

مِصْبَاحِي
مِنْهَاجُ الصَّالِحِينَ

تَأْلِيفُ أَقْبَلِ الْعَبَّادِ

الْحَاجِّ السَّيِّدِ تَقِيٍّ الطَّيْمُاطِيِّ الْمَعْنِيِّ

بِإِشْرَافِ

الْشَيْخِ عَبَّاسِ الْحَاجِيَانِي

مَبْنِي

مِنْهَاجُ الصَّالِحِينَ



تأليف آقا آقا
الحاج السيد تقي الطباطبائي القمي
عنه

مركز تحقيق و نشر علوم و معارف

الجزء التاسع

بإشراف

الشيخ عباس الحائري



اسم الكتاب: مباني منهاج الصالحين

الناشر: منشورات قلم الشرق

عدد النسخ: ١٠٠٠ نسخة

تاريخ النشر: ٢٠٠٥ م - ١٤٢٦ هـ

الطبعة الاولى

المطبعة نهضت

ISBN: 964 - 94670 - 6 - 8

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب اللقطة

وهي المال الضائع الذي لا يد لأحد عليه المجهول مالكة .
(مسألة ١) : الضائع اما انسان أو حيوان أو غيرهما من الاموال :
والاول يسمى لقبطا والثاني يسمى لهالة والثالث يسمى لقطعة بالمعنى
الاخص .

(مسألة ٢) : لقبط دار الاسلام محكوم بحرمة^١

(١) قال في الجواهر : « الملقوط في دار الاسلام يحكم باسلامه ولو ملكها
اهل الكفر اذا كان فيها مسلم نظراً الى الاحتمال وان بعد تغليباً لحكم الاسلام
الذي يعلو ولا يعلو عليه » (* ١) .
الكلام يقع تارة في أنه محكوم بالاسلام أم لا؟ واخرى في أنه يجوز استرقاقه
أو لا يجوز ويحكم بحرمة أما الكلام من الناحية الاولى فنقول : يشكل الحكم
بكونه مسلماً بمجرد الاحتمال فان هذا الحكم يحتاج الى دليل شرعي ومقتضى
الأصل عدم كونه مسلماً اذ تولده من المسلم غير معلوم كى يحكم عليه بالاسلام

بالتبعية ولا يترتب أثر على اظهاره الاسلام حيث حكم عليه بأن عمدته وخطائه واحد في النص (* ١) .

ومقتضى الاطلاق انه لا يترتب على قوله وفعله أثر وان عمدته يعتبر خطأ أو حمل الرواية على خصوص الدية لا وجه له ، ان قلت : كيف قبل اسلام علي عليه السلام قبل البلوغ ؟ قلت : هو من خواص الامامة المختصة به وامثاله من بقية الائمة وامثالهم كعيسى ويحيى وأضرابهما وعن مجمع البرهان - كما في الجواهر - نفى البعد عن اسلام غير المراهق اذا تكلم بكلمة الشهادة والتوحيد والرسالة واستدل عليه « بعموم ما دل على اسلام من قال كلمة الشهادتين وقاتلوهم حتى يقولوا لا اله الا الله وانهم اذا قدروا على الاستقلال أمكن أن يكسبون واجباً عليهم لان دليل وجوب المعرفة عقلي ولا استثناء في الأدلة العقلية فلا يبعد تكليفهم بل يمكن أن يجب ذلك واذا وجب صح « الخ (* ٢) .

ولا يخفى ضعف هذه الأدلة فان هذا النحو من الاستدلال اجتهد في مقابل النص اذ قلنا ان مقتضى النص سقوط فعله - ومنه قوله - عن الاعتبار وأيضاً قد نص على سقوط التكليف عنه حتى يبلغ لاحظ ما رواه عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة قال : اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك ان أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم (* ٣) .

وصفة القول : انه لا دليل على الحكم بكونه مسلماً ولعل هذا الذي ذكرنا

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب العاقلة الحديث : ٢

(٢) جواهر الكلام ج ٣٨ ص : ١٨٢

(٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ١٢

وكذا دار الكفر اذا كان فيها مسلم أو ذمي يمكن تولده منه^(١)

هو الوجه في عدم حكم الماتن باسلامه فالنتيجة : ان اللقيط لا يحكم باسلامه .
وأما الكلام من الناحية الثانية فيمكن أن يقال : ان الوجه في الحكم عليه بالحرية من جهة ان الرقية تحتاج الى الدليل ومع الشك فيها يحكم بعدمها وبعبارة اخرى : الحر الانسان الذي لا يكون مملوكاً لاحد وحيث ان مقتضى الأصل عدم رقيقته فهو حر فلا مجال لأن يقال : ان نفى احد الضدين لا يثبت الضد الاخر الا على القول بالاثبات الذي لانقول به فلاحظ .

(١) الكلام فيه بعينه هو الكلام فانه لاسبيل الى استرقاقه لاحتمال كونه متولداً من المسلم أو الذمي فلا دليل على دخوله فيمن يجوز استرقاقه وأيضاً لا طريق الى اثبات اسلامه .

ولا يخفى ان قوله عليه السلام الاسلام يعلم ولا يعلم عليه (*) (١)، لا يدل على المدعى فان الرواية ضعيفة اولا بالارسال وثانياً : انه لا يبعد أن يكون المراد به ان الاسلام ببراهينه يعلم فلا يرتبط بالمقام وان أبيت فلا قل من الاجمال وصفوة الكلام ان هذه الرواية لا تكون في مقام اثبات اسلام من يشك في اسلامه .

واما اخبار الفطرة فهي لا تدل على المدعى بل المستفاد منها ان المولود بفطرته الاولى يقبل الاسلام وأما الحكم باسلام الشخص وترتيب آثاره عليه فليس في هذه الاخبار تعرض بالنسبة اليه لاحظ ما رواه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : « فطرة الله التي فطر الناس عليها »؟ قال : التوحيد (*) (٢) . وما رواه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن قوله عز وجل : « فطرة الله التي فطر الناس عليها » ما تلك الفطرة ؟ قال : هي الاسلام

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب موانع الارث الحديث ١١

(٢) الاصول من الكافي ج ٢ ص : ١٢ باب فطرة الخلق على التوحيد الحديث : ١

فطرحهم الله حين أخذ ميثاقهم على التوحيد قال : ألسن بربكم وفيه المؤمن والكافر (١ *).

وما رواه زرارة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل : « فطرة الله التي فطر الناس عليها » قال : فطرحهم جميعاً على التوحيد (٢ *).

وما رواه أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألت عن قوله عز وجل : « حنفاء لله غير مشركين به » قال : الحنفية من الفطرة التي فطر الله الناس عليها لا تبديل لخلق الله قال : فطرحهم على المعرفة به قال : زرارة : وسألت عن قول الله عز وجل : « واذا أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألسن بربكم قالوا بلى » الآية قال : أخرج من ظهر آدم ذريته إلى يوم القيامة فخرجوا كالذر فعرفهم وأراهم نفسه ولولا ذلك لم يعرف أحد ربه وقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : كل مولود يولد على الفطرة يعني المعرفة بأن الله عز وجل خالقه كذلك قوله « ولئن سألتهم من خلق السماوات والأرض ليقولن الله » (٣ *).

وما رواه محمد الحلي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل : « فطرة الله التي فطر الناس عليها » قال : فطرحهم على التوحيد (٤ *).

نعم لا يبعد - كما في الجواهر - أن مقتضى السيرة الحكم بإسلام الطفل في بلاد الإسلام الغالب فيها المسلمون فلاحظ .

أضف إلى ذلك أن جملة من النصوص قد دلت على عدم جواز استرقاق اللقيط وفي

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

(٤) نفس المصدر ص : ١٣ حديث : ٥

واقبىط دار الكفر اذا لم يكن فيها مسلم أو ذمي يمكن تولده منه
يجوز استرقاقه^(١) ووارث الاول الامام اذا لم يكن له وارث^(٢) وكذلك

بعضها حكم على كونه حراً لاحظ ما رواه زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال:
اللقبىط لا يشتري ولا يباع (* ١) .

وما رواه حاتم بن اسماعيل المدايني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المنبوذ
حرفان أحب أن يوالي غير الذي رباه والاه فإن طلب منه الذي رباه النفقة وكان
مؤسراً رد عليه وإن كان معسراً كان ما أنفق عليه صدقة (* ٢) .

ومما رواه عبد الرحمن العزمي عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه قال :
المنبوذ حرفان إذا كبر فإن شاء توالي إلى الذي التقطه والاقيرد عليه النفقة وليذهب
فليوال من شاء (* ٣) .

وما رواه محمد بن أحمد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقطة فقال
لاتباع ولا تشتري ولكن تسخدمها بما أنفقت عليها (* ٤) ومما رواه محمد بن
مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقبىط فقال : حر لا يباع ولا يوهب (* ٥)
(١) كما هو ظاهر إذ كونه كافراً لا إشكال فيه فيجوز استرقاقه .

(٢) إذا الإمام عليه السلام وارث من لا وارث له بالاجماع والنص لاحظ ما رواه
إبان بن تغلب عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يموت ولا وارث له ولا مولى
قال : هو من أهل هذه الآية : « يسألونك عن الأنفال » (* ٦) .

(١) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الحديث ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(٤) نفس المصدر الحديث : ٤

(٥) نفس المصدر الحديث : ٥

(٦) الوسائل الباب ١ من أبواب الأنفال الحديث : ١٤

الامام عاقلته" واذا بلغ رشيداً فاقرب برقيقته قبل منه".

وما رواه حماد بن عيسى مرسل عن العبد الصالح عليه السلام في حديث قال وللإمام صفو المال الى أن قال : « وهو وارث من لا وارث له يعول من لاجلة له (* ١) » .

وما رواه اسحاق بن عمار قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الانفال الى أن قال : « ومن مات وليس له مولى فماله من الانفال » (* ٢) .

(١) لانه وارثه والذي يعقله هو الذي يرثه صرح بذلك في الجواهر في هذا المقام وتفصيل الكلام من هذه الجهة موكول الى محله .

(٢) لجواز اقرار العفلاء على أنفسهم لاحظ ما رواه عبد الله بن سنان قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : كان علي بن أبي طالب عليه السلام يقول : الناس كلهم أحرار الا من أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد أو أمة ومن شهد عليه بالرق صغيراً كان أو كبيراً (* ٣) .

وما رواه الفضل قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل حر أقر انه عبد قال : يؤخذ بما أقر به (* ٤) .

وما رواه محمد بن الفضل الهاشمي قال : قلت : لأبي عبد الله عليه السلام : رجل حر أقر انه عبد فقال أبو عبد الله عليه السلام : يأخذه بما قال أو يؤدي المال (* ٥) .

وما رواه اسماعيل بن الفضل قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : حر أقر على

(١) نفس المصدر الحديث : ٤

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢٠

(٣) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب العتق الحديث : ١

(٤) نفس المصدر الحديث : ٢

(٥) نفس المصدر الحديث : ٣

(مسألة ٣) : اخذ اللقيط واجب على الكفاية اذا توقف عليه

حفظه^(١)

نفسه بالعبودية استعبده على ذلك ؟ قال : هو عبد اذا أقر على نفسه (* ١) .
وما روى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى الله عليه وآله
انه قال : اقرار العقلاء على انفسهم جائز (* ٢) .
(١) لوجوب مقدمة الواجب والوجه في وجوب أخذه وحفظه ان النفس المحترمة
يجب حفظها واللقيط مع ثبوت اسلامه لا اشكال في حرمة نفسه وأما مع عدم كونه
محكوماً بالاسلام فحيث انه قبل البلوغ لا يكون داخلاً في عنوان الحربي فلا يترتب
عليه حكمه .

وان شئت قلت : ان المستفاد من جملة من النصوص احترام اطفال الكفار قبل
البلوغ فيجب حفظها للاحظ ما رواه حفص بن غياث في حديث انه سأل أبا عبد الله
عليه السلام عن النساء كيف سقطت الجزية منهن ورفعت عنهن ؟ قال : فقال : لأن
رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن قتل النساء والولدان في دار الحرب الا أن
يقاتلن فان قاتلن « قاتلت » أيضاً فأمسك عنها ما أمكنك ولم تخف خلا « حالا
خ ل » فلما نهى عن قتلن في دار الحرب كان « ذلك » في دار الاسلام أولى ولو امتنعت
أن تؤدي الجزية لم يمكن قتلها فلما لم يمكن قتلها رفعت الجزية عنها ولو امتنع
الرجال عن « منع الرجال فأبوا أن » يؤدوا الجزية كانوا ناقضين للعهد وحلت
دماؤهم وقتلهم لأن قتل الرجال مباح في دار الشرك وكذلك المقعد من أهل الذمة
والأعمى والشيخ القاني والمرأة والولدان في أرض الحرب فمن أجل ذلك رفعت
عنهم الجزية (* ٣) .

(١) نفس المصدر الحديث ٥

(٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب الاقرار بالحديث : ٢

(٣) الوسائل الباب ١٨ من أبواب جهاد العدو الحديث : ١

فاذا أخذه كان احق بتربيته وحضانه من غيره^(١) الا أن يوجد من له الولاية عليه لنسب أو غيره^(٢) فيجب دفعه اليه حينئذ ولا يجري عليه حكم الالتقاط^(٣).

(مسألة ٤) : ما كان في يد اللقيط من مال محكوم بأنه ملكه^(٤).

وما رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عن آباءه عليهم السلام ان النبي صلى الله عليه وآله قال: اقلوا المشركين واستحيوا شيوخهم وصبيانهم (* ١) وصفوة القول انه يجب حفظ النفس المحترمة .

(١) لسبقه واقدامه على الواجب كفاية ولولا الحكم بالاحقية يلزم التشاكر بين الأفراد والنزاع لاستواء الحق وعدم ترجيح لأحد على غيره .

(٢) كما لو كان والده أو جده وكما لو كان قيماً أو وصياً .

(٣) كما هو ظاهر .

(٤) نقل عن المسبوط عدم الخلاف فيه واستدل عليه في بعض كلام الأصحاب بأنه بعد الحكم بحرمة الطفل يحكم بكون ما في يده ملكاً له لأن له الأهلية وقال في الجواهر - في هذا المقام - : «ان هذا الحكم لا يخلو من اشكال لولا الاجماع» والذي يخلج بالبال ان ما أفاده في محله فان اثبات المدعى بغير الاجماع في غاية الاشكال اذ الملكية تحتاج الى سبب والمفروض ان فعل الصبي سيما غير المميز لا يترتب عليه الأثر .

وبعبارة : اخرى : هو مسلوب الاختيار وعمده خطأ هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان مقتضى الأصل عدم تحقق كونه مالاً فلا دليل على الملكية الا أن يقال بأن اليد اماراة على الملكية على الاطلاق والخارج يحتاج الى الدليل ولولاها لما قام للمسلمين سوق فلاحظ .

(مسألة ٥) : يشترط في ملنقط الصبي البلوغ والعقل^(١) والحرية^(٢)
فلا اعتبار باللقطاط الصبي والمجنون والعبد الا باذن مولاه^(٣) بل

(١) بلا خلاف بين العامة والخاصة - كما في الجواهر - وقال قدس سره في
طي كلامه : « بل ولا اشكال لقصورهما عن ولاية الالتقاط » انتهى . ويمكن أن
يقال : بأن تحقق الالتقاط الشرعي بحيث يترتب عليه الأثر يتوقف على الدليل وهو
مفقود في محل الكلام بل الدليل على خلافه اذ مقتضى الأصل عدمه كما ان مقتضى
ان عمد الصبي خطأ عدم ترتب أثر شرعي على فعله كما ان المجنون لا يتوجه اليه
التكليف فلا أثر لفعله .

(٢) قال في الجواهر : « على المشهور بل لم أتحقق فيه خلافاً وعن جامع
المقاصد نفى الريب عنه وعن مجمع البرهان دعوى الاجماع عليه ظاهراً وعن الكفاية
انه مما قطع به الاصحاب » .

واستدل في كلام بعضهم بالأصل وبأنه لا يقدر على شيء اذ هو مشغول باستيلاء
المولى على منافعه وأيد واما راموه بما رواه أبو خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام
قال : سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطة فقال : وما للمملوك واللقطة والمملوك
لا يملك من نفسه شيئاً فلا يعرض لها المملوك فانه ينبغي أن يعرفها سنة في مجمع
فان جاء طالبها دفعها اليه والا كانت في ماله فان مات كانت ميراثاً لولده ولمن ورثه
فان لم يجيء لها طالب كانت في أموالهم هي لهم فان جاء طالبها بعد دفعوها
اليه (* ١) .

(٣) ادعي عليه عدم وجدان الخلاف والظاهر انه حق اذ لا تصور في العبد الا كونه
مملوكاً لمولاه وهذا المحذور يرتفع بالأذن وان شئت قلت المقتضي موجود ومع
اذن المولى لا يكون قصور في الموضوع فلا حظ .

يشترط الاسلام فيه اذا كان اللقيط محكوماً باسلامه فلو التقط الكافر صبيّاً في دار الاسلام لم يجز على التقاطه احكام الالتقاط ولا يكون احق بحضانته^(١).

(١) عن مجمع البرهان امكان دعوى الاجماع عليه ويظهر من الجواهر انه لم يجد خلافاً الا عن النافع والشرائع فان عبارتهما تشعر بالتردد واستدل على المدعى بقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المسلمين سبيلاً » (* ١) بتقريب : انه نوع سبيل .

وربما استدل بما دل من النص على عدم جواز تزويج العارفة من غير العارف لاحظ ما رواه زرارة بن أعين عن أبي عبد الله عليه السلام قال : تزوجوا في الشك ولا تزوجوهم فان المرأة تأخذ من ادب زوجها وبقرها على دينه (* ٢) .

بتقريب : ان المستفاد منه ان النهي مطلق بامكان اخذ الزوجة من ادب زوجها فبعموم العلة نحكم في المقام بعدم جواز حضانته للصبي المسلم .

ويرد على هذا الاستدلال اولاً بما افاده في الجواهر من أن المذكور ليس علة بل حكمة وما افاده متين اذ لو التزمنا بالعلية يلزم عدم التزويج من الفاسق أيضاً . لعين الملاك وثانياً : ان الرواية مخدوشة سنداً بموسى بن بكر فلاحظ لكن الظاهر ان الرواية تامة سنداً ببعض طرقها .

ويمكن اثبات المدعى بالأصل فان اثبات حق الحضانة واحتية الكافر يحتاج الى الدليل وهو مفقود هذا كله على فرض كون اللقيط مسلماً وأما اثبات كون لقيط دار الاسلام مسلماً فقد مر الاشكال فيه لعدم طريق الى اثباته الا من طريق السيرة

(١) النساء / ١٤٠

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث : ٢

(مسألة ٦): المقيط ان وجد متبرع بنفقته انفق عليه^١ والافان كان له مال انفق عليه منه بعد الاستيذان من الحاكم الشرعي أو من يقوم مقامه^٢ والا انفق الملتقط من ماله عليه ورجع بها عليه ان لم يكن قد تبرع بها^٣

كما تقدم منا اللهم الا أن يقال : يكفي في عدم الجواز الشك في اسلامه ومقتضى اصاله عدم كفره عدم جواز تسلط الكافر عليه فانه خلاف الأصل وبعبارة اخرى : اثبات الحق يحتاج الى الدليل اللهم الا أن يقال : ان مقتضى الأصل عدم كونه مسلماً ومن لا يكون مسلماً يكون كافراً فيجوز حضائنه للكافر .

(١) فانه نوع احسان والاحسان حسن من كل احد ولا اشكال فيه .

(٢) اذ التصرف في ملك الغير يتوقف على مجوز شرعي والحاكم الشرعي أو من يقوم مقامه ولي الطفل من باب الحسبة هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان صرف ماله في شئونه ليس قرباً لماله الا بالاحسن فلا اشكال فيه .

(٣) ربما يقال بأنه يجب الاتفاق عليه كفاية فيجب على الملتقط لأنه من آحاد المكلفين لكن الظاهر انه لا دليل على هذا المدعى بل الدليل على خلافه لاحظ ما رواه محمد بن أحمد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الملتقطه فقال : لا تباع ولا تشتري ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها (* ١) .

فان المستفاد من الرواية انه يجوز استخدامه في مقابل ما انفق عليه فلا يجب الاتفاق عليه مجاناً انما الاشكال في سند الرواية وقال المجلسي في مرآة العقول : « ان الراوي من الامام هو محمد بن احمد غير معلوم ويمكن أن يكون الغلط من النساخ فعلى هذا غير بعيد أن يكون محمد هذا هو ابن مسلم فالسند صحيح »

(مسألة ٧) : يكره اخذ الضالة حتى لو خيف عليها التلف".

ولكن مجرد الاحتمال لا يفتضي الحكم بالصحة فلا بد من التماس دليل آخر فلاحظ.

(١) لعدم مقتضي الرجوع بعد فرض التبرع .

(٢) المقصود من الضالة - كما يظهر من كلماتهم - كل حيوان مملوك ضايع عن

مالكه ولا يد عليه ولا اشكال ظاهراً في كراهة اخذه مع عدم خوف تلفه وبعبارة

اخرى : الذي يظهر من كلمات الاصحاب في هذا المقام عدم الخلاف عندهم في

كراهة اخذه حتى في صورة جواز اخذه قال في الجواهر : « ولا خلاف بيننا في

أن اخذه في صورة الجواز مكروه وعن المسالك : واخذه حيث يجوز مكروه »

واستدل على المدعى بجملة من النصوص : منها ما رواه وهب بن وهب عن

جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال : لا يأكل من الضالة الا الضالون (* ١).

وهذه الرواية ضعيفة سنداً بوهب مضافاً الى أن المستفاد من الرواية ليس ببيان

حكم الاخذ بل المستفاد منها حكم التملك فان الأكل كناية عن التملك .

ومما ذكرنا ظهر تقريب المدعى بحديث وهب أيضاً عن جعفر عن أبيه عليهما

السلام في حديث : قال : لا يأكل الضالة الا الضالون (* ٢) .

وما نقل في هذا المقام عن سيد الرياض بكفاية الخبر المذكور والفتاوي

للحكم بالكراهة للتسامح مردود اولا بأن دليل التسامح محل الاشكال والكلام وقد

ذكرنا في محله ان اخبار التسامح ترشد الى حكم العقل ولا يستفاد منها الاستحباب

وثانياً دليل التسامح على فرض تماميته راجع الى استحباب الفعل لا الى كراهته .

ومنها : مرسل الصدوق قال : ومن الفاظ رسول الله صلى الله عليه وآله :

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب اللقطة الحديث : ٧

(٢) نفس المصدر الحديث : ٥

لا يؤوي الضالة الا الضال (* ١) .

وهذه الرواية ضعيفة بالارسال وما قيل في هذا المقام بأن المرسل اذا كان ثقة نسب الخبر الى المعصوم جزمياً لا ينحو روي يكون ذلك الخبر جمعة ، مدفوع بما ذكرنا وقد تعرض لما حققناه في هذا المقام الشيخ الحاجباني في كتابه نخبة المقال « فراجع .

ومنها : ما ورد من النصوص الدالة على كراهة اخذ اللقطة لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في اللقطة قال : وكان علي بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله : لا تمسوها (* ٢) بتقريب : ان هذه النصوص وان كانت الواردة في لقطة المال لكن تدل على كراهة اخذ الضالة بالا ولوبة فتأمل .

ومنها : ما رواه احمد بن محمد بن عيسى في نواتره عن أبيه قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وفيه : « وما أحب أن امسكها » (* ٣) وهذه الرواية ساقطة سنداً بالارسال .

ومنها : ما رواه معاوية بن همار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت رجلاً رسول الله صلى الله عليه وآله عن المشاة الضالة بالفلاة فقال للسائل : هي لك أو لأخيك أو للذئب قال : وما أحب أن امسها وسئل عن البعير الضال فقال للسائل مالك وله خفه حداؤه وكرشه سقاؤه خل عنه (* ٤) .

والظاهر ان هذه الرواية لا اشكال في دلالتها على المدعى ولا بأس بسندها فلا اشكال في أصل الحكم انما الكلام في أن الأخذ مكروه حتى مع خوف التلف

(١) نفس المصدر الحديث : ١٠

(٢) نفس المصدر الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث : ٢

(٤) نفس المصدر الحديث : ٥

على الحيوان أو الحكم بالكراهة مختص بصورة الأمن من تلف الحيوان ؟ .
ربما يقال بالاختصاص بتقريب : ان ادلة المنع منصرفة عن هذه الصورة وبأن
قوله عليه السلام : « هي لك أو لأخيك أو للذئب » يقتضي ترغيب المكلف في
أخذ الضالة التي في معرض التلف بمعنى انه لو أخذتها ولم تعرف مالها بعد التعريف
تكون لك وان عرفته فقد حفظت مال أخيك المؤمن وان لم تأخذ أكلها الذئب أو
أخذها غير الأمين الذي يكون في حكم الذئب .

ويرد عليه : ان الانصراف ممنوع وقد ذكر في آخر الخبر انه قال عليه السلام
« وما أحب أن أمسها » فالكراهة متحقة حتى مع خوف التلف ان قلت : أليس
حفظ مال الغير واجباً قلت : لادليل عليه على نحو الاطلاق . ان قلت : ان حفظ مال
الغير لا اشكال في حسنه حيث انه احسان وقد ورد في النص جواز الحلف بتيه وكذباً
لحفظ مال الغير .

لاحظ ما رواه اسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام
في حديث قال : سأله عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف قال
لا جناح عليه وعن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلفه لينجو به منه قال :
لا جناح عليه وسأله هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله ؟ قال :
نعم (*) (١) .

ومثله ما رواه اسماعيل الجعفي قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام امر بالعشار
ومعي المال فيستحلفوني فان حلفت تركوني وان لم أحلف فتشوني وظلموني فقال
أحلف لهم قلت ان حلفوني بالطلاق ؟ قال فاحلف لهم قلت : فان المال لا يكون
لي قال : تنقي مال أخيك (*) (٢) .

(١) الوسائل الباب ١٢ من أبواب الايمان الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ١٧

(مسألة ٨) : اذا وجد حيوان في غير العمران كالبراري والجبال والاجام والفلوات ونحوها من المواضع الخالية من السكان فان كان الحيوان يحفظ نفسه ويمتنع عن السباع لكبرجثته أو سرعة عدوه أو قوته كالبعير والفرس والجاموس والثور ونحوها لم يجوز اخذه ^١

قلت : هذا اجتهاد في مقابل النص اذ قد ذكر عليه السلام في آخر الخبر كما ذكرنا ان التعرض مكروه وما ورد من جواز الحلف على مال الأخ مقدمة للحفظ لاينافي كراهة الأخذ مضافاً الى أن مورد الخبر الثاني ما لو كان المال في يده فالنتيجة ان الأخذ مكروه على الاطلاق كما في المتن والله العالم .

(١) الذي يظهر من كلمات الأصحاب في هذا المقام ان عدم الجواز في الجملة اجماعي كما ان مقتضى القاعدة الاولى كذلك اذ التصرف في مال الغير بلا اذن منه حرام لاحظ ما رواه سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : من كانت عنده أمانته فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه (*) (١) فلا يجوز اخذه .

اضف الى ذلك النصوص الواردة في المقام لاحظ ما رواه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وآله فقال : يا رسول الله صلى الله عليه وآله اني وجدت شاة فقال رسول الله صلى الله عليه وآله هي لك أو لأخيك أو للذئب فقال : يا رسول الله اني وجدت بعيراً فقال : معه حذاؤه وسقاؤه حذاؤه خفه وسقاؤه كرشه فلا تهجه (*) (٢) وما رواه معاوية (*) (٣) .

فان المستفاد من الحديثين عدم جواز اخذ البعير وبعموم العلة المذكورة فيهما

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب مكن المصلى الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث : ١

(٣) لاحظ ص : ١٥

يتعدى الى غير البعير وهو كل حيوان يفدر على حفظ نفسه والدفاع عنها وبعبارة اخرى: وقع الكلام بين القوم في الحاق غير البعير به في الأحكام المذكورة حيث ان المصرح به في جملة من النصوص عنوان البعير لاحظ ما رواه هشام (*١). وما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : من أصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الارض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقته حتى أحيها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها وانما هي مثل الشيء المباح (*٢) وما رواه معاوية (*٣).

وعدم الحاقها بها لاختلاف فيه — كما في الجواهر — بل الاجماع قائم على الحاق الدابة التي هي عبارة عن الفرس . واستدل عليه بما رواه مسمع عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ان امير المؤمنين عليه السلام كان يقول في الدابة اذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها : فهي للذي أحيها قال: وقضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابة بمضيعة فقال : ان تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها متى شاء وان كان تركها في غير كلاء ولا ماء فهي لمن أحيها (*٤) .

وما رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد فقال : ان كان تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها وان تركها في خوف وعلى غير ماء ولا كلاء فهي لمن

(١) لاحظ ص : ١٧

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث : ٢

(٣) لاحظ ص : ١٥

(٤) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث : ٣

سواء أكان في كلاء وماء أم لم يكن فيهما إذا كان صحيحاً بقوى
على السعي اليهما^١

أصابها (* ١) .

ونقل في الجواهر : عن كشف الرموز الحاق البغل وقال في الجواهر : بل
لعل لفظ الدابة في النصوص المزبورة شامل لمطلق ذوي القوائم الأربع وربما يقال
كما في الجواهر وغيره : ان حديث ابن سنان (* ٢) باطله يشمل مطلق الدابة
بدعوى ان المراد بلفظ المال الواقع في الخبر الضالة بقرينة قامت .

والذي يختلج بالبال أن يقال : ان الاقرب الحاق غير البعير به في عدم جواز
الاخذ وجوازه أما عدم الجواز فعلى القاعدة الاولى اذ التصرف في مال الغير حرام
مضافاً الى أن المستفاد من قوله عليه السلام في عدة روايات : « كرشه سقاؤه وخفه
حذاؤه لاتهجه » ان المدار في الجواز وعدمه هو الامتناع من السباع وامكان البقاء
والتعيش وأما جواز الاخذ فيما يكون في معرض الخطر فلرواية ابن سنان (* ٣)
بتقريب الاطلاق فسي لفظ المال واستفادة القانون الكلي من روايات البعير
فان المستفاد من النصوص ان الميزان في الجواز وعدمه امكان البقاء والتعيش وعدمه
فلا يجوز في الاول ويجوز في الثاني فما أفاده الماتن تام .

(١) ادعى عليه الاجماع وعدم الخلاف - كما في الجواهر - والاطلاق مقتضى
النص لاحظ ما رواه معاوية (* ٤) فانه صرح فسي هذا الحديث بالفلاة والفلاة
على ما يظهر من اللغة : الارض التي لاماء فيها ومع الصراحة الموجودة في هذا

(١) نفس المصدر الحديث : ١٧

(٢) لاحظ ص : ١٨

(٣) لاحظ ص : ١٨

(٤) لاحظ ص : ١٥

لأن أخذه الواجد حينئذ كان آثماً^١ وضامناً له^٢ وتجب عليه نفقته^٣ ولا يرجع بها على المالك^٤ وإذا استوفى شيئاً من نمائه كلبنه وصوفه كان عليه مثله أو قيمته^٥ وإذا ركبه أو حمّله حملاً كان عليه أجرته^٦ ولا يبرأ من ضمانه إلا بدفعه إلى مالكه نعم إذا يش من الوصول إليه ومعرفته تصدق به عنه باذن الحاكم الشرعي^٧

الحديث لا مجال للتأمل فالحق ما أفاده في المتن من الإطلاق فلاحظ .

(١) لأنه تصرف في مال الغير بلا إجازة من له أهلية الإذن مضافاً إلى النهي الصريح عن التعرض بقوله صلى الله عليه وآله : « خل عنه » فلا مجال للتأمل ولا موقع للتمسك بقاعدة الإحسان فإنه لا يتحقق الإحسان بالحرام .

(٢) لقاعدة ضمان اليد فإن مقتضى الحديث المعروف على اليد ما أخذت حتى تؤديه (* ١) هو الضمان .

وصفوة القول : أن التصرف في مال الغير ووضع اليد عليه يوجب الضمان بلا إشكال إلا مع الإذن من المالك أو الشارع وهو مفقود في المقام على القرض (٣) إذ المفروض أنه مال محترم لمالك محترم فيجب حفظه بلا إشكال .

(٤) لعدم موجب الرجوع وإن شئت قلت : لا دليل على توجه الضمان إلى المالك فلا يجوز له الرجوع عليه فلا حظ .

(٥) إذ المفروض أنه أُلِفَ مال الغير فيضمن بلا إشكال .

(٦) إذ المفروض أنه استفاد من منفعة ومقتضى القاعدة الأولية هو الضمان ولا دليل على التخصيص .

(٧) إذ الضمان يرتفع بإيصال المضمون إلى المالك والا فهو باق على حاله

ولا يجوز التصديق به الا بعد اليأس وبعبارة اخرى : لاشكال في وجوب ائصال المال الى صاحبه ويمكن الاستدلال على وجوب الايصال والفحص عن المالك مضافاً الى ارتكاز المتشريعة بوجهين احدهما قوله تعالى في سورة النساء الآية/ ٥٨ « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها » .

فان مقتضى العموم عدم الفرق بين كون الامانة مالكية كالوديعة أو شرعية كاللقطة ومجهول المالك ومال السرقة والخيانة والغصب فان مقتضى الآية الشريفة وجوب الفحص عن المالك وائصال الامانة اليه سيما فيما يكون من بيده المال غاصباً ويكون تسلطه على المال عدوانياً .

ثانيهما : جملة من الروايات فانها تدل على وجوب الفحص ثم التصديق منها ما رواه حفص بن غياث قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم هل يرد عليه ؟ فقال : لا يرده فان أمكنه أن يرده على أصحابه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً فان أصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خبره بين الاجر والغرم فان اختار الاجر فله الاجر وان اختار الغرم غرم له وكان الاجر له (* ١) .

والرواية ضعيفة بحفص وبقاسم على ما قيل فان حفصاً لم يوثق والرواية بسندها الاخر مرسل .

ومنها : ما رواه هشام بن سالم قال : سألت أبا ابراهيم عليه السلام وأنا جالس فقال : انه كان عند أبي اجير يعمل عنده بالاجر ففقدناه وبقي له من أجره

شيء ولا نعرف له وارثاً قال : فاطلبه قال : قد طلبناه فلم نجده قال : فقال :
مساكين وحرك يديه قال : فأعاد عليه قال : اطلب واجهد فان قدرت عليه والا فهو
كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حدث فأوص به ان جاء له طالب
أن يدفع اليه (*) (١) .

وهذه الرواية تامة سنداً اذ اسناد الشيخ الى يونس تام فلا اشكال من حيث
السند وأما من حيث الدلالة فلا اشكال فيها فانها تدل على وجوب الفحص والاجهد
عن المالك لكن هذه الرواية واردة بالنسبة الى معلوم المالك والكلام في مجهول
المالك .

ومنها: ما رواه معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كان له على
رجل حق ففقدته ولا يدري أين يطلبه ولا يدري أحي هو أم ميت ولا يعرف له وارثاً
ولانساباً ولا ولداً قال: اطلب قال: فان ذلك قد طال فاتصدق به؟ قال: اطلبه (*) (٢) .

وهذه الرواية على تقدير تمامية دلالتها مخدوشة من حيث السند بابت
وابن عون لكن الشيخ قدس سره نقل الرواية في ج ٦ من التهذيب ص : ١٨٨
حديث : ٢١ بسند لا بأس به فراجع ولكن موردها معلوم المالك .

ومنها: ما رواه يونس بن عبد الرحمن قال: سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام
وأنا حاضر الى أن قال : فقال: رقيق كان لنا بمكة فرحل منها الى منزله ورحلنا الى
منازلنا فلما ان صرنا في الطريق أصبنا بعض متاعه معنا فأى شيء نصنع به؟ قال: تحملوه
حتى تحملوه الى الكوفة قال : لسنا نعرفه ولا نعرف كيف نصنع ؟ قال : اذا كان

(١) الفروع من الكافي ج ٧ ص: ١٥٣ باب ميراث المفقود الحديث : ١ والوسائل
الباب ٦ من أبواب ميراث الخثى الحديث : ١ والتهذيب ج ٩ ص : ٣٨٩ حديث ١٣٨٧
(٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب ميراث الخثى الحديث : ٢

كذا فبعه وتصديق بثمانه قال له : علي من جعلت فذاك ؟ قال : علي أهل الولاية (١*)
 بتقريب ان المستفاد من الرواية مفهوماً وجوب الفحص مع الامكان وسند
 الرواية مخدوش بالعبدي وقد ورد جملة من الروايات بالنسبة الى معلوم المالك لاحظ
 الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى وما اشبهه من الوسائل وهذه النصوص موردها
 معلوم المالك فلا تشمل المقام كما أن الاخبار الواردة في اللقطة الدالة على وجوب
 التعريف سنة لا تشمل المقام فالنتيجة ان دليل وجوب الايصال الى المالك والفحص
 عنه الآية الشريفة .

وربما يقال : بأنه لا يجب الايصال الى المالك بل يجوز التصديق به والدليل
 عليه جملة من النصوص :

منها : ما رواه علي بن أبي حمزة قال كان لي صديق من كتاب بني امية فقال
 لي : استأذن لي على أبي عبد الله عليه السلام فاستأذنت له « عليه » فأذن له فلما
 أن دخل سلم وجلس ثم قال : جعلت فذاك اني كنت في ديوان هؤلاء القوم فأصبت
 من دنياهم مالا كثيراً وأغمضت في مطالبه فقال أبو عبد الله عليه السلام : لولا ان
 بني امية وجد والهم من يكتب ويجبي لهم الفتي ويقاقل عنهم ويشهد جماعتهم
 لما سلبونا حقنا ولو تركهم الناس وما في أيديهم ما وجدوا شيئاً الا ما وقع في
 أيديهم قال : فقال الفتى : جعلت فذاك فهل لي مخرج منه ؟ قال : ان قلت لك
 تفعل ؟ قال : أفعل قال له : فأخرج من جميع ما كسبت « اكسبت » في ديوانهم
 فمن عرفت منهم رددت عليه ماله ومن لم تعرف تصدقت به وأنا أضمن لك على
 الله عز وجل الجنة فأطرق الفتى طويلاً ثم قال له : لقد فعلت جعلت فذاك الحديث (٢*)

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب اللقطة الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

وهذه الرواية ضعيفة بالبطائني وابن بNDAR .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل ترك غلاماً له في كرم له يبيعه عنياً أو عصيراً فانطلق الغلام فعصر خمرأ ثم باعه قال : لا يصلح ثمنه ثم قال : ان رجلاً من ثقيف اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم راويتين من خمر فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فاهريقتا وقال : ان الذي حرم شربها حرم ثمنها ثم قال أبو عبد الله عليه السلام : ان افضل خصال هذه التي باعها الغلام أن يتصدق بثمنها (* ١) والظاهر ان سند الرواية لا بأس به .

ومنها : ما رواه أبو أيوب قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل أمر غلامه أن يبيع كرمه عصيراً فباعه خمرأ ثم أتاه بثمنه فقال : ان احب الاشياء الي أن يتصدق بثمنه (* ٢) والسند ضعيف بمعلي .

ومنها : ما رواه علي بن ميمون الصائغ قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يكتسب من التراب فأبيعه فما أصنع به ؟ قال : تصدق به فمالك واما لأهله الحديث (* ٣) والسند ضعيف بابن ميمون .

ومنها : ما رواه علي الصائغ قال : سألت عن تراب الصواغين وانا نبيعه قال : أما تستطيع أن تستحله من صاحبه ؟ قال : قلت : لا اذا أخبرته اتهمني قال : بعه قلت بأي شيء نبيعه ؟ قال : بطعام قلت : بأي شيء أصنع به ؟ قال : تصدق به اما لك واما لأهله (* ٤) والسند مخدوش بالاضمار وبعلي مضافاً الى أن موردها معلوم المالك .

ومنها : ما رواه أبو علي بن راشد قال : سألت أبا الحسن عليه السلام قلت

(١) الوسائل الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الصرف الحديث : ١

(٤) نفس المصدر الحديث : ٢

جعلت فدالك اشتربت أرضا الى جنب ضيعتي بالفى درهم فلما وفيت المال خبرت ان الارض وقف فقال : لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في مالك وادفعها الى من وقفت عليه قلت : لأعرف لها رباً قال : تصدق بغلتها (* ١) والسند ضعيف بالرزاز .

اذا هرفت ما تقدم فاعلم ان النسبة بين دليل التصديق ووجوب الايصال العموم من وجه فان دليل وجوب الايصال خاص من حيث اختصاصه بمورد يمكن فيه الايصال اذ كل تكليف مشروط بالقدرة وعام من حيث المورد اذ لا اختصاص له بسجهول المالك والدليل الدال على الصدقة مختص بمجهول المالك وان أبيت عن اختصاص دليل التصديق بمجهول المالك وقلت : لا يختص الدليل به بل مطلق قلت : على هذا التقدير تكون نسبة الآية الى الرواية نسبة الخاص الى العام اذ الآية تختص بمورد التمكن بخلاف الرواية فتكون الآية أخص ولا اشكال في تقدم الخاص على العام .

وأما على تقدير الالتزام يكون التعارض بالعموم من وجه نقول : يقع التعارض بين الدليلين في مورد يمكن الايصال ولا بد من الأخذ بدليل وجوب الايصال وذلك لوجهين :

احدهما : ان العموم الوضعي يقدم على العموم الاطلاقي والعموم الكتابي وضعي فان « الامانات » جمع محلى باللام وقد ثبت في محله انه وضع للعموم وعموم الرواية اطلاقي .

ثانيهما : ان ما خالف الكتاب لا اعتبار به . والعجب من سيدنا الاستاد حيث ذهب في المقام وأمثاله الى تقديم الكتاب بدعوى : ان الرواية مخالفة للكتاب فلا

اعتبار بها ومع ذلك يرى ان الخبرين المتعارضين بالعموم من وجه يتساقطان في مورد التعارض فلا تصل النوبة الى الاخبار العلاجية والحال ان التعارض بالعموم من وجه بالاطلاق ان صدق عليه التعارض فما الوجه في التساقط؟ بل لا بد من العلاج وان لم يصدق عليه التعارض لقابلية كل واحد من الدليلين أن يكون قرينة على الدليل الاخر فما الوجه في سقوط الاطلاق المعارض للكتاب فلاحظ وتأمل فيما قلناه.

فالنتيجة: ان الواجب ايصال المجهول مالكة الى مالكة ثم انه مع العلم بإمكان الايصال يجب كما انه مع اليأس لا يجب أما لو شك في القدرة فربما يقال : بأن مقتضى اصالة البراءة عدم وجوب الفحص ولكن الحق ان البراءة لا تجري مع الشك في القدرة فانه على خلاف السيرة العقلانية مضافاً الى أنه يلزم تفويت المصالح.

ثم انه هل يجوز أو يجب إعطاء المجهول مالكة لمن يدعيه بعد الفحص عن المالك واليأس عنه أولاً يجوز الا مع التوصيف كاللقطة أو لاهذا ولا ذاك بل اللازم الثبوت الشرعي والا فيجب التصديق به ؟ ربما يقال : بأنه يجوز أو يجب اعطائه لمن يدعيه بدعوى دلالة خبر منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت عشرة كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس فقالوا كلهم : لا وقال واحد منهم : هو لي فلمن هو ؟ قال : للذي ادعاه (* ١) .

فان المستفاد من هذه الرواية ان دعوى ملكية شيء بلامعارض مسموعة وهذه الرواية لا بأس بسندها فان الشيخ رواها بطريقه الى محمد بن احمد بن يحيى ولكن الاشكال في دلالتها على المدعى اذ الرواية واردة في الكيس الذي تحت يد جماعة ولا ملازمة بين المورد وبقية الموارد من حيث الحكم فلعل المورد له خصوصية ومقتضى الاصل في بقية الموارد عدم كون المدعي مالكا .

وملخص الكلام انه لا تسدل الرواية على مالكية المدعي على الاطلاق وعلى تقدير الدلالة يجب الاعطاء فالامر دائر بين الوجوب والحرمة لا بين الوجوب والجواز فلا حظ وأما جواز الاعطاء مع التوصيف في مورد حصول العلم أو الاطمينان بصدق الواصف فلا إشكال في وجوب الاعطاء لوجوب رد المال الى المالك وأما مع عدم حصول الاطمينان فلا وجه للاعطاء اذ على تقدير كون التوصيف مؤثراً فهو مخصوص بباب اللقطة ولا وجه لتسريته الى المقام فالمتعين هو الوجه الاخير عملاً بدليل وجوب التصديق .

ثم انه يقع الكلام في أنه يكفي مطلق الفحص أو يجب سنة أو يجب الى أن يحصل اليأس عن الوصول؟ ربما يقال: بأن الطبيعي يحصل ببعض أفرادهِ وحيث ان الفحص يحصل بمطلقه فلا يجب الزائد عليه . ويرد عليه ان المستفاد من الآية الإيصال الى المالك والفحص مقدمة له فلا معنى لهذا البيان وبعبارة اخرى : الواجب على الضامن إيصال المال الى مالكه لا الفحص عنه كي يقال بأنه يحصل بالطبيعي .

وربما يقال : بأنه يجب الفحص سنة وفيه : انه لا دليل عليه وما ورد في اللقطة اجنبى عن المقام كما هو ظاهر ولا وجه للمقياس مضافاً الى ما ورد في حديث معاوية بن وهب (* ١) من التأكيد في الطلب ان قلت : يستفاد من حديث حفص (* ٢) انه يجب التعريف سنة قلت : اولاً ان الرواية ضعيفة كما مر وثانياً : انه حكم وارد في مورد خاص الا أن يقال : ان العرف يفهم انه حكم مجهول المالك فتحصل : ان الحق وجوب الفحص الا أن يحصل اليأس من الوصول .

(١) لاحظ ص : ٢٢

(٢) لاحظ ص : ٢١

ثم ان اجرة الفحص عن المالك هل على ذي اليد أو على المالك أو على بيت المال ؟ قد فصل سيدنا الاستاد في المقام وقال : « تحقيق المسألة يقتضي أن يقال : ان اخذ المجهول مالكا ان كان على وجه شرعي وبإذن من الشارع كاللفظة وامثالها فلا تكون الاجرة على الاخذ بل تكون على المالك وذلك لوجهين :

احدهما : قوله تعالى « ما على المحسنين من سبيل » (* ١) فان تحريم الاخذ واخذ الاجرة منه نحو من سبيل وهو منفي .

ثانيهما : دليل نفي الضرر ويؤيد المدعى قوله تعالى « هل جزاء الاحسان الا الاحسان » (* ٢) ان قلت : يجب الفحص عن المالك وقد فرض ان الفحص يتوقف على بذل المال فلا مورد لنفي الضرر قلت : اولا : ان التوقف على صرف المال لا يختص بالصرف من كيس الاخذ بل يتوقف على طبيعي الصرف فلا دليل على وجوبه من كيسه .

وثانياً : الفحص دائماً لا يتوقف على صرف المال بل قد يتوقف واخرى لا يتوقف فلا مانع من رفع اليد عن اطلاق الدليل بحديث لا ضرر وأما ان كان على غير وجه شرعي وبدون الاذن فلا اشكال في أن اجرة الفحص عليه اذ ليس أخذه احساناً كي يشمله دليل نفي السبيل على المحسنين وأما دليل نفي الضرر فلا يشمل المقام لأنه حكم امتناني ونفيه عن الاخذ خلاف الامتنان على المالك .

وبعبارة اخرى : ان الاخذ حيث أخذه ووضع يده على مال الغير بلا اذن مالكي أو شرعي يجب عليه ايصاله الى مالكه ولو مع التوقف على بذل المال ومن هنا

اشتهر ان الغاصب يؤخذ باشق الأحوال ومما يؤكد المدعى ما عن علي عليه السلام
مرسلاً « الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها » (* ١) هذا .

والذي يختلج بالبال أن يقال : أما في صورة جواز الأخذ فيجب على الأخذ
الفحص مقدمة للإيصال ولا ضمان عليه لقاعدة نفي السبيل على المحسن فيأخذ من
المالك أو من مجهول المالك باذن الحاكم والظاهر انه لا وجه للأخذ من بيت المال
كما في كلام سيدنا الاستاد اذ الظاهر انه لا دليل على جوازه وأما ان كان الأخذ على غير
وجه شرعي فلا مجال للتوسل الى قاعدة نفي السبيل اذ المفروض انه ليس محسناً
وعليه نقول : اذا قلنا بأن دليل لا ضرر لا يستفاد منه الا حرمة الاضرار كما بنينا عليه
فلا مجال للبحث عن مفاد القاعدة لانتفاء الموضوع فيجب على الأخذ صرف المال
من باب مقدمة الواجب ولا دليل على نفي الوجوب على الفرض وأما لو لم نقل
بهذه المقالة وتكلمنا على طبق مذهب القوم فنقول : لا مانع من التمسك بقاعدة
نفي الضرر وكونه خلاف الامتنان بالنسبة الى المالك لا يوجب عدم شمولها للأخذ
فان الامتنان لا بد من تحققه بالنسبة الى من تتحقق القاعدة بالنسبة اليه لا بالنسبة الى
كل احد لكن يقع التعارض في مدلول القاعدة بين المالك والأخذ وحيث لا ترجيح
تسقط القاعدة عن الاعتبار فيجب الفحص وصرف المال بلا أخذه من المالك وأما
ما اشتهر من « أن الغاصب يؤخذ باشق الأحوال » فلا دليل عليه وأما المرسل فلا
اعتبار به للارسال .

ومما ذكرنا علم ما لو كان الفحص حرجاً حرجاً زائداً على المتعارف بحيث
لا يكون قابلاً للتحميل عادة فان وجوب الفحص يسقط لدليل نفي الحرج في الشريعة
ان قلت : انه خلاف الامتنان بالنسبة الى المالك وحكم نفي الحرج امتثاني قلت

لا بد من كونه امتنائياً بالنسبة الى من يصدق ويتحقق لا بالنسبة الى غيره وبعبارة اخرى لا يلزم أن يكون نفسي التكليف الحرجي عن شخص امتنائياً بالنسبة الى غيره فلا تغفل .

وربما يقال: بأن مجهول المالك ملك للامام عليه السلام والدليل عليه ما رواه داود بن أبي يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رجل: اني قد أصبت مالا واني قد خفت فيه على نفسي ولو أصبت صاحبه دفعته اليه وتخلصت منه قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام والله لو أصبته كنت تدفعه اليه ؟ قال : أي والله قال: فحلف فقال فأنا والله ماله صاحب غيري قال : فاستحلفه أن يدفعه الى من يأمره قال : فقال فاذهب فاقسمه في اخوانك ولك الامن مما خفت منه قال: فقسمته بين اخواني (*١) وهذه الرواية لا تثبت المدعى وقاصرة عن الاثبات سنداً ودلالة أما سنداً فلان لها طريقين :

احدهما: طريق الكليني ثانيهما: طريق الصدوق أما طريق الكليني ففيه موسى بن عمرو وهولم يوثق وفي طريق الصدوق حسن بن علي بن عبد الله مغيرة وهولم يوثق فالسند ساقط عن الاعتبار وأما دلالة فمن الممكن ان ما وقع مورد السؤال مال شخصي فقد عنه عليه السلام أو كان تركة لمن لا وارث له غيره عليه السلام أو كان من صفو دار الحرب الذي هو خاص للامام عليه السلام ولا يستفاد من الرواية حكم كلى والوجه في أمره عليه السلام بالتصدق يمكن ان يكون من جهة رفع التهمة عنه عليه السلام أو الاحسان الى الفقراء ومجمل القول انه ليس في الرواية دلالة على حكم مطلق مجهول المالك فلاحظ .

وأما حديث محمد بن القاسم بن الفضيل بن يسار عن أبي الحسن عليه السلام في رجل كان في يده مال لرجل ميت لا يعرف له وارثاً كيف يصنع بالمال ؟ قال : ما أعرفك لمن هو يعني نفسه (*) (١) فهو ضعيف بعباد .

وربما يقال : ان مجهول المالك ملك لمن وضع يده عليه بعد اخراج خمسة فيكون كبقية الفوائد والدليل عليه ما رواه علي بن مهزيار قال : كتب اليه أبو جعفر عليه السلام وقرأت أنا كتابه اليه في طريق مكة قال : ان الذي أوجبت في سنتي هذه الى أن قال : فأما الغنائم فهي واجبة عليهم في كل عام قال الله تعالى : «واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسة وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ان كنتم آمنتم بالله وما أنزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان والله على كل شيء قدير » فالغنائم والفوائد يرحمك الله فهي الغنيمة يغنمها المرء والفائدة يفيدها والجائزة من الانسان للانسان التي لها خطر والميراث الذي لا يحتسب من غير أب ولا ابن ومثل عدو بصطلم فيؤخذ ماله ومثل مال يؤخذ ولا يعرف له صاحب الحديث (*) (٢) .

والحديث لا بأس به من حيث السند اذ طريق الشيخ قدس سره اليه معتبر في الجملة فلا يرد شيء على الرواية من حيث السند وأما من حيث الدلالة فعن المحقق الهمداني قدس سره انه استظهر من الرواية هذا الرأي وان مجهول المالك ملك لمن وضع يده عليه وعن الأيرواني قدس سره ان الرواية صريحة في جواز التملك . وأورد سيدنا الاستاد على الاستدلال بالرواية اولاً : ان هذه الرواية واردة في بيان موارد الخمس على نحو القضية الحقيقية وان كل مورد جاز التملك يكون

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب ميراث الخثى وما اشبهه الحديث : ١٢

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب ما يجب فيه الخمس الحديث : ٥

فيه الخمس وأما هذا الكلبي في أي مورد يتحقق فالرواية ساكنة عنه .
 وثانياً: ان الخبر ليس صريحاً في جواز التملك بل غاية ما في الباب أن تكون
 مطلقة بالنسبة الى جواز التملك فنقيده بدليل التصديق .
 ويرد عليه : ان الظاهر من الرواية بحسب الفهم العرفي ان المال المأخوذ
 لاخذه ويجب فيه الخمس .

وبعبارة اخرى : ان الرواية في مقام بيان الفوائد التي يفيدها الانسان وتكون
 له غاية الأمر يجب عليه الخمس وهذا الظهور غير قابل للانكار والعرف يباليك اصف
 الي ذلك ان سيدنا الاستاذ لم يلتزم بوجوب الخمس في مورد مجهول المالك حتى
 في مورد جواز التملك فيرجع الى أن الأغماض عن هذه الفقرة من الحديث بلاوجه .
 وفي بعض الكلمات : ان الظاهر من الخبر ارادة اللقطة وحكم اللقطة التملك بعد
 التعريف . وفيه : انه لا شاهد على هذه الدعوى بل المستفاد من الرواية مطلق مجهول
 المالك مضافاً الى أن الاصحاب لم يلتزموا بوجوب الخمس في اللقطة بعد التملك
 والحال انه لاوجه للأغماض عن هذه الفقرة كما ذكرنا والانصاف ان دلالة الرواية على
 المدعى تامة وحيث ان سندها تام لاوجه لرفع اليد عنها اذ قد ذكرنا في محله ان
 اعراض المشهور عن رواية معتبرة لايسقطها عن الاعتبار فبحسب الصناعة لا مانع
 من العمل بالرواية ولاتنافي بين هذه الرواية ورواية محمد بن مسلم (* ١) اذ
 حديث ابن مهزيار مختص بمورد مجهول المالك حسب الظهور وخبر ابن مسلم
 مطلق يشمل مورد معرفة المالك هذا اولاً وثانياً : قد ذكر في رواية ابن مسلم ان
 أفضل الخصال التصديق والظاهر انه لاتنافي بين جواز التملك واستحباب التصديق
 وعلى فرض التنافي نجعل حديث ابن مهزيار مقيداً لرواية ابن مسلم لكون حديث

.....

ابن مسلم اعم مورداً من تلك الرواية .

ولكن لا يخفى انه يقع التعارض بين هذه الرواية وقوله تعالى : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها » (* ١) بالعموم من وجه فان عموم الآية يشمل جميع الامانات ويختص موردها بصورة التمكن من الايصال والرواية تشمل صورة عدم التمكن من الايصال ففي صورة امكان الايصال يقع التعارض بين الدليلين وتقدم الآية لوجهين :

احدهما : ان العموم الوضعي مقدم على العموم الاطلاقي : ثانيهما : ان الخبر المبين مع الكتاب بالتباين الجزئي ترفع اليد عنه ويؤخذ بالكتاب فالنتيجة ان مجهول المالك يجب ايصاله الى المالك مع فرض الامكان وأما مع عدم الامكان فيجوز تملكه بمقتضى حديث ابن مهزيار .

ومما يدل على صيرورة مجهول المالك للاخذ ما رواه هشام بن سالم قال : سألت حفص الأعور أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر فقال : كان لأبي أجير وكان له عنده شيء فهلك الاجير فلم يدع وارثاً ولا قرابة وقد ضقت بذلك كيف أصنع ؟ قال : رأيك المساكين رأيك المساكين فقلت : اني ضقت بذلك ذرعاً قال : هو كمبيل مالك فان جاء طالب أعطيته (* ٢) .

لكن الاستفادة من هذه الرواية ان من لا وارث له حكمه كذا ومن الظاهر ان من لا وارث له يكون وارثه الامام عليه السلام فالاستفادة ان من وضع يده على مال ينتقل اليه بعد هلاكه اذا كان وارثه الامام .

وربما يقال : انه يجوز للواجد التصرف في مجهول المالك والتصدق به شيئاً

(١) النساء ٦١/

(٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب ميراث الخثى وما اشبهه الحديث ١٠

فشيئاً والدليل عليه ما رواه نصر بن حبيب صاحب الخان قال : كتبت الى عبد صالح عليه السلام : لقد وقعت عندي مائتا درهم وأربعة دراهم وأنا صاحب فندق ومات صاحبها ولم أعرف له ورثة فأريك في اعلامي حالها وما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعاً فكتب اعمد فيها واخرجها صدقة قليلاً قليلاً حتى يخرج (*) (١) .

والرواية ساقطة عن درجة الاعتبار فان نصر راوي الخبر لم يوثق فلا تصل النوبة الى معارضتها مع حديث الهيثم بن أبي روح صاحب الخان قال : كتبت الى عبد صالح عليه السلام اني أتقبل الفنادق فينزل عندي الرجل فيموت فجأة ولا أعرفه ولا أعرف بلاده ولا ورثته فبقى المال عندي كيف أصنع به؟ ولمن ذلك المال؟ قال : اتركه على حاله (*) (٢) .

مضافاً الى أن خبر الهيثم ايضاً ضعيف به فلاحظ . وربما يقال : يجب حفظ مجهول المالك والايصام به عند الوفاة والدليل عليه ما رواه هشام (*) (٣) وهذه الرواية موردها الحق والكلام في المقام في العين مضافاً الى أنها تدل انه كسبيل ماله .

ويمكن الاستدال على المدعى بما رواه هشام بن سالم قال : سألت حفص الأعور أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده جالس قال : انه كان لأبي أجير كان يقوم في رحاه وله عندنا دراهم وليس له وارث فقال أبو عبد الله عليه السلام : تدفع الى المساكين ثم قال : رأيك فيها ثم أعاد عليه المسألة فقال له مثل ذلك فأعاد عليه المسألة ثالثة فقال أبو عبد الله عليه السلام : تطلب وارثاً فان وجدت وارثاً والافهوكسبيل مالك ثم

(١) نفس المصدر الحديث : ٣

(٢) نفس المصدر الحديث : ٤

(٣) لاحظ ص : ٢١

قال: ما عسى أن يصنع بهائم قال: نوص بهائم فإن جاء طائباها والافهي كسبيل مالك (*) (١).
وقال سيدنا الاستاد في هذا المقام : ان الرواية ناظرة الى الحق الكلي فلا
يستفاد منها حكم العين الخارجية وثانياً أورد بأن الحكم وارد في مورد شخصي ولا
يستفاد من الرواية الحكم الكلي . والظاهر عدم ورود شيء من الايرادين أما الايراد
الاول فيدفعه ان المذكور في الرواية «ان له عندنا دراهم» وهذه الجملة لو لم تكن
نصاً في العين فلا اشكال في ظهورها فيها .

وأما الايراد الثاني فيدفعه ان المستفاد من الرواية بحسب الفهم العرفي ان
ما أفاده عليه السلام حكم مجهول المالك كما في نظائر المقام نعم يتوجه اشكال
وهو ان الظاهر من الرواية بيان حكم مورد يكون المالك معلوماً غاية الأمر انه لا يمكن
الاصال اليه فلا يعارض هذه الرواية حديث ابن مهزيار اذ ذلك الحديث مورده
مجهول المالك فلا يتحد موردهما ويمكن أن يقال: ان المستفاد من الرواية ان الاجير
هلك ولا وارث له فالمال للامام عليه السلام فمقاده هذه الرواية كمفاد حديث هشام (*) (٢).

وربما يقال : بأنه يجب دفع مجهول المالك الى الحاكم لأنه ولي الغائب
ويرد عليه : انه لا دليل على ولاية الفقيه على الامور كولاية الامام عليه السلام وانما
ولايته من باب الحسبة ولا بد من الاقتصار فيها على المقدار المعلوم والمقام ليس
كذلك كما انه مع وجود الاب والجد لا ولاية للحاكم على الصغير فانه لو استفيد
وجوب التصديق به فلا يجوز الدفع الى الحاكم . ان قلت : يجب الدفع اليه من
باب كونه ولياً أو من باب كونه أعرف بموارد الصرف .

قلت : أما كونه ولياً فقد ظهر فسادُه وأما كونه أعرف فباعتبار اصل الحكم

(١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الدين والقرض الحديث : ٣

(٢) لاحظ ص : ٣٣

فنعم لكن بعد السؤال والتعلم يكون من يفله مثله وأما بالنسبة الى الموضوع
فليس الامر كذلك بل ربما يكون المقلد اعرف مضافاً الى أنه لا دليل على تعيين الاعرف
فالتيجة انه لا دليل على وجوب الدفع الى الحاكم .

اذا عرفت ما تقدم فاعلم انا نذكر فروعاً في المقام ونعرض لدليل كل واحد
منها ونستمد من المولى جل جلاله : الفرع الاول :

اذا وقع عين لا يعلم لها مالك في يد المكلف ويمكنه الفحص عن ماله يجب
الفحص بمقتضى قوله تعالى في سورة النساء « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات
الى أهلها » (* ١) فلو فحص عن المالك ووجده اعطاه اياها ولو فرض ان الفحص
كان حرجياً بسقط وجوب الفحص لدليل نفي الحرج ولو كان ضرورياً فتارة يكون
وضع اليد على المال باذن من الشارع واخرى لا يكون باذنه أما على الاول فلا
ضمان على الاخذ وقلنا سابقاً انه يؤخذ من المالك لقوله تعالى في سورة التوبة
« وما على المحسنين من سبيل » (* ٢) .

وأما على الثاني فعلى مسلك المشهور في قاعدة نفي الضرر بتعارض ضرر
الغاصب والمالك وبعد التعارض تسقط القاعدة ولا بد من تحمل الضرر والفحص
وأما على ما سلكتناه في مفاد القاعدة فيجب الفحص وتحمل الضرر وأما لو فحص
فلم يجد المالك ويأس من الوصول اليه فتكون العين ملكاً للاخذ ويجب عليه
التخمس لحديث ابن مهزيار (* ٣) ولاتعارض بين هذا الحديث وما رواه محمد
بن مسلم (* ٤) اذ المستفاد من حديث ابن مسلم ان الثمن أفضل خصاله التصديق

(١) النساء / ٦١

(٢) التوبة / ٩١

(٣) لاحظ ص : ٣١

(٤) لاحظ ص : ٢٤

فلا تنافي بين التملك وكون التصدق أفضل مضافاً الى أنه يمكن أن يقال: ان حديث ابن مسلم اعم من حديث ابن مهزيار لان حديث ابن مهزيار ظاهر في مجهول المالك وحديث ابن مسلم اعم وان أبيت وقلت : يكون الخبران متعارضين كلن الترجيح مع حديث ابن مهزيار لتأخره وكونه احدث وهو من المرجحات على مسلكنا .

الفرع الثاني : لو كانت العين معلومة المالك لكن لا يمكن الوصول اليه والظاهر ان حكمه التصدق والدليل عليه حديث محمد بن مسلم (* ١) ويؤيد المدعى ما رواه يونس (* ٢) والحديث ضعيف سنداً بالعبدي .

الفرع الثالث: لو هلك صاحب العين ولا وارث له تكون العين للاخذ والدليل عليه احاديث هشام (* ٣) .

الفرع الرابع: انه لو وقعت عين في يد المكلف وكان مالهما معلوماً شخصاً لكن لا يمكن الوصول اليه .

ولا يبعد أن يكون حكمها التصدق لاطلاق حديث ابن مسلم (* ٤) فان اطلاق هذا الحديث يقتضي أن يتصدق به وعلى هذا هل يمكن الالتزام بأن حكم مال الامام عليه السلام كذلك بأن يتصدق به ؟ الظاهر انه ليس كذلك والوجه فيه انه مادام يمكن الايصال اليه لاتصل النوبة الى الصدقة . وبعبارة اخرى : يحرم التصرف في مال الغير وحيث انه عليه السلام يرضى بصرف ماله في بعض الوجوه فلا تصل النوبة الى الصدقة .

(١) لاحظ ص : ٢٤

(٢) لاحظ ص : ٢٢

(٣) لاحظ ص : ٢١ و ٣٣ و ٣٤

(٤) لاحظ ص : ٢٤

وان شئت قلت : صرفه فسي مورد العلم برضاه نحو من الايصال فيقدم على الصدقة . ان قلت : كيف يمكن التصديق بمجهول المالك بعد فرض ان التصديق نحو من التصرف ؟ قلت : الأمر كذلك لكن بعد وجود دليل الجواز لاتصل النوبة الى هذا الاشكال .

ان قلت : الأمر بالتصدق حيث انه وارد في مقام توهم الحظر لايدل على الوجوب مضافاً الى أن المذكور في حديث ابن مسلم (*) (١) ليس بصورة الأمر فكيف نلتزم بوجوب التصديق ؟ قلت : الأمر الواقع في مقام توهم الحظر يتصور فيما نهى المولى من شيء ثم يأمر به كالأمر بالصيد بعد النهي عنه أو يكون المقام مقام النهي وفي المقام ليس كذلك وأما حديث ابن مسلم (*) (٢) فالمستفاد منه ان احسن عمل يعمل في المال المذكور أن يتصدق به وحيث ان ابقاء المال نحو تصرف فيه وليس عليه دليل فيحكم العقل يلزم التصديق به ولا يبعد أن يستفاد من قوله عليه السلام « أفضل خصال » الخ الزام التصديق به . وبعبارة اخرى : يكون المراد من الأفضل التعيين كما يستعمل كثيراً في اللغة العربية وغيرها من اللغات فتأمل .

الفرع الخامس : لو تلفت العين في يد الاخذ فتارة لا يكون التلف موجباً للضمان واخرى يكون موجباً له أما على الاول - كما لو كان الاخذ باذن الشارع ولم يكن التلف بتفريط من ناحية الاخذ - فالأمر بظاهره اي ليس على الاخذ شيء وأما على الثاني : فالذمة مشغولة ولا بد من ابرائها ولا يبعد أن يستفاد من حديث ابن مسلم (*) (٣) وجوب التصديق اذ العرف لا يفهم فرقاً بين العين والدين من هذه

(١) لاحظ ص : ٢٤

(٢) لاحظ ص : ٢٤

(٣) لاحظ ص : ٢٤

الجهة .

الفرع السادس : ان هذه الصدقة عن المالك أو عن الآخذ أو لاهذا ولأذلك؟ الحق هو الثالث اذ ليس في حديث ابن مسلم الالتزام بنحو خاص ومقتضى قوله عليه السلام : « أن يتصدق بثمنه » وجوب التصديق .

الفرع السابع : ان الصدقة هل توجب ضمان المتصدق أم لا ؟ الذي يختلج بالبال أن يقال : ان اليد الموضوعة على العين تارة لا تكون بد ضمان من اول الأمر واخرى تكون اليد بد ضمان فهنا مقامان :

أما المقام الأول : فالظاهر عدم الضمان لعدم مقتضى اذ المفروض ان وضع اليد باذن من الشارع وما على المحسنين من سبيل فلا تكون اليد ضمانية ولا تشملها قاعدة على اليد وأما دليل الاتلاف فليس مفاد آية أو رواية بل مستفاد من الموارد ولا يمكن أن يشمل المقام اذ الظاهر من دليل التصديق ان وظيفة الآخذ هو التصديق وبه تتم وظيفته ولا يبقى عليه شيء مضافاً الى أنه لو اشتغلت ذمته بالبدل يجب عليه التصديق به وهكذا فيلزم التسلسل وهو مقطوع البطلان فلا مجال لقاعدة الاتلاف واما الدليل الخاص بالمقتضى للضمان فلم يبق في المقام .

واما حديث ابداع اللص (* ١) الدال على كون مجهول المالك مثل اللفظة فهو ضعيف سنداً واما قياس المقام على باب اللفظة والحكم بأنهما متحدان من حيث الحكم فنخرص بالغيب ويؤيد المدعى حديث البطائني (* ٢) .

واما المقام الثاني فالحق فيه ايضاً عدم الضمان فان مقتضى قاعدة اليد الضمان لكن التصدي بأمر الشارع نحو من الأداء مضافاً الى انه لو لأذلك يلزم التسلسل كما تقدم وحديث البطائني يؤيد المدعى .

(١) لاحظ ص : ٢١

(٢) لاحظ ص : ٢٣

الفرع الثامن : هل يجب ان يكون التصديق باذن الحاكم الشرعي ام لا يلزم؟
الحق هو الثاني لعدم الدليل على ولايته وتوقف التصديق على اذنه بل مقتضى الاطلاق
عدم اشتراط التصديق باذنه نعم مقتضى الاحتياط ان يكون باذنه خروجاً عن شبهة
الخلاف .

الفرع التاسع لو تصدق بمجهول المالك وتكون العين باقية في يد آخذ
الصدقة فوجد المالك فهل له ان يأخذ العين من الاخذ ام لا ؟ الحق هو الثاني اذ
بعد التصديق بحكم الشارع تصير ملكاً للاخذ ولا دليل على جواز استرداد المالك.
مضافاً الى ان المستفاد من جملة من النصوص عدم جواز الرجوع في الصدقة
لاحظ ما رواه الحكم قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : ان والدي تصدق علي
بدارثم بداله أن يرجع فيها وان قضائنا يقضون لي بها فقال : نعم ما قضت به قضائكم
وبئس ما صنع والدك انما الصدقة لله عزوجل فما جعل لله عزوجل فلا رجعة له فيه
الحديث (* ١) .

وما رواه عبدالله بن سنان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق
بالصدقة ثم يعود في صدقته فقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : انما مثل
الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي بقيه ثم يعود في قبئه (* ٢) .
وما رواه طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عليهم السلام قال : من تصدق بصدقة
ثم ردت عليه فلا يأكلها لأنه لا شريك لله عزوجل في شيء مما جعل له انما هو بمنزلة
العاقبة لا يصلح ردها بعد ما يعتق (* ٣) .

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

وما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : انما مثل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قبته (* ١) .

وما رواه جراح المدايني عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال : في الرجل يرد في الصدقة قال : كالذي يرد في قبته (* ٢) .

وما رواه علي بن اسماعيل عن ذكره عن أبي عبد الله عليه في الرجل يخرج الصدقة يريد أن يعطيها السائل فلا يجد قال : فليعطها غيره ولا يرد ما في ماله (* ٣) .

وما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال : لا يرجع في الصدقة اذا ابتغى بها وجه الله عز وجل (* ٤) .

وما رواه سماحة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تصدق بصدقة على حميم أ يصلح له أن يرجع فيها قال : لا ولكن ان احتاج فليأخذ من حميمه من غير ما تصدق به عليه (* ٥) .

فان المستفاد من هذه النصوص ان الصدقة لا رجوع فيها ولا يخفى ان مقتضى حديث محمد بن مسلم ان الصدقة لا يرجع فيها على الإطلاق بلا فرق بين المصدق وغيره فليس للمالك الرجوع فلاحظ ويستفاد من بعض النصوص ان قوام الصدقة يكونها لله تعالى لاحظ ما رواه حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا صدقة ولا عتق الا ما لا يريد به وجه الله عز وجل (* ٦) .

(١) نفس المصدر الحديث ٤

(٢) نفس المصدر الحديث : ٥

(٣) نفس المصدر الحديث : ٦

(٤) نفس المصدر الحديث : ٧

(٥) نفس المصدر الحديث : ٩

(٦) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

وما رواه ابن اذينة وابن بكير وغيرهم كلهم قالوا: قال أبو عبد الله عليه السلام
لا صدقة ولا عتق الا ما اريد به وجه الله عز وجل (*) (١) .
الفرع العاشر : هل يعتبر في أخذ الصدقة الفقر أم يجوز الاعطاء للاغنياء
أيضاً؟ ربما يقال - كما عن صاحب الجواهر قدس سره - جوازه بتقريب : ان الأدلة
باطلاقها يقتضي التسوية بين الفقير والغني ورتب على مرامه جواز دفع سهم الامام
عليه السلام الى الاغنياء لأن السهم المبارك حكمه التصدق .

ويرد عليه : ان المتبادر من مفهوم الصدقة اعتبار الفقر في المتصدق عليه ومع
الشك في الصدق يلزم الاحتياط لعدم العلم بالبراءة الا بالأحرار وان شئت قلت :
ان العين لما لكها ولا بد من رفع الضمان والخروج عن العهدة احرار الطريق الشرعي
ولا يحرز الا مع رعاية القيد المزبور اضيف الى ذلك قوله تعالى «انما الصدقات
للفقراء والمساكين الآية» (*) (٢) .

وفي الاستدلال بالآية على المدعى نظراً اذا الظاهر ان الآية ناظرة الى بيان مصارف
الزكاة الواجبة فان الاوصاف المذكورة في الآية مصارف الزكاة ومن الظاهر ان الآية
لا تقبل التبعض بأن يقال : ان الصدقة الواجبة للفقراء على الاطلاق والزكاة خاصة
للاصناف وبعبارة واضحة : الآية خاصة ببيان مصارف الزكاة فلا دلالة لها على مصرف
الصدقة على نحو الاطلاق . نعم لا اشكال في أن السيرة الخارجية جارية على عدم
اعطاء الصدقة للغني فلا بد من اتمام الأمر بالسيرة والتسالم والاجماع ان تم .

الفرع الحادي عشر : انه هل يجوز اعطاء الصدقة للهاشمي أم لا ؟ وقد
تعرضنا لهذه الجهة وتكلمنا حولها في كتاب الزكاة في ذيل مسألة (٦٩) فراجع

(١) نفس المصدر الحديث : ٣

(٢) التوبة / ٦٠

وان كان الحيوان لا يقوى على الامتناع جاز اخذه كالشاة واطفال الابل والبقر والخيول والحمير ونحوها^(١) فان اخذه صرفه في موضع

المجلد السادس من هذا الكتاب ص : ٥٠١ - ٥٠٣ .

الفرع الثاني عشر : هل يجوز وضع اليد على مجهول المالك بعنوان ايصاله الى المالك أو التصديق به بعد وضع الغير يده عليه أم لا ؟ يمكن أن يقال : بأنه اذا كان الوضع السابق بعنوان التملك والتصاحب فلا يجوز اذا كان الغير يكون تصرفه ووضعه يده على المال عدوانياً فلا اشكال في الجواز اذا كان بقصد الاحسان وايصال المال الى صاحبه أو العمل بالوظيفة المقررة وأما اذا كان السابق ايضاً يريد الايصال والاحسان فتارة يرضى بوضع الغير يده على العين فالظاهر انه لامانع من الوضع الثاني واخرى لا يرضى وفي هذه الصورة لانرى مانعاً من الوضع اذا كان بقصد الاحسان وايصال المال الى صاحبه اذ اطلاق الأدلة بالنسبة الى كلا الشخصين على السواء والله العالم .

(١) عن التذكرة : نسبتہ الى علمائنا وعن بعض الاعيان : دعوى الاجماع على الجواز وعن بعض اجماع العامة على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف لسه أكلها واستدل على الجواز أيضاً : بأنه في معرض التلف لعدم قدرته على الامتناع فهو كالتالف ويدل على الجواز بعض النصوص لاحظ ما رواه هشام بن سالم (*) (١) وما رواه معاوية بن عمار (*) (٢) .

وما رواه ابن أبي يعفور قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : جاء رجل من المدينة فسألني عن رجل أصاب شاة فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثة أيام ويسأل عن صاحبها

(١) لاحظ ص : ١٧

(٢) لاحظ ص : ١٥

الالتقاط^١ والاحوط أن يعرفه في ما حول موضع الالتقاط أيضاً^٢
فإن لم يعرف المالك جاز له تملكها والتصرف فيها بالاكل والبيع^٣
والمشهور انه

فإن جاء صاحبها والا باعها وتصدق بثمنها (* ١) .

وما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سأله
عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحل له ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه
 وآله : هي لك أو لأخيك أو للذئب فخذها وعرفها حيث أصبتها فإن عرفت فردها
إلى صاحبها وإن لم تعرف فكلها وأنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن
تردها عليه (* ٢) فالنتيجة : إن أصل الأخذ لا إشكال فيه .

(١) كما في رواية علي بن جعفر وعن العلامة في التذكرة : « إن الأقرب عدم
وجوب التعريف لقوله صلى الله عليه وآله : « هي لك » بتقريب : إن الظاهر من
هذه الجملة تملكها من غير تعريف . وفيه : أنه صلى الله عليه وآله صرح في الرواية
بقوله : « عرفها حيث أصبتها » ومع هذا التصريح لأمجال لهذا التقريب واستدل
صاحب الجواهر قدس سره على عدم وجوب التعريف بالاجماع وحال الاجماع
في الاشكال معلوم .

(٢) لا إشكال في حسن الاحتياط ولكن لم يظهر وجه هذا الاحتياط إذ قد صرح
في حديث ابن جعفر (* ٣) بالتعريف حيث أصابه .

(٣) كما صرح في حديث ابن جعفر فإن قوله عليه السلام « فكلها » ظاهر بل
صرح في جواز التملك وربما يقال : بأن حديث ابن جعفر يعارضه حديثه الآخر

(١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث : ٦

(٢) نفس المصدر الحديث : ٧

(٣) مرآناً

يضمنها حينئذ بقيمتها^١ لكن الظاهر أن الضمان مشروط بمطالبة المالك فإذا جاء صاحبها وطالبها وجب عليه دفع القيمة^٢ وجاز له أيضاً إبقائها عنده إلى أن يعرف صاحبها^٣

قال : سألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوباً أو دابة كيف يصنع ؟ قال : يعرفها سنة فإن لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها إياه وإن مات أوصى بها فإن أصابها شيء فهو ضامن (* ١) .

فإن مفاد هذا الحديث وجوب التعريف أولاً سنة والحفظ لصاحبه ثانياً فما التوفيق في الجمع بين الحديثين ؟ ويمكن الجواب عن هذا الاشكال : ان النسبة بين الحديثين بالعموم والخصوص لا بالتباين فلا تعارض إذ هذا الحديث قد صرح بالدراهم والثوب والدابة في كلام السائل بعد سؤاله عن مطلق اللقطة وفي جواب السائل قال عليه السلام « يعرفها » أي اللقطة فغاية ما في الباب هو الاطلاق ولا إشكال في أن الاطلاق قابل للتقييد .

(١) قال في الجواهر (* ٢) : وكذا لا خلاف أجده في أن الأخذ بالخيار إن شاء ملكها ويضمن مطلقاً حين النية على وجه يكون ديناً في ديونه كما هو المشهور إلى آخر كلامه فهذا هو المشهور .

(٢) كما صرح به في حديث ابن جعفر فلاحظ فإن مفاد هذا الحديث ان الضمان مشروط بمجيء صاحبها ومطالبة ثمنها .

(٣) قال المحقق في الشرايع : « وإن شاء احتسبها أمانة في يده لصاحبها ولا ضمان » وقال في الجواهر في هذا المقام : « لم اتحقق فيه خلافاً » ويمكن أن يقال بأنه موافق للقاعدة لأنه إحسان والمفروض أن وضع اليد عليها باذن من مالك الملوكة

ولا ضمان عليه حينئذ^(١).

(مسألة ٩) : اذا ترك الحيوان صاحبه في الطريق فان كان قد أعرض عنه جاز لكل احد تملكه كالمباحات الاصلية^(٢) ولا ضمان على

فلاريب في أنه احسان وما على المحسنين من سبيل .

(١) اذ المفروض انه امين وقد أحسن ولا مقتضي للضمان بل مقتضي لعدمه موجود وهو نفي السبيل على المحسن فلاحظ .

فرعان: احدهما : ان الاخذ لو مات بعد التملك فهل يتوجه التكليف الى وارثه بحيث يكون ضامناً مع رجوع المالك ام يختص حكم الضمان بالاخذ ؟ لا يبعد القول بالثاني اذ المفروض ان المال انتقل الى الاخذ بالتملك وضمانه بالرجوع قد ثبت وقد دل عليه النص ولا دليل على الضمان مع موت الاخذ .

ثانيهما : انه لو مات صاحب العين فهل ينتقل هذا الحق اي حق الرجوع الى وارثه أم لا ؟ الأقوى هو الثاني اذ قابلية انتقال هذا الحق الى الوارث اول الكلام اذ ليس كل حق قابلاً للانتقال كحق الحضانة ومن ناحية اخرى انه لا دليل على انتقال كل حق الى الوارث .

بقي شيء وهو ان الموضوع للاحكام المذكورة لا تختص - كما في كلام الماتن - بخصوص الشاة وعليه يتوجه السؤال بأنه ما الوجه في العموم فنقول أما الوجه في عموم الحكم فمضافاً الى عدم الخلاف والاجماع المدعى في المقام جملة من النصوص لاحظ احاديث هشام ومعاوية وعلي بن جعفر (* ١) فان المستفاد من هذه النصوص بالفهم العرفي ان الحيوان الذي لا يقوى على الدفاع عن نفسه ولا يكون معرضاً للتلف يجوز وضع اليد عليه وأما الحيوان الذي يقدر على التعيش والدفاع عن نفسه فلا يجوز وضع اليد عليه فلاحظ .

(٢) بناء على كون الأعراض مخرجاً عن الملك كما هو كذلك فانه مقتضى السيرة

الآخذ^(١) وإذا تركه عن جهد وكل بحيث لا يقدر أن يبقى عنده ولا يقدر أن يأخذه معه فإذا كان الموضع الذي تركه فيه لا يقدر فيه الحيوان على التعيش فيه لأنه لا ماء فيه ولا كلاء ولا يقوى الحيوان فيه على السعي اليهما جاز لكل أحد أخذه وتملكه^(٢) وأما إذا كان يقدر الحيوان فيه على التعيش لم يجز لأحد أخذه ولا تملكه^(٣) فمن

الجارية ويكون خلافه مستكراً في الأذهان والشاهد عليه أنه لو أعرض أحد عن لبنات والفاها في المزبلة فأخذها شخص وتملكها ووضعها في بناء جدار داره فليس للمالك الأول الرجوع إليها وأخذها بل يعد خلافاً للشرع فلاحظ .

وربما يقال إن الأعراض لا بد أن يكون ممن له الأهلية ومع الشك يكون مقتضى الأصل عدمه ويرد بأن السيرة جارية على جواز تملك المعرض عنه نعم لو ثبت عدم قابلية المعرض بأن يكون سفيهاً أو مجنوناً أو غير بالغ فيشكل الحكم بالجواز وهذا أمر آخر ويظهر من صاحب الجواهر (*) (١) أن الحيوان لو تلف في فرض الأعراض لاضمان على الآخذ قطعاً ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه ابن سنان (*) (٢) فإن التسبب على ما يظهر من مجمع البحرين عبارة عن تركها .

(١) لعدم ما يقتضي الضمان .

(٢) ادعى أنه الأشهر بل ادعى أن عامة المتأخرين عليه ويمكن الاستدلال عليه بما رواه السكوني (*) (٣) والرواية محل الكلام سنداً .

(٣) فإن التفصيل المذكور يظهر من الخبر المزبور وبعبارة أخرى : المستفاد من الخبر المذكور أن المالك تارة يترك الحيوان في مكان يقدر على التعيش بأن

(١) جواهر الكلام ج ٣٨ ٢٢٩

(٢) لاحظ ص : ١٨

(٣) لاحظ ص : ١٨

أخذه كان ضامناً له ^{١١} وكذا اذا تركه عن جهد وكان ناوياً للرجوع اليه قبل ورود الخطر عليه ^{١٢} .

(مسألة ١٠) : اذا وجد الحيوان في العمران وهو المواضع المسكونة التي يكون الحيوان فيها مأموناً كالبلاد والقرى وما حولها مما يتعارف وصول الحيوان منها اليه لم يجزله أخذه ^{١٣} ومن أخذه ضمنه ^{١٤} ويجب عليه التعريف ^{١٥} ويبقى في يده مضموناً الى أن يؤديه الى مالكه ^{١٦} فان شس منه تصدق به هاذن الحاكم الشرعي ^{١٧} نعم اذا كان غير مأمون من التلف عادة لبعض الطواري لم يبعد جريمان حكم

يوجد في ذلك المكان الكلام والماء واذا لم يوجد ما يرتزق به ويعيش بقدر على التعيش بالسعي الى الماء والكلاء واخرى بتركه في معرض التلف أما على الاول فلا يجوز أخذه وأما على الثاني فيجوز .

(١) لقاعدة اليد المقتضية للضمان .

(٢) فان الضمان في هذه الصورة أيضاً لقاعدة اليد حيث لم يرخص الأخذ في الأخذ لامن ناحية الشارع ولا من ناحية المالك .

(٣) اذ التصرف في مال الغير بغير رضاه حرام ولا مجوز للأخذ .

(٤) لقاعدة اليد .

(٥) اذ يجب عليه أن يؤديه الى مالكه والتعريف مقدمة له فيجب لوجوب المقدمة بوجوب ذبها .

(٦) كما هو مفاد قاعدة على اليد .

(٧) قد تقدم الكلام بالنسبة الى هذه الجهة وان مقتضى الادلة وجوب التصديق

غير العمران جواز تملكه في الحال بعد التعريف ومن ضمانه له كما سبق^(١).

(مسألة ١١) : اذا دخلت الدجاجة أو السخلة في دار الانسان لا يجوز له أخذها^(٢) ويجوز اخراجها من الدار^(٣) وليس عليه شيء اذا لم يكن قد أخذها^(٤) أما اذا أخذها ففي جريان حكم اللفظة عليها اشكال^(٥).

أو جواز التملك بمقتضى حديث ابن مهزيار (* ١) ولا وجه لإعادة فراجع ما ذكرناه هناك .

(١) بأن نقول : المستفاد من حديث ابن جعفر (* ٢) ان الحيوان الذي يكون في معرض التلف يكون حكمه كذلك بلا فرق بين العمران وغيرها والحق ان ما أفاده في المتن غير بعيد لكن الجزم به بحيث يغنى به مشكل فلاحظ .
(٢) اذ المفروض انه مال الغير ولا يجوز التصرف في مال الغير .

(٣) اذ يجوز افراغ الملك عن مال الغير فانه من شئون الملكية والسلطة .

(٤) اذ مع عدم الأخذ لا تتحقق قاعدة اليد وبدون الأخذ لا مقتضى للضمان .

(٥) قال في الجواهر (* ٣) : « وعلى كل حال فلا وجه للتعريف لعدم تناول

ادلة التعريف لمثلها كغيرها من اللفظة الغير الجائزة وعلى تقديره فظاهر الخبر المزبور كون التعريف على الوجه المذكور » ومراده من الخبر ما رواه ابن أبي يعفور (* ٤) .

(١) لاحظ ص : ٣١

(٢) لاحظ ص : ٤٤

(٣) ج ٣٨ ص : ٢٥٢

(٤) لاحظ ص : ٤٣

والاحوط التعريف بها حتى يحصل اليأس من معرفة مالكمها^(١) ثم يتصدق بها^(٢) ولا يبعد عدم ضمانها لصاحبها اذا ظهر^(٣).

(مسألة ١٢) : اذا احتاجت الضالة الى النفقة فان وجد متبرع بها أنفق عليها^(٤) والا أنفق عليها من ماله^(٥) ورجع بها على المالك^(٦)

فان مقتضى اطلاق هذا الخبر ان الشاة المأخوذة على الاطلاق حكمها كذلك يخرج عن الاطلاق اذا دل الدليل على خلافه ويبقى الباقي لكن الرواية المذكورة ضعيفة بمنصور ومحمد بن موسى وبعد ضعف هذه الرواية وعدم شمول غيرها للمقام لا بد من العمل على طبق القاعدة .

(١) بل لعله الأقوى ان يجب اداء المال السى مالكة ومن مقدماته الفحص فيجب .

(٢) بل لا يبعد جواز التملك ووجوب الخمس بمقتضى حديث ابن مهزيار(*) (١)
(٣) لعدم ما يقتضي الضمان فان الاخذ لو تصدق بها بأمر من الشارع فلا وجه لتفريمه بعده وان شئت قلت : التصديق بأمر الشارع نحو من الاداء ومع الاداء لامجال للضمان فلاحظ .

(٤) ولا اشكال فيه .

(٥) لأنه مال الغير ويجب حفظه فلا بد من الانفاق .

(٦) تارة يكون الاخذ غاصباً واخرى يكون اخذه جازماً أما على الاول فالظاهر عدم جواز الرجوع لأن انفاقه ليس باذن المالك ولا بأمره وكذلك ليس باذن من الشارع اذا المفروض انه غاصب ومجرد عود نفق الانفاق الى المالك لا يقتضي الرجوع اصف الى ذلك ما رواه أبو ولاد قال : قلت قد علفته بدراهم فلي عليه

علقه ؟ قال : لا لأنك غاصب (* ١) .

فان صريح الرواية يدل على أن الغاصب اذا أنفق على المنصوب ليس له الرجوع على المالك مضافاً الى جميع ما ذكرنا ماهو المعروف بين القوم من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال وأما اذا لم يكن غاصباً فما يمكن أن يستدل به على جواز الرجوع وجوه :

الوجه الاول: قاعدة لا ضرر بتقريب: ان وجوب الاتفاق عليه مع عدم الرجوع ضرر عليه والضرر مرفوع في الشريعة .

ويرد عليه : اولا ان هذا الاستدلال يتم على مسلك المشهور في مفاد لا ضرر لاعلى مسلكنا وثانياً : قد ثبت في محله ان القاعدة لا تثبت شيئاً بل مفاد القاعدة النفي .

اضف الى ذلك انه على مسلك المشهور يمكن أن يقال: بأن مقتضى القاعدة عدم وجوب الاتفاق اذ المفروض ان الاتفاق ضرر فلا يجب كبقية الاحكام الضرورية التي ترفع بالقاعدة وتوهم عدم جريان القاعدة لكونها خلاف الامتنان بالنسبة الى المالك مدفوع بأن الامتنان يلزم أن يكون بالنسبة الى من تشمله القاعدة لا الغير والمقام كذلك .

الوجه الثاني : حديث أبي ولاد (* ٢) فان المستفاد من الرواية ان الغاصب لكونه غاصباً ليس له الرجوع فالمقتضي للرجوع موجود لكن الغصب يمنع عن التأثير فمع عدم كونه غاصباً يجوز الرجوع .

الوجه الثالث : ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألت عن اللفظة اذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها ؟ قال: لا انما يحل

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب الغصب

(٢) لاحظ ص : ٥٠

واذا كان للقطعة نماء أو منفعة استوفاه الملتقط ويكون بدل ما أنفقه عليها^(١) ولكن بحسب القيمة على الأقوى^(٢).

له يبيعها بما أنفق عليها (* ١) .

الوجه الرابع : ما ورد من النصوص فيما أنفق على اللقيط لاحظ احاديث حاتم بن اسماعيل وعبدالرحمن العزرمي ومحمد بن احمد ومحمد بن مسلم (* ٢) فان الاستفادة منها جواز الرجوع فيما أنفق اذ الظاهر عدم الفرق بين الموردين . (١) فيما يجوز له الاخذ فانه نقل (* ٣) عن الروضة عدم الخلاف في جواز الانتفاع .

(٢) ربما يقال : ان هذا بعنوان التقاص واورد عليه بعدم رعاية شرائط التقاص فليس منه . وربما يقال : بأنه في مقابل ما ينفق واعترض عليه : بأن تحقق المعاوضة بين الاخذ والمالك الغائب خلاف القاعدة ولعل كلام الماتن ناظر الى أن الاستفادة من النص جواز الانتفاع بحسب القيمة وبذلك المقدار لاحظ ما رواه محمد بن احمد (* ٤) .

ولا حظ ما رواه أبو ولاد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهناً بما له أنه أن يركبه ؟ قال فقال : ان كان يعلفه فله أن يركبه وان كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس أن يركبه (* ٥) .

وما رواه السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : الظاهر يركب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يركبه

(١) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث : ٨

(٢) لاحظ ص : ٧

(٣) جواهر الكلام ج ٣٨ ص : ٢٦٦

(٤) لاحظ ص : ٧

(٥) الوسائل الباب ١٢ من أبواب الرهن الحديث : ١

(مسألة ١٣) : كل مال ليس حيواناً ولا إنساناً إذا كان ضائعاً ومجهول المالك وهو المسمى لقطة بالمعنى الخاص^(١).

نفقته والدريشرب «ويشرب الدريه» إذا كان مرهوناً وعلى الذي يشرب نفقته (* ١) فإن المستفاد من هذه الأحاديث بحسب الفهم العرفي أنه يستفاد من العين بمقدار ما انفق عليها فلا تنقص ولا معاوضة بل اذن من الشارع في الانتفاع بهذا الحساب فلاحظ .

لكن الانصاف ان المسألة محل الاشكال اذ الحديثان الواردان في الرهن انما يدلان على جواز الانتفاع المرتهن فيما يتفق وأما التقدير بلحاظ القيمة فلا يستفاد من الحديثين مضافاً الى أن الحديثين واردان في الرهن وأما حديث محمد بن احمد (* ٢) فالانصاف ان دلالة على المدعى تامة لكن السند مخدوش بمحمد بن احمد فان وثاقة الرجل محل الاشكال والتأمل .

(١) قال في الجواهر (* ٣) : «اللقطة لغة وعرفاً كل مال غير الحيوان الذي هو القسم الثاني ضائع اخذ ولا يد عليه ولا يد ملنقط سابق فانه وان صدق عليه انه مال ضائع الا انه سبقت عليه يد الالتقاط» الخ .

وهذا هو المعروف بين القوم في تعريف اللقطة فيخرج بقيد الضياع المال المجهول المالك المحكوم بحكم آخر وبالقيد الثاني وهو الأخذ ما لم يؤخذ المال المطروح وبالقيد الأخير يخرج ما لو اخذه من ملنقط آخر فلا يترتب عليه حكم اللقطة ويمكن أن يقال - كما في كلام بعض الأصحاب - : انه لم يظهر وجه القيد الأخير بعد صدق اللقطة على المال المأخوذ من آخر فهل يمكن أن يقال : اذا أخذ

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) لاحظ ص : ٧

(٣) ج ٣٨ ص : ٢٧١

يجوز أخذه على كراهة^(١)

إنسان لقطة ومات قبل التعريف ثم أخذه آخر لا يجب عليه التعريف لأنه أخذه من سابق ؟ فالظاهر أن ما أفاده الماتن في التعريف بلا ذكر القيد الأخير هو الصحيح والله العالم .

ويمكن الاستدلال على الإطلاق بإطلاق ببعض النصوص لاحظ ما رواه ابن جعفر (* ١) لكن مع الشك في الصدق كيف يمكن الأخذ بالإطلاق مع عدم جواز الأخذ بالدليل في الشبهة المصداقية .

وصفوة القول : أنه مع احتمال القيد لأمجال للأخذ بالإطلاق والذي يظهر من اللغة ليس فيه القيد المذكور فلاحظ .

(١) لا يبعد أن يكون الوجه في الحكم بالجواز مع الكراهة أن المستفاد من جملة من النصوص عدم جواز الأخذ لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سأله عن اللقطة قال : لا ترفعوها فإن ابتليت فعرفها سنة فإن جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك إلى أن يجيء لها طالب (* ٢) .

وما رواه أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال : سأله عن اللقطة قال : لا ترفعها فإن ابتليت بها فعرفها سنة فإن جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك حتى يجيء لها طالب فإن لم يجيء لها طالب فأوص بها في وصيتك (* ٣) .

وما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سأله عن

(١) لاحظ ص : ٤٤

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٠

ولافرق بين ما يوجد في الحرم وغيره^(١)

اللقطة يصيبها الرجل قال: يعرفها سنة ثم هي كساير ماله قال: وكان علي بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله: لا تمسوها (* ١) .

ومن ناحية أخرى: لا اشكال في جواز الأخذ وعن الجواهر: يمكن دعوى القطع بفساد القول بالحرمة أو الضرورة فضلاً عن الاجماع والحق كما أفاده فان جواز اخذ اللقطة من واضحات الفقه ومن الامور المرتكزة عند المتشعبة .

اضف الى ذلك ما يستفاد منه الجواز لاحظ ما أرسله الصدوق قال: قال الصادق عليه السلام: افضل ما يستعملها الانسان في اللقطة اذا وجدها ان لا يأخذها ولا يتعرض لها فلو ان الناس تركوا بما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه وان كانت اللقطة دون درهم فهي لك فلا تعرفها فان وجدت في الحرم ديناراً مطلساً فهو لك لا تعرفه وان وجدت طعاماً في مغارة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله فان جاء صاحبه فرد عليه القيمة فان وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لأهلها وان كانت خراباً فهي لمن وجدها (* ٢) .

ولاحظ ما رواه زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقطة فأراني خاتماً في يده من فضة قال: ان هذا مما جاء به السبل وانا اريد ان أتصدق به (* ٣) فان صريح الرواية انه عليه السلام اخذ ما جاء به السبل .

(١) اختلفت اقوالهم في لقطة الحرم فذهب جملة من الأصحاب الى القول بحرمة الأخذ والعمدة النصوص الواردة ولا بد من ملاحظتها وربما يستدل على الحرمة بقوله تعالى: «أو لم يروا انا جعلنا حرماً آمناً» (* ٤) بتقريب: ان الله

(١) نفس المصدر الحديث: ١٢

(٢) نفس المصدر الحديث: ٩

(٣) الوسائل الباب ٧ من أبواب اللقطة الحديث: ٣

(٤) عنكبوت/ ٦٧

.....

جعل الانسان امناً على نفسه وماله وهو يتنافي جواز اخذه .

وفيه : ان الآية بظاهرها - كما في جامع الجوامع للطبرسي - ان الله جعل الانسان في الحرم امناً من القتل والنهب ومن الظاهر ان جواز اخذ اللقطة بقصد العمل بالوظيفة وتعريفها للوصول الى مالها لا يتنافي مفاد الآية .

واستدل على المدعى بجملة من النصوص : منها : ما رواه الفضيل بن يسار قال : سألت ابا جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم فقال : لا تمس ابداً حتى يجيء صاحبها فيأخذها قلت : فان كان ما لا كثيراً قال : فان لم يأخذها الامتلك فليعرفها (*) (١) بتقريب : انه نهى عن المس وفيه ان هذه الرواية تدل بالصراحة على الجواز مع قصد التعريف .

ومنها : ما رواه علي بن ابي حمزة قال : سألت العبد الصالح عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه قال : بمس ما صنع ما كان ينبغي له أن يأخذه قلت : ابتلى بذلك قال : يعرفه قلت : فانه قد عرفه فلم يجده باغياً قال : يرجع الى بلده فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين فان جاء طالبه فهو له ضامن (*) (٢) وفيه : ان الرواية ضعيفة بالبطائني .

ومنها : ما رواه فضيل بن يسار قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم قال : لا يمسه واما انت فلا بأس لأنك تعرفها (*) (٣) . وفيه اولاً : ان السند ضعيف بابن مرار وثانياً : قد مر الكلام في الاستدلال وان التعليل في الرواية يدل على الجواز فلا حظ .

(١) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٥

وان كانت كراهة الاخذ في الاول أشد وأكد^١.

(مسألة ١٤): لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرجها من متاعها

ومنها: ما رواه علي بن ابراهيم بن ابي البلاد عن الماضي عليه السلام قال: لقطة الحرم لا تمس بيد ولا رجل ولو ان الناس تركوها لجاء صاحبها فأخذها (* ١) . وفيه : ان المرسل لا اعتبار به وصفوة القول : انه كما قلنا يمكن اقامة الدليل على جواز اخذ لقطة الحرم كغيرها مضافاً الى طائفة اخرى من النصوص حيث يستفاد منها الجواز لاحظ ما رواه ابراهيم عمر عن ابي عبدالله عليه السلام قال : اللقطة لقطتان: لقطة الحرم وتعرف سنة فان وجدت صاحبها والاتصفت بها ولقطة غيرها تعرف سنة فان لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك (* ٢) .

وما رواه محمد بن رجاء الارجاني قال : كتبت الى الطيب عليه السلام : اني كنت في المسجد الحرام فرأيت ديناراً فأهويت اليه لاخذه فاذا انا بأخر فنحيت الحصى فاذا انا بثالث فأخذتها فعرفتني فلم يعرفها احد فماترى في ذلك ؟ فكتب فهمت ما ذكرت من امر الدينار فان كنت محتاجاً فتصدق بثلاثها وان كنت غنياً فتصدق بالكل (* ٣) .

وما رواه سعيد بن عمرو الجعفي (* ٤) فانه يستفاد من هذه النصوص التسوية بين لقطة الحرم وغيرها في الحكم .

(١) ويمكن ان يكون الوجه في الالتزام بالشدة فيها ورود نصوص خاصة فيها والله العالم .

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب اللقطة الحديث ٣

(٢) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقلعات الطواف الحديث : ٤

(٣) نفس المصدر الحديث : ٧

(٤) الوسائل الباب ٦ من أبواب اللقطة وسبأني في ذيل المسألة (٣٥)

فهو لصاحبه^(١) وما اخرج بالغوص فهو لمخرجه اذا كان صاحبه تركه^(٢).

(مسألة ١٥) : اللقطة المذكورة ان كانت قيمتها دون الدرهم

جاز تملكها بمجرد الاخذ ولا يجب فيها التعريف ولا الفحص عن

(١) هذا مقتضى القاعدة الاولى اذ المفروض انه لا مقتضى لخروجه عن ملك

مالكه فهو باق على ما كان .

(٢) اذا كان الترك بعنوان الأعراض - كما هو ليس ببعيد - فجواز تملكه على

القاعدة اذ يكون كبقية المباحات الأصلية ويجوز تملكها كبقية المباحات لكن الظاهر

من المتن ان الغوص بنفسه سبب للتملك ولا يبعد ان يكون ناظراً الى النص الوارد

في المقام لاحظ ما رواه السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث عن أمير

المؤمنين عليه السلام قال : واذا غرقت السفينة وما فيها فأصابه الناس فما قذف

به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحق به وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه

فهو لهم (* ١) .

فان ما أفاده في المتن مطابق لمفاد الرواية المذكورة لكن سند الرواية مخدوش

أما برواية الكليني فضعيفة بالنوفلي واما مرسل الصدوق فليعدم اعتبار المرسلات واما

ما نقله ابن ادریس فالظاهر ان البرنظي ارسل الحديث عن أمير المؤمنين عليه السلام

فلا اعتبار به .

واما حديث الشعيري قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن سفينة انكسرت في

البحر فأخرج بعضها بالغوص وأخرج البحر بعض ما غرق فيها فقال: اما ما أخرج

البحر فهو لأهله الله أخرجهم واما ما أخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به (* ٢)

فهو ضعيف سنداً أيضاً فلاحظ .

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب اللقطة الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(١) بلاخلاف اجده - كما في الجواهر - وعن التذكرة لا يجب تعريفه ويجوز تملكه في الحال عند علمائنا اجمع بل في موضع آخر منها : « لانعلم خلافاً بين أهل العلم في اباحة اخذ القليل والانتفاع به من غير تعريف » الى غير ذلك من كلماتهم الدالة على المدعى .

واستدل على المدعى بجملة من النصوص منها : ما رواه محمد بن أبي حمزة مرسل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن اللقطة قال : تعرف سنة قليلا كان أو كثيراً قال : وما كان دون الدرهم فلا يعرف (* ١) .

وهذه الرواية تدل على عدم وجوب التعريف اذا كانت اللقطة دون الدرهم لكن السند مخدوش بالارسال ولا أثر لوجود ابن أبي عمير في السند مضافاً الى أن المرسل ليس هو بل ابن أبي حمزة فلاحظ .

ومنها : ما رواه أبو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه (* ٢) .

وهذه الرواية مخدوشة سنداً بابن حماد حيث انه لم يوثق وابراهيم بن اسحاق محل الاشكال والكلام لعدم توثيقه مضافاً الى أن المستفاد من هذه الرواية ان الواجد يملك ما وجده بلا احتياج الى التملك اضعف الى ذلك ان مقتضى اطلاق الحديث عدم الفرق بين أفراد اللقطة والتسوية بين ما دون الدرهم وبين غيره والتخصيص بما دون الدرهم يوجب تخصيص الأكثر وهذا اشكال آخر في الرواية فلاحظ .

ومنها : ما ارسله الصدوق (* ٣) وهذه الرواية مخدوشة بالارسال مضافاً الى

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب اللقطة الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) لاحظ ص : ٥٥

ثم اذا جاء المالك فان كانت العين موجودة ردها اليه ^(١) وان كانت نالفة لم يكن عليه البدل ^(٢) وان كان قيمتها درهما فما زاد وجب عليه التعريف بها والفحص عن مالها ^(٣)

أن مفادها تحقق الملكية للواجد فلاحظ فالتبجعة : عدم قيام دليل على المدعى الا أن يتم الأمر بالاجماع وعدم الخلاف والتسالم على الحكم في الكل .

(١) كما صرح به في خبر أبي بصير (*) (١) وهذا مقتضى القاعدة الأولية اذ لوجه للخروج عن ملك مالكة ومع بقاءه في ملكه يجب الرد كما هو ظاهر .

(٢) لعدم الدليل على الضمان وبعبارة اخرى: لو قلنا بجواز التملك أو صبرورته ملكاً بنفسه فلا وجه للضمان وان شئت قلت : ان اليد على العين بعد التملك ليست يد ضمان فلا مقتضى للضمان لأمن ناحية اليد ولا من ناحية الاتلاف فلا ضمان لكن انما يتم هذا البيان مع قطع النظر عن الاشكال في اسناد الروايات واما مع لحاظ ما ذكرنا من الاشكال فالحكم بعدم الضمان مشكل .

وصفوة القول : انه لا دليل على عدم الضمان فلا بد من العمل على طبق القواعد فلاحظ الا أن يقوم اجماع تعبدى كاشف عن عدمه ولا يبعد ان الأخذ جاز كما مر ومع جواز اخذه شرعاً يكون امانة شرعية فلا ضمان .

(٣) ادعي عليه عدم الخلاف بل الاجماع وتدل على المدعى جملة من النصوص لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: واللقطة يجدها الرجل ويأخذها قال : يعرفها سنة فان جاء لها طالب والافهي كسبيل ماله (*) (٢) .

وما رواه كثير قال : سأل رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة فقال : يرفعها فان جاء صاحبها رفعها اليه والاحبسها حولاً فان لم يجيء صاحبها أو من يطلبها

(١) لاحظ ص : ٥٩

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث : ١

تصدق بها فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها ان شاء اغترمها الذي كانت عنده وكان الاجر له وان كره ذلك احتسبها والاجر له (*) (١) وما رواه محمد بن مسلم (*) (٢) .
وما رواه حنان قال ؟ سألت رجلاً أبا عبد الله عليه وانا اسمع عن اللقطة فقال:
تعرفها سنة فان وجدت صاحبها والا فأنت أحق بها وقال: هي كسبيل مالك وقال:
خيرها اذا جائك بعد سنة بين اجرها وبين أن تفرمها له اذا كنت اكلتها (*) (٣) .
وما رواه ابان بن تغلب قال : أصبت يومًا ثلاثين ديناراً فسألت أبا عبد الله عليه
السلام عن ذلك فقال: أين أصبت ؟ قال : قلت له : كنت منصرفاً الى منزلي فأصبتها
قال : فقال : صر السى المكان الذي أصبت فيه فعره فان جاء طالبه بعد ثلاثة ايام
فأعطه اياه والا تصدق به (*) (٤) وما رواه محمد بن مسلم (*) (٥) .
وما رواه داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال : في اللقطة :
يعرفها سنة ثم هي كسائر ماله (*) (٦) ولاحظ حديثي ابن جعفر (*) (٧) .
وما رواه أيضاً عن اخيه قال : وسألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم
ينصدق بها فيأتي صاحبها ما حال الذي تصدق بها ؟ ولمن الاجر هل عليه أن يرد على
صاحبها ؟ أو قيمتها قال : هو ضامن لها والاجر له الا أن يرضى صاحبها فيدعها
والاجر له (*) (٨) .

(١) نفس المصدر الحديث ٢

(٢) لاحظ ص : ٥٤

(٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب اللقطة الحديث : ٥

(٤) نفس المصدر الحديث : ٧

(٥) لاحظ ص : ٥٤

(٦) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث : ١١

(٧) لاحظ ص : ٤٤ و ٥٤

(٨) الوسائل الباب ٢ من ابواب اللقطة الحديث : ١٤

فان لم يعرفها فان كان قد التقطها في الحرم فلا حوط أن يتصدق بها
عن مالكها وليس له تملكها^{١)}

(١) قال في الجواهر في هذا المقام : « بلا خلاف اجده في الأخير الا ما سمعته
من المحكي عن التقي الذي قد تقدم الاجماع من الفاضل على خلافه » انتهى كما
ان مقتضى الاصل عدم الجواز فان تملك مال الغير على خلاف الاصل الاولي ويعضد
المدعى خلو جملة من النصوص عن جواز التملك منها : ما رواه يعقوب بن
شعيب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقطة ونحن يومئذ بمنى فقال : أما
بأرضنا هذه فلا يصلح وأما عندكم فان صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع
ثم هي كسبيل ماله (*) (١) ومنها حديثنا الفضيل (*) (٢) .

ولا بد من ملاحظة النصوص الواردة في المقام فنقول : مقتضى اطلاق بعض
النصوص عدم الفرق بين لقطة الحرم ومطلق اللقطة لاحظ ما رواه الحلبي (*) (٣)
ولاحظ ما رواه محمد بن مسلم (*) (٤) ولاحظ ما رواه حنان (*) (٥) ولاحظ ما
رواه محمد بن مسلم (*) (٦) ولاحظ ما رواه علي بن جعفر (*) (٧) ولاحظ ما رواه
داود بن سرحان (*) (٨) .

ومقتضى اطلاق هذه النصوص عدم الفرق بين أفراد اللقطة وتخصيص لقطة

(١) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث : ١

(٢) لاحظ ص : ٥٦

(٣) لاحظ ص : ٦٠

(٤) لاحظ ص : ٥٤

(٥) لاحظ ص : ٦١

(٦) لاحظ ص : ٥٤

(٧) لاحظ ص : ٥٤

(٨) لاحظ ص : ٦١

وان التقطها في غير الحرم تخير بين امور ثلاثة : تملكها مع الضمان والتصدق بها مع الضمان وابقائها امانة في يده بلا ضمان^١

الحرم بعدم جواز التملك يحتاج الى دليل مخرج ويستفاد من حديث فضيل بن غزوان قال : كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فقال له الطيار : اني وجدت ديناراً في الطواف قد انسحق كتابته قال : هو له (* ١) ان لقطة الحرم يصير ملكاً للملتقط اذا كان ديناراً قد انسحق كتابته والرواية ضعيفة بابن غزوان ومثلها في المفاد والضعف ما ارسله الصدوق (* ٢) .

ويستفاد من حديث محمد بن رجاء (* ٣) التفصيل في لقطة المسجد الحرام وهذه الرواية ضعيفة بابن رجاء وفي المقام حديث رواه ابراهيم بن عمر (* ٤) ويستفاد من هذه الرواية بالصراحة ان حكم لقطة الحرم غير حكم لقطة غير الحرم وان لقطة الحرم لا بد من أن يتصدق بها ولا يجوز تملكها فان التقسيم قاطع للشركة ولا يبعد أن يكون سند الرواية تاماً فان النجاشي وثق الرجل وفي قبالة نقل تضعيفه من ابن الغضائري لكن سيدنا الاستاذ في مدخل الرجال ناقش في صحة انتساب الكتاب الى ابن الغضائري وقال : « ان النسبة لم تثبت » فالرواية تامة سنداً ودلالة فلاحظ .

(١) في المقام فرعان : احدهما : انه بتخير بين التملك والتصدق والحفظ ثانيهما انه عليه الضمان على الأولين دون الأخير فنقول : أما الفرع الاول : فهو المشهور - على ما في بعض كلمات القوم - وعن التذكرة ان عليه الاجماع والعمدة النصوص

(١) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث : ٦ والباب ١٧ من أبواب

اللقطة الحديث ١

(٢) لاحظ ص : ٥٥

(٣) لاحظ ص : ٥٧

(٤) لاحظ ص : ٥٧

الواردة في المقام .

منها : ما رواه الحلبي (*) (١) والمستفاد من هذه الرواية وجوب التعريف سنة وبعده تكون اللفظة ملكاً للملتقط .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم (*) (٢) والمستفاد من هذه الرواية انه يجب تعريفها سنة وبعده يجوز التصرف فيها في عرض أمواله وان جاء طالبها يأخذها .
ومنها : ما رواه حنان (*) (٣) وهذه الرواية تدل على أن الملتقط احق بها بعد التعريف .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم (*) (٤) والمستفاد من هذه الرواية انه يباح التصرف فيها كبقية أمواله الى أن يجيء صاحبها ويجب الايضاء بها .
ومنها : ما رواه ابن جعفر (*) (٥) وهذه الرواية كسابقته غير انها تدل على الضمان .

ومنها : ما رواه أيضاً (*) (٦) وهذه الرواية تدل على جواز التصديق وثبوت الضمان على المتصدق ويدل على جواز التصديق ما رواه زرارة (*) (٧) فالمتحصل من النصوص الواردة في المقام جواز جعل اللفظة كبقية أمواله وجواز التصرف

(١) لاحظ ص : ٦٠

(٢) لاحظ ص : ٥٤

(٣) لاحظ ص : ٦١

(٤) لاحظ ص : ٥٤

(٥) لاحظ ص : ٤٤

(٦) لاحظ ص : ٦١

(٧) لاحظ ص : ٥٥

(مسألة ١٦) : المدار في القيمة على مكان الالتقاط وزمانه
دون غيره من الامكنة والازمنة^(١).

فيها كيف ما يشاء وأيضاً يستفاد من بعض النصوص جواز التصديق بها كما تقدم وأما جواز حفظها لمالكها فيمكن أن يستدل عليه بالنصوص الواردة في المقام بالاووية فانه لو جاز التصرف فيها تصرفاً مالكيّاً فيجوز بطريق الاولى حفظها لمالكها مضافاً الى أنه احسان وما على المحسنين من سبيل ويضاف الى ذلك كله أن بعض النصوص صريح في كونه امانة في يده ولا بد من حفظه .

وأما الفرع الثاني وهو الضمان على تقدير التملك والصدقة فقد دل عليه بعض النصوص كما تقدم وأما عدم الضمان مع الحفظ فالظاهر انه المتسالم عليه بين القوم لكن المستفاد من خبر ابن جعفر (*) (١) ثبوت الضمان بل يمكن أن يقال: ان مقتضى هذا الخبر وجوب حفظها لمالكها والوصية بها فلا يجوز تملكها والتصرف فيها وان شئت قلت : هذه الرواية تعارض النصوص الدالة على جواز التصرف فيها وتدل على وجوب الحفظ مع الضمان والترجيح على فرض التعارض مع هذا الخبر بموافقتها للكتاب فان قوله تعالى : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها » (* ٢) يقتضي وجوب ردها الى مالكها كما ان الاحدية تقتضي رجحانها على معارضها الا أن يقوم اجماع تعبدى على خلاف المدعى والله العالم وهو الهادي الى سواء السبيل ولا يخفى انا ناقشنا خيراً في الترجيح بموافقة الكتاب ومخالفة العامة وقلنا ان المرجح منحصر فسي الاحدية وبيننا المدعى في ضمن المستدركات من المجلد الثامن من هذا الشرح .

(١) فانه المنساق من نصوص الباب بحسب الفهم العرفي .

(مسألة ١٧) : المراد من الدرهم ما يزيد على نصف المثقال الصير في قليلا فان عشرة دراهم تساوي خمسة مثاقيل صيرفية وربع مثقال^(١).

(مسألة ١٨) : اذا كان المال لا يمكن فيه التعريف اما لانه لا علامة فيه كالمسكوكات المفردة والمصنوعات بالمصانع المتداولة في هذه الازمنة اولان مالكة قد سافر الى البلاد البعيدة التي يتعذر الوصول اليها اولان الملتقط يخاف من الخطر والتهمة ان عرف بها أو نحو ذلك من الموانع سقط التعريف^(٢) والاحوط التصديق بها عنه^(٣)

-
- (١) قال في المستمسك (* ١) : « لا اشكال عندهم في أن الدرهم سبعة أعشار المثقال الشرعي وان كل عشرة دراهم مبيعة مثاقيل شرعية كما نقله جماعة كثيرة وعن ظاهر الخلاف دعوى اجماع الأمة عليه وعن رسالة المجلسي : انه مما لاشك فيه ومما اتفقت عليه العامة والخاصة فسادا كان المثقال الشرعي ثلاثة أرباع المثقال الصير في يكون الدرهم نصف المثقال الصير في وربع عشره مثلا اذا كان المثقال الصير في اربعين جزءا كان المثقال الشرعي ثلاثين جزءا منها فاذا نقص منها ثلاثة أعشارها وهو تسعة كان الواحد والعشرين منها درهماً وهو نصف أربعين وربع عشرها ».
- (٢) اذ مع فقدان العلامة لا أثر للتعريف كما أن مع تعذر الوصول الى المالك لا أثر له وأما وجه عدم الوجوب في الصورة الأخيرة فيمكن أن الوجه فيه قاعدة رفع الضرر حيث ان المعرف يتضرر بالتعريف وهذا يتم على مبنى القوم في القاعدة وأما على المختار فيمكن أن يقال : بأنه مع الحرج يرتفع الوجوب والا فلا .
- (٣) يمكن أن يكون الوجه في كونه أحوط انه لو تصديق به فقد جمع بين ما

وجواز التملك لا يخلو من اشكال^١ .

يستفاد من حديث ابن جعفر (* ١) وما يستفاد من حديث ابن مسلم (* ٢) .
 (١) لعدم الدليل عليه في هذه الصورة بل قد مر انه لا دليل على جواز التملك
 وانما الدليل على جواز التصرف وقد تقدم ان مقتضى حديث ابن جعفر وجوب حفظه
 لماله ولكن في مفروض المسألة يمكن أن يقال: يجوز التملك لرواية ابن مهزيار (* ٣)
 ويجب الخمس فان مقتضى هذا الحديث كما تقدم جواز تملك مجهول المالك
 مع وجوب الخمس .

وبعبارة اخرى : لنا أن نقول : ان مقتضى حديث ابن مهزيار جواز تملك
 اللقطة بعد فرض عدم شمول دليل وجوب التعريف لها اذ يصدق عليها انها اخذ
 ولم يعرف له صاحب وقد ذكرنا سابقاً انه مع فرض التعارض بين هذه الرواية
 وحديث ابن مسلم (* ٤) الترجيح مع حديث ابن مهزيار بالاحدية فلاحظ .
 فالنتيجة : انه مع سقوط وجوب التعريف لعدم العلامة أو لوجه آخر يمكن
 أن يقال : بجواز التملك مع وجوب الخمس لحديث ابن مهزيار .

ويمكن أن يقال : انه لا تعارض بين الحديثين اذ الخمس لا يجب الا بعد
 المؤنة والمستفاد من حديث ابن مهزيار ان الخمس يجب فيه اذا زاد عن المؤنة
 ومقتضى حديث ابن مسلم ان أحسن المصارف أن يتصدق به فلا تعارض بل لا تعارض
 ولو مع قطع النظر عن هذه الجهة اذ حديث ابن مهزيار يدل على كونه مملوكاً
 للأخذ ولا ريب في جواز تصرف الانسان في مملوكه ومقتضى حديث ابن مسلم ان
 أفضل التصرفات هو التصديق .

١ و ٢) لاحظ ص : ٦١ و ٢٤

٣) لاحظ ص : ٣١

٤) لاحظ ص : ٢٤

(مسألة ١٩) : تجب المبادرة الى التعريف من حين الالتقاط الى تمام السنة على وجه التوالي^(١) فان لم يبادر اليه كان عاصياً^(٢) ولكن لا يسقط وجوب التعريف عنه بل يجب المبادرة اليه بعد ذلك الى أن يئأس من المالك^(٣) وكذا الحكم لو بادر اليه من حين الالتقاط ولكن تركه بعد ستة أشهر حتى تمت السنة^(٤) فاذا تم التعريف تخير بين التصديق والابقاء للمالك^(٥) واذا كان قد ترك المبادرة من حين الالتقاط لعذر أو ترك الاستمرار عليه كذلك الى انتهاء السنة فالحكم كذلك^(٦) لكنه لا يكون عاصياً^(٧) .

(مسألة ٢٠) : لا تجب مباشرة الملتقط للتعريف فتجوز له الاستنابة فيه بلا جرة أو باجرة^(٨)

(١) للظهور العرفي فانه لا ينكر مضافاً الى أنها مال الغير فالتصرف فيها بالابقاء عنده بلا مجوز لوجه له فلا بد من التعريف فوراً على نحو التوالي الى آخر السنة .

(٢) وقد ظهر الوجه فيما أفاده .

(٣) اذ لا وجه لسقوط الوجوب بعد بقاء الموضوع فيجب عليه المبادرة الى التعريف الى حصول اليأس .

(٤) اذ يجب تعريفها سنة والمفروض ان الواجب لم يتحقق .

(٥) كما تقدم .

(٦) اي فلا بد من التعريف الى أن تتم السنة .

(٧) كما هو ظاهر لعدم وجه للعصيان .

(٨) قال في الجواهر: « لاخلاف في جواز الاستنابة بل الاجماع بقسميه عليه »

والاقوى كون الاجرة عليه لاعلى المالك^(١) وان كان الالتقاط بنية ابقائها في يده للمالك^(٢).

(مسألة ٢١) : اذا عرفها سنة كاملة فقد عرفت انه يتمخبر بين التصديق وغيره من الامور المتقدمة ولا يشترط في التخيير بينها اليأس من معرفة المالك^(٣)

الخ وقد ورد في بعض النصوص ان صاحبها الذي يجدها يعرفها لاحظ حديث يعقوب بن شعيب (*) (١) لكن العرف يفهم أنه لا خصوصية للملتقط قطعاً كما قطع به في الجواهر .

(١) لوجوب الفحص عليه ولا مقتضي لأخذ الاجرة عن المالك .

(٢) قال في الجواهر : « نعم لو قلنا بعدم وجوب التعريف اذا كان الالتقاط للحفظ للمالك لا تجب عليه الاجرة كما عن التذكرة وجامع المقاصد » .

والذي يختلج بالبال أن يقال : انه مع وجوب الفحص كما هو كذلك وان الفحص واجب وان كان بنية الابقاء للمالك فيمكن أن يقال : بوجود المقتضي للأخذ عن المالك وربما يقال : انه لا مقتضي للرجوع فانه حكم متوجه اليه فلا وجه لرجوعه على المالك وأما لو قلنا بعدم وجوب الفحص في هذه الصورة فلو تفحص بأخذ الاجير فالظاهر - والله العالم - انه لا مقتضي للأخذ عن المالك فان تغريم الغير يحتاج الى دليل ولادليل عليه ظاهراً نعم لورفع الامر الى الحاكم أمكن ان يقال : انه لو لاينه يستقرض على المالك والله العالم .

(٣) الظاهر ان الوجه فيه اطلاق الادلة فان مقتضى عدم التفصيل في نصوص

نعم اذا كان يعلم الوصول الى المالك لوزاد في التعريف على السنة
فلا حوط لولم يكن اقوى لزوم التعريف حينئذ وعدم جواز التخيير^(١)
(مسألة ٢٢) : اذا كانت اللفظة مما لا تبقى كالخضر والقواكه
واللحم ونحوها جاز أن يقومها الملتقط على نفسه ويتصرف فيها بما
شاء من أكل ونحوه ويبقى الثمن في ذمته للمالك^(٢)

الباب عدم اختصاص الحكم بصورة اليأس لاحظ ما رواه الحلبي (* ١) وقس
عليه بقية النصوص لكن يتوجه اشكال وهو ان النسبة بين هذه النصوص وقوله تعالى
« ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها » (* ٢) عموم من وجه وفي مورد
عدم اليأس من الوصول يقع التعارض ومقتضى الصناعة تقديم الآية الشريفة كما
تقدم فلاحظ .

(١) لا يبعد أن يقال : ان أدلة التملك والتصديق منصرفة عن هذه الصورة وهي
صورة العلم بالوصول مضافاً الى ما ذكرناه آنفاً من كون النسبة بين هذه الأدلة
والكتاب عموم من وجه ويقع التعارض بين الطرفين في صورة العلم بالوصول
واحتماله ومقتضى القاعدة تقديم الكتاب فسان المخالف للكتاب لا يكون حجة
ومضروب على الجدار فلا تغفل .

(٢) ادعى في الجواهر عدم الخلاف فيه والاجماع عليه بقسميه واستدل عليه
أيضاً بخبرين : أحدهما : مرسل الصدوق (* ٣) .

ثانيهما : ما رواه السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه

(١) لاحظ ص : ٦٠

(٢) النساء / ٦١

(٣) لاحظ ص : ٥٥

السلام مثل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها ويضعها فيها سكين فقال امير المؤمنين عليه السلام : يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن الحديث (*) (١) .

اقول : اما عدم الخلاف فليس من الأدلة كما هو ظاهر واما الاجماع فالمنقول منه لا يكون حجة كما حقق في محله والمحصل منه على فرض تحققه يحتمل ان لا يكون اجماعاً تعديلاً كاشفاً عن رأى المعصوم عليه السلام واما الخبران فالأول منهما ضعيف بالارسال والثاني منهما ضعيف بالنفلي فلا دليل على المدعى ومقتضى القاعدة الأولية عدم جواز التصرف في مال الغير الا بمجوز شرعي .

ثم انه هل يجوز بيعه ؟ ربما يقال : بالجواز بدعوى القطع بعدم الفرق بين التقويم والبيع والمفروض ان التقويم جائز بمقتضى النص والاجماع وفيه : انه قد مر الاشكال في الاستدلال وبعد عدم تمامية الاستدلال على أصل الحكم لاتصل النوبة الى هذا البيان كما هو واضح .

وأما الاستدلال على الجواز بما رواه ابن جعفر (*) (٢) فيرد عليه ان جواز البيع في صورة خاصة لا يكون دليلاً على الجواز على نحو الاطلاق . ثم ان هل يجوز رفع أمره الى الحاكم ؟ الظاهر انه يجوز لأنه ولي الغائب فيجوز تسليمه اليه وهل يسقط وجوب التعريف مع التسليم اليه أم لا ؟ ربما يقال : بوجوبه بدعوى اطلاق دليله واستصحابه وربما يقال بعدم بدعوى ان التسليم الى الحاكم كايصاله الى المالك .

ويمكن أن يقال : بأن الترجيح مع القول الثاني أما الاطلاق فلا مجال له اذ

(١) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب اللقطة

(٢) لاحظ ص : ٥١

كما يجوز له أيضاً بيعها على غيره ويحفظ ثمنها للمالك^(١) والاحوط

الظاهر من النصوص ان التعريف في مورد مال يترتب عليه أحكام خاصة بعد التعريف وبعبارة أخرى : المستفاد من الدليل ان التعريف ظاهر في تعريف نفس مال الغير والمفروض انه غير باق في المقام اى لا يبقى وأما الاستصحاب فلامجال له اولا بعدم جريان الاستصحاب في الحكم الكلي وثانياً: بعدم بقاء الموضوع اضاف الى ذلك كله انه مع التسليم الى الحاكم وهو ولي الغائب قد أوصل المال الى المالك بنحو من الاتصال ومع الاتصال لامجال للتعريف :

اذا عرفت ما تقدم فاعلم ان الذي يخلج بالبال أن يقال : تارة يكون الملتقط آيساً عن الوصول الى المالك واخرى لا يكون كذلك أما في الصورة الأولى فلا يبعد أن يقال: بصيرورته ملكاً للملتقط مع وجوب الخمس لرواية ابن مهزيار(*) (١) ولا يشمل دليل أحكام اللقطة لفرض عدم امكان بقائها وأما في الصورة الثانية فمع وجود الحاكم يجب رفع أمرها اليه لكونه ولياً على الغائب ومع عدم الحاكم الشرعي بأن لا يمكن رفع الأمر الى الفقيه ولا الى العادل بجوز التقويم والتصرف كما يجوز بيعها اذا المفروض ان الملتقط بنفسه له الولاية ولا فرق بين التقويم والبيع فيجوز كلاهما ويجب عليه الفحص عن المالك الى أن يأس منه لوجوب رد الامانات الى اهلها بمقتضى قوله تعالى: «ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها»(*) (٢) ولا يخفى انه لا يتصور عدم امكان الوصول الى الحاكم الشرعي اذ مع عدم الفقيه الجامع تصل النوبة الى العادل ومع عدمه تصل النوبة الى الفاسق المؤمن فيكون الملتقط ولياً الا في فرض عدم كونه مؤمناً بأن يكون مخالفاً أو كافراً فلا حظ (١) قد ظهر مما ذكرنا انه لا مجوز للبيع بل يجب رفع أمرها الى الحاكم.

(١) لاحظ ص : ٣١

(٢) النساء/ ٦١

أن يكون بيعها على غيره باذن الحاكم الشرعي^(١) ولا يسقط التعريف عنه على الاحوط بل يحفظ صفاتها ويعرف بها سنة فان وجد صاحبها دفع اليه الثمن الذي باعها به أو القيمة التي في ذمته^(٢) والا لم يبعد جريان التخيير المتقدم^(٣).

(مسألة ٢٣) : اذا ضاعت اللقطة من الملتقط فالتقطها آخرو وجب عليه التعريف بها سنة فان وجد المالك دفعها اليه^(٤) وان لم يجده ووجد الملتقط جاز دفعها اليه اذا كان واثقاً بانه يعمل بوظيفته^(٥) وعليه اكمال التعريف سنة ولو بضميمة تعريف الملتقط الثاني^(٦) فان لم يجد احدهما حتى تمت السنة جرى عليه التخيير المتقدم^(٧).

(مسألة ٢٤) : قد عرفت انه يعتبر تناهم التعريف طوال السنة فقال بعضهم يتحقق التتابع بأن لا ينسى اتصال الثاني بما سبقه وانه

(١) بل يتعين الرجوع الى الحاكم كما مر .

(٢) قد تقدم الاشكال فيما أفاده وقلنا بأن دليل التعريف لا يشمل المقام .

(٣) على ما ذكرنا لا يفي مجال لما أفاده كما هو ظاهر .

(٤) لا إطلاق الأدلة فان مقتضاها عدم الفرق بين سبق الالتقاط وعدمه .

(٥) لتحقق الموضوع بالنسبة الى كليهما فلا وجه للترجيح وعليه لو كان واثقاً بانه يعمل بالوظيفة لا مانع من الدفع اليه لأن يعمل على طبقها .

(٦) اذ المطلوب تحقق التعريف سنة وقد مر انه يحصل بالنيابة بل بالتبرع فلاحظ .

(٧) وقد مر الكلام حول المسألة .

تكرار لما سبق ونسب الى المشهور انه يعتبر فيه أن يكون في الاسبوع الاول كل يوم مرة وفي بقية الشهر الاول كل اسبوع مرة وفي بقية الشهور كل شهر مرة وكلا القولين مشكل واللازم الرجوع الى العرف فيه ولا يبعد صدقه اذا كان في كل ثلاثة أيام مرة^(١).

(١) لم نجد نصاد الاعلى نحو خاص والاولى كما في الجواهر ايكاله الى العرف فان الواجب تحقق التعريف وقلنا يعتبر فيه التتابع وعليه يتحقق الامتثال بالصدق العرفي فلاحظ .

ايفاظ : قد وردت (* ١) في جملة من الروايات ان تعرف اللقطة سنة وقد افيدت في المقام امور ثلاثة :

الاول: ما أفاده السيد اليزدي في الحاشية بأن التحديد بالسنة للمنتهى بمعنى انه لو لم يحصل اليأس لا يجب الفحص الاكثر وأما لو حصل اليأس قبل تمام السنة أو قبل الشروع لا يجب الفحص .

الثاني : ان التحديد بالسنة محمول على الغالب حيث انه يحصل اليأس في هذه المدة وانما المناط حصول اليأس بلا مدخلية للسنة .

الثالث : ان التحديد بالسنة امر تعبدى سواء حصل اليأس عن الظفر بالمالك قبل مضي السنة أم بعده فلا بد من رعاية الحد واختار سيدنا الاستاد هذا الوجه بتقريب : ان الاطمينان حجة عقلائية فيما لم تفم اماراة شرعية على خلافه وقد اعتبر الشارع السنة في وجوب الفحص فلا بد من رعايته .

والذي يخلج بالبال أن يقال : ان المستفاد من النصوص وجوب رعاية الحد وجعله ميزاناً ولا يرفع اليد بالاطمينان بعدم الوصول أو بالوصول بل لا أثر للعلم

نظير جعل العدة فانها واجبة ولو مع القطع بعدم ترتب الحمل وبعبارة اخرى :
الحكم لا يدور مدار المحكمة .

وان شئت قلت : المحكمة غير العلة اى تكون مقتضية لجعل الحكم على نحو
العموم والسريان ولو مع القطع بعدمها في بعض المصاديق كالعدة وقد تقدم منا
انه مع العلم بالوصول الى المالك لا يمكن العمل بالنصوص لمعارضتها مع الاية
الشريفة « ان الله يأمركم » فانه مع العلم بالوصول والفحص عن المالك أزيد من
السنة يكون مقتضى الاية هو الوجوب وقلنا بأن الاية تقدم على الرواية في مورد
التعارض ولكن بشكل ما ذكر من ناحية اخرى وهو ان الملتقط اما يقطع بعدم الوصول
أو يقطع به او يشك اما في صورة القطع بالوصول او الشك فيه فيجب الفحص بمقتضى
الاية واما مع القطع بعدم الوصول فيجوز التملك مع وجوب الخمس بمقتضى
حديث ابن مهزيار (* ١) و يترتب على ما ذكر سقوط ادلة اللقطة عن الاعتبار اذ
لا يبقى لها مورد وهذا بنفسه يكون مرجحاً لنصوص اللقطة وادلتها .

فالنتيجة : ان الميزان تعريف اللقطة سنة كاملة عملاً بالرواية ولكن مع ذلك
مع القطع بعدم ترتب أثر على الاعلام لا يمكن الالتزام بوجوبه فانه يفهم من
الدليل ان الفحص انما يكون في مورد يحتمل ترتب اثر عليه فلو قطع بعدم فائدة
في الفحص لا يكون الاعلام واجباً واما بعد تمام السنة لو قطع بالوصول الى
المالك مع الاعلام والفحص فلنا أن نقول بعدم وجوب التعريف .

وصفوة القول : انه من المرجحات في باب التعارض انه يقدم الطرف الذي
لو لم يقدم على معارضة لا يبقى له مورد وفي المقام لو قدم معارض اخبار اللقطة
عليها من الاية والرواية لا يبقى مورد لها فلا حظ .

(مسألة ٢٥) : يجب أن يكون التعريف في موضع الالتقاط ولا يجزي في غيره^(١) نعم اذا كان الالتقاط في الزقاق اجزأ التعريف في الصحن أو في السوق أو ميدان البلد^(٢) أما اذا كان الالتقاط في القفار والبراري فان كان فيها نزال عرفهم^(٣) وان كانت خالية فلاحوط التعريف في المواضع القريبة التي هي مظنة وجود المالك^(٤) ويجب أن يكون في مجامع الناس كالأسواق ومحل إقامة الجماعات والمجالس

(١) الظاهر ان المراد من العبارة ان التعريف لابد أن يكون في محل الالتقاط فلا يجزيء التعريف في محل آخر فلو التفت في قم لا اثر للتعريف في بلد آخر ولا يكون المقصود وجوب التعريف في شخص محل الالتقاط فانه لم يعهد مضافاً الى عدم الدليل عليه بل الظاهر من الأدلة كفاية التعريف في المجامع لاحظ ما رواه يعقوب بن شعيب (١*) ولاحظ ما رواه أبو خديجة (٢*) .

وصفة القول : ان الظاهر من الأدلة حسب الفهم العرفي وجوب التعريف في محل الالتقاط في المجامع العامة التي يظن وجود المالك فيها نعم يظهر من خبر ابان (٣*) وجوب التعريف في موضع الالتقاط لكن الخبر ضعيف .

(٢) كما صرح به في خبر ابن شعيب حيث قال عليه السلام « يعرفها سنة في كل مجمع » .

(٣) فانه المناسب حسب الفهم العرفي .

(٤) لاشكال في انه احوط ولكن لا دليل على لزومه .

(١) لاحظ ص : ٦٢

(٢) لاحظ ص : ١١

(٣) لاحظ ص : ٦١

العامة ونحو ذلك مما يكون مظنة وجود المالك^(١).

(مسألة ٢٦) : اذا التقط في موضع الغربة جازله السفر واستنابة شخص امين في التعريف^(٢) ولا يجوز السفر بها الى بلده^(٣) نعم اذا التقطها في منزل السفر جازله السفر بها والتعريف بها في بلد المسافرين^(٤) وكذا اذا التقط في بلده فانه يجوز له السفر واستنابة امين في التعريف^(٥).

(مسألة ٢٧) : اللازم في عبارة التعريف مراعاة ما هو أقرب الى تنبيه السامع لتفقد المال الضائع وذكر صفاته للملتقط فلا يكفي أن يقول من ضاع له شيء أو مال بل لا بد أن يقال من ضاع له ذهب أو فضة أو اناء أو ثوب أو نحو ذلك مع الاحتفاظ ببقاء الابهام لللفظة فلا يذكر جميع صفاتها وبالجملة يتحرى ما هو أقرب الى الوصول الى المالك فلا يجدي المبهم المحض غالباً ولا المتعين بل أمر بين الأمرين^(٦).

(١) كما هو مورد النصوص .

(٢) قد مر انه يجوز الاستنابة .

(٣) قد تقدم ان التعريف يلزم ان يكون في محل الالتقاط .

(٤) اذ بلادهم محل اجتماعهم فيناسب ان يعرف هناك .

(٥) فانه قد مر عدم وجوب مباشرة التعريف .

(٦) قال المحقق قدس سره في الشرايع - على ما نقل عنه في الجواهر - : « لو

أو غل في الابهام كان احوط كأن يقول : من ضاع له مال أو شيء فانه أبعد ان يدخل عليه بالتخمين » .

والحق كما أفاده ولا وجه ظاهر لما أفاده في المتن فان الواجب التعريف وأما

(مسألة ٢٨) : اذا وجد مقداراً من الدراهم أو الدنانير وأمكن معرفة صاحبها بسبب بعض الخصوصيات التي فيها مثل العدد الخاص والزمان الحاصل والمكان الخاص وجب التعريف ولا تكون حينئذ ممالاً لعلامة له الذي تقدم سقوط التعريف فيه^١ .

(مسألة ٢٩) : اذا النقط الصبي أو المجنون فان كانت اللقطة دون الدرهم جاز للولي أن يقصد تملكها لهما وان كانت درهما فما زاد جاز لوليها التعريف بها سنة وبعد التعريف سواء أكان من الولي أم من غيره يجري التخيير المتقدم^٢ .

(مسألة ٣٠) : اذا تملك الملتقط اللقطة بعد التعريف فعرف صاحبها فان كانت العين موجودة دفعها اليه وليس للمالك المطالبة

تجري ما هو أقرب الى الوصول فلا دليل على وجوبه نعم لا اشكال في جوازه كما في الجواهر فلاحظ .

(١) اذ فرض انه ذو علامة يمكن أن يعرف بها .

(٢) قد تقدم الاشكال في جواز التملك ولكن على القول به الظاهر انه لا مانع من تولي قصد الولي التملك للمجنون بل لأرى مانعاً من تحقق التملك بقصد المجنون نفسه التملك الا ان يقوم اجماع على خلافه واما بالنسبة الى الصبي فيشكل حيث ان عمدته وخطائه واحد ومما ذكرنا يظهر الاشكال في التخيير المذكور اذا كان درهماً فما زاد اذ لا يترتب على فعله حكم بل لا يقع الامر بالنسبة الى المجنون أيضاً لأنه رفع عنه الفلم حتى يفيق فلا يكون موضوعاً للتكليف ومع عدم كونه موضوعاً لامجال للتولي والنيابة من قبل الولي فلاحظ .

بالبديل^(١) وان كانت تالفة أو منتقلة عنه الى غيره يبيع أو صلح أو هبة أو نحوها كان للمالك عليه البديل المثل في المثلى والقيمة في القيمي^(٢) وان تصدق الملتقط بها فعرف صاحبها غرم له المثل أو القيمة وليس له الرجوع بالعين ان كانت موجودة ولا الرجوع على المتصدق عليه بالمثل أو القيمة ان كانت مفقودة هذا اذ لم يرض المالك بالصدقة والا فلا

(١) أما على القول بعدم جواز التملك فما أفاده ظاهر اذ لا وجه لتبديل العين ببدلها بل هي بنفسها باقية على ملك مالکها واما على القول بجواز التملك فايضاً مقتضى جملة من النصوص انها ترجع الى مالکها الاول لاحظ حديثي محمد بن مسلم (*) (١) وحديث علي بن جعفر (*) (٢).

واستدل صاحب الجواهر على المدعى بما رواه ابو بصير (*) (٣) وهذه الرواية على فرض تمامية سندها لا يمكن الاستدلال بها على المدعى اذ لا اشكال في عدم شمولها للمقام لأن اللقطة لها حكم خاص ولذا حملها صاحب الوسائل على ما دون الدرهم واستدل أيضاً بما رواه ابو خديجة (*) (٤) ولا بأس بدلائلها على المدعى لكن السند مخلوش .

(٢) ان قلنا بعدم جواز التملك فالضمان على القاعدة بل على هذا القول يكون التصرف الاعتباري في العين فاسداً كما هو واضح فمع امكان رد نفس العين يجب وأما على القول بالجواز فيمكن التمسك للضمان ببعض النصوص لاحظ ما عمن

(١) لاحظ ص : ٥٤

(٢) لاحظ ص : ٤٤

(٣) لاحظ ص : ٥٩

(٤) لاحظ ص : ١١

رجوع له على احد وكان له اجر النصدق^(١).

(مسألة ٣١) : اللقطة امانة في يد الملتقط لا يضمنها الا بالتعدي

عليها أو التفريط بها^(٢) ولا فرق بين مدة التعريف وما بعدها^(٣) نعم اذا تملكها أو تصدق بها ضمنها على ما عرفت^(٤).

(مسألة ٣٢) : المشهور جواز دفع الملتقط اللقطة الى الحاكم

فيسقط وجوب التعريف عن الملتقط^(٥) وفيه اشكال وكذا الاشكال في جواز أخذ الحاكم لها أو وجوب قبولها^(٦).

أبي الحسن عليه السلام (* ١) .

(١) كما يدل عليه ما رواه ابن جعفر (* ٢) .

(٢) كما هو حكم الامانات لكن ما تقدم آنفاً من الحديث المروي عن أبي الحسن عليه السلام (* ٣) يدل بالضرورة على الضمان بلا تقييد بقيد الا أن يتمسك بالاجماع على عدم الضمان والله العالم .

(٣) لوحدة الملاك .

(٤) وقد تقدم مستند الحكم .

(٥) قال في الجواهر في شرح قول المحقق في هذا المقام « فانه جازي لأنه ولي الغائب في الحفظ بل في المسالك يجب عليه القبول لأنه معد لمصالح المسلمين ومن أهمها حفظ أموالهم » الخ .

(٦) الظاهر ان الوجه في الاشكال ان ولاية الحاكم من باب الحسبة ومن الظاهر

(١) لاحظ ص : ٤٤

(٢) لاحظ ص : ٦١

(٣) لاحظ ص : ٤٤

(مسألة ٣٣) : اذا شهدت البينة بأن مالك اللقطة فلان وجب دفعها اليه^(١) وسقط التعريف^(٢) سواء أكان ذلك قبل التعريف أم في أثناءه أم بعده قبل التملك أم بعده^(٣) نعم اذا كان بعد التملك فقد عرفت انه اذا كانت موجودة عنده دفعها اليه وان كانت تالفة أو بمنزلة التلف دفع اليه البديل وكذا اذا تصدق بها ولم يرص بالصدقة^(٤) .

(مسألة ٣٤) : اذا تلفت العين قبل التعريف فان كانت غير مضمونة بأن لا يكون تعد أو تفريط سقط التعريف^(٥) . واذا كانت مضمونة لم يسقط وكذا اذا كان التلف في أثناء التعريف ففي الصورة الاولى يسقط التعريف وفي الصورة الثانية يجب اكماله فاذا عرف

ان وظيفة الملتقط الفحص ثم الحفظ أو التخيير بين الامور الثلاثة على القول به فلا وجه لدخالة الحاكم وان شئت قلت : تصل النوبة الى الحاكم فيما يكون المال في معرض التلف واما مع قيام الملتقط بوظيفته فلا مجال لدخالة الحاكم . وعلى الجملة : ان الملتقط مكلف بتكليف خاص وليس له رفع اليد عن وظيفته .

(١) لحجية البينة .

(٢) اذ لا معنى للتعريف بعد معرفة المالك وايصال الامانة اليه كما هو أوضح من أن يخفى .

(٣) اذ البينة حجة وبعد قيامها يثبت شرعاً ان فلاناً هو المالك فلا يبقى موضوع لاحكام اللقطة .

(٤) قد تقدم الكلام حول المسألة فراجع .

(٥) الامر كما افاده لكن قد مر الاشكال في الحكم بعدم الضمان فلاحظ .

المالك دفع اليه المثل أو القيمة^(١) .

(مسألة ٣٥) : اذا ادعى اللقطة مدع وعلم صدقه وجب دفعها اليه^(٢) وكذا اذا وصفها بصفاتها الموجودة فيها مع حصول الاطمينان بصدقه^(٣) ولا يكفي مجرد التوصيف بل لا يكفي حصول الظن^(٤) .

(١) اذ المفروض تحقق الضمان ويجب على الضامن الخروج عن العهدة .
ان قلت : التعريف بمقدار خاص ثم ترتيب احكام مخصوصة آثار للعين حسب دلالة الأدلة والمفروض تلف العين فما وجه ترتيب تلك الآثار على الضمان الناشئ عن التلف ولذا نرى ان الفقهاء لا يرتبون تلك الآثار على مطلق مجهول المالك كما لو سرق شيئاً ثم ندم واراد التخلص من المظلمة ولكن لا يعرف صاحب المال قلت الأمر كما ذكرت لكن لا يبعد ان العرف لا يفرق بين العين وبدلها في تلك الاحكام والآثار ولكن الانصاف ان في النفس شيئاً .

(٢) بلا اشكال .

(٣) لحجية الاطمينان عند العقلاء وقد امضاه الشارع .

(٤) لعدم الدليل على اعتبار ادعائه ومقتضى الأصل خلافه ويستفاد من حديث سعيد الجعفي بلحاظ تقرير الامام عليه السلام ان التوصيف يكفي في الدفع قال : خرجت الى مكة وانا من اشد الناس حالاً فشكوت الى أبي عبد الله عليه السلام فلما خرجت من عنده وجدت على بابي كيساً فيه سبعة دنانير فرجعت اليه من فوري ذلك فأخبرته فقال : يا سعيد اتق الله عز وجل وعرفه في المشاهد - وكنت رجوت ان يرخص لي فيه - فخرجت وانا مغتم فأتيت مني فتتحيث عن الناس وتفصيت حتى اتيت المافوقه فنزلت في بيت متنحياً عن الناس ثم قلت : من يعرف الكيس فأول صوت صوته اذا رجل على رأسي يقول : انا صاحب الكيس فقلت في نفسي

أنت فلا كنت قلت : ما علامة الكيس ؟ فأخبرني بعلامته فسدفعته اليه قال : فتنحى ناحية فعدها فإذا الدنانير على حالها ثم عمد منها سبعين ديناراً فقال : خذها حللاً خبير من سبعمئة حراماً فأخذتها ثم دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فأخبرته كيف تنحيت وكيف صنعت فقال : أما أنك حين شكوت إلي امرنا لك بثلاثين ديناراً يا جارية هاتيها فأخذتها وأنا من أحسن قومي حللاً (*) (١) .

