

فهرس تقريرات ثلاثة

كتاب الوصية

بقي الكلام في الاضافات الحاصلة بها

ومن الشرائط

يشترط في الموصى به امور

بيان المراد من مرض الموت

القول في الاقرار

الكلام في شروط الوصى

ميراث الازواج

كتاب الغصب.. (فصل في اسباب الضمان)

شمول قاعدة اليد للغصب

[الاتلاف]

فروع متفرعة

مسئلتان باقيتان - المسئلة الاولى

المسئلة الثانية من المسئلتين الباقيتين

تذنيب فيه مسائل

فصل في الطوارئ

بقي هنا كلام

كتاب الوصية

يقال (١): وصى يوصي توصية، وا وصى يوصي ا يصاء من وصى يصي وصاية كوكي يقي وقاية، ويقال: اوصاه، واوصى اليه، عهد اليه كما عن القاموس.

فالوصية لغة، العهد الى الغير بعمل، او مطلق العهد، ولو لم يكن الى الغير. وقد استعملت هذه الكلمة في الكتاب والسنة كثيرا من باب التفعيل كقوله تعالى في آخر سورة الأنعام في الموارد الثلاثة: ذلکم وصاکم به لعکم تعقلون، ولعکم تذکرون، ولعکم تتقون (٢)، وقوله تعالى: ام كنتم

شهداء ان وصاکم الله بهذا (٣) الآية، وقوله تعالى: ووصى بها ابراهيم بنيه ويعقوب (٤)، الآية. وكثيرا من باب الافعال كقوله تعالى: يوصيکم الله في اولادکم للذکر

(١) هذا تقرير بقدر فهمي القاصر لبحث سيدنا الاستاذ الأكبر المرجع الديني الآية الحاج آقا حسين البروجردي، المتوفى سنة ١٣٨٠ هـ. ق قدس الله نفسه الزكية.

(٢) الأنعام ١٥١ ١٥٢ ١٥٣.

(٣) الأنعام ١٤٤.

(٤) البقرة ١٣٢.

مثل حظ الأثنين (١)، وقوله تعالى في سورة النساء في الموارد الأربعة: من بعد وصية توصون بها او دين (٢)، ومن بعد وصية يوصين بها اودين، ومن بعد وصية يوصى بها او دين، ومن بعد وصية يوصي بها او دين، وغير ذلك (٣) الآيات.

وليست مختصة بان نستعمل في الامور التي يعمل بها بعد الموت، بل كل من عهد الى انسان بشيء فهو وصية مطلقا كقوله عليه السلام في غير واحد من الخطب: اوصيكم بتقوى الله، وكالآيات المزبورة المشار اليها.

نعم غلب استعمالها، في المعنى المذكور واستعمل في القرآن المجيد ايضا كقوله تعالى: كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين (٤)، وكقوله تعالى: حين الوصية اثنان نوا عدل منكم (٥).

اذا عرفت هذا، فاعلم ان الوصية بالمعنى المعروف قد كانت في زمن الأئمة عليهم السلام، بل في زمن النبي صلى الله عليه وآله، بل قبل الاسلام كما دل عليه الرواية التي روتها العامة: قدم رسول الله صلى الله عليه وآله المدينة فسأل عن براء بن معرور، فقيل: انه هلك واوصى لك بثلاث ماله فقبل ورد على ورثته (٦).

- (١) النساء/ ١١ .
 (٢) النساء/ ١١ ١٢ .
 (٣) مثل قوله تعالى: واوصاني بالصلاة والزكاة مادمت حيا، مريم ٣١ .
 (٤) البقرة/ ١٨٠ .
 (٥) المائدة/ ١٠٦ .
 (٦) الاصابة للعسقلاني ج ١ ص ١٤٩، وطبقات ابن سعد ج ٣ ص ٦١ نحوه من غير نقل الرد.

وآيات الوصية في سورة البقرة، وهي مدنية وكانت وصية براء بن معرور، قبل نزول سورة البقرة(١)، لأنها كانت قبل هجرة النبي صلى الله عليه وآله الى المدينة. ثم انك قد عرفت ان الوصية عبارة عن القاء العهد الى الغير بأمر، بعد الموت فالقدر اللازم فيها الذي به قوامها هو وجود الموصي، والموصى به، اما الموصى اليه، وله فقد يكونان وقد لا يكونان، ولاشك انها موجودة للاضافة بين الموصي والموصى اليه. ثم اعلم ان الوصية اما ان تكون بالامور الاعتبارية او بالعمل، والاول اما ان يكون ولاية، او كون المال مثلا مضاربة بين الموصى اليه وبين اولاده، او كون شيء ملكا له او غير ذلك من اقسام الاعتباريات، والثاني اما متعلق ببدن الموصي كالوصية بتجهيزاته، او متعلق بماله كقوله: اعطوا فلانا كذا وكذا درهما مثلا او غيرهما كالوصية بالصلاة والصوم وغير ذلك من الأعمال. ولا ريب في عدم احتياج بعض اقسامها الى القبول كما لا ريب في احتياج بعض اقسامها الآخر اليه ولو كان هو رضي به، بل ولو كان عدم الرد على وجهه كالوصية بالتملك او التملك. وانما الكلام في انها هل هي عقد لا يتحقق مفهومها المسببي الا بالقبول كالبيع المسببي ام لا تكون كذلك (وبعبارة اخرى) هل يصدق بعد العهد الى الغير انه اوصى بمعنى الاسمي حقيقة ام لا كما لا يصدق قولنا (باع) بالمعنى المذكور الا بعد تحقق القبول؟ الأظهر عدم الاحتياج الى ذلك.

(١) او المائدة.

والدليل عليه امران (احدهما) ما دل على ان الموصى له لو مات قبل الموصي وقبل القبول ينتقل الحق الى ورثته كرواية محمد بن قيس، عن ابي جعفر عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل اوصى لآخر والموصى له غائب فتوفي الموصى له الذي اوصى له قبل الموصي؟ قال الوصية لو ارث الذي اوصى له، قال: ومن اوصى لاحد شاهدا كان او غائبا فتوفي الموصى له قبل الموصي فالوصية لو ارث الذي اوصى له الا ان يرجع في وصيته قبل موته(١). واحتمال ان الانتقال الى الورثة لعله كان بعد قبول الموصى له في حياة الموصي فلا دلالة فيها على الانتقال حتى قبل قبوله اياها، يدفعه اطلاق الرواية بل ظهورها المستفاد من قوله: (وهو غائب) الظاهر في عدم اطلاعه حتى مات فحكم عليه السلام بالانتقال، فلو كان تحقق مفهوم الوصية محتاجا الى القبول لم يكن وجه لهذا الحكم فيستكشف من حكمه عليه السلام ان الوصية بنفسها وجدت حقا للموصى له وهو حق التملك بعد موت الموصي، فاذا مات انتقل هذا الحق الى الورثة.

(الثاني) عدم صدق المعاقدة عقلا لو قبل بعد موت الموصى له. فانها بين الحي والميت غير متصورة لان العقد كما حقق في محله يوجد معنى واحدا بسيطا معلولا لفعلي المتعاقدين، واحد جزئي العلة اذا انتفى قبل تحقق الجزء الآخر لم يؤثر شيئا فان تحقق المعلول متوقف على بقاء اجزاء العلة حتى يتحقق، ولذا قال جماعة بعدم تحقق البيع بقبول المشتري بعد موت الموصى. والحاصل كما ان الوصية للجهات او العناوين كالمساجد

(١) الوسائل باب ٣٠ حديث ١ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٠٩.

والمدراس او الفقراء والطلاب لاحتياج الي القبول في كونها مصداقا ويصدق عليه انه اوصى بذلك ويحكم بعدم جواز التبديل وعدم جواز المزاحمة وغير ذلك من احكام الوصية، كذلك الوصية للأشخاص، بلا فرق بينهما فلا يحتاج في صدقها الي القبول. ويؤيد عدم كونها عقدا حكمهم بوجوب القبول لو وصل اليه الخبر بعد الموت ولو كانت عقدا لما وجب، لانه اختياري بطرفيه الا ان يقال: هذا حكم تعدي فحينئذ يقال ايضا: لا يصيره عقدا، بل يجعله في حكم العقد كما لا يخفى. ويؤيده ايضا ظاهر قوله تعالى: كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين ان الله سميع عليم(١). ويؤيده ايضا قوله تعالى: يا ايها الذين آمنوا شهداء بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم(٢) الآية. فان ما كتب على الناس هو فعل الموصي مجردا لا مع قبول الموصى له، والا فهو مختار في القبول وعدمه في بعض الصور، وكذا قوله (حين الوصية اثنان) ومعلوم انه حين ايصاء الموصي يلزم حضور شاهدين عدلين لا حين القبول كما لا يخفى على من تدبر حق التدبر، هذا. مضافا الى ان المناط في كون شيء عقدا هو ان الاضافة المتحققة بايجاب الموجب ان كانت في تحققها محتاجة الى التصرف في سلطنة الغير كالملكية، حيث انها توجب بتمليك وتملك بعوض، فهو عقد والا فهو

(١) البقرة/١٨٠. ١٨١.

(٢) المائدة/١٠٦.

ايقاع وحصول الوصية ليست مفتقرة في تحققها الى التصرف في سلطان الغير، نعم حصول الملكية يحتاج الى القبول وهو غير تحقق اصل الوصية كما لا يخفى. ومضافا الى ان من المعلوم اتحاد مفهوم الوصية في جميع الموارد مع عدم احتياج بعض اقسامها اليه قطعا

كالوصية المتعلقة بتجهيزاته، والوصية للجهات العامة كالمساجد والربط وغيرها.
(مسئلة ١) بناء على ما ثبت من عدم احتياج الوصية الى القبول، هل تحتاج اليه في كون الموصى به ملكا للموصى له في الوصية التمليلية ام لا، بل يكون ملكا له قهرا عليه؟ وجهان من ان ظاهر قوله تعالى:
(فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه)(١) عدم الاحتياج حيث رتب احكامها اعني حرمة التبدل على مجرد الوصية للوالدين والأقربين فيستكشف به صيرورته ملكا له من غير احتياج الى شيء، (ومن) منافاته لتسلط الناس على اموالهم وانفسهم، الذي هو حكم عقلي جار في جميع الامور الا ما خرج بالدليل فيحتاج الى دخالة ما من الموصى له، وهذا اقرب.
وحيث، فهل يكفي عدم رده في ثبوت الملكية للموصى له كما نسب الى الشيخ الطوسي والعلامة واحد الاقوال الثلاثة للشافعية فلو رد مثلا يرجع الى ورثة الموصي حين الرد ام يحتاج الى الرضا؟ وجهان، ظاهر الآية الشريفة المذكورة هو الأول، لكن الثاني اقرب لعين ما ذكرنا على القبول بعدم احتياجه الى شيء، وهو منافاته للتسلط.
وحيث، فهل يحتاج الى انشاء القبول ام يكفي الرضا الباطني؟

(١) البقرة/١٨١.

الظاهر هو الثاني، وعلى التقدير الثاني هل يكون الرضا المنكشف بنحو الشرطي او الجزئية (وبعبارة اخرى) هل يكون بنحو الكشف ليكون شرطا او بنحو النقل ليكون جزءا؟ وجهان.
ويمكن ان يستكشف من حكمهم لزوم ارضاء الموصى له لو اتلف شخص العين الموصى بها بين الموت والقبول، ومن الحكم يكون الثمار الحاصلة من الشجرة بين الموت والقبول له ايضا كونه شرطا.
ثم لو قبل الموصى له لا يكون ما اوجده بقبوله جزءا لما اوجده الموصى بايصائه، بل يكون قبوله موجدا للملكية الفعلية له وايصائه موجدا لحق التملك له كما لا يخفى.
(مسئلة ٢-) يعرف مما بينا لك من معنى القبول، عدم كون القبول حال حياة الموصى مجددا، لانه اما لاجل تأثيره في تحقق الوصية وقد بينا توضيح فساد، واما لأجل تأثيره في كونه ملكا والمفروض انه متوقف على الموت، مضافا الى ان ما اوجده ايصائه، هو كون المنال صالحا، لان يملك بعد الموت بسبب القبول، فلو قبل قبل الموت لكان منافيا لمقتضى الايصاء والقبول.
ومن هنا يعلم عدم تأثير رده حال حياة الموصي، لأن الذي كان عبارة عن حالة نفسانية باق في نفس الموصي فلا يؤثر رده في رفعها، بل لو رده ومات حال حياة الموصي انتقل الحق الى الورثة بمقتضى اطلاق الرواية المتقدمة، المستفاد من ذيلها حيث قال: قال عليه السلام: من اوصى لأحد شاهدا كان او غائبا فتوفي الموصى له قبل الموصى فالوصية لو ارث الذي اوصى له الا ان يرجع في وصيته قبل موته(١).

(١) الوسائل باب ٣٠ ذيل حديث ١ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٠٩ .

(ان قلت): لو كان القبول او الرد حال الحياة غير مفيد، لما اثار اجازة الورثة بالنسبة الى ما زاد على الثلث كما ذهب اليه الشيخ (ره) وتبعه المتأخرون، بيان الملازمة ان الاجازة من الورثة بمنزلة القبول من الموصى له في كونها دخيلا في تحقق الوصية فاذا لم تجز الورثة لم تكن نافذة بالنسبة الى ما زاد من الثلث، فكما ان الاجازة مؤثرة فليكن القبول او الرد ايضا كذلك.

(قلت): بالفرق بين المقامين، فان اجازتهم الزيادة موجبة لتحقيق موضوع الوصية بحيث لو لم يجيزوا لم يتحقق الوصية التي يترتب عليها آثارها بخلاف قبول الموصى له، فانه لادخل له في تحققها اصلا كما لا يخفى فحينئذ يرجع البحث الى ان الدليل الدال على نفوذ اجازة الورثة هل هو مختص بما بعد الموت او يعم قبل الموت؟ والمسئلة مختلفة فيها بين العامة والخاصة، وتفصيل القول يأتي ان شاء الله تعالى، لكن تشير هنا مختصرا ليتضح المقصود، فنقول:

ذهب جماعة من العامة الى عدم نفوذ الاجازة حال الحياة مستدلين بعدم كون الثلث لهم حينئذ، وآخرون منهم الى نفوذها مستدلين الى ان انفاذها ليس باعتبار الملكية لهم، بل باعتبار انها تنتم لموضوع الوصية. وذهب الشيخ ابو جعفر الطوسي رحمه الله ومن تبعه الى النفوذ مستدلاً برواية منصور بن حازم، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل اوصى بوصية اكثر من الثلث وورثته شهود فأجازوا ذلك له؟ قال: جائز (١).

(١) الوسائل باب ١٣ حديث ٢ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٧٢

ورواية محمد بن مسلم، عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اوصى بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم ان يردوا ما اقروا به؟ فقال: ليس لهم ذلك والوصية جائزة عليهم اذا أقروا بها في حياتهم (١).

(مسئلة ٣) لو اوصى بعين لشخص ولمنفعتها الى مدة لآخر فقبل الأول دون الثاني، فهل ترجع الى الورثة باعتبار ان المانع من كونها موروثه وصية الموصى، فاذا ردها يرجع الى مقتضى قاعدة الارث، او ترجع الى الموصى له تابعة العين لان المنفعة تباعة للعين والمانع عن تابعيتها قد ارتفع برده (وبعبارة اخرى) قد ذكرنا آنفا ان الملكية الفعلية مسببة عن القبول، والايضاء يوجب كون الموصى به صالحا لان يملك، ومجرد رده لا يوجب خروجه عن الصالحية المذكورة، فيمكن ان يقال حينئذ برجوعه الى الموصى له العين.

ولكن فيه ان نفس تفكيك الموصى بين العين والمنفعة يوجب رفع اقتضاء التابعية، فاذا رده رجع الى الورثة (وبعبارة اخرى) تفكيك الموصى يوجب كونهما مالين مستقلين في نظر العرف فأيهما رد الوصية يرجع الى الميت ثم الى الورثة، فكما اذا رد صاحب العين ترجع اليهم، فكذا اذا رد صاحب المنفعة، وكيف

كان ففي المسئلة وجهان.
هذا كله في اصل موضوع الوصية.

(١) الوسائل باب ١٣ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٧١.

بقي الكلام في الاضافات الحاصلة بها

وهي اربعة (الأول) في الموصي، يشترط فيه امور (الأول) العقل وهو شرط قطعاً ولا يختص بها، بل هو معتبر في جميع العقود والايقاعات.
(الثاني) عدم الاغماء (الثالث) عدم الحجر (الرابع) البلوغ، والاختلاف واقع في غير الأولين سيما الاخير حيث ذهب جماعة من المتقدمين الى عدم اشتراط البلوغ، كالصدوق، والمفيد، والشيخ، وأبي الصلاح، ومن تبعهم استناداً الى روايات.
(منها) رواية زرارة، عن ابي جعفر عليه السلام، قال: اذا اتى على الغلام عشر سنين، فانه يجوز له في ماله ما اعتق او تصدق او اوصى على حد معروف وحق فهو جائز (١).
(ومنها) رواية عبد الرحمن بن ابي عبد الله، عن ابي عبد الله عليه السلام (في حديث) قال: اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته (٢).
(ومنها) رواية ابي بصير يعني المرادي على (٣) ما في الوسائل عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال: اذا بلغ الغلام عشر سنين واوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته، واذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (٤).
(ومنها) رواية عبد الرحمن بن ابي عبد الله، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: اذا بلغ الصبي خمسة اشبار أكلت ذبيحته، واذا بلغ عشر سنين جازت وصيته (٥).

- (١) الوسائل باب ٤٤ حديث ٤ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٢٩٤.
- (٢) المصدر حديث ٣ منه.
- (٣) هذه الجملة مني لا من الاستاذ.
- (٤) المصدر حديث ٢ منه ص ٢٨٤.
- (٥) المصدر حديث ٥ منه ص ٢٩٤.

(ومنها) رواية ابي بصير وابي ايوب، عن ابي عبد الله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصي؟ قال عليه السلام: اذا اصاب موضع الوصية جازت (١)، وغيرها من الأخبار.
فالمستفاد منها ان الصبي البالغ عشر سنين تنفذ وصيته اذا كانت بحق معروف وفي موضعها، بأن لم تكن سفهية فيخصص بها عموم الآية الشريفة: وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح، فان أنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم (٢) الآية.
وتوهم ان الآية لا عموم فيها كي تخصص فوصية الصبي غير داخله فيها من الأول فتخرج تخصصاً (مدفوع) بأنه من المعلوم انه ليس المراد صرف التصرفات الراجعة الى الأكل والشرب، بل كل ما هو مناف لحفظ المال فتخصص بالروايات، مع ان هذا التخصص ليس ببعيد بالنسبة الى مضمون الآية الشريفة، لأنها ناظرة الى لزوم حفظ مال اليتيم ووصية الصبي ليست مخالفة للحفظ لأنها راجعة الى ما بعد الموت.
ثم لا يخفى ان المخصص عام للسفيه ايضاً اذا وضع الوصية في موضعها، فوصية السفيه الغير البالغ جائزة بحكم الروايات، فكذا السفيه البالغ لعدم الدليل على خروجه بعد بلوغه بعد اطلاق الروايات، واما المفلس فلا مانع من صحة وصيته، غاية الأمر ان انفاذها موقوف على عدم بقاء حق للغرماء.

- (١) الوسائل باب ٤٤ حديث ٦ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٢٩٤.
- (٢) النساء/٦.

ومن الشرائط

التي ذكروها الحرية عند الوصية، وينبغي ان نصور الصور التي يمكن ان يقع وصية العبد عليها فنقول: وصية العبد اما ان تكون بالمال الشخصي، واما ان تكون ثبتت ماله وكل واحد منهما اما مقرون بأذن السيد واجازته، او لا، ثم اما ان يبقى رقا الى حين الموت او يصير رقا.

والقدر المسلم من عدم نفوذ وصيته هو ما اذا اوصى بعين شخصية او ثلث امواله مع عدم اذن السيد او اجازته باقيا على رقيته الى حين الموت، سواء قلنا بملكته ام لا.

واما اذا اوصى وقلنا بعدم ملكيته، فعن الجواهر عدم لزوم انفاذ الوصية حتى لو اجازها السيد ايضا، لان غاية ما يفيد الاجازة، هي ان المولى اجاز كون شيء من امواله مثلا لزيد بعد موت عبده، وهو لا يكون وصية لانها عبارة عن كون شيء ملكا للموصى له بعد موت نفسه لا بعد موت غيره.

وام اذا قلنا بملكته كما هو ظاهر بعض الروايات حيث اضاف المال الى العبد حيث قال: فانه وما له لمولاه الخ(١) واجاز السيد جازت وصيته ونفذت، سواء مات على رقيته او عتق ثم مات، واما لو عتق بعد الوصية وقبل الاجازة، فهل هي نافذة ام لا؟ وجهان (من) انه حال الوصية لم يكن قابلا لها والمفروض عدم اجازة المولى (ومن) ان الوصية معنى قائم في نفس الموصى الى حين الموت والمفروض عتقه قبل الموت وليس مسلوب العبارة مطلقا كالمجنون والمغمى عليه بحيث لم يترتب عليه اثر، ولذا كان تصرفاته كالاستدانة والتجارة وسائر المعاملات منسوبة اولا اليه ثم اليه، غاية الامر حيث كان سلطنة المولى على ماله ونفسه، استلزم ذلك تقدم سلطنة العبد في صورة المخالفة مادام لم يعتق اذ لم

(١) راجع الوسائل باب ٧٨ حديث ١ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٦٦.

يصر حرا قبل الموت والا فيكون مستقلا في ارادته، فالأقرب القول بالنفوذ.

ثم لا يخفى عدم اشتراط الاسلام بمقتضى الروايات الواردة كمكاتبة احمد بن هلال الى ابي الحسن عليه السلام يسئله عن يهودي مات واوصى لديانهم فكتب عليه السلام: اوصله الي وعرفني لانفذه فيما ينبغي ان شاء الله(١).

ومكاتبة علي بن هلال الى ابي الحسن علي بن محمد عليهما السلام: يهودي مات واوصى لديانه بشيء اقدر على اخذه هل يجوز ان اخذه فادفعه الى مواليك او انفذه فيما وصى به لليهود؟ فكتب عليه السلام: اوصله الي وعرفنيه لانفذه فيما ينبغي ان شاء الله(٢).

نعم لو اوصى للبيع والكناس او ترويح الكتب الضالة كالنوراة والانجيل ونحوهما لم تنفذ وصيته كما لا يصح ذلك لو كان الموصي مسلما ايضا.

(مسئلة ٤) من متفرقات الامامية انه من اكل شيئا فيه هلاكه عمدا بقصد الهلاك لم تصح وصيته لو مات بذلك: لما رواه الشيخ (ره) باسناده، عن احمد بن محمد، عن الحسن بن محبوب، عن ابي ولاد، قال: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: ن قتل نفسه متعمدا فهو في نار جهنم خالدا فيها، قيل له: رأيت ان كان اوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته؟ قال: فقال: ان كان اوصى قبل ان يحدث حدثا في نفسه من جراحة او قتل اجيزت وصيته في ثلثه، وان كان اوصى بوصية

(١) الوسائل باب ٣٥ حديث ٢ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤١٦.

(٢) المصدر حديث ٣ منه.

بعد ما احدث في نفسه من جراحة او قتل لعله يموت لم تجز وصيته(١).

وخالف في ذلك ابن ادريس (ره) بناء على اصله من عدم العمل بخبر الواحد.

ومن الشرائط ان لا يكون مكرها.

(الثاني) في الموصى به، وقد ذكرنا انه تارة يكون عملا واخرى غيره، اما الاول فاما ان يتعلق بيد الميت كتجهيزاته او يتعلق بماله او يتعلق بعمل الغير فهنا مسائل:

الاولى: لو اوصى بتجهيزاته على نحو مخصوص كما اذا اوصى مثلا ان يغسله او يكفنه او يصلي عليه شخص

خاص او يدفن في مكان مخصوص، فهل يجب العمل بهذه الوصية ام لا؟ الظاهر انه لا دليل على وجوبه الا ما دل على حرمة تبديل الوصية بعمومه المستفاد من قوله تعالى: فمن بدله بعد ما سمعه فاتما اثمه علنا الذين يبدلونه(٢) الآية بضميمة الغاء الخصوصية في المورد الذي هو الوصية بالخبر المفسر بالمال استنادا الى فهم العرف، نعم لا اشكال في استحباب ذلك نظرا الى ان هذا مقتضى كون المؤمنين اخوة.
(الثانية) على تقدير القبول فهل للوصي ان يزاحم اولوية اهل الميراث بذلك ام لا؟ (وبعبارة اخرى) هل يخصص ادلة اولوية اهل الميراث الدالة على انهم اولي بتجهيزاته؟
وذلك مثل رواية غياث بن ابراهيم الرزاعي، عن جعفر، عن ابيه،

(١) الوسائل باب ٥٢ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٤١ نقله عن الكليني والصدوق.
(٢) البقرة/١٨١.

عن علي عليهم السلام انه قال: يغسل الميت اولي الناس به(١).
ومرسلة الصدوق (ره) قال: قال امير المؤمنين عليه السلام: يغسل الميت اولي الناس به، أو من يأمره الولي بذلك(٢).
ومرسلة ابن ابي عمير، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: يصلي على الجنابة اولي الناس بها او يأمر من يحب(٣)، ومثله مرسله احمد بن محمد بن ابي نصر عنه عليه السلام(٤).
ورواية طلحة بن زيد، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: اذا حضر الامام الجنابة فهو احق الناس بالصلاة عليها(٥).
ورواية السكوني، عن جعفر، عن ابيه، عن ابيه عليه السلام قال: قال امير المؤمنين عليه السلام: اذا حضر سلطان من سلطان الله فهو احق بالصلاة عليها ان قدمه ولي الميت، والآ فهو غاصب(٦).
ورواية ثعلبة بن ميمون، عن زرارة انه سأل ابا عبد الله عليه السلام عن القبر كم يدخله؟ قال: ذاك الى الولي ان شاء ادخل وترا وان شاء شفعا(٧).
والأولى ان يقال: حيث لا معارضة بين ادلة العمل بالوصية وبين هذه الأدلة فالأرجح الاستيذان منهم فحينئذ يلزمون بمعنى انه يجب عليهم الاذن بعد الاستيذان جمعا بين الدليلين، نعم لو لم يأذن فهل له الاستقلال في العمل أم لا؟ فيه تأمل لم نجد دليلا عليه.
(ان قلت): تكفي الأدلة الدالة على عدم جواز الرد بعد الموت أو قبله

(١) و(٢) الوسائل باب ٢٦ حديث ٢١ من ابواب غسل الميت ج ٢ ص ٧١٨.
(٣) و(٤) و(٥) و(٦) الوسائل باب ٢٣ حديث ١٣ ص ٤٣٢ من ابواب الصلاة على الميت ج ٢ ص ٨٠١.
(٧) الوسائل باب ٢٤ حديث ١ من ابواب الدفن، ج ٢ ص ٨٥٠.

ولكن لم يصل الى الموصي الخير على ما هو المتراعى من كلمات الاصحاب او وصل اليه الخبر، ولكن لم يقدر الموصي على تعيين وصي آخر، كما عن المسالك والرياض، مثل رواية ربعي بن عبد الله، عن محمد بن مسلم، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: ان اوصى رجل الى رجل وهو غائب فليس له ان يرد وصيته، وان اوصى اليه وهو بالبلد فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل(١).
وروايته عن الفضيل بن يسار، عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل يوصى اليه؟ قال: اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها وان كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك اليه(٢).
ورواية سيف بن عميرة، عن منصور بن حازم، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: اذا اوصى الرجل الى اخيه وهو غائب فليس له ان يرد عليه وصيته، لأنه لو كان شاهدا فأبى ان يقبلها طلب غيره(٣).
ورواية ابن ابي عمير، عن هشام بن سالم، عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يوصي الى رجل بوصية فيكره ان يقبلها، فقال ابو عبد الله عليه السلام: لا يخذله على هذه الحالة(٤).
فهذه الروايات باطلاقها تدل على لزوم العمل بكل ما اوصى الا ما خرج بالدليل.
(قلت): نعم هذه الروايات تدل على وجوب القبول في الموارد المذكورة ان حملنا قوله عليه السلام: (ليس له ان يرد عليه وصيته) على الحكم الوضعي بمعنى انه في تلك الموارد يصير وصيا، سواء قبل ذلك أم

(١) و(٢) و(٣) و(٤) الوسائل باب ٢٣ حديث ٣٢١ ٤٣٢١ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٣٩٨ ٣٩٩.

لم يقبل كما هو ظاهر ذيل بعض تلك الروايات وهو قوله عليه السلام: (وان اوصى اليه وهو في البلد فذاك اليه ان شاء قبل وان شاء لم يقبل). لكنها واردة في مقام لزوم اصل الوصية وعدم لزومها، وساكنته من حيث سائر الموارد اللهم الا ان يقال: انها تشمل الامور المتعارفة وحينئذ يدخل التجهيزات ايضا ان كان متعارفا كالامور المذكورة. واما مثل ان يوصي بأن يقرأ شخص القرآن في كل يوم كذا سورة او كذا آية مثلا، فشمولها لمثله مشكل. وكيف كان فمن استظهر من هذه الروايات تعميم الحكم لكل وصية فله ان يفتي بذلك الا ما خرج بالدليل، ومن لم يستظهر ذلك يتوقف في الموارد المشكوكة والمتيقن ما ذكرناه، فتأمل. ثم لا يخفى ان تفصيل القوم بين الموت وغيره استنادا الى هذه الروايات التي لم يذكر فيها الموت، لا يستقيم الا بالغاء الخصوصية او بالفحوى بأن يقال: مثلا لو كانت الوصية ثابتة على الغائب مع كون الموصى حيا فعند موته اولى، او يقال: ان المناط عدم امكان تعيين الموصي وصيا آخر سواء كان بموت الموصي او بغيبه الوصي مع عدم وصول الرد اليه، او وصل اليه ولم يمكن له تجديد الوصية وتعيين وصي آخر، كما ربما يشعر قوله عليه السلام غيره(١)، وقوله في رواية الفضيل: وان كان في مصر يوجد فيه غيره وقوله عليه السلام في رواية المنصور: (لانه لو كان شاهدا فأبى ان يقبلها طلب غيره)(٢) فتدبر جيدا. (الثالثة) لو اوصى بكون ماله مضاربة بينه وبين صغاره من الورثة، فهل يلزم على الموصى اليه القبول ام لا؟ لا دليل عليه الا اطلاق الروايات

(١) و(٢) الوسائل باب ٢٣ حديث ٣٢١ و٣٢٢ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٩٨.

السابقة، نعم ان قبل وضارب وتلف المال من غير تفریط لم يضمن. كما يدل عليه رواية عبد الرحمن بن الحجاج عن خالد: (ابن بكير خ ل الوسائل) 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 ابي بعد وفاة ابي الى ابن ابي ليلى، فقالت: ان هذا يأكل اموال ولدي قال: فاقترضت عليه ما امرني به ابي، فقال ابن ابي ليلى: ان كان ابوك امرك بالباطل لم أجزه، ثم اشهد علي ابن ابي ليلى ان انا حررته فأتنا له ضمان فدخلت على ابي عبد الله عليه السلام فقضت عليه قصتي ثم قلت له: ما ترى فقال عليه السلام: اما قول ابن ابي ليلى فلا استطيع رده واما فيما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان(١).

(١) الوسائل باب ٩٢ حديث ٢ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٧٨.

يشترط في الموصى به امور

(الأول) سلطنة الموصى عليه اما بالملك او المنفعة او الحق، كحق التحجير ولا يشترط وجوده الفعلي، بل يصح الوصية بما سيوجد اذا كان له مولد (وبعبارة اخرى) اذا كان له اصل كالوصية بحمل الدابة والثمره مدة معينة او دائما.

