و مخرجهما اثنان ينقسم عليهما من غير كسر.

و إلّا تنقسم عليها بغير كسر مع كونها مساويه لها، فإمّا أن تنكسر على فريق واحد، أو أكثر، ثم إمّا أن يكون بين عدد المنكسر عليه و سهامه

وفق بالمعنى الأعم، أو لا، فالأقسام أربعة.

فإن انكسرت على فريق واحد فاضرب عدد من انكسر عليهم دون نصيبهم في أصل الفريضة إن عدم الوفق بين العدد و النصيب و كان بينهما تباين، مثل: زوج و أخوين لأب، للزوج النصف، والفريضة من اثنين للزوج واحد، لا تنكسر عليه، يبقى واحد، و نصيب الأخوين، ينكسر عليهما، و النسبه بين الواحد نصيبهما و عددهما تباين؛ إذ لا توافق بينهما، تضرب عددهما اثنين في اثنين أصل الفريضة، يحصل أربعة، تصح منها المسأله، للزوج منها اثنان، و للأخوين اثنان، لكل منهما واحد.

و مثل: أبوين و خمس بنات أصل فريضتهم ستّه؛ لاشتمالها على السدس و مخرجه ستّه، نصيب الأبوين منها اثنان، لا ينكسر عليهما، و تنكسر الأربعة الباقية نصيب البنات على الخمسه عددهنّ فتضرب الخمسه تمام عددهنّ في أصل الفريضة ستّه فما اجتمع و هو ثلاثون فمنه تصح الفريضة فكلّ من حصل له شىء من أصل الفريضة أخذه مضروباً في خمسه، فلأبوين سدساها عشره، و للبنات الخمس ثلاثاها عشرون، ينقسم عليهنّ بالسويه أربعة أربعة.

و إنّما ضربنا الخمسه في أصل الفريضة لأنّه لا وفق بين نصيبهنّ الأربعة و عددهنّ الخمسه، بل بينهما تباين، و حكمه هنا ضرب العدد المباين دون النصيب في أصل الفريضة.

و لو كان بينهما وفق و لو بالمعنى الأعمّ ضربت الوفق من العدد المنكسر عليه الفريضة لا الوفق من النصيب في أصل الفريضة فما حصل منه تصح المسأله.

مثل: أبوين و ستّ بنات أصل الفريضة من ستّه؛ لعين ما مرّ في

المسألة السابقة، للأبوين السدسان اثنان، وللبنات أربعة ينكسر عليهنّ و بين نصيبهنّ و هو الأربعة و عددهنّ و هو الستة وفق، و هو النصف، فيضرب الوفق من العدد لا- من النصيب و هو ثلاثة لأنّها نصف الستة في أصل الفريضة و هو ستّة، فما اجتمع بعد الضرب، و هو ثمانية عشر صحت منه الفريضة، للأبوين السدسان ستة، لكل منهما ثلاثة، وللبنات الستّ اثنا عشر، لكل منهم اثنان اثنان.

و كذا لو كنّ بدل الستّ ثمانية، ينكسر نصيبهنّ الأربعة عليهنّ، و بينها و بين عددهنّ توافق بالربع، تضرب ربع عددهنّ اثنان في ستّة أصل الفريضة، تبلغ اثني عشر، للأبوين السدسان أربعة، وللبنات الثلثان ثمانية بعددهنّ.

و إن انكسرت على أكثر من فريق، فإمّا أن يستوعب الكسر الجميع، أم لا، و على التقديرين فإمّا أن يكون بين نصيب كل فريق انكسر عليه و عدده وفق، أو تباين، أو التفريق.