لكن الحديث مخدوش سنداً بالجمع في حيث أنه لم يوثق بقي في هذا الفرع أمران :

أحدهما : أن المدعي للملكية اللقطة إذا كان ثقة فهل تدفع إليه بلا بينة أم لا ربما يقال : بجواز الدفع بل بوجوبه لحجية قول الثقة في الموضوعات وإنما لانتزاع الكفاية في باب الدعاوي والقضاء لدليل خاص .

ولكن يمكن أن يرد على هذا التقريب بأن حجية قول الثقة في الموضوعات ليس مدلول آية أو رواية بل يلحظ جريان السيرة عاينها وامضاء الشارع هذه السيرة ولم يثبت من العقلاء قبول قوله فيما يرجع إلى جر النار إلى قرصه .

ثانيهما : أنه يستفاد من حديثين قبول قول المدعي بلا معارض الأول : ما رواه منصور (*) (٢) والظاهر أن الرواية نقية السند ولكن يمكن أن يناقش فيها بأن المدعي في مورد الرواية ذو اليد بالنسبة إلى المال .

الثاني : ما رواه أحمد بن محمد بن أبي نصر قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذي يسوي دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين وهو يعرف صاحبه يحل له أمساكه ؟ قال فقال : إذا عرف صاحبه رده عليه وإن لم

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب اللقطة

(٢) لاحظ ص : ٢٦

(مسألة ٣٦) : اذا عرف المالك وقد حصل لللقطة نماء متصل دفع اليه العين والنماء سواء حصل النماء قبل التملك أم بعده ^(١) وأما اذا حصل لها نماء منفصل فان حصل قبل التملك كان للمالك وان حصل بعده كان للملتقط ^(٢) أما اذا لم يعرف المالك وقد حصل لها نماء فان كان متصلاً فان تملك اللقطة ملكه تبعاً للعين ^(٣) وأما اذا كان منفصلاً ففي جواز تملكه اشكال والاحوط التصديق به ^(٤).

(مسألة ٣٧) : لو عرف المالك ولكن لم يمكن ايصال اللقطة اليه ولا الى وكيله فان أمكن الاستئذان منه في التصرف فيها ولو بمثل

يكن يعرفه وملك جناحه فهو له وان جائك طالب لاتهمه رده عليه (* ١) .
والمستفاد من الرواية ان المدعي لو لم يكن متهماً عند الاخذ يجب عليه أن يدفع ويسلم الطير اليه فهذه الرواية تدل على حجية قول المدعي بلا معارض الا في صورة الانهام .

(١) اذ المفروض انه يجب رد العين والنماء المتصل تابع له عرفاً وشرعاً .
(٢) هذا مبني على جواز التملك واما على القول بعدم الجواز فلا يفرق بين الصورتين ومقتضاه كون النماء للمالك على كلا التقديرين .
(٣) بناءً على جواز التملك .

(٤) الذي يختلج بالبال أن يقال : تارة يئأس عن الوصول الى المالك واخرى لا اما على الثاني فيجب الفحص عنه فان رد الامانة بمقتضى الكتاب واجب ويحفظ المال لمالكه وأما على الاول فلا يبعد أن يقال : بأن مقتضى حديث ابن مهزيار (* ٢)

الصدقة عنه أودفعها الى أقاربه أو نحو ذلك تعين^(١) والاعمين التصديق بها عنه^(٢).

(مسألة ٣٨) : اذا مات الملتقط فان كان بعد التعريف والتملك انتقلت الى وارثه كسائر املاكه^(٣) وان كان بعد التعريف وقبل التملك فالمشهور قيام الوارث مقامه في التخيير بين الامور الثلاثة أو الامرين وان كان في أثناؤه قام مقامه في انمامه فاذا تم التعريف تخير الوارث

صيرورته ملكاً للأخذ مع وجوب الخمس .

(١) لأنه نحوه من الايصال والاداء ومع امكان الايصال الى المالك يجب لوجوب اداء الامانة الى اهلها .

(٢) الظاهر انه استفيد ما افيد من حديث ابن جعفر (* ١) فانه يستفاد من هذا الحديث انه يجوز التصديق باللقطة بعد تمامية السنة وعدم وجوب الفحص وحيث ان المفروض في المقام عدم اثر للفحص يجب التصديق عنه لعدم جواز التصرف في مال الغير حتى بالامساك وابقائه على حاله .

ان قلت : المذكور في الرواية التصديق ولم يقيد بالتصدق عن المالك فما الوجه في هذا التقييد؟ قلت : لا يبعد ان العرف يفهم من الرواية بمناسبة الحكم والموضوع ان التصديق يكون عن المالك اذ لا وجه للتصدق عن النفس بمال الغير بلا اذن منه فلاحظ وتأمل فافهم واغتنم .

(٣) هذا مبني على جواز التملك فانه عليه يكون من تركته فينتقل الى وارثه بمقتضى قانون الارث لكن تقدم منا الاشكال في أصل المبنى لاحظ حديث ابن

بين الامور الثلاثة أو الاثنين^(١) والاحوط اجراء حكم مجهول المالك عليه في التعريف به الى أن يحصل اليأس من الوصول الى مالكه ثم يتصدق به عنه^(٢).

(مسألة ٣٩) : اذا وجد مالا في صندوقه ولم يعلم انه له أو لغيره فان كان لا يدخل احد يده في صندوقه فهو له^(٣)

جعفر (*) (١).

(١) وبشكل لأنه مبني على القول بانتقال حق الالتقاط الى الوارث ولا دليل عليه فعليه لا بد من اجراء حكم مجهول المالك عليه بأن نقول : مع عدم اليأس عن الوصول الى مالكه يفحص عنه ومع اليأس تكون ملكاً للأخذ ولا يخفى انه على هذا المبني لاختصاصية للوارث بل هذا حكم من وضع يده على المال وأخذها فلاحظ وتأمل ودقق النظر وصفوة القول : انه لا يصدق عنوان اللقطة بالنسبة الى الوارث.

(٢) قد ظهر مما ذكرنا انه على فرض عدم اخذ المال لا يتوجه تكليف وعلى فرض اخذ المال يتوجه التكليف الى الاخذ بلا اختصاصية للوارث ولا يبعد أن يكون الماتن ناظراً فيما ذكره من الاحتمالات الى الجمع بين الحقيين اذ على تقدير لزوم ترتيب احكام اللقطة لا ينافي التعريف الى زمان حصول اليأس اذ يجوز حفظ العين لمالكها على ما تقدم وعلى تقدير كونه مجهول المالك في قبال اللقطة فقد رتب عليه حكمه من التصديق به بعد اليأس والحق ما بيناه والله العالم .

(٣) بلا خلاف كما في الجواهر مضافاً الى أنه مقتضى الظاهر ويدل على المدعى ما رواه جميل بن صالح قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل وجد في منزله ديناراً قال : يدخل منزله غيره ؟ قلت : نعم كثير قال : هذا لقطة قلت : فرجل وجد

وان كان يدخل أحديده في صندوقه عرفه إياه فان عرفه دفعه اليه وان انكره فهو له ^(١) وان جهله لم يبعد الرجوع الى القرعة كما في سائر تردد المال بين مالكين ^(٢) هذا اذا كان الغير محصوراً أما اذا لم يكن فلا يبعد الرجوع الى القرعة فان خرجت باسم غيره فحص عن المالك وبعد الياس منه يتصدق به عنه ^(٣) واذا وجد مالا في داره ولم يعلم انه له أو لغيره فان لم يدخلها احد غيره أو يدخلها قليل فهو له وان كان يدخلها كثير كما في المضائف ونحوها جرى عليه حكم اللقطة ^(٤).

في صندوقه ديناراً قال : يدخل أحديده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئاً ؟ قلت لأقل : فهو له (* ١) .

(١) لانحصار الامر بينهما في اثبات احد الطرفين كما ان انتفاء احد الطرفين يقتضي اثبات الطرف الاخر فلاحظ *تمت بحمد الله*

(٢) بناءً على حجية القرعة عند الاشكال والاشتباه كما عليها بنائهم .

(٣) لا يبعد أن يقال : في صورة عدم الحصر وكون الشبهة غير محصورة يترتب عليه حكم اللقطة بمقتضى حديث جميل (* ٢) فانه يستفاد من هذا الحديث ان المدخل يده في الصندوق اذا كان كثيراً يترتب عليه حكم اللقطة الا أن يقال : بأن صدق اللقطة يتوقف على الضياع وهذا المعنى لا يتحقق بالنسبة الى ما في الصندوق بخلاف الدار اذ لا فرق بين الدار والشارع من هذه الجهة فلاحظ .

(٤) في هذه المسألة فروع : الاول : انه لو يدخل داره كثير يكون المال الذي وجدته محكوماً عليه بحكم اللقطة والوجه فيه ما رواه جميل .

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب اللقطة

(٢) لاحظ ص : ٨٦

(مسألة ٤٠) : اذا تبدلت عبادة الانسان بعبادة غيره أو حدثت بحذاء غيره فان علم ان الذي بدله قد تعمد ذلك جاز اخذ البديل من باب المقاصة^(١) فان كانت قيمته أكثر من مال الاخر تصدق بالزائد ان لم يمكن ايصاله الى المالك^(٢) وان لم يعلم انه قد تعمد ذلك فان علم رضاه بالتصرف جاز له التصرف فيه والاجرى عليه حكم مجهول المالك ليفحص عن المالك^(٣) فان يشس منه ففى جواز أخذه وفاء أعما أخذه اشكال^(٤)

الثاني : انه لو لم يدخلها غيره يكون المال محكوماً عليه بأنه ماله وملكه والوجه فيه تلك الرواية مضافاً الى قاعدة اليد .

الثالث : انه لو كان يدخلها قليل غيره فان الماتن حكم بأن المال له ولم يظهر لى وجهه وأيضاً لم يظهر وجه التفريق بين الدار والصندوق فان الحق أن يقال : ان مقتضى القاعدة الرجوع الى القرعة كما حكم بها بالنسبة الى الصندوق .

(١) مع الشرائط المقررة في باب التقاص وقد دلت على جوازها جملة من النصوص :

منها : ما رواه داود بن رزين قال : قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام : اني اخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارسة فيبيعون فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه ؟ قال : خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه (* ١) ومنها غيره .

(٢) قد تقدم حكم مجهول المالك .

(٣) كما هو ظاهر .

(٤) لعدم الدليل على جواز التقاص في هذه الصورة وعليه يترتب عليه حكم

والاحوط التصديق به باذن الحاكم الشرعي واحوط منه اخذه وفاءاً
ثم التصديق به عن صاحبه كل ذلك باذن الحاكم الشرعي^(١).

كتاب الغصب

وهو حرام عقلاً^(٢) وشرعاً^(٣) ويتحقق بالاستيلاء على مال الغير
ظلماً^(٤) وان كان عقاراً^(٥)

مجهول المالك .

(١) لا اشكال في حسن الاحتياط التام .

(٢) الظاهر انه لا يمكن اثبات الحرمة شرعاً بالعقل وبعبارة اخرى ليس للعقل
طريق الى الملاكات الشرعية والأحكام الالهية نعم لا اشكال في أن الظلم بما هو أمر
قبيح وحرام ولكن ليس للعقل تشخيص مصداق هذا الكلي .

(٣) بلا اشكال ولا كلام وحرمة شرعاً من ضروريات الفقه ولا تحتاج اثباتها
الى اقامه الدليل والبرهان .

(٤) قال في مجمع البحرين: « وهو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير ظلماً
وعدواناً » .

(٥) لصديق الموضوع بل الاجماع عليه بقسميه كما في الجواهر ويدل على
المدعى بعض النصوص لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام
في رجل اكرى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه
وغير ذلك ولم يستامر صاحب الدار في ذلك قال عليه الكراء ويقوم صاحب الدار
الزرع والغرس قيمة عدل ويعطيه الغارم ان كان استامره في ذلك وان لم يكن
استامره في ذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس ويقلعه وينهب به حيث شاء (*) (١)

ويضمن تمامه بالاستقلال^(١) ولو سكن الدار قهراً مع المالك ضمن النصف لو كانت بينهما بنسبة واحدة ولو اختلفت فبتلك النسبة^(٢) ويضمن المنفعة اذا كانت مستوفاة^(٣) وكذا اذا فانتت تحت يده^(٤) ولو غصب الحامل ضمن الحمل^(٥) ولو منع المالك من

وقال في الجواهر : « لاختلاف ولا اشكال عندنا في أنه يصح غصب العقار ويضمنه الغاصب بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً الى ما سمعته من النصوص والى صحة بيعه وغيره مما يتوقف على تحقق القبض فما عن أبي حنيفة وتلميذه ابي يوسف من عدم تصور غصبه لعدم تصورات اثبات اليد فيه واضح الضعف » الى آخر كلامه (* ١) .

وملخص الكلام انه لا اشكال في صدق النصب في العقار بحسب الفهم العرفي فيترتب عليه آثاره وأحكامه فلاحظ .

(١) لقاعدة اليد المعروفة عند القوم لاحظ ما رواه أبو الفتوح الرازي في تفسيره عن رسول الله صلى الله عليه وآله ، أنه قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » (* ٢) وهذه الرواية وان كانت مخدوشة سنداً لكن لا اشكال في اصل الحكم وان الضمان يتحقق بغصب مال الغير .

(٢) لتحقق الحكم بمقدار تحقق الموضوع فتلاحظ النسبة .

(٣) لاحترام مال الغير .

(٤) اذ المفروض ان اليد ضمانية .

(٥) وقال في الجواهر : « وغصب الأمة الحامل مثلاً غصب لحملها » (لو لدعا)

امسك الدابة المرسله فشردت أو من القعود على بساطه فسرق لم يضمن
مالك يستند الاتلاف اليه والا فيضمن^(١) ولو غصب من الغاصب تخير
المالك في الاستيفاء ممن شاء^(٢) فان رجع على الاول رجع الاول على
الثاني^(٣) وان رجع على الثاني لم يرجع على الاول^(٤) ولا يضمن الحر
مطلقاً وان كان صغيراً^(٥)

أيضاً بلا خلاف ولا اشكال لثبوت يده بل استقلاله واستيلائه عليهما فيضمنهما حينئذ
معاً « (١ *) الى آخر كلامه والأمر كما أفاده لصدق الغصب بالنسبة الى كليهما
فلاحظ .

(١) الأمر كما أفاده فان الضمان اما يتحقق باليد واما بالاتلاف والمفروض ان
يده لم توضع على العين فتحقق الضمان بتوقف على صدق الاتلاف عرفاً فان صدق
يتحقق والا فلا فلاحظ .

(٢) لتوارد الأيدي على العين الواحدة وثبوت الضمان بالنسبة الى الجميع
فيجوز للمالك الرجوع الى كل واحد منهم .

(٣) لقرار الضمان عليه هذا في صورة تلف العين وامامع بقائها فالظاهر جواز
الرجوع الى كل واحد من الغاصبين اذ وظيفة كل غاصب أن يرد العين المفصولة الى
صاحبها .

(٤) لعدم مقتضي والمفروض ان قرار الضمان عليه كما مر .

(٥) لعدم مقتضي للضمان وقال في الجواهر في هذا المقام - شرحاً لكلام
الماتن - : « بلا خلاف محقق أجده فيه » الى أن قال : « ضرورة عدم كونه مالاً
حتى يتحقق فيه الضمان » (٢ *) .

(١) الجواهر ج ٣٧ ص : ٣٠

(٢) الجواهر ج ٣٧ ص : ٣٦

الا أن يكون ثلفه مستنداً اليه^(١) ولا اجرة الصانع لو منعه عن العمل^(٢)
الا اذا كان اجيراً خاصاً لغيره فيضمن لمن استأجره^(٣) ولو كان اجيراً
له لزمته الاجرة^(٤) ولو استعمله فعليه اجرة عمله^(٥) ولو ازال القيد عن
العبد المجنون أو الفرس ضمن جنايتهما^(٦)

(١) فانه يضمن في هذه الصورة لدليل ضمان ائلاف النفس المحترمة .

(٢) الكلام فيه هو الكلام فان عمل الحر لا يعد من الأموال ولذا لا يكون مستطيعاً
ولا يجب عليه الخمس .

(٣) لقاعدة الائلاف الموجب للضمان .

(٤) اذ المفروض انه بنفسه منعه عن العمل الذي يكون مورداً للاجرة
فلاحظ .

(٥) لأن عمله ذو قيمة والمفروض انه أتلف عليه ماله المالية فيضمن وادعي على
المدعي عدم الخلاف والاشكال .

(٦) لأنه سبب ويمكن أن يستفاد المدعي من جملة من النصوص منها رواه
الحلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل عن بختي اغتلم فخرج من الدار
فقتل رجلاً فجاء اخو الرجل فضرب الفحل بالسيف، فقال : صاحب البختي ضامن
للدية ويقتص ثمن بختيه (* ١) .

ومنها : ما رواه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين
عليه السلام كان اذا صال الفحل اول مرة لم يضمن صاحبه فاذا ثنى ضمن
صاحبه (* ٢) .

(١) الوسائل الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان الحديث : ٢

وكذا الحكم في كل حيوان جنى على غيره من انسان أو حيوان أو غيرهما فإن صاحبه يضمن جنايته اذا كان بتفريط منه اما بترك رباطه أو بخله من الرباط اذا كان الحيوان من شأنه أن يربط وقت الجناية للتحفظ منه^(١)

وما رواه علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن بختي اغتلم فقتل رجلا ما على صاحبه ؟ قال : عليه الدية (* ١) .
وتويد المدعى جملة اخرى من الروايات منها ما رواه زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : رجل حفر بئرا في غير ملكه فمر عليها رجل فوقع فيها فقال : عليه الضمان لأن كل من حفر في غير ملكه كان عليه الضمان (* ٢) .
ومنها : ما رواه أبو الصباح الكناني قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : من اضر بشيء من طريق المسلمين فهو ضامن (* ٣) .
ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتمر الدابة فتتفر بصاحبها فتعقره قال : كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه (* ٤) .

(١) بلا خلاف ولا اشكال كما في الجواهر قال : «تجب حفظ دابته الصائلة كالبعير المغتلم والكلب العقور الذي اقتناه والفرس العضوض والبغل الرامح ونحو ذلك بلا خلاف اجده فيه بل ولا اشكال لقاعدة الضرر وغيره ابل ولواهمل ضمن جنايتها بلا خلاف ولا اشكال» (* ٥) انتهى موضع الحاجة من كلامه .

(١) نفس المصدر الحديث ٣

(٢ و ٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان الحديث ١ و ٢

(٤) الوسائل الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان الحديث : ١

(٥) الجواهر ج ٤٢ ص : ١٢٩

ويمكن الاستدلال على المدعى بحديثي الحلبي وابن جعفر (*) (١) ومثلهما خبر آخر لابن جعفر في كتابه عن اخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال سألت عن بختي مغتلم قتل رجلاً فقام اخو المقتول فعقر البختي وقتله ما حاله ؟ قال : على صاحب البختي دية المقتول ولصاحب البختي ثمنه على الذي عقر بختيه (*) (٢) وفي المقام روايات يستفاد منها التعارض مع ما قبلها منها ما عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله البثر جبار والعجماء جبار والمعدن جبار (*) (٣) .

ومنها : ما رواه يونس عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال بهيمة الأنعام لا يفرم أهلها شيئاً (*) (٤) .

ومنها : ما رواه عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال كان من قضاء النبي صلى الله عليه وآله ان المعدن جبار والبثر جبار والعجماء جبار والعجماء بهيمة الأنعام والجبار من الهدر الذي لا يفرم (*) (٥) .

ومنها : ما رواه عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن أبيه عن آبائه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله العجماء جبار والبثر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس والجبار الذي لادبة فيه ولا قود (*) (٦) .

والحديث الثاني ضعيف سنداً ببعض من فيه والثالث ضعيف سنداً بالارسل والرابع بمحمد بن عبد الله بن هلال والخامس بهيثم بن أبي مسروق .

(١) لاحظ ص : ٩٣

(٢) الوسائل الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان الحديث : ٤

(٣ و ٤) الوسائل الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان الحديث : ٣ و ٢

(٥ و ٦) نفس المصدر الحديث : ٤ و ٥

وكذا الحكم في الضمان لو انهار جدار الجار فوق على انسان أو حيوان أو غيرهما فان صاحب الجدار ضامن اذا كان عالماً بالانهيار فلم يصلحه أو يهدمه وتركه حتى انهدم فاصاب عيناً فأنلفها^(١) وكذا لو كان الجدار في الطريق العام فان الحكم ضمان صاحب الجدار للتلف الحاصل من انهدامه اذا لم يبادر الى قلعها أو اصلاحها^(٢) وضمان صاحب الجدار في الفرضين مشروط بجهل التالف بالحال ان كان انساناً وبجهل مالكة ان كان من الاموال فلو وقف شخص تحت الجدار المنهار أو ربط حيوانه هناك مع علمه بالحال فانهدم الجدار فتلف الانسان أو الحيوان لم يكن على صاحب الجدار ضمان^(٣) وضمان

(١) لأنه سبب والمستفاد من الأدلة ثبوت الضمان في امثال المقام فلاحظ .

(٢) لعين الملاك ويمكن الاستدلال على المدعى بجمله من النصوص منها ما رواه سماعة قال : سأله عن الرجل يحفر البئر في داره أو في أرضه فقال أما ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان وأما ما حفر في الطريق أو في غير ما يملك فهو ضامن لما يسقط فيه (* ١) .

ومنها : ما رواه أبو الصباح الكنائي قال : قال أبو عبد الله عليه السلام من اضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن له (* ٢) .

(٣) لعدم كون استناد التلف اليه بل يستند الى المباشر فلاحظ والنصوص منصرفة عن هذه الصور .

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان الحديث : ٣

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

الانسان بذمته في ماله لاعلى عاقلته^(١) واوفتح باباً فسرقت غيره المتاع ضمن السارق^(٢) ولواجج ناراً من شأنها السراية الى مال الغير فسرت اليه ضمنه^(٣) واذا لم يكن من شأنها السراية فاتفقت السراية بتوسط الريح أو غيره لم يضمن^(٤) ويضمن الخمر والمخزير للذمي بقيمتها عندهم مع الاستتار^(٥)

(١) لعدم المقتضي فان ثبوت الدية على العاقلة على خلاف الأصل الاولى ويحتاج الى قيام الدليل ولا دليل عليه .

(٢) لاستناد الأمر اليه والسبب لامقتضي لزمانه وان شئت قلت : المباشر في المقام أقوى فلاحظ .

(٣) لصدق الاتلاف .

(٤) لعدم صدق الاتلاف الموضوع للضمان .

(٥) استدل على المدعى بالنسبة الى القيمة باجماع الفرقة واخبارها كما في الجواهر فانه قدس سره قال في هذا المقام : « باجماع الفرقة واخبارها في محكي الخلاف بل قيل ان الاجماع أيضاً ظاهر المبسوط والسرائر والتذكرة . أما المتظاهر فلا ضمان وان كان الغاصب كافراً قولاً واحداً وكذا الكلام في المخزير بالنسبة الى ضمانه وعدمه في المسلم والمستتر والمتظاهر وغير ذلك مما عرفت وضمنه بالقيمة عند مستحليه بلا خلاف ولا اشكال وكذا الخمر يضمنها المسلم للذمي المستتر بها بالقيمة عند مستحليها باجماع الفرقة واخبارها في محكي الخلاف والتذكرة ولا بحث فيه كما في جامع المقاصد لاستحالة ثبوت الخمر في ذمة المسلم وان كانت مثلية بل عن المبسوط والسرائر والتحرير والمختلف وغيرها ذلك ايضاً اذا كان الغاصب كافراً بل ظاهر التذكرة الاجماع عليه بل عن الخلاف

دعوى اجماع الفرقه واخبارها عليه ايضاً « (١ *).

والانصاف انه يمكن أن يستفاد من جملة من النصوص منها: ما رواه منصور قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام لي على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر وأنا حاضر فيحل لي اخذها فقال انما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك (٢ *).

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن صدقات اهل الذمة وما يؤخذ من جزيتهم من ثمن خمرهم وخنازيرهم وميتهم قال: عليهم الجزية في اموالهم تؤخذ من ثمن لحم الخنزير أو خمر فكل ما أخذوا منهم من ذلك فوزر ذلك عليهم وثمنه للمسلمين حلال يأخذونه في جزيتهم (٣ *).

ومنها: ما رواه يونس في مجوسي باع خمرأ أو خنازير الى اجل مسمى ثم أسلم قبل أن يحل المال قال: له دراهمه وقال: أسلم رجل وله خمرأ وخنازير ثم مات وهي في ملكه وعليه دين. قال يبيع ديانه أو ولي له غير مسلم خمره وخنازيره ويقضي دينه وليس له أن يبيعه وهو حي ولا يمسه (٤ *).

ومنها: ما رواه داود بن سرحان قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له على رجل دراهم فباع خنازير أو خمرأ وهو ينظر فقضاه قال: لا بأس أما للمقضي فحلال وأما للبائع فحرام (٥ *).

ومنها: ما رواه عبدالله بن الحسن عن جده علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام: قال: سألت عن رجلين نصرانيين باع احدهما خمرأ أو

(١) الجواهر ج ٣٧ ص: ٤٤

(٢) الوسائل الباب ٦٠ من ابواب ما يكتسب به الحديث: ١

(٣) الوسائل الباب ٧٠ من ابواب جهاد العدو الحديث: ١

(٤) الوسائل الباب ٥٧ من ابواب ما يكتسب به الحديث: ٢

(٥) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب الدين الحديث: ١

وكذا للمسلم حق اختصاصه فيما اذا استولى عليهما لغرض صحيح^{١)}
ويجب رد المنصوب^{٢)}

خنزيراً الى اجل فاسلما قبل أن يقبضا الثمن هل يحل له ثمنه بعد الاسلام ؟ قال :
انما له الثمن فلا بأس أن يأخذه (*) (١) ان الشارع الأقدس امضى مالية الخمر
والخنزير بالنسبة الى الذمي فما افاده في المتن من تحقق الضمان بالقيمة بالنسبة
الى المستتر وعدمه بالنسبة الى المتظاهر تمام بالانخبار والاجماع فدعوى وضوح
الحكم ليس جزافاً .

(١) اذ لو كان له غرض صحيح يثبت له حق الاختصاص فيجب رده اليه وأما
مع التلف فيشكل الأمر اذ لو قلنا ان قيمة العين يثبت في الذمة فلا قيمة للخمر فلا
مجال لثبوتها في الذمة وان قلنا بثبوت المثل فيها فالمقتضي قاصر اذ دليل على اليد
بدون التوسل بالاجماع والسيرة غير تمام لعدم تمامية سنده فالمدرک منحصر في
الاجماع فلاحظ .

(٢) قال في الجواهر : « لاختلاف بيننا في أنه يجب رد المنصوب مادام باقياً
بل الاجماع بقسميه عليه ان لم يكن ضرورة من المذهب » (*) (٢) الى آخر كلامه .
وتدل على المدعى جملة من النصوص الدالة على حرمة التصرف في مال الغير
فمنها : ما رواه سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (في حديث) ان رسول الله صلى
الله عليه وآله قال : من كانت عنده أمانته فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل
دم امرء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه (*) (٣) .

ومنها : ما روي عن صاحب الزمان عليه السلام قال : لا يحل لأحد أن يتصرف

(١) الوسائل الباب ٦١ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

(٢) الجواهر ج ٣٧ صفحہ ٧٥

(٣) الوسائل الباب ٣ من أبواب مكان المصلى الحديث : ١

فى مال غيره بغيره اذنه (* ١) .

ومنها : ما رواه أبو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر وأكل لحمه معصية وحرمة ماله كحرمة دمه (* ٢) .

فإن امساك مال الغير بلاحق نوع من التصرف فلا يجوز مضافاً الى ما ورد فى خصوص حرمة الغصب : منها ما عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام وذكر ما يختص الامام الى أن قال : وله صوافي الملوك ما كان فى أيديهم على غير وجه الغصب لأن الغصب كله مردود (* ٣) .

ومنها : ما رواه محمد بن الحسين الرضى فى نهج البلاغة قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : الحجر الغصب فى الدار رهن على خرابها (* ٤) .
ومنها : ما رواه الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله فى حديث المناهي قال : من خان جاره شبراً من الأرض جعله الله طوقاً فى عنقه من نخوم الأرض السابعة حتى يلقى الله يوم القيامة مطوقاً الا أن يتوب ويرجع (* ٥) .

ومنها : ما رواه عبدالعزيز بن محمد الدراوردي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أخذ أرضنا بغير حقها وبني فيها قال يرفع بناؤه ونسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق (* ٦) .

ثم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله من أخذ أرضنا بغير حق كلف أن يحمل

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الغصب الحديث : ٤

(٢) الوسائل الباب ١٥٨ من أبواب احكام العشرة الحديث : ٣

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الغصب الحديث : ٣

(٤ و ٥) نفس المصدر الحديث : ٥ و ٢

(٦) الوسائل الباب ٣ من ابواب الغصب الحديث : ١

فإن تعيب ضمن الارش^١ فإن تعذر الرد ضمن مثله ولو لم يكن مثلياً
ضمنه بقيمته يوم الغصب^٢

تراها الى المحشر (* ١) .

(١) اذ المفروض ان اليد ضمانية فتوجب الضمان ومقتضاه وجوب رد العين
مع الارش وادعى في الجواهر عدم الخلاف فيه بل ادعى عليه الاجماع بقسميه .
(٢) ما يمكن أن يقال أو قيل في وجه ضمان المثل بالمثل وفي القيمي بالقيمة
وجوه : الوجه الأول حديث علي اليد (* ٢) .

ويرد عليه انه لا يبعد أن يكون المستفاد من الحديث ان ضمان ما أخذ الى زمان
الاداء اي مادام المأخوذ في يد الاخذ يكون الاخذ ضماناً بالنسبة اليه وارتفاع الضمان
بإدائه فلا يرتبط بالمقام .

وربما يقال : بأن المستفاد من الحديث ان المأخوذ مضمون بنفسه وعلى تقدير
التعذر تصل النوبة الى المثل وعلى تقدير التعذر تصل النوبة الى القيمة فلا ينطبق
على ما هو المشهور عندهم من الضمان في المثل بالمثل وفي القيمي بالقيمة
مضافاً الى أن الحديث ضعيف سنداً فلا تصل النوبة الى ملاحظة دلالة .

الوجه الثاني مادل من النصوص على أن حرمة مال المسلم كحرمة دمه لاحظ
ما من عن كتاب المجالس والأخبار من وصايا النبي لأبي اذرياً بأذى سباب المسلم
فسوق وقتاله كفر واكل لحمة من معاصي الله وحرمة ماله كحرمة دمه (* ٣) .

وما رواه أبو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله
عليه وآله سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر واكل لحمة معصية لله وحرمة ماله كحرمة

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) لاحظ ص : ٩٠

(٣) الوسائل الباب ١٥٢ من احكام العشرة الحديث ٩

دمه (* ١) .

ولا يخفى ان المستفاد من هذه النصوص الحكم التكليفي لا الوضعي وعلى تقدير التزل لا تدل على المدعى بل تدل على الضمان .

الوجه الثالث النصوص الدالة على ان الامة المبناعة اذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري اخذها صاحبها واخذ المشتري ولده بالقيمة لاحظ ما رواه جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت مسروقة قال يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته (* ٢) .

والجواب ان المستفاد من هذه النصوص ليس ما هو المشهور عندهم من كون ضمان المثل بالمثل وفي القيمي بالقيمة وبعبارة واضحة المستفاد من هذه النصوص ان صاحب الولد يأخذ ولده ويدفع قيمته ولا يستفاد من النصوص المشار اليها ما هو المشهور عندهم من ضمان المثل بالمثل والقيمي بالقيمة فلاحظ .

الوجه الرابع الاجماع على المدعى وفيه انه مدركى ولا اقل من احتماله فلا يكون تعدياً كاشفاً عن رأى المعصوم .

الوجه الخامس قوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (* ٣) وتقريب الاستدلال على المدعى بالاية يتوقف على امور ثلثة :
الاول: أن يكون المراد بكلمة (ما) الموصول وأما اذا كان المراد بها المصدر تكون الاية اجنبية عن المدعى فتختص الاية بالاعتداء بالأفعال ولا يرتبط بالأموال وعن الأردبيلي قدس سره تعين هذا الاحتمال .

الثاني أن يكون المراد بالموصول الشيء المعتدى بأن يكون المراد فاعتدوا

(١) نفس المصدر الحديث : ١٢

(٢) الوافي ج ١٠ من الباب ١١٨ من أبواب احكام التجارة ص ١٠١

(٣) البقرة / ١٩٤

عليه بمثل الشيء الذي اعتدى به عليكم وفيه انه لادليل على المدعى بل يمكن أن يكون المراد من الموصول الفعل لا الشيء الخارجي فلا ترتبط الآية بالمقام .

الثالث : أن يكون المراد من المثل في الآية المثل في المثلي والقيمة في القيمي ولا دليل على هذه الدعوى اذ صنف السی ذلك انه لاستفاد من الآية جواز تملك مال الغير في مقابل تلف المال بل يستفاد جواز الاتلاف في مقابل الاتلاف .

إذا عرفت ما تقدم نقول تارة يقع الكلام فيما هو مقتضى القاعدة الاولى واخرى فيما هو مقتضى النص الخاص فالبحث في موضعين :

أما الموضع الاول فنقول: مقتضى القاعدة الاولى ان المغصوب يرد بعينه ومع عدم الامكان تصل النوبة الى مثله ومع تعذر مثله تصل النوبة الى قيمته وعليه يكون الضمان دائماً بالمثل غاية الأمر كفاية اداء القيمة من باب اللابدية وعدم امكان دفع المثل كما هو المفروض وعلى هذا الأساس لا مجال لأن يقال لا بد من دفع المثل في المثلي والقيمة في القيمي ولا يكتفى باحدهما في موضع الاخر بسل الضمان دائماً بالمثل والواجب دفع قيمة المثل والسيرة جارية عليه فلو لم يكن نص خاص في المقام لا بد من الالتزام بدفع قيمته يوم الاداء لأن الغاصب ضامن للمثل فالواجب عليه دفع قيمة ما في ذمته والثابت في ذمته هو المثل كما ذكرنا .

وأما الموضع الثاني فيمكن أن يقال ان المستفاد من حديث أبي ولاد ان الميزان بيوم الغصب لاحظ ما عن أبي ولاد الحنات قال اكرتت بغلا الى قصر ابن هيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النبل فتوجهت نحو النبل فلما أتيت النبل خبرت الى صاحبي توجه الى بغداد فاتبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه ورجعنا الى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذري

وأردت ان اتحلل منه مما صنعت وأرضيه فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل
فتراضينا بأبي حنيفة فأخبرته بالقصة الى أن قال وحججت تلك السنة فأخبرت أبا
عبدالله عليه السلام بما افنى به ابو حنيفة فقال في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس
السماء ماءها وتمنع الأرض بركتها قال فقلت لأبي عبدالله عليه السلام فما ترى
أنت ؟ فقال أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة الى النيل ومثل كراء بغل
راكباً من النيل الى بغداد ومثل كراء بغل من بغداد الى الكوفة توفيها اياه قال فقلت :
جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه علفه ؟ فقال : لا لأنك غاصب قال : فقلت له
أرأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني ؟ قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت
فان اصاب البغل كسر أو دبراً وغمز فقال : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم
ترده عليه الخ (* ١) .

ومورد الاستدلال على المدعى قوله عليه السلام « نعم قيمة بغل يوم خالفته »
والاستدلال بهذه الجملة على المدعى يتوقف على رجوع القيد وهو يوم خالفته الى
القيمة اما باضافة القيمة الى البغل والبغل الى اليوم بنحو تتابع الإضافات كقول
الشاعر (وليس قرب قبر حرب قبر) أو باضافة القيمة الى البغل واليوم معاً أو باضافة
المحصل من المضاف والمضاف اليه الى اليوم واما بكون اليوم ظرفاً للقيمة بلا
اضافة اما الاحتمال الأول فيرده ان البغل مسن الذوات ولا يكون قابلاً للتقييد
بالزمان مضافاً الى أن المعرف بلام التعريف لا يضاف وفي بعض النسخ يكون لفظ
البغل معرفاً بلام التعريف واما الاحتمال الثاني فهو غير معهود في الاستعمالات
وأما الاحتمال الثالث فلا بأس به وعليه يكون المستفاد من الرواية في ضمان القيميات
قيمة يوم الغصب .

ولكن يتوقف على تجريد لفظ (بغل) عن لام التعريف وأما الاحتمال الرابع

فتقريبه أن يكون اليوم ظرفاً للقيمة لأن القيمة بمعنى ما يقوم به وهو المعنى الحدتي وقابل لأن يقيد بالزمان وعليه ينون لفظ البغل على الجر باضافة القيمة اليه وبؤيد هذا الوجه ان لفظ (بغل) معرف في بعض النسخ وغير قابل لأن يضاف الى ما بعده فيكون المعنى ان اللازم على الغاصب قيمة البغل قيمة يوم الغصب .

وفي المقام احتمال آخر وهو رجوع قوله يوم خالفته الى قوله عليه السلام (نعم) اي يلزمك القيمة يوم خالفته فتكون اجنبية عن المراد اذ يكون المراد منها ان الضمان ولزومه يوم المخالفة فلا تعرض للمقدار ويرد في هذا الاحتمال اشكالان احدهما : ان لزوم الضمان يوم المخالفة وهذا امر واضح لا يحتاج الى البيان اذ الغصب يتحقق في ذلك اليوم ثانيهما : ان لازمه انتقال الضمان بالقيمة قبل تلف العين ومع بقاء البغل ولم يقل به احد .

ثم انه قد توجهت ابرادات الى الرواية على المعنى المستفاد منها : الاول انه لو كان المناط يوم المخالفة لم يكن وجه لتعرضه عليه السلام ليوم الاكتراء بقوله (أو يأتي صاحب البغل بشهود) فلا خصوصية ليوم الغصب .

والجواب انه لا يبعد أن يكون السرفي ذلك اتحاد يوم الاكتراء مع يوم المخالفة في مورد السؤال فان المتعارف في الاسفار القريبة اكتراء الدابة في وقت الحركة لا قبل ايام فلا يكون فصل بين زمان الاكتراء والمخالفة فصلا معتداً به وهذا الاشكال المذكور يؤيد المدعى فالامام عليه السلام قد عبر عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء اي يوم الغصب .

الثاني انه قال أبو ولاد (قلت فان اصاب البغل كسر أو دبر أو غمز) ؟ فقال: عليه السلام « عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه » فان الظاهر من هذه الجملة هو ان الضمان بقيمة يوم الرد لان الظرف متعلق بلفظ (عليك) لتضمنه معنى

يلزمك فتكون هذه الجملة منافية لما ذكرنا من أن المستفاد من كلامه عليه السلام ان المناط بيوم الغصب .

واورد عليه سيدنا الاستاد بأن لازمه استقرار الضمان على الغاصب في زمان الرد مع انه واضح البطلان لأن ضمان المقصوب يستقر على الغاصب من زمان الغصب مضافاً الى أنه على هذا يلزم أن لا يكون تعرض في الرواية بأن هذا التفاوت من يوم الغصب أم من يوم التلف أو من يوم الرد فتكون جملة وكون المراد من الجملة السابقة يوم الغصب يعين ان المراد من هذه الجملة يوم الغصب .

وربما يقال ان الظرف اى لفظ اليوم متعلق بلفظ قيمة فيكون المعنى انه عليك تفاوت ما بين الصحة والعيب يوم الرد وبعبارة اخرى المستفاد من الحديث ان مجرد رد العين لا اثر له بل يجب رد ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب فتكون هذه الجملة منافية مع المستفاد من الجملة السابقة وبعبارة اخرى يستفاد من الحديث ان التفاوت بين الصحيح والمعيب في يوم الرد يلزم التفكيك بين ضمان العين وضمن الأرض فان المناط في الأول بيوم الغصب وفي الثاني بيوم الرد .

وعن الشيخ الأنصاري قدس سره بأن الظرف متعلق بعليك لا قيد للقيمة اذ لا عبرة في ارش العيب بيوم الرد اجماعاً لأن النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين .

واورد عليه سيدنا الاستاد بأنه لا مجال لهذا الاشكال لأن الاجماع على التبعة لا يدفع هذا الاحتمال اذ لو كان المناط في مقدار الأرض بيوم الرد يكشف ان ضمان اصل العين منوط بيوم الرد ولا اجماع على خلافه والصحيح في الجواب أن يقال انه لا يلزم للالتزام بكون الظرف قيداً للقيمة بسلا قرينة بل ظهور الجملة السابقة

في كون الميزان في الضمان يوم الغصب يدفع هذا الاحتمال .
الثالث انه سأل أبو ولاد الامام عليه السلام عن المقوم واجابه عليه السلام
أنت وهو الى آخر كلامه .

وقال الشيخ الأنصاري قدس سره : ان هذه الجملة مؤيدة لكون المدار في
تعيين القيمة يوم التلف بتقريب انه لو كان المدار يوم الغصب كان المالك مدعياً
لدعواه زيادة القيمة المخالفة للأصل وكان الغاصب منكراً ومقتضى القاعدة توجه
الحلف الى الغاصب والبينة الى المالك وبعبارة اخرى كيف يمكن الجمع بين
البينة واليمين فان المالك ان كان مدعياً تجب عليه اقامة البينة وان كان منكراً تجب
عليه اليمين فلو جعلنا الملاك يوم المخالفة يلزم أن تكون الرواية مخالفة للقواعد
من ناحيتين : الأولى ان دعوى الزيادة من المالك مخالفة للأصل فلا يتوجه اليه اليمين
الثاني انه لو توجهت اليه اليمين لا تسمع منه البينة فلا بد من جعل الملاك يوم التلف
كي لا يتوجه اشكال فنقول الامام تعرض لصورتين :

الصورة الأولى: ان يتفق المالك والغاصب على قيمة يوم الاكتراء فالغاصب
يدعي نقصانه يوم التلف والمالك ينكر النقصان واليمين على من أنكر .

الصورة الثانية: أن يتفق المالك والغاصب على اتحاد قيمة يوم المخالفة ويوم
التلف لكن المالك يدعي الزيادة والغاصب ينكرها فعلى المالك اقامة البينة اذ
المفروض كونه مدعياً .

ويرد عليه انه يمكن تصوير النزاع بنحو ينطبق على الموازين مع كون المدار
يوم الغصب بأن نقول لو اتفقا على القيمة يوم الاكتراء ولكن يدعي الغاصب نقصانها
والمالك ينكر النقصان تكون البينة على المدعي وهو الغاصب واليمين على المنكر
وهو المالك وأما لو اتفقا على أن القيمة يوم الاكتراء هي القيمة يوم الغصب لكن

المالك يدعي انها مقدار كذائتي والغاصب ينكر ويعترف باقل منه فالبينة على المالك واليمين على الغاصب فلا فرق بين القولين من هذه الجهة .
وعن الايرواني قدس سره ان مورد الرواية خارج عن حكم القضاء والنزاع بل حلف كل منهما لأجل اذعان الطرف الاخر كما هو الشايح في الاختلاف بين الناس فلا موضوع للاشكال المذكور .

وافاد سيدنا الاستاد بأن حمل الرواية على الأمر العادي العرفي خلاف الظاهر كما ان الظاهر من الخبر ان المالك مخير بين اقامة البينة والحلف لان كل واحد من الأمرين حكم صورة غير الاخرى .

فالحق أن يقال ان قاعدة البينة على المدعي واليمين على من انكر ليست من القواعد العقلية التي لاتقبل التخصيص فمقتضى القاعدة أن نقول ونلتزم بأنه في كل مورد تحقق الغصب بالنسبة الى دابة أو بالنسبة الى كل قيمى يكون الخيار بين الأمرين للمالك وهذا يناسب ارغام الغاصب والقضية المعروفة بينهم بأنه يؤخذ باشق الأحوال فلاحظ فانقدح ان الميزان يوم الغصب .

وربما يقال : بأن الضمان باعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف وما يمكن أن يقرب به وجوه :

الوجه الأول : ان المستفاد من الحديث ان المقتصوب مضمون على الغاصب في جميع ازمته الغصب اذ الميزان بيوم المخالفة وهذا العنوان يصدق على جميع ايام الغصب وعليه فان رد الغاصب نفس العين فهو والا فان رد أعلى القيم فقدرد قيمة يوم المخالفة بقول مطلق لدخول القيمة السفلى في العليا ضرورة انه لايجب عليه دفع قيمة كل يوم كما انه لو رد القيمة النازلة لم يرد القيمة بقول مطلق فاللازم عليه رد أعلى القيم .

واجاب سيدنا الاستاد عن هذا التقريب بأن الطبيعي يصدق على اول فرد يوجد منه والظاهر من الحديث ان المناط هو اليوم الاول من المخالفة لامطلق يوم المخالفة والذي يدل على المدعى بوضوح انه عليه السلام حكم بأن لو شهد الشاهدان على القيمة يوم الاكتراء يؤخذ بشهادتهم وقلنا ان يوم الاكتراء ويوم المخالفة متحد .

الوجه الثاني : ان الغاصب اذا وضع يده على المنصوب اشتغلت ذمته به فلو ادى العين أو ادى أعلى القيم في فرض تلف العين لفرغت ذمته قطعاً والايشك في فراغ ذمته وقاعدة الاشتغال محكمة .

وفيه ان الأمر دائر بين الأقل والأكثر ومقتضى البرائة عدم الاشتغال بالزائد مضافاً الى أن الاجتهاد في قبال النص غير صحيح والمفروض ان المستفاد من النص ان المناط يوم الغصب فلاحظ .

الوجه الثالث : ان مقتضى الاستصحاب بقاء الضمان الى زمان اداء أعلى القيم وفيه ان مقتضى الاستصحاب عدم الاشتغال الا بالأقل مضافاً الى أنه لاتصل النوبة الى الأصل مع وجود الدليل الاجتهادي والمفروض ان المستفاد من النص قيمة يوم المخالفة .

الوجه الرابع : انه لو لم يدفع أعلى القيم يتضرر المالك والضرر منفي في الشريعة .

وفيه انه لاتصل النوبة الى هذه التقاريب مع وجود النص مضافاً الى أن حديث نفى الضرر يقتضي النفي لا الاثبات بالاضافة الا أن الالزام بالأعلى ضرر على الغاصب وهو يؤخذ باشق الأحوال لادليل عليه اضع الى ذلك كله انا ذكرنا في بحث القاعدة ان المستفاد منها حرمة الأضرار فلاحظ .

الوجه الخامس : لوجوب رد أعلى القيم من زمان الغصب الى زمان التلف

ان الغاصب ازال يد المالك عن المغصوب بماله من المالية في جميع الأزمنة ومن جملة تلك الأزمنة زمان علو القيمة فان رد الغاصب العين فقد خرج عن عهدة الضمان بداهة ان المغصوب نفس العين وأما عند التلف لا يمكن الخروج عن العهدة الا برد الأعلى لأن حيولة الأجنبي توجب الضمان ولذا لو تلفت في زمان علو القيمة لوجبت تلك القيمة .

واورد عليه سيدنا الاستاد بأن قياس المقام بمقام بدل الحيولة مع الفارق فانه في ذلك المقام يلزم الضمان ببذل الحيولة من باب عدم امكان رد العين وأما الكلام في المقام في مقدار الضمان مع فرض تلف العين مضافاً الى أن التعذر في زمان علو القيمة اختيارية وباختيار الغاصب وفي بدل الحيولة التعذر غير اختياري اضاف الى جميع ذلك ان الاجتهاد في قبال النص غير صحيح ومقتضى حديث أبي ولاد ان الميزان بقيمة يوم الغصب لا بأعلى القيم .

الوجه السادس: ما نسب الى المحقق الايرواني قدس سره وهو انه عند صعود القيمة يصدق ان الغاصب معتد ومقتضى قوله تعالى (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ان الاعتداء بمقدار الاعتداء .

وفيه انه قد مر الاشكال في أصل دلالة الآية على الضمان فكيف بمقداره اضاف الى ذلك انه لا يناسب الاستدلال بالنحو المذكور مع دلالة حديث أبي ولاد على كون الميزان بيوم الغصب .

الوجه السابع: ان العين مضمونة على الغاصب في جميع الأزمنة ومن جملتها زمان علو القيمة ويرد عليه انه ان كان المراد ضمان العين مادامت باقية فهو صحيح لكن لا يدل على المدعى لأنه مع بقاء العين لاتصل التوبة الى ضمان البذل وان كان المراد ان الضمان بالقيمة منجز مع بقاء العين فهو خلاف الاجماع مضافاً الى أنه

ربما يستلزم الجمع بين العوض والمعوض وإن كان المراد أن الضمان بأعلى القيم مشروط بتلف العين فهو عين مورد النزاع مضافاً إلى أنه خلاف ما يستفاد من حديث أبي ولاد .

فتحصل أن الميزان في القيمي المغصوب يوم الغصب بمقتضى حديث أبي ولاد وأما في غير المغصوب من القيميات فلا بد من قيام اجماع تعبدى عليه والا فمقتضى القاعدة كما ذكرنا أن الميزان بقيمة يوم الاداء وبعبارة أخرى مقتضى القاعدة الأولية ثبوت نفس التالف في الذمة غاية الأمر حيث لا يمكن ردها تصل النوبة إلى المثل ومع تعذره تصل النوبة إلى القيمة .

وربما يقال أن المستفاد من جملة من الروايات الواردة في ضمان الرهن أن الميزان بقيمة يوم التلف فيقع التعارض بين تلك الروايات وحديث أبي ولاد لاحظ ما رواه سليمان بن خالد ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال إذا رهنتم عبداً أو دابة فمات فلا شيء عليكم وإن هلك الدابة أو أبق الغلام فانت ضامن (*) (١) .
وما رواه إبان بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرهن إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع بحقه على الراهن فأخذه وإن استهلكه تراد الفضل بينهما (*) (٢) .

وما رواه اسحق بن عمار قال سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم؟ قال نعم لأنه أخذ رهناً فيه فضل وضيعه قلت فهلك نصف الرهن قال على حساب ذلك قلت فيتراد أن الفضل قال نعم (*) (٣) .

(١) الوسائل الباب ٥ من أحكام الرهن الحديث : ٨

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) الوسائل الباب ٧ من أحكام الرهن الحديث : ٢

وما رواه ابن بكير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام في الرهن فقال : ان كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل الى صاحب الرهن وان كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى اليه صاحبه فضل ماله وان كان الرهن سواء فليس عليه شيء (* ١) .

وما رواه أبو حمزة قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام يترادان الفضل فقال : كان علي عليه السلام يقول ذلك قلت كيف يترادان فقال ان كان الرهن افضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه وان كان لا يسوي رد الرهن ما نقص من حق المرتهن قال : وكذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك (* ٢) .

والجواب عن هذا الاشكال ان المرتهن لا يكون ضامناً للعين المرهونة الا في صورتين الإفراط والتفريط أما في الصورة الاولى فزمان التلف متحد مع زمان الغصب فلا تنافي وأما في الصورة التفريط فيمكن التفكيك بين الزمانين لكن الذي يسهل الخطب ان النصوص الدالة على الضمان لاتعين موقفاً معيناً للقيمة فلا تنافي بين هذه النصوص وحديث أبي ولاد وبما ذكرنا يظهر الجواب عن توهم التعارض بين حديث أبي ولاد والنصوص الواردة في باب العتق لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه فقال ان ذلك فساد على اصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا مؤاجرته فقال : يقوم قيمة فيجعل على الذي أعتقه عقوبة وانما جعل ذلك عليه عقوبة لما افسده (* ٣) وما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

والاحوط استحباباً التصالح لو اختلفت القيمة من يوم غصبه الى ادائه^(١) وفي المثلى يضمن لواعوز المثل قيمة يوم الاداء^(٢) ولوزادت للسوق فنقصت لم يضمنها^(٣) ولوزادت الصفة فنقصت ضمنها^(٤)

قوم ورثوا عبداً جميعاً فاعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي اعتق نصيبه منه هل يؤخذ بما بقي فقال : نعم يؤخذ بما بقي منه (بقيته يوم اعتق) (* ١) .
وما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن المملوك يكون بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه قال : ان ذلك فساد على اصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا مؤاجرته قال يقوم قيمة فيجعل على الذي اعتقه عقوبة وانما جعل ذلك لما افسده (* ٢) .

(١) خروجاً عن شبهة الخلاف وتقريب الاستدلال على المدعى ان القيمي يضمن بمثله وربما تصل التوبة الى القيمة لتعذر المثل فيجب اعلى القيم لأن العين في كل آن مضمونة .
وفيه اولاً : انه لاتصل التوبة الى هذا التقريب مع كون المستفاد من حديث أبي ولاد ان المناط يوم الغصب وثانياً لاوجه لضمان اعلى القيم كما مر قريباً فلاحظ .

(٢) اذ المفروض ان الثابت في عهده المثل فيجب على الضامن اداء قيمة ما في ذمته فيتم ما افاده الماتن .
(٣) بلا خلاف اجده فيه بيننا كما في الجواهر (* ٣) لعدم المقتضي للضمان فلاحظ .

(٤) اذ المفروض ان اليد ضمان ومتنضاه الضمان بمقتضى السيرة العقلانية

(١) نفس المصدر الحديث : ٦

(٢) نفس المصدر الحديث : ٩

(٣) الجواهر ج ٣٧ ص : ٨٥

مطلقاً^١ ولو تجددت صفة لاقبمة لها لم يضمنها^٢ واوزادت القيمة لنقص بعضه مما له مقدر كالجب فعليه دية الجناية^٣ واوزادت العين زياده عينية باثره رجع الغاصب بها^٤

مضافاً الى النص الخاص الدال على وجوب رد المنصوب الي مالكة لاحظ ما رواه حماد بن عيسى عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام وذكر ما يختص الامام الى أن قال : وله صوافي الملوك ما كان في ايديهم على غير وجه الغصب لأن الغصب كله مردود (* ١) .

(١) يمكن أن يكون المراد بالاطلاق ان الضمان ثابت ولو لم يكن النقص بفعل الغاصب لأنه مقتضى الضمان فلا يخنض الحكم بما يكون بفعل الغاصب .

(٢) لعدم المقتضي للضمان ومقتضى الأصل عدمه بل لاموضوع له .

(٣) كما هو مقتضى القاعدة إذ بمقتضى الدليل يجب على الجاني دفع الدية فيجب عليه دفعها وزيادة القيمة لانقتضي رفع اليد عن وجوب دفعها لعدم ما يقتضي ذلك فلاحظ .

(٤) بلاخلاف اجده فيه كما في الجواهر وادعى عليه الاجماع ويدل على المدعى ما رواه ابن خالده قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى ارض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما انفقت أله ذلك أم لا ؟ فقال : للزارع زرعه ولصاحب الأرض كراء ارضه (* ٢) .

ويدل على المدعى أيضاً ما رواه ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب الغصب الحديث : ٣

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الغصب الحديث : ١

وعليه ارش النقصان لو نقصت وايس له الرجوع بارش نقصان عينه^١
ولو غصب عبداً وجنى عليه بكمال قيمته رده مع القيمة على قول وفيه

اكثرى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلا وأشجاراً وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك قال : عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل ويعطيه الفارس ان كان استأمره في ذلك وان لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء (* ١) ويدل عليه أيضاً ما اورده في الفقيه « وان أتى رجل أرضاً فزرعها بغير اذن صاحبها فلما بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما انفقت فللزع زرعه ولصاحب الأرض كرى أرضه (* ٢) .

ويمكن أن يقال كما في الجواهر انه على وفق اصول المذهب وقواعده ضرورة كون الزرع والغرس ملك الغاصب والأرض انما هي من المعدات كالماء والهواء ونحوهما (* ٣) .

(١) بلا خلاف ولا اشكال - كما في الجواهر - وهذا مقتضى القاعدة الاولى اذ المفروض انه لاحق له ويكون تصرفه بلا مجوز فعليه ارش النقصان ولا مقتضى لأخذ الارش من المالك بل مقتضى حديث عبدالعزيز خلافه قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول من أخذ أرضاً بغير حقها أو بنى فيها قسار : يرفع بناؤه وتسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق ثم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من أخذ أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل ترابها الى المحشر (* ٤) .

(١) نفس المصدر الحديث ٢

(٢) من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٤٩ حديث ٩ ذيل الحديث

(٣) الجواهر ج ٣٧ ص : ٢٠٣

(٤) الوسائل الباب ٣٣ من الاجارة الحديث : ٣

تأمل^١ ولو امتزج المغصوب بجنسه فان كان بما يساويه شارك بقدر كميته^٢

(١) نقل عن الشيخ قدس سره ان المالك مخير بين تسليمه واخذ القيمة وبين امساكه ولا شيء له تسوية بين الغاصب فسي الجناية وغيره وعليه اجماع الفرقه وأخبارهم وقال في الجواهر (* ١) : « ولعل المراد بالأخبار الخبرين الواردين في المقام وهو ما عن غياث عن جعفر عن أبيه عليهم السلام قال : قال علي عليه السلام اذا قطع أنف العبد أو ذكره أو شيء يحيط بقيمته ادى الى مولاه قيمة العبد واخذ العبد (* ٢) ورواه الكليني عن علي بن ابراهيم نحوه (* ٣) .

وقال : « لعل المراد ممن الاجماع عدم فرقهم بين الغاصب وغيره في بابي القصاص والديات الا من بعض ويؤيد المدعى ان رده مع القيمة يوجب الجمع بين العوض والمعوض » .

وكيف كان الذي يختلج بالبال ان مقتضى النص الوارد في المقام عدم الفرق بين الغاصب وغيره واخذ الغاصب باشق الأحوال لادليل عليه فلاحظ ولا يبعد أن يكون وجه تأمل الماتن الاشكال في سند الحديث لكن لا مقتضى لوجوب كلا الأمرين على الغاصب ومقتضى البرائه عدم وجوب الجمع والله العالم .

(٢) اذ الامتزاج بالجنس كما هو المفروض باي نحو كان يقتضي الاشتراك قال في الجواهر « وكل ما بين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميزان تحققت فيهما الشركة اختياراً كان المزج أو اتفاقاً مقصوداً به الشركة أولاً بلا خلاف اجده فيه بل لعل الاجماع بقسميه عليه » (* ٤) .

(١) الجواهر ج ٣٧ ص : ١٢٤

(٢ و ٣) الوسائل الباب ٣٤ من ديات الاعضاء الحديث : ١ و ٢

(٤) الجواهر ج ٢٦ ص : ٢٩١

وان كان باجود منه او بالادون فله ان يشارك بقدر ماله له وله ان يطالب الغاصب ببذل ماله^(١) وكذا لو كان المزج بغير جنسه ولم يتميز كالمخل بالعسل ونحو ذلك^(٢) وفوائد المغصوب للمالك^(٣) ولو اشتراه جاهلا بالغصب رجع بالثمن على الغاصب^(٤) وبما غرم للمالك عوضاً عما لانفع له في مقابلته او كان له فيه نفع^(٥) ولو كان عالماً فلا رجوع بشيء

ولا وجه لما عن السرائر من أن مال المالك كالمستهلك وانه خارج عن ملكه ويقتضيه اصول المنصب انه لا دليل على خروجه عن ملكه والا كان اللازم الخروج عن الملك ولو كان الامتزاج بغير اختيار او باختيارهما ورضاهما بل مقتضى القاعدة في مفروض الكلام حصول الشركة وبقاء ملك كل واحد على ما كان عليه .

(١) بتقريب ان الامتزاج يوجب استهلاك مال المالك ولا يمكن تسليمه بعده ولكن مع ذلك لا يسقط حقه عن ملكه فله الخيار بين الامرين .

والذي يختلج بالبال أن يقال ان الامتزاج يوجب الشركة ولا مقتضي لخروج المال عن ملك مالكة فيتحقق الشركة بالنسبة وبعبارة اخرى انه لا مقتضي لخروج الملك عن مملوكية مالكة بل مقتضى القاعدة الشركة في العين بنسبة تفاوت القيمة (٢) الكلام فيه هو الكلام .

(٣) بلا خلاف - كما في الجواهر - وهذا على طبق القاعدة الأولية اذ الفوائد فوائد للمغصوب على الفرض والفائدة تابعة لذي الفائدة فكلها راجع الى المالك بلا كلام .

(٤) اذ المفروض ان العقد فاسد فلم يدخل الثمن في ملك الغاصب ويده يسد ضمان فالمشتري يمكنه الرجوع عليه ومطالبته بما اخذ منه .

(٥) لانه مغرور من قبل الغاصب والمغرور يرجع الى من غره .

مما غرم للمالك^(١) ولو زرع الغاصب للأرض فيها كان الزرع له^(٢) وعليه الأجرة^(٣) والقول قول الغاصب في القيمة مع اليمين وتعذر البينة^(٤).

(مسألة ١) : يجوز لمالك العين المغصوبة انتزاعها من الغاصب ولو قهراً^(٥)

(١) لعدم صدق الغرور فلا وجه للرجوع .

(٢) فإن الزرع للزارع كما تقدم .

(٣) بمقتضى النص لاحظ ما رواه ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل أكرى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك قال : عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل ويعطيه الفارس إن كان استأمره في ذلك وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء (*) (١) والحديث وإن كان محل الإشكال سنداً لكن المدعى على طبق القاعدة الأولية .

(٤) لأنه مقتضى الأصل ولكن يشكل بلحاظ حديث أبي ولاد (*) (٢) فإن مقتضى هذا الحديث أنه مع الاختلاف في القيمة في القيمي يكون القول قول المالك مع البينة أو اليمين وبعد ذلك تصل التوبة إلى يمين الغاصب اللهم إلا أن يقال إن المستفاد من الحديث حكم خاص في مورد مخصوص ولا وجه للتعدي عنه إلى كل مورد فلاحظ .

(٥) هذا على طبق القاعدة الأولية إذ المفروض أنه ملكه فيجوز انتزاعه من يد

(١) الوسائل الباب ٢ من أبواب الغصب الحديث : ٢

(٢) لاحظ ص : ١٠٢

وإذا انحصر استنقاذ الحق بمراجعة المحاكم الجائر جاز ذلك^(١)

الفاصل باي وجه كان .

(١) لا اشكال عندهم في اشتراط الايمان في القاضي وانه لا يجوز الترافع الى قضاة الجور واستدلوا على المدعى بقوله تعالى يريدون أن يتحاكموا الى الطاغوت وقد امروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالاً بعيداً (* ١) وبجملة من النصوص منها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : أيما مؤمن قدم مؤمناً في خصومة الى قاض أو سلطان جائر ف قضى عليه بغير حكم الله فقد شره في الاثم (* ٢) .

ومنها ما رواه سالم بن مكرم الجمال قال : قال أبو عبدالله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام اياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً الى أهل الجور ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجملوه بينكم فاني قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه (* ٣) .

ومنها غيرهما المذكور في الباب ١ من أبواب صفات القاضي من الوسائل ولكن قالوا بأنه لو انحصر استنقاذ الحق بمراجعة الجائر جاز ذلك وذكر في وجه الجواز امور :

الأول : النصوص الدالة على جواز الحلف كاذباً تقية منها ما رواه اسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في حديث قال : سألت عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف قال لا جناح عليه وعن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلف لينجوه منه قال : لا جناح عليه (* ٤) .

(١) النساء / ٥٩

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب صفات القاضي الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٥

(٤) الوسائل الباب ١٢ من الايمان الحديث : ١

ومنها : ما رواه يونس عن بعض اصحابه عن احدهما عليهما السلام في رجل حلف تقية فقال ان خفت على مالك ودمك فاحلف ترده يمينك فان لم تر ان ذلك يرد شيئاً فلا تحلف لهم (*) (١) .

ومنها ما رواه زرارة قال قلت لأبي جعفر عليه السلام نمربالمال على العشار فيطلبون منا ان نحلف لهم ويخلون سبيلنا ولا يرضون منا الا بذلك، قال : فاحلف لهم فهو أحل (أحلى) من التمر والزبد (*) (٢) .

والانصاف ان الجزم بالحكم بهذا التقريب مشكل مع ملاحظة بطلان القياس نعم هذه النصوص لا تخلو عن التأيد للمدعى .

الثاني : انصراف النصوص الدالة على الحرمة عن صورة الضرورة وفيه ان الدليل على المنع الاية الشريفة بالاضافة الى الاجماع وبضاف اليه الاجماع على اشتراط العدالة في القاضي فلا ينحصر الدليل في تلك الأخبار كي يدعي انصرافها عن صورة الضرورة بل يمكن أن يقال انه يكفي للاشتراط الشك في الاعتبار اذ اعتبار قول الحاكم وكون حكمه فصلاً خلاف الأصل الأولي .

الثالث : قاعدة لا ضرر بتقريب ان عدم جواز احقاق الحق عند الضرورة وعدم جواز الترافع اليهم يوجب الضرر المنفي في الشريعة المقدسة .

وفيه : ان المشهور عند القوم ان القاعدة لاتقتضي الاثبات بل مفادها النفي فلا مجال لأن يستفاد من القاعدة اعتبار قول الجائر وجواز حكومته والا يلزم الالتزام بتأسيس فقه جديد مثلاً البيع الغرري فاسد فلو توقف بيع مال كثير على بيعه غرراً فهل يمكن الالتزام بالصحة بمقتضى القاعدة ؟ وقس عليه غيره من الموارد كلا مضافاً الى أن الاستدلال بالقاعدة على المدعى يتوقف على القول المشهور بأن

(١) نفس المصدر الحديث : ٣

(٢) نفس المصدر الحديث : ٦

ولا يجوز له مطالبة الغاصب بما صرفه في سبيل اخذ الحق^(١) وكذا اذا كان له دين على آخر وامتنع من ادائه وصرف مالا في سبيل تحصيله فانه لا يجوز له أن يأخذه من المدين^(٢) الا اذا اشترط عليه ذلك في ضمن معاملة لازمة^(٣)

مفاد القاعدة هو النفي وأما على القول بكون مفادها النهي عن الاضرار كما هو مذهب شيخ الشريعة قدس سره وتبعناه فلا مجال للاستدلال كما هو ظاهر .

الرابع ما رواه ابن مهزبار عن علي بن محمد عليهما السلام قال سألته هل نأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منافي أحكامهم فكتب عليه السلام يجوز لكم ذلك ان شاء الله اذا كان مذهبكم فيه التقية منهم والمدارة لهم (* ١) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث انه هل يجوز لنا ان نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضائهم يعني اذا اضطررنا اليه كما اذا قدمنا الخصم اليهم .

وفيه اولا: ان الرواية غير واضحة المراد وثانياً يكون الدليل اخص من المدعى فان المدعى انه يجوز عند الضرورة والضرورة اعم من التقية والمدارة لهم .
الخامس الاجماع والتسالم بين الاصحاب واشتهار الجواز في الاعصار والامصار فان تم الامر بهذا النحو فهو والا فيشكل الامر والله العالم .

(١) لعدم المقتضي للجواز ومجرد كون الغاصب عاصياً لا يقتضي الجواز وصفوة القول ان جواز اخذ مال من شخص يتوقف على دليل شرعي .

(٢) الكلام فيه هو الكلام .

(٣) اذ مع الشرط يثبت لمن له الشرط حق على المشروط عليه يقتضي الزامه بالوفاء فلاحظ .

واذا وقع في يده مال الغاصب جاز اخذه مقاصة^(١) ولا يتوقف على اذن الحاكم الشرعي^(٢) كما لا يتوقف ذلك على تعذر الاستيفاء بواسطة الحاكم الشرعي^(٣) ولا فرق بين أن يكون مال الغاصب من جنس المخصوص وغيره^(٤) كما لا فرق بين أن يكون وديعة عنده وغيره^(٥)

(١) لجمله من النصوص منها ما رواه داود بن رزين قال قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام اني اخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارسة فيبعثون فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه قال : خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه (* ١) .

ومنها ما رواه جميل بن دراج قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده يأخذه وان لم يعلم الجاحد بذلك ؟ قال : نعم (* ٢) .

ومنها ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألت عن الرجل الجحود أيحل أن أجحده مثل ما جحد ؟ قال : نعم ولا تزدد (* ٣) .

(٢) لاطلاق النصوص الدالة على المقصود .

(٣) للاطلاق المستفاد من الروايات فلا مجال لأن يقال : التقاص على خلاف الأصل الاولي فيتوقف جوازه على الترافع الا مع عدم الامكان فانه لا وجه لهذا التفصيل .

(٤) كما هو المستفاد من خبر ابن رزين (* ٤) .

(٥) النصوص الواردة في المقام متعارضة فمنها ما يدل على الجواز لاحظ ما

(١) الوسائل الباب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ١٠

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٣

(٤) مرآة

رواه البقباقي بأن شهاباً ما راه في رجل ذهب له باللف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم قال أبو العباس فقلت له خذها مكان الألف التي أخذ منك فأبى شهاب قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك فقال أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف (*) (١) .

ومثله في الدلالة ما رواه علي بن سليمان قال : كتبت إليه : رجل غصب مالا أو جارية ثم وقع عنده مال بسبب ودبعة أو قرض مثل خيانة أو غصب أيحل له حبه أم لا ؟ فكتب نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه وان كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي إليه انشاء الله (*) (٢) .

ويدل على الجواز أيضاً ما رواه ابن جعفر في كتابه عن أخيه قال : سألت عن رجل كان له على آخر دراهم فجحده ثم وقعت للجاحد مثلها عند المجحود ، أيحل له أن يجحده مثل ما جحد ؟ قال نعم ولا يزداد (*) (٣) .

ومنها ما يدل على عدم الجواز لاحظ ما رواه ابن أخي الفضيل بن يسار قال كنت عند أبي عبد الله عليه السلام ودخلت امرأة وكنت أقرب القوم إليها فقالت لي أسأله فقلت عماذا ؟ فقالت : ان ابني مات وترك مالا كان في يد أخي فاتفقه ثم أفاد مسالا فأودعني ، فلي أن آخذ منه بقدر ما اتلف من شيء ؟ فأخبرته بذلك فقال : لا قال رسول الله صلى الله عليه وآله اد الأمانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك (*) (٤) .

وما رواه سليمان بن خالد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع

(١) الوسائل الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٩

(٣) الوسائل الباب ٤٨ من أبواب الايمان الحديث : ٤

(٤) الوسائل الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ٣

.....

لي عنده مال فكابرني عليه وحلف ثم وقع له عندي مال آخذه لمكان مالي الذي أخذه وأجحدته واحلف عليه كما صنع ؟ قال : ان خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عتبه عليه (*) (١) .

وما رواه معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له : الرجل يكون لي عليه حق فيجحدني ثم يستودعني مالا لي أن آخذ مالي عنده قال : لا هذه الخيانة (*) (٢) .

فلا بد من علاج التعارض وربما يجمع بين الطرفين بحمل ما يدل على المنع على الكراهة وفيه انه كيف يمكن الالتزام بالكراهة مع قوله عليه السلام في حديث البقباق « أما انا فأحب أن تأخذ وتحلف » فانه عليه السلام لا يحب المكروه .
وافاد سيدنا الاستاد انه بعد التعارض والتساقط تصل النوبة الى الأخذ باطلاق ما يدل على جواز المقاصه (*) (٣) كخبر ابن رزين (*) (٤) ولكن التعارض مع عدم وجود المرجح لأحد الطرفين ولنا أن نقول ان ما يدل على المنع موافق للعموم الوضعي الكتابي وهو قوله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها (*) (٥) وأيضاً ما يدل على المنع موافق لقوله تعالى والذينهم لاماناتهم وعهدهم راعون (*) (٦) وقوله تعالى والذينهم لاماناتهم وعهدهم راعون (*) (٧) .

(١) نفس المصدر الحديث ٧

(٢) نفس المصدر الحديث : ١١

(٣) مباني تكملة المتهاج ج ١ ص : ٤٨

(٤) لاحظ ص : ١٢١

(٥) النساء/ ٥٨

(٦) المؤمنون/ ٨

(٧) المآرج/ ٣٢

وإذا كان مال الغاصب أكثر قيمة من ماله اخذ منه حصة تساوي ماله
وكان بها استيفاء حقه^(١) ولا يبعد جواز بيعها اجمع^(٢) واستيفاء دينه من

ويؤيد المدعى بعض النصوص منها ما رواه عمر بن أبي حفص قال : سمعت
أبا عبد الله عليه السلام يقول اتقوا الله وعليكم بأداء الأمانة الى من ائتمنكم فلو ان
قاتل علي ائتمنني على أمانة « اداء الأمانة » لأديتها اليه (* ١) .

ومنها ما رواه عمار بن مروان قال : قال أبو عبد الله عليه السلام في وصيته له :
اعلم أن ضارب علي عليه السلام بالسيف وقاتله لو ائتمنني واستنصحتني واستشارني
ثم قبلت ذلك منه لأديت اليه الأمانة (* ٢) فالمستفاد منه التأكيد في اداء الأمانة
فان قام اجماع تعبدني كاشف على الجواز فهو والا يشكل الجزم بالجواز والله
العالم .

ولقائل ان يقول لا تعارض بين الطرفين بل النسبة العموم والخصوص المطلقين
لاحظ حديث سليمان (* ٣) فان هذا الحديث دال على المنع في مورد حلف
الغاصب فتكون خاصة بالنسبة الى ما يدل على الجواز بالاطلاق فيوجب تقييده
ولكن لا مجال لهذا الكلام اذ في النصوص ما يدل على المنع بالاطلاق لاحظ ما
رواه معاوية (* ٤) ونحن لانقول بانقلاب النسبة فالتعارض باق بحاله ولا يبعد أن
يكون الترجيح بالاحدية مع دليل الجواز .

(١) كما صرح به في خبر ابن رزين مضافاً الى أنه مقتضى القاعدة الأولية فان
جواز أخذ الزيادة يحتاج الى الدليل .

(٢) كما صرح به في الجواهر (* ٥) والأمر كما افاده فان المستفاد من نصوص

(١) الوسائل الباب ٢ من احكام الوديعة الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٨

(٣) لاحظ ص : ١٢٢

(٤) لاحظ ص : ١٢٣

(٥) الجواهر ج ٤٠ ص : ٣٩٤

الثلث^(١) والاحوط ان يكون ذلك باجازة الحاكم الشرعي^(٢) والباقي من الثمن يردده الى الغاصب^(٣) ولو كان المغصوب منه قد استحلّف الغاصب فحلّف على عدم الغصب لم تجز المقاصة منه^(٤)

الجواز جواز اخذ المغصوب منه بمقدار حقه وهذا يستلزم جواز التصرف في العين وصفوة القول انه لا اشكال في أنه مستفاد من نصوص الباب .

(١) هذا فيما يتوقف الاستيفاء عليه والا يشكل الجزم بالجواز في الأزيد مما يتوقف عليه الاستيفاء فلاحظ .

(٢) خروجاً عن شبهة الخلاف ولا اشكال في كونه احوط كما لا اشكال في أن الاحتياط احسن واما لزومه فلا فان مقتضى نصوص الباب جواز المباشرة بلا توقف على اذن الحاكم فلاحظ .

(٣) كما هو مقتضى القاعدة الأولية اذ المفروض انه ملكه فلا بد من ايصاله اليه .

(٤) لجملة من النصوص منها ما رواه خضر النخعي في الرجل يكون له على الرجل مال فيجحده قال: فان استحلّفه فليس له أن يأخذ شيئاً وان تركه ولم يستحلّفه فهو على حقه (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بخضر .

ومنها ما رواه ابن وضاح قال كانت بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخا نني بألف درهم فقدمته الى الوالي فاحلفته فحلّف وقد علمت انه حلف يميناً فاجرة فوقع له بعد ذلك عندي أرباح ودرهم كثيرة فاردت ان اقتص الألف درهم التي كانت لي عنده واحلف عليها فكتبت الى أبي الحسن عليه السلام فاخبرته اني قد احلفته فحلّف وقد وقع له عندي مال فان امرتني أن آخذ منه الألف درهم التي حلف عليها فقلت ، فكتب : لا تأخذ منه شيئاً ان كان ظلمك فلا تظلمه ولولا انك

كتاب احياء الموات

المراد بالموات الارض المتروكة التي لا ينتفع بها اما لعدم
المقتضي لحياتها واما لوجود المانع عنه كانقطاع الماء عنها أو استيلاء
المياه أو الرمول أو الاحجار أو السبخ عليها أو نحو ذلك^(١).

(مسألة ١) : الموات على نوعين ١ - الموات بالاصل وهو
ما لم يعلم بعروض الحياة عليه أو علم عدمه ككثر البراري والمفاوز
والبوادي وسفوح الجبال ونحو ذلك ٢ - الموات بالعارض وهو ما
عرض عليه الخراب والموتان بعد الحياة والعمران^(٢).

رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك ولكنك رضيت بيمينه وقد ذهبت
اليمين بما فيها فلم آخذ منه شيئاً وانتهيت الى كتاب أبي الحسن عليه السلام (*) (١)
وهذه الرواية ضعيفة بحسن بن علي .

ومنها ما رواه ابن خالده (*) (٢) ولكن هذه الرواية واردة في مورد خاص ولا
إطلاق لها فإطلاق الحكم مبني على الاحتياط .

(١) قال المحقق في الشرايع « وأما الموات فهو الذي لا ينتفع به لعطلته اما
لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيجامه أو غير ذلك من موانع
الانقطاع » .

(٢) الأمر كما أفاده فإن الموات على النوعين المذكورين .

(١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب كيفية الحكم الحديث : ٢

(٢) لاحظ ص : ١٢٢

(مسألة ٢) : يجوز لكل احد احياء الموات بالاصل والظاهر

انه يملك به^(١)

(١) لجملة من الروايات منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله من أحيى أرضاً مواتاً فهو له (١ *).

فان المستفاد من هذا الحديث واشباهه ان الموات من الأرض يملكه بالاحياء وبالفهم العرفي يفهم الاذن في الاحياء للمحيي فلامجال لان يقال كون الاحياء مملوكاً اعم من كونه ماذوناً فيه مضافاً الى أن الجواز على القاعدة بعد عدم كون الأرض مملوكة لاحد من آحاد الناس نعم مقتضى جملة من النصوص ان الموات ملك للامام منها ما رواه حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الانفال مالم يوجف عليه بخيل ولا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم اعطوا بأيديهم وكل أرض خربة ويطون الاودية فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله وهو للامام من بعده بضعه حيث يشاء (٢ *). مركزية كميترى

فان مقتضى هذه النصوص ان الموات ملك للامام عليه السلام وان أرض الموات من الانفال وعليه لا بد في جواز التصرف فيها من اذنه روعي فداءه ولكن ينحل الاشكال بأن ما دل من النصوص على ملكية الأرض بالاحياء يدل بالفهم العرفي على جواز التصرف .

ان قلت الاذن في التصرف صادر من الامام السابق والمالك الفعلي الامام الموجود عجل الله تعالى فرجه الشريف فكيف ينحل الاشكال؟ قلت الظاهر من قوله عليه السلام من احيى أرضاً فهي له بيان الحكم الشرعي والوظيفة المقررة للتصدي للاذن المالكى الشخصي كى يتوجه هذا الاشكال اذ الى ذلك انه لا اشكال في

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب احياء الموات الحديث ٦ :

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الانفال الحديث ١ :

من دون فرق بين كون المحيي مسلماً أو كافراً^(١)

جواز التصرف في هذه الأراضي بلا توقف على الاذن وربما يقال بأن الاحياء سبب للملك ولو مع فرض عدم جواز التصرف لكن يشكل الالتزام بالاطلاق .
اولا انه لا يبعد أن يقال ان دليل كون الاحياء مملوكاً منصرف عن صورة عدم الاذن في التصرف وثانياً انه يظهر من كلمات القوم في المقام ان اشتراطه بالاذن اجماعي قال في الجواهر « واما ان اذنه شرط في تملك المحيا فظاهر التذكرة الاجماع ، بل عن الخلاف دعواه صريحاً بل في جامع المقاصد لا يجوز لأحد الاحياء من دون اذن الامام عليه السلام وانه اجماعي عندنا وفي التنقيح الاجماع على أنها تملك اذا كان الاحياء باذن الامام عليه السلام وفي المسالك أنه لاشبهة في اشتراط اذنه في احياء الموات فلا يملك بدونه اتفاقاً » (* ١) .

(١) لاطلاق جملة من النصوص الدالة على أن الاحياء سبب للملك منها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: ايما قوم احيوا شيئاً من الارض او عمروها فهم احق بها (* ٢) .

فان مقتضى اطلاق هذه الرواية عدم الفرق بين كون المحي مسلماً أو غير مسلم مضافاً الى ما دل عليه بالخصوص لاحظ ما رواه ابن مسلم قال : سأله عن الشراء من ارض اليهود والنصارى قال ليس به بأس الى أن قال وايما قوم احيوا شيئاً من الأرض او عملوه فهم احق بها وهي لهم (* ٣) .

وأما حديث أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام قال : وجدنا في كتاب علي عليه السلام ان الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين انا واهل بيتي الذين اورثنا الأرض ونحن المتقون والأرض كلها لنا فمن احبب أرضاً من

(١) الجواهر ج ٣٨ ص : ١١

(٢) الوسائل الباب ١ من احياء الموات الحديث : ٣

(٣) الوسائل الباب ١ من احياء الموات الحديث : ١

المسلمين فليعمرها فليتود خراجها الى الامام من اهل بيتي وله ما أكل منها الخ (*) (١)
فالمستفاد منه ان احياء المسلم يوجب التملك ولا يستفاد منه الاشتراط وبعبارة
اخرى لا مفهوم للرواية ولا تنافي بين المثبتين .

ويمكن أن يقال ان المستفاد من حديث أبي سيار مسمع بن عبد الملك في
حديث قال قلت لابي عبدالله عليه السلام اني كنت وليت الغوص فاصبت اربعمأة
الف درهم وقد جئت بخمسها ثمانين الف درهم وكرهت أن احبسها عنك وأعرض
لها وهي حقك الذي جعل الله تعالى لك في اموالنا فقال : وما لنا من الارض واخرج
الله منها الا الخمس يا أبا سيار الارض كلها لنا فما اخرج الله منها من شيء فهو
لنا قال قلت له : انا احمل اليك المال كله فقال لي يا أبا سيار قد طينناه لك وحللتناك
منه فضم اليك مالك وكل ما كان في أيدي شيعتنا من الارض فهم فيه محللون ومحلل
لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في ايدي سواهم فان كسبهم من
الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الارض من ايديهم ويخرجهم منها
صفرة (*) (٢)، انه لا يجوز التصرف في الارض المملوكة للامام عليه السلام الا لشيعته
ولكن الظاهر ان الامر ليس كذلك فان حديث ابن مسلم يدل بوضوح ان الكافر
يملك الارض بالاحياء وايضاً يظهر هذا المعنى من حديث أبي بصير قال : سألت
أبا عبدالله عليه السلام عن شراء الارضين من اهل الذمة فقال : لا بأس بأن يشتريها
منهم اذا عملوها واحيوها فهي لهم ، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله حين
ظهر على خير وفيها اليهود خارجهم على أن يترك الارض في أيديهم يعملونها
ويعمرونها (*) (٣) .

(١) الوسائل الباب ٣ من نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ٤ من الانفال الحديث : ١٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ١

(مسألة ٣) : الموات بالعارض على اقسام: الاول - مالا يكون له مالك وذلك كالاراضي الدارسة المتروكة والقرى او البلاد الخربة والقنوات الطامسة التي كانت للامم الماضية الذين لم يبق منهم احد بل ولا اسم ولا رسم او أنها تنسب الى طائفة لم يعرف عنهم سوى الاسم الثاني - ما يكون له مالك مجهول ولم يعرف شخصه الثالث ما يكون له مالك معلوم أما القسم الاول فحاله حال الموات بالاصل ولا يجري عليه حكم مجهول المالك^(١) واما القسم الثاني ففي جواز احيائه والقيام بعمارتة وعدمه وجهان المشهور هو الاول^(٢) ولكن

فيقع التعارض بين الطرفين ولا يبعد أن يقال ان الترجيح مع حديث أبي سيار لكونه مخالفاً مع العامة لكن الظاهر انه لا يختص الحكم بالشعبة فان السيرة جارية على ترتيب الآثار الملكية على الاراضي التي بأيدي غير الشيعة ولو مع العلم بكون السبب للملكية الاحياء .

(١) اذ المفروض انه لا مالك لها كي يجري عليها حكم مجهول المالك فيكون كبقية الاراضي الموات ويجري عليه حكمها كما في المتن .

(٢) يظهر من الجواهر ادعاء الاجماع على كونها للامام ويمكن الاستدلال على كونها له عليه السلام بجملة من النصوص منها ما رواه حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال الانفال مالم يوجف عليه بخيل ولا ركاب او قوم صالحوا او قوم اعطوا بأيديهم وكل ارض خربة وبطون الادية فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله وهو للامام من بعده يضعه حيث يشاء (*) (١) .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سمعه يقول ان

الانفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة دم أو قوم صولحوا وأعطوا بأيديهم وما كان من أرض خربة أو بطون أو دية فهذا كله من الفبيء والانفال لله وللرسول فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يحب (*) (١) .

ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سمعته يقول : الفبيء والانفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة الدماء وقوم صولحوا وأعطوا بأيديهم وما كان من أرض خربة أو بطون أو دية فهو كله من الفبيء فهذا لله وللرسول فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث شاء وهو للامام بعد الرسول (*) (٢) .

ومنها ما رواه احمد بن محمد عن بعض اصحابنا رفع الحديث الى أن قال : قال : وما كان من فتح لم يقاتل عليه ولم يوجف عليه بخيل ولا ركاب الا ان اصحابنا يأتونه فيعاملون عليه فكيف ما عاملهم عليه النصف او الثلث او الربع أو ما كان يسهم له خاصة وليس لاحد فيه شيء الا ما اعطاه هو منه وبطون الاودية ورؤوس الجبال والموات كلها هي له الخ (*) (٣) .

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الانفال فقال : هي القرى التي قد خربت وانجلى اهلها فهي لله وللرسول وما كان للمملوك فهو للامام وما كان من الارض بخربة لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب وكل أرض لارب لها والمعادن منها ومن مات وليس له مولى فماله من الانفال (*) (٤) .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : الانفال هو النفل وفي سورة الانفال جدع الانف قال : وسألته عن الانفال فقال : كل أرض خربة أو شيء كان يكون للمملوك وبطون الاودية ورؤوس الجبال ومالم يوجف عليه بخيل ولا ركاب فكل ذلك للامام خالصاً (*) (٥) .

(١) نفس المصدر الحديث : ١٠

(٢) نفس المصدر الحديث : ١٢

(٣) و (٤) و (٥) نفس المصدر الحديث : ١٧ و ٢٠ و ٢٢

الاحوط فيه الفحص عن صاحبه وبعد اليأس عنه يعامل معه معاملة مجهول المالك فاما أن يشتري عينه من الحاكم الشرعي أو وكيله المأذون ويصرف ثمنه على الفقراء واما أن يستأجره منه هاجرة معينة أو يقدر ما هو اجرة مثله ويتصدق بها على الفقراء^١ هذا فيما اذا لم يعلم باعراض مالكة عنه واما اذا علم به جاز احيائه وتملكه بلا حاجة الى الاذن أصلاً^٢ وأما القسم الثالث فان أعرض عنه صاحبه

فان مقتضى اطلاق هذه الروايات ان كل ارض خربة مملوك للامام عليه السلام (١) المعروف بينهم وجوب التصديق في مجهول المالك فما وجه الاشتراء من الحاكم وايضاً لوجه للاجارة كما انه لا وجه للتقدير المذكور في العبارة وكيف كان يجري عليه حكم مجهول المالك من الفحص ثم التصديق أو وجوب الخمس على اختلاف المسلك والذي يختلج بالبال في هذه العجالة انه لا وجه للتوقف والاحتياط بل مقتضى القاعدة انه باق في ملك مالكة الا أن يقال: ان مقتضى عموم النصوص المشار اليها كونه للامام الا ما خرج بالدليل ان قلت: النسبة بين هذه النصوص ودليل حكم المجهول مالكة العموم من وجه فيقع التعارض بين الدليلين قلت :

اولاً : ان النصوص المشار اليها حاكمة على دليل حكم مجهول المالك وتصرف في موضوعه وبعبارة واضحة : المستفاد من هذه النصوص ان الارض الخربة مملوكة للامام عليه السلام فلا موضوع لدليل حكم مجهول المالك وثانياً على فرض التنزل نقول : العموم في بعض هذه النصوص بالوضع لاحظ مارواه حفص والعموم الوضعي يقدم على العموم الاطلاقي .

(٢) اذا قلنا بأن الاعراض يوجب الخروج عن الملك فالامر كما افاده اذ

جاز لكل احد احيائه^١ وان لم يعرض عنه فان ابقاه مواتاً للانتفاع به على تلك الحال من حشيشه أو قصبه أو جعله مرعى لدوابه وانعامه أو انه كان عازماً على احيائه وانما اخذ ذلك لانتظار وقت صالح له أو لعدم توفر الالات والاسباب المتوقف عليها الاحياء ونحو ذلك فلا اشكال في عدم جواز احيائه لاحد والتصرف فيه بدون اذن مالكة وأما اذا علم ان ابقائه من جهة عدم الاعتناء به وانه غير قاصد لحيائه فالظاهر جواز احيائه لغيره اذا كان سبب ملك المالك الاول الاحياء وليس له انتزاعه من يد المحيي^٢ وان كان الاحوط انه لو رجع اليه

بعد الخروج عن ملك المعرض يدخل في ملك الامام ويشملها اطلاق دليل ملكية الاحياء لكن الماتن لا يرى الاعراض مخرجاً وعليه فلا ندرى ما الوجه في التفصيل والله العالم .

(١) أما على القول بكون الاعراض مخرجاً عن الملك فالامر ظاهر اذ على هذا التقدير يشمل دليل ملكية الاحياء وأما على فرض عدم الالتزام بكون الاعراض مخرجاً عن الملكية فلا بد من اقامة دليل على جواز الاحياء وكونه مملوكاً اذ دليل الاحياء لا يشمل املاك الناس وبعبارة اخرى قوله عليه السلام : « من احبب ارضاً فهي له » لا يقتضي تملك املاك الناس بالاحياء فلا بد من التماس دليل آخر ولعله نتعرض لدليله في ذيل الكلام فانتظر .

(٢) بلا كلام لان المفروض بقاء الارض في ملكه ولم يعرض عنها ويريد الانتفاع بها ان قلت مقتضى اطلاق دليل ملكية الاحياء صيرورة الارض مملوكة للمحيي وان كانت الارض مملوكة للغير لاحظ ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أحيى أرضاً مواتاً فهو له (*١) فان اطلاق الحديث يشمل المقام .

قلت لا يبعد أن يقال ان المستفاد من الحديث بحسب الفهم العرفي ان الاحياء يوجب ملكية الأرض التي لا تكون مملوكة للغير هذا بحسب القاعدة الأولى لكن قد ورد في المقام نصوص لا بد من ملاحظتها :

منها ما رواه سليمان خالد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنها رها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه ؟ قال : الصدقة قلت : فان كان يعرف صاحبها قال فليثود اليه حقه (*٢) فان المستفاد من هذه الرواية ان الأرض تختص بمالكها ولا تصير مملوكة لمن أحيها .

ومنها ما رواه معاوية بن وهب قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : ايما رجل أتى خربة باثرة فاستخرجها وكري أنهارها وعمرها فان عليه فيها الصدقة فان كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها واخرجها ثم جاء بعد يطلبها فان الأرض لله ولمن عمرها (*٣) .

فان مقتضى هذه الرواية التفصيل بأن المالك الأول ان ترك الأرض واخرجها فان المحيي لها أحق وتكون مملوكة لمن أحيها وبقانون تقييد المطلق بالمقيد يقيّد الحديث الأول بالحديث الثاني فتكون النتيجة التفصيل .

ويؤكد المدعى بل يدل عليه ما رواه عمر بن يزيد قال سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمرها

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث : ٦

(٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب احياء الموات الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ١

المالك الاول ان يعطى حقه اليه ولا يتصرف فيه بدون اذنه ^(١) وأما اذا كان سبب ملكه غير الاحياء من الشراء أو الارث فالاحوط عدم جواز احيائه لغيره والتصرف فيه بدون اذنه ولو تصرف فيه بزرع او نحوه فعليه أجرته لملكه على الاحوط ^(٢).

(مسألة ٤) : كما يجوز احياء البلاد القديمة الخربة والقرى الدارسة التي باداها كذا كذلك يجوز حيازة موادها وأجزائها الباقية من الاخشاب والاحجار والاجر وما شاكل ذلك ويملكها الحائز اذا اخذها بقصد التملك ^(٣).

وكرى أنهارها وبنى فيها بيوتاً وغرس فيها نخلاً وشجراً قال : فقال أبو عبد الله عليه السلام كان امير المؤمنين عليه السلام يقول من احبى أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسقا يؤديه الى الامام في حال الهدنة فاذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن توخذ منه (*) (١) فان المستفاد من هذه الرواية ما يستفاد من حديث ابن وهب.

(١) لا اشكال في حسن الاحتياط .

(٢) مقتضى اطلاق حديثي ابن وهب وابن يزيد عدم الفرق بين كون سبب ملك الاول الاحياء وبين ما يكون سببه غير الاحياء من بقية الاسباب لكن على ما يظهر من الجواهر ادعي الاجماع على بقاء الملك اذا كان سبب ملك المالك الاول غير الاحياء والظاهر ان هذه الدعوى أوجبت الاحتياط المذكور في كلام الماتن ولا اشكال في حسن الاحتياط .

(٣) بتقريب انه لو لم يكن لها مالك تدخل في المباحات الاصلية فيجوز تملكها

(مسألة ٥): الاراضى الموقوفة التي طرء عليها الموتان والخراب

على اقسام

١ - ما لا يعلم كيفية وقفها اصلا وانها وقف خاص او عام او انها وقف على الجهات او على اقوام .

٢ - ما علم أنها وقف على اقوام ولم يبق منهم أثر او على طائفة لم يعرف منهم سوى الاسم خاصة .

٣ - ما علم انها وقف على جهة من الجهات ولكن تلك الجهة غير معلومة انها مسجد او مدرسة او مشهد او مقبرة او غير ذلك .

٤ - ما علم انها وقف على اشخاص ولكنهم غير معلومين باشخاصهم واعيانهم كما اذا علم ان مالكا وقفها على ذريته مع العلم بوجودهم فعلا .

٥ - ما علم انها وقف على جهة معينة او اشخاص معلومين باعيانهم .

٦ - ما علم اجمالا بأن مالكا قد وقفها ولكن لا يدري انه وقفها على مدرسته المعينة او على ذريته المعلومين باعيانهم ولم يكن طريق

ان قلت بعد فرض عدم المالك لها تدخل في مملوكات الامام عليه السلام فانه وارث من لا وارث له قلت لا يبعد أن تكون السيرة جارية على تملك الامور المذكورة بلا تكبير فتكون ممضاة عند الشارع هذا ما يخطر ببال القاصر في هذه العجالة في شرح كلام الماتن والله الهادي الى سواء السبيل .

شرعي لاثبات وقفها على احد الامرين .

أما القسم الاول والثاني فالظاهر انه لا اشكال في جواز احيائهما لكل احدهما ملكهما المحيي فحالهما من هذه الناحية حال سائر الاراضي الموات^(١) .

(١) تارة نقول بأن الوقف مطلقاً لا يرجع الى ملك الواقف او ورثته بتقريب ان الوقف قوامه بالتأيد ولا يتصور فيه الانقطاع وبعبارة الاخرى لا يمكن انتفاء الموقوف عليه بالكلية فاذا فرض انتفاء مرتبة تصل النوبة الى المرتبة الاخرى واخرى نقول بأنه يتصور فيه الانقطاع اما في الفرض الاول فلا مجال لما افيد في المتن من جواز التملك اذ على هذا الفرض العين الموقوفة باقية على وقفيتها ولها موقوف عليه ومع بقاء العين على الوقفية وفرض وجود الموقوف عليه لا مجال لتملكها بل لا بد من احراز الموقوف عليه بطريق شرعي كالقرعة مثلاً وصرف الموقوفة فسي ذلك المصرف .

وقال السيد اليزدي قدس سره في ملحقات عروته في مسألة ٢٩ من مسائل كتاب الوقف «اذا كان وقف لم يعلم مصرفه من جهة الجهل به او نسياناً من الاول أو في الاثناء لم يحكم ببطاله بلا اشكال وحينئذ فبعد اليأس عن ظاهر الحال ان كان التردد مع انحصار الاطراف يوزع عليهم او يقرع بينهم وان كان مع عدم الانحصار فان كان التردد بين الجماعات الغير المحصورين كان لم يعلم أنه وقف على الفقراء أو الفقهاء أو على أولاد زيد أو أولاد عمرو وهكذا، جرى عليه حكم المال المجهول مالكة من التصديق ونحوه ففى خبر علي بن راشد الى آخر كلامه .

فالنتيجة : انه لا مجال للتملك بالاحياء ونحوه واما خبر علي بن راشد قال : سألت أبا الحسن عليه السلام قلت : جعلت فداك اشتريت أرضاً الى جنب ضيعتي

وأما القسم الثالث فالمشهور جواز أحيائه ولكنه لا يخلو من اشكال
فالأحوط لمن يقوم بأحيائه وعمارته بزرع أو نحوه ان يراجع الحاكم
الشرعي أو وكيله ويدفع اجرة مثله اليه أو يصرفها في وجوه البروله
أن يشتريه منه أو يستأجره باجرة معينة^(١) وكذلك الحال في القسم

بأنني درهم فلما وفرت المال خبرت ان الأرض وقف فقال: لا يجوز شراء الوقوف
ولا تدخل الغلة في ملكك ادفعها الى من اوقفت عليه قلت: لأعرف لها رباً قال:
تصدق بغلتها (* ١) فضعيف بكلا سنديه .

مضافاً الى عدم وضوح مضمونه لأن الامام روى فداه بمقتضى هذا الحديث
امر بدفع الأرض الى من اوقفت عليه وبعد أن قال الراوي لأعرف لها رباً أمر
عليه السلام بتصدق غلتها والحال ان الظاهر ان الأرض الموقوفة لا بد من اجارتها
وصرف الاجرة في الموقوف عليه وأما غلة الأرض فباي ميزان يتصدق بها وبعبارة
اخرى تكون الغلة مملوكة لمن يزرعها والله العالم .

هذا على تقدير القول بعدم الانقطاع وأما لو قلنا بإمكان الانقطاع فان قلنا
برجوع الوقف الى الواقف ان كان والى وارثه ان لم يكن فعلى تقدير وجوده او
وارثه لا بد من دفعها اليه فلا تصل النوبة الى التملك نعم على هذا التقدير لو فرض
عدم الواقف وعدم وارث له تدخل الأرض في الاموال المملوكة للامام فيجوز
تملكها بالاحياء .

فتحصل مما تقدم انه لا تصل النوبة الى الاحياء لافي القسم الاول ولا في القسم
الثاني الا على القول برجوع الوقف الى ملك الواقف أو وارثه في صورة انتفاء
الموقوف عليه وانتقاله الى الامام في فرض عدم الواقف ووارثه .

(١) الذي يختلج بالبال ان الوظيفة في مثله القرعة وتشخيص الموقوف عليه

الرابع^(١) وأما القسم الخامس فيجب على من احياه وعمره اجرة مثله ويصرفها في الجهة المعنية اذا كان الوقف عليها ويدفعها الى الموقوف عليهم المعينين اذا كان الوقف عليهم ويجب أن يكون التصرف باجازة المتولي او الموقوف عليهم^(٢) .

وأما السادس فيجب على من يقوم بعمارته واحيائه اجرة مثله وصرفها في الجهة المعنية باجازة من الدرية كما انه يجب عليه أن يستأذن منهم ومن المتولي لتلك الجهة ان كان والا فمن الحاكم الشرعي أو وكيله^(٣) .

وبإلحاح ان سيدنا الاستاد أجاب في جواب استفتاء كان نظير المقام بلزوم القرعة وعلى كل حال الظاهر ان المقام مقام القرعة ولا وجه للتملك بالاحياء مع حرمة التصرف في الوقف وعدم شمول دليل الاحياء الارض المملوكة كما انه لا يرى وجهاً لما افيد في المتن من الوجوه المذكورة .

(١) والذي يختلج بالبال أن يقال : ان مقتضى القاعدة في هذه الصورة أن يؤجر الوقف باذن الحاكم وتدفع الاجرة صدقة عن الموقوف عليه بناءً على أن مجهول المالك مصرفه التصديق عن المالك ولا يرى وجهاً للاشتراء ولا الصرف في وجوه البر .

(٢) الظاهر ان حكم هذا القسم ظاهر فانه يجوز التصرف فيها باذن المتولي أو الموقوف عليهم اذ المفروض انها وقف عليهم فامرها راجع اليهم .

(٣) الظاهر ان الوظيفة فيه التوسل بالقرعة وتشخيص الموقوف عليه وبعد تشخيصه واحرازه يعمل على طبق الوظيفة من المراجعة الى المتولي ان كان او

(مسألة ٦) : من احبب ارضاً مواتاً تبعها حریمها بعد الاحياء وحریم كل شیء مقدار ما يتوقف عليه الانتفاع به ولا يجوز لاحدان یحیی هذا المقدار بدون رضا صاحبه^(١) فحریم الدار عبارة عن مسلك

الموقوف عليه ان كان قابلاً للرجوع اليه او الى الحاكم او وكيله والله العالم وعليه التوكل والتكلان .

(١) بلا خلاف اجده - كما في الجواهر - مضافاً الى أنه لو لم يعتبر الحریم لا یترب على الملك الفائدة المترتبة ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه محمد بن عبدالله قال سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضیعة وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلاً او اقل او اكثر يأتيه الرجل فيقول : أعطني من مراعى ضیعتك واعطيك كذا وكذا درهماً فقال : اذا كانت الضیعة له فلا بأس (*١). فان هذه الرواية ان كانت دالة على جواز بيع مراعى الضیعة فدلائلها على المدعى واضحة اذ عليه تكون دليلاً على كون المرعى مملوكاً لمالك الضیعة وان لم تكن دالة على الملكية فلا إشكال في دلالتها على اولوية صاحب الضیعة بالمراعى وانه لا يجوز مزاحمته فيها .

وبدل على الملكية بوضوح ما رواه ادريس بن زيد عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته وقلت : جعلت فداك ان لنا ضياعاً ولنا حدود ولنا الدواب وفيها مراعى وللرجل منا غنم وابل ويحتاج الى تلك المراعى لابله وغنمه أبحل له أن يحمي المراعى لحاجته اليها، فقال : اذا كانت الارض أرضه فله أن يحمي ويصير ذلك الى ما يحتاج اليه قال : وقلت له : الرجل يبيع المراعى ففسال اذا كانت الارض أرضه فلا بأس (*٢) .

(١) الوسائل الباب ٩ من أبواب احياء الموات الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث : ١

الدخول اليها والخروج منها في الجهة التي يفتح اليها باب الدار ومطرحة ترابها ورمادها ومصب مائها وثلوحها وما شاكل ذلك^١ وحریم حائط البستان ونحوه مقدار مطرحة ترابه والالات والطين والجص اذا احتاج الى الترميم والبناء^٢ وحریم النهر مقدار مطرحة ترابه وطينه اذا احتاج الى الاصلاح والتنقية والمجاز على حافته الممواظبة عليه^٣

بل لا يبعد أن يقال ان دليل تحقق الملكية بالاحياء يقتضي ملكية المرعى باحياء الأرض بتقريب ان احياء كل شيء بحسبه فان المرعى يحیی بايجاد الضیعة فلاحظ.
(١) قال في الجواهر : « وحریم الحائط في المباح مقدار مطرحة ترابه وآلاته بلا خلاف أجده فيه بل في التذكرة عندنا مشعراً بدعوى الاجماع عليه نظراً الى اساس الحاجة اليه لو استهدم » انتهى (* ١) .

وحيث ان حكم الامثال واحد يمكن أن يقال: ان الحكم في المقام اجماعي ايضاً لوحدة الملاك وهو اساس الحاجة الى الحریم وعدم نص خاص في الحائط ويمكن أن يستدل على المدعى بأن دليل الأحياء بنفسه يقتضي ذلك اذ لو فرض الاحتياج فلازم كون الأحياء مملكا في المباح جعل الحریم للمحيى فالحریم اما ملك للمحيى واما يكون للمحيى الاولوية بالنسبة اليه .

(٢) الكلام فيه هو الكلام وتقدم ما عن الجواهر .

(٣) الكلام فيه هو الكلام قال في الجواهر « وحریم الشرب بكسراوله الذي هو هنا النهر والقناة ونحوهما بمقدار مطرحة ترابه والمجاز على حافته الانتفاع به ولاصلاحه على قدر ما يحتاج اليه عادة بلا خلاف أجده فيه ويؤمى اليه مضافاً الى أنه المحتاج اليه في تنقيته لاجراء مائه مرفوع ابراهيم بن هاشم رفعه قال حریم

وحريم البئر موضع وقوف النازح اذا كان الاستقاء منها باليد وموضع تردد البهيمة والدولاب والموضع الذي يجتمع فيه الماء للزرع أو نحوه ومصبه ومطرح ما يخرج منها من الطين عند الحاجة ونحو ذلك^(١) وحريم العين ما تحتاج اليه في الانقاع منها على نحو ما مرفي غيرها^(٢) وحريم القرية ما تحتاج اليه في حفظ مصالحها ومصالح اهليها من مجمع ترابها وكناستها ومطرح سمادها ورمادها ومجمع اهليها لمصالحهم ومسبل مائها والطرق المسلوكة منها واليها ومدفن موتاهم ومرعى ماشيتهم ومحتطبهم وما شا كل ذلك كل ذلك بمقدار حاجة القرية بحيث لو زاحمهم مزاحم لوقعوا في ضيق وحرج وهي تختلف باختلاف سعة

النهر حافته وما يليها (* ١) .

(١) قال الشهيد الثاني قدس سره في المسالك - على ما نقل عنه - : « وبسبب اختلاف الروايات وعدم صحتها جعل بعضهم حريم البئر ما يحتاج اليه في السقي منها وموضع وقوف النازح والدولاب وتردد البهائم ومصب الماء والموضع الذي تجتمع فيه سقي الماشية والزرع من حوض وغيره والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة » انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع مقامه .

وملخص الكلام انه بعد ما علم من الشارع المقدس اعتبار الحريم نلتزم به في كل مورد بحسبه بل تقدم ان نفس دليل ملكية الاحياء تقتضي اعتبار الحريم فلاحظ .

(٢) الكلام في المقام هو الكلام والميزان هو المتعارف وما يحتاج اليه

القرى وضيقها وكثرة اهلها وقتلهم وكثرة مواشيتها ودوابها وقتلتها وهكذا وليس لذلك ضابط غير ذلك وليس لاحد أن يزاحم اهلها في هذه المواضع^(١) وحريم المزرعة ما يتوقف عليه الانتفاع منها ويكون من مرافقها كمسالك الدخول اليها والخروج منها ومحل بيادرها وحظائرهما ومجتمع سمادها ونحو ذلك^(٢).

(مسألة ٧) : الاراضي المنسوبة الى طوائف العرب والعجم وغيرهم لمجاورتها لبيوتهم ومساكنهم من دون تملكهم لها بالاحياء باقية على ابحاثها الاصلية^(٣) فلا يجوز لهم منع غيرهم من الانتفاع بها ولا يجوز لهم أخذ الاجرة ممن ينتفع بها^(٤) واذا قسموها فيما بينهم لرفع التشاجر والتزاع لا تكون القسمة صحيحة فيجوز لكل من المتقاسمين التصرف فيما يختص بالآخر بحسب القسمة^(٥) نعم اذا كانوا يحتاجون اليها لرعي الحيوان او نحو ذلك كانت من حريم

فلاحظ .

(١) بعين التقريب المتقدم فان حكم الأمثال واحد .

(٢) فان الحريم يعتبر بمقدار الحاجة وهذا يختلف بحسب اختلاف الموارد .

(٣) اذ فرض عدم تحقق سبب الملكية فهي باقية على ابحاثها الاصلية .

(٤) لعدم اختصاصها بهم بل الكل فيها سواء فلامجال للمنع كما لامجال لأخذ الاجرة .

(٥) اذ لامعنى لقسمة المباحات .

املاكهم ولا يجوز لغيرهم مزاحمتهم وتعطيل حوائجهم^(١).
(مسألة ٨) : للبشر حريم أخرى وهو أن يكون الفصل بين بشر وبشر
أخرى بمقدار لا يكون في أحداث البشر الثانية ضرر على الأولى من
جذب مائتها تماماً أو بعضاً أو منع جريانه من عروقها وهذا هو الضابط
الكلي في جميع أقسامها^(٢)

(١) إذ لا يجوز التصرف في الحريم كما مر .

(٢) يمكن الاستدلال على المدعى بأن الأضرار على الغير حرام فكل ما يكون
مصادفاً للأضرار يكون حراماً فالضابط تحقق عنوان الأضرار وبدل على المدعى
مكتوبة محمد بن الحسين قال : كتبت إلى أبي محمد عليه السلام : رجل كانت له
رحى على نهر قرية والقرية لرجل فاراد صاحب القرية أن يسوق إلى قريته الماء
في غير هذا النهر ويعطل هذه الرحى أم لا ؟ فوقع عليه السلام بتقى الله
ويعمل في ذلك بالمعروف ولا يضر أخاه المؤمن (*) (١) .

وقد وردت نصوص في بيان حد حريم البشر منها ما رواه حماد بن عثمان قال
سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : حريم البشر العارية أربعين ذراعاً حولها (*) (٢)
ومنها ما رواه عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : يكون بين البثرين
إذا كانت أرضاً صلبة خمس مائة ذراع وان كانت أرضاً رخوة ألف ذراع (*) (٣) .
ومنها ما رواه محمد بن علي بن الحسين قال قضى رسول الله صلى الله عليه
وآله إن البثر حريمها أربعون ذراعاً لا يحفر إلى جانبها بشر أخرى لعطن أو غنم (*) (٤)

(١) الوسائل الباب ١٥ من أبواب أحياء الموات الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب أحياء الموات الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(٤) نفس المصدر الحديث : ٧

(مسألة ٩) : للعين والقناة ايضاً حريم آخر وهو أن يكون الفصل بين عين وعين اخرى وقناة وقناة ثانية في الارض الصلبة خمسمائة ذراع وفي الارض الرخوة ألف ذراع ولكن الظاهر ان هذا التحديد غالبي حيث ان الغالب يندفع الضرر بهذا المقدار من البعد وليس تعدياً وعليه فلو فرض ان العين الثانية تضر بالاولى وينقص ماؤها مع هذا البعد فالظاهر عدم جواز احداثها ولا بد من زيادة البعد بما يندفع به الضرر أو يرضى به مالك الاولى كما انه لو فرض عدم لزوم الضرر عليها في احداث قناة اخرى في اقل من هذا البعد فالظاهر جوازه بلا حاجة الى الاذن من صاحب القناة الاولى^(١) ولا فرق في ذلك

وهذه النصوص كلها ضعيفة سنداً ومنها غيرها المذكور في الباب ١١ من أبواب احياء الموات من الوسائل .

(١) قد وردت في بيان حد حريم العين عدة روايات منها ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن أربعون ذراعاً وما بين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً وما بين العين الى العين بمعنى القناة خمسمائة ذراع والطريق يتشاح عليه اهله فحده سبع اذرع (*) (١) وهذه الرواية ضعيفة .

ومنها مرسل محمد بن حفص عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن قوم كانت لهم عيون في ارض قريبة بعضها من بعض فاراد رجل ان يجعل عينه اسفل من موضعها الذي كانت عليه وبعض العيون اذا فعل بها ذلك اضر بالبقية من العيون وبعضها لا يضر من شدة الأرض قال: فقال: ما كان في مكان شديد

بين احداث قناة في الموات وبين احداثها في ملكه فكما يعتبر في الاول أن لا يكون مضرباً لاولى فكذلك في الثاني كما ان الامر كذلك في الابار والانهار التي تكون مجاري للماء فيجوز احداث بشر يجري فيها الماء من منبعها قرب بشر اخرى كذلك وكذلك احداث نهر قرب آخر وليس لمالك الاول منعه الا اذا استلزم ضرراً فعندئذ يجوز منعه^١

فلا يضر وما كان في أرض رخوة بطحاء فانه يضر ، وان عرض رجل على جاره ان يضع عينه كما وضعها وهو على مقدار واحد قال : ان تراضيا فلا يضر وقال يكون بين العينين ألف ذراع (* ١) وهذه الرواية ضعيفة أيضاً .

ومنها مكتبة محمد بن الحسن (الحسين) قال كتبت الى أبي محمد عليه السلام رجل كانت له قناة في قرية فاراد رجل أن يحفر قناة اخرى الى قرية له كم يكون بينهما في البعد حتى لا تضر احدهما بالآخرى في الأرض اذا كانت صلبة أو رخوة فوقع عليه السلام : على حسب أن لا تضر احدهما بالآخرى ان شاء الله (* ٢) .

وهذه الرواية كما ترى جعلت ميزان الجواز عدم الأضرار فالضابط كما في المتن في الحرمة والجواز تحقق الأضرار وعدمه ففي صورة تحقق الأضرار يحرم ولا يجوز .
(١) اذ الميزان في الحرمة وعدمها تحقق الأضرار وعدمه فلا فرق بين احداث القناة في الموات وبين احداثها في الملك الشخصي فانه على تقدير الأضرار حرام كما ان الامر كذلك في الابار والانهار كما في المتن فان حكم الامثال واحد فان المستفاد من حديث محمد بن الحسين (الحسن) (* ٣) ان الميزان الكلي انه على

(١) الوسائل الباب ١٣ من احياء الموات الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ١٤ من احياء الموات الحديث : ١

(٣) مرآة

(مسألة ١٠) : يجوز احياء الموات التي في اطراف القنوات والابار في غير المقدار الذي يتوقف عليه الانتفاع منها فان اعتبار البعد المذكور في القنوات والابار انما هو بالاضافة الى احداث قناة او بشر اخرى^١ .

(مسألة ١١) : اذا لم تكن الموات من حريم العامر ومرافقه على النحو المتقدم جاز احيائها لكل احد وان كانت بقرب العامر ولا تختص بمن يملك العامر ولا اولوية له^٢ .

(مسألة ١٢) : الظاهر ان الحريم مطلقاً ليس ملكاً لمالك ماله الحريم سواء كان حريم قناة او حريم بئر او حريم قرية او حريم دار او نهر او غير ذلك^٣ وانما لا يجوز لغيره مزاحمته فيه باعتبار انه من

تقدير الاضرار لا يجوز ويجوز منعه كما انه مع عدم الاضرار يجوز ولا يجوز منعه .

(١) لوجود المقتضي وعدم المانع وبعبارة اخرى يجوز احياء الموات على الاطلاق ولا يقيد بقيد الا مع عروض عنوان ثانوي .

(٢) لعدم ترجيح احد على الاخر بل يجوز الاحياء لكل احد بمقتضى اطلاق الدليل ولا دليل على الاختصاص بما لك العامر .

(٣) بتقريب انه لا دليل على ملكيته فان المملك الاحياء والمفروض انه لم يتعلق بالحريم فالحريم لا يكون مملوكاً للمحيى ويمكن أن يقال ان احياء كل شيء بحسبه مثلاً هل يمكن أن يقال ان صحن الدار ليس مملوكاً للمحيى بتقريب ان الاحياء لم يتعلق به فلا يبعد أن يقال : ان الحريم متعلق للاحياء والحق ان المرجع العرف فان صدق عرفاً انه احياء يكون ملكاً والا فلا .

متعلقات حقه^١ .

(مسألة ١٣) : لا حریم للاملاك المتجاورة مثلاً لو بنى المالك المتجاوران حائطاً في البين لم يكن له حریم من الجانبين وكذا لو بنى احدهما في نهاية ملكه حائطاً او غيره لم يكن له حریم في ملك الاخر^٢ .

(مسألة ١٤) : يجوز لكل مالك أن يتصرف في ملكه بما شاء مالم يستلزم ضرراً على جاره والا فالظاهر عدم جوازه كما اذا تصرف في ملكه على نحو يوجب خللاً في حيطان دار جاره او حبس ماء في ملكه بحيث تسري الرطوبة الى بناء جاره او احدث بالوعة أو كنيفاً بقرب بئر الجار فأوجب فساد مائها او حفر بئراً بقرب بئر جاره فأوجب نقصان مائها والظاهر عدم الفرق بين أن يكون النقص مستنداً الى

ولو وصلت النوبة الى الشك يكون مقتضى الاصل عدم تحقق الملكية وحديث ادريس بن زيد عن أبي الحسن عليه السلام قال : سأله وقلت : جعلت فداك ان لنا ضياعاً ولنا حدود ولنا الدواب وفيها مراعى وللرجل منا غنم وابل ونبحتاج الى تلك المراعى لأبله وغنمه ، أيجل له أن يحمى المراعى لحاجته اليها فقال اذا كانت الأرض ارضه فله أن يحمى ويصير ذلك الى ما يحتاج اليه قال : وقلت له : الرجل يبيع المراعى ، فقال : اذا كانت الأرض ارضه فلا بأس (*) (١) ، دال على ملكية الحریم لكن السند مخدوش .

(١) كما مر تقريب عدم الجواز .

(٢) كما هو ظاهر فان الحریم يتصور في المباحات وأما املاك الناس فلا تصير

جذب البئر الثانية لماء الاولى وان يكون مستنداً الى كون الثانية اعمق من الاولى^١ نعم لا مانع من تعلية البناء وان كانت مانعة عن الاستفادة من الشمس او الهواء^٢ .

(مسألة ١٥) : اذا لزم من تصرفه في ملكه ضرر معتدبه على جاره ولم يكن مثل هذا الضرر أمراً متعارفاً فيما بين الجيران لم يجز له التصرف فيه^٣ ولو تصرف وجب عليه رفعه هذا اذا لم يكن في ترك

حريماً لملك آخرين وان شئت قلت : الدليل الدال على اعتبار الحريم يختص بالملوك الحادث في المباح وفي غيره لادليل فلامجال لاعتبار الحريم في غيره .
(١) قد مر ان المستفاد من النص عدم جواز الاضرار ولا بعارضة دليل ، اذ قاعدة تسلط الناس على أموالهم (*) (١) مع ضعف مدركها لا يقتضي جواز الاضرار بالغير وبعبارة اخرى ليس لاحد ان يتصرف في ماله بحيث يضر بغيره وأما حديث لاضرر فعلى تقدير جريانه والالتزام بكون مفاده النفي لانهي لا يشمل مورد الاضرار بالغير فالحق ما أفاده في المتن من عدم الجواز في صورة الاضرار .

(٢) يمكن أن يكون الوجه فيه ان تعلية البناء المانع ليس مصداقاً للاضرار بل ايجاد مانع عن الانتفاع وهذا لادليل على حرمة ويمكن أن يكون الوجه في الجواز التعارف الخارجي وجريان السيرة عليه التي تدل على جوازه شرعاً . ولا يبعد تحقق السيرة ، وأما الوجه الاول فيرد فيه انه لا اشكال في صدق الاضرار وهذا العرف والعقلاء ببابك فهل يكون قطع جريان الماء او تقليله ضرراً ولا يكون قطع جريان الهواء والاستفادة عن الشمس ضرراً ؟ فتأمل .

(٣) اذ قلنا ان المستفاد من الدليل عدم جواز الاضرار بالغير سيما الجار الذي

التصرف ضرر على المالك^(١) وأما إذا كان في تركه ضرر عليه ففي جواز تصرفه عندئذ وعدمه وجهان والاحتياط في ترك التصرف لا يترك^(٢) كما أن الاحوط أن لم يكن أقوى ضمانه للضرر الوارد على جاره إذا كان مستنداً إليه عرفاً مثلاً لو حفر بالوعة في داره تضرب بئر جاره وجب عليه طمها إلا إذا كان فيه ضرر على المالك وعندئذ ففي وجوب طمها وعدمه اشكال والاحتياط لا يترك^(٣) نعم الظاهر عدم

يتأكد الحكم بالنسبة إليه بمقتضى النصوص التي سيمر عليك بعضها انشاء الله هذا فيما لا يكون متعارفاً وأما مع التعارف الخارجى وجريان السيرة عليه فيمكن الالتزام بالجواز من باب كونه ماذوناً فيه من قبل الشارع بمقتضى السيرة وعدم الاستتار .

(١) كما هو ظاهر فإنه لا يجوز بقاء كما لم يكن جائزاً حدوداً .

(٢) ربما يقال بأن حديث لا ضرر يقتضي الجواز فإن مقتضاه عدم حرمة الاضرار في صورة تضرر المكلف بالترك .

وفيه أن الاستدلال بالقاعدة يتوقف على تمامية القاعدة للاستدلال وأما على تقدير عدم تماميتها كما هو كذلك على مسلك شيخ الشريعة قدس سره فلا مجال للاستدلال هذا أولاً وثانياً أن أحد الضررين يعارض بالآخر ولا ترجيح . وربما يقال أن دليل حرمة الاضرار منصرف عن الصورة المفروضة فلا يحرم . وفيه أنه لا وجه للانصراف فالحق حرمة الاضرار حتى في هذه الصورة .

(٣) فإن اتلاف مال الغير يوجب الضمان والعجب أن الماتن جمع بين قوله « والاحتياط لا يترك في ترك التصرف » وبين قوله « أن لم يكن أقوى » في المقام إذ لو كان الفعل جائزاً لا يكون موجباً للضمان وبعبارة أخرى إذا كان التصرف عن

جره ان هذا الحكم لو كان حفر البشر متأخراً عن حفر البالوعة^(١) .
 (مسألة ١٦) : من سبق من المؤمنين الى ارض ذات اشجار وقابلة للانتفاع بها ملكها^(٢) ولا يتحقق سبق اليها الا بالاستيلاء عليها وصيرورتها تحت سلطانه وخروجها من امكان استيلاء غيره عليها^(٣) .
 (مسألة ١٧) : قد حث في الروايات الكثيرة على رعاية العجار وحسن المعاشرة مع الجيران وكف الاذى عنهم وحرمة ابدانهم^(٤)

حق فلا وجه للضمان وان لم يكن جازياً فاللازم هو الضمان فلا معنى للجمع بين الاحتياط والترديد وبين الجزم فلاحظ .

(١) بتقريب انه لا يصدق الضرر بل عدم النفع والميزان الكلي يصدق الاضرار عرفاً وبعبارة اخرى اذا كان حفر البشر متأخراً عن احداث البالوعة يصدق ان فلاناً احدث بشراً في موضع لا ينفعه ولا يصدق ان بكراً يضربه وهذا العرف يباينك ولتوضيح المدعى نقول لو كان احداث البشر الاول مؤثراً في قلة ماء البشر الثاني هل يمكن أن يقال بأن مالك البشر الاول مضار باحداثه البشر الاول وهل يجب عليه طم بثره؟ كلا .

(٢) فانه لا اشكال عندهم في ثبوت حق سبق للسابق في الانتفاء عن المباحات الاصلية ولا اشكال في ثبوت هذا الحق بالسيرة القطعية .

(٣) فانه امر عرفي كبقية الامور العرفية والظاهر ان ما افاده في المتن تام .

(٤) من الروايات ما رواه حمزة قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول المؤمن من آمن جاره بوائقه قلت ما بوائقه قال : ظلمه وغشمه (*) (١) .

وقد ورد في بعض الروايات ان الجار كالنفس وان حرمة كحرمة امه^(١)
وفي بعضها الاخر ان حسن الجوار يزيد في الرزق ويعمر الديار ويزيد في

ومنها ما رواه الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عن علي عليه السلام عن رسول
الله صلى الله عليه وآله في حديث المنامي قال : من آذى جاره حرم الله عليه ربح
الجنة ومأواه جهنم وبئس المصير ومن ضيع حق جاره فليس منا وما زال جبرئيل
يوصيني بالجار حتى ظننت انه سيورثه (* ١) .

ومنها ما رواه عمرو بن عكرمة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث ان رسول
الله صلى الله عليه وآله اتاه رجل من الانصار فقال : اني اشتريت دار آمن بنى فلان
وان اقرب جيرانى منى جواراً من لا ارجو خبره ولا آمن شره قال فامر رسول الله
صلى الله عليه وآله علياً وسلمان واباذر ونسيت آخر وأظنه المقداد أن ينادوا في
المسجد باعلى اصواتهم بأنه لا ايمان لمن لا يأمن جاره بوائقه فنادوا بها ثلاثاً (* ٢)
وغيرها المذكور في الباب ٨٦ و ٨٧ من أبواب العشرة والباب ١٢ من أبواب
احياء الموات من الوسائل .

(١) لاحظ ما رواه طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عن ابيه عليهما السلام قال :
قال قرأت في كتاب علي عليه السلام ان رسول الله كتب بين المهاجرين والانصار
ومن لحق بهم من اهل يثرب ان الجار كالنفس غير مضار ولا اثم وحرمة الجار
على الجار كحرمة امه (* ٣) .

وما رواه طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ان الجار كالنفس غير
مضار ولا اثم (* ٤) .

(١) الوسائل الباب ٨٦ من أبواب احكام العشرة الحديث : ٥

(٢) نفس المصدر الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٢

(٤) الوسائل الباب ١٢ من أبواب احياء الموات الحديث : ٢

الاعمار^(١) وفي الثالث من كف أذاه عن جاره اقاله الله عشرته يوم القيمة^(٢) وفي الرابع ليس منامن لم يحسن مجاورة من جاوره وغيره مما قد اكد في الوصية بالجار وتشديد الامر فيه^(٣).

(مسألة ١٨) : يستحب للجار الاذن في وضع خشب جاره على

حائطه مع الحاجة^(٤)

(١) لاحظ ما رواه معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله حسن الجوار يعمر الديار وينسى في الاعمار (* ١) . وما رواه ابراهيم بن أبي رجاء عن أبي عبدالله عليه السلام قال حسن الجوار يزيد في الرزق (* ٢) .

وما رواه أبو مسعود قال: قال لي أبو عبدالله عليه السلام حسن الجوار زيادة في الاعمار وعمارة الديار (* ٣) . (٢) لاحظ ما رواه أبو بصير قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : من كف أذاه عن جاره اقاله الله عشرته يوم القيمة (* ٤) .

(٣) لاحظ ما رواه أبو الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال والبيت خاص باهله : اعلموا أنه ليس منا ومن لم يحسن مجاورة من جاوره (* ٥) (٤) قد نقل في المقام حديثان احدهما : عن النبي صلى الله عليه وآله : « لا يمنع احدكم جاره أن يفرز خشبه في حائطه » (* ٦) ثانيهما : « ان الجار يضع جذوعه

(١) الوسائل الباب ٨٧ من ابواب احكام العشرة الحديث : ١

(٢ و ٣) نفس المصدر الحديث : ٢ و ٣

(٤) الوسائل الباب ٨٦ من ابواب احكام العشرة الحديث : ٧

(٥) الوسائل الباب ٨٧ من نفس المصدر الحديث : ٥

(٦) نقل الحديث عن البحار ج ٣ ص ١٦٤ كتاب المظالم والنصب وروى عن مسلم

ولو اذن جاز له الرجوع قبل البناء عليه^(١) وكذا بعد البناء اذا لم يضر الرفع^(٢) والا فإظهار عدم جوازه^(٣).

(مسألة ١٩) : لو تداعيا جداراً لا يد لأحدهما عليه فهو للحالف

مع نكول الآخر^(٤)

في حائط جاره شاء أم أبى» (* ١) والحديثان لاعتبار بهما سنداً والاستحباب المذكور في المتن على طبق القاعدة .

(١) كما هو ظاهر لعدم ما يقتضي الزامه بعدم الرجوع .

(٢) لكون كل أحد مسلطاً على مال نفسه ولا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره بلا اذنه .

(٣) بتقريب ان الاذن في ذلك يقتضي الدوام وبلزوم الضرر ويرد على الاول ان الاذن المقتضي للدوام لا يستلزم عدم الرجوع فان الاعارة تقتضي الدوام ومع ذلك يجوز الرجوع للمعير وعلى الثاني بأن منع المالك عن طلب النزع عن ملكه ضرر عليه مضافاً الى أنه لا يبعد انصراف القاعدة عن صورة الاضرار بالغير ويضاف الى ما ذكر انه يتوقف الاستدلال على القول المشهور وأما على مسلك شيخ الشريعة قدس سره القائل بكون مفاد القاعدة النهي فلا يتم الاستدلال .

ان قلت : اذا اذن في الدفن لا يجوز له الرجوع ففي المقام أيضاً لا يجوز له قلت ان قلنا بحرمة النيش في الصورة المفروضة فالقياس مع الفارق وان لم نقل بالحرمة فالحكم في المقيس عليه مشكل فكيف بالمقيس .

(٤) بتقريب : انه لا يكون خارجاً عنهما فاذا حلف احدهما ونكل الآخر يحكم بعدم الملكية للناكل فيكون للحالف وبعبارة اخرى مقتضى القاعدة كونه مشتركاً

ولو حلقا أو نكلا فهو لهما^١ ولو اتصل ببناء احدهما دون الآخر أو كان له عليه طرح فهو له مع اليمين^٢.

(مسألة ٢٠) : اذا اختلف مالك العلو ومالك السفلى كان القول قول مالك السفلى في جدران البيت وقول مالك العلو في السقف وجدران الغرفة والدرجة وأما المخزن تحت الدرجة فلا يبعد كونه لمالك السفلى وطريق العلو في الصحن بينهما والباقي للأسفل^٣.

بينهما لكن حيث ان كل واحد منهما مدعى لتمامه والآخر يكون منكراً لاشتراكه ولا بينة تصل النوبة الى الحلف فلو حلف احدهما ونكل الآخر يحكم بعدم كون الناكل شريكاً فيكون للحالف .

(١) كما هو ظاهر اذ الامر كما قلنا دائر بينهما وبعد عدم تأثير الحلف للتعارض يكون لهما .

(٢) اذ مقتضى الظاهر كونه للذي اليد فالبيئة على المدعي ومع عدمها تصل النوبة الى يمين المنكر ويمكن الاستدلال على المدعي بحديث منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله عن خص بين دارين فزعم ان علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذي من قبله وجه القمط (*) (١) .

وحديث جابر عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام أنه قضى في رجلين اختصما اليه في خص فقال : ان الخص للذي اليه القمط (*) (٢) .

(٣) الميزان في التقديم صدق اليد وان جدران البيت تحت يد مالك السفلى فالقول قوله بالنسبة اليه وأما السقف وجدران الغرفة والدرجة تحت يد مالك العلو فالقول قوله وقس على ما ذكر الباقي من المذكورات والظاهر ان المناط الصدق

(مسألة ٢١) : يجوز للجار عطف اغصان شجر جاره عن ملكه اذا تدلت عليه^(١) فان تعدد عطفها قطعها باذن مالئها^(٢) فان امتنع اجبره الحاكم الشرعي^(٣) وراكب الدابة اولى بها من قابض ارجامها^(٤) ومالك الاسفل اولى بالغرفة المفتوح بابها الى الجار من الجار مع التنازع واليمين وعدم البينة^(٥) .

(مسألة ٢٢) : يعتبر في تملك الموات أن لا تكون مسبقة بالتحجير من غيره ولو احياءها بدون اذن المحجر لم يملكها^(١) ويتحقق التحجير

العرفي .

(١) لأن المالك مسلط على مملوكة فله اخراج ملك الغير عن ملكه .

(٢) بلا اشكال اذ مع الاذن من المالك يجوز التصرف .

(٣) لان الحاكم ولي الممتنع من مصادره

(٤) بتقريب ان الدابة في تصرف الراكب وتحت سلطته فالقول قوله .

(٥) كما هو ظاهر فان الغرفة في يد مالك الاسفل فالقول قوله مع يمينه كما هو

المقرر .

(٦) قال في الجواهر : « الشرط الخامس ان لا يسبق اليه سابق بالتحجير فان

التحجير عندنا كما في التذكرة يفيد اولوية واختصاصاً لملكاً للرقبة التي لا تملك الا

بالاحياء الذي هو غير التحجير وان ملك به التصرف في المحجر ومنع الغير حتى

لو تهجم عليه من يروم الاحياء كان له منعه ودفعه عن ذلك بل لو قاهره فاحياه لم

يملك بلا خلاف بل يمكن تحصيل الاجماع عليه (* ١) .

فالامر متسالم عليه بينهم بالاضافة الى أنه لا يبعد ان المغروس في اذهان

بكل ما يسدل على ارادة الاحياء كوضع الاحجار في اطرافها او حفر اساس او حفر بئر من آبار القناة الدارسة المخربة فانه تحجير بالاضافة الى بقية آبار القناة بل هو تحجير ايضاً بالاضافة الى الاراضي الموات التي تسقى بمائها بعد جريانه فلا يجوز لغيره احياءها كما انه لو حفر بئراً في الموات بالاصل لاحداث قناة فيها فالظاهر انه تحجير بالاضافة الى اصل القناة وبالاضافة الى الاراضي الموات التي يصل اليها مائها بعد تمامها وليس لغيره احياء تلك الاراضي^(١).

(مسألة ٢٣) : التحجير كما عرفت يفيد حق الاولوية ولا يفيد الملكية ولكن مع ذلك لا باس بنقل ما يتعلق به بما هو كذلك ببيع أو غيره لما هو غير قابل للنقل انما هو نفس الحق حيث انه حكم شرعي غير

المنشوعة ان التحجير يوجب الاولوية للمحجر مضافاً الى قاعدة السبق المشهورة بين القوم ويدل عليه بعض النصوص لاحظ ما عن النبي صلى الله عليه وآله قال : « من سبق الى ما لا يسبقه اليه المسلم فهو احق به » (* ١) .

فالنتيجة : انه لا يجوز مزاحمة المحجر فان زاحمه احد فاحيا الارض لا يملكها خلافاً لما يحكى عن جامع الشرايع على ما في الجواهر انه قال يملك الاخر ويكون قد اساء والدليل على المدعى الاجماع والتسالم وتناسب الحكم والموضوع يقتضيه وأما النبوي ان النبي صلى الله عليه وآله قال : من احاط حائطاً على أرض فهي له (* ٢) فلا اعتبار بسنده .

(١) لا يبعد صدق العنوان بالامور المذكورة في المتن .

(١) مستدرک الوسائل الباب ١ من أبواب احياء الموات الحديث : ٤

(٢) مستدرک الوسائل الباب ١ من أبواب احياء الموات الحديث : ٣

قابل للانتقال وأما متعلقه فلا مانع من نقله^(١).

(مسألة ٢٤) : يعتبر في كون التحجير مانعاً تمكن المحجّر من القيام بعمارتة وأحيائه فإن لم يتمكن من أحياء ما حجّره لمانع من الموانع كالفقّر أو العجز عن تهيئة الأسباب المتوقّفة عليها الأحياء جاز لغيره أحياءه وكذا الحال فيما لو حجّر زائداً على ما يقدر على أحيائه فإنه لا أثر لتحجيريه بالإضافة إلى المقدار الزائد^(٢) وعليه فلو حجّر الموات من كان عاجزاً عن أحيائها ليس له نقلها إلى غيره بصلح أو هبة أو بيع أو نحو ذلك^(٣).

(مسألة ٢٥) : لا يعتبر في التحجير أن يكون بالمباشرة بل يجوز أن يكون بالتوكيل^(٤) والاستيجار وعليه فالحق الحاصل بسبب عملهما للموكل والمستأجر لا للتوكيل والاجير^(٥) وأما إذا وقع التحجير عن

(١) الذي يتصور أن إذا الحق يرفع اليد عن حقه كي يفتح الطريق لغيره وأما نقل العين فلا نفهم ما معناه إذ المفروض أن ما تعلق به الحق من المباحات فكيف يكون قابلاً للنقل بالصلح أو الهبة .

(٢) لعدم الدليل على ازيد من هذا المقدار وإن شئت قلت : لا دليل على كون التحجير موجباً لحصول حق الأولوية على نحو الإطلاق بل يحصل بالمقدار المتعارف وهو هذا المقدار فمن لا يكون قادراً على الأحياء لا يثبت له الحق .

(٣) بل تقدم أنه لا دليل على جواز النقل حتى في مورد تحقق الحق والأولوية

(٤) لجريان الوكالة وجوازها في مثل هذه الأمور .

(٥) الاجير إذا كان وكيلًا عن المستأجر يدخل في عنوان الوكالة وإن لم يكن

شخص نيابة عن غيره ثم اجاز النيابة فهل يثبت الحق للمنوب عنه
اولاً ؟ وجهان لا يبعد عدم الثبوت^(١).

(مسألة ٢٦) : اذا انمحت آثار التحجير فان كان من جهة اهمال
المحجر بطل حقه و جاز لغيره احياءه^(٢) وأما اذا لم يكن من جهة
اهماله وتسامحه وكان زوالها بدون اختياره كما اذا أزالها عاصف
ونحوه ففي بطلان حقه اشكال^(٣).

وكيلا فبأي عنوان يحجر ويمكن دفع الاشكال بأن المستاجر يحجر الارض بالواسطة
وبعبارة اخرى الموضوع للاولوية التحجير ولا فرق بين كونه بالمباشرة أو بالواسطة .
(١) الذي يخطر بالبال عاجلا انه لا دليل على صحة النيابة الا في بعض الموارد
المنصوصة كالنيابة في الحج أو الصلوة والصوم فعلى هذا فلا مجال لجريان الفضولي
فيها لكن مرجع اجازة النيابة الى اجازة الوكالة والمفروض صحة الفضولي .
واعلم وجه اشكال المائن عدم دليل يشمل المقام وبعبارة اخرى دليل تحقق
الاولوية بالتحجير هي السيرة ولا بد من الاقتصار فيها على القدر المتيقن والله العالم .
(٢) لعدم دليل على بقاء الحق ومقتضى الاصل عدم بقاءه وبعبارة اخرى مقتضى
الاستصحاب عدم جعل حق زائد على المقدار المعلوم .

(٣) يمكن أن يقال انه لا دليل على بقاء حقه الا استصحاب البقاء وهذا
الاستصحاب معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد مضافاً الى أن مقتضى دليل
الاحياء جواز احيائه وتملكه فمقتضى الاطلاق صيرورة الارض ملكاً للمحيي الثاني
الا أن يقال مع جريان استصحاب بقاء الحق لا مجال للأخذ بالاطلاق اذ مع الاصل
في السبب لا مجال للأخذ باطلاق دليل الاحياء وبعبارة اخرى بعد احراز الموضوع
بالاستصحاب لا تصل النوبة الى الأخذ بالاطلاق فالعمدة الاشكال في جريان

(مسألة ٢٧) : اللزوم على المحجر ان يشتغل بالعمارة والاحياء عقيب التحجير^(١) فلو اهمل وترك الاحياء وطالت المسده ففي جواز احيائه لغيره بدون اذنه اشكال فالاحوط ان يرفع أمره الى الحاكم الشرعي مع بسط يده أو وكيله فيلزم المحجر باحد أمرين اما الاحياء او رفع اليد عنه^(٢) نعم اذا أبدى عذراً مقبولا بمهل بمقدار زوال عذره فاذا اشتغل بعده بالتعمير ونحوه فهو والابطل حقه وجاز لغيره احياءه^(٣) واما اذا لم يكن الحاكم فالظاهر سقوط حقه ايضاً اذا اهمل بمقدار بعد عرفاً تعطيلاً له^(٤) والاحوط الاولى مراعاة حقه الى ثلث سنين^(٥).

الاستصحاب فلاحظ .

- (١) بتقريب انه لادليل على اولويته حتى مع الاهمال .
- (٢) لاشكال في حسن الاحتياط وأما مقتضى الصناعة فالظاهر جواز الاحياء لغيره بل ارفع الأمر الى الحاكم بالتقريب الذي ذكرناه وهو الاخذ باطلاق دليل الاحياء .
- (٣) اذ مع العذر لا يصدق الاهمال فيكون الحق باقياً وليعلم ان الحكم دائر، مدار الواقع ففي صورة الاهمال يسقط حقه وفي صورة كونه معذوراً يبقى الحق فلو شك في الاهمال وعدمه يحرز بقاء الحق بالاستصحاب في الظاهر .

(٤) بل الامر كذلك مع وجود الحاكم ايضاً كما تقدم .

- (٥) لاحظ ما رواه يونس عن العبد الصالح عليه السلام قال : قال : ان الارض لله تعالى جعلها وقفاً على عباده فمن عطل أرضاً ثلاث سنين متوالية لغير ما علة اخذت من يده ودفعت الى غيره ومن ترك مطالبة حق له عشر سنين فلاحق له (*١)

(مسألة ٢٨) : الظاهر انه لا يعتبر في التملك بالاحياء قصد التملك بل يكفي قصد الاحياء والانتفاع به بنفسه أو من هو بمنزلة فلو حفر بشراً في مفازة بقصد ان يقضى منها حاجته ملكها^١ ولكن اذا ارتحل وأعرض عنها فهي مباحة للجميع^٢.

(مسألة ٢٩) : لا بد في صدق احياء الموات من العمل فيه الى حد يصدق عليه احد العناوين العامة كالدار والبستان والمزرعة والحظيرة والبئر والقناة والنهر وما شاكل ذلك ولذلك يختلف ما اعتبر في الاحياء باختلاف العمارة فما اعتبر في احياء البستان والمزرعة ونحوهما غير ما هو معتبر في احياء الدار وما شاكلها وعليه فحصول الملك تابع لصدق أحد هذه العناوين ويدور مداره وجوداً

والرواية ضعيفة سنداً.

- ١) لاطلاق دليل ملكية الاحياء فان مقتضى اطلاقه عدم التقييد بقصد التملك.
- ٢) تارة نقول بأن الاعراض يوجب خروج الملك عن ملك مالكة كما لا يبعد القول به واخرى لانقول كما لا يقوله الماتن فان قلنا بأن الاعراض يوجب الخروج عن الملك فلا اشكال في كونه مباحاً للجميع بل يجوز تملكه لكل احد ، واما ان لم نقل بذلك بل قلنا بكونه باقياً في ملك المعرض فلا يبعد أن يكون الوجه في الجواز في نظر الماتن احد امرين :

احدهما : انه مع فرض الاعراض يرضى بتصرف كل احد فيه بأن يقال : الاعراض يستلزم الاباحة لكل احد أن يتصرف فيه ولكن للمناقشة في الملازمة مجال اذ ربما يقال انه لاتنافي بين الاعراض وعدم طيب النفس بالتصرف من كل

وعدماً وعند الشك في حصوله يحكم بعدمه^(١) .

(مسألة ٣٠) : الاعراض عن الملك لا يوجب زوال ملكيته^(٢) نعم

احد كالفاسب لال محمد صلى الله عليه وآله مثلاً .

ثانيهما : السيرة الجارية فان مقتضاها جواز التصرف في العين التي أعرض عنها مالكيها .

(١) ما افاده تام فان الحكم تابع للموضوع وتحقق الملكية منوط بتحقق الاحياء فلا بد من صدقه باحد الامور المذكورة في المتن ومع الصدق واحراز الموضوع يحكم بالملكية ومع الشك يحكم بعدم تحقق الملكية بل يحكم بعدم الاحياء على ما بنينا عليه من صحة جريان الاستصحاب في الشبهة المفهومية اذا كان الشك من حيث المفهوم وأما اذا كان الشك من جهة الشبهة المصدقية فالامر أوضح .

(٢) بتقريب : انه لا دليل على الخروج وبعبارة اخرى الخروج عن الملك يحتاج الى سبب من الاسباب والمفروض عدم تحقق سبب من اسبابه لكن الظاهر ان العقلاء يرون الاعراض موجباً للخروج عن الملكية ولذا نرى ان المشرعة يتصرفون في الاعيان التي اعرض عنها بلا ملاحظة رضا المعرض وعدمه والحال انه لو لم يكن خارجاً عن ملك المالك كيف يجوز التصرف فيه بدون اذنه ولا يجوز لاحد التصرف في مال الغير الا باذنه واذا مات المعرض لا يراد جمع وارثه . وبعبارة اخرى ان العقلاء يرون المال المعرض عنه من المباحات ولولاه لم يكن وجه لجواز تملكه ان قلت الاعراض يقتضي اباحة التملك فاذا تملكه احد يكون مملوكاً له قلت مضافاً الى النقاش في هذا الاقتضاء على نحو الاطلاق كما تقدم لا دليل على تأثير الاباحة النفسية بل حتى مع الاذن الصريح لحصول الملكية للمتملك نعم لا اشكال في جواز تملك المباحات الاصلية التي لا مالك لها وأما المال الذي

إذا سبق إليه من تملكه ملكه^(١) والا فهو يبقى على ملك مالكه فإذا مات فهو لوارثه^(٢) ولا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه أو اعراضه عنه^(٣).

كتاب المشتركات

المراد بالمشتركات الطرق والشوارع والمساجد والمدارس والربط والمياه والمعادن^(٤).

(مسألة ١): الطريق على قسمين نافذ وغير نافذ أما الأول فهو الطريق المسمى بالشارع العام والناس فيه شرع سواء ولا يجوز التصرف لاحد فيه باحياء أو نحوه ولا في أرضه ببناء حائط أو حفر بئر أو نهر أو مزرعة أو غرس أشجار ونحو ذلك وإن لم يكن مضرراً بالمارة وأما حفر بالوعة فيه ليجتمع فيها ماء المطر ونحوه فلا إشكال في جوازه لكونها من

يكون مملوكاً للغير فلا يجوز تملكه باباحة مالكه.

(١) يمكن أن يكون ناظراً إلى جريان السيرة عليه.

(٢) إذا على فرض بقائه على ملك مالكه ينتقل بعد موته إلى وارثه بالأثر.

(٣) لأن المفروض أن الذي اعرض عنه مات والمالك لم يعرض فينوط التصرف بإذن وارثه ورضاه فلا حظ والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً والصلاة على محمد وآله الطاهرين إلى يوم الدين.

(٤) قال في الجواهر: «وهي الطرق والمساجد والمشاهد والوقوف المطلقة كالمدارس والربط والخانات والمقابر والمساكن ونحوها مما هو مشترك المنفعة بين الناس اجمع حتى الموات الذي لم يرد إحياءه».

مصالحه ومرافقه وكذا لا بأس بحفر سرداب تحته اذا أحكم أساسه وسقفه كما انه لا بأس بالتصرف في فضائه باخراج روشن أو جناح أو فتح باب أو نصب ميزاب أو غير ذلك والضابط ان كل تصرف في فضائه لا يكون مضرًا بالمارة جائز^(١).

(مسألة ٢) : لو أحدث جناحاً على الشارع العام ثم انهدم أو هدم فان كان من قصده تجديده ثانياً فالظاهر انه لا يجوز للطرف الاخر اشغال ذلك الفضاء وان لم يكن من قصده تجديده جاز ذلك^(٢).

(١) لا اشكال في عدم جواز التصرف بما يكون مضرًا بالمارة فان مقتضى السيرة عدم الجواز وأما التصرف الذي لا يكون مضرًا بالمارة ولا يكون مزاحماً لهم فمقتضى الاصل الأولي هو الجواز والمنع يحتاج الى دليل كما هو ظاهر ولا يتوقف الجواز على كون التصرف من مصالح الطريق كحفر البالوعة ليجتمع فيها ماء المطر بل مادام لا يكون مضرًا بمصالح المارة يكون مقتضى الاصل هو الجواز كما هو المقرر والوجه فيه : انه لا مقتضى للحرمة وانما الثابت بالاجماع والسيرة عدم جواز مزاحمة المارة فكل تصرف لا يترتب عليه هذا المحذور على نحو الاطلاق والعموم يكون جازياً بمقتضى الاصل الأولي والمنع يحتاج الى الدليل .