وهل يحكم بنفوذها اذا لم يكن للموصى مال اصلاً أيضاً كالوصية بما سيملكه بالهبة او بالارث او غيرهما من اسباب حصول الملك ام لا؟ الظاهر انه لامانع لحكمهم من غير نكير بجواز الوصية بالثلث، وقالوا: ان المناط في الثلث حين الموت لا حين الوصية مع انه ربما لا يكون له عند الوصية مال اصلاً، ومع ذا يحكمون بصحتها ولزوم العمل بمقتضاها.

ولا يشترط المعلوماتية ايضاً، فلو اوصى بصبرة مجهولة جاز، ولا المقدرية على التسليم، فلو اوصى بالدابة الشاردة او العبد الأبق جاز ايضاً.

الثاني هل يعتبر التعيين ام لا؟ وجهان بل قولان بين العامة والخاصة فلو اوصى باحد العبدان او الشينين مثلا (فتارة) يوصى باعطاء احدهما، وحينئذ فلا مانع منها والتعيين بيد الوصي لا الموصى له، لان الموصى له هو احدهما وهو مستحق له فقط، واما خصوصية احدهما فهو بيد الوصي.

(واخرى) يوصى بكون احدهما ملكا له بعد موته حتى عن العلامة في التذكرة قولين (أحدهما) الصحة، لان الوصية تستلزم استحقاق الموصى له لما يوصى به، والمفروض انه اوصى بذلك فيستحق ما اوصى له (والثاني العدم) لان كل واحد من خصوصية احدهما ليس بموصى به على الفرض، والفرد المردد ليس له وجود في الخارج، والكلبي ليس ملحوظا حين الوصية فلا يمكن تعلق حق الوصية بشيء. واقرب الوجهين هو الأول، لما ذكرنا من استلزام الوصية استحقاق المطالبة من الوصي، غاية الأمر تعيينه بيده، وليس التشخص للخارجي شرطا في تحقق الوصية.

(الشرط الثالث) ان لا يكون زاندا على الثلث، فلو كان زاندا عليه يحتاج الى اجازة الورثة فهنا مسائل ثلاث (الأولى) جواز الوصية بالثلث (الثانية) عدم نفوذ الزائد عليه (الثالثة) نفوذ اجازة الورثة في الزائد.

(اما الاولى) فيدل عليها روايات (منها) رواية شعيب بن يعقوب، عن ابي بصير، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ما له من ماله؟ فقال: ثلث ماله، وللمرأة ايضاً (١).

(ومنها) مرسله مرآزم، عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الشيء ماله في مرضه؟ قال عليه السلام: ان ابان به فهو جائز وان اوصى به فهو من الثلث (٢).

(ومنها) رواية ابن ابي عمير، عن ابن سنان (٣) عن ابي عبد الله عليه السلام قال عليه السلام: للرجل عند موته ثلث ماله، وان لم يوص فليس على الورثة امضاؤه (٤).

ورواية علي بن يقطين، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام: ما للرجل من ماله عند موته قال عليه السلام: الثلث، والثلث كثير (٥).

(ومنها) رواية عبد الرحمن بن الحجاج، عن ابي عبد الله عليه السلام (في حديث): من اعتق وعليه دين، قال: قلت له عليه السلام: أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء؟ قال عليه السلام: بلى (٦) وغيرها مما يجده المتتبع.

(واما الثانية) اعني عدم نفوذ الزائد على الثلث فلا خلاف بينهم الا عند والد الصدوق فقال: بنفوذها في ماله كله استنادا الى رواية عمار الساباطي، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: الرجل احق بماله مادام فيه

(١) و(٢) و(٤) و(٥) و(٦) الوسائل باب ١٠ حديث ٢ ٤ ٨ ٧ ٩ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٣٦٢ ٣٦٣.
(٣) يعني عبد الله الوسائل.

الروح اذا اوصى به كله فهو جائز (١).

وهذه الرواية مضافا الى كونها شاذة رواية وفتوى، معارضة برواية عمار نفسه، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال عليه السلام: الميت احق بماله مادام فيه الروح يبين به، فان قال: بعدي فليس له الا الثلث (٢).

وبمرسله مرآزم، عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الشيء ماله في مرضه؟ قال عليه السلام: ان ابان به فهو جائز، وان اوصى به فهو من الثلث (٣).

مع انها قابلة للحمل على كونه مديونا قبل موته وكانت وصيته لاداء الدين او الاقرار بأن ماله ماله او الوصية بهبة الورثة مالهم له، وان كان في هذه المحامل كلها نظر كما سيأتي ان شاء الله تعالى.

وكيف كان، يدل على فتوى المشهور من عدم نفوذ اكثر من الثلث، روايات (منها) ما رواه محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال: كان امير المؤمنين عليه السلام يقول: لئن اوصى بخمس مالي احب الي من اوصى

بالربيع، ولئن اوصى بالربيع احب الي من (أن) اوصى بالثلث ومن اوصى بالثلث فلم يترك وقد بالغ الحديث(٤).
(ومنها) ما رواه حماد بن عثمان، عن ابي عبد الله عليه السلام قال من اوصى بالثلث فقد ضر بالورثة
والوصية بالربيع والخمس افضل من الوصية بالثلث، ومن اوصى بالثلث فلم يترك(٥).

-
- (١) الوسائل باب ١١ حديث ١٩ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٣٧٠.
(٢) الوسائل باب ١١ حديث ١٢ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٧٠.
(٣) الوسائل باب ١٠، حديث ٤ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٣٦٢.
(٤) و(٥) الوسائل باب ٩ حديث ٢١ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٣٦٠.

(ومنها) ما رواه مسعدة بن صدقة، عن جعفر، عن ابيه عليهما السلام قال: لئن اوصى بالخمس احب الي من
ان اوصى بالثلث، ومن اوصى بالثلث فلم يترك شيئاً(١).
وهذه الروايات وان أمكن ان يخدم فيها بانها لا تدل على حرمة الوصية بالزائد عن الثلث باحتمال ارادة
الكراهة منها الا انه خلاف الظاهر ولا سيما بالنسبة الى بعضها حيث انه عليه السلام سنل عن كمية ما اوصى
الرجل فأجاب بالثلث.
(وبعبارة اخرى) قد يكون الخبر سوآلا وجوابا في مقام تحديد موضوع الوصية، مثل ما رواه سماعة، عن ابي
بصير، عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل، له الولد، يسعه ان يجعل ماله لقرابته؟ قال: هو ماله يصنع به
ما شاء الى ان يأتيه الموت، قال: فان اوصى به فليس له الا الثلث(٢) فانه في مقام بيان ان مازاد عليه لا يكون
نافذاً، بناء على ماتقدم من لفظة (ليس له الخ) حكم وضعي لا تكليفي وهذا واضح.
(واما الثالثة) وهي ان الورثة ان اجازوا في الزائد نفذت الوصية فيدل عليه روايات (منها) ما رواه محمد بن
يعقوب، عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، قال: كتب احمد بن اسحاق الى ابي الحسن عليه السلام ان
درة بنت مقاتل توفيت وتركت ضيعة اشقاصا في مواضع واوصت لسيدنا في اشقاصها بما يبلغ اكثر من الثلث
ونحن اوصياؤها واحببنا انهاء ذلك الى سيدنا، فان امرنا بامضاء الوصية على وجهها امضيهاها، وان امرنا
بغير ذلك انتهينا الى امره
في جميع ما

-
- (١) الوسائل باب ٩ حديث ٣ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٣٦١.
(٢) الوسائل باب ١٠ حديث ٦ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٦٣.

يأمر به ان شاء الله؟ قال: فكتب عليه السلام بخطه: ليس يجب لها في تركتها الا الثلث وان تفضلتم وكنت انتم
الورثة كان جائزا لكم ان شاء الله(١).
(ومنها) ما رواه علي بن عقبة، عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل حضره الموت فأعتق مملوكا 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(٢).
(ومنها) ما رواه حريز، عن محمد بن مسلم، عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اوصى بوصية وورثته
شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم ان يردوا ما اقروا به؟ فقال: ليس لهم ذلك،
والوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حياته(٣).
بتقريب ان قول الراوي: (فأجازوا ذلك) بضميمة سكوت الامام عليه السلام ما يدل على كون الوصية ازيد من
الثلث، والا فالوصية بالثلث غير محتاجة الى اجازتهم كما لا يخفى.
ويظهر هذا المعنى مما رواه منصور بن حازم، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اوصى بوصية
اكثر من الثلث وورثته شهود فأجازوا ذلك له؟ قال: جائز(٤).

(١) و(٢) الوسائل باب ١١ حديث ٤١ من كتاب الوصايا، ص ٣٦٤ و ٣٦٥.
(٣) و(٤) الوسائل باب ١٣ حديث ٢١ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٣٧١ و ٣٧٢، وفي الوسائل بعد نقل الثاني قال: قال ابن رباط: وهذا عندي على انهم رضوا بذلك في حياته واقرؤا به (انتهى) يعني بابن رباط: علي بن الحسن بن رباط الراوي عن منصور بن حازم.

فرع

لو اوصى بجميع ماله، فهل يحمل على ان الميت كان مديونا للموصى له او كان ابتداء وصية للورثة بان يهبوا مالهم للموصى له فيحكم حينئذ بنفوذها ام لا، بل يحكم ببطانها بالنسبة الى الزائد على الثلث مع عدم اجازة الورثة؟ وجهان.
ظاهر (١) الرياض بقريئة حمله كلام والد الصدوق القائل بنفوذ الوصية بجميع المال وكذا حمل ما عن الفقه الرضوي الآتي، على امكان ان لا يريد الموصي الوصية، ذلك.
قال في الرياض بعد نقل الفقه الرضوي: (فان اوصى بماله كله فهو اعلم بما فعله) ويلزم الوصي انفاذ وصيته على ما اوصى عليه ما هذا لفظه: (ويحتمل عبارة المخالف كالرضوي لما يلتزم مع فتوى العلماء بان يكون المراد به يجب على الوصي صرف المال الموصى به بجميعه على ما اوصى به من حيث وجوب العمل بالوصية وحرمة تبديلها بنص الكتاب والسنة، وانما جاز تغييرها اذا علم ان فيها جوازاً ولو بالوصية بزيادة عن الثلث، وهو بمجرد احتماله غير كاف، فلعل الزيادة عنه وقعت الوصية بها من دون حيف اصلا كان وجبت عليه في ماله باحد الاسباب الموجبة له والموصى اعلم به، وهذا غير جواز الوصية بالزيادة تبرعا، وحاصله انه يجب على الوصي انفاذ الوصية مطلقا ولو زادت عن الثلث لاحتمال وجوبها في ماله الا ان يعلم يكون الوصية تبرعا فلا يمضي منها الا الثلث كما عليه العلماء، وهذا التوجيه ان لم نقل بكونه ظاهرا من عبارته فلا اقل من

(١) هذا مبتدأ خبره قوله: ذلك.

تساوي احتماله لما فهموه منها فنسبتهم المخالفة اليه ليس في محله (انتهى كلامه رفع مقامه).
ولكن يرد عليه انه خلاف اليد وخلاف الأصل، لان الاصل عدم كون الموصي مديونا والاصل عدم استحقاقه، والاصل عدم وجوب رد تمام المال على الوصي، فيشكل حينئذ الحكم بلزوم العمل على الورثة باعطاء جميع المال للموصى له، فتأمل.
(مسئلة ١) يقدم الكفن على الديون، وهي على الوصية، وهي على الارث، ويدل عليه ما رواه محمد بن يعقوب (ره)، عن علي بن ابراهيم، عن ابيه، عن النوفلي، عن السكوني، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: اول شيء يبدا به من المال، الكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث (١).
وما رواه محمد بن قيس، عن ابي 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) وغيرهما من الروايات كرواية الفضل بن الحسين الطبرسي (ره) في مجمع البيان عن امير المؤمنين عليه السلام في تفسير قوله تعالى: (من بعد وصية توصون بها او دين): انكم لتقرأون في هذه الوصية قبل الدين وان رسول الله صلى الله عليه وآله

(١) الوسائل باب ٢٨ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٠٦.
(٢) الوسائل باب ٢٨ حديث ٢ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٠٦ وسنده هكذا: علي بن ابراهيم، عن ابيه، وعدة من اصحابنا، عن سهل بن زياد، جميعا، عن ابن ابي نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس.

قضى بالدين قبل الوصية (١).

ثم اعلم ان التقديم انما هو حق الميت لا حق الغرماء في الدين، فحق الكفن او الدين يخرج من الاصل.
ثم الضابط في كون شيء ديناً اعتباره في الأدلة نحو اعتبار الدين ولو كان من فرائض الله عز وجل كالحج، فان اعتباره في لسان الآية اعتبار الدين، قال الله تعالى: والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً (٢) وقال تعالى: انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية (٣) وقال عز وجل: واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله

خمسه وللرسول ولذي القربى(٤)، هذا في الواجبات المالية.
واما الواجبات البدنية، كالصلاة والصوم والحج المندوب، فهل هي من الأصل او من الثلث؟ فيه خلاف.
وقد استدلت على كونها من الاصول بوجوده (الأول) الاجماع المنقول والشهرة المحققة (ثانيها) ما رواه
الخثعمية من أمر النبي صلى الله عليه وآله اياها بالحج عن ابيه، وقال لها: فدين الله احق ان يقضى(٥).
ورواية معاوية بن عمار، قال: أوصت الي امرأة من اهل بيتي

(١) الوسائل باب ٢٨ حديث ٥ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٠٧، والآية في النساء ١٢.

(٢) آل عمران/٩٧.

(٣) التوبة/٦٠.

(٤) الأنفال/٤١.

(٥) المستدرک باب ١٨ حديث ٣ من ابواب وجوب الحج ج ٢ ط قديم ص ٥ وليس فيه: (أن يقضى).

بثلث(١) مالها وامرت ان يعتق عنها ويحج ويتصدق فلم يبلغ ذلك فسألت أبا حنيفة فقال: يجعل ذلك اثلاثا، ثلثا
في الحج، وثلثا في العتق، وثلثا في الصدقة، فدخلت على ابي عبد الله عليه السلام فقلت له: ان امرأة من اهل
بيتي ماتت وأوصت الي بثلث مالها وأمرت أن يعتق عنها ويحج ويتصدق فنظرت فيه فلم يبلغ، فقال: ابدأ
بالحج فانه فريضة من فرانس الله عز وجل، واجعل ما بقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة فأخبرت أبا
حنيفة قول أبي عبد الله عليه السلام فرجع عن قوله وقال بقول أبي عبد الله عليه السلام(٢).
وبهذا المضمون عدة روايات اخر وفي بعضها: (ابدأ بالحج فانه مفروض)(٣).
(الرابع) من أدلة تقديم الواجبات البدنية من الأصل الاعتبار، وهو ان كون الوارث وارثا للتركة لكونه كالميت
وقانما مقامه، فهو ما دام الاحتياج (يعني احتياج الميت) ممنوع من التصرفات في التركة والمفروض ان
الواجبات البدنية مما يحتاج اليه الميت، فبعد رفع الاحتياج ينتقل ما بقي من المال الى الورثة فتأمل، فكما يكون
الواجب المالي مقدما على

(١) في بعض النسخ (بمالها) وما نقلناه هو أصح النسخين على ما أفاده سيدنا الأستاذ الأكبر (قده) استنادا الى انه هو الموجود في
كتب المتقدمين التي هي المناط في ترجيح النسخ.

(٢) الوسائل باب ٦٥ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٥٥.

(٣) الوسائل باب ٦٥ حديث ٢ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٥٦٤، أقول: وفي بعضها: ان كان عليها حجة مفروضة فان ينفق ما
أوصت به في الحج احب الي من ان يقسم في غير ذلك، المصدر حديث ٤.

الارث فكذا الواجب البدني لاشتراكهما في كونهما مما يحتاج اليه الميت.

هذا ملخص ومحصل ما استدلت به للقول بأنها من الأصل.

(وفيه) ان الاجماع المنقول المدعى ممنوع فانه توهم من عبارة الغنية، وهي هذه: قال في الغنية: والواجب
منها البداية بالاقرار على جهة الجملة بما أوجب الله (الي ان قال): ثم الوصية بقضاء ما عليه من حق واجب
دين ديني او دنيوي ويخرج ذلك من اصل التركة ان اطلق ولم يقيد بالثلث (الي ان قال): والوصية المستحبة
والمتبرع فيها محسوبة من الثلث (الي ان قال): ومن اوصى بوصايا من ثلثه وعين فيها الحج وكان عليه حجة
الاسلام قدم الحجة، لأن الحج واجب الخ، ثم ادعى الاجماع في أواخر عبارته، ولا يعلم ان هذا الادعاء هل
يرجع الي جميع ما ذكره من اول احكام الوصية او يرجع الي الحكم الأخير منها.

مضافا الي انه لم يعلم ان المراد من قوله (ره): (دين ديني او دنيوي الخ) مطلق الواجبات البدنية والمالية أم
خصوص المالية، فيحتمل ان يكون قوله (ره): (ديني) اشارة الى الحج والزكاة والخمس التي امر بها الشارع،
ومع ذلك هي دين على المكلفين كما مر من ان اعتبارها في ادلتها على نحو الدينية.

واما رواية الخثعمية ونحوها مما اطلق فيه الدين وانه بقول مطلق مقدم على الوصية والارث، فيمكن ان يقال:
ان سؤال النبي صلى الله عليه وآله منها بأتك هل تقضي عن ابيك ما يكون دينا عليه، مشعر بأن، الحج ليس
دينا حقيقيا فاحتيج الى التنظير بالدين والا فلا وجه لتفريعه عليه السلام لزوم الحج من الأصل بقوله صلى الله
عليه وآله: (فدين الله احق ان يقضى) كما لا يخفى على المتأمل.

ويؤيد عدم كون الحج دينا حقيقيا قوله عليه السلام في بعض الأخبار: (ان الحج بمنزلة الدين)(١) سلمنا كونه
دينا، لكن لا يلزم منه ان يكون مطلق الواجبات كذلك.

واما رواية معاوية بن عمار، فموردها الثلث أولا، والوصية بالحج ثانيا (٢) والكلام انما هو في تقديم الواجب بما هو واجب لا بما هو وصية، والتعليل انما يفيد لعدم كون الغير الواجب مقدما على الواجب فيما اذا اوصى بأمر متعدد كما سيأتي ان شاء الله تعالى (٣).

(مسئلة ٢-) قد تقدم ان التقدم في بعض الامور حق للميت، واما الاجازة، فهل هي تنفيذ للوصية او انها هبة ابتدائية من الورثة كما ذهب اليه جماعة من العامة ويتفرع عليها على ما نقل عن العلامة ان الوارث ان كان محجورا ولو من الحاكم لم يكن له الاجازة على الثاني دون الأول.

وفيه انه قد مر ان تحقق الوصية في الفرض يحتاج الى أمرين (احدهما) انشاء الموصي (ثانيهما) اجازة الوارث فحينئذ يكون للوارث سلطان على هذا المال، والمفروض ان الحاكم قد حجره بالنسبة الى اعمال السلطنة في هذا المال، فيمكن ان يقال: ان ادلة الحجر تعم ذلك فلا يجوز له الاجازة مطلقا حتى على القول بأنها تنفيذ، وكيف كان ففي هذا الفرع مطلقا وجهان.

(١) راجع باب ٢٩ حديث ١ من أبواب وجوب الحج ج ٨ ص ٥٢ وفيه: (انما هو يعني الحج مثل دين عليه).
(٢) والتعبير بان الحج احب الي الخ الدال على عدم تعين الحج ايضا كما تقدم في بعض الاخبار ثالثا.
(٣) في المسئلة التالية اللاحقة.

(مسئلة ٣) لو اوصى بأمر متعدد (فاما) ان يكون كلها واجبة (أو) يكون كلها مندوبة (أو) يكون بعضها واجبا وبعضها مندوبا.

فان كانت واجبة (فاما) ان يكون واجبات مالية او بدنية او مختلفة، فان كانت مالية تخرج من الأصل، وان كانت بدنية تخرج من الثلث على الأقوى، كما مر بيانه، وان كانت مختلفة، فالمالية من الأصل، والبدنية من الثلث.

وان كانت مندوبة يقدم ما ذكره أولا ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع وهكذا، حتى يتم الثلث والنقص وورد على الأخير.

ويدل عليه ما رواه الصدوق (ره) باسناده، عن الحسن بن محبوب، عن أبي جميلة، عن حمران، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل اوصى عند موته، وقال: اعتق فلانا وفلانا حتى ذكر خمسة فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلاثة أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعقدهم، قال: ينظر الى الذين سماهم وبدا بعقدهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه اول شيء ذكر ثم الثاني والثالث ثم الرابع ثم الخامس، فان عجز الثلث كان في الذين سمى الأخير لانه اعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك (١).

وان كان بعضها واجبا وبعضها مندوبا يخرج الواجب من الأصل ان كان ماليا، والمندوب من الثلث. ولو كان الواجب بدنيا ففي تقديم الواجب ولو كان متأخرا في الوصية

(١) الوسائل باب ٦٦ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٥٧، ورواه الكليني (ره) أيضا بسندين، وكذا الشيخ بسندين كل واحد منهما ينتهي الى ابن محبوب فهو خير مصحح.

أو يقدم ما بدأ في الموصى فيها ولو كان مندوبا؟ وجهان ينشآن (من) قوله عليه السلام في رواية معاوية بن عمار: ابدأ بالحج فانه فريضة من فرائض الله (٢) وهو ظاهر في ان الواجب بما هو واجب مقدم على غيره مطلقا، وتقيد بالواجب المالي خلاف ظاهر التعليل (ومن) ظاهر قوله عليه السلام في هذه الرواية، لانه اعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك، فانه ظاهر في ان الواجب اذا كان متأخرا بحيث لا يكفيه الثلث لا يكون مشمولاً لأدلة وجوب العمل بالوصية فلا تكون نافذة.

لكن تقديم الواجب هو المتعين، لانه هو المشهور كما نقل عن الشيخ (ره) في المبسوط وابن ادریس في السرائر، والعلامة في القواعد، والتحرير، والارشاد، والمحقق في الشرايع والنافع، ثم نقل عن الشيخ (ره) في النهاية، والمفيد (ره) في المفتحة، والصدوق (ره) في المفتحة انهم عبروا عن هذه المسئلة بمورد رواية معاوية بن عمار، والمسئلة تحتاج الى استقراء تام فتأمل جيدا.

(مسئلة ٤) في ان منجزات المريض هل هي من الثلث او من الأصل قولان، لا بد أولا من بيان محل النزاع ثم ذكر ادلة الطرفين واختيار احدهما ثانيا، فنقول:

(يعون الله الملك العلام): مقتضى الأصل في التصرفات الراجعة الى ما بعد الموت عدم النفوذ مطلقا الا ما خرج لانتقال التركة الى الورثة بمجرد زهوق الروح فلا يجوز تصرف شخص في ملك آخر الا بالدليل، فلذا عبر في

بعض الأخبار بالتصدق حتى بالنسبة الى الثلث في قوله صلى الله

(١) الوسائل باب ٦٥ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٥٥.

عليه وآله: ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر أعماركم الخبر (١).
كما ان مقتضى الأصل في التصرفات قبل الموت، النفوذ، لأنه تصرف من اهله في محله فيمضي على القاعدة ما لم يقد دليل على عدم النفوذ.
نعم لو قيل: بأن الانسان يحدث لورثته في مرضه حق بالنسبة الى هذا المال مانع عن التصرف وهذا الحق يوجب حجب المالك عن التصرف يمكن ان يقال بعدم نفوذ تصرفاته الا من الثلث.
اذا عرفت هذا فنقول: لا اشكال في نفوذ تصرفاته من ثلثه بالنسبة الى ما بعد الموت، كما لا اشكال في جوازها ايضا من الاصل بالنسبة الى التصرفات التي لا يعقل ان تكون نافذة تارة وغير نافذة اخرى كالأكل والتداوي وامثال ذلك، ولا اشكال ايضا في التصرفات التي لها ما يحذاء في الخارج كالبيع بثمن المثل والاجارة بأجرة المثل والصلح بمثل مال المصالحة ونحو ذلك، ولا اشكال ايضا فيما اذا تصرف بالهبة والوقف والمحاباة مثلا في مرضه ثم برىء منه، وان امثال هذه التصرفات نافذة ايضا عوضها دون مثلها كالموقف والهبة والبيع المحاباتي بالنسبة الى المقدار الزائد مثلا، ولم يبرأ منه حتى اتصل موته به، نعم قد نقل عن العلامة في التذكرة قولان بالنسبة الى أصل المرض في انه هل يكون مطلق المرض المتصل بالموت، او المرض المخوف المتصل به؟ حكى عن الشافعي، التصريح بأن المراد، الثاني واختار العلامة في التذكرة الأول.
وكيف كان ففي أصل المسئلة خلاف بين العامة والخاصة فذهب

(١) المستدرک باب ٩ حديث ٤ من كتاب الوصايا، نقلا عن درر اللآلي عن معاذ بن جبل عن النبي صلى الله عليه وآله ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة في حسناتكم، ج ٢ طبع قديم ص ٥١٩.

العامة كلهم الا عن المسروق وهو ممن لا يعاؤون بخلافه الى ان منجزات المريض بالمعنى الذي ذكرناه من الثلث ففي الخلاف بعد الحكم بأنه اذا لم يكن منجزا فمن الثلث قال: وان كان منجزا مثل العتاق والهبة والمحاباة فلأصحابنا فيه روايتان (احديهما) انه يصح، والاخرى انه لا يصح وبه قال الشافعي وجميع الفقهاء (١) ولم يذكر في خلافا دليلنا على الأول، الأخبار المروية من طرق اصحابنا ذكرناها في كتابنا الكبير (٢) (انتهى).
وفي الرياض نقلا من السرائر العتق في المرض المخوف يعتبر عند بعض اصحابنا في الاصل، وعند الباقيين، في الثلث، وهو مذهب المخالفين (انتهى موضع الحاجة من كلامه (ره)).
واستدلوا عليه بما في سنن أبي داود والشافعي في كتابه الأم بما رواه ابو قلابة عن أبي المهلب، عن عمران بن حصين، ان رجلا أعتق ست أعبد عند موته ولم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وآله فدهاهم فجزءهم ثلاثة أجزاء فاعتق اثنين وأرق أربعة (٣).

(١) يعني بهم فقهاء العامة.

(٢) الخلاف ج ٢ ص ٣٨ من الطبع الحجري، ومراده من الأول انه اذا لم يكن منجزا فلا تغفل، ومراده بالكتاب الكبير، التهذيب وهو احد الكتب الأربعة وليس فيه استثناء المسروق من العام، ولعل الوجه ما اشار اليه سيدنا الأستاذ (قده) من عدم الاعتناء بخلافه، والله العالم.

(٣) سنن أبي داود ج ٤ باب فيمن اعتق عبدا لهم لم يبلغهم الثلث تحت رقم ٣٩٦١ طبع مصر والام: ج ٤ ص ١١٩.

وهذه الرواية وان كانت واحدة لكنهم رووها بطرق متعددة، وفي بعضها بعد قوله: وارق أربعة: وقال له قولاً شديداً (١)، وفي بعضها وقال يعني النبي صلى الله عليه وآله وسلم: لو شهدته قبل ان يدفن، لم يدفن في مقابر المسلمين (٢)، ويمكن ان يراد بقول: (وقال له قولاً شديداً) ما في النقل الأخير.
وكيف كان يدل الرواية بظاهرها على ان المنجز، يخرج من الثلث بعد الغاء خصوصية المورد وهو العتق فلا فرق بينه وبين غيره كالهبة او المحاباة وهو المطلوب.

وفيه مواقع للنظر كما لا يخفى (اما أولا) فانه لم يعلم ان عمران بن حصين موثق أم لا؟(٣)، بل نقل انه اسلم في اواخر عمر النبي صلى الله

(١) سنن أبي داود ج ٤ باب فيمن أعتق عبدا لهم لم يبلغهم الثلث، تحت رقم ٣٩٥٩.
(٢) سنن أبي داود ج ٤ باب فيمن أعتق عبدا لهم لم يبلغهم الثلث، تحت رقم ٣٩٥٨.
(٣) لكن تنقيح المقال للمحقق المتتبع ج ١ ص ١٩٧ قال الكشي: قال الفضل بن شاذان: ان من السابقين الذين رجعوا الى أمير المؤمنين عليه السلام ابو الهيثم بن التيهان (الى ان قال): وعمران بن الحصين الخ وفي ج ٢ منه ص ٣٥٠ نقلا عن جامع الاصول انه كان من فضلاء الصحابة وفقهائهم (الى ان قال): وعن الذهبي عمران بن حصين بن نعيد أسلم مع أبي هريرة، وكانت الملائكة تسلم عليه مات سنة اثنتين وخمسين (انتهى) فالرجل من الحسان بلا شبهة (انتهى ما في ج ٢ من التنقيح) وفي معجم الرجال للسيد الأية الخوني مذكوره ج ١٣ ص ١٣٩ ما يدل على كونه حسن الحال حسن العقيدة، فراجع.

عليه وآله، وقد احتاط في اعانة الأمير عليه السلام في حرب معاوية، ونقل ايضا ان ابا قلابة(١) فيه نصب يسير.

(واما ثانيا) فلم يعرف ولم يعلم كون عمران بن حصين في هذا النقل عارفا بخصوصية الواقعة كي يحكيها كما هي، ولم ينقلها عند معصوم عليه السلام كي يكون النقل عند المعصوم وسكوته تقريرا فتكون حجة لنا ولهم. (واما ثالثا) فلأنه متفرد في نقله هذه الرواية ولم توجد في الصحاح الستة عن غيره فيكشف عن عدم اعتبارها. (واما رابعا) كما يمكن ان تكون لفظة (عند) في قوله: (عند موته) قيدا لاعتاقه الانشائي بمعنى ان انشائه الاعتاق كان عند موته، غاية الأمر لما لم يكن ايجاد الانشاء قرب الموت حقيقة فلا بد ان يحمل على القرب المجازي، كذا يمكن ان تكون قيدا للاعتاق بمعنى ان انشائه وان كان في حال الموت، فإذا احتمل الأمران لم يجز الاستدلال سيما ظهوره في الثاني بقريئة استعمال لفظة (عند الموت) في غير واحد من الموارد في الوصية:

مثل رواية أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: ان اعتق رجل عند موته خادما له ثم اوصى بوصية اخرى اعتقت الخادم من ثلثه والغيت الوصية الا ان يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية(٢).
وصحبة عبد الرحمن بن الحجاج، قال: سنلني ابو عبد الله عليه السلام: هل يختلف ابن أبي ليلى وابن شبرمة؟ فقلت: بلغني انه مات

(١) الراوي عن أبي المهلب عن عمران.

(٢) الوسائل باب ٦٧ حديث ٣ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٥٨.

مولى لعيسى بن موسى فترك عليه ديننا كثيرا وترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم، فأعتقهم عند الموت فسألهم عيسى بن موسى عن ذلك فقال ابن شبرمة: أرى ان تستسعيهم في قيمتهم فتدفعها الى الغرماء، فانه قد اعتقهم عند موته فقال ابن أبي ليلى: أرى أن أبيعهم وادفع أثمانهم الى الغرماء فانه ليس له ان يعتقهم عند موته وعليه دين يحيط بهم الخبر(١).