فإن كان الأوّل: رددت كل فريق إلى جزء الوفق، ثم اعتبرت الأعداد بعد الردّ هل هي متماثلة، أو متداخلة، أو متوافقة، أو متباينة؟ فإن كانت متماثلة اجتزأت بواحد منها، و ضربته في أصل الفريضة، كست زوجات و ثمانية من كلاله الأمّ و عشره من كلاله الأب، للزوجات الربع من أربعة، و لكلاله الأمّ الثلث من ثلاثة، و بين العددين تباين، تضرب أحدهما في الآخر تبلغ اثني عشر هي الفريضة، للزوجات منها ثلاثة يوافق عددهنّ بالثلث، و لكلاله الأمّ أربعة يوافق عددهم بالربع، و لكلاله الأب خمسة يوافق عددهم بالخمس، فتردّ كل فريق إلى جزء وفقه، و هو في الجميع اثنان؛ لأنهما ثلث باعتبار عدد الزوجات، و ربع باعتبار عدد كلاله

الأم، و خمس باعتبار الكلاله للأب، فأجزاء الأوفاق فيها متماثله، فتضرب أحدها في أصل الفريضة تبلغ أربعاً و عشرين، للزوجات منها ستة. و لكالله الأم منها ثمانية، و للأخوه للأب عشره.

و إن كانت متداخله اجتزأت بالأكثر، كالمثال المتقدم مع جعل كلاله الأم ستة عشر، نصيبهم يوافق عددهم بالربع، فتردهم إلى الأربعة، و بينها و بين الوفق المردود إليه كل من عدد الزوجات و كلاله الأب و هو الاثنان تداخل؛ لدخولهما فيها، فتجتزى بها، و تضربها في اثني عشر أصل الفريضة تبلغ ثمان و أربعين، للزوجات منها اثنا عشر، و لكالله الأم ستة عشر عددهم، و الباقي و هو عشرون لكالله الأب.

و إن كانت متوافقه ضربت وفق أحد المتوافقين في عدد الآخر، ثم المجتمع في أصل الفريضة، كالمثال المذكور مع جعل كلاله الأم أربعة و عشرين و كلاله الأب عشرين، الفريضة من اثني عشر، كما مرّ، للزوجات ثلاثه يوافق عددهنّ بالثلث، و لكالله الأم أربعة يوافق عددهم بالربع، و لكالله الأب خمسة توافق عددهم بالخمس، فردّ كل فريق إلى جزء الوفق، و هو اثنان بالنسبه إلى الزوجات، و ستة بالنسبه إلى كلاله الأم، و أربعة بالنسبه إلى كلاله الأب، و بين كل من أعداد الوفق و ما فوقه موافقه بالنصف، فتضرب وفق الأربعة و هو الاثنان في ستة تبلغ اثني عشر، تضربها في مثلها أصل الفريضة تبلغ مائه و أربعة و أربعين، هي أصل الفريضة، و القسمه واضحه.

و إن كانت متباينه ضربت بعضها في بعض، ثم المجتمع في أصل الفريضة، كالمثال المزبور مع جعل كلاله الأم اثني عشر و كلاله الأب خمسة و عشرين، الفريضة من اثني عشر، كما مرّ، فيرجع عددهم بعد الردّ إلى

اثنين بالنسبه إلى الزوجات؛ لأنهما جزء وفق عددهنّ، و ثلاثه بالنسبه إلى كلاله الأمّ، و خمسّه بالنسبه إلى كلاله الأب؛ لذلك، و النسبه بين هذه الأعداد التباين، تضرب الاثنين في ثلاثه تبلغ ستّه، و تضربها في خمسّه تبلغ ثلاثين، تضربها في أصل الفريضة اثني عشر تبلغ ثلاثائه و ستين، و القسمه بمراجعه ما مرّ ظاهره.

و إن كان الثاني:نسبت أعداد كل فريق إلى الآخر، فإن تساوت اجتزأت بأحدهما و ضربته في أصل الفريضة، كثلاثه إخوه لأمّ و ثلاثه لأب، أصل الفريضة من ثلاثه؛ لأنها مخرج الثلث حصّه كلاله الأمّ، فلها واحد ينكسر على عددهم، و لكلاله الأب اثنان ينكسر على عددهم أيضاً، و النسبه بين عدد الفريقين تساوي، تضرب أحدهما و هو ثلاثه في أصل الفريضة مثلها تبلغ تسعه، هي أصل الفريضة، لكلاله الأمّ ثلثها ثلاثه، لكل منهم واحد، و لكلاله الأب ستّه، لكل منهم اثنان.