(٢) أما في صورة عدم قصده تجديده فيسقط حقه ويجوز للغير اشغال ذلك وهذا واضح وأما مع قصده تجديده فالظاهر ان الوجه في عدم الجواز حق السبق فان السابق أحق وقد دلت على المدعى جملة من النصوص :

منها: ما ارسله محمد بن اسماعيل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له نكون بمكة أو بالمدينة أو الحيرة أو المواضع التي يرجى فيها الفضل فربما خرج الرجل

(مسألة ٣) : الطريق الذي لا يسلك منه الى طريق آخر أو أرض مباحة لكونه محاطاً بالدور من جوانبه الثلاثة وهو المسمى بالسكة المرفوعة والدربية فهو ملك لأرباب الدور التي أبوابها مفتوحة اليه دون كل من كان حائط داره اليه وهو مشترك بينهم من صدره الى ساقه وحكمه حكم سائر الاموال المشتركة فلا يجوز لكل واحد منهم

يتوضأ فيجيء آخر فيصير مكانه فقال : من سبق الى موضع فهو أحق به يومه ولياته (* ١) وهذه الرواية ساقطة بالارسال .

ومنها : ما أرسله ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سوق المسلمين « القوم خ ل » كمسجدهم يعني اذا سبق الى السوق كان له مثل المسجد (* ٢) وهذه الرواية ساقط بالارسال .

ومنها : قوله عليه السلام : « من سبق الى ما لم يسبقه اليه المسلم فهو أحق به (* ٣) » والرواية ضعيفة .

ومنها : ما رواه طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل وكان لا يأخذ على بيوت السوق كراه (* ٤) .

وهذه الرواية ضعيفة بطلحة حيث انه لم يوثق لكن لا شبهة في أن حق السبق من الحقوق المسلمة في الشريعة المقدسة وعليه جريان السيرة فلا مجال للاشكال

(١) الوسائل الباب ٥٦ من ابواب احكام المساجد الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ١٧ من ابواب آداب التجارة الحديث : ٢

(٣) مستدرک الوسائل الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث : ٤

(٤) الوسائل الباب ٥٦ من ابواب احكام المساجد الحديث : ٢

التصرف فيه بدون اذن الاخرين^(١).

(١) قال العلامة قدس سره في التبصرة : « المشهور بين الاصحاب انه يشترك المتقدم والمتأخر في المرفوعة الى الباب الاول وصدر الدرب ويختص المتأخر بما بين البابين ولكل منهما تقديم بابه لاتأخيرته » .

وعن الشهيد في الدروس تقوية اشتراك الجميع في الجميع واختاره المحقق الاردبيلي كما نقل عنه ويمكن أن يستدل على الملكية- كما في الجواهر في كتاب الصلح - ان الدرية ملك لأرباب الدور بواسطة الاحياء فان احياه كل شيء بحسبه كما ان حيازة كل شيء كذلك فيشملة دليل من أحبى أرضاً فهي له ومن حاز شيئاً ملك وحيث ان الاحياء تتحقق بفعل ارباب الدور تكون الدرية ملكاً لهم بنحو اشتراك الجميع في الجميع .

وقال في الحقائق (*١) في كتاب الصلح : « البحث الثالث : لو كان في السكة المرفوعة أبواب بعضها أدخل من الآخر فهل يشترك جميعهم في جميع السكة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم أم شركة كل واحد يختص بما بين رأس السكة وباب داره لأن محل تردده هو ذلك المكان خاصة ؟ المشهور بين الاصحاب الثاني والوجه فيه ان المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه فلا يشارك في الداخل فحكمه بالنسبة الى هذا الداخل الزائد على بابه حكم الاجنبي من غير اهل السكة وقبل بالاول فيشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة عن الابواب وهو صدر السكة ان كان ذلك وعلل باحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الأثقال عند الادخال والاخراج » الى آخر ما أفاده في المقام مفصلاً .

والانصاف ان الجزم باحد الطرفين مشكل اذ لانص وايضاً لم يتم اجماع

نعم يجوز لكل منهم فتح باب آخر وسد الباب الاول^(١).

(مسألة ٤) : لا يجوز لمن كان حائط داره الى الدربية فتح باب اليها للاستطراق الا باذن أربابها^(٢) نعم له فتح ثقبه وشباك اليها^(٣) وأما فتح باب لا للاستطراق بل لمجرد دخول الهواء أو الاستنضائة فلا يخلو عن اشكال^(٤).

(مسألة ٥) : يجوز لكل من أصحاب الدربية الجلوس فيها

تعبدى على شيء من هذه الاحكام فالمقدار المعلوم المسلم من الشرع يبنى عليه وفي الزائد يعمل على طبق الاصل الاولى ومقتضاه الجواز فانقدح بما ذكرنا ان ما أفاده في المتن من كون الدربية ملك لأرباب الدور فمضافاً الى أنه خلاف مقالة المشهور بشكل اقامة الدليل عليه اذ لقائل أن يقول ان دليل الاحياء والحياسة لا يقتضي الاشتراك لأن احداث الدور من قبل أربابها لم يكن في زمان واحد .

وبعبارة اخرى : هو من الامور التدريجية فلا وجه لاشتراك الجميع في الجميع اللهم الا أن يقال : بأن التدريج ليس قابلاً للانكار لكن بعد تحقق الدرب يصدق ان أرباب الدور أحيوا المرفوعة فاذا صدق هذا العنوان تكون النتيجة انها لهم بالاشتراك وهذا التقريب على الظاهر لا بأس به فلاحظ .

- (١) اذا كان فتح باب آخر جازماً بلا اذن من الاخرين فما الوجه في وجوب سد الباب الاول ؟ والذي يخلج بالبال أن يقال : انه يجوز فتح الباب الاخر مطلقاً اذ يجوز له رفع الجدار تماماً ففتح الباب جوازه بالاولوية فتأمل .
- (٢) الظاهر ان الوجه فيه انه تصرف في ملك الغير فينوقف على اذنه .
- (٣) اذ هو تصرف في ملكه فيجوز .

(٤) قبل في وجهه : انه بمرور الايام تحصل شبهة الاستحقاق اذ وجود الباب

والاستطراق والتردد منها الى داره بنفسه وعائلته ودوابه وكل ما يتعلق بشؤونه من دون اذن باقي الشركاء وان كان فيهم القصر ومن دون رعاية المساواة معهم^(١) .

(مسألة ٦): يجوز لكل أحد الانتفاع من الشوارع والطرق العامة كالجلوس أو النوم أو الصلاة أو البيع أو الشراء أو نحو ذلك ما لم يكن مزاحماً للمستطرقين وليس لأحد منعه عن ذلك وأزعاجه كما انه ليس لأحد مزاحمته في قدر ما يحتاج اليه لوضع متاعه ووقوف المعاملين ونحو ذلك^(٢) .

(مسألة ٧): اذا جلس أحد في موضع من الطريق ثم قام عنه فان كان جلوسه جلوس استراحة ونحوها بطل حقه وان كان لحرفة ونحوها فان كان قيامه بعد استيفاء غرضه وعدم نية العود بطل حقه أيضاً ولو جلس في محله غيره لم يكن له منعه^(٣)

امارة على استحقاق الاستطراق فلهذه الشبهة يحرم هكذا في الجواهر (١) *

(١) وذلك للسيرة الجارية عليها هكذا في الجواهر (٢) *

(٢) فانه لا مقتضي للحرمة مع عدم المزاحمة اذ ليس الشارع العام ملكاً لأحد كي يتوقف على اذنه مضافاً الى أن السيرة جارية عليه فلا حظ .

(٣) اذ مع بطلان حقه يكون لكل أحد اشغال مكانه فيحرم عليه أن يزاحم غيره وهذا ظاهر .

وان كان قبل استيفاء غرضه وناويا للعود فعندئذ ان بقى منه فيه متاع
أورحل أوبساط فالظاهر بقاء حقه^(١) وان لم يبق منه شيء فبقاء حقه
لا يخلو عن اشكال^(٢) والاحتياط لا يترك فيما اذا كان في يوم واحد^(٣)
وأما اذا كان في يوم آخر فالظاهر انه لا اشكال في أن الثاني أحق به
من الاول^(٤).

وملخص الكلام ان حق السبق للسابق بالاتر جميع لاحد على غيره هذا من ناحية
ومن ناحية اخرى ان الحق يزول بالاعراض وباستيفاء الغرض فما أفاده في المتن
تام لاسترة عليه اصف الى ذلك ما أفاده في الجواهر في كتاب احياء الموات «بأنه
اذا قام الجالس غير المضرب بالمار بعد استيفاء غرضه وعدم نية العود بطل حقه الذي
لم يعلم ثبوته له زائداً على ذلك بل لعل المعلوم عدمه بل يمكن تحصيل الاجماع
عليه».

(١) بتقريب : ان الاحقية تحصل مادام كون الشيء في يد المستحق وفي تصرفه
وقبضته فاخذه كدفعه ظلم وهذا هو الفارق بين بقاء الرحل وعدمه اذ مع عدم بقاءه
لا يصدق كون الشيء في قبضته وتصرفه ومجرد نية العود لا يكفي في صدق كون
الشيء في قبضته وتصرفه ولقد أجاد صاحب الجواهر في كتاب احياء الموات وجاء
بتحقيق يلبق بأن يستفاد فراجع .

(٢) لعدم الدليل على بقاء الحق واستصحاب البقاء لامجال له لما ذكرنا في
الاصول من عدم جريان الاستصحاب في الحكم الكلي .

(٣) لا يبعد أن يكون الوجه في الاحتياط ما ورد من النص لاحظ حديثي محمد
بن اسماعيل وطلحة بن زيد (*) (١) وقد مر منا ان السند في كليهما ضعيف .

(٤) فانه لا مقتضي لبقاء حق الاول والظاهر انه لا خلاف بين القوم في عدم بقاء

(مسألة ٨) : يتحقق الشارع العام بأمور: الأول: كثرة الاستطراق والتردد ومرور القوافل في الارض الموات^(١) الثاني : جعل الانسان ملكه شارعاً وتسييله تسبيلاً دائماً لسلوك عامة الناس^(٢) فانه بسلوك بعض

الحق في هذه الصورة راجع ما أفاده في الجواهر في كتاب احياء الموات في هذا المقام .

(١) قال في الحقائق في هذا المقام من كتاب الصلح : « أو يصير موضعاً من الموات جادة يسلك الناس فيها ولا يجوز تغييره » والظاهر ان الامر كما افيد اذ بعد صدق العنوان وتحقق الجادة والشارع لايجوز التصرف في معنونه فان الشارع العام راجع الى المصالح العامة وليس لاحد أن يغيره أو يتصرف فيه تصرفاً مزاحماً للجهات العامة .

(٢) قال العلامة قدس سره في التذكرة - على ما نقل عنه في الحقائق (*١) في كتاب الصلح : « يصير الموضع شارعاً بأمور : أن يجعل الانسان ملكه شارعاً وسبيلاً مسبلاً ويسلك فيه شخص آخر » الخ .

وربما يقال: انه مصداق للوقف ويمكن أن يقرب المدعى بتقريب آخر : وهو انه لو جعل المالك بطيب نفسه ملكه شارعاً عاماً يتعنون بهذا العنوان وبعد تعنونه به لايجوز التصرف بعد ذلك اذ لايجوز التصرف في الشارع العام الراجع الى العموم .

ولكن يرد عليه : بأنه مع بقاء الملكية لامجال لهذا التقريب فان اختيار الملك بيد مالكة فما دام باقياً فسي ملكه يكون اختياره بيده اللهم الا أن يقال : ان عدم جواز الرجوع بعد التسبيل المطلق متسالم عليه بينهم والله العالم .

الناس يصير طريقاً^(١) وليس للمسبل الرجوع بعد ذلك^(٢) الثالث احياء جماعة أرضاً مواتاً وتركهم طريقاً نافذاً بين الدور والمساكن^(٣).

(مسألة ٩) : لو كان الشارع العام واقعاً بين الاملاك فلا حريم له كما اذا كانت قطعة أرض موات بين الاملاك عرضها ثلاثة أزرع أو أقل أو أكثر واستطرقها الناس حتى أصبحت جادة فلا يجب على الملاك توسيعها وان تضيق على المارة وكذا الحال فيما لو سبل شخص في وسط ملكه أو من طرف ملكه المجاور لملك غيره مقداراً لعبور الناس^(٤)

(١) لا يبعد ان هذا التقييد بلحاظ اشتراط القبض في الوقف وتحقيق شرطية القبض في الاوقاف العامة مو كول الى محله وأما على القول بعدم كونه داخل في الوقف يكون دليل الحكم التسالم بينهم وبعبارة اخرى مورد التسالم ما يتحقق فيه السلوك بعد التسييل .

(٢) اذ لا اشكال في عدم جواز رجوع الواقف في الوقف هذا على تقدير كونه وقفاً وأما على القول الاخر فالمدر ك التسالم كما تقدم آنفاً والله العالم .

(٣) كما اشبر اليه في كلام العلامة على حسب نقل صاحب الحقائق وكيف كان الامر كما افيد فانه بعد تحقق عنوان الشارع يكون راجعاً الى المصالح العامة ولا يجوز تغييره والتصرف المزاحم فيه كما تقدم .

(٤) الوجه فيه انه لا مقتضى لوجوب التوسيع على المالك فالامر كما أفاده في المتن ان قلت ما ذكرت وان كان مقتضى قاعدة تسلط الناس على أموالهم لكن مقتضى جملة من الروايات خلافه لاحظ ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : ما بين بئر المعطن الى بئر معطن أربعون

وأما اذا كان واقماً بين الموات بكلا طرفيه أو أحد طرفيه فلا يجوز احياء ذلك الموات بمقدار يوجب نقص الشارع عن خمسة أذرع فان ذلك حد الطريق المعين من قبل الشرع^(١) بل الافضل أن يكون

ذراعاً وما بين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً وما بين العين الى العين يعني القناة خمسمائة ذراع والطريق يتشاح عليه أهله فحده سبع أذرع (* ١) وما رواه عبد الرحمن الاصم (* ٢) .

وما رواه أبو العباس البقباقي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا تشاح قوم في طريق فقال : بعضهم : سبع أذرع وقال : بعضهم : أربع أذرع فقال أبو عبدالله عليه السلام : لا بل خمس أذرع (* ٣) .

قلت : أما الحديث الاول والثاني فضعيفان سنداً وأما الحديث الثالث فالظاهر انه ناظر الى صورة التشاح في أخذ المحمي من الشارع بدعوى ان الشارع أربع أذرع في قبال دعوى انه سبعة أذرع فقال عليه السلام : « بل خمسة أذرع » وأما بالنسبة الى الاملاك الشخصية فلا تعرض للرواية .

وان شئت قلت : ان التشاح يتحقق فيما يكون المقتضي للتصرف موجوداً كاحياء الموات فمريد الاحياء يتصدي للأخذ من الشارع والاخر بمنعه بحجة كون الشارع محدوداً بهذا الحد وأما الملك الشخصي الذي سبق وحدث بعده الشارع فلا نزاع فيه وان أبيت عما ذكرنا فلا اقل من الاجمال وعدم الاطلاق .

(١) كما نص عليه في خبر البقباقي (* ٤) فان الخمس حد شرعي قد عين من

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب احياء الموات الحديث : ٥

(٢) نفس المصدر الحديث ٦

(٣) الوسائل الباب ١٥ من أبواب الصلح الحديث : ١

(٤) مرآفا

سبعة أذرع^١ وعليه فلو كان الأحياء إلى حد لا يبقى للطريق خمسة أذرع وجب عليه هدمه^٢ نعم لو أحيى شخص من أحد طرفيه ثم أحيى آخر من طرفه الآخر بمقدار يوجب نقصه عن حده لزم على الثاني هدمه دون الأول^٣.

قبل الشارح في هذه الرواية .

(١) عملاً بالخبر الآخرين (* ١) وربما يقال : أنه لا يجوز أحياء الطريق ولو كان واسعاً لرواية البقباقي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : الطريق الواسع هل يؤخذ منه شيء إذا لم يضرب بالطريق ؟ قال : لا (* ٢) فإن مقتضى هذه الرواية عدم جواز الأخذ من الطريق ولو كان واسعاً ويمكن أن يقال بأن هذه الرواية معارضة بما رواه البقباقي أيضاً .

فإن مقتضى تلك الرواية أن الشارع مقداره شرعاً خمس أذرع ومقتضى هذه الرواية أن الطريق الواسع لا يجوز التصرف فيه في فرض عدم الإضرار بالمعارة فيقع التعارض فيما زاد على الخمس ومقتضى الأصل بعد التساقط هو الجواز بل يمكن أن يقال : أنه لا تعارض بينهما فإن ما حدد بالخمس حاكم على الآخر ومبين للموضوع وإن أبيت عن هذا التقريب وقلت : أنهما متعارضان نقول لا بد من الأخذ بمادل على عدم الجواز إذ لا حدث من الخبرين غير معلوم كي يرجع على الآخر فيكون المقام داخلاً في اشتباه الحجة بلا حجة فلا بد من الاحتياط فلاحظ .

(٢) إذ المفروض أنه تجاوز على الحد الشرعي وعن الحد الشرعي .

(٣) إذ المفروض أن المتجاوز هو الثاني .

(١) لاحظ ص : ١٧١ و ١٧٢

(٢) الوسائل الباب ٢٧ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث : ١

(مسألة ١٠) : اذا نقطعت المارة عن الطريق اما لعدم المقتضى
أو لوجود المانع زال حكمه بل ارتفع موضوعه وعنوانه وعليه فيجوز
لكل أحد احياءه^(١)

(مسألة ١١) : اذا زاد عرض الطريق عن خمسة أذرع فان كان
مسبلاً فلا يجوز لأحد احياء ما زاد عليها وتملكه^(٢) وأما اذا كان غير
مسبلاً فان كان الزائد مورداً للحاجة لكثرة المارة فلا يجوز ذلك ايضاً^(٣)
والا فلا مانع منه^(٤) .

(١) اذ المفروض انه ليس طريقاً وشارعاً بالفعل فيشمله دليل جواز الاحياء الا
مع عروض عنوان آخر مانع عن الجواز .

(٢) اذ لا يجوز التصرف في الوقف على تقدير كونه وقفاً وأما على التقدير الاخر
فللتسالم .

(٣) لأنه مورد الحق العام مضافاً الى رواية البقباق فانه يستفاد منها انه مع
الاضرار بالطريق لا يجوز الاخذ فان الامام عليه السلام قد قرر ما ارتكز في ذهن
السائل .

(٤) كما تقدم آنفاً حيث قلنا ان مقتضى الاصل بعد المعارضة هو الجواز ان
قلت على هذا الاساس يجوز التصرف فيما يكون أزيد من الخمسة اذ مقتضى المعارضة
التساقط وبعده تصل النوبة الى الاصل ومقتضاه الجواز بل يمكن أن يقال : ان
مقتضى احدي الروايتين ان الحد هو الخمس ومقتضى الثانية عدم جواز التصرف
في الشارع والاخذ منه على الاطلاق بلا فرق بين الواسع وغيره وبلا فرق بين
وجود المزاحمة وعدمها وبلا فرق بين الخمس وغيره فتكون النسبة العموم المطلق
ومقتضاه رفع اليد عن العام بالخاص .

(مسألة ١٢) : يجوز لكل مسلم أن يتعبد ويصلي في المسجد وجميع المسلمين فيه شرع سواء ^١ ولا يجوز لأحد أن يزاحم الآخر فيه إذا كان الآخر سابقاً عليه ^٢ لكن الظاهر تقدم الصلاة على غيرها فلو أراد أحد أن يصلي فيه جماعة أو فرادى فلا يجوز لغيره أن يزاحمه ولو كان سابقاً عليه كما إذا كان جالساً فيه لقراءة القرآن أو الدعاء أو التدريس بل يجب عليه تخليّة ذلك المكان للمصلي ^٣

قلت: الأمر كما ذكرت لكن الظاهر أنه مع المزاخمة لا يمكن الالتزام بالجواز فإن المرتكز في الإذهان عدم جواز المزاخمة فإنها تعد عدواناً وتجاوزاً بالنسبة إلى الحق العمومي والسيرة جارية على هذا المنوال مضافاً إلى أن مقتضى المصالح العامة توسعة الطريق بمقدار يكفي للمارة بأنواعها واصنافها فإنه من الأمور الحسبية والذي يختلج بالبال أن يقال : إن النسبة بين الحديثين عموم من وجه إذ عنوان الواسع يجتمع مع عنوان خمس أذرع ويفترق عنه كما أن عنوان خمس أذرع كذلك فلا بد من أعمال قانون التعارض وقد تقدم أنه لا بد من الاحتياط .

(١) بلا اشكال ولا كلام فإن المسجد محل العبادة لعموم المسلمين .

(٢) بلا اشكال ولا خلاف - كما في الجواهر - فإن السابق أحق بلا كلام وقد دلت على الإحقية جملة من النصوص لاحظ أحاديث: محمد بن اسماعيل وطلحة وابن أبي عمير (*) (١) ومرسل الصدوق قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل وكان لا يأخذ على بيوت السوق كراه (*) (٢) .

(٣) قال في الجواهر : « وهل الصلاة مقدمة على غيرها من العبادات ؟ كقراءة

(١) لاحظ ص: ١٦٤ و ١٦٥

(٢) الوسائل الباب ١٧ من أبواب آداب التجارة الحديث : ١

ولا يبعد أن يكون المحكم كذلك حتى لو كان اختيار المصلي هذا المكان اقتراحاً منه فلو اختار المصلي مكاناً مشغولاً بغير الصلاة ولو اقتراحاً يشكل مزاحمته بفعل غير الصلاة وإن كان سابقاً عليه^(١) نعم من سبق إلى مكان للصلاة فيه منفرداً فليس لمريد الصلاة فيه جماعة منعه وإزعاجه^(٢) وإن كان الأولي للمنفرد حينئذ أن يخلي المكان للجامع إذا وجد مكاناً آخر فارغاً لصلاته ولا يكون مناعاً للمخير^(٣).
(مسألة ١٣): إذا قام الجالس من المسجد وفارق المكان فإن

القرآن وجهان اقواما ذلك ولكن لم اجده في كلام احد من الاصحاب ولا غيره من صور التعارض» ويمكن أن يستدل على المدعى بالارتكاز الشرعي مضافاً إلى أن مرجع الشك إلى التوسعة في الأذن الشرعي وعدمها والاصل عدم التوسعة في الأذن.

وبعبارة أخرى: إن المسجد ليس من المباحات الأصلية وله أحكام خاصة فلا بد من احراز الجواز.

لكن يرد عليه أن مرجع الشك إلى حرمة التصرف عند المزاومة ومقتضى الأصل الأولي عدم الحرمة فالأولى الاستدلال عليه بالارتكاز وإن الغرض الأساسي المترتب على المساجد الصلاة وإنما سميت المساجد بهذا الاسم لعله باعتبار السجود والصلاة فلاحظ.

- (١) لعين الملاك الذي ذكرناه.
- (٢) لعدم دليل على الترجيح كما هو ظاهر.
- (٣) لا يبعد أن تكون الأولوية المذكورة على القاعدة حيث إن صلاة الجماعة أحب إلى الله مضافاً إلى أنه موافق للاحتياط.

أعرض عنه بطل حقه ولو عاد إليه وقد أخذه غيره فليس له منعه وازعاجه وأما إذا كان ناوياً للعود فإن بقي رحله فيه بقي حقه بلا اشكال وان لم يبق ففي بقاء حقه اشكال فالاحوط مراعاة حقه ولا سيما إذا كان خروجه لضرورة كتجديد الطهارة أو نحوه^(١) .

(مسألة ١٤) : في كفاية وضع الرجل في ثبوت الاولوية اشكال^(٢) والاحتياط لا يترك^(٣) هذا إذا لم يكن بين وضع الرجل ومجيئه طول زمان بحيث يستلزم تعطيل المكان والا فلا أثر له وجواز لغيره رفعه والصلاة في مكانه إذا كان شغل المحل بحيث لا يمكن الصلاة فيه الا برفعه^(٤) وهل انه يضمه برفعه أم لا؟ وجهان الظاهر عدم الضمان اذا لموجب له بعد جواز رفعه للوصول الى حقه^(٥) .

(مسألة ١٥) : المشاهد المشرفة كالمساجد في تمام مسا ذكر

(١) كما هو ظاهر وقد مر نظيره فلاحظ المسألة الى آخرها وطبقها على ما ذكرناه سابقاً .

(٢) لعدم الدليل على ثبوت الحق بهذا المقدار .

(٣) بتقريب : صدق عنوان السبق والسابق اولى .

(٤) كما هو ظاهر اذ المفروض انه لاحق له فيجوز التصرف في ماله أيضاً برفعه .

(٥) الامر كما أفاده لعدم المفتضي للضمان مع فرض جواز التصرف وقصور دليل الضمان عن شموله لهذه الصورة .

من الاحكام^(١) .

(مسألة ١٦) : جواز السكنى في المدارس لطالب العلم وعدمه تابعان لكيفية وقف الواقف فاذا خصها الواقف بطائفة خاصة كالعرب أو المعجم أو بصنف خاص كطالبي العلوم الشرعية أو خصوص الفقه أو الكلام مثلاً فلا يجوز لغير هذه الطائفة أو الصنف السكنى فيها وأما بالنسبة إلى مستحقي السكنى بها فهي كالمساجد فمن حاز غرفة وسكنها فهو أحق بها ولا يجوز لغيره أن يزاحمه مالم يعرض عنها وإن طالت المدة إلا إذا اشترط الواقف مدة خاصة كمس سنين مثلاً فعندئذ يلزمه الخروج بعد انقضاء تلك المدة بلامهلة^(٢) أو إذا اشترط الواقف انصاف ساكنها بصفة خاصة كأن لا يكون معيلاً أو يكون مشغولاً بالتدريس أو بالتحصيل فإذا تزوج أو طرأ عليه العجز لزمه الخروج منها والضابط أن حق السكنى حدثاً وبقاءً تابع لوقف الواقف بتمام شرائطه فلا يجوز السكنى لفاقدتها حدثاً أو بقاءً^(٣) .

(مسألة ١٧) : لا يبطل حق السكنى لساكنها بالخروج لحوائجه اليومية من المأكل والمشروب والملبس وما شاكل ذلك كما لا يبطل

(١) كما هو ظاهر .

(٢) ما أفاده ظاهر وما أفاده حق حقيق .

(٣) ما أفاده ظاهر واضح .

بالخروج منها للسفر يوماً أو يومين أو أكثر^(١) وإذا اعتبر الواقف البيتوتة في المدرسة في ليالي التحصيل خاصة أوفي جميع الليالي لم يجز لساكنها أن يبيت في مكان آخر ولو بات بطل حقه^(٢) وأما الاسفار المتعارفة التي تشغل مدة من الزمن كالشهر أو الشهرين أو ثلاثة اشهر أو أكثر كالسفر الى الحج أو الزيارة أو لملاقة الاقرباء أو نحو ذلك مع نية العود وبقاء رحله ومتاعه فلا بأس بها ما لم تناف شرط الواقف نعم لا بد من صدق عنوان ساكن المدرسة عليه فان كانت المدة طويلة بحيث توجب عدم صدق العنوان عليه بطل حقه^(٣).

(مسألة ١٨) : لا يجوز للساكن في غرفة منع غيره عن مشاركته الا اذا كانت الحجرة حسب الوقف أو بمقتضى قابليتها معدة لسكنى طالب واحد^(٤).

(مسألة ١٩) : الربط وهي المساكن المعدة لسكنى الفقراء أو الغرهاء كالمدارس في جميع ما ذكر^(٥).

(مسألة ٢) : مياه الشطوط والانهار الكبار كدجلة والفرات

(١) الامر كما أفاده .

(٢) الامر كما أفاده .

(٣) الامر كما أفاده بلا كلام .

(٤) الامر كما أفاده .

(٥) الامر كما أفاده وتقريب الاستدلال على المدعى في كليهما واحد .

وماشا كلهما أو الصغار التي جرت بنفسها من العيون أو السيول أو ذوبان الثلوج وكذا العيون المتفجرة من الجبال أو في أراضي الموات وغير ذلك من المشتركات والضابطان كل ماء جرى بنفسه أو اجتمع كذلك في مكان بلا يد خارجية عليه فهو من المباحات الأصلية^(١) من حازه بآناء أو غيره ملكه^(٢)

(١) الأمر كما أفاده فإن الأصل الأولي في الأشياء الإباحة مضافاً إلى الإجماع بقسميه كما في الجواهر اُضيف إلى ذلك النبوي قال : « الناس شركاء في ثلاث : النار والماء والكلاء (* ١) » والكاظمي (* ٢) .

(٢) إجماعاً بقسميه وبلا خلاف بل بالضرورة - كما في الجواهر - وربما يقال بأنه لا يصير ملكاً للنبوي الدال على اشتراك الكل .

ويرد عليه : أنه خلاف الضرورة وعليه تخصص الرواية مضافاً إلى ضعف السند في كلتا الروايتين اُضيف إلى ذلك كله ما يدل على الاختصاص عموماً وخصوصاً أما عموماً فما عن النبي صلى الله عليه وآله من قوله : « من سبق إلى ما لا يسبقه إليه المسلم فهو أحق به (* ٣) » .

وأما خصوصاً فما رواه سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغني بعضهم عن شربه أبيع شربه ؟ قال : نعم إن شاء باعه بورق وإن شاء بكيل حنطة (* ٤) . وما رواه الكاهلي قال : سألت رجلاً أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده عن قناة بين

١ و ٢) مستدرك الوسائل الباب ٤ من أبواب أحياء الموات الحديث : ٢ والوسائل

الباب ٥ من أبواب أحياء الموات الحديث : ١

(٣) مستدرك الوسائل الباب ١ من أبواب أحياء الموات الحديث : ٤

(٤) الوسائل الباب ٦ من أبواب أحياء الموات الحديث : ١

من دون فرق بين المسلم والكافر في ذلك^(١) وأما مياه الآبار والعيون والقنوات التي جرت بالحفر لا بنفسها فهي ملك للحافر^(٢) فلا يجوز لأحد التصرف فيها بدون إذن مالِكها^(٣).

(مسألة ٢١) : إذا شق نهراً من ماء مباح سواء أكان بحفره في أرض مملوكة له أو بحفره في الموات بقصد إحيائه نهراً ملك ما يدخل فيه من الماء^(٤) وإذا كان النهر لمتعددين ملك كل منهم بمقدار حصته من

قوم لكل رجل منهم شرب معلوم فاستغنى رجل منهم عن شربه أبيبعه بحنطة أو شعير قال يبيعه بما شاء هذا مما ليس فيه شيء (*) (١).

وما رواه علي بن جعفر عن أخيه قال : سألت عن قوم كانت بينهم قناة ماء لكل إنسان منهم شرب معلوم فباع أحدهم شربه بدراهم أو بطعام هل يصلح ذلك ؟ قال نعم لأبأس (*) (٢).

(١) لاطلاق الدليل اللفظي وتحقيق السيرة .

(٢) فإنه نحو من الحيابة والحيابة توجب الملكية للحائز .

(٣) لعدم جواز التصرف في مال الغير بلا إذن منه بلا اشكال .

(٤) للحيابة ولكن لم أفهم وجه التقييد بقصد الإحياء إذ يحصل التملك بالحيابة ولو بواسطة مملوك الغير فلو حاز مقداراً من الماء في آنية مغصوبة ملك ذلك الماء وإن عصى بالنسبة إلى التصرف في مال الغير إلا أن يكون الماتن ناظراً إلى أن شق النهر بقصد الإحياء يوجب تملك الأرض فلو جرى فيه الماء ملك الماء بتبع ملك الأرض بتقريب : أنه لو وقع شيء من المباح الأصلي في ملك شخص بملكه مثلاً

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

النهر فان كانت حصة كل منهم من النهر بالسوية اشتركوا في الماء كذلك وان كانت بالتفاوت ملكوا الماء بملك النسبة^(١) ولا تتبع نسبة استحقاق الاراضي التي تسقى منه^(٢).

(مسألة ٢٢) : الماء الجاري في النهر المشترك حكمه حكم سائر الاموال المشتركة فلا يجوز لكل واحد من الشركاء التصرف فيه بدون اذن الباقيين^(٣) وعليه فان اباح كل منهم لسائر شركائه أن يقضي حاجته منه في كل وقت وزمان وبأي مقدار شاء جاز له ذلك^(٤) واذا وقع بينهم تعاسر وتشاجر فان تراضوا بالتناوب والمهاجرة بالايام أو الساعات فهو^(٥) والا فلا محيص من تقسيمه بينهم بالاجزاء بأن توضع في فم النهر حديدة مثلاً ذات ثقب متعددة متساوية ويجعل لكل منهم من الثقوب بمقدار حصته فان كانت حصة أحدهم سدساً والآخر ثلثاً

لو اجتمع مقدار ماء المطر في حوض دار زيد يكون ملكاً له والله العالم .

(١) والوجه فيه ظاهر اذ المفروض ان الملكية يتبع الملك فيلاحظ النسبة كما أفاده في المتن وان كان يلحظ الحيابة فالامر كذلك أيضاً .

(٢) اذ لا وجه للاتباع فان المناط الحيابة أو الدخول في الملك .

(٣) اذ لا دليل على اختصاصه بحكم خاص فالامر كما أفاده .

(٤) فانه حكم الملك المشترك .

(٥) يمكن أن يقال بأن صحتها على طبق القاعدة الاولى لجريان السيرة عليها وعدم ردع الشارع عنها مضافاً الى أنه يظهر من كلمات الاصحاب انها مورد الاجماع .

والثالث نصفاً فلصاحب السدس ثقب واحد ولصاحب الثلث ثقبان
ولصاحب النصف ثلاثة ثقوب فالمجموع سنة^(١).

(مسألة ٢٣) : القسمة بحسب الاجزاء لازمة^(٢) والظاهر انها
قسمة اجبار فاذا طلبها أحد الشركاء اجبر الممتنع منهم عليها^(٣) وأما
القسمة بالمهاياة والتناوب فهي ليست لازمة فيجوز لكل منهم الرجوع
عنها^(٤) نعم الظاهر عدم جواز رجوع من استوفى تمام نوبته دون الآخر^(٥)

(١) فانه نحو من القسمة التي بنوا على صحتها في كتاب القسمة للسيرة والاجماع
وتفصيل الكلام حولها موكول الى محله .

(٢) قد صرح سيدنا الاستاد فسي كتاب القضاء بذلك وقال في الفرع الثاني
والأربعين : « القسمة عقد لازم » والظاهر ان الامر كما أفاده اذ يصدق عليه العقد
فيجب الوفاء به بمقتضى وجوب الوفاء بالعقد .

(٣) لولاية الحاكم على الممتنع وتفصيل الكلام موكول الى محله .

(٤) قال في الجواهر (١*) : « انها غير لازمة للاصل وغيره » الخ ويمكن أن يكون
مراده من غيره الاجماع وأما الاصل فلا اصل له اذ لو كان المراد من الاصل اصاله
عدم اللزوم فهو معارض باصاله عدم الجواز مضافاً الى أن مقتضى الاستصحاب بقاء
العقد على حاله فان الاستصحاب على مسلك المشهور يجري في الحكم الكلي اضاف
الى ذلك ان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد هو اللزوم فلا تصل النوبة الى الاصل .

(٥) قد صرح في الجواهر (٢*) بخلافه ولم يظهر لي وجه التفصيل بين
الصورتين الا أن يقال : بأن اللزوم على القاعدة وانما يلتزم بالجواز في بعض

(مسألة ٢٤) : اذا اجتمع جماعة على ماء مباح من عين أو واد أو نهر أو نحو ذلك كان للجميع حق السقي منه^(١) وليس لاحد منهم شق نهر فوقها ليقبض الماء كله أو ينقصه عن مقدار احتياج الباقيين^(٢) وعندئذ فان كفى الماء للجميع دون مزاحمة فهو والا قدم الاسبق فالاسبق في الاحياء^(٣) ان كان وعلم السابق^(٤) والا قدم الاعلى فالاعلى والا قرب الى فوهة العين أو أصل النهر وكذا الحال في الانهار المملوكة المنشقة من الشطوط فان كفى الماء للجميع والا قدم الاسبق فالاسبق اى من كان شق نهره اسبق من شق نهر الاخر وهكذا ان كان هناك سابق ولاحق والا فيقبض الاعلى بمقدار ما يحتاج اليه ثم ما يليه وهكذا^(٥) .

الصور للاجماع .

- (١) لعدم ترجيح احدهم على الاخرين .
- (٢) لعدم جواز المزاحمة والمفروض ان لكل منهم حق السقي .
- (٣) لاحقية السابق على ما هو المقرر عند الشرع .
- (٤) يظهر من العبارة انه يشترط في التقديم وجود السابق والعلم به ويرد عليه انه في صورة وجود السابق وعدم العلم به تصل النوبة الى القرعة فانها لكل أمر مشكل ولم يظهر وجه عدم تعرضه للقرعة .
- (٥) لجملة من النصوص : منها : ما رواه غياث بن ابراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في سيل وادي مهزور للزراع الى الشراك وللنخل الى الكعب ثم يرسل الماء الى أسفل من ذلك (*١) وهذه الرواية ضعيفة بابن ايمن .

ومنها : مرسل الصدوق قال : وفي خبر آخر : للزرع الى الشراكين والنخل الى الساقين قال : وهذا على حسب قوة الوادي وضعفه (١*) والمرسل لا اعتبار به ومنها : ما رواه عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في شرب النخل بالليل ان الأعلى يشرب قبل الأسفل بترك من الماء الى الكعبين ثم يسرح الماء الى الأسفل الذي يليه وكذلك حتى ينقضي الحوائط ويفني الماء (٢*) والرواية ضعيفة بابن هلال .

ومنها : ما رواه غياث بن ابراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في سيل وادي مهزور أن يحبس الأعلى على الأسفل للنخل الى الكعبين والزرع الى الشراكين (٣*) .
والظاهر صحة هذه الرواية ولكن يبقى في المقام اشكال وهو ان هذه الرواية تعارض قاعدة السبق بالعموم من وجه ويقع التعارض بينهما فيما يكون الاسبق اسفل والمسبوق أعلى .

لكن يمكن أن يكون الوجه في تقدم الاسبق ان السيرة جارية على احقية السابق على الاطلاق ولعله مورد اتفاق الاصحاب .

ولكن هذا الاشكال انما يتوجه اذا قلنا بشمول النص مورد تحقق السبق وأما على القول بعدم شمول الرواية لمورد تحقق السبق فلا مجال لهذا التقريب والظاهر ان الحديث ناظر الى صورة التساوي وعدم السابق ولذا ترى ان العاتق جعل معيار الترجيح السبق فمع تحقق السبق لاتصل الأمر بما يستفاد من الحديث .

ثم ان المذكور في الرواية النخل والزرع وهي خالية عن ذكر الشجر فهل

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٥

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(مسألة ٢٥) : تنقية النهر المشترك واصلاحه ونحوهما على الجميع بنسبة ملكهم اذا كانوا مقدمين على ذلك باختيارهم^(١) وأما اذا لم يقدم عليها الا البعض لم يجبر الممتنع^(٢) كما انه ليس للمقدمين مطالبته بحصته من المؤنة الا اذا كان اقدامهم بالتماس منه وتعهد به ببذل حقه^(٣) واذا كان النهر مشتركاً بين القاصر وغيره وكان اقدام غير القاصر متوقفاً على مشاركة القاصر اما لعدم اقتداره بدونه أو لغير ذلك وجب على ولي القاصر مراعاة لمصلحته مشاركته في الاحياء والتعمير وبذل المؤنة من مال القاصر بمقدار حصته^(٤) .

يلحق الشجر بالنخل أو الزرع ؟ مقتضى الاحتياط الحاقه بالزرع الا أن يقال : بأن العرف يفهم الحاقه بالنخل وكيف كان يظهر من الماتن في المقام تقديم الأعلى على الأسفل على الاطلاق مع أنه يظهر منه فيما بعد في مسألة (٢٦) اختصاص التقديم بخصوص النخل والزرع مع قيد التحديد بالكعب والشارك المذكورين في الرواية فلاحظ .

(١) فان ملاحظة النسبة في الفرض المذكور أمر طبيعي وأصل اولي .

(٢) اذ لا وجه للاجبار ان قلت مقتضى حديث لا ضرر انه يجبر اذ يلزم من امتناع بعضهم توجه الضرر الى غيره قلت : انما يتم الاستدلال بالحديث على المسلك المشهور هذا اولاً وثانياً : لا يستفاد من حديث لا ضرر حكم اثباتي فلا يستفاد منه وجوب الاشتراك أو جواز الاجبار اذ لا خلاف الامتنان بالنسبة الى من اجبر وهو الممتنع .

(٣) كما هو ظاهر اذ لا مقتضى للضمان الا مع الالتماس كما صرح به في المتن

(٤) كما هو ظاهر فان ولي القاصر يجب عليه رعاية مصالح الصغير والقاصر وهذا

(مسألة ٢٦) : يحبس النهر للأعلى إلى الكعب في النخل وفي
الزروع إلى الشراك ثم كذلك لمن هو دونه ^١ وللمالك أن يحمي
المرعى في ملكه ^٢ وليس لصاحب النهر تحويله إلا باذن صاحب
الرحى المنصوبة عليه بأذنه ^٣ وكذا غير الرحى أيضاً من الأشجار

من الواضحات .

(١) كما صرح في حديث غياث (*) (١) .

(٢) كما أشار إليه في الجواهر (*) (٢) والظاهر أن المدرك حديث إدريس بن
زيد عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته وقلت : جعلت فداك ان لنا ضياعاً ولنا
حدود ولنا الدواب وفيها مراعى وللرجل منا غنم وابل يحتاج إلى تلك المراعى لابله
وغنمه أبجل له أن يحمي المراعى لحاجته إليها فقال : اذا كانت الأرض أرضه فله
أن يحمي ويصير ذلك إلى ما يحتاج إليه وقال : وقلت له : الرجل يبيع المراعى
فقال : اذا كانت الأرض أرضه فلا بأس (*) (٣) والحديث ضعيف بإدريس حيث
انه لم يوثق .

وأما حديث محمد بن عبدالله قال : سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون
له الضيعة وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلاً أو أقل أو أكثر بآتيه الرجل
فيقول : أعطني من مراعى ضيعتك وأعطيك كذا وكذا درهماً فقال : اذا كانت
الضيعة له فلا بأس (*) (٤) فهو ضعيف أيضاً به .

(٣) الأصل فيه ما رواه محمد بن الحسين قال : كتبت إلى أبي محمد عليه السلام

(١) لاحظ ص : ١٨٥

(٢) جواهر الكلام ج ٣٨ ص : ٦٣

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث : ١

(٤) الوسائل الباب ٩ من أبواب أحياء الموات الحديث : ١

المفروسة على حافتيه وغيرها^(١).

(مسألة ٢٧) : المعادن على نوعين : الاول : المعادن الظاهرة وهي الموجودة على سطح الارض فلا يحتاج استخراجها الى مؤنة عمل خارجي وذلك كالملح والقيروالكبريت والمومياء والفيروزج وماشاكل ذلك الثاني : المعادن الباطنة وهي التي يتوقف استخراجها على الحفر والعمل وذلك كالذهب والفضة أما الاولى فهي تملك بالحيازة فمن حاز منها شيئاً ملك قليلاً كان أو كثيراً^(٢) وبقي الباقي

رجل كانت له رضى على نهر قرية لرجل فأراد صاحب القرية أن يسوق الى قرينته الماء في غير هذا النهر ويعطل هذه الرضى أنه ذلك أم لا ؟ فوقع عليه السلام : يتقى الله ويعمل في ذلك بالمعروف ولا يضر أخاه المؤمن (* ١) .

فان مقتضى اطلاق هذا الخبر عدم جواز التحويل بلا تقييد بكون نصب الرضى عن حق بل يكفي في الحرمة مجرد الاذن في النصب كما في المتن فما عن الحلبي وصاحب الرياض من التقييد بصورة كونه حقاً واجباً على صاحب النهر ينافي الاطلاق فلا وجه له لكن الظاهر انه لا يشمل الحكم صورة عدم الحق لصاحب الرضى وبعبارة اخرى : لا يجوز مزاحمة ذي الحق .

(١) يمكن التأمل في التعميم اذ منع صاحب النهر بنافي قاعدة الناس مسطون على أموالهم ويمكن أن يكون نظر الماتن الى أن العرف يفهم من الرواية عدم الفرق بين الموارد وعدم خصوصية للرضى لكن قد تقدم الاشكال في الرضى الا فيما يكون نصبه عن حق .

(٢) كثيراً من المباحث الاصلية التي تملك بها بلا اشكال لكن لقائل أن يقول

على الاشتراك^(١) وأما الثانية فهي تملك بالاحياء بعد الوصول اليها وظهورها^(٢) وأما اذا حفر ولم يبلغ نيلها فهو يفيد فائدة التحجير^(٣).

(مسألة ٢٨) : اذا شرع في احياء معدن ثم أهمله وعطله أجبره الحاكم أو وكيله على اتمام العمل أو رفع يده عنه ولو أبدى عذراً

ان المعادن ليست من المباحات الاصلية بل هي من الانفال التي تكون مملوكة للامام عليه السلام ويدل على المدعى بعض النصوص لاحظ ما رواه اسحاق بن عمار قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الانفال فقال : هي القرى التي قد خربت وانجلى أهلها فهي لله وللرسول وما كان للمملوك فهو للامام وما كان من الأرض بخربة لم يوجب عليه بخيل ولا ركاب وكل أرض لأرب لها والمعادن منها ومن مات وليس له مولى فماله من الانفال (* ١) .

وما رواه داود بن فرقد عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : قلت : وما الانفال ؟ قال : بطون الاودية ورؤوس الجبال والاجام والمعادن الحديث (* ٢) لكن الظاهر انه لا اشكال في جواز الحيابة وان كان المحاز ملكاً للامام عليه السلام (١) اذ لا مقتضي للملكية الباقي فان المفروض ان الباقي لم يقع مورد الحيابة فلم تملك .

(٢) بتقريب : انه نحو من الاحياء الموجب للملكية واحياء كل شيء بحسبه مضافاً الى ما في الجواهر (* ٣) من عدم الخلاف فيه بل ادعي عليه الاجماع من جماعة وربما يقال : بأنه مصداق للحيابة التي توجب الملكية فلاحظ .

(٣) اذ لم يتحقق الاحياء كما لم تتحقق الحيابة فلا وجه لحصول الملكية نعم

(١) الوسائل الباب ١ من احكام الانفال الحديث : ٢٠

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣٢

(٣) جواهر الكلام ج ٣٨ ص : ١١٠

أمهله الى أن يزول عذره ثم يلزمه على أحد الأمرين^(١) .

(مسألة ٢٩) : المعادن الباطنة انما تملك باحياء الارض اذا عدت عرفاً من توابع الارض وملحقاتها^(٢) وأما اذا لم تعد منها كمعادن النفط المحتاجة الى حق زائد للوصول اليها أو ماشاكلها فلا تتبع الارض ولا تملك باحيائها^(٣) .

(مسألة ٣٠) : لو قال المالك اعمل ولك نصف الخارج من المعدن فان كان بعنوان الاجارة بطل^(٤) وفي صحته بعنوان الجمالة اشكال^(٥) .

له حق السبق كحق التحجير .

(١) يقع الكلام تارة في مقام الثبوت وان الحق يبقى مع الاهمال أم لا ؟ واخرى في مقام الاثبات وهو انه مع وجود اظهار العذر يمهل اما المقام الاول فلقابل أن يقول انه لو لم يكن حقه باقياً مع الاهمال فلا وجه لدخالة الحاكم بل يجوز لكل احد رفع يده والاشتغال بالعمل وان كان حقه باقياً فلا وجه للاجبار والاكره فلاحظ وأما المقام الثاني فنقول : مع احتمال كونه معذوراً أي وجه في جواز تعرضه وبعبارة اخرى : يحمل فعله على الصحة الا أن يثبت الاهمال .

(٢) كما هو مقتضى تملك الارض بالاحياء .

(٣) اذ لا مقتضي له على الفرض .

(٤) للجهالة وهي توجب بطلان الاجارة كما قرر في محله .

(٥) مبني على اشتراط العلم بمقدار الجعل والظاهر انه لا دليل عليه سيما مع انتفاء الغرر الذي هو عبارة عن الخطر ومن الظاهر ان الجهالة لا تستلزم الخطر فلاحظ .

كتاب الدين

(مسألة ١) : يكره الدين مع القدرة^١ ولو استدان وجبت نية

القضاء^٢

١ (قد جعل صاحب الوسائل قدس سره اول أبواب كتاب الدين خاصاً بالنصوص الدالة عليها وسماه باب كراهته مع الغنى عنه ومن تلك النصوص ما رواه السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله اياكم والدين فانه شين الدين (* ١) .

٢) وهو المشهور كما في بعض الكلمات وتؤيد المدعى جملة من النصوص منها ما رواه عبد الغفار الجازي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن رجل مات وعليه دين قال : ان كان أتى على يديه من غير فساد لم يؤاخذه الله اذا علم من نيته الا من كان لا يريد أن يؤدي عن أمانته فهو بمنزلة السارق (* ٢) .

ومنها : ما رواه ابن فضال عن بعض اصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق (* ٣) ومنها ما رواه أبو خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ايما رجل أتى رجلاً فاستقرض منه مالا وفي نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادي (* ٤) .

ويمكن أن يقال : ان نية الأداء وجوبها على طبق القاعدة الأولية ولا يحتاج الى دليل خاص اذ الدين ملك الغير في الذمة ولا اشكال في وجوب ادائه عند

١) الوسائل الباب ١ من أبواب الدين الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٥ من أبواب الدين الحديث : ١

٣) نفس المصدر الحديث : ٢

٤) الوسائل الباب ٥ من أبواب الدين الحديث : ٥

والاقراض افضل من الصدقة^١ ويحرم اشتراط زيادة في القدر أو
الصفة على المقرض^٢ لكن الظاهر ان القرض لا يبطل بذلك

المطالبة بعدم نية القضاء معناه عدم نية الاتيان بالواجب الالهي وهذا نحو من التجري
على المولى الا أن يقال هذا المقدار لا يقتضي الوجوب الشرعي والكلام في المقام
في الوجوب الشرعي .

(١) لاحظ ما رواه محمد بن حباب القمط عن شيخ كان عندنا قال : سمعت
أبا عبدالله عليه السلام يقول : لأن أقرض قرضاً أحب الي من أن أتصدق بمثله وكان
يقول : من أقرض قرضاً وضرب له اجلاً فلم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من
الثواب فسي كل يوم يتأخر عن ذلك الاجل بمثل صدقة دينار واحد في كل
يوم (* ١) .

(٢) قال في الحقائق : « لاخلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم في تحريم
اشتراط النفع في القرض بل نقل بعض محققي متأخر المتأخرين اجماع المسلمين
على ذلك » (* ٢) .

ولا يبعد أن يكون حرمة القرض الربوي من الواضحات التي لا مجال للشك
فيها ويدل على المدعى من النصوص ما رواه ابن غياث عن أبي عبدالله عليه السلام
قال : الربا رباءان : أحدهما : ربا حلال والآخر حرام فأما الحلال فهو أن يقرض الرجل
قرضاً طمعاً أن يزيده ويعوضه بأكثر مما أخذه بلا شرط بينهما فان أعطاه أكثر مما أخذه
بلا شرط بينهما فهو مباح له وليس له عند الله ثواب فيما أقرضه وهو قوله عز وجل :
« فلا يربو عند الله » وأما الربا الحرام فهو الرجل يقرض قرضاً وبشرط أن يرد أكثر

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الدين الحديث : ١

(٢) الحقائق ج ٢٠ ص ١١٠

بل يبطل الشرط فقط" ويحرم اخذ الزيادة" ولا فرق بين أن تكون الزيادة راجعة الى المقرض وغيره فلو قال اقرضتك ديناراً بشرط أن تهب زيدا أو تصرف في المسجد أو المائم درهماً لم يصح^٣ وكذا

مما اخذه فهذا هو الحرام (* ١) .

(١) مقتضى بعض نصوص الباب فساد القرض بالشرط لاحظ ما رواه ابن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً قال : لا يصلح اذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا يصلح قال : وسأله عن رجل يأتي حريقه وخليطه فيستقرض منه الدنانير فيقرضه ولسولا أن يخالطه ويحارقه ويصيب عليه لم يقرضه فقال : ان كان معروفاً بينهما فلا بأس وان كان انما يقرضه من أجل أنه يصيب عليه فلا يصلح (* ٢) ولاحظ ما رواه علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : وسأله عن رجل اعطى رجلاً مائة درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو أكثر قال : هذا الربا المحض (* ٣) .

(٢) بلا اشكال ولا كلام فانه مع فساد الشرط يكون عدم الحلية والجواز على طبق القاعدة الأولية مضافاً الى دلالة النصوص على المدعى لاحظ ما رواه خالد بن الحجاج قال : سأله عن رجل كانت له مائة درهم عدداً قضائياً مائة درهم وزناً قال : لا بأس به ما لم يشترط قال وقال : جاء الربا من قبل الشرط وانما تفسده الشروط (* ٤) .

(٣) لاطلاق بعض النصوص المقتضي لفساد مطلق الشرط لاحظ ما رواه ابن

(١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب الربا الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الدين الحديث : ٩

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٨

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١١٢ الحديث : ٨٩

إذا اشترط أن يعمر المسجد أو يقيم الماتم أو نحو ذلك مما لوحظ فيه المال فإنه يحرم^(١) ويجوز قبواها مطلقاً من غير شرط^(٢) كما يجوز اشتراط ما هو واجب على المقرض مثل أقرضتك بشرط أن تؤدي زكاتك أو دينك مما كان مالا لازم الاداء وكذا اشتراط ما لم يلحظ فيه المال مثل أن تدعولي أو تدعوازيد أو تصلي أنت أو تصوم من غير فرق بين أن ترجع فائدته للمقرض أو المقرض وغيرهما فالمدار في المنع ما لوحظ فيه المال ولم يكن ثابتاً بغير القرض فيجوز شرط غير ذلك^(٣) ولو شرط موضع التسليم لازم^(٤)

شعيب (*) (١) .

(١) للإطلاق .

(٢) لعدم مقتضى الحرمة مضافاً إلى جملة من النصوص الدالة على الجواز منها ما رواه ابن غياث (* ٢) ومنها غيره من النصوص المذكور في الوسائل في الباب ١٩ من الدين فلاحظ .

(٣) مقتضى إطلاق قوله عليه السلام في حديث ابن شعيب (* ٣) « إذا كان فرضاً يجر شيئاً فلا يصلح » عدم جواز مطلق الشرط ولعل كلام الماتن مبني على وجه غير ظاهر عندي وبعبارة أخرى مقتضى الإطلاق هي الحرمة والله العالم .

(٤) لجملة من النصوص منها ما رواه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت : يسلف الرجل الورق على أن ينقدها إياه بارض أخرى ويشترط عليه

(١) لاحظ ص : ١٩٣

(٢) لاحظ ص : ١٩٢

(٣) لاحظ ص : ١٩٣

وكذا اذا اشترط الرهن^{١)}

ذلك قال : لا بأس (* ١) .

ومنها ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا بأس بأن يأخذ الرجل الدراهم بمكة ويكتب لهم سفائح أن يعطوها بالكوفة (* ٢) .

ومنها ما رواه ابان يعني ابن عثمان أنه قال يعني أبا عبد الله عليه السلام في الرجل يسلف الرجل الدراهم ينقدها إياه بارض أخرى قال : لا بأس به (* ٣) .
ومنها ما رواه اسماعيل بن جابر عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت : يدفع السى الرجل الدراهم فاشترط عليه أن يدفعها بارض أخرى سوداً بوزنها وأشترط ذلك عليه قال : لا بأس (* ٤) .

ومنها ما رواه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يسلف الرجل الورق على أن ينقدها إياه بارض أخرى ويشترط ذلك قال : لا بأس (* ٥) .
فإن مقتضى النصوص المشار إليها جواز الشرط المذكور ونفوذه .

١) مقتضى إطلاق بعض النصوص عدم الجواز إلا أن يتم المدعى بالسيرة بدعوى جريانها على اشتراط الرهن بالانكبر بل يدل على المدعى قوله تعالى وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة (* ٦) فإن الاستفادة من الآية الشريفة أنه يجوز الدين باشتراط الرهن .

ويؤيد المدعى ما رواه عباس بن عيسى قال : ضاق علي بن الحسين عليهما السلام ضيقة فأتى مولى له فقال : اقضني عشرة آلاف درهم الى مبصرة فقال : لا

١) الوسائل الباب ١٤ من أبواب الصرف الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

٣ و ٤ و ٥) نفس المصدر الحديث ٤ و ٥ و ٦

٦) البقرة/ ٢٨٣

ولو شرط تاجيله في عقد لازم صح ولزم الاجل^(١)

لأنه ليس عندي ولكني أريد وثيقة قال: فنقف (فشق) له من ردائه هدية فقال: هذه الوثيقة قال: فكان مولاه كره ذلك فغضب الي أن قال: فأخذها الرجل منه واعطاه الدرهم وجعل الهدية في حق فسهل الله عز وجل له المال فحمله الى الرجل ثم قال له: قد احضرت مالك فهات وثيقتي فقال له: جعلت فداك ضيعتها فقال اذا لاتأخذ مالك مني ليس مثلي من يستخف بدمته قال: فاخرج الرجل الحق فاذا فيه الهدية فاعطاها علي بن الحسين عليهما السلام فاعطاه علي بن الحسين عليهما السلام الدراهم واخذ الهدية فرمى بها وانصرف (* ١) .

(١) يمكن أن يستفاد المدعى من جملة من النصوص منها ما رواه مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل له مال على رجل من قبل عينة عينها اياه فلما حل عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه فأراد أن يقلب عليه ويربح أبييعه لؤلؤاً أو غير ذلك ما يسوي مائة درهم بألف درهم ويؤخره به ؟ قال : لا بأس بذلك قد فعل ذلك أبي رضي الله عنه وأمرني أن افعل ذلك في شيء كان عليه (* ٢)

ومنها ما رواه محمد بن اسحاق قال قلت لأبي الحسن عليه السلام: يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني بها وأنا اربحك فأبيعه جبة تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرين ألفاً وأؤخره بالمال قال : لا بأس (* ٣) .

ومنها ما رواه عبد الملك بن عتبة قال : سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال أو يكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب مني مالا أزيدة على مالي الذي لي عليه أيسقيم أن أزيدة مالا وأبيعه لؤلؤة تسوي مائة درهم بألف درهم فأقول أبيعك هذه

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الدين الحديث : ٤

(٢) الوسائل الباب ٩ من أبواب احكام العقود الحديث ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

بل الظاهر جواز اشتراط الاجل في عقد القرض نفسه^(١) .
(مسألة ٢) : كل ما ينضبط وصفه وقدره صح قرضه^(٢)

اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخره بثمانها وبمالي عليك كذا وكذا شهراً ؟ قال :
لابأس (*) (١) .

ومنها ما رواه محمد بن اسحاق بن عمار قال : قلت للمرضا عليه السلام :
الرجل يكون له المال فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوي مائة درهم بألف درهم
ويؤخر عنه المال الى وقت قال : لابأس به قد أمرني أبي ففعلت ذلك وزعم انه
سأل أبا الحسن عليه السلام عنها فقال مثل ذلك (*) (٢) .

فان المستفاد من هذه الروايات ان شرط التأجيل جائز في ضمن عقد البيع
(١) ويدل على المدعى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين
الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل (*) (٣) » .

(٢) بلا اشكال ولا كلام وتقتضيه النصوص الدالة على مشروعية الدين والقرض
وانما الكلام والاشكال فيما اذا لم يكن كذلك فان تم اجماع على عدم الجواز فهو
والا يكون مقتضى القاعدة هو الجواز لاطلاق الأدلة لاحظ ما رواه ابن علوان
عن جعفر عن ابيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من طلب رزقاً حلالاً
فاغفل فليستدن على الله وعلى رسوله صلى الله عليه وآله (*) (٤) .

ويؤيد المدعى ما ورد في جواز قرض الخبز والجوز مع التفاوت منها ما
رواه الصباح بن سيابة قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ان عبد الله بن أبي يعفور
أمرني أن اسالك قال : انا نستقرض الخبز من الجيران فنرد اصغر منه او اكبر فقال

(١) نفس المصدر الحديث : ٥

(٢) نفس المصدر الحديث : ٦

(٣) البقرة / ٢٨٢

(٤) الوسائل الباب ٢ من أبواب الدين الحديث : ١٠

وذوالمثل بثبت في الذمة مثله^(١) وغيره قيمته وقت القرض^(٢).

(مسألة ٣) : اذا اقترض انسان عيناً فقبل المقرض فارجع في

القرض وطالب بالعين لايجب اعادة العين بدون اختيار المقرض^(٣)

عليه السلام: نحن نستقرض الجوز الستين والسبعين عدداً فيكون فيه الكبيرة والصغيرة فلا بأس (* ١) .

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام : استقرض الرغيف من الجيران وتأخذ كبيراً ونعطي صغيراً وتأخذ صغيراً ونعطي كبيراً قال : لا بأس (* ٢) ومنها ما عن غياث عن جعفر عن ابيه قال: لا بأس باستقرض الخبز (* ٣).
(١) فانه مقتضى القاعدة الأولية فان القرض جعل المقرض ضامناً ومن الظاهر انه لا يكون ضامناً لنفس العين فيكون ضامناً لمثله .

(٢) قال في الجواهر : « والمشهور نقلاً وتحصيلاً انه يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم » (* ٤) والذي يختلج بالبال أن يقال : يثبت المثل في القيمي أيضاً فان القرض قسم من الضمانات وقد اخترنا في باب ضمان القيمي ان الثابت في الذمة هو المثل كضمان المثلي وعليه يكون المناط بوقت الدفع نعم في باب الغصب التزمنا بكون الميزان بيوم الغصب بواسطة حديث أبي ولادحيث قال عليه السلام « قيمة بغل يوم خالفته » (* ٥) .

(٣) تارة يقع البحث فيما هو مقتضى القاعدة واخرى فيما تقتضيه الشهرة أو

(١) الوسائل الباب ٢١ من أبواب الدين الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(٤) الجواهر ج ٢٥ ص : ١٩

(٥) الوسائل الباب ١٧ من الاجارة الحديث : ١

(مسألة ٤) : لا يتأجل الدين الحال^١ الا باشتراطه في ضمن عقد لازم^٢ ويصح تعجيل المؤجل باسقاط بعضه^٣ ولا يصح تأجيل الحال باضافة شيء^٤ .

(مسألة ٥) : لو غاب الدائن وانقطع خبره وجب على المستدين نية القضاء^٥

الاجماع فنقول مقتضى القاعدة الأولية رجوع نفس العين الى ملك المقرض اذ على القول بجواز عقد القرض ذاتاً او عرضاً يفسخ بالفسخ ويرجع كل من العوضين الى ملك من كان في ملكه وأما البحث من الحيثية الثانية فربما يقال كما في الجواهر بأن مقتضى الاستصحاب بقاء العين فسي ملك المقرض وعدم خروجه عن ملكه بالفسخ .

وفيه : اولا ان الاستصحاب لا يجري في الأحكام الكلية وثانياً انه لا تصل النوبة الى الاستصحاب بعد كون الرجوع مقتضى الفسخ وأفاد صاحب الجواهر بأن بقاءه في ملكه اشتهر بل مشهور بل مورد اجماع المتأخرين فان تم اجماع تعدي كشف فهو والا يشكل الحكم بالبقاء بعد الفسخ فلاحظ .

(١) اذ التأجيل لا يمكن الا مع المقتضي وبدونه لا وجه له .

(٢) فانه قد علم من النصوص جوازه وقد تقدم .

(٣) اذ الحق قابل للاسقاط كما هو ظاهر .

(٤) لكونه مصداقاً للربا المحرم فلا يجوز .

(٥) اجماعاً محكياً ان لم يكن محصلاً هكذا في الجواهر - وبدل على المدعى ما رواه زرارة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه ولا على ولي له ولا يدري بأي أرض هو قال : لا جناح عليه

والوصية عند الوفاة^(١) فان جهل خبره ومضت مدة يقطع بموته فيها وجب تسليمه ورثته^(٢) ومع عدم معرفتهم يتصدق به عنهم^(٣) ويجوز تسليمه الى الورثة مع انقطاع خبره بعد مضي عشرين سنين وان لم يقطع بموته^(٤) بل يجوز ذلك بعد مضي اربع سنين من غيبته اذا لم يحص عنه

بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء (* ١) .

(١) فانها من طرق الايصال فتجب وتدل على المدعى رواية هشام بن سالم قال: سأل خطاب الأعور أبا ابراهيم عليه السلام وأنا جالس فقال : انه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالاجرة ففقدناه وبقي من أجره شيء ولا يعرف له وارث قال : فاطلبوه، قال قد طلبناه فلم نجده قال فقال: مساكين وحرك يده قال: فاعاد عليه قال: اطلب واجهد فان قدرت عليه والافهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حادث فأوص به ان جاء لها طالب أن يدفع اليه (* ٢) . وربما يقال بوجوب العزل عند الموت وادعي عليه الاجماع فان ثبت اجماع تعبدى فهو والا فلاشكال فيه مجال لعدم الدليل عليه فلاحظ .

(٢) اذ المفروض ان المالك ورثته فيجب اعطائهم .

(٣) كما هو المقرر عندهم من التصديق بالمال الذي يكون مجهول المالك ولنا في هذا المقام كلام تعرضنا له في مسألة (٣٩) من المكاسب المحرمة .
(٤) لم يظهر وجهه وما ارسله يونس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من اخذت منه ارض ثم مكث ثلاث سنين لا يطلبها لم يحل له بعد ثلاث سنين أن يطلبها (* ٣) قاصر عن اثبات المدعى سنداً ودلالة .

(١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الدين الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب ميراث الخنثى الحديث : ١

(٣) الوسائل الباب ١٧ من ابواب احياء الموات الحديث : ٢

في هذه المدة^(١) .

(مسألة ٦) : لو اقتسم الشريكان الدين لم يصح بل الحاصل لهما

والتالف منهما^(٢)

(١) يمكن أن الوجه في نظر الماتن فيما أفاده الى ما ورد في باب المروءة المفقود زوجها حيث تؤجل اربع سنين على تفصيل مذكور في باب الطلاق بتقريب انه اذا كان الطلاق جازاً بعد المدة مع الفحص يجوز اعطاء ما تركه للورثة بطريق أولى وهو كما ترى والله العالم بحقايق الاشياء .

(٢) لجملة من النصوص منها ما رواه أبو حمزة قال سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما فاقتهما الذي بأيديهما وأحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقضى أحدهما ولم يقضى الآخر قال : ما اقضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله (* ١) .

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتهما العين والدين فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه وخرج الذي للآخر أبرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله (* ٢) .

ومنها ما رواه غياث بن ابراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام في رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما فاقتهما الذي بأيديهما واحتال كل واحد منهما بنصيبه فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر فقال : ما قبض أحدهما فهو بينهما وما ذهب فهو بينهما (* ٣) .

ومنها ما رواه سليمان بن خالد قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الشركة الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الضمان الحديث : ١

(مسألة ٧) : يصح بيع الدين بالحاضر وان كان اقل منه اذا كان من غير جنسه أولم يكن رهوياً^(١) ولا يصح بدين مثله اذا كان ديناً قبل العقد^(٢)

كان لهما مال بأيديهما ومنه متفرق عنهما فاقتهما بالسوية ما كان في ايديهما وما كان غائباً عنهما فهلك نصيب أحدهما مما كان غائباً واستوفى الآخر عليه أن يرد على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله (* ١) .

وفي المقام حديث لعلي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال سأله عن رجلين اشتركا في السلم أ يصلح لهما أن يقسما قبل أن يقبضا ؟ قال لا بأس به (* ٢) ، يستفاد منه الجواز فيقع التعارض بين الجانبين ولا يبعد أن يكون الترجيح بمخالفة القوم مع دليل الجواز حيث لا يستفاد من كلماتهم الجواز مضافاً الى كونه احدث هذا ما خلج بيالي الفاصرفي هذه العجالة والله العالم .

(١) لعدم ما يقتضي الفساد ومقتضى ادلة صحة البيع جوازه .

(٢) قال في الحقائق : «الظاهر انه لاخلاف بينهم في تحريم بيع الدين بالدين ويدل على ذلك من طريق الخاصة رواية طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لا يباع الدين بالدين (* ٣) ومن طريق العامة ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله لا يجوز بيع الكالي بالكالي الخ (* ٤) ولكن الحديثين مخدوشان سنداً الا أن يتم الامر بعدم الخلاف والتسالم والله العالم .

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الدين الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) الحقائق : ج - ٢٠ ص : ٢٠١

(٤) الكافي ج ٥ ص : ١٠٠

ولا فرق في المنع بين كونهما حالين ومؤجلين ومختلفين^(١) ولو صار ديناً بالعقد بطل في المؤجلين على الاحوط^(٢) وصح في غيرهما^(٣) ولو كان احدهما ديناً قبل العقد والاخر ديناً بعد العقد صح الافي بيع المسلم فيه قبل حلوله فانه لا يجوز بيعه من غير بائعه مطلقاً ويجوز بيعه من غير بائعه بعد حلوله ومن بائعه مطلقاً على تفصيل تقدم^(٤).

(مسألة ٨) : يجوز للمسلم قبض دينه من الدمي من ثمن ما باعه من المحرمات^(٥)

(١) للاطلاق .

(٢) لا يبعد أن يكون ناظراً الى ما رواه منصور بن حازم قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل طعام او بقر او غنم او غير ذلك فأتى المطلوب الطالب لبيتاع منه شيئاً قال : لا يبيعه نسباً فاما نقداً فليبيعه بما شاء (*١) فان بيع شيء مؤجلاً لا مانع منه لامن طرف المبيع ولا من قبل الثمن فلا يبعد ان يكون المراد من الحديث النهي من التاجيل من ناحية المبيع والثمن كليهما لكن لا يبعد أن يكون المستفاد من الحديث التاجيل من ناحية الثمن ولم يظهر لي وجه بناء المسئلة على الاحتياط .

(٣) كما هو مقتضى ادلة صحة البيع لكن يمكن أن يقال ان مقتضى حديث منصور عدم جواز بيع الدين بالدين مع كون التاجيل في الثمن فقط فلاحظ .

(٤) راجع ما ذكرناه هناك شرحاً لما افاده .

(٥) لجملة من الروايات منها ما رواه داود بن سرحان قال : سألت ابا عبد الله

ولو اسلم الذمي بعد البيع لم يسقط استحقاقه المطالبة بالثمن^١

عليه السلام عن رجل كانت له على رجل دراهم فباع خنازير او خمرأ وهو ينظر فقضاه قال : لا بأس اما للمقضي فحلال واما للبائع فحرام (* ١) .

ومنها ما رواه منصور قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : لي على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر والخنازير وانا حاضر فيحل لسي اخذها فقال : انما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك (* ٢) .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في رجل كان له على رجل دراهم فباع خمرأ وخنازير وهو ينظر فقضاه فقال : لا بأس به اما للمقضي فحلال واما للبائع فحرام (* ٣) .

ومنها ما رواه زرارة عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون لي عليه الدراهم فيبيع بها خمرأ وخنازيرأ ثم يقتضي منها قال : لا بأس او قال : خذها (* ٤) .
ومنها ما رواه محمد بن يحيى الخثعمي قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لنا عليه الدين فيبيع الخمر والخنازير فيقضينا فقال : لا بأس به ليس عليك من ذلك شيء (* ٥) .

ومنها ما رواه أبوبصير قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل مال فيبيع بين يديه خمرأ وخنازير يأخذ ثمنه قال : لا بأس (* ٦) .

(١) لعدم ما يقتضي السقوط وبعبارة اخرى المفروض صيرورة الثمن ملكاً له

(١) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب الدين

(٢) الوسائل الباب ٦٠ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٢

(٤ و ٥) نفس المصدر الحديث : ٣ و ٤

(٦) نفس المصدر الحديث : ٥

وليس للعبد الاستدانة بدون اذن المولى^(١) فان فعل يضمن العبد
فرد ما اخذ ولو تلفت ففي ذمته مثله أو قيمته^(٢) ولو اذن المولى له ازمه
دون المملوك^(٣) وان اعتق^(٤) وغريم المملوك احد غرماء المولى^(٥)

بالبيع ومقتضى القاعدة الأولية بقائه في ملكه وبؤيد المدعى ما رواه يونس في
مجوسى باع خمراً او خنازير الى اجل مسمى ثم اسلم قبل أن يحل المال قال :
له دراهمه (١ *).

(١) لأنه محجور عليه وانه لا يقدر على شيء .

(٢) اذ المفروض ان يده يد ضمان فيضمن ولازم الضمان رد العين مع بقائها
وثبوت المثل او القيمة مع تلفها على ما هو المقرر .

(٣) لاحظ ما رواه أبو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : رجل يأذن
لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال : ان كان اذن له أن يستدين فالدین على
مولاه وان لم يكن اذن له يستدين فلا شيء على المولى ويستسعى العبد في
الدين (٢ *).

(٤) للإطلاق .

(٥) لا يبعد أن يكون الوجه فيه ان دينه لازم للمولى وبذل على المدعى ما
رواه زرارة قال : سألت ابا عبد الله (أبا جعفر) عليه السلام عن رجل مات وترك عليه
ديناً وترك عبداً له مال في التجارة وولداً وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دين استدانه
العبد في حياة سيده في تجارة « تجارته » وان الورثة وغرماء الميت اختصموا فيما
في يد العبد من المال والمتاع وفي رقبة العبد فقال : ارى ان ليس للورثة سبيل
على رقبة العبد ولا على ما في يده من المتاع والمال الا أن يضمنوا دين الغرماء

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٢ حديث : ١٣

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٠٣ حديث : ٣

ولو اذن له في التجارة فاستدان لها الزم المولى مع اطلاق الاذن^١
والاتباع به بعد العتق^٢ .

كتاب الرهن

ولا بد فيه من الايجاب والقبول من أهله^٣ وفي اشتراط الاقباض
اشكال اقواه ذلك^٤ ويشترط فيه أن يكون المرهون عيناً مملوكة يمكن

جميعاً فيكون العبد وما في يده من المال للورثة فان أبوا كان العبد وما في يده للغرماء
يقوم العبد وما في يده من المال ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص فان عجز قيمة
العبد وما في يده عن اموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقي لهم ان كان الميت
ترك شيئاً قال قال : وان فضل من قيمة العبد وما كان في يده عن دين الغرماء رده
على الورثة (*) (١) .

(١) لحديث ابي بصير المقتضي لكون الاذن في الاستدانه موجباً لضمان
المولى واطلاق الاذن يقتضي الاذن في الاستدانه فلاحظ .

(٢) لعدم ما يقتضي الرجوع الى المولى وحديث ابي بصير يقتضي أن يستسمى
والجمع بين الحقين أن يتبع به بعد العتق والله العالم .

(٣) قال في الجواهر : « لاريب في أنه يفتر الى الايجاب والقبول » الخ
والأمر كما أفاده فان العقد يتوقف على الايجاب والقبول والمفروض ان الرهن من
العقود .

(٤) يمكن الاستدلال على المدعى بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى

قبضها^(١) ويصح بيعها^(٢) وأن يكون الرهن على حق ثابت في الذمة عيناً كان أو منفعة^(٣) ويقف رهن غير المملوك له على اجازة مالكه^(٤) وأو ضم مملوك غيره الى مملوكه فرهنهما لزم الرهن في ملكه وتوقف

«فرهان مقبوضة» (*١) بتقريب ان المستفاد من الاية الشريفة انه لا يترتب الأثر على الرهن الا بالقبض وبعبارة اخرى المستفاد من الاية الشريفة ان الأثر المقصود لا يترتب الا على المقبوض منه واما السنة فروا به محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال : لا رهن الا مقبوضاً (*٢) .

(١) على المشهور نقلاً وتحصيلاً بل ربما استشعر من عبارتي السرائر والغنية الاجماع عليه - هكذا في الجواهر - ويمكن الاستدلال على المدعى بانصراف الأدلة الى العين بل يمكن تقريب المدعى بأن صدق هذا المفهوم على الدين اول الكلام والاشكال ومع الشك في الصدق لامجال للأخذ بالدليل كما هو المقرر عند القوم فلاحظ .

(٢) اذ مع عدم صحة البيع لا يتحقق عنوان الوثيقة والحال ان الرهن وثيقة للدين .

(٣) بلا خلاف اجده بيننا بل في التذكرة وجامع المقاصد الاجماع عليه بل ولا اشكال - هكذا في الجواهر - ويمكن الاستدلال على المدعى بعدم صدق المفهوم لو لم يكن على أمر ثابت بل الشك في الصدق يكفي كما مرقبياً في نظيره وعلى الجملة موضوع الرهن الأمر الثابت في الذمة فلا يعقل تحققه قبل موضوعه .

(٤) بناءً على صحة الفضولي بالاجازة كما هو المقرر .

في الضميمة على اجازة مالكتها^١ ويلزم الرهن من جهة الراهن^٢ ورهن
الحامل ليس رهناً للحمل وان تجدد^٣ وفوائد الرهن للمالك^٤

(١) كما هو ظاهر فان تصرف المالك نافذ في ملكه وأما التصرف الصادر من
الفضولي فيتوقف صحته على الاجازة كما هو المقرر في محله .

(٢) ادعي عليه عدم الخلاف بل ادعي عليه الاجماع ويدل على المدعى عموم
قوله تعالى اوفوا بالعقود (*) (١) فان الأمر بالوفاء ارشاد الى لزوم العقد .

(٣) لعدم مقتضي للدخول بل دخوله وعدمه تابعان للفصد ولا فرق في هذه
الجهة بين التجدد وعدمه والاجماع المدعى على الدخول يوهن كما في الجواهر
لمصير كثير من الاصحاب الى خلافه اذ القول بعدم التبعية للمبسوط والخلاف
ونكست النهاية للمصنف والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف ، والايضاح ،
والتنقيح ، وجامع المقاصد ، والروضة ، ومجمع البرهان ، والكفاية على ما حكى
عن بعضها ومال اليه في المسالك وحكاها في الدروس عن المصنف في درسه بل
قد يظهر من التذكرة الاجماع عليه بل في زكاة الخلاف دعواه صريحاً قال : « اذا
رهن جارية أو شاة فحملنا بعد الرهن كان الحمل خارجاً باجماع الفرقة » (*) (٢) الى
آخر كلامه رفع في علو مقامه .

وعلى الجملة لادليل على التبعية على الاطلاق ومقتضى الأصل عدم الدخول
اذ المفروض عدم تعلق الفصد واصالة تسلط المالك على ملكه بحالها .

(٤) بلا خلاف ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكي منهما مستفيض
كالنصوص بل يمكن دعوى ضرورة المذهب بل الدين عليه - هكذا في الجواهر (*) (٣)
وتدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه ابن سنان يعني عبدالله عن أبي

(١) المائدة / ١

(٢) الجواهر ج ٢٥ ص : ٢٣٠

(٣) نفس المصدر ج ٢٥ ص : ٢٢٩

والرهن على أحد الدينين ليس رهناً على الآخر^(١) ولو استدان آخر وجعل الرهن على الأول رهناً عليهما صح^(٢) وللولي الرهن مع مصلحة

عبدالله عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في كل رهن له غلة ان غلته تحسب لصاحب الرهن مما عليه (* ١) .

ومنها ما رواه اسحق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث انه سأل عن رجل ارتهن داراً لها غلة لمن الغلة؟ قال: لصاحب الدار (* ٢) .

ومنها ما رواه أبو العباس عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: وقضى في كل رهن له غلة ان غلته تحسب لصاحبه عليه (* ٣) .

ومنها ما رواه إبراهيم الكرخي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل رهن بماله أرضاً أو داراً لها غلة كثيرة فقال علي الذي ارتهن الأرض والدار بماله أن يحتسب لصاحب الأرض والدار ما اخذه من الغلة ويطرحه عنه من الدين له (* ٤) ومنها ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: ان رهن رجل أرضاً فيها ثمرة فان ثمرتها من حساب ماله وله حساب ما عمل فيها وانفق منها فاذا استوفى ماله فليدفع الأرض الى صاحبها (* ٥) .

(١) كما هو ظاهر واضح لعدم المقتضي لذلك فلاحظ .

(٢) لوجود المقتضي وعدم المانع وادعي عدم الخلاف فيه بل ادعي الاجماع

(١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الرهن الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

(٤) نفس المصدر الحديث : ٥

(٥) نفس المصدر الحديث : ٦

المولى عليه^١ والمرتهن ممنوع من التصرف بغير اذن الراهن^٢

بقسميه عليه كما في الجواهر (* ١) .

(١) فان المولى له التصرف في مال اليتيم مع المصلحة على ما هو المقرر في محله ولا فرق في جواز التصرف بين اقسامه فلاحظ .

(٢) لحرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه ويؤكد المدعى ما عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: « الراهن والمرهون ممنوعان من التصرف في الرهن (* ٢) . وفي المقام رواية لأبي ولاد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهناً بماله أنه أن يركبه قال : فقال : ان كان يعلقه فله أن يركبه وان كان الذي رهنه عنده يعلقه فليس له أن يركبه (* ٣) .

ومقتضى هذه الرواية جواز ركوب الدابة والبعير بشرط التعليق وقريب منها ما رواه السكوني عن جعفر بن أبيه عن آبائه عن علي عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الظاهر يركب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يركبه نفقته والدر يشرب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يشرب نفقته (* ٤) .

وقال صاحب الحقائق: « والاصحاب حملوهما على ما اذا اذن له الراهن في الانفاق مع تساوي الحقين وأنت خير بما فيه من البعد عن سياق الخبرين سيما الأول لأن السائل سئله عن الرجل يأخذ الدابة أو البعير أنه أن يركبه يعني من غير اذن الراهن والافمع الاذن لا معنى للسؤال بالكلية » (* ٥) الى آخر كلامه .

(١) الجواهر ج ٢٦ ص : ١٥٤

(٢) مستدرک الوسائل الباب ١٧ من ابواب الرهن الحديث : ٦

(٣) الوسائل الباب ١٢ من ابواب الرهن الحديث : ١

(٤) نفس المصدر الحديث : ٢

(٥) الحقائق ج ٢٠ ص : ٢٦٢

ولا بأس بتصرف الراهن في المرهون تصرفاً لا ينافي حق الرهانة^(١)
ولا يجوز له التصرف المنافي من دون إذن المرتهن^(٢) وتقدم حكم
بيع الراهن العين المرهونة مع علم المشتري وجهله في شروط العوضين^(٣)
ولو شرط المرتهن في عقد الرهن استيفاء منافع العين في مدة الرهن
مجاناً فإن لم يرجع ذلك إلى الاشتراط في القرض أوفى تاجيل الدين
صح وكذلك ما لو شرط استيفاءها بالاجرة مدة وإذا صح الشرط لزم
العمل به إلى نهاية المدة^(٤)

وقبل أسطر (*) (١) نقل كلام الشيخ قدس سره في النهاية حيث قال : «وقال
الشيخ في النهاية : وإذا كان الرهن دابة فركبها المرتهن كانت نفقتها عليه وكذلك
إن كانت شاة شرب لبنها كانت عليه نفقتها وإذا كان عند الإنسان دابة أو حيوان
رهناً فإن نفقتها على الراهن دون المرتهن فإن انفق المرتهن عليها كان له ركبها
والانتفاع بها أو الرجوع على الراهن بما انفق » الخ .
والظاهر أن ما أفاده صاحب الحقائق من الاستبعاد في محله وإن ما أفاده الشيخ
قدس سره من نهاية موافق لحديث أبي ولاد وأما الحديث الآخر فلا اعتبار به سنداً
والله العالم .

- (١) كتزويج العبد وتعليمه وتقبييل الجارية وأمثالها إذ لا مقتضي للمنع .
- (٢) بلا خلاف كما في الحقائق مضافاً إلى أن عدم الجواز مع فرض التنافي
من الواضحات بحيث لا يحتاج إلى الاستدلال فلاحظ .
- (٣) فراجع ما ذكرناه هناك ولا نعيد .
- (٤) إذ مسح عدم استلزامه الرباء لا مانع منه في حد نفسه فيصح اشتراطه

وان برئت ذمة الراهن من الدين^(١) ولو شرط في عقد الرهن وكالة المرتهن أو غيره في البيع لم ينزل مادام حياً^(٢) ولو أوصى إليه لزم^(٣) وحق الرهانة موروث^(٤) والمرتهن أمين لا يضمن بدون التعدي^(٥)

ويلزم .

(١) إذا شرط في ضمن العقد يلزم فلا بد من رعايته إلى نهاية أمده ولا وجه

لربطه بالرهن بقاء أكما هو ظاهر لمن له خبرة بالصناعة .

(٢) فإن الوكالة تلزم بالشرط في ضمن العقد .

(٣) لنفوذ الوصية عند اجتماع شرائطها .

(٤) كبقية الحقوق فإن الحقوق تورث كالأموال نعم لا إشكال في عدم قابلية الارث

بالنسبة إلى بعض الحقوق فلاحظ ولنا إشكال في ارث الحقوق تعرضنا له في ارث الخيار فراجع .

(٥) قال في الجواهر في هذا المقام (*) (١) بلاخلاف أجده فيه بيننا بل ظاهر

كشف الحق وغيره الاجماع عليه بل عن الخلاف والغنية والسرائر والتذكرة والمفاتيح دعواه صريحاً الخ .

وتدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه جميل بن دراج قال قال:

أبو عبدالله عليه السلام في رجل رهن عند الرجل رهناً فضاع الرهن قال : هو من مال الراهن ويرجع المرتهن عليه بماله (*) (٢) .

ومنها ما رواه ابان بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في الرهن :

إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع بحقه على الراهن فاخذه وان استهلكه ترادى الفضل بينهما (*) (٣) .

ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يرهن عند الرجل الرهن فبصيبه توى أو ضياع قال : يرجع بماله عليه (* ١) .

ومنها ما رواه اسحق بن عمار عن أبي ابراهيم عليه السلام قال : قلت : الرجل يرتهن العبد فيصيبه عور أو ينقص من جسده شيء على من يكون نقصان ذلك ؟ قال : على مولاه قلت : ان الناس يقولون : ان رهنت العبد فمرض او انفأت عينه فاصابه نقصان من جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد قال : رأيت لو ان العبد قتل « قتيلا » على من يكون جنايته ؟ قال : جنايته في عنقه (* ٢) .
ومنها ما رواه الحلبي في الرجل يرهن عند الرجل رهناً فيصيبه شيء أو ضاع قال : يرجع بماله عليه (* ٣) .

ومنها ما رواه اسحق بن عمار قال : قلت لأبي ابراهيم عليه السلام الرجل يرهن الغلام والدار فتصيبه الافة على من يكون ؟ قال : على مولاه ثم قال : رأيت لو قتل قتيلا على من يكون ؟ قلت هو في عنق العبد قال : ألا ترى فلم يذهب مال هذا ثم قال : رأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ ما تبي دينار لمن كان يكون قلت : لمولاه قال : كذلك يكون عليه ما يكون له (* ٤) .

ومنها ما رواه ابان بن عثمان عن اخبره عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في الرهن : اذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه على الراهن فاخذه فان استهلكه ترادا الفضل بينهما (* ٥) .

ومنها ما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا رهنت

(١) نفس المصدر الحديث : ٣

(٢) نفس المصدر الحديث : ٤

(٣ و ٤) نفس المصدر الحديث : ٥ و ٦

(٥) نفس المصدر الحديث : ٧

عبد أودابة فمات فلاشيء عليك وإن هلك الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن (*) (١).
ومنها ما رواه إبان عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل رهن عند
رجل داراً فاحترقت أو انهدمت قال : يكون ماله في تربة الأرض وقال في رجل
رهن عنده مملوكة تجذم أو رهن عنده متاع فلم ينشر المتاع ولم يتعاهده ولم يحركه
فتأكل هل ينقص ماله بقدر ذلك ؟ قال : لا (*) (٢).

وجملة من النصوص تدل على ضمانه على الإطلاق منها ما رواه أبو حمزة قال :
سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام : يترادان الفضل فقال : كان
علي عليه السلام يقول ذلك قلت : كيف يترادان ؟ فقال : إن كان الرهن أفضل مما رهن به
ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه وإن كان لا يسوي رد الراهن ما نقص من
حق المرتهن قال : وكذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك (*) (٣).
ومنها ما رواه ابن بكير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام في الرهن فقال : إن
كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن وإن كان أقل
من ماله فهلك الرهن أدى إليه صاحبه فضل ماله وإن كان الرهن سواء فليس عليه
شيء (*) (٤).

ومنها ما رواه عبد الله بن الحكم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل
رهن عند رجل رهناً على ألف درهم والرهن يساوي القين وضاع قال : يرجع عليه
بفضل ما رهنه وإن كان أنقص مما رهنه عليه رجع على الراهن بالفضل وإن كان الرهن
يسوي ما رهنه عليه فالرهن بما فيه (*) (٥) وتقييد الاطلاقات بما يدل على عدم الضمان

١ و ٢) نفس المصدر الحديث : ٨ و ٩

٣) الوسائل الباب ٧ من أبواب الرهن الحديث : ١

٤) نفس المصدر الحديث : ٣

٥) نفس المصدر الحديث : ٥

ويضمن معه لمثله ان كان مثلياً^(١) والاقيمته يوم التعدي^(٢) والقول قوله مع يمينه في قيمته وعدم التفريط^(٣) وقول الراهن في قدر الدين^(٤) وهو أحق به من باقي الغرماء اذا صار الراهن مفلساً^(٥)

وتحمل على صورة الافراط أو التفريط .

(١) كما هو المقرر .

(٢) لحديث أبي ولاد عن الصادق عليه السلام قيمة بغل يوم خالفته (* ١) الدال على أن الميزان والمعيار بيوم الغصب .

(٣) لأنه موافق مع الأصل .

(٤) الكلام فيه هو الكلام فان الأصل معه .

(٥) ادعي عليه عدم الخلاف بل ادعي عليه الاجماع مضافاً الى جملة من النصوص الدالة على أن الرهن وثيقة للدين وفائدتها شرعاً وعرفاً استيفاء الدين منها . منها ما رواه عبدالله بن سنان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السلم في الحيوان والطعام ويرتهن الرجل بماله رهناً قال : نعم استوثق من مالك (* ٢) ومنها ما عن معاوية قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يسلم في الحيوان ويرتهن الرهن قال : لا بأس تستوثق من مالك (* ٣) ومثلها ما رواه محمد بن مسلم ويعقوب ابن شبيب (* ٤) .

وفي المقام حديثان أحدهما ما رواه عبدالله بن حكم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أفلس وعليه دين لقوم وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم

(١) الوسائل الباب ١٧ من الاجارة الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب الرهن الحديث : ١

(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب الرهن الحديث : ٩

(٤) نفس المصدر الحديث : ٦٥٥

ولو فضل من الدين شيء شارك في الفاضل^(١) ولو فضل من الرهن وله دين بغير رهن تساوى الغرماء فيه^(٢) ولو تصرف المرتهن بدون اذن الراهن ضمن^(٣) وعليه الاجرة^(٤) ولو اذن الراهن فى البيع قبل الاجل فباع لم يتصرف فى الثمن الا باذن الراهن^(٥) حتى بعد الاجل^(٦) واذا

فمات ولا يحيط ماله بما عليه من الدين قال : يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على ارباب الدين بالحصص (* ١) .

ثانيهما ما رواه سليمان بن حفص المروزي قال كتبت الى ابي الحسن عليه السلام في رجل مات وعليه دين ولم يخلف شيئاً الا رهنا في يد بعضهم فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن يأخذ بماله أو هو وسائر الديان فيه شركاء ، فكتب عليه السلام : جميع الديان في ذلك سواء يتوزعونه بينهم بالحصص (* ٢) ، يستفاد خلاف المدعى منهما لكنهما ضعيفان سنداً .

(١) كما هو مقتضى القاعدة اذ المفروض انه احد الغرماء فيشارك غيره في الفاضل .

(٢) هذا ايضاً على طبق القاعدة الاولى في هذا الباب فلاحظ .

(٣) اذ المفروض ان يده يد عدوان فيضمن على طبق القاعدة الاولى .

(٤) بلا كلام اذ المفروض انه ليس له التصرف فتثبت عليه الاجرة الاعلى القول بالتفصيل الذي تقدم (* ٣) .

(٥) اذ المفروض ان الثمن ملك للراهن فلا يجوز التصرف فيه الا باذنه .

(٦) لانه لا يخرج عن ملكه بعد حلول الاجل .

(١) الوسائل الباب ١٩ من ابراب الرهن الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) لاحظ ص : ٢١٠

لم ياذن في الاستيفاء حينئذ جاز للمرتهن الاستيفاء بلاذن^(١) كما انه
لولم ياذن في البيع حينئذ وامتنع من وفاء الدين جاز للمرتهن البيع
والاستيفاء بلاذن^(٢) والاحوط استحباباً مراجعة الحاكم الشرعى^(٣)
ولو خاف المرتهن جمود الوارث عند موت الراهن ولا يئنه جاز أن
يستوفى من الرهن مما فى يده^(٤)

(١) اذ لو لم يجز لا يترتب على الرهن الأثر المرغوب فيه وبعبارة اخرى الغاية
المرتبة على الرهن امكان استيفاء الدين من تلك الوثيقة فلا يتصور عدم الجواز
الا في صورة اذن الراهن أو وفاء الدين بطريق آخر .

(٢) الكلام فيه هو الكلام والتقريب هو التقريب .

(٣) لا اشكال في حسن الاحتياط .

(٤) قد ذكرت في تقريب الاستدلال على المدعى وجوه :

الأول : ان فائدة الرهن جواز بيع الوثيقة عند عدم امكان الاستيفاء من غيرها
وفيه انه فرض موت الراهن وانتقال الوثيقة الى الوارث وعقد الرهن مع الراهن
لامع الورثة فاثبات الجواز يحتاج الى الدليل .

الثاني : لزوم الحرج على المرتهن وفيه اولاً : انه اخص من المدعى اذ ربما
لا يكون حرج عليه ، وثانياً : قاعدة لاحرج شأنها النفي لا الاثبات .

الثالث : قاعدة الضرر وفيه اولاً : ان القاعدة شأنها النفي لا الاثبات وثانياً : انما
يتم على المسلك المشهور في مفاد القاعدة وأما على مسلك الشيخ الشريعة قدس
سره فلا تتم لاثبات المدعى .

الرابع : ما رواه المروزي انه كتب الى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات
وله ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالا وان عنده رهناً فكتب عليه السلام : ان كان له

على الميت مال ولا بينة له عليه فليأخذ ماله بما في يده وليرد الباقي على ورثته (*) (١)
وهذه الرواية ضعيفة سنداً وعمل المشهور بها على تقدير تحققه لا يوجب اعتبارها
كما هو المقرر عندنا تبعاً لسيدنا الاستاد .

الخامس: النصوص الدالة على جواز المقاصة منها: ما رواه داود بن رزين
قال: قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: اني اخالط السلطان فتكون عندي الجارية
فيأخذونها والدابة الفارسة فيبعثون فأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي أنأخذه
قال : خذ مثل ذلك ولا تزدد عليه (*) (٢) .

ومنها ما رواه جميل بن دراج قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل
يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده يأخذه وان لم
يعلم الجاحد بذلك قال : نعم (*) (٣) .

ومنها ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته
عن الرجل الجحود أيحل أن أجحده مثل ما جحد؟ قال: نعم ولا تزداد (*) (٤) .
وفيه ان المستفاد من هذه النصوص جواز التقاص في مورد تحقق الخيانة
وانكار الحق المعلوم عند المنكر وفي المقام لم يفرض علم الوارث بالحال فعلى
طبق القاعدة لا يجب عليه تصديق ما يدعي المرتهن .

السادس: الاجماع قال في الجواهر: « وقد صرح به الأصحاب من غير خلاف
يعرف بل عن شرح الارشاد الاجماع ان للمرتهن الاستيفاء من الرهن » الى أن قال

(١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب الرهن

(٢) الوسائل الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٠

(٤) نفس المصدر الحديث ١٣

والقول قول المالك مع ادعاء الودیعة وادعاء الآخر الرهن^١

« وعن مجمع البرهان الاجماع أيضاً » الخ وهل يمكن اثبات المدعى بالاجماع المدعى في المقام؟ والله العالم .

(١) لكونه موافقاً مع الأصل فان اثبات كونه رهناً يتوقف على اقامة البينة هذا مقتضى القاعدة الأولية ولكن يستفاد من بعض النصوص كحديث ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث فان كان الرهن اقل مما رهن به او اكثر واختلفا فقال : هو رهن وقال الآخر هو وديعة قال : على صاحب الودیعة البينة فان لم يكن بينة حلف صاحب الرهن (* ١) .

وحديث عباد بن صهيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متاع في يد رجلين احدهما يقول : استودعته لكاه « استودعته لكاه » والآخر يقول : هو رهن قال فقال : القول قول الذي يقول هو انه رهن الا أن يأتي الذي ادعى انه اودعه بشهود (* ٢) ان القول قول مدعى الرهانة .

وربما يقال : الحديثان مطلقان فيقيدان بحديث ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام انه قال في رجل رهن عند صاحبه رهناً فقال الذي عنده الرهن : ارتهنته عندي بكذا وكذا وقال الآخر : انما هو عندك وديعة فقال : البينة على الذي عنده الرهن ان يكذا وكذا فان لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن البمين (* ٣) .

فان مقتضى اطلاق الحديثين عدم الفرق بين ثبوت الدين وعدمه وهذا الاطلاق يقيد بحديث ابن مسلم ولكن الانصاف انه لامجال لهذا التقريب فان النصوص كلها متساوية من هذه الجهة وبعبارة اخرى كلها مطلقة فيقع التعارض بينها والترجيح بالأحدثه مع حديثي ابن صهيب وابن أبي يعفور .

١ (٢ و ١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الرهن الحديث : ٢ و ٣

٢ (٣) نفس المصدر الحديث : ١

كتاب الحجر

واسبابه امور : الاول الصغير ^١ فالصغير ممنوع من التصرف
الامع البلوغ ^٢

واما حديث ابن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل قال لرجل : لي عليك ألف درهم فقال الرجل : لا ولكنها ودیعة فقال أبو عبد الله عليه السلام : القول قول صاحب المال مع يمينه (* ١) فهو متعرض لحكم خاص في مورد مخصوص فلا يمكن التعدي عن مورده فلاحظ .

(١) قال في الحدائق : « لاختلاف في الحجر على الصغير ما لم يبلغ في الجملة الخ » (* ٢) .

(٢) ويمكن الاستدلال على المدعى بوجوه :

الوجه الأول : قوله تعالى « وابتلوا الیتیم حتی اذا بلغوا النکاح فان انتم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » (* ٣) بتقريب ان المستفاد من الآية الشريفة انه لا يدفع الى الیتیم ماله الا مع تحقق امرين : البلوغ والرشد .

وبعبارة اخرى : ان مقتضى المفهوم عدم الدفع اليه اذا كان غير بالغ أو اذا كان غير رشيد وعدم الدفع لأجل كونه محجوراً عليه وممنوعاً عن التصرف والمستفاد من الآية وان كان التصرف في ماله ولكن يمكن أن يقال : بعدم القول بالفصل يثبت منعه عن التصرفات على الإطلاق .

الوجه الثاني : ما رواه عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله

(١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب الرهن الحديث : ١

(٢) الحدائق ج ٢٠ ص : ٣٤٣

(٣) النساء/ ٦

عن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال : اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة ، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلوة ، وجرى عليه القلم ، والجارية مثل ذلك ان أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم (* ١) .

فان مقتضى هذه الرواية ان جريان القلم على الصبي مشروط بالبلوغ وقبل البلوغ لا يجري عليه القلم بل القلم مرفوع عنه ومقتضى الاطلاق عدم الفرق بين قلم التكليف والوضع فلا يترتب على معاملاته وعقوده وإيقاعاته اثر .
الوجه الثالث : ما يدل من النصوص على عدم جواز امر الصبي وبضيه الا بالبلوغ :

منها ما رواه حمران عن أبي جعفر عليه السلام قال : ان الجارية ليست مثل الغلام ان الجارية ان تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع اليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع وأقيمت عليها الحدود التامة واخذت لها وبها قال : والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك (* ٢) .

ومنها ما رواه أبو الحسين الخادم بياح اللؤلؤ عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره ؟ قال : حتى يبلغ أشده قال : وما أشده قال : احتلامه قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو اقل أو اكثر ولم يحتلم قال : اذا بلغ وكتب عليه الشيء « ونبت عليه الشعر » جاز عليه أمره الا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً (* ٣) ومثلهما غيرهما فان مقتضى اطلاق هذه

(١) الوسائل الباب ٤ من مقدمات العبادات الحديث : ١٢

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الحجر الحديث : ١

(٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب الحجر الحديث : ٥

النصوص عدم نفوذ تصرفه .

الوجه الرابع: ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : عمد الصبي وخطاه واحد (*) (١) فان مقتضى هذه الرواية ان عمد الصبي كخطائه فلا يترتب اثر على افعاله وتخصيص الرواية بجناياته الموجبة للدية لاوجه له فان الرواية مطلقة ولا مقتضي للتقييد فلاحظ .

وربما يستدل على جواز تصرفات الصبي بوجوه ايضاً :

الوجه الاول : الآية الشريفة وقد ذكر في تقرير الاستدلال بها على المدعى تقريران :

احدهما : ان المستفاد منها ان المدار الرشده وانما ذكر البلوغ لكونه اشارة عليه ولا خصوصية له وبعبارة اخرى الجملة الأخيرة استدراك على المصدر فالصبي الرشيد امره نافذ .

وفيه : ان جعل البلوغ اشارة وطريقاً الى الرشده خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة .
ثانيهما : ان الابتلاء والامتحان تعلق في الآية باليتامى فيستفاد من الآية الشريفة ان اليتيم اذا ابتلي وعلم انه رشيد يصح أمره وينفذ .

وفيه اولاً : انه يمكن أن يكون المراد بالابتلاء ما يتعلق ببلوغه اى يبتلى كى يعلم انه بلغ ام لا وثانياً : نفرض ان الابتلاء لأجل استعمال رشده ولكن لاتنافي بين كون الابتلاء لاستعمال الرشده وأن يكون نفوذ الأمر مترتباً على المركب من البلوغ والرشده كما هو ظاهر الآية .

وصفوة القول : انه لامناص عن العمل بالظاهر وظاهر الآية يقتضي ترتب النفوذ على البلوغ والرشده والا لم يكن وجه لذكر البلوغ .

والرشد^١ ويعلم الاول بانبات

الوجه الثاني: النصوص الدالة على جواز وصيته ووقفه وصدقته وعنته لاحظ ما رواه أبو بصير يعنى المرادي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: اذا بلغ الغلام عشر سنين واوصى بثلاث ماله في حق جازت وصيته واذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (* ١) .

وما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز في ماله ما اعتق او تصدق او أوصى على حد معروف وحق فهو جاز (* ٢) .

وما رواه زرارة أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال: اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له من ماله ما اعتق ونصدق على وجه المعروف فهو جاز (* ٣) وفيه : ان هذه النصوص على فرض تماميتها سنداً ودلالة تقتضي التخصيص في ادلة المنع ودليل المنع لا يكون آياً عن التخصيص .

الوجه الثالث : ما ارسله في المبسوط على ما نقل عنه « وروي انه اذا بلغ عشر سنين وكان رشيداً كان جاز التصرف » والمرسل لا اعتبار به .

الوجه الرابع : السيرة بدعوى جريانها على ترتيب الأثر على تصرفاته . وفيه : ان جريان السيرة من المشرعة المبالين بالشرع والشرعة اول الكلام والاشكال فالنتيجة عدم دليل على جواز تصرفات الصبي .

(١) كما يستفاد من الآية الشريفة وتدل على المدعى جملة من النصوص: منها ما رواه هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال : انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو اشده وان احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فلبمسك عنه وليه

(١) الوسائل الباب ٤٤ من احكام الوصايا الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ١

(٣) الوسائل الباب ٥٦ من أبواب المقت الحديث : ١

الشعر الخشن على العانة^{١)}

ماله (* ١) .

١) ادعى عليه عدم الخلاف بل الاجماع وقال في الحقائق : « قال في التذكرة وهو مختص بشعر العانة الخشن ولا اعتبار بالشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر بل الخشن الذي يحتاج في ازالته الى الحلق حول ذكر الرجل وفرج المرأة وقال ايضاً في الكتاب المذكور انبات هذا الشعر دليل البلوغ في حق المسلمين والكفار عند علمائنا اجمع » (* ٢) الى أن قال : « قال في المسالك بعد قول المصنف - ويعلم بلوغه بانبات الشعر الخشن على العانة - ما لفظه : ويعبر عنه بالزغب » (* ٣) الخ .

وتدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه الكناسي قال قلت لأبي جعفر عليه السلام : متى يجوز للاب أن يزوج ابنته ولا يستأمرها ؟ قال : اذا جاز تسع سنين فان زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها اذا بلغت تسع سنين الى أن قال قلت : فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية ؟ فقال : يا أبا خالد ان الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان بالخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك الخ (* ٤) وهذا الحديث مخدوش بالكناسي .

ومنها ما رواه حمزان قال: سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة ويقام عليه ويؤخذ بها ؟ قال : اذا خرج عنه البيت وادرك قلت : فلذلك حد يعرف به فقال: اذا احتلم او بلغ خمس عشرة أو اشعر

١) الوسائل الباب ١ من أبواب الحجر الحديث : ١

٢) الحقائق ج ٢٠ ص : ٣٤٦

٣) الحقائق ج ٢٠ ص : ٣٤٧

٤) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث : ٩

أو الاحتلام^١

أو أنبت قبل ذلك أقيمت عليه الحدود التامة واخذ بها واخذت له (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بحمزة وغيره .

ومنها ما رواه أبو البختري عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام انه قال عرضهم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يومئذ يعني بني قريظة على العانات فمن وجده أنبت قتله ومن لم يجده أنبت ألحقه بالذراري (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة أيضاً سنداً فالعمدة الاجماع والتسالم بين الأصحاب .

(١) الظاهر انه لاخلاف فيه بين الأصحاب ويدل عليه قوله تعالى وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم (* ٣) وعن التذكرة : « الاحتلام هو خروج المنى وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد » وعنه أيضاً : « الحلم خروج المنى من الذكر أو قبل المراءة مطلقاً سواء كان بشهوة أو بغير شهوة وسواء كان بجماع أو غير جماع وسواء كان في نوم أو يقظة » .

وتدل على المدعى ايضاً جملة من النصوص منها ما رواه حمران عن أبي جعفر عليه السلام قال : ان الجارية ليست مثل الغلام ان الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع اليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع وأقيمت عليها الحدود التامة واخذت لها وبها قال : والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك (* ٤) .

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٨

(٣) النور / ٥٩

(٤) الوسائل الباب ٢ من أبواب الحجر الحديث : ١

اول الحيض^١

ومنها ما رواه طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام ان اولاد المسلمين موسومون عند الله شافع ومشفع فاذا بلغوا اثنى عشرة سنة كتبت لهم الحسنات فاذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات (*) (١) .

ومنها ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه قال : سألته عن البتيم متى ينقطع يتمه قال : اذا احتلم وعرف الأخذ والعطاء (*) (٢) .

ومنها ما عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آبائه عليهم السلام في وصية النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي عليه السلام قال يا علي لا يتم بعد احتلام (*) (٣) .

ومنها ما رواه الأعمش عن أبي ظبيان قال أتني عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها فقال علي عليه السلام أما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفتق وعن النائم حتى يستيقظ (*) (٤) .

ومنها مرسل الفقيه قال : وفي خبر آخر علي الصبي اذا احتلم الصيام وعلى المرأة اذا حاضت الصيام (*) (٥) .

ومنها ما رواه عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته متى تجب عليه الصلوة قال : اذا أتني عليه ثلاث عشرة سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلوة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك ان أتني لها ثلاث عشرة سنة او حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلوة وجرى عليها القلم (*) (٦) .

(١) لاحظ ما رواه عمار (*) (٧) ان قلت لا اشكال في عدم التحيض قبل البلوغ

١ و ٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ١ و ٦

٣) نفس المصدر الحديث : ٩

٤) نفس المصدر الحديث : ١١

٥) نفس المصدر الحديث : ١٠

٦ و ٧) نفس المصدر الحديث : ١٢

اواكمال خمس عشرة سنة في الذكر^(١)

تسأ فكيف يكون البلوغ بالحيض ؟ وبعبارة اخرى الحيض قبل التسع لا يكون حيضاً شرعاً كما صرح الماتن به في بحث الحيض وبعد التسع يكون البلوغ بالسن فأين تظهر الفائدة ؟ قلت : تظهر الفائدة في مجهول السن وبعبارة اخرى لو ترى الجارية الدم الذي يكون حيضاً قطعاً ولا تدري ان سنها بلغ التسع أم لا ؟ يحكم بكونها بالغه ولا مجال لاستصحاب عدم بلوغ سنها تسعاً وان شئت قلت : دم الحيض في مجهولة السن اشارة على البلوغ ومع وجود الامارة لا مجال للأصل فلا يجري الاستصحاب فلاحظ .

(١) ما يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على المدعى وجهان :

الوجه الأول : الاجماع والتسالم القطعي على تحقق البلوغ باكمال خمس عشرة فمادام لم يكمل هذا المقدار يجري استصحاب عدم البلوغ بل مقتضى الآية « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح (* ١) » واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا » (* ٢) والرواية عدم تحقق البلوغ قبل تحقق الحلم خرج عنه بلوغ هذا المقدار من السن بمقتضى الاجماع والتسالم .

الوجه الثاني : النصوص الدالة على المدعى منها ما رواه حمزان عن أبي جعفر عليه السلام في حديث الى أن قال قال : والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك (* ٣) .

ومنها ما رواه بريد (يزيد) الكناسي قال : قلت : لأبي جعفر عليه السلام متى يجوز للاب أن يزوج ابنته ولا يستأمرها ؟ الى أن قال : قلت : فالغلام يجري في

(١) النساء / ٦

(٢) النور / ٥٩

(٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب الحجر الحديث : ١

ذلك مجري الجارية قال يا أبا خالدان الغلام اذا زوجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة او يشعر فسى وجهه او ينبت فسى عانته قبل ذلك (*) (١) .

ومنها ما رواه معاوية بن وهب فى حديث قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام فى كم يؤخذ الصبي بالصيام ؟ قال ما بينه وبين خمس عشرة سنة واربع عشرة سنة فان هو صام قبل ذلك فدعه ولقد صام ابني فلان قبل ذلك فتركته (*) (٢) .

وفى قبال هذه النصوص روايات يستفاد منها خلاف المدعى منها ما رواه الثمالى عن أبى جعفر عليه السلام قال قلت له : فى كم تجري الأحكام على الصبيان قال فى ثلاث عشرة واربع عشرة قلت : فانه لم يحتلم فيها قال : وان كان لم يحتلم فان الأحكام تجري عليه (*) (٣) .

وهذه الرواية ضعيفة سنداً فدلّل كون البلوغ باربع عشرة سنة ضعيف سنداً ومنها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام قال : سأله أبى وأنا حاضر عن قول الله عزوجل حتى اذا بلغ اشدّه قال : الاحتلام قال : فقال : يحتلم فى ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها فقال : لا اذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز أمره الا أن يكون سفياً أو ضعيفاً (*) (٤) .
ومنها ما رواه عمار عن أبى عبدالله عليه السلام قال : سألت عن الغلام متى تجب عليه الصلوة قال : اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلوة (*) (٥) .

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح ومقدماته الحديث : ٩

(٢) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم الحديث : ١

(٣) الوسائل الباب ٤٥ من أبواب احكام الوصايا الحديث : ٣

(٤) الوسائل الباب ٤٤ من أبواب الوصايا الحديث : ٨

(٥) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ١٢

فان المستفاد من هذه الطائفة ان البلوغ يتحقق بثلاث عشرة سنة فيقع التعارض بين هذه الطائفة وما يدل على أن البلوغ يحصل بخمس عشرة سنة وحيث لا مرجح في احد الطرفين يتساقطان فقبل الخمس عشرة يحكم بعدم تحقق البلوغ بالتقريب المتقدمة وأما بعدها فلا اشكال في تحقق البلوغ فلاحظ الا أن يقال: ان احد الطرفين أحدث فيدخل المقام في باب اشتباه الحجة بغيرها .

ومنها ما يدل على تحققه بشمان سنين لاحظ ما رواه حسن بن راشد عن العسكري عليه السلام قال : اذا بلغ الغلام ثمانى سنين فجائز امره في ماله وقد وجب عليه الفرائض والحدود واذا تم للجارية سبع سنين فكذلك (*) (١) وهذه الرواية ضعيفة سنداً بضعف اسناد الشيخ الى ابن فضال .

ومنها ما يدل على تحققه بعشر سنين لاحظ ما رواه أبو ايوب قال : سألت اسماعيل بن جعفر متى تجوز شهادة الغلام ؟ فقال : اذا بلغ عشر سنين قلت : ويجوز أمره ؟ قال : فقال : ان رسول الله صلى الله عليه وآله دخل بمائشة وهى بنت عشر سنين وليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة فاذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره وجازت شهادته (*) (٢) وهذه الرواية ضعيفة بالمبيدي مضافاً الى أنها غير مستندة الى المعصوم .

ويمكن الاستدلال على تحققه بعشر سنين بما يدل على جواز عتقه وصدقته ووصيته ووقفه لاحظ ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : اذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته واذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (*) (٣) .

(١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٤

(٢) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الشهادات الحديث : ٣

(٣) الوسائل الباب ٤٤ من الوصايا الحديث : ٢

وتسم في الاثنى^(١)

وما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته (* ١) .

وما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق او تصدق او اوصى على حد معروف وحق فهو جاز (* ٢) .

وما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا بلغ الصبي خمسة اشبار اكلت ذبيحته واذا بلغ عشر سنين جازت وصيته (* ٣) .

وما رواه ابو بصير وابو ايوب عن أبي عبدالله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصي قال : اذا أصاب موضع الوصية جازت (* ٤) .

وما رواه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت عن وصية الغلام هل تجوز قال : اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته (* ٥) .

فيقع التعارض بين الجانبين ولكن يمكن أن يقال : ان صحة عتقه وصدقة ووقفه اعم من بلوغه مضافاً الى أنه قد صرح في بعض النصوص بعدم بلوغه بعشر سنين لاحظ ما رواه أبو بصير عن أبي عبدالله عليه السلام في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى بامرأة قال يجلد الغلام دون الحد وتجلد المرأة الحد كاملاً قيل : فان كانت محصنة قال : لا ترجم لأن الذي نكحها ليس بمدرک ولو كان مدرکاً لرجم (* ٦) فالنتيجة ان البلوغ يتحقق بخمس عشرة سنة والله العالم بحقايق الأشياء.

(١) كما هو المشهور عندهم بل هو الذي استقر عليه المذهب - على ما في

(١) نفس المصدر الحديث : ٣

(٢ و ٣ و ٤) نفس المصدر الحديث : ٤ و ٥ و ٦

(٥) نفس المصدر الحديث : ٧

(٦) الوسائل الباب ٩ من ابواب حد الزنا الحديث : ١

الجواهر - ويظهر من الشيخ قدس سره في الخلاف في كتاب الحجر انه اجماعي
وبدل على المدعى بعض النصوص منها ما رواه حمزان قال سألت ابا جعفر عليه
السلام قلت له : متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود النامة ؟ الى أن قال :
قلت : فالجارية متى تجب عليها الحدود النامة وتؤخذ بها ويؤخذ لها ؟ قال : ان
الجارية ليست مثل الغلام ان الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب
عنها اليتيم ودفع اليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع (*) (١) .

ومنها ما رواه يزيد الكناسي عن ابي جعفر عليه السلام قال الجارية اذا بلغت
تسع سنين ذهب عنها اليتيم وزوجت واقيمت عليها الحدود النامة لها وعليها (*) (٢)
ومنها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا بلغ الغلام
ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنه وكتبت عليه السيئة وعوقب واذا بلغت الجارية
تسع سنين فكذلك وذلك أنها تحيض لتسع سنين (*) (٣) .

ويمكن الاستدلال على المدعى بالنصوص الدالة على جواز الدخول بالجارية
اذا بلغت تسع سنين منها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال
اذا تزوج الرجل الجارية وهي صغيرة فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين (*) (٤) .
ومنها ما رواه زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال : لا يدخل بالجارية حتى
يأتي لها تسع سنين او عشر سنين (*) (٥) وغيرهما مما ورد في الباب المشار
اليه .

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمة العبادات الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) الوسائل الباب ٤٤ من احكام الوصايا الحديث : ١٢

(٤ و ٥) الوسائل الباب ٤٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث ١ و ٢

والثاني باصلاح ماله عند اختباره بحيث يسلم من المغابنات وتقع افعاله على الوجه الملائم^(١) ولا يزول الحجر مع فقد احدهما^(٢) وان طعن في السن^(٣) ويثبت الرشد في الرجال بشهادة أمثالهم^(٤)

بتقريب عدم جواز الدخول بغير البالغة كما انه يمكن الاستدلال بمادل على أن الجارية تحيض لتسع سنين منها: ما رواه عبدالرحمن الحجاج قال: قال ابو عبدالله عليه السلام: ثلاث تتزوجن على كل حال التي لم تحض ومثلها لا تحيض قال: قلت: وما حدها قال اذا اتى لها اقل من تسع سنين والتي لم يدخل بها (*١). ومنها ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج ايضاً قال: سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول ثلاث يتزوجن على كل حال: التي قد يشئت من المحيض ومثلها لا تحيض قلت ومتى تكون كذلك؟ قال: اذا بلغت ستين سنة فقد يشئت من المحيض ومثلها لا تحيض والتي لم تحض ومثلها لا تحيض قلت ومتى يكون كذلك؟ قال: مالم تبلغ تسع سنين فانها لا تحيض ومثلها لا تحيض والتي لم يدخل بها (*٢) بتقريب ان الحيض لا يتحقق شرعاً قبل البلوغ.

(١) اذ لا اشكال في أنه بهذه الوسيلة يعرف انه رشيد أم لا .

(٢) بلا اشكال اذ قد مر ان المستفاد من الدليل انه محجور مادام لا يكون بالغاً ومادام لا يكون رشيداً فيلزم في ارتفاع الحجر زوال كلا الأمرين .

(٣) اذ السن لا يكون ملاكاً للرشد فلا اثر لزيادته .

(٤) اجماعاً كما في الجواهر مضافاً الى أن نفوذ شهادة الرجال على طبق القاعدة الأولية .

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب العدد الحديث : ٤

(٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب العدد الحديث : ٥

وفي النساء بشهادة الرجال^(١) وكذلك بشهادتهن على أشكال^(٢) الثاني الجنون^(٣)

- (١) بلا خلاف كما في الجواهر مضافاً الى أنه على طبق القاعدة .
- (٢) ادعى عليه الاجماع ولكن صاحب الجواهر قدس سره قال في هذا المقام «لم أتحرّقه» والظاهر ان منشأ الاشكال في عبارة الماتن ان المستفاد من الأدلة والنصوص عدم جواز شهادة النساء الا في موارد خاصة لاحظ ما رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام انه كان يقول : شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود الا في الديون ومالا يستطيع الرجال النظر اليه (*) (١) .
- ولاحظ بقية النصوص الواردة في الباب ٢٤ من أبواب الشهادات من الوسائل وعليه يشكل نفوذ شهادتهن في مورد لا يكون دليل على نفوذها فلاحظ .
- (٣) قال في الحقائق «ودليل الحجر على المجنون ظاهر من العقل والنقل» انتهى . ويمكن الاستدلال على المدعى بما ورد في الحجر على السفية بالاولوية فان السفية اذا كان محجوراً عليه من التصرف فالحجر على المجنون بالاولوية القطعية .
- ويمكن الاستدلال على المدعى بالنصوص الدالة على اشتراط العقل في تعلق التكليف منها ما رواه ابوالجارود عن ابي جعفر عليه السلام قال : انما يداق الله العباد في الحساب يوم القيمة على قدر ما آتاهم من العقول في الدنيا (*) (٢) .
- ومنها ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : اذا بلغكم عن رجل حسن حال فانظروا في حسن عقله

(١) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب الشهادات الحديث : ٤٢

(٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب مقدمة العبادات الحديث ٣

ولا يصح تصرف المجنون الا في اوقات افاقته^(١) الثالث السفه ويحجر على السفه في ماله خاصة على المشهور^(٢)

فانما يجازي بعقله (* ١) .

ومنها ما رواه هشام قال : قال ابو عبدالله عليه السلام لما خلق الله العقل قال له اقبل فأقبل ثم قال له أدبر فأدبر ثم قال: وعزتي وجلالي ما خلقت خلقاً هو احب الي منك بك آخذ وبك أعطى وعليك ائيب (* ٢) .

فان المستفاد من هذه النصوص ان المجنون خارج عن دائرة المقررات الشرعية فلا اعتبار بافعاله وتروكه ولا يترتب على عقده وايقاعه اثر شرعي ويؤيد المدعى ما رواه ابن ظبيان قال أتني عمر بامرأة مجنونة قد زنت فامر برجمها فقال علي عليه السلام : اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ (* ٣) .

فان مقتضى اطلاق الرفع ارتفاع الذمام عنه وان شئت قلت : ان المستفاد من مجموع الروايات ان المجنون في نظر الشارع كالحيوانات .

(١) كما هو ظاهر اذ زمان افاقته يكون جامعاً للشرائط فما يصدر عنه صحيح كالصادر عن غيره وما يصدر عنه في زمان جنونه لا يصح لفقدان شرط الصحة فلاحظ .

(٢) قال في الجواهر : « وكيف كان فلو باع والحال هذه اي غير رشيد لم يمض بيعه ولا شرائه ولا غير ذلك من عقوده ومعاملاته اذا حجر عليه الحاكم أو مطلقاً على الخلاف وكما لو وهب او اقر بمال والضابط : المنع من التصرفات

(١) نفس المصدر الحديث : ٥

(٢) نفس المصدر الحديث : ٦

(٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ١١

الرابع الملك : فلا ينعقد تصرف المملوك بدون اذن مولاه^١ ولو ملكه مولاه شيئاً ملكه على الاصح وكذا غيره اذا كان باذن المولى^٢

المالية بلا خلاف اجده فيه بل يمكن تحصيل الاجماع عليه بل عن مجمع البرهان دعواه وهو المحجة « الخ (*) (١) » .

ويدل على المدعى الكتاب والسنة كما مر تقريب الاستدلال بهما في اشتراط الرشد في صحة المعاملة فراجع وعلى الجملة المستفاد من الدليل ان غير الرشيد ممنوع من التصرف المالي وأما حجره على الاطلاق فلا دليل معتبر عليه ظاهراً .

(١) قال في الجواهر : « لا يجوز للمملوك فضلاً عن غيره ان يتصرف في نفسه باجارة ولا استدانة ولا غير ذلك من العقود ولا بما في يده يبيع ولا هبة الا باذن سيده ولو حكم له بملكه » (*) (٢) .

(٢) لاحظ ما رواه عمر بن يزيد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له وقد كان مولاه يأخذ منه ضربية فرضها عليه في كل سنة ورضى بذلك المولى فاصاب المملوك في تجارته مالا سوى ما كان يعطى مولاه من الضريبة فقال: اذا ادى الى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك (*) (٣)

ولا حظ حديث اسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما تقول في رجل يهب لعبده ألف درهم او اقل او اكثر فيقول حللني من ضربي اياك ومن كل ما كان مني اليك ومما اخفنتك وارهبنتك فيحلله ويجعله في حل رغبة فيما اخطاه ثم ان المولى بعد اصاب الدراهم التي كان أعطاها في موضع قد وضعها فيه العبد فأخذها المولى احلال هي له ؟ قال: فقال : لا تحل له لانه اقتدى بهانفسه من العبد

(١) الجواهر ج ٢٦ ص : ٥٦

(٢) الجواهر ج ٢٥ ص : ٦٩

(٣) تهذيب الاحكام ج ٨ ص ٢٢٤ حديث : ٤٠

الخامس : الفلاس ويحجر على الفلاس بشروط اربعة^(١) ثبوت ديونة عند الحاكم^(٢) وحلولها^(٣) وقصور امواله عنها^(٤) ومطالبة اربابها بالحجر^(٥)

مخافة العقوبة والقصاص يوم القيامة (* ١) .

فان المستفاد من الحديثين ان العبد يملك وحيث ان المسئلة خارجة عن محل الابتلاء تقتصر من البحث فيها على هذا المقدار والله ولي التوفيق وعليه التكلان.

(١) تحقق الحجر به يحتاج الى دليل وبعبارة اخرى يكون تصرف المالك في ماله نافذاً شرعاً الا أن يقوم دليل على المنع وحيث انه لا دليل عليه بدون الشروط المذكورة يتوقف تحققه عليها .

(٢) لأصالة بقاء سلطنته على ماله وبتعبير آخر عدم تحقق الحجر بكون على مقتضى القاعدة الأولية وجواز التصرف ونفوذه قبل تحققه على القاعدة مضافاً الى أنه مادام لا يثبت كونه مديوناً عند الحاكم لا يقدّر الحاكم على حجره كما هو ظاهر (٣) اذ مع عدم الحلول لا يستحق الدين المطالبة ولعل الله يحدث بعد ذلك امراً وبعبارة واضحة لا دليل على جواز الحجر عليه فلا يجوز فان الجواز يحتاج الى الدليل وعدم الجواز على طبق القاعدة .

(٤) قال في الجواهر : « فان لم تكن قاصرة فلا حجر عليه اجماعاً محكياً في جامع المقاصد والمسالك وظاهر التذكرة بل طالبه ارباب الدين فان قضى والا رفعوا امرهم الى الحاكم فيحبسه الى أن يقضى او يبيع عليه ويقضى عنه لأنه ولي الممتنع » (* ٢) الى آخر كلامه رفع في علو مقامه .

(٥) اذ الحق لهم فلا يحجر عليه مع عدم التماسهم ذلك فانه لا دليل على تحقق الحجر في غير هذه الصورة وصفوة القول: ان الحجر على خلاف الاصول والقواعد

(١) تهذيب الاحكام ج ٨ ص ٢٢٥ حديث : ٤١

(٢) الجواهر ج ٢٥ ص : ٢٧٩

وإذا حجر عليه الحاكم بطل تصرفه في ماله مع عدم اجازة الديان
مادام الحجر باقياً^(١) فلو اقترض بعده او اشترى في الذمة لم يشارك
المقرض والبايع الغرماء^(٢)

فلا يتحقق الا في مورد اليقين .

لكن المستفاد من النص لا يكون كذلك لاحظ ما رواه غياث بن ابراهيم عن
جعفر عن ابيه ان علياً عليه السلام كان يفلس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر
به فيقسم ماله بينهم بالحصص فان ابى باعه فقسم بينهم يعني ماله (* ١) . فان
المستفاد من هذه الرواية ان شرط جواز الحجر والتفليس التواء الرجل على غرمائه
فلا بد من تحقق اجماع على المنع كي يمنع عن الأخذ باطلاق الدليل والله العالم
(١) ما يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على المدعى وجهان : الوجه
الاول الاجماع . الوجه الثاني : حديث غياث وعمار عن أبي عبدالله عليه السلام
مثله الا أنه قال : يحبس الرجل (* ٢) .

فانه يستفاد من هذا الحديث انه بعد الحجر لا يمكنه التصرف في ماله وانه
لمعزول عنه مضافاً الى أن الاستدلال على جواز الحجر يثبت كونه محجوراً اذ لو
لم يحجر لم تكن فائدة في الحجر عليه ومع اجازة الديان يجوز تصرفه اذا المنع
من ناحيتهم فيجوز باذنهم .

(٢) لعدم دليل على المشاركة وان شئت قلت : انه بالحجر عليه اختص ماله
بالغرماء ومشاركة الغير معهم تحتاج الى شركة جديدة ولا دليل عليها مضافاً الى
دعوى الاتفاق على عدم المشاركة في صورة علم المقرض أو البايع باعساره نعم
في صورة الجهل بالحال لا يبعد الالتزام بالخيار بتقريب انه مقتضى الاشتراط

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الحجر الحديث : ١

(٢) نفس المصدر وذيل الحديث

ولو أنلف مال غيره فلا يظهر عدم مشاركة صاحبه للغرماء^(١) وكذا لو أقر بدين سابق^(٢) أو بعين^(٣) وله اجازة بيع الخيار^(٤) وفي جواز فسخه اشكال^(٥)

الارتكازي الضمني فلاحظ .

(١) لعدم دليل على المشاركة ومقتضى الأصل عدمها والظاهر انه لانص في المقام يقتضي الشركة الجديدة وأما كون الضمان بالانلاف بغير رضا صاحب المال لا يقتضي المشاركة مع الغرماء كما هو ظاهر .

(٢) والوجه فيه ان الأقرار نافذ عليه وأما بالنسبة الى غيره فلا دليل على نفوذه فلا يكون موجباً لمشاركة المقر له مع الغرماء . ان قلت قد اشتهر فيما بينهم ان مثبتات الامارات حجة فنفوذ الأقرار يستلزم ترتيب لوازمه فتلزم المشاركة .

قلت لم يرد دليل يدل على هذه الكلية بل الالتزام بترتيب اللوازم يتوقف على أمرين أحدهما : دلالة الامارة على اللازم ثانيهما : قيام دليل على حجيتها على الاطلاق فلو انتفى احد الأمرين لا يتم الأمر مثلاً اذا أخبر الثقة ببقاء زيد في قيد الحياة فقد أخبر باللوازم المترتبة على الحياة فاذا قام الدليل على حجية قوله على الاطلاق يثبت باخباره جميع اللوازم وأما في المقام فلا دليل على اعتبار قول المقر الا بالمقدار الذي يكون اقراراً على نفسه وأما بالنسبة الى الغير فلا دليل على اعتبار اقراره .

(٣) الكلام فيه هو الكلام اي لادليل على اعتبار قوله بلحاظ تحقق الضرر بالنسبة الى الغرماء .

(٤) اذ لا وجه لسقوط هذا الحق فانه يحجر عن التصرف في امواله واسقاط الخيار لا يكون تصرفاً في ماله فلا وجه لسقوط هذا الحق كما انه لا وجه لكونه محجوراً عليه عن اعماله .

(٥) ادعى في الجواهر عدم وجدان الخلاف في جوازه والذي يخطر بالبال

ومن وجد عين ماله كان له اخذها^(١) دون نمائها المنفصل^(٢) أما المتصل
فان كان كالطول والسمن وبلوغ الثمرة ونحوهما مما لا يصح للانفصال
تبعها^(٣) وما يصح لذلك كالصوف والثمره ونحوهما ففيه اشكال
والاظهر عدم التبعية^(٤)

في هذه العجالة انه ان تم اجماع تعبدى على الجواز فهو والا يشكل الالتزام
بالجواز لأن الفسخ وان كان تصرفاً في العقد لكن لا اشكال في أنه تصرف في المال
ولو بالواسطة والمفروض كونه محجوراً عليه عن التصرفات المالية وما ذكر في
المقام من أنه ليس تصرفاً ابتدائياً بل هو اثر امر ثابت قبل الحجر غير تام لأن المفلس
بعد الحجر ممنوع عن التصرف في المال فما افاده في المتن من الاشكال متين .
(١) كما هو المعروف بين الأصحاب - على ما في بعض الكلمات - وبدل
على المدعى ما رواه عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال سألت عن الرجل
يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال لا يحاصه الغرماء (*) (١) .
(٢) لعدم مقتضى اذ المفروض ان النماء تابع للأصل والمفروض ان النماء
وجد في ملك المديون والمستفاد من حديث عمر بن يزيد ان العين التي كانت
للغير تختص به وأما نمائه المنفصل فلا دليل عليه .

(٣) فان مالا يكون قابلاً للانفصال تابع للعين اذ المفروض ان العين تختص
بمالها السابق والمفروض أيضاً عدم امكان الانفصال ويمكن الاستدلال على المدعى
باطلاق حديث عمر بن يزيد .

(٤) استدلل على عدم التبعية بوجوه : الوجه الأول : ان اخذ العين خارج عن
الأصل والقاعدة فيقتصر فيه على مقدار البقين وهو اصل المتاع لانمائه .

ولو خلطها بهجنسها فله عين ماله مطلقاً وان كان بالاجود^(١) وكذا لو خلطها بغير جنسها^(٢) مالم تعد من التالف^(٣) ولا اختصاص في مال الميت مع قصور التركة^(٤)

الوجه الثاني : ان اخذه للزيادة ضرر على الغرماء وهو منفي .

الوجه الثالث : ان الزيادة مملوكة للمفلس فلا تخرج عنه مجاناً .

الوجه الرابع : انها ليست عين مال الغير فلا مقتضي لرجوعها اليه . والذي يخطر ببال القاصر ان المستفاد من حديث عمر بن يزيد ان الغرماء لا يحاصوه في ماله ولا يدل الحديث على رجوع العين الى ملك مالکها السابق كما انه لا يدل على الخيار بل المستفاد من الحديث ان له اخذ حقه من العين الباقية عند المفلس وعليه لوجه التبعية لافي النماء المتصل ولا في النماء المنفصل بل له اخذ حقه من العين فقط .

ولكن الانصاف انه لا يبعد شمول الدليل للعين مع الزيادة المتصلة نعم في الزيادة المتصلة القابلة للانفصال يشكل الالتزام بالصدق فلا يبعد ان ما اختاره الماتن هو الصحيح .

(١) بتقريب ان المأخوذ في الدليل وجود متاع الرجل بعينه واطلاقه يقتضي شمول الدليل هذه الفروض ولا يبعد الشمول لصدق العنوان المأخوذ في الموضوع .
(٢) بعين التقريب .

(٣) كما هو ظاهر فانه مع صدق التلف لا يصدق الموضوع المأخوذ في الدليل
(٤) لاحظ ما رواه أبو ولاد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً الى سنة فمات المشتري قبل أن يحل ماله واصاب البائع متاعه بعينه أله أن يأخذه اذا حقق له ؟ قال : فقال ان كان عليه دين وترك نحواً مما عليه فليأخذ ان حقق له ، فان ذلك حلال له ولو لم يترك نحو من دينه فان صاحب المتاع

ويخرج الحب والبيض بالزرع والاستفراخ عن الاختصاص^(١) وللشفيع أخذ الشقص^(٢) ويضرب البايع مع الغرماء^(٣) وإذا كان في التركة عين زكوية قدمت الزكاة على الديون وكذلك الخمس^(٤) وإذا كانا في ذمة الميت كانا كسائر الديون^(٥) مسائل : الأولى : لو افلس بضمن أم الولد بيعت^(٦) أو أخذها البايع بعد موت الولد^(٧) وأما قبله ففيه اشكال والجواز

كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع (*١) فان التفصيل المذكور في المتن يستفاد من الحديث فلاحظ .

(١) لعدم صدق العنوان المأخوذ في الدليل وبعبارة أخرى ليس المتاع الموجود عين ذلك المتاع السابق والعرف بيباك .

(٢) بلا خلاف كما في الجواهر واستدل على المدعى في الجواهر بقوة حق الشفعة فان ثبتت قوة حق الشفعة بحيث تقدم على بقية الحقوق بالاجماع والتسالم القطعي فهو والا فيشكل الجزم بها والله العالم .

(٣) اذ المفروض انه من الغرماء .

(٤) اذ المفروض ان العين متعلق حق الفقراء والسادة والامام فلا مجال لتعلق حق الغرماء بها .

(٥) كما هو ظاهر اذ المفروض ان الدين في الذمة فالغرماء على السواء فلاحظ .

(٦) لجواز بيعها في ثمن رقبته كما قرر في محله .

(٧) فانه مع فرض موت الولد لا مانع من انتقالها والمفروض انها عين متاع البايع فعلى القول بأن البايع أحق بمتاعه بمقتضى حديث عمر بن يزيد (*٢)

أظهر^(١) الثانية : لا يحل مطالبة المعسر^(٢)

فله أخذها بناءً على أن المستفاد من الدليل جواز الأخذ .

(١) قال في الجواهر: « ولو أولد الجارية ثم فُلس جاز لصاحبها انتزاعها وبيعها فيه وفي غيره إصديق وجدان عين المال فسلط على الفسخ والاستيلاء غير مانع بعد أن لو طالب بثمنها ولم يفسخ جاز بيعها في ثمن رقبته فأخذها حينئذ بمنزلة » الخ (* ١) .

(٢) يمكن الاستدلال على المدعى بقوله تعالى « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » (* ٢) فإن المستفاد من الآية الشريفة أنه يجب النظرة إلى الميسرة كما أن المستفاد من حديث غياث كذلك فروى عن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام كان يحبس في الدين فإذا تبين له حاجة وأفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا (* ٣) فإن المستفاد من الحديث أنه مع تحقق اعسار يخلى سبيل المديون حتى يستفيد . وتؤيد المدعى أن لم تدل عليه جملة من النصوص منها ما رواه عبد الله بن سنان قال: قال النبي صلى الله عليه وآله: ألف درهم أقرضها مرتين أحب إلي من أن اتصدق بها مرة وكما لا يحل لغريمك أن يملكك وهو مؤسر فكذلك لا يحل لك أن تعسره إذا علمت أنه معسر (* ٤) .

ومنها ما رواه معاوية بن عمار قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من أراد أن يظله الله في ظل عرشه يوم لا ظل إلا

(١) الجواهر ج ٢٥ ص : ٣٢٠

(٢) البقرة / ٢٨٠

(٣) الوسائل الباب ٧ من كتاب الحجر الحديث : ١

(٤) الوسائل الباب ٢٥ من أبواب الدين الحديث : ٢

ولا الزامه بالتكسب اذا لم يكن من عادته وكان عسراً عليه^(١) ولا بيع دارسكنائه اللائقة بحاله ولا عبد خدمته^(٢)

ظله فلينظر معسراً أو ليدع له من حقه (* ١) .

ومنها ما رواه ابو الجارود عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من سره أن يقيه الله من نفخات جهنم فلينظر معسراً أو ليدع له من حقه (* ٢) وغيرها من الروايات الواردة في الباب المشار اليه فان المستفاد من هذه النصوص مطلوبة انظار المعسر والنهي عن اعساره فلاحظ .

(١) فان الزام الغير على خلاف القاعدة الأولية بل على خلاف المستفاد من الكتاب والسنة بل الواجب الانظار حتى يستفيد ولا ادري ما الوجه في تقييد الماتن بعدم الجواز بالتقيد المذكور ؟ فان مقتضى القاعدة عدم الجواز ولو مع عدم العسر الا أن يقال : انه يجب عليه اداء دينه فتجب مقدمته فاذا كان التكسب ممكناً مع عدم العسر وعدم المهانة في حقه يجب عليه الكسب لأداء دينه بل يستفاد المدعى من حديث غياث بتقريب ان (حتى) الواردة في الرواية تعليلية اى يخلى سبيله لأجل أن يستفيد ويؤيد المدعى انه ذهب جماعة الى وجوب الكسب (* ٣) فمن المسالك : « انه لو قيل بوجوب ما يليق بحاله كان حسناً وعن السرائر ان من كان عليه دين وجب عليه السعي في قضائه وعن القواعد ويجب على المدين السعي في قضاء الدين ونحوهما عن النهاية » وفي الجواهر « فالقول حيثئذ بوجوب السعي عليه في قضاء الدين بتكسب وغيره لا يخلو عن قوة » .

(٢) فان الدار والخادم اللائقان بالحال من مستثنيات الدين ولا يجب على

(١) نفس المصدر الحديث : ٤

(٢) نفس المصدر الحديث : ٥

(٣) الجواهر ج ٢٥ ص : ٢٢٦ - ٢٢٧

ولا غيره مما يعسر عليه بيعه^(١) الثالثة : لا يحل بالحجر الدين المؤجل^(٢)
ولومات من عليه حل^(٣) ولا يحل بموت صاحبه^(٤) الرابعة : ينفق عليه
من ماله الى يوم القسمة وعلى عياله^(٥)

المديون بيع مثلهما .

(١) لا يبعد أن يكون المراد من العبارة الأمتعة المحتاج اليها للاتفه بحاله كدابته
مثلا والا فلا ادري ما الوجه في عدم الوجوب فلاحظ .

(٢) قال في الحقائق : « المشهور انه لا تحل الديون المؤجلة عليه بالحجر وانما
تحل بالموت كما تقدم في كتاب الدين ونقل عن ابن الجنييد أنها تحل » انتهى
كلامه (* ١) ومقتضى القاعدة الأولية عدم الحلول لعدم الدليل عليه .

(٣) بلا خلاف وبلا اشكال - كما في الجواهر - وتدل على المدعى جملة من
النصوص منها ما رواه ابو بصير قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : اذا مات الرجل
حل ماله وما عليه من الدين (* ٢) .

ومنها ما رواه السنكوني عن جعفر عن ابيه عليهما السلام أنه قال : اذا كان
على الرجل دين الى اجل ومات الرجل حل الدين (* ٣) .

ومنها مرسل الصدوق قال : وقال الصادق عليه السلام : اذا مات الميت حل ماله
وما عليه (* ٤) .

(٤) لعدم الدليل عليه وأما حديث أبي بصير فضيف سنداً ومثله في الضعف
مرسل الصدوق المتقدم .

(٥) بلا خلاف اجده - كما في الجواهر - والظاهر ان المدرك للحكم عدم
الخلاف والتسالم ويؤيد المدعى ما رواه علي بن اسماعيل عن رجل من اهل

ولومات قدم الكفن وغيره من واجبات التجهيز^١

الشام أنه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل عليه دين قد فدحه وهو يخالط الناس وهو يؤتمن يسعه شراء الفضول من الطعام والشراب فهل يحل له أم لا؟ وهل يحل أن يتطلع من الطعام أم لا يحل له الا قدر ما يمسك به نفسه ويبلغه قال : لا بأس بما أكل (*) (١) .

(١) وفي الجواهر - في شرح قول المحقق - : ولو مات قدم كفنه على حقوق الغرماء ويقتصر على الواجب منه ، قال : «بلاخلاف اجده» (*) (٢) واستدل على المدعى بجملة من النصوص منها ما رواه زرارة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات وعليه دين بقدر كفنه قال : يكفن بما ترك الا أن يتجر عليه انسان فيكفنه ويقضى بما ترك دينه (*) (٣) .

وفيه انه لم يفرض في الحديث تعلق حق الغرماء بما ترك الميت ولا يبعد أن يكون المستفاد منه بحسب الفهم العرفي حكم ما تركه الميت لو خلي وطبعه فلا يشمل صورة تعلق حق الغرماء بالمال بواسطة الحجر .

ومنها ما رواه اسماعيل بن أبي زياد عن جعفر عن ابيه عليهما السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ان اول ما يبدأ به من المال الكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث (*) (٤) .

والكلام فيه هو الكلام مضافاً الى كون محمد بن عيسى في السند ولهذا الحديث سند آخر وهو عن محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن

(١) الوسائل الباب ٢٧ من أبواب الدين الحديث : ١

(٢) الجواهر ج ٢٥ ص : ٣٤٢

(٣) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الدين الحديث : ١

(٤) نفس المصدر الحديث : ٢

الخامسة : يقسم المال على الديون الحالة بالتقسيم^١ ولو ظهر دين حال بعد القسمة نقضت وشاركهم^٢ ومع القسمة يطلق ويزول الحجر

النوفلي عن السكوني (*١) والسند مخلوش ايضاً .

ومنها ما رواه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الكفن من جميع المال (*٢) ومنها ما رواه زرارة قال : سألته عن رجل مات وعليه دين بقدر ثمن كفته قال يجعل ما ترك في ثمن كفته الا أن يتجر عليه بعض الناس فيكفونه ويقضى ما عليه مما ترك (*٣) والكلام فيهما هو الكلام فلا بد من اتمام الأمر بالاجماع والتسالم .

(١) كما هو المستفاد من حديث غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه ان علياً عليه السلام كان يفلس الرجل اذا تقوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فان أبي باعه فقسم بينهم يعني ماله (*٤) .

(٢) قال في الجواهر : « اذا قسم الحاكم مال المفلس على غرمائه ثم ظهر غريم لم يكن يعلم به وليس له عين مال قد اختار الفسخ فيها نقضها بل هي انتقضت في نفسها وشاركهم الغريم » الى أن قال « لعدم صدق القسمة التي كان يأمر بها أمير المؤمنين عليه السلام » الخ (*٥) .

وصفوة القول : ان القسمة وقعت في غير محلها اذ المفروض عدم انحصار الغرماء فيهم بل أزيد فلا بد من تجديد القسمة وعلى الجملة : القسمة المستفادة من كلامه عليه السلام في حديث غياث لم تنطبق على المورد فلا بد من تجديدها .

(١) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب الوصية الحديث : ١

(٢ و ٣) الوسائل الباب ٢٧ من أبواب الوصية الحديث : ١ و ٢

(٤) الوسائل الباب ٦ من أبواب الحجر الحديث : ١

(٥) الجواهر ج ٢٥ ص : ٣٤٦

بالاداء^(١) السادسة : الولاية في مال الطفل والمجنون والسفيه اذا بلغا كذلك للاب والجدله فان فقدوا فللوصي اذا كان وصيا في ذلك فان فقدوا فللحاكم وفي مال السفيه والمجنون اللذين عرض عليهما السفه والجنون بعد البلوغ والمفلس للحاكم خاصة^(٢)

كتاب الضمان

الضمان هو نقل المال عن ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن للمضمون له^(٣).

(١) بل الأمر كذلك ولو مسح عدم القسمة وعدم الأداء اذ حجره بالنسبة الى امواله لامطلقا وعليه لامجال لهذا الكلام اذ قبل القسمة والأداء لاشكال في حجره عن التصرف في امواله التي حجر عليها وأما بعد القسمة فلا موضوع للمال كي يقال يزوال الحجر وأما بالنسبة الى ما حجر عليه فلا مقتضي للحجر عنه فلاحظ (٢) قد تعرضنا لولاية الأب والجد والحاكم تبعاً للماتن في كتاب البيع ونخبة الكلام : ان الأب والجد والوصي لهما لهم الولاية بالنسبة الى الصغير والمجنون والسفيه اللذين بلغا كذلك وأما المجنون والسفيه اللذان عرض الجنون أو السفه بعد البلوغ فولايتهما للحاكم بتقريب أنه لا دليل على ولاية الأب والجد عليهما فوليهما الولي العام وهو الحاكم ، وكذلك الكلام بالنسبة الى المفلس هذاتمام الكلام في هذا المقام والحمد لله اولاً وآخر أقدم وقع الفراغ عن مسائل كتاب الحجر في يوم الأربعاء الثاني والعشرين من شهر رجب من السنة ١٤٠٩ على مهاجرها وآله آلاف التحية والسلام واللعن الدائم على أعداء آل محمد من الان الى يوم الدين .

(٣) هذا مذهب الامامية في الضمان فانه بهذا المعنى مأخوذ من الضمن لانه

(مسألة ١) : يعتبر في الضمان الايجاب من الضامن والقبول من المضمون له بكل ما يدل على تعهد الاول بالدين ورضا الثاني بذلك^١.

(مسألة ٢) : الاحوط اعتبار التنجيز في عقد الضمان فالتعليق لا يخلو عن اشكال^٢ نعم لا يبعد صحة الضمان اذا كان تعهد الضامن للدين فعلياً ولكن علق أدؤه على عدم أداء المضمون عنه فعندئذ

ينتقل ما كان في ذمة الضامن ويجعل في ذمة اخرى وأما ما نسب الى اكثر العامة فهو عبارة عن ضم ذمة الى اخرى ولذا يتخير المضمون له في المطالبة فالضمان بهذا المعنى بمعنى الضم مأخوذ منه وهو عقد شرع للتعهد بالمال .

(١) فان المفروض انه عقد والعقد يحتاج الى الايجاب والقبول ومن ناحية اخرى التعهد من الضامن فالايجاب من قبله والقبول من طرف المضمون له وحيث انه يتحقق بالفعل كما يتحقق باللفظ فلا يتوقف على تحققه باللفظ فقط بل لافرق بين القول والفعل من هذه الجهة .