الا ترى انه قد عبر في هذا الخبر بلفظة (عند موته) او (عند الموت) في ثلاثة مواضع مع ان الامام عليه السلام قد عبر في آخر هذا الخبر بقوله عليه السلام: اذا استوى مال الغرماء ومال الورثة او كان مال الورثة اكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على وصيته واجيزت وصيته على وجهها الخبر فيكشف ان استعماله لفظة (أعتق عند موته) في الوصية كان شايعا وتحقيق ذلك ان الاعتاق حيث يكون مسببا عن الانشاء، والقيد اذا ذكر في اللفظ يكون في الحقيقة قيدا للمسبب، لان القيودات في الكلام يكون دائما راجعا بحسب الحقيقة الى ما هو منشأ للآثار والأسباب بما لا تكون كذلك فيكون قوله: (عند موته في الحقيقة) قيدا لنفس العتق الخارجي، لكن حيث يكون حقيقة الاعتاق عند موته جيء هذا القيد على الظاهر للسبب وان كان في الواقع قيدا للمسبب وهذا نظير ما اذا رمى قبل طلوع الشمس فأصاب السهم عند طلوعها فقتله فيقال حينئذ قتل زيدا مثلا عند طلوع الشمس مع ان سببه قبل الطلوع، فتأمل.

(واما خامسا) فلازم ذلك عدم جواز التصرفات مطلقا، سواء كانت باتلاف أو شراء أدوية أو هبة أو عتق وأمثال ذلك، لأن المفروض انه اذا مرض الشخص يوجد للورثة حق بالنسبة الى مال الميت مانع عن تصرفاته فلا فرق في انواع التصرف مع ان الاجماع قام على جواز التصرفات

(١) الوسائل باب ٣٩ حديث ٥ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٢٣.

التي ليس لها نفوذ وعدم نفوذ وعلى جواز مداواته بشراء الأدوية وغيرها لمعالجته ولو كان مستغرقا لماله ولم يقل احد باعتبار اجازة الورثة.
بل اللازم على ما ذكره عدم جواز التصرف في الأعيان حتى في مثل البيع بثمن المثل والاجازة باجرة المثل وذلك لانه قد يتعلق مصلحة الورثة بابقاء الأعيان مع انه باطل بالضرورة.
(وأما سادسا) فمثل هذه الرواية لا تدل على ما ذهبوا اليه من كفاية مطلق المرض في صيرورة المريض محجورا عن التصرف في الزائد عن الثلث، فلا يصدق فيمن اعتق عبدا حال مرضه ثم مات بعد سنة او سنتين من ذلك المرض او غيره انه اعتقه عند موته كما هو ظاهر فانقدح بذلك كله عدم دلالة هذه الرواية على مدعاهم.
(واما الخاصة) فقد اختلفوا قديما وحديثا، فذهب المفيد وابن ادريس في السرائر، والسيدان، والفاضل الآبي في كشف الرموز، الى انها من الأصل، وذهب المحقق والعلامة، والشهيد، الى انها من الثلث، وادعى السيد أبو المكارم ابن زهرة (ره) في الغنية، الاجماع على كونها من الأصل، وكان المراد منه استكشاف رأي المعصوم عليه السلام
بالأخبار الواردة منهم عليهم السلام، وعليه يحمل الاجماع المدعاة في المسائل الفقهية أو الاصولية حيث انهم استكشفوا رأيه عليه السلام فكل يدعي الاجماع على مذهبه لا أنهم رأوا ان الفقهاء لا يختلفون في ذلك(١).

(١) كآته اشار الى ان ما أفاده شيخنا المحقق الانصاري (قده) في بحث اجماع الرسائل من ان الناقل قد ينقل ما استكشفه، وقد ينقل الكاشف.

واختلف كلام الشيخ (ره) فالمحكي عن المبسوط موافقة القول الثاني، وعن النهاية موافقة الأول، وذهب الى الأول الرياض، والى الثاني تلميذ المحقق أعني الفاضل الآبي.
وكيف كان فقد استدلل للأول بالأخبار الخاصة (منها) رواية علي بن عقبة بن خالد أو عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكا له ليس له غيره فأبى الورثة ان يجيزوا ذلك كيف الفضاء فيه؟ قال: ما يعتق منه الاثلثة(١).
ومعتبرة حسن بن جهم، قال: سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول في رجل أعتق مملوكا وقد حضره الموت واشهد له بذلك وقيمه ستمائة درهم وعليه دين ثلاثمائة درهم ولم يترك شيئا غيره قال: يعتق منه سدسه، لأنه انما له ثلاثمائة درهم وله السدس من الجميع، ويقضي عنه ثلاثمائة درهم من الثلاثمائة ثلثها (خ) (٢٠).
وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألتني ابو عبد الله عليه السلام: هل يختلف ابن أبي ليلى وابن شبرمة؟ فقلت: بلغني انه مات مولى لعيسى موسى، فترك عليه ديننا كثيرا وترك ممالك يحيط دنيه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألهم عيسى بن موسى عن ذلك فقال ابن شبرمة: أرى ان تستسعيهم في قيمتهم فندفعها الى الغرماء فانه قد أعتقهم عند موته فقال ابن أبي ليلى: أرى ان ابيعهم وادفع اثمانهم الى الغرماء فانه ليس له ان يعتقهم عند موته وعليه دين يحيط بهم، وهذا أهل الحجاز، اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير فلا يجيزون عتقه اذا

(١) الوسائل باب ١٧ حديث ١٣ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٨٤.

(٢) الوسائل باب ٣٩ حديث ٤ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٢٣.

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 عبد الله عليه السلام: فعن رأي أيهما صدر؟ قال: قلت: بلغني انه اخذ برأي ابن أبي ليلى وكان له في ذلك هو فباعهم وقضى دينه، فقال: فمع أيهما من قبلكم؟ قلت له: مع ابن

شبرمة وقد رجع ابن أبي ليلى الى ابن شبرمة بعد ذلك، فقال: أما والله ان الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلى وان كان قد رجع عنه الحديث(١).

فهذه الروايات تدل بظاهرها سيما بقرينة قوله: (فأعتقهم وقد حضره الموت) حيث قدم الاعتاق على حضور الموت في مقام الحكاية فيكشف كون المحكي أيضا كذلك على ان الاعتاق وما هو نظيره كالوقف ونحوه من التثت.

وهذا الاستدلال حسن لولا ورود الاشكال بإمكان كون المراد من الاعتاق حين حضور الموت، الاعتاق بعد الموت، لما هو المتعارف بين الناس سيما بين المتدينين منهم، من اعمال الأمور الراجعة الى ما بعد موتهم فيكون المراد حينئذ الوصية، فافهم.

ومما استدل به على المدعى ما رواه الشيخ (ره) باسناده عن الحسين بن سعيد، عن ابن أبي عمير، عن حماد، عن الحلبي، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق او بعضه فتبرنه منه في مرضها؟ فقال: لا(٢).

وعنه، عن عثمان بن عيسى، عن سماعة قال: سألته وذكر مثله.

(١) الوسائل باب ٣٩ حديث ٥ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٢٣.

(٢) الوسائل باب ١٧ حديث ٥١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٨٤.

وزاد: ولكنها ان وهبت له جاز ما وهبت له من ثلثها(١).

وما رواه الشيخ باسناده، عن علي بن الحسن، عن محمد بن علي، عن الحسن بن محبوب، عن أبي ولاد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين (دين ح) فتبرنه منه في مرضها؟ قال: بل تهبه له فتجوز هبتها له ويحسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئا(٢). وفيه سؤال الفرق بين الابراء والهبة حيث حكم عليه السلام بعدم جواز الاول وجواز الثاني، لأن المدعى ان للوارث حقا في التركة يمنع من تصرف المريض مطلقا، سواء كان بالابراء او غيره، فلا يمكن الاستدلال بهذه الروايات ايضا.

ومما استدل به على المدعى ما رواه الشيخ باسناده، عن يونس بن عبد الرحمن، عن زرعة، عن سماعة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده؟ فقال: اما اذا كان صحيحا فهو ماله يصنع به ما شاء، واما في مرضه فلا يصلح(٣).

وباسناده، عن الحسين بن سعيد، عن النضر بن سويد، عن القاسم عن جراح المدائني، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده يبيئه؟ قال عليه السلام: اذا اعطاه في صحته جاز(٤).

(وفيه) مضافا الى عدم دلالة قوله عليه السلام: (لا يصلح) على المدعى لامكان ارادة الكراهة امكان ارادة الحكم التكليفي بمعنى ان

(١) الوسائل باب ١٧ حديث ١٦ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٨٤.

(٢) الوسائل باب ١١ حديث ١١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٦٧.

(٣) الوسائل باب ١٧ حديث ١١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٨٤.

(٤) الوسائل باب ١٧ حديث ١٤ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٨٤.

فعله ذلك يورث عداوة بين الأولاد بعضهم مع بعض بحيث قد ينجر الى عدم اقدامهم على تجهيزاته فافهم. ومما استدل به ما رواه الشيخ باسناده، عن محمد بن علي بن محبوب، عن الحسين بن سعيد، عن القاسم بن محمد، عن علي بن أبي حمزة، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ان أعتق رجل عند موته خادما له ثم أوصى بوصية اخرى الغيت الوصية واعتقت الجارية من ثلثه الا ان يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية(١).

ورواه الكليني رحمه الله أيضا، عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد، عن القاسم بن محمد، عن علي بن أبي حمزة، عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام باختلاف يسير(٢).

(وفيه) ان قوله عليه السلام: (ثم أوصى بوصية) يمكن ان يكون قرينة على ان الأول كان باقيا ايضا بمعنى انه أضاف الى الأول وصية اخرى فيكون المعنى ان الوصية تعمل بها مادام الثلث وافيا فيعتق الجارية اما لكونه قد ذكر أولا، واما بناء على قول الشيخ (ره) بتقديم العتق من بين الوصايا، على غيره مطلقا.

ومما يمكن الاستدلال به على هذا المدعى ما رواه الكليني (ره) عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن علي بن النعمان، عن ابن مسكان، عن العلاء بن يسابري قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلا مالا، فلما حضرها الموت، قالت له: ان المال الذي دفعته اليك لفلانة، وماتت المرأة فأتى أوليائها الرجل،

(١) الوسائل باب ١١ حديث ٦ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٦٥.
(٢) الوسائل باب ٦٧ حديث ٣ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٥٨.

فقالوا: انه كان لصاحبتنا مال ولا نراه الا عندك فأحلف لنا ما لها من قبلك شيء أفيحلف لهم؟ فقال عليه السلام: ان كانت مأمونة عنده فليحلف لهم وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان فانما لها من مالها ثلثه(١).
وما رواه مسندا الى السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليهم السلام انه كان يرد النحلة في الوصية وما أقر به عند موته بلا ثبت ولا بينة(٢).
موضع الاستدلال في الأول قوله عليه السلام في ذيله: (فانما لها الخ) وفي الثاني قوله عليه السلام: (انه يرد النحلة في الوصية) بناء على ان معناه انه عليه السلام يرد العطية في الوصية ويجعلها منها ومن المنجزات، فتدل على ان الرجل لا يجوز له العطاء منجزا، بل يعطى من ثلثه (وفيه) انه لا دلالة في شيء منهما على كونه مريضا وتصرف في الزائد من الثلث مضافا الى ان الأول وكذا ذيل الثاني انما هو في الاقرار ولا ملازمة بين عدم كون الاقرار من الأصل، وبين عدم كون المنجزات منه، فان الاقرار بما هو اقرار لا يوجب تنقيص المال وخروجه من غير عوض، فانه ان كان ما أقر به ثابتا في الواقع فظاهرا لم يتصرف في شيء، وان لم يكن ثابتا فالكلام في حجية هذا الاقرار وعدمها ولا دخل لها في المنجزات أيضا، وهذا بخلاف المنجزات فانها اخرج للمال وتنقيص لمال الورثة.
وبهذا يندفع ما عن الجواهر من جعله الأخبار الواردة في ان

(١) الوسائل باب ١٦ حديث ٢ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٧٧.
(٢) الوسائل باب ١٦ حديث ١٢ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٨٠.

الاقرار يكون من الثلث مؤيدة بالأبواب الدالة بظاهرها على المدعى فتأمل جيدا.
وأما الادلة الدالة على كون المنجزات من الأصل فيدل عليه مضافا الى عدم الاحتياج الى الدليل لكفاية عمومات جواز التصرف في الأموال والتسلط على أموالهم وكونه محجورا بالنسبة الى الزائدة عن الثلث روايات.
(منها) رواية عمار الساباطي المروية بطرق متعددة عن أبي عبد الله عليه السلام انه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: صاحب المال أحق بماله ما دام فيه شيء من الروح يضعه حيث شاء كما في رواية ثعلبة بن ميمون، عن أبي الحسين الساباطي(١).
او الرجل أحق بماله مادام فيه الروح ان أوصى به كله فهو جائز كما في رواية عمر بن شداد الأزدي والسري جميعا عن عمار عنه عليه السلام(٢).
وفي رواية ابن أبي عمير، عن مرازم، عن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت: الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به؟ قال: نعم فان أوصى به فليس له الا الثلث(٣).
وفي رواية صفوان، عن مرازم، عن بعض اصحابنا (المحتمل كون هذا البعض هو عمار) عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه؟ فقال: اذا أبان به فهو جائز وان أوصى به فهو

(١) و(٢) و(٣) الوسائل باب ١٧ حديث ٤-٥ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٨٢.

من الثلث (١).

وفي رواية علي بن الحسن بن فضال، عن ابن أبي عمير، عن مرازم، عن عمار الساباطي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الميت احق بماله مادام فيه الروح، فان قال: بعدي فليس له الا الثلث (٢).
ورواه الصدوق (ره) باسناده، عن ابن أبي عمير الى آخر السند الا انه قال: فان تعدى.
وفي رواية يعقوب بن يزيد، عن ابن أبي عمير، عن مرازم، عن عمار الساباطي، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يجعل بعض ماله لرجل في مرضه؟ فقال: اذا ابانه فهو جائز (٣).
والحاصل ان الروايات الواردة، عن عمار، يحتمل قويا كونها رواية واحدة الا انها رويت بطرق متعددة بعضها ظاهر وبعضها صريح في كون المنجزات من الأصل.
ويدل عليه بظاها ما رواه الكليني (ره)، عن محمد بن يحيى وغيره، عن محمد بن احمد، عن يعقوب بن يزيد، عن يحيى بن المبارك عن عبد الله بن جبلة، عن سماعة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يكون له الولد أيسعه ان يجعل ماله لقرابته؟ قال: هو ماله يصنع ما شاء به الى ان يأتيه الموت (٤).
بل يكون صريحا فيه على ما رواه الكليني ايضا، عن محمد بن الحسين، عن عبد الله بن المبارك، عن عبد الله بن جبلة، عن سماعة، عن أبي بصير عن

(١) الوسائل باب ١٧ حديث ٦ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٨٢.

(٢) الوسائل باب ١١ حديث ١٢ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٦٧.

(٣) و(٤) الوسائل باب ١٧ حديث ١٠ ١١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٨١.

أبي عبد الله عليه السلام مثله وزاد ان لصاحب المال ان يعمل بماله ماشاء مادام حيا ان شاء وهبه وان شاء تصدق به وان شاء تركه الى ان يأتيه الموت، فان أوصى به فليس له الا الثلث الا ان الفضل في ان لا يضيع من يعوله ولا يضر بورثته (١).

فبناء على هذه الزيادة تكون الرواية صريحة في المطلوب كما لا يخفى.

ومما استدلت به على المدعى، ما رواه الصدوق باسناده، عن العلاء بن زرير، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية فكان أكثر من الثلث قال: يمضى عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي، ورواه الكليني (ره) عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن علي بن الحكم، عن العلاء بن زرير الخ، ورواه الشيخ (ره) باسناده، عن علي بن الحسن، عن علي بن أسباط، عن العلاء الخ (٢).
وما رواه أيضا، عن علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن ابي عمير، عن رجل كما في نسخة أو عن جميل كما في اخرى بل اكثر النسخ كما نقله صاحب الوسائل عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق ممالিকে في مرضه، فقال: ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق، وراه الشيخ (ره) باسناده عن علي بن ابراهيم الخ (٣).

(١) الوسائل باب ١٧ حديث ٢ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٣٨١.

(٢) الوسائل باب ٦٧ حديث ١ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٥٨.

(٣) الوسائل باب ٦٧ حديث ٤ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٥٩.

والحاصل ان هذه الرواية التي يحتمل ان تكون عين الرواية الأولى باعتبار ان محمد بن مسلم روى هذه الرواية مرة واحدة، غاية الأمر وقع الاشتباه في الذين يروونها عنه تارة عبر بقوله عن رجل واخرى عن جميل وكذا في المروي عنه تارة عبر ب (ابي عبد الله) واخرى ب (أبي جعفر عليهما السلام) ويحتمل التعدد والتكرار كما هو ظاهر تعدد المروي عنه.
وكيف كان فهذه الرواية اقوى ما يستدل سندا للقول يكون منجزات المريض من الأصل لأنه رواها جماعة كانوا فقهاء، بصراء متدينين، مثل (١) صفوان بن يحيى، وحسن بن محبوب، ومحمد بن خالد، وحسن بن علي بن فضال، وعلي بن اسباط، وعلي بن الحسن.
واما وجه الاستدلال فلأن ضمير (كان) في قوله: (وكان) أو (فكان اكثر من الثلث) اما ان يعود الى الايصاء المفهوم من قوله: (وأوصى) او الى (ما فعل) المفهوم من الكلام، وعلى التقديرين مضى العتق ونفوذه بقول مطلق دال على كون المنجز من الأصل.
(وفيه) انه ان كان مراد الراوي من هذا السؤال انه هل ينفذ خصوص هذا العتق ام لا؟ فضميمة الوصية اليه بل

ذكرها مقدما بقوله: (رجل أوصى بأكثر من الثلث) الى قوله: (واعتق) كالحجر المنضم الى جنب الانسان، فيكشف من هذا الجمع والضم ان السؤال انما وقع عن انه اذا اجتمع منجز كالعق و مؤخر كالوصية وكان كلاهما من الثلث فأيهما هو المقدم؟ وهل يدخل النقصان على الجميع كما عن أبي حنيفة أو على

(١) الروايات التي نقلناها بقولنا: وأما الأدلة الدالة على كون المنجزات من الأصل فلا تغفل فراجع حديث ٤ ٧ من باب ١٧ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٣٨٢ تجد هؤلاء الرواة التي عدها سيدنا الأستاذ الأكبر (قده).

المؤخر فقط، كما عن الشافعي وجماعة؟ فأجاب عليه السلام بأن النقصان يدخل على المؤخر لا المنجز. (وتوهم) انه حينئذ يدل باطلاقه على كون المنجز من الأصل، لأنه شامل لهذه الصورة أيضا (مدفوع) بعدم كونه عليه السلام في مقام بيان الحكم من هذه الجهة، بل أجاب عليه السلام عن الجهة التي بينها. والقرينة على ما ذكرنا قوله عليه السلام: ويكون النقصان فيما بقي حيث انه يدل على ان هناك نقصانا ويكون اللام في قوله عليه السلام(١): (ويكون النقصان فيما بقي) اشارة الى النقصان المعهود المرتكز عند المخاطب. بل يمكن دعوى العكس يعني انها دالة على ان المنجزات من الثلث لا من الأصل وذلك بعد التأمل فيما ذكره، فانه ان كان في ذهن الراوي كونها من الأصل وكان السؤال عن انه اذا كانت الوصية فقط زائدة عن الثلث فلا ينبغي ان يجب عليه السلام بما أجاب، بما المناسب ان يقول عليه السلام: ان الوصية بالنسبة الى الزائد عن الثلث غير نافذة، بل النافذ هو من الثلث فقط، فدلالة هذه الرواية على ان المنجزات من الثلث اظهر من دلالتها على المدعى. ومما استدلت له ايضا ما رواه محمد بن علي بن الحسين، باسناده، عن أحمد بن محمد بن عيسى(٢)، عن أبي همام(٣) اسماعيل بن أبي همام(٤)

(١) في رواية محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام لا عن أبي جعفر عليه السلام فلا تغفل.
(٢) موثق.
(٣) كان شيعياً موثقاً.
(٤) مجهول.

ابن عبد الرحمن بن ميمون(١) بن أبي عبد الله، عن أبي الحسن(٢) عليه السلام في رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته وأعتق مملوكا وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث كيف يصنع به في وصيته؟ قال عليه السلام: يبدأ بالعق فينفذه(٣).
وجه الاستدلال ان قوله: (اعتق مملوكا) اما ان يكون جزءا للوصية، أو لا، وعلى الثاني اما ان يكون المراد من قوله: (وكان جميع ما أوصى به أكثر من الثلث) خصوص الوصية او هي مع العقق.
(فعلى الأول)(٤) اما ان يكون وجه التعبير عن العقق المنجز بالوصية كون العقق الواقع قرب الموت بمنزلة الوصية في كونه واقعا بعد الموت، او من باب التغليب (وعلى الثاني)(٥) يكون قوله: (جميع ما أوصى به) مستعملا في معناه الحقيقي (وعلى الثالث)(٦) يكون مجازا باحدى العلاقتين المجاورة والتغليب.
فعلى تقدير كون قوله: (اعتق مملوكاً) أمراً منجزاً غير الوصية كما هو ظاهر تفصيل الراوي في السؤال بين العقق وغيره، يكون نفوذ العقق بقول مطلق، سواء كان زائداً على الثلث أم لا، دليلاً على كون المنجزات من الأصل.

(١) كان شيعياً موثقاً.
(٢) الظاهر انه الرضا عليه السلام.
(٣) الوسائل باب ٦٧ حديث ٢ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٥٨٤.
(٤) يعني كون العقق جزءاً للوصية.

(٥) يعني عدم كونه جزءا للوصية.
(٦) يعني كون العتق الواقع قرب الموت الخ.

(وفيه) انه من المحتمل قويا كون العتق ايضا من الوصايا فالحكم بتقدمه حينئذ يمكن ان يكون بناء على قول الشيخ أبي جعفر الطوسي رحمه الله من كون العتق مقدا على سائر الوصايا. ويؤيد هذا الاحتمال قوله: (كيف يصنع به في وصيته)؟ حيث اطلق على جميع ماله الوصية وكذا يؤيده جوابه عليه السلام بقوله: (يبدأ بالعتق) فان التعبير بالابتداء انما يصح في مورد يكون المبتدأ والمؤخر في رتبة واحدة من حيث الحكم لا من حيث الطبع كما في صورة اجتماع المنجز والمعلق، فلا يقال: يبدأ بالمنجز فتأمل. وعلى تقدير ان يكون المراد من العتق، العتق المنجز، فنقول: اما ان يكون الراوي عالما بحكم الوصية والمنجز معا أو لا يكون عالما بواحد منهما او يكون عالما بحكم احدهما دون الآخر، فالاقسام حينئذ اربعة فنحن نتكلم في مقام الثبوت على كل واحد من التقادير وتطبيق الرواية على أظهر الأقسام. (الأول) ان الراوي كان عالما بأن المنجز يخرج من الأصل والوصية من الثلث فيكون حاصل السؤال حينئذ ان رجلا أعتق عبدا، منجزا، وأوصى بأكثر من الثلث كيف القضاء بالنسبة الى الوصية فبعد فرض كون حكم المملوك معلوما بأنه من الأصل، يصير حاصل السؤال راجعا الى الوصية. فحينئذ يرد على هذا الفرض ان ضم العتق في السؤال الى الوصية غير مناسب، مضافا الى عدم ارتباط الجواب للسؤال، لأن حق الجواب حينئذ، هو ان الوصية بالنسبة الى الثلث نافذة دون الباقي فلا معنى لقوله: يبدأ بالعتق.

(الثاني) من الصور الأربعة ان يكون حكم المنجز كالصورة السابقة معلوما دون الوصية، فيرجع السؤال الى الوصية فقط.

ويرد عليه ايضا الاشكال على الأول، مضافا الى كون هذا الفرض في نفسه بعيدا بالنسبة الى الرواة السائلين الذين كانوا في أواخر القرن الثاني مثل اسماعيل بن همام مثلا.

(الثالث) ان يكون الراوي جاهلا بحكم المنجز، عالما بحكم الوصية بانها من الثلث فيصير حاصل السؤال: هل العتق المنجز من الأصل او الثلث.

ويرد عليه ان المناسب ان يجيب انه من احدهما المعين مثلا لا ان يجيب بقوله: (يبدأ بالعتق) فان الظاهر من لفظة (يبدأ) ان العتق والوصية مشتركان في كونهما موردين للثلث، غاية الأمر كان الترديد والسؤال في التقديم والتأخير.

(الرابع) ان يكون الراوي عالما بان المنجز من الثلث، والمعلق ايضا منه ولكن وقع له الاشتباه عند اجتماعهما فيصير حاصل السؤال بعد فرض كونهما من الثلث ان أيهما يقدم عند تزامهما عملا فجوابه عليه السلام حينئذ بقوله: (يبدأ بالعتق) مناسب ويستقيم مع السؤال فيحينئذ يستكشف من هذا ان المرتكز في اذهان الاصحاب كون المنجز من الثلث لا من الأصل، فيشكل العمل بالأخبار الدالة على كونه من الأصل وترجيحها على الأخبار الدالة على كونه من الثلث.

والحاصل ان الروائين من الطرفين متعارضتان، ولذا ترى الشيخ ابا جعفر الطوسي رحمه الله مترددا في المسئلة تارة في الخلاف واخرى في النهاية فراجع الوصايا والعتق والهبة منهما. فلا محيص عن الرجوع الى المرجحات واولها الشهرة (١).

وقد يتوهم عدم التعارض بينهما، فان الاعتاق الوارد في روايات متعددة مثل عمران بن حصين، وعقبة بن خالد، وعلي بن عقبة بن خالد وحسن بن جهم، وعبد الرحمن بن حجاج، وأبي بصير، ومحمد بن مسلم (٢) يراد به انشاء العتق عند الموت بحيث يكون القيد (٣) قيذا للهيئة لا المادة.

(وفيه) انا وان قلنا هذا عند توجيه رواية عمران بن حصين (٤) ردا على العامة، الا ان العمدة هو ضعف سندها او مجهوليتها، وانفراده بهذا النقل والا فهو خلاف المتفاهم العرفي فانهم يفهمون من نحو قوله: (اعتق عند موته) ان الاعتاق كان عند موته لا انشاء العتق بعد الموت.

وكذا قوله عليه السلام في رواية حماد عن الحلبي (٥) في مسئلة الأبراء (لا ولكنها ان وهبت له جاز الخ) ظاهر في الهبة الفعلية لا الاستقبالية.

وكذلك في رواية سماعة وجراح المدائني (٦) حيث فصل بين الصحة والمرض وحكم بالجواز في الأول وعدمه في الثاني.

وكيف كان فلا جمع عرفيا بين قوله: (اعتق عند موته) في عدة روايات وقوله عليه السلام (صاحب المال احق بماله مادام فيه شيء من الروح) من

- (١) وقد عرفت عند نقل أقوال الخاصة انه ليس هناك شهرة على احد الطرفين بل كل يدعي الاجماع على مذهبه فراجع.
 (٢) قد تقدم كل واحد منهما عند نقل الأخبار من الطرفين فلا حظ.
 (٣) يعني قيد عند العتق.
 (٤) المنقولة من سنن أبي داود كما تقدم.
 (٥) و(٦) الوسائل باب ١٧ حديث ١١١٥ ١٤ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٨٤.

حيث الدلالة فينحصر الجمع من حيث العدد والسند.

فالروايات الدالة على خروج المنجز من الأصل ترجع الى روايتين (احدهما) رواية عبد الله بن جبلة، عن سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام (١)، تارة، وعنه (٢)، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام بنقلين اخرى (٣)، لكن بناء على نقل يحيى بن المبارك عن عبد الله بن جبلة كما تقدم لا صراحة فيها على كونه من الأصل، فان قوله عليه السلام: (هو ماله يصنع به ما شاء الى أن يأتيه الموت) قابل لأن، يراد به انه اذا اتاه الموت فليس له الا الثلث ويصدق على تبرع المريض الذي مات في مرضه انه تبرع حين اتاه الموت. بل يمكن ان يقال بعدم الدلالة حتى على نقل عبد الله بن المبارك عن عبد الله بن جبلة عن سماعة عن أبي بصير عنه عليه السلام فانه زاد فيه: (ان لصاحب المال ان يعمل بماله ما شاء ان شاء وهبه وان شاء تصدق وان شاء تركه الى ان يأتيه الموت الخبر) فتأمل.
 (ثانيتها) رواية عمار الساباطي وهي قد نقلت بطرق ومضامين عديدة حتى بلغت خمسة او ستة طرق (٤) كما مر.

واما رواية أبي شعيب المحاملي، عن أبي عبد الله عليه السلام،

- (١) راجع الوسائل باب ١٧ حديث ١ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٣٨١.
 (٢) يعني عن عبد الله بن جبلة، راجع المصدر حديث ٣.
 (٣) المصدر حديث ٢.
 (٤) وقد ذكرنا مواضعها عند نقلها، فراجع.

قال: الانسان أحق بماله مادامت الروح في بدنه (١).

فهي مرسلّة، فان رواية أبي شعيب، عن الصادق عليه السلام اما بواسطتين او بواسطة فان أبا شعيب كان من اصحاب الكاظم عليه وعلى آبائه السلام (٢) فينحصر الدليل على خروج المنجز من الأصل برواية عمار. واما الروايات الدالة على اخراجه من الثلث فكثيرة بظاهرها، مثل رواية علي بن عقبة ورواية عقبة بن خالد، ورواية حسن بن جهم وصحيفة عبد الرحمن بن الحجاج وصحيفة الحلبي، وصحيفة أبي ولاد، وموثقة سماعة، وخبر جراح المدائني وخبر أبي بصير وخبر العلاء ببيع السابري وخبر السكوني، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام،

وصحيفة محمد بن مسلم التي رواها جملة من الأجلء على احتمال قد ذكرناهم بأساميتهم آنفاً، ورواية اسماعيل ايضاً كذلك، وقد نقلنا هذه الروايات كلها

- (١) الوسائل باب ١٧ حديث ٨ بسند الشيخ واما بسند الكليني، فعن علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن عثمان بن سعيد عن ابي المحامد عنه عليه السلام.
 (٢) لكن نقل في تفريح المقال ج ٢ ص ٩١ تحت عنوان صالح بن خالد أبو شعيب المحاملي عن النجاشي في باب الكنى من رجاله، وعن الشيخ أبي جعفر الطوسي في باب الكنى من رجاله، توثيقه فعن الاول أبو شعيب المحاملي كوفي ثقة من رجال أبي الحسن موسى عليه السلام، وعن الثاني: أبو شعيب المحاملي ثقة (الى أن قال): ثم لا يخفى عليك ان الكليني (ره) وصفه في سند بالمحاملي الرفاعي، ولعله نسبة الى جده المسمى برفاعة، وذكر رواية عنه عن الصادق عليه السلام فيدل على انه لقي الصادق عليه السلام ايضاً (انتهى كلامه رفع مقامه).

فيها فراجع (١).

وأضف اليها ما رواه السكوني عن جعفر عن أبيه، عن علي عليهم السلام، قال: ان رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: يستسعى في ثلثي قيمته للورثة (٢).
 فحينئذ يشكل رفع اليد عن جميع هذه الروايات بسبب رواية عمار ولو كان نقلها عنه غير واحد، فان (٣) تمت

الشهرة بهذه الأخبار أخذنا بها وقلنا بخروجها من الثلث والا فليعمل برواية عمار لمخالفتها لجميع العامة الا المسروق كما سمعت.
هذا غاية (٤) ما يقال في اصل هذه المسئلة ولعلك تسمع فيما يأتي ما يوجب قوة القول بخروجه من الثلث في الجملة.

-
- (١) راجع باب ١٧ و١١ و١١ و١١ من كتاب الوصايا تجد اكثر هذه الأخبار وقد ذكرنا مواضعها كلها عند نقلها فلاحظ.
(٢) الوسائل باب ٦٤ حديث ٥ من كتاب العتق ج ١٦ ص ٦٤.
(٣) حاصل مفاد كلامه قدس سره: ان الشهرة اول المرجحات فيؤخذ بها ان تمت والا فمخالفة العامة ثاني المرجحات في التعرض فيؤخذ بها.
(٤) اقول: ولقد أجاد فيما أفاد وأتى بما هو فوق المراد حشره الله مع أجداده وكثر الله أمثاله.