و إن تداخلت اجتزأت بالأكثر، و ضربته في أصل الفريضة، كالمثال مع جعل كلاله الأب تسعه، الفريضة أيضاً من ثلاثه، و النسبه بينها و بين التسعه تداخل، تجتزى بالتسعه، تضربها في ثلاثه أصل الفريضة تبلغ سبعاً و عشرين، ثلثها لكلاله الأمّ تسعه، لكل ثلاثه أسهم، و الباقي لكلاله الأب ثمانية عشر، لكل سهمان.

و إن توافقت ضربت وفق أحدهما في مجموع الآخر، ثم المجتمع في أصل الفريضة، كأربع زوجات مع ستّه أولاد، فريضتهم ثمانية مخرج الثمن نصيب الزوجه، واحد للزوجات، و سبعة للأولاد، تنكسر على الفريقين، و لا- وفق بين نصيبهما و عددهما، و بين عددهما توافق بالنصف، فتضرب اثنين في ستّه، ثم المرتفع في ثمانية تبلغ ستّه و تسعين، للزوجات اثنا

عشر، لكل واحده ثلاثه، و للأولاد أربعة و ثمانون، لكل واحد أربعة عشر.

و إن تباينت ضربت أحدهما في الآخر، ثم المرتفع في أصل الفريضة، كزوجتين و خمسه إخوه لأمّ و سبعة لأب، أصل الفريضة من اثني عشر، مخرج الثلث و الربع؛ لأنها المجتمع من ضرب أحدهما في الآخر؛ لتباينهما، فلزوجتين الربع ثلاثه، و لكلاله الأمّ أربعة، و لكلاله الأب خمسه، و لا- وفق بين نصيب كل و عدده، و الأعداد أيضاً متباينه، فتضرب أيهما شئت في الآخر، ثم المرتفع في الباقي، ثم المجتمع في أصل الفريضة، فتضرب اثنين في خمسه، ثم المجتمع في سبعة تكون سبعين، تضربها في اثني عشر أصل الفريضة تبلغ ثمانمائه و أربعين، فكل من كان له سهم من اثني عشر أخذه مضروباً في سبعين.

و إن كان الثالث: رددت العدد الموافق لنصيبه إلى جزء وفقه، ثم نسبت الوفق إلى العدد الآخر الغير الموافق لنصيبه و اعتبرت النسبه بينهما.

فإن تماثلت اجترأت بأحدهما و ضربته في أصل الفريضة، كزوجتين و ستّه إخوه لأب، فريضتهم أربعة مخرج الربع نصيب الزوجه، تنكسر على الفريقين، للزوجتين واحد يباين عددهما، و للإخوه ثلاثه توافق عددهم بالثلث اثنين، تردّ عددهم إليهما، و النسبه بينهما و بين عدد الزوجتين تساوي، فتجزي بأحدهما اثنين، تضربهما في أصل الفريضة أربعة تحصل ثمانيه، للزوجتين الربع اثنان، لكلّ منهما واحد، و للإخوه ستّه لكل منهم واحد.

و إن تداخلت اجترأت بالأكثر و ضربته في أصل الفريضة، كأربع زوجات و ستّه إخوه لأب، الفريضة من أربعة، كما عرفته، للزوجات الأربع واحد ينكسر عليهنّ و يباين عددهنّ، و للإخوه الستّه ثلاثه تنكسر عليهم و يوافق عددهم بالثلث اثنين، تردّ عددهم إليهما، و بينهما و بين عدد

الزوجات تداخل، فتجتزى بالأربعة عددهنّ تضربها في أصل الفريضة تبلغ ستّ عشر، للزوجات الربع أربعة، لكل منهنّ واحد، و للإخوه الستّ اثنا عشر، لكل منهم اثنان.