وان شئت قلت : ان الضمان امر عقلائي وقد امضاه الشارع ولم يقيد باللفظ فيكفي فيه الفعل مضافاً الى أنه يمكن الاستدلال على المدعى باطلاق نصوص الباب .

(٢) بتفريب ان الاجماع قائم على بطلان التعليق في العقود مع ما فيه من الاشكال ويمكن تفريب الاستدلال على المدعى في المقام بالقصور في المقتضي اذ مع عدم الدليل على الضمان المعلق لايجوز التعليق والظاهر انه لا دليل على جوازه مطلقاً لعدم اطلاق يقتضي صحته فلاحظ .

للدائن أن يطالب الضامن على تقدير عدم أداء المدين^(١).

(مسألة ٣) : يعتبر في الضمان والمضمون له البلوغ والعقل والاختيار وعدم السفه والتفليس^(٢)

(١) ان تم المدعى بالاجماع فهو والا فيشكل اذ مع التعهد بالفعل بالضمان فبأي وجه يؤخر الأداء فان شرط ان له حق التأخير الى ذلك الزمان يكون شرطاً مخالفاً للمقرر الشرعي فلا يصح وان شرط ان مضمون له لا يطالب الا ذلك الوقت يصح ويجب عليه أن يؤخر الطلب لكن لو عصى وطالب فبأي مستند يؤخر ولعله ناظر الى وجه لم يخطر ببالي القاصر الا أن يقال : ان السيرة جارية على النحو المذكور والشارع الأقدس امضى السيرة الجارية الخارجية والله العالم .

(٢) كما هو ظاهر فان التصرف المالي يتوقف على جواز التصرف وعدم الحجر عنه فعلى هذا الأساس لا بد من البلوغ والعقل وعدم السفه وأما اشتراط الاختيار فلأن الصادر من المكروه لا أثر له على ما هو المقرر وأما اشتراط عدم التفليس ففيه انه يظهر من الجواهر « انه لا خلاف عندنا في أنه يشترط في لزوم الضمان الملائة أو العلم من المضمون له بالأعسار والرضا به » (* ١) ويؤيد المدعى ما أرسله الصدوق قال : قال روى أنه احتضر عبدالله بن الحسن فاجتمع اليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم فقال لهم : ما عندي ما اعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من أخي وبني عمي علي بن الحسين أو عبدالله بن جعفر فقال الغرماء أما عبدالله بن جعفر فملي مطول وأما علي بن الحسين فرجل لا مال له صدوق وهو احبهما الينا فارسل اليه فأخبره الخبر فقال عليه السلام : أضمن لكم المال الى غلة ولم يكن له غلة فقال القوم قدرضينا فضمنه فلما أتت الغلة أتاح الله تعالى له المال فأداه (* ٢) .

(١) الجواهر ج ٢٦ ص : ١٢٨

(٢) الوسائل الباب ٥ من أحكام الضمان الحديث ١

وأما في المدبون فلا يعتبر شيء من ذلك فلو ضمن شخص مسأ على
المجنون أو الصغير من الدين صح^١

(١) والوجه فيه انه لا يشترط في صحة الضمان رضا المضمون عنه على ما هو
المعروف عندهم ونقل عن الجواهر الاجماع بقسميه عليه وبدل على المدعى ما دل
من النصوص على الضمان عن الميت منها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله
عليه السلام في رجل يموت وعليه دين فبضمه ضامن للغرماء فقال : اذا رضى به
الغرماء فقد برئت ذمة الميت (* ١) .

ومنها ما رواه معاوية بن وهب قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ذكر لنا ان
رجلا من الأنصار مات وعليه ديناران فلم يصل عليه النبي صلى الله عليه وآله وقال :
صلوا على صاحبكم حتى ضمنها بعض قرابته، فقال أبو عبدالله عليه السلام : ذلك
الحق الحديث (* ٢) .

ومنها ما رواه الحسين بن مخرق عن الصادق عن آبائه عليهم السلام قال قال
رسول الله صلى الله عليه وآله : من ضمن لأخيه حاجة لم ينظر الله عز وجل في حاجته
حتى يقضيها (* ٣) .

بتقريب ان الميت لا يكون قابلا لأن يرضى فيعلم انه يكفي في الصحة رضا
الضامن والمضمون له وأما توقفه على رضا الضامن والمضمون له فنقول أما رضا
الضامن فهو من الواضحات اذ كيف يمكن اشتغال ذمته للغير بدون اختياره ورضاه
وأما اشتراط رضا المضمون له في الضمان فيمكن أن يستدل عليه بوجوه :
الأول : الاجماع بل نقل عن بعض الأصحاب انه من قطعيات الفقه .

(١) الوسائل الباب ٢ من أحكام الضمان الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

الثاني : ان الضمان من العقود ومن الظاهر توقف العقد على الإيجاب من طرف والقبول من الطرف الآخر .

الثالث : النص الخاص لاحظ حديث ابن سنان (* ١) .

وربما يقال بعدم الاشتراط وما يمكن أن يستدل به على المدعى عدة نصوص منها ما روى من أن علياً عليه السلام وأبا قتاده ضمنا الدين عن الميت ولم يشل النبي صلى الله عليه وآله عن رضى المضمون له لاحظ ما رواه أبو سعيد الخدري قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله في جنازة فلما وضعت قال : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم درهمان فقال صلى الله عليه وآله صلوا على صاحبكم فقال علي عليه السلام هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وآله فصلى عليه ثم أقبل على علي عليه السلام فقال : جزاك الله عن الإسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك (* ٢) .

وما رواه جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وآله كان لا يصلي على رجل عليه دين فأتني بجنازة فقال : على صاحبكم دين ؟ قالوا نعم ديناران فقال : صلوا على صاحبكم فقال أبو قتاده : هما علي يا رسول الله قال فصلى عليه قال : فلما فتح الله على رسوله قال : أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فعلي (* ٣) .

وفيه ان السند غير معتبر فلا تصل النوبة الى ملاحظة الدلالة ومنها ما رواه ابن جهم قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علي دين وخلف ولداً رجلاً ونساءً وصبياناً فجاء رجل منهم فقال : أنت في حل مما لأبي عليك

(١) لاحظ ص : ٢٥٠

(٢) المستدرک الباب ٣ من أبواب الضمان الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

• • • • •

من حصنى وأنت في حل مما لأخوتي وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك قال :
يكون في سعة من ذلك وحل (* ١) .

والظاهر من الحديث تحقق الأبراء بإبراء الضامن وهذا مخالف للاجماع
ومن ناحية أخرى انه ضمن رضاهم وهذا ليس من الضمان المصطلح وتأويله بالضمان
المصطلح بدون رضاهم ليس بأولى من ضمانه برضاهم ولكن لا يبين له على ذلك
وبعبارة أخرى يمكن أن يكون ضمانه باجازتهم ورضاهم ولكن لا يمكنه اثبات دعواه
على ذلك والحاصل ان ظاهر الرواية ليس قابلاً للالتزام به فلا بد من تأويله فيمكن
تأويله بنحو ينطبق على المدعى .

ومنها ما رواه الخثعمي عن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت له : الرجل يكون
عنده المال ودیعة يأخذ منه بغير إذن فقال : لا يأخذ الا أن يكون له وفاء قال : قلت
أرأيت ان وجد من يضمه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمه يأخذ
منه ؟ قال نعم (* ٢) .

وهذه الرواية بظاهرها تدل على جواز الأخذ من مال الوديعة بدون إذن من
صاحبها وهل يمكن الالتزام به مضافاً الى أن الضمان كما مر عبارة عن النقل من
ذمة الى ذمة والمستفاد من الحديث تعهد الضامن اول الأمر فلا ترتبط بالمقام وقال
صاحب الجواهر قدس سره : « انها تحمل على صورة إذن المودع بالأخذ في
الصورة المفروضة » (* ٣) .

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب احكام الضمان الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٨ من أحكام الوديعة الحديث : ١

(٣) الجواهر ج ٢٦ ص : ١٢٦

(مسألة ٤) : اذا دفع الضامن ماضمته الى المضمون له رجع به الى المضمون عنه اذا كان الضمان بطالبه " والا لم يرجع "

عليه دين فحضره الموت فقال وليه : علي دينك قال: يبرؤه ذلك وان لم يوفه وليه من بعده وقال : ارجو أن لا يأتني وانما ائمه على الذي يحبسه (*١) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث تحقق الضمان بلا رضا المضمون له ولا يبعد أن يقال : ان الحديث مطلق ويقيد بمادل على اشتراط الضمان برضا المضمون له وان لم يكن قابلاً للتقييد يرد علمه الى اهله .

وصفة القول : انه لا يمكن الالتزام بعدم اشتراط رضا المضمون له قال في الجواهر في هذا المقام : « فمن الغريب وسوسة بعض متأخر المتأخرين في الحكم المزبور لذلك مما هو غير صالح لمعارضة بعض ما عرفت خصوصاً بعد كون المسألة من قطعات الفقه وضرورياته بسل لعل الوسوسة فيها جهل بمذاق الفن ومذاق الشرع » (*٢) .

(١) لاحترام عمل المسلم وان شئت قلت : لاشكال في الضمان فيما يكون الضمان بطلب المضمون عنه .

(٢) لعدم المقتضي للرجوع وأما حديث حسين بن خالد قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام : جعلت فداك قول الناس الضامن غارم قال: فقال: ليس على الضامن غرم الغرم على من أكل المال (*٣) فعلى فرض دلالة على جواز الرجوع ولو مع عدم الطلب يقيد بالاتفاق على عدم جواز الرجوع بدون الطلب مضافاً الى ان السند مخدوش .

(١) الوسائل الباب ١٤ من ابواب الدين الحديث : ٢

(٢) الجواهر ج ٢٦ ص : ١٢٦

(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب احكام الضمان الحديث : ١

(مسألة ٥) : اذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن عن تمام الدين برئت ذمته^(١) ولا يجوز له الرجوع الى المضمون عنه^(٢) واذا أبرأ ذمته عن بعضه برئت عنه ولا يرجع الى المضمون عنه بذلك المقدار^(٣) واذا صالح المضمون له الضامن بالمقدار الاقل فليس للضامن مطالبة المضمون عنه الا بذلك المقدار دون الزائد وكذا الحال لو ضمن الدين بمقدار اقل من الدين برضا المضمون له^(٤) والضابط ان الضامن

بقى شيء وهو ان المستفاد من كلامهم ان الضامن ليس له الرجوع الى المضمون عنه الا بعد الأداء ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه عمر بن يزيد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه قال : ليس له الا الذي صالح عليه (* ١) ، فان المستفاد من الحديث انه يجوز الرجوع بالمقدار الذي صالح عليه لكن لا يستفاد من الحديث انه لا يحصل الاشتغال الا بالأداء بل المستفاد من الحديث انه لا يحصل الاشتغال الا بهذا المقدار .

وبعبارة اخرى المستفاد من الحديث ان الضمان بالمقدار المتصالح عليه وان لم يؤده فاشتراط الضمان بالأداء من باب التسالم والاتفاق الحاصل بين الأصحاب (١) بلا اشكال ولا كلام فان الأبراء يوجب البراءة .

(٢) قال في الجواهر : « فاذا أبرأه برءاً معاً وان كان الضمان بالاذن لعدم استحقاق الرجوع عليه الا بالأداء الذي قد انتفى محله بالأداء فينتفي الحق عنه للضامن الذي قد فرضنا براءة ذمته من المضمون له » (* ٢) .

(٣) بعين الملاك .

(٤) لاحظ حديث عمر بن يزيد .

(١) الوسائل الباب ٦٦ من ابواب احكام الضمان الحديث : ١

(٢) جواهر الكلام ج ٢٦ ص : ١٢٧

لا يطالب المضمون عنه الا بما خسر دون الزائد ومنه بظهر انه ليس له المطالبة في صورة تبرع اجنبي لاداء الدين^١.

(مسألة ٦) : عقد الضمان لازم فلا يجوز للضامن فسخه ولا للمضمون له^٢.

(مسألة ٧) : يشكل ثبوت الخيار لكل من الضامن والمضمون له بالاشتراط^٣ او بغيره^٤.

(مسألة ٨) : اذا كان الدين حالا ولصمته الضامن مؤجلا فيكون الاجل للضمان لا للدين^٥ فلو أسقط الضامن الاجل وادى الدين حالا

(١) لا يبعد أن يكون الحكم متسالمًا عليه عندهم كما انه لا يبعد ان يستفاد الحكم من حديث عمر بن يزيد .

(٢) لوجوب الوفاء بالعقود المستفاد من قوله تعالى « اوفوا بالعقود » (* ١)

(٣) قد مر الكلام حول ثبوت الخيار بالاشتراط في العقود في كتاب البيع وانه هل يجري الخيار بالاشتراط في الضمان أم لا فراجع ما ذكرناه هناك .

(٤) الخيار تارة يشترط بالاشتراط الاستقلالي الصريح واخرى بالشرط الارتكازي الضمني وأما ثبوته بغير الاشتراط فلا أدري طالع المراد منه نعم يمكن أن يكون مراد الماتن الخيار التعبدى وحيث انه لا دليل عليه فلا خيار لا بالاشتراط ولا بالتعبد .

(٥) كما هو ظاهر بالنأمل اذ لا وجه لصيرورة الحال مؤجلا فيكون التأجيل في الضمان لافي الدين .

فله مطالبة المضمون عنه كذلك^(١) وكذا اذامات الضامن قبل انقضاء الاجل المذكور^(٢) واذا كان الدين مؤجلاً وضمته كذلك ثم أسقط الاجل وأدى الدين حالا فليس له مطالبة المضمون عنه قبل حلول الاجل^(٣) وكذا الحال اذا مات الضامن في الاثناء فان المضمون له يأخذ المال المضمون من تركته حالا ولكن ليس لورثته مطالبة المضمون عنه قبل حلول الاجل^(٤) واذا كان الدين مؤجلاً وضمته حالا باذن المضمون عنه وأدى الدين فالظاهر جواز الرجوع اليه بعد اداء الدين لانه المتفاهم العرفي من اذنه بذلك^(٥).

(١) اذ المفروض حلول الدين ومن ناحية اخرى المفروض ان الضامن أدى الدين فله مطالبة المضمون عنه.

(٢) فان المديون اذا مات يصير المؤجل حالا فبعد أداء الدين يجوز مطالبة المضمون عنه.

(٣) اذ لا وجه لجواز المطالبة فان المفروض كون الدين مؤجلاً.

(٤) فانه بالموت يصير المؤجل حالا فيكون للمضمون له أخذه من التركة ولكن لا يجوز الرجوع على المديون اذ المفروض ان الدين مؤجل ولا وجه لصيرورته حالا.

(٥) الظاهر ان ما افاده تام فانه المتفاهم من اللفظ عرفاً ولكن نقل عن بعض الأعيان عدم جواز ضمان المؤجل حالا وقد ذكرت في تقريب عدم الجواز وجوه: الأول: انه ضمان مالا يجب. الثاني: ان الفرع لا يرجع على الأصل. الثالث: ان الضمان نقل الدين على ما هو عليه.

ورد الوجه الأول بأن اصل الدين حال والتأجيل من التوابع ويسقط برضا

(مسألة ٩) : اذا كان الدين مؤجلاً وضمنه باقل من أجله كما اذا كان أجله ثلاثة اشهر مثلاً وضمنه بمدة شهر وأداه بعد هذه المدة وقبل حلول الاجل فليس له مطالبة المضمون عنه بذلك قبل انقضاء الاجل الاول وهو اجل الدين^١ واذا ضمنه بأكثر من أجله ثم اسقط الزائد وأداه فله مطالبة المضمون عنه بذلك^٢ وكذا الحال اذا مات الضامن بعد انقضاء اجل الدين وقبل انقضاء المدة الزائدة^٣.

(مسألة ١٠) : اذا احتسب المضمون له ما على ذمة الضامن

الطرفين ، والثاني بأنه لادليل عليه وان شئت قلت : انه وجه استحساني لا برهاني والثالث بأن الضمان نقل الدين وأما وصفه من الحلول والتأجيل فلا دليل على لزوم رعايته والاطلاقات تشهد بعدم اعتباره والاشكال كل الاشكال في الاطلاق فان الظاهر - والله العالم - انه ليس في نصوص الباب ما يكون مطلقاً من هذه الجهات فلاحظ .

نعم حيث ان الضمان من العقود الامضائية فيكون كل ضمان عقلائي جازياً الا ما قام الدليل على فسادهِ وبعبارة اخرى مقتضى الاطلاق المقامي جواز الضمان العرفي الا أن يقوم الدليل على خلافه والله العالم .

(١) اذ المفروض عدم انتهاء أجل الدين فلا وجه لمطالبة المضمون عنه .

(٢) الامر كما افاده فان المفروض انتهاء الاجل المقرر اولاً فله مطالبة المضمون

عنه .

(٣) فانه بموته يصير التأجيل الثاني حالاً والمفروض انتهاء التأجيل الاول فيجوز الرجوع الى المضمون عنه والسيرة الخارجية جارية على هذه الأقسام وممضاة من قبل الشارع الأقدس .

خمساً أوزكاة بإجازة من الحاكم الشرعي أو صدقة فالظاهر ان المضامن أن يطالب المضمون عنه بذلك^(١) وكذا الحال اذا أخذه منه ثم رده اليه بعنوان الهبة أو نحوها^(٢) وهكذا اذا مات المضمون له وورث الضامن ما في ذمته^(٣).

(مسألة ١١) : يجوز الضمان بشرط الرهانة من المضمون عنه^(٤).

(مسألة ١٢) : اذا كان على الدين الثابت في ذمة المضمون عنه رهن فهو ينفك بالضمان^(٥).

(مسألة ١٣) : اذا ضمن شخصان مثلاً عن واحد فلا يخلو من أن

يكون اما بنحو العموم المجموعي أو بنحو العموم الاستغراقي فعلى

(١) اذا قلنا بأن المال يدخل في ملك الضامن ثم يخرج يتم ما في المتن اذا عليه يحصل الخسران فيجوز أن يطالب المضمون عنه وأما اذا لم يكن كذلك وقلنا: بتحقيق الاحتساب بدون دخول المال في ملك الضامن فيشكل ما افاده في المتن اذا عليه لاخسران على الضامن فليس له المراجعة .

(٢) اذا لا اشكال في صدق الخسارة في هذه الصورة .

(٣) فان الضامن يملك ما في ذمة نفسه بالارث ثم يخرج ويسقط فله الرجوع الى المضمون عنه .

(٤) فانه شرط جاز فيجب بمقتضى الشرط وبعبارة اخرى يشترط في الضمان الرهن فالمشروط عليه يرهن بعد عقد الضمان بمقتضى وجوب الشرط كما أنه يمكن تصويره على نحو شرط النتيجة .

(٥) والوجه فيه ان الرهن وثيقة للدين ولا دين على المضمون عنه بعد الضمان بالنسبة الى المضمون له فلا مجال لبقاء الرهن على حاله .

الاول يقسط الدين عليهما^(١) وعلى الثاني يكون كل واحد منهما ضامناً على نحو تعاقب الأيدي وعليه فإذا أبرأ المضمون له ذمة أحدهما بخصوصه برئت ذمته دون الآخر^(٢)

(مسألة ١٤) : إذا كان مديوناً لشخصين صح ضمان شخص لهما أو لأحدهما المعين ولا يصح ضمانه لأحدهما لأعلى التعيين . وكذا الحال إذا كان شخصان مديونين لواحد فضمن عنهما شخص

(١) الأمر كما أفاده فإن مقتضى ضمان كل واحد بنحو المجموع التقييط وإن شئت قلت مرجعه إلى ضمان كل واحد منهما نصف الدين .

(٢) تارة يكون ضمانهما دفعة وأخرى يكون على نحو التعاقب أما على الأول فتارة يقبل المضمون له واحداً معيناً منهما وأخرى يقبل كليهما أما على الأول فيصح ما قبله وأما على الثاني فالظاهر بطلانهما فإن صحة كليهما غير معقول ومن ناحية أخرى ترجيح أحدهما على الآخر لا يمكن لعدم المرجح فالنتيجة بطلانهما .

ومما ذكر يظهر حكم ما يكون ضمانهما على نحو التعاقب وأما الالتزام بالصحة وقياس المقام على باب تعاقب الأيدي قياس مع الفارق إذ يتصور تعدد الضمان ثبوتاً كما في تعاقب الأيدي بأن يكون الضامن الجامع بين الأفراد فلا يتوجه اشكال عدم المقتضي لكون البدل متعدداً مع كون المبدل واحداً فينحل الاشكال بالالتزام بكون الضامن هو الجامع فيجوز للمضمون له الرجوع إلى كل واحد من أفراد ذلك الكلي .

وفي المقام أيضاً يتصور لكن الظاهر أنه لا دليل عليه إلا أن يقال: بأن الضمان بهذا النحو أمر دائري بين العقلاء وابتناء المحاورة والشارع الأقدس أمضى ما يجري بينهم وهل يمكن اثبات جريان السيرة عليه كي يثبت المدعى بالامضاء؟ فلاحظ.

فان كان ضمانه عنهما أو عن أحدهما المعين صح وان كان عن أحدهما لا على التعيين لم يصح^(١) .

(مسألة ١٥) : اذا كان المديون فقيراً لم يصح أن يضمن شخص عنه بالوفا من الخمس أو الزكاة أو المظالم ولا فرق في ذلك بين أن تكون ذمة الضامن مشغولة بها فعلاً أم لا^(٢) .

(١) ما افاده تام فان المردد لا واقع له فلا يصح ضمان واحد لا على التعيين وأما ضمان المعين فلا مانع منه كما ان الضمان عن المتعدد أو للمتعدد صحيح .
(٢) لعدم الدليل على الجواز وبعبارة اخرى : لادليل على جواز تبديل الدين بالخمس أو الزكاة أو المظالم .

وبعبارة واضحة : تارة يكون المراد نقل الدين من ذمة الفقير الى مصرف الخمس أو غيره بأن يكون المتعهد المصروف الخاص، واخرى يكون المراد النقل الى ذمة الضامن ويكون الأداء من الحق الخاص وثالثة بأن يكون المراد التعهد بالأداء والوفاء من الحق الخاص من دون اشتغال ذمته بالمال .

أما الأول فتوقف صحته على هذه الولاية بأن نقول لكل احد أن ينقل الدين من ذمة المضمون عنه الى مصرف الخمس أو الزكاة ولا دليل عليه .

مضافاً الى أن الوظيفة دفع الخمس والزكاة وامثالهما الى المستحق وبغير هذا النحو لا يتحقق الامتثال .

وأما الثاني فلادليل على تعيين الأداء من الوجوه المذكورة بل مقتضى الدليل عدم جواز الاداء اذ لا مقتضي لجواز تبرئة ذمة الضامن من الوجوه المذكورة فانها بمقتضى الدليل لها مصارف خاصة فلا وجه لصرفها في اداء دين الضامن .

وأما الثالث فلا يرتبط بباب الضمان فانه وعد يجب العمل به لاشتغال لذمة المتعهد وبعبارة واضحة: الضمان نقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وفي المقام لا ينتقل الدين الى ذمة غير المديون فلاحظ .

- (مسألة ١٦) : اذا كان الدين الثابت على ذمة المدين خمسمائة أوزكاة صح أن يضمن عنه شخص المحاكم الشرعي أو وكيله^(١) .
- (مسألة ١٧) : اذا ضمن شخص في مرض موته صح الضمان ويخرج المال المضمون من اصل تركته سواء كان الضمان باذن المضمون عنه أم لا^(٢) .
- (مسألة ١٨) : يصح أن يضمن شخص للمرأة نفقاتها الماضية^(٣) وأما ضمانه لنفقاتها الآتية ففي صحته اشكال^(٤) وأما نفقة الاقارب فلا يصح ضمانها بلا اشكال^(٥) .

(١) فان الحاكم ولي الفقراء والسادة فيجوز أن يضمن له ضامن لمدين بالخمس أو الزكاة وبعبارة أخرى : المرجع في الخمس والزكاة الحاكم والأمريده فيجوز أن يصير مضموناً له .

(٢) أما في صورة الاذن من المضمون عنه فلكونه من ديونه فيخرج من الأصل فان الديون تخرج من الأصل وأما مع عدم الاذن فان منجزات المريض تخرج من الأصل كما هو المقرر في منجزات المريض .

(٣) بتقريب ان الذمة مشغولة بالنسبة الى النفقات الماضية فيصح الضمان بالنسبة اليها فانها من مصاديق الدين فلاحظ .

(٤) وجه الاشكال: ان الضمان نقل الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فمادام لا يكون الضمان متحققاً لا يصح الضمان وقد تقدم ان الضمان التعليقي محل الاشكال والكلام .

(٥) بدعوى انه ليس هناك الا التكليف المحض فلا موضوع للضمان .

(مسألة ١٩) : يصح ضمان الاعيان الخارجية بمعنى كون العين في عهدة الضامن فعلاً وأثر ذلك وجوب ردها مع بقاء العين المضمونة ورد بدلها من المثل أو القيمة عند تلفها ومن هذا القبيل ضمان شخص عهدة الثمن للمشتري اذا ظهر المبيع مستحقاً للغير أو ظهر بطلان البيع من جهة اخرى والضابط : ان الضمان في الاعيان الخارجية بمعنى التعهد لا بمعنى الثبوت في الذمة فهو قسم آخر من الضمان^(١).

(١) كتب المانن في هامش العروة تفصيلاً وهذا نص عبارته : « الظاهر فيه التفصيل فان المنشأ اذا كان هو التعهد الفعلي للعين المضمونة ليرتب عليه ردها مع بقائها ودفع البديل عند تلفها فلا بأس به للعمومات ولا سيما انه متعارف في الخارج واذا كان اشتغال الذمة بالبديل فعلاً على تقدير تلفها واشتغال ذمة الضامن الأول به متأخراً فهو واضح الفساد بل صحته غير معقولة واذا كان اشتغال الذمة بعد اشتغال ذمة الضامن الأول به على نحو الواجب المشروط فصحته مبتنية على عدم اعتبار التنجيز » الى آخر كلامه .

والذي يختلج بالبال في المقام أن يقال : ان تم اجماع تعديدي على الجواز فهو كما انه لو ثبت كونه أمراً خارجياً متعارفاً بين العقلاء يمكن الالتزام بالجواز من باب الامضاء الشرعي حيث ان الضمان من العقود الامضائية فاذا لم يتعرض الشارع الأقدس لفساده يكشف انه امضاء أما لو لم يكن كذلك فيشكل الالتزام بالجواز والظاهر انه ليس في العمومات ما يدل على جوازه أما قوله تعالى « اوفوا بالعقود » فقد ذكرنا انه ناظر الى اللزوم ولا تعرض فيه للصحة وأما قوله تعالى « تجارة عن تراض » فلا تصدق التجارة على الضمان التبرعي بلا اشكال وأما الضمان مع الاذن من المضمون عنه فصدق التجارة عليه اول الكلام والاشكال وقد سبق في بعض المباحث السابقة احتمال اختصاص التجارة بماله من المفهوم بخصوص البيع .

(مسألة ٢٠) : يشكل صحة ضمان ما يحدثه المشتري في الارض المشتراة من بناء أو غرس أو نحو ذلك اذا ظهر كونها مستحقاً للغير^(١).
 (مسألة ٢١) : اذا قال شخص لآخر ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه فإلقاه ضمنه^(٢) سواء كان لخوف غرق السفينة أو لمصلحة أخرى من خفتها أو نحوها وهكذا اذا أمره باعطاء دينار مثلاً لفقير أو بعمل لآخر أو لنفسه فإنه يضمن اذا لم يقصد المأمور المجانية^(٣).

مضافاً الى أن ضمان العين قبل التلف لا يكون داخلاً في الضمان المتعارف وضمان بدله بعد التلف يدخل في التعليق الموجب للبطلان وأما النصوص الواردة في المقام فالظاهر أنه ليس فيها ما يعمومه أو إطلاقه يشمل المقام فلاحظ والله العالم (١) الوجه في الاشكال أنه من اقسام ضمان مالم يجب وبعبارة أخرى الضمان نقل الدين من ذمة الى ذمة والمفروض أن ذمة البائع غير مشغولة فلا يصح الضمان عنه الاعلى القول بجواز ضمان مالم يجب ويظهر من الجواهر أن القاتل بالجواز الشهيدان (*) (١) .

(٢) فإن استيفاء عمل الغير مع الضمان يوجب الضمان عند العقلاء وبعبارة أخرى : ان المأمور بأمر الضامن والتزامه به أثلف ماله كما لو أمره بالضيافة مع الالتزام بالضمان ولك أن تقول : لا اشكال في تحقق الضمان عند العقلاء في أمثال المقام والشارع الأقدس امضاه فلاحظ .

(٣) لوحدة الملاك فإن عمله محترم على كل تقدير فالمقتضي الضمان موجود والمانع مفقود فيتحقق الضمان بفعل المأمور إلا أن يقصد المجانية فلا وجه للضمان كما هو ظاهر .

(مسألة ٢٢) : اذا اختلف الدائن والمدين في اصل الضمان
كما اذا ادعى المديون الضمان وانكره الدائن فالقول قول الدائن
وهكذا اذا ادعى المديون الضمان في تمام الدين وانكره المضمون
له في بعضه^(١).

(مسألة ٢٣) : اذا اختلف الضامن والمضمون له في أصل
الضمان أو في مقداره أو في اشتراط التعجيل اذا كان الدين مؤجلا
فالقول قول الضامن^(٢) واذا اختلفا في اشتراط التأجيل مع كون الدين
حالا أو في وفائه للدين أو في ابراء المضمون له قدم قول المضمون له^(٣).
(مسألة ٢٤) : اذا اختلف الضامن والمضمون عنه في الاذن
وعدمه أو في وفاء الضامن للدين أو في مقدار الدين المضمون أو في
اشتراط شيء على المضمون عنه قدم قول المضمون عنه^(٤).

(مسألة ٢٥) : اذا أنكر الضامن الضمان ولكن استوفى المضمون
له الحق منه باقامة بينة فليس له مطالبة المضمون عنه لاعترافه بأن

(١) اذ مقتضى الأصل عدم الضمان فالقول قول منكره .

(٢) لأن قول الضامن في الموارد المذكورة موافق مع الأصل فالقول
قوله .

(٣) اذ قول المضمون له في الموارد المذكورة موافق مع الأصل فالقول قوله
على ما هو المقرر .

(٤) فان قول المضمون عنه موافق مع الأصل في الموارد المذكورة فليس
عليه الا اليمين .

المضمون له أخذ المال منه ظلماً^(١)

(مسألة ٢٦) : اذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له وحلف فليس للضامن الرجوع الى المضمون عنه اذا لم يصدقه في ذلك^(٢).

كتاب الحوالة

الحوالة هي تحويل المدين ما في ذمته من الدين الى ذمة غيره باحالة الدائن عليه^(٣).

(مسألة ١) : يعتبر في الحوالة الايجاب من المحيل والقبول

(١) الظاهر ان الامر كما افاده فان الاقرار نافذ على المقر فلا أثر للبينة بالنسبة الى جواز رجوعه الى المضمون عنه اذ المفروض انه مقر بعدم ضمان المضمون عنه .

(٢) اذ الرجوع فرع الوفاء ومسح عدمه لامجال للرجوع وعلى الجملة : لا تشتغل ذمة المضمون عنه الا بعد اداء الضامن والمفروض عدم ثبوته بل مقتضى الاصل عدمه والله العالم قد وقع الفراغ من شرح كتاب الضمان في اليوم السبت العاشر من شهر شعبان المعظم سنة ١٤٠٩ على مهاجرها وآله آلاف التحية والثناء

(٣) عن المحقق قدس سره تعريف الحوالة بأنها عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ونقل انه حيث ان هذا التعريف لا يشمل الحوالة على البريء والعلامة يرى صحتها عدل في القواعد عن هذا التعريف الى تعريفها بقوله « وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى اخرى » .

١) لا اشكال في أن الحوالة من العقود فيحتاج الى الايجاب والقبول ومن الظاهر ان الايجاب من المحيل والقبول من المحال وأما المحال عليه فقد وقع الكلام بينهم في أن قبوله دخیل في العقد أم لا؟ وربما يستدل على الاشتراط بأن دليل صحة الحوالة الاجماع ولا اجماع على الصحة الا مع قبول المحال عليه . واجيب عن هذا التقريب بأنه يكفي للصحة ولو مع عدم رضا المحال عليه العمومات الأولية واطلاق خصوص ما ورد في باب الحوالة والظاهر ان هذا الجواب غير تام اذ المراد بالعموم اما قوله تعالى اوفوا بالعقود (* ١) واما قوله تعالى تجارة عن تراض (* ٢) .

اما آية وجوب الوفاء بالعقود فقد ذكرنا انها ناظرة الى اللزوم وغير ناظرة الى مقام الصحة وأما آية التجارة فاطلاقها يتوقف على عدم اختصاص التجارة بخصوص البيع وأما مع اختصاصها به ولو احتمالا فلا مجال للاستدلال بها على المدعى كما هو ظاهر وأما اطلاق دليل الحوالة فالظاهر انه لا اطلاق في نصوص الباب من هذه الناحية .

ومما يمكن الاستدلال به على المدعى ان اثبات المال في ذمة الغير يتوقف على رضاه وبعبارة اخرى التصرف في ذمة الغير بلا رضاه خلاف السلطنة فلا يجوز وفيه انه لا تصرف في ذمة الغير بل الحوالة عبارة عن تبديل المحيل بالمحال وبعبارة اخرى يقوم المحال مقام المحيل نعم في الحوالة على البريء اثبات شيء في ذمته ولا اشكال في توقفه على رضاه .

ومما يمكن الاستدلال به على المدعى استصحاب بقاء ما في ذمة المحال

بكل ما يدل عليها من لفظ أو فعل أو كتابة^(١).

(مسألة ٢) : يشترط في المحيل والمحال والمحال عليه البلوغ والعقل والرشد^(٢) كما يعتبر فيهم عدم التفليس^(٣) الا في الحوالة على البريء فانه يجوز فيها أن يكون المحيل مفلساً أو سفياً^(٤)

للمحيل وفيه انه لا مجرى للاستصحاب مع وجود الدليل ان التزامنا به مضافاً الى عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية .

(١) اذ الميزان يصدق عنوان الحوالة وهذا العنوان يتحقق باللفظ تارة وبالفعل اخرى وبالكتابة ثالثة .

(٢) فان هذه الشرائط ثابتة في جميع العقود وفي المقام لاشكال في اعتبارها في المحيل والمحال وأما المحال عليه فان كان بريئاً لاشكال في اعتبارها فيه وأما اذا لم يكن بريئاً فلا أرى وجهاً لأخبارها فيه اذ المحال عليه غير البريء مديون للمحيل وما في ذمته مملوك للمحيل واختياره بيده فلا وجه لاشتراط البلوغ والعقل والرشد فيه لعدم مقتضى الاعتبار نعم على القول باعتبار قبوله ورضاه في العقد يمكن الالتزام بالاشتراط لكن الماتن لا يرى قبوله ورضاه معتبراً فيه كما يظهر من هامشه على العروة فلا أدري ما الوجه في الاشتراط .

(٣) الكلام فيه هو الكلام فان اشتراط عدم التفليس في المحيل والمحال على القاعدة اذ مقتضى التفليس عدم جواز تصرف المفلس في مملوكه وأما في المحال عليه فلا وجه لاعتبار عدمه فيه اذ المفروض انه مديون والمفلس لا يمكنه التصرف في أمواله وأما الحوالة عليه فلا تنافيه .

(٤) لأن الحوالة على البريء لا يكون تصرفاً في المملوك فلا يكون التفليس ولا السفه مانعاً عن التصرف .

ويعتبر في المحيل والمحال الاختيار^(١) وفي اعتباره في المحال عليه اشكال والظاهر عدم الاعتبار^(٢) الا في الحوالة على البريء أو بغير الجنس فيعتبر عندئذ قبول المحال عليه برضاه واختياره^(٣).

(مسألة ٣) : يعتبر في الحوالة أن يكون الدين ثابتاً في ذمة المحيل فلا تصح الحوالة بما سيستقرضه^(٤).

(مسألة ٤) : يشترط في الحوالة أن يكون المال المحال به معيناً فإذا كان شخص مدينّاً لآخر بمن من الحطة ودينار لم يصح أن يحيله بأحدهما من غير تعيين^(٥).

(مسألة ٥) : يكفي في صحة الحوالة تعين الدين واقعاً وإن لم

(١) على ما هو المقرر من كون الإكراه مانعاً عن صحة التصرف .

(٢) وقد مر الكلام حوله والذي يخلج ببالي القاصر في هذه العجالة أن يستدل على عدم اشتراط قبوله بالسيرة الخارجية العقلية فإن الظاهر أن العقلاء لا يرون رضا المحال عليه معتبراً في صحة الحوالة والله العالم .

(٣) إذ المفروض عدم اشتغال ذمته فلا تشتغل ذمته إلا برضاه واختياره هذا بالنسبة إلى البريء وأما بالنسبة إلى غير البريء فلا تجوز الحوالة إلا مع رضا المحال عليه إذ المفروض تبديل ما في ذمته فلا بد من رضاه .

(٤) استدل على المدعى تارة بالاجماع وأخرى بعدم صدق مفهوم الحوالة مع عدم الدين الثابت في ذمة المحيل فإن التحويل والتحول يتوقفان على وجود شيء في محل كي ينقل إلى محل آخر .

(٥) فإن المردد لا واقع له فلا مجال لتحقيق الحوالة به فلاحظ .

يعلم المحيل والمحال بجنسه أو مقداره حين الحوالة فإذا كان الدين مسجلاً في الدفتر فحواله المدين على شخص قبل مراجعته فراجعته وأخبر المحال بجنسه ومقداره صحت الحوالة^(١).

(مسألة ٦) : للمحال أن لا يقبل الحوالة وإن لم يكن المحال عليه فقيراً ولا مما طلا في أداء الحوالة^(٢).

(مسألة ٧) : لا يجوز للمحال عليه البريء مطالبة المال المحال به من المحيل قبل ادائه إلى المحال^(٣).

(١) فإن المتعين الواقعي لا يكون مصداقاً للمردد بل يباينه فيجوز وبعبارة أخرى لا فرق في تحقق الحوالة بمالها من المفهوم بين كون الدين معلوماً بالتفصيل وبين كونه معلوماً بالاجمال .

(٢) لعدم دليل على كون القبول واجباً عليه .
(٣) تارة يقع الكلام في جواز صحة الحوالة على البريء وعدمه وأخرى في أنه بعد فرض الجواز هل يجوز للمحال عليه مطالبة المال قبل الأداء أم لا ؟ فيقع الكلام في موردين :

أما المورد الأول فنقول يظهر من كلام الجواهر أن الجواز مشهور وعن السرائر الاجماع عليه مضافاً إلى السيرة الجارية في الخارج (*) (١) ولا يبعد تحقق السيرة على جريانها .

وأما المورد الثاني فلا يبعد أن تكون الحوالة على البريء بعد قبولها من قبله من مصاديق الضمان فإن الانصاف أنه لا فرق بينهما بحسب الواقع وإنما الخلاف لفظي ومجرد الاختلاف اللفظي لا يوجب تغيير الأحكام فلا مجال لأن

وإذا تصالح المحال عليه على أقل من الدين لم يجز أن يأخذ من المحيل إلا الأقل^(١).

(مسألة ٨) : لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عيناً في ذمة المحيل أو منفعة أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة كخطاطة ثوب ونحوها بل ولو مثل الصلوة والصوم والحج والزكاة والقراءة وغير ذلك^(٢)

يقال الهبة المعوضة تشبه البيع ومع ذلك لا يترتب عليها أحكامه فان القياس مع الفارق لأن البيع تمليك عين بعوض وبمجرد تحققه يصير البائع مالكا للمشتري مالكا للمشتن وأما الهبة المعوضة فيمكن تحققها والحال ان الواهب لا يملك شيئاً قبل تحقق الشرط وأما في المقام فلا يتصور في البريء المحال عليه بعد قبوله غير الضمان فعليه لا يجوز المطالبة قبل الأداء كما ان الضمان كذلك وقدم الكلام حوله مضافاً الى أنه لا دليل على جواز المطالبة قبل الأداء .

(١) كما ان الضمان كذلك وقد سبق في الضمان مضافاً الى أنه لا دليل على جواز اخذ الأكثر .

(٢) ان ثبت اجماع تعبدى على الجواز في الموارد المذكورة في هذا الفرع فهو والا بشكل الجزم بالجواز اذ العمومات الاولية لا مجال للاستدلال بها على المدعى كما مر وفي نصوص الباب ليس ما يكون قابلاً للاستدلال به على الجواز على الاطلاق فلا بد امان قيام اجماع تعبدى كاشف واما من جريان السيرة الخارجية .

ولفائى أن يقول : انه لا مانع من الاخذ باطلاق حديث أبي أبوب انه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه ؟ قال لا يرجع عليه

ولافوق في ذلك بين أن تكون الحوالة على البريء أو على المشغول ذمته "كما لا فرق بين أن يكون المال المحال به مثلياً أو قيمياً"^١ .

(مسألة ٩) : الحوالة عقد لازم فليس للمحيل والمحال فسخه^٢

ابداً الا أن يكون قد افلس قبل ذلك (* ١) .

فان مقتضى اطلاق هذا الحديث شمول الحكم للموارد المذكورة فلاحظ .
الا أن يقال : ان الحديث ناظر الى مورد تمامية الحوالة وتحققها فلا يشمل المقام اذ تماميتها على نحو الاطلاق اول الكلام والاشكال وبعبارة اخرى : الرواية ناظرة الى مورد تحقق الحوالة التامة شرعاً وتماमितها في المصاديق المشتبهة اول الكلام لكن يمكن أن يقال : انه لا وجه للاشكال فانه لو صدق الموضوع خارجاً يترتب عليه الحكم فاذا تمت مقدمات الاطلاق يؤخذ به بأن يقال : مقتضى الاطلاق ترتب الحكم الشرعي على ما وقع في الخارج فيشمل جميع مصاديق الموضوع فلاحظ .

بل لا يبعد أن يقال : ان العرف يفهم من جواز الحوالة في بعض الموارد جوازها في جميعها بتقريب انه يفهم انه لا فرق بينها من هذه الحثية .

(١) فعلى القول بالجواز في الحوالة على البريء تجري الامور المذكورة .

(٢) ربما يقال : بأنها لا تنصح في القيمي للجهالة . وفيه اولا : ان الجهالة لا تنصر بصحة الحوالة بل التعيين الواقعي يكفي كما مر وثانياً : سلمنا كون الجهل موجباً للفساد لكن هذا لا يوجب الحكم بالفساد على الاطلاق فان القيمي الثابت في الذمة أمر كلي قابل للمعرفة بالتوصيف .

(٣) فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقود لزومها .

نعم لو كان المحال عليه معسراً حين الحوالة وكان المحال جاهلاً به جاز له الفسخ بعد علمه بالحال^(١) وان صار غنياً فعلاً^(٢) وأما اذا كان حين الحوالة موسراً أو كان المحال عالماً بأعساره فليس له الفسخ^(٣)
(مسألة ١٠) : يجوز جعل الخيار لكل من المحيل والمحال والمحال عليه^(٤).

(مسألة ١١) : لو أدى المحيل نفسه الدين فان كان يطلب من

(١) الظاهر ان الوجه فيه اشتراط الخيار بمقتضى الشرط الضمني الارتكازي وقد تقدم الاشكال في جعل الخيار الا في مورد يثبت الجواز بالاجماع أو النص اذ قد ذكرنا مراراً ان دليل الشرط لا يكون مشرعاً فلا بد من اثبات الجواز في الرتبة السابقة وأما حديثاً أبي ايوب (*) (١) ومنصور بن حازم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم أيرجع عليه؟ قال لا يرجع عليه ابداً الا أن يكون قد افلس قبل ذلك (*) (٢) ، فالمستفاد منهما انه لا يجوز الرجوع على المحيل الا فيما يكون مقلساً قبل الحوالة فلا يرتبطان بالمقام اللهم الا أن يتم الأمر بالاجماع والتسالم او السيرة وهل يمكن اثباته بهذه التقاريب؟ والله العالم .
(٢) اذ بعد ثبوت الخيار لا وجه لسقوطه .

(٣) لعدم اشتراط الخيار أما في الصورة الأولى فلأن المفروض عدم الأعسار فلا يثبت الخيار وأما في الصورة الثانية فلأنه مع العلم بالأعسار لا موضوع للاشتراط .

(٤) قد مر الاشكال فيه قريباً فلا وجه للاعادة .

المحال عليه وكان مديناً فله أن يطالب المحال عليه بما آذاه وأما إذا لم يكن بطلبه أولم يكن مديناً له فليس له ذلك^(١).
(مسألة ١٢) : إذا تبرع اجنبي عن المحال عليه برئت ذمته وكذا إذا ضمن شخص عنه برضا المحال^(٢).

(مسألة ١٣) : إذا طالب المحال عليه المحيل بما آذاه وادعى المحيل أن له عليه مالا وأنكر المحال عليه فالقول قوله مع عدم البينة فيحلف على برائته^(٣).

(مسألة ١٤) : تصح الحوالة بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة من السيد على مكانه سواء كانت قبل حلول النجم أو بعده وبها يتحرر

(١) إذا المفروض كون المحال عليه مديناً كما أن المفروض أن الأداء يطلب منه فلا مجال لبراءة ذمته بغير الأداء ولا يعلم أن الحوالة توجب كون المحال عليه مديناً للمحال فإذا كان مديناً للمحيل وبالحوالة صار مديناً للمحال فإذا كان أداء الدين يطلب منه يشتغل ذمته بالأداء للمحيل فله أن يراجعه ويطلبه وأما إذا لم يكن بطلب منه فلا مقتضى للرجوع كما أنه لو لم يكن مديناً لاوجه للرجوع المحيل عليه إذا المفروض عدم كونه مديناً فلا وجه لأن يراجعه .

(٢) فإن التبرع بأداء الدين جازز والنتيجة براءة ذمته كما أن الضمان يوجب براءة المضمون عنه فلاحظ .

(٣) الظاهر أن الأمر كما أفاده فإن وجوب الأداء على طبق القاعدة الأولية إلا أن يكون المحال عليه مشغول الذمة ومقتضى الأصل عدم الاشتغال فعلى المحيل إقامة البينة لاثبات دعواه ومع عدم البينة تصل النوبة إلى أن المنكر يحلف والله العالم .

المكاتب لبرائة ذمته لمولاه وتشتغل ذمته للمحال^(١) ولا يتوقف تحرره على قبوله الحوالة لفرض انه مدين لمولاه^(٢).

(مسألة ١٥) : اذا كان للمكاتب دين على اجنبي فأحال المكاتب سيده عليه بمال الكتابة فقبلها صحت الحوالة وينعتق المكاتب^(٣) سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا^(٤).

(مسألة ١٦) : اذا اختلف المحيل والمحال في أن العقد الواقع بينهما كان حوالة أو وكالة فمع عدم قيام البينة يقدم قول منكر الحوالة سواء أكان هو المحيل أم المحال^(٥).

(١) الامر كما افاده لتامة اركان الحوالة على القرض .

(٢) اذا المفروض كونه مشغول الذمة ولا يكون الحوالة على البريء كي يتوقف على قبوله وقد مر أنه لا يكون قبول المدين المحال عليه دخيلاً في تحقق الحوالة بل الحوالة تصح ولو مع عدم قبوله .

(٣) والوجه فيه ان الانعتاق يحصل بإداء مال الكتابة والمفروض ان السيد قبل الحوالة وهذا نحو من الاداء والبرائة مما في ذمته فلاحظ .

(٤) اذ المفروض تحقق برائة ذمة العبد من مال الكتابة وهي الميزان في حصول العتق والمفروض برائة ذمته بالحوالة فلا وجه لبقاء الرقية .

(٥) بتقريب ان تشخيص المدعي والمنكر هو الغرض المقصود من التداعي لامصب الدعوى والغرض المقصود هنا اشتغال ذمته المحيل للمحتال واشتغال ذمة المحال عليه للمحيل أو للمحتال وكل هذه مخالف للأصل فمدعي الحوالة لا بد من اقامة البينة ومدعي الوكالة عليه اليمين واما اذا قلنا ان الميزان مصب الدهوى

كتاب الكفالة

الكفالة هي التعهد باحضار المدين وتسليمه الى الدائن عند طلبه ذلك^(١).

(مسألة ١) : تصح الكفالة بالايجاب من الكفيل بكل ما يدل على تعهده والتزامه والقبول من الدائن بكل ما يدل على رضاه بذلك^(٢)
(مسألة ٢) : يعتبر في الكفيل العقل^(٣) والبلوغ^(٤) والاختيار^(٥)

يكون المقام داخلا في النداعي لأن قول كل منهما مخالف مع الاصل فلاحظ .
(١) قال في الجواهر: «والمعروف في تعريفها أنها عقد شرع للتعهد بالنفس» (*) (١)
وقال في مجمع البحرين : « وان شئت قلت : الكفالة هي التعهد بالنفس » وقال
في الحقائق : « الكفالة هي التعهد بالنفس بمعنى التزام احضار المكفول متى
طلبه المكفول له » (*) (٢) .

(٢) اذ لا دليل على التقييد فان الكفالة من العقود وكل عقد مركب من الايجاب
والقبول ومقتضى اطلاق الدليل عدم التقييد ويمكن أن يقال: انه قد علم من مجموع
الأدلة ان كل عقد صحيح شرعي ينحقق بالايجاب والقبول والتقييد يحتاج الى دليل
خاص وان شئت قلت : ان السيرة جارية على ايقاعها بكل ما يدل عليها وهذه السيرة
ممضاة عند الشارع فلاحظ .

(٣) كما يعتبر في بقية العقود بلا كلام ولا اشكال .

(٤) فان غير البالغ لا اعتبار بالتزاماته كما هو المقرر في جميع الموارد .

(٥) فان دليل الاكراه يرفع ما يقع على نحو الاكراه .

(١) الجواهر ج ٢٦ ص : ١٨٥

(٢) الحقائق : ج - ٢١ ص : ٦٢

والقدرة على احضار المدين^(١) وعدم السفه^(٢)

(١) اذ مع عدم القدرة لامجال للالتزام به فان الالتزام يتعلق بالأمر المقدور للملتزم ولذا لا معنى لأن يلتزم احد بنزول المطر من السماء فان نزوله بإرادة الله تعالى فلاحظ .

(٢) بتقريب ان السفه ليس له التصرف المالي ومن ناحية اخرى ان الكفيل لو لم يحضر المكفول يجب عليه اداء الدين فلان يجوز الكفالة من السفه ويمكن أن يقال : ان الكفالة لا تكون تصرفاً مالياً اذ الكفالة التزام باحضار المكفول ولا دليل من نصوص الباب على وجوب اداء الدين مع عدم الاحضار الا أن يتم الامر بالاجماع أو يقال : ان مرجع الكفالة الى الضمان المعلق وهل يمكن الالتزام بصحة الضمان التعليقي مع عدم الدليل على صحته وعدم صحة التعليق في العقود ؟ واستدل على أن الكفالة توجب تخيير الكفيل بين احضار المكفول وبين دفع ما عليه بوجوه :

الاول : ان الكفالة بنفسها تقتضي ذلك لأن بنائها عرفاً عليه وهو المقصود بين المتعاملين وبعبارة اخرى : يكون دفع ما عليه من الشرط الضمني فان مقتضى الشرط ان عليه الدفع ان لم يحضره .

وفيه انه لا دليل على هذه الدعوى ولذا لا يعرف في مقام التفهيم بهذا النحو وأما الشرط فان دل عليه دليل وقامت قرينة عليه فان كان شرط الفعل يصح على طبق القاعدة وأما شرط النتيجة بأن تشتغل ذمة الكفيل فلا دليل على مشروعيته لأن الشرط لا يكون مشروعاً فلا بد من احراز الجواز في الرتبة السابقة .

الثاني : النص : الخاص الوارد في المقام لاحظ ما ارسله الصدوق قال قال الصادق عليه السلام : الكفالة خسارة غرامة ندامة (*) (١) وهذه الرواية لا اعتبار

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب الضمان الحديث : ٢

والتفليس^١ ولا يشترط في الدائن البلوغ والرشد والعقل والاختيار
فتصح الكفالة للصبي والسفيه والمجنون اذا قبلها الولي^٢.

بسندها لارسالها .

ولا حظ ما رواه الرقي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : مكتوب في التوراة
كفالة ندامة غرامة (* ١) وهذه الرواية على تقدير تمامية سندها لا تدل على المدعى
فان الغرامة بمعنى الهلاك والعذاب ولعل الرواية تشير الى مرجوحية الكفالة كما
ورد ما يدل على المنع منها في بعض النصوص منها ما رواه اسمعيل بن جابر عن
أبي عبد الله عليه السلام قال : لا تعرضوا للحقوق فاذا لزمكم فاصبروا لها (* ٢).
ومنها ما رواه العباس الفضل بن عبد الملك ان الصادق عليه السلام قال له :
ما منعك من الحج ؟ قال : كفالة كفلت «تكفالت» بها قال : وما لك وللكفالات اما
عامت ان الكفالة هي التي اهلكت القرون الاولى ؟ (* ٣) .
ومنها ما رواه اسماعيل بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : يا بني اياكم
والتعرض للحقوق واصبروا على النوائب الحديث (* ٤) .

(١) لأرى وجهاً لعدم جواز كفالة المفلس فان المفلس ممنوع عن التصرف
في امواله ولا يكون ممنوعاً عن التصرف في ذمته .

(٢) كما هو ظاهر فان الولي يقوم مقام القاصر فلا تكون الامور المذكورة
مانعة عن الصحة .

(١) نفس المصدر الحديث : ٥

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

(٤) نفس المصدر الحديث : ٦

(مسألة ٣) : تصح الكفالة باحضار المكفول اذا كان عليه حق مالي^(١) ولا يشترط العلم بمبلغ ذلك المال^(٢) .

(مسألة ٤) : اذا كان المال ثابتاً في الذمة فلا شبهة في صحة الكفالة^(٣) وأما اذا لم يكن ثابتاً في الذمة فعلاً ولكن وجد سببه كالجعل في عقد الجمالة وكالعوض في عقد السبق والرماية وما شاكل ذلك فالأقوى صحة الكفالة في هذه الموارد^(٤) .

(١) بلا اشكال ولا كلام .

(٢) لا يبعد أن يكون المدرك اطلاق بعض النصوص لاحظ مارواه ابن سرحان انه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الكفيل والرهن في بيع النسيئة قال: لا بأس (*١) فان مقتضى اطلاق هذه الرواية عدم الفرق بين كون مقدار الدين معلوماً وعدمه فلاحظ .

(٣) الأمر كما افاده فانه لا اشكال في صحتها في الصورة المفروضة .

(٤) مقتضى القاعدة الأولية عدم الصحة لو شك فيها فان الأمر الوضعي يحتاج الى دليل الاثبات والا فمقتضى الاستصحاب عدم تحققه وحيث انه لا دليل على المدعى ظاهراً يتوقف الجزم بالصحة على تحقق الاجماع التعبدى الكاشف وأنى لنا باثباته .

وربما يقال : ان الكفالة بهذا النحو متعارف عند العفلاء والشارع الاقدس لم يردع عنها ولكن اللازم اثبات تحقق السيرة عليها وأما عموم وجوب الوفاء بالعقود فلا مجال للاستدلال به اذ قد ذكرنا مراراً ان دليل وجوب الوفاء ناظر الى اللزوم ولا تستفاد منه الصحة فلا تغفل .

(مسألة ٥) : الكفالة عقد لازم لا يجوز فسخه من طرف الكفيل^١ الا بالاقالة أو بجعل الخيار له^٢.

(مسألة ٦) : اذا لم يحضر الكفيل المكفول فاخذ المكفول له المال من الكفيل فان لم ياذن المكفول لافى الكفالة ولا في الاداء فليس للكفيل الرجوع عليه والمطالبة بما اداه^٣ واذا اذن في الكفالة والاداء أو اذن في الاداء فحسب كان له أن يرجع عليه^٤ وان اذن له في الكفالة دون الاداء فالظاهر عدم رجوعه عليه بما اداه^٥ وان كان غير متمكن من احضاره عند طلب المكفول له ذلك^٦.

(مسألة ٧) : يجب على الكفيل التوسل بكل وسيلة مشروعة لاحضار المكفول^٧

(١) فان كل عقد لازم بمقتضى وجوب الوفاء به الا ما خرج بالدليل .

(٢) كل منهما يحتاج الى الدليل وقد مر الكلام من هذه الجهة في بعض الابحاث المتقدمة فلانعيد وان شئت راجع ما ذكرناه سابقاً في هذا المقام .

(٣) لعدم مقتضى الرجوع فان المفروض عدم اذن المكفول فلا وجه لضمائه ومع عدم الضمان لامجال للرجوع اليه كما هو ظاهر واضح .

(٤) اذا المفروض ان الاداء تحقق باذنه فيشتغل ذمة الاذن بمقتضى السيرة العقلانية الممضاة شرعاً .

(٥) لعدم ما يقتضي الرجوع كما مر قريباً .

(٦) لوحدة الملاك ولكن الاشكال في صحة الكفالة مع عدم امكان الاحضار وقد مر من الماتن انه يشترط في صحة الكفالة القدرة على احضار المدين فلاحظ

(٧) لان المفروض وجوب الاحضار فنجب مقدماته من باب وجوب مقدمة

فاذا احتاج الى الاستعانة بشخص قاهر ولم تكن فيها مفسدة دينية وجبت الاستعانة به^(١).

(مسألة ٨) : اذا كان المكفول غائباً احتاج حمله الى مؤنة فالظاهر أنها على الكفيل^(٢) الا اذا كان صرفها باذن من المكفول^(٣).
(مسألة ٩) : اذا نقل المكفول له حقه الثابت على المكفول الى غيره يبيع أو صلح أو حوالة أو هبة بطلت الكفالة^(٤).

(مسألة ١٠) : اذا أخرج أحد من يد الغريم مديونه قهراً أو حيلة بحيث لا يظفر به فيأخذ منه دينه فهو بحكم الكفيل يجب عليه احضاره لديه والا فيضمن عنه دينه ويجب عليه تاديبه له^(٥).

الواجب ولو عقلاً .

- (١) لوحدة الملاك والمفروض خلوه عن المفسدة الشرعية فلاحظ .
- (٢) لأن وجوب ذي المقدمة يقتضي وجوب مقدماته وما ذكر منها فيجب .
- (٣) فان الاذن يقتضي الضمان كما تقدم .
- (٤) لانتهاء موضوع الكفالة فان الكفيل كان ملتزماً باحضار زيد مثلاً وبعد فراغ ذمته لا يكون موضوع الكفالة باقياً ولا مجال لبقاء الحكم مع انتهاء الموضوع .
- (٥) قال في الجواهر في هذا المقام : « كما صرح به غير واحد بل في الرياض نفي الخلاف فيه على الظاهر » الخ . وما يمكن أن يذكر في تقريب الحكم المذكور وجوه :

الوجه الاول : الاجماع فمن الصيمري دعوى الاجماع عليه . وفيه انه لا اعتبار بالاجماع المنقول كما حقق في محله بل لو تحقق اجماع محصل لا يترتب عليه

أثر لاحتمال استناد المجمعين الى الوجوه المذكورة في المقام .

الوجه الثاني قاعدة نفي الضرر لاحظ ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : لا ضرر ولا ضرار (* ١) فان الضرر متحقق بفعل المخرج فعليه الضمان ، وفيه اولا : ان التقريب المذكور على فرض تماميته يتوقف على الالتزام بمقالة المشهور وأما على مسلك شيخ الشريعة فلا ، وثانياً : ان المستفاد من الحديث على ما هو المقرر عندهم نفي الحكم الضرري ولا يستفاد من القاعدة ثبوت أمر كالضمان المبحوث عنه في المقام .

الوجه الثالث شمول حديث « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » (* ٢) للمقام وفيه ان حديث على اليد ضعيف سنداً مضافاً الى أن الاطلاق غير الاستيلاء اصف الى ذلك ان الظاهر ان الدليل يختص بالاعيان الخارجية .

الوجه الرابع : فحوى ما ورد في اطلاق القاتل لاحظ ما رواه حريز عن أبي عبد الله عليه السلام : قال : سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً فرفع الى الوالي فدفعه الى اولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الاولياء قال أرى أن يحبس الذي خلص « الذين خلصوا » القاتل من أيدي الاولياء حتى يأتوا بالقاتل قبل : فان مات القاتل وهم في السجن ؟ قال : وان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً الى اولياء المقتول (* ٣) .

وفيه انه حكم خاص وارد في مورد مخصوص ولا أرى لتقريب الفحوى وجهاً وعلى هذا الاساس تكون المسئلة مبتنية على الاحتياط الا أن يتم الامر بالاجماع

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث : ٣

(٢) مستدرک الوسائل الباب ١ من أبواب النصب الحديث : ٤

(٣) الوسائل الباب ١٥ من أبواب الضمان

(مسألة ١١) : ينحل عقد الكفالة بامور الاول: أن يسلم الكفيل المكفول الى المكفول له^(١) الثاني : أن يؤدي دينه^(٢) الثالث : ما اذا أبرأ المكفول له ذمة المدين^(٣) الرابع : ما اذا مات المدين^(٤) الخامس ما اذا رفع المكفول له يده عن الكفالة^(٥).

كتاب الصلح

الصلح عقد شرع للتراضي والتسالم بين شخصين في أمر : من تمليك عين أو منفعة أو إسقاط دين أو حق أو غير ذلك مجاناً أو بعوض^(٦).

المدعى والتسالم فيما بين القوم أو السيرة والله العالم .

(١) كما هو ظاهر فإنه مع التسليم يتم الامر ولا مجال للبقاء كما هو واضح .

(٢) اذ مع الاداء يتم الامر به .

(٣) اذ مع الابراء لاحق له عليه فلا مجال للبقاء .

(٤) اذ مع موته لاموضوع للاحضار .

(٥) اذ مع رفع اليد لا يبقى حق له فلا مجال للاحضار والحمد لله وله المنة قد وقع الفراغ من كتابة كتاب الكفالة في ليلة السبت السابع من شهر شوال المكرم

سنة ١٤٠٩ .

(٦) لا اشكال في أن الصلح الواقع في الخارج بين العقلاء يعم هذه الأقسام ويمكن الاستدلال على جوازه بقوله تعالى : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » (* ١) . فان قوله تعالى في ذيل الآية « والصلح خير » بيان لكبرى كلية تنطبق على ما ذكر في الآية.

(مسألة ١) : الصلح عقد مستقل ولا يرجع الى سائر العقود وان افاد فائدتها فيفيد فائدة البيع اذا كان الصلح على عين بعوض وفائدة الهبة اذا كان على عين بغير عوض وفائدة الاجارة اذا كان على منفعة بعوض وفائدة الابرأه اذا كان على اسقاط حق أودين^(١).

(مسألة ٢) : اذا تعلق الصلح بعين أو منفعة افاد انتقالهما الى المتصالح سواء أكان مع العوض أو بدونه وكذا اذا تعلق بدين على غير المتصالح له أو حق قابل للانتقال كحقي التحجير والاختصاص واذا تعلق بدين على المتصالح افاد سقوطه وكذا الحال اذا تعلق بحق قابل للاسقاط وغير قابل للنقل والانتقال كحق الشفعة ونحوه^(٢).

ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الصلح جاز بين الناس (* ١) ويؤيد المدعى ما ارسله الصدوق قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه والصلح جاز بين المسلمين الا صلحاً احل حراماً أو حرم حلالاً (* ٢) .

(١) كما هو ظاهر فان الصلح عبارة عن المصالحة التي يعبر عنها في اللغة الفارسية بـ (سازش كردن) والذي يدل على المدعى صحة سلب عنوان البيع وكذا بقية العناوين عنها وان الأثر المترتب عليها في بعض الاحيان أثر البيع وقد يكون أثرها اثر الاجارة وهكذا فلاحظ .

(٢) كما مر فان الصلح عقد مستقل لكن أثره ربما يكون انتقال العين الى المتصالح واخرى يكون اثره انتقال المنفعة اليه وهكذا .

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب الصلح الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

واما ما لا يقبل الانتقال ولا الاسقاط فلا يصح الصالح عليه^(١).

(مسألة ٣) : يصح الصلح على مجرد الانتفاع بعين كان يصالح شخصاً على أن يسكن داره أو يلبس ثوبه في مدة أو على أن يكون جذوع سقفه على حائطه أو يجري ماءه على سطح داره أو يكون ميزابه على عرصة داره أو يكون الممر والمخرج من داره أو بستانه أو على أن يخرج جناحاً في فضاء ملكه أو على أن يكون أغصان أشجاره في فضاء أرضه وغير ذلك^(٢) ولا فرق فيه بين أن يكون بلا عوض أو معه^(٣).

(مسألة ٤) : يجري الفضولي في الصلح كما يجري في البيع ونحوه^(٤).

(١) اذ المفروض عدم قبوله للانتقال ولا للأسقاط فلا مجال لوقوع الصلح عليه وان شئت قلت : الصلح الذي لا يترتب عليه أي أثر يكون لغواً فلا يشمل دليل الصحة .

(٢) لاطلاق الأدلة كتاباً وسنة مضافاً الى السيرة الخارجية العقلية الممضاة عند الشارع فلاحظ .

(٣) بعين التقريب وبعين الملاك .

(٤) لوحدة الملاك فان الدليل المثبت للفضولي في البيع جار في الصلح وقد تقدم في كتاب البيع ان العمدة في اثبات المدعى النص الخاص لاحظ ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما قلت : اصلحك الله ان الحكم بن عبيدة و ابراهيم النخعي واصحابهما يقولون : ان اصل النكاح فاسد ولا تحل اجازة السيد له فقال أبو جعفر عليه السلام : انه لم يعص الله وانما عصي سيده فاذا اجازه

(مسألة ٥) : يجوز للمتداعيين أن يتصالحا بشيء من المدعى به أو بشيء آخر حتى مع انكار المدعى عليه^١ ويسقط بهذا الصلح حق الدعوى وكذا يسقط حق اليمين الذي كان للمدعي على المنكر فليس للمدعي بعد ذلك تجديد المرافعة^٢ ولكن هذا قطع للتزاع ظاهراً ولا يحل لغير المحق ما يأخذه بالصلح وذلك مثل ما اذا ادعى شخص على آخر بدين فانكره ثم تصالحا على النصف فهذا الصلح وان أثر في سقوط الدعوى ولكن المدعي لو كان محقاً فقد وصل اليه نصف حقه ويبقى نصفه الآخر في ذمة المنكر الا انه اذا كان المنكر معذوراً في اعتقاده لم يكن عليه اثم^٣ نعم لورضى المدعي بالصلح عن

فهو له جاز (١*) فان مقتضى عموم الامة المذكورة في الحديث صحة الفضولي على الاطلاق وتفصيل الكلام وكول الى بحث الفضولي في كتاب البيع فراجع (١) لما مر من جواز الصلح مطلقاً .

(٢) سقوط حق الدعوى بالصلح يتوقف على قابلية اسقاط حق الدعوى وهذا اول الكلام والاشكال فان زيداً مثلاً لو كان مديوناً لبكر هل يجوز اسقاط حق مطالبته؟ وعليه يشكل الجزم بما أفاده من أنه ليس للمدعي بعد ذلك تجديد الدعوى الا أن يقال انه لا اشكال في أنه أمر عقلائي عليه السيرة الخارجية والشارع الأقدس لم يردع عنها والحال ان مقتضى الاطلاق المقامي التعرض لفساده ان كان الصلح بهذا النحو فاسداً .

(٣) لو كان الاسقاط ظاهرياً لا يكون مؤثراً في السقوط الواقعي بل يبقى الواقع

جميع ما في ذمته فقد سقط حقه^(١).

(مسألة ٦) : لو قال المدعى عليه للمدعي صالحني لم يكن ذلك منه اقراراً بالحق لما عرفت من أن الصلح يصح مع الاقرار والانكار^(٢) وأما لو قال بعني أو ملكني كان اقراراً^(٣).

(مسألة ٧) : يعتبر في المتصالحين البلوغ والعقل والاختيار والقصد وعدم الحجر لسفه أو غيره^(٤).

على حاله .

(١) كما هو ظاهر واضح .

(٢) وان شئت قلت : لاتنافي بين الصلح وانكار الدعوى فلا وجه لكون طلب الصلح اقراراً .

(٣) فان طلب البيع أو التمليك يستلزم الاقرار بالملكية فلاحظ .

(٤) فان غير البالغ لا اعتبار بتصرفاته كما انه لا اعتبار بما يصدر عن المجنون كما ان دليل رفع الاكراه يرفع الاثر عن الانشاء الاكراهي كما ان ما يصدر عن الانسان بلا قصد لا أثر له بلا اشكال وأما عدم الحجر فانما يكون معتبراً فيما يكون التصرف مالياً وأما التصرف لولم يكن في المال وبعبارة اخرى لا وجه لعدم اعتبار الصلح الصادر من المحجور الا في مورد يكون التصرف في المال .

ويستفاد من حديثين عدم نفوذ أمر السفیه حتی بعد البلوغ احدهما ما رواه أبو الحسين عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده قال: وما أشده؟ قال: احتلامه قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو أكثر ولم يحتلم قال: اذا بلغ وكتب عليه

(مسألة ٨) : يتحقق الصلح بكل ما يدل عليه من لفظ أو فعل أو نحو ذلك ولا تعتبر فيه صيغة خاصة^(١)

الشيء « ونبت عليه الشعر » جاز عليه أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً (* ١) فان المستفاد من هذه الرواية عدم نفوذ أمر السفيه على الإطلاق حتى بعد البلوغ ولو لم يكن التصرف مالياً فلو آجر نفسه لعمل لاتصح اجارته نعم لو لم يكن تصرفه إلا نافعاً له كما لو قبل ما يهبه غيره لا يكون مشمولاً للحديث فان المذكور فيه عنوان جواز أمره عليه فلو لم يكن عليه جاز إلا أن يقال ان المستفاد من الحديث نفوذ الأمر عليه وهذا العنوان يصدق على الإطلاق أي يصدق عنوان نفوذ الأمر وجوازه عليه حتى فيما يكون تصرفاً نافعاً في حقه فقط ولذا يصح أن يقال : لو غسل زيد ثوبه يحكم عليه بكونه طاهراً وإن شئت قلت : الحكم من الحاكم على المحكوم يستلزم عنوان الاستعلاء ولكن الأشكال في سند الحديث من حيث كون الخادم في السند وهو مجهول .

ثانيهما ما رواه ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله عز وجل حتى إذا بلغ أشده قال : الاحتلام قال : فقال : يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها فقال : إذا أنت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً فقال : وما السفيه ؟ فقال الذي يشتري الدرهم باضعافه قال وما الضعيف قال الابله (* ٢) فان المستفاد من هذه الرواية عدم جواز أمر السفيه على الإطلاق لكن السند ضعيف أيضاً لضعف اسناد الشيخ الى ابن فضال .

(١) لإطلاق دليله مضافاً الى السيرة الجارية الخارجية .

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الحجر الحديث : ٥

(٢) الوسائل الباب ٤٤ من الوصايا الحديث : ٨

(مسألة ٩) : لو تصالح شخص مع الراعي بأن يسلم نعاجه اليه لبرعاهما سنة مثلاً ويتصرف في لبنها ويعطي مقداراً معيناً من الدهن مثلاً صحت المصالحة^(١) بل لو آجر نعاجه من الراعي سنة على أن يستفيد من لبنها بعوض مقدار معين من دهن أو غيره صحت الاجارة^(٢).
(مسألة ١٠) : لا يحتاج اسقاط الحق أو الدين الى القبول^(٣) وأما المصالحة عليه فتححتاج الى القبول^(٤).

(مسألة ١١) : لو علم المديون بمقدار الدين ولم يعلم به الدائن وصالحه باقل منه لم تبرأ ذمته عن المقدار الزائد^(٥) الا أن يعلم برضا الدائن بالمصالحة حتى لو علم بمقدار الدين ايضاً^(٦).
(مسألة ١٢) : لا تجوز المصالحة على مبادلة مالين من جنس واحد اذا كانا مما يكال أو وزن مع العلم بالزيادة في احدهما على الاحوط^(٧)

-
- (١) لما مر من جواز الصلح على الاطلاق وما ذكر من مصاديق ذلك الكلي.
 - (٢) لوجود مقتضي وعدم المانع فانه لا مانع من الاجارة المفروضة ومن ناحية اخرى الشرط الواقع في ضمن عقد الاجارة جائز ونافذ.
 - (٣) فان الاسقاط ايقاع فلا يحتاج الى القبول.
 - (٤) اذ المفروض ان المصالحة من العقود ويعتبر فيها الايجاب والقبول.
 - (٥) اذ لا وجه للبراءة مع عدم قصد الدائن وتعلق قصده بالاقل.
 - (٦) كما هو ظاهر لجواز المصالحة على الاطلاق كما تقدم.
 - (٧) لا اشكال في حسن الاحتياط وأما الجزم بالحرمة فلا وجه له بعد اختصاص

ولا لباس بها مع احتمال الزهادة^(١).

(مسألة ١٣) : لا لباس بالمصالحة على مبادلة دينين على شخص واحد أو على شخصين فيما إذا لم يكونا من المكيل أو الموزون أو لم يكونا من جنس واحد أو كانا متساويين في الكيل أو الوزن وأما إذا كانا من المكيل أو الموزون ومن جنس واحد فجواز الصلح على مبادلتها مع زهادة محل اشكال^(٢)

(مسألة ١٤) : يصح الصلح في الدين المؤجل باقل منه إذا كان الغرض ابراء ذمة المديون من بعض الدين وأخذ الباقي منه نقداً هذا فيما إذا كان الدين من جنس الذهب أو الفضة أو غيرهما من

دليل الحرمة بالبيع والالتزام بكون الصلح عقداً مستقلاً كما سبق .

(١) إذ يمكن احراز عدمها بالأصل أي استصحاب عدم الأزلي .

(٢) أما عدم البأس في غير صورة الأخيرة فلعدم وجه للمنع وأما الاشكال في الصورة الأخيرة فلاحتمال الحرمة من أجل الربا ولكن قد مر أنه لا وجه للاشكال مع كون الصلح عقداً مستقلاً فلا يشمل دليل المنع وأما على تقدير الشك فإن قلنا بأن المقيد مجمل فأيضاً لا مجال للاشكال لأن اجمال المقيد المنفصل لا يسري إلى المطلق ومع التنزل عن هذه الجهة ان قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات المفهومية - كما نقول - يمكن احراز عدم تحقق عنوان الربا فيحكم بالصحة وأما على القول بعدم جريان الاستصحاب - كما هو المقرر عندهم - فلا مجال للأخذ بدليل الصحة ولا بدليل الفساد لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية لكن مقتضى الأصل العملي هو الفساد فلا حظ .

المكيل أو الموزون^١ وأما في غير ذلك فيجوز البيع والصلح بالاقبل من المديون وغيره وعليه فيجوز للدائن تنزيل الكمبالة في المصرف وغيره في عصرنا الحاضر لان الدنانير الرائجة ليست مما يوزن أو يكال^٢

(مسألة ١٥) : يفسخ الصلح بتراضي المتصالحين بالفسخ^٣

وكذا اذا فسخ من جعل له حق الفسخ منهما في ضمن الصلح^٤.

(مسألة ١٦) : لا يجري خيار الحيوان ولا خيار المجلس ولا خيار

التأخير في الصلح^٥ نعم لو أخر تسليم المصالح به عن الحد المتعارف

أو اشترط تسليمه نقداً فلم يعمل به فلاخر أن يفسخ المصالحة^٦ وأما

الخيارات الباقية فهي تجري في عقد الصلح^٧.

(١) بلا اشكال لعدم وجه للاشكال .

(٢) الامر كما افاده لعدم ما يقتضي عدم الجواز فيجوز ويصح فلاحظ .

(٣) هذا مبني على جريان الاقالة في غير البيع وهو محل الاشكال .

(٤) على القول بجواز جعل الخيار وقد مر الاشكال فيه الآن يقال : ان السيرة

الخارجية العقلية جارية عليه والشارع الاقدس أمضى هذه السيرة .

(٥) لعدم ما يقتضي الجريان بعد اختصاص الدليل بالبيع .

(٦) بتقريب ان مرجعه الى جعل الخيار عند عدم الوفاء بالشرط وجعل الخيار

جائز والاشكال فيه هو الاشكال المتقدم آنفاً .

(٧) بدعوى ان دليل الشرط فيعم ويشكل الجزم بما ذكر للاشكال في

قصور دليل الشرط لاثبات هذه الدعوى الا أن يتم الامر بالسيرة الخارجية بأن يقال

لاشكال في ثبوت هذه الخيارات بين العقلاء والمفروض عدم ردع الشارع عنها

(مسألة ١٧) : لو ظهر العيب في المصالح به جاز الفسخ وأما اخذ التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب ففيه اشكال^١ .

(مسألة ١٨) : لو اشترط في عقد الصلح وقف المال المصالح به اذا لم يكن للمصالح وارث بعد الموت صح ولزم الوفاء بالشرط^٢ .

فيعلم امضائه لسيرتهم اذ المفروض امضاء الصلح ومع ذلك لم يتعرض لفساد ما يكون جارياً بينهم فلاحظ .

(١) بتقريب ان جواز اخذ الارش يختص بالبيع فلا تجري في الصلح وأما الخيار فمن باب الشرط الضمني والاشكال فيه هو الاشكال المتقدم .

(٢) بتقريب ان مقتضى دليل نفوذ الشرط صحة الشرط المذكور ووجوب العمل به ولكن يرد عليه ان عدم الوارث على الاطلاق لا موضوع له فان الامام عليه السلام وارث من لا وارث له فكيف يمكن الالتزام بالجواز ؟ الا أن يقال : ان اللفظ منصرف عن صورة كون الوارث الامام مضافاً الى أن المقصود من الكلام غير واضح فان وجود الوارث وعدمه لا دخل له في صحة هذا الشرط وعدمها فان المفروض ان المالك حال حياته نقل ملكه الى غيره واشترط عليه أن يفقه بعدموته والمفروض ان الشرط نافذ ومن ناحية اخرى لا ينتقل المال المصالح به الى ورثة المصالح لكن لا يبعد أن يكون المراد من المتن ان اشتراط الوقف مقيد بعدم الوارث وأما مع وجود الوارث فلا .

لكن يرد عليه بأنه مسح وجود الوارث لا يخرج مورد المصالحة عن ملك المتصالح ومع بقاءه في ملك المتصالح لا مجال لانتقاله الى الوارث الا أن يرجع الامر الى اشتراط تملكه من الورثة والله العالم وقد وقع الفراغ من كتابة كتاب الصلح في يوم الاربعاء العاشر من شهر شوال المكرم من السنة ١٤٠٩ .

كتاب الاقرار

وهو اخبار عن حق ثابت على المخبر او نفي حق له على غيره^(١)
ولا يختص بلفظ بل يكفي كل لفظ دال على ذلك عرفاً ولو لم
يكن صريحاً وكذا تكفي الاشارة المعلومة^(٢) ويشترط في المقر
التكليف^(٣) والحرية^(٤) فلا ينفذ اقرار الصبي والمجنون ولا اقرار العبد
بالنسبة الى ما يتعلق بحق المولى بدون تصديقه مطلقاً ولو كان مما يوجب
الجنابة على العبد نفساً أو طرفاً^(٥) وأما بالنسبة الى ما يتعلق به نفسه
مالا كان أو جنابة فيتبع به عهد عنقه^(٦) ويشترط في المقر له اهلية التملك

(١) كما هو المستفاد العرفي منه .

(٢) لعدم وجه الاختصاص بعد صدق المفهوم فاذا صدق يترتب عليه حكمه اعم
من أن يكون بنحو الصراحة أو الاشارة كما هو ظاهر .

(٣) اعدم ترتب اثر على ما يصدر عن غير المكلف صبياً كان أو مجنوناً .

(٤) اذ الاقرار لا ينفذ في حق الغير .

(٥) كما هو ظاهر لما مر من عدم اعتباره .

(٦) قال في الجواهر في هذا المقام (* ١) « بلا خلاف ولا اشكال لعموم اقرار
العقلاء » لاحظ ما عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال اقرار العقلاء على أنفسهم
جائز (* ٢) .

(١) ج ٣٥ ص : ١٠٨

(٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب الاقرار الحديث : ٢

ولو اقر للعبد فهو له لوقيل بماكه كما هو الظاهر^١ ولو قال له على مال الزم به^٢ فان فسر به بما لا يملك لم يقبل^٣ ولو قال هذا لفلان بل لفلان كان للاول وغرم القيمة للثاني^٤ ويرجع في النقد والوزن والكيل الى عادة البلد^٥ ومع التعدد الى تفسيره^٦ ولو اقر بالمظروف لم يدخل الظرف^٧ ولو اقر بالدين المؤجل ثبت

(١) كما هو واضح اذ مع عدم الأهلية لامجال للنفوذ شرعاً .

(٢) لنفوذ الاقرار ووجوب الاخذ به .

(٣) اذ الانكار بعد الاقرار يحتاج الى الاثبات .

(٤) بمقتضى نفوذ الاقرار بالنسبة الى الاول والحيلولة بالنسبة الى الثاني قال

في الجواهر في مقام تقريب الاستدلال على المدعى : « لانه حال بينه وبينها فهو كالمثلث بلا خلاف معتد به اجده فيه لعموم اقرار العقلاء وللحيلولة التي سمعتها الخ .

ويرد على هذا التقريب بأنه اما نقول ان الاقرار الاول لنفوذه اوجب كون المقربه للاول فلا أثر للاقرار الثاني لانه اقرار بالنسبة الى مال الغير واما نقول ان المتكلم مادام متشاعلاً بالكلام له أن يلحق بكلامه من اللواحق ماشاء ولا مجال للحكم عليه مساماً متشاعلاً والمفروض ان كلمة الأضراب وضعت لأفاده الأضراب عن الاول والاثبات للثاني ومن ناحية اخرى ان الاشتباه أمر ممكن فيلزم أن يحكم للثاني فأما يحكم للاول بالتقريب الاول واما يحكم للثاني بالتقريب الثاني فعلى كلا التقديرين لا يتم ما افيد في المتن الا أن يتم الامر بالتسالم والاجماع .

(٥) للظهور العرفي .

(٦) فانه المرجع في تفسير كلامه .

(٧) لعدم ما يقتضي الدخول .

المؤجل^(١) ولم يستحق المقر له المطالبة به قبل الاجل^(٢) ولو اقرها المردد بين الاقل والاكثر ثبت الاقل^(٣) ولو ابهم المقر له فان عين قبل^(٤) ولو ادعاه الاخر كانا خصمين^(٥) وللآخر على المقر اليمين على عدم العلم ان ادعى عليه العلم^(٦) ولو ابهم المقر به ثم عين فان أنكره المقر له ففي أن للحاكم أنتزاعه او اقراره في يده اشكال^(٧) والظاهر الثاني^(٨) ولو ادعى المواطاة على الاشهاد كان عليه اقامة البينة على المواطاة او احلاف المشتري على اقباض الثمن^(٩). مسائل الاولى : اذا اقر بولد

- (١) اذ لا وجه للتعجيل مع عدم دليل عليه .
- (٢) كما هو ظاهر فان الاستحقاق يحتاج الى الدليل .
- (٣) اذ الاكثر لم يقع مورد الاقرار فلا وجه لثبوته والاصل عدمه .
- (٤) فان المقر هو المرجع في التفسير لأنه ذوبد فيقبل قوله وربما يقال كما في الجواهر : « انه بعد الاقرار الاول لا أثر لقوله وبعبارة اخرى بعد الاقرار بكونه للغير تخرج العين عن يده .
- (٥) فلا بد من اجراء قوانين الدعوى والقضاء .
- (٦) اذ المفروض ان الاخر يدعي علم المقر بكون المال له فعليه البينة ووظيفة المقر اليمين لكونه منكراً .
- (٧) وربما يقال ان للحاكم أنتزاعه لأنه ولي من لاولي له وربما يقال له ابقائها في يده اذ لم يثبت عدوانه .
- (٨) لأنه مكلف بايصاله الى صاحبها فلا وجه لانتزاعها من يده فلاحظ .
- (٩) على ما هو مقتضى قانون دعاوي من كون البينة على المدعي واليمين على من انكر فلاحظ .

أوأخ أوأخت أوغير ذلك نفذأقراره مع احتمال صدقه في ما عليه من وجوب انفاق أوحرمة نكاح أومشاركة في ارث ونحو ذلك^١ وأما بالنسبة الى غير ما عليه من الاحكام ففيه تفصيل فان كان الاقرار بالولد فيثبت النسب باقراره مع احتمال صدقه وعدم المنازع اذا كان الولد صغيراً وكان تحت يده^٢

(١) لنفوذ الاقرار على النفس مع احتمال الصدق وأما مع عدم احتمال الصدق فلا مجال لنفوذه كما هو ظاهر .

(٢) ويمكن الاستدلال بحديث ابن الحجاج قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحميل فقال : واي شيء الحميل ؟ قال : قلت المرأة تسبي من ارضها ومعها الولد الصغير فتقول : هو ابني والرجل يسبي فيلقى اخاه فيقول هو اخي وليس لهم بينة الا قولهم قال : فقال ما يقول الناس فيهم عندكم ؟ قلت : لا يورثونهم لأنه لم يكن لهم على ولادتهم بينة وانما هي ولادة الشرك فقال : سبحان الله اذا جاءت بابنها أو بابنتها ولم تزل مقرة به واذا عرف اخاه وكان ذلك في صحة منهما ولم يزالا مقرين بذلك ورث بعضهم من بعض (*) (١) .

وذكر المائين لاعتبار الاقرار بالولد بحيث يلحق بالمقر شروطاً : الاول : احتمال صدقه في دعواه فانه مع عدم احتمال صدقه لا مجال للأخذ باقراره كما مر آنفاً وان شئت قلت : الاقرار من الامارات والامارة حجة في صورة احتمال مطابقتها مع الواقع .

الثاني : عدم المنازع وقيل في وجهه : انه يتعارض الاقرار ان مضافاً الى النصوص الواردة في وطئ الشركاء الامة المبتاعة منها ما رواه معاوية بن عمار

عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا وطئ رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادعوه جميعاً اقرع الوالي بينهم فمن قرع كان الولد ولده ويردا قيمة الولد على صاحب الجارية قال فان اشترى رجل جارية وجاء رجل فاستحقها وقدولدت من المشتري رد الجارية عليه وكان له ولدها بقيمته (* ١) .

ومنها ما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال قضى علي عليه السلام في ثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد وذلك في الجاهلية قبل أن يظهر الاسلام فأقرع بينهم فجعل الولد للذي قرع وجعل عليه ثلثي الدية للآخرين فضحك رسول الله صلى الله عليه وآله حتى بدت نواجده قال : وقال : ما اعلم فيها شيئاً الا ما قضى علي عليه السلام (* ٢) .

ومنها ما رواه الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا وقع الحر والعبد والمشرک بامرأة في طهر واحد فادعوا الولد اقرع بينهم فكان الولد للذي يخرج سهمه (* ٣) .

فان تلك النصوص تدل على لزوم التعيين بالقرعة مع فرض التنازع فتدل على لزومها في المقام بالاولوية - كما في الجواهر - ويمكن أن يقال : ان مقتضى حديث ابن الحجاج هو اللاحاق ولو مع وجود المنازع ولا نرى وجهاً للاولوية المدعاة . الثالث أن يكون الولد صغيراً كما صرح في الخبر المشار اليه بقوله « ومعها الولد الصغير » .

الرابع : أن يكون تحت يده ويدل عليه قوله عليه السلام في الخبر « ومعها الولد الصغير » .

(١) الوسائل الباب ٥٧ من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

ولا يشترط فيه تصديق الصغير^(١) ولا يلتفت الى انكاره بعد بلوغه^(٢) ويثبت بذلك النسب بينهما ويبين أولادهما وسائر الطبقات^(٣) وأما في غير الولد الصغير فلا أثر للاقرار الامع تصديق الآخر^(٤) فان لم يصدقه الآخر لم يثبت النسب^(٥) وان صدقه ولا وارث غيرهما توارثا^(٦) وفي ثبوت التوارث مع الوارث الآخر اشكال والاحتياط لا يترك^(٧)

(١) وعن جامع المقاصد الاجماع عليه واطلاق الخبر يقتضيه .

(٢) بلا خلاف اجده فيه كما اعترف به غير واحد - هكذا في الجواهر - والوجه في عدم الالتفات ان النسب ثبت قبل البلوغ بالنص فلا وجه لاعتبار انكاره .

(٣) فانه مقتضى ثبوت كون الولد ولدآله بمقتضى النص وبعبارة اخرى يستفاد من النص ترتيب أحكام الولادة منه على الاطلاق والذي يختلج بالبال في هذه العجالة انه ان تم المدعى بالاجماع فهو والا فللمناقشة مجال اذ لا يستفاد من حديث ابن الحجاج العموم فتأمل .

(٤) فان اللاحق على خلاف القاعدة وانما نخرج عن القاعدة بالمقدار المستفاد من النص لاحظ ما رواه الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن رجلين حميلين جيبىء بهما من أرض الشرك فقال احدهما لصاحبه : أنت أخي فعرفا بذلك ثم اعتقا ومكثا مقرين بالأخاء ثم ان احدهما مات قال: الميراث للأخ يصدقان(*) (١) كما هو المستفاد من حديث الأعرج .

(٦) كما نص به في الخبر .

(٧) والوجه في الاشكال عدم دلالة النص فان الظاهر منه بيان الحكم لصورة

وكذلك في تعدى النوارث الى غيرهما ^(١) ولا يترك الاحتياط ايضاً فيما لو اقرب ولد أو غيره ثم نفاه بعد ذلك ^(٢) الثانية : لو اقر الوارث باولى منه دفع ما في يده اليه ولو كان مساوياً دفع بنسبة نصيبه من الاصل ^(٣) ولو اقر باثنين ففتناكرا لم يلتفت الى تناكرهما فيعمل بالاقرار ^(٤) ولكن تبقى الدعوى قائمة بينهما ^(٥) ولو اقرب باولى منه في الميراث ثم اقرب باولى من المقر له قبل كما اذا اقر العم بالاخ ثم اقرب بالولد فان صدقه دفع الى الثالث والا فالى الثاني ويغرم للثالث ^(٦) ولو اقر الولد بآخر ثم اقرا بثالث وأنكر الثالث الثاني كان للثالث النصف وللثاني السدس ^(٧)

انحصار الوارث .

(١) لا يبعد أن يكون وجه الاشكال اختصاص الدليل بهما ولا دليل على التعدي .

(٢) الظاهر ان منشأ الاشكال قوله في الحديث « ولم تزل مقرة به » وقوله عليه السلام ايضاً « ولا يز الا مقرين بذلك » فيستفاد من الرواية اشتراط دوام الاقرار وعدم النفي والله العالم .

(٣) فان اقراره بالنسبة الى ما في يده نافذ من باب نفوذ اقرار العقلاء .

(٤) فان مقتضى نفوذ الاقرار دفع ما في يده اليهما .

(٥) كما هو ظاهر فانها باقية الى أن ترتفع بالاسباب الشرعية .

(٦) كما مر الكلام في نظير المقام مع ما سبق من الاشكال فراجع .

(٧) بتقريب ان ارث الثالث ثابت باعتراف الاولين فهو احد الاثنين المتفق عليهما فيكون له النصف وللأول الثلث لأنه باعترافه احد الثلاثة فليس له الاثلث

التركة ويبقى للثاني السدس .

ولو كانا معلومي النسب لا يلتفت الى انكاره^١ الثالثة يثبت النسب بشهادة عدلين^٢ لا برجل وامراتين ولا برجل وبمين^٣ ولو شهد الاخوان بابن للميت وكانا عدلين كان أولى منهما ويثبت النسب^٤ ولو كانا فاسقين يثبت الميراث اذا لم يكن لهما ثالث^٥ دون النسب^٦.

كتاب الوكالة

ولا بد فيها من الایجاب والقبول^٧

ولا يبعد أن يقال بقسمة المال بينهم اثلاثاً فان اقرار الأولين بثالث ليس الا اقراراً باستحقاقه ثلث المال فلا يستحق الا بهذا المقدار ولا أثر لانكاره نسب الثاني فلاحظ والله العالم بحقايق الامور .

(١) كما هو ظاهر فلا تغفل . مركز تحقيق ميرزا محمد حسين

(٢) بلا كلام لعموم حجية البينة .

(٣) فان قبول الشهادة واثبات المشهود بها يحتاج الى الدليل ولا دليل عليه في المقام .

(٤) لحجية البينة .

(٥) لنفوذ الاقرار .

(٦) لعدم الدليل على الاعتبار فلاحظ والحمد لله اولا وآخراً وظاهراً وباطناً .

(٧) أفاد السيد اليزدي قدس سره بأنه « لا يشترط في الوكالة القبول ولذا نرى انه لو قال وكلتك في بيع داري فباعها صح بيع الدار والظاهر الصحة ولو مع غفلة البايع عن الوكالة وقصد النيابة وهذا دليل عدم تقوم الوكالة بالقبول وأيضاً نرى انه لو وكله وهو غائب في أمر فقبل الوكيل الوكالة بعد مضي ايام تصح والمحال

انه لايجوز الفصل بين الايجاب والقبول فالحق أن يقال : ان الوكالة تتحقق بالايجاب والقبول تارة وبالاذن في التصرف اخرى « هذا ملخص كلامه رفع في علو مقامه .

ويمكن أن يرد على ما أفاده اولاً : بأن صحة البيع لاتدل على تحقق الوكالة بدون القبول بل الصحة من باب خروج البيع عن الفضولية بالاذن الصادر من المالك ويرد على ما أفاده ثانياً : انه لادليل على اشتراط كون القبول متصلاً بالايجاب بل يجوز الفصل مع بقاء الايجاب بقوته السابقة ولذا نرى صحة الهدية والهبة ولو مع عدم اتصال قبولهما بل تجوز ان ولو مع الفصل الزماني الطويل وربما يستدل على اشتراط القبول فيها بأنه اذا تحققت بلا قبول يلزم التصرف في نفس الغير بدون رضاه وهذا ينافي سلطنة كل احد على نفسه وفيه اولاً : انه لا اشكال في أن الاذن في التصرف يقتضي أن يصير المأذون مأذوناً في التصرف بلا اختيار منه وهل يمكن أن يقال : انه لا يتحقق الاذن ولا يصير المأذون مأذوناً ؟ لانه يلزم أن يكون الشخص مسلطاً على الغير على خلاف قانون سلطنة كل احد على نفسه . وثانياً لابد من ملاحظة الدليل فان اقتضى تحقق الوكالة بلا قبول نلتزم والا فلا .

اذا عرفت ما تقدم نقول الذي يخطر بالبال أن يقال : ان الوكالة من العقود الامضائية وهي أمر رائج بين العقلاء والظاهر تقومها بالايجاب والقبول ولا تتحقق الوكالة بلا قبول ولو التزمنا بعدم قوامها بالقبول وقلنا بتحققها بمجرد الايجاب ، يلزم تحققها دائماً بالايجاب ولا مجال لأن يقال : انها على قسمين : تتحقق تارة بالايجاب والقبول وتتحقق اخرى بالايجاب فقط، اذ مع تحققها بالايجاب لاتصل النوبة الى القبول .

وان كان فعلاً^(١) أو متأخراً^(٢) ولا يشترط فيها التنجيز فلو علقها على شرط غير حاصل حال العقد أو مجهول الحصول حينه فإظهار الصحة^(٣) وبصح تصرف الوكيل حينئذ عند تحقق الشرط^(٤) وهي جائزة من الطرفين^(٥)

وبعبارة أخرى مع تحققها بالإيجاب يكون القبول الواقع بعدها أمراً اجنبياً عنها فصفوة القول : انه تارة يتحقق الاذن واخرى تتحقق الوكالة أما على الأول فلا يحتاج الى القبول كما هو ظاهر وأما على الثاني فيحتاج الى القبول والله العالم (١) اذ لا يشترط في تحققه اللفظ بل يصدق ولو بالقبول الفعلي فيترتب عليه أثره .

(٢) بلا اشكال اذ لادليل على اشتراط التوالي بين ايجابها وقبولها بل تصدق ولو مع الفصل بين الايجاب والقبول وهذا العرف يباك وهذه السيرة العقلانية نصب عينك .

(٣) بتقريب : انه لادليل على اشتراط التنجيز في العقود الا الاجماع والقدر المعلوم منه غير المقام ولكن ادعي الاجماع على الاشتراط في خصوص المقام الا أن يقال : انه ليس اجماعاً محصلاً بل غايته الاجماع المنقول ولا اعتبار به مضافاً الى أنه لو فرض تحصيله يكون محتمل المدرك فلا يكون اجماعاً تعديلاً كاشفاً عن رأيه عليه السلام .

(٤) اذ المفروض ان دائرة الوكالة مضيقة والاذن في التصرف في اطار خاص (٥) بلا خلاف اجده بل الاجماع بقسميه عليه - هكذا في الجواهر - فاذا ثبت الاجماع التعدي الكاشف عن رأى المعصوم فهو الا فيشكل الجزم بالمدعى لأن مقتضى اصالة اللزوم في كافة العقود الاستفادة من قوله تعالى او فوا بالعقود (*) (١)

ولكن يعتبر في عزل الموكل له اعلامه به فلو تصرف قبل علمه به صح
تصرفه^(١) وتبطل بالموت^(٢)

ان كل عقد لازم الا ما خرج بالدليل نعم بالنسبة الى الموكل فقد دلت جملة من
النصوص على جواز عزله الوكيل :

منها : ما رواه معاوية بن وهب وجابر بن يزيد جميعاً عن أبي عبد الله عليه
السلام أنه قال : من وكل رجلاً على امضاء امر من الامور فالوكالة ثابتة ابداً حتى
يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها (* ١) .

ومنها ما رواه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وكل آخر
على وكالة في أمر من الامور وأشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لأمضاء
الأمر فقال : أشهدوا اني قد عزلت فلاناً عن الوكالة فقال : ان كان الوكيل أمضى
الأمر الذي وكل فيه قبل العزل فان الأمر واقع ماض على ما امضاه الوكيل كره
الموكل أم رضى (* ٢) .

(١) كما يستفاد من النص لاحظ حديث ابن وهب المتقدم ذكره آنفاً وبدل على
المدعى أيضاً حديث هشام المتقدم .

(٢) أما بموت الوكيل فلا اشكال في البطلان لعدم ما يقتضي انتقالها بالارث الى
وارثه وأما بموت الموكل فيظهر من كلام الجواهر ان البطلان مورد الاجماع وذكر
في وجه البطلان أيضاً : ان المال ينتقل بالموت الى الوارث فلا وجه لجواز تصرف
الوكيل . واورد فيه بأنه لا يتم المدعى في الثلث والحق أن يقال : ان الوكيل
نائب عن الموكل والمفروض ان الموكل بنفسه معزول عن التصرف فلا مجال
للتناية فلاحظ .

(١) الوسائل الباب ١ من أحكام الوكالة الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٢ من أحكام الوكالة الحديث : ١

وتلف متعلقها^١ وفعل الموكل^٢ وتبطل الوكالة بعجنون الموكل^٣ وباغمائه حال جنونه واغمائه^٤ وفي بطلانها مطلقاً حتى بعد رجوع العقل والافاقة اشكال^٥ وتصح الوكالة فيما لا يتعاق غرض الشارع بايقاعه مباشرة ويعلم ذلك ببناء العرف والمشرعة عليه^٦ ولا يتعدى الوكيل الماذون حتى في تخصيص السوق الا اذا علم انه ذكره من باب احدا لا افراد^٧ ولو عمم التصرف صح مع المصلحة^٨ الا في الاقرار^٩

(١) لانتفاء الموضوع ومع انتفائه لامجال لبقائها كما هو ظاهر .

(٢) الكلام فيه هو الكلام فلاحظ .

(٣) اذ المجنون لا يترتب اثر على تصرفاته فكيف بتصرف وكيله مضافاً الى الاجماع المدعى في المقام .

(٤) العمدة في وجه الاستدلال هو الاجماع المدعى في المقام وربما يقال : ان الوكيل نائب عن الموكل ومع سقوط الموكل عن الاعتبار لامجال لتصرف نايه ووكيله نعم في النائم والسكران تقطع ببقائها وعدم بطلانها .

(٥) تظهر من عبارة الاصحاب بطلانها بهما ومع فرض البطلان لادليل على رجوعها ، وملخص الكلام ان المدرك الاجماع والتسالم المدعى .

(٦) كما هو ظاهر فانه يعلم من السيرة العقلانية وسيرة المشرعة .

(٧) كما هو ظاهر اذ ميزان الجواز وعدمه منوط باذنه .

(٨) اذ لا وجه للتنفيذ وعدم العموم بل ان ثبت الاجماع على البطلان في صورة عدم المصلحة فهو والا لكان للالتزام بالصحة مجال الا أن يقال : انه لادليل على التعميم فالقصور في المقنضي .

(٩) ان ثبت اجماع تعبدى على عدم الجواز فهو والا فيمكن أن يكون الوجه

نعم اذا قال انت وكيلي في ان تقرر علي هكذا لزهد مثلاً كان هذا اقراراً منه لزهد به^(١) والاطلاق يقتضي البيع حالاً بثمن المثل بنقد البلد وابتياح الصحيح وتسليم المبيع وتسليم الثمن بالشراء والرد بالعيب^(٢) ولا يقتضي وكالة الخصومة عند القاضي الوكالة في القبض وكذلك العكس^(٣) ويشترط اهلية التصرف في الوكيل والموكل^(٤) فيصح توكيل الصغير فيما جاز له مباشرته كالوصية اذا بلغ عشر^(٥)

فيه عدم جريان الوكالة فيه وانه غير قابل للتوكيل فيه بل لا يتحقق الا بالمباشرة ويمكن أن يكون الوجه في المنع ان نفوذ الاقرار على المقر ، مختص بصورة المباشرة والله العالم .

(١) فانه مصداق للاقرار فيؤخذ به .

(٢) فان الظاهر لولا القرينة يقتضي ذلك وبعبارة اخرى الطبع الأولي في المعاملات يقتضي هكذا وعليه تحقق الوكالة في غير النحو المذكور يتوقف على الاثبات .

(٣) لعدم الدليل وكل منهما اعم من الاخر فثبوت الوكالة في احدهما لا يستلزم تحققها في الاخر .

(٤) بلا اشكال ولا كلام .

(٥) اذ بعد قيام الدليل على جواز وصيته على ما هو المقرر عندهم في كتاب الوصية من جواز وصيته اذا كان له عشر سنين يجوز توكيله اذ بعد أن تكون المباشرة شرطاً بل يمكن أن يستدل على المدعى باطلاق ما دل على جواز وصيته فان مقتضى الاطلاق جوازها مباشرة وتوكيلاً لاحظ ما رواه أبو بصير يعني المرادي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : اذ بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلاث ماله في

ويجوز أن يكون الصغير كيلا واوبدون اذن وليه^١ ولو وكل العبد

حق جازت وصيته واذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (* ١) .

(١) بتقريب انه لادليل على سلب عبارته وانشائه وفيه انه قد دل الدليل عليه لاحظ ما رواه ابن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال عمد الصبي وخطاه واحد (* ٢) فان المستفاد من الحديث ان عمد الصبي في حكم خطائه وتخصيص الرواية بباب الجنایات لوجه له .

بل يمكن الاستدلال على المدعى بما رواه عمار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال : اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك ان أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلوة وجرى عليها القلم (* ٣) .

فان المستفاد من الحديث ان القلم على الاطلاق مرفوع عن الصبي فلا يترتب على افعاله اثر وبعبارة اخرى : القلم مرفوع عنه بلا فرق بين التكليف والوضع ولا وجه للالتزام بأنه مخصوص بالتكليف وعلى هذا الأساس لا فرق بين كونه مأذوناً من وليه وبين أن لا يكون .

قال في الجواهر : « لاتصح وكالة الصبي لسلب عبارته وفعله فضلا عن عدم جواز تصرفه مميزاً كان أو لم يكن اذن فيه وليه أو لم يأذن كما عرفت غير مرة (* ٤) »

(١) الوسائل الباب ٤٤ من ابواب الوصايا الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب العاقله الحديث : ٢

(٣) الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمة العبادات الحديث : ١٢

(٤) الجواهر ج ٢٧ ص : ٣٨٧

بإذن مولاه صح^(١) ولا يوكل الوكيل بغير إذن الموكل^(٢) وللحاكم التوكيل عن السفهاء والبله^(٣) ويستحب لذوي المروات التوكيل في مهماتهم^(٤)

فإن الاستفادة من كلامه أن توكيله باطل لسلب عبارته وحكم الأمثال واحد فلاحظ وقال أيضاً في شروط الوكيل : « ويعتبر فيه البلوغ وكمال العقل بلا خلاف ولا اشكال » (* ١) .

(١) قال في الجواهر : « لا اشكال ولا خلاف في أنه يجوز وكالة العبد إذا إذن له مولاه للعمومات » الخ (* ٢) والأمر كما أفاده .
(٢) بلا اشكال فإن الأمر والاختيار بيد الموكل فلا بد من إذنه وبدون إذنه لا يصح .

(٣) فإنه وليهم فله التوكيل عنهم ويمكن أن يقال : إن الحاكم حيث أنه وليهم فتارة يقيم بأمرهم مباشرة وأخرى يوكل غيره فالوكيل وكيل الحاكم لا لهم فلاحظ (٤) الذي يخطر ببالي القاصر عاجلاً أنهم يستحب لهم أن يحفظوا كرامتهم كي لا يهانوا فيستحب التوكيل فتأمل مضافاً إلى بعض النصوص منها : ما روي أنه صلى الله عليه وآله وكل عمرو بن أمية الضميري في قبول نكاح أم حبيبة وكانت بالحشة ووكّل أبارافع في قبول نكاح ميمونة بنت الحرث الهلالية خالة عبدالله بن العباس ووكّل عروة بن الجعد البارقي في شراء شاة الأضحية ووكّل السعاة في قبض الصدقات (* ٣) . ومنها ما روي أن علياً عليه السلام وكل أخاه عقيلاً فسي مجلس أبي بكر أو عمر وقال : هذا عقيل فما قضى عليه فعلي وما قضى له فلي ووكّل عبدالله بن جعفر في مجلس عثمان (* ٤) .

(١) الجواهر ج ٢٧ ص : ٣٩٣

(٢) الجواهر ج ٢٧ ص : ٣٩٥

(٣ و ٤) مستدرک الوسائل الباب ٢٠ من أبواب الاجارة الحديث : ٣ و ٤

ولا يتوكل الذمي على المشهور ولكن الاظهر الجواز^١ ولا يضمن الوكيل الابتعاد أو تفريط^٢ ولا تبطل وكالته به^٣ والقول قوله مع اليمين

(١) لعدم ما يقتضي المنع ونفى سبيل الكافر على المسلم لا يرتبط بالمقام وامثاله .

(٢) قال في الجواهر : « لاختلاف بين المسلمين ولا اشكال في أن الوكيل سواء كان بجعل أو غيره كما هو صريح بعض وظاهر الباقيين امين بالنسبة الى أنه لا يضمن ما تلف في يده الا مع التفريط او التعدي كغيره من الأمانة » الخ . وتدل على عدم ضمان الامين جملة من النصوص منها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال اذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه الا أن يكون اشترط عليه (* ١) .

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العارية فقال لا غرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأموناً (* ٢) .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك أو تسرق فقال : ان كان اميناً فلا غرم عليه (* ٣) ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وقال : ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن (* ٤) (٣) لعدم التنافي بين صيرورة اليد بيد ضمان وبقاء وكالته على ما هي عليها لامن جهة بقائها بالاستصحاب كي يقال : ان الاستصحاب الجاري في الشبهة الحكمية

(١) الوسائل الباب ١ من العارية الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٧

(٤) نفس المصدر الحديث : ٦

وعدم البينة في عدمه^(١) وفي العزل والعلم به^(٢) والتصرف^(٣) وفي الرد اشكال والظاهر العدم^(٤)

معارض بعدم الجعل الزايد بل من جهة ان الوكالة اذا ثبتت لاتزول الا بالرافع .

(١) اذ العدم موافق للأصل فالقول قول منكر التفريط والافراط .

(٢) الكلام فيهما هو الكلام فان مقتضى الاصل عدم العزل كما ان مقتضاه عدم

حصول العلم به .

(٣) الذي وكل فيه وانكر ذلك الموكل مثل أن يقول : بعت المتاع وتلف الثمن مني أو قال : قبضت له وتلف مني وانكر ذلك الموكل ويترتب على الأول غرامة الوكيل المبيع عيناً أو قيمة وفي الثاني عدم غرامة الثمن من الموكل لكون المبيع تلف قبل قبضه فربما يقال : بأن القول قول الموكل لكون قوله موافق للأصل وعن جامع المقاصد انه امتن دليلاً وعن مجمع البرهان كأنه أظهر .

وفي قبال هذه الاستدلالات يمكن أن يقال : ان القول قول الوكيل لقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به ولأنه امين قد نهى عن تخويله الذي منه تكذيبه لاحظ ما رواه مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ليس لك أن تتهم من ائتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته (*) (١) ، وانه محسن وليس عليه من سبيل وان في عدم تصديقه العسر والخرج المنفيين بالدليل واختلال نظام المعاملات بانصراف رغبة الناس عن معاملات الأولياء والوكلاء والمأذونين خصوصاً في المضاربات ولأن الموكل بتوكيله اقدم على قبول قوله فيما يفعل فيجب أن يصدقه كما الزم بتصديقه في دعوى التلف التي يكون الملاك فيها كونه اميناً وصاحب يد على ما اؤتمن فيه فلاحظ .

(٤) الظاهر ان منشأ الاشكال انه يقبل قول الودعي عند الأصحاب في الرد والمقام

ولو ادعى الوكيل التلف فالقول قوله الا اذا كان متهما فيطالب بالبيّنة^(١)
والقول قول منكر الوكالة^(٢) وقول الموكل لو ادعى الوكيل الاذن
في البيع بثمن معين فان وجدت العين استعبدت فان فقدت أو تعذرت

كذلك من حيث الاحسان فالقول قوله ومن ناحية اخرى ان قوله مخالف الأصل
فعليه البيّنة ولا وجه لقياسه على الودعي ولا يبعد ان هذا اقرب باصول المذهب
كما في كلام المحقق قدس سره .

(١) لا يبعد أن يكون التفصيل المذكور في المتن مستفاداً من جملة من النصوص
لاحظ ما رواه أبو بصير يعني المرادي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يضمن
الصائغ ولا القصار ولا الحائك الا أن يكونوا متهمين فيخوف فيجيثون بالبيّنة
ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً وفي رجل استأجر جمالاً فيكسر الذي يحمل أو
يحرقه فقال على نحو من العامل ان كان مأموناً فليس عليه شيء وان كان غير
مأمون فهو ضامن (* ١) .

وما رواه أبو بصير أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان علي عليه السلام
يضمن القصار والصائغ يحتاط به على أموال الناس وكان أبو جعفر عليه السلام يتفضل
عليه اذا كان مأموناً (* ٢) وما رواه معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
سأله عن الصباغ والقصار فقال : ليس يضمنان قال الشيخ يعني اذا كانا مأمونين فاما
اذا اتهما ضمنا بحسب ما قد منا (* ٣) ، فان المستفاد من هذه الروايات انه مع
الاتهام يجب على الأمين اقامة البيّنة .

(٢) لأن قوله موافق للأصل .

(١) الوسائل الباب ٢٩ من الاجارة الحديث : ١١

(٢) نفس المصدر الحديث ١٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٤

فالمثل أو القيمة ان لم يكن مثلياً^(١) ولو زوجه فانكر الموكل الوكالة
حلف^(٢) وعلى الوكيل نصف المهر لها^(٣)

(١) فان الأصل عدم الاذن ومع عدم الاذن يتحقق الضمان بالمثل في المثل
وبالقيمة في القيمي على ما هو المقرر عند القوم .

(٢) فان اليمين على من انكر فما افاده على طبق القاعدة .

(٣) استدل على المدعى بجملة من النصوص : منها ما رواه عمر بن حفظة عن
أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجل قال لآخر : اخطب لي فلانة فما فعلت
من شيء مما قاوت من صداق أو ضمننت من شيء أو شرطت فذلك لي رضا وهو
لازم لي ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما
طالبوه وسألوه فلما رجع اليه أنكر ذلك كله قال : يفرم لها نصف الصداق عنه
وذلك انه هو الذي ضيع حقها الحديث (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بعمر بن حفظة .
ومنها ما رواه ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام انه سأل عن رجل زوجته
امه وهو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج
تزويجه فالمهر لازم لأمه (* ٢) .

ومنها ما رواه أبو عبيدة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل امر رجلاً أن
يزوجه امرأة من اهل البصرة من بني تميم فزوجه امرأة من اهل الكوفة من بني تميم
قال : خالف امره وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة ولأعده عليها ولا ميراث
بينهما فقال بعض من حضر : فان أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضاً ولا قبيلة ثم جحد
الامر أنه يكون أمره بذلك بعد ما زوجه فقال : ان كان للمأمور بينة ان كان أمره أن
يزوجه كان الصداق على الأمرو ان لم يكن له بينة كان الصداق على المأمور لأهل المرأة

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الوكالة الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٧ من أبواب عقد النكاح وأوليائه الحديث : ٣

وعلى الموكل ان كان كاذباً في انكاره الزوجية طلاقها^(١) ولو لم يفعل وقد علمت به كذبه رفعت امرها الى الحاكم لبطلة ما بعد امر الزوج بالانفاق عليها وامتناعه^(٢) ولو وكل اثنين لم يكن لاحدهما الانفراد بالتصرف الا اذا كانت هناك دلالة على توكيل كل منهما على الاستقلال^(٣) ولا تثبت الا بشاهدين عدلين^(٤)

ولاميراث بينهما ولا عدة عليها ولها نصف الصداق ان كان فرضا لها صداقاً (*١) والسند معتبر .

(١) لا اشكال في حرمة التكذيب كما انه لا اشكال في وجوب القيام بوظائف الزوجية وأما وجوب الطلاق فلم يظهر لي وجهه الا أن يقال : انها تقع في الحرام اذا لم يطلقها وفيه ان الدليل أخص من المدعى مضافاً الى ما فيه من الاشكال .
(٢) قد تعرض الماتن لحكم من لا ينفق على زوجته في المسئلة (٤) من مسائل النفقات وقد شرحنا كلامه هناك فراجع ما ذكرناه هناك .

(٣) كما هو ظاهر اذ الأمر بيد الموكل وباختياره ولا يجوز التخطي عن امره فلو كانت الوكالة للمجموع لم يكن لواحد الاقدام بالانفراد الا مع قيام دليل على استقلال كل منهما منفرداً عن الآخر .

(٤) لا يبعد أن يكون الماتن ناظراً الى صورة النزاع والاختلاف وبعبارة اخرى : تارة يقع الكلام في أن الوكالة بأي طريق تثبت واخرى في اثباتها عند المرافعة أما في الصووة الاولى فطريق اثباتها كبقية الموضوعات الخارجية وأما اثباتها في صورة المخاصمة والادعاء والانكار فتحقيق الحال موكل الى كتاب القضاء ويمكن أن يكون الماتن ناظراً الى أن مقتضى الأصل الاولى عدم الثبوت وانما نلتزم بثبوت الموضوعات بقول الثقة بالسيرة العقلية فلا بد من الاقتصار

ولو اُخِر الوكيل التسليم مع القدرة والمطالبة ضمن^(١) .

(مسألة) : الوكيل المفوض اليه المعاملة بحكم المالك يرجع عليه البايع بالثمن ويرجع عليه المشتري بالثمن وترد عليه العين بالفسخ بعيب ونحوه وبؤخذ منه العوض^(٢) .

كتاب الهبة

وتصح في الاعيان المملوكة وان كانت مشاعة^(٣)

على مقدار تحققها وبعبارة اخرى : لامجال للأخذ بالاطلاق أو العموم فمع الشك

لا بد من اشتراط قيام البينة والله العالم .

(١) اذ بالتأخير المذكور تصير يده يد عدوان موجب للضمان .

(٢) الأمر كما افاده فـان معنى الوكيل المفوض ما ذكر هذا تمام الكلام في الوكالة وقد حصل الفراغ من كتابتها في يوم الجمعة الرابع والعشرين من شهر رجب من السنة ١٤٠٩ على مهاجرها آلاف التحية والثناء .

(٣) بلا خلاف كما فـي بعض الكلمات بل حكى عليه الاجماع والظاهر انه لامجال للاشكال والسيرة الجارية عليها بسلا تكبر اقوى شاهد على المدعى هذا بالنسبة الى الاعيان الشخصية غير المشاعة التي هي القدر المتيقن من جواز الهبة بالنسبة اليها وبالنسبة الى المشاع فمضافاً الى ما تقدم يمكن الاستدلال عليه بما رواه عمر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار ، قال : يجوز قلت : أرأيت ان كانت هبة ، قال : يجوز الحديث (*) (١) .

ولا تبعد ايضاً صحة هبة ما في الذمة لغير من هو عليه ويكون قبضه بقبض مصداقه^(١) ولا بد في الهبة من ايجاب وقبول^(٢)

(١) قال صاحب العروة قدس سره ، وأما هبته لغير من عليه فالمشهور عدم صحتها الخ واستدل لعدم الصحة بأن القبض شرط في صحة الهبة وما في الذمة غير قابل للقبض والفرد الخارجى ليس هو الكلّى بل فردّه وبعبارة اخرى الذي تعلق به الهبة هو الكلّى والذي تعلق به القبض الفرد الخارجى .
وأجيب عن الاشكال بأن الكلّى الطبيعي موجود بوجود الأفراد فاقباض الكلّى وقبضه قابل باقباض فردّه وقبضه فلا اشكال .

والذي يختلج بالبال أن يقال ان الاشكال كل الاشكال من ناحية المقتضى فان الالتزام بالصحة يتوقف على دليل يدل على النحو العام أو الخاص على الصحة والا فعدم الجواز على طبق القاعدة الأولية واستدل على الجواز بما رواه صفوان بن يحيى قال : سألت الرضا عليه السلام عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذي له عليه ، فقال : انه ليس عليك منه شيء في الدنيا والاخرة ، بطيب ذلك له وقد كان وهبه لولد له قال : نعم يكون وهبه له ثم نزع فجعله لهذا (*) (١) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث انه يجوز هبة ما في ذمة الغير للولد فلامانع من هبة ما في الذمة .

ان قلت الهبة للولد لايجوز الرجوع فيها قلت الهبة مشروطة بالقبض والمفروض عدم تحقق القبض واطلاق النزاع باعتبار العقد لا باعتبار القبض .

(٢) ربما يستدل على المدعى بأن الهبة تمليك وتملك فيلزم فيها الايجاب من طرف والقبول من طرف آخر وفيه انه مصادرة فالأولى في مقام الاستدلال أن يقال

ولو معاطاة^(١) من المكلف الحر^(٢) ولو وهبه ما في ذمته كان ابراء^(٣)
ويشترط فيها القبض^(٤)

الهبة لا تكون أمراً تأسيسياً من قبل الشارع الأقدس بل الهبة امر عقلائي دائرة فيما
بين العرف والعقلاء والشارع الأقدس أمضاها ولا اشكال في أنها مركبة من الإيجاب
والقبول عند العرف فلا اشكال في توقفها على الإيجاب والقبول .

(١) كما عليه السيرة ويكفي اطلاق الدليل أيضاً لاحظ ما رواه ابراهيم بن عبد
الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك ،
فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها الحديث (* ١) .
(٢) فان العبد لا يقدر على شيء .

(٣) ان كان المراد من العبارة ان النتيجة البراء فتام اذ نتيجة تملك الانسان
لما في ذمته سقوط ما فيها فتكون الهبة كالبراء من حيث النتيجة وأما ان كان المراد
ان هبة ما في الذمة في المقام عبارة عن البراء فغير تام اذ الهبة عبارة عن التملك
والتملك كما تقدم وليست مصداقاً للبراء ويظهر من كلام الجواهر انها صحيحة بلا
خلاف قال قدس سره : « بل في بعض كتب مشايخنا ظاهرهم الاتفاق عليه » الخ
ويدل على الجواز ما رواه معاوية بن عمار قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام
عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له ، أله أن يرجع فيها قال :
لا (* ٢) .

(٤) كما هو المعروف بينهم ويدل على المدعى بعض النصوص ، منها ما رواه
ابان عن أنخبره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : النحل والهبة ما لم تقبض حتى يموت
صاحبها ، قال : هي بمنزلة الميراث ، وان كان لصبي في حجره وأشهد عليه فهو

(١) الوسائل الباب ٤ من احكام الهبات الحديث ٦ :

(٢) الوسائل الباب ١ من احكام الهبات الحديث ١ :

جائز (١*) .

ومنها ما رواه داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الهبة والنحلة ما لم يقبض حتى يموت صاحبها قال : هي ميراث الحديث (٢*) .

ومنها ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها ، والصدقة جائزة عليه الحديث (٣*) .

فان الاستفادة من هذه النصوص بقاء الموهوب في ملك الواهب ما لم يقبض ولذا يكون ميراثاً لو مات الواهب قبل القبض وربما يقال : ان مقتضى قوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» (٤*) ، الصحة قبل القبض بتقريب ان الاستفادة من الآية وجوب الوفاء بالعقد والعقد يتحقق قبل القبض .

وفيه ان الآية الشريفة دليل للزوم لا للصحة وعلى تقدير الدلالة على الصحة لا بد من تخصيصها بما مر من النصوص وربما يقال : ان الاستفادة من حديث عبد الرحمن بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا تصدق الرجل بصدقة أو هبة قبضها صاحبها أو لم يقبضها علمت أو لم تعلم فهي جائزة (٥*) .

وحديث أبي بصير قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض ، قسمت أو لم تقسم والنحل لا تجوز حتى تقبض ، وانما أراد الناس ذلك فأخطأوا (٦*) ، الصحة قبل القبض .

(١) الوسائل الباب ٤ من أحكام الهبات الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٥

(٣) نفس المصدر الحديث : ٧

(٤) المائدة / ١

(٥) الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام الهبات الحديث : ٣

(٦) نفس المصدر الحديث : ٤

وفيه ان المستفاد من الحديثين عدم اللزوم وهو كذلك وان أبيت عن ذلك فغاية المستفاد منهما الصحة قبل القبض بمقتضى الظهور العرفي، لكن ترفع اليد عن الظهور بمادل صريحاً من النصوص على عدم تحقق الصحة قبل القبض وبما ذكرنا يظهر الجواب عن حديث ابي مريم (*) (١) .

لكن لو قطعنا النظر عن الجواب الأول لا يكون الجواب الثاني تاماً لأنه قد صرح في الرواية بكونه جائزة قبل القبض وبعد القبض فكيف يمكن تخصيصها بما بعد القبض فالعمدة في رفع الاشكال الجواب الأول بأن نقول المراد بالجواز عدم كونها لازمة قال الشيخ قدس سره في الخلاف : «الهيئة لا تلزم الا بالقبض» فالجواز المذكور في الحديث ما يقابل اللزوم لكن يمكن أن يقال ان الجواز متفرع على الصحة .

وبعبارة اخرى : الجواز متقوم بالصحة فالتعارض بحاله والترجيح بمخالفة القوم مع مادل على عدم اشتراط القبض فان الشيخ قدس سره بعد ما قال «الهيئة لا تلزم الا بالقبض» قال : «وبه قال في الصحابة ابو بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس ومعاذ القاري» وانس وعائشة ولانعرف لهم مخالفاً وبه قال الشافعي» الخ فمقتضى الصناعة عدم الاشتراط الا أن يتم المدعى بالتسالم والأجماع والله العالم .

وقد ذكرنا اخيراً انه لادليل على الترجيح لابقواففة الكتاب ولا بمخالفة القوم بل الترجيح منحصر في الاحدية وحيث ان الاحديث غير معلوم يدخل المقام في اشتباه الحجة بلا حجة فتصل النوبة الى الاصل العملي ومقتضاه عدم الصحة الا بالقبض وبعبارة اخرى : مقتضى الاصل عدم تحقق الملكية الا بالقبض فلاحظ

ولا بد فيه من إذن الواهب^(١) إلا أن يهبه ما في يده فلا حاجة حينئذ إلى قبض جديد^(٢) واللاب والجدة ولاية القبول والقبض عن الصغير^(٣)

(١) كما هو المشهور وعن الجواهر عليه الإجماع بقسميه وعن المسالك أنه لا خلاف فيه عندنا ويمكن الاستدلال على المدعى مضافاً إلى الإجماع المدعى وعدم الخلاف والشهرة بما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها والصدقة جائزة عليه الحديث (* ١) .

فإن المستفاد من الحديث توقف الصحة على قبض الواهب إياها فإن قوله عليه السلام « حتى يقبضها » يقتضي أن يكون القبض بإذن الواهب أضف إلى ذلك أن المفروض عدم صحة الهبة قبل القبض فالموهوب باق في ملك الواهب قبل القبض فيكون قبضه بلا إذن الواهب حراماً وتصرفاً في ملك الغير ومعه كيف يمكن أن يكون مملوكاً .

لكن هذه الرواية طرف المعارضة فكيف يمكن جعلها دليلاً على المدعى فنقول مضافاً إلى الإجماع المدعى وعدم الخلاف كذلك يمكن إثبات الدعوى بالأصل بالتقريب المتقدم .

(٢) إذا الشرط وهو القبض حاصل فلا مقتضي لتجديد القبض .

(٣) فانهما وليان على الصغير فمقتضى القاعدة الجواز مضافاً إلى النص الخاص لاحظ ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام (* ٢) ولاحظ ما رواه علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الصدقة إذا لم تقبض هل تجوز لصاحبها؟ قال: إذا كان أب تصدق بها على ولد صغير فانهما جائزة لأنه

(١) نفس المصدر الحديث : ٧

(٢) لاحظ ص : ٣١٥

والمجنون اذا بلغ مجنوناً^(١) أما لو جن بعد البلوغ فولاية القبول والقبض للحاكم^(٢) ولو وهب الولي أحدهما وكانت العين الموهوبة بيد الولي لم يحتج الى قبض جديد^(٣) وليس للواهب الرجوع بعد الاقباض ان كانت للذي رحم^(٤)

يقبض لولده اذا كان صغيراً، واذا كان ولداً كبيراً فلا يجوز له حتى يقبض الحديث (* ١).
(١) بتقريب أن الولاية ثابتة قبل البلوغ فاذا جن بالغاً يجري استصحاب بقاء الولاية وفيه ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم جمل الزائد لكن يمكن الاستدلال على المدعى بمادل على ولاية الأب على الطلاق والتكاح بتقريب الأولوية فلاحظ.

(٢) لا يبعد أن يكون وجه التفريق ان ولايته عليه في الجنون المتصل بزمان عدم بلوغه مورد التسالم وأما في الجنون المعارض بعد البلوغ فلا اجماع فنصل النوبة الى الحاكم الشرعي وهو الولي العام فانه يظهر من كلام الجواهر في كتاب الحجر ان كون الولاية للحاكم مع تجدد الجنون بعد البلوغ مورد الاجماع .
(٣) اذ المفروض تحقق القبض فلا وجه للتجديد .

(٤) لجملة من النصوص ، منها ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله وعبد الله بن سليمان (سنان) جميعاً قالاً : سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها ان شاء أم لا ؟ فقال تجوز الهبة لذوي القرابة والذي يثاب عن هبته ويرجع في غير ذلك انشاء (* ٢) .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال : الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها انشاء حيزت أولم تحزلا لذي رحم فانه لا يرجع

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب أحكام الهبات الحديث : ٥

(٢) الوسائل الباب ٦ من أحكام الهبات الحديث : ١

أو بعد التلف^(١) أو التعويض^(٢) وفي التصرف خلاف ، والاقوى جواز الرجوع اذا كان الموهوب باقياً بعينه^(٣) فلو صبغ الثوب أو قطعه أو خاطه^(٤) أو نقله الى غيره لم يعزله الرجوع^(٥)

فيها (* ١) .

ويستفاد من حديث داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله هل لأحد أن يرجع في صدقة أوهبة ؟ قال : أما ما تصدق به لله فلا ، وأما الهبة والنحلة فانه يرجع فيها حازها أولم يحزها وان كانت لذي قرابة (* ٢) ، جواز الرجوع وان كانت الهبة لذي رحم والرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ الى علي بن الحسن بن فضال والرواية بسندها الاخر مرسل .

(١) لاحظ ما رواه جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع والا فليس له (* ٣) فان استفاد هذه الروان ان الرجوع في الهبة مشروط يكون الموهوب قائماً بعينه فلا مجال للرجوع مع تلف العين كما هو المفروض .

(٢) يمكن أن يستدل على المدعى بأن استفاد من الدليل جواز رجوع الواهب فيما وهبه ومع التبديل لامجال الرجوع فيه فلا يجوز مع التعويض .

(٣) الظاهر ان كلام الماتن ناظر الى حديث جميل (* ٤) فان صدق عنوان قيام العين بعينها يجوز والا فلا .

(٤) بتقريب أنه ان تغيرت لا تكون قائمة بعينها .

(٥) لما مر من أن موضوع الحكم الرجوع في الهبة ومع النقل لامجال له

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) الوسائل الباب ٨ من أحكام الهبات الحديث : ١

(٤) مرآة

وله الرجوع في غير ذلك^{١)}

فلا يجوز .

١) لاحظ مارواه جميل ، فان مقتضاه جواز الرجوع الا فيما يقوم دليل على عدم الجواز ويستفاد من بعض النصوص عدم جواز الرجوع في الهبة منها مارواه اليونسي قال : كتبت الى علي بن محمد عليهما السلام : رجل جعل لك شيئاً من ماله ثم احتاج اليه يأخذه لنفسه أم يبعث به اليك ؟ فقال : هو بالخيار في ذلك ما لم يخرج من يده ، ولو وصل اليك لرأينا أن نواسيه وقد احتاج اليه (* ١) . وهذه الرواية ضعيفة بالعبدي .

ومنها ما رواه جراح المدائني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من رجع في هبته فهو كالراجع في قبته (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة سنداً أيضاً .

ومنها مارواه ابراهيم بن عبد الحميد ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : أنت بالخيار في الهبة مادامت في يدك ، فإذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها ، وقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من رجع في هبته فهو كالراجع في قبته (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة سنداً .

ومنها مارواه أبو بصير قال : سألت عن الرجل يشتري البيع فيوهب له الشيء فكان الذي اشترى لؤلؤاً فوهب له لؤلؤاً ، فرأى المشتري في اللؤلؤ أن يرد ، أيرد ما وهب له ؟ قال الهبة ليس فيها رجعة وقد قبضها انما سبيله على البيع فان رد المتباع البيع لم يردمه الهبة (* ٤) وهذه الرواية ضعيفة سنداً مضافاً الى أن العموم

١) الوسائل الباب ٤ من احكام الهبات الحديث : ٨

٢) الوسائل الباب ١٠ من احكام الهبات الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث : ٤

٤) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الخيار الحديث : ١

فإن عاب فلا أرش^١ وإن زادت زهادة متصلة تبعت على التفصيل المتقدم في المفلس^٢ والا فله الموهوب له^٣.

(مسألة ١) : في الهبة المشروطة يجب على الموهوب له العمل بالشرط^٤ فإذا تعذر أو امتنع المتهب من العمل بالشرط جاز للواهب الرجوع في الهبة^٥ بل الظاهر جواز الرجوع في الهبة المشروطة قبل العمل بالشرط^٦ وفي الهبة المطلقة لا يجب التعويض على الأقوى^٧

والإطلاق قابلان للتخصيص والتقييد فلاحظ .

(١) لعدم دليل على الارش ولا بد في العيب الحادث فيه أن لا يكون مغيراً للعين أما لو كان مغيراً لها بحيث لا يصدق أنها قائمة بعينها لا يجوز الرجوع لانتهاء الموضوع على القرض .

(٢) فراجع هناك .

(٣) إذ لا مقتضى للرجوع إلى الواهب فيكون باقياً في ملك الموهوب له فلاحظ .

(٤) لدليل وجوب الوفاء بالشرط .

(٥) لإطلاق دليل جواز الرجوع في الهبة بل يمكن الاستدلال بمفهوم حديث عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : إذا عوض صاحب الهبة فليس له أن يرجع (* ١) فإن مقتضى مفهوم الشرطية جواز الرجوع مع عدم التعويض .

(٦) بعين التقريب المتقدم ذكره آنفاً .

(٧) لعدم دليل على الوجوب .

لكن او عوض المتهب لزمتم^(١) ولم يجز للواهب الرجوع^(٢) ولو
بذل المتهب العوض ولم يقبل الواهب لم يكن تعويضاً^(٣) والعوض
المشروط ان كان معيناً تعين^(٤) وان كان مطلقاً أجزأ اليسير الا اذا
كانت قرينة على ارادة المساوي من عادة أو غيرها^(٥) ولا يشترط في
العوض أن يكون عيناً بل يجوز أن يكون عقداً أو ايقاعاً كبيع شيء على
الواهب أو ابراء ذمته من دين له عليه أو نحو ذلك^(٦)

كتاب الوصية

وهي قسمان : تمليكيه بأن يجعل شيئاً من تركته لزيد أو للفقراء مثلاً
بعد وفاته فهي وصية بالملك أو الاختصاص ، وعهدية بأن يأمر
بالتصرف بشيء يتعلق به من بدن أو مال كأن يأمر بدفنه في مكان

(١) لاطلاق حديث ابن سنان (* ١) فان مقتضى اطلاقه عدم جواز الرجوع
مع العوض بلا قيد فيتم ما أفاده في المتن .

(٢) فانه صرح في حديث ابن سنان بعدم جواز الرجوع في الهبة المعوضة .
(٣) فان مجرد البذل لا يحقق التعويض كما هو ظاهر ومن ناحية اخرى لاذليل
على وجوب قبول المبدل فلا يجب .

(٤) كما هو ظاهر فاذا اشترط عليه ان يهبه الكتاب الفلاني تجب هبته بعينه .
(٥) فان الاجزاء لازم الاطلاق الا مع القرينة الصارفة او المعينة كما هو ظاهر
(٦) لصدق العوضية ومع صدق التعويض يترتب عليه حكمه من اللزوم وعدم
جواز الرجوع والحمد لله اولاً وآخراً وظاهراً وباطناً والصلاة على محمد وآله

معين أو زمان معين أو يأمر بأن يعطي من ماله اهداً أو يستتاب عنه
في الصوم والصلاة من ماله أو يوقف ماله أو يباع أو نحو ذلك^(١)

الظاهرين المعصومين واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين . وقد وقع الغراغ من
بحث كتاب الهبة في يوم السبت الثامن عشر من شهر رجب المرجب من السنة ١٤٠٩
من بعد الهجرة على مهاجرها وآله آلاف التحية والثناء في البلدة الطيبة قم المقدسة .
(١) قال في المختصر النافع : « الوصية تمليك عين أو منفعة أو تسليط على
تصرف » الخ وقال في الحقائق : « قالوا : الوصية تمليك عين أو منفعة أو تسليط
على التصرف بعد الوفاة » الخ .

الى غير ذلك من الكلمات والظاهر انه لاختلاف بينهم في أن الوصية تمليكية
وعهدية ويكفي دليلاً لصحة القسمين قوله تعالى « كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت
ان تترك خيراً الوصية للوالدين والاقر بين بالمعروف حقاً على المتقين فمن بدله بعد
ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه (*١) فان مقتضى اطلاق هذا الكلام الالهي
جواز كلا القسمين .

ونعم ما قال سيد المستمسك في هذا المقام : فانه (قده) افاد في جملة من كلامه
ان مقتضى الاطلاق جواز الوصية على الاطلاق .

وصفوة القول : ان مقتضى اطلاق الآية المباركة جواز الوصية بأى نحو كان
والنخصيص يحتاج الى دليل خارجي اضع الى ذلك النصوص الواردة في الموارد
المتعددة الدالة على الجواز والصحة مضافاً الى وضوح الامر بين المشرعة والسيرة
الجارية بينهم .

وبما ذكرنا ظهر ان ما أفاده في المتن تام اذ بمقتضى الدليل تجوز الوصية
على الاطلاق بلا فرق بين كونها تمليكية أو عهدية بانواعها من المذكورات في
المتن وغيرها كما ان مقتضى الاطلاق عدم الفرق في التمليكية بين كون الوصية

فان وجه امره الى شخص معين فقد جعله وصياً عنه وجعل له ولاية التصرف^(١) وان لم يوجه امره الى شخص معين ولم تكن قرينة على التعيين كما اذا قال اوصيت بأن يحج عني اوصيما عني اونحو ذلك فلم يجعل له وصياً معيناً كان تنفيذه من وظائف المحاكم الشرعي^(٢).

بالمملك ، كما لو اوصى بكون الدار الفلانية لزبد ، وأن تكون بالاختصاص كما لو اوصى بكون الدار الفلانية ، للفقراء فان جعلها للفقراء قرينة على أن الوصية ليست بالتملك فانه من الواضح ان الدار الفلانية لا يمكن أن تكون ملكاً لجميع الفقراء بالمملك الشخصي .

(١) كما هو ظاهر، فانه في هذه الصورة يكون تكليف انفاذها متوجهاً الى ذلك ذلك المعين .

(٢) بتقريب ان المورد من الامور التي لا يرضى الشارع بعدم تحققها وبعبارة اخرى : لا بد من القيام بها والقدر المتيقن هو الحاكم اذ التصرف في شئون الغير يحتاج الى الدليل فمع وجود الحاكم لاتصل النوبة الى غيره هذا ما يمكن أن يقال في هذا المقام .

ولقائل أن يقول : ان القيام بمورد الوصاية وظيفة لعامة المكلفين بنحو الوجوب الكفائي، وذلك لأنه لا اشكال في أن الوصاية تحتاج الى الوصي ومن ناحية اخرى الاهمال في الواقع غير معقول ، فمع عدم التعيين يكون الامر متوجهاً الى الكل وبعبارة اخرى : ان مقتضى الاطلاق ايكال الامر من قبل الموصي الى غيره على نحو الاطلاق ، وان شئت قلت مسع عدم تفويض الامر الى شخص معين أو اشخاص كذلك ، اما لايجعل امر التصرف الى الغير واما يجعل وعلى الثاني اما بالنحو المهمل وأما بالنحو الاطلاق أما على الاول فلا يتم امر الوصاية وأما على الثاني فيلزم الاهمال في الواقع وهو غير معقول ، واما على الثالث فيجوز لكل

(مسألة ١) : الوصية العهدية لا تحتاج الى قبول سواء لم يجعل له وصياً أم جعل " ، نعم لورد الموصى اليه في حال حياة الموصي

احد القيام به ولا يختص الحكم بالحاكم ، ولو اغمض عما ذكرنا وسلمنا عدم جعل الموصي وصياً فلنا أن نقول بأى دليل ثبت وجوب القيام بامرته كى يقال يتعين للقيام بالامر الحاكم الشرعي .

الا أن يقال : انه مع الغفلة يمكن تصور الاهمال من هذه الجهة فيدخل المقام في الامور الحسبية والقائم بها الحاكم الشرعي .

(١) قال في المستمسك : هذا مما لا ينبغي الاشكال فيه ، ويمكن الاستدلال على المدعى بوجهين :

الوجه الاول: اطلاق قوله تعالى (* ١) فان مقتضى اطلاق الآية صحة الوصية بلا اشتراط ايجابها بالقبول .

ودعوى ان الآية في مقام بيان حكمها بعد تحققها بشرائطها مردودة بأن الظاهر من الآية التشريع والحث عليها ومقتضى الأصل العقلائي اطلاق الحكم ويؤكد المطلوب ذيل الآية وهو قوله تعالى « فمن بدله » الخ فان مقتضى هذه الجملة حرمة التبدل واستثنى منها صورة خوف الجنف اذ الاستثناء دليل العموم والاطلاق .

الوجه الثانى : النصوص الخاصة الدالة على وجوب العمل بالوصية فسي صورة عدم الرد أو الرد غير البالغ الموصي ، منها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ان اوصى رجل الى رجل وهو غائب فليس له أن يرد وصيته ، وان اوصى اليه وهو بالبلد فهو بالخيار انشاء قبل وانشاء لم يقبل (* ٢) ومنها ما رواه فضيل بن يسار ، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يوصى اليه ، قال : اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها ، وان كان في مصر يوجد فيه

وبلغه الرد في زمان يمكنه جعل وصي آخر لم يلزمه العمل بالوصية^(١)
وأما التملكية فكما اذا قال : هذا المال لزيد بعد مماتي فالمشهور
احتياجها الى القبول من الموصي له والا ظهر عدمه^(٢).

غيره فذلك اليه (* ١) .

ومنها مارواه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا اوصى
الرجل الى اخيه وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته لأنه لو كان شاهداً فأبى أن
يقبلها طلب غيره (* ٢) الى غيرها من النصوص الواردة في الباب فان مقتضى
هذه النصوص جواز الوصية وتحققها ولو مع عدم القبول .

(١) بلا اشكال بل اجماعاً كما في بعض الكلمات وتدل على المدعى جملة من
النصوص لاحظ ما رواه محمد بن مسلم ومارواه الفضيل ومنصور (* ٣) ومارواه
الفضيل عن أبي عبدالله عليه السلام قال في الرجل يوصي اليه قال : اذا بعث بها اليه
من بلد فليس له ردها (* ٤) .
فلاشكال في أصل الحكم انما الاشكال في أنه هل يجوز الرد مع عدم امكان
جعل غيره وصياً لايبعد أن يستفاد من نصوص الباب وجوب القبول وعدم جواز
الرد في هذه الصورة ، فلاحظ .

(٢) لاطلاق دليل نفوذ الوصية وصحتها وما يمكن أن يقال أو قيل في وجه
كون القبول جزئاً للسبب او شرطاً له امور :

الاول الاجماع المدعى في المقام وفيه اولا انه قدحقق في محله ان الاجماع
المنقول ليس حجة وثانياً ان الاجماع على تقدير تحققه محتمل المدرك فلا يكون

(١) الوسائل الباب ٢٣ من أحكام الوصايا الحديث : ٢ و ٣

(٢) الوسائل الباب ٢٣ من أحكام الوصايا الحديث : ٣

(٣) لاحظ ص : ٣٢٥

(٤) الوسائل الباب ٢٣ من أحكام الوصايا الحديث : ٥

حجة وثالثاً أن الإجماع المدعى في المقام اجماع على كون الوصية التمليلية من العقود. وعليه نقول : كيف يمكن جواز الفصل بين الإيجاب والقبول فإن بنائهم على صحة القبول بعد الموت والمقرر في محله أن الموالاة شرط في العقود، وفيه إشكال بل الحق عدم اشتراط الموالاة مضافاً إلى أن موت الموجب يقتضي سقوط قابلية العقد للحقوق القبول بالإيجاب فلاحظ .

الثاني : أن غاية ما يستفاد من دليل نفوذ الوصية نفوذها بالنسبة إلى ما يكون للموصي سلطان عليه ، وحيث أنه لا سلطان لأحد على غيره فلا تنفذ .

وفيه : أن الاختصار المذكور خلاف إطلاق دليل نفوذ الوصية ولا وجه لهذا التقييد إن قلت : أنه على خلاف قاعدة سلطنة كل أحد على نفسه فيقع التعارض بين الدليلين ولا وجه للترجيح قلت : أولاً أنه لا مانع من رفع اليد عن دليل السلطنة بدليل نفوذ الوصية .

وبعبارة أخرى : أي دليل دل على كون الإنسان مسلطاً على نفسه بحيث لا يمكن لغيره جعله مالكا وإن شئت قلت : أنه لا عموم لدليل السلطنة كي يعارض عموم دليل الوصية .

وثانياً : سلمنا التعارض لكن الترجيح مع دليل نفوذ الوصية إذ قد حقق في الأصول أن المخالف للكتاب بضرب على الجدار وثالثاً أن السلطنة تحفظ بامكان الرد من قبل الموصي إليه على القول به .

الثالث : أنه عديم النظر ويرد عليه : أولاً : أنه ليس كذلك بل له نظائر فإن حصول الملك القهري كثير فإن الشخص يرث من مورثه بموته وأيضاً يملك عوض المال التالف في ذمة المتلف وقس عليه مالكية المجني عليه بالجناية والامر كذلك في الوقف .

وثانياً مع دلالة الدليل لا مانع من الالتزام بالمقصود ولا يكون عدم النظر

(مسألة ٢) : تنضيق الواجبات الموسعة اذالم بطمان بالتمكن من الامتثال مع التأخير كقضاء الصلاة والصيام واداء الكفارات والنذور ونحوها من الواجبات البدنية وغيرها فتجب المبادرة الى الى ادائها ^(١) واذا ضاق الوقت عن ادائها وجب الايصاء والاعلام

مانعاً من الاخذ بالدليل فالنتيجة ان الحق ما أفاده في المتن .

الرابع : ان مقتضى الاصل عدم انتقال المال الى الغير مع عدم القبول ويرد عليه انه ان قام دليل على صحة الوصية كما هو كذلك فلا مجال للأصل وان لم يتم فمقتضى الاصل عدم الانتقال حتى مع القبول فلاحظ .

(١) والوجه فيه ان امثال التكاليف واجب بحكم العقل والموسع انما يجوز التأخير فيه فيما يكون للمكلف طريق الى امكان الامتثال .

ويمكن أن يقال : انه لاتصل النوبة الى دوران الامر بين التعيين والتخير كما في كلام السيد الحكيم (قدس سره) فان التردد بين الامرين يتصور بالنسبة الى حكم الشارع وأما في نفس حكم العقل فلا مجال للترديد اذ لا معنى ان الحاكم يتردد في مورد حكمه فالنتيجة ان العقل يحكم بالتعيين بلاشكال اذ مع عدم المبادرة الى الامتثال لا يكون آمناً من الضرر فيجب دفع الضرر بحكم العقل ومقتضى هذا البيان وجوب المبادرة حتى مع عدم الظن بالتمكن .

وبعبارة اخرى : تجب المبادرة بمجرد احتمال عدم التمكن الا أن يقال :

بأن الاجماع القولي والعملية يقتضي جواز التأخير مع عدم الظن بالضيق .

ولقائل أن يقول انه لو قام بينة عادلة على بقاء الشخص يجوز الاستناد اليها

فلا تجب المبادرة وعليه فما المانع من قيام الاستصحاب الاستقبالي ؟ اذ قد ثبت

في محله قيام الاستصحاب مقام القطع الطريقي ولذا لايجب البدار في الواجبات

الموسعة ويجوز تأخيرها الى آخر وقتها كما أنه يجوز البدار لذوي الاعذار .

بها على الأقوى^(١) إلا أن يعلم بقيام الوارث أو غيره به^(٢) وأما أموال الناس من الوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوها مما يكون تحت يده فإظهار عدم وجوب المبادرة إلى أدائه^(٣) إلا إذا خاف عدم أداء

(١) بتقريب أن الإيصاء نحو من الإفراغ للذمة فيجب أما مع العلم بقيام الغير بالإفراغ فظاهر وأما مع الشك فمن باب الشك في القدرة ومعه لا تصل التوبة إلى البرائة .

ويرد عليه: أن إثبات وجوب الإيصاء بهذا التقريب في غاية الأشكال إذ المسلم تكليف المكلف بأداء ما في ذمته والمفروض عدم تمكنه فوجوب الإيصاء يحتاج إلى دليل مفقود .

نعم يمكن أن يقال : بأن المفروض اشتغال ذمته بالمذكورات ولا أشكال في وجوب إفراغ الذمة ولا أشكال أيضاً أن الإيصاء بها نحو من الامتثال ونحو من الإفراغ فيجب وبؤيد المدعى بل تدل عليه جملة من النصوص : منها ما رواه جعفر بن محمد عن أبيه قال : قال علي عليه السلام : الوصية تمام ما نقص من الزكاة (* ١) ومنها ما رواه محمد بن يحيى رفعه عنهم عليهم السلام قال : من أوصى بالثلث احتسب له من زكاته (* ٢) .

لكن هذا البيان إنما يتم فيما يعلم بقيام الغير بمورد الوصية وأما مع الشك فلا مانع من إجراء البرائة وقد ذكرنا في الأصول أن الحق جريان البرائة في مورد الشك في الحكم من ناحية القدرة وعدمها فلاحظ .