بيان المراد من مرض الموت

هل المراد مطلق المرض المخوف كما عن الشيخ (ره) أو المرض المتصل بالموت كما عن العلامة أو المتأط صدق انه حضره الموت او صدق انه اوصى عند الموت أو أتاه الموت كما عن الجواهر (ره)؟ وجوه بل أقوال:

فنقول: الروايات الواردة على أقسام (منها) ما عبر فيه بقوله: (في مرضه) كرواية جراح المدائني، ومحمد بن مسلم وأبي ولاد، وسماعة، الحلبي، وعمار بنقل ابن أبي عمير، عن مرآزم عنه. (ومنها) ما عبر فيه بقوله: (عند الموت) أو (عند موته) كرواية أبي بصير، وعبد الرحمن بن الحجاج، والسكوني.

(ومنها) ما عبر فيه بقوله: (حضره الموت) كرواية عقبة بن خالد، وبياع السابري والحسن بن الجهم. (ومنها) ما عبر بقوله: (أتاه الموت) أو (يأتيه الموت) كرواية أبي بصير أو سماعة بطرق ثلاثة كما سمعت كلها.

ظاهر ما عدا القسم الأول ينفي قول الشيخ والعلامة رحمهما الله لأن مطلق المرض المخوف أو المتصل بالموت لا يصدق عليه انه (عند الموت) أو (حضره الموت) أو (عند اتیان الموت) تبرع بكذا مثلاً. وأما القسم الأول فلا بد من تقييده، إذ لم يقل باطلاقه احد من المسلمين فيقيد بالأقسام الاخر، وتقييده بالمخوف أو المتصل بالموت لا مقيد له، فلا يبعد ان يقال: ان هذا القسم من المرض يشبه الوصية باعتبار ان المتبرع ان يقع هذا الفعل في حياته التي قد انقضت ايامها كي ينتفع به في الآخرة التي قد أقبلت. ومن (١) هنا يمكن القول بكون المنجزات من الثلث بالنسبة الى

(١) هذا الذي وعد (قدس سره) في آخر المسئلة بقوله: ولعلك تسمع فيما يأتي ما يوجب قوة القول بخروج المنجز من الثلث، فتذكر.

هذا القسم من المرض مع قيود اربعة (احدها) كون التبرع في حال المرض (ثانيها) كون المرض متصلاً بالموت (ثالثها) وقوع الموت عقيب هذا المرض بلا فصل طويل يخرج عن صدق حضور الموت (رابعها) اعتقاد المريض كون التبرع عند موته فبانتفاء كل واحد من هذه القيود يشكل الحكم بكون المنجز من الثلث. نعم لا يبعد ان يلحق بالمرض وقوعه في البحر أو عند مقابلته لصف الأعداء مع ظهور كونه مغلوباً، وكذا يلحق به ترديه من مكان عال بحيث يخاف هلاكه، وكذا تصادفه للسبع في حال كونه منفرداً متوحداً، فانه في كل واحد من هذه الموارد يصدق انه حضره الموت فتبرع، فتأمل جيداً.

القول في الاقرار

اختلف العامة والخاصة في ان الاقرار بشيء حال المرض المتصل بالموت هل هو من الثلث او من الأصل؟. اما العامة فقد اجمعوا على انه من الأصل الا شاذ منهم كابن منذر على ما هو ببالي (١). وقد يستكشف اتفاقهم من فرعين نقلهما الشيخ (ره) في النهاية (احدهما) لو كان عليه دين ثابت بالبينة او غيرها من الحجج الشرعية ثم اقر بشيء عليه فالمحكي عنهم على ما هو ببالي انه ان كانت التركة وافيًا

(١) انما عبرت بذلك لاني لم اتيقن حين تقرير هذا البحث ان دعوى الاجماع ايضا من سيدنا الاستاذ (قده) ام لا.

بهما معا فهو والا يقدم الدين على الاقرار حيث يظهر من هذا انه على تقدير كفاية التركة يمضي الاقرار من الأصل. (ثانيهما) لو اقر لبعض الورثة بشيء فقد حكي عنهم انه يمضي من الثلث، وعلل بأنه ليس اقرارا على نفسه، بل على بقية الورثة كإقرار العبد بالجناية العمدية الموجبة للقصاص، او الخطانية الموجبة للدية، فانه لا يسمع فانه اقرار على المولى لا على العبد. ويمكن ان يقال: ان هذا الاجماع منهم تهافت مع الاجماع بأن المنجزات من الثلث، لان المانع من نفوذ المنجزات من الأصل ثبوت حق متعلق بالتركة وهو بعينه موجود في الاقرار ايضا. ويمكن ان يدفع بأن الكلام ثمة في المريض بمرض الموت وهنا في غيره والا ففى المريض قد اختلفت العامة ايضا في اقراره للورثة على اقوال (احدها) عدم النفوذ مطلقا، وهو قول شريح، واحمد بن حنبل، وأبي حنيفة واصحابه، وأمثالهم (الثاني) النفوذ مطلقا، وهو قول حسن البصري، وعمر بن عبد العزيز وأبي عبيدة، وهو أحسن قولي الشافعي عند اصحابه (والثالث) التفصيل بين الاتهام وعدمه بالنفوذ في الثاني دون الأول، وهو قول مالك، وقال: ان الحاكم يجتهد في كون المقر متهما أم لا؟. استدلل المانعون بقياسه على الوصية له، فكما لايجوز الوصية للوارث بقوله عليه السلام: (لا وصية للورثة) (١). وأجاب المجوزون بعدم تمامية هذا القياس، فان الوصية محضة لما بعد الموت فيكون ضررا على الورثة محضا، بخلاف الاقرار، وكيف كان

(١) سنن أبي داود ج ٣ باب ماجاء في نسخ الوصية ص ١١٤ وفيه لاوصية لوارث.

فحيث ان المقيس عليه غير صحيح عند الامامية، فالأمر سهل. واما الخاصة فقد حكي عن الشيخ (ره) في الخلاف والمبسوط، القول بكونه من الثلث واليه ذهب المفيد (ره) وابو الصلاح في الكافي، والفاضل الآبي في كشف الرموز، وقد حكي عن نهاية الشيخ (ره) القول بكونه من الأصل، وفصل بعضهم بين كون الاقرار للورثة وكونه لغيرهم، وبعضهم بين كون المقر متهما وعدمه. ومنشأ الاختلاف الأخبار الواردة عن الأئمة المعصومين عليهم السلام فلننقلها مع قطع النظر عن الروايات العامة التي مفادها جواز اقرار العقلاء على انفسهم، ومع قطع النظر عن عموم قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم او الوالدين والأقربين (١) الآية، فنقول: انها على أربعة أقسام:

(أحدها) ما يدل على النفوذ مطلقا، مثل ما رواه الكليني (ره) عن أبي علي الأشعري، عن أحمد، عن ابن محبوب، عن أبي ولاد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه، قال: يجوز ذلك، قلت: فان أوصى لوارث بشيء؟ قال: جائز (٢). والسؤال فيها وان كان عن مريض منطوقا لكنها دالة مفهوما على نفوذ الاقرار في غير المريض بطريق أولى، اذ لم يحتمل أحد من المسلمين كون المرض دخيلا في النفوذ، والظاهر عدم دخل كون المقر له وارثا ايضا بعد فرض عموم المقر للمريض وغيره، كما ان كون المقر به دين لا دخل له في الحكم فهي دالة على نفوذ الاقرار مطلقا سواء كان المقر مريضا أم

(١) النساء / ١٣٥.

(٢) الوسائل باب ١٦ حديث ٤ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٧٧.

لا، وسواء كان الاقرار للوارث او لغيره، وسواء كان المقر به ديناً او غيره وفيها اشارة ايضا الى ان منشأ سؤال الراوي معروفة القول بعدم نفوذ الاقرار في الجملة قياساً على الوصية، ولذا حكم عليه السلام بنفوذ المقيس عندهم ولما سنل عليه حكم عليه السلام عن حكم المقيس عليه السلام بصحته ايضاً. ويحتمل ان يقال: انه لا اطلاق في هذه الرواية من حيث المقر والمقر له، والمقر به اصلاً، بل غاية ماتدل عليه نفوذ الاقرار في مقابل من قال بعدم نفوذه من العامة (ثانيها) ما يدل على النفوذ اذا كان المقر مرضياً، مثل ما رواه الكليني (ره) عن ابي علي الاشعري عن محمد بن عبد الجبار، عن صفوان، عن منصور بن حازم، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام، عن رجل اوصى لبعض ورثته ان له ديناً فقال: ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي اوصى له (١).

وما رواه الشيخ ابو جعفر الطوسي (ره)، باسناده، عن علي بن الحسن بن فضال، عن العباس بن عامر، عن داود بن الحصين، عن ابي ايوب، عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اوصى لبعض ورثته ان له عليه ديناً، فقال: ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي اوصى له (٢). وهاتان الروايتان مقيدتان لا اطلاق صحيحة ابي ولاد المذكورة. (لا يقال): ان بينهما وبينها عموماً من وجه حيث ان الصحيحة سنل فيها عن المريض وهما سنل فيهما (عن رجل) الشامل للمريض وغيره

(١) الوسائل باب ١٦ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٧٦، وباب ١ حديث ١ من كتاب الاقرار، ج ١٦ ص ١١٠.

(٢) الوسائل باب ١٦ حديث ٨ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٧٨.

فيتعارضان (فانه يقال): بعد فرض الغاء الخصوصية- كما ذكرنا- لا وجه لهذا الاحتمال، هذا. ولكن التامل التام يقتضي ان يكون القيد في الروايتين - وهو قوله عليه السلام: ان كان الميت مرضياً وارداً مورد التقية فان مالك كان في زمن الصادق عليه السلام قاضياً وكان مشهوراً في ذلك الزمان، وقد حكم بالتفصيل بين كون المقر متهما او غيره، والا فلا وجه لتقييد نفوذ الاقرار الذي كان من ضروريات الفقه، لاسيما عند الامانة رضوان الله عليهم، بكون المقر مرضياً الا كونه مرضياً، والمفروض ان المرض بما هو غير مانع من نفوذه عند الشيعة للورثة، نعم ذهب جماعة من العامة الى عدم نفوذه لهم حال المرض، فاللازم رد علمهما الى اهلهم.

(وبعبارة اخرى) - بعد الغاء خصوصية المرض في صحيحة ابي ولاد- نقول: كما ان غير المريض اذا اقرب شيء لبعض الورثة يكون اقراره نافذاً من غير تقييد بكونه مرضياً بالضرورة من فقهاء الاسلام، وبمقتضى عموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز (١)، وبمقتضى عموم الآية الشريفة المذكورة كذلك، المريض، لعدم الفرق كما هو المفروض.

(ثالثها) ما يدل على نفوذ الاقرار بالنسبة الى ثلثه، مثل ما رواه الكليني (ره) باسناده، عن احمد بن محمد، ورواه

(١) الوسائل باب ٤ حديث نقلاً من جماعة من العلماء في كتب الاستدلال حديث ١ ج ١٦ ص ١١٠.

الصدوق، باسناده، عن الحسن بن محبوب (١). وحيث قيد عليه السلام بما اذا كان المقر به دون الثلث، يمكن ان يقال: ان للمرض دخلاً في الحكم، فيمكن ان يقيد اطلاق رواية ابي ولاد بهذه الرواية ان كان لها اطلاق والا (٢) فل امعارضة بينهما. نعم يمكن ان يقال: بان المرض يقيد بمرض الموت لا مطلقاً، فكان الاقرار لبعض الورثة في مرض الموت، بمنزلة المنجزات، فكما قلنا هناك: انه لا يبعد ان يكون نافذاً في الثلث اذا كان مريضاً مرض الموت فحينئذ حكمهما واحداً. واما التقييد بما دون الثلث، فقلعه يعسر عادة تعيين مقدار الثلث من غير زيادة ولا نقصان.

(رابعها) الروايات الدالة على نفوذه اذا كان مليا مثل ما رواه الحلبي، قال: سئل ابو عذبة الله عليه السلام عن رجل اقر لوارث بدين في مرضه ايجوز ذلك؟ قال عليه السلام: نعم اذا كان مليا (٣). واذا كان قليلا، مثل ما رواه عثمان بن عيسى، عن سماعة، قال: سألته عن اقر للورثة بدين عليه وهو مريض، قال: يجوز عليه ما اقر به اذا كان قليلا (٤).

(وفيه) انه لاعامل بهما، نعم عن مفتاح الكرامة انه حكى عن

-
- (١) الوسائل باب ١٦ حديث ٣ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٧٧.
(٢) كما اذا احتمل انها في مقام بيان جواز اصل الاقرار.
(٣) الوسائل باب ١٦ حديث ٥ من كتاب الوصايا ج ١٣ وفيه اختلاف يسير.
(٤) الوسائل باب ١٦ حديث ٩ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٧٩.

الصحيح، (ملا الرجل) اذا كان ثقة، فمعناه حينئذ اذا كان ثقة، وكيف كان فالاحسن ردهما الى اهلهم، نعم هنا رواية اخرى دالة على المطلوب في الجملة، هي ما رواه العلا بياح السابري قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المرأة

استودعت رجلا مالا، فلما حضرها الموت قالت له: ان المال الذي دفعته اليك لفلانة، وماتت المرأة فاتي اولياؤها شيء الرجل، فقالوا: انه كان لصاحبتنا مال ولا نراه الا عندك فاحلف لنا ما لها قبلك شي افيلحف لهم؟ فقال: ان كانت مأمونة فليحلف لهم وان كانت متهمة فلايحلف، ويضع الامر على ما كان، فانما لها من مالها ثلثها (ثلثه:خ) (١) لا شبهة في ظهور صدرها في الاقرار دون الوصية، وكذا قوله عليه السلام: (وان كانت مأمونة فليحلف لهم) ظاهر في ان اقرارها في هذه الصورة نافذ مطلقا، لان جواز الحلف لا يكون الا في صورة كون الاقرار حجة بلحاظ ان الحلف، لا بد له من مستند اما العلم او ما هو قائم مقامه، وهو هنا الاقرار. واما اذا كانت متهمة، فهل الحكم بعدم الحلف مستلزم لعدم نفوذ اقرارها ام لا؟ الظاهر انه لا ملازمة بينهما، بل الظاهر ان السؤال كان في جواز الحلف فقط كما يظهر من قوله: (افيلحف لهم الخ) فيمكن ان يكون الاقرار نافذا في الواقع، لكنه لم يكن لان يحلف، لعدم مستند شرعي من العلم او العلمي. واما قوله عليه السلام في ذيل رواية السابري: (فانما لها من مالها ثلثها وثلثه خ)، فان قلنا: ان المنجزات من الاصل فلا يناسب ذلك ما قبله بوجه، ولذا قد اشرنا سابقا انه يمكن ان يجعل من الادلة

-
- (١) الوسائل باب ١٦ حديث ٢ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٧٧.

الدالة على كون المنجزات من الثلث، وان قلنا انها من الثلث كما نفينا البعد عن هذا القول، يكون المعنى ان لها من مالها الثلث، فينفذ الاقرار بالنسبة اليه وحينئذ فلا يفرق بين كونها مأمونة او متهمة فهذه الرواية ايضا من الروايات الدالة على ان المنجز من الثلث مطلقا، سواء كان للوارث او الاجنبي. واما احتمال ان معنى قوله عليه السلام: فانما لها الخ ان الافعال التي تصدر من المريض بمرض الموت بالنسبة الى امواله، سواء كان من الوصية او المنجز او الاقرار، كلها من الثلث فبعيد بالنسبة الى مورد الرواية.

فالظاهر هو القول بكون الاقرار من الثلث كالمنجزات والوصية.

ولا يחדش في سند هذه الرواية، لان العلا بياح السابري الأسدي، وان كان غير معلوم الحال الا ان وقوع مثل عبد الله بن مسكان الذي ذكر الكشي انه من اصحاب الاجماع الذين حكم بتصحيح ما يصح عنهم، وكذا رواية احمد بن محمد بن عيسى القمي الأشعري الذي لا يروي عن الضعفاء كما قيل، فالرواية اما صحيحة او موثقة.

ايقاظ

لابأس بنقل اقوال جملة من المحصلين والاشارة الى مستندهم.

فعن المفيد رحمه الله: اقرار العاقل في مرضه للأجنبي والوارث سواء، وهو ماض واجب، لمن اقر له به، واذا كان على الرجل دين معروف بشهادة قائمة فأقر قوم آخرين بدين مضافا الى ذلك كان اقراره ماضيا عليه،

وللقوم ان تحاصو باقي الغرماء وفيما تركه بعد وفاته اذا كان عليه يحيط بما في يده فأقر بأنه وديعة لوارث او غيره قبل اقراره ان كان عدلا مأمونا وان كان متهما لم يقبل اقراره (انتهى).
والظاهر استنادا في نفوذه مطلقا الى رواية أبي ولاد بعد الغاء خصوصية المريض وكونه للوارث وفي عدم قبوله عند الاتهام رواية منصور بن حازم وأبي أيوب (١).
وعن نهاية الشيخ انه يمضى من الأصل مع عدالة المقر وانتفاء التهمة في اقراره ومن الثلث وان كان متهما سواء الأجنبي والوارث.
والظاهر استناده في الأول الى رواية أبي ولاد (٢) ومع تقيدها برواية منصور وأبي ايوب الانصاري، والغاء خصوصية المريض والوارث، وفي الثاني الى رواية اسماعيل بن جابر (٣) مقيدة بروايتي منصور وأبي ايوب مفهوما.
وعن مراسم لسرار تلميذ المفيد (ره): من كان عاقلا يملك امره فيما يأتي ويذر فاقراراه في مرضه كاقراراه في صحته (انتهى).
والظاهر استناده الى عموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز (٤)، وسائر العمومات الدالة بعمومها، ونسب ذلك الى ابن ادريس ايضا كما في المختلف.

-
- (١) راجع الوسائل باب ١٦ حديث ٨٠١ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٣٧٦ و ٣٧٧.
(٢) راجع الوسائل باب ١٦ حديث ٤ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٣٧٧.
(٣) الوسائل باب ١٦ حديث ٣ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٣٧٧.
(٤) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٣ و ج ٢ ص ٢٥٧ و ج ٣ ص ٤٤٢ طبع سيد الشهداء ب (قم).

وعن وسيلة ابن حمزة: واقرار المريض اذا كان صحيح العقل، مثل اقرار الصحيح الا في حق بعض الورثة بشيء اذا كان متهما، فاذا اقر له ولم يكن للمقر له بينة على صحة ما اقر له كان الاقرار في حكم الوصية (انتهى).
والظاهر استناده في الاول الى العمومات وفي الثاني اعني الاقرار للوارث الى رواية أبي ولاد يقيد تارة برواية اسماعيل بن جابر (١) بالنسبة الى المتهم مع تقيدها بروايتي منصور وأبي ايوب وابقائها على اطلاقها بالنسبة الى غير المتهم، المفهوم من روايتي منصور وأبي أيوب مفهوما.
وعن المقنع: اذا اقر لوارث بدين جاز فيما دون الثلث (انتهى).
والظاهر انه قيد رواية أبي ولاد برواية اسماعيل بن جابر ولم يعمل بالروايات الدالة على اشتراط العدالة في المقر.
وفي النافع للمحقق: واما الاقرار للأجنبي، فان كان متهما على الورثة فهو من الثلث والا فهو من الأصل، وللوارث من الثلث على التقديرين، ومنهم من سوى بين القسمين (انتهى).
والظاهر استناده في الاول الى رواية العلاء ببيع السابري (٢)، وفهم من قوله عليه السلام كون المقر مرضيا او غير منهم أو مأمونا، الاتهام على الورثة لا كونه فاسقا على ما هو الظاهر من قوله عليه السلام: ان كان مرضيا او غير منهم وفي رواية العلاء: (ان كانت مأمونة فليحلف لهم الخبر وفي الثاني الى تقييد المطلق الدال على نفوذه بقول مطلق برواية

-
- (١) قد ذكرنا مواضع هذه الروايات.
(٢) راجع الوسائل باب ١٦ حديث ٢ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٣٧٧.

اسماعيل بن جابر الدال على نفوذه في الثلث، وبروايتي منصور وأبي ايوب الدالتين على نفوذه اذا كان مرضيا والمفروض ان مورد الثلاثة هو الاقرار للوارث بخلاف راية العلاء، فان موردها هو الأجنبي (١).
(مسئلة ١) قد عرفت ان المنجزات من الثلث في الجملة كما لايبعد أو الأصل على القول الآخر ولكن يستفاد من تضاعيف كلمات الاصحاب ان هذا فيما اذا لم يكن عليه دين مستغرق للتركة والا لم يكن نافذا، لا من الاصل ولا من الثلث.
قال العلامة (ره) في التذكرة بعد ذكر عدة من فروع المنجزات لو ملك في مرض موته من يعتق عليه، فان كان بالارث احتمل عتقه من الثلث لانه حصل في ملكه ثم زال فاشبهه ما اذا اعتق عبدا ورثه في مرضه وما اذا ورث

مالا فاشترى به من يعتق عليه، وان يعتق من الاصل، لانه لم يقصد تملكا ولا ازالة ملك حصل بغير اختيار، ولم يبذل في مقابلته فتضرر به الورثة، وكلا الاحتمالين للشافعية، ويحكى الثاني، عن مالك، والاول عند الشافعية (الى ان قال): فان قلنا: انه يعتق من رأس المال يعتق وان لم يكن له سواه وكذا لو كان عليه دين مستغرق، وكذا المفلس المحجور عليه اذا قبل ولا سبيل للغرماء عليه، وان قلنا: انه يعتق من الثلث، فان لم يكن له سواه لم يعتق الا ثلثه، ولو كان عليه دين يبيع في الدين وبطل العتق، وكذا المفلس المحجور عليه (انتهى). ومع صحة الاستشهاد من قوله: (وان قلنا: انه يعتق من الثلث)

(١) وببالي ان سيدنا الأستاذ (قده) قد نبه في اثناء هذا البيان ان ما قلناه في أول مسئلة المنجز والاقرار الى آخره قد اشير اليه في عبارة النافع هذه وهو يدل على شدة دقة المحقق في الأخبار.

حيث حكم (ره) ببطلان العتق في تمام العبد لو كان عليه دين. وقال أيضا: لو اشترى المريض من يعتق عليه، فان كان عليه دين احتمل صحة الشراء لاصالة الصحة ولا مانع من الشراء فثبت مقتضاه، وهو الملك، ولا يعتق عليه لنلا يضيع حق الغرماء، ولكن ان ترك مالا غيره عتق والا بيع في الدين، والبطلان (١) لانه صح تملكه، ولو ملكه يعتق عليه وفيه تضييع حق الغرماء (الى ان قال): وان لم يكن عليه دين اعتبر عتقه من الثلث لان ملكه باختياره وبذل في مقابلته المال، فان خرج كله من الثلث صح الشراء وعتق كله، والا ففي صحة الشراء فيما زاد على الثلث مثل الخلاف فيما اذا كان عليه دين، فان قلنا: لا يصح ففي قدر الثلث، الخلاف الثابت في تفريق الصفقة، فان قلنا: يصح، عتق الثلث، ولم يعتق ما زاد (انتهى موضع الحاجة من كلامه زيد في علو مقامه). وهذا الكلام كما ترى يدل على الفرق بين كون المشتري المريض مديونا وعدمه بالامضاء في غير قدر الدين في الأول والامضاء في الثاني.

(مسئلة ٢) بناء على ما سبق من كون المنجزات من المريض بمرض الموت الذي يصدق عليه انه حضره الموت من الثلث وقلنا: ان منها المعاملات المحاباتية فحينئذ لو كان ماله منحصر بعد قيمته ثلاثون دينارا فباعه بعشرة دراهم فذهب الظاهريون من العامة الى البطلان، وذهب اصحاب الرأي الى الصحة واختلفوا. فقيل: ان المشتري يخير بين الفسخ وبين اداء عشرة دراهم آخر. وقيل: يخير بين الفسخ. واخذ العشرة من الورثة وبين الابقاء

(١) عطف على قوله رحمه الله: (احتمل صحة الشراء يعني احتمل بطلان الشراء).

واعطائها من الورثة. وقيل: يصح في ثلثي العبد ويبطل في الباقي. وحكي (١) عن العلامة نسبة هذا القول الى اكثر الاصحاب واختار العلامة (ره) نفسه صحة البيع في نصف المبيع بالنسبة الى نصف الثمن. والقول الأخير هو المختار وباقي الاقوال كلها غير صحيحة. اما الاول (٢) فخلاف الأصل، لان العقد صدر من اهله ووقع في محله في الجملة فلا وجه للحكم بالبطلان رأسا. واما الثاني (٣) فلأنه لاوجه له أصلا، لأن الكلام في تصحيح تلك المعاملة، وهذه معاملة اخرى، فان مقابلة المبيع بعشرة مبابنة، لمقابلته بعشرين والمفروض ان تمام المبيع وقع مقابلا لتمام الثمن، وهو العشرة، فضم عشرة اخرى يصيرها مبابنا لها. واما الثالث (٤) فمشتك بالنسبة الى الشق الثاني، وهو الابقاء واعطاء عشرة اخرى من الورثة. نعم في السابق يلزم التغير في طرف المثلث وهناك في طرف الثمن، واما الشق الاول اعني الفسخ واخذ العشرة، فليس هذا أيضا لتلك المعاملة والزام الوارث باعطاء العشرة لا دليل عليه بعد فسخ العقد.

- (١) هكذا ببالي ان سيدنا الاستاذ الاكبر (قده) نسبه الى العلامة.
 (٢) وهو قول الظاهريين من العامة.
 (٣) وهو قوله: فقيل: ان المشتري الخ.
 (٤) وهو القول بالتخيير بين الفسخ واخذ العشرة الخ والمراد من الشق الثاني، هو الابقاء واعطائها الخ.

ومن هنا يظهر الاشكال فيما نسب الى الاكثر، فان المفروض تمام الثمن مقابل لتمام المثلث، فامضائها بالنسبة الى ثلثها لاوجه له، فالأوجه هو الوجه الاخير، والقاعدة تصح المعاملة بالنسبة الى ما يلزم تصرف البائع في الزائد عن الثلث، ففي الفرض يصح بيع نصف العبد الذي قيمته خمسة عشر دينارا بنصف الثمن الذي هو خمسة فيرد الى الورثة نصفه الآخر ويبقى من الثمن عندهم خمسة فيصير المجموع عشرين، ويبقى عند المشتري، النصف في مقابل خمسة التي اعطاها من البائع، والعشرة هي ثلث قيمته، وعلى هذا لو باعه بخمسة تصح المعاملة في ربع المثلث بالنسبة الى ربع الثمن، وعلى هذا القياس.
 (مسئلة ٣-) لو مات الموصى له قبل القبول او بعده وقلنا: انه في حياة الموصى لا تأثير له، فهل تكون الوصية باطلة وتبقى على صحتها؟ المشهور خلافا لابن الجنيدي هو الثاني، وينتقل حق القبول الى الورثة لموافقته للقاعدة، بناء على ما ذكر من انها بنفسها توجد بانشاء الموصي، وقلنا انها في صيرورتها وصية لا تحتاج الى القبول، نعم في كون الموصى به ملكا له تحتاج اليه هذا.
 ومضافا الى صحيحة محمد بن قيس، عن ابي جعفر عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل اوصى لآخر والموصى له غائب فتوفي الموصى له الذي اوصى له قبل الموصي، قال: الوصية لو ارث الذي اوصى له، قال: ومن اوصى لأحد شاهدا كان او غائبا فتوفي الموصى له قبل الموصي فالوصية لو ارث الذي اوصى له الا ان يرجع في وصيته قبل موته(١).

(١) الوسائل باب ٣٠ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٠٩.

قال: سئل عن رجل اوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي، قال: ليس بشيء(١).
 وقريب منها صحيحة منصور بن حازم(٢).
 لتقدمها(٣) عليها من وجوه (احدها) الأظهرية دلالة (ثانيها) الشهرة (ثالثها) مخالفة العامة.
 نعم الاستدلال المشهور برواية عباس بن عامر، قال: سألته عن رجل اوصى له بوصية، فمات قبل ان يقبضها ولم يترك عقبا؟ قال: اطلب له وارثا او مولى فادفعها اليه، قلت: فإن لم اعلم له وليا؟ قال: اجهد على ان تقدر له على ولي، فان لم تجد وعلم الله منك الخير فتصدق بها(٤).
 لا دلالة فيها على المدعى لظهورها في خصوص القبول وعدم حصول القبض المستفاد من قوله عليه السلام في الخبر الأخير: (ادفعها وتصدق بها).
 وكذا لا دلالة في رواية محمد بن عمر الباهلي الساباطي، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل اوصى الي وامرني ان اعطي عما له في كل سنة شيئا فمات العم فكتب عليه السلام: اعط ورثته(٥).
 لانها قضية في واقعة باعتبار ان الراوي لا يعد من الرواة للقضايا الفرضية، مضافا الى مخالفتها للقاعدة، لان الوصية للعم مادام العمر

- (١) الوسائل باب ٣٠ حديث ٤ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤١٠.
 (٢) الوسائل باب ٣٠ حديث ٥ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤١٠.
 (٣) تعليق لقوله: ولا يعارضها.
 (٤) الوسائل باب ٣٠ حديث ٢ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٠٩.
 (٥) الوسائل باب ٣٠ حديث ٣ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤١٠.

مقصورة عليه لا تتجاوز الى غيره، وكيف كان فلا اشكال في اصل الحكم.
 فحينئذ لو قبل الورثة جميعا او ردوها فلا كلام وان قيل البعض ورد الآخر، ففي نفوذ القبول مطلقا لخصوص القابل استنادا الى ان المال صالح لان يملك بقبول ما ولو كان بالبعض، (او) لجميع الورثة قهرا عليهم استنادا الى ان الموصى به يصير ملكا لهم بعد القبول بلحاظ قيامهم جميعا مقام الوارث لا كل واحد (او) بطلانها اذا لم يقبل البقية استنادا الى ان الحق غير قابل للتجزئة كحق الخيار (او) صحتها بالنسبة الى سهم القابل؟ وجوه، اوجهها الأخير.
 اما الاول فلا وجه له اصلا لان كل واحد منهم لم يكن مالكا لجميعه ليكون قبول واحد منهم موجبا لملكية الجميع.

واما الثاني فلمنافاته لسلطنة الانسان على نفسه.
واما الثالث فلمخالفته للقاعدة لان القبول وقع من اهله في محله وعدم تجزئة الحق فيما اذا كان متعلقه ايضا بسيطا كما في وارث الخيار المنتقل الى الورثة حيث ان متعلقه هو العقد، بخلاف المقام، فان متعلقه هو المال، وهو قابل للتجزئة.
(مسئلة ٤) اذا اوصى له لجارية مزوجة منه وحملها فمات الموصى له قبل موت الموصي، فان كان الوارث متحدا وقبل الوصية انعق الولد عليه ان كان ممن ينعق عليه كما لو كان الوارث ذكرا والحمل انثى، وان كان متعددا فقبلوا يرث الحمل بعد انعقاه عليهم من غير الام قطعا اما فيها ففيه وجهان (من) اطلاق ما دل على انه اذا انعق يرث (١).

(١) يستفاد ذلك من روايات باب ١٩ من ابواب موانع الارث ج ١٧ ص ٤٠٢.