و إن توافقت ضربت الوفق من أحدهما من مجموع الآخر، ثم الحاصل في أصل الفريضة، كزوجتين و ستّ إخوه لأب و ستّ عشر لأمّ، الفريضة من اثني عشر، للزوجتين الربع ثلاثة تنكسر عليهما، و بينها و بين عددهما تباين، و لكلاله الأب خمسة تنكسر عليهم، و بينها و بين عددهم تباين، و لكلاله الأمّ أربعة تنكسر عليهم، و بينها و بين عددهم توافق بالربع، تردّ عددهم إليه، و هو أربعة، و بينها و بين عدد كلاله الأب توافق بالنصف فتضرب نصف أحدهما في الآخر تبلغ اثني عشر، تضربها في أصل الفريضة اثني عشر تبلغ مائه و أربعة و أربعين.

و لا- يحتاج إلى النظر في عدد الزوجات؛ لأنّه إمّا متوافق بالنصف أيضاً للأربعة و هو موجب لاطراح نصفه و هو الواحد، أو متداخل لها فللزوجتين الربع ستّ و ثلاثون، تنقسم عليهما صحيحاً، لكل منهما ثمانية عشر، و لكلاله الأمّ الثلث ثمانية و أربعون، لكل منهم ثلاثة، و الباقي و هو ستون لكلاله الأب، لكل منهم عشرة.

و إن تباينت ضربت بعضها في بعض ثم المرتفع في أصل الفريضة، كزوجات أربع و سبعة إخوه لأب و ستّ إخوه لأمّ، أصل الفريضة من اثني عشر، كما مرّ، للزوجات الأربع الربع ثلاثة تنكسر عليهنّ، و بينها و بين عددهنّ تباين، و لكلاله الأب خمسة تنكسر عليهم، و بينها و بين عددهم تباين، و لكلاله الأمّ الثلث أربعة، و بينها و بين عددهم توافق بالنصف، تردّ عددهم إليه و هو ثلاثة، و بينها و بين كل من السبعة و الأربعة تباين، ضربت

الأربعة في ثلاثه، ثم الحاصل في سبعة تبلغ أربعة وثمانين، تضربها في أصل الفريضة يحصل ألف وثمانية، للزوجات منها الربع مائتان واثنتان و خمسون، لكل واحد ثلاثه و ستون، و لكلاله الأم الثلث ثلثمائه و ستّه و ثلاثون، لكل واحد ستّه و خمسون، و لكلاله الأب الباقي أربعمائه و عشرون، لكل واحد ستون.

و ما ذكرناه من الأمثله الاثنى عشره في الأنواع الثلاثه المتقدمه في المنكسر على أكثر من فريق إنّما هو في الانكسار المستوعب لجميع الفرق، و يأتي مثلها في غير المستوعب، و يسهل استخراجها بعد الاستعانه بمراجعه ما قدّمنا مثاله من الصوره الأولى من النوع الثاني: ثلاث زوجات و ثلاثه إخوه لأمّ و ثلاثه لأب، الفريضة اثنا عشر، مضروب مخرج الربع أربعة في الثلث ثلاثه، للزوجات منها ثلاثه تنقسم عليهنّ من دون كسر، و لكلاله الأم أربعة، و لكلاله الأب خمسه تنكسر عليهم من الطرفين، و العدد و النصيب فيهما متباينه، و الأعداد متماثله تجتزى بأحدها و هو ثلاثه، تضربها في أصل الفريضة تبلغ ستّه و ثلاثين، للزوجات منها الربع تسعه، لكلّ ثلاثه، و لكلاله الأم الثلث اثنا عشر، لكلّ أربعة، و لكلاله الأب خمسه عشر، لكلّ خمسه، و باقى الأمثله واضحه لمن راعى الضوابط المتقدمه.

و لو نقصت الفريضة عن السهام لزيادتها عليها بدخول الزوج أو الزوجه، فلا عول فيها عندنا، كما مضى الكلام فيه و فى أنّه حينئذٍ يدخل النقص على البنت أو البنات من أهل المرتبه الأولى إذا اجتمع أحدهما معهم أو على من تقرب إلى الميت بالأب و الأمّ أو الأب من الأخوات من أهل المرتبه الثانيه إذا اجتمعا معهم.