(٢) إذ مع علمه بقيام الوارث لأوجه للإيصاء وبعبارة أخرى يعلم يحصل النتيجة .

(٣) إذ لأوجه لوجوب المبادرة مع عدم الخوف .

الوارث^(١) ويجب الايصاء به والا شهادة عليه اذا كان يتوقف عليها الاداء والالم يجب^(٢) ومثلها الديون التي عليه مع عدم مطالبة الدائن^(٣) اما مع مطالبته فتجب المبادرة الى ادائها وان لم يخف الموت^(٤) .
(مسألة ٣) : يكفي في تحقق الوصية كل ما دل عليها من لفظ صريح او غير صريح او فعل وان كان كتابة او اشارة^(٥) بلا فرق بين صورتى الاختيار وعدمه^(٦) بل يكفي وجود مكتوب بخطه او بامضائه^(٧) بحيث يظهر منه ارادة العمل به بعد

(١) لأنه يجب عليه الرد ومع الخوف لا بطمأن بالرد فيجب .

(٢) لأنه طريق الى ائصال الحق الى ذبه فيجب .

(٣) كما هو ظاهر فان حكم الامثال واحد .

(٤) لوجوب اداء مال الغير وحرمة المماطلة فيه بلا اشكال .

(٥) وذلك لاطلاق الدليل فان الموضوع تحقق الوصية ومع فرضه يترتب عليه الحكم بلا فرق بين تحققه بحسب اختلاف الموارد فالحق ما أفاده في المتن

(٦) اذ الميزان صدق عنوان الايصاء بلا دليل على التقيد .

(٧) فان الخط كالقول والاشارة في كشفه عن المراد ويؤيد المدعى بل يدل عليه بعض النصوص ، منها قوله عليه السلام : ما ينبغي لامرء مسلم ان يبيت ليلة الا ووصيته تحت رأسه (*١) .

ومنها ما رواه حنان بن سدير ، عن أبيه عن جعفر عليه السلام قال : دخلت على محمد بن علي بن الحنفية وقد اعتقل لسانه فامرته بالوصية فلم يجب ، قال : فامرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع فقلت له : خط بيدك فخط وصيته بيده في الرمل

موته^(١) واذا قبل له هل اوصيت؟ فقال: لا فقامت البينة على وقوع الوصية منه كان العمل على البينة ولم يعتد بخبره^(٢) ، نعم اذا كان قد قصد انشاء العدول عن الوصية صح العدول منه^(٣) وكذا الحكم لسو قال

ونسخت انا في صحيفة (* ١) .

ومنها ما رواه ابراهيم بن محمد الهمداني قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته : هذا وصيتي ولم يقل : اني قد اوصيت الا انه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به ، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك ؟ فكتب عليه السلام : ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره (* ٢) .

(١) اذ لولاه لانتكون الحجة قائمة على الوصية وبعبارة اخرى الظواهر حجة فلا بد أن تكون الكتابة في نظر العرف ظاهرة في انشاء الوصية .

(٢) لحجيتها ولزوم العمل بها في الموضوعات .

(٣) بلا خلاف كما في بعض الكلمات وتدل عليه جملة من النصوص منها : ما رواه ابن مسكان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام ان المدبر من الثالث ، وان للرجل ان ينقض وصيته فيزيد فيها وينقص منها ما لم يمت (* ٣) .

ومنها : ما رواه عبيد بن زرارة قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : للموصي ان يرجع في وصيته ان كان في صحة او مرض (* ٤) .

ومنها : ما رواه بريد العجلي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لصاحب الوصية أن يرجع فيها ويحدث في وصيته مادام حياً (* ٥) .

(٢ و ١) الوسائل الباب ٤٨ من احكام الوصايا الحديث : ١ و ٢

٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب ١٨ من احكام الوصايا الحديث : ١ و ٣ و ٤

نعم وقامت على عدم الوصية منه فانه ان قصد الاخبار كان العمل على البينة^(١) وان قصد انشاء الوصية صح الانشاء وتحققت الوصية^(٢) (مسألة ٤) : المشهور ان رد الموصي له الوصية في الوصية التمليلية مبطل لها اذا كان بعد الموت ولسم يسبق بقبوله ولكنه لا يخلو عن اشكال^(٣) أما اذا سبقه القبول بعد الموت أو في حال الحياة فلا اثر له وكذا الرد حال الحياة^(٤) .

(مسألة ٥) : لو أوصى له بشيئين فقبل احدهما ورد الاخر صححت فيما قبل^(٥) وبطلت فيما رد على اشكال وكذا لو اوصى له بشيء واحد فقبل في بعضه ورد في الاخر^(٦) .

(١) وقد ظهر وجهه مما مر .

(٢) لتامة المقتضي وعدم المانع وتعبير آخر لتحقق الموضوع واطلاق دليل الحكم .

(٣) اذ مقتضى اطلاق دليل الوصية نفوذها وعدم قيام دليل على الخلاف وغاية ما في الباب قيام الشهرة ومن الظاهر انه لا اعتبار بالشهرة الفتوائية بل الاجماع على فرض دعواه لا اثر له فما افاده من الاشكال متين جداً .

(٤) أما على القول بأنه عقد يحتاج الى القبول فلا وجه لتأثير الرد بعد القبول وأما على القول بأنه ايقاع فلا اثر للرد ولا دليل على تأثيره وقس عليه الرد حال الحياة .

(٥) لتامة المقتضي وعدم المانع فان الوصية بشيئين تنحل الى الوصية بالنسبة الى كل منهما والمفروض تحقق القبول بالنسبة الى احدهما .

(٦) قد مر الكلام فيه آنفاً .

(مسألة ٦) : لا يجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها قبل ان يختار الموصى له احد الامرين من الرد والقبول ^(١) وليس

(١) ان قلنا بأن الوصية لا تشترط بالقبول ولا تنفسد بالرد ينتقل مورد الوصية الى الموصى له وبمقتضى جملة من النصوص : منها ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اول شئ يبدأ به من المال الكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث (*١). ومنها ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : ان الدين قبل الوصية ثم الوصية على اثر الدين ، ثم الميراث بعد الوصية فان اول (اولى خ ل) القضاء كتاب الله (* ٢) .

ومنها ما رواه ابان بن عثمان عن رجل قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اوصى الى رجل و« ان » عليه دين قال : يقضى الرجل ما عليه من دينه ، ويقسم ما بقى بين الورثة الحديث (*٣) ، تكون الوصية مقدمة على الارث .

بل يمكن الاستدلال على المدعى بالاية الشريفة اى قوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها او دين » (* ٤) ، وان قلنا باشتراط الوصية بالقبول فيمكن القول بجواز التصرف ظاهراً ببركة الاستصحاب الاستنبالي المقتضى لعدم القبول .

وبعبارة اخرى مقتضى الاستصحاب عدم تحقق القبول بل لنا أن نقول : بجواز التصرف واقعاً اذ مع اشتراط القبول ينتقل المال الى ملك الورثة لكن على القول بالنقل يمكن أن يقال : بأن العرف يفهم بمناسبة الحكم والموضوع ان الوصية تكون بالابقاء حتى ينكشف الامر من القبول وعدمه سيما مع قلة مقارنة القبول مع الموت نعم على القول بكفاية القبول حال الحياة يمكن تحقق القبول

(١) الوسائل الباب ٢٨ من احكام الوصايا الحديث : ١

٢ و٣ نفس المصدر الحديث ٢ و٣

(٤) النساء / ١١

لهم اجباره على الاختيار معجلاً^١ .

(مسألة ٧) : اذا مات الموصي له قبل قبوله ورده قام وارثه

حال الحياة وان قلنا بأن الرد يبطل الوصية لايجوز التصرف لاستصحاب عدم الرد بل يمكن أن يقال : بعدم جواز التصرف حتى مع العلم بالرد اذ المفروض ان الملكية تحققت بالوصية والرد يبطلها فلا وجه لجواز التصرف .

(١) لعدم وجه لجواز الاجبار اذ المفروض ان هذا الحق راجع اليه فلا وجه لاجباره على احد الطرفين وأفاد سيد العروة : انه يجوز الاجبار في صورة توجه الضرر الى الوارث ويمكن أن يكون ناظراً الى حرمة الاضرار بالغير .

لكن يرد عليه اولاً : ان هذا ليس اضراراً بل منع من عدم المنفعة مضافاً الى أن الامر راجع اليه ومقتضى القاعدة كونه مختاراً في التعجيل والتأخير وبعبارة اخرى : يتصرف في سلطانه الا أن يقال : لايجوز الاضرار بالغير ولو بالتصرف في السلطان وسلمنا كونه حراماً لكن بأي دليل يثبت امكان اجباره أزيد من النهي عن المنكر .

ثم ان الماتن بني على عدم اشتراط القبول واستشكل في كون الرد مفسداً ومع ذلك كيف طرح الفرع بهذه الصورة ؟ اذ مع البناء على عدم اشتراط القبول وعدم كون الرد مفسداً يكون المال ملكاً للموصي له ولا مجال لاجباره وبعبارة اخرى : لاموضوع لهذا البحث الا أن يقال : ان عنوانه معلق على القول بأن له الرد أو القبول فلاحظ .

ثم ان هذا كله فيما تكون الوصية متعلقة بعين معينة وأما لو أوصى بمقدار مشاع ليس للموصي له التأخير اذ ينافي التأخير مع حق الغير فلا بد من اختيار احد الامرين .

مقامه في ذلك فله القبول أو الرد اذا لم يرجع الموصي من وصيته^١

(١) تارة يقع الكلام في هذه المسألة بالنظر الى القاعدة الاولى واخرى من حيث النصوص الخاصة فيقع الكلام في موضعين :

أما الموضع الأول : فنقول ان مات الموصى له في زمان حياة الموصي فمقتضى القاعدة بطلان الوصية اذ الوصية تمليك مشروط بالفوت والمفروض ان الموصى له قبل تحقق شرط الملكية مات فلا مجال لأن ينتقل الى الوارث شيء وانتقال حق القبول اليه لادليل عليه بل الدليل على عدمه لأن هذا الحق غير قابل للاسقاط فلا يكون قابلاً للانتقال وان مات بعد وفات الموصي فتارة نقول باشتراط صحة الوصية بالقبول ونفرض تحقق القبول فلا اشكال في انتقال المال اليه لأن المفروض ان العين انتقلت الى ملك المورث فيرثه الوارث وأما لو لم نقل باشتراط القبول فان قلنا بأن الرد لا أثر له فالكلام هو الكلام وان قلنا بأن الرد يبطل الوصية وللموصى له حق القبول والرد فربما يقال : بأن هذا الحق ينتقل الى الوارث فله الرد والقبول لكن للمناقشة فيه مجال واسع فانه لم يحرز كون مثله قابلاً للانتقال بل يمكن الجزم بعدم انتقاله بالارث اذ ليس قابلاً للاسقاط فلا يكون حقاً بل يكون حكماً .

لكن في هذه الصورة ينتقل المال الى الوارث اذ المفروض تحقق الملكية بالنسبة الى المورث فبمقتضى قانون الارث يرثه الوارث هذا تمام الكلام في الموضع الاول .

وأما الموضع الثاني : فنقول قد وردت عدة نصوص في المقام منها مرواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب، فتوفى الموصى له الذي أوصى له قبل الموصي، قال: الوصية لو ارث الذي أوصى له قال : ومن اوصى لأحد شاهداً كان

أوغائباً فتوفي الموصى له قبل الموصي فالوصية لو ارث الذي أوصى له، إلا أن يرجع في وصيته قبل موته (*) (١) ومقتضى هذه الرواية أن الموصى له إذا مات يقوم وارثه مقامه. ومنها : مارواه عباس ابن عامر قال : سألت عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ، ولم يترك عقباً ، قال : اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه ، قلت فإن لم اعلم له ولياً ، قال : اجهد على أن تقدر له على ولي فإن لم تجدو علم الله منك الجهد فتصدق بها (*) (٢) والمستفاد من هذه الرواية ما يستفاد من تلك الرواية ومنها : مارواه محمد بن عمر الباهلي « الساباطي » قال سألت أباً جعفر عليه السلام عن رجل أوصى الي وامرني ان اعطى عماله في كل سنة شيئاً ، فمات العثم فكتب : اعط ورثته (*) (٣) وهذه الرواية ضعيفة بضعف محمد بن عمر ، مضافاً الى أن مدلول الرواية لا يرتبط بالمقام بل ترتبط بالايضاء . ومنها : مارواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن رجل أوصى لرجل بوصية ان حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصي قال : ليس بشيء (*) (٤) وهذه الرواية ساقطة عن الاعتبار بضعف اسناد الشيخ (قده) الى ابن فضال .

ومنها : ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي قال : ليس بشيء (*) (٥) . وربما يقال : بأن المستفاد من قوله عليه السلام ليس بشيء ان المفروض ان الموصى له مات قبل الموصي فليس مانع للموصي أن يعين شخصاً آخر وبعبارة اخرى : تنقض الوصية ولكن الظاهر ان هذه الوصية كالعدم الا أن يقال : لافرق

١ و ٢) الوسائل الباب ٣٠ من احكام الوصايا الحديث : ١ و ٢

٣ و ٤) نفس المصدر الحديث : ٣ و ٥

٥) نفس المصدر الحديث : ٤

ولا فرق بين أن يموت في حياة الموصي أو بعد وفاته^(١)

(مسألة ٨) : الظاهر ان الوارث يتلقى المال الموصى به من مورثه الموصى له اذا مات بعد موت الموصي فتخرج منه ديونه ووصاياه ولا ترث منه الزوجة اذا كان ارضا وترث قيمته ان كان تَخْلًا أو بناءً^(٢) واما اذا مات الموصى له قبل الموصي فالظاهر ان

بين التقريبين في النتيجة وكيف كان فتقع المعارضة بين الجانبين وحيث ان المنقول عن العامة بطلان الوصية فالترجيح مع الطائفة الاولى لكونها مخالفة لهم والرشد في خلافهم .

ولنا في اثبات المدعى طريق آخر وهو ان التعارض الواقع بين حديثي محمد بن قيس ومحمد بن مسلم بوجب تساقطهما والمرجع بعد التساقط حديث ابن عامر لأن الحديثين المذكورين وارد ان في بيان حكم موت الموصى له قبل موت الموصي وأما حديث عباس بن عامر فهو مطلق ومن الظاهر ان المطلق لا يكون طرفاً للمعارضة مع المقيّد فيكون مرجعاً بعد التعارض والتساقط لا طرفاً للتعارض فافهم . واغتنم . وفي المراجعة الأخيرة بنينا ان المرجح منحصر في الاحديثية والترجيح بهامع ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام فاللازم الأخذ بمفاده فلاحظ .

(١) فسان المصرح به في حديث محمد بن قيس الموت قبل فوت الموصي ومقتضى حديث عباس بن عامر هو الاطلاق فالنتيجة ان ما أفاده في المتن تام لكن قد رجحنا ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام على ما عن أبي جعفر عليه السلام فاللازم تخصيص حديث ابن عامر بما عن أبي عبد الله عليه السلام فالنتيجة التفصيل في المسألة هذا ما يخطر ببالي القاصر في هذه العجالة والله العالم .

(٢) ما أفاده في هذا الفرض تام وعلى طبق القاعدة الاولى اذ يموت الموصي ينتقل المال الى ملك الموصى له ووارثه يرث المال منه ويترتب عليه احكام الارث بالنحو المذكور في المتن .

ورثة الموصى له يتلقون الموصى به من الموصى نفسه فلا يجري عليه حكم تركه الميت الموصى له ^(١) وفي كلتا الصورتين المدار على الوارث للموصى له عند موته لا الوارث عند موت الموصى ^(٢) وإذا مات الوارث في حياة الموصى ايضاً ففي انتقال الموصى به الى ورثته ايضاً اشكال والانتقال اظهر ^(٣) .

(مسألة ٩) : اذا وصى الى احد أن يعطى بعض تركته لشخص مثلاً فهل يجري الحكم المذكور من الانتقال الى الوارث لو مات في حياة الموصى بتمليكك اشكال والجريان اظهر ^(٤) .

(مسألة ١٠) : « يشترط في الموصي امور » (الاول البلوغ

(١) فان المستفاد من حديث محمد بن قيس ان الوارث يرث الوصية فلا وجه لرعاية احكام الارث من كون سهم الذكر ازيد وعدم ارث الزوجة من العقار وغيرهما من الاحكام بل مقتضى الرواية التقسيم بين الورثة بالسوية لكن مقتضى ما تقدم بطلان الوصية .

(٢) فانه الظاهر من النصوص لو لم يكن منصوباً به فلاحظ .

(٣) اذا المفروض ان العنوان المأخوذ في الموضوع من يكون وارثاً عند موت الموصى له فموته الميزان في ترتيب الحكم لكن قد مر ان موت الموصى له قبل موت الموصي يبطل الوصية .

(٤) لاطلاق النص وأما حديث محمد بن عمر الباهلي (*) (١) فضعيف كما مر قريباً وقد مر ان موته قبل وفاة الموصي يبطل الوصية .

فلا تصح وصية الصبي^١ الا اذا بلغ عشرة^٢

(١) كما هو المقرر عند القوم من عدم اعتبار تصرفاته بمقتضى الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى « فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم » (* ١) بتقريب انه لو كان الرشيد كافياً في جواز التصرف لم يكن وجه لاختباره كى يعلم انه بلغ أم لا وأما السنة فتدل على المدعى جملة من النصوص :

منها : مارواه عمار الساباطي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألت عن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال : اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة ، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم ، والجارية مثل ذلك ان أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم (* ٢) ومنها : ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال عمد الصبي وخطاه واحد (* ٣) .

ومنها : مارواه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام : قال اذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين احتلم أو لم يحتلم وكتب عليه السيئات وكتب له الحسنات وجاز له كل شيء الا أن يكون ضعيفاً أو سفيفاً (* ٤) .

(٢) هذا هو المشهور بين القوم على ما في كلام سيد العروة (قدس سره) وتدل على المدعى جملة من النصوص : منها : مارواه أبو بصير يعني المرادي عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال : اذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلاث ماله في حق

(١) النساء/٦

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمة العبادات الحديث : ١٢

(٣) الوسائل الباب ١١ من ابواب العاقلة الحديث : ٢

(٤) الوسائل الباب ٤٤ من احكام الوصايا الحديث : ١١

جازت وصيته وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (*) (١) .

ومنها : ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف وحق فهو جاز (*) (٢) .

ومنها : ما رواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله عن وصية الغلام هل تجوز ؟ قال : إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته (*) (٣) ومنها غيرها المذكور في الباب المشار إليه .

وهذه الروايات مختلفة فلا بد من ملاحظتها والتوفيق بينها إن أمكن والافلابد من اعمال قانون التعارض ، فنقول أما الرواية الأولى من الباب فمطلقة ومقتضاها جواز تصرفات الصبي وأما الرواية الثانية فقيد جعلت الحد عشر سنين ومقدار التصرف الثلث وإذا كان التصرف يسيراً يكفي سبع سنين ، وأما الثالثة فقد اطلقت في مقدار التصرف ، وأما الرابعة فضعيفة بموسى بن بكر ، وأما الخامسة فقد اطلقت من حيث المقدار ، وأما السادسة فكالخامسة ، وأما السابعة فكذلك ، وأما الثامنة فلا ترتبط بالمقام وأما التاسعة فكذلك ، وأما العاشرة فكذلك ، وأما الحديث الحادي عشر فكذلك وقس عليه الثاني عشر .

ومقتضى الجمع بين نصوص البسبب ان البالغ عشرأ اذا أوصى بثلث ماله لأرحامه تجوز وصيته وفي قبال قول المشهور قول بعدم نفوذ وصيته ذهب إليه جماعة منهم ابن ادریس وما قيل في وجهه امور :

الاول : انه خلاف الاحتياط وفيه انه مع وجود الدليل خلافة مخالف للاحتياط

بل مخالف للشرع .

الثاني : الأصل ، وفيه انه مع وجود الدليل لانتصل النوبة الى الأصل .

الثالث : اختلاف النصوص ، وفيه مع امكان الجمع بينهما يجمع ومع عدم امكانه يعمل بقانون التعارض .

اذا عرفت ما تقدم فاعلم انه بمقتضى قانون تقييد المطلق بالمقيد لا بد من تقييد ما دل من النصوص على جواز الوصية على الاطلاق بما رواه محمد بن مسلم حيث انه قيد في هذه الرواية جوازها بصورة كون الوصية لذوي الارحام ، فالنتيجة ان وصية الصبي غير البالغ نافذة اذا كانت في أمر مشروع لرحمه لكن يرد على هذا التقريب ان حديث محمد بن مسلم (* ١) يعارضه ما يدل على نفوذ وصية ابن عشر سنين بالعموم من وجه لاحظ ما رواه أبو بصير (* ٢) وحيث ان ترجيح احدى الروايتين على الاخرى بالاحدية ولا نميز الاحدث يكون المقام داخلاً في كبرى اشتباه الحجة بلا حجة فلا بد من اعمال حيلة والذي يخلج بالبال أن يقال : لا مانع من التمسك بالأصل بأن يقال مقتضاه عدم نفوذ الوصية أو يقال : مقتضى الأصل عدم انتقال المال الى ملك الموصى له ويمكن اثبات المدعى بتقريب آخر وهو ان مقتضى دليل الارث انتقال جميع ما تركه الميت الى وارثه اذا المفروض الشك في التخصيص في مورد التعارض فلا بد من الأخذ بدليل الارث فالنتيجة ان الصبي اذا بلغ عشر سنين وأوصى لرحمه تكون نافذة وأيضاً اذا كان ابن سبع سنين تجوز وصيته لرحمه اذا كان موردها شيئاً يسيراً الا أن يقال : ان الاجماع والتسالم قائمان على ما هو المشهور فيما بين القوم فلاحظ .

(١) كما صرح في حديث جميل بن دراج عن احدهما عليهما السلام قال :

(١) نفس المصدر الحديث : ١

(٢) لاحظ ص : ٣٣٩

وكانت وصيته في وجوه الخير والمعروف لارحامه^(١) وفي نفوذ وصيته لغير ارحامه^(٢) اشكال^(٣) (الثاني) : العقل ، فلا تصح وصية

يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وان لم يحتلم (* ١) .
ولقائل أن يقول : ان هذه الرواية معارضة للنصوص الدالة على أن الميزان في صحة وصية الصبي بلوغه عشرين ومقتضى القاعدة تخصيص كل من الطرفين بالآخر فيكون المقام داخلاً في كبرى تعدد الجزاء واتحاد الشرط كقوله : « اذا خفي الاذان فقصر واذا خفي الجداران فقصر » فانه ثبت في بحث المفاهيم ان مفهوم كل من الشرطيتين يخص بمنطوق الآخر والنتيجة كفاية احد الامرين في ترتيب الجزاء وهذا التقريب ان تم يجري بالنسبة الى الحديثين المتقدمين اعني البلوغ عشرين والوصية للرحم بأن يقال ان حديث ابن مسلم بمنطوقه يقيد ويخصص مفهوم حديث أبي بصير وأيضاً حديث أبي بصير يخصص بمنطوقه مفهوم حديث ابن مسلم فالنتيجة نفوذ وصية الصبي اذا عقل أو اذا بلغ عشرين أو اذا بلغ سبع سنين أو اذا كان موردها شيئاً بصيراً أو اذا أوصى لرحمه الآن يقال : انه مع عدم العقل لا تجوز وصيته بالضرورة اذ لو لم يكن عاقلاً لا يكون مميزاً وكيف يمكن الالتزام بجواز وصية الصبي غير المميز فاشتراط العقل مما لا اشكال فيه فلاحظ .

(١) كما صرح في حديث زرارة (* ٢) والرواية ضعيفة بموسى بن بكر ولكن اشتراط كون مورد الوصية بالخير وكونه معروفاً امر على القاعدة ولا يحتاج الى دليل خاص .

(٢) كما هو مقتضى الجمع بين نصوص الباب فان مقتضى مفهوم الشرطية الواقعة في حديث محمد بن مسلم عدم صحة وصيته اذا كان لغير الرحم .

(٣) بل ظهر انه لا مجال له والدليل على الاشتراط تام وعدم ذهاب المشهور الى

(١) الوسائل الباب ١٥ من احكام الوقوف والصدقات الحديث : ٢

(٢) لاحظ ص : ٣٤٠

المجنون^(١)

اعتباره لايهمنا فانه قد تكرر منا ان ترك العمل بحديث من ناحية الأصحاب لا يسقط الرواية عن الاعتبار لكن قد مر قريباً ان مقتضى الجمع بين النصوص تخصيص كل واحد منهما بغيره .

(١) ما يمكن أن يقال في وجهه امور : الاول : الاجماع المدعى في المقام واشكال الاجماع واضح .

الثاني : حديث رفع القلم عن المجنون كما روى ابن ظبيان قال : اتى عمر بامرأة مجنونة قد زنت ، فأمر برجمها ، فقال علي عليه السلام أما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ ؟ (* ١) بتقريب ان مقتضى رفع القلم عنه انه لا يكتب عليه شيء ولازمه انه لو عامل لا يترتب على معاملته اثر ولا يؤخذ بشيء فتكون معاملته فاسدة .

ويمكن أن يقال : ان المستفاد من الرواية بحسب الفهم العرفي ان الشخص اذا كان غير بالغ أو كان مجنوناً أو نائماً لا يتعلق به التكليف فلا ترتبط الرواية بالمقام فتأمل .

اضف الى ذلك ان رفع القلم لا ينافي صحة وصيته وان شئت قلت : ان العرف بمناسبة الحكم والموضوع يفهم من حديث رفع القلم انه لا يكتب على المجنون شيء ووصيته لا تكون عليه بل له ان قلت : المجنون لا يكون رشيداً وبشرط في صحة المعاملات والعقود كون الشخص رشيداً .

قلت : الجنون لا يستلزم السفاهة ولذا نرى ان الماتن وغيره جعل العقل شرطاً تارة والرشد اخرى ، اللهم الا أن يقال انه لا ريب في عدم صحة تصرفات المجنون ويضاف الى ذلك ان الرواية ضعيفة سنداً .

والمغمى عليه^(١) والسكران حال جنونه واغمائه وسكره^(٢) واذا اوصى حال عقله ثم جن أو سكر أو اغمى عليه لم تبطل وصيته^(٣) وفي اعتبار الرشد فيه اشكال فلا يترك الاحتياط^(٤) (الثالث) : الاختيار فلا تصح وصية المكره^(٥)

الثالث : انه غير قاصد والانشائيات متقومة بالقصد وهذا الوجه غير تام اذ يمكن فرض تحقق الانشاء من المجنون فالدليل على المنع منحصر في التسالم وكونه أمراً واضحاً .

(١) لعدم كونه شاعراً وقاصداً فأمره غير نافذ .

(٢) بشرط أن يكون مسلوب القصد والارادة والا فيشكل ما أفاده اذ أي دليل دل على بطلان انشاء السكران .
(٣) لتامة اركانها .

(٤) بل لا وجه للصحة بدون الرشد لأن الشارع الأقدس اشترط في صحة التصرف كون المنصرف رشيداً فلا اثر لمعاملاته .

ان قلت : عدم ترتيب الأثر من قبل الشارع على انشائه خلاف الامتنان والحال ان منعه عن التصرف حكم امتناني ، وبعبارة اخرى منعه عن الانتفاع بماله على خلاف الامتنان .

قلت : هذا التقريب غير صحيح اذ المفروض ان السفه لا يدرك مصالحه فمقتضى الامتنان منعه وحجبه عن التصرف وهذا حكم امتناني بلا اشكال ولا كلام فلاحظ .

(٥) فان حديث رفع الاكراه يقتضي عدم تأثير الانشاء الاكراهي لاحظ ما روي عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فحلف بالطلاق والعناق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك ؟ فقال : لا قال رسول الله صلى الله عليه وآله : وضع

(الراهم) : الحرية فلا تصح وصية المملوك^(١) الا أن يجيز مولاه^(٢)
ولا فرق بين أن تكون في ماله وأن

عن امتي ما اكرهوا عليه ومالم يطبقوا وما اخطأوا (* ١) فان المستفاد من الخبر المذكور ولو باعانة تطبيقه عليه السلام ان الامر الاكراهي لا يترتب عليه اثر .
(١) لأنه ممنوع عن التصرف بالكتاب والسنة وأما الكتاب فقوله تعالى «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» (* ٢) وأما السنة :
فمنها : ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج ، عن احدهما عليهما السلام انه قال لا وصية لمملوك (* ٣) .

وهذه الرواية ضعيفة بعلي بن حديد لكن يكفي لاثبات المدعى ما رواه محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام انه قال في المملوك مادام عبداً فانه وماله لأهله لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا وصية الا أن يشاء سيده (* ٤) .
ويمكن الاستدلال على المدعى : بما رواه زرارة عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام قالوا : المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه الا بأذن سيده قلت : فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء الحديث (* ٥) .

(٢) على ما ثبت عندهم من صحة عقد الفضولي بالاجازة المتأخرة وقد تعرضنا في بحث المعاملات لبحث عقد الفضولي ، وقلنا ان الحق ان عقد الفضولي لا يصح الا فيما ثبت في مورد خاص .

(١) الوسائل الباب ١٢ من أبواب كتاب الايمان الحديث : ١٢

(٢) النحل / ٧٥

(٣) الوسائل الباب ٧٨ من أحكام الوصايا الحديث : ٢

(٤) نفس المصدر الحديث : ١

(٥) الوسائل الباب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق

وصفة القول : ان العقد اذا لم يكن واجداً للشرائط يكون باطلاً وحيث ان الشيء لا يتقلب عما هو عليه فلا يمكن الحكم بصحته والاجازة المتأخرة لا تغير الواقع كما هو ظاهر .

ان قلت : ان الاجازة المتأخرة توجب انتساب العقد الواقع سابقاً الى المجيز فيصح العقد من حين الانتساب قلت : يرد عليه اولاً : النقص ببقية الشرائط مثلاً لو باع زيد ملك عمرو بالبيع الفردي هل يمكن أن يصير صحيحاً بالاجازة حالكون ارتفاع الفرر وحكم الامثال واحد .

وثانياً : ان الامور التكوينية الخارجية الصادرة من شخص لا تستند الى غيره والبيع عبارة عن الاعتبار النفساني وانشاء ذلك الاعتبار بمنشأ خارجي وكلا الأمرين من الموجودات الواقعية اذ نفس الاعتبار أمر واقعي كالفرض والتصور نعم متعلقه اعتباري كما ان الانشاء الفعلي أو القولي أمر واقعي والأمر الواقعي غير قابل للنسابة وغير قابل للاستناد بالاجازة فلا يكون عقد الفضولي صحيحاً .

ان قلت : هب ان الأمر كذلك لكن صريح حديث محمد بن قيس جواز وصية العبد اذا شاء سيده قلت : ان المستفاد من هذه الرواية ان وصية العبد مع موافقة سيده تصح ولا يستفاد منها صحة الفضولي .

وملخص الكلام : ان الصادر عن العبد بلا اذن سيده باطل ولا دليل على أن ما وقع باطلاً حدوثاً يكون صحيحاً بقاء ، ولكن مع ذلك كله الحق صحة الفضولي بالاجازة بواسطة حديث زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألت عن مملوك تزوج بغير اذن سيده ، فقال : ذلك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما ، قلت : اصلحك الله ان الحكم بسن عينة و ابراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : ان اصل النكاح فاسد ، ولا تحل اجازة السيد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام :

تكون في مال غيره كما اذا أوصى ان يدفن في مكان معين^(١) ، واذا أوصى ثم انعتق وأجازها صحت وان لم يجز المولى^(٢) (الخامس) أن لا يكون قاتل نفسه فاذا أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه من جرح أو شرب سم أو نحو ذلك لم تصح وصيته اذا كانت في ماله^(٣)

انه لم يعص الله ، وانما عصى سيده ، فاذا اجازته فهو له جاز (* ١) وقد تعرضنا لما يستفاد من الرواية في بحث الفضولي فراجع .

(١) خلافاً لسيد العروة (قدس سره) حيث افنى بجواز وصيته فيما اذا أوصى بدفنه في مكان خاص لا يحتاج الى صرف مال ، لكن الانصاف ان مقتضى دليل الحجر كتاباً وسنة عدم نفوذ وصيته فانه عبد كل على مولاه لا يقدر على شيء .

(٢) قد ظهر مما تقدم ان هذا أيضاً مشكل لوحدة الملاك ولو قلنا بالصحة في المقام بلزم أن نقول بها فيما لو باع مع فقد بعض الشرائط وبعد اجتماعه وتامة الشرائط يصح العقد بالاجازة وهل يمكن الالتزام بالصحة ؟ كلا ولكن قد تقدم ان الفضولي يصح مع الاجازة .

(٣) على ما هو المشهور عند القوم بل على ما يظهر من كلام سيد العروة قدس سره انه ادعى عليه الاجماع وفي قبالة قول ابن ادریس ومن تبعه والاصل في هذا الحكم ما رواه أبو ولاد قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها ، قلت « قيل له . به » . ارايت ان كان أوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته ؟ قال : فقال ان كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو قتل اجيزت وصيته في ثلثه ، وان كان أوصى بوصية

وأما إذا كانت في غيره من تجهيز ونحوه صحت ^(١) ، وكذا إذا فعل ذلك لاعن عمد بل كان خطأ أو سهواً ^(٢) أو كان لا يقصد الموت بل لغرض آخر ^(٣) أو على غير وجه العصيان مثل الجهاد في سبيل الله ^(٤) وكذا إذا عوفي ثم أوصى ^(٥) بل انظاهر الصحة أيضاً إذا أوصى بعد ما فعل السبب ثم عوفي ثم مات ^(٦) .

(مسألة ١١) : إذا أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثم أحدث فيها صحت وصيته وإن كان حين الوصية بانياً على أن يحدث

بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته (*١) .

(١) للمناقشة فيما أفاد مجال إذ قد حكم بالصحة بثلاث المال إذا لم يكن قاتلاً لنفسه وأما من قتل نفسه فلا وصية له على الإطلاق .

وبعبارة أخرى: السؤال عن مطلق وصيته وفي مقام الجواب فصل بين صورتين ففي الصورة الأولى تنفذ في الثلث وفي الصورة الثانية لا تنفذ على الإطلاق .

(٢) فإن التعمد صرح به في الحديث .

(٣) فإن المستفاد من الحديث إن الموضوع تعمّد القتل وإرادته .

(٤) إذ المفروض في الخبر أن المتصدي من أهل جهنم ولا يمكن تصوّره في صورة الاتيان به من باب الوظيفة ، فلاحظ .

(٥) لخروج المورد عن تحت النص بل لو أوصى قبل العافية ثم عوفي لعين الملاك .

(٦) قد ظهر وجهه مما تقدم فإن الموضوع غير متحقق فلا وجه لعدم النفوذ .

كتاب الوصية شرائط الموصي ٣٤٩ ————— ذلك بعدها^(١) .

(مسألة ١٢) : تصح الوصية من كل من الاب والجد بالولاية على الطفل مع فقد الآخر^(٢)

(١) لخروج هذه الصورة عن تلك الكبرى المستفادة من الرواية ، فلاحظ .
(٢) نصاً وفتوى بل اجماعاً بقسميه - كما في الجواهر - ويمكن الاستدلال على المدعى بجملة من النصوص : منها : ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية أن يعمل بالمال ، وأن يكون الربح بينه وبينهم ، فقال : لا بأس به من أجل ان أباه قد اذن له في ذلك وهو حي (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بحسن بن علي . ومنها : ما رواه خالد « ابن بكير خ » الطويل قال : دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال : يا بني اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به ، وخذ نصف الربح واعطهم النصف ، وليس عليك ضمان ، فقد متني ام ولد ابني بعد وفاة ابي الى ابن ابي ليلى ، فقالت : ان هذا يأكل اموال ولدي قال : فاقنصت عليه ما امرني به ابي ، فقال لي ابن ابي ليلى ان كان ابوك امرك بالباطل لم اجزه ، ثم اشهد علي ابن ابي ليلى ان انا حر كته فانا له ضامن ، فدخلت علي أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتي ثم قلت له : ما ترى ؟ فقال : أما قول ابن ابي ليلى فلا استطيع رده وأما فيما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان (* ٢) .

وهذه الرواية ضعيفة بخالد واصلاح السند بكون ابن ابي عمير في السند كما في كلام السيد الخوانساري قدس سره في جامع مداركه لا يترتب عليه اثر كما حققناه في محله .

(١) الوسائل الباب ٩٢ من أحكام الوصايا الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

ولا تصح مع وجوده^١ .

(مسألة ١٣) : لا يجوز للمحاكم الوصية بالولاية على الطفل

ومنها : مارواه سعد بن اسماعيل عن ابيه ، قال : سألت الرضا عليه السلام عن وصي ايتام يدرك ايتامه فيعرض عليهم أن يأخذوا الذي لهم فيأبون عليه كيف يصنع ؟ قال : برد عليهم ويكرهمهم عليه «على ذلك . يب» (* ١) ولم يثبت كون اسماعيل الواقع في السند ثقة .

ومنها : ما ارسله محمد بن عيسى ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال في رجل مات وأوصى الى رجل وله ابن صغير فادرك الغلام وذهب الى الوصي وقال له : رد علي مالي لا تزوج فأبي عليه ، فذهب حتى زنى ، فقال ، يلزم ثلثي اثم زنا هذا الرجل ذلك الوصي الذي «لأنه . خ» منعه المال ولم يعطه فكان يتزوج (* ٢) والمرسلات لا اعتبار بها كما هو ظاهر .

ومنها : مارواه العيص بن القاسم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن البتيمة متى يدفع اليها مالها ؟ قال : اذا علمت انها لا تنفسد ولا تضيع فسألت ان كانت قد تزوجت ؟ فقال : اذا تزوجت فقد انقطع ملك الوصي عنها (* ٣) .

والظاهر ان هذه الرواية لا بأس بها سنداً مضافاً الى أن السيرة جارية على الوصية على اليتيم وجعل القيم له بلا انكار من المشرعة وهذا آية الجواز .

(١) ادعي عليه عدم الخلاف بل ادعي عليه الاجماع والقاعدة الأولية تفتضي عدم الجواز فان الولاية على خلاف الاصل فلا بد من الاقتصار على المقدار المعلوم ولا اطلاق في النصوص من هذه الجهة ، فلاحظ .

(١) الوسائل الباب ٤٧ من احكام الوصايا الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٤٦ من احكام الوصايا الحديث : ١

(٣) الوسائل الباب ٤٥ من احكام الوصايا الحديث : ١

بعد موته بل بعد موته يرجع الى حاكم غيره^١.

(مسألة ١٤) : لو أوصى للاطفال واحداً من أرحامهم أو غيرهم بمال وجعل أمره الى غير الاب والجد وغير الحاكم لسم يصح بل يكون للاب والجد مع وجود احدهما وللحاكم مع فقدهما^٢، نعم لو أوصى أن يبقى ماله بيد الوصى حتى يبلغوا فيما لهم اياه صح^٣ وكذا اذا أوصى أن يصرف ماله عليهم من دون أن يملكهم اياه^٤

(مسألة ١٥) : يجوز أن يجعل الاب والجد الولاية والقبضومة على الاطفال لاثنتين أو اكثر كما يجوز جعل الناظر على القيم المذكور^٥ ويجوز جعل الناظر له ايضاً كما يأتي في الناظر على

(١) لعدم الدليل وبعبارة اخرى لادليل على ولاية الحاكم بعد موته فلا يجوز جعلها لغيره .

(٢) لأن ولاية مال الطفل للاب والجد ومع فقدهما للحاكم فلا يمكن جعلها لغيرهم .

(٣) لمشروعية الوصية فتصح لصحتها .

(٤) لوحدة الملاك .

(٥) الذي يظهر من كلمات الأصحاب ان الأمر مورد التسالم عندهم وانه يجوز جعل الولاية من الأب أو الجد للموصى اليه وبعد فرض الجواز لافرق بين جعل الولاية لواحد وجعلها للأكثر ، وأما جواز جعل الناظر فيتم بعموم جواز الوصية ويمكن الاستدلال على جواز جعل القيمومة للمتعهد ، بالسيرة الخارجية غير المردوعة مضافة الى التسالم بين الأصحاب بالاضافة الى عدم الفرق بين الوصاية على المال

(مسألة ١٦): اذا قال الموصي لشخص انت ولي وقيم على اولادي القاصرين وأولاد ولدي ولم يقيد الولاية بجهة بعينها جاز له التصرف في جميع الشئون المتعلقة بهم من حفظ نفوسهم وتربيتهم وحفظ

والنفس في نظر العرف ، فان ثبت الجواز بالنسبة الى احد الامرين يثبت الآخر فتأمل .

اضف الى ذلك كله انه يستفاد الجواز من النصوص الدالة على جواز اكل القيم من مال اليتيم لاحظ النصوص الواردة في هذا الباب :

منها : ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عز وجل « فليأكل بالمعروف » قال : المعروف هو القوت ، وانما عني الوصي أو القيم في أموالهم وما يصلحهم (*) (١) .

ومنها : ما رواه حنان بن سعيد قال : قال أبو عبدالله عليه السلام سألتني عيسى بن موسى عن القيم للأيتام في الأكل وما يحل له منها ، فقلت له : اذا لاط حوضها وطلب ضالتها ، وهتأجر باها فله أن يصيب من لبنها في غير نهك لضرع ولا فساد لنسل (*) (٢) .

ومنها : ما رواه هشام بن الحكم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن تولى مال اليتيم ماله ان يأكل منه ؟ فقال : ينظر الى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم فليأكل بقدر ذلك (*) (٣) بتقريب ان المستفاد من هذه النصوص جوازها للمتعدد بمقتضى إطلاقها .

(١) لعموم دليل الوصية فلاحظ .

(١) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٥٢

اموالهم والاتفاق عليهم لاستيفاء ديونهم ووفاء ما عليهم من نفقات أو ضمانات أو غير ذلك من الجهات^(١) وإذا قيد الولاية بجهة دون جهة وجب على الولي الاقتصار على محل الاذن دون غيره من الجهات وكان المرجع في الجهات الاخرى الحاكم الشرعي^(٢).
(مسألة ١٧) : يجوز للمقيم على اليتيم أن يأخذ اجرة مثل عمله اذا كانت له اجرة وكان فقيراً أما اذا كان غنياً ففيه اشكال والاحوط الترك^(٣).

(١) كما هو ظاهر فان مقتضى اطلاق الجمل الجواز على الاطلاق.

(٢) الوجه فيما أفاده ظاهر فان المفروض ان هذه الولاية مجعولة من قبل الأب والجدة فلا بد من الاقتصار على مقدار الجمل وفي بقية الجهات المرجع هو الحاكم الذي له الولاية العامة.

(٣) يظهر من بعض الكلمات ان الاصحاب متفقون على جواز الأخذ لكن اختلفوا فيما يؤخذ على اقوال : احدها جواز أخذ اجرة المثل ، ثانيها : جواز اخذ مقدار حاجته ثالثها : جواز اخذ اقل الامرين رابعها : جواز الاخذ بشرط كونه فقيراً كما في المتن .

ويمكن أن يقال : ان المستفاد من الكتاب والسنة جواز اخذ اجرة المثل بشرط كونه فقيراً لاحظ قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم ولا تأكلوها اسرافاً وبداراً أن يكبروا ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف (* ١) فان الأكل في مثل هذه الاستعمالات يستفاد منه التملك كما ان المعروف ما عرف عند الناس وبعبارة اخرى

يكون عند العقلاء متعارفاً ولا يكون منكراً وأخذ اجرة المثل امر غير منكر عندهم .

ويمكن الاستدلال على المدعى بجملة من النصوص منها : مارواه عبدالله بن سنان قال : سئل أبو عبدالله عليه السلام وأنا حاضر عن القيم لليتامى في الشراء لهم والبيع فيما يصلحهم أله أن يأكل من أموالهم ؟ فقال : لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف كما قال الله تعالى في كتابه « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم ولا تأكلوها اسرافاً وبداراً إن يكبروا ومن كان غنياً فليستغفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » هو القوت وإنما عنى فليأكل بالمعروف الوصي لهم والقيم في أموالهم ما يصلحهم (* ١) .

ومنها : مارواه سماعة ، عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عز وجل : « ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » قال : من كان يلي شيئاً لليتامى وهو محتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم ويقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر ولا يسرف وإن كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج بنفسه فلا يرزان من أموالهم شيئاً (* ٢) .

ومنها : مارواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : سأله عن رجل بيده ما شبة لابن أخ له يتيم في حجره ، أيجلظ أمرها بأمر ما شئته ؟ قال : إن كان يلبط حوضها ويقوم على مهنتها ويرد نادتها فيشرب من ألبانها غير منهلك للحلاب ولا مضر بالولد (* ٣) .

ومنها : مارواه عبدالله بن سنان وحنان وهشام (* ٤) ثم انه يظهر من بعض

(١) تهذيب الأحكام ج ٩ ص ٢٤٤ الحديث ٤٢

(٢ و ٣) الوسائل الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ٤ و ٦

(٤) لاحظ ص : ٣٥٢

النصوص خلاف المدعى ، لاحظ حديث أبي الصباح فان المستفاد منه ان المال لو كان قليلا لا يأخذ (*) (١) .

ولقائل أن يقول ان النسبة بين هذه الرواية وبقية الأدلة من الكتاب والسنة عموم وخصوص بنحو الاطلاق، وعليه يكون مقتضى القاعدة تخصيص تلك الأدلة بهذه الرواية فالنتيجة ان مال اليتيم اذا كان قليلا لا يجوز الاخذ منه للقيم ويمكن أن يكون المراد انه لو كان عمل القيم بمقدار لا تكون له اجرة في نظر العرف لا يأخذ .

وأما حديث رفاعه (عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله : «فلأكل بالمعروف» قال: كان أبي يقول: انها منسوخة) (*) (٢) الدال على نسخ الحكم فلا رساله لا يترتب عليه اثر ، فلا تغفل .

والانصاف : ان نصوص الباب متعارضة فان المستفاد من حديثي عبد الله بن سنان (*) (٣) انه لا يجوز للقيم الا بمقدار القوت والقوت على ما يستفاد من اللغة ما يسد به الرمي والمستفاد من حديث سماعة (*) (٤) انه اذا كان فقيراً وليس له ما يقيمه يجوز له الاخذ بالمقدار الذي يقيمه، ومقتضى اطلاقه الجواز حتى في صورة كون المقدار المذكور اكثر من اجرة المثل فيقع التعارض بين الحديثين .
فيمكن أن يقال : بأن الترجيح مع حديث سماعة لكونها موافقة للكتاب فيؤخذ بها وان أبيت عن هذا الجمع نقول يقع التعارض وبعد التساقط يرجع الى اطلاق

(١) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتب به الحديث : ٣

(٢) نفس المصدر الحديث : ١١

(٣) لاحظ ص : ٣٥٢ و ٣٥٤

(٤) لاحظ ص : ٣٥٤

الكتاب وفي المراجعة الأخيرة بنينا على حصر المرجح في الاحدية وبيننا المراد في خاتمة الجزء الثامن من هذا الشرح وحيث ان الاحداث غير محرز فلا بد من العمل على طبق الاحتياط وبعبارة اخرى : حيث لا تميز الحجة عن لاحجة فلا بد من العمل على نحو يوافق الاحتياط .

اذا عرفت : ما تقدم فلنا أن نقول بأن المستفاد من مجموع الأدلة انه يجوز له أن يأخذ من مال اليتيم بالنحو المعروف والمقدار المعروف - على ما في كلام صاحب الحقائق - مالا اسراف فيه ولا تقتير وهو الحد الوسط بل يستفاد المدعى من حديث سماعة حيث قيد الجواز بعدم السرف .

بل يمكن أن يقال : ان هذا هو المفهوم العرفي عند اطلاق هذا اللفظ ، ولا يخفى انه لا يختص جواز الاخذ بنفسه بل يجوز له ما يقيمه على نحو الاطلاق ومن الظاهر ان عدم لحاظ عياله الواجب نفقته عليه تضييع اياه وان شئت قلت : المستفاد من حديث سماعة ان المحتاج يجوز له أن يأخذ بمقدار لا يكون اسرافاً فبمقتضى الآية والرواية يجوز أن يأخذ بمقدار لا يكون مسرفاً لكن يشترط جواز اخذه بشروط :

الاول: ان يكون فقيراً ويدل عليه الكتاب وخبر سماعة فانه صرح فيهما بكونه فقيراً ، وما عن المسالك من الميل الى استحباب العفة اذا كان غنياً لاوجه له .

الثاني : اشتغاله باصلاح امواله بحيث يمنعه عن الاشتغال لنفسه فان كان قادراً على الاشتغال بكلا الامرين وتحصيل معاشه لايجوز له الاخذ لاحظ حديث سماعة ومثله حديث زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن قول الله « ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » قال : ذلك اذا حبس نفسه في امواله فلا يحترف لنفسه

فليأكل بالمعروف من مالهم (* ١) .

الثالث : سعة مال اليتيم اما لو كان قليلا فلا يجوز الأخذ ويدل عليه حديث أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل : « ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » فقال : ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشة فلا بأس أن يأكل بالمعروف اذا كان يصلح لهم أموالهم ، فان كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئاً الحديث (* ٢) .

ومقتضى قانون الاطلاق والتقييد تقييد الكتاب والسنة بهذه الرواية وقد ثبت في محله جواز تخصيص العام الكتابي بالخبر الواحد .

ويسدل على المدعى أيضاً حديث أبي اسامة عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله : (فليأكل بالمعروف) فقال : ذلك رجل يحبس نفسه على أموال اليتامى فيقوم لهم فيها ويقوم لهم عليها فقد شغل نفسه عن طلب المعيشة فلا بأس أن يأكل بالمعروف اذا كان يصلح أموالهم ، وان كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئاً (* ٣) لكن الحديثين مخدوشان سنداً ، أما الحديث الثاني فواضح وأما الحديث الأول فلكون محمد بن الفضيل الواقع في السند مشتركا بين الثقة وغير الثقة فيشكل الاعتماد عليه ، والله العالم .

الرابع : أن لا يكون بنحو الاسراف والدليل عليه قوله تعالى وما ورد في حديث سماعة فانقدح بما ذكرنا ان الحق اختيار هذا القول ويترتب عليه انه يجوز الأخذ بمقدار الحاجة أعم من أن يكون بمقدار اجرة المثل أو أقل أو أكثر ، وأما

(١) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ١٠

(٢) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ٣

(٣) الوسائل ج ١٢ - في ذيل ص : ١٨٧

فصل فى الموصى به

(مسألة ١) : يشترط فى الموصى به أن يكون مماله نفع محلل^١ معتد به^٢ سواء أكان عيناً موجودة أم معدومة اذا كانت متوقعة الوجود كما اذا اوصى بما تحمله الجارية او الدابة أو منفعة لعين موجودة أو معدومة متوقعة الوجود أو حق من الحقوق القابلة للنقل مثل حق التحجير ونحوه لا مثل حق القذف ونحوه مما لا يقبل الانتقال الى الموصى له^٣

حديث هشام (* ١) الدال على اخذ اجرة المثل فسنده ضعيف بعلي بن السندي ولم يثبت وثاقته .

(١) اذ الوصية بلحاظ المنفعة المحرمة لاتصح فلا بد من فرض منفعة محللة فى موردها .

(٢) يمكن أن يكون الوجه فى الاشتراط المذكور الانصراف .

(٣) لاطلاق دليل الوصية، ان قلت: ان الحمل المتجدد مثلاً بعد موت الموصي يصير ملكاً للوارث فكيف تتعلق به الوصية .

قلت : اولا يرد عليه النقض بمنفعة الدار المتجددة وثانياً نجيب بالحل وهو ان المالك للعين مالك لها بالملكية المرسلة وبتبع العين يملك منافعتها بالملكية المرسلة فلا مانع من الوصية ومما ذكرنا يظهر الوجه فى بقية ما أفاده فان مقتضى اطلاق دليل نفوذ الوصية صحة الوصية فى جميع ما ذكر من الأقسام .

(مسألة ٢) : اذا أوصى لزبد بالخمرة القابلة للتخايل أو التي ينتفع بها في غير الشرب أو أوصى بآلات اللهو اذا كان ينتفع بها اذا كسرت صح^(١).

(مسألة ٣) : يشترط في الموصى به أن لا يكون زائداً على الثلث فاذا أوصى بما زاد عليه بطل الايصاء في الزائد^(٢).

(١) اذ المفروض ان مثل هذه المنافع حلال فتصح الوصية باطلاق دليلها .
(٢) ادعي عليه الاجماع بقسميه وتدل عليه جملة من النصوص : منها : ما رواه حمران ، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل اوصى عند موته وقال : اعتق فلاناً وفلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة ، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعقدهم ، قال : ينظر الى الذين سماهم وبدأ بعقدهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه اول شئ ذكر ، ثم الثاني والثالث ثم الرابع ثم الخامس فان عجز الثلث كان في الذين سمى اخيراً لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك (* ١) .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن رجل حضره الموت فاعتق غلامه وأوصى بوصية فكان أكثر من الثلث ، قال : يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي (* ٢) .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم أيضاً ، عن أبي جعفر عليه السلام قال في رجل أوصى بأكثر من الثلث واعتق ممالئكه في مرضه ، فقال : ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق (* ٣) .

(١) الوسائل الباب ٦٦ من احكام الوصايا الحديث : ١

(٢ و ٣) الوسائل الباب ٦٧ من احكام الوصايا الحديث : ١ و ٤

الامع اجازة الوارث^{١١} واذا أجاز بعضهم دون بعض نفذ في حصصة
المعجز دون الاخر واذا اجازوا في بعض الموصى به وردوا في غيره

ومنها: مارواه احمد بن محمد قال : كتب احمد بن اسحاق الى أبي الحسن
عليه السلام: ان ردة بنت مقاتل توفيت وتركت ضيعة اشقاها في مواضع، وأوصت
لسيدنا في اشقاها بما يبلغ أكثر من الثلث، ونحن أوصيائها واحببنا انهاء ذلك
الى سيدنا ، فان أمرنا بامضاء الوصية على وجهها أمضيها وان أمرنا بغير ذلك
انتهينا الى امره في جميع ما يأمر به انشاء الله ، قال : فكتب عليه السلام بخطه :
ليس يجب لهما في تركتها الا الثلث ، وان تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم
انشاء الله (* ١) .

وفي قبال هذه الطائفة طائفة اخرى تدل على نفوذ الوصية في تمام ما تركه
الميت لاحظ مارواه محمد بن عبدوس قال: أوصى رجل بتركة متاع وغير ذلك
لأبي محمد عليهما السلام فكتب اليه : رجل أوصى الي بجميع ما خلف لك ،
وخلف ابنتي أخت له ، قرأبك في ذلك ، فكتب الي : بع ما خلف وابعث به الي
فبعث وبعث به اليه ، فكتب الي : قد وصل (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بضعف
استاد الشيخ قدس سره الى علي بن الحسن بن فضال ، وبمحمد بن عبدوس .

ولاحظ مارواه عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الرجل احق
بماله مادام فيه الروح اذا أوصى به كله فهو جائز (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة أيضاً
سنداً .

(١) لمكاتبة احمد بن اسحاق (* ٤) .

(١) الوسائل الباب ١١ من احكام الوصايا الحديث : ١

(٢ و ٣) نفس المصدر الحديث : ١٦ و ١٩

(٤) مرآة

صح فيما اجازوا وبطل في غيره^(١).

(مسألة ٤) : لا اشكال في الاجتزاء بالاجازة بعد الوفاة^(٢) وفي الاجتزاء بها حال الحياة قولان اقواهما الاول^(٣) وليس للمجيز الرجوع عن اجازته حال حياة الموصى ولا بعد وفاته^(٤)

(١) كما هو مقتضى القاعدة وبعبارة اخرى لوجود المقتضي وعدم المانع بالنسبة الى المقدار المجاز .

(٢) عن الجواهر انه اجماعي بقسميه ويدل على المدعى مكتبة احمد بن اسحاق (١*) فان مقتضى هذه الرواية ان اجازة الوارث بعد وفاة الموصى تؤثر في نفوذ الوصية واعتبارها .

(٣) قال في الجواهر بل هو المشهور بل عن الشيخ الاجماع عليه وبدل على المدعى حديث محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردوا ما أقروا به ؟ فقال : ليس لهم ذلك ، والوصية جائزة عليهم اذا أقروا بها في حياته (٢*).
ويدل عليه أيضاً ما رواه منصور بن حازم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث وورثته شهود فاجازوا ذلك له ، قال : جائز قال ابن رباط : وهذا عندي على انهم رضوا بذلك في حياته واقروا به (٣*).
(٤) لما رواه محمد بن مسلم (٤*) ومثله في الدلالة على المقصود ما رواه منصور بن حازم (٥*) بل يمكن الاستدلال على المدعى بمكتبة احمد بن

(١) لاحظ ص : ٣٦٠

(٢ و ٣) الوسائل الباب ١٣ من أحكام الوصايا الحديث : ١ و ٢

(٤) مرآة

(٥) مرآة

كما لا أثر للرد اذا الحقته الاجازة^(١) ولا فرق بين وقوع الوصية حال مرض الموصى وحال صحته ولا بين كون الوارث غنياً وفقيراً^(٢).

(مسألة ٥) : لا يشترط في نفوذ الوصية قصد الموصى انها من الثالث الذي جعله الشارع له فاذا اوصى بعين غير ملتفت الى الثالث وكانت بقدره أو أقل صح واذا قصد كونها من ثلثي الورثة فان اجازوا صح والابطال وان قصد كونها من الاصل نفذت الوصية في ثلثها وتوقف في ثلثها على اجازة الورثة . هذا اذا اوصى بثلث الباقي كما اذا قال فرسى لزيد وثلثي من باقى التركة لعمر وفانه تصح وصيته لعمر . وأما وصيته لزيد فتصح اذا رضى الورثة والاصحت في ثلث الفرس أما اذا لم يوص بالثلث فان لم تكن زائدة على الثلث نفذت وان زادت على الثلث توقف نفوذها في الزائد على اجازة الورثة^(٣).

(مسألة ٦) : اذا وصى بعين معينة أو بمقدار كلى من المال

اسحاق(*) (١) فان مقتضى اطلاق الرواية نفوذ الاجازة فلاحظ .

(١) للاطلاق فان مقتضاه عدم الفرق .

(٢) كل ذلك للاطلاق ، فلاحظ .

(٣) لصدورها من اهله ووقعها في محلها ، وبعبارة اخرى لتمامية المقتضى وعدم المانع ثم ان ما أفاده في هذا الفرع بتمامه على طبق القاعدة المستفادة من النص من نفوذ الوصية في مقدار الثلث بنحو الاطلاق وفي الزائد بشرط اجازة الوارث ، فلاحظ .

كألف دينار يلاحظ قى كونه بمقدار الثلث أو اقل أو أزيد بالاضافة الى اموال الموصى حين الموت لاجين الوصية . فاذا أوصى لزيد بعين كانت بقدر نصف أمواله حين الوصية وحين الموت صارت بمقدار الثلث اما لتزول قيمتها أو لارتفاع قيمة غيرها أو لحدوث مال له لم يكن حين الوصية صحت الوصية في تمامها^(١) واذا كانت حين الوصية بمقدار الثلث فصارت أكثر من الثلث حال الموت اما لزيادة قيمتها أو لنقصان قيمة غيرها أو لخروج بعض أمواله عن الملكية نفذت الوصية هما يساوي الثلث وبطلت في الزائد الا اذا أجاز الورثة^(٢) واذا أوصى بكسر مشاع كالثلث فان كان حين الوفاة مساوياً له حين الوصية فلا اشكال في صحة الوصية بتمامه وكذا اذا كان اقل فنصح فيه بتمامه حين الوفاة أما اذا كان حين الوفاة أكثر منه حين الوصية كما لو تجدد له مال فهل يجب اخراج ثلث الزيادة المتجددة أو يقتصر على ثلث المقدار حين الوصية لا يخلو من اشكال وان كان الاقوى الاول^(٣) الا

(١) والوجه فيه ان الوصية عبارة عن التملك بعد الوفاة ومن ناحية اخرى انها نافذة في الثلث على الاطلاق وفي الزائد عليه بشرط اجازة الوارث فحين الوفاة اذا كانت واجدة لشرط النفوذ بنفذه الا فلا .

(٢) كما هو ظاهر فان الوصية بالزائد عن الثلث يتوقف على اجازة الورثة .

(٣) نارة يقع الكلام فيما هو مقتضى القاعدة الاولى واخرى فيما يستفاد من النص الخاص اما من حيث القاعدة فالظاهر ان الميزان بحال الوصية لظاهر الكلام

أن تقوم القرينة على ارادة الوصية بثلاث الاعيان الموجودة حين الوصية لا غير^١ فاذا تبدلت أعيانها لم يجب اخراج شئ^٢ أو تقوم القرينة على ارادة الوصية بمقدار ثلث الموجود حينها وان تبدلت أعيانها فلا يجب اخراج الزائد^٣ وكذا اذا كان كلامه محفوفاً

كبقية الموارد وأما من حيث النص الخاص فالميزان مراعاة حال الوفاة لاحظ مارواه محمد بن قيس قال : قلت له : رجل أوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطأ ، يعنى الموصي ، فقال : يجاز لهذه الوصية من ماله ومن ديته (* ١) .

١) لانصراف النص عن هذه الصورة بل لنا أن نقول ان الظاهر من الرواية صورة ارادة الكسر المشاع حين الموت وأما في غير هذه الصورة فلا يشمل النص . وعليه نقول : نارة يكون الظاهر من كلام الموصي ولو بالقرينة حال الوفاة تلاحظ تلك الحال ، واخرى يكون الظاهر من كلامه حين الوصية فالمقدار عليه . وثالثة يكون الكلام مجملاً فلا بد من الافتصار على قدر المتيقن .

لكن الانصاف : ان ما افاده في المتن تام فانه لولا القرينة الخارجية يكون مقتضى الظهور اللفظي تعلق الوصية بثلاث ما يتركه حين الوفاة اذ الوصية تمليك من حين الوفاة فيكون متعلق الوصية ثلث ما يقع مورد التأثير ، فالمناط بحال الوفاة فلا اشكال .

٢) اذ المفروض اختصاص الوصية بالموجود حينها وقد فرض تبدلها فلا موضوع للوصية .

٣) كما هو ظاهر اذ الوصية بذلك المقدار فلا وجه للزائد .

هما يوجب اجمال المراد فانه يقتصر على القدر المتيقن وهو الاقل^(١).

(مسألة ٧) : يحسب من التركة ما يملكه بعد الموت كالدية في المخطأ وكذا في العمد اذا صالح عليها أولياء الميت وكما اذا نصب شبكة في حياته فوقع فيها شيء بعد وفاته فيخرج من جميع ذلك الثلث اذا كان قد اوصى به واذا اوصى بعين تزيد على ثلثه في حياته وبضم الدية ونحوها تساوى الثلث تنفذ وصيته فيها بتمامها^(٢).

(مسألة ٨) : انما يحسب الثلث بعد استثناء ما يخرج من الاصل من الديون المالية فاذا اخرج جميع الديون المالية من مجموع التركة كان ثلث الباقي هو مورد العمل بالوصية^(٣).

(١) اذ اللازم متابعة الوصية فيجب الاقتصار على القدر المتيقن ، فلاحظ .

(٢) لا يخفى ان ما أفاده خلاف القاعدة الأولية اذ المفروض تعلق الوصية بثلث ما يملكه والمفروض ان الدية واشباهها تقع في ملكه بعد وفاته فلا تشملها الوصية لكن ببركة النص أعني حديث محمد بن قيس نلتزم بما أفاده في المتن والنص وان كان وارداً في الدية لكن العرف يفهم عدم الفرق .

(٣) بلا اشكال ولا كلام ، وتدل عليه جملة من النصوص : منها : ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أول شيء يبدأ به من المال الكفن ، ثم الدين ، ثم الوصية ، ثم المبرات (* ١) .

ومنها : ما رواه محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : ان الدين قبل الوصية ، ثم الوصية على اثر الدين ، ثم

(مسألة ٩) : اذا كان عليه دين فابراه الدائن بعد وفاته او تبرع متبرع في ادائه بعد وفاته لم يكن مستثنى من التركة وكان محتملة عدمه^(١).

(مسألة ١٠) : لا بد في اجازة الوارث الوصية الزائدة على الثلث من امضاء الوصية وتنفيذها ولا يكفي فيها مجرد الرضا النفساني^(٢).

الميراث بعد الوصية فان اول (أولى خ ل) القضاء كتاب الله (* ١) .

ومنها : ما رواه الفضل بن الحسن الطبرسى في (مجمع البيان) عن امير المؤمنين عليه السلام في قوله تعالى : « من بعد وصية توصون بها اودين » قال : انكم لتفرون في هذه الوصية قبل الدين ، وان رسول الله صلى الله عليه وآله قضى بالدين قبل الوصية (* ٢) .

(١) اذ مع فرض الابرار لاوجه للاستثناء وبعبارة اخرى المفروض تعلق الوصية بالثلث ، فلا بد من انفاذها فيه بلا لحاظ الدين بعد فرض الابرار .

(٢) لعدم دليل على كفايته بل الدليل على خلافه لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردوا ما اقروا به ؟ فقال : ليس لهم ذلك ، والوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حياته (* ٣) .

ومنها : ما رواه منصور بن حازم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية اكثر من الثلث وورثته شهود فجازوا ذلك له ، قال : جائز قال : ابن رباط : وهذا عندي على أنهم رضوا بذلك فسي حياته واقروا به (* ٤) فان

١ و ٢) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب أحكام الوصايا الحديث : ٢ و ٥

٣ و ٤) الوسائل الباب ١٣ من أحكام الوصايا الحديث : ١ و ٢

(مسألة ١١) : اذا عين الموصى ثلثه في عين مخصوصة تعين^{١)}
واذا فوض التعيين الى الوصى فعينه في عين مخصوصة تعين ايضاً
بلا حاجة الى رضا الوارث^{٢)} واذا لم يحصل منه شيء من ذلك كان
ثلثه مشاعاً في التركة ولا يتعين في عين بعينها بتعيين الوصي الامع رضا
الورثة^{٣)}.

(مسألة ١٢) : الراجبات المالية تخرج من الاصل وان لم يوص
بها الموصي وهي الاموال التي اشتغلت بها ذمته مثل المال الذي اقترضه
والمبيع الذي باعه سلفاً وضمن ما اشتراه نسيئة وعوض المضمونات
واروش الجنائيات ونحوها ومنها الخمس والزكاة ورد المظالم^{٤)} واما
الكفارات والندور ونحوها فالظاهر انها لا تخرج من الاصل^{٥)}

(مسألة ١٣) : اذا تلف من التركة شيء بعد موت الموصي
وجب اخراج الواجبات المالية من الباقي وان استوعبه وكذا اذا
غصب بعض التركة^{٦)} واذا تمرد بعض الورثة عن وفاء الدين لم يسقط

المستفاد من الرواية عنوان الاجازة .

١) لان اختيار الثلث بيده .

٢) لان تعيينه بمنزلة تعيين الموصي نفسه .

٣) فان التصرف في المال المشترك لا يجوز الامع اجازة الشريك .

٤) اذ الدين يخرج من الاصل وهو مقدم على الارث والوصية وجميع المذكورات

داخل في الدين .

٥) اذ ليس ما ذكر داخل في الدين فلا وجه لخروجه من الاصل .

٦) لتقدم الدين على الارث كتاباً وسنة ، أما الكتاب فقوله تعالى « من بعد

من الدين ما يلزم في حصته بل يجب على غيره وفاء الجميع كما يجب عليه^(١) ثم اذا وفى غيره تمام الدين فان كان هاذن المحاكم الشرعي

وصية يوصي بها أو دين - من بعد وصية يوصي بها أو دين « (* ١) وأما السنة فحديث محمد بن قيس (* ٢) .

(١) لأن الدين قبل كل شيء فمادام موجوداً لاتصل النوبة الى الارث وبعبارة اخرى : المستفاد من الكتاب والسنة المشار اليهما انه لايجوز التوريث الا بعد اداء الدين وانفاذ الوصية، وبعبارة واضحة الارث بعد الدين وبعد الوصية والظاهر من لفظ البعد المذكور في الآية البعد الزماني فلايجوز التصرف فيما تركه الميت لا اعتباراً ولاخارجاً الا بعد اداء الدين وانفاذ الوصية وان شئت قلت : جميع ما تركه الميت متعلق حق الدين والوصية فالورثة محجورون عن التصرف الا بعدهما .

وبكلمة اخرى : الظاهر من الآية الشريفة انه لايتحقق الارث ولا ينتقل المال الى الوارث الا في صورة انتفاء الدين والوصية وأما معهما أو احدهما لايصير ما تركه الميت ملكاً للوارث .

نعم يستفاد من حديث عبدالرحمن بن الحجاج - عن أبي الحسن عليه السلام مثله الا أنه قال : ان كان يستيقن ان الذي ترك يحبط بجميع دينه فلا ينفق وان لم يكن يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال (* ٣) ، التفصيل بين استيعاب الدين وعدمه بجواز التصرف في الصورة الثانية وعدمه في الصورة الاولى .

ولكن يعارضه حديث عباد بن صهيب ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل

(١) النساء/ ١١ و ١٢

(٢) لاحظ ص : ٣٦٥

(٣) الوسائل الباب ٢٩ من أحكام الوصايا الحديث : ٢

رجع على المتمرد بالمقدار الذي يلزم في حصته^(١) وإذا كان بغير إذن الحاكم الشرعي ففي رجوعه عليه بذلك المقدار اشكال^(٢).

فرط في اخراج زكاته في حياته ، فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان فرط فيه مما لزمه من الزكاة ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع الى من تجب له ، قال جائز يخرج ذلك من جميع المال ، انما هو بمنزلة دين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكاة (* ١) .

فان المستفاد من هذه الرواية انه لا يجوز التصرف حتى مع عدم الاستيعاب اذ المفروض في الرواية التبعض والتبعض يساوق كونه اقل ، فالحديثان متعارضان والترجيح مع حديث عباد لكونه موافقاً مع ظاهر الكتاب مضافاً الى كونه أحدث فالترجيح مع حديث عباد ويضاف الى ذلك كله انه لو وصلت النوية الى الشك يكون مقتضى الاصل عدم انتقال ما تركه الميت الى الوارث قبل اداء الدين والله العالم .

فالنتيجة : ان المستفاد من الدليل الاجتهادي والفقاهي ان تحقق الارث في صورة عدم الدين والوصية ، هذا ما يخطر بالبال في هذه العجالة .

وأما دعوى الاجماع على انتقال المال الى الوارث حتى مع وجود الدين أو الوصية فليس اجماعاً تعديلاً كاشفاً بل مستند الى التقريبات التي في كلماتهم كما يظهر لمن يراجعها فيترتب على ما ذكر انه قبل الوفاء لا يجوز التصرف كما في المتن .

(١) اذ مع اذن الحاكم يكون تصرفاته صحيحة والا فلا .

(٢) لعدم الدليل على جواز الرجوع وبعبارة اخرى ان الدين مانع عن الارث والمفروض ارتفاعه بالاداء وجواز الرجوع الى المتمرد يحتاج الى الدليل ولكن

- (مسألة ١٤) : الحج الواجب بالاستطاعة من قبيل الدين يخرج من الاصل^١ وأما الحج النذري فيخرج من الثلث على الاظهر^٢.
- (مسألة ١٥) : اذا أوصى بوصايا متعددة متضادة كان العمل

على القول بعدم الملكية قبل اداء الدين والوصية لا بد من التقسيم بعد تحقق الملكية اذ المال المشترك لا بد من تقسيمه بالتراضي .

(١) كما دلت عليه جملة من النصوص : منها : ما رواه معاوية بن عمار قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يموت ولم يحج حجة الاسلام ويترك مالا ، قال : عليه ان يحج من ماله رجلا ضرورة لامال له (* ١) .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل مات ولم يحج حجة الاسلام يحج عنه ؟ قال : نعم (* ٢) .

ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام (في حديث) قال يقضى عن الرجل حجة الاسلام من جميع ماله (* ٣) ومثلها غيرها المذكور في الباب المشار اليه .

(٢) كما نص عليه في حديث عبدالله بن أبي يعفور قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل نذر لله ان عافى الله ابنه من وجعه ليحججه الى بيت الله الحرام فعافى الله الابن ومات الأب ، فقال : المحجة على الأب يؤديها عنه بعض ولده ، قلت : هي واجبة على ابنه الذي نذر فيه ؟ فقال : هي واجبة على الأب من ثلثه ، أو يتطوع ابنه فيحج عن ابيه (* ٤) ومثله غيره من الروايات الواردة في الباب ٢٩ من أبواب وجوب الحج من الوسائل .

١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب وجوب الحج وشرائطه الحديث : ٣٢١ و ٣٢٢

(٤) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب وجوب الحج وشرائطه الحديث : ٣

على الثانية وتكون ناسخة للاولى^(١) فاذا اوصى بعين شخصية لزيد ثم اوصى بها لعمره

(١) قال في الجواهر في هذا المقام «بلا خلاف ولا اشكال لكونها ناسخة للاولى ورجوعاً عنها عرفاً» انتهى موضع الحاجة من كلامه وما أفاده تام بالنسبة الى الملتفت اذ للموصي أن يرجع عن وصيته بمقتضى جملة من النصوص :
لاحظ ما رواه ابن مسكان وما رواه عبيد بن زرارة وما رواه بريد (* ١) فاذا فرضنا جواز الرجوع فالوصية الثانية نافذة على القاعدة فان الموصي بالوصية الثانية يبطل الاولى ويوجد الثانية .

وعليه لنا أن نقول : انه لا فرق بين كونه ذا كراً وكونه ناسياً وذاهلاً كما في الجواهر وتقريب المدعى ان المفروض اختيار المالك في الرجوع عن الاولى واحداث الثانية وحيث ان الوصية صدرت من اهلها ووقعت في محلها تنفذ بلا اشكال .

ولكن في النفس شيء وهو ان الوصية الاولى وقعت صحيحة على الفرض غاية الامر للموصي حق الرجوع فيها والمفروض ان الرجوع أمر انشائي ولم يتحقق بعد فمقتضى القاعدة أن تؤثر الاولى وتلغو الثانية نظير ما لو باع زيد داره بالبيع الخياري ومع الذمول عن المعاملة الواقعة ونسيانها باعها ثانياً من شخص آخر فهل يمكن أن يكون البيع الثاني صحيحاً مع وقوعه على ملك الغير؟ ويؤيد المدعى ما رواه حمران (* ٢) لكن الرواية ضعيفة بأبى جميله .

وقياس المقام بباب البيع مع الفارق فان البائع بعد البيع الاول اجنبي عن المال وليس له أن يبيعه ثانياً وأما الموصي فله أن يبطل الوصية الاولى ويوصي

(١) لاحظ ص : ٣٣١

(٢) لاحظ ص : ٣٥٩

اعطيت لعمر و وكذا اذا اوصى بثلثه لزيد ثم اوصى به لعمر و^١ واذا اوصى بثلثه لزيد ثم اوصى بنصف ثلثه لعمر و كان الثلث بينهما على السوية وكذا اذا اوصى بعين شخصية لزيد ثم اوصى بنصفها لعمر و فتكون الثانية ناسخة للاولى بمقدارها^٢

(مسألة ١٦) : اذا اوصى بوصايا متعددة غير متضادة وكانت كلها مما يخرج من الاصل وجب اخراجها من الاصل وان زادت على الثلث^٣ وان كانت كلها واجبات لا تخرج من الاصل كالواجبات البدنية والكفارات والنذور اخرجت من الثلث^٤ فان زادت على الثلث واجاز الورثة اخرجت جميعها^٥ وان لم يجز الورثة ورد النقص على الجميع بالنسبة^٦ سواء اكانت مرتبة بأن ذكرت في كلام الموصى

وصية اخرى فالحق ما افاده في المتن .

(١) فانه بعد فرض صحة الثانية وبطلان الاولى تكون النتيجة كما ذكر وقس عليه الفرع الثاني .

(٢) اذ المفروض ان الوصية بطلت بالنسبة الى نصف الثلث فالنتيجة تعدد الموصى له فلكل منهما نصف الثلث وقس عليه الفرع التالي فلاحظ .

(٣) كما مر فانه يجب اخراجها من الاصل وان زاد على الثلث كما في المتن .

(٤) لنفوذ الوصية فيه فقط .

(٥) لنفوذ الزائد مع اجازة الوارث كما مر .

(٦) لعدم جواز الترجيح بلا مرجح .

واحدة بعد اخرى كما اذا قال : اعطوا عني صوم عشرين سنة وصلاة عشرين سنة أم كانت غير مرتبة بان ذكرت جملة واحدة كما اذا قال : اقضوا عني عباداتي مدة عمري صلاتي وصومي^(١) فاذا كانت تساوي قيمتها نصف التركة فان اجاز الورثة

(١) يمكن أن يقال : بأنه ما لم يرفع اليد عن السابقة لاتصل التوبة الى اللاحقة وقد مر قريباً نظير هذا الاشكال هذا بحسب القاعدة الاولى، ولكن يمكن أن يكون العاتق فيما افاده ناظراً الى النصوص الخاصة الواردة في المقام منها ما رواه معاوية بن عمار ، قال : اوصت الي امرأة من أهل بيتي بمالها « بثلاث ماله خ ل » وامرت أن يعتق عنها ويحج ويتصدق، فلم يبلغ ذلك ، فسألت أبا حنيفة فقال : يجعل ذلك اثلاثاً ثلثاً في الحج ، وثلثاً في العتق ، وثلثاً في الصدقة ، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له : ان امرأة من اهلي « أهل بيتي خ ل » ماتت واوصت الي بثلاث ماله ، وأمرت أن يعتق عنها ويحج عنها ويتصدق ، فنظرت فيه فلم يبلغ ، فقال : ابدء بالحج فانه فريضة من فرائض الله عز وجل ، واجعل ما بقى طائفة في العتق ، وطائفة في الصدقة ، فأخبرت أبا حنيفة بقول أبي عبد الله عليه السلام فرجع عن قوله وقال بقول أبي عبد الله عليه السلام (*) (١) .

ومنها : ما رواه أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال : في امرأة أوصت بمال في عتق وحج وصدقة فلم يبلغ ؟ قال : ابدء بالحج فانه مفروض فان بقى شيء فاجعل في الصدقة طائفة وفي العتق طائفة (*) (٢) .

ومنها : ما رواه أيضاً قال : ماتت اخت مفضل بن غياث وأوصت بشيء من مالها الثلث في سبيل الله ، والثلث في المساكين ، والثلث في الحج ، فاذا هو

لا يبلغ ما قالت « الى أن قال » ولم تكن حجت المرأة فسألت أبا عبد الله عليه السلام فقال لي : ابدء بالحج ، فانه فريضة من فرائض الله عليها ، وما بقي اجعله بعضاً في ذا وبعضاً في ذا الحديث (* ١) .

ومنها : مارواه أيضاً قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أوصت بمال في الصدقة والحج والعنق ، فقال : ابدء بالحج فانه مفروض فان بقي شيء فاجعل في العنق طائفة ، وفي الصدقة طائفة (* ٢) .

ومنها : مارواه أيضاً قال : ان امرأة هلك وأوصت بثلاث يتصدق به عنها ويحج عنها ويعتق عنها ، فلم يسع المال ذلك (الى أن قال) فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : ابدء بالحج : فان الحج فريضة ، فما بقي فضعه في النوافل (* ٣) .

ومنها : مارواه محمد بن عبد الجبار ، قال : كتبت الى العسكري عليه السلام امرأة أوصت الى رجل واقرت له بدين ثمانية آلاف درهم ، وكذلك ما كان لها من متاع البيت من صوف وشعر وشبهه وصفرو نحاس وكل مالها اقرت به للموصى اليه ، واشهدت على وصيتها ، وأوصت أن يحج عنها من هذه التركة حجتان ، وتعطى مولاة لها اربعمائة درهم ، وماتت المرأة وتركت زوجاً ، فلم نذكر كيف الخروج من هذا واشتبه علينا الامر ، وذكر كاتب ان المرأة استشارته فسألته ان يكتب لهم ما يصح لهذا الوصي ، فقال : لها لاتصح تركتك « لهذا الوصي خ ل » الا باقرارك له بدين يحيط بتركك بشهادة الشهود ، وتأمر به بعد أن ينقذ ما توصيه به ، وكتبت له بالوصية على هذا واقرت للوصي بهذا الدين ، فأريك ادام الله عزك في مسألة

(١) نفس المصدر الحديث : ٣

(٢ و ٣) الوسائل الباب ٣٠ من أبواب وجوب الحج وشرائطه الحديث : ١ و ٢

نفذت في الجميع^(١) وان لم يعجز الورثة بنقص من وصية الصلاة الثلث ومن وصية الصوم الثلث^(٢) وكذا الحكم اذا كانت كلها تبرعية غير واجبة فانها ان زادت على الثلث واجاز الورثة وجب اخراج الجميع^(٣)

الفقهاء قبلك عن هذا وتعريفنا ذلك لنعمل به ان شاء الله، فكذب بخطه : ان كان الدين صحيحاً معروفاً مفهوماً فيخرج الدين من رأس المال ان شاء الله ، وان لم يكن الدين حقاً انفذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى أولم يكف (* ١) .

ومنها : مارواه الحسين بن مالك قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام : اعلم سيدي ان ابن اخ لي توفي واوصى لسيدي بضبعة ، وأوصى ان يدفع كل ما في داره حتى الاوتاد تباع ويحمل الثمن الى سيدي ، وأوصى بحج وأوصى للفقراء من اهل بيته واوصى لعمته واخيه بمال ، فنظرت فاذا ما أوصى به اكثر من الثلث ، ولعله يقارب النصف ، مما ترك ، وخلف ابنا لثلاث سنين ، وترك ديناً ، فرأى سيدي ؟ فوقع عليه السلام : يقتصر من وصيته على الثلث من ماله ، ويقسم ذلك بين من أوصى له على قدرسها مهم ان شاء الله (* ٢) .

وفي قبال هذه الطائفة رواية عن أبي جعفر عليه السلام (* ٣) يستفاد منها ان المقدم في الذكر يقدم وهذه الرواية ضعيفة بأبي جميلة .

(١) اذ باجازه الوارث تصح الوصية في الزائد على الثلث .

(٢) فاذا فرض مجموع التركة اثني عشر ديناراً يكون نصفه ستة دنائير وبعد نقصان الثلث من كل منهما يبقى ثلث التركة اي اربعة دنائير .

(٣) كما هو ظاهر بعد اجازة الوارث .

(١) الوسائل الباب ١٦ من احكام الوصايا الحديث : ١٠

(٢) الوسائل الباب ١١ من احكام الوصايا الحديث : ١٤

(٣) لاحظ ص : ٣٥٩

وان لم يجز الورثة ورد النقص على الجميع بالنسبة^(١) واذا كانت الوصايا المتعددة مختلفة بعضها واجب يخرج من الاصل وبعضها واجب لا يخرج من الاصل كما اذا قال: اعطوا عني ستين ديناراً عشرين ديناراً زكاة وعشرين ديناراً صلاة وعشرين ديناراً صوماً فان سعتها الثالث اخرج الجميع^(٢) وكذلك ان لم يسعها واجاز الورثة^(٣) اما اذا لم يسعها ولم يجز الورثة فيقسم الثلث على الجميع^(٤) وما يجب اخراجه من أصل التركة يلزم تنميته منها فاذا كان الميت قد ترك مائة دينار يخرج من أصل تركته عشرة دنانير للزكاة ثم يخرج ثلثه ثلاثون ديناراً فيوزع على الزكاة والصلاة والصوم^(٥) وكذا الحال فيما اذا تعددت الوصايا وكان بعضها واجباً يخرج من الاصل وبعضها تبرعية^(٦) نعم اذا لم يمكن التتميم من التركة تعين التتميم من الثلث في كلتا الصورتين^(٧) واما اذا تعددت الوصايا وكان بعضها واجباً لا يخرج من الاصل

(١) كما هو مقتضى عدم الترجيح .

(٢) كما هو ظاهر لعدم منافاة بينها .

(٣) كما هو ظاهر اذ مع اجازة الوارث يجب .

(٤) لعدم الترجيح في البعض على الآخر .

(٥) لخروج الدين من الاصل كما مر .

(٦) لوحدة الملاك وعدم الفرق ، فلاحظ .

(٧) اذ الدين مقدم على الوصية ، لاحظ ما رواه محمد بن قيس (* ١) .

وبعضها تبرعية ولم يف الثلث بالجميع ولم يجزها الورثة ففي تقديم الواجب على غيره اشكال وكلام والظاهر هو التقديم^(١).

(مسألة ١٧) : المراد من الوصية التبرعية الوصية بما لا يكون واجباً عليه في حياته سواء أكانت تمليكية كما اذا قال : فرسي لزهد بعد وفاتي أم عهدية كما اذا قال : تصدقوا بفرسي بعد وفاتي^(٢).

(مسألة ١٨) : اذا أوصى بثلاثة لزهد من دون تعيينه في عين شخصية يكون الموصى له شريكاً مع الورثة فله الثلث ولهم الثلثان فان تلف من التركة شيء كان التلف على الجميع وان حصل لتركته نماء كان النماء مشتركاً بين الجميع^(٣) وكذا اذا اوصى بصرف ثلثه في مصلحته من طاعات وقربات يكون الثلث باقياً على ملكه فان تلف من التركة شيء كان التلف موزعاً عليه وعلى بقية الورثة وان حصل النماء كان له منه الثلث واذا عين ثلثه في عين معينة تعين كما عرفت

(١) لاحظ مارواه معاوية بن عمار (* ١) فان المستفاد من هذه الرواية انه لو وقعت الوصية على المفروض وغير المفروض يقدم المفروض عند التزام ، وبعبارة اخرى عموم العلة يقتضي ما ذكر .

(٢) الامر كما أفاده فان التبرع مقابل ما يجب عليه .

(٣) ما أفاده في هذا الفرع تام وعلى طبق القواعد الاولى ولا يحتاج الى بحث وبعبارة اخرى : الوصية التمليكية تقتضي انتقال مورد الوصية الى الموصى له فيترتب عليه احكام الملك .

فاذا حصل منها نماء كان النماء له وحده وان تلف بعضها أو تمامها
اختص به التلف ولم يشاركه فيه بقية الورثة^(١).

(مسألة ١٩) : اذا اوصى بثلثه مشاعاً ثم اوصى بشيء آخر معيناً
كما اذا قال : انفقوا علي ثلثي واعطوا فرسي لزيد وجب اخراج ثلثه
من غير الفرس وتصح وصيته بثلث الفرس لزيد وأما وصيته بالثلثين
الاخرين من الفرس لزيد فصحتها لزيد موقوفة على اجازة الورثة فان
لم يجيزوا بطلت كما تقدم واذا كان الاخر غير معين كما اذا قال انفقوا
علي ثلثي واعطوا زيدا مائة دينار توقفت الوصية بالمائة على اجازة
الورثة فان اجازوها في الكل صحت في تمامها وان اجازوها في
البعض صحت في بعضها وان لم يجيزوا منها شيئاً بطلت في جميعها
ونحوه اذا قال : اعطوا ثلثي لزيد واعطوا ثلثا آخر من مالي لعمر
فانه تصح وصيته لزيد ولا تصح وصيته لعمر والا باجازة الورثة اما اذا قال :
اعطوا ثلثي لزيد ثم قال : اعطوا ثلثي لعمر كانت الثانية ناسخة
للاولى كما عرفت والمدار على ما يفهم من الكلام^(٢).

(١) اذ في هذه الصورة لا ينتقل الثلث الى احد فيكون باقياً على ملك الميت
وعلى الجملة ما أفاده تام فلا وجه لاطالة الكلام .

(٢) اذ المفروض انه تعلقت الوصية بثلث جميع ماله بنحو الاشاعة ويترتب
عليه نفوذ وصيته في الفرس بمقدار ثلثه وأما الزايد عليه فيحتاج الى اجازة الورثة
وان شئت قلت : ان الوصية الاولى تعلقت بالثلث والوصية الثانية تعلقت بما زاد
عليه فيحتاج الى الاجازة ومع صحة الاولى لا يمكن تصحيح الثانية الا مع رفع

(مسألة ٢٠) : لاتصح الوصية في المعصية فاذا أوصى بصرف مال في معونة الظالم أو في ترويج الباطل كتعمير الكنائس والبيم ونشركت الضلال بطلت الوصية^(١).

(مسألة ٢١) : اذا كان ما أوصى به جائزاً عند الموصى باجتهاده أو تقليده وليس بجائز عند الوصى كذلك لم يجز للوصى تنفيذ الوصية واذا كان الامر بالعكس وجب على الوصى العمل^(٢).

(مسألة ٢٢) : اذا أوصى بحرمان بعض الورثة من الميراث فلم يجز ذلك البعض لم يصح نعم اذا لم يكن قد أوصى بالثلث وأوصى بذلك وجب العمل بالوصية بالنسبة الى الثلث لغيره فاذا كان له ولدان وكانت التركة ستة فأوصى بحرمان ولده زيد من الميراث

اليد عن الأولى ولو في الجملة .

وقد مر ان الوصية الثانية المضادة للأولى ناسخة للأولى فكيف الجمع بين ما افاده في المقام وما افاده فيما تقدم ؟ والذي يخلج بالبال أن يقال : ان الوصية الثانية نافذة في جميع الفرس وناسخة للأولى بهذا المقدار والله العالم .

(١) فان النهي عن شرب الخمر مثلاً ينافي امضاء الوصية بصرف المال فيه وهكذا ، نعم لو فرض وجود منفعة محللة للخمر مثلاً لامانع من الوصية به بلحاظ تلك المنفعة كالطلي .

(٢) اذ المفروض ان الوصى يرى العمل الفلاني حراماً فيرى كون الوصية به باطلا ومع البطلان لاموضوع للقيام بالعمل على طبقها وأما في صورة العكس يرى صحة الوصية فيجب القيام بها لعدم جواز التبديل فلاحظ .

اعطي زيد اثنين واعطي الاخر اربعة واذا اوصى بسدس ماله لاخته
واوصى بحرمان ولده زيد من الميراث اعطي اخوه السدس واعطى
زيد الثلث واعطي ولده الاخر النصف^١.

(مسألة ٢٣) : اذا اوصى بمال زيد بعد وفاة نفسه لسم يصح
وان اجاز زيد^٢ واذا اوصى بمال زيد بعد وفاة زيد فاجاز زيد صح^٣.

(١) الظاهر ان ما افاده تام وعلى طبق القاعدة ولا يحتاج الى تطويل في البحث
فلاحظ .

(٢) فانه خارج عن الوصية ولا مقتضى لصحة هذا الانشاء، وبعبارة اخرى الوصية
بالمال مع حياة المالك لا تصح اذ متعلق الوصية وموضوعها ما بعد الموت فلامجال
للسحة مع حياة المالك .
(٣) على ما هو المقرر عندهم من صحة الفضولي بالاجازة وقد ذكرنا في بحث
المعاملات عدم تمامية الفضولي على القاعدة .

نعم انما نلتزم بصحته مع الاجازة فيما يقوم دليل خاص على صحته ، والحق
صحة الفضولي مع الاجازة بلحاظ النص الخاص ، لاحظ حديث زرارة (* ١)
ولا يخفى : ان البطلان الذي ندعيه يتوقف على كون الاجازة انفاذاً لعمل الفضولي
وأما لو كان الاجازة مصداقاً للانشاء كما لو كتب زيد وصية من قبل غيره وذلك
الغير بعد الاطلاع على ذلك الكتاب انشأ الوصية بالنحو المزبور جازت الوصية
لصدق العنوان ودخوله تحت دليل النفوذ .
وبعبارة اخرى : تارة تكون الاجازة وصية ابتدائية ويصدق بالاجازة عنوان
الوصية فلا اشكال في الصحة وأما نفوذها بالاجازة فيتوجه عليه ما ذكرناه في ذلك
البحث ، والحق كما تقدم الصحة مع الاجازة بالنص الخاص .

(مسألة ٢٤) : قد عرفت انه اذا أوصى بعين من تركه لزيد ثم أوصى بها لعمر و كانت الثانية ناسخة ووجب دفع العين لعمر و فاذا اشتبه المتقدم والمتأخر تعين الرجوع الى القرعة في تعيينه^(١).

(مسألة ٢٥) : اذا دفع انسان الى آخر مالا وقال له اذا مت فانفق عني ولم يعلم انه اكثر من الثلث او اقل او مساو له او علم انه اكثر واحتمل انه مأذون من الورثة في هذه الوصية او علم انه غير مأذون من الورثة لكن احتمل انه كان له ملزم شرعي يقتضي اخراجه من الاصل فهل يجب على الوصى العمل بالوصية حتى يثبت بطلانها فيه اشكال ولا سيما في الفرضين الأخيرين^(٢).

(مسألة ٢٦) : اذا أوصى بشيء لزيد وتردد بين الاقل والاكثر

(١) لأنها لكل أمر مشكل .

(٢) الذي يختلج بالبال أن يفصل بين الصورة الأولى والصورتين الأخيرتين بأن نلتزم بالصحة في الأولى وبعدها فيهما ، وتقريب المدعى ان الوصية بالثلث جائز بلا اشكال ومع الشك في الزيادة يحرم موضوع النفوذ باستصحاب عدم كونه زائداً ولا مجال لاستصحاب عدم كونه غير زائد لعدم ترتب اثر عليه الا على النحو المثبت الذي لا نقول به واما مع احراز الزيادة فمقتضى قانون الارث انتقال ما تركه الميت الى الورثة كما ان مقتضى الاصل عدم الاذن وعدم الزام شرعي وحمل فعل المسلم على الصحة لا يقتضي ترتيب الاثر عليه .

وبعبارة اخرى : لا يستفاد من دليله الا عدم اتهامه وحسن الظن به لا يزيد من هذا المقدار ، وأما حمل فعل الغير على الصحة به منى جعل عمله مؤثراً فهو يتوقف

اقتصر على الاقل^(١) واذا تردد بين المتباينين عين بالقرعة^(٢).

فصل فى الموصى له

(مسألة ١) : الاظهر صحة الوصية العهدية للمعدوم اذا كان متوقع الوجود فى المستقبل مثل أن يوصى باعطاء شيء لاولاد ولده الذين لم يولد واحال الوصية ولاحين موت الموصى^(٣) فيبقى المال الموصى به فى ملك الموصى^(٤) فان ولدوا بعد ذلك اعطى لهم والا صرف فى الاقرب فالاقرب الى نظر الموصى^(٥) وأما الوصية التمليلية فهى

على احراز كونه مالكا للعمل الفلانى ، وأما مع الشك فى كونه مالكا فلا دليل على جريان اصالة الصحة .

اللهم الا أن يقال : ان عمل ذي اليد وقوله حجة بالنسبة الى ما فى يده والمقام من صغريات تلك الكبرى ، وعلى الجملة المسئلة لانكون واضحة ولو قيل باعتبار كلام القائل بتقريب كونه ذا اليد لا يكون جزافاً ، والله العالم بحقائق الامور .

(١) لعدم دليل على الازيد ومقتضى الاصل عدمه .

(٢) لأنها لكل أمر مشتبه .

(٣) لاطلاق دليل الوصية .

(٤) كما هو مقتضى القاعدة اذ الوصية مانعة من الانتقال الى الوارث وحيث لا موجب لخروجه عن ملك الميت يبقى فى ملكه الى ذلك الزمان .

(٥) الحق ان اثباته مشكل فان الوصية من الامور الانشائية ومع عدم تعلق الانشاء بالاقرب فالاقرب لا مقتضى له كما هو ظاهر .

لا تصح للمعدوم الى زمان موت الموصى " واووصى لحمل فان ولد حياً ملك الموصى به "

(١) اذ الموصى به ينتقل من ملك الموصي حين وفاته فكيف يمكن صيرورته ملكاً للموصى له مع فرض كونه معدوماً والمعدوم غير قابل للملكية ولقائل أن يقول: اي مانع من أن يبقى الموصى به في ملك الموصي حتى بعد وفاته وينتقل الى ملك الموصى له بعد وجوده .

لكن يظهر من الجواهر (* ١) ان الأدلة قاصرة للشمول وعلى فرض شمولها لا بد من رفع اليد عنها بالاجماع المنقول والمحصل ولا يبعد أن ما أفاده تام اذ ليس في الأدلة ما يدل على الجواز ولو مع عدم وجود الموصى له لاحظ قوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت أن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف » (* ٢) فان الظاهر منه فرض الوجود للموصى له وقس على الآية الشريفة النصوص الواردة في الموارد المختلفة .

ولكن الانصاف ان منع الاطلاق في جميع النصوص مشكل فان جملة منها مطلقة من هذه الجهة لاحظ احاديث الواردة في الباب ١١ من احكام الوصايا (* ٣) وقد مر بعض النصوص لاحظ احاديث احمد وعمار وعليه لا بد من اتمام الامر بالاجماع والتسالم ، والله العالم .

(٢) قال في الحقائق (* ٤) : « الظاهر انه لاخلاف في أنه تصح الوصية للحمل الموجود حين الوصية وان لم تحله الحياة لكن يكون ذلك مراعى بوضعه حياً فتصح بمجرد وجوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلو وضعه ميتاً بطلت

(١) ج ٢٨ ص : ٣٦٣ و ٣٦٤

(٢) البقرة / ١٨١

(٣) لاحظ ص : ٣٦٠

(٤) ج ٢٢ ص : ٥٥١

والابطالت الوصية ورجع المال الى ورثة الموصي^(١) وتصح الوصية للذمي^(٢)

الوصية وان كان حال الوصية حياً في بطن امه كما انها تصح بوضعه حياً وان لم يكن حال الوصية حياً ولم تلجه الروح ومعنى استقرارها تحقق صحتها من حين موت الموصي ، ومع وضعه ميتاً يتبين البطلان من ذلك الوقت ، وحينئذ فالنماء المتخلل بين الولادة وموت الموصي يتبع العين ولم اقف في هذا المقام على نص غير ان ظاهر الاصحاب الاتفاق على ما ذكرنا ، فانه لم ينفل هنا خلاف في شئ من هذه الاحكام » انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع في الفردوس مقامه وهذا التفصيل ان تم بالاجماع والتسالم فهو والا فللمناقشة فيما ذكر مجال .

(١) قد علل هذا الحكم تارة بأنه لو لم يولد حياً لا يكون قابلاً للملكية لعدم ترتب اثر على ملكيته واخرى بقياسه بباب الارث من التفصيل بين تولده حياً وعدمه . ويمكن أن يرد على التقريب الاول اولا بالنقض بما لو ولد حياً ومات في ساعته وثانياً بالحل بأن أثر ملكيته انتقال ملكه الى وارثه نظير ما قيل في الوقف بأن الموقوف له اذا ملك وسقط ميتاً بعد ولوج الروح فيه يكون ملكه ارثاً لو ارثه وعلى التقريب الثاني ببطلان القياس في المذهب فعليه ان تم اجماع تعدي والا فلا مانع حسب الأدلة ، فلاحظ .

(٢) الذي يظهر من بعض كلمات الاصحاب ان عمدة الأقوال في الذمي ثلاثة : قول بالجواز على الاطلاق وقول بعدمه كذلك وقول بالتفصيل بين كونه رحمياً فيجوز وكونه اجنبياً فلا يجوز وقد ذكرت في وجه الجواز امور :

الاول : انه مضافاً الى عدم الخلاف المدعى في المقام قوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا

اليهم (*) (١) الآية بتقريب ان المستفاد من الآية الكريمة انه لا بأس بالبر بالنسبة الى الذمي .

الثاني : مادل من النصوص على الترغيب بالبر والاحسان بالنسبة الى كل احد منها : مارواه جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلام قال : اصنع المعروف الى من هو اهلك ، والى من ليس من اهلك ، فان لم يكن هو اهلك فكن أنت من اهلك (*) (٢) .

ومنها : مارواه معاوية بن عمار قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : اصنعوا المعروف الى كل احد فان كان اهلك ، والا فانت اهلك (*) (٣) .

ومنها : مارواه علي بن جعفر ، عن أخيه أبي الحسن موسى عليه السلام قال اخذ أبي بيدي ثم قال : يا بني ان أبي محمد بن علي عليهما السلام أخذ بيدي كما اخذت بيدك وقال : ان أبي علي بن الحسين عليهما السلام أخذ بيدي وقال : يا بني افعل الخير الى كل من طلبه منك فان كان من اهلك فقد اصبحت موضعه ، وان لم يكن من اهلك كنت انت من اهلك ، وان شتمك رجل عن يمينك ثم تحول الى يسارك فاعتذر اليك فاقبل عذره (*) (٤) .

الثالث : مادل من النصوص على التصديق على كل احد لاحظ مارواه ، اسحاق بن عمار ، عن جعفر عن أبيه ان علياً عليه السلام كان يقول : لا يذبح نسككم الا اهل ملتكم ، ولا تصدقوا بشيء من نسككم الا على المسلمين ، وتصدقوا بما سوا غير الزكاة على اهل الذمة (*) (٥) .

(١) الممتحنة ٨/

(٢ و ٣) الوسائل الباب ٣ من ابواب فعل المعروف الحديث : ١ و ٢

(٤) نفس المصدر الحديث : ٣

(٥) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الصدقة الحديث : ٦

الرابع: اطلاقات ادلة الوصية من الكتاب والسنة الخامس ما دل من النصوص الواردة في المقام، منها: ما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله، قال: اعطه لمن أوصى له به وإن كان يهودياً أو نصرانياً إن الله عز وجل يقول: فمن بدله بعد ما سمعه فإنما أثمه على الذين يبدلونه (* ١) .

ومنها: ما رواه الريان بن شبيب «الصلت» قال: أوصت ما ردة «مارد خ ل مارية خ ل» لقوم نصارى فراشين بوصية فقال أصحابنا: أقسم هذا في فقراء المؤمنين من أصحابك، فسألت الرضا عليه السلام فقلت: إن اختي أوصت بوصية لقوم نصارى، وارتدت إن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا مسلمين، فقال: امض الوصية على ما أوصت به، قال الله تعالى: فإنما أثمه على الذين يبدلونه (* ٢) .

ومنها: ما رواه أبو خديجة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يرث الكافر المسلم وللمسلم أن يرث الكافر إلا أن يكون المسلم قد أوصى للكافر بشيء (* ٣) .

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله، قال: اعطه لمن أوصى له، وإن كان يهودياً أو نصرانياً إن الله يقول: «فمن بدله بعد ما سمعه فإنما أثمه على الذين يبدلونه» (* ٤) .

ومنها: ما رواه الحسين بن سعيد في حديث آخر عن الصادق عليه السلام قال: قال عليه السلام: لو أن رجلاً أوصى إلي أن أضع في يهودي أو نصراني لو وضعت فيهم إن الله يقول: «فمن بدله بعد ما سمعه فإنما أثمه على الذين يبدلونه» (* ٥) .

واستدل لعدم الجواز بقوله تعالى «لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون

(١) الوسائل الباب ٣٢ من أحكام الوصايا الحديث ١ :

٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب ٣٥ من أحكام الوصايا الحديث : ١ و ٤ و ٥ و ٦

من حاد الله ورسوله ولو كانوا آبائهم أو ابنائهم أو اخوانهم أو عشيرتهم أو لثك كتب في قلوبهم الايمان وايدهم بروح منه وبدخلهم جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها رضي الله عنهم ورضوا عنه أو لثك حزب الله إلا أن حزب الله هم المفلحون» (*١) بتقريب أن المستفاد من الآية الكريمة حرمة الموادة معهم حتى لو كانوا أرحاماً فتكون الآية دليلاً على الحرمة بلا فرق بين الأجنبي والرحم ، والوصية لهم نوع من الموادة فلا يجوز .

ويرد عليه أولاً - أنه كما قيل - : أن النهي عن الموادة معهم من حيث كونهم يحادون الله والألزام حرمة سقي الكافر وهو كما ترى وثانياً : على فرض التنزل لأبد من تقييد الآية الشريفة بالآية المتقدمة .

وثالثاً : لأبد من رفع اليد عن الآية وإطلاقها بالنصوص الدالة على الجواز الواردة في خصوص الكافر كما مرّت .

ورابعاً : لاتنافي بين حرمة الوصية تكليفاً ونفوذها وضعاً كالبيع وقت النداء حيث أنه حرام مع أنه لا اشكال في صحته ، فلاحظ .

مضافاً الى جميع ذلك أنه قد دل الكتاب والسنة على رجحان البر والاحسان بالنسبة الى الأرحام بل يدلان على وجوبهما في الجملة سيما بالنسبة الى الوالدين وقد ذكرنا في بحث صلة الأرحام أن مقتضى إطلاق الأدلة عدم الفرق بين كون الرحم مسلماً وكونه كافراً لاحظ ما رواه صفوان بن الجهم بن حميد قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تكون لي القرابة على غير أمري، ألهم علي حق ؟ قال : نعم حق الرحم لا يقطعه شيء وإذا كانوا على أمرك كان لهم حقان: حق الرحم وحق الاسلام (*٢)

فان المستفاد من هذه الرواية ان الرحم يوصل وان لم يكن مسلماً .
 (١) ربما يستدل على عدم الجواز بامور : الاول الاجماع وفيه ان المنقول :
 منه لا يكون حجة والمحصل منه على فرض تحققه محتمل المدرك فلا اعتبار به .
 الثاني ان الحربي غير قابيل لكونه مالكا فلا مجال للوصية له وفيه اولا ان
 هذا التقريب على فرض تماميته لا يكون دليلا بالنسبة الى الوصية العهدية وثانياً :
 ان المدعى المذكور باطل فان الحربي يملك غاية الامرانه لاحترام لماله وكم فرق
 بين الامرين ؟ .

الثالث : ان الوصية له محرمة بمقتضى الآية المتقدمة من سورة المجادلة .
 ويرد عليه جميع ما قلناه آنفاً ومن جملة ما ذكرناه ان الحرمة التكليفية لا تستلزم
 الفساد الوضعي .

ولا يخفى : ان مقتضى الاطلاق عدم الفرق في اليهود والنصارى بين الذمي
 والحربي منهما فان النصوص الدالة على جواز الوصية لليهود والنصارى تشمل
 باطلاقها كلا الفريقين من كلتا الطائفتين : فالحق ما افاده في المتن .

(٢) ادعى على جميع ما ذكر الاجماع - كما في الجواهر - ، ويمكن أن يستدل
 على المدعى بما رواه محمد بن الحسن الصفار انه كتب الى أبي محمد الحسن
 بن علي عليهما السلام : رجل أوصى بثلاث ماله في مواليه ومولياته المذكور والثنى
 فيه سواء أوللذكر مثل حظ الانثيين من الوصية ؟ فوقع عليه السلام : جاز للमित
 ما اوصى به علي ما اوصى ان شاء الله (* ١) .

ويمكن الاستدلال أيضاً بما رواه محمد بن علي بن محبوب ، قال : كتب رجل
 الى الفقيه عليه السلام : رجل أوصى لمواليه وموالي ابيه بثلاث ماله فلم يبلغ ذلك

ولا تصح لمملوك غيره قنأ كان او غيره^(١) وان اجاز مولاه^(٢) الا اذا كان مكاتباً مطلقاً وقد ادى بعض مال الكتابة فيصح من الوصية له قدر ما تحرر منه^(٣).

(مسألة ٢) : اذا كان ما اوصى به لمملوكه بقدر قيمته اعتق ولا شيء له واذا كان اكثر من قيمته اعتق واعطى الزائد وان كان اقل منها

قال : المال لمواليه وسقط موالي ابيه (* ١) .

(١) يمكن الاستدلال عليه مضافاً الى الاجماع المدعى في المقام في الجملة بما رواه عبد الرحمن بن الحجاج ، عن احدهما عليهما السلام انه قال : لا وصية للمملوك (* ٢) .

(٢) للاطلاق .

(٣) لما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية ، فقال اهل الميراث : لا يجوز وصيتها لأنه مكاتب لم يعتق ، فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه ، ويجوز له من الوصية بحساب ما اعتق منه ، قال : وقضى عليه السلام في مكاتب اوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فاجاز له نصف الوصية ، وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فاجاز له ربع الوصية ، وقال في رجل اوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها فاجاز لها بحساب ما اعتق منها (* ٣) .

(١) الوسائل الباب ٦٩ من أحكام الوصايا الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ٧٩ من أحكام الوصايا الحديث : ٣

(٣) الوسائل الباب ٨٠ من أحكام الوصايا الحديث : ١

٣٩٠ ————— مباني منهاج الصالحين ج ٩

اعتق واستسعى في الزائد^(١) سواء أكان ما أوصى له بقدر نصف قيمته
أم أكثر أم أقل^(٢).

(مسألة ٣) : إذا أوصى لجماعة ذكوراً أو إناثاً أو ذكوراً وإناثاً
بمال اشتركوا فيه على السوية وكذا إذا أوصى لابنائه وبناته وأولادهم
وعماتهم وأخواله وخالاته وأعمامه وأخواله فإن الحكم في الجميع
التسوية إلا أن تقوم القرينة على التفصيل مثل أن يقول على كتاب الله
أوتحو ذلك فيعطى للذكر مثل حظ الأنثيين^(٣).

(١) لحديث حسن بن صالح ، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أوصى
لمملوك له بثلاث ماله ، قال : فقال : يقوم المملوك بقيمة عادلة ، قال عليه السلام
ثم ينظر ما ثلث الميت ، فإن كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى
العبد في ربع القيمة ، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد اعتق العبد ودفع إليه
ما فضل من الثلث بعد القيمة « القسمة خ ل » (* ١) .

فإن المستفاد من هذا الحديث ينطبق على ما أفاده في المتن ، فلاحظ .

(٢) ربما يقال : إن المستفاد من الحديث حكم خاص في مورد خاص ولكن
يمكن أن يقال إن العرف يفهم من هذا الحديث عدم الفرق بين الموارد ، فلاحظ
(٣) فإنه مقتضى القاعدة الأولية والترجيح يحتاج إلى دليل .

وبعبارة أخرى : مقتضى نفوذ الوصية نفوذها بكل نحو تحققت والاعتبار
بمقام الإثبات الكاشف عن مقام الثبوت فإدام لم يقدم دليل على الترجيح والتفصيل
يكون مقتضى الظاهر التسوية لكن يستفاد من حديث سهل قال : كتبت إليه : رجل
له ولد ذكور وإناث فاقر لهم بضيعة أنها لولده ولم يذكر أنها بينهم على سهام

فصل في الوصي

(مسألة ١) : يجوز للموصي ان يعين شخصاً لتنفيذ وصاياه ويقال له الوصي^١ ويشترط فيه امور (الاول) : البلوغ على المشهور فلا تصح الوصاية الى الصبي منفرداً اذا اراد منه التصرف في حال صباه مستقلاً ولكنه لا يخلو عن اشكال^٢

الله وفرائضه الذكر والائني فيه سواء ؟ فوقـع عليه السلام : ينفذون فيها وصية ابيهم على ماسمى ، فان لم يكن سمي شيئاً ردوها الى كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله (* ١) ، التفصيل بين ان يعين الموصي ويسمي وان يطلق كلامه فانه يجب في الصورة الثانية التقسيم على ما فرض الله ، لكن الحديث ضعيف بـسهل . وفي المقام رواية رواها زرارة ، عن ابي جعفر عليه السلام في رجل أوصى بثـلث ماله في اعمامه واخواله فقال : لاعمـامه الثلثان ولاخواله الثلث (* ٢) ، تدل على أنه لو اوصى احدى ثلث ماله لاعمـامه واخواله يكون لاعمـامه الثلثان ولاخواله الثلث ، والرواية لا بأس بسندها فيشكل ما أفاده في المتن على نحو الاطلاق واعراض المشهور عن الرواية لا يقتضي ضعفها كما هو مسلك سيدنا الاستاد فلاحظ .

(١) هذا من الواضحات التي ليست قابلة للتشكيك فيها ويستفاد مشروعية المدعى من نصوص كثيرة : منها ما رواه معاوية بن عمار (* ٣) .

(٢) ربما يستدل على المدعى بقوله تعالى «فان انستم منهم رشداً فادفعوا اليهم

(١) الوسائل الباب ٦٤ من احكام الوصايا الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ٦٢ من احكام الوصايا

(٣) لاحظ ص : ٣٧٣

اموالهم» (*) (١) فان المستفاد من الآية الكريمة ان مجرد الرشد لا يكفي في جواز التصرف بل يشترط فيه مضافاً الى الرشد البلوغ وبدونه لا يتم الأمر ويترتب عليه عدم نفوذ تصرفات غير البالغ .

ان قلت : هذه الآية تدل على عدم جواز تصرفات غير البالغ في ملكه والمقام لا يرتبط بذلك الباب قلت : لا يبعد ان العرف يفهم قصور غير البالغ عن التصرف فلا فرق بين الأبواب ، فتأمل .

ويمكن الاستدلال على المدعى بطوائف من النصوص : الطائفة الأولى : ما يدل على عدم نفوذ امر الصبي (*) (٢) ومنها ما رواه عبدالله بن سنان (*) (٣) . ومنها : ما رواه محمد بن علي بن الحسين قال : قال : أبو عبدالله عليه السلام اذا بلغت الجارية تسع سنين دفع اليها مالها ، وجاز امرها في مالها ، واقيمت الحدود التامة لها وعليها (*) (٤) .

ومنها : ما رواه أبو الحسين الخادم بياح اللؤلؤ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله أبي وانا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره ؟ قال : حتى يبلغ أشده . قال : وما أشده ؟ قال : احتلامه ، قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة او اقل او اكثر ولم يحتلم ، قال : اذا بلغ وكتب عليه الشيء « ونبت عليه الشرظ » جاز عليه أمره الا أن يكون سفيهاً او ضعيفاً (*) (٥) .

بتقريب ان المستفاد من هذه النصوص انه لا يجوز ولا يمضي امر الصبي الا بأن يبلغ واورد على الاستدلال سيدنا الاستاد بأن الظاهر من هذه النصوص نفي

(١) النساء/٦

(٢) لاحظ ص : ٣٣٩

(٣) لاحظ ص : ٣٣٩

(٤ و ٥) الوسائل الباب ٢ من احكام العجز الحديث : ٥٣ و ٥٤

نعم الاحوط أن يكون تصرفه باذن الولي أو الحاكم الشرعي^(١) أما لو اراد أن يكون تصرفه بعد البلوغ^(٢) أو مع اذن الولي فلا يظهر صحة

استقلال الصبي بالأمر وأما مع اجازة وليه فلا تعرض في النصوص له .

لكن الانصاف : ان مقتضى الاطلاق عدم ترتب الاثر على فعله ولو مع اجازة

وليّه ، لكن العمدة في الاشكال عدم تمامية اسناد النصوص المشار اليها ظاهراً .

الطائفة الثانية : ما يدل على رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ومن تلك

الطائفة ما رواه عمار الساباطي (*) (١) بتقريب ان مقتضى رفع القلم عنه عدم ترتب

اثر على انشائه فوجوده كالعدم .

ويرد عليه : ان رفع القلم لا يستلزم عدم اعتبار انشائه فان الظاهر من هذه الجملة

ان الصبي لا يلزم بشيء ومن الظاهر انه لو أجرى صيغة البيع وكالة عن قبل المالك

لا يتوجه الزام عليه الا أن يقال : انه لو صار وكيلاً او وصياً واوقع معاملة وكالة أو

وصاية يلزم بترتيب الاثر .

الطائفة الثالثة : ما يدل على ان عمده خطأ لاحظ ما رواه محمد بن مسلم (*) (٢)

فان مقتضى الحديث ان عمده في حكم خطائه من حيث عدم ترتب الاثر ، ومن

الظاهر ان الانشاء الصادر عن الخطأ غير مؤثر ومما ذكرنا علم ما في كلام الماتن

من الاشكال .

(١) قد تقدم ان اذن الولي أو الحاكم لا أثر له فلا يترتب على انشاء غير البالغ

الاثر المرغوب فيه .

(٢) فان مقتضى تام بلا مانع .

(١) لاحظ ص : ٣٣٩

(٢) لاحظ ص : ٣٣٩

الوصية^(١) وتجوز الوصاية اليه منضمماً الى التكامل سواء اراد ان لا يتصرف الكامل الا بعد بلوغ الصبي ام اراد أن يتصرف منفرداً قبل بلوغ الصبي^(٢) لكن في الصورة الاولى اذا كان عليه تصرفات فورية كوفاء دين ونحوه يتولى ذلك الحاكم الشرعي^(٣).

(الثاني) : العقل فلا تصح الوصية الى المجنون في حال جنونه^(٤)

(١) قد ظهر مما ذكرناه ان اذن الولي لا أثر له .

(٢) اذ لا مانع من الوصاية الى المتعدد وقد دلت عليه النصوص منها ما رواه محمد بن الحسن الصفار قال كتبت الي أبي محمد عليه السلام : رجل كان أوصى الى رجلين أبجوز لأحدهما ان ينفرد بنصف التركة والاخر بالنصف ؟ فوقع عليه السلام : لا ينبغي لهما ان يخالفا الميت وان يعملوا على حسب ما امرهما انشاء الله (* ١) فلا مانع من الانضمام غاية الامر بشرط نفوذ عمل الصبي ببلوغه ، فلاحظ .

(٣) فان الحاكم الشرعي له التصدي في مثل هذه الامور وحيث ان الوصاية قبل بلوغ الصبي لا أثر لها ، والمفروض لزوم العمل فالحاكم بتصدي للأمر لكونه داخلاً في الامور الحسبية التي امرها راجع الى الحاكم الشرعي .

(٤) قال في الجواهر (* ٢) : « لا يصح الايصاء الى المجنون مطبقاً أو ادواراً لعدم صحة تصرفاته وعدم صلوحه للوكالة فضلاً عن الوصاية التي هي اعظم منها » السخ .

والذي يمكن أن يقال في المقام : ان المجنون تارة لا تميز له ولا قصد له فلا تصح الوصية اليه وكذلك اذا لم يكن رشيداً في معاملاته ، وأما اذا كان قابلاً للتقصد والتمييز وكان رشيداً في معاملاته فان تم اجماع تعدي على عدم صحة جعله وصياً

سواء أكان مطبقاً أم ادوارياً^١ وإذا أوصى إليه في حال العقل ثم جن بطلت الوصاية إليه وإذا افاق بعد ذلك عادت على الاظهر^٢ وأما إذا نص الموصي على عودها فلا اشكال^٣

(الثالث) : الاسلام اذا كان الموصى مسلماً على المشهور وفيه

فهو ولا فلقائل أن يقول : أي مانع لجعله وصياً كما انه لو قلنا بأنه لا يصح توكيله نلتزم بعدم صحة الايصاء اليه للأولوية كما مر في كلام صاحب الجواهر قدس سره . وايضاً يمكن أن يقال : بأنه لو ثبت رفع القلم عن المجنون على الإطلاق لا يكون توكيله ولا الايصاء اليه صحيحاً إذ مع عدم الزامه بشيء كيف يمكن الالتزام بصحة تصرفاته كما لو باع دار موكله مع عدم الزامه بالاقباض ؟ .
الأن يقال : ان الضرورات تقدر بقدرها ولا تنافي بين صحة بيعه وعدم وجوب اقباضه لرفع القلم والالزام عنه كما أن الجزم باشتراط الرشيد محل الاشكال والكلام .

(١) اذ المفروض كون الجنون مانعاً فلا فرق بين قسميه .

(٢) لا يخفى ان الاهمال محال في الواقع وعليه نقول : ان جعل الوصاية اذا كان شاملاً لما بعد الافاقة فالمقتضي لتحقيق الوصاية تام ولا مانع ولا مجال لأن يقال انه لا مقتضي للعود فالأظهر العود وأما مع عدم شمول الجعل لما بعد الافاقة فلا مقتضي للعود كما هو ظاهر .

ثم انه وردت رواية في المقام عن علي عليه السلام ولا يزيل الوصي عن الوصية ذهاب عقل أو ارتداد أو خيانة أو ترك سنة (*) الخ لكن الرواية لضعف سندها لا تكون قابلة للاستناد اليها .

(٣) كما هو ظاهر .

(١) ما قيل في مقام الاستدلال على المدعى امور: الاول قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً (*) (١) بتقريب ان هذا نحو سبيل على المؤمن للكافر وقد نفى شرعاً .

ويرد عليه اولاً : انه يلزم انه لو استأجر الكافر المسلم لعمل تكون الاجارة باطلة وهو كما ترى وثانياً يمكن أن يقال : بأن السبيل المنفي راجع الى الآخرة بل الظاهر ان الامر كذلك اذا المستفاد من الآية ان الحكومة والقضاة بين المتخاصمين اذا كان يوم القيامة يكون الحاكم في ذلك اليوم هو الله ، فيكون السبيل المنفي للكافر في ذلك اليوم .

وذكر السيد البجنوردي (قدس سره) حديثاً (*) (٢) عن الطبري في تفسيره عن ابن ركيع باسناده عن علي عليه السلام قال رجل : يا أمير المؤمنين أرايت قول الله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً وهم يقاتلوننا فيظهرون ويقتلون قال له علي عليه السلام ادنه ثم قال عليه السلام فالله يحكم بينهم يوم القيامة ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً يوم القيامة ، يؤيد ما ذكرنا .

وثالثاً : ان المناسبة بين الحكم والموضوع تقتضي أن يكون المراد من السبيل المحجة في الامر الديني ورابعاً : ان السبيل هو السلطنة ولا سبيل للوصي على الموصي .

الامر الثاني : وقوله تعالى لا يتخذ المؤمنون الكافرين اولياء من دون المؤمنين (*) (٣) بتقريب ان جعل الكافر وصياً جعله ولياً وفيه اولاً : يرد عليه النقص المذكور وثانياً ان جعله وصياً بعد الموت ليس جعله ولياً وثالثاً : النهي التكليفي لا يقتضي الفساد

(١) النساء/١٤١

(٢) ج ١ من القواعد الفقهية ص : ١٥٨

(٣) آل عمران/٢٨

(مسألة ٢) : الظاهر عدم اعتبار العدالة في الوصي بل يكفي الوثوق والامانة هذا في الحقوق الراجعة الى غيره كاداء الحقوق الواجبة والتصرف في مال الايتام ونحو ذلك "أما ما يرجع الى نفسه كما اذا وصى اليه في أن يصرف ثلثه في الخيرات والفربات ففي اعتبار الوثوق به

الوصي .

الامر الثالث : الاجماع ، وفيه ان تمامية الاجماع التعبدية الكاشف في غاية الاشكال ، فالحق هو الجواز .

(١) نسب الى جماعة من الاعيان اشتراط صحة الوصية بعدالة الوصي واستدل على المدعى بامور : الامر الاول : انه لو لم يكن عادلاً لايجوز الركون اليه لقوله تعالى «ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار» (*١) .

ويرد عليه اولاً : ان الوصاية ليست ركناً فان الظاهر من الآية الكريمة المنع من جعل الظالم ركناً وعماداً كالركون الى الامام الفاسق ويؤيد المدعى ما عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عز وجل ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار قال : هو الرجل يأتي السلطان فيحب بقائه الى أن يدخل يده كبسه فيعطيه (*٢) وثانياً : انه يلزم حرمة استيجار الفاسق ومن الظاهر فساد هذه الدعوى وثالثاً ان الظاهر من الآية الشريفة الظالم للغير والفاسق اعم منه فان الفاسق وان كان ظالماً لنفسه لكن الظاهر من هذا اللفظ في المحاورات هو القسم الخاص منه وهو الظالم للغير ورابعاً : ان النهي التكليفي لا يستلزم الفساد الوضعي .

الامر الثاني: ان الوصاية استيمان على مال الغير والفاسق ليس اهلاً للاستيمان ويرد عليه اولاً : انه يكفي كونه مؤثماً به واما اشتراط العدالة فلا وثانياً انه يمكن جعل الناظر عليه .

الامر الثالث : ان مال الموصي ينتقل الى الغير بموته فلا يجوز استيمان الفاسق .

ويرد عليه : أن الاستيمان يتم مع الوثوق كما مر فلا تشترط العدالة .
الامر الرابع : انه يشترط في وكيل الوكيل العدالة فنشترط في الوصي بالاولوية لأن تفصير الوكيل يجبر بنظر الوكيل والموكل بخلاف الوصي .
وفيه انه لا تشترط العدالة في وكيل الوكيل فان الموكل اذا اذن للوكيل توكيل الغير يجوز والا فلا وبعبارة اخرى : الامر بيد الموكل في أصل التوكيل وفي قيوده ، مضافاً الى أنه يمكن تثبيت الامر بجعل الناظر .

الامر الخامس : النصوص الواردة بالنسبة الى من مات وله اموال وورثة صغار ولا وصي له حيث اشترطت العدالة في تلك النصوص للمتولي :

منها : مارواه علي بن رثاب قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك اولاداً صغاراً ، وترك ممالك له غلماناً وجواري ولم يوص فماترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها ام ولد؟ وما ترى في بيعهم فقال : ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم كان مأجوراً فيهم ، قلت فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها ام ولد؟ قال : لا بأس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم ، وليس لهم أن يرجعوا اعما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم (*) (١) .

(مسألة ٣) : اذا ارتد الوصي بطلت وصايته بنساء على اعتبار
الاسلام في الوصي^٢

ومنها: ما رواه سماعة قال: سألت عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار
من غير وصية، وله خدام ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث
قال: ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس (* ١) .

ومنها: ما رواه اسماعيل بن سعد، قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل
مات بغير وصية وترك اولاداً ذكراً وأنثى صغاراً، وترك جوارى ومماليك،
هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: نعم، وعن الرجل يصحب الرجل في
سفر فيحدث به حدث الموت، ولا يدرك الوصية كيف يصنع بمتاعه وله اولاد
صغار وكبار، أيجوز أن يدفع متاعه ودوابه الى ولده الأكبر أو الى القاضي وان
كان في بلدة ليس فيها قاض كيف يصنع؟ وان كان دفع المتاع الى الأكبر ولم
يعلم فذهب فلم يقدر على رده كيف يصنع؟ قال: اذا أدرك الصغار وطلبوا لم
يجد بدأ من اخراجه الا أن يكون بأمر السلطان الحديث (* ٢) .

وتلك النصوص وان كانت خارجة عن المقام لكن فيها أشعار بأنه لا بد في التولي
في أمر الصغير أن يكون المتولي عادلاً هكذا في الجواهر ويرد عليه: انه ليس
في تلك النصوص ذكر من العدالة والمذكور في الحديث الثاني من الباب عنوان
الوثاقة .

(١) لعدم مقتضي للاشتراط كما يظهر بأدني تأمل .

(٢) كما هو ظاهر فانه على القول باشتراط الاسلام في الوصي لا تبقى الوصية

(١) الوسائل الباب ٨٨ من أحكام الوصايا الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ٨٨ من أحكام الوصايا الحديث : ٣

ولا تعود اليه اذا اسلم^(١) الا اذا نص الموصي على عودها^(٢).

(مسألة ٤) : اذا أوصى الى عادل ففسق فان ظهر من القرينة التقييد بالعدالة بطلت الوصية وان لم يظهر من القرينة التقييد بالعدالة لم تبطل وكذا الحكم اذا أوصى الى الثقة^(٣).

(مسألة ٥) : لا تجوز الوصية الى المملوك الا باذن سيده^(٤) او معلقة على حريته^(٥).

بحالها بعد زوال الشرط .

(١) لعدم المقتضي للعود .

(٢) لم افهم الفرق بين هذه المسئلة وما مر من أنه لو عرض الجنون ثم أفاق حيث ان الماتن قال هناك : « عادت على الأظهر » وفي المقام علق العود على التصريح به وكيف كان لافرق بين المقامين ثبوتاً والعود وعدمه دائران مدار الجعل وعدمه والظهور في مقام الاثبات متبع .

(٣) ما أفاده على طبق القاعدة الأولية .

(٤) اذ لأمره مع سيده وزمامه بيد مولاه ويؤيد المدعى ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج (* ١) بتقريب : ان عدم جواز جعله وصياً يستفاد من عدم جواز وصيته .

(٥) اذ التعليق على ما يتوقف عليه صحة العقد أو الايقاع لادليل على بطلانه فلا مانع منه ، وفي المقام فروع واقوال اغمضنا النظر عن التعرض لها لعدم كون اصل المسئلة محل الابتلاء كما هو ظاهر .

(مسألة ٦) : تجوز الوصاية الى المرأة^(١) على كراهة^(٢) والاعمى^(٣)

والوارث^(٤).

(١) لاطلاق الدليل وقيام السيرة بلا نكير فان السيرة جارية على جعل الأب ام اطفاله قيماً عليهم وبؤيد المدعى ما رواه علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى الى امرأة وشرك في الوصية معها صبياً، فقال : يجوز ذلك وتمضى المرأة الوصية ، ولا تنتظر بلوغ الصبي ، فاذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى الا ما كان من تبديل أو تغيير فان له أن يرده الى ما أوصى به الميت(*) (١) وانما عبرنا بالتأييد لضعف السند بالعبدي .

(٢) استفيدت الكراهة من حديث السكوني ، عن جعفر بن محمد ، عن ابيه ، عن آبائه ، عن علي عليهم السلام قال : المرأة لا يوصى اليها لأن الله عز وجل يقول « ولا تؤثروا السفهاء اموالكم » (*) (٢) وهذه الرواية ضعيفة لضعف اسناد الصدوق قدس سره الى السكوني على ما ذكره الحاجياني .

ولا يخفى : ان المستفاد من الحديث عدم الصحة فتكون الرواية معارضة لما يدل على الصحة وحمل الفساد على الكراهة بلاوجه .

نعم لا بأس بحملها على التقية لأنه مذهب اكثر اهل الخلاف حسب نقل صاحب الوسائل عن الشيخ .

(٣) لاطلاق الدليل وعدم تقييد للاطلاق وما نقل عن بعض العامة من عدم الجواز، مردود .

(٤) بلا اشكال وعليه السيرة القطعية فان رسول الله صلى الله عليه وآله أوصى الى علي عليه السلام وهو سلام الله عليه أوصى الى الحسن عليه السلام وفاطمة عليها

(١) الوسائل الباب ٥٠ من احكام الوصايا الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ٥٣ من احكام الوصايا الحديث : ١

(مسألة ٧) : اذا اوصى الى الصبي والبالغ لمات الصبي قبل بلوغه او بالغ مجنوناً ففي جواز انفراد البالغ بالوصية قولان احوطهما الرجوع الى الحاكم الشرعي فيضم اليه آخر^١.

(مسألة ٨) : يجوز جعل الوصاية الى اثنين او اكثر على نحو الانضمام وعلى نحو الاستقلال^٢ فان نص على الاول فليس لاحدهما الاستقلال بالتصرف لافي جميع ما اوصى به ولا في بعضه^٣ واذا عرض لاحدهما ما يوجب سقوطه عن الوصاية من موت ونحوه ضم الحاكم

السلام اوصت الى علي عليه السلام فلارب في المسألة .

(١) ان استفيد من ايصاء الموصي اشتراط التصرف بالانضمام فالمتعين الرجوع الى الحاكم كسى يضم اليه آخر والا فالظاهر جواز الانفراد اذ المفروض تحقق الايصاء اليه ومادام لم يبلغ الصبي لا يكون له شريك نلو فرض موته أو بلوغه مجنوناً يجوز للوصي أن ينفرد بالتصدي اذ المفروض عدم تحقق موضوع الاشتراك فلاحظ .

ويمكن أن يقال: ان في صورة الاشتراك والايصاء الى المتعدد لا يجوز للحاكم ضم احد الى الوصي اذ المفروض ان الموضوع هو المركب والمجموع وقد فرض انتفائه بانتفاء احدهما فنصل النوبة الى الحاكم لأن المورد من الامور الحسبية .
(٢) لاطلاق دليل اعتبار الوصية ، مضافاً الى النص الخاص الوارد في المقام (١*) .

(٣) كما هو ظاهر لأن جواز التصرف يدور مدار شمول الوصية فالأمر كما أفاده .

آخر الى الآخر^{١١} وان نص على الثاني جاز لاحدهما الاستقلال^{١٢}
وايهما سبق نفذ تصرفه^{١٣} وان اقترنا في التصرف مع تنافي التصرفين
بأن باع احدهما على زيد والاخر على عمرو في زمان واحد بطلاماً^{١٤}
ولهما ان يقتسما الثلث بالسوية وبغير السوية^{١٥} واذا سقط احدهما عن
الوصاية انفرد الاخر ولم يضم اليه الحاكم آخر^{١٦} واذا اطلق الوصاية
اليهما ولم ينص على الانضمام والاستقلال جرى حكم الانضمام^{١٧}
الا اذا كانت قرينة على الانفرد كما اذا قال : وصي فلان وفلان

- (١) اذ المفروض ان الموصي قيد التصرف على نحو الاشتراك فتصل النوبة الى الحاكم وهو يضم الى آخر الآخر ، وقد مر قريباً الاشكال فيه ، فلاحظ .
- (٢) كما هو ظاهر فان زمام الامر توسعة وتضييقاً بيد الموصي .
- (٣) كما هو ظاهر لصدوره من اهله ووقوعه في محله .
- (٤) لعدم امكان صحتهما ولا مقتضي لترجيح لاحدهما على الآخر .
- (٥) اذ المفروض استقلال كل منهما بالتصرف فلكل منهما التصرف في كل جزء من الثلث .

- (٦) اذ المفروض ان كل واحد اوصي اليه بنحو الاستقلال ، فلا وجه للضم .
- (٧) لعدم ثبوت الوصاية بنحو الاستقلال والاصل العملي يقتضي عدمها فلا بد من الاقتصار على المقدار المعلوم وهو الانضمام ان قلت : كما ان مقتضى الاصل عدم جعل الاستقلال كذلك مقتضاه عدم جعل الانضمام قلت : نعم ولكن العمل الخارجي والتصرف فيما يتعلق بالميت اذا تحقق بنحو الانضمام يكون مورد الامضاء قطعاً وأما غيره فلا دليل على جوازه وصحته ، فلاحظ .

وصفوة القول : ان اللازم رعاية ما أوصى به الموصي وعدم التخلف عما

فاذا ما تا كان الوصي فلاناً فانه اذا مات احدهما استقل الباقي ولم
يحتاج الى أن يضم اليه آخر^١ وكذا الحكم في ولاية الوقف^٢.

(مسألة ٩) : اذا قال زيد وصي فلان مات فعمر ووصي صح
ويكونان وصيين مترتبين وكذا يصح اذا قال وصي زيد فان بلغ ولدي

جعله ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه محمد بن الحسن الصفار (* ١)
وربما يقال: بأنه يعارضه ما رواه بريد بن معاوية قال: ان رجلاً مات ووصي
الي والى آخر والى رجلين ، فقال احدهما : خذ نصف ما ترك واعطني النصف
مما ترك فأبى عليه الآخر ، فسألوا أبسا عبدالله عليه السلام عن ذلك فقال : ذلك
له (* ٢) .

بتقريب ان المشار اليه باسم الإشارة ارادة التقسيم فيقع التعارض بين الخبرين
اذ مفاد الخبر الاول عدم الجواز مع جعل الوصاية على نحو الاطلاق ومفاد الخبر
الثاني جوازه ، فنقول على فرض التعارض يكون المرجح مع الاول لكونه أحدث
بل يمكن أن يكون الخبر الاول موافقاً للكتاب اذ المستفاد من الكتاب عدم جواز
تبديل الوصية ومع عدم رعاية الاجتماع يحتمل أن يكون تبديلاً للوصية ومقتضى
اصالة عدم جعل الاستقلال ان التصدي لا يكون بنحو الاستقلال .

وان شئت قلت : ان مقتضى الكتاب وجوب رعاية الوصية والخبر الاول
ايضاً مفاده كذلك ، مضافاً الى الاشكال في السند فان داود بن أبي يزيد لم يوثق.
(١) كما هو ظاهر اذ المفروض عدم لحاظ الموصي الانضمام .

(٢) لعين الملاك .

(١) لاحظ ص : ٣٩٤

(٢) الوسائل الباب ٥١ من أحكام الوصايا الحديث : ٣

فهو الوصي^(١).

(مسألة ١٠) : يجوز أن يوصي الى وصيين أو أكثر ويجعل الوصاية الى كل واحد في أمر بعينه لا يشاركه فيه الآخر^(٢).

(مسألة ١١) : اذا أوصى الى اثنين بشرط الانضمام فتشاحا لاختلاف نظرهما فان لم يكن مانع لاحدهما بعينه من الانضمام الى الآخر أجبره الحاكم على ذلك وان لم يكن مانع لكل منهما من الانضمام أجبرهما عليه وان كان لكل منهما مانع انضم الحاكم الى احدهما ونفذ تصرفه دون الآخر^(٣).

(مسألة ١٢) : اذا قال اوصيت هكذا وكذا وجعلت الوصي فلاناً ان استمر على طلب العلم مثلاً صحح وكان فلان وصياً اذا استمر على

(١) لاطلاق ادلة الوصية ان قلت : أليست الوصية لعمر وبنحو التعليق؟ والتعليق يوجب البطلان قلت : المذكور لبطلان التعليق هو الاجماع فاذا لم يشمل معقد الاجماع المقام فلا مانع منه بعد شمول اطلاق دليل الوصية ، فلاحظ .

(٢) لاطلاق دليل نفوذ الوصية ، وان شئت قلت : المقتضي للصحة موجود والمانع مفقود .

(٣) الذي يختلج بالبال أن يقال في هذا المقام انه تارة يكون اختلاف النظر ناشياً من سبب شرعي بأن يرى كل منهما نظر الآخر خلاف الميزان الشرعي واخرى يكون ناشياً من سبب خارجي فان كان الاختلاف من القسم الاول فلا مناص من انضمام الحاكم الى احدهما وتنفيذ نظره وان كان من القسم الثاني فعلى الحاكم أن يجبرهما على أمر واحد ، وان كان سبب الاختلاف مختلفاً بأن يكون احدهما

طلب العلم^١ فان انصرف عنه بطلت وصايته^٢ وتولى تنفيذ وصيته
الحاكم الشرعي^٣.

(مسألة ١٣): اذا عجز الوصي عن تنفيذ الوصية ضم اليه الحاكم
من يساعده^٤ واذا ظهرت منه الخيانة ضم اليه اميناً بمعنه عن الخيانة^٥
فان لم يمكن عزله ونصب غيره^٦.

ناظراً الى جهة شرعية دون الاخر أجبر الاخر على الانضمام .
وقد مر انه مع الوصاية الى المجموع تبطل الوصاية في صورة عدم امكان
الاجتماع فتصل النوبة الى دخالة الحاكم الذي يكون مرجعاً للامور العامة .
الا أن يقال: ان مطلوب الموصي متعدد فاذا لم يمكن اجتماع المطلوبين يلزم
التحفظ على احدهما ، فلا بد من ان الحاكم أن يضم اليه الاخر وعلى هذا الاساس
لا بد من ملاحظة كلام الموصي واستفادة مراده من كلامه ، والله العالم .
(١) لاطلاق دليل الوصية وزمام الامر بيد الموصي فله أن يجعل الوصاية كيف
اراد .

(٢) لفقدان الشرط والعنوان المقوم لبقاء الوصاية .
(٣) اذ المفروض انه لا وصي له والحاكم له الولاية بالنسبة الى الامور العامة
وهذا منها .

(٤) اذ المفروض ان الحاكم ولي في الامور التي لا ولي لها ويمكن أن يقال
ان الوصاية تبطل بعجز الوصي فلامجال للضم .
(٥) فانه من شئون الولاية العامة .

(٦) ربما يقال : لا وجه للعزل بل غايته المنع عن التصرفات ولكن يمكن أن
يقال: ان دائرة جعل الوصاية اما لاتشمل الخائن واما تشمل أماً على الاول فلاموضوع

(مسألة ١٤) : اذا مات الوصى قبل تنجيز تمام ما اوصى اليه به نصب الحاكم الشرعي وصياً لتنفيذه^١ وكذا اذا مات في حياة الموصى ولم يعلم بذلك او علم ولم ينصب غيره ولم يكن ما يدل على عدوله عن اصل الوصية^٢ وليس للوصى ان يوصى الى احد في تنفيذ ما اوصى اليه به الا ان يكون مأذوناً من الموصى في الايصاء

للعزل كما هو ظاهر وأما على الثاني فمع بقاء كونه وصياً لامجال لتصدي غيره فلا بد من عزله كي يتصدي غيره للأمر .

ولكن يمكن أن يقال : ان للحاكم منعه عن التصرف ومنع الحاكم كمنع الموصي ومع منع الحاكم ليس له حق التصرف وتظهر النتيجة انه لو تاب وعدل الى سواء الطريق وندم عن خيائه يكون باقياً على وصايته .

ان قلت : ان الموصي لا يرضى بخيانة الوصي قلت : الامر النفساني لا يغير متعلق الجعل والانشاء ولنا أن نقول ان القرينة المقامية مانعة عن جعل الوصاية على الاطلاق وبعبارة اخرى: يمكن أن يقال: ان الموصي بارتكازه النفساني يجعل الوصاية للموصي مادام لا يكون خائناً .

اللهم الا أن يقال: ان الاطلاق عبارة عن رفض القيود لا الجمع بينها، فمقتضى الاطلاق استمرار الجعل وعدم التقييد والأمر النفساني والدواعي النفسية لا تؤثر في توسعة الجعل ، فلاحظ لكن لو قلنا بأن الارتكاز يوجب التقييد لا بد من رفع اليد عن الاطلاق فان الارتكاز المذكور مانع عن تحقق الاطلاق .

- (١) اذ المفروض ان الوصي مات فلا بد من دخالة ولي الأمر وهو الحاكم .
- (٢) لعين الملاك وفي المقام شبهة وهي ان الوصاية اذا كانت الى شخص خاص فموته تنتفى الوصاية والوصية ، الا أن يعلم من حال الموصي ان وصيته ليست دائرة مدار وجود الوصي وبعبارة اخرى: اطلاق الوصية ويفائها حتى بعد فوت

الى غيره^(١).

(مسألة ١٥) : الوصي امين لا يضمن الا بالتعدي أو التفريط^(٢) ويكفي في الضمان حصول الخيانة بالاضافة الى ضمان موردها^(٣) اما الضمان بالنسبة الى الموارد الاخر مما لم يتحقق فيها الخيانة ففيه اشكال بل الاظهر العدم^(٤).

(مسألة ١٦) : اذا عين الموصي للوصي عملاً خاصاً أو قدراً خاصاً أو كيفية خاصة وجب الاقتصار على ما عين ولم يجز له التعدي فان تعدي كان خائناً واذا أطلق له التصرف بأن قال له : اخرج ثلثي وانفقه عمل بنظره ولا بد من ملاحظة مصلحة الميت فلا يجوز له أن يتصرف كيف شاء وان لم يكن صلاحاً للميت أو كان غيره أصلاً مع تيسر فعله على النحو المتعارف ويختلف ذلك باختلاف الاموات فربما يكون الاصلح اداء العبادات الاحتياطية عنه وربما يكون الاصلح اداء الحقوق المالية الاحتياطية وربما يكون الاصلح اداء حق معينه احتياطياً دون

الوصي يحتاج الى دليل .

(١) اذ ليس له هذا الحق الا مع الاذن من الموصي وبعبارة اخرى : زمام الامر بيد الموصي لا بيد الوصي وتفويض الامر الى الغير يتوقف على الدليل وحيث ليس فليس .

(٢) لانه مأذون في التصرف ولا موجب لضمانه مادام لا يكون خائناً .

(٣) كما هو ظاهر .

(٤) اذ المفروض بقاء اذنه في التصرف فملاك عدم الضمان موجود فلا يضمن .

غيره اداء الصلاة عنه دون الصوم وربما يكون الاصلح فعل القربات والصدقات وكسوة العراة ومداواة المرضى ونحو ذلك . هذا اذا لم يكن تعارف يكون قرينة على تعيين مصرف بعينه والا كان عليه العمل^(١).

(مسألة ١٧) : اذا قال انت وصيى ولسم عين شيئاً ولم يعرف المراد منه وانه تجهيزه او صرف ثلثه او شئون اخرى كان لغواً^(٢) الا اذا كان تعارف يكون قرينة على تعيين المراد كما يتعارف في كثير من بلدان العراق انه وصي في اخراج الثلث وصرفه في مصلحة الموصي واداء الحقوق التي عليه واخذ الحقوق التي له ورد الامانات والبضائع الى اهلها واخذها^(٣) نعم في شموله للقيمومة على القاصرين من اولاده

(١) كما هو ظاهر واضح فان زمام الامر بيد الموصي وما أفاده في هذا الفرع على طبق القاعدة وليس مورداً للبحث وعلى الجملة لا بد من العمل بما أوصى به الموصي اطلاقاً وتقييداً فلا بد من رعاية الصلاح والأصلح ان قلت : ما المانع من الاخذ بالاطلاق وعدم الرعاية ؟ .

قلت : المناسبة بين الحكم والموضوع تمنع عن الاطلاق ، وان شئت قلت العرف لا يفهم من كلام الموصي الا العمل بما هو أصلح ولا أقل عن عدم الجزم بالاطلاق (٢) الذي يختلج بالبال ان الوجه في كونه لغواً ان الوصية من الامور الانشائية والانشاء متقوم بالابراز فمع فرض عدم الابراز لا بالصراحة ولا بالاشارة لامطلقاً ولا مقيداً يكون لغواً وبعبارة اخرى : سادام لا يفهم العرف من كلام المتكلم شيئاً لا يترتب عليه اثر ، فلاحظ .

(٣) فان التعارف قرينة على المراد بحسب المتفاهم العرفي .

اشكال والاحوط أن لا يتصدى لامورهم الا بعد مراجعة الحاكم الشرعى وعدم نصب الحاكم الشرعى غيره الا باذن منه^(١).

(مسألة ١٨) : يجوز للموصى اليه أن يرد الوصية في حال حياة الموصى بشرط أن يبلغه الرد^(٢) هل الاحوط اعتبار امكان نصب غيره له ايضاً^(٣) ولا يجوز له الرد بعد موت الموصى^(٤) سواء قبلها قبل الرد أم لم يقبلها^(٥) والرد السابق على الوصية لا اثر له فلو قال زيد لعمر و لا قبل أن توصى الي فأوصى عمرو اليه لزمته الوصية الا ان يردّها بعد ذلك^(٦) ولو أوصى اليه فرد الوصية فأوصى اليه ثانياً ولم يردّها

(١) اذا فرض شمول الوصاية له ولو بالقرينة العامة يؤخذ بها ، ولم اعرف وجه التفصيل ولعل الماتن ناظر الى مستند صحيح ، والله العالم .

(٢) للنص الخاص لاحظ ما رواه منصور بن حازم (* ١) بدعوى ان العرف يفهم من الحديث ان الوجه في عدم جواز الرد في حال الغيبة عدم امكان وصول الرد الى الموصي فتأمل .

(٣) فانه لا يبعد أن يستفاد المدعى من حديثي فضيل بن يسار ومنصور بن حازم (* ٢) .

(٤) كما يستفاد من النصوص الواردة في المقام فان المستفاد منها ان جواز الرد منحصر بصورة وصوله الى الموصي وامكان جعل بدل له ، فلاحظ .

(٥) للاطلاق المستفاد من النص .

(٦) لعدم دليل على تأثيره والميزان بحال تحقق الوصية حسب النصوص .

(١) لاحظ ص : ٣٢٦

(٢) لاحظ ص : ٣٢٥ و ٣٢٦

ثانياً لجهله بها ففي لزومها له قول ولكنه لا يخلو من اشكال بل الاظهر خلافه^(١).

(مسألة ١٩) : اذا رأى الوصى ان تفويض الامر الى شخص في بعض الامور الموصى بها أصالح للميت جازله تفويض الامر اليه كأن يفوض امر العبادات التي أوصى بها الى من له خبرة في الاستئابة في العبادات ويفوض امر العمارات التي أوصى بها الى من له خبرة فيها ويفوض امر الكفارات التي أوصى بها الى من له خبرة بالفقراء وكيفية القسمة عليهم وهكذا وربما يفوض الامر في جميع ذلك الى شخص واحد اذا كان له خبرة في جميعها وقد لا يكون الموصي قد أوصى بامور معينة بل أوصى بصرف ثلثه في مصالحه وأوكل تعيين المصروف كما وكيفاً الى نظره فيرى الوصي من هو اعرف منه في تعيين جهات المصروف وكيفيتها فيوكل الامر اليه فيدفع الثلث اليه بتمامه ويفوض اليه تعيين الجهات كما وكيفاً كما يتعارف ذلك عند كثير من الاوصياء حيث يدفعون الثلث الموصى به الى المجتهد الموثوق به عندهم فالوصاية الى شخص ولاية في التصرف ولو بواسطة التفويض الى الغير فلا بأس أن يفوض الوصي أمر الوصية الى غيره^(٢).