(ومن) ان كونه وارثا لها لا يتصور لتأخير حرثه عن مرتبة كونها موروثا، لانه في تلك المرتبة كان رقا لا يرث ولان ارثه منها متوقف على كونها ملكا للموصى له والمفروض عدمه، وللزوم الدور، لان كونه وارثا منه متوقف على حرثه، وهي متوقفة على اعمال الحق، وهو متوقف على كونه وارثا والا لم يجز له اعماله.
(مسئلة ٥) هل يتلقى الوارث القابل، الملك من الموصي او الموصى له؟ وجهان مبنيان على ان قوله عليه السلام في صحيحة ابن قيس المتقدمة: (الوصية لوارثه الذي اوصى له) (١) معناه ان العمل الذي يصدر من الوارث بمنزلة عمل نفس الموصى له بمعنى انه كما انه لو قبل الموصى له بنفسه، يملك الموصى به، كذا يكون قبول الوارث علة لمالكه اياها (او) ان معناه ان نفس هذا الحق الذي هو عبارة عن حق التملك، ينتقل الى الوارث دون التملك، فاذا قبل يصير مالكا دون الموصى له، الظاهر هو الثاني.
ويتفرع عليه امور (الأول) لو اوصى له بأرض فمات الموصى له فقبل الورثة يرث الزوجة ايضا على الثاني دون الأقل.
(الثاني) لو كان له دين مستغرق وأوصى له بشيء فمات فقبل الوارث، تعلق حق الغرماء بالموصى به على الاول دون الثاني.
(الثالث) لو كان الموصى به حبة حرم باقي الورثة منها على الأول دون الثاني.
(مسئلة ٦) الظاهر ان المناط في الوارث حين موت الموصى له دون الموصي (وتوهم) ان ايصاء الموصي احدث حقا به يمكن ان يتملك

(١) الوسائل باب ٣٠ قطعة من حديث ١ من كتاب الوصايا.

بعد موت الموصي فقبل موته لا يكون له اعمال ذلك فلا ينتقل منه شيء الى الورثة بمجرد موته بل يتوقف الى ان يموت الموصي ايضا (مدفوع) بالنقض بصورة حياة الموصى له، فكما انه يملك حقا به يتملك بعد موت الموصي، فكذا ورثته، لان المفروض ان ذلك الحق الذي كان الموصى به ينتقل الى الورثة.
ويتفرع عليه انه لو كان للموصى له ابنان فمات ثم مات احدهما، ثم مات الموصي، فبناء على الأول ينتقل حق القبول الى الابن الآخر الذي هو من ورثة الابن الميت، وعلى الثاني ينتقل الى الابن الحي فقط دون ورثته الابن الميت.
(مسئلة ٧) لو اوصى له بجزء من ماله ففيه روايات اربعة:
(احدها) ما يدل على حمله على عشر مال الموصي، مثل ما رواه محمد بن يعقوب، عن علي بن ابراهيم، عن ابيه، عن حماد، عن ابيان بن تغلب، قال: قال أبو جعفر عليه السلام: الجزء واحد من العشرة، لان الجبال عشرة، والطيور اربعة (١).
ومثل ما رواه ايضا عنه، عن ابيه، وعن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد جميعا، عن ابن محبوب، عن عبد الله بن سنان، عن عبد الرحمن بن سيابة (٢)، قال: ان امرأة اوصت الي، وقالت: ثلثي يقضى به ديني، وجزء (منه ثل) لفلانة، فسألت عن ذلك ابن ابي ليلى، فقال: ما

(١) الوسائل باب ٥٤ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٤٢.
(٢) هذه الرواية تدل على انه عشر الثلث كما سيأتي ان شاء الله تعالى ولكن يمكن تطبيقها على المدعى بارادة العشر من الثلث الذي للموصي ان يوصي به لا عشر التركة، والله العالم.

أرى لها شيئا ما ادري ما الجزء؟ فسألت بعد ذلك أبا عبد الله عليه السلام عنه وخبرته كيف قالت المرأة وبما قال ابن أبي ليلى فقال عليه السلام: كذب ابن أبي ليلى، لها عشر الثلث ان الله عز وجل امر ابراهيم عليه السلام فقال: اجعل على كل جبل منهن جزءا، وكانت الجبال يومئذ عشرة فالجزء العشر من الشيء (١).
ومثل ما رواه ايضا عنه، عن أبيه وعن عدة من اصحابنا، عن احمد بن محمد جميعا، عن ابن فضال، عن ثعلبة بن ميمون، عن معاوية، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اوصى بجزء من مال، قال: جزء من عشرة، قال الله عز وجل: ثم اجعل على كل جبل منهن جزءا وكانت الجبال عشرة اجبال (٢).
ومثل ما رواه محمد بن علي بن الحسين في معاني الأخبار، عن محمد بن الحسن، عن احمد بن ادريس، عن محمد بن احمد بن يحيى عن علي بن السندي، عن محمد بن عمرو بن سعيد، عن جميل، عن أبان بن تغلب، عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يوصي بجزء من ماله؟ قال عليه السلام: ان الجزء واحد من العشرة، لأن الله يقول: ثم اجعل على كل جبل منهن جزءا، وكانت الجبال عشرة، والطير أربعة، فجعل على كل جبل منهن جزءا (٣).
ومثل ما رواه الشيخ، باسناده، عن علي بن الحسن بن فضال، عن السندي بن ربيع، عن محمد بن أبي عمير، عن أبي ايوب الخزاز، عن

(١) المصدر حديث ٢ منه.
(٢) المصدر حديث ٣ منه.
(٣) المصدر حديث ٤ منه.

أبي بصير وحفض بن البختري، عن أبي بصير، عن ابي عبد الله عليه السلام، في رجل اوصى بجزء من ماله، قال: جزء من عشرة، وقال: كانت الجبال عشرة (١).
وغيرها من الروايات كرواية عبد الله بن سنان، وعبد الصمد بن بشير، وأبي جعفر بن سليمان الخراساني، وعلي بن اسباط (٢).
(ثانيها) ما يدل على انه سبع، مثل ما رواه الشيخ (ره) باسناده، عن محمد بن علي بن محبوب، عن أحمد بن محمد، عن ابن أبي نصر، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام، عن رجل اوصى بجزء من ماله، قال: الجزء (واحد نل) من سبعة، ان الله تعالى يقول: لها سبعة ابواب لكل باب منهم جزء مقسوم (٣).
ومثل ما رواه المفيد (ره) عن الارشاد كما في الوسائل عن امير المؤمنين عليه السلام في رجل اوصى بجزء من ماله ولم يعينه فاختلف الوارث بعده في ذلك ففضى عليه السلام عليهم باخراج السبع من ماله وتلا عليه السلام قوله عز وجل: لها سبعة ابواب لكل باب منهم جزء مقسوم (٤)، وما رواه الصدوق (ره) مرسلا عقب رواية معاني الأخبار المذكورة بقوله (ره): وروي ان الجزء واحد من سبعة لقول الله عز وجل: لها سبعة ابواب لكل باب منهم جزء مقسوم (٥) ومثل ما رواه الشيخ ايضا،

(١) المصدر حديث ١١ منه والآية في البقرة/ ٢٦٠.
(٢) المصدر راجع حديث ٦ ٨ ٩ ١٠ منه.
(٣) المصدر حديث ١٢ منه، والآية في سورة الحجر/ ٤٤.
(٤) المصدر حديث ٧ منه.
(٥) المصدر حديث ٥ منه.

باسناده، عن احمد بن محمد بن عيسى، عن أبي همام، اسماعيل بن ابي همام الكندي، عن الرضا عليه السلام في الرجل اوصى بجزء من ماله، قال: الجزء من سبعة ان الله تعالى يقول: لها سبعة ابواب، لكل باب منهم

جزء مقسوم (١).

(تالتهها) ما يدل على انه سبع الثلث، مثل ما رواه الشيخ (ره) باسناده، عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن أبي عبد الله الرازي، عن احمد بن محمد بن أبي نصر، عن الحسين (الحسن خ ل نل) بن خالد، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله، قال: سبع ثلثه (٢).
(رابعها) ما يدل على انه عشر الثلث كما مر في رواية عبد الرحمن بن سيابة عند سؤاله ابا عبد الله عليه السلام وجوابه عليه السلام بقوله: لها عشر الثلث (٣).
واما الجمع بينها فنقول: انه لاعامل بالأخيرين والقائلون بالثاني وان كانوا اكثر الا ان الأول اكثر رواية من حيث العدد فيمكن ان يقال كما عن الشيخ (ره) بحمل الأول على التعيين والثاني على الاستحباب، ولعل هذا الحكم يكون تعديا، بل يكون كذلك قطعاً، ولا يصح حمل احدهما على التقيّة، وذلك لعدم عنوان العامة هذه المسئلة في زمن صدور الأخبار.
هذا كله في مقام الاثبات، واما مقام الثبوت فليس وظيفتنا

(١) المصدر حديث ١٣ منه.

(٢) المصدر حديث ١٤ نه.

(٣) المصدر حديث ٢ منه.

التعرض له وان كان يمكن ان يقال: ان التعيين لقطع التنازع اولى، او يقال: بأن لفظة (الجزء) او (السهم) او (الشيء) كما سيأتي موضوعة لمعان كشف الشارع عنه او لغير ذلك.
(مسئلة ٨) لو اوصى له بسهم من ماله، فقيل: له الثمن استنادا الى ما رواه الشيخ (ره)، عن محمد بن علي بن محبوب، عن احمد بن محمد بن أبي نصر (في حديث) قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل اوصى بسهم من ماله، فقال: السهم واحد من ثمانية، ثم قرأ انما الصدقات للفقراء والمساكين الى آخر الآية (١).

وما رواه ايضا باسناده، عن علي، عن أبيه، عن صفوان، واحمد بن محمد بن أبي نصر، قالوا: سألتنا الرضا عليه السلام عن رجل اوصى لك بسهم من ماله ولا ندرى السهم أي شيء هو؟ فقال: ليس عندكم فيما بلغكم، عن جعفر عليه السلام، ولا عن أبي جعفر عليه السلام فيه شيء فقلنا له: ما سمعنا اصحابنا يذكرون شيئا من هذا، عن آياتك عليهم السلام، قال: عليه السلام: فقال: السهم واحد من ثمانية (الى ان قال): قول الله عز وجل: انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل، ثم عقد بيده ثمانية، قال: وكذلك قسمها رسول الله صلى الله عليه وآله على ثمانية اسهم فالسهم واحد من ثمانية (٢).

(١) الوسائل باب ٥٥ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٤٨، والآية في سورة التوبة ٦٠.

(٢) الوسائل باب ٥٥ حديث ٢ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٨٨، والآية في سورة التوبة.

وباسناده، عن علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن رجل يوصي بسهم من ماله، فقال: السهم واحد من ثمانية لقول الله تعالى: انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل (١).
وقيل: له السدس عملا برواية روت العامة، عن علي عليه السلام وعبد الله بن مسعود ان له السدس (٢)، ولان العرف يقسمون الاشياء سهاما ستة يسمون كل قسم منه سهما.
والعمل على الأول والثاني موافق للعامة.

مسئلة (٩) لو اوصى بشيء من ماله، يعمل بما رواه الكليني رحمه الله، عن عدة من اصحابنا، عن احمد بن ابي عبد الله عن محمد بن عمرو، عن جميل، عن ابان عن علي بن الحسين عليهما السلام انه سئل عن رجل اوصى بشيء من ماله، فقال: الشيء في كتاب علي واحد من ستة (٣).

(مسئلة ١٠) لو اوصى بدراهم كثيرة، فعن الشيخ (ره) انه

- (١) الوسائل باب ٥٥ حديث ٣ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٤٩.
- (٢) هذا المضمون قد رواه في الوسائل في الباب حديث ٥ بقوله رحمه الله: وقد روي ان السهم واحد من ستة، ثم قال: قال مصنف هذا الكتاب رحمه الله: متى اوصى بسهم من سهام الزكاة كان السهم واحدا من ثمانية، ومتى اوصى بسهم من سهام الموارث فالسهم واحد من ستة، وهذان الحديثان متفقان غير مختلفين فتمضى الوصية على ما يظهر نم مراد الموصي (الفقيه ج ٤ ص ٢٠٥) طبع الغفاري.
- (٣) الوسائل باب ٥٦ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٥٠.

يحمل على ثمانين، استنادا الى قوله تعالى: لقد نصركم الله في مواطن كثيرة ويوم حنين(١) وكانت المواطن ثمانين وفيه ما لا يخفى.

والى ما رواه الكليني (ره)، عن علي بن ابراهيم، عن بعض اصحابه ذكره، قال: لما سمي المتوكل نذر ان عوفي، ان يتصدق بمال كثير، فلما عوفي سأل الفقهاء عن حد المال الكثير فاختلوا عليه، فقال بعضهم: مائة الف، وقال بعضهم عشرة آلاف، فقالوا فيه أقاويل مختلفة فاشتبه عليه الأمر، فقال رجل من ندمائه يقال له: صفوان: ألا تبعث الى هذا الأسود فتسأله عنه؟ فقال له المتوكل: من تعني ويحك، فقال: ابن الرضا عليه السلام(٢)، فقال له وهو يحسن من هذا شيئا؟ فقال: ان اخرجك من هذا فلي عليك كذا وكذا، والا فاضربني مائة مفرعة(٣) فقال (له خ) المتوكل: قد رضيت يا جعفر بن محمود، صر اليه وسله عن حد المال الكثير، (الى ان قال) فقال له: الكثير ثمانون، فقال جعفر: يا سيدي انه يسئلني عن العلة فيه، فقال ابو الحسن عليه السلام: ان الله يقول: لقد نصركم الله في مواطن كثيرة فعددتنا تلك المواطن فكانت ثمانين(٤).

وغيرها من الروايات الواردة في باب ٣ من كتاب النذر، وقد اورد عليه ابن ادريس بأن استفادة حكم الوصية منه قياس لا نقول به، وقد اجاب

- (١) التوبة: ٢٥.
- (٢) يعني الهادي عليه السلام.
- (٣) قرعته بالمقرعة ضربته بها، والمقرعة بالكسر والسكون ما يقربه الدابة (مجمع البحرين).
- (٤) الوسائل باب ٣ حديث ١ من كتاب النذر ج ١٦ ص ٢٣٣، ولاحظ باقي احاديث الباب.

العلامة (ره) بأن الشيخ (ره) اعرف بمواقع الروايات.

وكيف كان لا دليل على هذا الحكم فيحكم بمقتضى القاعدة بلزوم اقل ما يصدق عليه ذلك العنوان، وكذا كل عنوان غير ما ذكرنا كالحصة والبعض والقسمة، فيعمل بمقتضى القواعد من الاكتفاء بأقل ما يسمى.

(مسئلة ١١) لو نسي الوصي مصارف الموصى به كلا او بعضا، ففي رجوعه الى الميراث، او كونه مختارا في صرفه في أي موضع شاء او صرفه في وجوه البر معيناً؟ وجوه، بل جود القول في الأول والثالث فقد نسب الأول الى الشيخ.

ويمكن ان يقال انه مقتضى القاعدة، فان الوصي اذا لم يعلم المصرف، ففي كل موضع يريد ان يصرفه يحتمل ان يكون حراما ان كان المصرف غيره من باب حرمة التبديل المستفادة من قوله تعالى: فمن بدله بعد ما سمعه، فانما اثمه على الذين يبدلونه(١) الآية، ويحتمل ان يكون واجبا ان كان هو المصرف واقعا، فأمره دائما يدور بين المحذورين ومقتضى القاعدة البرائة.

كما ان في صورة الشك في تعيين التكليف ايضا المرجع البرائة، والجامع بينهما عدم تنجز التكليف، غاية الأمر ان في الأول احتمال التكليف غير منجز، وفي الثاني عدم القدرة على العمل على وفق التكليف قطعا، ولا يمكن المخالفة القطعية ايضا.

(ان قلت): يمكن المخالفة القطعية هنا بان يردده الى الورثة (قلت): كون الرد الى الورثة مخالفة موقوف على صحة الوصية، والمفروض عدم احراز صحتها بعد.

(وفيه) انه يمكن العمل على طبق الوصية على احتمال ان يكون احد الاحتمالات هو المصرف، فالموافقة الاحتمالية ممكنة وهي مقدمة على المخالفة القطعية ومقتضى ذلك جواز صرفه في كل مورد يحتمل ان يكون هو المصرف، وهو الوجه في الاحتمال الثاني الذي اشرنا اليه.

وذهب المشهور الى الثلث استنادا الى رواية سهل بن زياد، عن محمد بن الريان، قال: كتبت الى ابي الحسن عليه السلام أسأله عن انسان اوصى بوصية فلم يحفظ الوصي الا بابا واحدا منها كيف يصنع في الباقي؟ فوقع عليه السلام: الأبواب الباقية اجعلها في البر(١).

وفي اعتبارها وان كان تأمل لوجود سهل بن زياد، وكون محمد بن الريان غير معلوم الحال عندنا، الا ان المشهور قد عملوا بها فتكون منجزة.

وقد أيد في الجواهر بالروايات الواردة في الوصية بالحج بمال لا يكفي له حتى من الميقات(٢)، والواردة في اللقطة(٣)، والواردة في المال المجهول مالكة(٤)، والواردة في المبيع المنكشف كونه وقفا(٥) فانه قد حكم في غير الأخيرة منها بالتصدق بها وفي الأخيرة بالتصدق بغلتها، بلحكم في الجواهر بأن وجوه البر في هذا الخبر ايضا من افراد التصديق بناء على تعميمها لهذا المورد.

- (١) الوسائل باب ٦١ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٥٣.
- (٢) راجع الوسائل باب ٨٧ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٧٣.
- (٣) راجع الوسائل باب ٧ من كتاب اللقطة ج ١٧ ص ٣٥٧.
- (٤) راجع الوسائل باب ١٨ من كتاب اللقطة، ج ١٧ ص ٣٦٨.
- (٥) راجع الوسائل باب ١٧ من كتاب التجارة ج ١٢ ص ٢٧٠.

بيان ذلك ان جميع تلك الموارد مشتركة في كون مالكة غير ممكن الوصول الى ماله في الدنيا، فمع الغاء الخصوصيات، من كونه وصية بالحج أو غيره أو نذرا أو وقفا أو مجهول المالك ويمكن ان يقال بكون وجوه البر يكون معناه عاما لجميع المراد ويظهر ثمرته في قصد القرية.

(مسئلة ١٢-١) اذا اوصى من له ابن لزيد بمثل نصيب ابنه، فعن المالك ان المال بتمامه يكون للموصى له وغيره من العامة والخاصة على ان له نصيب المال، وهذه المسئلة من المسائل التي يدخل فيها الدور ومرادهم من الدور، المعنى لا المضر المحال، وذلك لان تعيين نصيب الابن موقوف على تعيين نصيب الموصى له الذي يتعين مع تعيينه فتعيينهما يقتضي المماثلة فينتصف.

والدليل على ان الوصية تحمل على ما ذكره المشهور ان الظاهر منها كون الابن فعلا مالكا لشئ فيجب التقسيم على نحو يصدق عرفا بعده ان نصيب الموصى له نصيب ابنه.

(مسئلة ١٣) لو اوصى بمحرومية بعض الورثة من الارث تبطل الوصية بالنسبة الى مقدار الثلثين قطعا، لان مراده منها ان ما حكم به الشارع من الميراث كأنه لم يكن فبطلانه حينئذ واضح، لان رفع الحكم ووضعه لم يكن بيده، وان كان المراد الايضاء بالمنع ولو كان مستحقا فهي وصية، ومن احكامها عدم وجوب بل جواز انفاذها فيما تخالف المشروع فلا تمضي، واما بالنسبة الى الثلث، فعن الجواهر (ره) نقلا من العلامة ذهاب بعضهم الى الصحة مانلا بانه نظير ما لو اوصى بتمام ماله لزيد بالالتزام فيحتاج الى امضاء الورثة في حقه، ثم رده (ره) بعدم احدي الدلالات الثلاث اما المطابقة والتضمن، فواضح، واما الالتزام فشرطه اللزوم الذهني المنتفي في المقام.

(وفيه) ان الدلالة التصديقية لا يشترط فيها اللزوم، بل يثبت بثبوت الملزوم للوازم الواقعية.

نعم يمكن ان يقال: ان الدلالة الواقعية ايضا ممنوعة، لان لازم انشاء الوصية المذكورة انشاء الشارع يكون المال لباقي الورثة لان انشاء الموصى (وبعبارة اخرى) ليس هنا انشائين (احدهما) انشاء الملزوم (والاخر) انشاء اللازم، بل انشاء من الموصى اللازم منه انشاء الشارع.

واستدل في الجواهر(١) بأن نفي هذه الوصية صحيح بالنسبة

(١) هكذا في بالي في مجلس البحث، ولننقل عبارة الجواهر بتمامها، وكان سيدنا الاستاذ (قده) نقلها بالمعنى ملخصا، والعبارة هكذا: لكن قد يقال: ان الوصية بالاخراج وان لم تكن وصية بالباقي للباقي، لكنها نفسها وصية، ضرورة عدم الفرق بين الامر والنهي، والاعطاء وعدمه في نفوذ جميع ما اوصى به من الثلث، فانه لا اشكال في اختصاص غيره من الورثة به لا للوصية به لهم، بل لاخراج الولد مثلا منه، فيبقى ارثا لغيره، ولا يعتبر في الوصية قصد الوصية، كما لا يعتبر فيها سوى العهد بما اراده الشارع (وظ) لم يقطع سلطنته عن الثلث، بل ابقاها، فهو مسلط عليه دفعا ومنعا، فاذا اخرج بعض الورثة عن المال كله نفذ في مقدار الثلث الذي له

تسلط عليه ولم ينفذ في غيره كما لو اعطى المال كله لبعضهم فإنه ينفذ بمقدار الثلث دون غيره كما هو واضح ومن هنا يقوى ما سمعته من الفاضل (٢) وان لم يكن ما سمعته من الحكم بالوصية بالباقي كي يرد عليه ما عرفت، بل لان الاخراج نفسه وصية يمكن امتثالها فيستحق غير المخرج الثلث بالارث (انتهى كلامه رفع مقامه).
(٢) وهو انه يجري مجرى من اوصى بجميع ماله لمن عدى الولد (الى ان قال): وهو خيرة الفاضل في المختلف وعن الخراساني انه استظهره (انتهى).
من الحكم بالوصية بالباقي كي يرد عليه ما عرفت، بل لان الاخراج نفسه وصية يمكن امتثالها فيستحق غير المخرج الثلث بالارث (انتهى كلامه رفع مقامه).

الى بعض الورثة فتمضى في الثلث (وبعبارة اخرى) كما ان متعلق الوصية يكون وجوديا فقد يكون عدما.
(وفيه) ان ادلة الوصية لو لم نقل بعدم شمولها لهذه الصورة اطلاقا فلا اقل من انصرافها عنها، لان جعل الوصية من الشارع لا يصل الخير بعد وفاته الى نفسه، ففي الارث ليس ايصالا له اليه، والرواية المتضمنة لحكم ابي الحسن الأول عليه السلام، بنفوذ الوصية التي اوصى علي بن السري الى وصيه باخراج ابنه جعفر بن علي بن السري من الميراث فأنفذه عليه السلام وحكم باخراجه منه (١) غير معمولة عليها فلا يشملها ادلة حجية خبر الواحد التي عهدتها بناء العقلاء فافهم جيدا.

(١) الوسائل باب ٩٠ حديث ٢ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٧٦ قال في الوسائل عقيب نقله: قال الصدوق: ومتى اوصى الرجل باخراج ابنه من الميراث ولم يكن احد من هذا الحدث لم يجز للوصي انفاذ وصيته في ذلك ثم استدلل بالحديث الأول (يعني من الباب) وقال الشيخ: هذا الحكم مقصور على هذه القضية لا يتعدى الى غيرها، لانه لا يجوز ان يخرج الرجل من الميراث المستحق بنسب شائع بقول الموصي وامره ان يخرج من الميراث اذا كان نسبه ثابتا، واستدل بالحديث الأول (انتهى كلامه «ره»).

الكلام في شروط الوصي

(مسئلة ١) قد تقدم ان حيثية اصل الوصية وكونها مشروعة في الاسلام كما ثبت بالادلة النقلية بضرورة فقه الاسلام من غير تكبير من احد كذلك جواز تعيين الموصي الوصي بعد موته ثابت في الجملة بضرورة الفقه الاسلامي فيترتب عليه آثاره واحكامه كأداء واجباته واخذ ما يطلب من الناس، وجواز الترافع الى الحاكم وغيرها من الأحكام المترتبة على الوصي.

وانما الكلام في شرائط الوصي، وهي بين وفاقية وخلافية، وايضا يحتمل ان يكون اعتبار الشروط الآتية من حيث التكليف، او من حيث الوضع، ولكن الظاهر من تعبير الفقهاء قدس سرهم بقولهم: (ويعتبر فيه امور) اعتبارها من حيث الوضع لا التكليف بمعنى انه ان كان فاقدا لها او لأحدها لا يصير وصيا ولا ينفذ تصرفاته. فلو اوصى الى فاسق بناء على اعتبار العدالة لا يصير الفاسق وصيا له ويكون تصرفاته محرمة عليه غير نافذة لنا.

وعلى تقدير اعتبار العدالة يكون المعبر العدالة الواقعية لا المحرزة بحيث لو علم بفسقه بنفسه وكان عند الموصي عادلا فلا يجوز له ان يتصرف، ولو تصرف كان تصرفه باطلا.

واما لو اوصى الى من كان فاسقا بنظر الموصي وكان عادلا يصير وصيا.

وبالجملة، على تقدير وجود الشروط، يترتب عليه آثار الوصي واحكامه ولو مع فرض عدم علم الموصي، وعلى تقدير عدمها يكون كالأجنبي ولو مع فرض كونه واجدا لها عند الموصي.

وهل الاصل عند الشك في اعتبار بعض ما قيل باعتباره، عدم صيرورته وصيا الا فيما هو المعلوم من اجتماع جميع الشروط المعلوم والمحملة، او الاصل البرائة عن الشرط المشكوك؟ وجهان.

فان قلنا: ان الوصية كسائر المعاملات العقلانية الممضاة بعدم ردع الشارع، فالقدر المتيقن من اعتبارها ما علم من الشرع باعتباره، وان قلنا: ان الوصية من الامور التعبدية التي شروطها وقيودها بيده فاللازم هو العمل على ما علم اجتماعه لجميع ما يحتمل ان يكون شرطا.

والظاهر الأول، لانها كانت معمولة قبل الاسلام ولاتكون من مخترعات الشارع كما هو المعلوم الآن من معهوديتها بين اهل غير الاسلام ايضا.

وكيف كان فقد ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم اجمعين، انه يعتبر فيها امور، البلوغ والعقل، والاسلام ان كان الوصي مسلما، والعدالة على قول.

اما البلوغ فلم نجد لاعتباره دليلا خاصا، لا تصريحاً ولا تلويحاً الا الرواية الآتية الواردة فيمن اوصى الى امرأة وصغير او الى ولدانه الكبار والصغار الدالة على عدم نفوذ تصرف الصبي حال صباوته الكاشف عن كونه وصيا شرعيا الا بعد بلوغه.

ولكن دلالتها التزامية لا مطابقية ولا تضمنية، لكونها واردة في بيان حكم آخر كما ستعرف، نعم الظاهر صحة التمسك بالعمومات الدالة على ان امر الصبي لا يجوز حتى يحتلم (١) وهو شامل للمورد.

واما العقل فلان الوصية من الامور العقلانية التي عليها بناء العقلاء، وهم يقبحون من اوصى الى غير عاقل مضافا الى ما ورد في

(١) راجع الوسائل باب ٣ ص ٢٧ ج ١ ويؤيده ما دل على اعتبار بلوغ الصبي فانه احد طرفي عقد الوصية كما ان الوصي طرف الآخر، لاحظ الوسائل باب ٤٤ من كتاب الوصايا ج ١٣ ص ٤٢٨.

العقل من قوله عليه السلام: اياك اعاقب واياك اثيب (أو) اياك أمر واياك اثيب ونحوهما فلا اشكال فيه أصلا، واما الاسلام، فيمكن ان يستدل له بالآيات الدالة على عدم جواز اتخاذ الكفار اولياء، مثل قوله تعالى: لا تتخذوا اليهود والنصارى اولياء (١)، وقوله تعالى: لا تتخذوا عدوي وعدوكم اولياء (٢)، وقوله تعالى: لا تتخذوا الذين اتخذوا دينكم هزوا ولعبا من الذين اتوا الكتاب من قبلكم والكفار اولياء (٣) وقوله تعالى: لا تتخذوا الكافرين اولياء (٤).

والآيات الدالة على عدم جواز جعلهم بطانة (٥).

والدالة على عدم جواز الركون الى الظالمين الموجب لمس النار اياهم (٦).

فانه يستفاد من مجموعها وغيرها من الاخبار ان الكافر لا يليق ان يجعله المسلم وليا على امر ما من الامور ولا الركون اليه.

مضافا الى استلزامه للسبيل المنفي ان كان المولى عليه صغارا او كان غرماء الميت مسلمين او كان الجهة

الموصى بها جهة عامة مثل ذوي العقول المسلمين كالعلماء والفقراء، والجيران وامثالهم بضميمة عدم الفرق بين هذه الموارد وغيرها من الموارد التي لا تكون كذلك.

(١) المائدة/٥١.

(٢) الممتحنة/١.

(٣) المائد/٥٧.

(٤) النساء/١٤٤.

(٥) مثل قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا بطانة من دونكم آل عمران/١١٨.

(٦) مثل قوله تعالى: ولا تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار هود/١١٣.

نعم قد يشكل في بعض الموارد كما اذا اوصى بثلثه الى كافر يصرفه في تجهيزاته مثلا أو اوصى اليه بان يصرفه في مصرف خاص ونظائرهما. وكيف كان فالمسئلة مضافا الى ما ذكر اجماعية ومضافا الى كونها مودعة في الكتب المعدة لنقل فتاوى الأئمة عليهم السلام، كالمفيد، والشيخ في المقتعة والنهائية الا ان الأول قيد بالذمي فكأن الحربي كان مفروغا منه عنده، والثاني اطلق (١).
واما العدالة، فذهب الى اشتراطها الشيخ (ره) في المبسوط، وابن حمزة في الوسيلة، وابن زهرة في الغنية، وقد حكى عن المفيد (ره) وسلاور وابن البراج.
والى عدم اشتراطها ابن ادريس في السرائر، والعلامة في المختلف، وحكى القولين المحقق في الشرايع من غير ترجيح وصرح بالتردد في النافع، ونقل التردد ايضا عن الشهيد في غاية المراد.
والذي يمكن ان يستدل للأول امور (الأول) ارتكاز المسلمين بما هم مسلمون في عدم استيمانهم من لاخوف له من الله تعالى يمنعه من الخيانة في حقوق المسلمين، سيما اذا كان متجاهرا بفسقه غير مبال في دينه كما يشير اليه خبر اسماعيل بن الصادق عليه السلام حيث قال له الصادق عليه السلام زاجرا له عن استيمان الفاسق في اعطاء المال: اما بلغك انه يشرب الخمر (٢).
(الثاني) ذيل آية النبا الدالة على عدم جواز الاقدام على أمر يوجب الندامة بضميمة مقدمة خارجية، وهي ان الاقدام على فعل يوجب

(١) هكذا نقله سيدنا الاستاذ الاكبر (قده) عنهما.

(٢) الوسائل باب ٦ حديث ١ من كتاب الوديعه، ج ١٣ ص ٢٣٠.