و ذلك من المرتبه الأولى مثل: أبوين و زوج و بنت واحد،

الفريضة من اثني عشر، مضروب ستّة مخرج السدس فريضة كل من الأبوين في اثنين جزء وفق الأربعة مخرج الربع فريضة الزوج، أو بالعكس، بأن تضرب الأربعة في جزء وفق الستة ثلاثة، فالحاصل على كلا التقديرين اثنا عشر فللأبوين السدسان منها أربعة وللزوج الربع منها ثلاثة و الباقي منها للبنت و هو خمسة، فقد دخل النقص عليها بواحدة؛ لأنّ فريضة النصف منها ستّة.

و كذا لو اجتمع أبوان أو أحدهما و بنت أو بنتان فصاعداً و زوج أو زوجة النقص يدخل على البنت أو البنات تضمّنت هذه العبارة أمثله، منها: اجتماع الأبوين و الزوج و البنت الواحدة و هو تكرار؛ لتقدّمه سابقاً، فالأولى حذف «و بنت» منها.

و منها: اجتماع أبوين و بنتين و زوج، الفريضة اثنا عشر، كالمثال السابق من دون فرق بينهما، إلّا من حيث إنّ هنا بدل البنت بنتين.

و منها: اجتماع أحد الأبوين و بنتين و زوج، الفريضة كسابقها، إلّا أنّ هنا بدل الأبوين أحدهما، فتزاد البنات نصيب أحد الأبوين المحذوف، و مع ذلك نقصنا بواحد؛ لأنّ فريضتهما الثلثان منها ثمانية و قد أعطيتا سبعة.

و منها: اجتماع أبوين و بنتين و زوجة، الفريضة من أربعة و عشرين، مضروب ستّة مخرج السدس في أربعة جزء وفق الثمانية مخرج الثمن فريضة الزوج، أو بالعكس، تبلغ ذلك للأبوين ثمانية، و للزوجة ثلاثة، و للبنتين ثلاثة عشر، مع أنّ فريضتهما الثلثان ستّة عشر، فقد نقصنا بثلاثة.

و من المرتبة الثانية مثل ما لو اجتمع اثنان من ولد الأمّ و أختان للأب و الأمّ أو للأب مع زوج أو زوجة يأخذ الزوج و كلاله الأمّ كمال

فريضةها و يدخل النقص على من يتقرب بالأب و الأم أو الأب خاصه الفريضة في الأول من ستته، مضروب مخرج الثلث فريضة كلاله الأم و هو ثلاثه في مخرج النصف فريضة الزوج و هو اثنان؛ لتباينهما، للزوج النصف منها ثلاثه، و لكاله الأم الثلث اثنان، و لكاله الأب واحد، نقصتا بثلاثه؛ لأن فريضةها الثلثان أربعة.

و كذا لو كان بدل الأختين أخت واحده، إلا أنها تنقص باثنين؛ لأن فريضةها النصف ثلاثه.

و في الثاني اثنا عشر، مضروب مخرج الثلث ثلاثه في الأربعة مخرج فريضة الزوج؛ لتباينهما، للزوج الربع ثلاثه، و لكاله الأم أربعة، و لكاله الأب خمس، نقصتا بثلاثه؛ لأن فريضةها الثلثان ثمانية.

و بالجمله الضابط في صورته نقص الفريضة عن السهام إدخاله على من ذكرنا.

ثم إن انقسمت الفريضة على أرباب السهام على صحه من دون كسر فلا بحث، كما في المثال الأول من الأمثله المتقدمه، و هو اجتماع أبوين و زوج و بنت واحده، و كما فيه لو بدلت البنت الواحده بخمس.

و إذا تنقسم عليهم على صحه ضربت سهام من انكسر عليه النصيب، بل عدده في أصل الفريضة إذا عدم الوفق بين العدد و النصيب، و كان المنكسر عليه فريقاً واحداً، كالأمثله المتأخره عنه.

ففي الأول و الخامس منها بين عدد البنتين و الأختين و نصيبهما خمس تباين، تضرب العدد اثنان في الفريضة اثني عشر تبلغ أربعة و عشرين، للأبوين أو كلاله الأم ثمانية، و للزوج أو الزوجه ستته، و للبنتين أو الأختين

عشره، لكل منهما خمسة.

و كذا في الثاني منها، إلا أنّ للبتين هنا أربعة عشر، لكل منهما سبعة، ولأحد الأبوين أربعة، وللزوج ستة.