-
- (١) الأمر كما أفاده فإن العرف يفهم من النصوص الواردة ان الوصية لورثت على ما هو المقرر فلا أثر لها بعده ولو جددت من قبل الموصي وان شئت قلت : ان دليل النفوذ منصرف عن الصورة المفروضة ولكن مع ذلك في النفس شيء .
- (٢) الأمر كما أفاده فإن الامر مفوض الى الوصي فله أن يعمل على طبق نظره

الآن تقوم القرينة على ارادة الموصي منه المباشرة فلا يجوز له حينئذ التفويض^(١) كما انه لا يجوز تفويض الوصاية الى غيره بمعنى عزل نفسه عن الوصاية وجعلها له فيكون غيره وصياً عن الميت بجعل منه^(٢).
(مسألة ٢٠) : اذا بطلت وصاية الوصي لفوات شرطها نصب الحاكم الشرعي وصياً مكانه أو تولى الصرف بنفسه وكذا اذا أوصى ولم يعين وصياً أصلاً^(٣)

والميزان الكلبي ان لا يخون في مقام العمل ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه جعفر بن عيسى قال: كتبت الى أبي الحسن عليه السلام في رجل أوصى ببعض ثلثه من بعد موته من غلة ضيعة له الى وصيه يضعه في مواضع سماها له معلومة في كل سنة ، والباقي من الثلث يعمل فيه بما شاء ورأي الوصي فانفذ الوصي ما أوصى اليه من المسمى المعلوم ، وقال في الباقي : قد صيرت لفلان كذا ولفلان كذا في كل سنة ، وفي الحج كذا ، وفي الصدقة كذا في كل سنة ، ثم بداله في ذلك ، فقال قد شئت الاول ، ورأيت خلاف مشيتي الاولى ورأيت أنه أن يرجع فيه يصير ما صير لغيرهم أو ينقصهم أو يدخل معهم غيرهم ان اراد ذلك ؟ فكتب عليه السلام : له أن يفعل ما شاء « يشاء خ ل » الا أن يكون كتب كتاباً على نفسه (* ١) .

(١) كما هو ظاهر فان مرجعه تضيق دائرة سلطة الوصي .

(٢) لعدم دليل على الجواز اذ لا دليل على جواز عزله ونصب غيره .

(٣) اذا المورّد من الامور العامة التي زمامها بيد الحاكم الشرعي فعليه التصدي بنفسه او تعيين شخص وصياً مكان الفاقد للشرط كما ان الامر كذلك فيما لم يعين الموصي وصياً .

(مسألة ٢١): اذا نسي الوصي مصرف المال الموصى به وعجز عن معرفته صرفه في وجوه البر التي يحتمل أن تكون مصرف المال الموصى به اذا كان التردد بين غير المحصور اما اذا تردد بين محصور ففيه اشكال ولا يبعد الرجوع الى القرعة في تعيينه^(١).

وأما حديث سماعة (١*) وحديث محمد بن اسماعيل بزيع - قال : مات رجل من اصحابنا ولم يوص فرفع امره الى قاضي الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله ، وكان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري ، فباع عبد الحميد المتاع فلما اراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن اذ لم يكن الميت صبر اليه وصيته وكان قيامه فيها بامر القاضي لانهن فروج قال : فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام قلت له : يموت الرجل من اصحابنا ، ولا يوصي الى احد ، ويخلف جواري فيقيم القاضي رجلاً منا فيبيعهن ، او قال : يقوم بذلك رجل منافض قلبه لانهن فروج فما ترى في ذلك ؟ قال : فقال : اذا كان القيم به مثلك «او . يب» ومثل عبد الحميد فلا بأس (٢*) - فلا يرتبطان بالمقام .

(١) لم أفهم وجه الفرق بين المحصور وغير المحصور اذ الظاهر ان المراد بغير المحصور ما يكون اطرافه كثيرة وعليه يكون مقتضى القاعدة الرجوع الى القرعة وتعيين التكليف بها بناء على عموم دليلها واجرائها في الشبهات الموضوعية وأما صرفه في الوجوه التي يحتمل أن تكون مصرفاً لمورد الوصية فالظاهر ان الوجه فيه ان الأمر دائر بين الامتثال الاحتمالي وترك الواجب من أصله والعقل حاكم على الأخذ بالامتثال الاحتمالي ، لكن مع جواز الرجوع الى القرعة لايبقى مجال لهذا البيان .

(١) لاحظ ص : ٣٩٩

(٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث : ٢

وأما مكتبة محمد بن الريان - قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن انسان اوصى بوصية فلم يحفظ الوصي الا باباً واحداً منها ، كيف يصنع في الباقي ؟ فوقع : الأبواب الباقية اجعلها في البر (* ١) فهي ضعيفة سهل .

ان قلت : اذا كان الرجوع الى الفرعة جائزاً يلزم جواز الرجوع اليها في جميع موارد العلم الاجمالي وهو كما ترى قلت : العلم الاجمالي تارة يفرض في الشبهة الحكمية واخرى في الموضوعية .

أما الاولى فلا مجال للفرعة فان الفرعة انما شرعت في الشبهة الموضوعية كما لو علم اجمالاً بكون واحد من قطيع الغنم موطوئاً وأما الثانية ، فلو سدت الأبواب ولم يكن طريق الى الامثال تصل النوبة اليها ولا نتحاشى من الرجوع اليها ويؤيد المدعى ما رواه أبو حمزة الثمالي قال : قال : ان رجلاً حضرته الوفاة فأوصى الى ولده غلامي يسار هو ابني فورثوه مثل ما يرث احدكم وغلامي يسار فاعتقوه فهو حر ، فذهبوا يسألونه ايما يعتق وايما يورث فاعتقل لسانه ، قال : فسألوا الناس فلم يكن عند احد جواب حتى اتوا أبا عبد الله عليه السلام ، فعرضوا المسألة عليه قال : فقال معكم احد من نسائكم ؟ قال : فقالوا : نعم معنا اربع اخوات لنا ونحن اربعة اخوة ، قال : فاسألوهن أي الغلامين كان يدخل عليهن فيقول ابوهن لا تسترن منه ، فانما هو اخوكن ، قالوا : نعم كان الصغير يدخل علينا فيقول ابونا لا تسترن منه ، فانما هو اخوكن ، فكنا نظن انه انما يقول ذلك لأنه ولد في حجورنا وانا ربيناه ، قال : فيكم اهل البيت علامة ؟ قالوا : نعم ، قال : انظروا اترونها بالصغير ؟ قال : فأروها به قال : تريدون اعلمكم امر الصغير ؟ قال : فجعل عشرة اسهم للولد ، وعشرة اسهم للعبد ، قال : ثم اسهم عشرة مرات ، قال : فوقعت

(مسألة ٢٢) : يجوز للموصي أن يجعل ناظراً على الوصي مشرفاً ومطلعاً على عمله بحيث لا يجوز للوصي أن يعمل بالوصية إلا بإطلاع الناظر وإشرافه عليه فإذا عمل بدون إشرافه كان بدون إذن من الموصي وخيانة له وإذا عمل بإطلاعه كان مأذوناً فيه وإداء لوظيفته^(١) ولا يجب على الوصي متابعة مثل هذا الناظر في رأيه ونظره فإذا أوصى الموصي باستنابة من يصلي عنه فاستناب الوصي زيداً وكان الناظر يريد استنابة عمرو ويرأها أرجح لم يقدح ذلك في صحة استنابة زيد وليس للناظر الاعتراض عليه في ذلك^(٢) نعم لو جعله ناظراً على الوصي بمعنى أن يكون عمل الوصي بنظره ففي المثال المذكور

على الصغير سهام الولد ، فقال : اعتقوا هذا وورثوا هذا (*) (١) لكن الحديث وارد في الحق المالي .

وصفوة القول : انه يشكل الجزم بجريان القرعة في كل مورد على نحو الإطلاق والعموم وتفصيل الكلام موكول الى مجال آخر .

(١) لإطلاق دليل الوصية والأمر بيده فيجوز له الوصاية بهذا القيد ولا يجوز للوصي التخطي عما أوصى به مع قبوده فعلى تقدير التقييد يجب على الوصي العمل مطابقاً لنظر الناظر اذ متعلق الوصاية العمل على طبق نظر الناظر والا فلا يجب المطابقة بل يعمل على طبق نظره .

(٢) الأمر كما أفاده اذ المفروض ان نظر الناظر لا دخل له فلا موجب لوجوب اطاعته .

لا تصح استنابة زيد وتجب استنابة عمرو^(١) لكن هذا المعنى خلاف ظاهر جعل الناظر على الوصي^(٢) والظاهر انه اذا خان الوصي لم يجب على الناظر بما هو ناظر مدافعتة في كلتا الصورتين^(٣) فلو لم يدافع لم يكن ضامناً^(٤) وفي الصورتين اذا مات الناظر لزم الوصي الرجوع الى الحاكم الشرعي^(٥).

(مسألة ٢٣) : الوصية جائزة من طرف الموصى فاذا أوصى بشيء جاز له العدول الى غيره واذا اوصى الى احد جاز له العدول الى غيره واذا اوصى بأشياء جاز له العدول عن جميعها وعن بعضها كما يجوز له تبديل جميعها وتبديل بعضها مادام فيه الروح^(٦) اذا وجدت فيه الشرائط المتقدمة

(١) كما هو ظاهر فان المفروض ان نظر الناظر دخیل فیجب متابعتة .

(٢) فان المیزان الظهور العرفی فلا بد من رعايته .

(٣) لعدم الدلیل علی الوجوب ، نعم یجب علیه من باب النهی عن المنکر أو الأمر بالمعروف .

(٤) لعدم دلیل علی الضمان .

(٥) اذ المفروض ان الموصي جعل الوصاية للوصي في اطار وجود الناظر فلا بد من وجود الناظر ولو بجعل من الحاكم الشرعي ويمكن تقرب المدعى بأن الموصي اراد امرين احدهما عمل الوصي ثانيهما كونه بنظر الناظر فمع موت الناظر يجب على الحاكم جعل ناظر آخر ، فلاحظ .

(٦) ادعي عليه عدم الخلاف وتدل على المدعى جملة من النصوص : منها :

احاديث ابن مسكان وعبيد بن زرارة وبريد العجلي (*) (١) .

ومنها : مارواه يونس ، عن بعض اصحابه قال : قال علي بن الحسين عليهما السلام للرجل ان يغير وصيته فيعتق من كان امر بملكه ، ويملك من كان امر بعتقه ، ويعطي من كان حره ، ويحرم من كان اعطاه مالم يمت (*) (٢) .

ومنها : مارواه سعيد بن يسار ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا وقال : انما ادفعه اليك ليكون ذخراً لابنتي فلانة وفلانة ، ثم بدا للشيخ بعد ما دفع اليه المال أن يأخذ منه خمسة وعشرين ومائة دينار فاشترى بها جارية لابن ابنه ، ثم ان الشيخ هلك فوقع بين الجاريتين وبين الغلام أو احدهما فقالت ويحك والله انك لتتكح جاريتك حراماً انما اشتراها ابونا لك من مالنا الذي دفعه الى فلان ، فاشترى منها هذه الجارية فانت تنكحها حراماً لا يحل لك ، فامسك الفتى عن الجارية . فما ترى في ذلك ؟ فقال : أليس الرجل الذي دفع المال ابا الجاريتين وهو جد الغلام وهو اشترى به الجارية ؟ قلت : بلى ، قال : قل له : فليات جاريتك اذا كان الجد هو الذي اعطاه وهو الذي اخذه (*) (٣) .

ومنها : مارواه محمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : المدير من الثلث ، وقال : للرجل أن يرجع في ثلثه ان كان أوصى في صحة أو مرض (*) (٤) ومنها : مارواه هشام بن الحكم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يدبر مملوكه أنه أن يرجع فيه ؟ قال : نعم هو بمنزلة الوصية (*) (٥) .

ومنها : مارواه معاوية بن عمار قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المدير

(١) لاحظ ص : ٣٣١

(٢ و ٣) الوسائل الباب ١٨ من أحكام الوصايا الحديث : ٢ و ٥

(٤) الوسائل الباب ١٩ من أحكام الوصايا الحديث : ١

(٥) نفس المصدر الحديث : ٣

من العقل والاختيار وغيرهما^(١) وإذا أوصى الى شخص ثم أوصى الى آخر ولم يخبر الوصي الاول بالعدول عنه الى غيره فمات فعمل الوصي الاول بالوصية ثم علم كانت الغرامة على الميت تخرج من اصل التركة ثم يخرج الثالث الموصى الثاني^(٢) هذا اذا لم يكن العدول عن الاول لسبب ظاهر أما اذا كان لسبب ظاهر كما اذا هاجر الوصي الاول الى بلاد بعيدة أو حدث بينه وبين الوصي عداوة ومقاطعة فعدل عنه كان ما صرفه الوصي الاول من مال نفسه^(٣).

(مسألة ٢٤) : يتحقق الرجوع عن الوصية بالقول مثل أن يقول:

قال : هو بمنزلة الوصية يرجع فيما شاء منها (*) (١) .

(١) اذا مع فقدان شرائط التصرف يكون اعتباره وانشائه لغواً ولا يترتب عليه الاثر المترقب .

(٢) لقاعدة الغرور فان المغرور يرجع الى من غره والغرامة على الميت وتخرج من اصل التركة وبعد اخراجها تصل النوبة الى الوصية فتنفذ وصيته في الثالث بعد اخراج الدين كما هو الميزان .

هذا على تقدير تحقق الغرور وأما مع عدم صدق الغرور فيشكل ما أفاده من كون الغرامة على الميت الا أن يقال ان تغريمه امر عقلائي ولو مع عدم صدق الغرور اذ هو السبب في الائتلاف فيكون ضامناً .

(٣) اذا كان الدليل على العدول امراً ظاهراً عرفياً فالحق كما أفاده لتامة الحجة على الوصي الاول والا يشكل .

رجعت عن وصيتي الى زيد^١ وبالفعل مثل أن يوصي بصرف ثلثه ثم يوصي بوقفه^٢ ومثل أن يوصي بوقف عين ثم يبيعها أو يهبها^٣.
(مسألة ٢٥) : لا يعتبر في وجوب العمل بالوصية مرور مدة طويلة او قصيرة فاذا اوصى ثم مات بلا فصل وجب العمل بها وكذا اذا مات بعد مرور سنين^٤ نعم يعتبر عدم الرجوع عنها^٥ واذا شك في الرجوع بنى على عدمه^٦

(مسألة ٢٦) : اذا قال : اذامت في هذا السفر فوصي فلان ووصيتي كذا وكذا فاذا لم يمت في ذلك السفر ومات في غيره لم يجب العمل بوصيته ولم يكن له وصي أم لا اذا كان الداعي له على انشاء الوصية خوف الموت في السفر الذي عزم عليه وجب العمل بوصيته وان لم يمت في ذلك السفر ولاجل ذلك يجب العمل بوصايا

(١) كما هو ظاهر .

(٢) اذ لا يمكن الجمع بين الامرين فيكون الثاني ناسخاً للاول وتأسيساً للثاني .

(٣) فان البيع بعدم موضوع الوصية وكذا هبتها كما هو ظاهر .

(٤) كما هو ظاهر فان موضوع الوصية يتحقق بموت الموصي بسلا فرق بين الفصل الزمني الطويل وغيره بين الموت والوصية .

(٥) فان الرجوع عن الوصية تبطلها .

(٦) بمقتضى الاستصحاب .

الحجاج عند العزم على الحج ومثلهم زوار الرضا عليه السلام والمسافرون اسفاراً بعيدة فان الظاهر ان هؤلاء وامثالهم لم يقيدوا الوصية بالموت في ذلك السفر وانما كان الداعي على الوصية خوف الموت في ذلك السفر فيجب العمل بوصاياهم ما لم يتحقق الرجوع عنها^(١).

(مسألة ٢٧) : يجوز للموصي ان يأخذ اجرة مثل عمله اذا كان له اجرة^(٢) الا اذا كان اوصى اليه بأن يعمل مجاناً كما لو صرح الموصي بذلك او كانت قرينة عليه فلا يجوز له اخذ الاجرة حينئذ^(٣) ويجب عليه العمل بالوصية ان كان قد قبل^(٤) أما اذا لم يقبل ففي الوجوب اشكال والاقرب العدم هذا بالنسبة الى العمل الذي اوصى اليه فيه كالبيع والشراء واعطاء الديون ونحو ذلك من الاعمال التي هي موضوع ولايته^(٥) اما لو اوصى باعمال اخرى مثل أن يوصي الى زيد ان يحج

(١) بدعوى ان الظاهر من الجملة المذكورة التقييد بخلاف الصورة الثانية وعلى جميع التقادير يكون المناط بالظهور العرفي فانه المتبع ومع الاجمال تصل النوبة الى الاصل العملي .

(٢) لاحترام العمل فالامر به يوجب الضمان .

(٣) اذ مع الوصية بهذا القيد يكون العمل مجاناً ولا تكون له اجرة .

(٤) اذ المفروض انه قد قبل ان ينفذ الوصية مجاناً فيجب بمقتضى وجوب انفاذ الوصية .

(٥) يمكن الاستدلال عليه بقاعدة لا ضرر على مسلك القوم وأما على ماسلكناه

عنه او يصلى عنه او نحو ذلك لم يجب عليه القبول حتى لو لم يعلم ذلك في حياة الموصي^(١) ولو قبل في حياته فان كان أوصى اليه بالعمل مجاناً مثل أن يحج فقبل لم يبعد جواز الرد بعد وفاته^(٢) وإذا جعل له اجرة معينة بأن قال له : حج عني بمائة دينار كان اجارة ووجب العمل بها وله الاجرة اذا كان قد قبل في حياته^(٣) والا لم يجب^(٤) ولو

فيمكن أن يقال : بأنه خلاف المعهود من الشريعة .

وبعبارة اخرى : وجوب القيام بعمل للغير بأمره مجاناً غير معهود من مذاق الشرع فلا يجب .

(١) اما لقاعدة لاضرر واما لعدم معهودية مثله في الشريعة واما لانصراف دليل وجوب العمل بالوصية عن مثله .

(٢) لم يظهر وجهه اذ بعد القبول على ما هو عليه من المجانية لا وجه للرد . ويمكن أن يقال : ان الوجه فيما أفاده انه لا دليل على وجوب العمل بما أوصى به .

وبعبارة اخرى لا دليل على وجوب العمل مجاناً غاية ما في الباب ان الوصي وعد بأن يعمل بالوصية ووجوب العمل بالوعد مورد الاشكال والكلام فلا يبعد جواز الرد كما في المتن .

(٣) اذ المفروض انه وقع المعاملة على العمل بهذا النحو وليست الاجارة الا تمليك المنفعة في مقابل اجرة لكن هذا يتم فيما اتصل القبول بالوصية وأما مع الفصل فلا يكون اجارة .

الا أن يقال : انه لا دليل على اشتراط الموالاة بين الايجاب والقبول فلو قبل الأجير قبل انصراف الموصي عن وصيته تصير اجارة صحيحة .

(٤) بتقريب انه لا مقتضي للوجوب اذ المفروض ان دليل الوصية لا يشمل المقام

كان باجرة غير معينة عندهما بان قال له : حج عني باجرة المثل ولم تكن الاجرة معلومة عندهما فقبل في حياته لم يبعد ايضاً عدم وجوب العمل وجريان حكم الاجارة الفاسدة^١ ولو كان بطريق الجمالة لم يجب العمل^٢ لكنه يستحق الاجرة على تقدير العمل لصدق الوصية حينئذ^٣.

(مسألة ٢٨) : تثبت الوصية التمليلية بشهادة مسلمين عادلين^٤ وبشهادة مسلم عادل مع يمين الموصى له^٥ وبشهادة مسلم عادل مع

ومن ناحية اخرى لا يمكن تصحيحه بكونه اجارة اذ المفروض ان الموصى مات قبل قبول المؤجر ولا تصح الاجارة الا مع الايجاب من طرف والقبول من الطرف الاخر مع بقاء الشرائط في كليهما الى آخر العقد ، فعلى هذا لو لم يقبل في حال الحياة لم يجب العمل بما أوصى بعد وفات الموصى .

(١) الظاهر ان الوجه في الحكم بالفساد تحقق الفرر الموجب لفساد العقد .

(٢) لعدم ما يقتضي الوجوب .

(٣) ومع صدق الوصية لو عمل بها يستحق الجعل .

(٤) اجماعاً بقسميه - كما في الجواهر - ويدل على المدعى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم او آخر ان من غيركم ان اتم ضربتم في الأرض فاصابكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لانشري به ثمناً ولو كان ذا قربي ولا نكنتم شهادة الله انا اذا لمن الاثمين » (* ١) وصفوة القول انه لا اشكال في قبول شهادة عدلين في الحقوق المالية .

(٥) لجملة من النصوص : منها : ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه

مسلمتين عادلتين كغيرها من الدعاوي المالية^(١) ونختص ايضاً بانها تثبت بشهادة النساء منفردات فيثبت ربعها بشهادة مسلمة عادلة ونصفها بشهادة مسلمتين عادلتين وثلاثة اربعها بشهادة ثلاث مسلمات عادلات وتمامها بشهادة اربع مسلمات عادلات^(٢) بلا حاجة الى اليمين في

السلام قال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ولم يجز في الهلال الا شاهد عدل (* ١) .

ومنها : ما رواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفتي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق (* ٢) ومنها : ما رواه حماد بن عثمان قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : كان علي عليه السلام يجيز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي (* ٣) .

ومنها : ما رواه حماد بن عيسى قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : حدثني أبي عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بشاهد ويمين (* ٤) (١) يمكن أن يستدل عليه بقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » (* ٥) .

ويدل على المدعى ايضاً ما رواه ابراهيم بن محمد الهمداني قال : كتب احمد بن هلال الى أبي الحسن عليه السلام : امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدا غيرها ، وفي الورثة من يصدقها ، ومنهم من يتهمها ، فكذب : لا الا أن يكون رجل وامرأتان ، وليس بواجب ان تنفذ شهادتها (* ٦) .

(٢) بلا خلاف بل اجماعاً - كما في الجواهر - ويمكن الاستدلال عليه بجملة

١ و ٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم الحديث : ٢ و ٣ و ٤

(٥) البقرة / ٢٨٢

(٦) الوسائل الباب ٢٢ من أحكام الوصايا الحديث : ٨

شهادتهن^(١) أما الوصية العهدية وهي الوصاية بالولاية فلا تثبت الا بشهادة مسلمين عادلين^(٢).

(مسألة ٢٩) : تثبت الوصية التمليلية والعهدية بشهادة ذميين عادلين في دينهما عند عدم عدول المسلمين^(٣).

من النصوص : منها ما رواه ربعي عن ابي عبد الله عليه السلام في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي ليس معها رجل فقال : يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها (* ١). فانه يستفاد من هذه الرواية انه يثبت ربع مورد الوصية بشهادة امرأة واحدة ولازمة ثبوت النصف بامرتين وثبوت ثلاثة ارباع بشهادة ثلاث نسوة وثبوت الجميع بشهادة الاربع ، فلاحظ .

(١) لاطلاق النصوص .

(٢) كما هو مقتضى الأصل الأولي وعن كتاب المسالك ومحكي غيره ففي الخلاف فيه .

(٣) ادعي عدم الخلاف في الجملة على قبول شهادة الكافر في الوصية . ويمكن الاستدلال على المدعى بقوله تعالى (* ٢) وتدل على المدعى ايضاً جملة من النصوص ، منها : ما رواه ضريس الكناسي قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة اهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير اهل ملتهم ؟ فقال : لا الا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم ، وان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية لانه لا يصلح ذهاب حق امرء مسلم ولا تبطل وصيته (* ٣) .

ومنها : ما رواه ابو الصباح الكناني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته

(١) الوسائل الباب ٢٢ من أحكام الوصايا الحديث : ١

(٢) لاحظ ص : ٤٢٢

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من أحكام الوصايا الحديث : ١

ولا تثبت بشهادة غيرهما من الكفار^(١).

(مسألة ٣٠) : تثبت الوصية التمليلية باقرار الورثة جميعهم اذا كانوا عقلاء بالغين وان لم يكونوا عدولا^(٢) واذا اقر بعضهم دون

عن قول الله عزوجل : « يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخر ان من غيركم » قلت : ما آخر ان من غيركم ؟ قال : هما كافران قلت : ذوا عدل منكم . قال : مسلمان (* ١) .

ومنها : مارواه الحلبي ومحمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت هل تجوز شهادة اهل ملة من غير اهل ملتهم ؟ قال : نعم اذا لم يوجد من اهل ملتهم جازت شهادة غيرهم انه لا يصلح ذهاب حق احد (* ٢) .

(١) الآية الكريمة وان كانت مطلقة وكذلك عدة من النصوص لكن لا بد من رفع اليد عن اطلاقهما بما رواه حمزة بن حمران ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن قول الله عزوجل : « ذوا عدل منكم أو آخر ان من غيركم » قال : فقال اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من اهل الكتاب ، فقال : اذا مات الرجل المسلم بارض غربة فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من اهل الكتاب مرضيين عند اصحابهما (* ٣) . لكن السند مخدوش بحمزة بن حمران حيث انه لم يوثق : الا أن يقال بأن التقييد اجماعي كما في الجواهر فبالاجماع يقيد اطلاق الآية والنصوص ويختص الحكم بخصوص الذمي ، والله العالم .

(٢) لنقود الاقرار ، روى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى

(١) الوسائل الباب ٢٠ من أحكام الوصايا الحديث : ٢

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٧

بعض تثبت بالنسبة الى حصة المقردون المنكر^(١) نعم اذا اقر منهم اثنان وكانا عدلين تثبت الوصية بتمامها^(٢) واذا كان عدلاً واحداً تثبت أيضاً مع يمين الموصى له وتثبت الوصية العهدية باقرار الورثة جميعهم واذا اقر بعضهم ثبت بعض الموصى به على نسبة حصة المقروين نقص من حقه نعم اذا اقر اثنان عدلان منهم ثبتت^(٣).

فصل في منجزات المريض

(مسألة ١) : اذا تصرف المريض في مرض الموت تصرفاً منجزاً فان لم يكن مشتملاً على المحاباة كما اذا باع بثمن المثل او آجر باجرة المثل فلا اشكال في صحته ولزوم العمل به^(٤) واذا كان مشتملاً على نوع من المحاباة والعطاء المجاني كما اذا أعتق أو أبرأ او وهب هبة مجانية غير معوضة او معوضة باقل من القيمة أو باع باقل

الله عليه وآله وسلم انه قال : اقرار العقلاء على انفسهم جائز (*) (١) وجواز الاقرار ونفوذه من الواضحات .

(١) لتحقق الموضوع بهذا المقدار .

(٢) لتحقق الشهادة المعتبرة على الفرض .

(٣) كما مر، ومما ذكرنا يتضح ما أفاده بتمامه ، فلاحظ .

(٤) للاطلاقات والعمومات الأولية الدالة على الصحة بسلا وجود معارض

مضافاً الى عدم الخلاف فيه ظاهراً .

من ثمن المثل أو أجر باقل من اجرة المثل أو نحو ذلك مما يستوجب نقصاً في ماله فالظاهر انه نافذ كنصره في حال الصحة والقول بأنه يخرج من الثلث فاذا زاد عليه لم ينفذ الا باجازة الوارث ضعيف^١ واذا اقربعين أو دين لوارث أو لغيره فان كان المقر مأموناً ومصدقاً في نفسه نفذ الاقرار من الاصل وان كان متهماً

(١) يقع الكلام في هذه المسئلة في مقامين : المقام الأول: فيما تقتضيه القواعد الأولية والمقام الثاني فيما تقتضيه النصوص الخاصة . أما المقام الأول : فنقول لا اشكال في أن مقتضى القواعد الأولية نفوذ التصرف وصحته فانه مادام لم يقم دليل على التخصيص أو التقييد يكون عموم العمومات واطلاق المطلقات محكماً ومرجأ .

وأما المقام الثاني : فعمدة ما قيل في مقام الاستدلال على المدعى أو يمكن أن يقال جملة من النصوص : منها : مارواه سماعة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده فقال : أما اذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ما شاء وأما في مرضه فلا يصلح (* ١) .

والمستفاد من هذه الرواية كما ترى ان عطية الوالد لولد انكانت في حال المرض لا يكون صالحاً وان كان في حال الصحة يكون صالحاً ومن الظاهر ان مفاد الرواية لا يرتبط بالمقام فان المدعى في المقام ان منجزات المريض في مرض موته لا تكون صحيحة وبعبارة اخرى : مفاد الرواية اجنبي عما نحن بصدده .

ومنها : مارواه جراح المدائني قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده يبينه قال : اذا اعطاه في صحته جاز (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة

بجراح .

ومنها : مارواه الحلبي ، قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لأمراة عليه الصداق أو بعضه فتبرته منه في مرضها فقال : لا (* ١) .

والمستفاد من هذه الرواية كالرواية السابقة اجنبي عن المقام إذ المستفاد منها ان ابراء الصداق الثابت في ذمة الزوج في حال المرض لا يصح ومن الظاهر انه لا يرتبط بما نحن فيه .

ومنها : مارواه سماعة قال : سأله وذكر مثله وزاد : ولكنها ان وهبت له جاز ما وهبت له من ثلثها (* ٢) والكلام فيه هو الكلام .

مضافاً الى أن المستفاد من الحديث ان ابراء ما في الذمة ليس صحيحاً ولكن هبتها ، تكون صحيحة والحال انه يمكن أن يقال كما في بعض الكلمات انه خلاف الاجماع حيث ان ابراء ما في الذمة صحيح دون هبته فالأمر بالعكس .

ومنها : مارواه عقبة بن خالد ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله عن رجل حضره الموت فاعتق مملوكاً له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه ؟ قال : ما يعتق منه الا ثلثه (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة بمحمد بن عبد الله بن هلال .

ومنها : مارواه علي بن عقبة : عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل حضره الموت فاعتق مملوكاً له ليس له غيره ، فأبى الورثة ان يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه ؟ قال : ما يعتق منه الا ثلثه ، وسائر ذلك الورثة احق بذلك ، ولهم ما بقي (* ٤) وهذه الرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ الى علي بن حسن بن

الفضل .

ومنها : ما رواه أبو بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ان اعتق رجل عند موته خادماً له ثم اوصى بوصية اخرى اعتقت الخادم من ثلثه ، والغيت الوصية الا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بالبطائني .
ومنها : ما رواه أبو ولاد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها قال : بل تهبه له فتجوز هبتها له ويحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ الى علي بن حسن بن الفضال .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم (* ٣) بتقريب ان المستفاد من الرواية ان مجموع ما اوصى مع العتق اكثر من الثلث وفيه : انه لا دليل عليه بل لا يبعد أن يرجع الضمير الى خصوص ما اوصى بل على ما قبل استدل بعض بهذه الرواية على القول الاخر ، فلاحظ .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم (* ٤) والكلام فيه هو الكلام ، بل دلالة هذه الرواية على القول الاخر اظهر مضافاً الى الاشكال في السند .

ومنها : ما رواه الحسن بن الجهم قال : سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول في رجل اعتق مملوكاً وقد حضره الموت واشهد له بذلك وقيمته ستمائة درهم ، وعليه دين ثلاثمائة درهم ولم يترك شيئاً غيره ، قال : يعتق منه سدسه لأنه انما له من ثلاثمائة درهم وله السدس من الجميع » ويقضى عنه ثلاثمائة درهم وله من الثلاثمائة

(١) الوسائل الباب ٦٧ من أحكام الوصايا الحديث : ٣

(٢) الوسائل الباب ١١ من أحكام الوصايا الحديث : ١

(٣) لاحظ ص : ٣٥٩

(٤) لاحظ ص : ٣٥٩

درهم وله من الثلاثمائة ثلثها . خ كا « (* ١) .

وفيه : انه لم يفرض المرض في الرواية مضافاً الى ما نقل عن المسالك بأن الرواية واردة في العتق ويمكن أن يكون الحكم خاصاً به ولا وجه لقياس غير المقام عليه اصف الى ذلك كله ان الرواية معارضة مع ما دل على صحة عتقه . ومنها : ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج ، قال سئلني أبو عبدالله عليه السلام هل يختلف ابن أبي ليلى وابن شبرمة ؟ فقلت : بلغني انه مات مولى لعيسى بن موسى فترك عليه ديناً كثيراً ، وترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم ، فاعتقهم عند الموت فسألهم عيسى بن موسى عن ذلك فقال ابن شبرمة أرى ان تستعيهم في قيمتهم فتدفعها الى الغرماء فانه قد أعتقهم عند موته ، فقال ابن أبي ليلى : أرى ان ابيعهم وادفع اثمانهم الى الغرماء ، فانه ليس له أن يعتقهم عند موته ، وعليه دين يحيط بهم ، وهذا اهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير فلا يجيزون عتقه اذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده الى السماء وقال : سبحان الله يا ابن أبي ليلى متى قلت بهذا القول ؟ والله ما قلته الا طلب خلافي فقال أبو عبدالله عليه السلام : فعن رأى ايها صدر ؟ قال : قلت باغني انه اخذ برأى ابن أبي ليلى ، وكان له في ذلك هوى فباعهم وقضى دينه ، فقال : فمع ايهما من قبلكم ؟ قلت له : مع ابن شبرمة ، وقد رجع ابن أبي ليلى الى رأى ابن شبرمة بعد ذلك ، فقال : أما والله ان الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلى ، وان كان قد رجع عنه ، فقلت له : هذا ينكسر عندهم في القياس ، فقال : هات قايستي ، قلت : أنا اقايسك ، فقال : لتقولن باشد ما تدخل فيه من القياس ، فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه خمسمائة درهم ، فاهتقه عند الموت كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد فيأخذ الغرماء خمسمائة درهم ويأخذ الورثة

مائة درهم ، فقلت : أليس قد بقي عن قيمة العبد مائة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى ، قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء ؟ قال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد فالثلث من المائة حين اعتقه ؟ قال : ان العبد لا وصية له انما ماله لمواليه ، فقلت له : فان كان قيمة العبد ستمائة درهم ودينه اربعمائة فقال : كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء اربعمائة درهم ويأخذ الورثة مائتين ولا يكون للعبد شيء ، قلت : فان قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثمائة درهم فضحك ، فقال : من ههنا اتى اصحابك جعلوا الاشياء شيئاً واحداً ولم يعلموا السنة ، اذا استوى مال الغرماء ومال الورثة او كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم ينهم الرجل على وصيته ، واجيزت الوصية على وجهها فالان يوقف هذا ، فيكون نصفه للغرماء ويكون ثلثه للورثة ويكون له السدس (*) (١) .

وهذه الرواية لم يفرض فيه المرض للمعتق وانما فرض كون المعتق مديوناً فلا يرتبط بالمقام ويمكن أن يكون الحكم الوارد في الرواية حكماً خاصاً للموضوع الخاص .

ومنها : مارواه جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اعتق مملوكه عند موته وعليه دين ، فقال : ان كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه والا لم يجز (*) (٢) ومن الظاهر انه لا يرتبط مفاد الحديث بما نحن بصددده . وربما يستدل على المدعى بالنصوص الدالة على أن للانسان عند موته ثلث ماله منها : مارواه معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان البراء بن معمر الانصاري بالمدينة ، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله بمكة ، وانه حضره الموت وكان رسول الله صلى الله عليه وآله والمسلمون يصلون الى بيت المقدس

(١) نفس المصدر الحديث : ٥

(٢) نفس المصدر الحديث : ٦

فأوصى البراء بن معرور اذا دفن أن يجعل وجهه تلقاء النبي صلى الله عليه وآله الى القبلة ، وأوصى بثلث ماله فجرت به السنة (* ١) .

ومنها : مارواه أبو بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله ؟ فقال : له ثلث ماله وللمرأة أيضاً (* ٢) .

ومنها : مارواه مرازم ، عن بعض اصحابنا ، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطى الشئ من ماله في مرضه قال : ان ابان به فهو جائز وان أوصى به فهو من الثلث (* ٣) .

بتقريب انه لا يجوز تصرفه الا في هذا المقدار ويرد عليه : ان المراد من تلك النصوص الوصية بالثلث والا فلا اشكال في ان الشخص مادام حياً يكون ماله بتمامه له اضع الى ذلك ان هذه الطائفة معارضة بمادل على أن الانسان يمكنه التصرف في ماله مادام حياً .

الا أن يقال : انه لا تعارض بين الجانبين اذ يمكن أن يقال : ان الأخبار الدالة على أن للانسان ماله الى زمان الموت يقيد بما دل على التقييد .

ومما يمكن أن يستدل به على المدعى النصوص الدالة على عدم جواز الاضرار بالوارث وعدم جواز الجور في الوصية : منها ما رواه السكوني ، عن جعفر بن محمد ، عن ابيه عليهما السلام قال : قال علي عليه السلام : ما ابالي اضررت بولدي او سرقته ذلك المال (* ٤) .

ومنها : ما رواه السكوني ايضاً عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام قال : قال علي عليه السلام من أوصى ولم يحف ولم يضار كان كمن تصدق به في حياته (* ٥) .

ومنها : ما رواه محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل توفى وأوصى بماله كله أو اكثره ، فقال له : الوصية ترد الى المعروف غير المنكر ، فمن ظلم نفسه واتى في وصيته المنكر والحيث فانها ترد الى المعروف ، ويترك لأهل الميراث ميراثهم الحديث (* ١) .

ومنها : ما رواه مسعدة بن صدقة ، عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام قال : من عدل في وصيته كان كمن تصدق بها في حياته ، ومن جار في وصيته لقي الله عز وجل يوم القيامة وهو عنه معرض (* ٢) .

ومنها : ما رواه العياشي (في تفسيره) عن السكوني ، عن جعفر بن محمد ، عن ابيه عن علي عليهم السلام قال : السكر من الكبائر ، والحيث في الوصية من الكبائر (* ٣) . بتقريب ان المستفاد من هذه النصوص ان التصرف في أزيد من الثلث يتوقف على اذن الوارث .

وفيه ان هذا الحكم خاص بالوصية والا يلزم القول بعدم جواز التصرف حتى في حال الصحة ، وهو كما ترى وبعبارة اخرى هذه حكمة لجعل الوصية نافذة في خصوص الثلث .

ولكن مع ذلك كله في النفس شيء اذ لا يبعد أن يفهم من عنوان المرض في جملة من النصوص مرض الموت فلا يتوجه ما ذكرناه من الاشكال حيث قلنا ان مفاد تلك النصوص اجنبي عن المقام اللهم الا أن يستدل على جواز التصرف على نحو الاطلاق بالسيرة الخارجية من غير تكبير من المتشعبة اذ لولا صحة التصرف الواقع في مرض الموت كيف يمكن جريان السيرة عليه وطريق الاحتياط ظاهر والله العالم بحقائق الامور وعليه التوكل والتكلان .

نفذ من الثلث هذا اذا كان الاقرار في مرض الموت اما اذا كان في حال الصحة أو في المرض غير مرض الموت اخرج من الاصل وان كان متهما^(١).

(١) الظاهر ان الماتن ناظر الى ان الجمع بين النصوص يقتضي التفصيل المذكور فان المستفاد من جملة من النصوص نفوذ الاقرار مع عدم التهمة وعدم نفوذها معها لاحظ ما رواه العلا بياح السابري قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالا فلما حضرها الموت قالت له : ان المال الذي دفعته اليك لفلانة وماتت المرأة فأتى اولياؤها الرجل فقالوا : انه كان لصاحبنا مال ولا نراه الا عندك فاحلف لنا مالها قبلك شيء أفحلف لهم ؟ فقال : ان كانت مأمونة عنده فيحلف لهم ، وان كانت متهمة فلا يحلف ، ويضع الأمر على ما كان ، فانما لها من مالها ثلثه (* ١) .

ولاحظ ما رواه أبو أيوب ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أوصى لبعض ورثته ان له عليه دين ، فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له (* ٢) ولاحظ مكاتبة محمد بن عبد الجبار (* ٣) بتقريب ان الدين لو لم يكن معروفاً معلوماً لم يكن الاقرار مؤثراً للتهمة .

ولاحظ ما رواه الحلبي ، قال : سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل اقر لوارث بدين في مرضه أبجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان ملياً (* ٤) بناء على ان الملائة طريق الى رفع التهمة ونقل عن الصحاح انه ملو الرجل صار ملياً اي ثقة . ولاحظ ما رواه منصور بن حازم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل

١ (٢٠١) الوسائل الباب ١٦ من احكام الوصايا الحديث : ٨٠٢

٢ (٣) لاحظ ص : ٣٧٤

٣ (٤) الوسائل الباب ١٦ من احكام الوصايا الحديث : ٧

(مسألة ٢) : اذا قال : هذا وقف بعد وفاتي اوفحو ذلك مما يتضمن تعليق الايقاع على الوفاة فهو باطل لا يصح وان اجاز الورثة^(١) فالانشاء المعلق على الوفاة انما يصح في مقامين انشاء الملك وهي الوصية

اوصى ببعض ورثته ان له عليه ديناً ، فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي اوصى له (* ١) .

ولاحظ ما رواه الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : الرجل يقر لو ارث بدين ، فقال : يجوز اذا كان ملياً (* ٢) .

ولاحظ ما رواه أبو بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت عن رجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين ، وأوصى ان هذا الذي ترك لأهل المضاربة ، أيجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان مصداقاً (* ٣) .

ومقتضى الجمع بين هذه الطائفة وبقية الطوائف التفصيل بأن يقال : ان كان الاقرار في حال المرض اي مرض الموت وكان بمقدار الثلث ينفذ والا لا ينفذ ، هذا فيما يكون المقر غير مضدق في قوله والا يحسب من الأصل فان الجمع بين النصوص يقتضي التفصيل المذكور .

لاحظ حديث بيع السابري (* ٤) حيث يدل على ان الاقرار مع التهمة لا يؤثر الا في الثلث وبهذه الرواية يقيد ما دل على عدم النفوذ على الاطلاق في حال التهمة وأما التقييد بالمرض المقيد بمرض الموت فلا يبعد ان الوجه فيه قياس الاجماع القطعي على نفوذ الاقرار في حال الصحة وحال المرض غير مرض الموت ، والله العالم .

(١) للتعليق .

التمليكية وانشاء العتق وهو التدبير^(١) ولا يصح في غيرهما من انواع الانشاء فاذا قال: بعت او آجرت او صالحت او وقفت بعد وفاتي بطل ولا يجري عليه حكم الوصية بالبيع او الوقف مثلاً بحيث يجب على الورثة ان يبيعوا او يوقفوا بعد وفاته^(٢) الا اذا فهم من كلامه انه يريد الوصية بالبيع او الوقف فحينئذ كانت وصيته صحيحة ووجب العمل بها^(٣) نعم اذا قال للمدين ابرأت ذمتك بعد وفاتي واجازه الوارث بعد موته برئت ذمة المدين فان اجازة البراء بنفسها تنازل من قبل الورثة عن حقهم وبراء لذمة المدين^(٤).

كتاب الوقف

وهو تحبيس الاصل وتسجيل الثمرة^(٥).

- (١) كما هو ظاهر واضح .
- (٢) فانه لا مقتضي للصحة .
- (٣) لنفوذ الوصية ووجوب العمل بها .
- (٤) الظاهر ان ما أفاده تام .
- (٥) قال المحقق قدس سره: « الوقف عقد ثمرته تحبيس الأصل وإطلاق المنفعة وقد ذكر هذا المضمون في بعض النصوص منها ما رواه ابن أبي جمهور في عوالي اللآلي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال حبس الأصل وسبل الثمرة (*) وفي درر اللآلي عنه صلى الله عليه وآله انه قال ان شئت حبست أصله وسبلت ثمرتها (*) (٢)

(مسألة ١) : لا يكفي في تحقيقه مجرد النية بل لابد من مظهر لها مثل وقفت وحجبت ونحوهما مما يدل على المقصود^(١) والظاهر وقوعه بالمعاطاة مثل أن يعطى الى قيم المشهد آلات الاسراج أو يعطيه الفراش أو نحو ذلك^(٢) بل ربما يقع بالفعل بلامعاطاة مثل أن يعمر الجدار أو الاسطوانة المخرقة من المسجد أو نحو ذلك^(٣) فانه اذا مات من دون اجراء صيغة الوقف لا يرجع ميراثاً الى ورثته^(٤)

(مسألة ٢) : الوقف تارة يكون له موقوف عليه يقصد عود المنفعة اليه وتارة لا يكون كذلك والثاني وقف المسجد فان الواقف لم يلحظ في الوقف منفعة خاصة وانما لاحظ مجرد حفظ العنوان الخاص وهو عنوان المسجدية وهذا القسم لا يكون له موقوف عليه^(٥)

ولا اشكال في أن قوام الوقف يكون الموقوف محبوساً وممنوعاً عن الحركة وبهذا الاعتبار يسمى الوقف وقفاً وعلى الجملة لا اشكال فيما أفاده وقد أجاد الماتن حيث قال : « وهو تجيس الأصل » ولم يقل هو عقد اذ لو كان عقداً يلزم فيه القبول والحال ان الوقف لا يشترط فيه القبول كما يصرح به فيما بعد .

(١) فان الوقف من الامور الانشائية ولا بد فيها من ابرازها بمبرز .

(٢) اذ يصدق العنوان بالمعاطاة ولا دليل على اشتراط الانشاء باللفظ .

(٣) بعين التقريب ووحدة الملاك فلاحظ .

(٤) اذ بعد تمامية الوقف لامجال للانتقال الى الورثة بالأرث فان المفروض

خروج العين عن ملك المورث فلا موضوع للأرث كما هو ظاهر .

(٥) ربما يقال : ان المسجد خارج عن عنوان الوقف ومصدق للتحرير ولكن

واذا لاحظ الواقف منفعة خاصة مثل الصلوة أو الذكر أو الدعا أو نحوها من انحاء العبادة فقال: وقفت هذا المكان على المصلين أو الذاكرين أو الداعين أو نحو ذلك لم يصير مسجداً ولم تجر عليه أحكام المسجد وإنما يصير وقفاً على الصلوة أو غيرها مما لاحظ الواقف ويكون من القسم الأول الذي له موقوف عليه وهو الذي لاحظ الواقف فيه المنفعة وهو على أقسام^(١)

الظاهر أنه لا دليل عليه فالحق أنه نوع من الوقف في مقابل بقية الوقوف فكما أفاد الماتن تارة يكون للوقف موقوف عليه وفي هذه الصورة لا يتحقق عنوان المسجدية فالمسجد وقف بلا موقوف عليه .
وان شئت قلت: لا إشكال في أن المستفاد من الأدلة الشرعية أن الشارع الأقدس جعل أحكاماً خاصة للمسجد ولا حظ عنوان المسجد موضوعاً للأحكام الخاصة ويتحقق هذا العنوان بتعلق انشائه مع اجتماع الشرائط بمكان فالنتيجة أنه لو قصد الواقف ذلك الموضوع الذي تترتب عليه أحكام خاصة في الشريعة يتحقق عنوان المسجدية وتترتب عليه تلك الأحكام ولا يكون له موقوف عليه فانقذ مما تقدم أن المسجد داخل في الوقوف ولكن لا ينافي كونه تحريراً والظاهر أن المراد من التحرير إطلاقه وعدم كونه ملكاً لأحد وعلى الجملة الوقف إذا كان له موقوف عليه لا يكون محرراً بل مقيداً بكونه مملوكاً وبعبارة أخرى: قبل الوقف يكون ملكاً للواقف وبعد الوقف يصير ملكاً للموقوف عليه وأما المسجد حيث أنه لا يكون ملكاً للموقوف عليه لعدمه لا يكون مقيداً بل يكون حرراً فقبل الوقف يكون ملكاً للواقف وبالوقف يصير محرراً ومطلقاً من هذه الجهة فلاحظ .

(١) الأمر كما أفاده فإن الموقوف في هذه الصورة لا يكون مسجداً بل يكون

الاول: أن يلحظ عود المنفعة الى الموقوف عليهم بصيرورتها ملكاً لهم كما اذا قال : هذا المكان وقف على اولادي على أن تكون منافعه لهم أو هذا البستان وقف على اولادي على أن تكون ثمرتها لهم فتكون المنافع والثمرة ملكاً لهم كسائر أملاكهم تجوز المعاوضة منهم عليها ويرثها وارثهم وتضمن لهم عند طرء سبب الضمان وتجب الزكاة على كل واحد منهم عند بلوغ حصته النصاب^(١) الثاني أن تلاحظ المنافع مصروفة عليهم من دون تمليك فلا تجوز المعاوضة من احد الموقوف عليهم على حصته ولا تجب فيها الزكاة وان بلغت النصاب ولا يرثها وارث الموقوف عليه اذا مات قبل أن تصرف المنفعة عليه وتضمن

موقوفاً على المصلين وتكون المنفعة راجعة اليهم ولذا لا يكون تحريراً بل يكون ملكاً وهذا القسم له اقسام .

(١) والسيرة جارية عليه بلا ردع من الشارع بل اطلاق قوله عليه السلام في بعض النصوص : منها ما رواه محمد بن الحسن الصفار أنه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي عليهما السلام في الوقف وما روي فيه « الوقوف وما روي فيها » عن آبائهم السلام فوقع عليه السلام : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها انشاء الله (* ١) .

ومنها : ما رواه محمد بن يحيى قال : كتب بعض اصحابنا الى أبي محمد عليه السلام في الوقوف وما روي فيها فوقع عليه السلام : الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها انشاء الله (* ٢) ، يشمل المقام وبعد تحقق الملكية تترتب عليها أحكامها كما في المتن .

المنفعة بطرء سبب الضمان وهذا القسم على نوعين: الأول أن يلحظ فيه صرف شخص المنفعة كما إذا قال: هذه الشجرة وقف على اولادي إذا كانوا ثمرتها وفي مثله لا يجوز للولي تبديلها والمعاوضة عليها بل يصرف نفس الثمرة عليهم لباكلوها الثاني: أن لا يلحظ فيه صرف شخص المنفعة بل يلحظ الأعم منها ومن بدلها كما إذا قال: هذه البستان وقف على اولادي تصرف منفعتها عليهم سواء أكان بتبديلها الى عين أخرى بأن يبدل الولي الثمرة بالحنطة أو الدقيق أو الدراهم أو يبدل نفسها لهم^(١) القسم الثالث: أن يلاحظ الواقف انتفاع الموقوف عليهم مباشرة باستيفاء المنفعة بأنفسهم مثل وقف خانات المسافرين والرباطات والمدارس وكتب العلم والادعية ونحوها وهذا القسم كما لا تجوز المعاوضة على منافعها لا من الموقوف عليهم ولا من الولي لا توارث فيه^(٢) والظاهر ثبوت الضمان فيه ايضاً اذا غصب المنفعة غاصب كالاقسام السابقة^(٣) نعم الظاهر عدم الضمان في مثل المساجد

(١) كما هو مقتضى اطلاق كون الوقف على حسب جعل الواقف فانه تابع لجعله فاذا وقفه على أن يصرف نفعه في الموقوف عليه بلا تغيير يجب وأما اذا جعل الأعم يجوز الصرف على ذلك النحو .

(٢) كما عليه السيرة الخارجية المستمرة وفي جميع هذه الأقسام يكون الوقف ملكاً للموقوف عليه غاية الأمر تارة يكون الوقف خاصاً واخرى عاماً وبعبارة اخرى ان العين الموقوفة مملوكة للموقوف عليه وتنصور الأقسام المذكورة في المتن بالنسبة الى منفعة الوقف .

(٣) اذ المفروض عدم كون التالف من المباحات الأصلية فيكون المتلف ضامناً

التي يكون الوقف فيها تحريراً^١.

(مسألة ٣) : الظاهر عدم اعتبار القبول في الوقف بجميع أنواعه^٢.

ويمكن أن يقال : ان المنفعة في هذه الموارد ملك للجهة الخاصة .

١) والوجه فيه انه لا مالك للعين في المسجد فلا موضوع للضمان وبعبارة اخرى الضمان يترتب على تلف المملوك والمفروض ان المساجد غير مملوكة فلا موضوع للضمان فيها .

٢) قد تقدم في أول الكتاب بأنه لا دليل على اشتراط القبول في الوقف بل مقتضى اطلاق النصوص عدم الاشتراط وبعبارة اخرى : الوقف بماله من المفهوم يصدق ولو مع عدم القبول مضافاً الى السيرة الجارية الخارجية حيث لا يراعى فيه القبول وربما يستدل باعتبار القبول فيه بوجوه :

الوجه الاول ان الوقف عقد ويشترط في العقد الإيجاب والقبول . وفيه انه مصادرة والدليل عين المدعى .

الوجه الثاني : انه ادخال في الملك وكيف يمكن ادخال عين في ملك احد بلا قبوله ورضاه . وفيه اولاً : النقص بالطبقات اللاحقة في الوقف الخاص اذ لم ينقل فيه اشتراط القبول منهم وأيضاً ينقص بالارث وثانياً : انه لو دل الدليل نلتزم به ولا محذور فيه وقد تقدم ان السيرة الخارجية جارية على الوقف بلا رعاية اشتراط القبول اذ ان ذلك النصوص الدالة على أوقاف الأئمة عليهم السلام .

منها : ما رواه عجلان أبو صالح قال : أملى أبو عبد الله عليه السلام بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان وهو حي سوي بداره التي في بني فلان بحدودها صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها وارث السماوات والأرض وانه

وان كان أحوط^{١)}

قد أسكن صدقته هذه فلاناً وعقبه فاذا انقضوا فهي على ذي الحاجة من المسلمين (* ١) .

ومنها : ما رواه ربعي بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدارله في المدينة في بني زريق فكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن ابي طالب وهو حي سوي تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض وأسكن هذه الصدقة خالاته ماعشن وعاش عقبن فاذا انقضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين (* ٢) .

ومنها : ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال : بعث الي بهذه الوصية أبو ابراهيم عليه السلام : هذا ما أوصى به وقضى في ماله عبدالله علي ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة ويصرفني به عن النار ويصرف النار عني يوم تبيض وجوه وتسود وجوه : ان ما كان لي من مال يينبع «من مال» يعرف لي فيها وما حولها صدقة ورقيقها غير أبي رباح وأبي تيزر وجبير عتقاء ليس لأحد عليهم سبيل فهم موالى يعملون في المال خمس حجج ومنه « وفيه » نفقتهم ورزقهم ورزق اهلهم ومع ذلك ما كان لي في بوادي القرى كله مال بني فاطمة ورقيقها صدقة الى آخر الحديث (* ٣) فانه لا تكون في هذه النصوص دلالة على القبول .

الوجه الثالث : ان مقتضى الأصل عدم خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف وفيه انه لا مجال للأصل مع وجود الدليل .

(١) لا اشكال في أنه أحوط كما أنه لا اشكال في حسنه سيما مع وجود القائل به

(٢ ١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٣ و ٤

(٣) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٤

ولاسيما في الوقف بلحاظ ملك المنفعة^(١) سواء كان عاماً مثل الوقف على العلماء أم خاصاً مثل الوقف على اولاده^(٢) فيقبل في الاول الحاكم الشرعي^(٣) وفي الثاني الموقوف عليهم من الطبقة الاولى^(٤).
(مسألة ٤) : الاظهر عدم اعتبار القرية في صحة الوقف .

كما عبر في عبارة المحقق بالعقد فلاحظ .

(١) لايبعد أن يكون الوجه في الخصوصية انه لو لم تلاحظ فيه ملكية المنفعة للموقوف عليه لا يكون الوقف ادخالاً لشئ في ملك الغير وأما مع هذا للناظر يكون من مصاديق الإدخال في ملك الغير فكيف يمكن تحقيقه بلا قبول من يدخل في ملكه والجواب عن هذا التقريب قد تقدم وقلنا مع دلالة الدليل لامجال للاشكال مضافاً الى أن الوقف لا يكون تحريراً بل تملكاً فملى كلا التقديرين يكون الوقف مستلزماً لأدخال العين في ملك الغير نعم في خصوص وقف المسجد - كما تقدم - لا يكون تملكاً بل تحريراً .

(٢) اذ على كلا التقديرين يحصل التملك وادخال المنفعة في ملك الغير .

(٣) فانه الولي العام وحيث ان المالك ليس الشخص بل الكلبي لا بد من قبوله ودخوله في الأمر .

(٤) اذ المفروض ان المالك الشخص الخارجي فلا بد من قبوله ولا وجه لدخول الحاكم .

(٥) قد وقع الخلاف بين الأصحاب في اشتراط قصد القرية في الوقف وعدمه وما يمكن أن يقال : في تقريب الاستدلال على الاشتراط وجوه : الوجه الأول : الاجماع وفيه انه يمكن استناد المجمعين الى الوجوه المذكورة في المقام فلا يكون اجماعاً تعبيرياً كاشفاً عن رأي المعصوم .

الوجه الثاني : انه اطلق عنوان الصدقة على الوقف في النصوص لاحظ

وقوف الأئمة منها ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج قال أوصى أبو الحسن عليه السلام بهذه الصدقة هذا ما تصدق به موسى بن جعفر عليهما السلام تصدق بأرضه في مكان كذا وكذا أكلها وحد الأرض كذا وكذا تصدق بها كلها ونخلها وأرضها وقناتها وماؤها وأرحابها الخ (*) (١) .

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى قد دل الدليل على اشتراط الصدقة بالقربة لاحظ ما عن أبي عبدالله عليه السلام الرجل يتصدق على بعض ولده بصدقة وهم صغار أله أن يرجع فيها قال : لا الصدقة لله تعالى (*) (٢) .

وما رواه حماد بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل (*) (٣) .

ولاحظ أيضاً ما عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل (*) (٤) .

وفيه ان المستفاد من فعل الأئمة عليهم السلام ان الوقف يمكن أن يقع مصداقاً للصدقة والمستفاد من دليل اشتراط القربة في الصدقة انه لا تحقق الصدقة الا مع قصد القربة لكن لا دليل على تقوم الوقف بالقربة وبعبارة أخرى الذي يستفاد من الدليل ان الصدقة يشترط فيها القربة وأما كون الوقف على الاطلاق أمراً قريباً فلا يستفاد من هذه النصوص .

الوجه الثالث : انه يلزم اتباع الأئمة فلا بد من قصد القربة وفيه انه لا اشكال في جواز قصد القربة انما الاشكال في لزومه ولا دليل على لزوم الاتباع فيما لا يكون

(١) لاحظ ص ٤٤١ و ٤٤٢ والوسائل الباب ١٠ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٥

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

(٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

(٤) نفس المصدر الحديث : ٣

ولاسيما في مثل الوقف على الذرية^(١).

(مسألة ٥) : يعتبر في صحة الوقف القبض^(٢)

لازماً.

الوجه الرابع: ان مقتضى الأصل عدم تحققه بلا قصد القرية وفيه انه لامجال للأصل مع عدم الدليل عليه ووجود المقتضي المصحح مضافاً الى السيرة الخارجية المقتضية لعدم الاشتراط.

الوجه الخامس: ان الأصل في الأوامر التعبدية وفيه انه قد ثبت في الأصول ان مقتضى القاعدة الأولية التوصلية والتعبد يحتاج الى الدليل اضاف الى ذلك كله انه لا اشكال في الوقف الصادر عن المخالف والحال ان المخالف لا يمكنه قصد القرية لعدم صحة العبادة عن غير المؤمن فالحق ما أفاده في المتن من عدم الاشتراط.

(١) لم يظهر لي وجه الخصوصية ولعل الوجه فيه ان عدم الاشتراط اوضح بلحاظ السيرة الجارية الخارجية والله أعلم.

(٢) قال في الحقائق: « لا خلاف في اشتراط القبض في صحة الوقف وتمامه بحيث انه بعده لارجوع في الوقف وأما قبله فله الرجوع ولو مات قبله رجع ميراثاً بمعنى ان الانتقال عن المالك مشروط بالعقد والقبض فيكون العقد جزء السبب الناقل وتمامه القبض وعلى هذا فالعقد في نفسه صحيح الا أنه غير ناقل الا بالقبض ولهذا جاز قسحه قبل القبض وبطل بالموت قبله » (* ١).

ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه صفوان بن يحيى عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألت عن الرجل يقف الضيعة ثم يدوله أن يحدث في ذلك شيئاً

فاذا مات قبل القبض بطل^(١) ولا يعتبر في القبض الفورية^(٢)

فقال : ان كان وقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لها قima لم يكن له أن يرجع فيها وان كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها وان كانوا كباراً ولم يسلمها اليهم ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها لأنهم لا يحوزونها عنه وقد بلغوا (*١) .

فان المستفاد من هذه الرواية ان الحيابة والقبض شرط وقبل القبض يجوز للواقف الرجوع في الضيعة ولكن الانصاف انه لا يستفاد المدعى من هذا الخبر بل المستفاد منه تحقق الملكية بالوقف وتحقيق لزومه بالقبض ومثله في الدلالة على الصحة دون اللزوم ما رواه الأسدي فيما ورد عليه من جواب مسائله عن محمد بن عثمان العمري عن صاحب الزمان عليه السلام وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثم يحتاج اليه صاحبه فكل ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار وكل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج أو لم يحتج افتقر اليه أو استغنى (*٢) .

(١) لو قلنا بعدم تحقق الملكية قبل القبض فالأمر كما افاده اذ مع بقاء العين في ملك الواقف ينتقل ما تركه الى وارثه ولكن الاشكال في أصل المبنى كما تقدم نعم يستفاد المدعى من حديث عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال في رجل تصدق على ولد له قد ادركوا قال: اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من يدرك من ولده فهو جاز لان الوالد هو الذي يلي أمره وقال لا يرجع في الصدقة اذا تصدق بها ابتغاء وجه الله (*٣) لكن الحديث ضعيف بقاسم بن سليمان حيث انه لم يوثق فلا بد من اتمام الأمر بالاجماع التعبدية الكاشف ان تحقق .

(٢) لاطلاق الدليل فان المستفاد من حديث صفوان اشتراط القبض بدون تقيده

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٤

(٢) نفس المصدر الحديث : ٨

(٣) نفس المصدر الحديث : ٥

وفي اعتبار اذن الواقف في القبض اشكال^(١).

(مسألة ٦) : يكفي في تحقق القبض في مثل الوقف على الذرية

قبض الطبقة الاولى^(٢).

(مسألة ٧) : اذا وقف على اولاده الصغار وأولاد أولاده

وكانت العين في يده كفى ذلك في تحقق القبض ولم يحتاج الى قبض

آخر^(٣) واذا كانت العين في يد غيره فلا بد من أخذها منه ليتحقق قبض

وليهم^(٤).

بالفورية ويمكن تفريب الاستدلال على المدعى بوجه آخر وهو ان المرجع اطلاق دليل الوقف لكن لا بد من تقييده بالقبض في الجملة فلو تحقق القبض ولو مع التراخي يكون مقتضى دليل الصحة كونه تاماً بعد القبض فلاحظ .

(١) ربما يستدل على اشتراط الاذن بحديث الأسدي (*) (١) فان المستفاد من هذا الحديث التسليم لكن السند ضعيف فليس قابلاً للاعتماد عليه ويستفاد عدم الاشتراط من حديث صفوان (*) (٢) حيث انه يستفاد منه جواز المخاصمة مع الواقف للحيازة فيعلم عدم اشتراط الاذن وطريق الاحتياط ظاهر والله العالم .

(٢) اذا المفروض انه وقف واحد فيتم بقبض الطبقة الاولى ويمكن أن يقال : انه لا دليل على اشتراط قبض كل طبقة ومع عدم الدليل يكفي اطلاق دليل الوقف (٣) اذا المفروض كونه ولياً لهم وقبضه قبضهم فاذا كانت العين في يده يتحقق القبض ولا يحتاج الى قبض آخر وان شئت قلت : تحصيل الحاصل لا يمكن .

(٤) كما هو ظاهر فان المفروض اشتراط القبض فلا بد من أخذه كي يتحقق

(١) لاحظ ص : ٤٤٦

(٢) لاحظ ص : ٤٤٥

- (مسألة ٨) : اذا كانت العين بيد الموقوف عليه كفى ذلك في قبضها ولم يحتاج الى قبض جديد^(١).
- (مسألة ٩) : يكفي في قبض غير المنقول رفع الواقف يده عنه واستيلاء الموقوف عليهم عليه^(٢).
- (مسألة ١٠) : في اعتبار القبض في صحة الوقف على الجهات العامة اشكال^(٣) ولا سيما اذا كان من نية الواقف أن تبقى في يده ويعمل بها على حسب ما وقف^(٤) والاحوط اعتباره^(٥) ولكن الظاهر عدم اعتبار قبض الحاكم الشرعي^(٦)

القبض .

- (١) اذ قد تقدم انه لا يمكن تحصيل الحاصل وبعبارة اخرى : المفروض تحقق الشرط فيتم الامر فلا حظ .
- (٢) فان قبض كل شيء بحسبه وبعبارة اخرى : القبض امر عرفي وتحققه بنظر العرف في غير المنقول بما ذكر في المتن .
- (٣) الظاهر ان وجه الاشكال عدم الدليل واختصاصه بالأوقاف الخاصة فلا مقتضي للاشتراط .
- (٤) تارة يجعل نفسه متولياً فيكون قبضه كافياً واما اذا لم يكن كذلك فلا يرى وجهاً لكفاية قبضه اذا قلنا باشتراط القبض وعلى الجملة لم يظهر لي ما رآه الماتن والله العالم .
- (٥) بلا اشكال ولا كلام فان الاحتياط طريق النجاة واخوك دينك فاحتط لدينك .
- (٦) ان قلنا باشتراط القبض لابد من قبض الحاكم فان له الولاية في الامور

فاذا وقف مقبرة كفى الدفن فيها واذا وقف مكاناً للصلاة كفى الصلاة فيه واذا وقف حسينية كفى اقامة العزاء فيها وكذا الحكم في مثل وقف المخان على المسافرين والدار على سكنى العلماء والفقراء فانه يكفي في قبضها السكنى فيها واذا وقف حصيراً للمسجد كفى وضعه في المسجد وكذا في مثل آلات المشاهد والمعابد والمساجد ونحوها فان الظاهر انه يكفي في قبضها وضعها فيها بقصد استعمالها^(١) واذا خرب جانب من جدار المسجد أو المشهد أو نحوها فعمره فالظاهر كفاية ذلك في تمامية الوقف وان لم يقبضه قابض^(٢) واذا مات لم يرجع ميراثاً لو ارثه كما عرفت^(٣).

(مسألة ١١) : اذا وقف على اولاده الكبار فقبض واحد منهم صح القبض في حصته ولم يصح في حصة الباقيين^(٤).

العامة الا أن يقال : ان مقتضى السيرة عدم الاعتبار لكن مرجعه الى عدم الاشتراط فيكون خروجاً عن الفرض .

(١) كيف يكون الدفن قبضاً والحال ان جواز الدفن متوقف على القبض وبعبارة اخرى : رتبة جواز الدفن متأخرة عن القبض فلا بد من تحقق القبض كي يتم الوقف وبعد تماميته يترتب عليه حكمه الا أن يقال : بجريان السيرة الخارجية عليه فيكون خروجاً عن الفرض .

(٢) بمقتضى السيرة الخارجية بلا كلام .

(٣) وعرفت انه لا مجال للارث فراجع .

(٤) ما أفاده ظاهر فان المفروض تحقق القبض بالنسبة الى بعضهم وعدم تحققه

(مسألة ١٢) : الوقوف التي تتعارف عند الاعراب بأن يقفوا شائناً على أن يكون الذكر المتولد منها (ذبيحة) يعنى بذبح ويؤكل والانثى (منيحة) يعنى تبقى ويستفح بصوفها ولبنها فاذا ولدت ذكراً كان (ذبيحة) واذا ولدت أنثى كانت (منيحة) وهكذا اذا كان وقفهم معلقاً على شفاء مريض او ورود مسافر أو سلامة غنمهم من الغزو أو المرض أو نحو ذلك فهي باطلة^١ واذا كانت منجزة غير معلقة فالظاهر بطلانها أيضاً لان المنيحة اذا كانت ملكاً للواقف فلا يمكن أن يكون نتاجها الذكر ذبيحة لان وقف المعدوم باطل وان خرجت عن ملك الواقف فلا يمكن أن يكون صوفها ولبنها راجعاً اليه أو الى ورثته^٢.

(مسألة ١٣) : لا يجوز في الوقف توقيته بمدة فاذا قال : داري

بالنسبة الى البعض الآخر فيترتب على كل حكمه على مقتضى القاعدة فتأمل .

(١) الظاهر ان الوجه في حكمه بالبطلان التعليق فان التعليق باطل عندهم ويتعرض الماتن لاشتراط الوقف بعدم التعليق في المسئلة (١٧) ونعرض هناك انشاء الله لتقريب الاستدلال على المدعى وما فيه من الاشكال فانتظر .

(٢) الأمر كما أفاده فان المنيحة المتولدة من الشاة الموقوفة ان كانت ملكاً للواقف فلا يجوز وقفها لعدم جواز وقف المعدوم وان لم تكن ملكاً للواقف فلا وجه لرجوع لبنها وصوفها الى المالك .

ولقائل أن يقول : نلتزم بكون المنيحة ملكاً للواقف وقد علق الوقف على وجودها فلا يكون متعلق الوقف معدوماً .

لكن يتوجه اشكال التعليق الا أن يقال : ان التعليق على ما يتوقف عليه صحة

وقف على اولادي سنة أو عشر سنين بطل^(١).

العقد غير مضر بالصحة نعم يتوجه اشكال آخر وهو انه كيف يمكن كونها ملكا للواقف والحال ان الشاة موقوفة وبعبارة اخرى : منافع العين الموقوفة لا تكون ملكا للواقف فلاحظ .

(١) ونقل في الجواهر الاجماع بتسميه عليه عن الغنية وما يمكن أن يستدل به عليه وجوه :

الوجه الاول : الاجماع وفيه ان الاجماع المدعى في المقام يحتمل كونه مدر كياً فلا يترتب عليه اثر .

الوجه الثاني : ان التأييد معتبر في مفهوم الوقف وفيه انه ليس الامر كذلك وان الوقف على قسمين بل لا يبعد اطلاق الوقف على المنقطع في بعض النصوص الوجه الثالث : الوقوف الصادرة عن بعض الائمة عليهم السلام لاحظ خبري عجلان (* ١) ورابعي (* ٢) ولاحظ حديث عبد الرحمن (* ٣) .

بتقريب : ان المستفاد من هذه النصوص ان التأييد مقوم للوقف حيث انه وصف به او باطلافه يكون ظاهراً في المؤيد وفيه ان هذا التقريب لا يثبت المدعى اذ يمكن أن يكون الوقف على قسمين وهم عليهم السلام اختاروا احد القسمين وبعبارة اخرى : لا يستفاد من هذه الروايات ان الوقف منحصر بالمؤيد .

الوجه الرابع : لزوم الاقتصار على القدر المعلوم وكون الوقف مشروعاً في غير المؤيد اول الكلام والاشكال وفيه انه يكفي دليلاً للصحة النصوص (* ٤) الدالة على أن الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها ويمكن الاستدلال على الصحة بما رواه الصفار قال : كتبت الى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي

١ و ٢) لاحظ ص : ٤٤١ و ٤٤٢

٣) لاحظ ص : ٤٤٢

٤) لاحظ ص : ٤٣٩

(مسألة ١٤) : اذا وقف على من ينقرض كما اذا وقف على اولاده واولاد اولاده صح وقفاً^٢ فاذا انقرضوا رجع الى ورثة الواقف

يصح كيف هو ؟ فقد روي ان الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة ، واذا كان موقتماً فهو صحيح ممضى ، قال قوم ان الموقت هو الذي يذكر فيه انه وقف على فلان وعقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين الى أن يرث الله الأرض ومن عليها وقال آخرون هذا موقت اذا ذكر انه لفلان وعقبه ما بقوا ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين الى أن يرث الله الأرض ومن عليها والذي هو غير موقت أن يقول : هذا وقف ولم يذكر احداً فما الذي يصح من ذلك ؟ وما الذي يبطل ؟ فوقع عليه السلام : الوقوف بحسب ما بوقفها ان شاء الله (* ١) فان مقتضى اطلاق هذا الخبر تبعية الوقف للقصد ويصح على اي نحو قصده الواقف .

(١) اذا المفروض ان الواقف قصد عنوان الوقف فلا وجه لتحققه حبساً وبعبارة اخرى : الامور الانشائية القصدية تابعة للقصد ان قلت : ليس الحبس الا الايقاف مدة والمفروض ان الواقف قصد هذا العنوان فيصح حبساً قلت : الوقف اخراج الملك عن النفس وادخاله في ملك الموقوف عليه والحبس لا يكون اخراجاً للملك فكيف يصح الوقف حبساً ؟ فلاحظ .

(٢) اذا قلنا بعدم اشتراط التأييد فالأمر ظاهر فان المقتضي للصحة موجود والمانع مفقود فيحكم بالصحة كما في المتن وأما على القول باشتراط التأييد في الوقف فيمكن أن يقال : ان عمدة الوجه في مستند الاشتراط هو الاجماع ولا اجماع في المقام وحيث لا اجماع في هذه الصورة فمقتضى القاعدة والصناعة الصحة .

حين الموت لآحين الانقراض فاذا مات الواقف عن والدين ومات احدهما قبل الانقراض وترك ولداً ثم انقرض الموقوف عليهم كانت العين الموقوفة مشركة بين العم وابن اخيه^(١).

(مسألة ١٥) : لافرق فيما ذكرنا من صحة الوقف ورجوعه الى ورثة الواقف بين كون الموقوف عليه مما ينقرض وكونه ممالا ينقرض غالباً فاتفق انقراضه^(٢) نعم يستثنى من ذلك ما اذا ظهر من القرائن ان خصوصية الموقوف عليه ملحوظة بنحو تعدد المطلوب بأن كان الواقف قد انشأ التصديق بالعين وكونه على نحو خاص فاذا بطلت الخصوصية بقي اصل التصديق فاذا قامت القرينة على ذلك وانقرض الموقوف عليه لم يرجع الى الوارث أو ورثته بل يجب أن يتصدق به^(٣).

(١) الظاهر ان الوجه فيما أفاده ان الملك لا يخرج بالوقف عن ملك الواقف الا في قطعة خاصة من الزمان كثلث سنوات مثلاً وباقي المدة يكون باقياً في ملك الواقف فاذا مات الواقف ينتقل الى وارثه حين موته بمقتضى قانون الارث وبعبارة اخرى: لا مقتضى لخروج الملك عن ملك الواقف أزيد من ذلك المقدار من الزمان فالزائد عليه يكون في ملكه وبموته ينتقل بالارث الى وارثه في ذلك الوقت فما أفاده في المتن متين فلاحظ .

(٢) لعدم ما يقتضي التفصيل والتفريق فان الملاك وتقريب الاستدلال واحسد في كلا المقامين فالأمر كما أفاده .

(٣) أما على فرض انشاء الوقف هكذا فالأمر ظاهر اذ عليه تكون العين موقوفة مطلقاً وأما على تقدير قصد التصديق بعنوان الوصية فاللازم العمل بها بمقتضى

(مسألة ١٦) : اذا وقف عيناً على غيره وشرط عودها اليه عند الحاجة ففي صحته قولان والاظهر البطلان ^(١) .

(مسألة ١٧) : يشترط في صحة الوقف التنجيز فلو علقه على أمر مستقبل معاوم الحصول أو متوقع الحصول أو أمر حالي محتمل الحصول اذا كان لا يتوقف عليه صحة العقد بطل فاذا قال : وقفت داري اذا جاء رأس الشهر او اذا ولد لي ذكر أو ان كان هذا اليوم يوم الجمعة بطل ^(٢) واذا علقه على أمر حالي معلوم الحصول او مجهول

صحة الوصية وعلى كلا التقديرين لامقتضي للارث والله العالم .

(١) لاحظ مارواه اسماعيل بن فضل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من أوقف أرضاً ثم قال ان احتجت اليها فانا أحق بها ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث (*) (١) فان الاستفادة من هذا الحديث ان الوقف بهذا النحو باطل ولذا لا أثر له ويكون المال موروثاً وينتقل الى الوارث بالارث فلاحظ .

(٢) قال السيد اليزدي قدس سره في الملحقات : « الثالث التنجيز على المشهور بل في الجواهر بلا خلاف ولا اشكال بسل الاجماع بقسميه عليه لكن في الحدائق لم اقف عليه في جملة من كتب المتقدمين منها كتاب النهاية للشيخ والمبسوط والسرائر وكذا المقنعة للمفيد فلو علق على شرط كقدوم زيد او صفة كمجيء رأس الشهر لم يصح ولا دليل عليه بالخصوص كما اعترف به صاحب المسالك وحينئذ فان تحقق الاجماع فهو والا فهو مشكل نعم ادعى صاحب الجواهر ان ظاهر ما دل على تسبب الاسباب ترتب آثارها حال وقوعها وهو ايضاً مشكل فالأحوط مراعاة الاحتياط هذا ولو علق على أمر محقق الوقوع حال الانشاء مع العلم به كما اذا

الحصول اذا كان يتوقف عليه صحة العقد كما اذا قال زيد : وقفت داري ان كنت زيداً او وقفت داري ان كانت لي صح^١ .

(مسألة ١٨) : اذا قال هـ هذا وقف بعد وفاتي بطل الا أن يفهم منه الوصية بالوقف فيجب العمل بها فيوقف بعده^٢ .

(مسألة ١٩) : يشترط في صحة الوقف اخراج الواقف نفسه عن الوقف فاذا وقف على نفسه بطل^٣

قال وقفت ان كان هذا يوم الجمعة مع العلم بأنه يوم الجمعة صح بل لا ينبغي الاشكال وان نقل عن بعض بطلانه ايضاً لأنه بصورة التعليق بل لو لم يعلم ايضاً فالظاهر الصحة فلو قال وقفت على اولاد زيد ان كانوا اعدوا لامع عدالتهم وعدم علمه بذلك فانه لم يتأخر الأثر حينئذ^٤ (* ١) الى آخر كلامه زيد في علو مقامه .

وصفة القول: انه لا دليل على الاشتراط المذكور الا أن يتم الاجماع التعبدى الكاشف وعلى فرض تحققه لا يدمن الاقتصار على المقدار المعلوم منه نعم الاحتياط طريق النجاة .

(١) اذ لا جماع في هذه الصورة .

(٢) والوجه فيه ان العين تنتقل بعد وفاة الواقف الى الورثة ولا مجال لوقفه من قبل المالك الا أن يرجع الى الوصية بالوقف كما في المتن .

(٣) ادعى عليه الاجماع ويمكن الاستدلال على المدعى بأن الوقف نقل العين الى الموقوف عليه وبعبارة اخرى: الوقف نقل الملك عن ملك الواقف الى ملك الموقوف عليه ومن الظاهر عدم تعقل نقل الملك عن النفس الى النفس فلا يعقل الوقف على النفس كى يتكلم في صحته وفساده .

واذا قال داري وقف علي وعلى أخي مثلاً علي نحو التشريك بطل الوقف في نصف الدار^١ وإذا كان علي نحو الترتيب بأن قصد الوقف علي نفسه ثم علي غيره كان الوقف من المنقطع الاول فيبطل مطلقاً^٢ وان قصد الوقف علي غيره ثم علي نفسه بطل بالنسبة الي نفسه فقط وكان من الوقف المنقطع الاخر^٣ وان قال هي وقف علي

وأفاد السيد اليزدي قدس سره اولاً: ان الوقف إيقاف لاتمليك وثانياً: لامانع من تبديل ملكية بملكية اخرى عليه بنحو آخر (* ١) .

وفي كلا الجوابين اشكال أما ما أفاده اولافان الوقف اخراج عن الملك ولذا يقال: ان العين الموقوفة ملك للموقوف عليه واختيارها بيد الموقوف عليه وتنتقل العين من الطبقة السابقة الى الطبقة اللاحقة وأما ما أفاده ثانياً فيرد عليه : ان الوقف اخراج للعين عن الملك وكيف يمكن اخراجها مع عدم دخوله في ملك الغير ؟ نعم في المسجد تحرير وان شئت قلت : الوقف اخراج للملك لاتبديل وكم فرق بين الأمرين .

(١) بتقريب ان المقتضي للصحة في النصف تمام فيصح فيه ولكن لقائل أن يقول : انه لو أراد الواقف المقيد بما هو مقيد لا يتم التقريب المذكور بل يكون مقتضى القاعدة البطلان مطلقاً .

(٢) أما بالنسبة الى الاول فلما ذكر من تقريب البطلان وأما بالنسبة الى الثاني فلما تقدم من بطلان الوقف بعد الموت الا أن يرجع الى الوصية .

(٣) أما الصحة في الاول فلما تقدم من صحة الوقف كذلك وأما البطلان في الثاني فلما مر من كونه فاسداً .

أخي ثم على نفسي ثم على شخص آخر بطل الوقف بالنسبة الى نفسه والشخص الآخر وكان من الوقف المنقطع الوسط^١.

(مسألة ٢٠) : اذا وقف على أولاده واشترط عليهم وفاء ديونه من مالهم عرقية كانت الدهون أم شرعية كالزكاة والكفارات المالية صح^٢ بل الظاهر صحة الوقف اذا اشترط وفاء ديونه من حاصل الوقف ايضاً^٣.

(مسألة ٢١) : اذا وقف على جيرانه واشترط عليهم أكل ضيوفه

(١) أما الصحة في الأول فلما تقدم من تقربب الصحة وأما الفساد في الثاني فلما ذكر من تقربب الفساد وأما الفساد في الثالث فلبطلان التعليق .

(٢) الظاهر ان الوجه في الصحة دليل صحة الشرط فان مقتضاه صحة الشرط ما لم يكن مخالفاً مع الشرع فيصح الوقف مع الشرط المذكور على فرض قبول الموقوف عليهم ولا اشكال في أن الاشتراط المذكور لا ينافي الوقف فما أفاده في الحدائق من منافاته للوقف (*١) ليس في محله وعلى الجملة ان الصور المفروضة خارجة عن الوقف على النفس فلا وجه لفساده ولكن يشكل الأمر بالنسبة الى الطبقة اللاحقة التي لم تكن طرفاً للشرط اذ لا مقتضي لوجوب العمل عليهم بالشرط المذكور لأن المفروض عدم الاشتراط معهم نعم يمكن أن يتصور على نحو يحصل مطلوب الواقف بأن يقف على من يقوم بهذه المهمة كما لو وقف على من يصلي صلاة الليل فمن لا يصلي صلاة الليل لا يكون مصداقاً للموقوف عليه .

(٣) الظاهر ان ما أفاده تام اذ حاصل الوقف ملك لهم فلا مانع من هذا الاشتراط معهم فلاحظ .

أو القيام بمؤنة اهله وأولاده حتى زوجته صح وإذا اشترط عليهم نفقة زوجته الواجبة عليه من مالهم صح بل الظاهر الصحة مع اشتراطها من حاصل الوقف ايضاً^(١).

(مسألة ٢٢) : اذا وقف عيناً له على وفاء ديونه العرفية والشرعية بعد الموت ففي صحته كما قيل اشكال بل الاظهر البطلان وكذا في مال الوقفها على اداء العبادات عنه بعد الوفاة^(٢).

(مسألة ٢٣) : اذا اراد التخلص من اشكال الوقف على النفس يملك العين لغيره ثم يقفها غيره على النهج الذي يريد من ادرار مؤنته ووفاء ديونه ونحو ذلك^(٣) ويجوز له أن يؤجرها مدة ويجعل لنفسه خيار الفسخ وبعد الوقف بفسخ الاجارة فترجع المنفعة اليه لا الى الموقوف عليهم^(٤)

(١) الكلام في هذا الفرع هو الكلام وتقريب الاستدلال على الصحة هو التقريب فلاوجه للاعادة .

(٢) ان لم يرجع الى الوصية يشكل الجواز اذ بالموت ينتقل ما تركه الميت الى الوارث فلا مجال لتحقيقه وفقاً بل يمكن أن يقال : انه من مصاديق الوقف على النفس وقد مر بطلانه الا أن يقال ان الموقوف عليه الجهة الخاصة فيكون خارجاً عن الوقف على النفس .

(٣) اذ بهذه الوسيلة لا يتوجه الاشكال مع حصول النتيجة المطلوبة .

(٤) اذ المفروض صحة الاجارة كما ان مقتضى القاعدة صحة الوقف فبعد الفسخ يكون مالكا للمنفعة مع كون العين موقوفة .

بل لا يبعد صحة وقف العين مع اشتراط بقاء منافعها على ملكيته مدة معينة كسنة أو غير معينة مثل مدة حياته^(١).

(مسألة ٢٤) : يجوز انتفاع الواقف بالعين الموقوفة في مثل المساجد والقناطر والمدارس ومنازل المسافرين وكتب العلم والزيارات والادعية والآبار والعيون ونحوها مما لم يكن المنفعة معنونة بعنوان خاص مضاف الى الموقوف عليه بل قصد مجرد بذل المنفعة وإباحتها للعنوان العام الشامل للواقف^(٢) أما إذا كان الوقف على الانحاء الاخر مع كون الموقوف عليه عنواناً كلياً عاماً ففي جواز مشاركة الواقف اشكال والظاهر الجواز^(٣).

(١) بتقريب ان الواقف مالك للعين وللمنافع واختيار العين بيده فله أن يقف العين مسلوقة بالمنفعة مدة معينة أو غير معينة ودليل الوقف باطلاقه يشمل مفروض الكلام.

لكن الذي يختلج بالبال : انه مخصوص بالمنفعة المملوكة بالفعل وأما مالا لا يكون مملوكاً له فلا يجري هذا التقريب الا أن يقال لامصدق له فلاحظ.

(٢) اذ المفروض ان العين الموقوفة لا تكون مملوكة للعنوان بسل الموقوف عليه تلك الجهة فيكون الواقف كبقية الأفراد في جواز الانتفاع وبعبارة اخرى : لا يكون الوقف لجماعة خاصة كى يقال : لا يجوز للواقف بل الموقوف عليه تلك الجهة.

(٣) والوجه في الاشكال شبهة كون الوقف المذكور من مصاديق الوقف على النفس فلا يجوز ولكن الشبهة واهية اذ الواقف يخرج العين عن ملكه ويدخلها في ملك العنوان الجامع فلا يكون داخلاً في الوقف على النفس فالأظهر الجواز

(مسألة ٢٥) : اذا تم الوقف كان لازماً لا يجوز للواقف الرجوع فيه^١ وان وقع في مرض الموت لم يجز المورثة رده وان زاد على الثلث^٢

فصل في شرائط الواقف

(مسألة ٢٦) : يعتبر في الواقف أن يكون جائزاً لتصرفه بالبلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفسه اوراق او غيرهما^٣ فلا يصح وقف الصبي وان بلغ عشرين^٤ نعم اذا أوصى بأن يوقف ملكه بعد وفاته على وجوه البر والمعروف لارحامه وكان قد باع عشرين وعقل نفذت

كما في المتن .

(١) ما أفاده على طبق القاعدة الأولية فان الخيار وجواز الرجوع يحتاج الى الدليل وبعبارة اخرى : بعد فرض تحقق الوقف وصحته كما هو المفروض تكون العين خارجة عن ملك الواقف وداخلة في ملك الموقوف عليه ومن ناحية اخرى لا يجوز التصرف في الوقف فعدم الجواز ولزومه بعد تحققه امر واضح ظاهر وعلى المدعي للمخلاف اقامة الدليل والله العالم بحقايق الامور .

(٢) اذ قد حقق في محله صحة منجزات المريض ولو في الزائد عن الثلث فلا وجه لاشتراطه باجازه الوارث والتفصيل موكول الى مجال آخر .

(٣) فان هذه الامور شرائط عامة في جميع العقود والايقاعات وقد تعرضنا لادلة الاشتراط في جملة من المباحث السابقة ولا نعيد .

(٤) يظهر من كلماتهم ان المسألة ذات قولين واستدل على الجواز بجملة من النصوص منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز في ماله ما اعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف وحق

فهو جاز (١*) وهذه الرواية ضعيفة سنداً بموسى بن بكر .

ومنها ما رواه جميل عن أحدهما عليهما السلام قال : يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم (٢*) وسند هذه الرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ إلى علي بن الحسن بن فضال .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال مثل عمن صدقة الغلام ما لم يحتلم قال : نعم إذا وضعها في موضع الصدقة (٣*) والكلام في سند الحديث هو الكلام في سابقه .

ومنها ما رواه الحسن بن راشد عن العسكري عليه السلام قال إذا بلغ الغلام ثمانين سنين فجاز أمره في ماله وقد وجب عليه الفرائض والحدود وإذا تم للجارية سبع سنين فكذلك (٤*) .

وهذه الرواية ضعيفة سنداً أيضاً فلما مجال للاستناد إلى هذه النصوص في إثبات المدعى بعد عدم اعتبار اسنادها مضافاً إلى أن الظاهر منها جواز صدقته وشمول الصدقة للوقف أول الكلام والأشكال واستعمال الصدقة في الوقف في جملة من الموارد اعم من الحقيقة كما هو ظاهر .

وأما النصوص الدالة على جواز وصيته بعد بلوغه عشرها ما رواه أبو بصير يعني المرادي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : إذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (٥*) .

١ و ٢) الوسائل الباب ١٥ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ١ و ٢

٣) نفس المصدر الحديث : ٣

٤) نفس المصدر الحديث : ٤

٥) الوسائل الباب ٤٤ من أبواب الوصايا الحديث : ٢

وصيته كما تقدم^(١) واذا وقف باذن الولي وكان مصلحة ففي بطلانه اشكال والظاهر الصحة^(٢).

(مسألة ٢٧) : يجوز للواقف جعل الولاية على العين الموقوفة

لنفسه^(٣)

ومنها ما رواه عبدالرحمن بن أبيعبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال اذا بلغ الغلام عشرين سنين جازت وصيته (* ١) .

ومنها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق أو تصدق أو اوصى على حد معروف وحق فهو جائز (* ٢) ، فلا مجال للاستناد اليها في اثبات المدعى اذ المفروض ان موردها الوصية والكلام في المقام في الوقف فلاحظ .

(١) وقد تقدم شرح كلام الماتن فراجع ما ذكرناه هناك .

(٢) قد تعرضنا سابقاً ان مقتضى بعض النصوص ان عمد الصبي كخطائه لاحظ

ما رواه ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام : قال عمد الصبي وخطاه واحد (* ٣) فلا اثر لانشائه ولو مع اذن الولي والله العالم .

(٣) ما يمكن أن يستدل به وجوه: الوجه الاول: الاجماع فانه نقل عن المختلف الاجماع على المدعى . ومن الظاهر ان الاجماع المنقول لاعتبار به كما حقق في محله وأما الاجماع المحصل فهل يمكن تحقيقه؟ سيما مع نقل الخلاف عن ابن ادريس وعلى فرض تحقيقه هل يمكن الاستناد اليه مع احتمال كونه مدركياً ومستنداً الى الوجوه المذكورة في المقام .

(١) نفس المصدر الحديث : ٣

(٢) نفس المصدر الحديث : ٤

(٣) الوسائل الباب ١١ من ابواب العاقلة الحديث : ٢

الوجه الثاني : الأصل ولم يعلم المراد منه فان مقتضى الأصل عدم الاعتبار .
الوجه الثالث : عموم وجوب الوفاء بالشرط لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان
عن أبي عبدالله عليه السلام قال : المسلمون عند شروطهم الاكل شرط خالف كتاب
الله عز وجل فلا يجوز (* ١) .

وفيه ان دليل الشرط كما ذكرنا في محله لا يكون مشرعاً فمع الشك في الجواز
لامجال للاستناد اليه .

الوجه الرابع : عموم وجوب الوفاء بالعقد المستفاد من قوله تعالى اوفوا
بالعقود (* ٢) وفيه انا ذكرنا سابقاً ان دليل وجوب الوفاء بالعقد دال على اللزوم
بعد الفراغ عن الصحة ولا يكون دليلاً على الصحة .
مضافاً الى أن اطلاق العقد على مطلق العهد اول الكلام والاشكال .

الوجه الخامس عموم دليل أن الوقف على حسب ما أوقفها اهلها لاحظ ما
رواه محمد بن الحسن الصفار انه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي عليهما
السلام في الوقف وما روي فيه عن آبائهم السلام فوقع عليه السلام الوقف
تكون على حسب ما يوقفها اهلها انشاء الله (* ٣) بتفريب ان جعل الوقف بيد
الواقف فله أن يقف مملوكه على هذا النحو ولا يبعد تمامية هذا الوجه .

الوجه السادس : السيرة الخارجية الممضاة فان السيرة جارية على جعل الولاية
للاوقف على العين الموقوفة فلاحظ .

(١) يمكن الاستدلال على جواز الولاية للغير مضافاً الى الوجوه المتقدمة

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث : ٢

(٢) المائدة / ١

(٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ١

والاشتراك^(١) كما يجوز له ايضاً جعل الناظر على الولي بمعنى المشرف عليه أو بمعنى المرجع له في النظر^(٢) ولا فرق في المجمعول له الولاية والنظارة بين العادل والفاسق^(٣) نعم اذا خان ضم اليه الحاكم الشرعي من يمنعه عنها^(٤)

ببعض النصوص وهو ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال بعث الي بهذه الوصية أبو ابراهيم هذا ما أوصى به وقضى في ماله عبد الله علي ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة ويصرفني به عن الي أن قال وانه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف وينفقه حيث يريد الله في حل محلل لا حرج عليه فيه فان أراد ان يبيع نصيباً من المال فيقضى به الدين فليعمل ان شاء لا حرج عليه فيه وان شاء جعله شروى «سروى» الملك وان ولد علي وأموا لهم الي الحسن بن علي ان كان دار الحسن غير دار الصدقة فبداله أن يبيعها فليبيعها ان شاء لا حرج عليه فيه وان باع فانه يقسمها ثلاثة اثلث فيجعل ثلثاً في سبيل الله ويجعل ثلثاً في بني هاشم وبني المطلب ويجعل ثلثاً في آل أبي طالب وانه يضعه حيث يريد الله وان حدث بحسن بن علي حدث وحسين حي فانه الي حسين بن علي (*) (١) فانه يستفاد من هذه الرواية جواز الولاية للغير .

(١) لوحدة الملاك .

(٢) فانه من انحاء الوقف فيشملة دليل ان الوقوف على حسب ما أوقفها اهلها مضافاً الى السيرة الخارجية فانها جارية على جعل الناظر على النحويين المذكورين وهو الاستصوابي وغيره فلاحظ .

(٣) كما عليه السيرة ولا دليل على اشتراط العدالة فيه .

(٤) اذ الحاكم هو المرجع العام في الامور الحسينية .

فان لم يمكن ذلك عزله^١.

(مسألة ٢٨) : يجوز للمجعول له الولاية أو النظارة الرد وعدم

القبول^٢ بل لا يبعد جواز الرد بعد القبول أيضاً^٣

(مسألة ٢٩) : يجوز أن يجعل الواقف للولي والناظر مقداراً

معيناً من ثمرة العين الموقوفة أو منفعتها سواء أكان أقل من اجرة

المثل أم أكثر أم مساوياً^٤ فان لم يجعل له شيئاً كان له اجرة المثل

ان كان لعمله اجرة^٥ الا أن يظهر من الواقف قصد المجانية^٦.

(مسألة ٣٠) : اذا لم يجعل الواقف ولياً على الوقف كانت

الولاية عليه للحاكم الشرعي^٧ نعم اذا كان الوقف على نحو التملك

(١) اذ مع عدم الامكان لامتناع عن قطع يده وطرده وربما يقال : انه بنفسه

ينعزل ولا وجه له اذ مع اطلاق الجعل لا وجه للانعزال بنفسه بل يتوقف على عزله
فلاحظ .

(٢) لعدم دليل على وجوب القبول فلا يجب عليه القبول .

(٣) بل يبعد فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد لزومه وعدم جواز الفسخ .

(٤) فان الوقف على حسب ما اوقفها اهلها مضافاً الى السيرة الجارية الخارجية

فاذا قبل المتولي او الناظر يتعين .

(٥) لاحترام عمل العامل فله اجرة المثل .

(٦) اذ مع عدم جعل الواقف الاجرة لامقتضى للأعطاء وبعبارة اخرى : اذا

قبل المتولي او الناظر مع فرض قصد المجانية لا يكون للعمل احترام كما هو
ظاهر .

(٧) لانه من الامور الحسبية فأمره راجع الى الحاكم الشرعي .

وكان خاصا كانت الولاية عليه للموقوف عليه فاذا قال : هذه الدار وقف لاولادي ومن بعدهم لاولادهم وهكذا فالولاية عليها وعلى منافعها تكون للاولاد^(١) واذا لم يكن الوقف خاصاً او كان ولم يكن على نحو التمليك بأن كان على نحو الصرف وغيره من الانواع فالولاية للحاكم الشرعي^(٢).

(مسألة ٣١) : اذا جعل الواقف ولياً أو ناظرأعلى الولي فليس له عزله^(٣) نعم اذا فقد شرط الواقف كما اذا جعل الولاية للعادل ففسق أو للارشاد فصار غيره ارشد أو نحو ذلك انعزل بذلك بلا حاجة الى عزل^(٤).

(مسألة ٣٢) : يجوز للواقف أن يفوض تعيين الولي على الوقف الى شخص بعينه وأن يجعل الولاية لشخص ويفوض اليه

(١) لأن المفروض كون الوقف ملكاً للأشخاص الموجودين في الخارج ومع وجود المالك لا تصل النوبة الى الحاكم وبعبارة اخرى : الحاكم ولي في مورد عدم الولي ومع وجوده لاموضوع لولايته .

(٢) اذ على كلا التقديرين لاولي للوقف فالولاية للحاكم الشرعي .

(٣) اذ لا دليل على جواز عزله من قبله فان العين الموقوفة بعد تمامية الوقف لا ترتبط بالواقف كما أن المتولي بعد جعل الولاية له من قبل الواقف له الولاية الشرعية وجواز عزله يحتاج الى الدليل وكذلك الكلام في الناظر فالأمر كما أفاده .

(٤) فان الولاية مجعولة للعادل على الفرض فالفاستق خارج عن تلك الدائرة

تعيين من بعده^(١).

مسألة (٣٣) : اذا عين الواقف المولي (المجعول له) الولاية جهة خاصة اختصت ولايته بتلك الجهة^(٢) وكان المرجع في هبة الجهات الحاكم الشرعي^(٣) وان أطلق له الولاية كانت الجهات كلها تحت ولايته فله الاجارة والتعمير واخذ العوض ودفع المخرج وجمع الحاصل وقسمته على الموقوف عليهم وغير ذلك مما يكون تحت ولاية الولي^(٤) نعم اذا كان تعارف تنصرف اليه الولاية اختصت بذلك التعارف^(٥).

(مسألة ٣٤) : لا يشترط في الواقف الاسلام فيصح وقف الكافر على الاقربى^(٦).

وان شئت فقل : ان خروج فاقد الشرط موضوعي وبالتخصص .

(١) اذا مفروض ان الأمر بيده ولا فرق في تعيين المتولي بين أقسامه وهذا احد اقسامه .

(٢) كما هو ظاهر فان دائرة المجعول سعة وضيقاً بمقدار الجعل فلا بد من ملاحظته والاقتصار على مقداره فلاحظ .

(٣) فان الحاكم الشرعي ولي في الامور العامة فله الولاية .

(٤) كما هو ظاهر فان الولاية بمقدار الجعل والمفروض اطلاقه .

(٥) فان التعارف بنفسه قرينة على المراد .

(٦) لعدم اشتراط قصد القرية في الوقف كي يقال : لا يتمشي قصد القرية من الكافر ولذا يجوز وقف المخالف مع عدم صحة العبادات الامع الولاية فمقتضى اطلاق

فصل في شرائط العين الموقوفة

(مسألة ٣٥) : يعتبر في العين الموقوفة أن تكون عيناً موجودة فلا يصح وقف الدين ولا وقف الكلي ولا وقف المنفعة فإذا قال : وقفت ما هو لي في ذمة زيد من فراش أو اناء أو نحوهما أو قال وقفت فرساً أو عبداً من دون تعيين أو قال وقفت منفعة داري لم يصح في الجميع ^(١) .

(مسألة ٣٦) : يعتبر أن تكون العين مملوكة أو بحكمها فلا يصح وقف الحر والمباحات الاصلية قبل حيازتها ^(٢) ويجوز وقف ابل الصدقة وغنمها وبقرها اذا كان الواقف مالك العين الزكوية ^(٣)

الأدلة جوازه حتى من الكافر فلاحظ .

(١) اذ مشروعية الوقف تحتاج الى الدليل المعتبر ولا دليل على صحة الوقف الا فيما يتعلق بالعين المعينة الخارجية مضافاً الى أن وقف الكلي أو الشخصي غير المعين أو المنفعة غير معهود فلا يكون صحيحاً .

(٢) اذ لا دليل على جواز وقف المباح الاصيل فعدم الجواز مطابق للأصل كما ان وقف مملوك الغير على خلاف القاعدة الأولية فلا بد من كسوة الموقوف عيناً مملوكة للواقف أو يكون كالمملوك اي يكون اختياره بيده .

(٣) لم يظهر لي مراد الماتن من قوله « اذا كان الواقف مالك العين الزكوية » اذا المالك للعين الزكوية لا يتصور الا بأحد نحوين أحدهما : من يكون الزكاة واجبة عليه وتكون الزكاة متعلقة بماله .

أو الحاكم الشرعي^(١) .

(مسألة ٣٧) : يعتبر أن تكون العين مما يمكن الانتفاع بهامع بقائها فلا يصح وقف الاطعمة والمخضر والفواكه مما لا نفع فيه الا بانلاف عينه^(٢) وأن تكون المنفعة محللة فلا يصح وقف آلات اللهو وآلات القمار والصلبان ونحوها مما يحرم الانتفاع بها وأن تكون المنفعة المقصودة بالوقف محللة فلا يصح وقف الدابة لحمل الخمر والمختزير^(٣) .

(مسألة ٣٨) : لا يعتبر في انشاء الوقف أن تكون العين مما يمكن قبضها حال الوقف فاذا وقف العبد الا ببق أو الجمل الشارد

ثانيهما : من تملك الزكاة باخذها أما النحو الاول فلا يكون المكلف مالكا للزكاة وليس له الولاية عليها فكيف يوقفها وأما النحو الثاني فلاخذ للزكاة مالك لها لافي حكم المالك اللهم الا أن يكون مراده ان من تجب عليه الزكاة يصح أن يوقف العين الزكوية اذ جعله وقفاً من وجوه الخبر فله أن يوقف وبالوقف يخرج عن عهدة تكليفه .

(١) فان الحاكم الشرعي له الولاية على المال الزكوي فمع تمامية الجهات يجوز له أن يوقف العين الزكوية والله العالم .

(٢) فان الوقف تجسس الأصل وتسييل الثمرة فلا تتحقق الا مع قابلية بقاء العين وامكان الانتفاع بمنفعتها .

(٣) كما هو ظاهر واضح اذ مع حرمة الانتفاع لا يمكن أن يكون الوقف صحيحاً وبعبارة اخرى لا يكون الوقف مقتضياً لصيرورة المحرم محلاً .

أو الطير الطائر وتحقق القبض بعده صح الوقف ^(١) .

(مسألة ٣٩): لا اشكال في صحة وقف الثياب والاواني والفرش والدور والبساتين والاراضي الزراعية والكتب والسلاح والحيوانات اذا كان ينتفع بها في الركوب أو الحمل أو اللبن أو الوبر والشعر والصوف أو غير ذلك وكذا غيرها مما له منفعة محللة ^(٢) ويجوز وقف الدراهم والدنانير اذا كان ينتفع بها في التزيين ^(٣) وأما وقفها لحفظ الاعتبار ففيه اشكال ^(٤) .

(مسألة ٤٠) : المراد من المنفعة اعم من المنفعة العينية مثل الثمر واللبن ونحوهما والمنفعة الفعلية مثل الركوب والحرث والسكنى وغيرها ^(٥) .

(١) اذ قد تقدم انه لا تشترط الفورية في القبض فلو تحقق القبض ولو بعدمدة صح الوقف فلاحظ .

(٢) اذ مقتضى الصحة موجود والمانع عنها مفقود فلا وجه للتوقف .

(٣) الكلام فيها هو الكلام .

(٤) لم يظهر لي وجه الاشكال قال السيد اليزدي قدس سره في ملحقات العروة في المسألة الخامسة : « الأقوى جواز وقف الدراهم والدنانير لأمكان الانتفاع بها مع بقاء عينها بمثل التزيين وحفظ الاعتبار كما يجوز عاينتها كما يظهر من بعض الأخبار فالقول بعدم الجواز ضعيف » (* ١) انتهى والظاهر ان ما أفاده لأبأس به والله العالم .

(٥) كما هو ظاهر فان المنفعة على قسمين ولا مخصص لأدلة الوقف كما أن السيرة

(مسألة ٤١) : لا يشترط في المنفعة أن تكون موجودة حال الوقف فيكفي أن تكون متوقعة الوجود في المستقبل مثل وقف الشجرة قبل أن تثمر ووقف الدابة الصغيرة قبل أن تقوى على الركوب أو الحمل عليها ^(١) .

فصل في شرائط الموقوف عليه

(مسألة ٤٢) : يشترط في الموقوف عليه أمور الأول : التعيين فإذا وقف على المردد بين شيئين أو الأشياء مثل أحد المسجدين أو أحد المشهدين أو أحد الولدين لم يصح ^(٢) نعم إذا وقف على الجامع بين امرين أو أمور صح ^(٣) الثاني : أن يكون موجوداً حال الوقف فلا يصح الوقف على المعدوم حاله سواء كان موجوداً قبل ذلك كما إذا وقف على زيد الذي مات أو يوجد بعد الوقف مثل أن يقف على ولده الذي سيولد ^(٤) وأما إذا كان حملاً لم ينفصل حين الوقف

الخارجية لافرق فيها فلاحظ .

(١) لعدم دليل على الاشتراط المذكور ومقتضى إطلاق أدلة الوقف العموم وعدم الاختصاص كما أنه يبعد جريان السيرة الخارجية على العموم فلاحظ .

(٢) فإن المردد لا واقع له فلا مجال لكون الوقف عليه صحيحاً فلاحظ .

(٣) كما هو ظاهر فإن كثيراً من الأوقاف على الجامع الذي تكون له مصاديق .

(٤) ما يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجوه : الوجه الأول : الاتفاق

كما يظهر من كلام صاحب الحقائق قدس سره .

ففى بطلان الوقف تأمل^١ نعم اذا وقف على المعدوم تبعاً للموجود
كما اذا وقف على اولاده ثم على اولادهم ثم على اولاد اولادهم
وهكذا صح^٢.

(مسألة ٤٣) : اذا وقف على اولاده الموجودين ثم على
من سبوجد على أن يكون بعد وجوده مقدماً على الموجودين
فالظاهر الصحة^٣ الثالث: أن لا يكون الوقف عليه على نحو الصرف
في المعصية كالصرف في الزنا وشرب الخمر ونسخ كتب الضلال

الوجه الثاني : أن الوقف تمليك والمعدوم غير قابل لكونه مالكا وان علق
على وجوده في ظرفه يكون معلقاً والتعليق باطل في الوقف . الوجه الثالث : عدم
الدليل عليه فانه اى دليل دل على جواز الوقف على المعدوم .

(١) بتقريب ان الحمل في حكم المعدوم والمعدوم غير قابل لأن يملك ويمكن
أن يرد عليه بأنه قابل لأن يملك اللهم الا أن يقال : بأن عدم تملكه اجماعي ويمكن
أن يستدل على المدعى بعدم دليل يدل بعمومه او اطلاقه على الصحة في المقام .

(٢) بلا كلام ولا اشكال فان السيرة الخارجية جارية عليه مضافاً الى النص الخاص
لاحظ ما رواه عجلان أبو صالح قال أُملى ابو عبد الله عليه السلام بسم الله الرحمن
الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان وهو حي سوي بداره التي في بني فلان
بحدودها صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها وارث السماوات والأرض وانه قد
أسكن صدقته هذه فلاناً وعقبه فاذا انقرضوا فهي على ذي الحاجة من المسلمين (١)
(٣) لوجود المقتضي وعدم المانع وبعبارة اخرى: مقتضى اطلاق كون الوقف
على حسب ما اوقفها اهلها جوازه فلاحظ .

ونشرها وتدريسها وشراء آلات الملاهي ونحو ذلك^(١).

(مسألة ٤٤) : يجوز وقف المسلم على الكافر^(٢).

(١) كما هو ظاهر اذا لا يعقل ان الشارع ينهى عن امور ومع ذلك يجعل الوقف باعتبار تلك الامور مشروعاً وصحيحاً فانه جمع بين الضدين .

(٢) لوجود مقتضي وعدم المانع فان قوله عليه السلام : « الوقف على حسب ما يقفها اهلها انشاء الله » (* ١) ، باطلاقه يشمل المقام وربما يقال : ان قوله تعالى لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم (* ٢) ، يقتضي عدم الصحة للنهي عن مودة من حاد الله ومثله قوله تعالى ايضاً يا ايها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوي وعدوكم اولياء تلقون اليهم بالمودة (* ٣) .

واجاب السيد اليزدي قدس سره في ملحقات عروته بأن المنهي عنه المودة معهم من حيث كونهم يحادون الله فلا ترتبط الآية بالمقام ويرد عليه انه لا دليل على التقييد بل مقتضى الاطلاق عموم الحكم .

ولكن يمكن الجواب عن الاستدلال بالاية اولاً بأن المستفاد من قوله لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين (* ٤) أن المنهي عنه المودة مع جماعة خاصة من الكفار لامطلقاً بل صرح في الآية الشريفة بعدم النهي عن المودة على نحو العموم وثانياً : ان النهي عن المودة تكليفي وغايته اقتضائه حرمة الوقف عليهم لكن

(١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

(٢) المجادلة / ٢٢

(٣) الممتحنة / ١

(٤) الممتحنة / ٨

لامنافاة بين حرمة الوقف تكليفاً وصحته وضعاً .

مضافاً الى ما يقتضى موادتهم ولو في الجملة لاحظ قوله تعالى «وان جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً» (١) وقوله تعالى ايضاً ووصينا الانسان بوالديه احسانا حملته امه كرهاً ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلثون شهراً حتى اذا بلغ اشده وبلغ اربعين سنة قال رب اوزعني أن اشكر نعمتك التي انعمت علي وعلى والدي (* ٢) .

ولاحظ ما رواه مصادف قال كنت مع أبي عبدالله عليه السلام فيما بين مكة والمدينة فمررنا على رجل في اصل شجرة وقد القى بنفسه فقال : مل بنا الى هذا الرجل فاني اخاف أن يكون قد أصابه عطش فملت اليه فاذا رجل من القراشين طويل الشعر سأله اعطشان أنت ؟ فقال : نعم فقال لي انزل يا مصادف فاسقه فنزلت وسقيته ثم ركبت وسرنا فقلت هذا نصراني أفنصدق على نصراني ؟ فقال : نعم اذا كانوا في مثل هذه الحال (* ٣) .

ولاحظ الباب ٤٩ من ابواب الصدقة من الوسائل الى غير ذلك من النصوص الدالة باطلاقها أو عمومها على جواز الاحسان على الكافر والله العالم .

وأما ما في بعض الكلمات من عدم الجواز لاشتراط الوقف بقصد القرية ولا يمكن قصد التقرب في الوقف على الكافر فنقول : على فرض تسليم عدم امكان قصد القرية وتسلمه ، يرد على الاستدلال انه لا دليل على اشتراط الوقف بقصد القرية بل يصح ولو مع عدم قصد القرية ولذا قلنا انه لامنافاة بين كونه حراماً وبين كونه صحيحاً .

(١) لقمان / ١٥

(٢) الاحقاف / ١٥

(٣) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الصدقة الحديث : ٣

(مسألة ٤٥ : يجوز الوقف على المملوك قناً كان أم كان غيره على نحو التملك ^(١) أم الصرف ^(٢) .

(مسألة ٤٦ : اذا وقف على ما لا يصح الوقف عليه وما يصح على نحو التشريك بطل بالنسبة الى حصة الاول وصح بالنسبة الى حصة الثاني ^(٣) وان كان على نحو الترتيب فان كان الاول مقدماً فالاقوى بطلانه رأساً وان كان مؤخراً كان من المنقطع الاخر فيصح فيما يصح الوقف عليه ويبطل فيما بعده ^(٤) .

(مسألة ٤٧ : اذا وقف على ما يصح الوقف عليه ثم على ما لا يصح الوقف عليه ثم على ما يصح الوقف عليه كان من المنقطع الوسط فيصح في الاول ويبطل فيما بعده مطلقاً حتى في الاخير ^(٥) .

(١) بناء على جواز تملك العبد فان مقتضى اطلاق دليل جواز الوقف جوازه على المملوك كما افاده الماتن .

(٢) كما هو ظاهر فانه يجوز على نحو الصرف ولو على القول بعدم قابلية العبد لأن يكون مالكا .

(٣) يشكل ما افاده اذا كان المقصود المقيد بما هو مقيد نعم اذا كان المقصود العموم الاستغراقى صح ما افاده من البطلان بالنسبة والصحة كذلك .

(٤) اذ المفروض بطلان الاول فيكون من مصاديق الوقف المنقطع الاول والمفروض بطلانه كما تقدم وأما في الصورة الثانية فلا مانع من صحته بالنسبة الى الاول وبطلانه بالنسبة الى الثاني فان انقطاع الاخر لا يوجب البطلان .

(٥) أما الصحة في الاول فلو جود مقتضى وعدم المانع وأما البطلان في الثاني

(مسألة ٤٨) : اذا وقف على الزائرين او الحجاج او عالم البلد او نحو ذلك من العناوين العامة التي توجد لها افراد في وقت ولا توجد في وقت آخر صح وان لم يكن له فرد حين الوقف ^(١) .

فصل في بيان المراد من بعض عبارات الواقف

(مسألة ٤٩) : اذا وقف مسلم على الفقراء او فقراء البلد فالمراد فقراء المسلمين واذا كان الواقف من الشيعة فالمراد فقراء الشيعة واذا كان كافراً فالمراد فقراء اهل دينه فان كان يهودياً فالمراد فقراء اليهود وان كان نصرانياً فالمراد فقراء النصارى وهكذا وكذا اذا كان سنياً فالمراد فقراء السنة واذا كان السنيون على مذاهب بحيث لا ينعطف بعضهم على بعض اختص بفقراء مذهب الواقف ^(٢) .

فلفرض عدم جوازه وعدم تمامية الشرائط وأما البطلان في الثالث فلعدم جواز الوقف في فرض كونه منقطع الاول .

(١) والوجه فيه انه لا اجماع على البطلان في المقام ومقتضى اطلاق دليل الصحة صحته مضافاً الى أن المالك في امثال المقام هو الكلّي فلا يتوجه اشكال ان المعدوم غير قابل لكونه مالكا فان الكلّي قابل لأن يملك ولذا تكون العين الزكوية لكلّي الفقير والخمس لكلّي السيد ولولم يكن فرد للكلّي في الخارج بالفعل وصفوة القول انه لا ريب في تمامية ما أفاده والله العالم .

(٢) الانصاف ان الجزم بما افاده مشكل فان النفوس مختلفة والآراء متفاوتة فلا يمكن أن يلتزم بأن اهل كل ملة يكون قاصداً لخصوص فقراء تلك الملة فعلى

(مسألة ٥٠) : اذا وقف على الفقراء او فقراء البلد أو فقراء بنى فلان او الحجاج او الزوار او العلماء او مجالس العزاء لسيد الشهداء عليه السلام او خصوص مجالس البلد فالظاهر منه المصروف فلا يجب الاستيعاب وان كان الافراد محصورة نعم اذا وقف على جميعهم وجب الاستيعاب ^(١) فان لم يمكن لتفرقهم عزل حصة من لم يتمكن من اوصول حصته اليه الى زمان التمكن ^(٢) واذا شك في عددهم اقتصر على الاقل المعلوم ^(٣) والاحوط له التفتيش والتفحص ^(٤) واذا قال : هذا وقف على اولادي أو ذريتي او اصهارى او ارحامى او تلامذتى او مشايخى او جيرانى فالظاهر منه العموم فيجب فيه الاستيعاب ^(٥) .

هذا لا بد من رعاية العرف العام في مقام استفادة المقاصد فلا وجه للتقييد والتخصيص نعم لودلت على الاختصاص قرينة حالية أو مقالية لامناس عن الالتزام بالاختصاص كما انه لو لم يحرز الظهور العرفي لا بد من التقييد من باب كونه المتيقن .

(١) اذ مع فرض كون الظاهر من اللفظ كون المذكور من مصرف الوقف لا يجب الاستيعاب كما هو ظاهر وأما مع فرض كون الوقف على جميعهم وجب الاستيعاب .

(٢) اذ يجب حفظ مال الغير لأن يوصل اليه .

(٣) لعدم الدليل على الأكثر بل مقتضى الاصل عدمه .

(٤) لاشكال في حسن الاحتياط سيما في الأموال والأنفس والأعراض .

(٥) لا يبعد أن يكون الأمر كما أفاده الماتن والعرف ببابك .

(مسألة ٥١) : اذا وقف على المسلمين كان لمن يعتقد الواقف اسلامه فلا يدخل في الموقوف عليهم كل من يعتقد الواقف كفره وان اقر بالشهادتين ^(١) ويعسم الوقف المسلمين جميعاً الذكور والاناث والكبار والصغار ^(٢) .

(مسألة ٥٢) : اذا وقف على المؤمنين اختص الوقف بمن كان مؤمناً في اعتقاد الواقف فاذا كان الواقف اثني عشرياً اختص الوقف بالاثني عشرية من الامامية ^(٣) ولا فرق بين الرجال والنساء والاطفال والمستضعفين ولا بين العدول والفساق ^(٤) وكذا اذا وقف على الشيعة ^(٥) نعم اذا كان الواقف على الشيعة من بعض الفرق الاخر

(١) يمكن أن يرد عليه بأنه لاوجه للاختصاص كما تقدم فان المفروض ان الواقف قصد ما هو الظاهر من اللفظ ولا وجه للتقييد وبعبارة اخرى : يكون المقام نظير الخطأ في التطبيق .

وصفوة القول : ان الميزان بالظهور ولا وجه لرفع اليد عن الظهور العرفي بمجرد الاعتقاد الا أن يقال : انه لا اشكال في أن الامور النفسية تؤثر في الظهور اللفظي فاذا امر المولى عبده باشتراء عبد مسلم ولا يعتقد اسلام غير الشيعي لا يجوز للعبد أن يشتري له عبداً غير شيعي مع علمه باعتقاد المولى فان الاعتقاد يكون قرينة على كون المراد من المسلم الشيعي فلاحظ .

(٢) كما هو مقتضى الظهور العرفي والعرف يبابك .

(٣) الكلام فيه هو الكلام والتقريب لاثبات المدعى هو التقريب .

(٤) لشمول اللفظ جميع ما ذكر في المتن .

(٥) لعين الملاك ووحدة المناط .

من الشيعة فالظاهر من الشيعة العموم للأنثى عشرية وغيرهم ممن يعتقد الخلافة لعلي عليه السلام بلا فصل^(١).

(مسألة ٥٣) : اذا وقف في سبيل الله تعالى اولي وجوه البر فالمراد منه ما يكون قرابة وطاعة^(٢).

(مسألة ٥٤) : اذا وقف على ارحامه أو اقاربه فالمرجع فيه العرف^(٣) واذا وقف على الاقرب فالاقرب كان على كيفية الارث^(٤)
(مسألة ٥٥) : اذا وقف على اولاده اشترك الذكر والأنثى والمختش^(٥) نعم اذا كان العرف الخاص لبعض البلاد خصوص الذكر اختص به دون الأنثى وكذا الحال اذا وقف على اولاده واولاد اولاده^(٦).

(١) يرد عليه انه ما الوجه في التفريق بين الموارد فان الاسماعيلية مثلاً لا يعتقدون بكون غيرهم على الطريق الحق وكذا الزيدية بالنسبة الى غيرهم فالتقريب المتقدم للاختصاص يجري في المقام ايضاً .

(٢) يرد عليه ان وجوه البر لا تختص بالامور العبادية بل يعم الامور التوصيلية ايضاً فلا وجه للاختصاص فلاحظ .

(٣) فان الظهور العرفي حجة فلا بد من اتباعه في جميع الموارد الا مع قيام القرينة على خلافه .

(٤) اذ روعي في طبقات الارث عنوان الاقرب فالاقرب ولا يبعد أن يفهم العرف من هذه الجملة الاشارة الى مراتب الارث فلاحظ .

(٥) للظهور العرفي غير القابل للانكار .

(٦) فان الميزان بالظهور ولا اشكال في تقديم العرف الخاص على العام في المقام .

(مسألة ٥٦) : اذا وقف على اخوته اشترك الاخوة للابوين
والاخوة للاب فقط والاخوة للام فقط بالسوية وكذا اذا وقف على
اجداده اشترك الاجداد لآبيه والاجداد لآمه وكذا اذا وقف على
الاعمام أو الاخوال فانه يعم الاعمام للابوين والاب والام وكذلك
الاخوال ولا يشمل الوقف على الاخوة اولادهم ولا الاخوات ولا
الوقف على الاعمام والاخوال اعمام الاب والام واخوالهما^(١)
والعمات مطلقاً والمخالات كذلك^(٢).

(مسألة ٥٧) : اذا وقف على ابنائه لم تدخل البنات^(٣) واذا
وقف على ذريته دخل الذكور والانثى والصلبي وغيره^(٤).

(مسألة ٥٨) : اذا قال : هذا وقف على اولادي ما تعاقبوا
تناسلوا فالظاهر منه التشريك^(٥) واذا قال : وقف على اولادي الاعلى
فالاعلى فالظاهر منه الترتيب^(٦) واذا قال : وقف على اولادي نسلاً
بعد نسل او طبقة بعد طبقة أو طبقة فطبقة ففي كونه للترتيب اول التشريك

(١) كل ذلك للظهور العرفي .

(٢) لعدم صدق العم على العمة ولا الخال على الخالة .

(٣) لعدم صدق الابن على البنت .

(٤) لصدق الذرية على الجميع بحسب الظهور العرفي .

(٥) الأمر كما أفاده اذ لا دليل على الترتيب فيكون من مصاديق التشريك .

(٦) فانه ظاهر بل نص في الترتيب .

كتاب الوقف في بعض عبارات الواقف _____ ٤٨١
قولان والظاهر الاول ^(١) .

(مسألة ٥٩) : اذا تردد الموقوف عليه بين عنوانين أو شخصين فالمرجع في تعيينه القرعة ^(٢) واذا شك في الوقف أنه ترتيبى أو تشريكى فان كان اطلاق في عبارة الواقف كان مقتضاه التشريك ^(٣) وان لم يكن اطلاق اعطي اهل المرتبة المحتملة التقدم حصتهم ^(٤) واقرع في الحصة المرددة بينهم وبين من بعدهم فيعطى من خرجت القرعة باسمه ^(٥) .

(مسألة ٦٠) : اذا وقف على العلماء فالظاهر منه علماء الشريعة فلا يشمل علماء الطب والنجوم والهندسة والجغرافيا ونحوهم ^(٦) .
(مسألة ٦١) اذا وقف على اهل بلد اختص بالمواطنين والمجاورين منهم ولا يشمل المسافرين وان نزلوا اقامة فيه ^(٧) .

(مسألة ٦٢) : اذا وقف على مسجد أو مشهد صرف نماؤه في

(١) الظاهر ان الأمر كما أفاده بحسب الظهور العرفي وعلى فرض الشك يكون مقتضى القاعدة التوصل بالقرعة .

(٢) فانها لكل أمر مشكل سيما في الامور المالية الواقعة مورد التردد والشك

(٣) اذ الاطلاق حجة والمفروض ان مقتضاه التشريك بحسب الفهم العرفي .

(٤) لعدم الشك في هذا المقدار وانه لهم على كلا التقديرين .

(٥) لكون القرعة من طرق الكشف .

(٦) للقرينة المتصلة الموجبة لأنصراف اللفظ الى الطائفة الخاصة .

(٧) ما أفاده ظاهر واضح فان المقيم لا يصدق عليه انه من اهل البلد .

مصالحة من تعمير وفراش وسراج وكنس ونحو ذلك من مصالحه^(١) وفي جواز اعطاء شئ من النماء لامام الجماعة اشكال^(٢) الا أن تكون قرينة على ارادة ما يشمل ذلك فيعطى منه حيثن^(٣).

(مسألة ٦٣) : اذا وقف على الحسين عليه السلام صرف في اقامة عزائه مع هذا الطعام فيه ويدونه^(٤) والاحوط اهداء ثواب ذلك اليه عليه السلام^(٥) ولا فرق بين اقامة مجلس للعزاء وأن يعطي الذاكر لعزائه عليه السلام في المسجد أو الحرم أو الصحن أو غير ذلك^(٦).
(مسألة ٦٤) : اذا وقف على ميت أو أموات صرف في مصالحهم الاخرية من الصدقات عنهم وفعل الخيرات لهم واذا احتل اشتغال ذمتهم بالديون صرف ايضاً في افراغ ذمتهم^(٧).

(١) فان المذكورات من الامور الراجعة الى مصالح المسجد والمشهد فيجوز الصرف بالنسبة الى كلها .

(٢) الظاهر ان الاشكال ضعيف .

(٣) كما هو ظاهر .

(٤) فانه مقتضى الاطلاق المنعقد في عبارة الوقف .

(٥) لاشكال في حسن الاحتياط لكن لا وجه له على نحو اللزوم بل يمكن ان يتصور على نحو لا يكون له ثواب بأن لا يقصد القرية في العمل فلاحظ .

(٦) للاطلاق وعدم ما يقتضي التقييد .

(٧) فان انتفاع الميت في تلك الدار بهذه الامور فلا بد من صرف الموقوف

فيها .

(مسألة ٦٥) : اذا وقف على النبي صلى الله عليه وآله والائمة عليهم السلام صرف في اقامة مجالس لذكر فضائلهم ومناقبتهم ووفياتهم وبيان ظلاماتهم ونحو ذلك مما يوجب التبصر بمقامهم الرفيع^(١) والاحوط اهداء ثواب ذلك اليهم عليهم السلام^(٢) ولا فرق بين امام العصر عجل الله تعالى فرجه الشريف وآبائه الطاهرين^(٣).

(مسألة ٦٦) : اذا وقف على اولاده فالاقوى العموم لاولاد اولاده واولادهم وان سفلوا^(٤).

(مسألة ٦٧) : اذا قال: هذا وقف على اولادي فاذا انقرض اولادي واولاد اولادي فهو على الفقراء فالاقوى انه وقف على اولاده الصليبين وغيرهم على التشريك^(٥) وكذا اذا قال: وقف على اولادي فاذا انقرضوا وانقرض اولاد اولادي فهو على الفقراء على الاقوى^(٦).

(١) ما أفاده تام فان المذكورات راجعة اليهم فلا بد من صرف الوقف فيها.

(٢) الكلام فيه هو الكلام السابق فراجع .

(٣) اذ لا وجه للفرق ورجوع أمره الى الحاكم الشرعي كما في عبارة السيد اليزدي في ملحقات عروته لا وجه له بل يصرف فيما يرجع اليه ارواحنا فداءه ولا يكون من قبيل السهم المبارك الراجع أمره الى الحاكم الشرعي .

(٤) للظهور العرفي حتى على القول بعدم صدق الولد على الولد مع الوسطة الا مجازاً فانه لو قال : هذا وقف على اولادي يفهم منه العموم كما في المتن .

(٥) الظاهر ان الأمر كما أفاده .

(٦) بتقريب ان قوله في صدر كلامه وقف على اولادي يقتضي التشريك وذيل

(مسألة ٦٨) : اذا قال هذا وقف على سكنى اولادي فالظاهر انه لا يجوز ان يؤجروها ويقتسموا الاجرة بل يتعين عليهم السكنى فيها^(١) فان امكن سكنى الجميع سكنوا جميعاً^(٢) وان تشاحوا في تعيين المسكن فالمرجع نظر الولي^(٣) فان تعدد الاولياء واختلف نظرهم فالمرجع الحاكم الشرعي^(٤) واذا اختلف حكام الشرع فالمرجع القرعة^(٥)

كلامه متفرع على الصدر ولا يخلو ما أفاده من شائبة الاشكال اذ لا يبعد أن يستفاد من الذيل الترتيب ويكون الذيل قرينة على الصدر ولا اقل من الاجمال .

(١) الأمر كما أفاده فان الوقف على حسب جعل الواقف ويلزم اتباعه ولا يجوز

تغييره والتصرف فيه .

(٢) كما هو ظاهر .

(٣) فان المتولي للوقف يكون مرجعاً في امور الموقوفة .

(٤) فان الحاكم الشرعي يكون ولياً عاماً ومرجعاً في جميع الامور الحسبية

فالمعتبر نظره .

(٥) الظاهر انه لا دليل على مشروعية القرعة في أمثال المقام التي لا واقع لها

فانه قد دل بعض ادلة القرعة على جريانها في مورد تعلق النذر بأول مملوك وقد

ملك ممالك دفعة منها : ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل

قال : اول مملوك أملكه فهو حر فورث سبعة جميعاً قال : يقرع بينهم ويعتق الذي

قرع (* ١) .

ومنها : ما رواه عبدالله بن سليمان قال : سأله عن رجل قال : اول مملوك أملكه فهو حر

فلم يلبث أن ملك ستة أيهم يعتق ؟ قال : يقرع بينهم ثم يعتق واحداً الحديث (* ٢) .

ومنها : ما رواه ابراهيم بن عمر عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل قال :
اول مملوك املكه فهو حر فورث ثلاثة قال يفرع بينهم فمن اصابه القرعة اعتق
قال والقرعة سنة (* ١) .

وقد دل بعض النصوص على مورد الشك في كون المولود ذكراً أو انثى
منها ما رواه عبدالله بن مسكان قال سئل ابو عبدالله عليه السلام وأنا عنده عن مولود
ليس بذكر ولا بانثى ليس له الادبر كيف يورث ؟ فقال يجلس الامام ويجلس عنده
أناس من المسلمين فيدعون الله ويجعل السهام عليه على اي ميراث يورثه ثم قال
وأي قضية اعديل من قضية يجال عليها بالسهام يقول الله تعالى فساهم فكان من
المدحضين (* ٢) .

ودلت طائفة ثالثة في مورد اشتباه الحر بالعبد منها ما رواه حريز عن احدهما
عليهما السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام باليمن في قوم انهدمت عليهم
دار لهم فبقى صبيان احدهما مملوك والاخر حر فاسهم بينهما فخرج السهم على
احدهما فجعل المال له واعتق الاخر (* ٣) .

ودلت طائفة رابعة على مورد واقع متعدد مع امرئة في طهر واحد منها ما
رواه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قضى علي عليه السلام في
ثلاثة وقعوا على امرئة في طهر واحد وذلك في الجاهلية قبل أن يظهر الاسلام
فاقرع بينهم فجعل الولد للذي قرع وجعل عليه ثلثي الدية للآخرين فضحك رسول
الله صلى الله عليه وآله حتى بدت نواجده قال : وقال : ما أعلم فيها شيئاً الا ما قضى

(١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب ميراث الخثى الحديث : ٤

(٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب ميراث الفرقة الحديث : ١

وإذا امتنع بعضهم عن السكنى حينئذ جاز للأخر الاستقلال فيها^(١)

علي عليه السلام (* ١) .

ودلت طائفة خامسة على مشروعيتها في مورد النزاع في ملك أو حق له واقع ويكون ذو الحق مجهولاً منها ما رواه جميل قال قال الطيار لزرارة : ما تقول في المساهمة أليس حقاً ؟ فقال زرارة بلى هي حق ، فقال الطيار : أليس قد ورد أنه يخرج سهم المحق ؟ قال: بلى قال فتعال حتى ادعي أنا وانت شيئاً ثم نساهم عليه وننظر هكذا هو فقال له زرارة: انما جاء الحديث بأنه ليس من قوم فوضوا أمرهم الى الله ثم اقرعوا الا يخرج سهم المحق فأما على التجارب فلم يوضع على التجارب فقال الطيار: أرأيت ان كانا جميعاً مدعين ادعيا ما ليس لهما من ان يخرج سهم احدهما ؟ فقال : زرارة : اذا كان كذلك جعل معه سهم مبيع فان كانا ادعيا ما ليس لهما خرج سهم المبيع (* ٢) .

ومنها ما رواه منصور بن حازم قال سأل بعض اصحابنا أبا عبد الله عليه السلام عن مسألة فقال : هذه تخرج في القرعة ثم قال : فأى قضية اعدل من القرعة اذا فوضوا أمرهم الى الله عز وجل أليس الله يقول فساهم فكان من المدحضين (* ٣) . وصفوة القول : انه لا دليل على مشروعية القرعة في مثل المقام فلا بد من التوافق بين حكام الشرع وبعبارة اخرى الحاكم الشرعي تشترط فيه العدالة فيجب عليه رفع اليد عن التشاجر وبعد رفع التشاجر والخلاف يكون قوله المرجع وأمره يكون نافذاً فلاحظ .

(١) اذا لا يسقط حق واحد منهم بامتناع آخر .

(١) الوسائل الباب ٥٧ من أبواب نكاح المييد والاماء الحديث : ٢ .

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم الحديث : ٤ .

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٧ .

وليس عليه شيء لصاحبه^(١) وان تعذر سكنى الجميع اقسموها بينهم يوماً فيوماً أو شهراً شهراً أو سنة سنة^(٢) وان اختلفوا في ذلك وتشاحوا فالحكم كما سبق^(٣) وليس لبعضهم ترك السكنى وعدم الرضا بالمهاياة والمطالبة بالاجرة حينئذ بالنسبة الى حصته^(٤) :

(مسألة ٦٩) : اذا قال هذا وقف على الذكور من اولادى او ذكور اولادى نسلا بعد نسل أو طبقة بعد طبقة اختص بالذكور من الذكور ولا يشمل الذكور من الاناث^(٥) .

(مسألة ٧٠) : اذا قال : هذا وقف على اخوتي نسلا بعد نسل فالظاهر العموم لاولادهم الذكور والاناث^(٦) .

(مسألة ٧١) : اذا قال : هذا وقف على اولادى ثم اولاد اولادى كان الترتيب بين اولاده الصليبين واولادهم ولا يكون بين اولاد اولاده

(١) لعدم مقتضى .

(٢) اذ مع عدم امكان سكنى الجميع لابد من القسمة .

(٣) الكلام فيه هو الكلام .

(٤) لعدم الدليل عليه .

(٥) للظهور العرفي فان مقتضى الظهور العرفي حصر النظر في خصوص

الذكور طبقة بعد طبقة وعدم اعتبار الاناث وبعبارة اخرى : يفهم عرفاً كون

الموقوف عليهم الذكور بلا وساطة الاناث .

(٦) للظهور العرفي .

واولادهم ترتيب بل الحكم بينهم على نحو التشريك ^(١) .

(مسألة ٧٢) : اذا وقف على زهد والفقراء فالظاهر التنصيف

وكذا اذا قال : وقف على زيد واولاد عمرو وأعلى اولاد زيد وأولاد عمرو او على العلماء والفقراء ^(٢) .

(مسألة ٧٣) : اذا وقف على الزوار فالظاهر الاختصاص بغير

اهل المشهد ممن يأتي من الخارج للزيارة ^(٣) وفي كونه كذلك اذا قال : وقف على من يزور اشكال ^(٤) .

فصل في بعض احكام الوقف

(مسألة ٧٤) : اذا تم الوقف لا يجوز للواقف ولا لغيره التبديل

والتغيير في الموقوف عليه بنقله منهم الى غيرهم واخراج بعضهم منه وادخال اجنبي عنهم معهم اذا لم يشترط ذلك ^(٥) أما اذا اشترط ادخال

(١) الامر كما افاده ظاهراً للظهور العرفي فان الترتيب بين اولاده واولاد اولاده

ولا مقتضى للترتيب بين اولاد اولاده بل مقتضى القاعدة التشريك .

(٢) للظهور العرفي والعرف ببابك .

(٣) الامر كما افاده فانه المتفاهم العرفي من اللفظ .

(٤) الظاهر انه يصدق على الزائر الساكن في البلد والعرف ببابك .

(٥) فان الوقف على حسب ما اوقفه اهله وبعبارة اخرى : جواز التصرف في

الوقف يحتاج الى الدليل والافمقتضى القاعدة الأولية عدم الجواز اذ يجب العمل

على طبق الوقف .

من شاء معهم فالظاهر صحته ^(١) وحينئذ إذا ادخل غيرهم معهم نفذ وإذا لم يدخل أحداً إلى أن مات بقي الوقف على حاله الأولى ^(٢) وإذا اشترط اخراج بعضهم فالظاهر صحته أيضاً ^(٣).

(١) الظاهر أن دليل الجواز في نظر الماتن ما رواه ابن يقطين قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدوله بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده قال : لا بأس بذلك وعن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده ويبينه لهم أنه أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقة ؟ قال ليس له ذلك إلا أن يشترط أنه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له (* ١) .

فإن المستفاد من الخبر المذكور التفصيل بين صورة الاشتراط وعدمه فعلى الأولى يجوز وفي الثانية لا يجوز ولكن الانصاف أن المستفاد من الحديث صورة الوقف من الأول على النحو الخاص لا صورة تغييره بعد تماميته فلاحظ .

(٢) إذ مع الإدخال يصح على مقتضى الحديث المتقدم ذكره آنفاً وأما مع عدم الإدخال فلا وجه لدخول غير الموقوف عليه فيه فلاحظ .

(٣) لم يظهر لي وجه ما أفاده وربما يقال : أنه مقتضى قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما يقفها أهلها إن شاء الله (* ٢) ولكن الاستدلال على المدعى بهذا التقريب مشكل إذ لا يستفاد من هذه الجملة إلا صحة كيفية الوقف وأما اشتراط التصرف فيه وفسخه من أصله أو في الجملة أو تبديله بأمر آخر فلا يستفاد من الحديث إلا أن تبديله بشيء آخر جائز والظاهر أن الأصحاب لم يلتزموا به والله العالم .

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

(مسألة ٧٥) : العين الموقوفة تخرج عن ملك الواقف وتدخل في ملك الموقوف عليه ويكون نماؤها له نعم اذا كان الوقف وقفاً على الصرف لم تدخل في ملك الموقوف عليه بل يتعين صرف نمائها في الجهة الموقوف عليها على اختلاف كيفيات الوقف^(١)

(١) قال في الحقائق : « اختلف الاصحاب رحمهم الله في أن الوقف هل ينتقل عن ملك الواقف أم لا ؟ وعلى الاول فهل ينتقل الى الموقوف عليه أم الى الله تعالى ؟ أم بفصل في ذلك بين ما كان الوقف لمصلحة أو جهة عامة فانه ينتقل الى الله عز وجل وما كان الموقوف عليه ممن يصح تملكه فانه ينتقل اليه » (* ١) الى آخر كلامه رفع في علو مقامه .

اذا عرفت ما تقدم نقول يظهر من كلام الجواهر في هذا المقام انه نقل الاجماع على خروج الوقف عن ملك الواقف (* ٢) .

ويمكن الاستدلال على المدعى بجملته من النصوص منها : ما رواه احمد بن محمد عن أبي الحسن الثاني عليه السلام قال سأله عن الحيطان السبعة التي كانت ميراث رسول الله صلى الله عليه وآله فاطمة عليها السلام ؟ فقال : لانما كانت وقفاً وكان رسول الله يأخذ اليه منها ما ينفق على أضيافه والتابعة يلزمه فيها فلما قبض جاء العباس يخاصم فاطمة عليها السلام فيها فشهد علي عليه السلام وغيره أنها وقفت على فاطمة عليها السلام وهي الدلال والعواف والحسنى والصفية ومالهم ابراهيم والميثب والبرقه (* ٣) .

وتقريب الاستدلال بهذه النصوص بوجوه : الوجه الاول : انه عبر في هذه النصوص

(١) الحقائق ج ٢٢ ص : ٢٢٣

(٢) الجواهر ج ٢٨ ص : ٨٨

(٣) الفروع من الكافي ج ٧ ص - ٤٧ باب صدقات النبي وفاطمة والائمة عليهم السلام

عن الوقف بالصدقة والصدقة متقومة باخراج العين عن الملك .

الوجه الثاني : انه قد عبر في بعض تلك النصوص بما يدل على كون العين الموقوفة ملكا للموقوف عليه لاحظ ما رواه أبو مريم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن صدقة رسول الله صلى الله عليه وآله وصدقة علي عليه السلام فقال : هي لنا حلال وقال ان فاطمة عليها السلام جعلت صدقتها لبني هاشم وبني المطلب (*) (١) .

ومثله الحديث الثاني من الباب فان قوله عليه السلام « صدقتهما لبني هاشم وبني عبد المطلب » يدل على جعل بني هاشم وبني عبد المطلب مالكا للعين بلحاظ الجار الدال على الملكية .

الوجه الثالث انه عبر في بعض هذه النصوص بقوله بتلابنا اي منقطعة عن صاحبها الاول ومباعدة عنه لاحظ ما رواه أيوب بن عطية قال فيه عليه السلام بشر الوارث في صدقة بنته بتلا (*) (٢) فان البتل لغة القطع والبث ايضاً بمعناه .

الوجه الرابع انه قد عين القيم في بعض تلك النصوص للموقوفة لاحظ ما رواه عبد الرحمن الحجاج (*) (٣) ولا مجال لجعل القيم مع بقاء العين في ملك مالكيها .

ومما يمكن الاستدلال به على المدعى الارتكاز في أذهان اهل الشرع والعقلاء والعرف فان المرتكز في الأذهان خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف اضافة الى ذلك انه لا يبعد أن يستفاد المدعى من مفهوم صيغة الوقف كقول الواقف وقفت الدار الفلانية على اولادي اذ لو لم تنتقل العين الى الموقوف عليه فماذا يكون

(١) نفس المصدر الحديث : ٤

(٢) نفس المصدر الحديث : ٩

(٣) نفس المصدر الحديث : ٧

المراد من الجملة .

وبعبارة اخرى الوقوف عليهم بمعنى انه لا يتجاوزهم فتكون العين حسباً عليهم وان شئت قلت : ان العين مع كونها مملوكة لهمم تكون ساكنة وغير متحركة بالحركة الاعتبارية فالنتيجة ان الوقف يخرج عن ملك الواقف ومما تقدم ظهر ان الوقف كما انه يخرج عن ملك الواقف يدخل في ملك الموقوف عليه والذي يدل على المدعى بوضوح ان السيرة جارية على كون أمر الموقوفات الخاصة بيد الموقوف عليهم فانهم يتصرفون فيه وفي شئونه وهذه آية كونهم مالكيين .

واستدل على كونه ملكاً له تعالى بأن الوقف ازالة للملك والمنفعة على وجه القرية فانقل الملك الى الله تعالى كالعق ولأن الموقوف عليه ممنوع عن البيع ولو كان مالكا للوقف لم يكن ممنوعاً عن البيع لأن الناس مسيطرون على أموالهم (*) (١) .

وفي كلا التقريبين اشكال أما التقريب الاول فلأن الوقف لا يتوقف على قصد القرية بل يمكن تحقيقه ولو مع عدم قصد القرية مضافاً الى أن قياسه بالعق مع الفارق اذ العقق ازالة للملك وتحرير للعين بخلاف الوقف اضاف الى ذلك كله ان المعنى لا يكون ملكاً له تعالى .

واما التقريب الثاني ففيه انه لا تنافي بين كون الشخص مالكا وكونه ممنوعاً عن التصرف ولا فرق بين الوقف العام والخاص غاية الأمر يكون المالك في الوقف العام الجامع فانه لو وقف على العلماء أو الفقراء يكون الملك للجامع بين العلماء أو الفقراء فلا يتوجه الاشكال بأنه لا يمكن أن يكون جميع الأفراد مالكا وترجيح بعضهم على البعض الاخر بلا مرجح فان المالك لو كان هو

(مسألة ٧٦) : اذا اشترط الواقف شرطاً في الموقوف عليه كما اذا وقف المدرسة على الطلبة العدول أو المجتهدين ففقد الشرط خرج عن الوقف^١ واذا اشترط عليه شرطاً كما اذا وقف على الطلبة واشترط عليهم التهجيد في الليل وجب فعل الشرط فان لم يتهجد فالظاهر انه يخرج عن الوقف ايضاً^٢ .

(مسألة ٧٧) : اذا احتاجت الاملاك الموقوفة الى التعمير أو

الجامع لا يكون لهذا الاشكال مجال كما هو ظاهر .

وأما لو كان الوقف على الصرف فيظهر من الجواهر ان الأكثر قائلون بكون العين مملوكة لتلك الجهة الموقوف عليها والظاهر انه لا مانع من كون الجهة الخاصة كالمسجد مالكا للعين الموقوفة فان اعتبار الملكية خفيف المؤنة فاذا قلنا هذا الفرش للمسجد يكون صحيحاً ولا تنوقف الملكية على كون المالك من الاناسي بل تنصور الملكية للجماادات ايضاً فعلى هذا لا مانع عن القول بالانتقال من ناحية الثبوت غاية ما في الباب انه يمكن أن يقال - كما قيل - لادليل في مقام الاثبات على هذه الدعوى ويمكن أن يقال انه لا فرق في مقام الانشاء من قبل الواقف بين الموارد فانه يخرج العين عن ملكه ويدخلها في ملك الموقوف عليه نعم في خصوص المسجد لا يكون الوقف على نحو التملك بل تحرير فقط وهذا الفرق على اجماله لعله ارتكازي هذا ما يخطر ببالي القاصر في هذه العجالة والله العالم بحقائق الامور

(١) بلا اشكال ولا كلام اذ مع عدم كونه عادلا يكون خارجاً عن دائرة الوقف

(٢) هذا الوجوب شرطي اي لو لم يتهجد يحرم عليه أن يسكن في المدرسة فانه كالأجنبي فلا حظ .

الترميم لاجل بقائها وحصول النماء فان عين الوقف لها ما يصرف فيها عمل عليه^(١) والا صرف من نمائها وجوباً مقدماً على حق الموقوف عليهم^(٢) واذا احتاج الى التعمير بحيث لولاه لم يبق للبطن اللاحقة فالظاهر وجوبه وان ادى الى حرمان البطن السابق^(٣) .

(مسألة ٧٨) : الثمر الموجود على النخل أو الشجر حين اجراء صيغة الوقف باق على ملك مالکها ولا يكون للموقوف عليه وكذا الحمل الموجود حين وقف الدابة واللبن والصوف الموجودان حين وقف الشاة^(٤) . وكذلك ما يتجدد من الثمر أو الحمل أو اللبن أو الصوف ونحوها بعد انشاء الوقف وقبل القبض^(٥) .

(١) كما هو ظاهر فان المفروض ان الوقف هكذا وقف والوقف على حسب ايقاف اهله .

(٢) بتقريب ان مقتضى الارتكاز جعل الوقف كذلك وبعبارة اخرى الوقف بارتكازه جعل النماء للترميم فان بقاء العين الموقوفة مطلوبه الأولي فيجب الصرف فيه .

(٣) بعين البيان المتقدم فان مطلوب الوقف اولاً بقاء العين فيجب .

(٤) بتقريب ان النماء تابع للملك فمادام العين باقية في ملك المالك يكون نمائها له ولا مقتضى لخروجها عن ملكه وأما بعد تمامية الوقف يكون النماء للموقوف عليه وان شئت قلت : النماء الموجود قبل الوقف نماء الملك لانماء الوقف فلا وجه لصبرورته ملكاً للموقوف عليه وأما النماء المتجدد فهو يصير ملكاً له فلا حظ .

(٥) على تقدير عدم تمامية الوقف الا بالقبض فالمسئلة مبنيّة .

(مسأله ٧٩) : اذا وقف على مصلحة فبطل رسمها كما اذا وقف على مسجد فمخرب أو مدرسة فمخرب ولم يمكن تعميميرها أو لم يحتاجها الى مصرف لانقطاع من يصلي في المسجد أو مهاجرة الطلبة أو نحو ذلك فان كان الوقف على نحو تعدد المطلوب كما هو الغالب صرف نماء الوقف في مسجد أو مدرسة اخرى ان أمكن والا ففي وجوه البر الاقرب فالاقرب^١ .