ذلك، كالاقدام على قول في انه يوجب الندامة، وكلاهما مبغوضان للشارع.
(الثالث) استقلال العقل بقبح الاستيمان لمن لا امانة له (وبعبارة اخرى) انشاء الوصاية والولاية لمن ليس أهلا له، قبيح عقلا فيستكشف قبح تنفيذ الشارع ايضا، ويؤيده آية النبا بالتقريب المتقدم، وهي وان كانت دالة على عدم الجواز من حيث التكليف الا انه يمكن ان يقال: منشأه عدم الاطمينان بوقوع ما أخبر به وضعا.
(الرابع) ما رواه الكليني (ره)، عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، عن معمر بن خلاد، قال: سمعت ابا الحسن عليه السلام يقول: كان أبو جعفر عليه السلام يقول: لم يخنك الأمين، ولكن انتمنت الخائن (١).
فانه عليه السلام وبخ من انتمنت الخائن سيما اذا لم يكن المستأمن حين عمل الأمين حاضرا عنده كما في المقام، حيث ان الولاية ثابتة للوصي بعد موت الموصي.
(الخامس) ان يقال: ان جعل الولاية للوصي على الصغار من تصرفات الموصي في حقهم وهي ان لم يكن مشروطة بالمصلحة فلا اقل من اشتراطها بعدم المفسدة واستيمان الفاسق يكون منشأ للمفسدة فلا ينفذ. وقد يستأنس ايضا من الرواية الواردة فيمن لا وصي له، انه يعين الحاكم العدل وان كان متعذرا، قام به الثقة، بتقريب انه قائم مقام الوصي في اعتبار الوثاقفة، فكذا يعتبر في هذ الوثاقفة بالنص، فكذا الوصي.

(١) الوسائل باب ٩ حديث ٤ من كتاب الوصية ج ١٣ ص ٢٣٤.

وان كان قد يחדش فيه بالفرق بينهما، بأن الوصي يعينه الموصي بنفسه، فله الخيار، بخلاف تعيين الحاكم المنوط بالمصلحة.

وقد يجاب عنه بأن جعل الوصي لا ينحصر في كونه للأموال الراجعة الى نفسه، بل قد يكون للولاية على الصغار وغيرهم من القصر الذين لا يجوز لهم التصرف ولا يصح منهم على خلاف مصلحتهم.

ولكنها كما قلنا مشعرة بذلك لا ان تكون دليلا، فغاية ما يمكن ان يستدل للقول باعتبار العدالة في الوصي.

واما الدليل على عدم اعتبارها فقد يقال: بأن المسلم أهل للأمانة وان الوصاية تابعة لجعل الموصي، وانه لم يرد ردع، من الشارع فيحكم بالصحة بمقتضى عمومات ادلة الوصية، هذا.

مضافا الى ان المسئلة مع كونها عامة البلوى وانها كثيرة الوقوع لم يرد بها نص بالخصوص مع بناء السائلين والمسئولين سوآلا وجوابا بيان الاحكام سيما المحتاج اليها، فيمكن دعوى القطع بعدم اعتبارها بمعنى وجود الملكة الرادعة عن مخالفة الله تبارك وتعالى.

نعم يمكن ان يقال: ان من كان غير مبال للدين معروفا بالفسق وتظاهرة لايجوز جعله وصيا.

فتمحصل من مجموع الأدلة من الطرفين، اعتبار الوثاقفة، بل يمكن دعوى اعتبار العقلاء بما هم عقلاء كذلك، ففعل الى هذا اشار استدلال بعضهم بانها تابعة لجعل الموصي كما تقدم بمعنى انهم لايجعلون الفاسق المعلن نفسه وصيا وامينا على الأفعال والأموال فلو فعل شخص ذلك لذمه العقلاء على ذلك، فتأمل.

(مسئلة ٢) حكى في المختلف عن الشيخ في الخلاف والمبسوط، وعن ابن حمزة وابن ادريس وعمن هو قبلهم، الشيخ علي بن بابويه القمي، وعن معاصر الشيخ الطوسي، أبي الصلاح الحلبي، انه اذا اوصى الى شخصين مع شرط الاجتماع على التصرف وعدم تفرد احدهما به او اطلق، لم يكن لأحدهما، التفرد بشيء من العمل بالوصية وان شرط التفرد جاز.

وعن الشيخ في النهاية، جواز التصرف.

واختار هو، الأول مستدلا بانه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد وبما رواه الشيخ (ره) وباسناده، عن محمد بن الحسن الصفار (١)، قال: كتبت الى ابي محمد عليه السلام رجل كان اوصى الى رجلين أيجوز لأحدهما ان ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف؟ فوقع عليه السلام: لا ينبغي لهما ان يخالفا الميت، وان يعمل على حسب ما امرهما به ان شاء الله، ورواه الصدوق (ره) باسناده عن الصفار مثله، وذكر ان التوقيع عندي بخط العسكري عليه السلام (٢).

(والتحقيق) ان يقال: ان هنا مقامين (احدهما) مقام الثبوت (ثانيهما) مقام الاثبات اما الأول، فهل يكون معنى الايصاء الى الغير هو جعل الوصي الواحد المتقوم بهما، او يكون معناه جعل الوصيين بحيث يصدق على كل واحد منهما انه وصي، فان كان الأول فالمتجه هو قول النهاية، وان كان الثاني فالمتجه هو المبسوط والخلاف وغيرهما ممن تقدم.

واما الثاني أعني مقام الاثبات فالظاهر من قول الموصي

(١) في الصحيح كما في المختلف.

(٢) الوسائل باب ٥١ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٤٠.

مثلا: أوصيت الى زيد وعمرو او جعلت زيدا وعمروا وصيين، او زيد وعمرو، وصيائي، هو كونهما وصيين بحيث يكون نسبة الوصاية الى زيد وعمرو مستقلة، غاية الأمر تعدد الوصي لا بد له من عرض هو اما تقوي الرأيين، او لسرعة تحقق العمل الموصى به.

فعلى الاول لا يجوز انفراد أحدهما بالتصرف، وعلى الثاني يجوز.

وحيث ان اللفظ غير دال على الغرض، ولو كان المتكلم في مقام البيان، فالقدر المتيقن، هو صورة الاجتماع. هذا اذا كانا حيين باقيين على العدالة.

اما لو مات احدهما او فسق ففي الشرائع: لم يضم الى الحاكم وجاز له الانفراد وحكى في الجواهر (ره)، عن الشيخ مفطح الصيمري في شرح الشرائع انه نسب هذا القول الى الأكثر، وكذا عن المحقق السبزواري في الكفاية، وعلل فيه بأنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصي، ولكن قد تردد في آخر كلامه، مما سمعت، ومن ان ظاهر الشريعة عدم رضى الموصي برأي أحدهما منفردا او الوصي، بل انما هما معا لا احدهما منفردا فلا بد ان ينضم اليه امين.

ونسب في الجواهر (ره) هذا القول الى القواعد، ومحكي الارشاد والتحرير، والشهيدان وفاضل الرياض، وفخر الدين، وجماعة الا انه استشكل على الوجه الثاني المذكور، بأن لازم ذلك انتفاء وصاية الآخر ايضا ضرورة

كونها مشروطة بشرط منتف، فيستقل الحاكم بالوصاية.
(وفيه) ان مقتضاه ذلك اذا كان معنى جعل الاثنيين، كونهما معا وصيا واحدا مستقلا في مقام اعمال الوصاية ولا كلام فيه، انما الكلام في جواز الضميمة للحاكم ففيه تردد، اللهم الا ان يقال: ان جعل الوصيين يقتضي مزاحمة رأي كل واحد لرأي الآخر ماداما حيين عادلين، فاذا خرج احدهما من قابلية الوصاية بالموت او الفسق فلا مزاحمة فيستقل حينئذ في التصرف.
ولكن مقتضى ما ذكرنا من كون تصرف احدهما لم يكن منظورا في نظر الموصي، هو العمل على المتيقن كما اذا شرط الاجتماع، فكما يجوز للحاكم ضم آخر اليه عند فقد الآخر، كذا في صورة الاطلاق، لأن المفروض انه مثله في الحمل على الاجتماع.
الى هنا افاد استاذنا الأعظم المرجع الديني العلامة الطباطبائي آية الله العظمى الحاج حسين البروجردى مد ظله العالى.
وانا الأقل علي بناه الاشتهادي، اللهم اغفر لي ولوالدي ولأساتيذتي بحق النبي وآله ١٣٦٧ الهجري القمري.

ميراث الأزواج

لا خلاف بين المسلمين مضافا الى الكتاب والسنة أيضا في ان الزوجة ترث من الزوج، بل هو من ضروريات الاسلام، وقد نطق به الكتاب اجمالا (تارة) مثل قوله تعالى: للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون، وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا(١).
(واخرى) تفصيلا مثل قوله تعالى: ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد، فان كان لهن ولد فلکم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين، ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين الآية(٢).
وهذه الآيات الشريفة دالة على ارث النساء من أزواجهن في الجملة، بل دالة بظاهاها على ارث الزوجة من كل ما ترثه الزوج منها بلا استثناء، لان (ما) في قوله تعالى (مما تركتم) موصولة والموصولات حيث انها تفتقر الى الصلة، فان كانت الصلة معهودة فيما بين المتكلم والمخاطب فلا عموم فيها، بل تنصرف الى خصوص المعهود، والا فلا محالة تكون عامة لان تعيين بعض افراد ما يمكن ان تكون صلة، للصلة دون بعض ترجيح بلا مرجح، وعدم تعيين مخالف لوضع الموصولات التي ذكرنا

(١) النساء/٧.

(٢) النساء/١٢.

افتقارها الى الصلة لانها موضوعة لنفس الاشياء، بما هي لا لمفهومها، بل لايجادها، وهي من الامور الاضافية لا بد لها من مشار اليه باعتبار انها هيئة امتدادية من المشير الى المشار اليه، فاذا لم يمكن كون بعض الافراد صلة تعين كونها تمام ما يصدق عليه الصلة.
فحينئذ كل ما يصدق هذا مما تركه الزوج فالآية الشريفة تعمه، فالآية بظاهاها تدل على ارثها من المنقولات وغيرها ارضا كان أو غيرها، كانت الزوجة ذات ولد أم لا؟
الا ان مذهب الامامية قد استقر على حرمانها في الجملة من بعض متروكات الزوج بل هو من متفردات الامامية، بناء على اصولها كما هو الحق من حجية اقوال الأئمة عليهم السلام وكونهم عليهم السلام منصوبين للامامة من قبل الله تعالى ومن رسوله الذي لا ينطق عن الهوى ان هو الا وحي يوحى وانهم عليهم السلام مضافا الى كونهم سلاطين على الناس بالنسبة الى الامور الدنيوية ائمة لهم بالنسبة الى الامور الاخرية وانهم واجبو الاطاعة بالاعتبارين، فمن خالف هذه الطريقة، فيمكن ان يخذش في اصل مذهبه.
وكيف كان فلا مخالف بين الامامية الا ما يحكى عن ابن جنيد الذي لا يضر مخالفته.
نعم قد وقع الخلاف في موضعين (احدهما) ان ما تحرم منه الزوجة ما هو؟ (ثانيهما) ان الزوجة التي تحرم في الجملة من هي؟ هل هي ذات الولد فقط ام مطلقا.
والمخالف كما ذكرنا محمد بن احمد بن جنيد وهو من اصل اسكاف (من قرى بغداد) ولذا سمي بالاسكافي وكان مشتغلا بالتحصيل وكان من شيوخ المفيد (ره) وكان معاصرا للصدوق (ره) وصنف كتابين في الفقه (احدهما) يسمى بالتهذيب، وهذا الكتاب استدلالى مدحه الشيخ ابو جعفر الطوسي (ره) ولم يكن عند المحقق والعلامة (ثانيهما) المختصر الاحمدي في فقه المحمدي، وهذا الكتاب كان عند العلامة عليه الرحمة الذي كان في اوائل القرن الثامن.
وقد نقل الشيخ احمد بن علي بن نباش الملقب بـ (النجاشي)، وكذا الشيخ الطوسي (ره)، ان ابن جنيد كان يعمل بالقياس، ولذا ترك كتبه ورواياته.
ويسمى هذا مع حسن بن ابي عقيل – الذي صنف كتابا سماه بالتمسك بحبل آل الرسول صلى الله عليه وآله ويروي عنه الشيخ ابو القاسم جعفر بن محمد بن قولويه – بالقديمين.
وكيف كان فقد ذهب المفيد (ره) الى ان ما تحرم منه الزوجة هو خصوص اراضي المساكن عينا وقيمة لاغير، ونسب ذلك الى ابن ادريس، وتبعه المحقق في المختصر النافع الذي صنفه بعد الشرائع، وتبعه الفاضل الآبي في كشف الرموز، وهو من تلامذة المحقق.
وقد حكى في المسئلة اقوال اربعة (احدها) ما ذهب اليه ابن الجنيد، من ارثها من كل شيء (ثانيها) ما نسب الى المفيد (ره) من انها ترث من كل شيء الا من الرباع والمساكن، قال: وهو اقتصر على المتيقن (ثالثها) ما نسب الى الشيخ من انها تمنع من مطلق الاراضي عينا وقيمة وتبعه القاضي وابن حمزة، والتقى ابو الصلاح الحلبي قدس سرهم (رابعها) ما خرجه السيد علم الهدى وجمع به بين الأخبار من انها تمنع من الارض عينا لا قيمة جمعا بين الأخبار.

قال الشيخ في النهاية: والمرأة لا ترث من زوجها من الارضين والرباع من الدور، والمساكن، والمنازل، ويقوم الطوب والخشب وغير ذلك من الآلات وتعطى حصتها منها ولا تعطى منها، وقال بعض اصحابنا: ان هذا مخصوص بالدور والمنازل دون الارضين والبساتين والاول اكثر في الروايات واطهر في الامامية، وهذا انما هو اذا لم يكن لها منه ولد والا اعطيت من جميع ما ذكرنا من الضياع والدور والمساكن.

وقال في الاستبصار - بعد ذكر اخبار الفضلاء (كما سيأتي ان شاء الله تعالى) وبعد نقل رواية محمد بن مسلم وزرارة وطربال وغيرها مما هو دال على مذهبه -: وهذه الاخبار عامة في انه ليس للمرأة شيء من القرى والارضين والرباع، ولهن قيمته، وما يتضمن بعض هذه من انهن لا يرثن من هذه، معناه انهن لا يرثن من تراب، وكان شيخنا محمد بن محمد بن النعمان: يخصص حرمان الزوجة بالمنازل والدارات، والاخبار عامة.

وقال المحقق في المسئلة الخامسة من الشرائع من كتاب الفرائض: اذا كانت للزوجة من الميت ولد ورثت من جميع ما ترك، ولو لم يكن لها ولد لم ترث من الارض شيئا واعطيت من قيمة الآلات والابنية وقيل: لا تمنع الا من الدور والمساكن، وخرج المرتضى (ره) قولنا ثالثا وهو تقويم الارض وتسليم حصتها من القيمة، والقول الاول اظهر.

وعن ابن الدريس انه نسب الى روايات اصحابنا واجماعهم: ان الزوجة التي... ولا ترث من المساكن ونسب الى بعض اصحابنا انه الحق بها جميع الارضين من البساتين وغيرها، وقال: هذا اختيار ابي جعفر (ره) (١)

والاول، المفيد، وهو الموافق للمذهب.

(١) اراد به الشيخ الطوسي (ره).

وهذا الكلام يدل على اختياره قول المفيد.

وقال المحقق في النافع - الذي صنفه بعد الشرائع، وآخر ما صنفه المحقق، والمعتبر وهو شرح النافع -: وترث الزوج من جميع تركة المرأة، وكذا المرنة عدا العقار وترث من قيمة الآلات والابنية، ومنهم من طرد الحكم في ارض المزارع والقرى، وعلم الهدى يمنعها من العين دون القيمة (انتهى) هذا في الاقوال.

واما الروايات فهي كثيرة واكثرها مروية عن ابي جعفر وابي عبد الله عليهما السلام، نعم روى محمد بن سنان في علله انه روي هذا الحكم عن الرضا عليه السلام ايضا، ومحمد بن سنان كان من الطبقة السادسة (١)، وذكر العلماء (رهم) انه زعم انه سمعه عنه عليه السلام.

والرواة الذين رويوا في هذه المسئلة احد عشرة (١) زرارة (٢) محمد بن مسلم (٣) بكير بن اعين (٤) فضيل بن يسار البصري (٥) بريد بن معاوية (٦) عبد الملك بن اعين (٧) ميسر بن عبد العزيز بياح الزطي (٨) يزيد الصانغ (٩) محمد بن النعمان الاحول (١٠) محمد بن سنان (١١) عبد الله بن ابي يعفور.

وحين روي عن بعضهم ثلاث روايات او اكثر صارت الروايات بتعدد الرواة كما روي عن عبد الملك ويزيد الصانغ من كل واحد منهما اثنان،

(١) هذا اصطلاح خاص لسيدنا الاستاذ الاكبر (قده) حيث انه قد الف كتاب طبقات الرجال ورتبه على ثلاث طبقات كل طبقة مشتملة على اثني عشرة مرتبة، من زمن النبي صلى الله عليه وآله الى زمن الباقر عليه السلام اثنا عشر ومن زمانه الى محمد بن الحسن الطوسي اثنا عشر من زمانه الى زمان نفسه (قده) اثنا عشر.

وروي عن كل واحد من محمد بن مسلم وزرارة اربعة فصارت ثمانية روايات.

كما ان ما رواه حماد بن عثمان مرسلا يمكن انطباقه مع احدى الروايات المسندة.

ونحن ننقل هذه الروايات ونبتدئ بالروايات التي رواها من الطبقة الرابعة او الخامسة او السادسة على حسب الترتيب الذي رتبناه.

فقبل نقلها ننقل كلمات الفقهاء الذين استفادوا من الاخبار ما استفادوه، فنقول بعون الله الملك العلام:

قال المفيد عليه الرحمة في المقنعة: لا ترث الزوجة ما تركه الزوج من الرباع وتعطى قيمة الخشب، والطوب، والآلات، والبناء، وهذا منصوص عنه صلى الله عليه وآله وعن الانمة من عترته صلى الله عليه وآله، والرباع هو الدور والمساكن.

وهذا يدل على انه وصل اليه رواية عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم دالة على ما ذهب اليه، ولكننا لم نعثر عليها.

وعن الفقيه - بعد نقل روايات الفضلاء الخمسة الآتية - قال: وهذا اذا كان لها منه ولد، فاذا لم يكن لها منه ولد فلا ترث من الاصول الا قيمتها، ثم استشهد بخبر ابن اذينة الآتي.
وعن ابي الصلاح في الكافي: ولا ترث الزوجة من رقاب الرباع والارضين شيئا وترث من قيمة الرباع والارضين كسائر الآلات.
وعن الموصليات (١) الثانية في المسئلة الثالثة والتسعين: ان

(١) الموصل بلد معروف مشهور، وكان للسيد علم الهدى رحمه الله الموصليات الاولى والموصليات الثانية زمن مرجعته للشيعة، وقد سنله اهل الموصل.

المرأة لا ترث شيئا، ولكن تعطي حصتها بالقيمة من البناء والآلات.
وعن الشيخ في المبسوط والخلاف، والقاضي في التهذيب: والمرأة لا ترث من زوجها من الارضين والرباع والقرى والمساكن والمنازل بل يقوم الطوب والخشب وغير ذلك من الآلات وتعطي حصتها منها، وقال بعض اصحابنا: ان هذا اكثر في الاخبار واطهر في المذهب، وهذا انما هو اذا لم يكن لها منه ولد والا اعطيت من جميع ما ذكرنا من الديار وغيرها.
وعن الغنية - في مسئلة الحبوقة بعد ذكر ما وجهه السيد المرتضى علم الهدى (ره) - قال: وكذا فيما رواه اصحابنا من ان الزوجة لا ترث من الرباع والارضين شيئا.
وعن ابن حمزة في الوسيلة - وهو كان من الطبقة الخامسة عشر - قال: فان كانت ذات ولد منه لزم ميراثها من جميع تركته والا لم يكن لها حق في الارضين والقرى والدور والرباع، وروى روايات مختلفات غير ذلك.
وعن الشيخ رحمه الله في الاستبصار - بعد بيان ان الاخبار عامة والعمل بعمومها اولى - قال: واختصاص بعضها بها - أي ارض المساكن - لا يدل على نفيه الا بدليل الخطاب وذلك يترك لدليل، ثم نقل خبر ابن ابي يعفور والفضل وحملهما على التقية وهو مخصص ثم حكى ما حكينا، عن ابن بابويه في الفقيه وسكت - هذا كله في الأقوال.
واما الاخبار فنقول بعون الله الملك الوهاب: روى جعفر بن بشير - كان معاصرا للرضا عليه السلام، وكان من فقهاء الشيعة ذكر الشيخ والنجاشي انه كان قحطة (١) العلم - عن الحسين بن ابي مخلد، عن عبد الملك بن اعين - اخ زرارة - قال: دعا ابو جعفر عليه السلام بكتاب علي عليه السلام فجاء به جعفر مثل فخذ الرجل مطويا، فاذا فيه: ان النساء ليس لهن من عقار الرجل اذا توفي عنهن شيء، فقال ابو جعفر عليه السلام: هذا والله خط علي عليه السلام واملاء رسول الله صلى الله عليه وآله (٢).
وهذه الرواية تدل بظاهرها على حرمان الزوجة عن خصوص ارض المسكن.
وروى جعفر بن سماعة كان من الشيعة - عن المثني عن عبد الملك بن اعين، عن احدهما عليهما السلام، قال: ليس للنساء من الدور والعقار شيء (٣).
وروى حسن بن محبوب - وكان من الطبقة السادسة عن الأحول

(١) هكذا في النسخة التي ضبطتها في مجلس بحثه قدس سره، ولكن يستفاد من تنقيح الرجال للعلامة المتتبع الحاج الشيخ عبد الله المامقاني: انه كان يلقب قححة العلم ونهم ذكره على انحاء (احدها) كونه قححة العلم بالقاف والقاف والحاء بمعنى زهر العلم (ثانيها) قححة العلم بالنون والحاء المهملة بمعنى ان العلم ينفح من فيه من نفح الطين اذا فاح (ثالثها) قفة العلم بالقاف المضمومة والفاء المشددة المفتوحة بمعنى الوعاء وكونه وعاء للعلم بكثرة العلم - فراجع تنقيح المقال ج ١ ص ٢١٤ الطبع الحجري.
(٢) الوسائل باب ٦ حديث ١٧ من ابواب ميراث الازواج، ج ١٧ ص ٥٢٢.
(٣) المصدر حديث ١٠ منها.

وكان من الطبقة الرابعة - فلذا يحتمل كونها مرسلّة، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: لا يرثن النساء من العقار شيئا ولهن قيمة البناء والشجر والنخل يعني من البناء، الدور، وانما عنى من النساء الزوجة (١)، وهذه الرواية مبعدة لتخريج السيد المرتضى (ره) فانه عليه السلام قابل بين عدم الارث من العقار والارث من قيمة البناء والشجر وغير ذلك، فلو كانت ترث من القيمة مطلقا لما كان للتقابل معنى.

وروى علي بن الحكم - وكان من الطبقة السادسة - عن ابان الاحمر، قال: لا اعلمه الا عن ميسر بيع الزطي، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن النساء ما لهن من الميراث؟ قال: لهن قيمة الطوب والبناء والخشب والقصب، فأما الارض والعقارات فلا ميراث لهن فيه، قال: قلت: البنات؟ قال: النبات لهن نصيبهن منه، قال: قلت: كيف صار ذا؟ ولم صار لهن الثمن ولهن الربع مسمى؟ (٢) قال: لان المرأة ليس لها نسب ترث به، وانما هي دخيل عليهم، انما صار هذا كذا لنلا تتزوج المرأة فتجيء زوجها او ولدها من قوم آخرين فيزاحم قوما آخرين في عقارهم (٣).

وهذه الرواية كما تحتمل ان يراد بها مطلق الارض بظاهر اللفظ، كذلك تحتمل ان يراد بها خصوص ارض المساكن بقريئة ذكر القيمة لاشياء محصورة بارض المساكن والدور.

-
- (١) المصدر حديث ١٦ منها.
(٢) في الكافي: كيف صار ذا ولهذه الربع ولهذه الربع مسمى؟
(٣) الوسائل باب ٦ حديث ٣ من ابواب ميراث الازواج، ج ١٧ ص ٥١٨.

وروى محمد بن سنان فيما زعمه انه سمعه من الرضا عليه السلام او كتب عليه السلام اليه في جواب مسأله: علة المرأة انها لا ترث من العقار شيئا الا قيمة الطوب والنقص، لان العقار لا يمكن تغييره وقلبه، والمرأة قد يجوز ان ينقطع ما بينها وبينه من العصمة ويجوز تغييرها وتبديلها، وليس الولد والوالد كذلك لانه لا يمكن التفصي منهما، والمرأة يمكن الاستبدال بها، فما يجوز ان يجيء ويذهب كان ميراثه فيما يجوز تبديله وتغييره اذا اشبهه وكان الثابت المقيم على حاله كمن كان مثله في الثبات والقيام (١).

وروى ابن ابي عمير، عن جميل، عن زرارة، عن ابي جعفر عليه السلام ومحمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال: لا ترث النساء من عقار الارض شيئا (٢).

وروى ابن ابي عمير، عن حماد بن عثمان، عن زرارة ومحمد بن مسلم، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: لا ترث النساء من عقار الدور شيئا، ولكن تقوم البناء والطوب وتعطى ثمنها او ربعها، قال: وانما ذلك لنلا يتزوجن فيفسدن على اهل الموارث موارثهم (٣).

وروى عمر بن اذينة، عن زرارة، وبكير، وفضيل، وبريد، ومحمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام وابي عبد الله عليه السلام، منهم من رواه عن ابي جعفر عليه السلام ومنهم من رواه عن ابي عبد الله عليه السلام ومنهم من رواه عن ابي عبد الله عليه السلام ان المرأة لا ترث من تركة

-
- (١) الوسائل باب ٦ حديث ١٤ من ابواب ميراث الازواج، ج ١٧ ص ٥٢١.
(٢) الوسائل باب ٦ حديث ٦ من ابواب ميراث الازواج، ج ١٧ ص ٥١٩.
(٣) الوسائل باب ٦ حديث ٧ من ابواب ميراث الازواج، ج ١٧ ص ٥١٩.

زوجها من تربة دار او ارض الا ان يقوم الطوب والخشب قيمة فتعطي ربعها او ثمنها (١).

قوله عليه السلام: (او ارض) يحتمل ان تكون كلمة (او) من الراوي، أي اني لا ادري حال نقلي الحديث ان ما قاله الامام عليه السلام هي كلمة (الدار) او الارض.

ويحتمل ان يكون التردد من عمر بن اذينة الراوي عن الفضلاء الخمسة بمعنى انه لا يدري انهم نقلوا كلمة (دار) او (ارض).

ويحتمل ان يكون البيان من الامام عليه السلام كذلك، فيحتمل حينئذ ان تكون عطا على (دار) أي من تربة (ارض) ولكن هذا بعيد، لان اللازم من ذلك انها ترث من حجر الارض ومعادنها مثلا، ولكن لا ترث من تربتها، وهو كما ترى.

ويحتمل ان تكون عطا على تربة أي تربة دار او ارض دار فيدل حينئذ على قول المفيد (ره).

وقريب من رواية الفضلاء ما رواه علي بن الحسن بن علي بن فضال، عن احمد بن الحسن، عن ابيه، عن عبد الله بن المغيرة (كان من الطبقة السادسة وكان من اصحاب الاجماع، وقيل: يحتمل انه كان واقفيا لكنه موثوق) عن موسى بن بكير، قال: قلت لزرارة: ان بكيرا حدثني عن ابي جعفر عليه السلام: ان النساء لا ترث امرأة مما ترك زوجها من تربة دار ولا ارض الا ان يقوم البناء والجذوع والخشب فتعطي نصيبها من قيمة البناء فأما التربة فلا تعطى شيئا من الارض ولا تربة دار، قال زرارة:

(١) الوسائل باب ٦ حديث ٥ من ابواب ميراث الازواج، ج ١٧ ص ٥١٩.

هذا لا شك فيه (١).

وهذه الرواية ظهورها في الدلالة على قول الشيخ الطوسي (ره) اوضح بناء على ان الرواية جاءت على ما نقلناه، واما على ما عن الاستبصار (٢) من قوله عليه السلام: (وارض) مكان (ولا ارض) فلا دلالة فيها على قوله (ره).

وروى حسن بن محبوب، عن علي بن رناب، عن زرارة، عن ابي جعفر عليه السلام: ان المرأة لا ترث مما ترك زوجها من القرى والدور والسلاح والدواب شيئا وترث من المال والفرش والثياب ومتاع البيت مما ترك وتقوم النقص والاياباب والجذوع والقصب تعطى حقها منه (٣). وهذه الرواية مشتملة على (٤) ما لا يعمل به احد من الاصحاب فلم تكن حجة بالنسبة اليه. وقريب منها ما رواه ابن محبوب، عن علي بن رناب، عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام، وخطاب ابي محمد الهمداني، عن طربال بن رجاء، عن ابي جعفر عليه السلام (٥) (فخطاب وطربال مجهولان) الا ان فيه (والرقيق) بدل (والفرش) وروى محمد بن سنان ان الرضا عليه السلام كتب اليه فيما كتب في جواب مسأله: علة المرأة انها لا ترث من العقار

(١) الوسائل باب ٦ حديث ١٥ من ابواب ميراث الازواج، ج ١٧ ص ٥٢١.

(٢) في النسخة المطبوعة التي عندنا من الاستبصار كما في التهذيب والوسائل (ولا تربة).

(٣) الوسائل باب ٦ حديث ١ من ابواب ميراث الازواج ج ١٧ ص ٥١٧.

(٤) وهو السلاح والدواب.

(٥) الوسائل باب ٦ حديث ١٢ من ابواب ميراث الازواج، ج ١٧ ص ٥٢٠.

شيئا الا قيمة الطوب والنقص لان العقار لا يمكن تغييره وقلبه، والمرأة قد يجوز ان ينقطع ما بينها وبينه من العصمة ويجوز تغييرها وتبديلها وليس الولد والوالد كذلك، لانه لا يمكن النقص منهما والمرأة يمكن الاستبدال بها فما يجوز ان يجيء ويذهب كان ميراثه فيما يجوز تغييره وتبديله اذا اشبهه وكان الثابت المقيم على حاله كمن كان مثله في الثبات والقيام (١).

وهذه الرواية تنادي باعلى صوتها انها ليست بهذه الالفاظ من الامام عليه السلام كما يعرف ذلك من كان له ادنى بصيرة في الفاظ الاحاديث المنقولة عنهم عليهم السلام، ولذا قلنا: في اول الحديث انه زعمه انه سمعه من الامام عليه السلام.

مضافا الى ان الاعتماد برؤية محمد بن سنان الذي قيل في حقه انه غال، ونقل عن صفوان (٢) قد يريد ان يطير - كناية عن الغلو -

(١) الوسائل باب ٦ حديث ١٤ من ابواب ميراث الازواج، ج ١٧ ص ٥٢١.

(٢) لفظ الحديث - كما في رجال النجاشي طبع بمبني ص ٢٣١ هكذا: وذكر ايضا (يعني الفضل بن شاذان) انه وجد بخط ابي عبد الله الشاذاني اني سمعت القاضي يقول: ان عبد الله بن محمد بن عيسى الملقب بـ (بنان) قال: كنت مع صفوان بن يحيى بالكوفة بالمنزل اذ دخل علينا محمد بن سنان فقال صفوان: هذا ابن سنان لقد هم ان يطير غير مرة فقصصناه حتى ثبت معنا، وهذا يدل على اضطرار كان وزال (انتهى) وفي رجال الكشي ص ٣١٥ طبع بمبني عن احمد بن محمد بن عيسى قال: كنا عند صفوان بن يحيى فذكر محمد بن سنان فقال: ان محمد بن سنان كان من الطيارة فقصصناه (انتهى).

فمنعناه.

وروى شعيب العرقوفي، عن يزيد الصائغ (وهما مجهولان)، عن ابي جعفر عليه السلام (ابي عبد الله نل) قال: سألت عن النساء هل يرثن من الارض؟ فقال: لا، ولكن يرثن قيمة البناء، قال: قلت: ان النساء لا يرثن، قال: اذا ولينا فلم يرضوا ضربناهم بالسوط، فان لم يستقيموا ضربناهم بالسيف (١).