و كذا في الثالث، إلا أنّ للبتين ستة و عشرين، لكل منهما ثلاثة عشر؛ لتضاعف الفريضة فيه بفريضة الزوجه.

و كذا في الرابع، وللأختين فيه اثنان، لكل منهما واحد.

و كما إذا اجتمع أبوان و زوج و ثلاث بنات، الفريضة من اثني عشر، كما مرّ، للأبوين أربعة، وللزوج ثلاثة، وللبنات خمسة تنكسر عليهنّ، و بينها و بين ثلاثة عددهنّ تباين، يؤخذ به و يضرب في أصل الفريضة تبلغ ستة و ثلاثين، للأبوين الثلث اثنا عشر، وللزوج الربع تسعة، وللبنات خمسة عشر، لكل خمسة.

و هكذا لو كنّ أربعاً أو ستّاً إلى ما دون العشرة، فإنّ هذه الأعداد متباينة لنصيبهنّ، فالحكم فيها واحد.

و لو كنّ عشراً وافق عددهنّ نصيبهنّ بالخمس، و قد عرفت فيما تقدم فيما إذا انكسرت الفريضة على فريق واحد أنّه يضرب الوفق من عدد رؤوسهم لا من النصيب في الفريضة، و هي هنا اثنا عشر، تبلغ أربعاً و عشرين، للأبوين الثلث ثمانية، وللزوج الربع ستة، و للبنات العشر عشره.

و لو كنّ خمس عشره فقد وافق عددهنّ نصيبهنّ بالخمس أيضاً، فتردّه إلى ثلاثة، و تضربها في أصل الفريضة تبلغ ستّاً و ثلاثين، و القسمه واضحه.

و لو زادت الفريضة عن السهام كان الردّ على ذوى السهام دون

غيرهم، و لا تعصيب عندنا، كما مضى الكلام فيه و فى أنه لا يردّ على الزوج مع الوارث و لا الزوجه مطلقاً و لا على الأمّ مع وجود من يحجبها من كلاله الأب، و لا على الكلاله المتقرّبه بها إذا اجتمعت مع الكلاله المتقرّبه بالأب أو بهما، على الأشهر الأقوى.

و صورته حجب الأمّ عن الردّ و عدمه مثل اجتماع أبوين و بنت واحده ف إنّه إذا لم يكن هناك حاجب للأمّ من الإخوه للأب فالردّ يكون عليهم جميعاً أخصاً و إن كان لها حاجب ف للأمّ السدس خاصه، و يختصّ الردّ بالأب و البنت أرباعاً أصل الفريضة من ستّه مخرج السدس فريضة أحد الأبوين؛ لأنّ الاثنين مخرج النصف فريضة البنت الواحده يداخل الستّه، فيكتفى بها؛ لأنّها الأكثر، للأبوين منها اثنان، و للبنت ثلاثه، يبقى واحد يردّ عليهم أخصاً أو أرباعاً ينكسر عليهم.

و تصحيحه أن تضرب مخرج سهام الردّ و الكسر و هو خمسه أو أربعه فى أصل الفريضة ستّه، تبلغ ثلاثين على الأوّل، و أربعه و عشرين على الثانى فما اجتمع بعد الضرب صحت منه الفريضة فعلى الأوّل للأبوين الخمسان اثنا عشر، ينقسم عليهما صحيحاً، و للبنت ثمانيه عشر.

و على الثانى للأمّ سدسها خاصه أربعه، و الباقي و هو عشرون للأب ربيعه خمسه، فريضته منها أربعه، و واحد من جهه الردّ، و للبنت خمسه عشر، فريضتها منها اثنا عشر، و ثلاثه حصتها من جهه الردّ.

و لو اجتمع أحد الأبوين و بنتان فصاعداً، فلا أحد الأبوين السدس

فريضه، و للبنتين فصاعداً الثلثان كذلك، و الباقي يردّ بنسبه السهام أخصاً.