(مسأله ٨٠) : اذا جهل مصرف الوقف فان كانت الاحتمالات متصادقة صرف في المتيقن كما اذا لم يدر ان الوقف وقف على العلماء مطلقاً أو على خصوص العدول أو الفقراء أو لم يدر ان الوقف وقف على العلماء أو الفقراء فانه يصرف في الفرض الاول على العلماء العدول أو الفقراء وفي الفرض الثاني على العلماء الفقراء^٢ وان كانت متبانية فان كانت غير محصورة تصدق به اذا كان التصديق من الوجوه المحتملة للوقف والا صرفه في وجه آخر من الوجوه المحتملة^٣

(١) بتقريب ان هذه المراتب مقصود الواقف ومن مرتكزاته فيكون المقدر كالمذكور وبعبارة اخرى : يصح أن يقال : ان الواقف هكذا وقف ولو لم تكن التفاصيل مورداً للمحاذرة على النحو التفصيل ويكون المقام نظير الشروط الضمنية التي تعتبر عند العقلاء بملاحظة كونها اموراً ارتكازية فلاحظ .

(٢) اذ الصرف في المتيقن عمل بالوظيفة قطعاً فلا اشكال فيه .

(٣) قد استدل السيد اليزدي في الملحقات برواية ابن راشد قال : سألت أبا الحسن عليه السلام قلت : جعلت فداك اشتريت ارضاً الى جنب ضيعتي بألفي

وان كانت الوجوه محصورة كما اذا لم يدران الوقف على المسجد
الفلاني أو على المسجد الآخر أولزيد أو لعمره على نحو المصرف
أو على نحو التملك فالأقرب الرجوع الى القرعة في تعيين الموقوف
عليه^(١).

(مسألة ٨١) : اذا أجر العين الموقوفة البطن الاول من الموقوف
عليهم في الوقف الترتيبي وانقضوا قبل انقضاء مدة الاجارة لم تصح
الاجارة بالنسبة الى بقية المدة^(٢)

درهم فلما وفيت المال خبرت ان الأرض وقف، فقال لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل
الغلة في مالك وادفعها الى من وقفت عليه قلت : لأعرف لها رباً قال : تصدق
بغلتها (*) (١) .

وهذه الرواية لا ترتبط بالمقام بل المستفاد من الحديث ان المكلف اذا لم يمكنه
الوصول الى الموقوف عليه يتصدق بغلتها وكلا منا فيما نحن في حكم الوقف
الذي يكون مصرفه مجهولاً مضافاً الى ضعف سند الحديث .

والذي يختلج بالبال أن يقال : ان مقتضى القاعدة الرجوع الى القرعة اذا
لاوجه للتفريق بين كون الأطراف محصورة وبين ما يكون غير محصور نعم اذا
كانت الدائرة على نحو لا يمكن أن يقرع بين اطرافها يلزم بحكم العقل اختيار
احد الأطراف وترجيح التصديق على غيره على فرض كونه من الأطراف موافق
للاحتياط وأما اللزوم فلا .

(١) فان القرعة لكل أمر مشكل سيما في الامور المالية والله العالم .

(٢) لأن المفروض ان الاجارة وقعت على ملك الغير فلا تصح وبعبارة اخرى

كتاب الوقف في بعض أحكام الوقف ————— ٤٩٧

وكذا الحكم في الوقف التشريكي اذا ولد في اثناء المدة من يشارك الموقوف عليه المؤجر فانه لاتصح الاجارة بالنسبة الى حصته^(١) والظاهر صحتها بالاجازة من البطن الثاني في الصورة الاولى ومن الشريك في الصورة الثانية فيكون للمجيز حصته من الاجرة ولا يحتاج الى تجديد الاجارة^(٢) وان كان احوط^(٣) نعم اذا كانت الاجارة من الولي لمصلحة الوقف صحت ونفذت^(٤) وكذا اذا كانت لمصلحة البطون اللاحقة اذا كانت له ولاية على ذلك فانها تصح^(٥) ويكون للبطون اللاحقة حصتهم من الاجرة^(٦).

(مسألة ٨٢) : اذا كانت للعين الموقوفة منافع مختلفة وثمرات متنوعة كان الجميع للموقوف له مما اطلاق الوقف فاذا وقف الشجر

المنفعة بعد انقراض البطن الاول تكون للبطن الثاني فلا ولاية للبطن الاول في تملكها من الغير بالاجارة .

(١) اذ مع فرض الشركة لاتصح اجارة حصة الشريك بلا رضاه .

(٢) لصحة الفضولي مع الاجازة .

(٣) لعل الوجه في الاحتياط الخروج عن شبهة الخلاف .

(٤) لأن الاجارة في مفروض الكلام صدرت من اهلها ووقعت في محلها وان

شئت قلت : الاجارة الصادرة عن الولي بعد فرض كونها لمصلحة الوقف تامة ولا وجه لبطلانها .

(٥) الكلام فيه هو الكلام فلاحظ .

(٦) كما هو ظاهر .

أو النخل كان ثمرتهما ومنفعة الاستغلال بهما والسعف والاغصان والاوراق اليابسة واكمام الطلع والفسيل ونحوها مما هو مبني على الانفصال للموقوف له^(١) ولا يجوز للمالك ولا لغيره التصرف فيها^(٢) الا على الوجه الذي اشترطه الواقف^(٣).

(مسألة ٨٣) : الفسيل الخارج بعد الوقف اذا نما واستنطال حتى صار نخلاً أو قلع من موضعه وغرس في موضع آخر فنما حتى صار مثمر لا يكون وقفاً بل هو من نماء الوقف^(٤) فيجوز بيعه وصرفه في الموقوف عليه^(٥) وكذا اذا قطع للاصلاح بعض الاغصان الزائدة وغرس فصار شجرة فانه لا يكون وقفاً بل يجري عليه حكم نماء الوقف من جواز بيعه وصرف ثمنه في مصرف الوقف^(٦).

(١) لأن المفروض اطلاق الوقف ولازم الاطلاق عدم التقييد ومنفعة الوقف للموقوف عليه فالمنافع كلها للموقوف عليه .

(٢) اذا التصرف في ملك الغير لا يجوز الا مع الاذن .

(٣) اذا أمر الوقف بحسب الجعل بيد الواقف فاللازم رعاية جعله ومتابعته .

(٤) اذا لوجه لكونه داخلاً في الوقف ولا مقتضي له وبعبارة اخرى : الفسيل الخارج بعد الوقف لم تشمل دائرة جعل الوقف فيكون نماء له .

(٥) كبقية النمات التي يجوز بيعها لمصلحة الموقوف عليه .

(٦) الكلام فيه هو الكلام اذا بعد القطع بخروج عن دائرة الوقف وبدخل تحت

عنوان النماء فيترتب عليه حكمه ولقائل أن يقول : ان المفروض كونه وقفاً ويمكن ابقائه كذلك بغرسه فيجب التحفظ عليه فيكون باقياً على عنوانه الأولي .

(مسألة ٨٤) : اذا خرب المسجد لم تخرج العرصه عن المسجدية ^(١) وان تعذر تعميره ^(٢) وكذا اذا خربت القرية التي هو فيها حتى بطل الانتفاع به الى الابد ^(٣) وأما غيره من الاعيان الموقوفة فانها اذا تعذر الانتفاع بها في الجهة المقصودة للواقف لخرابها وزوال منفعتها فانه يجوز حينئذ بيع بعضها وعمارة الباقي للانتفاع به فان لم يمكن ذلك جاز بيعها وتبديلها بما يمكن الانتفاع به ^(٤) واذا تعذر الانتفاع بها لانتفاء الجهة الموقوف عليها صرفت منافعتها فيما هو الاقرب فالاقرب فاذا كان الوقف وقفاً على اقامة عزاء الحسين عليه السلام في بلد خاص ولم يمكن ذلك صرف منافعه في اقامة عزائه عليه السلام في بلد آخر ^(٥) واذا كان تعذر الانتفاع لانقراض الموقوف عليه تبطل وقفيتها ^(٦)

(١) لعدم ما يقتضي خروج العرصه عن كونها مسجداً بل هي باقية على حالها

(٢) اذ لا دليل على كون التعذر موجباً لزوال العنوان والقاعدة الاولى تقتضي

بقائها على ما كانت .

(٣) لعين التقريب .

(٤) قد تعرض الماتن لهذا الفرع في مسألة (١٣) من فروع جواز بيع الوقف

في كتاب البيع وتكلمنا حول كلامه وشرحناه فراجع ما ذكرناه هناك .

(٥) بتقريب ان الترتب المذكور مركز في ذهن الواقف ويكون المقدر

كالمذكور كما مر في نظيره قريباً .

(٦) الحق ان يعبر بانقضاء امد الوقف وبعبارة اخرى : يكشف انه كان وقفاً بهذا

وترجع ملكا للواقف على ما تقدم فان لم يكن موجوداً كان لورثته^١ وإذا خرب الوقف ولم تبطل منفعته بـل بقي له منفعة معتد بها قليلة أو كثيرة فان أمكن تجديده وان كان باجارته مدة وصرف الاجارة في العمارة وجب ذلك^٢ وان لم يمكن فالظاهر بقاء الوقفية بحالها وتصرف منافعه في جهة الموقوف عليها مثلاً اذا وقف بستاناً للمسجد فانقطع عنها الماء حتى يبس شجرها أو انقلع وبقيت عرصه وأمکن ايجارها وجب ذلك وصرفت الاجرة في مصالح المسجد^٣ نعم اذا فهم من القرائن ان الوقفية قائمة بعنوان البستان كما اذا وقفها للنتزه أو للاستغلال بطلت الوقفية بذهاب عنوان البستان وترجع ملكا للواقف^٤.

المقدار ويكون من مصاديق الوقف المنقطع الآخر وقد تقدم كونه صحيحاً .

(١) بل الصحيح ان العين لم تخرج عن ملكه الا بهذا المقدار والزائد عليه كان باقياً في ملكه فعلى تقدير بقائه يكون هو المرجع وعلى تقدير موته يكون أمر العين راجعاً الى ورثته .

(٢) كما تقدم وقلنا الواقف بارتكازه يجعل المنافع اولا للصرف في نفس العين ثم للموقوف عليه وبعبارة اخرى : لا بد من التحفظ على الوقف مادام ممكناً .

(٣) اذ لا مقتضي لزوال عنوان الوقف بل هو باق بحاله .

(٤) بل الصحيح في التعبير أن يقال: تنقضي مدة الوقف بزوال عنوان البستان وامرها راجع الى الواقف اذ لم تخرج العين عن ملكه الا مدة والمفروض انقضاء تلك المدة فلاحظ .

كتاب الوقف في بعض أحكام الوقف ————— ٥٠١

(مسألة ٨٥) : يجوز وقف البستان واستثناء نخلة منها^١ ويجوز له حينئذ الدخول اليها بمقدار الحاجة^٢ كما ان له ابقاءها مجاناً^٣ وليس للموقوف عليهم قلعها^٤ واذا انقلعت ليس له حق في الارض فلا يجوز له غرس نخلة اخرى مكانها^٥ وكذا يجوز في وقف الدار استثناء غرفة منها^٦ ولكن اذا خربت بقيت الارض له لان الارض جزء الغرفة^٧.

(مسألة ٨٦) : اذا كانت العين مشتركة بين الوقف والملك المطلق جازت قسمتها بتميز الوقف عن الملك المطلق^٨ ويتولى القسمة المالك للمطلق ومتولي الوقف^٩ بل الاقوى جواز القسمة

(١) فان المالك له التصرف في ماله على جميع الانحاء وبعبارة اخرى : هذا حكم على طبق القاعدة الاولى .

(٢) فانه من لوازم ملكه كما لو كانت نخلة لزيد في دار بكر فانه يجوز لزيد الدخول والتصرف في نخله كما هو ظاهر .

(٣) اذ المفروض انه ملكه واستثناءه من الوقف فله ابقاؤها ولا مقتضى للزوم العوض عليه .

(٤) فان التصرف في مال الغير بلا اذن منه حرام .

(٥) لعدم المقتضى لبقاء حق له وعليه لايجوز غرس نخلة اخرى مكانها .

(٦) الكلام فيه هو الكلام .

(٧) الامر كما افاده فان الارض جزء الغرفة فتكون الارض له .

(٨) فان القسمة على طبق القاعدة الاولى .

(٩) فان الامر بيدهما فالمتصدي للقسمة المالك للمطلق والمتولي للوقف .

إذا تعدد الواقف والموقوف عليه كما إذا كانت دار مشتركة بين شخصين فوقف كل منهما نصفه المشاع على أولاده^(١) وكذا إذا اتحد الواقف مع تعدد الموقوف عليه كما إذا وقف مالك الدار نصفها على مسجد ونصفها على مشهد^(٢) وكذا إذا اتحد الواقف والموقوف عليه إذا لم تكن القسمة منافية للوقف كما إذا وقف أرضاً على أولاده وكانوا أربعة^(٣) فإنه يجوز لهم اقتسامها رهناً فإذا صار له ولد آخر بطلت القسمة وجاز اقتسامها خماساً فإذا مات اثنان منهم بطلت وجاز اقتسامها ثلاثاً وهكذا^(٤).

(مسألة ٨٧): لا يجوز تغيير العين الموقوفة إذا علم من الواقف ارادة بقاء عنوانها سواء فهم ذلك من كيفية الوقف كما إذا وقف داره على السكنى فلا يجوز تغييرها إلى الدكاكين أم من قرينة خارجية^(٥) بل إذا احتمل ذلك ولم يكن اطلاق في انشاء الوقف لم يجوز ذلك^(٦) نعم إذا كان اطلاق في انشاء الوقف جاز للولي التغيير فيبدل الدار

(١) لعدم مانع في القسمة .

(٢) الكلام فيه هو الكلام .

(٣) إذ مع عدم التنافي للوقف لا يكون مانع عن القسمة .

(٤) لأن هذه القسمة لا تؤثر بالنسبة إلى البطون اللاحقة كما صرح به في المتن

فلا مانع منها وبعبارة أخرى لا تكون موجبة لنضييع حق أحد والمفروض عدم تنافي القسمة مع الوقف .

(٥) فإن الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها .

(٦) لعدم احراز الجواز واصالة عدم ارادة المقيد لا يثبت الاطلاق الا على

الى دكاكين والدكاكين الى داروهكذا^١ وقد يعلم من حال الوقف ارادة بقاء العنوان مادام له دخل في كثرة المنفعة لمحينئذ لايجوز مادام الحال كذلك فاذا قلت المنفعة جاز التغيير^٢ .

(مسألة ٨٨) : اذا انقلعت نخلة من البستان الموقوفة فان كان وقفها للانتفاع بشمرها جاز بيعها^٣ وصرف ثمنها في البستان ان احتاج اليه والافى الجهة الموقوف عليها^٤ واذا وقفها للانتفاع بأي وجه كان فان أمكن الانتفاع بها في جعلها سقفاً أو عمداً أو نحو ذلك لم يجر بيعها^٥ وان بطل الانتفاع بها على حالها جاز بيعها وصرف ثمنها في البستان مع الحاجة ومع عدمها في الجهة الموقوف

القول بالثبت مضافاً الى أنه تعارضها أصالة عدم ارادة الاطلاق فان الاطلاق كالتيقيد ملحوظ في مقام الثبوت وتكون النسبة بينهما نسبة التضاد وأصالة عدم احد الضدين لا تثبت الضد الاخر .

(١) كما هو ظاهر فانه على هذا التقدير يكون العمل على طبق ما قرره الواقف فيكون جائزاً .

(٢) كل ذلك بمقتضى ان الوقف تابع لجعل الواقف وانشائه .

(٣) على ما تقدم في كتاب البيع من جواز بيع الوقف في الفرض المذكور وقد تقدم شرح كلام الماتن هناك .

(٤) على ما تقدم من أن الصرف في العين الموقوفة ان احتاج يقدم على الصرف في الجهة الموقوف عليها .

(٥) لعدم جواز بيع الوقف قبل عروض المجوز .

عليها ^(١) .

(مسألة ٨٩) : الاموال التى تجمع لعزاء سيد الشهداء عليه السلام من صنف خاص لاقامة ماتمهم أو من اهل البلد لاقامة ماتم فيها أو للانصار الذين يذهبون في زيارة الاربعين الى كربلاء الظاهر أنها من قسم الصدقات المشروط صرفها فى جهة معينة ^(٢) وليست باقية على ملك مالكها ^(٣) ولا يجوز لمالكها الرجوع فيها ^(٤)

(١) على ما تقدم آنفاً والكلام فيه هو الكلام لوحدة الملاك .

(٢) الصدقة اما تتحقق بصورة الوقف كما عبر بها في جملة من الأوقاف الصادرة عنهم عليهم السلام واما تتحقق بصورة التملك والتملك والمفروض ان المقام غير داخل في القسمين المذكورين فأي دليل دل على كونه من الصدقات ولعل الوجه في نظر الماتن السيرة الخارجية وهو كما ترى .

(٣) اذ الصدقة اذا تحققت تخرج عن ملك مالكها .

(٤) لعدم الدليل على الرجوع بل الدليل قائم على عدم الرجوع فى الصدقة لاحظ ما رواه الحسين ابن علوان عن جعفر عن أبيه ان علياً عليه السلام كان يقول: من تصدق بصدقة فردت عليه فلا يجوز له أكلها ولا يجوز له الا انفاقها انما منزلتها بمنزلة العتق لله فلو ان رجلاً اعتق عبداً لله فرد ذلك العبد لم يرجع في الأمر الذي جمعه لله فكذلك لا يرجع في الصدقة (* ١) .

وما رواه طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال : من تصدق بصدقة ثم ردت عليه فلا يأكلها لأنه لا شريك لله عز وجل في شيء مما جعل له انما هو بمنزلة العتاقة لا يصلح ردها بعد ما يعتق (* ٢) .

(١) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب الصدقة الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٣

كتاب الوقف في بعض أحكام الوقف ————— ٥٠٥

وإذا ماتت قبل صرفها لا يجوز لوارثه المطالبة بها^(١) وإذا تعذر صرفها في الجهة المعينة فالأحوط صرفها فيما هو الأقرب إلى الجهة الخاصة^(٢) نعم إذا كان الدافع للمال غير معرض عنه ويسرى أن الأخذ للمال بمنزلة الوكيل عنه لم يخرج حينئذ عن ملك الدافع وجاز له ولورثته ولغرمائه المطالبة به بل يجب إرجاعه إليه عند مطالبته وإلى وارثه عند موته وإلى غرمائه عند تفليسهم وإذا تعذر صرفه في الجهة الخاصة واحتمل عدم إذنه في التصرف فيه في غيرها وجبت مراجعته في ذلك^(٣).

(مسألة ٩٠) : لا يجوز بيع العين الموقوفة إلا في موارد ذكرناها

(١) إذا المفروض خروجها عن ملك المورث فلا مقتضي للمطالبة وكذا للغرماء كما هو ظاهر.

(٢) بتقريب أن مقصود المالك كذلك.

(٣) لبقاء المال في ملكه فيترتب عليه أحكام ملكه ومن هذا البيان يظهر أن الماتن يرى أن المالك في القسم الأول أعرض عن مملوكة وقد ذكرنا في بعض المباحث السابقة أن الأعراض يوجب خروج الملك عن ملك المعرض كالأموال المنذورة للمعصومين عليهم السلام الموضوعة في الضرائب المقدسة فإن الذي يختلج بالبال أن الناذر يعرض عن ملكه ويجعله حسب نذره في الضريح المقدس وحيث أن الأعراض مخرج للمال عن ملك مالكه لا يبعد أن يقال إن الأموال المشار إليها تدخل في المباحات ولكن الظاهر أن هذا التقريب غير مرضي عند القوم والله العالم.

في كتاب البيع^(١).

(مسألة ٩١) : اذا كان غرض الواقف من الوقف حصول شيء فتيين عدم حصوله لا يكون ذلك موجباً لبطلان الوقف فاذا علم ان غرض الواقف من الوقف أن يستعينوا به على طلب العلم أو الإقامة بالمشهد الفلاني أو نحو ذلك فلم يترتب الغرض المذكور لم يكن ذلك موجباً لبطلان الوقف وهكذا الحال في جميع الأغراض والدواعي التي تدعو إلى إيقاع المعاملات أو الإيقاعات فاذا كان غرض المشتري الربح فلم يربح لم يكن ذلك موجباً لبطلان الشراء أو التسلط على الفسخ^(٢).

(مسألة ٩٢) : الشرائط التي يشترطها الواقف تصح ويجب العمل عليها اذا كانت مشروعة فاذا اشترط أن لا يؤجر الوقف أكثر من سنة أو لا يؤجر على غير أهل العلم لا تصح اجارته سنتين ولا على غير أهل العلم^(٣).

(مسألة ٩٣) : تثبت الوقفية بالعلم وان حصل من الشيع^(٤)

(١) وقد تقدم شرح ما أفاده هناك فراجع .

(٢) كما هو ظاهر فان الأغراض والدواعي لا تؤثر في مركز الإنشاء ولا أثر لها في تغيير العقود والإيقاعات عما هي عليها فلاحظ .

(٣) فان الوقوف على حسب ما أوقفها أهلها فمادام يكون شرطه وجعله مشروعاً يجب العمل به كما ان السيرة الخارجية الجارية في الخارج هكذا .

(٤) فان حجة العلم ذاتية فلا فرق بين مناشئه .

كتاب الوقف في بعض أحكام الوقف ٥٠٧
وبالبينة الشرعية^(١) وباقرار ذي اليد^(٢) وان لم تكن اليد مستقلة كما اذا
كان جماعة في دار فاخبر بعضهم بأنها وقف حكم بها في حصته وان
لم يعترف غيره بها^(٣).

(مسألة ٩٤): اذا كان كتاب او اداء قد كتب عليه انه وقف فالظاهر
الحكم بوقفيته^(٤) نعم اذا كان بيد شخص وادعى ملكيته واعتذر عن
الكتابة بعذر مقبول قيل: صدق وحكم بملكيته له فيجوز حينئذ الشراء
منه والتصرف باذنه وغير ذلك من احكام الملك^(٥) لكنه لا يخلو عن
اشكال^(٦).

(مسألة ٩٥): اذا وجدت ورقة في تركة الميت قد كتب عليها ان
الشيء الفلاني وقف فان كان عليه امانة الاعتراف بالوقفية من توقيعه
في ذيلها ووضعها في ظرف مكتوب عليه هذه ورقة الوقف الفلاني
او نحو ذلك مما يكون ظاهراً في الاعتراف بالوقفية حكم بالوقفية^(٧)

(١) فان ثبوت الموضوعات بالبينة الشرعية من الواضحات .

(٢) لنفوذ الاقرار عقلاً ثبوتاً وشرعاً فلاحظ .

(٣) لأن صدق الاقرار محدود بهذا الحد فلا أثر له بالنسبة الى الزائد عليه .

(٤) لا يبعد أن يكون من الظهورات العرفية المعتبرة فيعمل على طبقه .

(٥) بتقريب ان اليد امانة الملكية فيعمل بها .

(٦) لا يبعد أن يكون وجه الاشكال انه لا دليل على حجية اليد حتى مع وجود

الامارة على خلافها وان شئت قلت : يدخل المقام في تعارض الامارتين فلاحظ .

(٧) اذ مع فرض الامارية تكون الحجة تامة فلا بد من العمل بها .

والا فلا يحكم بها وان علم انها بخط المالك^{١)}

(مسألة ٩٦) : لافرق في حجية اخبار ذي اليد بين أن يكون اخباراً باصل الوقف وأن يكون اخباراً بكيفيته من كونه ترتيبياً أو تشريكياً وكونه على الذكور فقط أو على الذكور والاناث وانه على نحو التساوي او على نحو الاختلاف^{٢)} كما انه لافرق في الاخبار بين أن يكون بالقول وأن يكون بالفعل كما اذا كان يتصرف فيه على نحو الوقف أو يتصرف فيه على نحو الوقف الترتيبي او التشريكي او للذكور والاناث او للذكور دون الاناث وهكذا فان تصرفه اذا كان ظاهراً في الاخبار عن حاله كان حجة كخبره القولي^{٣)}.

(مسألة ٩٧) : اذا كانت العين الموقوفة من الاعيان الزكوية كالغنم والبقر والابل لم تجب الزكاة فيها وان اجتمعت فيها شرائط الزكاة^{٤)} واما اذا كان نمائها زكواً كما اذا وقف بستاناً فان كان الوقف على نحو التملك لاشخاص الموقوف عليهم كما اذا قال : وقفت البستان لاولادي فان بلغت حصّة واحد منهم النصاب وجبت

١) كما هو ظاهر اذ اليد امانة الملكية والخروج عنها يتوقف على قيام دليل معتبر على خلافها والمفروض عدمه والله العالم .

٢) اذ لا وجه للتفريق فان اقرار ذي اليد نافذ بالنسبة الى ما في يده .

وان شئت قلت قول ذي اليد حجة بالنسبة الى الشئون العارضة لما في يده .

٣) اذ الميزان تحقق الاخبار بسلا فرق بين مصاديقه فالأخبار الفعلية كالقولي

حجة .

٤) فان العين الموقوفة لو كانت زكوية لا تجب الزكاة فيها لعدم اجتماع شرائط

عليه الزكاة والا لم تجب^(١) وان كان الوقف على نحو التملك للعنوان كما اذا قال : وقفت البستان على فقراء البلد غير قاصد لاستيعابهم لم تجب الزكاة على واحد منهم^(٢) الا اذا اعطى الولي واحداً منهم بعض النماء قبل زمان تعلق الزكاة وكان يبلغ النصاب فانه تجب الزكاة على من ملك منهم واحداً كان او اكثر^(٣) وكذلك لا تجب الزكاة على حاصل الوقف اذا كان على نحو المصروف كما اذا قال وقفت البستان على تزويج اولادي او على اطعام الفقراء وكسوتهم ونحو ذلك^(٤) .

الحاق فيه بابان

الباب الاول : في الحبس واخوانه .

الوجوب فان الموقوف عليه ليس له التصرف في العين الموقوفة .

(١) كما هو ظاهر لتامة موضوع الوجوب وأما مع عدم بلوغ الحصة لا تجب .

(٢) ما أفاده ظاهر وصفوة القول: ان المكلف الشخصي اذا ملك النصاب مع اجتماع الشرائط تجب عليه الزكاة وأما المالك لو كان الجامع أو الجهة فلا مقتضي للوجوب كما هو ظاهر فان الزكاة واجبة على المكلف مع اجتماع الشرائط المقررة فلاحظ .

(٣) اذ في هذه الصورة يكون موضوع الوجوب تاماً فتجب .

(٤) قد ظهر الوجه مما تقدم فلاحظ .

(مسألة ٩٨) : يجوز للمالك أن يحبس ملكه على جهة معينة يحوز الوقف عليها على أن يصرف نمائمه فيها^(١) ولا يخرج بذلك عن ملكه^(٢) فإن كان المحابس قد قصد القرية بحبسه و كان حبسه

(١) الظاهر انه لاختلاف ولا اشكال في مشروعية الحبس في الجملة وانما الاختلاف في الخصوصيات ويدل على مشروعيته من النصوص ما رواه ابن اذينة قال : كنت شاهداً عند ابن أبي ليلى وقضى في رجل جعل لبعض قرابته غلة داره ولم يوقت وقتاً فمات الرجل فحضر ورثته ابن أبي ليلى وحضر قرابته الذي جعل له غلة الدار فقال ابن أبي ليلى أرى ان ادعها على ما تركها صاحبها فقال محمد بن مسلم الثقفي : اما ان علي بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت فقال : وما علمك ؟ فقال : سمعت أبا جعفر محمد بن علي عليهما السلام يقول قضى علي عليه السلام برد الحبس وانفاذ المواريث فقال : له ابن أبي ليلى هذا عندك في كتابك ؟ قال : نعم قال : فارسل وأتني به فقال له محمد بن مسلم : على أن لا تنظر من الكتاب الا في ذلك الحديث قال : لك ذلك قال : فاحضر الكتاب واره الحديث عن أبي جعفر عليه السلام في الكتاب فرد قضيته (* ١) فان المستفاد من هذه الرواية جواز الحبس اجمالاً .

(٢) لعدم الدليل عليه وان شئت قلت : الخروج عن الملك يتوقف على قيام دليل عليه ولا دليل على الخروج واقوال الأصحاب وآرائهم مختلفة كما يظهر بالمراجعة في كلماتهم .

مطلقاً او مقيداً بالدوام لزم مادامت العين ولم يجز له الرجوع فيه^(١)
وان كان مقيداً بمدة معينة لم يجز له الرجوع قبل انقضاء المدة^(٢)
واذا انتهت المدة انتهى التحبيس فاذا قال فرسي محبس على نقل
الحجاج أو عبدي محبس على خدمة العلماء اذمت مادامت العين
باقية واذا جعل المدة عشرين مثلاً لزم في العشر وانتهى بانقضائها^(٣)
(مسألة ٩٩) : ذكر جماعة كثيرة انه لا يصح التحبيس الا بعد
القبض ولا يخلو من اشكال بل الاظهر الصحة بدونه^(٤) ولكنه شرط
في اللزوم فيجوز للمالك الرجوع فيه قبل القبض^(٥).

(مسألة ١٠٠) : اذا حبس ملكه على شخص فان عين مدة كعشر
سنين أو مدة حياة ذلك الشخص لزم الحبس في تلك المدة^(٦) وبعدها

١ (لعدم الدليل على الجواز وبعبارة اخرى بعد نفوذه شرعاً يتوقف جواز
الفسخ والرجوع على قيام الدليل عليه وليس فليس .

٢ (الكلام فيه هو الكلام .

٣ (كما هو ظاهر فان انقضاء الوقت بانقضاء مقدار الجعل .

ويظهر من كلام الماتن ان عدم جواز الرجوع مقيد بقصد القرية ولقائل أن
يقول : ان الحبس اذا لم يكن مقيداً بقصد القرية ويتحقق ولو مع عدمه لا يجوز
الرجوع أيضاً لعدم الدليل على جوازه الا أن يكون الحكم اجماعياً والله العالم
٤ (اذ لا دليل على الاشتراط .

٥ (ان تم المدعى بالاجماع التبدي الكشف فهو والا فللمناقشة فيه مجال .

٦ (كما تقدم .

يرجع الى الحابس^(١) واذا مات الحابس قبل انقضاء المدة بقي الحبس على حاله الى أن تنتهي المدة فيرجع ميراثاً^(٢) واذا حبس عليه مدة حياة نفسه يعني الحابس أم يجزله الرجوع مادام حياً فاذا مات رجع ميراثاً^(٣) واذا حبسه على شخص ولم يذكر مدة معينة ولا مدة حياة نفسه ولا حياة المحبس عليه ففي لزومه الى موت الحابس وبعد موته يرجع ميراثاً وجوازه فيجوز له الرجوع فيه متى شاء ؟ قولان اقربهما الثاني^(٤) (مسألة ١٠١) : يلحق بالحبس السكنى والعمرى والرقبى^(٥)

(١) على طبق القاعدة اذا المفروض عدم الخروج عن ملك الحابس بل الصحيح أن يعبر بتمامية مدة الحبس وصيرورة العين طلقاً اذ المفروض عدم الخروج فلا موضوع للرجوع .

(٢) لا يبعد أن يستفاد المدعى من حيث ابن اذينة فان الاستفادة منه انه مع تعيين المدة يتعين فلا يزول بموت الحابس كما ان مقتضى صحة الحبس كذلك .

(٣) كما هو ظاهر لأن المفروض انقضاء المدة .

(٤) لا يرى وجهاً لجواز الرجوع الا أن يقوم اجماع عليه والمفروض عدمه اذ صرح في المتن بأن المسئلة ذات قولين .

وصفوة القول: انه مع الالتزام بالصحة يتوقف الجزم بالجواز على قيام دليل عليه والظاهر عدمه والله العالم .

(٥) قال في الحقائق : « ثم انه ينبغي أن يعلم ان الاختلاف في هذه الألفاظ اعتباري بحسب اختلاف ما تضاف والمرجع الى أمر واحد فاذا قرنت بالأسكان قيل سكنى واذا قرنت بالعمر من المالك أو الساكن قيل عمرى واذا قرنت بمدة معينة قيل رقبى » (* ١) .

والاولى تختص المسكن والاخيرتان تجرهما في وفي غيره من العقار والحيوانات والاثاث ونحوها مما لا يتحقق فيه الاسكان فان كان المجمعول الاسكان قبل له (سكنى) فان قيد بعمر المالك او الساكن قبل له ايضاً (عمرى) وان قيده بمدة معينة قبل له (رقبى) واذا كان المجمعول غير الاسكان كما في الاثاث ونحوه مما لا يتحقق فيه السكنى لا يقال له سكنى بل قبل (عمرى) ان قيد بعمر احدهما و(رقبى) ان قيد بمدة معينة^(١).

(مسألة ١٠٢) : الظاهر ان القبض فيها ليس شرطاً في الصحة

بل في اللزوم كما تقدم في الحبس^(٢).

وعلى هذا تكون النسبة بين كل من الرقبى والعمرى وبين السكنى عموماً من وجه لأنه ان قرنت بالاسكان فقط يقال: سكنى ولا يصدق عليها احد العنوانين الاخرين وان قرنت بالعمر تكون عمرى ولا تكون سكنى وان قرنت بمدة تكون رقبى ولا تكون سكنى وان قرنت بالسكنى وقرنت بالعمر ايضاً او قرنت بصفة تكون مصداقاً للسكنى والعمرى او مصداقاً للسكنى والرقبى وأما النسبة بين الرقبى والعمرى هو التباين اذ لا يجتمع التوقيت بالزمان مع التوقيت بالعمر ويمكن أن يقال : ان النسبة بين كل واحد من الثلاثة مع كل واحد من العنوانين الاخرين هو التباين بأن يقال : اذا قرنت السكنى بالعمر أو المدة لا تصدق السكنى والأمر سهل .

(١) كما هو ظاهر فان السكنى في غير المسكن لا موضوع لها ويظهر من كلمات الأصحاب ان مشروعية المذكورات اتفاقية عندهم وتدل على المدعى ولو في الجملة جملة من النصوص التي ستمر عليك انشاء الله تعالى اثناء البحث .

(٢) قال في الحقائق : « لا خلاف في أنه لا يلزم شيء منها قبل القبض » فان

(مسألة ١٠٣) : إذا أسكنه مدة معينة كعشر سنين أو مدة عمر المالك أو مدة عمر الساكن لم يجز الرجوع قبل انقضاء المدة^(١) فإن انقضت المدة في الصور الثلاث رجع المسكن الى المالك أو ورثته^(٢)

تم المدعى بالاجماع فهو والا فللمناقشة فيه مجال فإن الخيار بعد فرض الصحة يحتاج الى الدليل ويظهر من بعض الروايات جواز الرجوع في السكنى اذا لم يعين وقتاً منها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت له رجل اسكن رجلاً داره ولم يوقت قال : جاز ويخرجه اذا شاء (* ١) .

ومنها ما رواه احمد بن عمر الحلبي عن أبيه عن أبي عبدالله عليه السلام قال وسألته عن الرجل يسكن رجلاً ولم يوقت شيئاً قال يخرجه صاحب الدار اذا شاء (* ٢) .

ومنها : ما رواه ابو البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام ان السكنى بمنزلة العارية ان احب صاحبها أن يأخذها أخذها وان أحب أن يدعها فعل أي ذلك شاء (* ٣) .

بل يظهر من حديث أبي البختري جواز الرجوع وكون السكنى كالعارية في كونها جائزة ولكن الرواية ضعيفة بأبي البختري .

(١) كما هو مقتضى القاعدة الأولية ولادليل على الجواز فتلزم .

(٢) وهذا على طبق القاعدة الأولية مضافاً الى النص الخاص لاحظ ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قضى في العمرى أنها جائزة لمن أعمرها فمن أعمر شيئاً مادام حياً فإنه لورثته اذا

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب السكنى والحبس الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(٣) نفس المصدر الحديث : ٣

(مسألة ١٠٤) : اذا قال له : أسكنتك هذه الدار لك ولعقبك لم يجزله الرجوع في هذه السكنى مادام الساكن موجوداً وعقبه^(١) فإذا انقرض هو وعقبه رجعت الدار الى المالك^(٢).

(مسألة ١٠٥) : اذا قال له : أسكنتك هذه الدار مدة عمري فمات الساكن في حال حياة المالك فإن كان المقصود السكنى بنفسه وتوابعه كما يقتضيه اطلاق السكنى انتقلت السكنى بموته الى المالك قبل

توفى (* ١) .

ولاحظ ما رواه ابو الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن السكنى والعمرى فقال : ان كان جعل السكنى في حياته فهو كما شرط وان كان جعلها له ولعقبه بعده حتى ينفى عقبه فليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا حتى ترجع الدار الى صاحبها الاول (* ٢) .

وما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يسكن الرجل داره قال : يجوز وسألته عن الرجل يسكن الرجل داره ولعقبه من بعده قال يجوز وليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا قلت فرجل أسكن داره حياته قال يجوز ذلك (* ٣) .

(١) كما هو مقتضى صحة السكنى ويدل على المدعى ما رواه الحلبي ويدل على المدعى أيضاً ما رواه أبو الصباح (* ٤) .

(٢) اذ المفروض انه ملكه فلا بد من رجوعه اليه بل صرح بالرجوع اليه في حديث الكنانى .

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب السكنى والحبس الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب السكنى والحبس الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٢

(٤) مرآة

وفاته على اشكال^(١) وان كان المقصود تملك السكنى له انتقلت السكنى الى وارثه مادام المالك حياً فاذا مات انتقلت من ورثة الساكن الى ورثة المالك^(٢) وكذا المحكم لو عين مدة معينة فمات الساكن في اثنائها^(٣)

(١) لم يظهر لي وجه الاشكال اذ المفروض ان المالك جعل السكنى لمن جعل له ولتوابعه مادام حياته فلا وجه لبقاء السكنى بعد وفاته وبعبارة اخرى يلزم الخلف فمقتضى القاعدة انتقال المنفعة بعد وفاته الى المالك وبدل على المدعى بعض النصوص وهو ما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن حمزان قال: سألت عن السكنى والعمرى فقال: الناس فيه عند شروطهم ان كان شرط حياته فهي حياته وان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد الى صاحب الدار (*) (١) .

(٢) بناءً على صحة هذا النحو من السكنى يتم ما أفاده في المتن وربما يقال انه يمكن الاستدلال على المدعى بما رواه حسن بن نعيم عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قال: سألت عن رجل جعل سكنى داره لرجل ايام حياته أو له ولعقبه من بعده قال هي له ولعقبه كما شرط (*) (٢) .

ولكن يرد عليه: ان المستفاد من الحديث انه يجعل له السكنى ايام حياته والسكنى بهذا القيد لا يعقل ان تورث وبعبارة اخرى: المنفعة المفروضة بقيده بحياته فلا تكون قابلة للارث وبدل على المدعى أيضاً قوله في السؤال: «اوله ولعقبه» وكيف يمكن الجمع بين الانتقال بالارث وجعل الوارث مالكا بالاستقلال . والظاهر انه لا يمكن اثبات ما ادعاه في المتن بالنصوص الواردة في المقام والله العالم .

(٣) الكلام فيه هو الكلام .

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب السكنى والمجسس الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٢

(مسألة ١٠٦) : اذا جعل السكنى له مدة حياته كما اذا قال له : اسكنتك هذه الدار مدة حياتك ، فمات المالك قبل الساكن لم يعجز لورثة المالك منع الساكن بل تبقى السكنى على حالها الى أن يموت الساكن^(١).

(مسألة ١٠٧) : اذا جعل له السكنى ولم يذكر له مدة ولا عمر احدهما صح^(٢) واُزِم بالقبض^(٣) ووجب على المالك اسكانه وقتاً ما وجاز له الرجوع بعد ذلك اى وقت شاء^(٤) ولا يجري ذلك في الرقبى

(١) فانه مقتضى القاعدة اذ لا وجه للانقضاء قبل موت من جعلت له السكنى فان المالك له أن يتصرف في ماله كيف ما شاء فالمقام كالعين المستأجرة مدة اذا مات المؤجر قبل تمام مدة الاجارة مضافاً الى النص الخاص الدال على المدعى لاحظ ما رواه حسين بن نعيم (*) (١) .

(٢) بلا اشكال ولا كلام نصاً وفتوى .

(٣) قدم الكلام من حيث ان اللزوم هل يتوقف على القبض أم لا ؟ .

(٤) لا يبعد أن يكون الماتن ناظراً فيما أفاده الى حديث الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : قلت له رجل اسكن رجلاً داره ولم يوقت قال : جائز ويخرجه اذا شاء (*) (٢) .

وحديث احمد بن عمر الحلبي عن ابيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : وسألته عن الرجل يسكن رجلاً ولم يوقت شيئاً قال : يخرج صاحبه اذا شاء (*) (٣) .

والعمرى لاختصاص الاول بالمدة المعينة والثانية بمدة عمر احدهما والمفروض انتفاء ذلك كله^(١).

(مسألة ١٠٨) : اطلاق السكنى كما تقدم يقتضي أن يسكن هو واهله وسائر توابعه من اولاده وخدمه وعبيده وضيوفه بل دوابه ان كان فيها موضع معد لذلك وله اقتناء ماجرت العادة فيه لمثله من غلة وأوان وامتنعة والمدار على ماجرت به العادة من توابعه^(٢) وليس له

بتقريب ان المستفاد من الحديثين جواز الانخراج فيجب الاسكان وقتاً ما ولا يجوز الرجوع قبل الاسكان ويظهر من الجواهر توقف السكنى على مسمى الاسكان حيث يقول في جملة كلام له في المقام «على أن الظاهر لزومها في الفرض أيضاً بالنسبة الى مسمى الأسكان» (* ١) الى آخر كلامه .

ويرد عليه ان الماتن يرى الامور الثلاثة من العقود ويصرح به في مسألة ١٠٩ فلو عقد على الاسكان ولم يسكن المجهول له في الدار مثلاً وقد انقضى شهر أو شهران أو ثلاثة اشهر فهل يكون للمسكن حق الرجوع أم لا ؟ الظاهر انه لا اشكال في أن له الخيار فالاسكان الخارجي ليس مقوماً للخيار وعليه لا يبعد أن المستفاد من الحديثين ثبوت الخيار للمسكن في الصورة المفروضة في الحديثين والتعبير بقوله عليه السلام « يخرججه اذا شاء » من باب العادة الخارجية فان الاسكان بحسب الطبع يستلزم السكونة لا بلحاظ توقف الخيار عليها كي يقال : يجب اسكانه وقتاً ما كما في المتن والله العالم .

(١) لعدم الدليل واختصاصه بالسكنى فلاحظ .

(٢) والعرف ببابك فانه مع فرض العادة الخارجية لامجال لأنكار الاطلاق وان

اجارته ولا اعارته لغيره^١ فلو آجره ففي صحة الاجارة باجازه المالك وكون الاجرة له حينئذ اشكال^٢.

(مسألة ١٠٩) : الظاهر ان (السكنى) و(العمري) و(الرقبي) من العقود المحتاجة في وجودها الاعتباري الى ايجاب وقبول^٣.
ويعتبر فيها ما يعتبر في العقود كما يعتبر في المتعاقدين هنا ما يعتبر في

شئت قلت : ان التعارف الخارجي قرينة للظهور الاطلاقي المدعى في المقام .
(١) لعدم ما يقتضي الجواز فان المفروض انه تصرف في مملوك الغير بلا اذنه .

(٢) لا يبعد أن يكون وجه الاشكال ان السكنى لمن جعلت له فكيف يجوز اجارة المكان للغير وتمليك منفعة منه والله العالم .

(٣) قال في الجواهر : « وهي عقد بالمعنى الاعم الشامل للمعاطاة بناء على على مشروعيتها يفتقر في الصحة الى معنى الايجاب والقبول ولو فعلا بلا خلاف ولا اشكال » انتهى فان تم اجماع تعبدى كاشف فهو والا يشكل الجزم بالمدعى لعدم دليل عليه في نصوص الباب بل مقتضى اطلاقها عدم اشتراط القبول فيها لاحظ ما رواه الحلبي (*) (١) فان مقتضى اطلاق هذه الرواية كفاية الايجاب وفي الحدائق ما حاصله : انه لا دليل على المدعى والمستفاد من النصوص الواردة في المقام كفاية مجرد رضى من تجعل له السكنى واما اشتراط العقد به فلا .

وما أفاده يؤيد ما ذكرناه ومع وجود اطلاق النصوص لامجال لأن يقال ان مقتضى الاصل عدم انتقال شئ في ملك الغير والقدر المعلوم صورة تحقق العقد.

المتعاقدين في غيره وقد تقدم ذلك في كتاب البيع^(١) وأما الحبس فالظاهر اعتبار القبول فيه في الحبس على الشخص^(٢) وعدم اعتباره في الحبس على الصرف في جهة معينة^(٣).

(مسألة ١١٠) : الظاهر جواز بيع المحبس قبل انتهاء أجل التحبيس^(٤) فتنقل العين الى المشتري على النحو الذي كانت عليه عند الباع^(٥) فيكون للمحبس عليهم الانتفاع بالعين حسب ما يقتضيه التحبيس^(٦) ويجوز للمشتري المصالحة معهم على نحو لا تجوز لهم مزاحمتهم في الانتفاع بالعين مدة التحبيس بأن يعطيهم مالا على أن لا ينتفعوا بالعين^(٧) أما المصالحة معهم على إسقاط حق الانتفاع بها أو المعاوضة معهم على حق الانتفاع بها ففيه اشكال^(٨).

(١) اذ بعد فرض توقفها على العقد لا بد من الالتزام باشتراط ما يشترط في العقد لوحدة حكم الامثال .

(٢) الكلام فيه هو الكلام فاشترطه بالعقد من باب الاجماع .

(٣) لعدم الدليل على الاشتراط .

(٤) اذ المفروض ان العين باقية في ملك مالکها فلا مانع من بيعها .

(٥) كما ان الأمر كذلك في بيع العين المستأجرة .

(٦) كما ان الأمر كذلك في المستأجر وكلاهما من وادو احد ولا فرق بين

المقامين من هذه الجهة .

(٧) لجواز الصلح بلا كلام .

(٨) اما الاول فلعدم دليل على جواز الاسقاط شرعاً وبعبارة اخرى : لادليل على

جواز اسقاط الحق المذكور .

الباب الثاني في الصدقة التي تواتر الروايات في الحث عليها
والترغيب فيها ^١ وقد ورد أنها دواء المريض ^٢ وبها يدفع البلاء ^٣

وأما الثاني فايضاً لعدم دليل على صحة المعاوضة عليه وإن شئت قلت : إن
المصالحة عليه تتوقف على جواز نقل حق الانتفاع والحال إن مشروعيته أول
الكلام .

(١) كما يظهر لمن يراجع مظانها .

(٢) لاحظ حديث عبد الله بن سنان قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : داووا
مرضاكم بالصدقة وادفعوا البلاء بالدعاء واستنزلوا الرزق بالصدقة فإنها تفك من
بين لحي سبعمة شيطان (*) (١) .

وحديث معاذ بن مسلم قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فذكروا الوجود
فقال : داووا مرضاكم بالصدقة وما على أحدكم أن يتصدق بقوت يومه إن ملك
الموت يدفع إليه الصك يقبض روح العبد فيتصدق فيقال له : رد عليه الصك (*) (٢)
(٣) لاحظ ما رواه السكوني عن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال : قال رسول
الله صلى الله عليه وآله : إن الله لا اله الا هو ليدفع بالصدقة الداء والديلة والحرق
والفرق والهدم والجنون وعد سبعين باباً من السوء (*) (٣) .

ولاحظ ما رواه أبو ولاد قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول بكروا
بالصدقة وارغبوا فيها فما من مؤمن يتصدق بصدقة يريد بها ما عند الله ليدفع الله
بها عنه شر ما ينزل من السماء إلى الأرض في ذلك اليوم الا وقاه الله شر ما ينزل من
السماء إلى الأرض في ذلك اليوم (*) (٤) .

١ و ٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب الصدقة الحديث : ١ و ٢

٣) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصدقة الحديث : ١

٤) الوسائل الباب ٨ من ابواب الصدقة الحديث : ٣

وقد ابرم ابراماً^١ وبها يستنزل الرزق^٢ وأنها تقع في يد الرب قبل ان تقع في يد العبد^٣ وانها تخلف البركة^٤ وبها يقضى الدين^٥ وأنها تزيد في المال^٦

(١) لاحظ وصية النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي عليه السلام قال : يا علي الصدقة ترد القضاء الذي قد ابرم ابراماً ، يا علي صلة الرحم تزيد في العمر يا علي لاصدقة وذو رحم محتاج يا علي لاخير في القول الا مع الفعل ولا في الصدقة الا مع النية (*) (١) .

(٢) لاحظ ما رواه زرارة عن الصادق عليه السلام في حديث قال : استنزلوا الرزق بالصدقة من ايقن بالخلف جاد بالعطية ان الله ينزل المعونة على قدر المؤنة (*) (٢) .

(٣) لاحظ ما رواه ابن سنان قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : ليس شيء أنفل على الشيطان من الصدقة على المؤمن وهي تقع في يد الرب تبارك وتعالى قبل أن تقع في يد العبد (*) (٣) .

(٤) لاحظ ما رواه غياث بن ابراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ان الصدقة تقضى الدين وتخلف بالبركة (*) (٤) .

(٥) لاحظ ما رواه غياث بن ابراهيم المتقدم .

(٦) لاحظ ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : تصدقوا فان الصدقة تزيد في المال كثرة فتصدقوا رحمكم

(١) نفس المصدر الحديث : ٤

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الصدقة الحديث : ١١

(٣) الوسائل الباب ١٨ من أبواب الصدقة الحديث : ١

(٤) الوسائل الباب ١ من أبواب الصدقة الحديث : ١

وأنها تدفع مئة سوء^(١) والداء والديلة والحرق والغرق والجذام والجنون إلى أن عد سبعين باباً من سوء^(٢) ويستحب التبكير بها^(٣) يدفع

الله (* ١) .

(١) لاحظ ما رواه سالم بن مكرم عن أبي عبد الله عليه السلام قال مر يهودي إلى أن قال فقال النبي صلى الله عليه وآله : ان هذا اليهودي يعضه أسود في قفاه فيقتله قال : فذهب اليهودي فاحتطب حطباً كثيراً فاحتمله ثم لم يلبث أن انصرف فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله ضعه فوضع الحطب فإذا أسود في جوف الحطب عاض على عود فقال يا يهودي أي شيء عملت اليوم ؟ فقال ما عملت عملاً الا حطبي هذا احتملته فجئت به وكان معي كعكتان فأكلت واحدة وتصدقت بواحدة على مسكين فقال رسول الله صلى الله عليه وآله بها دفع الله عنه وقال : ان الصدقة تدفع المئة سوء عن الانسان (* ٢) .

(٢) لاحظ ما رواه السكوني عن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ان الله لا اله الا هو ليدفع بالصدقة الداء والديلة والحرق والغرق والهدم والجنون وعد سبعين باباً من سوء (* ٣) وقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ان الله لا اله الا هو ليدفع بالصدقة الداء والديلة والحرق والغرق والهدم والجنون وعد عليه السلام سبعين باباً من الشر (* ٤) .

(٣) لاحظ ما رواه النخعي قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : بكمروا بالصدقة فان البلاء لا يتخطأها (* ٥) .

(١) نفس المصدر الحديث : ٨

(٢) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصدقة الحديث : ٣

(٣) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصدقة الحديث : ١

(٤) من لا يحضره الفقيه ج ٢ ص ٣٨ حديث : ٧

(٥) الوسائل الباب ٨ من ابواب الصدقة الحديث : ١

شر ذلك اليوم^١ وفي اول الليل يدفع بها شر الليل^٢.

(مسألة ١١١) : المشهور كون الصدقة من العقود فيعتبر فيها الايجاب والقبول^٣ ولكن الاظهر كونها الاحسان بالمال على وجه القرية فان كان الاحسان بالتمليك احتاج الى ايجاب وقبول وان كان بالابراء كفى الايجاب بمثل ابرأت ذمتك وان كان بالبذل كفى الاذن

(١) لاحظ ما رواه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من تصدق بالصدقة حين يصبح أذهب الله عنه نحس ذلك اليوم (* ١) .

(٢) لاحظ ما ارسله الصدوق قال : وقال يعني الصادق عليه السلام باكروا بالصدقة فان البلا بالانتخطاها ومن تصدق بالصدقة اول النهار دفع الله عنه شرما ينزل من السماء في ذلك اليوم فان تصدق اول الليل دفع الله عنه شرما ينزل من السماء في تلك الليلة (* ٢) .

(٣) قال في الجواهر : « وعلى كل حال فهي عقد يفتقر الى ايجاب وقبول بلا خلاف محقق اجده فيه بل عن ظاهر المبسوط وفقه الراوندي والغنية والكفاية والمفاتيح الاجماع عليه بل صريح بعض وظاهر آخر اعتبار ما يعتبر في العقد اللازم فيها » الخ (* ٣) .

مضافاً الى أنها قسم من التمليك ولا فرق بينها وبين الهبة الا بأن الصدقة مشروطة بقصد القرية بخلاف الهبة فلا اشكال في كون الصدقة من العقود ويعتبر في عقدها ما يعتبر في سائر العقود .

في التصرف وهكذا فيختلف حكمها من هذه الجهة باختلاف موارد^١

(١) قال في الجواهر : « يبقى شيء » وهو احتمال دعوى اعمية الصدقة من العقد ضرورة صدقها على البراء المتقرب به والوقف كذلك بل وعلى بذل الطعام والماء ونحوهما للفقراء والمساكين مثلاً وان لم يكن على جهة معنى العقدية الذي هو قصد الارتباط بالايجاب والقبول ولقد كان علي بن الحسين عليه السلام يتصدق على الفقير « الخ .

والذي يخلج بالبال في هذه العجالة ان الامور المذكورة في المتن لا تكون داخلة في الصدقة ولا تكون محكومة بأحكامها ولا دلالة فيما نقل عن علي بن الحسين على المدعى لاحظ ما رواه ابن حمران عن ابيه عن أبي جعفر عليه السلام ان علي بن الحسين عليه السلام كان يخرج في الليلة الظلماء فيحمل الجراب على ظهره وفيه الصرر من الدنانير والدرهم وربما حمل على ظهره الطعام أو المحطب حتى يأتي باباً باباً فيقرع ثم يناول من يخرج اليه وكان يعطي وجهه اذا ناول فقيراً لئلا يعرفه فلما توفي فقدوا ذلك فعلموا أنه كان علي بن الحسين ولما وضع على المغتسل نظروا الى ظهره وعليه مثل ركب الابل مما كان يحمل على ظهره الى منازل الفقراء والمساكين الخ (*) (١) .

فان المستفاد من هذه الرواية وامثالها انه عليه السلام كان يحسن الى الفقراء والمساكين ويستفاد من هذه الرواية المشار اليها انه عليه السلام كان يعطي في حال كون وجهه مغطى للمساكين ولا دلالة في الرواية ان مجرد الاحسان ولو مع قصد القرية داخل في الصدقة ومحكوم بأحكامها ولعل الماتن ناظر الى وجهه ومدرك موجه عنده وعلى الجملة لادليل على هذا المدعى وهو ان مجرد الاحسان مع قصد القرية داخل في الصدقة نعم ربما يستعمل عنوان الصدقة في بعض الموارد كقولهم

(مسألة ١١٢) : المشهور باعتبار القبض فيها مطلقاً ولكن الظاهر انه لا يعتبر فيها كلبية^١ وانما يعتبر فيها اذا كان العنوان المنطبق عليه مما يتوقف على القبض فاذا كان التصديق بالهبة او بالوقف اعتبر القبض واذا كان التصديق بالاهراء او البذل لم يعتبر وهكذا^٢.

(مسألة ١١٣) : يعتبر في الصدقة القرية^٣ فاذا وهب او أبرأ او وقف

« عون الضعيف من افضل الصدقة » ولكن الاستعمال اعم من الحقيقة وباب المجاز واسع والله العالم .

(١) قد ظهر مما تقدم ان كون مطلق الاحسان بالمال مع قصد القرية داخلاً في الصدقة اول الكلام والاشكال فلو بذل شخص مقدراً من الاموال للفقراء والمساكين بقصد القرية ولكن لم يعرض عن مملوكة هل يمكن الجزم بعدم امكان الرجوع فيه واما اذا أعرض عن مملوكة وقلنا ان الاعراض يوجب الخروج عن الملك فهل يمكن أن يقال : انه مصداق للصدقة بحيث لا يجوز الرجوع فيه من قبل مالكة ؟ وأيضاً لا يجوز التصرف فيه لمن لا يكون فقيراً وبعبارة اخرى : اي دليل دل على خروجه عن ملكه بعد الاعراض واختصاصه بناحية خاصة وعلى فرض الالتزام بما ذكر لافرق بين أن يكون الصادر منه بقصد القرية وبين أن لا يكون كذلك فلاحظ.

(٢) بسلا خلاف اجده فيه كما اعترف به غير واحد - هكذا في الجواهر - والحق أن يقال : انه اذا كانت الصدقة بعنوان الهبة فلا اشكال في توقفها على القبض وأما الوقف فقد مر الكلام فيه سابقاً وأما التصديق بنحو آخر فقد مر الاشكال فيه .

(٣) بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسمه عليه - هكذا في الجواهر - وتدل على المدعى النصوص منها ما رواه حماد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا صدقة

بلا قصد القرية كان هبة وإبراء ووقفاً ولا يكون صدقة^(١).

(مسألة ١١٤): تحل صدقة الهاشمي على الهاشمي وعلى غيره حتى زكاة المال وزكاة الفطرة وأما صدقة غير الهاشمي فإن كانت زكاة المال أو زكاة الفطرة فهي حرام^(٢) ولا تحل للمتصدق عليه^(٣) ولا تفرغ ذمة المتصدق بها عنها^(٤) وإن كانت غيرهما فالأقوى جوازها سواء كانت واجبة كرد المظالم والكفارات وفدية الصوم أم مندوبة^(٥) إلا إذا كانت من قبيل ما يتعارف من دفع المال القليل لدفع البلاء ونحو ذلك مما كان من مراسم الدل والهوان ففي جواز مثل ذلك اشكال^(٦).

(مسألة ١١٥): لا يجوز الرجوع في الصدقة إذا كانت هبة

ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل (* ١).

(١) إذ بعد فرض كون الصدقة متفومة بقصد القرية لا يمكن تحققها بدون قصد القرية.

(٢) كما تقدم الكلام حول هذه الجهة في كتاب الزكاة.

(٣) إذ التملك بهذا العنوان وحيث أنه وقع في غير محله لا مجال للحلية.

(٤) كما هو ظاهر فإن المقيد ينتفي بانتفاء قيده وإن شئت قلت: الأجزاء يحتاج إلى الدليل والمفروض عدم الدليل فلا وجه للفراغ.

(٥) لعدم الدليل على الاشتراط ومقتضى الاطلاقات هو الجواز.

(٦) ما أفاده من العناوين الثانوية ولا بد من ملاحظته في كل مورد.

مقبوضة^(١) وان كانت لاجنبي على الاصح^(٢).

(مسألة ١١٦): تجوز الصدقة المندوبة على الغني والمخالف^(٣)

والكافر الذمي^(٤).

(١) ادعي عليه الاجماع وتدل عليه جملة من النصوص منها ما رواه ابن سنان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق بالصدقة ثم يعود في صدقته فقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله انما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي يقبىء ثم يعود في قبئته (* ١) .
(٢) للاطلاق فلاحظ .

(٣) للاطلاق وعدم التقييد لاحظ ما رواه غياث ابن ابراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان الصدقة تنقض الدين وتخلف بالبركة (* ٢) .
(٤) قال في الحقائق : « قد صرح جملة من الاصحاب بأنه تجوز الصدقة على الذمي وان كان اجنبياً » (* ٣) انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع في علوم مقامه ويمكن الاستدلال على المدعى بقوله تعالى لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم (* ٤) فان المستفاد من الآية الشريفة جواز الاحسان الى اهل الذمة .

ويمكن الاستدلال بما رواه سدير الصيرفي قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام اطعم سائلاً لأعرفه مسلماً ؟ قال : نعم اعط من لا تعرفه بولاية ولا عداوة للحق ان الله عزوجل يقول : وقولوا للناس حسناً ولا تطعم من نصب لشئء من الحق أو

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الصدقة الحديث : ١

(٣) الحقائق ج ٢٢ ص : ٢٧١

(٤) الممتحنة / ٨

(مسألة ١١٧) : الصدقة المندوبة سرّاً أفضل^(١) الا اذا كان الاجهار بهابقصدا رفع التهمة او الترغيب او نحو ذلك مما يتوقف على الاجهار^(٢) أما الصدقة الواجبة ففي بعض الروايات ان الافضل اظهارها^(٣) وقيل

دعا الى شيء من الباطل (* ١) .

وبحديث محمد بن مسلم عن أبي عبد الله قال : قال ابو جعفر عليه السلام : أعط السائل ولو كان على ظهر فرس (* ٢) .

وبحديثه الآخر قال : قال أبو جعفر عليه السلام لو يعلم المعطي ما في العطية ما رد أحد أحداً (* ٣) .

وبرواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لا تقطعوا على السائل مسأله فلولاً ان المساكين يكذبون ما أفلح من ردهم (* ٤) .

(١) تدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال صدقة العلانية تدفع سبعين نوعاً من أنواع البلاء وصدقة السر تطفى غضب الرب (* ٥) .

(٢) فان العناوين الثانوية تغير الاحكام .

(٣) لاحظ ما رواه أبو بصير يعني ليث بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله تعالى : : « انما الصدقات للفقراء والمساكين » (النسأ أن قال) وكلما فرض الله عليك فاعلانه افضل من اسراره وكلما كان تطوعاً فاسراره افضل من

(١) الوسائل الباب ٢١ من ابواب الصدقة الحديث : ٣

(٢ و ٣) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الصدقة الحديث : ١ و ٢

(٤) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الصدقة الحديث : ٣

(٥) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الصدقة الحديث : ٦

الأفضل الأسرار بها^١ والأظهر اختلاف الحكم باختلاف الموارد في
الحجرات المقتضية للأسرار والأجهار^٢.

(مسألة ١١٨) : التوسعة على العيال أفضل من الصدقة على
غيرهم^٣ والصدقة على القريب المحتاج أفضل من الصدقة على غيره^٤

إعلانه ، ولو أن رجلاً يحمل زكاة ماله على عاتقه فقسمها علانية كان ذلك حسناً
جميلاً (* ١) والسند ضعيف بابن يحيى .

١) قال في الجواهر : « نعم في الدروس وغيرها تخصيص ذلك للمندوبة
وأما الواجبة فالأفضل إظهارها » إلى أن قال : « لكن المصنف وغيره أطلقوا
أفضلية السر وهو لا يخلو عن وجه والأمر سهل » الخ (* ٢) .

٢) لعدم الدليل المعتبر على أحد الطرفين فيختلف الحكم باختلاف الموارد
ولا يبعد أن يستفاد من بعض النصوص الاختلاف بين الزكاة وغيرها لاحظ ما رواه
ابن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل « وإن تخفوها وتؤتوها
الفقراء فهو خير لكم » فقال : هي سوى الزكاة إن الزكاة علانية غير سر (* ٣)
فلا بأس بالتفصيل بين الزكاة وغيرها والله العالم .

٣) لاحظ ما رواه عبد الأعلى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول
الله صلى الله عليه وآله : كل معروف صدقة وأفضل الصدقة عن ظهر غني وإبداء
بمن تعول واليد العليا خير من اليد السفلى ولا يلوم الله على الكفاف (* ٤) .

٤) لاحظ ما أرسله الصدوق قال : قال عليه السلام : لاصدقة وذو رحم

١) الوسائل الباب ٥٤ من أبواب المستحقين للزكاة الحديث : ١

٢) الجواهر ج ٢٨ ص : ١٣٠ - ١٣١

٣) الوسائل الباب ٥٤ من أبواب المستحقين للزكاة الحديث : ٢

٤) الوسائل الباب ٤٢ من أبواب الصدقة الحديث : ٥

وأفضل منها الصدقة على الرحم الكاشح^١ بمعنى المعادي^٢ ويستحب
التوسط في إيصالها إلى المسكين ففي الخبر لو جرى المعروف على
ثمانين كفأ لأجروا كلهم من غير أن ينقص صاحبه من أجره شيئاً والله
سبحانه العالم الموفق^٣.

كتاب النكاح وفيه فصول الفصل الأول

النكاح ثلاثة دائم ومنقطع وملك يمين^٤ ويفتقر الأول إلى العقد

محتاج (*) (١) .

(١) لاحظ ما رواه السكوني عن أبي عبد الله قال : سئل رسول الله صلى الله
عليه وآله أي الصدقة أفضل ؟ قال : على ذي الرحم الكاشح (*) (٢) .
(٢) لاحظ ما رواه أبو نهشل مرسلاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لو جرى
المعروف على ثمانين كفأ لأجروا كلهم من غير أن ينقص صاحبه من أجره
شيئاً (*) (٣) .

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً قد وقع الفراغ من كتابة شرح كتاب
الوقف والصدقات في يوم الأربعاء غرة شهر ربيع الثاني من سنة ١٤١٠ بعد
الهجرة على مهاجرها وآله آلاف التحية والثناء .

(٣) قد يراد من النكاح الوطي ، قال في الحقائق : « لا إشكال ولا خلاف في
أن لفظ النكاح قد يطلق ويراد به الوطي وقد يطلق ويراد به العقد خاصة في كل

(١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب الصدقة الحديث : ٤

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب الصدقة الحديث : ١

(٣) الوسائل الباب ٢٦ من أبواب الصدقة الحديث : ١

وهو الإيجاب والقبول^١

من عرفني الشرع واللغة وظاهر كلام الجوهري ان استعماله في الوطء اكثر» (*) (١)
انتهى .

وقد عقد صاحب الوسائل باباً سماه باب ان النكاح الحلال ثلاثة اقسام : دائم
ومنقطع وملك يمين عينا ومنفعة (*) (٢) .

(١) قال في الحقائق : «اجمع العلماء من الخاصة والعامة على توقف النكاح
على الإيجاب والقبول اللفظيين (*) (٣) انتهى .

وعن الشيخ الاعظم قدس سره انه اجمع علماء الاسلام - كما صرح به غير
واحد - على اعتبار اصل الصيغة في عقد النكاح لا بإباح بالاباحة ولا المعاطاة الخ
ويمكن الاستدلال على المدعى بهذه روايات منها رواية ابان بن تغلب قال :
قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف اقول لها اذا خلوت بها ؟ قال : تقول : أتزوجك
متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً ، وان شئت كذا وكذا
سنة بكذا وكذا درهماً وتسمى من الاجر « من الأجل يب » ما تراضيتما عليه قليلاً
كلان أو كثيراً ، فاذا قالت : نعم فقد رضيت وهي امراتك وأنت أولى الناس بهما
الحديث (*) (٤) وغيرها من الروايات الواردة في الباب ١٨ من أبواب المتعة من
الوسائل .

وللاستدلال بهذه النصوص على المدعى تقريبات احدها : مفروغية اشتراط
القول في تحقق المتعة وانه لا بد من انشائها باللفظ فانسه يستفاد من بعض تلك
الروايات ان هذا امر مفروغ عنه عند السائل وانما يشل الامام روجي فداه عن

(١) الحقائق ج ٢٣ ص : ١٨

(١) الوسائل الباب ٣٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه

(٣) الحقائق : ج - ٢٣ ص : ١٥٦

(٤) الوسائل الباب ١٨ من ابواب المتعة الحديث : ١

الكيفية لاحظ الحديث الاول والسادس من الباب .

ثانيها : قوله روجي فداه في ذيل الحديث الاول من الباب (فاذا قالت نعم فقد رضيت وهى امرئك) فان المستفاد من هذه الجملة بمقتضى مفهوم الشرط انه لا تحقق الزوجية ولا تحل الا بقولها نعم .

ثالثها : ان المستفاد من تلك النصوص ان نكاح المتعة يشترط في تحققه اللفظ في مقام الانشاء فانه عليه السلام في جميع تلك النصوص يأمر بالاتيان باللفظ في مقام الانشاء .

ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه بريد قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز وجل « واخذن منكم ميثاقاً غليظاً » فقال : الميثاق هو الكلمة التي عقد بها النكاح ، وأما قوله : « غليظاً » فهو ماء الرجل يفيضه اليها (* ١) ، فان المستفاد من الرواية ببركة تفسيره روجي فداه ان النكاح يتقوم بالقبول فلاحظ .

(١) كما ذهب اليه المشهور على ما في كلام بعض الاصحاب وذكرت في تقريب دليله امور :

الأمر الاول : انه القدر المتيقن وفيه اولا ان هذا المقدار لا يكون مانعاً عن الاخذ باطلاق دليل النكاح والا يلزم انه دام الاطلاق في جميع الأدلة اذ في كل مورد يكون المتيقن متصوراً وثانياً يكفي للدلالة على العموم مضافاً الى الاطلاق النصوص الواردة في باب المتعة (* ٢) فان المذكور فيها غير الماضي .

الأمر الثاني : ان الماضي صريح في الانشاء وفيه انه لا فرق بين الماضي

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب أولياء القدر الحديث : ٤

(٢) لاحظ ص : ٥٣٢

على الاحوط استحباً كزوجت وانكحت وقبلت^(١) وتجزى ترجمتها
بشرط العجز عن العربية على الاحوط وجوباً^(٢)

والمضارع من هذه الجهة وان الجملة الخبرية ماضوية كانت أو مضارعية ظاهرة
في الاخبار فلو قامت قرينة على ارادة الانشاء من الصيغة ترفع اليد عن الظهور
الاولي بلا فرق بين الماضي والمضارع واحتمال الوعد في المضارع مدفوع
بالقرينة مضافاً الى انه يكفي في تحقق الانشاء الظهور ولا يحتاج الى الصراحة
اضف الى ذلك كله النصوص المشار اليها آنفاً فلا مجال لهذه التفاريب اذ لا فرق
بين الدوام والانقطاع من هذه الجهة عرفاً وحيث لا تشترط الماضوية في ايجاب
المتعة لا يشترط في الدائم .

الامر الثالث ان التعدي من الماضي الى المضارع يوجب الانتشار وعدم
وقوع الصيغة على قاعدة معينة وفيه انه لا مانع من الانتشار اذا كان على طبق القواعد
المقرورة .

وصفة القول : انه بعد فرض الاطلاق مضافاً الى النصوص الخاصة الواردة
في باب المتعة لا يبقى مجال للاشكال فلاحظ .

(١) خروجاً عن شبهة الخلاف .

(٢) في المقام فرعان : الاول انه هل يجوز الانشاء بغير العربية مع امكانها ؟
ربما يقال بالاشتراط بل هو المعروف عندهم وما استدلل عليه أو يمكن الاستدلال
به وجوه :

احدها : انه لا يصدق العقد على غير العربية وفيه ان العقد امر قلبي واللفظ
او الفعل مبرز لذلك الامر القلبي فلا مجال لهذا الاستدلال والحاصل ان العقد عبارة
عن ارتباط احد الاعتبارين بالآخر ولا فرق في تحققه بين أن يكون المبرز لفظاً
أو فعلاً وعلى تقدير كونه لفظاً عربياً كان أو غيره مضافاً الى أنه لو سلم عدم صدق

العقد على غير العربي فلازمه عدم الفرق بين القدرة وعدمها وبعبارة أخرى : ليس هذا من التكاليف الشرعية كي يقال يختص بحال القدرة .

ثانيها : ان اللفظ العربي هو القدر المتيقن من جواز انشاء العقد به وفيه ان هذا لا يكون مانعاً عن الاخذ بالاطلاق وقد مر قريباً ان المتيقن لو كان مانعاً عن الاخذ بالاطلاق لأنسد باب الاخذ باطلاقات الكتاب والسنة فلاحظ .

ثالثها : الاجماع فانه نقل عن العلامة (ره) بأنه لا يتحقق بغير العربية عند علمائنا وهو قول الشافعي واحمد وفيه ان الاجماع المنقول لا يكون حجة والمحصل منه على تقدير حصوله محتمل المدرك فلا يكون حجة .

رابعها : انه مقتضى الأصل فان مقتضاه عدم ترتب الأثر عند الشك وفيه انه لامجال للأصل مع وجود الاطلاق ان قلت لامجال للأخذ بالاطلاق لانصرافه الى ما هو المتعارف من العربية قلت : المتعارف لا يقتضي الانصراف وعلى فرض تسلمه بدوي فلا يكون مانعاً من الاطلاق ومعه لامجال للأصل .

خامسها : ان غير العربية بالنسبة اليها كالكناية وفيه اولا منع كون غيرا لعربية كالكناية وثانياً انه لامانع من الانشاء بالكناية اذا صدق عليه المفهوم .

سادسها : ان اعتبار غير العربية خلاف الاحتياط اللازم في الفروج وفيه انه لامجال لهذا التقريب مع الاطلاق مضافاً الى أنه يمكن أن يقال بأن الاحتياط يقتضي التوسعة كي ينسد باب السفاح .

الفرع الثاني : الجواز مع عدم امكان العربية وربما يستدل عليه بما ورد في الاخرس من جواز طلاقه بالاشارة لاحظ ما رواه البزنطي انه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عند المرأة يعضمت ولا يتكلم قال : اخرس هو ؟ قلت : نعم ويعلم منه بغض لامرأته وكرامة لها أيجوز أن يطلق عنه وليه ؟ قال :

وتعجزى الاشارة مع العجز عن النطق^(١) ولو زوجت المرأة نفسها صح^(٢)
ويشترط في تزويج البكر اذن الولي وهو الاب أو الجَد للاب على

لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت : فانه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها
قال : بالذي يعرف به من افعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها (* ١) وغيره
من الروايات الواردة في الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه من الوسائل
فراجع .

بتقريب ان المستفاد من هذه النصوص انه مع العجز عن العربية يكفي غيرها
عن الطلاق وفيه انه حكم وارد في مورد خاص ولذا لا يمكن الالتزام بالاشارة
في غير الاخرس كالذي يكون مانع في لسانه من التكلم فالحق أن يقال : ان
كان المستند للاشتراط قاصراً للشمول كالاجماع الذي ليس له اطلاق والمقدار
المعلوم صورة التمكن فلا بد من الالتزام بعدم الاشتراط مع عدم التمكن ولنلتزم
بالجواز للاطلاقات ، وان قلنا ان المستند للنصوص الواردة في المتعة بتقريب انه
يستفاد منها الاشتراط فلا بد من الالتزام بالاشتراط على الاطلاق اذ الحكم الوضعي
غير مرهون بالقدرة فمع عدم التمكن ولو من التوكيل يلزم أن يكون بالعربي ومع
عدم الامكان حتى من التوكيل لا يجوز له النكاح الا أن يقال انا نقطع بعدم رضا
الشارع بتعطيل أمر النكاح واثبات هذا المدعى على مدعيه والله العالم .

(١) لاحظ النصوص الواردة في الاخرس منها ما رواه البزنطي (* ٢) المتقدم
ولا يخفى ان هذا حكم وارد في الاخرس ولا وجه لتسريته الى كل مورد لا يكون
الشخص قادراً على النطق ولذا رتب الحكم في المورد على هذا العنوان .

(٢) بلا اشكال ولا كلام بل من الضروريات والواضحات .

(١) الوسائل الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق الحديث : ١

(٢) لاحظ ص : ٥٣٥

(١) الاقوال في المقام مختلفة : الاول استقلال الولي ذهب اليه جماعة منهم صاحب الحدائق (ره) الثاني : استقلال البكر ، الثالث : التشريك بينها وبين وليها وتدل على القول الاول جملة من النصوص : منها ما رواه فضل بن عبد الملك عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا تستأمر الجارية التي بين ابويها اذا اراد ابوها أن يزوجهما هو أنظر لها وأما الثيب فإنها تستأذن ، وان كانت بين ابويها اذا أراد أن يزوجهما (* ١) .

ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمراً؟ فقال : ليس لها مع أبيها أمر ما لم تتيب (* ٢) ومنها : ما رواه عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : لا تستأمر الجارية في ذلك اذا كانت بين ابويها فاذا كانت ثيباً فهي أولى بنفسها (* ٣) ومنها : ما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال : لا تستأمر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الأب أمر ، وقال : يستأمرها كل احد ما عدا الأب (* ٤) .

ومنها : ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الجارية يزوجهما ابوها بغير رضا منها قال : ليس لها مع أبيها أمر اذا أنكحها جاز نكاحه وان كانت كارهة (* ٥) .

ومنها : ما رواه علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث : ٦

(٢) نفس المصدر الحديث : ١١

(٣) نفس المصدر الحديث : ١٣

(٤) الوسائل الباب ٤ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث : ٣

(٥) الوسائل الباب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث : ٧

قال : سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوج ابنته بغير اذنها ؟ قال : نعم ليس يكون للولد أمر الا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك ، فذلك لايجوز نكاحها الا أن تستأمر (* ١) .

ومنها ما رواه عبدالله « عبد الملك خ ل » بن الصلت قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجه ابوها لها أمر اذا بلغت ؟ قال : لا ليس لها مع أبيها أمر قال : وسألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء ألهما مع أبيها أمر قال : ليس لها مع أبيها أمر مالم تكبر « تثيب » (* ٢) .

ومنها : ما رواه بريد « يزيد » الكتاسي قال قلت لأبي جعفر عليه السلام متى يجوز للأب أن يزوج ابنته ولا يستأمرها؟ قال اذا جازت تسع سنين الحديث (* ٣) ويستفاد من هذه الطائفة ان البكر لا أمر لها وأمرها بيد أبيها .

ويعارضها ما رواه صفوان قال : استشار عبدالرحمن موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته لابن أخيه ، فقال : افعل ويكون ذلك برضاها ، فان لها في نفسها نصيباً قال : واستشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته علي بن جعفر فقال : افعل ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها حظاً (* ٤) وفي كلام سيدنا الاستاد (* ٥) ان الجمهور قائلون باستقلال الأب فيكون الترجيح بالمخالف مع الطائفة الثانية ، وعلى تقدير الاغماض تصل النوبة الى الطائفة الثالثة الدالة بالاطلاق على استقلال البكر في نكاحها .

(١) نفس المصدر الحديث : ٨

(٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياؤالعقد الحديث : ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٩

(٤) الوسائل الباب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياؤالعقد الحديث : ٢

(٥) ج - ٢ مستند المروة كتاب النكاح ص : ٢٥٦

لاحظ ما رواه منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح إلا بأمرها (*) (١) .

ولاحظ ما رواه ميسرة قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : القى المرأة بالفلاة التي ليس فيها أحد ، فاقول لها : ألك زوج ؟ فتقول : لا ؟ فاتزوجها ؟ قال نعم هي المصدقة على نفسها (*) (٢) .

ولاحظ ما رواه عبيد بن زرارة ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن مملوكة كانت بيني وبين وارث معي فاعتقناها « فاعتقها . فاعتقها . خ ل » ولها أخ غائب وهي بكر أيجوز لي أن أزوجه أو لا يجوز إلا بأمر أخيها ؟ قال : بلى يجوز ذلك أن تزوجه ، قلت : فاتزوجها إن أردت ذلك ؟ قال : نعم (*) (٣) .

وفي المقام نصوص تدل على اشتراط إذن الأب في نكاح البكر : منها : ما رواه أبو مريم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الجارية البكر التي لها الأب لا تزوج إلا بإذن أبيها ، وقال : إذا كانت مالكة لأمرها تزوجت متى « ما . خ » شئت (*) (٤) .

ومنها : ما رواه ابن بكير ، عن رجل ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا بأس أن تزوج المرأة نفسها إذا كانت ثيباً بغير إذن أبيها إذا كان لا بأس بما صنعت (*) (٥) .

ومنها : ما رواه سعيد بن اسماعيل ، عن أبيه ، قال : سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج ببكر أو ثيب لا يعلم أبوها ولا أحد من قرابته ، ولكن تجعل المرأة وكيلاً فيزوجها من غير علمهم ، قال : لا يكون ذا (*) (٦) .

(١) الوسائل الباب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث : ١

(٢ و ٣) الوسائل الباب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث : ٥ و ٩

(٤ و ٥ و ٦) نفس المصدر الحديث : ٧ و ١٤ و ١٥

ومنها : ما رواه زرارة بن اعين قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول :
لا ينفق النكاح الا الأب (*) (١) .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا ينفق
النكاح الا الأب (*) (٢) .

ومنها : ما رواه ابن أبي يعفور ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا تنكح
ذوات الالباء من الابكار الا باذن آبائهن (*) (٣) ومنها ما رواه صفوان (*) (٤) .
اذا عرفت ذلك نقول : تقع المعارضة بين هذه الطائفة وما يدل على استقلال
الأب وان شئت قلت : ما يدل على استقلال الأب يعارض ما يدل على استقلال
البكر وأيضاً يعارض ما يدل على لزوم رضا الأب والبكر جميعاً وحيث ان مذهب
العمامة يختلف على ما في كلام صاحب الحقائق (قده) (*) (٥) لا ترجيح في احد
الطرفين من هذه الجهة فتصل التوبة الى ما يدل باطلاقه ان امرها بيدها .

فالحق هو القول الثاني ، لكن يرد على هذا التقريب ان ما يدل على استقلال
الأب يعارض ما يدل على استقلال البكر فان ما يدل على استقلاله لا يجتمع
مع ما يدل على كفاية رضا البكر فالنتيجة ان النصوص متعارضة وحيث ان
المرجع الاول في باب الترجيح الموافقة مع الكتاب يكون الكتاب مرجحاً لما
يدل باطلاقه على جواز النكاح فان مقتضى قوله تعالى « فانكحوا ما طالب لكم
من النساء مثنى وثلاث ورباع » (*) (٦) وقوله تعالى « وانكحوا الا يامى منكم
والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع

١ (٢٠) الوسائل الباب ٤ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٥١ و٥

٢ (٣) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٥

٣ (٤) لاحظ ص : ٥٣٨

٤ (٥) ج ٢٣ ص : ٢٢٤

٥ (٦) النساء / ٣

عليه (١*) جواز نكاح البكر بلا اذن ابها .

وبعبارة اخرى : ان المستفاد من الايتين جواز النكاح على الاطلاق بلا اشتراط اذن الأب ، وان شئت قلت : ان المستفاد منهما كفاية اذن البكر كما انهما تدلان على كفاية رضى الزوج فالنتيجة انه يتحقق النكاح باذن البكر ولا يشترط فيه اذن الأب .

وقد بنينا اخيراً على انحصار المرجح في الأحذية وتعرضنا لتفصيل البحث في خاتمة الجزء الثامن من هذه الموسوعة وعلى هذا حيث ان الأحداث غير محرز يدخل المقام في باب اشتباه الحجة بنيرها فلا بد من الاحتياط والله العالم .

ثم انه ليس في هذه النصوص ما يدل على ولاية الجد على البكر الرشيدة فعلى القول بولاية الأب استقلالاً أو اشتراكاً لوجه لتسرية الحكم الى الجد ويظهر من كلامهم التسالم على ولايته أيضاً نعم النصوص التى استدلت بها على ولاية الجد على الصغيرة باطلاقها تشمل البالغة لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال : اذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جاز على ابنه ، ولابنه أيضاً ان يزوجهما فقلت : فان هوى ابوها رجلا وجدها رجلاً فقال : الجد اولى بنكاحها (٢*) وما رواه عبيد بن زرارة قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوجهما من رجل ويريد جددها أن يزوجهما من رجل آخر فقال : الجد اولى بذلك ما لم يكن مضاراً ان لم يكن الأب زوجها قبله ، ويجوز عليها تزويج الأب والجد (٣*) .

وما رواه ابو العباس عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا زوج الرجل فأبي ذلك والده فان تزويج الأب جاز وان كره الجد ليس هذا مثل الذي يفعله الجد ثم يريد الأب أن يرده (٤*) .

الا اذا منعها الولي عن التزويج بالكفو شرعاً وعرفاً فانه تسقط ولايته
حينئذ^(١) .

ولكن ترفع اليد عن اطلاقها بمادل على أن البالغة الرشيدة أمرها بيدها لاحظ
ما رواه محمد بن مسلم وزرارة وبريد بن معاوية كلهم عن أبي جعفر عليه السلام
قال : المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفينة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي
جائز (* ١) .

وما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
تزوج المرأة من شئت اذا كانت مالكة لامرها ، فان شئت جعلت ولياً (* ٢)
وما رواه ميسرة (* ٣) وما رواه منصور بن حازم (* ٤) .

(١) قد ذكرت لاثبات المدعى وجوه : الوجه الاول : الاجماع ، نقل دعواه
عن الشرايع والتذكرة والقواعد وجامع المقاصد والمسالك وكشف اللثام وعن
الجواهر ادعاء الاجماع بقسميه عليه وهو العدة وان أمكن النقاش في كونه تعدياً
كاشفاً اذ يحتمل الاستناد الى بقية الوجوه والله العالم .

الوجه الثاني : دليل نفى العسر والحرج بتقريب : ان المستفاد من الأدلة كون
البكر الرشيدة مالكة لامرها وزواجها لكن قيد الدليل باشتراط اذن الأب ودليل
الاشتراط مقيد بصورة عدم الحرj فان دليله حاكم على جميع ادلة الاحكام ففي
صورة الحرj ترفع اليد عن دليل التقييد ويبقى دليل كون اختيارها بيدها سالماً
عن المعارض فلا مجال لأن يقال : ان دليل نفى الحرj رافع للحكم لاثبت اذ ظهر
ان الاثبات ليس بدليل نفى الحرj لكن هذا الوجه يختص بصورة كون الاشتراط
حرجياً لا مطلقاً .

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٨

(٣ و ٤) لاحظ ص : ٥٣٩

واذا تزوجت البكر بدون اذن ولبها ثم اجاز وليها العقد صح بلا اشكال^(١)

الوجه الثالث : ما رواه أبو حمزة الثمالي ، عن أبي جعفر عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل : أنت ومالك لأبيك ، ثم قال أبو جعفر عليه السلام : ما احب « لاتحب خ ل » أن يأخذ من مال ابنه الا ما احتاج اليه مما لا بد منه ان الله لا يحب الفساد (* ١) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان ولاية الأب محدودة في مال الولد فبطريق اولي محدودة في باب النكاح فان العرض اهم من المال وان الله لا يحب الفساد .
الوجه الرابع : انه يستفاد من بعض نصوص ولاية الأب ان جعل الولاية لأجل مصلحة البنت وان لسلب النظر لاحظ ما رواه فضل بن عبد الملك (* ٢) فجعل الولاية بلحاظ مصلحة البنت فلا تبقى ولايته مع العزل .

الوجه الخامس : انه يستفاد من عدة نصوص ان الزوج اذا طلق زوجته طلاقاً على طبق مذهبه يكون الطلاق صحيحاً ويجوز تزويج المرأة وقد علل في بعض تلك النصوص بأنها لا تترك بلا زوج لاحظ ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له : امرأة طلقت على غير السنة ، فقال : يتزوج هذه المرأة لا تترك بغير زوج (* ٣) فان المستفاد من هذا التعليل ونحوه ان المروءة لا تترك بلا زوج ، فلاحظ .

(١) يمكن الاستدلال على المدعى بوجوه : الوجه الاول : ان العقد بالاجازة ينسب الى من بيده الامر فيصح وبعبارة اخرى : الفضولي يصح بالاجازة لتحقيق النسبة بقاء ، وان شئت قلت العقد يصير منسوباً الى المجيز فيصير موضوعاً للحكم .

(١) الوسائل الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ٢

(٢) لاحظ ص : ٥٣٧

(٣) الوسائل الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه الحديث : ٣

وفيه انه لا اشكال في أن الشبى لا ينقلب عما هو عليه والانتقال محال والمفروض ان اذن الولي شرط في صحة العقد ومن ناحية اخرى المفروض ان ما وقع فضولة لم يكن واجداً للشرط ففي زمان حدوث العقد لم يكن مقروناً بالشرط وبقاء لا يكون عقداً جديداً .

وصفوة القول: ان الفاقد للشرط لا يصير واجداً فالفضولي لا يكون صحيحاً على طبق القاعدة الأولية كما هو المدعى عند القوم بل يحتاج الى دليل خاص .

الوجه الثاني : ما رواه ابو عبيدة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما ولبان لهما وهما غير مدركين قال : فقال : النكاح جائز ايهما أدرك كان له الخيار فان ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر الا أن يكون قد أدركا ورضيا ، قلت : فان أدرك أحدهما قبل الآخر قال : يجوز ذلك عليه ان هو رضي ، قلت : فان كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثره ؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها الى اخذ الميراث الا رضاها بالتزويج ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر قلت : فان ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك ؟ قال : لا لأن لها الخيار اذا ادركت قلت : فان كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك قال : يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام والمهر على الأب للجارية (* ١) .

فان المستفاد من الحديث ان عقد النكاح فضولة يصح بالاجازة ، وفيه انه يتوقف على استفادة الكلية من الحديث وادعاء عدم الفرق بين الموارد وهل يمكن هذه المدعى بالنسبة الى الاحكام الشرعية التعبدية أم لا ؟ .

الوجه الثالث : ما ورد في نكاح العبد بدون اجازة المولى من الحكم بالصحة

مع الاجازة معللاً بأنه لم يعص الله وانما عصى سيده ، لاحظ ما رواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده ، فقال : ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما ، قلت : أصلحك الله ان الحكم بن عيينة وابراهيم النخعي واصحابهما يقولون : ان اصل النكاح فاسد ولا تحل اجازة السيد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام : انه لم يعص الله ، وانما عصى سيده ، فاذا اجازه فهو له جاز (* ١) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث بمقتضى عموم التعليل ان العقد لو لم يكن فاقداً للشرائط وكان نقصانه بلحاظ فقد اذن بيده الأمر يصح بالاجازة اللاحقة فالتعقد الفضولي يصح بالاجازة اللاحقة مطلقاً .

وفيه : اولاً انه حكم وارد في مورد العبد وعموم العلة نتعدي عن زواجه الى بيعه وصلحه وبقية عقوده واما السراية الى غير العبد فلا وجه له وان شئت قلت مقتضى عموم العلة أن يقال : ان العبد اذا عقد عقداً بلا اذن المولى يصح عقده باجازة اللاحقة وأما في غير العبد فبأي تقريب نلتزم بالسراية ، وبعبارة اخرى : العبد موضوع للحكم وتسرية الحكم من موضوع الى موضوع آخر يتوقف على الدليل ، وبعبارة ثالثة العلة المنصوصة المذكورة كون العبد لم يعص الله فلا بد من التحفظ على عنوان الموضوع .

وثانياً : انه يستفاد من روايه اخرى لزراعة ان العقد صحيح غاية الأمر ان المولى يجوز له فسخه وهي ما رواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوج عبده « امرأة » بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه قال : ذاك لمولاه ان شاء فرق بينهما ، وان شاء أجاز نكاحهما فان فرق بينهما فللمرأة

(مسألة ١) : يجري في صورة عقد النكاح الدائم أن تقول
الزوجة للزوج : زوجتك نفسي بمهر دينار مثلاً ، فيقول الزوج :
قبلت وإذا كانت الزوجة قد وكلت كيلاً قال وكيلاً للزوج : زوجتك
موكلتي هنذاً مثلاً بمهر دينار ، فيقول الزوج قبلت وإذا كان الزوج قد

ما أصدقها ، إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً ، وإن أجاز نكاحه فهما على
نكاحهما الأول ، فقلت لأبي جعفر عليه السلام : فإن أصل النكاح كان عاصياً ، فقال
أبو جعفر عليه السلام : إنما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاص لله إنما عصى سيده ولم
يعص الله إن ذلك ليس كاتيان ما حرم الله عليه من نكاح في عدة واشباهه (* ١)
ولاحظ ما رواه علي بن جعفر ، عن أخيه موسى بن جعفر ، عن أبيه ، عن آبائه
عن علي عليه السلام أنه أتاه رجل بعبد ، فقال : إن عبدي تزوج بغير إذني فقال
علي عليه السلام لسيدة ، فرق بينهما ، فقال السيد لعبده : يا عدو الله طلق ، فقال له
علي عليه السلام كيف قلت له ؟ قال : قلت له : طلق ، فقال علي عليه السلام للعبد :
أما الآن فإن شئت فطلق وإن شئت فامسك ، فقال السيد : يا أمير المؤمنين أمر كان
بيدي فجعلته بيد غيره ، قال : ذلك لأنك حين قلت له : طلق أقررت له بالنكاح (* ٢)
ولكن الحق : إن المستفاد من الحديث الأول لزراعة صحة العقد الفضولي
بالإجازة اللاحقة الصادرة ممن بيده الأمر فإن العرف يفهم من هذا الحديث كبرى
كلية وهي إن العقد الفاقد للشرط المذكور يصح بالإجازة فيما لا يكون معصية له
تعالى والحديث الثاني لزراعة يسدل على جواز الإجازة أيضاً فالنتيجة إن العقد
الفضولي يصح بالإجازة اللاحقة ولذا بنينا على صحة البيع الفضولي بالإجازة

(١) نفس المصدر الحديث : ٢

(٢) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب نكاح العبد والاماء الحديث : ١

وكل وكيلا قالت الزوجة لو وكيل الزوج: زوجت موكلك زيدا مثلا
نفسى بمهر دينار مثلا ، فيقول الوكيل : قبلت واذا كان كل من
الزوج والزوجة قد وكل وكيلا قال وكيل الزوجة لو وكيل الزوج :
زوجت موكلك زيدا موكلتى هنداً بمهر دينار مثلا ، فيقول وكيل
الزوج: قبلت^(١) ويجوز لشخص واحد تولى طرفي العقد حتى الزوج
نفسه^(٢).

اللاحقة في باب البيع ، والله العالم .

(١) لا اشكال عندهم في تحقق العقد بهذه المادة اذا كانت بصيغة الماضي ويكون
الايجاب مقدماً على القبول في حال كون الايجاب من الزوجة .
وبعبارة اخرى : ما أفاده الماتن هو القدر المتيقن من الصحيح في مورد
العقد والسيرة جارية عليه كما انه لا اشكال نصاً وفتوى في جواز التوكيل من قبل
الزوجة والزوج كبقية العقود والابقاعات .

(٢) كما في بقية الموارد وربما يقال انه لا يجوز لرواية عمار الساباطي قال :
سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في اهل بيت فتكره أن يعلم بها اهل
بيتها ، ايحل لها ان توكل رجلاً يريد أن يتزوجها ؟ تقول له : قد وكلتك فاشهد
على تزويجي ؟ قال : لا ، قلت له : جعلت فداك وان كانت ايما قال : وان كانت
ايما ، قلت : فان وكلت غيره بتزويجها « فيزوجها خ ل » منه ، قال : نعم (*) (١)
بتقريب ان المستفاد من الرواية النهي عن تولي طرفي العقد اذا كان المتولي
هو الزوج ، ولكن يمكن أن يقال ان المستفاد من الحديث ان النهي عن كون
المتولي للعقد هو الشاهد على النكاح وحيث ان الخاصة لا يقولون باعتبار الاشهاد

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٤

لكن الاحوط استحباباً أن لا يتولي الزوج الايجاب عمن الزوجة والقبول عن نفسه ^(١) .

(مسألة ٢) : لا يشترط الشهود في صحة النكاح ^(٢) ولا يلغى
الى دعوى الزوجية بغير بينة مع حلف المنكر وان تصادقا على

عند الزواج تكون الرواية محمولة على بيان الحكم تقيسة لأن العامة يشترطون أن لا يكون الشاهد هو الزوج وعلى الجملة المستفاد من الرواية النهي عن كون الزوج وكسلاً في العقد وشاهداً على الزواج فلا ترتبط الرواية بما نحن فيه ، فلاحظ .

(١) خروجاً عن شبهة الخلاف .

(٢) بلا كلام خلافاً للعامة ويكفي المدعى الاطلاقات والسيرة الجارية الخارجية بلا تكثير ، مضافاً الى جملة من النصوص : منها ما رواه هشام بن سالم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : انما جعلت البيئات للنسب والموارث (* ١) .

ومنها : ما رواه زرارة بن اعين قال : سئل ابو عبدالله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة بغير شهود ، فقال لا بأس بتزويج البتة فيما بينه وبين الله ، انما جعل الشهود في تزويج البتة من اجل الولد ، لولا ذلك لم يكن به بأس (* ٢) .

ومنها : ما رواه حفص بن البختري ، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوج بغير بينة ، قال : لا بأس (* ٣) .

ومنها : ما رواه زرارة قال : قال أبو جعفر عليه السلام : انما جعلت الشهادة في النكاح للميراث (* ٤) .

(١) الوسائل الباب ٤٣ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١

٢ و ٣ و ٤ نفس المصدر الحديث : ٣ و ٤ و ٨

الدخول^(١) فلو رد اليمين فحلف المدعي حكم بها^(٢) كما انه يلزم المقر باقراره على كل حال^(٣) ولو تصادقاً على الزوجية ثبتت^(٤) .
والقول قول الاب في تعيين المعقود عليها بغير تسمية مع رؤية الزوج للجميع والا بطل العقد^(٥) ويستحب أن يتخير البكر^(٦)

(١) اذ مجرد الدعوى لا يترتب عليه اثر والمستفاد من الادلة ان وظيفة المدعي اقامة البينة واليمين على المنكر ومقتضى الاطلاق عدم الفرق بين التصديق على الدخول وعدمه .

(٢) كما هو الميزان في اليمين المردودة .

(٣) لقاعدة الاقرار .

(٤) لأن الحق ليس خارجاً عنهما .

(٥) لاحظ ما رواه أبو عبيدة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كن له ثلاث بنات ابكار فزوج احداهن رجلاً ولم يسم التي زوج للزوج وللشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقها ، فلما بلغ ادخالها على الزوج بلغ الزوج انها الكبرى من الثلاثة ، فقال : الزوج لأبيها : انما تزوجت منك الصغيرة من بناتك قال : فقال أبو جعفر عليه السلام : ان كان الزوج رآهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن فالقول في ذلك قول الأب ، وعلى الأب فيما بينه وبين الله أن يدفع الى الزوج الجارية التي كان نوى أن يزوجه اياه عند عقدة النكاح ، وان كان الزوج لم يرهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح فالنكاح باطل (*) (١) .

(٦) لاحظ ما رواه عبد الأعلى بن اعين مولى آل سام عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : تزوجوا الابكار فانهن اطيب شيء افواها قال : (وفي حديث آخر) وانشفه ارحاماً ، وادرشيه اخلاقاً (احلاماً) وافتح

العقيفة^١ الكريمة الاصل^٢ وصلاة ركعتين عند ارادة التزويج والدعاء بالمأثور

شيء ارحاماً ، أما علمتم اني اياهي بكم الامم يوم القيامة حتى بالسقط يظل
مجنطياً على باب الجنة ، فيقول الله عز وجل : ادخل فيقول : لا ادخل حتى يدخل
أبو اي قبلي فيقول الله تبارك وتعالى لملك من الملائكة : ائتني بأبويه فيأمر بهما
الى الجنة ، فيقول : هذا بفضل رحمتي لك (*) (١) .

(١) لاحظ ما رواه جابر بن عبدالله قال : سمعته يقول : كنا عند النبي صلى الله
عليه وآله فقال : ان خير نسائكم الولود الودود العقيفة العزيزة في اهلها ، الذليلة
مع بعلمها ، المتبرجة مع زوجها ، الحصان على غيره التي تسمع قوله ، وتطيع
أمره ، واذا خلاها بذلت له ما يريد منها ، ولم تبذل كتبذل الرجل (*) (٢) .

(٢) لاحظ ما رواه السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال النبي
صلى الله عليه وآله : اختاروا النطفكم فان الخال احد الضجيعين (*) (٣) .

وما رواه باسناده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : انكحوا الاكفاء
وانكحوا فيهم واختاروا النطفكم (*) (٤) وما عن النبي صلى الله عليه وآله قال :
قام النبي صلى الله عليه وآله خطيباً فقال : ايها الناس اياكم وخضراء الدمن قيل :
يا رسول الله صلى الله عليه وآله : وما خضراء الدمن ؟ قال : المرأة الحسناء في
منبت السوء (*) (٥) .

وقال في الجواهر (*) (٦) : « وقيل : المراد من كرم الأصل من لم يكن مس
آبائها رق وقيل بأن يكون ابواها صالحين ، ويمكن ارادة ما يشمل جميع ذلك

١ و ٢) الوسائل الباب ١٧ و ٦ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ و ٢

٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٢

٤ و ٥) نفس المصدر الحديث : ٣ و ٤

٦) ج - ٢٩ ص : ٢٧ .

وهو : « اللهم اني اريد أن اتزوج فتقدر لي من النساء اعفهن فرجاً واحفظهن لي في نفسها ومالي واوسعهن رزقاً واعظمن بركة »^(١).
والاشهاد على العقد^(٢)

منه على معنى ان ليس في اصلها ما هو معيب ومذموم .

(١) لاحظ ما رواه أبو بصير قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : اذا تزوج احدكم كيف يصنع ؟ قال : قلت له : ما ادري جعلت فداك قال : اذا هم بذلك فليصل ركعتين ويحمد الله ويقول : « اللهم اني اريد أن اتزوج اللهم فاقدر لي من النساء اعفهن فرجاً واحفظهن لي في نفسها وفي مالي ، واوسعهن رزقاً واعظمن بركة ، واقدر لي منها ولداً طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد موتي » فاذا ادخلت عليه فليضع يده على ناصيتها ويقول : اللهم على كتابك تزوجتها ، وفي امانتك أخذتها ، وبكلماتك استحلت فرجها فان قضيت في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سويماً ، ولا تجعله شرك شيطان » قلت : وكيف يكون شرك شيطان ؟ فقال : ان الرجل اذا دنا من المرأة وجلس مجلسه حضره الشيطان ، فان هو ذكر اسم الله تنحى الشيطان عنه وان فعل ولم يسم أدخل الشيطان ذكره فكان العمل منهما جميعاً والنطقة واحدة ، قلت : فبأي شيء يعرف هذا جعلت فداك ؟ قال : بحبنا وبغضنا (*) (١) .

(٢) لاحظ ما رواه المهلب الدلال انه كتب الى أبي الحسن عليه السلام ان امرأة كانت معي في الدار ، ثم انها زوجتني نفسها ، واشهدت الله وملائكته على ذلك ثم ان اباهما زوجها من رجل آخر ، فما تقول ؟ فكتب عليه السلام : التزويج الدائم لا يكون الا بولي وشاهدين ، ولا يكون تزويج متعة بغيره ، استر على نفسك واكرم

والاعلان به^(١) والخطبة امام العقد^(٢) واهقاعه ليلا^(٣) وصلاة ركعتين عند الدخول^(٤)

رحمك الله (* ١) .

(١) قال في الجواهر : (* ٢) « للأمر به في النبوي صلى الله عليه وآله » اعلنوا هذا النكاح « بل في المسالك الاستدلال عليه بالخصوص بما روي « ان النبي صلى الله عليه وآله كان يكره نكاح السر حتى يضرب بدف ويقال : اتيناكم اعناكم فحيونا نحييكم » .

ولاحظ ما عن علي قال : اجتاز النبي صلى الله عليه وآله بدار علي حبار فسمع صوت دف فقال : ما هذا ؟ قالوا علي حبار أعرس بأهله فقال صلى الله عليه وآله : حسن هذا النكاح لا السفاح ثم قال صلى الله عليه وآله : اسندوا النكاح واعلنوه بينكم واضربوا عليه بالدف فجرت السنة في النكاح بذلك (* ٣) .

(٢) لاحظ ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله : انه قال : كل نكاح لاخطبة فيه فهو كاليد الجذاء (* ٤) .

(٣) لاحظ ما رواه الحسن بن علي الوشا عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : سمعته يقول في التزويج قال : من السنة التزويج بالليل لأن الله جعل الليل سكناً ، والنساء انما هن سكن (* ٥) .

(٤) لاحظ ما رواه أبو بصير قال : سمعت رجلاً وهو يقول لأبي جعفر عليه السلام اني رجل قد استننت وقد تزوجت امرأة بكراً صغيرة ولم ادخل بها ، وانا اخاف اذا دخلت علي فرأتني أن تكرهني لخضابي وكبري ، فقال أبو جعفر عليه

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب المنعة الحديث : ١١ .

(٢) ج - ٢٩ ص : ٤٠ .

(٣) بحار الانوار ج ١٠٣ ص ٣٧٥ / الحديث : ٣٢

(٤) مستدرک الوسائل : الباب ٣٣ من ابواب مقدمات النكاح الحديث : ١ .

(٥) الوسائل الباب ٣٧ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٣ .

والدعاء بالمأثور بعد أن يضع يده على ناصيتها وهو « اللهم على كناهك زوجتها وفي أمانتك أخذتها وهكلماتك استحلت فرجها فان قضيت لي في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً ولا تجعله شرك شيطان »^١ وأمرها بمثله^٢ ويسأل الله تعالى الولد الذكر^٣ ويكره إيقاع العقد

السلام : اذا دخلت فمرهم قبل ان تصل اليك ان تكون متوضية ، ثم انت لاتصل اليها حتى توضع وصل ركعتين ، ثم مجد الله وصل على محمد وآل محمد ، ثم ادع الله ومر من معها أن يؤمنوا على دعائك ، وقل : « اللهم ارزقني الفها وودها ورضاها ، وارضي بها واجمع بيننا باحسن اجتماع وآنس ابتلاف فانك تحب الحلال وتكره الحرام » ثم قال : واعلم ان الألف من الله ، والفرك من الشيطان ليكره ما احل الله (* ١) .

(١) لاحظ ما رواه أبو بصير (* ٢) .
(٢) لاحظ ما رواه أبو بصير (* ٣) لكن ليس في هذه الرواية الامر بالوضوء وأما امرها بغير الوضوء فلم اظفر بدليله ، والله العالم .

(٣) لاحظ ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا أردت الجماع فقل : اللهم ارزقني ولداً واجعله تقياً زكياً ليس في خلقه زيادة ولا نقصان واجعل عاقبته الى خير (* ٤) .

وما روي في حديث اربعمأة قال : اذا اراد احدكم مجامعة زوجته فليقل اللهم اني استحلت فرجها بأمرك وقبلتها بامانتك فان قضيت لي منها ولداً فاجعله ذكراً

(١) الوسائل الباب ٥٥ من ابواب مقدمات النكاح وادابه الحديث : ١

(٢) لاحظ ص : ٥٥١

(٣) لاحظ ص : ٥٥٢

(٤) الوسائل الباب ٥٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٥ .

والقمر في العقرب ^١ وتزويج العقيم ^٢ والجماع في ليلة الخسوف ويوم الكسوف ^٣

سويا الحديث (* ١) .

(١) لاحظ ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من تزوج امرأة والقمر في العقرب لم ير الحسنى (* ٢) .

(٢) لاحظ ما رواه جابر بن عبد الله قال : سمعته يقول : قال رسول الله صلى الله عليه واله : الا اخبركم بشرار نساءكم ؟ الذليلة في اهلها ، العزيزة مع بعلمها ، العقيم الحفود التي لا تنورع من قبيح المتبرجة اذا غاب عنها بعلمها ، الحصان معه اذا حضر لا تسمع قوله ولا تطيع امره ، واذا خلا بها بعلمها تمنعت منه كما تمنع الصعبة عند ركوبها ، ولا تقبل منه عذراً ولا تغفر له ذنباً (* ٣) .

(٣) لاحظ ما رواه عبد الرحمن بن سالم ، عن ابيه ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : هل يكره الجماع في وقت من الاوقات وان كان حلالاً ؟ قال : نعم ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس ، ومن مغيب الشمس الى مغيب الشفق وفي اليوم الذي تنكسف فيه الشمس ، وفي الليلة التي ينكسف فيها القمر ، وفي الليلة وفي اليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء أو الريح الحمراء أو الريح الصفراء واليوم والليلة اللذين يكون فيهما الزلزلة ، ولقد بات رسول الله صلى الله عليه وآله عند بعض أزواجه في ليلة انكسف فيها القمر فلم يكن منه في تلك الليلة ما يكون منه في غيرها حتى أصبح ، فقالت له : يا رسول الله البغض كان هذا منك في هذه الليلة ؟ قال : لا ، ولكن هذه الآية ظهرت في هذه الليلة فكرهت ان اتلذذ وألهو فيها وقد عير الله في كتابه اقواماً فقال : « وان يروا كسفا من السماء ساقطاً يقولوا سحب مركوم *

(١) بحار الانوار ج ١٠٣ ص ٢٨٧ الحديث : ١٩

(٢) الوسائل الباب ٥٤ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

(٣) الوسائل : الباب ٧ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

وعند الزوال^١ الايام الخميس^٢

فذرهم حتى يلاقوا يومهم الذي فيه يصعقون » ثم قال أبو جعفر عليه السلام، وإيم الله لا يجتمع احد في هذه الاوقات التي نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والى الله وقد انتهى اليه الخبر في رزق ولد أو فيرى في ولده ذلك ما يحب (* ١) .

(١) لاحظ ما رواه أبو سعيد الخدري في وصية النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعل عليه السلام انه قال : يا علي لا تجتمع امرأتك بعد « قبل . علل » الظهر فانه ان قضى بينكما ولد في ذلك الوقت يكون أحول ، والشيطان يفرح بالحوال في الانسان « الى أن قال : « يا علي لا تجتمع امرأتك في ليلة الفطر فانه ان قضى بينكما ولد « لم يكن ذلك الولد الا كثير الشر » فيكبر ذلك الولد ولا يصيب ولد الا على كبر السن ، يا علي لا تجتمع امرأتك في ليلة الاضحى فانه ان قضى بينكما ولد يكون له ست اصابع أو اربع اصابع يا علي لا تجتمع امرأتك تحت شجرة مشمرة فانه ان قضى بينكما ولد يكون جلاداً أو عريفاً ، يا علي لا تجتمع امرأتك في وجه الشمس وتلاثلها الا ان ترخي ستراً فيستركما فانه ان قضى بينكما ولد لا يزال في بؤس وفقر حتى يموت ، يا علي لا تجتمع امرأتك بين الاذان والاقامة فانه ان قضى بينكما ولد يكون حريصاً على امراق الدماء ، يا علي لا تجتمع امهلك في النصف من شعبان فانه ان قضى بينكما ولد يكون مشؤماً ذا شامة في وجهه (* ٢)

(٢) لاحظ ما رواه أبو سعيد الخدري في وصية النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعل عليه السلام قال : يا علي عليك بالجماع ليلة الاثنين فانه ان قضى بينكما ولد يكون حافظاً لكتاب الله راضياً بما قسم الله عز وجل ، يا علي ان جامعته امهلك ليلة الثلاثاء فقضى بينكما ولد فانه يرزق الشهادة بعد شهادة ان لا اله الا الله ، وان محمد رسول

(١) الوسائل الباب ٦٢ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

(٢) الوسائل الباب ١٤٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

وعند الغروب قبل ذهاب الشفق^١ وفي المحاق^٢ وبعد الفجر حتى
تطلع الشمس^٣ وفي اول ليلة من الشهر^٤

الله صلى الله عليه وآله، ولا يعذبه الله مع المشركين، ويكون طيب التهكة والفم
رحيم القلب، سخي اليد، طاهر اللسان من الكذب والغيبة والبهتان، يا علي وان
جامعت اهلك ليلة الخميس فقتل بينكما ولد فانه يكون حاكماً من الحكام والحكام
خ أو عالماً من العلماء، وان جامعتهما يوم الخميس عند زوال الشمس عن كبد
السماء فقتل بينكما ولد، فان الشيطان لا يقر به حتى يشيب ويكون قيماً ويرزقه
الله السلامة في الدين والدنيا، يا علي وان جامعتهما ليلة الجمعة وكان بينكما ولد
فانه يكون خطيباً قو لا مفوها، وان جامعتهما يوم الجمعة بعد العصر فقتل بينكما
ولد فانه يكون معروفاً مشهوراً عالماً، وان جامعتهما في ليلة الجمعة بعد العشاء
الآخرة فانه يرجى أن يكون الولد من الأبدال ان شاء الله (* ١).

(١) لاحظ ما رواه عبد الرحمن بن سالم (* ٢).

(٢) لاحظ ما رواه سليمان بن جعفر الجعفري، عن أبي الحسن عليه السلام
قال: من أتى أهله في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد (* ٣).

(٣) لاحظ ما رواه عبد الرحمن بن سالم (* ٤).

(٤) لاحظ ما عن أبي الحسن موسى عليه السلام، عن أبيه، عن جده قال كان
فيما أوصى به رسول الله صلى الله عليه وآله علياً عليه السلام قال: يا علي لا تجمع
أهلك في اول ليلة من الهلال ولا في ليلة النصف ولا في آخر ليلة فانه يتخوف على
ولد من يفعل ذلك الخيل فقال علي عليه السلام ولم ذلك يا رسول الله؟ صلى الله

(١) الوسائل الباب ١٥١ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١

(٢) لاحظ ص: ٥٥٤

(٣) الوسائل الباب ٦٣ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١

(٤) لاحظ ص: ٥٥٤

الا رمضان^١ وفي ليلة النصف من الشهر^٢ وعند الزلزلة والربيع
الصفراء والسوداء^٣ ويكره مستقبل القبلة ومستدبرها^٤ وفي السفينة^٥
وعارياً^٦

عليه واله فقال : ان الجن يكثر غشيان نساءهم في اول ليلة من الهلال وليلة
النصف وفي آخر ليلة أما رأيت المجنون يصرع في اول الشهر وفي وسطه وفي
آخره (* ١) .

(١) لاحظ ما عن علي عليه السلام : يستحب أن يأتي الرجل أهله اول ليلة من
شهر رمضان لقول الله عز وجل «احل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم» والرفث
المجامعة (* ٢) .

(٢) لاحظ ما رواه مسمع بن أبي سيار ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم اكره لامتي أن يغشى الرجل أهله « امرأته
خ » في النصف من الشهر أو في غرة الهلال فان مردة الجن والشياطين تغشى
بني آدم فيجيثون ويخلون أما رأيت المصاب يصرع في النصف من الشهر وعند
غرة الهلال (* ٣) .

(٣) لاحظ ما رواه عبد الرحمن بن سالم (* ٤) .

(٤) لاحظ ما رواه محمد بن العيص انه سأل أبا عبد الله عليه السلام فقال :
اجامع وانا عريان ؟ فقال : لا ولا مستقبل «تستقبل خ» القبلة ولا تستدبرها (* ٥)
(٥) لاحظ مرسل الشيخ وهو قوله عليه السلام : لاتجامع في السفينة (* ٦) .
(٦) لاحظ ما رواه محمد بن العيص .

١ و ٢ و ٣ الوسائل الباب ٦٤ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ و ٤ و ٢

(٤) لاحظ ص : ٥٥٤

٥ و ٦ الوسائل : الباب ٦٩ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ و ٢

وعقيب الاحتلام قبل الغسل^(١) والنظر في فرج المرأة^(٢) والكلام بغير الذكر^(٣) والعزل عن الحرة بغير اذن^(٤) وأن يطرق المسافر ليلاً^(٥) ويحرم الدخول بالزوجة قبل بلوغها تسع سنين^(٦).

(١) لاحظ ما ارسله الشيخ قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله : يكره أن يغشي الرجل المرأة وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى فإن فعل فخرج الواد مجنوناً فلا يلو من إلا نفسه (* ١) .

(٢) لاحظ ما رواه سماعة قال : سأله عن الرجل ينظر في فرج المرأة وهو يجامعها ؟ قال : لا بأس به إلا أنه يورث العمى (* ٢) .

(٣) لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : اتقوا الكلام عند ملتقى الختانين فإنه يورث الخرس (* ٣) .

(٤) لاحظ ما رواه محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن العزل فقال : أما الامة فلا بأس فأما الحرة فاني أكره ذلك إلا أن يشترط عليهما حين يتزوجها (* ٤) .

(٥) لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان . عن أبي عبدالله عليه السلام قال : يكره للرجل إذا قدم من سفره أن يطرق أهله ليلاً حتى يصبح (* ٥) .

(٦) لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال : إذا تزوج الرجل الجارية وهي صغيرة فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين (* ٦) .

(١) الوسائل : الباب ٧٠ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث ١ .

(٢) الوسائل : الباب ٥٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٣ .

(٣) الوسائل : الباب ٦٠ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

(٤) الوسائل : الباب ٧٦ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

(٥) (٦٥) الوسائل : الباب ٦٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه والباب ٤٥ من هذه

(مسألة ٣) : يجوز للرجل النظر الى من يريد التزويج بها^١

وما رواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين (* ١) .

(١) عن الجواهر نفى الخلاف فيه بين المسلمين ودعوى الاجماع بقسميه عليه وتدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر اليها ؟ قال : نعم انما يشترئها بأعلى الثمن (* ٢) .

ومنها ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا بأس بأن ينظر الى وجهها ومعاصمها اذا أراد أن يتزوجها (* ٣) .

ومنها ما رواه الحسن بن السري قال : قالت لابي عبد الله عليه السلام : الرجل يريد أن يتزوج المرأة يتأملها وينظر الى خلفها والى وجهها ؟ قال : نعم لا بأس أن ينظر الرجل الى المرأة اذا اراد أن يتزوجها ينظر الى خلفها والى وجهها (* ٤) وغيرها من النصوص الواردة في هذا الباب .

فالحكم في الجملة مما لا اشكال فيه وانما قيد الجواز في المتن بعدم التلذذ . واستدل عليه بما ارسله الفضل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : اينظر الرجل الى المرأة يريد تزويجها فينظر الى شعرها ومحاسنها ؟ قال : لا بأس بذلك اذا لم يكن ملتذذاً (* ٥) والمرسل لا اعتبار به .

واستدل عليه ايضاً بأن جواز النظر بلحاظ ارادة التزويج لا بداعي التلذذ . وفيه : ان الكلام في التلذذ المجامع مع الفرد الجائز من النظر وبعبارة واضحة : نفرض ان المكلف يريد تزويج المرأة الفلانية وشرائط الجواز موجودة

١ و ٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب ٤٥ و ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث :

٢ و ١ و ٢ و ٣

(٥) نفس المصدر الحديث : ٥ .

لكن ينظر اليها ويتلذذ .

وصفة القول: انه تارة ينظر اليها بقصد التلذذ وهذا خارج عن الفرض واخرى ينظر بقصد ارادة التزويج غاية الامر يتلذذ والجزم بالحرمة يتوقف على اقامة دليل عليه ، فلاحظ .

(١) ويمكن الاستدلال على المدعى بوجوه : الوجه الاول : ما رواه أبو بصير قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يعترض الامة ليشتريها، قال : لا بأس بأن ينظر الى محاسنها ويمسها ما لم ينظر الى ما لا ينبغي النظر اليه (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بالبطائي .

الوجه الثاني : ما رواه حبيب بن المعلى الخثعمي قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : اني اعترضت جوارى المدينة فامذيت، فقال : أما لمن يريد الشراء فليس به بأس وأما لمن لا يريد أن يشتري فاني اكرهه (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بالخثعمي .
الوجه الثالث : ما رواه عمران الجعفري ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا أحب للرجل أن يقلب الاجارية يريد شرائها (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة بالجعفري .

الوجه الرابع ، ما رواه الحسين بن علوان ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليهم السلام انه كان اذا أراد ان يشتري الجارية يكشف عن ساقها فينظر اليها (* ٤) .

وهذه الرواية تامة سنداً ، ويمكن الاستدلال به على المدعى فان جواز النظر الى الساق يستلزم جواز النظر الى وجهها وكفيها بالاولوية .

(١) الوسائل : الباب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان الحديث : ١ .

٢ و ٣ و ٤ نفس المصدر الحديث : ٢ و ٣ و ٤ .

وكذا الى نساء اهل الذمة^(١)

الوجه الخامس : ما ادعي من السيرة بتقريب ان الجواري كن في عهدهم يخدمون في المجالس والخدمة في المجامع تستلزم وقوع النظر الى وجوههن وايديهن وهم ارواحنا قدامهم لم يكونوا ينهون عنه .
ولكن هذا الوجه على فرض تماميته يكون دليلاً على جواز النظر الى الاماء والكلام في جواز النظر للمشتري ، فلاحظ .

الوجه السادس : ما رواه محمد بن مسلم (*) فانه يستفاد من هذه الرواية انه يجوز النظر للمشتري ولذا يجوز النظر لمن يريد الزواج حيث يشتري بأغلى الثمن ، والكلام في جواز التلذذ وعدمه هو الكلام فلا نعيد .

(١) يمكن الاستدلال على المدعى بعدة نصوص منها : ما رواه السكوني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لاحرمة لنساء اهل الذمة أن ينظر الى شعورهن وايديهن (*) (٢) وهذه الرواية ضعيفة بالنوفلي بل وبغيره ايضاً .

ومنها : ما رواه أبو البختري عن جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن علي بن ابي طالب عليه السلام قال : لا بأس بالنظر الى رؤوس نساء اهل الذمة ، وقال : ينزل المسلمون على اهل الذمة في أسفارهم وحاجاتهم ولا ينزل المسلم على المسلم الا باذنه (*) (٣) والسند ضعيف بأبي البختري .

ومنها : ما رواه عباد بن صهيب قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لا بأس بالنظر الى رؤوس اهل تهامة والأعراب واهل السواد والعلوج ، لأنهم اذا نهوا لا ينتهون ، قال : والمجنونة والمغلوبة على عقلها لا بأس بالنظر الى شعرها

(١) لاحظ ص : ٥٥٩ -

وكذا المبتذلات اللاتي لا ينتهين اذانهن عن الكشف^١ والى المرام
اللاتي يحرم نكاحهن مؤبداً لنسب^٢

وجسدها ما لم يتعمد ذلك (*) وهذه الرواية تامة سنداً وتدل على المدعى بعموم
العلة فان المستفاد منها ان عدم الانتهاء ملاك جواز النظر بل لا يبعد أن يكون المراد
بالعلوج هم الكفار على ما يظهر من مجمع البحرين .

وأما الكلام من حيث جواز التلذذ وعدمه هو الكلام بل يمكن أن يقال : ان
المستفاد من الحديث جواز النظر مع التلذذ والشهوة حيث قيد الجواز في الذيل
بعدم التعمد والتقسيم قاطع للشركة وقال صاحب الوسائل (قدس سره) في هذا
المقام ، الظاهر ان المراد بالتعمد هنا النظر بشهوة .

(١) لحديث عباد بن صهيب فان مقتضاه جواز النظر في مورد عدم تأثير النهي
رأماً تقييد الجواز بعدم التلذذ فقد مر الكلام فيه .

وصفوة القول : انه لم يقم دليل على حرمة التلذذ بما هو بل الدليل قائم على
حرمة النظر على الاطلاق لكن قد قيد ذلك الدليل بالمقيد ومقتضى الصناعة تقديم
الدليل المقيد باطلاقه على الدليل المطلق ، وبعبارة اخرى اطلاق المقيد حاكم على
اطلاق المطلق .

(٢) يمكن الاستدلال على المدعى بوجوه : الوجه الاول : السيرة الخارجية
المتصلة بزمانهم عليهم السلام فانه لم يعهد تحجب النساء عن المحارم بل يعد
مستنكراً عند المتشرعة .

الوجه الثاني : الاجماع بل الضرورة فانه نقل عن الجواهر دعوى الضرورة
عليه .

الوجه الثالث : قوله تعالى « وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن ويحفظن

فزوجهن ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها ولا يضربن بخمرهن على جيوبهن ولا يبدن زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو ابنائهن أو أبناء بعولتهن أو أخواتهن أو بني أخواتهن أو بناتهن أو نسائهن أو ما ملكت إيمانهن أو التابعين غير أولى الأربعة من الرجال أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن» (* ١) .

فانه يستفاد من الآية الكريمة جواز النظر الى المذكورين وبعبارة اخرى :
لامجال لأن يقال ان الآية غير متعرضة لجواز النظر بل متعرضة لجواز الابداء فان العرف يفهم من هذا التعبير كلا الامرين ، والعرف ببابك .

الوجه الرابع : ما ورد في باب غسل الميت من جواز تغسيل المرأة قرايتها من المحارم وكذا الرجل، منها ما رواه منصور قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخرج في السفر ومعه امرأته أيفسلها ؟ قال نعم وامه وأخته ونحو هذا يلقي على عورتها خرقة (* ٢) .

ومنها : ما رواه منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام مثله الا انه قال الرجل يسافر مع امرأته (الى أن قال) ونحوهما يلقي على عورتها خرقة ويفسلها (* ٣) ومنها ما رواه الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن الرجل يموت وليس عنده من يفسله الا النساء قال : تغسله امرأته أو ذات قرابته ان كانت له ، ويصب النساء عليه الماء صبا الحديث (* ٤) فانه يستفاد من هذه النصوص جواز النظر الى المحارم .

الوجه الخامس : ما رواه السكوني ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه عليهما

السلام قال : لأبأس أن ينظر الى شعر امه او اخته او بنته (* ١) .
فانه يدل على المدعى في الجملة ويثبت الحكم عموماً بعدم القول بالفصل ،
وفي المقام عدة نصوص يستفاد منها خلاف المدعى منها ما رواه أبو الجارود
عن أبي جعفر عليه السلام في قوله ولا يبدن زينة الا ما ظهر منها فهي الثياب
والكحل والخاتم وخضاب الكف والسوار والزينة ثلاث: زينة للناس وزينة للمحرم
وزينة للزوج فأما زينة الناس فقد ذكرناه وأما زينة المحرم فموضع القلادة مما
فوقها والدملج ومادونه والخلخال وما اسفل منه واما زينة الزوج فالجسد كله (* ٢)
وهذه الرواية ضعيفة بالارسال .

ومنها ما رواه ابن جعفر قال : سئلته عن الرجل ما يصلح له ان ينظر اليه من
المرأة التي لا تحل له قال الوجه والكف وموضع السوار (* ٣) وهذه الرواية
ضعيفة بعبدالله بن حسن على ما في كلام سيدنا الاستاد (* ٤) مضافاً الى أنها لا تكون
قابلة للعمل بها بعد قيام الضرورة على خلافها .

ومنها ما رواه حسين بن علوان ، عن جعفر عن ابيه عليه السلام قال ، اذا
زوج الرجل امته فلا ينظرون الى عورتها والعورة ما بين السرة والركبة (* ٥) فان
المستفاد من هذه الرواية ان ما بين السرة والركبة عورة ، ولا اشكال في حرمة
النظر الى عورة الغير ولو كان من المحارم .

ولكن هل يمكن الالتزام بمفاد الحديث مع كونها خلاف السيرة، وقد تعرضنا

(١) الوسائل الباب ١٠٤ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٧

(٢) مستدرک الوسائل : الباب ٨ من ابواب مقدمات النكاح الحديث : ٣

(٣) مستند العروة ج ١ من النكاح ص ٥٨

(٤) مستند العروة ج ١ - من النكاح ص : ٥٨

(٥) الوسائل الباب ٤٤ من ابواب نكاح المييد والاماء الحديث : ٧

أو مصاهرة "أو رضاع"

لهذه الجهة في الجزء الاول من هذا الشرح (*١) وقلنا انه لا يمكن الالتزام بمفاد الرواية .

(١) المراد منها الحرمة الحاصلة من العلة الزوجية الموجبة لحرمة الأبدية كام الزوجة والربيبة بشرط الدخول بامها ونحوهما فانه يدل على المدعى الآية الشريفة (*٢) وبعدم القول بالفصل القطعي يثبت المدعى في الباقي .

مضافاً الى السيرة ويضاف الى جميع ذلك النصوص الواردة في الفصل لاحظ ما رواه سماعة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل مات وليس عنده الا نساء ، قال : تفسله امرأة ذات محرم منه ، وتصب النساء عليه الماء ، ولا تخلع ثوبه ، وان كانت امرأة ماتت معها رجال وليس معها امرأة ولا محرم لها فلتدفن كما هي في ثيابها ، وان كان معها ذو محرم لها غسلها من فوق ثيابها (*٣) .

(٢) لجملة من النصوص : منها ما رواه بريد العجلي ، عن أبي جعفر عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه واله قال : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (*٤) .

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابة (*٥) .

ومنها ما رواه ابو الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه سئل عن الرضاع فقال : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (*٦) فانها تدل على انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وفي المقام شبهتان :

(١) لاحظ ص : ٢٦٩

(٢) لاحظ ص : ٥٦٢

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب غسل الميت الحديث : ٩

٤ و ٥ و ٦ الوسائل : الباب ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع الحديث : ١ و ٢ و ٣

بشرط عدم التلذذ في الجميع^١ ويحرم النظر الى غيرهن بغير تلذذ
ايضا في غير الوجه والكفين بلا اشكال^٢

الاولى : ان الحكم المذكور يختص بالمرضعة وصاحب اللبن والاصول
والفروع والحواشي لهما ولا يشمل ابا المرتضع اذ دليل التنزيل ناظر الى المرتضع
والمرضعة وصاحب اللبن ، واما ابو المرتضع فلا دخل له في ذلك وحرمة نكاحه
لاولاد المرضعة او صاحب اللبن مستفادة من دليل خارجي .

والجواب عن هذه الشبهة انه يستفاد من حديث ايوب بن نوح قال : كتب علي
بن شعيب الى أبي الحسن عليه السلام امرأة ارضعت بعض ولدي هل يجوز لي
أن اتزوج بعض ولدها ؟ فكتب عليه السلام : لايجوز ذلك لك لأن ولدها صارت
بمنزلة ولدك (*) (١) ، ان اولاد المرضعة بمنزلة اولاد أبي المرتضع فلا مجال لهذه
الشبهة .

الثانية : ان دليل التنزيل يقتضي جعل الرضاع كالنسب في الحرمة وهذا المقدار
لا يكفي في جواز النظر وبعبارة اخرى : اذا كان الدليل دالا على جعل ما بالرضاع
منزلة ما بالنسب لكان القول بجواز النظر في محله لاقتضاء عموم دليل التنزيل ولكن
الامر ليس كذلك فان دليل التنزيل نزل ما بالرضاع منزلة ما بالنسب في الحرمة فيتوقف
الحكم بجواز النظر على قيام دليل على جواز النظر الى كل من يحرم نكاحه والحال
انه ليس في الأدلة ما يدل عليه ، الا أن يستدل باطلاق ما ورد من النصوص في
باب غسل الميت (*) (٢) فراجع .

(١) الظاهر انه لا بد من اتمامه بالتسالم والاجماع ، الا أن يدل على الحرمة
دليل خاص كما قامت بالنسبة الى المجنونة .

(٢) ما يمكن أن يستدل به عليه أو استدل وجوه : الوجه الاول : الاجماع

(١) الوسائل : الباب ١٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع الحديث : ١

(٢) لاحظ ص : ٥٦٣ و ٥٦٥

فمن الجواهر دعوى الاجماع بل الضرورة عليه ، ولكن لا يخفى ان المستفاد من الاجماع والضرورة الحرة في الجملة .

الوجه الثاني : قوله تعالى (* ١) وفي دلالة الآية الكريمة على المدعى اشكال فانه فسر الغض في اللغة بقصر النظر لا الترك فيكون المراد من الآية النقص من النظر ، قال في مجمع البحرين في بيان المراد من الآية : « أي ينقصوا من نظرهم » الى آخر كلامه ، وعليه يكون الجار للتبويض .

مضافاً الى أنه لم يذكر في الآية متعلق الغض الا أن يقال بأن المراد يفهم من الآية الشريفة بقرينة المقابلة أي بغض كل من الفريقين من ابصارهم بالنسبة الى الفريق الآخر ، مضافاً الى النص الوارد في شأن نزولها ، لاحظ ما رواه سعد الاسكاف ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : استقبل شاب من الانصار امرأة بالمدينة وكان النساء يتقنعن خلف آذانهن ، فنظر اليها وهي مقبلة ، فلما جازت نظر اليها ودخل في زقاق قد سماه ببني فلان فجعل ينظر خلفها واعترض وجهه عظم في الحائط أو زجاجة فشق وجهه ، فلما مضت المرأة نظر فاذا الدماء تسيل على ثوبه وصدره ، فقال : والله لاتبين رسول الله صلى الله عليه وآله ولاخبرنه فأتاه ، فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وآله قال : ما هذا ؟ فأخبره فهبط جبرئيل عليه السلام بهذه الآية : قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك اذكى لهم ان الله خبير بما يصنعون (* ٢) .

ويضاف الى ذلك ان قوله تعالى في ذيل الآية ذلك اذكى لهم يدل على ان الغض أنفع فلا يكون حراماً .

ان قلت : قد ذكر في الآية حفظ الفرج ولا اشكال في وجوبه فانه لا اشكال في

(١) لاحظ ص : ٥٦٢

(٢) الوسائل : الباب ١٠٤ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٤

حرمة الزنا فلا يمكن أن يكون المراد من قوله أذكرى التفضيل بل المراد التبعين .
قلت : أولا قد ورد حديث في ذيل الآية وهو ما رواه أبو بصير ، عن أبي عبد الله
عليه السلام كل آية في القرآن في ذكر الفرج فهي من الزنا الا هذه الآية فانها من
النظر فلا يحل للرجل المؤمن (لرجل مؤمن خ) أن ينظر الى فرج اخيه ولا يحل
للمرأة أن تنظر الى فرج اختها (* ١) ويستفاد منه ان المراد بحفظ الفرج
النظر .

وثانياً : المشار اليه بلفظ ذلك مجموع الامور المذكورة في الآية لا كل منها
فيكون المستفاد من الآية ان حفظ الفرج وغض النظر أذكرى لهم فالآية لا تدل على
الحرمة بل تدل على الجواز ولا اقل من عدم انعقاد الظهور في التحريم .

الوجه الثالث : قوله تعالى «ولا يبدن زينتهن» بتقريب ان المراد ان المحرم
ابداء محل الزينة لانفس الزينة وفيه : ان المحرم على هذا التقريب هو الابداء وأما
حرمة النظر فلا يستفاد من الآية ، وبعبارة اخرى لا دليل على التلازم بين الطرفين
الوجه الرابع : حديث عباد بن صهيب (* ٢) فان المستفاد من الحديث ان
وجه الجواز عدم انتهائهن والا فعدم الجواز هو الحكم الاول ، لكن المستفاد من
الحديث حرمة النظر الى رؤس النساء فليس متعلق بالحرمة مطلقاً .

الوجه الخامس : النصوص الدالة (* ٣) على جواز النظر لمن يريد الزواج
او الاشتراء ، فسان المستفاد من هذه النصوص حرمة النظر الا في الموارد
المخصوصة .

الوجه السادس : النصوص الدالة على حرمة النظر : منها : ما رواه علي بن

(١) تفسير البرهان : ج - ٣ ص : ١٣٠ الحديث : ٧

(٢) لاحظ ص : ٥٦١

(٣) لاحظ ص : ٥٥٩ و ٥٦٠

وليهما على الاحوط^{١)}

عقبة ، عن ابيه ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول : النظرة سهم من سهام ابليس مسموم ، وكم من نظرة أورثت حسرة طويلة (* ١) .

ومنها : ما رواه أبو جميلة ، عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالا : ما من أحد الا وهو يصيب خطأ من الزنا ، فزنا العينين النظر ، وزنا الفم القبلة وزنا اليدين اللمس ، صدق الفرج ذلك أو كذب (* ٢) .

ومنها : ما رواه جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال : لعن رسول الله صلى الله عليه وآله رجلا ينظر الى فرج امرأة لا تحل له ، ورجلا خان أخاه في امرأته ، ورجلا يحتاج الناس الى نفعه فيسألهم الرشوة (* ٣) .

١) يقع البحث في موضعين : الموضع الاول في المقتضي للمنع ، الموضع الثاني في المانع ، فنقول أما الموضع الاول : فيمكن الاستدلال على المنع بتقريبات :

التقريب الاول للاستدلال على عدم الجواز جملة من النصوص الواردة في جواز النظر لمن يريد التزويج لاحظ ما رواه ابن السري وما روي عن أبي عبد الله عليه السلام (* ٤) فان مقتضى هذه النصوص بلحاظ مفهوم الشرط عدم جواز النظر اذا لم يرد التزويج .

التقريب الثاني : الروايات الدالة على حرمة النظر (* ٥) .

التقريب الثالث : قوله تعالى « قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا من فروجهم ذلك اذكى لهم » (* ٦) بناء على أنه يستفاد منها حرمة النظر .

١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ١٠٤ من ابواب مقدمات النكاح وآداب الحديث: ١ و ٢ و ٣

٤) لاحظ ص: ٥٥٩ و ٥٦٠

٥) مرت آنفاً

٦) النور/ ٣٠

التقريب الرابع : ما رواه محمد بن الحسن بن الصفار قال : كتبت الى الفقيه عليه السلام في رجل اراد ان يشهد على امرأة ليس لها بمحرم هل يجوز له أن يشهد عليها وهي من وراء السترو يسمع كلامها اذا شهد رجلان عدلان انها فلانة بنت فلان التي تشهدك وهذا كلامها ولا يجوز له الشهادة عليها حتى تبرز ويثبتها بعينها ؟ فوقع عليه السلام تنقيب وتظهر للشهود ان شاء الله (* ١) .

اذ لو كان النظر الى وجه الأجنبية جائزاً لم يكن وجه لأمه بالنقاب فالمقتضي لحرمة النظر تام .

ولفائل أن يقول : ان هذه الرواية تدل على وجوب الستر ولا يدل على حرمة النظر وبعبارة اخرى المستفاد من هذه الرواية انه لا يجوز للمرء أن تظهر وجهها عند الأجنيبي . هذا تمام الكلام في الموضع الاول .

وأما الكلام في الموضع الثاني : فيمكن الاستدلال على المدعى بوجوه : الوجه الاول : ما رواه زرعة بن محمد قال : كان رجل بالمدينة له جارية نفيسة ف وقعت في قلب رجل وأعجب بها فشكى ذلك الى أبي عبد الله عليه السلام : فقال له : تعرض رؤيتها وكلما رأيتها فقل : أسأل الله من فضله الحديث (* ٢) فان هذه الرواية تدل بالصراحة على جواز النظر الى الأجنبية بل تدل على الجواز حتى مع التلذذ والشهوة والعرف بيباك .

الوجه الثاني : ما رواه علي بن سويد قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : اني مبتلى بالنظر الى المرأة الجميلة فيعجبني النظر اليها ، فقال يا علي لا بأس اذا عرف الله من نيتك الصدق وإياك والزنا فانه يمحى البركة ويهلك الدين (* ٣)

(١) تهذيب الاحكام : ج ٦ - ص ٢٥٥ - الحديث : ٧١

(٢) الوسائل : الباب ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٦

(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب النكاح المحرم وما يناسبه الحديث : ٣

وهذه الرواية تدل بالصراحة على جواز النظر مع التلذذ والشهوة وما افاده سيدنا الاستاد من القطع بخلاف مفاد الرواية عهدته عليه فان الأحكام الشرعية امرها بيد الشارع ولا مجال لأعمال النظر فيها .

الوجه الثالث : ما رواه ابو الجارود (*) (١) وهذه الرواية ضعيفة بالارسال
الوجه الرابع : ما رواه علي بن جعفر (*) (٢) فان هذه الرواية تدل بالصراحة على جواز النظر الى الوجه والكفين وموضع السوار، وهذه الرواية ضعيفة بعبد الله بن حسن على ما في كلام سيدنا الاستاد حسب تقرير بحثه الشريف .

الوجه الخامس : ما رواه عمرو بن شمر، عن أبي جعفر عليه السلام ، عن جابر بن عبد الله الأنصاري قال : خرج رسول الله صلى الله عليه وآله يريد فاطمة وأنا معه فلما انتهينا الى الباب وضع يده عليه فدفعه ثم قال : السلام عليكم ، فقالت فاطمة عليها السلام : وعليك السلام يا رسول الله ، قال : ادخل ؟ قالت : ادخل يا رسول الله ، قال ادخل ومن معي ؟ قالت : ليس علي قناع ، فقال : يا فاطمة خذي فضل ملحفتك فقمعي به رأسك ففعلت ثم قال : السلام عليك ، فقالت : وعليك السلام يا رسول الله قال : ادخل ؟ قالت : نعم يا رسول الله ، قال : انا ومعني ؟ قالت : ومن معك ؟ قال جابر : فدخل رسول الله صلى الله عليه وآله ودخلت واذا وجه فاطمة عليها السلام اصفر كأنه بطن جرادة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : مالي أرى وجهك أصفر ، قالت : يا رسول الله الجوع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : اللهم مشبع الجوعة ودافع الضيعة اشبع فاطمة بنت محمد ، قال جابر : فوالله لنظرت الى الدم ينحدر من قصاصها حتى عاد وجهها احمر فما جاءت بعد

(١) لاحظ ص : ٥٦٤

(٢) لاحظ ص : ٥٦٤ ومستند العروة ج ١ ص : ٥٨

ذلك اليوم (*) (١) وهذه الرواية ضعيفة بعمر بن شمر .

الوجه السادس : ما رواه مروك بن عبيد، عن بعض اصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام قال . قلت له : ما يحل للرجل أن يرى من المرأة اذا لم يكن محرماً؟ قال : الوجه والكفان والقدمان (*) (٢) وهذه الرواية ضعيفة بالارسال .

الوجه السابع : ما رواه أبو حمزة الثمالي، عن أبي جعفر عليه السلام قال سألت عن المرأة المسلمة بصيبتها البلاء في جسدها اما كسر واما جرح في مكان لا يصلح النظر اليه يكون الرجل ارفق بعلاجه من النساء ، أ يصلح له النظر اليها؟ قال : اذا اضطرت اليه فليعالجها ان شئت (*) (٣) فانه يستفاد من هذه الرواية ان النظر الى بعض مواضع جسد المرأة جائز .

الوجه الثامن : ما رواه مسعدة بن زياد قال : سمعت جعفرأ وسئل عما تظهر المرأة من زينتها قال: الوجه والكفين (*) (٤) فانه يستفاد من هذه الرواية انه يجوز للمرأة اظهار وجهها وكفيها ويمكن أن يقال: انه لا تلازم بين جواز الاظهار وجواز النظر ، فتأمل .

الوجه التاسع : ما رواه زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل « الا ما ظهر منها » قال : الزينة الظاهرة الكحل والخاتم (*) (٥) . وما رواه أبو بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن قول الله عز وجل : « ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها » قال : الخاتم والمسكة وهي القلب (*) (٦) والكلام فيهما هو الكلام في سابقهما .

(١) الوسائل الباب ١٢٠ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٣

(٢) الوسائل الباب ١٠٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٢

(٣) الوسائل الباب ١٣٠ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١

٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب ١٠٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٣ و ٥ و ٦

.....

الوجه العاشر: مارواه الفضيل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذراعين من المرأة هما من الزينة التي قال الله: «ولا يبدن زينتهن الا لبعولتهن»؟ قال: نعم ومادون الخمار من الزينة، ومادون السوارين (*) (١) والمستفاد من هذه الرواية جواز النظر الى الوجه وعدم جواز النظر الى الذراعين.

وقال في الحقائق: «ودون السوار بمعنى تحت السوار وهو الجهة المقابلة للعلو فان الكفين أسفل بالنسبة الى ما فوق السوارين» ولا يبعد ان ما أفاده تام اذ يستفاد من كلام مجمع البحرين ان (دون) نقيض فوق فالمراد من الكلمة ان تحت السوارين من الزينة فتكون الكفان خارجتان.

الوجه الحادي عشر: قوله تعالى (*) (٢) فان المستفاد من الآية الكريمة عدم وجوب الستر على المراءة فيجوز النظر للرجل.

وفيه: انه قد مر ان مجرد عدم وجوب الستر عليها لا يدل على الجواز بالنسبة الى الرجل: الا أن يقال: انه يستفاد من الآية تقسيم الزينة الى قسمين: قسم منها لا يجوز ابدائها الا للمذكورين في الآية الشريفة وقسم منها يجوز ابدائها للاجنبي على الاطلاق ومن ناحية اخرى لا اشكال في أنه لو جاز الابداء للغير يجوز للغير النظر ايضاً.

وان شئت قلت: اذا قيل يجوز الارائة يفهم عرفاً انه يجوز النظر، والعرف ببابك.

وقال سيدنا الاستاد في هذا المقام (*) (٣) ما حاصله ان المستفاد من قوله تعالى «الا ما ظهر منها» انه لا يجب على المراءة الستر بالنسبة الى ما ظهر من

(١) الوسائل الباب ١٠٩ من ابواب مقلعات النكاح وآدابه الحديث: ١

(٢) لاحظ ص: ٥٦٢

(٣) مستند العروة ج ١ من النكاح ص: ٥٥ - ٥٦

الزينة ولكن عدم وجوب الستر لا يستلزم جواز النظر وإذا نرى ان جماعة قائلون بحرمة نظر المرأة الى الرجل والحال انه لا يجب على الرجل التستر والمستفاد من قوله تعالى « ولا يبدن زينتهن الا لبعولتهن الخ » انه يحرم على المرأة ارائة زينتها على الاطلاق حتى الظاهرة منها الا للطوائف الخاصة فاذا حرم عليها الارائة يحرم على الرجال النظر فالاية الكريمة أولى بالدلالة على الحرمة ، هذا ملخص كلامه في هذا المقام .

اقول: الظاهر ان ذيل الكلام يناقض الصدر اذ صرح في الصدر بعدم وجوب تستر الزينة الظاهرة فنسئل ان عدم وجوب التستر وجواز الكشف مع فرض عدم وجود الأجني أو مع فرض وجوده ؟ وعلى الثاني على فرض عدم النظر أو مع النظر ، ومن الظاهر ان الاهمال غير معقول في الواقع فعلى الاول والثاني يكون جعل الحكم لغواً فينحصر في الثالث وعليه تكون الارائة جائزة فكيف يقول في الذيل بالحرمة ؟ .

وبعبارة اخرى : نسئل مع وجود الرجل الناظر اليها هل يجوز لها الكشف أم لا ؟ ان قلت بعدم الجواز فعدلت عن قولك الاول وان قلت بالثاني فالارائة جائزة وعلى الجملة لا يعقل أن تكون الارائة محرمة ومع ذلك لا يكون التستر واجباً فان هذين لا يجتمعان .

وصفوة القول : انه يفهم من مجموع الاية الشريفة الكريمة ان ابداء المرأة زينتها غير الظاهرة للرجل حرام الا لطوائف خاصة وأما ابداء زينتها الظاهرة فيجوز بلا تخصيص وحيث ان الابداء بالنسبة الى الزينة غير الظاهرة للطوائف المخصوصة جائز فابداء الزينة الظاهرة جائز للأجنبي على الاطلاق .

ولكن الانصاف : انه فرق بين جواز الارائة وبين جواز الابداء اذ لا يعد أن

يفهم العرف من جواز الاراتة جواز الرؤبة بالملازمة واما الابداء فجواز لا يستلزم جواز النظر .

نعم اذا قيل يجوز الابداء لفلان لا يبعد أن يفهم جواز النظر فما أفاده سيدنا الاستاد لاتناقض فيه .

نعم ما أفاده في كلامه من أن الاية تدل على حرمة النظر حيث انه يحرم عليها الاراتة فبفه انه لاملازمة بين الأمرين ، اذ يمكن أن تكون الاراتة محرمة ومعذلك يكون النظر جازياً، فعلى هذا الأساس لا يستفاد من الاية الا جواز الكشف وأما جواز النظر فلا يستفاد من الاية .

فنقول : يقع التعارض بين النصوص الواردة فان قلنا مقتضى الجمع بينها حمل المانعة على الكراهة فهو والا فلا بد من اعمال قانون التعارض فيمكن أن يقال : ان الترجيح مع نصوص المنع لموافقها مع الكتاب فان قوله تعالى « قل للمؤمنين » الخ يدل على المنع عن النظر لكن قد مر انه يمكن أن يقال ان ذيل الاية يدل على الجواز ، فحديث الجواز موافق مع الكتاب .

وان ابيت وقلت : ان ذيل الاية يوجب اجمالها ولا تكون الاية ظاهرة في الجواز نقول الترجيح بمخالفة القوم مع حديث الجواز ايضاً فانه يظهر من كلام الشيخ (قده) في الخلاف (* ١) ان العامة قائلون بعدم جواز النظر فالترجيح بمخالفة القوم مع دليل الجواز كما ان الترجيح بالأحدثية مع دليل الجواز ايضاً لاحظ ما رواه علي بن سويد ، فان الحديث مروي عن أبي الحسن عليه السلام (* ٢) ولو قطعنا النظر عن الترجيح تصل النوبة الى التعارض والتساقط ، ومقتضى الأصل

(١) ج - ٢ ص ١٣٩ مسألة ٣ :

(٢) لاحظ ص : ٥٧٠

ومن غير المحارم اخت الزوجة^(١) والرببة قبل الدخول بامها^(٢) وكذا يحرم على المرأة النظر الى الرجل مما يحرم على الرجل النظر اليه منها^(٣) وكذا

الاولي الجواز ايضاً .