وقريب منها ما رواه، عن مثنى بن عبد الملك، عن يزيد الصائغ الا انه قال: سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول: ان النساء لا يرثن من ربا الارض شيئا، ولكن لهن قيمة الطوب والخشب الحديث(٢).
وروى عبد الملك بن اعين، عن احدهما عليهما السلام، قال: ليس للنساء من الدور والعقار شيء(٣).
وروى محمد بن حمران، عن محمد بن مسلم وزرارة، عن ابي جعفر عليه السلام ان النساء لا يرثن من الدور، ولا من الضياع شيئا الا ان يكون قد احدث بناء فيرثن ذلك البناء(٤).
وهذه الرواية وان كانت تتمثل بظاهرها بل بصريحها على عدم ارث الزوجة من مطلق الارض، فان الضيعة هي الارض، قال في الصحاح: والضيعة عند الحاضرة النخل والكرم والارض، الا انها مرسله(٥).

(١) الوسائل باب ٦ حديث ٨ من ابواب ميراث الأزواج ج ١٧ ص ٥١٩.

(٢) المصدر حديث ١١ منها.

(٣) المصدر حديث ١٠ منها.

(٤) المصدر حديث ١٣ منها.

(٥) هكذا بينه الاستاذ الاكبر (قدس سره) على ما هو ببالي - وهو اعلم بما قال - فانه (قده) كان خريتا لهذا الفن والا فالظاهر كونها مسندة فراجع.

وروى الحسين بن سعيد (وهو واخوه الحسن بن سعيد الاهوازيان كان لهما كتاب مشترك معروف بالكتب الثلاثين وكان الحسين من رجال الطبقة السابعة وكان من كبارهم) عن فضالة بن ايوب الاهوازي، عن ابان بن عثمان، عن الفضل بن عبد الملك - الملقب بالبقاق - وابن ابي يعفور، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته هل يرث الرجل من دار امرأته او أرضها من التربة شيئا او يكون في ذلك بمنزلة المرأة، فلا يرث من ذلك شيئا؟ فقال: يرثها وترث من كل شيء ترك وتركت(١).
وصدر هذه الرواية - اعني سؤال الراوي - صريح في معروفة حرمان الزوجة بين الاصحاب من التربة، وان السؤال كان عن ارث الزوج وكونه مثلها وعدمه فتحصل من جميع ما ذكرنا ان الروايات الواردة في المسئلة على اقسام:

(منها) ما عبر فيه بالعقار اما مطلقا كرواية محمد بن حمران، عن زرارة ومحمد بن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام، ورواية محمد بن سنان ورواية محمد بن علي بن النعمان الاحول، واما مقيدا كرواية جميل، عن زرارة ومحمد بن مسلم، عن ابي عبد الله عليه السلام معتبرا فيها بـ (عقار الدور)، ورواية عبد الملك بن اعين عن ابي جعفر عليه السلام معبرا فيها

(١) الوسائل باب ٧ حديث ١٦ من ابواب ميراث الأزواج ج ١٧ ص ٥٢٢، قال في الوسائل: اقول: حملة الشيخ على التقية، وحملة ايضا هو والصدوق وغيرهما على ما اذا كان للمرأة ولد لما يأتي ويمكن حملة على رضا الوارث واعطاء العين فيما عدا الارض، وباعطاء العين او القيمة من الارض (انتهى).

بـ (عقار الرجل)(١).

و (منها) ما عبر فيها بالعقار وشيء آخر كرواية ميسر ببيع الزطي عن ابي عبد الله عليه السلام من قوله عليه السلام: فاما الارض والعقارات ورواية عبد الملك بن اعين، عن احدهما عليهما السلام، قال: ليس للنساء من الدور والعقار شيء(٢).

(ومنها) ما عبر فيه بالتربة والارض كرواية الفضلاء الخمسة بقوله عليه السلام: من تربة دار او ارض، وفي نسخة الاستبصار(٣) (وارض) مكان (او ارض) ورواية موسى بن بكير الواسطي، قال: قلت لزرارة: ان بكيرا حدثني ان النساء لا يرثن مما ترك زوجها من دار ولا ارض، ويحتمل: (او ارض) ويحتمل: (وارض) (الى ان قال عليه السلام): فاما التربة فلا تعطى شيئا من الارض ولا تربة دار(٤).

(ومنها) ما عبر فيه بالرباع اما مطلقا كرواية علا، عن محمد بن مسلم، عن ابي عبد الله عليه السلام بقوله عليه السلام: ولا ترث من الرباع شيئا، ورواية مثنى، عن يزيد الصائغ بقوله عليه السلام: لا يرثن من ربا الارض لكن لهن قيمة الطوب(٥).

- (١) راجع الوسائل باب ٦ حديث ١٣ - ١٤ - ١٦ - ٦ - ١٧، من ابواب ميراث الأزواج ج ١٧ ص ٥١٩ - ٥٢٢.
 (٢) راجع المصدر السابق حديث ٣ - ١٠ ص ٥١٩ - ٥٢٠.
 (٣) هكذا نقله سيدنا الأستاذ الأكبر (قده) لكن في الاستبصار الذي عندي كما في التهذيب كما مر.
 (٤) راجع الوسائل ب ٦ ح ٥ - ١٥ ج ١٧ ص ٥١٩ - ٥٢١.
 (٥) المصدر السابق حديث ٢ - ١١ ص ٥١٨ - ٥٢٠.

(ومنها) ما عبر فيه بالدور والضياع كرواية محمد بن حمران، عن محمد بن مسلم وزرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: ان النساء لا يرثن من الدور ولا من الضياع، ورواية الحسن بن محبوب، عن علي بن رناب عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام (الى ان قال): لا يرثن من القرى والدور الحديث، ورواية زرارة ايضا وطربال بن رجاء عن ابي جعفر عليه السلام: لا ترث مما ترك زوجها من القرى والدور، الحديث (١).
 والروايات المشتملة على لفظة (العقار) على ما ذكرناه ثمانية فلا بد من المراجعة الى معنى هذه اللفظة فان كان العقار استعمل في مطلق الارض لغة فيمكن ان يقال حينئذ بما قاله المشهور من حرمانها من مطلق الارض، ولعله يظهر من كلمات اهل اللغة (٢) فلو لم نقل بحجية رواية

- (١) راجع المصدر السابق حديث ١ - ١٣ ص ٥١٧ - ٥٢٠.
 (٢) اعلم ان سيدنا الأستاذ الأكبر (قدس سره) اوكل التنبع في اللغة لاستحصان مفهوم هذه اللفظة اليها الحاضرين في مجلس بحثه ونحن ننقل ما رأيناه في عدة من كتب اللغة يعون الله تعالى:
 ففي الصحاح: والعقار بالفتح مخففا، الارض والضياع، والنخل ويقال في البيت عقار حسن، اي: متاع (انتهى).
 وفي الصراح: العقار كوشك - بناء بلند - نام جاني است به بابل - بنياد - داخل جيزي ومنه عقر الدار بالضم والفتح.
 وفي القاموس: والعقر بالضم دية الفرج المغصوب وصادق المرأة ومحله القوم (الى ان قال): والمنزل كالعقار والقصر، ويضم او المنهدم منه (الى ان قال): والعقار الضيعة كالعقرى بالضم ورملة قريب الدهناء (الى ان قال): والنخل ومتاع البيت ونضده الذي لا يتبدل الا في الاعياد ونحوها.
 وفي (المنجد) العقار متاع البيت - الضيعة - كل ما له اصل وقرار كالارض والدار، الجمع عقارات (انتهى).
 وفي مجمع البحرين: وعقر الدار اصلها وتضم العين وتفتح في الحجار، وعن ابن فارس: العقر اصل كل شيء، وفي الخبر: ما غزي قوم في عقر ديارهم الا وضلوا، وفي الحديث ذكر العقار كسلام وهو كل ملك ثابت للأصل كالدار والارض والنخل والضياع، ومنه قولهم: ما له دار ولا عقار وجمع العقار عقارات (انتهى).
 وفي منتخب اللغة: عقار بالضم نوعي از جامه رنكين وبالفتح: آب وزمين ودرخت خرما ورخت واسباب خاتنه ونزادت (انتهى).

محمد بن علي بن النعمان الأحول (١) - باعتبار ان الراوي عنه الحسن بن محبوب، وهو مات في حال طفولته، فروايتة عنه تصير مرسلة، وكذا لو لم نقل بحجية رواية محمد بن حمران، عن محمد بن مسلم وزرارة، عن ابي جعفر عليه السلام (٢) المشتملة على ذكر الضياع باعتبار احتمال ارسالها ايضا -
 لا يمكن ان يقال ايضا بعموم الحكم المستفاد من الروايات السبعة بل الثمانية المشتملة على ذكر العقار مضافا الى تأييدها برواية الفضلاء الخمسة (٣)، ورواية موسى بن بكير الواسطي (٤)، المعبر في الأولى بقوله

- (١) راجع الوسائل ب ٦ ح ١٦ ج ١٧ ص ٥٢٢.
 (٢) راجع المصدر السابق حديث ٤ ص ٥١٨.
 (٣) راجع المصدر السابق حديث ٥ ص ٥١٩.
 (٤) راجع المصدر السابق حديث ١٥ ص ٥٢١.

عليه السلام: لا ترث امرأة مما تركت زوجها من تربة دار ولا ارض.
 وتأيدها باحدى روايتي يزيد الصانغ قال: سألته عن النساء هل يرثن من الارض؟ فقال: لا (١).
 وتأيدها برواية علي بن رناب عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال: ان المرأة لا ترث مما ترك زوجها من القرى - الحديث (٢).

وان كان يحتمل عدم حجية هذه الرواية باعتبار اشتغالها على ما لم يقل به احد من عدم ارثها من السلاح والدواب، نعم لا اشكال في كونها مؤيدة بالنسبة الى غير هذه الفقرة.
 ومنشأ القول بالاختصاص يحتمل احد امور اربعة (الأول) كون معنى العقار مخصوصا بالدور والمسكن (وفيه) انه قد ظهر لك من نقل كلمات اللغويين (٣).

(الثاني) الروايات المشتملة على لفظ (الرباع) و (اعقار الدور) وامثال ذلك (وفيه) ان دلالتها على عدم ارثها من مطلق الارض موقوف على حجية مفهوم اللقب، وهي ممنوعة جدا، مضافا الى ان الخاص لا يعارض العام مثل اكرم زيدا مع قوله اكرم العلماء مع فرض كون زيد من العلماء.
(الثالث) التعليقات الواردة الدالة على انها ليس لها ان يزاحم اهل المواريث في مواريثهم وهي تناسب خصوص اراضي الدور والمساكن

(١) راجع الوسائل باب ٦ حديث ٨ من ابواب ميراث الازواج ج ١٧ ص ٥١٩.

(٢) الوسائل باب ٦ حديث ١ من ابواب ميراث الازواج ج ١٧ ص ٥١٧.

(٣) يعني على نحو الاجمال، واما التفصيل فقد نقلنا عدة من اقوالهم بعنوان التعليق، فراجع.

(وفيه) ان عدم جواز المزاحمة اعم من كونها ارض المساكن او المزارع مثلا، هذا مضافا الى عدم كونها علة، بل هي حكمة، فلا يدور الحكم مدارها.
(الرباع) الاخذ بالقدر المتيقن بعد اختلاف الروايات والرجوع الى عموم الآيات في الموارد المشكوكة (وفيه) ان المخالف يدعي عدم الشك في ظهورها في عموم المنع.
فاتقدح بذلك كله ان القول بعموم المنع لمطلق الارض اظهر في الروايات، مضافا الى شهرته بين من بعد الشيخ (ره) عدا من ذكرناهم آنفا.
نعم لا اشكال في عدم حرمانها من المصالح التي قد اعلمت في البناء ولا اشكال ايضا في كونها يقوم عليها في الجملة، كما دل عليه رواية علي بن رباب، عن زرارة وحده تارة او عنه، عن طربال بن رجاء اخرى كلاهما، عن ابي جعفر عليه السلام، وميسر عن ابي عبد الله عليه السلام، ورواية الفضلاء عنهما عليهما السلام على الاختلاف، ويزيد الصانع في الموضوعين، وحماد بن عثمان، عن ابي عبد الله عليه السلام، ومحمد بن سنان، عن الرضا عليه السلام، ورواية موسى بن بكير الواسطي فيما حدثه بكير بن اعين، عن ابي جعفر عليه السلام، والاحول عن ابي عبد الله عليه السلام (١).
وما في رواية زرارة ومحمد بن مسلم من انها ترث الطوب، وكذا ما في رواية محمد بن حمران عن محمد بن مسلم وزرارة من انهن يرثن ذلك

(١) راجع الوسائل باب ٦ حديث ١٢ - ٣ - ٥ - ١١ - ٨ - ٩ - ١٤ - ١٥ - ١٦ من ابواب ميراث الازواج ج ١٧ ص ٥١٧ - ٥٢٢.

البناء (١) الظاهر في ارثها من عين الطوب والبناء دون قيمتها، يحمل على المقيدات فتأمل.
وانما الكلام في موارد (احدها) ان التقويم هل يعم كل ما هو ثابت في مطلق الاراضي من الشجر والنخل والزرع وسائر النباتات، ام يختص بما ورد في الروايات من الامور التي لها دخل في تحقق البناء دون غيرها من الطوب والخشب، والقصب، والنقض، والجدوع، والابواب؟ وما يمكن ان يستدل للعموم امور (الاول) رواية الاحول (٢) المشتملة على تقويم الشجر والنخل.
(الثاني) الغاء الخصوصية الواردة في الأخبار، ويقال: المناط في تقويم هذه الأشياء كونها ملكا ثابتا في الارض مطلقا أي شيء كان.
(الثالث) ما ورد في رواية علاء بن رزين، عن محمد بن مسلم، قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: ترث المرأة الطوب ولا ترث من الرباع شيئا الحديث (٣).
(الرابع) التعليق الوارد في قوله عليه السلام: وانما هي دخيل عليهم فترث من الفرع ولا ترث من الأصل (٤)، فقوله عليه السلام: (من الفرع) شامل لكل ما كان فرعا سواء كان زرعاً او نخلا وغير ذلك، وكذا قوله عليه السلام: (من الأصل) شامل لكل ما كان كذلك، سواء كان دارا او مسكنا او مزرعا ومنبتا، ويمكن ان يستدل للاختصاص بوجهين

- (١) راجع الوسائل باب ٦ حديث ٧ - ١٣ ج ١٧ ص ٥١٩ - ٥٢١.
 (٢) المصدر السابق حديث ١٦ ص ٥٢٢.
 (٣) الوسائل باب ٦ حديث ٢ من ابواب ميراث الأزواج ج ١٧ ص ٥١٨.
 (٤) المصدر حديث ٢ منها.

(الأول) خلو أكثر الروايات الدالة على التقويم عن ذكر ما يتعلق بالدور والمسكن، ورواية الأحول (١) قد قلنا أنها غير حجة للإرسال ولا يكون قرينة في الأخبار دالة على عمومها للأشجار وأمثالها، إلا رواية علي بن رناب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، وعنه عن طربال بن رجاء عنه عليه السلام المشتملة على ذكرى القرى المنفية عنها أرثها اللتين اشتملتا على ما لم يقل به احد (٢) فلذا تسقط عن الحجية. (الثاني) مفهوم التعليقات التي يستفاد الاكتفاء بحرمانها من عين الأرض، فيدفع به المزاحمة، وأما حرمانها من عين الأشجار والنخيل فلا دخل له في تحقق المزاحمة، بل لو لم تدل الروايات المستفيضة على حرمانها من عين البناء والجدوع والخشب وأمثال ذلك، لقلنا بآرثها منها. مضافا إلى التأييد برواية محمد بن حمران، عن محمد بن مسلم وزرارة وفيها: (إلا أن يكون قد احدث بناء فيرثن ذلك البناء) (٣). وكيف كان، فيمكن أن يقال بعدم الملازمة بين حرمانها من أعيان ما تعلق بالدور والمسكن من الآلات والمصالح، وبين حرمانها من أعيان ما تعلق بمطلق الأرض من الأشجار والنباتات. وكذا لا ملازمة بين القول بحرمانها من مطلق الأرض، وحرمانها من أعيان مطلق ملك ثابت فيها. ولذا نسب إلى العلامة (ره) القول بعموم المنع مع قوله (ره) بآرثها

- (١) وقد اشترت سابقا إلى عدم فهم المراد من الإرسال بحسب الظاهر.
 (٢) المصدر حديث ١٢ المشتمل على ذكر السلاح والدواب.
 (٣) الوسائل باب ٦ حديث ١٣ من ابواب ميراث الأزواج ج ١٧ ص ٥٢١.

من أعيان الأملاك الثابتة في غير الدور والمسكن والمنزل، وترجيح أحد طرفي المسئلة يحتاج إلى زيادة تعمق في أدلة الطرفين، فتأمل جيدا. (الثاني) (١) هل القيمة اللازمة - سواء كانت عامة أو اختصت بخصوص مصالح الدور والمسكن - هي قيمة المواد أو الهيئة مع تقدير استحقاق البقاء دائما، أو الهيئة مع قطع النظر عن استحقاق البقاء كذلك غاية الأمر للورثة أجرة المثل على الأبقاء؟ وجوه. يدل على الأول ذكر الأمور التي وردت في الروايات كالقصب والخشب والنقض والابواب والجدوع وغيرها من المواد الظاهرة في لزوم نفس هذه المواد دون هيئتها إلا أن التعبير بالبناء ربما يؤيد الثاني، بل كونها وارثة قيمة هذه الأمور معناه أنها أحد الوراث، لكن من قيمتها، فكما أن بقية الورثة يرثون من هذا البناء والخشب وغير ذلك باقية على هيئتها، فكذلك المرأة، لأنها مساوية معهم في ذلك. (ان قلت): التعبير بالبناء يدل على أن القيمة ملحوظة مع هيئتها أما بقاء هذه القيمة مجانا وبلا عوض، فلدلالة الروايات، فالقدر المتيقن قيمتها كذلك، لكن مع أجرة للورثة في صورة البقاء فتعين الثالث. (قلنا): إطلاق البناء شامل لكل ما يصدق أنه بناء وكون المرأة مثلا مالكة لا يقتضي إلا أنها ليس لها أن تدخل غيرها من قوم آخرين فيزاحم أهل الموارث، وهذا يكفي فيه عدم آرثها من الأرض مطلقا، ومن أعيان البناء والطوب والجدوع، والزائد عليه مشكوك.

(١) عطف على قوله (قده): إنما الأشكال في موارد (أحدها) أن التقويم الخ (الثاني) هل.

والحق أن يقال: أن الأدلة المخصصة لعمومات الآيات عامة شاملة لكل ما يدخل في اسم الأرض والدور والرباع على حرمانها منها عينا وقيمة مطلقا، سواء كانت عين الأرض أو البناء أو غيرهما، والمخصص - ولو كان متصلا - دل على آرثها من قيمة الآلات والأخشاب مثلا، والقدر المتيقن منه قيمة المواد بلا هيئة والباقي مشكوك، والزائد على هذا مشكوك فيرجع إلى عموم الروايات الدالة على الحرمان. إلا أن يقال: أن المخصص متصل فلا ظهور معه للعمومات فيصير العموم والخصوص كلاهما مجملين فيرجع إلى العموم الفوق، وهو آرثها من كل شيء فحينئذ ليس لهم الإلزام على أخذ قيمتها غير مستحقة للبقاء، بل

لها الالتزام على اداء القيمة مستحقة للبقاء، فتأمل جيدا فانه دقيق مفيد.
(الثالث)(١) هل الزوجة وارثة بنفسها للقيمة او وارثة للعين مع استحقاق الورثة استخلاص العين بدفع القيمة، او تكون القيمة في ذمة الورثة؟ وجوه توضيح الكلام ان يقال: ان الالفاظ الواردة في الروايات على قسمين:
(منها) ما اشتمل على لفظ الارث كرواية علاء بن رزين، عن محمد بن مسلم - وفيها -: ان المرأة ترث الطوب الخ، وفيها ايضا: قلت: كيف ترث الفرع - وفيها ايضا -: وانما هي دخيل عليهم فترث من الفرع - الحديث(٢).
ورواية محمد بن سنان - وفيها -: علة المرأة انها لا ترث من

(١) عطف على قوله (قده): (الثاني) هل القيمة اللازمة الخ.
(٢) راجع الوسائل باب ٦ حديث ٢ من ابواب ميراث الازواج ج ١٧ ص ٥١٨.

العقار شيئا الا قيمة الطوب الحديث(١) - والظاهر كون الاستثناء متصلا.
ورواية محمد بن حمران، عن محمد بن مسلم وزرارة - وفيها -: الا ان يكون احدث بناء فيرثن ذلك البناء - الحديث(٢).
ورواية يحيى الحلبي، عن شعيب العرقوفي عن يزيد الصانغ - وفيها -: لكن يرثن قيمة البناء، الحديث(٣).
(ومنها) ما اشتملت تارة على قوله عليه السلام: لهن قيمة كذا، واخرى على قوله عليه السلام: لهن قيمة كذا، واخرى على قوله عليه السلام: يقوم كذا، كرواية علي بن رباب عن زرارة - وفيها -: ويقوم النقض، الحديث(٤).
ورواية ميسر ببيع الزطي - وفيها -: (ولهن قيمة الطوب الحديث)(٥).
ورواية الفضلاء - وفيها -: ان المرأة لا ترث من تركة زوجها من تربة دار او ارض الا ان يقوم الطوب، الحديث(٦).
ورواية حماد بن عثمان، عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: انما جعل للمرأة قيمة الخشب، الحديث(٧).

(١) المصدر حديث ١٤ منها.
(٢) المصدر حديث ١٣ منها.
(٣) المصدر حديث ٨ منها.
(٤) المصدر حديث ١٢ منها.
(٥) المصدر حديث ٣ منها.
(٦) المصدر حديث ٥ منها.
(٧) المصدر حديث ٩ منها.

ورواية زرارة وطربال بن رجاء - وفيها -: يقوم النقض الحديث(١).
ورواية موسى بن بكر الواسطي فيما حدث عن ابي جعفر عليه السلام - وفيها -: ان النساء لا يرثن مما ترك زوجها من تربة دار، ولا ارض الا ان يقوم البناء(٢) ورواية الأحول - وفيها -: ولهن قيمة البناء والشجر، الحديث(٣).
اذا عرفت هذا فنقول: لا اشكال في ان الطائفة الأولى صريحة في كونها وارثة، وكذا الطائفة الثانية بعد كون هذه التعبيرات من قبيل ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم(٤).
فان المراد ارثهن قطعا، فحينئذ بمقتضى ظاهر الروايات تكون اقرب الوجوه الأول(٥)، واضعف الوجوه الوجه الأخير(٦) فانه ليس في الروايات له اسم ولا اثر، نعم يمكن ان يستدل للثاني بأن قوله عليه السلام: (لهن قيمة كذا او يقوم كذا، المراد به ان لهن ذلك، لا انهن يلزمن بأخذها، وكذا تدل على ان للوارث دفع القيمة لا انها يتعين

(١) المصدر حديث ١٢ منها.
(٢) المصدر حديث ١٥ منها.

(٣) المصدر حديث ١٦ منها.

(٤) النساء/١٢.

(٥) يعني ما تقدم في الثاني من الوجوه الثلاثة وهو كون المراد قيمة المواد.

(٦) وهو كون الهيئة مقومة مع فرض عدم استحقاق البقاء.

عليهم، فحينئذ يكون معنى الروايات ان الورثة والمرأة مخبرون في دفع القيمة او العين، لكن هذا خلاف ظاهر الروايات، كما ذكرنا.

(الرابع) هل يكون هذا الحكم مختصا بغير ذات الولد ام يكون عاما لها ولغيرها؟ ذهب الصدوق ابن بابويه الى الأول، ونسب هذا الى اكثر المتأخرين واختاره الشهيد في اللمعة والدروس واعترف به الشهيد الثاني (ره) في الروضة بعد المناقشة بأن الأخبار لم تفرق بين الزوجتين، وان التعليل الوارد شامل لهما - ثم تمسك للفرق - بقوله رحمه الله: بأن تقليل تخصيص الآية اولى من تقليل تخصيص الأخبار مضافا الى ذهاب الأكثر اليه (النتهي).

ومستند هذا الحكم ما رواه محمد بن احمد بن يحيى - له كتاب نوادر الحكمة يسمى بـ (دبة الشبيب) عن يعقوب بن يزيد، عن ابن ابي عمير، عن ابن اذينة في النساء اذا كان لهن ولد، اعطين من الرباع (١). وقد سبق نقل كلام الشيخ في الاستبصار من انه نقل وحكى كلام ابن بابويه (ره) وسكت عنه، فيحتمل اختياره لهذا القول واكتفى عنه بالحكاية، بل قيل: انه مقتضى الجمع بين الأخبار الدالة على الحرمان مطلقا، وبين خبر الفضل وابن ابي يعفور (٢) الدال على عدم الحرمان مطلقا، هذا. ولكن في الرياض اختار الثاني ونسبه الى الكليني، والمفيد، والمرتضى، والشيخ في الاستبصار، والحلي وابن زهرة ظاهرا وجماعة

(١) الوسائل باب ٧ حديث ٢ من ابواب ميراث الأزواج، ج ١٧ ص ٥٢٣.

(٢) راجع الوسائل باب ٧ حديث ١ من ابواب ميراث الأزواج ج ١٧، ص ٥٢٢ وقد تقدم نقله هنا، فراجع.

من المتأخرين صريحا، وعن الخلاف والسرانر، الاجماع عليه استنادا الى ان هذا مقتضى الأخبار المستفيضة حيث اطلق فيها الحكم، وفي بعضهما ترك الاستفصال، وفي بعضها كان عليه السلام في مقام البيان حيث انه مسبوق بالسؤال عن كيفية الارث.

بل يدل عليه عموم التعليل، ورواية ابن اذينة مقطوعة لا حجية فيها، وتقليل تخصيص الآية لا وجه له اذا كان الدليل المخصص يخصص مطلقا، والمفروض اطلاق الأخبار الدالة على الحرمان، وحكاية (١) الشيخ ذات وجهين، والجمع بين الأخبار لا وجه له بعد كون رواية الفضل وابن ابي يعفور غير معموله عليها، بل موافقة لمذهب العامة، وكيف كان فالمسئلة بعد تحتاج الى تأمل تام.

الى هنا وصل بيان سيدنا الاستاذ الأكبر المرجع الديني الحاج آقا حسين البروجردي (قده).

وانا الاقل الاحقر علي بناه الاشتهاردي، اللهم اغفر لأساتيدنا ولوالدينا خصوصا والدتي، ولجميع المؤمنين والمؤمنات بحق النبي وآله عليهم السلام في سنة ١٣٦٧ من الهجرة القمرية.

(١) يعني سكوته بعدها ذو وجهين.

كتاب الغصب.. (فصل في اسباب الضمان)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة، والسلام على محمد وآله الطاهرين ولعنة الله على اعدائهم أجمعين.
افوض أمري الى الله ان الله بصير بالعباد.
والكلام اما في اسباب الضمان، واما في المال الذي يضمن عند تحقق احد الأسباب، اما الأول فنقول: المشهور بين الفقهاء ان اسباب الضمان ثلاثة (احدها) اليد بمعنى استيلائها على مال الغير مطلقا، فإذا قيد بقيد العدوان صار غصبا، ولذا عرفوه: بأنه الاستيلاء على مال الغير عدوانا – كما عن جماعة – او الاستقلال كذلك – كما عن آخرين – او تبديل المال بـ (الحق) – كما عن بعض – او تبديل لفظة (عدوانا) بقولهم: (على وجه التعدي) – كما عن بعض آخر –.
وسببية اليد للضمان وان كان أمرا بديهيًا بل يمكن ان تعد من ضروريات الفقه بحيث لو ادعى احد عدم السببية عد في نظر العرف مستنكرا.
الا ان الاستدلال بالدليل اللفظي لا يخلو من فائدة لمكان الاحتياج اليه في بعض الموارد ولو من حيث الاطلاق، فان البداهة في اصل الحكم لا في خصوصيات الحكم.
فنقول: روى بعض العامة مرسلًا، وبعضهم مسندا كالسجستاني (١) والترمذي (٢) وغيره، عن قتادة، عن الحسن البصري، عن سمرة بن جندب، عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: على اليد ما أخذت حتى تؤدي – كما عن بعض – او قرضت – كما عن آخر – او تؤديه – كما عن ثالث – (٣).
والمراد من قوله صلى الله عليه وآله: التشريع لا التكوين كما لا يخفى.
كما ان المراد من لفظة (على) العهد، بأحد وجهين (احدهما) ان كلمة (على) اما ان يليها الأفعال كما في قولك عليك ان تفعل كذا فتفيد الالتزام (الثاني) ان يليها الذوات وهو على وجوه ثلاثة (الأول) ان يليها الاشياء الخارجية نحو قوله صلى الله عليه وآله: (على اليد ما أخذت الخ) (الثاني) ان يليها امر كلي نحو (على زيد الف درهم) (الثالث) ان يليها ما في ذمة الغير المعبر عنه بالضمان الذي فسره العامة بكونه ضم ذمة الى ذمة، يريدون به ان ذمة المضمون له تتقوى بضمان الضامن بحيث لو لم يؤده الى المضمون له فله المطالبة من الضامن، لا ان للمضمون له مطالبة كليهما وعند الامامية، هو انتقال المضمون به من ذمة المضمون عنه الى الضامن عند تعذر ادائه.

(١) هو سليمان بن الأشعث ابو داود السجستاني المتولد ٢٠٢ والمتوفى ٢٧٥.

(٢) هو محمد بن عيسى الترمذي ولد ٢٠٩ ومات ٢٧٩.

عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٤ وص ٣٨٩ وج ٢ ص ٣٤٥ وج ٣ ص ٢٤٦، وص ٢٥١ ولاحظ ذيول هذه المواضيع.

وكيف كان اذا ولي لفظة (على) الذوات فتفيد التعهد في غير الصورة الثانية، فتفيد فيها اشتغال الذمة، وهو مستتبع لاستحقاق المطالبة لصاحب المال المستتبع للحكم التكليفي لصاحب اليد وهو وجوب رد عين المال مادامت باقية، مع التلف بصورتها النوعية وهو المثل ومع التعذر فبصورتها الجنسية وهو مقدار اصل المال فقاعدة اليد دالة على وجوب الرد بمراتبها الثلاثة العين والمثل واصل المال.
والمراد من اليد صاحب اليد والنكته في التعبير بها، هي ان العهدة تثبت بها باعتبار مباشرتها غالبا للأخذ. وحاصل الرواية حينئذ هو انه على عهدة الشخص الذي أخذ الشيء بيده المسئولية ما أخذته او قبضته على اختلاف النقلين، حتى تؤدي ذلك المأخوذ بعينه او بنوعه او بماليته.
فليس المراد انه عليها عين المأخوذ مطلقا كما توهم، لمنافاته للغاية اعني قوله صلى الله عليه وآله: (حتى تؤدي).
ويمكن ان يكون نكته التعبير بها ان اليد لما كانت سببا غالبا لأخذ المنقولات عبر بها تنبيهها على انها السبب للضمان.

ويمكن تقريب آخر للدلالة على ان مفادها العهدة، وهو ان للمالك بالنسبة الى المال اعتبارين (الأول) انه له عند وجوده (الثاني) انه عليه عند انعدامه فقوله صلى الله عليه وآله: (على اليد ما أخذت الخ) عليها المالك تنتقل الى الأخذ.

لكن هذا التقريب بعيد لاقتضائه ضمان الاخذ عند انعدامه.

فيمكن ان يقال: ان وضع كلمة (على) ابتداء كان كذلك، الا ان استعمالها وتبادر غير هذا المعنى الى الذهن في

زمان صدوره من النبي صلى الله عليه وآله من قوله صلى الله عليه وآله صيرها حقيقة في الأعم من هذا
المعنى وهو ضمان اليد مطلقا سواء كان انعدامه او عند وجوده.