بيانه: أنّ مخرج السدس ستّه، و مخرج الثلثين ثلاثه، و بينهما تداخل، فيكتفى بالأكثر و هو الستّه، لأحد الأبوين سدسها واحد، و للبنتين ثلثاها أربعة، و الواحد الباقي يردّ عليهم، كل بنسبه حصّته، و قد عرفت أنّهم اقتسموا في خمسه للبنتين أربعة أخصاً، و لأحد الأبوين خمس، فيجب أن يكون الردّ أخصاً بنسبه الحصص، و قد انكسرت الفريضه عليهم في مخرج الخمس خمس، فتضربها في أصل الفريضه ستّه، تبلغ ثلاثين، لأحد الأبوين خمسها ستّه، فرضه منها خمس و ردّه واحد، و للبنتين أربعة و عشرون، فريضتهما منها عشرون و أربعة من جهه الردّ.

تمه في بيان المناسخات

تمه في بيان المناسخات جمع مناسخه، مفاعله من النسخ، و هو النقل و التحويل.

و نعى به هنا أن يموت إنسان و لا تقسم تركته، ثم يموت أحد وراثه ف قد يتعلق الغرض بقسمه الفريضتين من أصل واحد، فإن اتّحد الوارث و الاستحقاق كان كالفريضه الواحد، و لا يحتاج إلى عمل آخر.

و نعى باتحاد الوارث كون وارث الميت الثانى هو وارث الميت الأوّل بعينه، و باتحاد الاستحقاق كون الجهه الموجهه لاستحقاق الميراث فيها واحداً، كالبنوّه و الأخوه و الزوجيه و نحوها، و ذلك كرجل توفّى و خلف أربعة إخوه و أُختين، و الجميع لأب و أمّ أو لأمّ، فمات أخوان منهم و أُخت، و ليس لهم وارث إلّا الإخوه الباقين، فإنّ المال ينقسم بين الأخوين و الأخت

الباقيين أخماساً إن تقربوا بالأب، و بالسويه إن تقربوا بالأم، و من مات منهم ينزل منزله العدم، فكأن الميت لم يخلف إلا هؤلاء الباقيين.

و إن اختلف الوارث خاصه، كما لو مات رجل و ترك ابنين، فمات أحدهما و ترك ابناً، فإن جهه الاستحقاق في الفريضتين واحده، و هي البنوه، و الوارث مختلف؛ لكونه في الأولى ابناً و في الثانية ابنه.

أو الاستحقاق خاصه، كما لو مات رجل و ترك ثلاثه أولاد، ثم مات أحدهم و لم يخلف غير إخوته المذكورين، فإن جهه الاستحقاق في الفريضتين مختلفه؛ لأنها في الأولى البنوه، و في الثانية الأخوه، و الوارث واحد.

أو هما معاً، كما لو مات رجل و خلف زوجه و ابناً و بنتاً، ثم مات الزوجه عن ابن و بنت، فإن جهه الاستحقاق في الأولى الزوجيه، و في الثانية البنوه، و الوارث فيها الأولاد، و في الأولى الزوجه و أولاده.

و نهض نصيب المتوفى الثاني و فريضته من الفريضة الأولى بعد تصحيحها بالقسمه على وارثه من دون كسر، كان أيضاً كالفريضة الواحده، و ذلك كما في الأمثله المزبوره.

أما الأول منها: فواضح؛ لأن فريضه الميت الثاني من الفريضة الأولى النصف، و وارثه ولده الواحد، يرجع إليه من غير كسر.

و أما الثاني منها: فلأن الميت الثاني ينزل منزله العدم، و يقسم ميراث الأول على هؤلاء الموجودين.

و ينبغي تقييد تنزيل الميت الثاني منزله العدم في نحو صورته المثل بكون ميراث الباقيين من الميت الثاني على حسب إرثهم من الأول، و إما كان من قبيل صورته اختلاف الوارث، كما لو ماتت امرأه عن أولاد من أب، و ولد آخر من أب آخر، ثم مات أحد الأولاد الذين من أب، فإن ميراث

الأولاد جميعهم من الأم بالسويّة، ذكوريه و أنوثيه، و ميراثهم بعد ذلك من أخيهم يختلف، فإنّ الأخ من الأم له السدس خاصّه، و الباقي لإخوته من الأبوين.