(١) بلا اشكال اذ حرمتها من باب الجمع ولذا يجوز تزويجها في غير صورة الجمع .

(٢) اذ دليل الحرمة يختص بصورة الدخول بمقتضى الكتاب والسنة والاجماع فهي قبل الدخول كبقية النساء .

(٣) ما يمكن أن يذكر مستنداً للحكم وجوه : الوجه الاول الاجماع ، وفيه ان الاجماع المنقول لا يكون حجة والمحصل منه ، غير حاصل ، كيف ومن الممكن استناد المجمعين الى الوجوه المذكورة في المقام فلا يحصل اجماع تعبدى كاشف .

الوجه الثاني: قوله تعالى (* ١) بتقريب ان المستفاد من الآية حرمة نظرهن الى الرجال ، وفيه اولاً : ان الغض غير الترك كما مر .

وثانياً : لا يعمد أن يكون المراد النهي عن النظر الى الفروج بقرينة المقابلة بأن يقال: ان المستفاد من الآية وجوب حفظ الفرج عن نظر الغير اليه وحرمة النظر الى فرج الغير لاحظ ما في تفسير البرهان (* ٢) .

وثالثاً ان المتعلق محذوف فلا بد من ارادة العموم اي يغضوا من ابصارهم عن كل محرم واثبات ان المراد من المتعلق النساء في الجملة الاولى والرجال في الجملة

الثانية بالاجماع مشكل لما ذكر من الاشكال في حجية الاجماع وبعبارة واضحة
لادلل على كون المتعلق العموم ولعل المراد من الآية النهي عن النظر الى خصوص
الفرج .

وأما حديث سعد الاسكاف (*) (١) الوارد في شأن نزول الآية فضعيف بالاسكاف
حيث انه لم يوثق ، وقول الشيخ (قدّه) في حقه انه صحيح الحديث لا يكون
توثيقاً .

ويمكن أن يكون الوجه في صحة حديثه عنده اجتهاداً كما أن كونه في اسناد
كامل الزيارة لأثره كما ذكرناه مراراً ومثله كونه في تفسير القمي مضافاً الى كونه
معارضاً بتضعيف ابن الغضائري اياه وصاحب الوسائل يشهد بتضعيفه فلا وجه
للمناقشة فيه .

ويضاف الى جميع ذلك كله ان الرواية متعرضة للجملة الاولى من الآية ولا
تعرض لقوله تعالى « وقل للمؤمنات » الذي هو محل الكلام في المقام .
الوجه الثالث: جملة من النصوص : منها ما ارسله احمد بن أبي عبدالله قال
استأذن ابن ام مكتوم على النبي صلى الله عليه وآله وعنده عايشة وحفصة فقال
لهما: قوما فادخلا البيت، فقلنا : انه اعمى فقال: ان لم يركما فانكما تريانه (*) (٢)
وهذه الرواية ضعيفة بالارسال فان احمد لا يمكن أن ينقل عن النبي صلى الله عليه
وآله بلا واسطة .

ومنها : ما رواه الصدوق (قدّه) في (عقاب الاعمال) قال : قال النبي صلى الله
عليه وآله : اشتد غضب الله على امرأة ذات بعل ملأت عينها من غير زوجها أو
غير ذي محرم منها ، فانها ان فعلت ذلك احبط الله عز وجل كل عمل عملته فان
اوطت فراشه غيره كان حقاً على الله أن يحرقها بالنار بعد أن يعذبها في قبرها (*) (٣)

(١) لاحظ ص : ٥٦٥

(٢ و ٣) الوسائل الباب ١٢٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ و ٢

وهذه الرواية ضعيفة سنداً ، مضافاً الى أنها تختص بذات بعل .

ومنها : ما ارسله الطبرسي في (مكارم الاخلاق) عن النبي صلى الله عليه وآله ان فاطمة قالت له في حديث : خير للنساء ان لا يرين الرجال ، ولا يراهن الرجال فقال صلى الله عليه وآله فاطمة مني (* ١) والمرسل لا اعتبار به .

ومنها : ما روي عن ام سلمة قالت : كنت عند رسول الله صلى الله عليه وآله وعنده ميمونة فاقبل ابن ام مكتوم وذلك بعد ان امر بالحجاب ، فقال : احتجبا ، فقلنا يا رسول الله أليس أعمى لا يبصرنا؟ قال افعميا وان انتما الستما تبصرانه (* ٢) والمرسل لا اعتبار به .

ومنها : ما رواه وهب ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : خلق الرجال من الأرض وانما همهم في الأرض وخلقت المرأة من الرجال وانما همها في الرجال ، فاحبسوا نساءكم يا معشر الرجال (* ٣) .

ومنها : ما رواه نوح ابن شعيب رفعه قال : قال أبو عبد الله عليه السلام كان علي بن الحسين عليهما السلام اذا اتاه ختنه على ابنته أو على اخته بسط له رداءه ثم اجلسه ثم يقول : مرحبا بمن كفى المؤنة وستر العورة (* ٤) .

ومنها : ما رواه غياث بن ابراهيم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ان المرأة خلقت من الرجل وانما همتها في الرجال ، فاحبسوا نساءكم ، وان الرجل خلق من الأرض فانما همته في الأرض (* ٥) وهذه الروايات اما مخدوشة سنداً أو دلالة او من كلتا الناحيتين .

١ و ٢) الوسائل الباب ١٢٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٣ و ٤

٣ و ٤) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ و ٣

٥) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٥

يحرم النظر مع التلذذ ولو الى المماثل^(١) وكذا يحرم اللمس من الرجل والمرأة لغير المماثل في غير المحارم^(٢) ويجوز النظر واللمس

(١) ادعى سيدنا الاستاذ ان المدعى يستفاد من الآية الشريفة بتقريب ان المستفاد من قوله تعالى « يغضوا ويغضضن » النهي عن صرف كل من القبيلين عن الآخر. وبعبارة أخرى : المراد بالغض أن يقطع الرجل طمعه عن غير زوجته وملك يمينه وعلى هذا يحرم نظر الرجل الى مذكر آخر مع التلذذ وكذلك يحرم أن تنظر المرأة الى مماثلها بشهوة وعهدة هذه الدعوى على مدعيه فلا بد من اتمام الأمر بالاجماع والتسالم .

(٢) لاحظ ما رواه أبو بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : هل يصفح الرجل المرأة ليست بذات محرم ، فقال : لا الا من وراء الثوب (* ١) . وما رواه سماعة بن مهران قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مصافحة الرجل المرأة ، قال : لا يحل للرجل أن يصفح المرأة الا امرأة يحرم عليه ان يتزوجها اخت او بنت او عمة او خالة او بنت اخت او نحوها ، وأما المرأة التي يحل أن يتزوجها فلا يصفحها الا من وراء الثوب ولا يغمز كفها (* ٢) .

وحيث انه لا فرق بين المصافحة وغيرها يكون مقتضى القاعدة حرمة اللمس على الاطلاق ولكن لا يخفى ان المستفاد من الحديثين حكم الرجل .

ويؤيد المدعى ما رواه مفضل بن عمر قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : كيف مسح رسول الله صلى الله عليه وآله النساء حين بايعهن ؟ فقال : دعا بمركنه الذي كان يتوضأ فيه فصب فيه ماء ثم غمس فيه يده اليمنى ، فكلما بايع واحدة منهن قال : اغمسي يدك فتغمس كما غمس رسول الله صلى الله عليه وآله فكان هذا مما سحته إياهن (* ٣) .

(١) الوسائل الباب ١١٥ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١

(٢ و ٣) نفس المصدر الحديث : ٢ و ٣

من الرجل للصبيّة غير البالغة ومن المرأة للمصبي غير البالغ مع عدم التلذذ في الجميع ^(١) أما مع التلذذ فانه حرام مطلقاً وكذا يحرم مع التلذذ ولو الى الرجل ^(٢).

وما رواه سعدان بن مسلم قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : أتدري كيف بايع رسول الله صلى الله عليه وآله النساء ؟ قلت : الله اعلم وابن رسوله اعلم ، قال : جمعهن حوله ثم دعا بتور برام فصب فيه نضوحاً ثم غمس يده «الى أن قال» ثم قال : اغمسن ايديكن ففعلن فكانت يد رسول الله صلى الله عليه وآله الطاهرة أطيب من أن يمس بها كف انثى ليست له بمحرم (*) (١) .

(١) كما هو مقتضى القاعدة الأولية ولا دليل على الحرمة ، نعم ربما يستدل بجملّة من النصوص على الحرمة : منها : ما رواه أبو احمد الكاهلي ، واظنني قد حضرته قال : سألت عن جارية «جويرية» خ ل « ليس بيني وبينها محرم تغشاني فاحملها واقبلها ، فقال : اذا أتى عليها ست سنين فلا تضعها على حجرك (*) (٢) . ومنها : ما رواه زرارة ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا بلغت الجارية الحرة ست سنين فلا ينبغي لك أن تقبلها (*) (٣) .

ومنها : ما رواه عبد الله بن يحيى الكاهلي قال : سألت محمد بن النعمان أبا عبد الله عليه السلام فقال له : عندي جويرية ليس بيني وبينها رحم ولها ست سنين قال : لا تضعها فسي حجرك (*) (٤) ولكن هذه الروايات كلها ضعيفة سنداً ، مضافاً الى جريان السيرة الخارجية على الخلاف .

(٢) فان الحكم لعله مورد تسالم الفقهاء .

(١) نفس المصدر الحديث : ٤

(٢ و ٣) الوسائل : الباب ١٢٧ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ و ٢

(٤) من لا يحضره الفقيه : ج ٣ - ص ٢٧٥ باب ١٢٨ الحديث : ٢ .

(مسألة ٤) : يجب على المرأة ستر ما زاد على الوجه والكفين عن غير الزوج والمحارم^(١) بل يحب عليها ستر الوجه والكفين عن غير الزوج حتى المحارم مع تلذذه^(٢) ولا يجب على الرجل الستر مطلقاً^(٣)

(مسألة ٥) : يجوز سماع صوت الأجنبية مع عدم التلذذ^(٤).

(١) بلا كلام ويدل على المدعى قوله تعالى « ولا يبدن زينتهن » مضافاً الى النصوص والفتاوى والسيرة الخارجية، وتدل على المدعى أيضاً الروايات الواردة في حكم القواعد من النساء :

منها : ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل « والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً ، ما الذي يصلح لهن أن يضعن من ثيابهن ؟ قال : الجلباب (* ١) .

ومنها : ما رواه محمد بن أبي حمزة ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : القواعد من النساء ليس عليهن جناح أن يضعن ثيابهن قال : تضع الجلباب وحده (* ٢) ومنها : ما رواه حرير بن عبد الله ، عن أبي عبد الله عليه السلام انه قرأ يضعن من ثيابهن قال : الجلباب والخمار اذا كانت المرأة مسنة (* ٣) فانه يستفاد من هذه الروايات ان غير القواعد من النساء لا يجوز له الكشف الا بالمقدار المستثنى فلاحظ .

(٢) كأن الحكم متسالم عليه بين القوم .

(٣) لعدم الدليل عليه بل السيرة الخارجية تدل على الجواز .

(٤) ربما يقال بأنه لا يجوز لجملة من الروايات : منها : ما رواه مسعدة ابن

١ و ٢) الوسائل : الباب ١١٠ من ابواب مقدمات النكاح وادابه الحديث : ١ و ٣

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

الفصل الثاني في الاولياء

انما الولاية للاب وان علا ووصيه والحاكم فالاب على الصغيرين^{١)}

صدقة ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : لا تبدؤا النساء بالسلام ولا تدعوهن الى الطعام ، فان النبي صلى الله عليه وآله قال : النساء عورة فاستر واعيهن بالسكوت واستروا عوراتهن بالبيوت (* ١) . ومنها : ما رواه غياث بن ابراهيم ، عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال : لا تسلم على المرأة (* ٢) .

ومنها : ما رواه ربعي بن عبد الله ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله يسلم على النساء ويرددن عليه وكان امير المؤمنين عليه السلام يسلم على النساء وكان يكره أن يسلم على الشابة منهن ويقول : اتخوف أن يعجبني صوتها فيدخل علي اكثر مما طلبت من الاجر (* ٣) .

وفيه : انه لا يستفاد منها عدم الجواز ، نعم يمكن أن يقال ان المستفاد من حديث ربعي الكراهة في الجملة فلا مجال للالتزام بالحرمة فان السيرة من صدر الأول جارية على مكاملة الرجال مع النساء فلا تصل النوبة الى الأصل كي يقال ان مقتضاه الجواز أيضاً ، فلاحظ .

(١) قال سيد المستمسك (قده) « ثبوت الولاية لهما في الجملة من القطعيات المدعى عليه الاجماع والنصوص والفتاوى شاهدة بذلك » ، انتهى وتدل على

(١) الوسائل : الباب ١٣١ من ابواب مقتعات النكاح وادابه الحديث : ١ .

(٢ و ٣) نفس المصدر الحديث : ٢ و ٣ .

والمجنونين البالغين كذلك^(١) ولا خيار لهما بعد زوال الوصفين^(٢)

المدعى جملة من النصوص : منها ما رواه محمد بن مسلم (* ١) .
ومنها : ما رواه هشام بن سالم ومحمد بن حكيم ، عن أبي عبد الله عليه السلام
قال : اذا زوج الأب والجدة كان التزويج للأول ، فان كانا جميعاً في حال واحدة
فالجد أولى (* ٢) .

ومنها : ما روي عن ابن بزيغ قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبية
يزوجها أبوها ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها يجوز عليها
التزويج أو الأمر اليها ؟ قال : يجوز عليها تزويج أبيها (* ٣) .

ومنها : ما رواه ابن الصلت (* ٤) ومنها : ما رواه محمد بن مسلم عن أبي
جعفر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان ؟ فقال : اذا كان أبوهاما اللذان
زوجاهما فنعم ، قلت : فهل يجوز طلاق الأب ؟ قال : لا (* ٥) .

(١) الظاهر انه لا خلاف بينهم والحكم اجماعي ، واستدل عليه السيد الحكيم
(قده) بالاستصحاب أيضاً ويرد عليه ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي
معارض باستصحاب عدم جعل الزايد ، مضافاً الى اشكال تغيير الموضوع وعدم
بقائه كما عن الجواهر .

(٢) الخيار يحتاج الى الدليل ولولاه يكون العقد باقياً بحاله ولا يفسخ
بالفسخ وان شئت قلت : ادلة نفوذ تزويج الولي يقتضي نفوذ عقده على الاطلاق
فلا اثر للفسخ مضافاً الى عدة نصوص تدل على نفوذ عقد الولي بعد فرض صيرورة

(١) لاحظ ص : ٥٤١

(٢) الوسائل : الباب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٣

(٣) الوسائل : الباب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١ .

(٤) لاحظ ص : ٥٣٨

(٥) الوسائل الباب ١٢ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

الصغير كبيراً .

لاحظ ما رواه ابن بزيع (*) (١) ولاحظ ما رواه ابن الصلت (*) (٢) فإن المستفاد من الحديثين نفوذ العقد بعد زوال الصغير وأنه لا خيار له بعد كبره كما ان مقتضى اطلاق نصوص كثيرة ذلك لاحظ ما رواه محمد بن مسلم (*) (٣) .

ولاحظ ما رواه الحلبي قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين ؟ قال : فقال : أما تزويجه فهو صحيح ، وأما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم انه كان قد طلق فإن أقر بذلك وامضاه فهي واحدة بائنة وهو خاطب من الخطاب وإن أنكر ذلك وأبى أن يمضيه فهي امرأته قلت : فإن ماتت أو مات قال : يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقي ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالنكاح ، ويدفع إليه الميراث (*) (٤) .

ولاحظ ما رواه عبيد بن زرارة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير ؟ قال : ان كان لابنه مال فعليه المهر ، وإن لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر ضمن أولم يضمن (*) (٥) .

وفي المقام حديثان يستفاد منهما خلاف المدعى : أحدهما : ما رواه الكناسي (*) (٦) وهذه الرواية ضعيفة سنداً .

ثانيهما : ما رواه محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي

(١) لاحظ ص : ٥٨٣

(٢) لاحظ ص : ٥٤١

(٣) لاحظ ص : ٥٨٣

(٤) الوسائل : الباب ١١ من ابواب ميراث الأزواج الحديث : ٤

(٥) الوسائل : الباب ٢٨ من ابواب المهور الحديث : ١

(٦) لاحظ ص : ٥٣٨

الا اذا كان العقد حين وقوعه مفسدة عند العقلاء فلا يصح^(١)

يزوج الصبية ، قال : ان كان ابواهما اللذان زوجها فنعمة جازية ، ولكن لهما الخيار اذا ادركا فان رضيا بعد ذلك فان المهر على الأب قلت له : فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره ؟ قال : لا (* ١) .

وهذه الرواية تامة سنداً ولكن الأصحاب لم يعملوا بمفادها والشيخ (قدس) حملها على جواز الطلاق بعد البلوغ وطلب المهر او الطلاق بعده فان تم الاجماع التبدي الكاشف على خلاف الرواية فهو والا فيشكل رفع اليد عن الرواية ولذا احتاط الماتن بعد اسطر ، فلاحظ .

هذا بالنسبة الى الصغير وأما بالنسبة الى المجنون فالالتزام بعدم الخيار له بعد الافاقة مشكل اذ لا دليل على الولاية عليه الا الاجماع والاتفاق فلا بد من تمامية الاجماع الكاشف على عدم ثبوت الخيار ولا تصل النوبة الى الأصل واستصحاب بقاء الزوجية بعد الفسخ معارض كما ذكرناه مراراً .

(١) ادعى عليه الاتفاق وعدم الخلاف ويمكن أن يستدل على المدعى بما رواه ابو حمزة الثمالي (* ٢) بتقريب ان اطلاق قوله عليه السلام ان الله لا يحب الفساد يشمل النكاح ، وان قلت انه يختص بالتصرف المالي والرواية ناظرة اليه قلت تدل على المقام بالاولوية .

ويدل على المدعى ايضاً ما رواه عبيد بن زرارة (* ٣) فان المستفاد من الرواية اختصاص الحكم بمورد عدم الضرر ولكن قد فرض في مورد الرواية كونه مضاراً فلا يستفاد المدعى من الرواية .

ويدل عليه ايضاً ما رواه الفضل بن عبد الملك ، عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) الوسائل : الباب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٨ .

(٢) لاحظ ص : ٥٤٣

(٣) لاحظ ص : ٥٤١

الا بالاجازة بعد البلوغ والعقل^(١) نعم اذا زوج الابوان الصغيرين ولاية فالعقد وان كان صحيحاً الا ان في لزومه عليهما بعد بلوغهما اشكالا فالاحتياط لا يترك^(٢) ولا يبعد ولاية الاب على من جن بعد بلوغه^(٣)

قال: ان الجد اذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها حياً وكان الجد مرضياً جاز، قلنا: فان هوى أبو الجارية هوى ، وهوى الجد هوى وهما سواء في العدل والرضا ، قال : احب الي أن ترضى بقول الجد (* ١) وفيه ان المستفاد من الحديث لزوم كون الجد مرضياً ولا يستفاد من الحديث عدم كون العقد ذامفسدة .

ويمكن الاستدلال على المدعى بقاعدة لا ضرر على ما هو المقرر عند القوم من حكومتها على ادلة الأحكام فان مقتضى تلك القاعدة عدم صحة العقد الضري فالنتيجة ان الولاية لهما فيما لا يكون التزويج مضراً بحال الصغير .

ولكن يمكن الانتقاض بعدم التزالمهم بالبطلان في مورد الفبن في باب البيع فان مقتضى القاعدة المذكورة بطلان العقد اذا كان احد المتعاقدين مغبواً والأصحاب لم يلتزموا به بل قائلون بالخيار الا أن يقال ان القاعدة امتنانية والحكم بالفساد خلاف الامتنان ، فتأمل .

(١) فان بناء الأصحاب على صحة الفضولي بالاجازة مضافاً الى النص الخاص الوارد في المقام ، لاحظ ما رواه ابو عبيدة (* ٢) .

(٢) قد ظهر وجه الاشكال مما تقدم وقلنا ان الخيار مقتضى النص الوارد لاحظ ما رواه مجمل بن مسلم (* ٣) .

(٣) يمكن الاستدلال على المدعى بوجوه : الوجه الاول ما رواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعتق

(١) الوسائل : الباب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٤

(٢) لاحظ ص : ٥٤٤

(٣) لاحظ ص : ٥٨٤

وتشهد وتعطي من مالها ما شئت فان أمرها جائز تزوج ان شئت بغير اذن وليها وان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها الا بامر وليها (* ١) .

بتقريب ان الولي الأب والجد، وفيه ان السند ضعيف فلا أثر للرواية الوجه الثاني : ان السيرة القطعية قائمة على قيسام الأب والجد بادارة شئون المجنون والمجنونة في النكاح وغيره من دون ان يثبت ردع عنها وفيه : ان اثبات السيرة المتصلة بزمانهم في غايه الاشكال بل تحقق السيرة المدعاة مورد الكلام والاشكال الوجه الثالث : قوله تعالى «الا أن يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح وان

تعفوا اقرب للتقوى» (* ٢) فانه يستفاد من هذه الآية الشريفة بضميمة النصوص المقررة ان المراد من الذي بيده عقدة النكاح الأب والجد والأخ منها : ما رواه عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الذي بيده عقدة النكاح هو ولي امرها (* ٣) ومنها : ما رواه أبو بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت عن الذي بيده عقدة النكاح ، قال : هو الأب والأخ والرجل يوصى اليه ، والذي يجوز امره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى فأى هؤلاء عفا فقد جاز (* ٤) .

ومنها : ما روي عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام في قوله : «الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» قال : هو الذي يعفوا عن بعض الصداق أو يحطون عنه بعضه أو كله (* ٥) .

ومنها : ما رواه اسحاق بن عمار قال : سألت جعفر بن محمد عليهما السلام عن قول الله : «الا أن يعفون» قال : المرأة تعفوا عن نصف الصداق ، قلت «أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» قال : أبوها اذا عفا جاز له ، وأخوها اذا كان يقيم

(١) الوسائل : الباب ٩ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٦ .

(٢) البقرة / ٢٣٧ .

(٣ و ٤) الوسائل : الباب ٨ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٢ و ٤

(٥) الوسائل الباب ٥٢ من أبواب المهور الحديث : ٤

بها وهو القائم عليها فهو بمنزلة الأب يجوز له، وإذا كان الأخ لا يهتم بها ولا يقوم عليها لم يجز عليها امره (* ١) .

غاية الأمر ترفع اليد عن النص بالنسبة الى الأخ لعدم ولايته ويبقى الجد والأب تحت النصوص ، ولا يخفى ان المذكور في النصوص الأب والأخ ولم يذكر فيها الجد الا أن يقال بعدم الفصل بين الأب والجد أو يقال ان المذكور في حديث ابن سنان (* ٢) عنوان الولي ، والجد ولي .

ولقائل أن يقول : من أين ثبت ولاية الجد والحكم لا يثبت موضوع نفسه كما هو ظاهر .

الوجه الرابع : انه قد دلت جملة من النصوص على ولاية الأب أو الوالد على نكاح ولده على الاطلاق لاحظ ما رواه ابن جعفر (* ٣) فان مقتضى هذه الرواية ان امر نكاح الولد بيد والده على الاطلاق فبالمقدار الخارج قطعاً نرفع اليد وفي الباقي نأخذ بها ، والمقام من موارد الأخذ اذ لا دليل على عدم ولاية الوالد .

الوجه الخامس : ما رواه أبو خالد القمط قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل الأحق الذهاب العقل يجوز طلاق وليه عليه ؟ قال : ولم لا يطلق هو ؟ قلت : لا يؤمن ان طلق هو أن يقول غداً : لسم أطلق ، أو لا يحسن أن يطلق قال : ما ارى وليه الا بمنزلة السلطان (* ٤) .

بتقريب ان المستفاد من الرواية ان الولي له الولاية على الطلاق كالسلطان

(١) الوسائل : الباب ٥٢ من ابواب المهور الحديث : ٥

(٢) لاحظ ص : ٥٨٧

(٣) لاحظ ص : ٥٣٧

(٤) الوسائل : الباب ٣٥ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه الحديث : ١ .

على اشكال^١ فلاحوط الاستجازه من المحاكم الشرعي ايضاً^٢ ولا ولاية للاب على البالغ الرشيد^٣

واذا ثبت الولاية على الطلاق ثبت ولايته على النكاح بالاولوية اذ الطلاق اهم واعظم هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان وليه أبوه فانه الذي يباشر اموره .
وان ابيت عن الاولوية نقول: المستفاد من الحديث ان وليه بمنزلة السلطان وهو الامام المعصوم عليه السلام وحيث ان الامام عليه السلام له الولاية المطلقة في جميع الامور يكون وليه كذلك فكما ان نكاح الامام عليه السلام صحيح كذلك نكاح وليه ، فلاحظ .

(١) فافه قد وقع مورد الاشكال في كلام الأصحاب من باب عدم ورد نص خاص فيه .
(٢) من باب أن الجمع بين الأمرين لا يفتي اشكالا اذ الأمر دائر بين الولي والمحاكم .

(٣) بلا اشكال ولا خلاف كما في كلام بعض وعن كشف اللثام اجماعاً منا ومن العامة والسيرة الخارجية شاهدة على المدعى .

وصفة القول : انه لا مجال للاشكال والكلام وان كان للاب ولاية على البالغ الرشيد لكان ظاهراً وواضحاً، اصف الى ذلك بعض النصوص الدال على المدعى لاحظ ما رواه الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : اذا زوج الرجل ابنه فذاك الى ابنه « الى أبيه » واذا زوجت الابنة جاز (*) (١) وما رواه ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : اني اريد أن اتزوج امرأة وان ابوي أراد أن يزوجاني غيرها فقال : تزوج الذي هويت ودع التي

ولا على البالغة الرشيدة^{١)}

« الذي » يهوى أبواك (*) (١) وما رواه ابان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا زوج الرجل ابنه كان ذلك الى ابنه واذا زوج ابنته جاز ذلك (*) (٢) .

١) عن جامع المقاصد اتفاق علمائنا عليه ، وعن المسالك انه لاخلاف بين اصحابنا في سقوط الولاية عنها الا ما نقل عن الحسن ابن أبي عقيل من بقاء الولاية وهو شاذ ، وعن رسالة الشيخ الأعظم (قده) دعوى اتفاق النص والفتوى عليه . وتدل على المدعى جملة من النصوص .

منها : ما رواه عبد الخالق قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المرأة التي تخطب الى نفسها قال : هي أملك بنفسها تولى من شئت اذا كان كفواً بعد أن تكون قد نكحت زوجاً قبل ذلك (*) (٣) .

ومنها ما رواه الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال في المرأة التي تخطب الى نفسها قال : هي أملك بنفسها تولى أمرها من شئت اذا كان كفواً بعد أن تكون قد نكحت رجلاً قبله (*) (٤) .

ومنها : ما رواه فضل بن عبد الملك والحلي (*) (٥) .

ومنها : ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبدالله قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن التي تخطب الى نفسها ؟ قال : نعم هي أملك بنفسها تولى أمرها من شئت اذا كانت قد تزوجت زوجاً قبله (*) (٦) .

١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٣

٣) الوسائل : الباب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث : ٢ .

٤) نفس المصدر : الحديث ٤

٥) لاحظ ص : ٥٣٧

٦) المصدر السابق الحديث : ٢١ .

هذا البكر فان الاحوط لزوماً في تزويجها اعتبار اذن الاب واذنها معاً كما مر^(١) ويكفي في اثبات اذنها سكوتها^(٢) الا اذا كانت هناك قرينة على عدم الرضا^(٣) واذا زالت بكارتها بغير الوطي فهي بمنزلة البكر^(٤) بخلاف

ومنها : ما رواه عبيد بن زرارة (* ١) .

(١) وقد مر شرح ما أفاده وبيان ما هو المختار فراجع .

(٢) لجمله من الروايات : منها ما رواه احمد بن محمد بن أبي نصر قال : قال أبو الحسن عليه السلام : في المرأة البكر اذنها صماتها ، والثيب أمرها ، اليها (* ٢) .

ومنها ما رواه داود بن سرحان ، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يريد أن يزوج اخته قال : يؤامرهما فان سكنت فهو اقرارها وان ابت لم يزوجها (* ٣) .
ومنها : ما رواه داود بن سرحان « سليمان خ ل » عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يريد أن يزوج اخته ، قال : يؤامرهما فان سكنت فهو اقرارها وان ابت لم يزوجها ، فان قالت : زوجني فلاناً يزوجها ممن ترضى ، واليتيمة في حجر الرجل لا يزوجها الا برضاها (* ٤) فان مقتضى هذه النصوص ان الشارع الاقدس جعل سكوتها اشارة على اذنها .

(٣) اذ من الواضح ان الامارة انما تؤثر فيما لا يكون دليل على خلافها وأمامك كشف الخلاف فلا أثر للامارة كما هو ظاهر .

(٤) الحكم رتب على البكر والبكر فسر في اللغة بالتى لم تمس فاللزام تحقق الدخول والتمس والا لا يصدق عليه عنوان الثيب .

(١) لاحظ ص : ٥٣٧

(٢ و ٣) الوسائل : الباب ٥ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١ و ٢ .

(٤) الوسائل : الباب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٣ .

ما اذا زالت بالوطني شبهة أو زنا على الاظهر^(١) وللوصى ايضاً ولاية

وربما يستدل على المدعى بقوله تعالى « فجعلنا من ابكاراً » (* ١) بضميمة قوله تعالى « لم يطمثهن انس قبلهم ولا جان » (* ٢) ولكن الظاهر انه لا يمكن اتمام المدعى بهما اذ المستفاد من الايتين انهن ابكاروا انه لم يحصل المس معهن لامن الانس ولا من الجن ولا يستفاد من الايتين ان البكارة باقية مادام لا يحصل المس .
ولكن يمكن اثبات المدعى ببعض النصوص لاحظ ما رواه ابن جعفر (* ٣) فان المستفاد من هذه الرواية ان الميزان في ارتفاع الولاية هو الدخول فلا أثر بإزالة العذرة بغير الدخول .

(١) فان المستفاد من حديث ابن جعفر (* ٤) ان الولاية تزول بالدخول مطلقاً وفي المقام روايات تدل على اشتراط السقوط بالنكاح فلا أثر للدخول اذا كان شبهة أو بالزنا .

ومنها : ما رواه عبد الخالق (* ٥) وهذه الرواية ضعيفة بعبد الخالق فانه لم يوثق ومنها : ما رواه عبد الرحمن (* ٦) وهذه الرواية ضعيفة بقاسم قال سيدنا الاستاذ : انه مشترك بين الثقة والضعيف .

ومنها : ما رواه الحلبي (* ٧) ومقتضى هذه الرواية ان انقطاع الولاية بالتزويج ومقتضى حديث ابن جعفر ان الميزان بالدخول فلو تحقق الدخول بالزنا

(١) الواقعة / ٣٦ .

(٢) الرحمن / ٥٦ .

(٣) لاحظ ص : ٥٣٧

(٤) لاحظ ص : ٥٣٧

(٥) لاحظ ص : ٥٩٠

(٦) لاحظ ص : ٥٩٠

(٧) لاحظ ص : ٥٩٠

النكاح على الصبي اذ انص عليه الموصي^{١)}

يكون مورد التعارض بين الجانبين والترجيح مع حديث ابن جعفر للأحدثية كما انه لو قلنا بتساقطهما بالتعارض تصل النوبة الى الأخذ بدليل جواز تزويج الثيب بدون اذن الولي ، فلاحظ .

(١) ما يمكن أن يستدل به على المدعى وجوه : الوجه الاول : قوله تعالى « كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان تترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقاً على المتقين » (* ١) بتقريب ان صدر الآية وان كان راجعاً الى الوصية بالمال ولكن ذيلها مطلق ومقتضى اطلاق الذيل عدم الاختصاص بالمال بل الاعم فان قوله تعالى « فمن خاف من موص جنفاً او اثمأ فاصلح بينهم فلا اثم عليه » (* ٢) ، يقتضى باطلاقة نفوذ الوصية الا فيما كان جنفاً وميلاً عن الحق . ولكن الانصاف ان استفادة الاطلاق من ذيل الآية الشريفة مشكلة وبعض النصوص الواردة في شرحها ناظرة الى الوصية المالية لاحظ ما رواه محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله قال اعطه لمن أوصى له به وان كان يهودياً أو نصرانياً ان الله عزوجل يقول : فمن بد له بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يدلونه (* ٣) .

الوجه الثاني قوله تعالى « قل اصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم » (* ٤) بتقريب ان النكاح لو كان لهم صلاح يصدق عنوان الاصلاح عليه فيجوز . ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال بأن الآية لا تكون في مقام تشريع القدرة بل في مقام المحث على المقدور والا فأي فرق بين الوصي والأجنبي ؟ وان شئت قلت : لا يمكن اثبات الولاية على اليتيم بالآية .

(١) البقرة / ١٨٠ .

(٢) البقرة ١٨٢

(٣) الوسائل الباب ٣٢ من احكام الوصايا الحديث : ١

(٤) البقرة / ٢٢٠

الوجه الثالث : ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال : لا بأس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي (* ١) بتقريب ان المستفاد من الرواية جواز الوصية بالمضاربة ويستفاد من جوابه عليه السلام ان الميزان في نفوذ الوصية جواز ذلك الأمر بالنسبة الى الأب حيث قال عليه السلام « لا بأس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي » فيعلم ان كل امر يكون جائزاً في حال حياته يجوز الايصاء به لما بعد الوفاة وحيث ان النكاح أمره بيده في حال الحياة فيجوز الايصاء به وهذه الرواية ضعيفة بحسن بن علي وقد عبر عنها سيدنا الاستاد بالصحيحة .

وفي المقام رواية اخرى رواها خالد « ابن بكير خ) الطويل قال : دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال : يا بني اقض مال اخوتك الصغار واعمل به ، وخذ نصف الربح واعطهم النصف ، وليس عليك ضمان فقد متني ام ولد أبي بعد وفاة أبي الى ابن أبي ليلى ، فقالت : ان هذا يأكل اموال ولدي ، قال : فاقنصصت عليه ما أمرني به ابي ، فقال لي ابن أبي ليلى ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه ، ثم اشهد علي ابن أبي ليلى ان انا حركته فأنا له ضامن ، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتي ، ثم قلت له : ما ترى ؟ فقال : أما قول ابن أبي ليلى فلا استطيع رده ، وأما فيما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان (* ٢) يستفاد منها أيضاً جواز الوصية بالمضاربة ، ولكن سندها مخدوش بخالد مضافاً الى أنها خالية عن التعليل .

الوجه الرابع : انه قد فسر في بعض النصوص من بيده عقد النكاح ومن

(١) الوسائل الباب ٩٢ من احكام الوصايا الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٩٢ من احكام الوصايا الحديث : ٢

.....

جملتهم الوصي ، لاحظ حديث أبي بصير ومحمد بن مسلم (* ١) .
ولاحظ حديث سماعة ، عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل :
« وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا
أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » قال : هو الأب أو الأخ أو الرجل يوصى
اليه ، والذي يجوز امره في مال المرأة فيبتاع لها فتجيز « ويتجر - به » فإذا عفا
فقد جاز (* ٢) فإنه لو أوصى الميت بالنكاح بالنسبة الى ولده يكون الوصي له
الولاية بمقتضى النص والظاهر ان هذا الوجه تام للاستدلال به على المدعى .

وفي المقام حديثان يستفاد منهما عدم الجواز : أحدهما : ما رواه اسماعيل
ابن بزيع قال : سأله رجل عن رجل مات وترك اخوين وابنة والبنت صغيرة فعمد
احد الاخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه ثم مات ابو الابن المزوج ، فلما ان
مات قال الآخر : اخي لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه ، فقيل للجارية : اي
الزوجين احب اليك الاول أو الآخر ؟ قالت : الآخر ، ثم ان الاخ الثاني مات
وللأخ الأول ابن اكبر من الابن المزوج ، فقال للجارية : اختاري ايها احب
اليك الزوج الأول أو الزوج الآخر ، فقال : الرواية فيها انها للزوج الأخير ، وذلك
انها قد كانت ادركت حين زوجها وليس لها أن تنقض ما عقدته بعد ادراكها (* ٣)
بتقريب انه فرض في الرواية ان الوصي زوج الجارية من ابنه ومع ذلك جعلها
للزوج الأخير فلا ولاية للوصي .

ويمكن أن يجاب على الاستدلال بأنه لم يفرض في هذه الرواية كون الابن

(١) لاحظ ص : ٥٨٧ والوسائل الباب ٨ من أبواب مقدمات النكاح وأولياء العقد

الحديث : ٥

(٢) الوسائل الباب ٥٢ من أبواب المهور الحديث : ١

(٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث : ١

الأكبر وصياً في النكاح بخلاف النصوص المفسرة لمن بيده عقدة النكاح فإن المستفاد من تلك النصوص ولو بملاحظة مناسبة الحكم والموضوع أن الوصي وصي في النكاح فلا تعارض بين الطرفين .

وان شئت قلت : ان حديث ابن بزيع يشمل الوصي في النكاح بالاطلاق فإن الوصي الوارد في الحديث مطلق فيمكن أن يكون وصياً في خصوص النكاح ويمكن كونه وصياً في خصوص غير النكاح ويمكن كونه وصياً على الاطلاق وحيث أنه اعم من هذه الجهات يكون قابلاً لأن يقيد بمعارضه فإن كون الوصاية في النكاح قطعي ، فلاحظ .

ثانيهما : ما رواه محمد بن مسلم (* ١) بتقريب ان المستفاد من الرواية ان تزويج غير الأب لاثراً له واجيب عن الاستدلال بأن ذكر الأب من باب كونه ولياً لا لخصوصية فيه والا فلا اشكال في الولاية للمجد ولم يذكر في الرواية فلا تعارض بين الطرفين .

وفيه : انه خلاف الظاهر وكون الجد ذا ولاية يقتضي تخصيص الرواية بدليل كون الجد ولياً ايضاً فهذا الجواب غير تمام فيقال في الجواب عن الاشكال ان دلالة الرواية على عدم ولاية الوصي بالاطلاق وقابل لأن يقيد بدليل صحة الوصاية وبعبارة اخرى : قد علم من نصوص تفسير من بيده عقدة النكاح ان الوصي في النكاح له الولاية فتقيد حديث محمد بن مسلم بتلك النصوص .

ومما ذكرنا ظهر الجواب عن الاستدلال بحديث أبي عبيدة (* ٢) فان غاية دلالة على نفي الولاية بالاطلاق والاطلاق قابل للتقييد ، فلاحظ .

(١) فان مقتضى نفوذ الوصية نفوذها في المقام كما ان مقتضى تفسير من بيده

(١) لاحظ ص : ٥٨٣

(٢) لاحظ ص : ٥٤٤

واضطر إلى التزويج^(١) والاحوط استئذان الحاكم^(٢) والمحاكم
الولاية على المجنون اذا لم يكن له ولي مع ضرورته الى التزويج وفي
ولايته على الصبي في ذلك اشكال والظاهر الجواز مع ضرورته اليه^(٣)

عقدة النكاح بالوصي جواز نكاح الوصي كما تقدم بالنسبة الى الصغير طابق النعل بالنعل

(١) عن الشرايع : « للوصي أن يزوج من بلغ فاسد العقل اذا كان به ضرورة
الى النكاح » ونحوه عن القواعد وعن المسالك يظهر منهما عدم الخلاف في هذه
الصورة يعني صورة ما اذا بلغ فاسد العقل وعن الجواهر نفي بعضهم الخلاف عن
ثبوتها في ذلك والمقام محل الاشكال اذ دليل الولاية اذا كان هو الاجماع فلا بد
من الاقتصار على صورة تحقق البلوغ في حال فساد العقل بالاضافة الى الضرورة
الى النكاح ولا مجال للتعدي، مضافاً الى الاشكال في الاستدلال بهذه الاجماع .
ولقائل أن يقول: بأي وجه نلتزم بولاية الوصي فانه مع فرض الضرورة تصل
النوبة الى الحاكم الشرعي من باب كونه ذا ولاية بالنسبة الى الامور الحسية ومع
عدمه تصل النوبة الى العدول والى جميع المكلفين وان كان المدرك ما تقدم من
اطلاق الاية وكون الوصي من أفراد من يدهم عقدة النكاح فلا وجه للتقييد بصورة
الضرورة وكيف كان الالتزام بثبوتها للوصي فرع وجود الولاية للاب اذ مع عدمها
لامجال للايصاء بها فلاحظ .

(٢) قد ظهر وجهه فان المقام محل الكلام والاشكال فيكون مورد الاحتياط بالنحو
المذكور .

(٣) اذ مع الضرورة يكون تزويجه من الامور التي لا بد من تصديها والقدر
المتيقن هو الحاكم الشرعي فاذا فرضت الضرورة ولم يكن له ولي تصل النوبة الى
الحاكم وعين هذا البيان جارية في الصغير .

ووجه الاشكال عدم الدليل على ولاية الحاكم وتحقق الولاية على خلاف

وأما السفية ففي صحة تزويجه اشكال^(١) فالاحوط أن لا ينكح
الا باذن الاب ان كان والا فالحاكم^(٢) واذا كان رشيداً ففي المال

الأصل الأولي ولكن ظهر مما تقدم انه مع الضرورة وعدم الولي يكون للحاكم
التصدي .

(١) يستفاد من حديث أبي الحسين الخادم بباع اللؤلؤ - عن أبي عبد الله عليه
السلام قال : سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره ؟ قال : حتى يبلغ
أشده قال . وما أشده ؟ قال : احتلامه ، قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان
عشرة سنة أو أقل أو أكثر ولم يحتلم ، قال : اذا بلغ وكتب عليه الشيء « ونبت
عليه الشعر ظ » جاز عليه الا أن يكون سفياً أو ضعيفاً (*١) عدم جواز نكاحه فان
مقتضى اطلاق الحديث ان البالغ اذا كان سفياً أو ضعيفاً لا يجوز امره على الاطلاق
فلا يجوز نكاحه .

ولكن هذه الرواية ضعيفة سنداً وعليه لا مانع من تزويجه اذا لم يستلزم التصرف
في ماله . الا أن يقال ان مقتضى حديث الفضلاء (*٢) ان المرأة السفية لا يجوز
نكاحها بدون الولي وبعدم القول بالفصل بين المرثه والرجل نلتزم ان نكاح الرجل
السفيه ايضاً غير جائز الا مع اذن الولي ، فتأمل .

(٢) قد ذكرنا ان مقتضى بعض النصوص ان امر تزويج الولد بيد والده
لاحظ ما رواه ابن جعفر (*٣) فان مقتضى هذا الحديث ان امر ازدواج الولد بيد
والده خرج منه من خرج وبقي الباقي فالولاية مع وجوب الأب مع الأب ومع
عدمه ينتقل الى الحاكم فانه الولي العام هذا بالنسبة الى السفية .

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام الحجر الحديث : ٥

(٢) لاحظ ص : ٥٤٢

(٣) لاحظ ص : ٥٣٧

غير رشيد في التزويج فالأحوط له الاستئذان من الحاكم في تزويجه^(١)
وللموأي الولاية على مملوكه ذكرأ كان أم أنثى مطلقاً^(٢) ولو زوج
الولي الصغيرين توارثا^(٣) ولو كان المزوج غيره وقف على الإجازة
فإن مات أحدهما قبل البلوغ بطل وإن بلغ أحدهما وأجاز ثم مات

وأما بالنسبة إلى السفينة فيمكن الاستدلال على المدعى بما رواه الفضلاء (*١)
والظاهر أنه يشترط ولاية الحاكم بضرورة التزويج وإلا فلا يرى وجهاً لولايته
فإن ولايته من باب الحسبة .

(١) فإن مقتضى إطلاق حديثي ابن جعفر (*٢) والفضلاء (*٣) عدم الفرق
بين كونه رشيداً في المال وعدمه ولكن الذي يخطر بالبال أن مقتضى الظاهر أو
الاحتياط تقديم ولاية الأب مع وجوده على الحاكم ومع عدمه تصل النوبة إليه ،
والظاهر من المتن خلافه والله العالم .

(٢) لاحظ ما رواه عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يجوز
للعبد تحرير ولا تزويج ولا إعطاء في ماله إلا بإذن مولاه (*٤) ولاحظ أيضاً ما رواه
أبو العباس قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تتزوج بغير إذن أهلها ، قال :
يحرم ذلك عليها وهو الزنا (*٥) .

وفي الاستدلال على المدعى بالحديثين اشكال إذ المستفاد منهما اشتراط إذن
المولى في التزويج وأما استقلاله فيه فلا إلا أن يقال : إن المسألة اتفاقية بين القوم
والذي يهون الخطب عدم كونها مورد الابتلاء في هذه الأزمنة .

(٣) كما هو مقتضى القاعدة فإن الزوجية إذا تحققت يترتب عليها الإرث من

(١) لاحظ ص : ٥٤٢

(٢) لاحظ ص : ٥٣٧

(٣) لاحظ ص : ٥٤٢

٤ (٥) الوسائل الباب ١٧ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث : ١ و ٢

احلف الثاني بعد بلوغه على انتفاء الطمع اذا احتمل كـون اجازته طمعاً في الميراث فاذا حلف على ذلك ورث والا فلا ^١ .

(مسألة ١) : كما يصح عقد الفضولي في البيع يصح في النكاح فاداعقد شخص لغيره من دون اذنه فاجاز المعقود له صح العقد واذا لم يجز بطل ^٢ واذا وكلت المرأة شخصاً على تزويجها لم يصح

الطرفين .

(١) لاحظ ما رواه أبو عبيدة (* ١) فانه يستفاد التفصيل المذكور من الرواية ولكن قد ذكر في المقام امران: احدهما انه قد ذكر في الرواية ان الولي زوجها والفتوى لا تكون كذلك .

ثانيهما : انه فرض موت الزوج والأصحاب عموماً بالحكم بالنسبة الى كليهما .

واجب عن الاشكال الاول بأن المراد من الولي الولي العرفي ولذا حكم بصحة التزويج في ذيل الرواية اذ كان المزوج الأبوان ، وعن الثاني باتفاق الاصحاب والاجماع على عدم الفرق ، فلاحظ .

(٢) يمكن الاستدلال على المدعى بوجوه : الوجه الاول : صحة الفضولي بالاجازة على طبق القاعدة الأولية الجارية في جميع العقود بتقريب انه بالاجازة ينتسب العقد الى المجيز وبصير عقداً له فيترتب عليه الاثر .

وقد اوردنا في هذا التقريب في بحث البيع الفضولي وقلنا ان صحة الفضولي بالاجازة تحتاج الى دليل خاص ولا تتم بالقاعدة والتفصيل موكول الى ذلك الباب .

الوجه الثاني : ما ورد من التعليل في تزويج العبد بدون اذن سيده لاحظ ما

رواه زرارة (*) (١) بتقريب ان مقتضى عموم العلة جواز الفضولي في النكاح بل جواز الفضولي على الاطلاق اذ المستفاد من التعليل ان المناط في الفساد معصية الله تعالى وأما اذا لم تكن معصية له تعالى بل معصية للخلق يصح ما وقع بالاجازة المتأخرة ممن بيده الأمر كالمولى في نكاح العبد .

ويشكل بأن المستفاد من الرواية ان نكاح العبد يصح باجازة المولى وبعموم العلة نتعدي الى غير النكاح من بقية عقوده وإيقاعاته وأما التعدي الى مطلق الفضولي فلاوجه له .

وان شئت قلت : مقتضى التعدي بعموم العلة أن يقال : ان العبد اذ عقد عقداً أو أوقع إيقاعاً ولم يكن معصية له تعالى يصح باجازة مولاه وهل يمكن التعدي من اثبات حكم بالنسبة الى العبد الى غيره ، فلاحظ .

نعم لايبعد أن يستفاد صحة البيع الفضولي بالاجازة من حديث محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى في وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ، ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الأخير فقال هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال خذ وليدتك وابنها ، فنا شده المشتري فقال : خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك ، فلما اخذ البيع الابن قال ابوه : ارسل ابني فقال : لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الاول اجاز بيع ابنه (*) (٢) ولكن الحق استفادة صحة الفضولي بالاجازة من حديث زرارة بتقريب عموم العلة ، فلاحظ .

الوجه الثالث النصوص الواردة في الموارد المختلفة الدالة على جواز الفضولي في النكاح ، منها : ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام

(١) لاحظ ص : ٥٤٥

(٢) الوسائل : الباب ٨٨ من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ١

انه سأله عن رجل زوجته امه وهو غائب ، قال : النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه (* ١) ومنها ما رواه زرارة (* ٢) .

ومنها : ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوج عبده « امرأة » بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه ، قال : ذاك لمولاه ان شاء فرق بينهما ، وان شاء اجاز نكاحهما فان فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها ، الا أن يكون اعتدى فاصدقها صداقاً كثيراً ، وان اجاز نكاحه فهما على نكاحهما الاول ، فقلت : لأبي جعفر عليه السلام : فان اصل النكاح كان عاصياً ، فقال أبو جعفر عليه السلام : انما اتى شيئاً جلالاً وليس بعاص لله انما عصى سيده ولم يعص الله ، ان ذلك ليس كاتيان ما حرم الله عليه من نكاح في عدة واشباهه (* ٣) .

ومنها : ما رواه معاوية بن وهب قال : جاء رجل الى أبي عبد الله عليه السلام فقال : اني كنت مملوكاً لقوم ، واني تزوجت امرأة حرة بغير اذن موالي ثم اعتقوني بعد ذلك ، فاجدد نكاحي اياها حين اعتقت ؟ فقال له : أكانوا علموا انك تزوجت امرأة وانت مملوك لهم ؟ فقال : نعم وسكتوا عني ولم يغيروا علي ، قال : فقال سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم ، اثبت على نكاحك الاول (* ٤) .

ومنها : ما رواه الحسن ابن زياد الطائي قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام اني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير اذن مولاي ، ثم اعتقني الله بعد فاجدد النكاح قال : فقال : علموا انك تزوجت ؟ قلت : نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب عقد النكاح واولياء المقد الحديث : ٣

(٢) لاحظ ص : ٥٤٥

(٣) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ٢

(٤) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

أن يتزوجها^(١) إلا مع عموم الاذن منها^(٢) بل لو اذنت له في أن
أن يتزوجها فالاحوط له استحباباً أن لا يتولى بنفسه الايجاب والقبول
بل يوكل عنها من يتولى الايجاب عنها^(٣) ولا بأس له أن يوكلها

شيئاً قال : ذلك اقرار منهم انت على نكاحك (* ١) .

ومنها : ما رواه أبو عبيدة (* ٢) ومنها : ما رواه الفضل بن عبد الملك (٣)
مضافاً الى الشهرة والاجماع ونفي الخلاف المدعاة .

(١) كما نقل عن جملة من الاساطين كالمحقق والعلامة، وعن المسالك دعوى
عدم الخلاف والوجه فيه انصراف التوكيل عن نفس الوكيل .
(٢) كما هو ظاهر .

(٣) لرواية عمار الساباطي (* ٤) ولا يبعد أن يكون النهي راجعاً الى كون
الزوج بنفسه شاهداً في الزواج فيكون المنع من هذه الجهة فلا يدل على فساد تولي
الزوج لطرفي الايجاب والقبول .

مضافاً الى دعوى ضرورة عدم القدح، لاحظ كلام السيد المحكيم (قده) في هذا
المقام ولو تنزلنا عما قلنا وسلمنا ان النهي راجع الى تولي الرجل الايجاب لكن
نقول ان المستفاد من الرواية ان المنهي عنه هو المجموع المركب من الايجاب
والشهادة وأما الايجاب بلا شهادة فلا يكون متعلقاً للنهي ومقتضى القاعدة الاولى
هو الجواز .

ثم لا يخفى : ان المنهي عنه الوكالة في الايجاب فلو فرض ان الرجل وكل
شخصاً آخر للقبول وتصدي بنفسه للايجاب يكون مشمولاً للنهي فما في كلمات

(١) نفس المصدر الحديث : ٣

(٢) لاحظ ص : ٥٤٤

(٣) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٤

(٤) لاحظ ص : ٥٤٧

فتتولى الايجاب منها والقبول عنه ^{١١} .

الفصل الثالث

فى المحرمات : وهى قسمان نسب وسبب (فالنسب) الام وان علمت
والبنت وان سفلت والاخت وبناتها وان نزلن والعمة والخالة وان
علمنا كعمة الابوين والجددين وخالتهما وبنات الاخ وان نزلن وأما
السبب فامور :

(الاول) ما يحرم بالمصاهرة ^{١٢} .

الاصحاب من كراهة تولي طرفي العقد أو حرمة ليس على ما ينبغي بل المنهي عنه
كون الزوج متصدياً للإيجاب ، فلاحظ .

(١) لخروج الفرض عن مفاد الحديث .

(٢) حرمة المذكورات من الأمور الواضحة التى لا مجال للبحث فيها بالاضافة الى
الاية الشريفة «حرمت عليكم امها تكم وبناتكم وعماتكم وخالاتكم
وبنات الاخ وبنات الاخت وامهاتكم اللاتى ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة
وامهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن
فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وحلائل ابنائكم الذين من اصلايكم
وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ان الله كان غفوراً رحيماً» (* ١) فان
صدق بعض العناوين المذكورة فى الاية الكريمة على بعض المراتب وان كان
محل التأمل او المنع ، لكن يتم الامر بالتسالم والاجماع والارتكاز التشريعي ،
فلاحظ .

(مسألة ١) : من وطأ امرأة بالعقد أو الملك حُرمت عليه أمها

وإن علت وبناتها وإن نزلت لابن أو بنت تحريراً مؤبداً سواء سبقن على الوطء أم تأخرن عنه ^(١).

(١) في هذه مسألة فروع : الفرع الأول : أنه من وطأ امرأة بالعقد حُرمت عليه أمها بخلاف ولا إشكال ويدل على المدعى قوله تعالى (* ١) ومقتضى إطلاق الآية الشريفة تحقق الحرمة ولو مع عدم الدخول بل هو المعروف والمشهور بين الأصحاب على ما يظهر من بعض الكلمات ، بل ادعى عليه الإجماع عدا ما نسب إلى ابن أبي عقيل من اشتراط الدخول بالبنت لحرمة أمها .

وربما يقال : أنه يستفاد الاشتراط من الكتاب العزيز وله تقريبان أحدهما : أن يكون قوله تعالى « من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » راجعاً إلى كل من نسائكم وربائبكم وفيه : أن الجار إذا كان راجعاً إلى نسائكم يكون بيانية وإذا كان متعلقاً بقوله تعالى « وربائبكم » يكون نشوية والجمع بين الأمرين على فرض جوازه وصحته خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا قرينه فهذا التقريب فاسد .

ثانيهما : أن يكون قوله تعالى « اللاتي دخلتم بهن » صفة لكل من نسائكم الأولى والثانية وفيه : أن الفصل بين الصفة والموصوف لا دليل على صحته وصفوة القول : أن العرف محكم في باب الظواهر والظاهر من الآية الشريفة رجوع القيد إلى أمهات الربائب ، فمقتضى إطلاق الآية المباركة عدم الاشتراط وتحقيق الحرمة بنفس تحقق عنوان أم الزوجة هذا بحسب المستفاد من الكتاب .

وأما بحسب النص فيستفاد من بعض الروايات عدم الاشتراط ، لاحظ ما رواه غياث ابن إبراهيم ، عن جعفر ، عن أبيه أن علياً عليه السلام قال . إذا تزوج الرجل المرأة حُرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأم فإذا لم يدخل بالأم فلا بأس أن يتزوج بالابنة

واذا تزوج بالابنة فدخل بها اولم يدخل فقد حرمت عليه الام وقال: الربائب عليكم حرام كن في الحجر اولم يكن (*) (١) .

ولاحظ مارواه ابوبصير قال : سألته عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فقال : تحل له ابنتها ولا تحل له امها (* ٢) .

وفي قبال هذه الطائفة ، طائفة اخرى تعارضها وتدل على الاشتراط :

منها : مارواه حماد بن عثمان ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الام والبنت سواء اذا لم يدخل بها يعنى اذا تزوج المراءة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فانه ان شاء تزوج امها وان شاء ابنتها (* ٣) .

ومنها : ما رواه محمد بن اسحاق بن عمار قال : قلت له : رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم ماتت أيحل له أن يتزوج امها ؟ قال : سبحانه الله كيف تحل له امها وقد دخل بها ؟ قال : قلت له : فرجل تزوج امرأة فهلك قبل أن يدخل بها تحل له امها ؟ قال : وما الذي يحرم عليه منها ولم يدخل بها (* ٤) .

ومنها : ما رواه جميل بن دراج انه سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها هل تحل له ابنتها ؟ قال الام والابنة في هذا سواء اذا لم يدخل باحدهما حلت له الاخرى (* ٥) فلا بد من العلاج والترجيح مع الطائفة الاولى لموافقتها مع الكتاب وقد ذكرنا اخيراً ان المرجح منحصر بالاحديث فيدخل المقام في كبرى اشتباه الحجة بغيرها وحيث ان تخصيص الكتاب غير ثابت فلا بد من العمل على طبق ظاهر قوله تعالى فالنتيجة هي الحرمة والله العالم . الفرع الثانى : انه تحرم ام الزوجه وان علت والا مركما افاده فان الظاهر

١ (٢٠) الوسائل الباب ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٤ و ٥

٣ (٤ و ٥) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث :

التسالم على أن المذكورات في الآية الشريفة لا تختص بالدرجة الاولى .
قال سيدنا الاستاد المراد من الامهات والبنات وبنات الاخ وبنات الاخت
الاعم من الصلبية وغير ذات الواسطة ومن ذات الواسطة بلا كلام .
الفرع الثالث : انه يحرم على الواطي بنت الزوجة بلا اشكال ولا كلام ويدل عليه
قوله يعالى « وربائبكم » مضافاً الى النصوص وقد تقدم بعض تلك النصوص في
ذيل الفرع الاول .

الفرع الرابع : ان البنت تحرم وان نزلت والأمر كما افاده بالتسالم والاجماع
ويمكن أن يقال : ان المدعى مستفاد من الكتاب الكريم بمقتضى وحدة السياق اذ
قد مر قريباً ان المراد من الام والبنات الاعم فالربية كذلك .

الفرع الخامس : انه لا فرق في حرمة الربية بين كونها سابقة على الوطايء
وبين كونها لاحقه ، ويدل على المدعى مارواه محمد بن مسلم قال : سألت احدهما
عليهما السلام عن رجل كانت له جارية فاعتقت فزوجت فولدت أبصلح لمولاهما
الاول أن يتزوج ابنتها ؟ قال : لا هي حرام وهي ابنته والحررة والمملوكة في هذا
سواء (١*) مضافاً الى التسالم فيما بينهم

الفرع السادس : انه من وطأ امرئة بالملك حرمت عليه امها للنصوص : منها
مارواه حسين بن سعيد قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام رجل له امة يطأها
فماتت أو باعها ثم أصاب بعد ذلك امها هل له أن ينكحها ؟ فكتب عليه السلام لا تحل
له (٢*) ولا يعارض النصوص الدالة على المنع ماروي عن أبي عبد الله عليه السلام
عن رجل كانت له مملوكة يطأها فماتت ثم أصاب بعد امها قال : لا بأس ليست
بمنزلة الحررة (٣*) فان هذا الرواية تدل على الجواز لكن لا اعتبار بسندها بمحمد

(١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٢

(٢ و ٣) الوسائل الباب ٢١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١٥٠٧

(مسألة ٢) : تحرم الموطوءة بالملك أو العقد على أبي الواطي وان علا، ولو كان لامه وعلى أولاده وان نزلوا وكذا المعقود عليها لاحدهما مطلقاً فانها تحرم على الاخر وكذا الامة المملوكة الملموسة بشهوة أو المنظور الى شيء منها مما يحرم النظر اليه لغير المالك بشهوة فانها تحرم على الاخر^١ .

بن سنان .

الفرع السابع : من وطأ امرئة بالملك تحرم عليه بنتها ويدل على المدعى ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن رجل كانت له جارية وكان يأتينا فباعها فاعتقت وتزوجت فولدت ابنة هل تصلح ابنتها لمولاها الأول ؟ قال : هي عليه حرام (* ١) .

واما حديث رزين ببيع الانميط - عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : تكون عندي الامة فاطها ثم تموت أو تخرج من ملكي فاصيب ابنتها يحل لي أن أطأها ؟ قال : نعم ، لا بأس به انما حرم الله ذلك من الحرابر فأما الامة فلا بأس به (* ٢) - فلضعف سنده غير قابل لأن يعارض دليل المنع فان سنده مخدوش برزين وغيره .

وأما شمول الحكم للمرتبة الاولى وبقية المراتب فكما مر ، فان عموم الحكم مورد تسالمهم هذا على تقدير عدم صدق عنوان الام أو البنت على ذي الوسطة والا فالأمر اوضح .

(١) في هذا المسئلة فروع الفرع الأول : ان الموطوءة بالملك تحرم على اب الواطي ، ادعي عليه اجماع المسلمين ، ويمكن الاستدلال على المدعى بقوله

تعالى «وحلائل ابنائكم» (*١). ويدل على المدعى مارواه زرارة قال : قال ابو جعفر عليه السلام في حديث اذا اتى الجارية وهي حلال فلا تحل تلك الجارية لابنه وللاييه (*٢).

ويمكن الاستدلال على المدعى بما يدل على التحريم مع اللمس والنظر بالاولوية لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل تكون عنده الجارية يجردها وينظر الى جسمها نظر شهوة هل تحل لاييه ؟ وان فعل ابوه هل تحل لابنه ؟ قال : اذا نظر اليها نظر شهوة ونظر منها الى ما يحرم على غيره لم تحل لابنه وان فعل ذلك الابن لم تحل للاب (*٣).

الفرع الثاني : انها تحرم على اب الواطي وان علا وان كان لاه ادعى عليه الاجماع ولصدق الابن على الحفيد على ما ادعى .
الفرع الثالث : انه لو وطى بالملك تحرم الموطونة على اولاد الواطي ويدل عليه ما عن أبي جعفر عليه السلام (*٤) ويمكن الاستدلال بحديث عبدالله بن سنان (*٥) بالتقريب المتقدم وهي الاولوية .

الفرع الرابع : انها تحرم على اولاد الواطي وان نزلوا ، فانه يمكن الاستدلال على المدعى مضافاً الى التسالم والاجماع بما يدل على حرمتها على الابن بدعوى ان الابن يصدق على الحفيد .

الفرع الخامس : انه تحرم المعقود لكل منهما على الآخر ولومع عدم الدخول . ويمكن الاستدلال على المدعى مضافاً الى الاجماع والتسالم بقول تعالى « ولا

(١) النساء ٢٣/٦

٢ (٣) الوسائل الباب ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٥ و ٦

(٤) لاحظ صدر هذه الصفحة

(٥) لاحظ ص : ٥٦٥

تتكحوا ما نكح آبائكم من النساء» (١*) وقوله تعالى «وحلائل ابنائكم» (٢*) فان زوجة كل واحد منهما حرام على الآخر بالكتاب مضافاً الى النصوص ، لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام انه قال : لو لم تحرم على الناس ازواج النبی صلی الله عليه و اله لقول الله عزوجل : «و ما كان لكم ان تؤذوا رسول الله ولا ان تنكحوا زواجه من بعده ابدأ» حرمن على الحسن والحسين بقول الله عزوجل «ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء ولا يصلح للرجل أن ينكح امرأة جده» (٣*) ولاحظ ما رواه زرارة قال : قال ابو جعفر عليه السلام في حديث : واذا تزوج الرجل امرأة تزويجاً حلالاً فلا تحل تلك المرأة لايه ولا لابنه (٤*) . وقال السيد الحكيم (قده) : بل لعله ضروري من ضروريات اسلام .

الفرع السادس : ان الملموسة بشهوة لاحدهما تحرم على الآخر وايضاً المنظور الى شيء منها مما يحرم النظر اليه لغير المالك اذا كان النظر بشهوة تحرم على الآخر والدليل على المدعى النصوص الواردة في المقام :

منها : ما رواه محمد بن اسماعيل قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده ؟ قال : بشهوة ؟ قلت : نعم : قال ما ترك شيئاً اذا قبلها بشهوة ثم قال ابتداء منه : ان جردها ونظر اليها بشهوة حرمت على ابيه وابنه قلت : اذا نظر الى جسدها ، فقال : اذا نظر الى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه (٥ *) فانه يستفاد من هذه الرواية انه اذا قبلها بشهوة تحرم على الابن وايضاً يستفاد من الحديث ان النظر من كل واحد منهما بشهوة الى موضع لا يحل النظر اليه لغير المالك يوجب الحرمة على الآخر .

١ و ٢) النساء ٢٢ و ٢٣

٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

٤) نفس المصدر الحديث : ٢

٥) الوسائل الباب ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

ويمكن أن يقال انه يستفاد حكم اللمس بشهوة من حكم النظر بالا ولوية ومنها ما رواه عبدالله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل تكون عنده الجارية يجردها وينظر الى جسمها نظر شهوة هل تحل لأبيه ؟ وان فعل ابوه هل تحل لابنه ؟ قال : اذا نظر اليها نظر شهوة ونظر منها الى ما يحرم على غيره لم تحل لابنه وان فعل ذلك الابن لم تحل للاب (* ١) فانه يستفاد حكم النظر بشهوة من هذه الرواية ويستفاد حكم اللمس بالاولوية .

وفي المقام روايتان ربما يتوهم معارضتهما مع دليل المنع . الاولى : ما رواه عبدالله بن يحيى الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : سألته عن رجل تكون له جارية فيضع ابوه يده عليها من شهوة أو ينظر منها الى محرم من شهوة ، فكره أن يمسه ابنه (* ٢) بتقريب ان الكراهة ظاهرة في عدم الحرمة فتعارض دليل الحرمة . وفيه اولان الكراهة اعم من الحرمة فتفيد بدليل الحرمة وثانياً : كلا منا في المقام في نظر كل من الاب والابن الى مملوكة أو لمسه وحديث الكاهلي مورده لمس الاب مملوكة الابن فلا ترتبط الرواية بما نحن فيه الثانية : ما رواه علي بن يقطين عن العبد الصالح عليه السلام عن الرجل يقبل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أو خارج أتحل لابنه أو لآبيه ؟ قال لا بأس (* ٣) بتقريب ان المستفاد من الرواية ان اللمس بدون الجماع لا يوجب الحرمة .

وفيه : ان تقييد الاطلاق بالمقيد على طبق القاعدة الاولى وحيث ان هذه الرواية مطلقة من حيث الشهوة وعدمها تفيد بما تشترط فيه الحرمة بالشهوة . وان ابيت عن هذا البيان وقلت ان الظاهر من الرواية ان المباشرة فرضت في الرواية بشهوة نقول لم تفرض في الرواية ان الجارية جارية لسمن يقبلها فمن هذه الجهة مطلقة فتفيد بتلك الروايات المفروض فيها كون اللمس بشهوة .

١ و ٢) نفس المصدر الحديث : ٢٥٦

٣) الوسائل الباب ٧٧ من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث : ٣

(مسألة ٣) : من عقد على امرأة ولم يدخل بها حرمت عليه امها^(١) وان علت ابداً^(٢) وتحرم بنتها على الاحوط وان نزلت من بنت كانت او من ابن مادامت الام في عقده^(٣).

بقى شئى وهو ان المستفاد من بعض نصوص الباب ان مجرد النظر يوجب الحرمة، لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل تكون عنده الجارية فيكشف ثوبها ويجردها لايزيد على ذلك قال : لاتحل لابنه اذا رأى فرجها(* ١) فان مقتضى اطلاق هذه الرواية ان النظر الى فرج الجارية يوجب الحرمة بالنسبة الى الابن وان لم يكن عن شهوة ولكن بقيد هذا الاطلاق بحديث محمد بن اسماعيل (* ٢) :

(١) قد تعرضنا لهذا الفرع سابقاً فراجع .

(٢) بلا كلام ولا اشكال هذا على تقدير عدم صدق الام على الجدة والا يكون الامر اوضح فان مقتضى قوله تعالى « وامهات نسائكم » الحرمة على الاطلاق ، فلاحظ

(٣) بلا كلام ويمكن الاستدلال على المدعى بأنه لو عقد على البنت فأما نلتزم بصحة كلا العقدین واما نلتزم بصحة الثاني وبطلان الاول واما نلتزم بالعكس أما الاول فلا يمكن الالتزام به لعدم جواز نكاح ام الزوجة وكونها محرمة ابداً كتاباً وسنة واما الالتزام بالثاني فبلاوجه اذ قد صدر العقد عن أهله ووقع في محله فلاوجه لبطلان فيتعين الثالث .

ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه احمد بن محمد بن أبي نصر قال : سألت

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث: ٧

(٢) لاحظ ص : ٦١٠

فان فارقتها قبل الدخول جاز له العقد على بنتها^(١) ولو دخل حرمت

أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة متعة ايحل له أن يتزوج ابنتها؟ قال: لا (١*) فان مقتضى اطلاق الرواية عدم الجواز ولو مع عدم الدخول . ولا يبعد ان نظر الماتن في بناء المسئلة على الاحتياط التشكيك في صدق الابنة على بنت الابن او بنت البنت والحال انه صرح في بعض كلماته بصدق الابن على الحفيد ، الا أن يقال بأن الظاهر من كلامه الاحتياط في اصل الحكم .

(١) بمقتضى صراحة الآية الكريمة « فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » (٢*) وبنص الرواية، لاحظ ما رواه عيص بن قاسم، قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل باشر امرأته وقبل غير انه لم يفض اليها ثم تزوج ابنتها قال : ان لم يكن افضى الى الام فلا بأس . وان كان افضى فلا يتزوج (٣*) . وفي المقام نصوص يستفاد منها الخلاف ، وتعارض الطائفة الاولى : منها : ما رواه محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام قال : سألت عن رجل تزوج امرأة فنظر الى بعض جسدها يتزوج ابنتها ؟ قال : لا اذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها (٤*) .

ومنها : ما رواه ابو الربيع قال : سئل ابو عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فمكث اياما معها لا يستطيعها غير انه قد رأى منها ما يحرم على غيره ثم يطلقها أيصلح له أن يتزوج ابنتها ؟ قال أيصلح له وقد رأى من امها ما رأى ؟ (٥*) . فنقول : اذا امكن الجمع بين الطرفين بالجمع العرفي فهو والا يكون الترجيح مع الطائفة الاولى لكونها موافقة مع الكتاب وتلك الطائفة تخالفه ، فان

(١) الوسائل : الباب ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

(٢) لاحظ ص : ٦٠٤

(٣ و ٤) الوسائل الباب ١٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٣ و ١

(٥) نفس المصدر الحديث : ٢

عليه البنت اهدأ^(١) ولم تحرم البنت على ابيه ولا على ابنه^(٢) .
 (مسألة ٤) تحرم اخت الزوجة جمعاً^(٣) لا عيناً^(٤) وكذا بنت
 اختها واخيها الامم اذن العمة والخالة^(٥) . ولو عقد من دون اذنهما

المستفاد من الكتاب ان الميزان في تحقق الحرمة الدخول ومن الظاهر ان الدخول
 يلزم عادة المس والنظر فيلزم أن يكون التحريم بالسبب المتقدم واسقاط الدخول
 عن الموضوعية مع صراحة الكتاب به ، فان تلك النصوص لكونها مخالفة مع
 الكتاب تضرب عرض الجدار .

فانها تخالف صراحة الآية الكريمة الدالة على الجواز حيث قال تعالى « فان
 لم تكون دخلتم بهن فلا جناح عليكم » .

(١) قد تقدم الكلام حول هذا الفرع ، فلا نعيد .

(٢) لعدم دليل عليه .

(٣) بلا اشكال بل في بعض الكلمات بلا خلاف بين المسلمين قاطبة ويدل عليه

قوله تعالى (١*) مضافاً الى النصوص :

منها : مارواه ابو عبيده قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : لا تنكح

المرأة على عمتها ولا خالتها ولا على اختها من الرضاعة (٢*) .

(٤) بمقتضى القاعدة الاولى وعدم الدليل على المنع ، مضافاً الى ما استفاد من

النصوص وبالإضافة الى عدم الاستنكار من المشرعة ، فلاحظ .

(٥) على ما هو المشهور بين الاصحاب بل ادعى عليه الاجماع والنصوص

دالة على المدعى ، منها ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال :

لا تزوج ابنة الاخ ولا ابنة الاخت على العمة ولا على الخالة الا باذنهما وتزوج العمة

(١) لاحظ ص : ٤٠٤

(٢) الوسائل : الباب ٢٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٢

فأجاز ناصح على الأقوى وإن كان الاحوط تجديده العقد^(١)

والخالة على ابنة الأخ وابنة الاخت بغير اذنهما (*١).

و أما حديث علي بن جعفر - عن أخيه ، موسى بن جعفر عليهما السلام قال : سأله عن امرأه تزوج على عمتها وخالتها قال : لا بأس وقال : تزوج العمة والخالة على ابنة الأخ وابنة الاخت ولا تزوج بنت الأخ والاخت على العمة والخالة إلا برضاء منهما فمن فعل ذلك فنكاحه باطل (*٢) ، الدال على الجواز فحيث أنه مطلق يحمل على المقيد .

وبعبارة أخرى : الحديث الدال على الجواز مطلق من حيث الالزام وعدمه فيحمل على حديث ابن مسلم المفصل بين صورتى الالزام وعدمه مضافاً إلى الاختلاف الواقع بين الصدر والذيل في حديث ابن جعفر فلا حظ .

(١) وقع الكلام بين القوم في المقام فذهب جملة من الأصحاب على ما نسب إليهم إلى الفساد وعدم تأثير الإجازة المتأخرة بتقريب إن العقد حين صدوره ممن بيده الأمر فاقد للمشرط والشيثى لا ينقلب عما هو عليه ، ولذا لو بيع شئى بالبيع الغررى وبعد البيع ارتفع الغرر لا يصح إذ حين تحققه صدر غررياً والمقام كذلك وما أفيد في تقريب البطلان تام .

لكن القائلين بالصحة تمسكوا في مقام اثباتها بما رواه زرارة ، عن أبى جعفر عليه السلام قال : سأله عن مملوك تزوج بغير إذن سيده ، فقال : ذلك إلى سيده إن شاء إجازته وإن شاء فرق بينهما ، قلت أصلحك الله إن الحكم بن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إن أصل النكاح فاسد ولا تحل إجازة السيد له ، فقال

(١) الوسائل : الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

(٢) نفس المصدر الحديث : ٣

(مسألة ٥) : من زنى بخالته في قبلها أو دبرها حرمت عليه

بناتها ابداً^(١)

ابو جعفر عليه السلام : انه لم يعص الله ، وانما عصى سيده ، فاذا أجازته فهو له جاز (* ١) بتقريب ان المستفاد من الرواية ببركة عموم التعليل ان كل عقد واجد للشرايط الشرعية الالهية اذا كان فساد من ناحية عدم الرضا يصح بلحوق الرضا والمقام من مصاديق تلك الكبرى .

وقد مر مناسبقاً ان استفادة العموم من الحديث مشكل بل غاية ما يستفاد منه ان كل ما صدر عن العبد من العقد والايقاع اذا لم يكن مقروناً برضا المولى يصح بلحوق رضاه ، فعلى هذا لا بد من جعل الاحتياط المذكور في ذيل المسئلة وجوباً لكن الانصاف : ان الحديث يستفاد منه صحة الفضولي بالاجازة على الاطلاق وقد بنينا على الصحة في البيع الفضولي فما افاده في المتن تام .

(١) في المقام روايتان :

الاولى : ما رواه محمد بن مسلم قال : سألت رجلاً اباً عبد الله عليه السلام وانا جالس عن رجل نال من خالته في شبابه ثم ارتدع يتزوج ابنتها ؟ قال : لا ، قلت انه لم يكن افضى اليها انما كان شبيهاً دون شي فقال : لا يصدق ولا كرامة (* ٢) .
الثانية ما رواه ابو ايوب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سأله محمد بن مسلم وانا جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ثم ارتدع أيتزوج ابنتها ؟ قال : لا قال انه لم يكن افضى اليها انما كان شبيهاً دون ذلك قال : كذب (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ الى الطاطري ، فالعمدة الرواية الاولى .
وربما يقال : ان المناقشة الصغرى الواردة في ذيل الحديث لاتناسب مقام

(١) الوسائل : الباب ٢٤ من ابواب نكاح المييد والاماء الحديث : ١

(٢ و ٣) الوسائل الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١ و ٢

إذا كان الزنا سابقاً على العقد^(١) ويلحق بالزنا بالمخاللة الزنا بالعمة
على الاحوط وجوباً^(٢) والاحوط استحباباً أن لا يتزوج الزاني بنت
المزني بها مطلقاً^(٣)

الأمام عليه السلام فهذا يوجب التوقف، وفيه انه يمكن أن تكون المناقشة الصغرية
بلحاظ مصحلة مكشوفة لدى الامام عليه السلام .

وان شئت قلت: هذه المناقشة لا توجب رفع اليد عن صدر الحديث والمستفاد
منه حرمة بنت المزني بها على الزاني والماتن عمم الحكم الى صورة تحقق
الزنا في الدبر، والظاهر ان الجزم بالمدعى مشكل، الا أن يقال ان مقتضى اطلاق قوله
«نال من خالته» عدم الفرق بين القبل والدبر، لكن المتبادر من هذه الجملة النيل منها
على حسب المتعارف وهو الدخول في القبل .

(١) كما هو المفروض في النص .

(٢) الوجه في التوقف عدم نص بالنسبة الى العمة، فان ثبت اجماع على اتحاد
المقامين من هذه الجهة او ان تم الدليل على ان الزنا بأمرأة يوجب حرمة بنتها
فهو والا فلا بد من بناء المسئلة على الاحتياط .

(٣) المسألة مورد الخلاف بين الاصحاب ومنشأ الاختلاف معارضة النصوص
قطائفة منها تدل على المنع :

منها : ما رواه محمد بن مسلم ، عن احدهما عليها السلام انه سئل عن الرجل
يفجر بالمرأة أيتزوج بابنتها ؟ قال : لا الحديث (* ١) .

ومنها : ما رواه عيص بن القاسم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل
بأشراً امرأة وقبل غير انه لم يقض اليها ثم تزوج ابنتها فقال : ان لم يمكن افضى

الى الام فلا بأس وان كان افضى فلا يتزوج ابنتها (*) (١) .

ومنها : ما رواه منصور بن حازم ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأة فجور هل يتزوج ابنتها ؟ فقال : ان كان من قبله او شبهها فليتزوج ابنتها وليتزوجها هي انشاء (*) (٢) .

ومنها : ما روي عن منصور بن حازم مثله الا انه قال : فليتزوج ابنتها انشاء وان كان جماعاً فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها (*) (٣) .

ومنها : ما رواه بريد قال : ان رجلاً من اصحابنا تزوج امرأة قد زعم انه كان يلاعب امها وبقبلها من غير أن يكون افضى اليها قال : فسألت أبا عبدالله عليه السلام فقال لي : كذب مره فليفارقها قال : فأخبرت الرجل فوالله ما دفع ذلك عن نفسه وخلقى سبيلها (*) (٤) .

ومنها : ما رواه منصور بن حازم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل فجر بامرأة أيتزوج ابنتها ؟ قال : ان كان قبله أو شبهها فلا بأس وان كان زناً فلا (*) (٥) .

ومما يدل على المنع ما رواه محمد بن مسلم ، عن احدهما عليهما السلام : قال : سألت عن رجل فجر بامرأة ايتزوج امها من الرضاعة او ابنتها ؟ قال : لا (*) (٦) .

فان المستفاد من الحديث ان حرمة ام المزني بها أو بنتها من النسب مفروغ عنها وانما السؤال عنهما اذا كانت النسبة بالرضاع فاجاب عليه السلام بالحرمة .

وبتقريب آخر : يمكن اثبات المدعى بالاولوية اذ لو تم الحكم في الرضاع يتم في النسب بالاولوية ومنها : ما رواه ابن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل فجر بامرأة أيتزوج امها من الرضاع او ابنتها ؟ قال : لا (*) (٧) والتقريب

هو التقريب .

وفي قبال هذه الطائفة طائفة أخرى تدل على الجواز : منها ما رواه هشام « هاشم خ ل » بن المثنى ، عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها ؟ قال : نعم ، وامها وابنتها (* ١) .

ومنها : ما رواه زرارة قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام رجل فجر بامرأة هل يجوز له أن يتزوج ابنتها ؟ قال : ما حرم حرام حلاً لا قط (* ٢)

ومنها : ما رواه هشام بن المثنى قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له رجل : رجل فجر بامرأة اتحل له ابنتها ؟ قال : نعم ، ان الحرام لا يفسد الحلال (* ٣)
ومنها : ما رواه حنان بن سدير قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام اذ سأله سعيد عن رجل تزوج امرأة سفاحاً هل تحل له ابنتها ؟ قال : نعم ، ان الحرام لا يحرم الحلال (* ٤) .

ومنها : ما رواه صفوان قال : سأله المرزبان عن رجل يفجر بالمرأة وهي جارية قوم آخرين ثم اشترى ابنتها اتحل له ذلك ؟ قال : لا يحرم الحرام الحلال ورجل فجر بامرأة حراماً أيتزوج بابنتها ؟ قال : لا يحرم الحرام الحلال (* ٥) .

فيقع التعارض بين الطرفين فلا بد من اعمال قاعدة التعارض ، والظاهر ان الترجيح في طرف الطائفة المجوزة لكونها موافقة مع الكتاب فان قوله تعالى « واحل لكم ما رواه ذلكم » (* ٦) يقتضي حلية تزويج غير ما ذكر في الآية من الأصناف وعلى فرض عدم الترجيح تصل النوبة الى التعارض وبعد التساقيط يكون اطلاق الآية محكما كما هو ظاهر .

١ و ٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٢ و ٩

٣ و ٤ و ٥) نفس المصدر الحديث : ١٠ و ١١ و ١٢

٦) النساء / ٢٤ .

وفي الحاق الزنا بعد العقد وقبل الدخول بالزنا قبل العقد قولان
والاحاق احوط واولى^(١)

لكن قد تقدم ان الترجيح منحصر في الأحذية ولاطرين الى احرازها الا أن
يقال ان مقتضى اطلاق الكتاب هو الجواز ولادليل على تقييده فيجوز والله العالم
بقي شيء : وهو ان الماتن احتاط استحباباً والحال انه صرح في موارد من
كلامه انه لا مجال للقول بالاستحباب فسي الاحكام الوضعية فما هو المراد من
الاستحباب فاما يكون مراده من الاستحباب المذكور حكم العقل بحسن الكف
عن مورد احتمال الحرمة الواقعية وأما يكون المراد ان المستفاد من مجموع ادلة
الاحتياط والبرائة استحباب الاحتياط في كل شبهة وجوبية كانت او تحريرية والله العالم .
(١) القاعدة الاولى تقتضي عدم الحرمة فان الادلة الاولى المقتضية لجواز التزويج
كقوله تعالى « واحل لكم ما وراء ذلكم » مقتضية للحلية مضافاً الى قوله في نصوص
كثيرة ان الحرام لا يحرم الحلال منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام انه
قال في رجل زنا بام امرأته او بنتها او باختها فقال : لا يحرم ذلك عليه امرأته ثم
قال : ما حرم حرام حلاً لا قط (*) (١) .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام انه سئل عن
الرجل يفجر بالمرأة أبتزوج ابنتها؟ قال لا، ولكن ان كان عنده امرأة ثم فجر بابنتها
واختها لم تحرم عليه التي عنده (*) (٢) .

وفي المقام حديثان يستفاد منهما التفصيل بين كون الزنا قبل الدخول وكونه
بعد الدخول بالحكم بالحرمة في الاول وبعدها في الثاني .

الحديث الاول : ما رواه عمار ، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل تكون
عنده الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجد أو الرجل يزني بالمرأة هل

ولا يلحق بالزنا التقبيل والممس والنظر بشهوة ونحوها^١ وفي الحاق الوطء بالشبهة اذا سبق على العقد بالزنا في التحريم اشكال^٢

يجوز لاييه أن يتزوجها ؟ قال : لانما ذلك اذا تزوجها فوطأها ثم زنا بها ابنته لسم يضره لأن الحرام لا يفسد الحلال وكذلك الجارية (* ١) فان المستفاد من الحديث ان الميزان الكلي في كون الفجور سبباً للحرمة وعدمه وقوعه قبل الدخول وبعده وهذه الرواية ضعيفة ب سهل .

الحديث الثاني : مارواه ابو الصباح الكتاني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا فجر الرجل بالمرأة لم تحل له ابنتها ابداً وان كان قد تزوج ابنتها قبل ذلك ولم يدخل بها فقد بطل تزويجه وان هو تزوج ابنتها ودخل بها ثم فجر بامها بعد ما دخل با بنتها فليس يفسد فجوره بامها نكاح ابنتها اذا هو دخل بها وهو قوله : لا يفسد الحرام الحلال اذا كان هكذا (٢) وهذه الرواية مخدوشة بمحمد بن فضيل اذ لا يبعد أن يكون هو الا زدي ، والاقوال فيه متعارضة فالنتيجة أنه لا وجه للقول بالحرمة .

(١) لعدم الدليل على اللاحاق بل الدليل قائم على خلافه ، لاحظ مارواه عيص بن القاسم (* ٣) .

(٢) ما قيل في وجه اللاحاق امور : الاول : ان الزنا اذا كان موجباً للتحريم فالوطء بالشبهة بطريق أولى يكون محرماً . وفيه : اولاً ان الزنا السابق فسي غير الخالة والعمة موجباً للحرمة اول الكلام بل التزنا بعدمه . وثانياً : لانرى وجهاً للأولوية وربما يكون التحريم في مورد الزنا الامر مفقود في المقام كناديب الزاني مثلاً ، وعلى الجملة ان ملاكات الأحكام الشرعية لانعلمها .

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٣

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٨

(٣) لاحظ ص : ٦١٧

أما الزنا والوطء بالشبهة الطارئان على العقد فلا يوجبان التحريم^(١) والمرثية المزني بها تحرم على آباء الزاني واهلئائه اذا كان الزنا سابقاً على العقد والا لم تحرم^(٢).

الثاني: ان الوطء بالشبهة ملحقة بالنكاح الصحيح بحسب الاستقراء اذا الوطئ بالشبهة توجب المهر والعدة والحق الولد بالوطئ فتكون ملحقة به في جميع الأحكام وحيث ان النكاح الصحيح يوجب الحرمة فالوطء بالشبهة كذلك.

وفيه : ان كونها في جملة من الأحكام كالنكاح الصحيح لا يدل على العموم بل المتبع هو الدليل ولذا نرى انه لا يجوز النظر الى ام الموطوءة شبهة والحال انه جائز في النكاح بل من اظهر آثاره.

الثالث : ان قولهم « عليهم السلام » (* ١) « الحرام لا يحرم الحلال » بمفهومه يدل على أن الحلال يحرم وحيث ان الوطء بالشبهة حلال يوجب التحريم .
وفيه : ان الوطئ بالشبهة ربما يكون حراماً كما لو كانت الموطوءة اختاً للوطئ بحسب الواقع ولكن تحل له بحسب الموازين الشرعية ، مضافاً الى أن قولهم الحرام لا يحرم الحلال لمفهوم له كي تكون نتيجته كون الحلال محرماً فالمتحصل مما تقدم عدم قيام دليل على هذا المدعى وعليه يكون مقتضى القاعدة عدم كونه محرماً .

(١) لعدم الدليل على كونهما محرمين والقاعدة الاولى تقتضي الجواز ، وقد تقدم الكلام حول الزنا الطاري على العقد قبل الوطئ .

(٢) النصوص الواردة في المقام متعارضة واستدل على المنع بما رواه أبو بصير قال : سأله عن الرجل يفجر بالمرأة اتحل لابنه ؟ او يفجر بها الابن اتحل لابه ؟

قال : لان كان الاب او الابن مسها واحد منهما فلا تحل (* ١) .

وايضاً بما رواه علي بن جعفر ، عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال :
سألت عن رجل زنا بامرأة هل يحل لابنه أن يتزوجها ؟ قال : لا (* ٢)

والرواية الاولى ضعيفة سنداً بمحمد بن عيسى بن عبدالله حيث انه لم يوثق
واذا كان الراوي عنه العبيدي فهو ايضاً محل الاشكال ، والرواية الثانية لها سندان
والسند الاول مخدوش ببنان بن محمد والسند الثاني مخدوش بعبدالله بن حسن .

والمعارض لهما مارواه زرارة قال : قال أبو جعفر عليه السلام : ان زنا رجل
بامرأة ابية او بجارية ابية فان ذلك لا يحرمها على زوجها ولا يحرم الجارية على سيدها
انما يحرم ذلك منه اذا اتى الجارية وهي له حلال فلا تحل تلك الجارية لابنه ولا
لأبيه الحديث (* ٣) فان المستفاد من ذيل الحديث بمقتضى الحصر ان المحرم
ما يكون حلالاً ، وهذه الرواية ضعيفة بموسى بن بكر ، ومقتضى اطلاق قوله تعالى
« واحل لكم » (* ٤) جواز كل واحدة منهما على الآخر .

وربما يقال : ان قوله تعالى « ولاتنكحوا ما نكح آبائكم » (* ٥) يقتضي حرمة
موطوءة الاب على الابن ولكن الظاهر بحسب التبادر العرفي أن يكون المراد من
النكاح في المقام العقد والزواج لا الوطى .

ويؤكد المدعى ان وحدة السياق تقتضي أن يكون المراد العقد اذ المراد من
المنهي بقوله تعالى « لاتنكحوا » هو العقد فالمراد من قوله « مانكح آبائكم »
ايضاً هو العقد وعلى تقدير الشك يكون الكلام مجملاً فلا يترتب عليه اثر .

١ و ٢) الوسائل : الباب ٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث ١ و ٢

٣) الوسائل الباب ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

٤) النساء / ٢٤

٥) النساء / ٢٢

(مسألة ٦) : لو ملك الاختين فوطىء احدهما حرمت الاخرى
 جمعاً^(١) فلو وطئها لم تحرم الاولى الا ان يكون عالماً بالحرمة والموضوع
 فتحرم حينئذ^(٢) . ثم انه ان اخرج الاولى عن ملكه حلت الثانية
 طاقاً^(٣) وان اخرج الثانية عن ملكه لم تحل الاولى الا اذا كان
 اخراجه للتانية لا بقصد الرجوع الى الاولى^(٤) والا حوط في وطء

(١) لجملة من النصوص منها ما رواه مسعدة بن زياد، قال : قال أبو عبد الله عليه
 السلام يحرم من الاماء عشر لا تجمع بين الام والابنة ولا بين الاختين الحديث (*١)
 فان المراد من الجمع في الرواية الجمع بينهما بالوطىء والا فلا اشكال في الجمع
 في الملك.

(٢) لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : الرجل
 يشتري الاختين فيطأ احدهما ثم يطأ الاخرى بجهالة قال : اذا وطىء الاخيرة بجهالة
 لم تحرم عليه الاولى وان وطىء الاخيرة وهو يعلم انها عليه حرام حرمتا عليه
 جميعاً (*٢) فان المستفاد من الحديث انه لو وطىء الثانية مع العلم بتحريم الاولى
 والا فلا وأما الثانية فلا اشكال في حرمتها كما تقدم .

(٣) لاحظ ما رواه عبد الله بن سنان قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : اذا
 كانت عند الرجل الاختان المملوكتان فتكح احدهما ثم بداله في الثانية ينكحها فليس
 ينبغي له أن ينكح الاخرى حتى تخرج الاولى من ملكه يهبها أو يبيعهما فإن وهبها ولده
 يجزيه (*٣) فان المستفاد من الرواية ان اخراج الاولى عن الملكية يوجب لحلية
 بالنسبة الى الثانية .

(٤) لاحظ ما رواه أبو الصباح الكتاني ، عن أبي عبد الله عليه السلام في

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٨

(٢ و ٣) نفس المصدر الحديث : ١٥

الثانية جهلاً أن لا تحل له الأولى إلا بالشرط المذكور^(١).

حديث قال : سألته عن رجل عنده اختان مملوكتان فوطيء أحدهما ثم وطيء الأخرى فقال : إذا وطيء الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى قلت أرأيت أن باعها ؟ فقال : إن كان إنما يبيعها لحاجة ولا يخطر على باله من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً ، وإن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا (* ١) .
فإن المستفاد من الخبر التفصيل ، فلاحظ .

(١) منشأ الاحتياط مارواه عبد الغفار الطائي ، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كانت عنده اختان فوطيء أحدهما ثم أراد أن يوطئ الأخرى قال : يخرجها عن ملكه قلت : إلى من ؟ قال : إلى بعض أهله قلت : فإن جهل ذلك حتى وطأها قال : حرمتا عليه كليهما (* ٢) .

بتقريب أن المستفاد من الرواية حرمة الأولى مع الجهل بالحرمة فيقع التعارض بين هذه الرواية ورواية الحلبي .

ويمكن أن يقال إن حديث عبد الغفار لا يعارض حديث الحلبي لأن المراد من الجهالة المذكورة فيه الجهالة بالطريق المحلل لالجهالة بحرمة الثانية فغاية ما في الباب دلالة حديث عبد الغفار على الحرمة على الإطلاق بلافرق بين صورة العلم والجهل فتقيد بحديث الحلبي كما يمكن أن تقيد بحديث عبد الصمد بن بشير عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث من أحرم في قميصه إلى أن قال : أي رجل ركب امرأ بجهالة فلا شيء عليه (* ٣) .

مضافاً إلى أنه يمكن أن يقال أنه على فرض التعارض يكون الترجيح مع دليل الجواز لموافقته مع إطلاق الكتاب وهو قوله « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » (* ٤) وقد تقدم الأشكال في الترجيح بالكتاب

(٢٩١) نفس المصدر الحديث : ٩ و ٦٠ .

(٣) الوسائل : الباب ٣٠ من أبواب ما الخلل الواقع في الصلاة الحديث : ١

(٤) المؤمنون / ٥ و ٦٠

(مسألة ٧) : يحرم على الحرفسي الدائم ما زاد على اربع

حرائر^١

(١) نقل عليه اجماع المسلمين قاطبة بل في بعض الكلمات ادعيت عليه الضرورة ولا اشكال في انه من الواضحات ويمكن الاستدلال على المدعى بقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » (* ١) فان الآية الكريمة حيث انها في مقام التحديد تدل على حرمة الخامسة .

وتدل على المدعى ايضاً جملة من النصوص : منها : ما روى في (مجمع البيان) قال : قال الصادق عليه السلام لا يحل لماء الرجل أن يجري في اكثر من اربعة ارحام (* ٢) .

ومنها : ما رواه زرارة بن اعين ومحمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا جمع الرجل اربعاً وطلق احدهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق وقال : لا يجمع مائه في خمس (* ٣) :

ومنها : ما رواه محمد بن احمد بن مطهر قال : كتبت الى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام اني تزوجت اربع نسوة ولم اسأل عن اسمائهن ثم اني اردت طلاق احدهن وتزويج امرأة اخرى فكتب عليه السلام انظر الى علامة ان كانت بواحدة منهن فتقول : اشهد وان فلانة التي بها علامة كذا وكذا هي طالق ثم تزوج الاخرى اذا انقضت العدة (* ٤) .

ومنها : ما رواه جميل بن دراج ، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج خمساً في عقدة قال : يخلى سبيل ايتهن شاء ويمسك الاربع (* ٥) .

(١) النساء/ ٣

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث : ٣

(٣ و ٤) الوسائل : الباب ٣ و ٢ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث : ١ و ٣

(٥) الوسائل الباب ٤ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد

وفي الاماء مازاد على الامتين^(١) وله أن يجمع بين حرتين وامتين أو ثلاث حرائر وامة^(٢) ويحرم على العبد مازاد على أربع اماء وفي الحرائر مازاد على حرتين^(٣). وله ان ينكح حرة وامتين^(٤) ولا يجوز

ومنها : ما رواه عتبة بن خالد ، عن أبي عبد الله عليه السلام في مجوسي أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه كيف يصنع ؟ قال : يمسك أربعاً ويطلق ثلاثاً (* ١) ادعي عليه تسالم الاصحاب وعدم الخلاف وبدل على المدعي مسارواه ابو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألت عن رجل له امرأة نصرانية له أن يتزوج عليها يهودية ؟ فقال : ان اهل الكتاب مما يليك للامام وذلك موسع منا عليكم خاصة فلا بأس أن يتزوج قلت : فانه يتزوج عليهما امة قال : لا يصلح له أن يتزوج ثلاث اماء الحديث (* ٢) فانه لو كان جائزاً لكان صالحاً فعدم كونه صالحاً يلازم مع عدم الجواز وهذا هو المدعي .

(٢) كما هو ظاهر اذ يجوز له الأربع فيجوز الجمع بين حرتين وامتين كما انه يجوز له الجمع بين امة وثلاث حرائر .

(٣) وبدل عليه مارواه محمد بن مسلم ، عن احدهما عليهما السلام قال سألت عن العبد يتزوج أربع حرائر؟ قال : لا ولكن يتزوج حرتين وانشاء أربع اماء (* ٣) (٤) لاحظ ما ارسله الصدوق (قده) يتزوج العبد بحرتين او أربع اماء او اميتين وحررة (* ٤) ومقتضى الادلة الاولى هو الجواز اذ لا يشمل دليل المنع مضافاً الى انه ادعي عليه الاجماع .

١ (الوسائل الباب ٦ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث : ١

٢ (الوسائل : الباب ٢ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث : ٢ .

٣ (الوسائل : الباب ٨ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث : ١

٤ (الوسائل : الباب ٢٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١٠

نكاح الامة على الحرية الا باذنها^(١) ولو عقد بدونه كان باطلا بدون اجازتها^(٢)

(١) اجماعاً بقسميه كما في الجواهر ويدل على المدعى مارواه محمد بن اسماعيل قال : سألت أبا الحسن عليه السلام هل للرجل أن يتمتع من المملوكة باذن اهلها وله امرأة حرة ؟ قال : نعم اذا رضيت الحرية ، قلت : فان اذنت الحرية يتمتع منها ، قال : نعم (*) (١) .

ويدل عليه ايضاً مارواه يعقوب بن يقطين قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتزوج الامة على الحرية متعة ؟ قال : لا (*) (٢) .

ويدل على المدعى ايضاً ما رواه حذيفة بن منصور قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امة على حرة لم يستأذنها ؟ قال : يفرق بينهما قلت : عليه ادب ؟ قال : نعم اثنا عشر سوطاً ونصف ثمن حد الزاني وهو صاغر (*) (٣) .

(٢) لاحظ مارواه الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : تزوج الحرية على الامة ولا تزوج الامة على الحرية ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل (*) (٤) .

ويستفاد من حديث سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امة على حرة فقال : ان شئت الحرية تقيم مع الامة اقامت وان شئت ذهب الى اهلها قال : قلت : فان لم ترض بذلك وذهبت الى اهلها أله عليها سبيل اذا لم ترض بالمقام ؟ قال : لاسبيل عليها اذا لم ترض حين تعلم قلت : فذهابها الى اهلها طلاقها ؟ قال : نعم اذا خرجت من منزله اعتدت ثلاثة اشهر او ثلاثة قروء ثم تتزوج ان شئت (*) (٥) ما ينافي مفاد حديث الحلبي ، فان المستفاد من هذا الحديث عدم بطلان عقد الامة على الحرية غاية الامر يكون للحرية الخيار والفسخ بالنسبة الى عقد نفسها ، ولكن

١ و ٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المتعة الحديث : ١ و ٣

٣) الوسائل الباب ٤٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٢

٤) الوسائل الباب ٤٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث : ١

٥) الوسائل الباب ٤٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٣

وأمامها فالأظهر الصحة^(١) ولوا دخل الحرة على الأمة ولم تعلم فلها الخيار في عقد نفسها^(٢)

الرواية نقلها في الكافي بنحو آخر في رجل تزوج امرأة حرة وله امرأة أمة فيتعارض النقلان .

وقال سيدنا الأستاذ : يقدم ما في نسخة الكافي لأنها اضبط ، هذا على تقدير كون الرواية رواية واحدة منقولة بطريقتين وأما على تقدير احتمال كونهما روايتين يقع التعارض بين حديث الحلبي ورواية سماعة إذ مقتضى أحدهما بطلان تزويج الأمة على الحرة ومقتضى الأخرى الصحة والترجيح مع ما يدل على الصحة لكونها موافقة مع الإطلاق الكتابي وقدم الأشكال في الترجيح بالكتاب .

(١) لما ورد في نكاح العبد بدون إذن سيده ، بتقريب أنه يستفاد من عموم التعليل الجواز مع إجازة من بيده الأمر لاحظ ما رواه زرارة (* ١) وقدم أشكال في التقريب المذكور قلنا إن غاية ما يستفاد من الرواية أن العبد إذا عقد عقداً أو أوقع ابتاعاً بدون إذن سيده يصح مع الإجازة المتأخرة .

مضافاً إلى أنه صرح في حديث الحلبي بالبطلان ، ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين لحوق الإجازة وعدمها ، ومعد ذلك كيف يمكن الالتزام بالصحة بلحوق الإجازة ، إلا أن يقال إن حديث زرارة بتقريب عموم العلة حاكم على حديث الحلبي .

وبعبارة أخرى البطلان في حديث الحلبي بلحاظ العصيان الخلقي والمفروض أنه قابل للتصحيح بالإجازة اللاحقة .

(٢) للحديث سماعة (* ٢) وحديث يحيى بن الأزرق ، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له امرأة وليدة فتزوج حرة ولم يعلمها بأن له امرأة وليدة فقال إن شئت الحرة أقامت وإن شئت لم تقم قلت : قد أخذت المهر فتذهب به؟

(١) لاحظ ص : ٦١٥

(٢) لاحظ ص : ٦٢٨ -

ولو جمعتهما في عقد واحد صح عقد الحرية^(١) وتوقف عقد الامة على اجازة الحرية^(٢).

(مسألة ٨) : يحرم العقد على ذات البعل أو المعتدة مادامتا كذلك ولو تزوجها جاهلا بالحكم أو الموضوع بطل العقد فان دخل حينئذ حرمت ابدأ والولد له وعليه مهر المثل للمرأة مع جهلها والاحوط ان تتم عدة الاول ان كانت معتدة وتستأنف عدة الثاني والظاهر التداخل ولو عقد عالماً بالحكم والموضوع حرمت ابدأ بالعقد وكذا اذا كانت المعتدة المعقود عليها عالة بهما واما ذات البعل فلا اثر لعلمها ولا فرق في العدة بين عدة الطلاق بائناً او رجعيّاً وعدة الوفاة وعدة وطء الشبهة ولا فرق في المعتدة بين الحرية والامة ولا في الدخول بين أن يكون في القبل والدبر ولا يلحق بالعدة مدة استبراء الامة

قال : نعم بما استحل من فرجها (*١)

(١) لاحظ مارواه ابو عبيدة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة حرة و امتين مملوكتين في عقد واحد قال : أما الحرية فنكاحها جائز وان كان سمي لها مهرأ فهو لها ، وأما المملوكتان فان نكاحهما في عقد مع الحرية باطل بفرق بينه وبينهما (*٢) فان مقتضى هذا الحديث صحة عقد الحرية .

(٢) بدعوى استفادة حكم المقام عن مورد دخول الامة على الحرية وجوازه

(١) الوسائل الباب ٤٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

(٢) الوسائل الباب ٤٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها

ولا بالعقد وطء الشبهة ولا الوطء بالملك ولا بالتحليل والمدار على علم الزوج فلا يقدح علم وليه او وكيله^(١).

بأذنها ولكن الانصاف ان الجزم بالجواز مشكل ومقتضى اطلاق حديث أبي عبيدة هو البطلان بل لنا ان نقول بأن مقتضى الرواية عدم الجواز حتى مع اذن الحرة وحمل اطلاق الرواية على كون الغالب عدم الاذن لادليل عليه فلا وجه للحمل المذكور .

(١) في هذه المسئلة فروع : الفرع الاول : انه لو تزوج بذات بعل مع الجمل بالحكم أو الموضوع ودخل بها يكون العقد باطلا وتحرم على الواطي ابدا والنصوص الواردة في المقام مختلفة .

منها : مارواه اديم بن الحر قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : التي يتزوج ولها زوج يفرق بينهما ثم لا يتعاودان ابداً (*) (١) ومقتضى هذه الرواية ان مجرد العقد على ذات بعل يوجب الحرمة الابدية .

ومنها : مارواه عبد الرحمن بن الحجاج ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ولها زوج وهو لا يعلم فطلقها الأول او مات عنها ثم علم الاخير أيراجعها ؟ قال : لا حتى تنقض عدتها (*) (٢) والمستفاد من هذه الرواية ان العقد على ذات البعل مع الجهل بكونها ذات بعل لا يوجب الحرمة بل يجوز التزويج معها بعد انقضاء عدتها اعم من تحقق الدخول بها وعدمه .

ومنها : مارواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة فقد زوجها او نعى اليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال تعتد منهما جميعاً ثلاثة اشهر عدة واحدة وليس للآخر أن يتزوجها ابداً (*) (٣) فان المستفاد من هذه الرواية انه لو تزوج بذات بعل مع الجهل ودخل بها تحرم عليه مؤبداً . والدليل على تحقق الدخول

١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ١٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث :

قوله عليه السلام تعتد منهما جميعاً - اذ لا عدة مع عدم الدخول .
ومنها : ما رواه زرارة (ايضاً) عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا نعى الرجل الى اهله او اخبروها انه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الاول فان الاول احق بها من هذا الاخير دخل بها الاول أو لم يدخل بها وليس للآخر أن يتزوجها ابداً ولها المهر بما استحل من فرجها (* ١) وهذه الرواية كالرواية السابقة في المفاد .

والدليل على الدخول في هذه الرواية قول عليه السلام ولها المهر بما استحل من فرجها» وحيث ان الظاهر بحسب الفهم العرفي فرض الجهل في روايتي زرارة تكونان بالنسبة الى حديث عبدالرحمن بن الحجاج نسبة الخاص الى العام ، اذ مقتضى اطلاق حديث عبدالرحمن عدم الفرق بين الدخول وعدمه ، لكن فرض الجهل بالموضوع في الرواية فحديث عبدالرحمن يخص بحديثي زرارة كما ان عموم حديث اديم بن الحر يخص بهذه النصوص .

فالنتيجة ان الحرمة الابدية في صورة الجهل بالموضوع والدخول ، لكن هذا التقريب انما يتم على فرض تمامية حديث عبدالرحمن بن الحجاج سنداً وأما لو لم يتم لأجل كون محمد بن عيسى في السند واحتمال المراد منه اليونسي فيشكل ولا يتم التقريب اذ على هذا التقدير لادليل على الجواز مع عدم الدخول ، فان مقتضى حديث اديم بن الحر الحرمة على الاطلاق ومقتضى حديثي زرارة الحرمة في صورة الجهل بالموضوع والدخول ومن الظاهر انه لا تنافي بين المثبتين .

وبعبارة اخرى : لامفهوم لحديثي زرارة بل المستفاد منهما ثبوت الحرمة في صورة خاصة وأما نفي الحرمة عن غيرها فلا يستفاد منهما والحال ان المستفاد من

حديث اديم الحرمة على الاطلاق .

بقي شيء : وهو ان الماتن عمم الجهل حيث قال جاهلاً بالحكم او الموضوع والحال ان المستفاد من النصوص ان الموضوع الذي رتب عليه الحكم هو الجهل بالموضوع فعليه الجهل بالحكم لا أثر له واذا لم يكن جهل بالموضوع تترتب الحرمة .

وفي المقام رواية لعبد الرحمن - قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ثم استبان له بعدما دخل بها ان لها زوجاً غائباً فتركها ثم ان الزوج قدم فطلقها أو مات عنها أيتزوجها بعد هذا الذي كان تزوجها ولم يعلم ان لها زوجاً ؟ قال : ما احب له أن يتزوجها حتى تنكح زوجاً غيره (*١) ، يتوهم منها المعارضة بدعوى ان المستفاد منها عدم تحقق الحرمة الابدية حتى مع فرض الدخول حيث فرض الدخول في الرواية في قول الراوي بعدما دخل بها ، وصاحب الوسائل احتمل أن يكون المراد بالدخول الخلوة معها ولكن الاحتمال المذكور خلاف الظاهر والمنشأ لتوهم المعارضة أمران :

احدهما : قوله : « ما احب له أن يتزوجها » بدعوى ان هذه الكلمة تدل على الكراهة لا الحرمة ، فالنكاح جائز ، وفيه : ان هذه اعم من الحرمة ، وبعبارة اخرى ليست بنحو يعارض دليل الحرمة .

ثانيهما : قوله عليه السلام : حتى تنكح زوجاً غيره بتقريب ان المستفاد من هذه الجملة جواز التزويج معها بعد ذلك نظير جواز التزويج للمطلق ثلاثاً بعد أن تنكح زوجاً آخر وانفصا لها منه .

وفيه : انه لا يمكن الالتزام به جزماً اذ بعد فرض نكاحها زوجاً آخر وفرض

كونها ذات بعل كيف يمكن الالتزام بجواز التزويج معها فالجار كلمة (حتى) لا يكون للتحديد بل يكون للغاية اي لا يزاحمها ويفتح الطريق لها كي تنكح زوجاً آخر باختيارها .

وبعبارة اخرى : لا يجعلها معطلة بل يرفع عنها يده كي تتزوج زوجاً حلالاً . ولكن الانصاف : ان هذا التفريب خلاف الظاهر العرفي وهذا العرف يبابك الفرع الثاني: انه لو تزوج بامرئة ذات عدة جاهلا اما بالحكم أو بالموضوع ودخل بها تحرم عليه مؤبداً .

ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: اذا تزوج الرجل المرأة في عدتها ودخل بها لم تحل له ابداً عالماً كان أو جاهلاً وان لم يدخل حلت للجاهل ولم تحل للآخر (* ١) فان المستفاد من هذه الرواية ان الدخول ولو مع الجاهل بالموضوع أو بالحكم أو كليهما يوجب الحرمة الابدية فلا مجال لأن يقال ان المستفاد من بعض النصوص ان الجاهل مانع عن الحرمة الابدية ولو مع الدخول .

لاحظ ما رواه اسحاق بن عمار ، قال : سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الامة يموت سيدها قال : تعتد عدة المتوفى عنها زوجها قلت : فان رجلاً تزوجها قبل أن تنقضي عدتها قال فقال : يفارقها ثم يتزوجها نكاحاً جديداً بعد انقضاء عدتها قلت : فأين ما بلغنا عن ابيك في الرجل اذا تزوج المرأة في عدتها لم تحل له ابداً ؟ قال : هذا جاهل (* ٢) فان المستفاد من هذا الخبر ان الجاهل مانع عن الحرمة الابدية بلا فرق بين الدخول وعدمه .

ولاحظ ما رواه اسحاق بن عمار أيضاً، قال : قلت لأبي ابراهيم عليه السلام بلغنا عن ابيك ان الرجل اذا تزوج المرأة في عدتها لم تحل له ابداً فقال : هذا اذا

كان عالماً فإذا كان جاهلاً فارقها وبعت ثم يتزوجها نكاحاً جديداً (*) (١) فان المستفاد منه كالمستفاد من سابقه ولكن يقيّد ان بحديث الحلبي وتكون النتيجة ان الدخول يوجب الحرمة ولو مع الجهل كما انه لا مجال للأخذ بما يدل على أن الميزان بالدخول على الإطلاق بلا فرق بين العلم والجهل لاحظ ما رواه سليمان بن خالد قال : سألت عن رجل تزوج امرأة في عدتها قال : فقال : يفرق بينهما وان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما فلا تحل له ابداً وان لم يكن دخل بها فلا شيء لها من مهرها (*) (٢) .

فان المستفاد من هذا الحديث ان الموضوع للحرمة الابدية الدخول بلا فرق بين الجهل والعلم ولكن حديث الحلبي يقيّد كلا الحديثين .

الفرع الثالث : ان الولد له قال في الجواهر : « يثبت النسب مع الشبهة اجماعاً بقسميه الخ (*) (٣) مضافاً الى أن القاعدة الاولى تقتضي ذلك فان ولد المنعقد من ماء شخص يكون منسوباً اليه وبعبارة اخرى : يصدق عليه انه ولده عرفاً ولغة وانما المنفي بحسب التعبد ولد الزنا ويدل على المدعى مرسل جميل ، عن احدهما عليهما السلام في المرأة تزوج في عدتها قال : يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً وان جاءت بولد ستة اشهر او اكثر فهو للأخير وان جاءت بولد لأقل من ستة اشهر فهو للأول (*) (٤) .

الفرع الرابع : ان على الواطيء مهر المثل مع جهل المهر وفي المقام قولان : احدهما : ان لها المهر المسمى ، ثانيهما ان لها المهر المثل ويدل على القول الثاني

(١) نفس المصدر الحديث : ١٠

(٢) نفس المصدر الحديث : ٧

(٣) ج - ٢٩ ص ٢٤٤

(٤) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١٤

النصوص الدالة على ان لها المهر بما استحل من فرجها لاحظ حديثي سليمان بن خالد (١*) وأبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال في رجل نكح امرأة وهي في عدتها قال : يفرق بينهما ثم تنقضي عدتها فان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما وان لم يكن دخل بها فلا شيء لها الحديث (٢*).

ولاحظ حديث زرارة (٣*) فان الظاهر من قوله عليه السلام - « لها المهر بما استحل من فرجها » بالاضافة الى أن العقد الفاسد لا يقتضي استحقاق المهران المراد من المهر في هذه النصوص المهر المثل لا المسمى .

وبعبارة اخرى : لا يكون المراد في هذه النصوص من المهر المسمى لعدم مقتضي ولاجنس المهر والا كان يكفي ما يصدق عليه المهر فيكون المراد منه المهر المثل الثابت في امثال المقام .

ويمكن الاستدلال على القول الاول بما رواه عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة المطلقة قبل أن تنقضي عدتها قال : يفرق بينهما ولا تحل له ابداً ويكون لها صداقها بما استحل من فرجها او نصفه ان لم يكن دخل بها (٤*) فان هذه الرواية تدل على أن لها نصف المهر المسمى مع عدم الدخول وتامه مع الدخول لكن لاوجه لحمل الصداق في هذه الرواية على المهر المسمى اذ المذكور في الرواية قوله عليه السلام « لها صداقها بما استحل من فرجها » فيكون المراد من الصداق مهر المثل كما يكون كذلك في بقية الروايات وعلى تقدير تسليم ظهور الرواية في المهر المسمى يعارضها حديثا سليمان بن خالد (٥*)

(١) لاحظ ص : ٦٣٥

(٢) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث : ٨

(٣) لاحظ ص : ٦٣٢

(٤) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٢١

(٥) لاحظ ص : ٦٣٥

وأبي بصير قال : سألته عن رجل يتزوج امرأة في عدتها ويعطيها المهر ثم يفرق بينهما قبل أن يدخل بها قال : يرجع عليها بما أعطاها (* ١) .

فان قلنا بأن حديث عبد الله بن سنان لعدم العمل به وهجره مطروح فهو كما انه لو قلنا بظهورها في المهر في المثل أو قلنا باجماله فلا تعارض والافتصل النوبة الى اعمال قانون التعارض فان مقتضى التعارض التساقط والرجوع الى الاصل ومقتضاه عدم شيء على الواطي فمع عدم الدخول لامهر عليه وحيث ان الترجيح مع الاحداث والمفروض انه لا يميز فيدخل المقام في كبرى اشتباه الحجة بغيرها فلا بد من العمل على طبق القواعد فنقول : ان الامر دائراً بين الاقل والاكثر ولا بد من الاخذ بالاقل واجراء الاصل في الاكثر وان كان دائراً بين المتباينين فالمرجع القرعة هذا ما يخلج بالبال في هذه العجالة فلاحظ .

الفرع الخامس : انها تعدد منهما عدة واحدة بنحو التداخل و الاحوط عدم التداخل والكلام في هذا الموضوع يقع في مقامين : المقام الاول في مقتضى القاعدة الاولى والمقام الثاني فيما هو المستفاد من النصوص :

أما المقام الاول : فالقاعدة تقتضي التداخل فان المستفاد من دليل العدة ان اول زمانه زمان تحقق السبب نعم في حصول عدة الوفاة قد دل الدليل على أن اول زمانه زمان وصول خبر الوفاة فاذا اجتمع السببان يكون التداخل لازماً وخلافه يحتاج الى الدليل اذ الزمان الواحد غير صالح لاجتماع العدتين بنحو الاستقلال وان شئت قلت : ان تأخير احدهما عن الاخر بلاوجه وهذا لا ينافي ما بني عليه في الاصول من عدم التداخل فان عدم التداخل هناك قابل مثلاً اذا وجدت أسباب عديدة للفصل يجب التعدد الامع قيام دليل على التداخل ولا محذور في عدم التداخل فان تحقق الأغسال العديدة ممكن بخلاف المقام حيث ان الزمان الواحد لا يصلح

لعدتين مستقلتين هذا بحسب مقتضى القاعدة الاولى .

وأما المقام الثاني : فالمستفاد من بعض النصوص التداخل على الاطلاق لاحظ ما رواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها قال : يفرق بينهما وتعند عدة واحدة منهما جميعاً (* ١) .

وايضاً لاحظ ما رواه ابو العباس ، عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأة تزوج في عدتها قال : يفرق بينهما وتعند عدة واحدة منهما جميعاً (* ٢) .

والمستفاد من بعضها الآخر عدم التداخل لاحظ حديث محمد بن مسلم ، عن عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألت عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها قال : ان كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابدأ وانمت عدتها من الاول وعدة اخرى من الاخر ، وان لم يكن دخل بها فرق بينهما وانمت عدتها من الاول وكان خاطباً من الخطاب (* ٣) .

ولاحظ حديث علي بن بشير النبال قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة في عدتها ولم يعلم وكانت هي قد علمت انه قد بقي من عدتها وانه قدفها بعد علمه بذلك فقال : ان كانت علمت ان الذي صنعت يحرم عليها فقدمت على ذلك فان عليها الحد حد الزاني ولا أرى على زوجها حين قدفها شيئاً ، وان فعلت ذلك بجهالة منها ثم قدفها بالزنا ضرب قاذفها الحد وفرق بينهما وتعندما بقي من عدتها الاولى وتعند بعد ذلك عدة كاملة (* ٤) .

وفي المقام طائفة ثالثة تدل على أن التزويج بذات عدة من الوفاة مع الدخول يوجب العدة المستقلة وعدم تداخلها مع الاولى .

لاحظ ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : المرأة الحبلية يتوفى عنها زوجها فتضع وتزوج قبل أن تعند اربعة اشهر وعشراً فقال : ان كان

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١١

(٢ و ٣ و ٤) نفس المصدر الحديث : ١٢ و ٩ و ١٨

.....

الذي تزوجها دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابدأ واعتدت بما بقي عليها من عدة الاول واستقبلت عدة اخرى من الاخر ثلاثة قروء ، وان لم يكن دخل بها فرق بينهما واتمت ما بقي من عدتها وهو مخاطب من الخطاب (*١) .

وما رواه الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن تمضي لها اربعة اشهر وعشراً فقال : ان كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابدأ واعتدت ما بقي عليها من الاول واستقبلت عدة اخرى من الاخر ثلاثة قروء وان لم يكن دخل بها فرق بينهما واعتدت بما بقي عليها من الاول وهو مخاطب من الخطاب (*٢) .

فعلى مسلك انقلاب النسبة يقيد ما يدل على التداخل على الاطلاق بالطائفة الثالثة وبعد التقييد تصير نسبتها الى ما يدل على عدم التداخل نسبة الخاص الى العام بعد ما كانت النسبة بينهما التباين، فتصير النتيجة بعد الانقلاب والتقييد التفضيل بين عدة الوفاة وغيرها بعدم التداخل في الاولى والتداخل في الثانية ، وعلى فرض عدم القول بالانقلاب يقع التعارض بين الطائفة الاولى والثانية ولا مرجح لاحد الطرفين من الكتاب ، وايضاً لا مرجح بلحاظ مخالفة القوم اذ يظهر من خلاف الشيخ (قده) (*٣) ان اقوال العامة في المقام مختلفة فتصل النوبة الى المرجح الثالث وهي الاحدية وحيث انها مجهولة فتصل النوبة الى الاصل العملي ومقتضاه عدم وجوب الزائد على الواطيء ومقتضى القاعدة الاولى هو التداخل كما تقدم ولا اشكال في أن الاحوط عدم التداخل كما في المتن .

الفرع السادس : انه لو كان عالماً بالحكم والموضوع ومع ذلك عقد عليها

(١ و ٢) نفس المصدر الحديث : ٢ و ٦

(٣) ج ٢ ص : ٣١١ - المسئلة ٣١

تحرم عليه مؤيداً، فانه يمكن الاستدلال على المدعى بالنسبة الى ذات البعل بحديث
ادبم بن الحر (*) (١) فان مقتضى هذه الرواية ان التزويج بذات البعل يوجب الحرمة
الابدية وفي صورة العلم بالموضوع والحكم لامعارض للرواية

واما بالنسبة الى ذات العدة فيدل على المدعى ما روي عن أبي عبدالله عليه
السلام في حديث انه قال : والذي يتزوج المرأة في عدتها وهو يعلم لا تحل له
أبداً (*) (٢)

بتقريب ان العلم بالموضوع لا ينفك عن العلم بالحكم اذ كيف يمكن العلم بكون
المرأة ذات عدة والجهل بالحرمة فان العدة معناها عد ايام معينة وعدم جواز
التزويج فيها .

مضافاً الى أنه يكفي لاثبات المدعى ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج ، عن
أبي ابراهيم عليه السلام قال : سألت عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها بجهالة أمهي
ممن لا تحل له أبداً ؟ فقال : لا اما اذا كان بجهالة فليزوجها بعد ما تنقضي عدتها
وقد يعذر الناس في الجهالة بما هو اعظم من ذلك فقلت : بأي الجهالتين يعذر
بجهالته ان ذلك محرم عليه ؟ أم بجهالته انها في عدة ؟ فقال : احدى الجهالتين
أهون من الآخر الجهالة بأن الله حرم ذلك عليه وذلك بأنه لا يقدر على الاحتياط
معه فقلت : وهو في الاخرى معذور ؟ قال : نعم اذا انقضت عدتها فهو معذور في
أن يتزوجها فقلت : فان كان احدهما متعمداً والاخر يجهل فقال : الذي تعمداً لا يحل
له أن يرجع الى صاحبه أبداً (*) (٣) فان المستفاد من هذه الرواية ان احدى
الجهالتين تكفي للمنع عن الحرمة الابدية .

(١) لاحظ ص : ٦٣١

(٢) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة وتحوها الحديث : ١

(٣) نفس المصدر الحديث : ٤

.....

الفرع السابع: انه لو كانت المعتدة المعقودة عليها عالمة بالحكم والموضوع تحرم على العاقد، لاحظ ما روى عن أبي ابراهيم عليه السلام (*) (١) فان مقتضى هذه الرواية اشتراك العاقد، والمعقود عليها في هذا الحكم .

الفرع الثامن : انه لا اثر لعلم ذات البعل وذلك لعدم الدليل عليه والقاعدة الاولى تقتضي عدم الحرمة ، فلاحظ .

الفرع التاسع : انه لا فرق في هذا الحكم في المعتدة بين أقسام العدة من كونها رجعية أو بائنة أو من وفاة فان عدم جواز العقد على المعتدة وبطلانه من الواضحات ويدل عليه الكتاب والسنة ، مضافاً الى اجماع المسلمين ، وأما ترتب الحرمة الابدية بشرائطها فلا طلاق الدليل فان الموضوع المأخوذ في لسان الروايات هي المعتدة كما ان مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين كون المدة المعتدة حرة أوامة .

الفرع العاشر : انه لا فرق في الدخول بين أن يكون في القبل والدبر استدلال عليه باطلاق الدخول الوارد في النصوص وبحديث حفص بن سودة ، عن أنخبره قال : سألت أبا عبد الله عن الرجل يأتي امه من خلفها ، قال : هو احد المأثمين فيه الغسل (*) (٢) .

ويرد على الاول ، ان دعوى الانصراف الى الدخول المتعارف الخارجي لا تكون جزافية وعلى الثاني ، بأنها مرسلة ولا اعتبار بها ، والاحتياط طريق النجاة الفرع الحادي عشر : انه لا تلحق بالعدة ايام استبراء الامة لعدم الدليل فان العدة لها أحكام خاصة لا ترتب على مدة الاستبراء ولذا يجوز الاستمتاع بها والمحرم خصوص الوطء والحال انه لا يجوز العقد على المعتدة والأحكام الشرعية تعبدية

(١) عين المصدر

(٢) الوسائل : الباب ١٢ من أبواب الجنابة الحديث : ١

(مسألة ٩) : لا يصح العقد على المرأة في المدة التي تكون بين وفاة زوجها وعلمها بوفاته^(١).

وهل يجري عليها حكم العدة قبل لافلو عقد على امرأة في تلك المدة لم تحرم عليه وان كان عالماً ودخل بها فله تجديد العقد بعد العلم بالوفاة وانقضاء العدة بعده ولكنه محل اشكال جداً والاحتياط لا يترك^(٢)

الفرع الثاني عشر انه لا تلحق بالعقد الوطىء بالشبهة ولا الوطىء بالملك ولا بالتحليل وذلك لأن الحكم تابع لموضوعه والحكم في لسان الرويات مترتب على العقد فلا وجه للتسريته الى غير مورده .

الفرع الثالث عشر : ان المدار علم الزوج وأما علم الولي أو الوكيل فلا يوجب الحرمة اذ المأخوذ في الدليل علم الزوج فلا وجه لتسرية الحرمة الى غير ذلك المورد فلاحظ .

(١) بلا اشكال ولا خلاف فيه ظاهراً اذ المستفاد من الكتاب والسنة والاجماع ان المدة التي يموت عنها زوجها لا يجوز تزويجها الا بعد تمامية عدتها فلا يجوز العقد عليها في المدة الفاصلة بين وفاة زوجها ووصول موتها اليها .

(٢) في المقام قولان كما يظهر من المتن ، ذهب الماتن الى أن حكمها حكم زمان العدة لوجهين : احدهما : ان المستفاد من الدليل وجوب التريص من حين الوفاة ، غاية الأمر بعد المدة المقررة من حين بلوغها بنياً وفاة زوجها فيحرم عليها التزويج من حين الوفاة ووجوب العدة عليها من ذلك الحين .

وفيه : انه لا اشكال في حرمة التزويج وبطلانه كما انه لا اشكال في عدم وقوع التزويج خلال العدة اذ المفروض ان مبدأ عدتها من حين البلوغ والمفروض عدمه فلا يترتب عليه ذلك الحكم المترتب على ذلك الموضوع المتغير للمقام .

ثانيهما : ان الموضوع المأخوذ في حديث اسحاق بن عمار (* ١) عنوان
عدم انقضاء عدتها ، ومن الظاهر ان عنوان عدم انقضاء العدة يصدق على تلك المدة
المقررة فيترتب عليه الحكم .

وفيه : ان المستفاد من الخبر ان المفروض وقوع الزواج اثناء العدة ، والظاهر
من قول السائل انه فرض وقوع التزويج اثناء العدة ، بل ذيل الحديث صريح فيه
حيث يسئل عن التزويج في العدة ، والمفروض ان مبدأ العدة من حين البلوغ
فمقتضى الصناعة هو القول الاخر ومقتضى الاحتياط ما أفاده في المتن .



مركز تحقيقات كتابية و نشری اسلامی

استدراك

ذكرنا في الجزء الاول في ص ١٩٩ ونصف الدائره شبران والصحيح ان يقال ونصف القطر شبر ونصف

مركزية كبرى

ذكرنا في الجزء الاول في ص ٢٠٠ فالنتيجه بلوغ المجموع (٢٧) شبراً
والحال انه ليس الامر كذلك بل النتيجه اقل والذي يهون الخطب ان السند ضعيف
فلا يترتب علي الرواية اثر



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

فهرس الكتاب

٦٦	المراد من الدرهم	٣	كتاب اللقطة
٦٦	إذا لم يمكن التعريف	٣	اقسام الضايح
٦٨	تجب المبادرة إلى التعريف	٣	لقيط دار الإسلام محكوم بالحرية
٦٨	لا تجب المباشرة في التعريف		لقيط دار الكفر حر مع بعض
٦٩	إذا عرفها سنة كاملة	٥	الشروط
	إذا كانت اللقطة مما لا تبقى		جواز استرقاق لقيط دار الكفر مع
٧٠	كالخضر	٧	شرطه
٧٣	إذا ضاعت اللقطة من الملتقط	٩	أخذ اللقيط واجب على الكفاية
٧٣	بماذا يتحقق التابع في التعريف	١٠	ما كان في يد اللقيط ملكه
	وجوب التعريف في موضع	١١	شرائط التقاط الصبي
٧٦	الإلتقاط	١٣	اللقيط أن وجد متبرع بتفخته
٧٧	إذا التقط في الغربة والسفر	١٤	يكره أخذ الضالة
٧٧	اللازم في عبارة التعريف	١٧	إذا وجد حيوان في غير العمران
	إذا وجد مقداراً من الدراهم وأمكن	٤٦	إذا ترك الحيوان صاحبه في الطريق
٧٨	معرفة صاحبها	٤٨	إذا وجد حيوان في العمران
٧٨	إذا التقط الصبي أو المجنون	٤٩	إذا دخلت دجاجة في دار الإنسان
٧٨	إذا تملك الملتقط اللقطة	٥٠	إذا احتاجت الضالة إلى النفقة
٨٠	اللقطة أمانة	٥٤	تفسير اللقطة بالمعنى الأخص
	المشهور جواز دفع اللقطة إلى	٥٧	لو انكسرت سفينة وأخرج متاعها
٨٠	الحاكم	٥٨	حكم اللقطة بالمعنى الأخص
		٦٥	المدار في القيمة

الحريم لا تكون ملكاً..... ١٤٧	إذا شهدت البيعة بأن مالك اللقطة
لا حريم للاملاك المتجاوزة..... ١٤٨	فلان..... ٨١
يجوز لكل مالك التصرف في ملكه..... ١٤٨	إذا تلفت العين قبل التعريف..... ٨١
من سبق إلى الأرض ذات اشجار..... ١٥١	إذا ادعى اللقطة مدع وعلم صدقه..... ٨٣
استحباب رعاية الجار..... ١٥١	إذا عرف المالك وقد حصل للقطة نماء..... ٨٤
لوتد اعيا جداراً لا يد لأحدهما عليه..... ١٥٤	لو عرف المالك ولكن لم يمكن إيصالها إليه..... ٨٤
إذا اختلف مالك العلو والسفل..... ١٥٥	إذا مات الملتقط..... ٨٥
ما يجوز للجار..... ١٥٦	إذا وجد مالاً في صندوقه..... ٨٦
ما يعتبر في تملك الموات..... ١٥٦	إذا تبدلت عباءة الإنسان بعباءة غيره..... ٨٨
التحجير يقيد الحق..... ١٥٧	الغصب حرام..... ٨٩
ما يعتبر في التحجير..... ١٥٨	يجوز لمالك العين المغصوبة انتزاعها من الغاصب..... ١١٧
إذا انمحت آثار التحجير..... ١٥٩	المراد من موات الأرض..... ١٢٦
اللازم على المحجر..... ١٦٠	الموات على نوعين..... ١٢٦
لا يعتبر في التملك بالاحياء قصد التملك..... ١٦١	يجوز لكل احد احياء الموات..... ١٢٧
لا بد في صدق الاحياء صدق احد العناوين العامة..... ١٦١	الموات بالعارض على اقسام..... ١٣٠
الاعراض عن الملك هل يوجب زوال الملك..... ١٦٢	الأراضي المنسوبة إلى طوائف العرب والعجم..... ١٤٣
المراد بالمشتركات..... ١٦٣	حريم البئر..... ١٤٤
الطريق على قسمين..... ١٦٣	حريم العين والقناة..... ١٤٥
لو احدث جناحاً على الشارع العام..... ١٦٤	يجوز احياء الموات التي في اطراف قنوات..... ١٤٧
	إذا لم تكن الموات من حريم العامر..... ١٤٧

الماء الجاري في النهر المشترك	الطريق الذي لا يسلك منه إلى
كيفية الأموال المشتركة ١٨٢	طريق آخر ١٦٥
القسمة بحسب الأجزاء لازمة ١٨٣	لا يجوز فتح الباب إلى الدرية ١٦٧
إذا اجتمع جماعة على ماء مباح ١٨٤	يجوز لأصحاب الدرية الجلوس
تنقية النهر المشترك على الجميع ١٨٦	فيها ١٦٧
كيف يحبس النهر ١٨٧	يجوز لكل أحد الانتفاع من
المعادن على نوعين ١٨٨	الشوارع العام ١٦٨
إذا شرع في إحياء معدن ١٨٩	إذا جلس أحد في موضع من
كيف تملك المعادن ١٩٠	الطريق ١٦٨
لو قال المالك اعمل ولك نصف	بماذا يتحقق الشارع العام ١٧٠
الخارج ١٩٠	لو كان الشارع العام واقعاً بين
كراهة الدين مع القدرة ١٩١	الأماكن ١٧١
كل ما ينضبط يصح قرضه ١٩٧	إذا انقطعت المارة عن الطريق ١٧٤
لا يجب في الأداء إعادة العين ١٩٨	إذا زاد عرض الطريق ١٧٤
لا يتأجل الدين الحال إلا بالشرط ١٩٩	يجوز لكل أحد التعبد في
لو غاب الدائن وانقطع خبره ١٩٩	المسجد ١٧٥
لو اقتسم الشريكان الدين لم	هل يكفي وضع الرحل ١٧٧
يصح ٢٠١	المشاهد المشرفة كالمساجد ١٧٧
يصح بيع الدين بالحاضر ٢٠٢	جواز السكنى في المدارس تابع
يجوز للمسلم قبض دينه من الذمي	للقصد الواقف ١٧٨
من ثمن الخمر ٢٠٣	لا يبطل حق السكنى بالخروج ١٧٨
لا بد في الرهن من الإيجاب	لا يجوز للسكان منع الغير ١٧٩
والقبول ٢٠٦	الربط كالمدارس ١٧٩
الحجر وأسبابه ٢٢٠	ميساه الشطوط والأنهار من
الضمان على مذهب الإمامية ٢٤٧	المشتركات ١٧٩
يعتبر في الضمان الإيجاب	إذا شق نهراً يملك ما دخله من
والقبول ٢٤٨	الماء ١٨١

المشتري في الأرض المشتراة..... ٢٦٣
 إذا قال شخص لآخر ألق متاعك
 في البحر وعلى ضمانه..... ٢٦٣
 إذا اختلف الدائن والمدين في أصل
 الضمان..... ٢٦٤
 إذا اختلف الضامن والمضمون له
 في أصل الضمان..... ٢٦٤
 إذا اختلف الضامن والمضمون في
 الأذن..... ٢٦٤
 إذا انكر الضامن الضمان..... ٢٦٤
 إذا ادعى الضامن الوفاء..... ٢٦٥
 ما المراد من الحوالة..... ٢٦٥
 ما يعتبر في الحوالة..... ٢٦٥
 شرائط المحيل والمحال والمحال
 عليه..... ٢٦٧
 يعتبر في الحوالة أن يكون الدين
 ثابتاً في ذمة المحيل..... ٢٦٨
 يعتبر في الحوالة أن يكون المحال
 به معيناً..... ٢٦٨
 يكفي في صحة الحوالة تعيين
 الدين واقعاً..... ٢٦٨
 للمحال أن لا يقبل الحوالة..... ٢٦٩
 لا يجوز للمحال عليه البريء
 مطالبة المال قبل الاداء..... ٢٦٩
 لا فرق في المال المحال به بين
 العين والمنفعة..... ٢٧٠
 الحوالة عقد لازم..... ٢٧١

هل يعتبر التنجيز..... ٢٤٨
 تشترط في الضامن والمضمون له
 شرائط العامة..... ٢٤٩
 إذا دفع الضامن ما ضمنه إلى
 المضمون له..... ٢٥٣
 إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن..... ٢٥٤
 عقد الضمان لازم..... ٢٥٥
 يشكل ثبوت الخيار فيه..... ٢٥٥
 إذا كان الدين حالاً وضمنه مؤجلاً
 وضمنه أقل من أجله..... ٢٥٧
 إذا احتسب المضمون له ما على
 ذمة الضمان خمساً..... ٢٥٧
 يجوز الضمان بشرط الرهانة..... ٢٥٨
 إذا كان على دين ثابت رهن..... ٢٥٨
 إذا ضمن شخصان مثلاً عن
 واحد..... ٢٥٨
 إذا كان مديوناً لشخصين صح
 ضمان شخص لهما..... ٢٥٩
 إذا كان المديون فقيراً لم يصح أن
 يضمن شخص عنه بالوفاء من
 الخمس..... ٢٦٠
 إذا كان الدين الثابت خمساً..... ٢٦١
 إذا ضمن شخص في مرض موته..... ٢٦١
 يصح أن يضمن شخص للمرأة
 نفقاتها الماضية..... ٢٦١
 يصح ضمان الأعيان الخارجية..... ٢٦٢
 يشكل صحة ضمان ما يحدثه

٢٨٥ يجوز للمتداعين أن يتصالحا
 لو قال المدعي عليه للمدعي
 ٢٨٦ صالحي
 ما يعتبر في المتصالحين
 ٢٨٦ يتحقق الصلح بكل ما يدل عليه
 ٢٨٧ لو تصالح شخص مع الراعي
 ٢٨٨ لا يحتاج إسقاط الحق إلى القبول
 ٢٨٨ لو علم المديون بمقدار الدين
 ٢٨٨ عدم جواز المصالحة على مبادلة
 مالين إذا كانت مستلزمة للربا
 ٢٨٨ لا بأس بالمصالحة على مبادلة
 دينين إذا لم تستلزم الربا
 ٢٨٩ انفساخ الصلح بالتراضي
 ٢٩٠ لا يجري فيه خيار الحيوان
 والمجلس والتأخير
 ٢٩٠ لو ظهر العيب
 ٢٩١ لو اشترط في الصلح وقف المال
 ٢٩١ كتاب الاقرار
 ٢٩٢ لا بد في الوكالة من الإيجاب
 والقبول
 ٢٩٩ تصح الهبة في الأعيان
 ٣١٢ في الهبة المشروط يجب العمل
 بالشرط
 ٣٢١ الوصية العهدية لا تحتاج إلى
 القبول
 ٣٢٥ تضييق الواجبات الموسعة
 ٣٢٨ تتحقق الوصية بكل ما يدل عليها
 ٣٣٠

٢٧٢ هل يجوز جعل الخيار فيها
 ٢٧٢ لو أدى المحيل نفسه الدين
 ٢٧٣ إذا تبرع اجنبي بالاداء
 إذا اختلف المحيل والمحال
 عليه
 ٢٧٣ تصح الحوالة بمال الكتابة
 ٢٧٣ إذا اختلف المحيل والمحال في
 كيفية العقد
 ٢٧٤ تفسير الكفالة
 ٢٧٥ شرائط الكفيل
 ٢٧٥ تصح الكفالة بإحضار المكفول
 ٢٧٨ إذا كان المال ثابتاً في الذمة
 ٢٧٨ الكفالة عقد لازم
 ٢٧٩ إذا لم يحضر الكفيل والمكفول
 ٢٧٩ يجب على الكفيل التوصل بكل
 وسيلة
 ٢٧٩ إذا كان المكفول غائباً احتاج حمله
 إلى مؤنة
 ٢٨٠ إذا نقل المكفول له حقه
 ٢٨٠ إذا اخرج احد من يد الغريم مديونه
 قهراً
 ٢٨٠ ينحل عقد الكفالة بأمور
 ٢٨٢ تعريف عقد الصلح
 ٢٨٢ الصلح عقد مستقل
 ٢٨٣ إذا تعلق الصلح بعين أو منفعة
 ٢٨٣ يصح الصلح على مجرد الانتفاع
 ٢٨٤ جريان الفضولي في الصلح
 ٢٨٤

يحسب من التركة ما يملكه بعد
 الموت ٣٦٥
 الإحتساب من الثلث بعد وفاة
 الدين ٣٦٥
 إذا كان عليه دين فابراه الدائن ٣٦٦
 لا بد في اجازة الوارث من امضاء
 الوصية ٣٦٦
 إذا عين الموصي ثلثه في عين
 مخصوصة ٣٦٧
 الواجبات المالية تخرج من
 الأصل ٣٦٧
 إذا تلف من التركة شيء بعد
 الموت ٣٦٧
 الحج الواجب بالإستطاعة من قبيل
 الدين ٣٧٠
 إذا أوصى بوصايا متضادة ٣٧٥
 المراد من الوصية التبرعية ٣٧٧
 إذا أوصى بثلثه لزيد دون تعيينه ٣٧٧
 إذا أوصى بثلثه ثم أوصى بشيء
 معيناً ٣٧٨
 لا تصح الوصية في المعصية ٣٧٩
 إذا أوصى بحرمان بعض الورثة ٣٧٩
 إذا أوصى بمال زيد بعد وفاة نفسه ٣٨٠
 إذا دفع مالا إلى آخر وأوصى ولم
 يعلم مقدار ٣٨١
 إذا أوصى وتردد بين الأقل والأكثر ٣٨١
 في أحكام الموصي له وشرائطه ٣٨٢

هل الرد مبطل ٣٣٢
 لو أوصى له بأمرين فقبل أحدهما
 ورد الآخر ٣٣٢
 لا يجوز للورثة التصرف في التركة
 قبل انفاذ الوصية ٣٣٣
 إذا مات الموصي له قبل قبوله ٣٣٤
 يتلقى من الوارث المال الموصي
 به ٣٣٧
 إذا أوصى إلى أحد أن يعطي بعض
 تركته ٣٣٨
 شرائط الموصي ٣٣٩
 إذا أوصى قبل أن يحدث ٣٤٨
 الوصية بالولاية ٣٤٩
 وظيفة الحاكم ٣٥٠
 جواز جعل الولاية لاثنتين ٣٥١
 إذا قال الموصي لشخص انت ولي
 وقيم على اولادي ٣٥٢
 يجوز للقيم اخذ الاجرة ٣٥٣
 في شرط الموصي به ٣٥٨
 إذا أوصى لزيد بالخمر القابلة
 للتخليل ٣٥٩
 يشترط في الموصي به أن لا يكون
 ازيد من الثلث ٣٥٩
 لا إشكال في الأجزاء بعد الوفاة ٣٦١
 إذا أوصى بعين معينة أو بمقدار
 كلي ٣٦٢

الوصية جائزة من طرف الموصي... ٤١٦	الأظهر صحة الوصية العهدية
بماذا يتحقق الرجوع عن الوصية... ٤١٨	للمعدوم... ٣٨٢
لا يعتبر في وجوب العمل بالوصية	يجوز للموصي ان يعين شخصاً
مرور مدة... ٤١٩	لتنفيذ وصاياه... ٣٩١
إذا قال إذا امت في هذا السفر	يشترط في الوصي امور... ٣٩١
فوصي فلان... ٤١٩	لا تشترط العدالة في الوصي... ٣٩٧
يجوز للوصي أخذ الأجرة... ٤٢٠	إذا ارتد الوصي... ٣٩٩
بماذا تثبت الوصية التمليلية... ٤٢٢	إذا أوصى إلى عادل ففسق... ٤٠٠
في منجزات المريض... ٤٢٦	جواز الوصية إلى المرأة مع
إذا قال هذا وقف بعد وفاتي... ٤٣٥	الكراهة... ٤٠١
كتاب الوقف... ٤٣٦	إذا أوصى إلى الصبي والبالغ... ٤٠٢
بماذا يتحقق الوقف... ٤٣٧	جواز الوصاية إلى اثنين أو أكثر... ٤٠٢
أنواع الوقف... ٤٣٧	إذا قال زيد وصي فإن مات فعمره... ٤٠٤
لا يشترط في الوقف القبول... ٤٤١	فروع الوصاية إلى اثنين... ٤٠٥
لا تشترط القرية في الوقف... ٤٤١	إذا عجز الوصي عن تنفيذ الوصية... ٤٠٦
يشترط في الوقف القبض... ٤٤٥	إذا مات الوصي... ٤٠٧
بماذا يتحقق القبض... ٤٤٧	الوصي أمين لا يضمن... ٤٠٨
إذا وقف على أولاده الصغار... ٤٤٧	إذا عين الموصي للموصي عملاً
في فروع القبض... ٤٤٨	خاصاً... ٤٠٨
الوقوف المتعارفة عند الأعراب... ٤٥٠	إذا قال أنت وصي ولم يعين... ٤٠٩
الوقف على المنقرض... ٤٥٢	لا يجوز للموصي إليه أن يرد
إذا شرط عود الوقف إليه... ٤٥٤	الوصية... ٤١٠
إذا قال هذا وقف بعد وفاتي... ٤٥٥	إذا رأى الوصي ان تفويض الأمر
لا يجوز الوقف على النفس... ٤٥٥	إلى شخص أصح... ٤١١
إذا وقف على أولاده واشترط أداء	إذا بطلت الوصاية لفوات شرطها... ٤١٢
ديونه... ٤٥٧	إذا نسي الوصي مصرف المال... ٤١٣
	يجوز للموصي جعل الناظر... ٤١٥

علماء الشريعة..... ٤٨١	إذا وقف على جيرانه واشترط أكل ضيوفه..... ٤٥٧
إذا وقف على مسجد أو مشهد..... ٤٨١	إذا وقف عيناً له على وفاء ديونه..... ٤٥٨
إذا وقف على الحسين عليه السلام..... ٤٨٢	إذا أراد التخلص من إشكال الوقف على النفس..... ٤٥٨
إذا وقف على ميت..... ٤٨٢	يجوز إنتفاع الواقف بالعين الموقوفة في مثل المساجد..... ٤٥٩
إذا وقف على النبي..... ٤٨٣	في شروط الواقف..... ٤٦٠
إذا وقف على أولاده..... ٤٨٣	يجوز للواقف جعل الولاية لنفسه..... ٤٦٢
إذا قال هذا وقف على أولادي..... ٤٨٣	يجوز للمجمول له الولاية أو النظارة الرد..... ٤٦٥
إذا وقف على سكنى أولادي..... ٤٨٤	يجوز للواقف أن يجعل مقداراً معيناً للولي والناظر..... ٤٦٥
إذا قال هذا وقف على الذكور من أولادي..... ٤٨٧	إذا لم يجعل الواقف ولياً على الوقف..... ٤٦٥
إذا قال هذا وقف على أولادي ثم أولاد أولادي..... ٤٨٧	إذا جعل الواقف ولياً أو ناظراً على الولي فليس له عزله..... ٤٦٦
إذا وقف على زيد والفقراء..... ٤٨٨	إذا عين الواقف الولاية في جهة خاصة..... ٤٦٧
إذا وقف على الزوار..... ٤٨٨	لا يشترط في الواقف الإسلام..... ٤٦٧
لا يجوز تبديل الوقف..... ٤٨٨	في شرائط العين الموقوفة..... ٤٦٨
العين الموقوفة تخرج عن ملك الواقف..... ٤٩٠	في شرائط الموقوف عليه..... ٤٧١
إذا اشترط شرطاً في الموقوف عليه..... ٤٩٣	في بيان المراد من بعض عبارات الوقف..... ٤٧٦
إذا احتاج الوقف على التعمير..... ٤٩٣	إذا تردد الموقوف عليه بين عنوانين..... ٤٨١
الثمر الموجود على النخل حين الوقف..... ٤٩٤	إذا وقف على العلماء فالظاهر منه
إذا وقف على مصلحة فبطل رسمها..... ٤٩٥	
إذا أجر العين الموقوفة البطن الأول..... ٤٩٦	
إذا كانت للعين الموقوفة منافع	