و أما الثالث: فإنّ فريضة الميت الأول من أربعة و عشرين، مضروب مخرج الثمن نصيب الزوجه فى مخرج الثلث و الثلثين نصيب الابن و البنت الوحده، للزوجه منها ثلاثه، تنقسم على ابنها و بنتها صحيحه.

و إلّا ينهض نصيبه بالقسمه على الوارث له بغير كسر، فانظر النسبه بين نصيب الميت الثانى و سهام وراثته، و راعها بينهما بالتوافق و التباين، و بعد ذلك فاضرب الوفق من الفريضة الثانيه التى هى السهام، لا الوفق من النصيب الذى هو فريضة الميت فى أصل الفريضة الأولى التى أخذت منها فريضة الميت و نصيبه إن كان بين الفريضتين يعنى نصيب الميت و سهام وراثته التى هى الفريضة الثانيه وفق كأبوين و ابن ثم يموت الابن عن ابنين و بنتين، فالفريضة الأولى من ستّه، مخرج نصيب أحد الأبوين، و نصيب الابن المتوفى منها أربعة، و سهام وراثته ستّه، توافق نصيبهم بالنصف، فتضرب ثلاثه وفق الفريضة الثانيه فى أصل الفريضة الأولى ستّه، تبلغ ثمانيه عشر، منها تصح المسأله، لأبوى الميت الأول ثلثها ستّه، و للابن اثنا عشر تنقسم على وراثته، لابنيه منها ثمانيه، و للبنتين أربعة.

و كأخوين لأمّ و مثلهما لأب و زوج، مات الزوج عن ابن و بنتين، فالفريضة الأولى اثنا عشر، مضروب مخرج النصف اثنين و الثلث؛ لتباينهما، ثم مضروب المرتفع منهما فى اثنين؛ لانكسارها على فريق واحد و هو الأخوان للأب، و بين نصيب الزوج منها و هو ستّه و فريضة وراثته أربعة توافق بالنصف، فتضرب الوفق من الفريضة و هو اثنان فى اثنى عشر تبلغ

أربعة و عشرين، و منها تصح المسأله، للأخوين للأُم ثلثها ثمانية، و للزوج نصفها اثنا عشر تنقسم على وراثته، للابن منها سته، و للبنتين سته، لكل واحد ثلاثه، و للأخوين للأب أربعة، و كل من هؤلاء يأخذ نصيبه من الفريضة الأولى مضروباً فى اثنين، و هو ما ضربته فى أصل الفريضة الأولى.

و إن لم يكن بين نصيب الميت الثانى و سهام وراثته وفق، بل تباين فاضرب تمام الفريضة الثانى فى أصل الفريضة الأولى، فما بلغ صحت منه الفريضة كما لو توفيت المرأة عن زوج و أخوين لأُم و أخ لأب، ثم مات الزوج عن ابنين و بنت، فإن فريضة الميت الأول سته، كما عرفته، نصيب الزوج منها ثلاثه، و سهام وراثته خمس فلا تنقسم فريضة عليها، و بينهما تباين، فتضرب الخمسه فى سته أصل الفريضة تبلغ ثلاثين، منها تصح المسأله، للأخوين للأُم منها عشره، و للزوج نصفها خمس عشر، تنقسم على وراثته قسمه صحيحه، و كل من له من الفريضة الأولى شىء أخذه مضروباً فى خمس.

و اعلم أنه قد تقع المناسخات فى أكثر من فريضتين، بأن مات بعض وراثه الميت الثانى قبل القسمة، أو بعض وراثه الأول، و حينئذٍ تنظر فى الفريضة الثالثه، فإن انقسمت على وراثه الميت الثالث على صحه و إلا عملت فيها مع ما حصل عندك من الفريضتين السابقتين بعد العمل فيهما على ما قدّمناه كما عملت فى فريضة الثانى مع الأول، و هكذا لو مات رابع و خامس و ما زاد، و العمل واحد، و جميع ما تقدم فيما سبق من الأفراد آتٍ هنا أيضاً، و الحمد لله تعالى..

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 والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



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