شمول قاعدة اليد للغصب

ثم انها شاملة للأيدي العادية المعبر عنها بالغصب الذي فسروه وعرفوه بتفاسير وتعريف (منها) انه الاستقلال باثبات اليد على مال الغير.
(منها) انه الاستقلال على حق الغير.
(منها) انه الاستيلاء كذلك عدوانا.
(منها) انه الاستيلاء كذلك على وجه التعدي.
(منها) ان كل ممسك مضمون فهو مغصوب - كما عن الشافعي -.
(منها) الاستقلال المذكور مع زيادة قيد التصرف بمعنى يعتبر فيه امران (احدهما) الاستقلال (ثانيهما) التصرف كما عن الميرزا الشيرازي رحمه الله.
اقول: لا دليل على اعتبار التصرف في تحقق مفهوم الغصب كما لا يخفى، فان ما هو السبب في انتزاع هذا المفهوم عند العرف هو صرف الاستيلاء مطلقا تصرف أم لا.
وهل هي شاملة للأيدي الأمانة أيضا كاليدين المستأجرة والمستودعة والمستعارة بالنسبة الى غير الذهب والفضة وغير صورة اشترط الضمان؟ وجهان من ان ظاهرها الاطلاق، ومن ان الأيدي الأمانة هي مثل يد المالك نفسه، فكما ان له مخازن جمادية مثلا يضع ماله فيها كيف شاء، كذلك الأيدي الأمانة كالمخازن المذكورة للمالك، ففي الحقيقة لا يصدق الأخذية على مثل المستأجر بل الأخذ نفس الموجر، غاية الأمر بواسطة يد المستأجر.
والظاهر هو الثاني، وتظهر الثمرة في الموارد المشكوكة في انها يد عادية أم أمانة، فعلى الأول، يحكم بالضمان الا للدليل، وعلى الثاني يحكم بعدم الضمان الا ان يدل دليل على خلافه.

[الاتلاف]

الثاني من اسباب الضمان الاتلاف

بالمباشرة كاتلاف مال الغير بنفسه.

الثالث الاتلاف

بالتسبب كحفر البئر على طريق الغير فوق الغير فيه.

هذا كله في اسباب الضمان.

واما المال المضمون فنقول: انه في كل واحد من هذه الموارد الثلاثة على قسمين (احدهما) الحيوانات

(ثانيهما) الاموال الصامته.

وقد قالوا: ان الاول مضمون بالمثل واما الثاني فبعضها مضمون بالمثل وبعضها مضمون بالقيمة.

فمثلية بعض الاموال وقيمية بعضها الآخر مما لاشك ولا ريب تعتربه، والشهرة العظيمة التي كادت تكون

اجماعا، ومخالفة عبيد الله بن حسن عنبري فقيه البصرة من العامة، والشيخ ابو علي بن جنيد من الخاصة،

غير قادحة بعد كونهما معدودين ومعلومي النسب، وهذا لا كلام فيه.

انما الكلام في تعيين كل منهما مفهوما لينطبق عليه المصاديق فقد عرفوه بتعاريف يمكن ارجاعها الى واحد

(فمنها) ان المثلي ما يتساوى اجزائه وزاد آخر (بتقارب الصفات)، وقال آخر: هو ما كان مكيفا او موزونا،

وقال آخر ما يجوز فيه السلم، وعن آخر انه ان كان بين شريكين لا يحتاج في تقسيمه الى غير الكيل او الوزن.

وحاصل الجميع يرجع الى شيء واحد فلا يحتاج الى ان يقال كما عن الشيخ الأنصاري (قده): نأخذ بالمتيقن

منهما ونرجع في مورد الشك الى الأصل هذا.

وكيف كان فهل هناك دليل على ضمان المثل في المثليات والقيمة في القيميات ام لا؟ يمكن ان يدعى الاجماع

دليلا عليه (وفيه) ان حجية الاجماع - كما قرر في الأصول - مشروطة باتصال هذا الاجماع الى زمن

المتقدمين وفتواهم بذلك في كتبهم المعدة للفتاوى التي من شأنها ان تتلقى من المعصوم عليه السلام مع ان

هذه المسئلة - أعني ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة - لم يتعرض لها كثير منهم.

نعم يمكن ان يتمسك بدليل آخر فنقول - وعلى الله التكلان - : ان قوله صلى الله عليه وآله: على اليد ما

أخذت (١) يقتضي ان عهدة المأخوذ، عليها بجميع خصوصياتها - أعني الشخصية،

(١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٤ وص ٣٨٩ وج ٢ ص ٣٤٥ وج ٣ ص ٢٤٦ وص ٢٥١ ولاحظ ذبول هذه المواضع أيضا.

والنوعية، والمالية، فاذا تلفت العين تعذرت الشخصية فتبقى النوعية فالرواية دالة على ان كل ما أخذته اليد -

سواء كان حيوانا - بقسميه او اموالا صامتا - مثله على عهدة الآخذ عند تلف العين.

(لا يقال): ان المالية، من الخصوصيات للمأخوذ.

(فانه يقال): لا نسلم ذلك، بل هي امر خارج عن حقيقة المأخوذ فانها اعتبار عقلائي عند العرف وحيث كان

اللازم في المعاملة المعاوضية، اعطاء شيء في مقابل ما اخذه، جعلوا الأثمان لهذا الغرض، فلذا اذا عبروا

اموال الغير، عبروه بالأثمان هذا.

ولكن قوله صلى الله عليه وآله: من اعتق شقص عبد قوم عليه الخ(١)، وكذا قوله عليه السلام: نعم قيمة بغل

يوم خالفته(٢) وسائر الموارد التي حكم فيها بضمن القيمة كانت مخصصة لهذا العموم المستفاد من قاعدة

اليد ولو كان تخصيصها من باب لزوم العسر والهرج ان الزم بالمثل فيما يتعسر تعيين المثل فيعلم ان كل مال

مأخوذ يكون افراده مختلفة الصفات والماهيات اذا تلف يكون ضمانه قيميا.

وقد يستدل للمطلوب بقوله تعالى: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الآية(٣).

حكى عن الشيخ رحمه الله في الخلاف، وتبعه العلامة (ره) وكثير من المتأخرين عنه، والمراد بالاعتداء

الثاني، المجازاة استعمل كذلك

- (١) راجع سنن أبي داود ج ٤ ص ٢٣ باب فيمن أعتق نصيبا له من مملوك والبايين اللذين بعده من كتاب العتق.
 (٢) الوسائل باب ١٧ قطعة من حديث ١ من كتاب الاجارة ج ١٣ ص ٢٥٦.
 (٣) البقرة/١٩٤.

للمشاركة، نحو فيشرهم بعذاب أليم(١) ونحو قول الشاعر: (قلت: اطبخوا لنا جبة وقميصا) بعد قول القائل لرجل: ما تميل ان تطبخ لك؟. وظاهر مثل ما اعتدى عليكم، العموم بقريظة قوله تعالى قبيل ذلك: والحرمان قصاص(٢)، بعد الغاء خصوصية المورد - أعني حرمة مسجد الحرام، وحرمة الأشهر الحرم بقريظة قوله صلى الله عليه وآله في حجة الوداع بعد السؤال عن المكان والزمان وجوابهم بانه الأشهر الحرم والمسجد الحرام: حرمة دمانكم وأموالكم كحرمة شهركم هذا ومكانكم هذا(٣). فتدل الآية على ان كل ما كان له احترام شرعا فانتهاك، يجوز للمسلمين، القصاص. وهذا باطلاقه يعم استيلاء الغير على أموال المسلمين على وجه العدوان او الاتلاف بالمباشرة او بالتسبب. ومحصل ما ذكرنا ان مقتضى الآية الشريفة التي استدل بها الشيخ رحمه الله بضميمة قوله تعالى قبيله: (والحرمان قصاص) الضمان بالمثل في جميع الأموال المأخوذة. ومقتضى رواية اعتاق شقص العبد، ورواية تلف البغل، ورواية عائشة في كسر القصعة التي فيها غذاء طبخه صفيه للنبي صلى الله عليه وآله انه قال: انا اناء مثل اناء وطعام مثل طعام(٤).

- (١) آل عمران / ٢١.
 (٢) البقرة/١٩٤.
 (٣) سنن أبي داود ج ٢ باب صفة حج النبي ص ٨٥ قطعة من حديث ١.
 (٤) سنن أبي داود ج ٣ باب فيمن أفسد شيئا يغرم مثله ص ٢٩٧ من كتاب البيوع طبع بمبني رقم ٣٥٦٨ ومسند احمد بن حنبل، ج ٦ ص ١٤٨ فيما روت عائشة مع اختلاف في ألفاظه.

تخصص القاعدة المستفادة بالنسبة الى الأموال التي لها افراد متفاوتة صفة وماهية والحكم بلزوم القيمة. ولازم ذلك، الرجوع في الموارد المشكوكة في انه مثلي او قيمي، الى اطلاق القاعدة. واما احتمال لزوم القيمة حتى في المثليات وان قال به بعض منهم وبعض منا الا ان ذلك لا يعتد به في مقابل المشهور. كما ان احتمال لزوم المثل في تمام الأموال خلاف الاجماع محققا ولا قائل به. فانقدح ان الأقوى لزوم ضمان المثل في المثليات عند العرف ولزوم القيمة في القيميات عندهم، هذا غاية تقريب التفصيل، والله الموفق. (مسئلة - ١ -) قد عرفت ضمان القيمي بالقيمة، اعلم انهم اختلفوا في زمان ضمان القيمي وبلغت الأقوال خمسة:

- (الأول) قيمة يوم الرد نسب الى جمع من متأخري المتأخرين.
 (الثاني) قيمة يوم التلف، نسب الى المشهور، وهذا ان يجريان في المغصوبات وغيرها من المضمونات.
 (الثالث) قيمة يوم الغصب.
 (الرابع) أعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الرد.
 (الخامس) أعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف.
 وجه الأول ان مقتضى قاعدة على اليد ان عين المأخوذ على عهدة الأخذ الى حين الأداء، فحينه ينتقل الى القيمة ولا وجه لقيمة يوم التلف.
 وجه الثاني اما بأن يقال بانتقاله الى القيمة يوم التلف وقبله كان يجب اداء العين فاذا تعذرت العين وجب قيمة يوم الانتقال، واما بأن يقال: ان العين الشخصية لا قيمة لها بما هي هي بعد تلفها، لعدم اعتبار العقلاء قيمة، للمنعوم، وعلى تقدير الاعتبار فهو لنظائره وامثاله لا لهما.
 ويؤيده المشهور القائلون بلزوم قيمة يوم التلف في القيميات قالوا بلزوم قيمة يوم الرد في المثليات عند تعذرها، لامكان اعتبار القيمة في المثلي بما هو هو، لانه كلي، فبانعدامه من حيث الافراد لا يعدم. ووجه القول بلزوم قيمة يوم الغصب كما نسب الى أبي حنيفة، توهم ان قوله صلى الله عليه وآله: على اليد ما اخذت الخ ناظر الى لزوم بدل المأخوذ على عهده عند أخذه، فان كان مثليا فبالمثل وان قيميا فبالقيمة.
 ووجه القول بلزوم أعلى القيم، لزوم قيمة كل واحد من ايام الأخذ الى زمان التلف على القول به او الى يوم الرد على القول الآخر، على الأخذ فاذا اتى اعلاها فقد اتى كلها والا لم يخرج عن العهدة، وعلى تقدير عدم دلالة (على اليد) فلا اقل من الشك في الخروج عن العهدة باداء الأدنى، فيرجع حينئذ الى قاعدة الاشتغال. هذا مع قطع النظر عن الأدلة الخاصة.

واما بالنظر اليها فنقول: روى محمد بن يعقوب الكليني رضي الله عنه، عن عدة من اصابنا، عن احمد بن محمد بن خالد، عن ابن محبوب عن حفص بن سليم - الملقب بأبي ولاد الحناط - قال: اكرتيت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهبا وجانيا بكذا، وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت ان صاحبي توجه الى بغداد فاتبعته وظفرت به وفرغت بيني وبينه ورجعنا الى الكوفة وكان ذهابي ومجيني خمسة عشر يوما فأخبرت صاحب البغل بعذري وارادت ان اتحلل منه مما صنعت وارضيه فبذلت له خمسة عشر درهما فأبى ان يقبل فتراضينا بأبي حنيفة فأخبرته بالقصة واخبره الرجل فقال لي: ما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد دفعته اليه سليما؟ قال: نعم بعد خمسة عشر يوما، قال: فما تريد من الرجل؟ فقال: اريد كراء بغلي فقد حبسه علي خمسة عشر يوما، فقال: ما ارى لك حقا، لانه اكرتاه الى قصر ابن هبيرة فخالف وركبه الى النيل، والى بغداد، فضمن قيمة البغل وسقط الكراء، فلما رد البغل سليمان وقبضته لم يلزمه الكراء، قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما افتي به ابو حنيفة، فأعطيته شيئا وتحللت منه وحجبت تلك السنة فأخبرت ابا عبد الله عليه السلام فيما افتي به ابو حنيفة فقال عليه السلام: في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الارض بركتها، قال: فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى انت؟ فقال: ارى له عليك مثل كراء بغل ذاهبا من الكوفة الى النيل ومثل كراء بغل راكبا من النيل الى بغداد، ومثل كراء بغل من بغداد الى الكوفة توفيه اياه، قال: فقلت: جعلت فداك: قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه؟ فقال عليه السلام: لا لأنك غاصب، قال: فقلت له: رأيت لو عطب البغل ونفق اليس كان يلزمني؟ فقال عليه السلام: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فان أصاب البغل كسر او دبر او غمز؟ فقال عليه السلام: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده، فقلت: من يعرف ذلك؟ قال عليه السلام: أنت وهو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك، فان رد اليمين عليك فحلقت على القيمة لزمه ذلك او يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرتري كذا وكذا فيلزمك، فقلت: اني كنت اعطيته دراهم ورضي بها وحللتني؟ فقال عليه السلام: ولكن ارجع اليه فأخبره بما افتيتك به، فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك، قال ابو ولاد: فلما انصرف من وجهي ذلك، لقيت المكاري فأخبرته بما افتاني به ابو عبد الله عليه السلام فقلت له: قل ما شئت حتى اعطيكه، فقال: قد حبيت الي

جعفر بن محمد ووقع في قلبي له التفضيل وانت في حل وان احببت ان ارد عليك الذي اخذت منك، فعلت(1). وقد استدل القائلون بلزوم قيمة يوم الغصب بقوله عليه السلام في هذه الرواية: نعم قيمة بغل يوم خالفته. توضيحه ان (لفظة) (اليوم) اما ان يتعلق ب (نعم) او ب (يلزمك) مقدورا او ب (كانت) مقدرا، وعلى التقادير اما ان يكون المراد من قوله عليه السلام: (خالفته) حدوث المخالفة او وجودها. فعلى الأول تدل على المدعى، واما على الثاني فلا. واما احتمال كون (قيمة) مضافة الى (يوم) أيضا او اضافة مجموع المضاف والمضاف اليه اعني لفظة (قيمة بغل) الى (يوم) او القول بتتابع الاضافات، فكل هذه الاحتمالات خارجة عن مقتضى قواعد الأدبية والعربية. اما الأولان فواضح، واما الاخيران فلأن اضافة اسم الذات الى

(1) فروع الكافي باب الرجل يكرتري الدابة فيجاوز بها الحد الخ حديث ٦ من كتاب المعيشة.

اسم الزمان غير جائز بل يشترط في مثل هذه الاضافة كون المضاف اسم المعنى فلا يقال: غلام يوم الجمعة او زيد يوم الجمعة، بخلاف ضرب يوم الجمعة او غسل يوم الجمعة. ويؤيد عدم دلالة الفقرة على المدعى قوله عليه السلام - في جواب السائل حين سنله رأيت ان اصاب البغل كسر او دبر او غمز -: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده الخ فانه من البعيد ان يقال بلزوم الارش الذي هو من صفات التالف يوم الرد ولزوم نفس التالف بقيمة يوم الغصب، مع ان ضمان نفس التالف عبارة عن ضمان الاجزاء والصفات بخصوصيتها.

واما حكمه عليه السلام بتوجه اليمين على صاحب البغل مع انه مدع ولا يمين عليه بمقتضى قواعد القضاة المستفادة من قولهم عليهم السلام: البينة على المدعي واليمين على من ادعي عليه(1)، فلا بد من حمله على اختلاف الموارد - بعد القطع بتخصيص قواعد الفصل والقضاء عند الخصومة والترافع، هذا. ونسب الى الشهيد الثاني رضوان الله عليه في الروضة - بعد نقل القول عن المحقق (ره) انه نقل عن الاكثر، القول بقيمة يوم الغصب انه قال: وفي صحيح ابي ولاد عن ابي عبد الله عليه السلام والصلاة في اكرتراء البغل ومخالفة الشرط ما يدل على هذا القول، ويمكن ان يستفاد منه اعتبار الاكثر منه الى يوم التلف وهو قوي عملا بالخبر الصحيح (انتهى موضع الحاجة من كلامه زيد في علو مقامه).

أقول: يمكن ان يكون نظره رضوان الله عليه من استفادة اعلى القيم

(١) راجع باب ٣ من كتاب القضاء من الوسائل ج ١٨ ص ١٧٠.

من الصحيحة الى ما ذكرنا في توجيه بعض الاقوال من امكان ارادة يوم وجود المخالفة من قوله عليه السلام: (قيمة بغل يوم خالفته) وجودا استمراريا من اول زمان الغضب الى يوم التلف (وبعبارة اوضح) ان الغاصب ضامن في جميع آفات وجود المخالفة فإن رد اعلاها فقد رد جميع القيم بعد تداخل بعضها مع بعض، واذا ادى غير اعلاها لم يصدق انه رد قيمة يوم وجود المخالفة على الاطلاق، بل رد قيمة بعض آفات وجود المخالفة.

(فان قلت): يوم المخالفة صادق على الأنقص والأعلى لصدق الطبيعة على كل فرد فرد (قلت): ان الأوامر المتعلقة بالطبائع مختلفة باعتبار اختلاف الموارد، فلو قال: أكرم العالم كان ظاهرا في وجوب اكرام جميع الافراد بخلاف مثل قوله تعالى: اقيموا الصلاة كما لا يخفى، هذا. ويمكن ان يقال بعدم دلالة الصحيحة على شيء من الأقوال، لانه عليه السلام لا يكون بصدد بيان كيفية ضمان القيمة، بل لما سنله الراوي واستفهم استفهاما انكاريا بقوله: أرأيت لو عطب البغل ونفق اليس كان يلزمني؟ فأجاب عليه السلام بقوله: (نعم يلزمك قيمة بغل، يوم المخالفة) لا قبلها ردا لتوهم السائل بكونه ضامنا قبل يوم المخالفة.

ويمكن ان يوجه سؤال الراوي عن الضمان مع علمه به وكونه ارتكازيا لكل احد، بأنه لما اجاب عليه السلام بلزوم تمام الكراء على الراوي بأحد وجهين اما عدم كونه ضامنا على تقدير التلف او عدم كون الضمان تابعا للانتفاع والمنفعة كما هو رأي أبي حنيفة استنادا الى ما روه عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وآله: الخراج بالضمان(١)، فلما كان الاحتمال

(١) عوالي الآلي ج ١ ص ٢١٩ ولاحظ ذيله.

الأول أقوى عند الراوي سنله عليه السلام بقوله: أرأيت لو عطب البغل ونفق اليس كان يلزمني؟ وحاصل ما ذكرناه ان هذه الرواية محمولة على احد وجوه ثلاثة (احدها) دلالتها على قيمة يوم التلف بالتقريب الذي ذكرناه (ثانيها) دلالتها على اعلى القيم كما عن الروضة (ثالثها) عدم دلالتها على شيء من الاقوال لكونها في مقام بيان اصل الضمان.

لايبعد ارجحية الثالث، وعلى تقدير عدم صحة هذا التوجيه فدلالتها على قيمة يوم التلف كما نقل عن الأكثر ليس بأظهر من دلالتها على اعلى القيم كما نقلنا عن الروضة(١). وكيف كان فيشكل الاستدلال بها على تعيين كيفية الضمان.

اما الاستدلال بالروايات الواردة في باب الرهن الدالة على التراد بالنسبة الى الفضل عند تفاوت الدين مع العين، مثل رواية اسحاق بن عمار قال: سألت ابا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك، اعلى الرجل ان يرد على صاحبه مأتي درهم؟ قال عليه السلام: نعم لانه اخذ رهنا فيه فضل وضيعة، قلت: فهلك نصف الرهن، قال عليه السلام: على حساب ذلك، قلت: فيترادان الفضل؟ قال:

نعم(٢)، وفي الوسائل: ورواه الشيخ باسناده، عن احمد بن محمد الى قوله: حساب ذلك، وغيرها من الروايات، من اراد فليراجع الى الوسائل فقد عقد فيه بابا لذلك. فلا دلالة فيها على شيء من الاقوال المشار اليها، لان الاصحاب

(١) الناقل هو الشهيد الثاني في الروضة.

(٢) الوسائل باب ٧ حديث ٢ من كتاب الرهن، ج ١٣ ص ١٢٩.

مجمعون على ان المرتهن لا يضمن الا مع التعدي او التفريط، فيمكن حملها على التقية، لموافقها لجماعة من العامة.

مضافا الى انها ليست بصدد بيان كيفية الضمان كما ذكرنا في دلالة صحيحة ابي ولاد. فاذا لم يثبت شيء من الأقوال بالأخبار الخاصة فلا بد من الرجوع الى قاعدة اليد فلنبحث فيها وانها دالة على

أي قول من الأقوال؟
فقول: ان القول بلزوم قيمة يوم الرد مستندا الى انها لازمة بعد تعذر ادائها بشخصها ونوعها مدفوع بما ذكرنا سابقا من عدم اعتبار القيمة عند العرف لها بعد انعدامها وتلفها.
وكذا (١) القول بلزوم اعلى القيم من حين الغضب الى يوم الرد استنادا الى انه قيمة ماضنه لاستيلاء يده عليها عدوانا.
فان (٢) لزوم القيمة من يوم الغضب الى يوم التلف مسلم باعتبار ان العين موجودة فبعد انعدامها لاقيمة لها بما هي عين شخصية فهذان القولان اضعف الأقوال.
اما لزوم قيمة يوم التلف استنادا الى انه يوم انتقال قيمة العين الى الذمة (فمدفوع) ايضا بما مر من ان مقتضى القاعدة.
والمفهوم من قوله صلى الله عليه وآله: (على اليد الخ) بقرينة ذكر الذات تلو كلمة (على) تعهد الغاصب والآخذ مال المغصوب منه من يوم الغضب الى يوم الرد، ولا فرق على هذا بين بقاء العين وتلفها في ذلك (٣).

-
- (١) يعني مدفوع.
(٢) بيان الدفع.
(٣) يعني في التعهد المذكور.

نعم بعد تلف العين لا يعقل قيمة للتالف فيستحق المغصوب مطالبة ماله فيجب على الغاصب، الخروج عن العهدة بالنسبة الى مالية العين من يوم الغضب الى يوم التلف، ولزوم الخروج عنها امر ممتد في جميع ازمنة بقاء العين وتعيين خصوص يوم التلف او خصوص يوم الغضب ترجيح بلا مرجح، فيمكن بلزوم اعلى القيم، لذلك (١).
لا لما نقله الجواهر عن بعض من لزوم اداء قيمة العين بأجزائها وصفاتها ومن جملة تلك الصفات كون العين بحيث تقابل بكذا وكذا مثلا فيلزم ادائه.
فان (٢) الأوصاف التي يلزم على الغاصب قيمتها هي التي لها وجود في الخارج كالسمن والكتابة وغيرهما من الصناعات والحرف، وضمان هذه الأوصاف لا يختص بصورة تلف العين، بل الآخذ ضامن ولو بقيت العين وانعدمت الصفات عند ردها.
فاتقدح من هذا كله ان اقوى الوجوه هو القول بأعلى القيم من حين الغضب الى أن قيل أن التلف. ثم القول بقيمة يوم التلف قوي ان قلنا باشتغال الذمة حين تلف العين وظهر ضعف بقيمة الأقوال. هذا كله في الاختلاف من حيث الاختلاف في الأزمنة، واما اختلاف قيمته حسب اختلاف الأمكنة فقد حكي عن التذكرة، القول بلزوم اعلى القيم من مكان الغضب الى مكان التلف.
ولا يبعد الالتزام به، لما ذكرنا من دلالة قوله صلى الله عليه وآله:

-
- (١) لأجل عدم لزوم الترجيح بلا مرجح.
(٢) تعليل للنفي.

(على اليد ما أخذت حتى تؤدي) (١) على كون المأخوذ في ذمة الآخذ حتى يؤدي بماليتها، غاية الأمر قوله صلى الله عليه وآله: على اليد الخ، مشتملة على القضية التعليقية، وهي انه اذا تلف وجب على الآخذ، الخروج عن عهدة الضمان، وهو يقتضي اداء جميع ماليته ولايتحقق اداء الجميع الا بأداء أعلى القيم.
ولو كان اختلاف القيمة باختلاف الأثمان من حيث الرواج في البلاد المختلفة فعن التذكرة لزوم قيمة يوم التلف، وفيه تأمل.

(مسئلة - ٢ -) لو كان التالف مثليا يجب على الضامن أداء المثل عند تمكنه، وعند تعذر المثل يجب اداء القيمة، فهل يجب اداء قيمة يوم الغضب، او يوم اعواز المثل، او يوم التأدية، او أعلى القيم للأربعة منها او للثلاثة او الاثنين؟ وجوه واقوال لايهمنا ذكرها بتمامها.
انما المهم بيان ان الآخذ ضامن لأعلى القيم من يوم الغضب الى يوم التلف، او منه الى يوم الرد، او خصوص قيمة يوم الرد؟ المشهور على الأخير وان عبر كثير منهم بيوم المطالبة الا ان المالك يطالب بحسب العرف والعادة زمان تمكنه من الأداء فيكون يوم المطالبة ويوم التلف متحدا.

وكيف كان فالمهم بيان الوجه الذي استند المشهور اليه، فنقول: يمكن ان يستدل لهم بما مر سابقا من ان العين مادامت باقية يكون الغاصب ضامنا بمقتضى على اليد وعند تلفها ضامن لمثلها، وبعد تعذر المثل، يعتبر له قيمة ايضا عند العقلاء باعتبار انه كلي لا ينعقد كي لا يكون له قيمة، فيقوم حين الاداء قيمة يوم الاداء.

(١) تقدم تعيين موضع الحديث، فراجع.

ووجه القول باعتبار قيمة يوم التلف ما ذكرنا سابقا من ان العين تنتقل بماليتها الى ذمة الغاصب مترتبا على تعذر اداء المثل، فإذا تعذر يجب ادائه بقيمة يوم الغصب. ويمكن اعتبار اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف، بناء على دلالة على اليد على التعهد كما ذكرنا في القيمي، بل يمكن استفادة هذا من صحيحة ابي ولاد من قوله: رأيت ان عطب البغل ونفق ليس كان يلزمني؟ بناء على ان يكون المراد من قوله: (يلزمني) لزوم المالية لا لزوم مثل التالف على الغاصب. (مسئلة - ٣ -) هل مقتضى القاعدة اختصاص حق المطالبة بالمالك ام يعم غيره؟ الظاهر هو الثاني، لان مالك جوازها هو ان من له الحق، له التسلط على المال وهو موجود في كل من له حق بالنسبة الى العين، سواء كان مضافا الى كونه ذا حق مالكا ايضا لمالك الغير الممنوع شرعا من التصرف في ملكه ام لم يكن مالكا، بل له حق في العين كالمرتهن (١) والموقوف عليهم، بناء على عدم كونهم مالكين - كما ذهب اليه ابو الصلاح الحلبي (٢) - وان الملك غير باق على ملك الواقف - كما ذهب اليه المشهور - فان للموقوف عليهم مطالبة الغاصب على تقدير الغصب. وكالغريم بالنسبة الى مديون استغرق الدين تركته، وكالوصي والموصى له بالنسبة الى الثلث الموصى به وغيرها من الموارد التي ثبت حق بالنسبة الى الملك فلذئ الحق المطالبة بملاك تسلطه على المال. (مسئلة - ٤ -) هل يمكن تعدد الضمانات بالنسبة الى مال

(١) هذه أمثلة لمن كان له حق مع عدم كونه مالكا فلا تغفل.
(٢) الكافي لأبي الصلاح.

واحد لمالك واحد في زمان واحد، ويدل عليه القاعدة أيضا أم لا؟ الظاهر عدم المانع عنه، بناء على ما قوينا سابقا من ان مدخول كلمة (على) معها اذا كانت خبرا للذوات يدل على التعهد كقول القائل: علي ما لك علي زيد بشرط ان يكون ما جعل مبتدأ للجار والمجرور غير متحصل مطلقا لا في الخارج ولا في الذمة وان كان الأظهر دلالتها على التعهد في صورة تحمله في الذمة كما مثلنا. وعلى هذا، فكما يمكن تعدد الضمانات في باب الضمان الذي سبق انه ضم ذمة الى ذمة اخرى عند العامة، وتعهد الضامن ما في ذمة المضمون عندنا. فكذا يمكن تعدده في باب الغصب كما اذا ترتب الأيدي على مال واحد، فان كل واحد من الغاصبين متعهد لما اخذه من الآخر حتى يؤديه اليه. واما ان قلنا بدلالة (على اليد) على اشتغال الذمة كما هو متداول في السنة جمع من المتأخرين فيشكل شمول القاعدة لترتب الأيدي وتعدد الضمانات واشتغال ذمهم بالنسبة الى شيء واحد في زمان واحد. مضافا الى ان هذا الاحتمال خلاف ظاهر القاعدة للاحتياج الى التقدير الكثير، فانه حينئذ يصير معناه، على أخذ المال مثل ما اخذت يده، ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا على تقدير التلف. لكن يمكن شمولها له كما نسب هذا الى الميرزا الرشتي ويستفاد من كلمات الشيخ الأنصاري (قده) بتقريب ان يقال: انه لا يكون المراد من الاشتغال كون الأخذين كلهم مشتغلين ذمهم بحيث يكون المغصوب منه مالكا للأشياء المتعددة بعدد الذم ولا في كونه عليهم بنحو الاشاعة، ولا كون ذمة المطالب به مشغولا بعد المطالبة، بل المال الواحد لا يكون له الا بدل واحد، لا اعتبار الاتحاد من جميع الجهات بين المبدل والمبدل منه حتى في الصفات. او بتقريب ان يقال (١): ان ذمهم مشغولة بعنوان كلي اعني الطبيعة الغير المقيدة بكونها من شخص معين، فإذا تحققت سقطت عن الباقي لاتعبدا، بل لأن المتدارك لا يتدارك عقلا ولا يمكن تداركه ثانيا كما لا يخفى. اذا عرفت امكان تعدد الضمانات اما لما قلنا او لما قيل. فاعلم ان كل من تعرض للمسئلة اعترف بأنه اذا ترتب الأيدي وتلف المال عند اللاحق، فان رجع المالك الى اللاحق، فلا رجوع له الى السابق، وان رجع الى السابق فله الرجوع الى اللاحق ان لم يكن السابق غارا للاحق، والا فيستقر الضمان على الغار.

والحاصل ان للمالك الرجوع الى كل الغاصبين، غاية الأمر، استقرار الضمان، على من تلف المال عنده وان لم يكن مغرورا من السابق.

اما وجه رجوع المالك الى كل واحد منهم فعموم على اليد، اذ لا يكون للأخذ من المالك، ولا لأداء الغاصب المالك في جواز رجوعه الى الغاصب وبرائة ذمته دخل، بل يحصل ويصدق الأخذ ولو من غير المالك كما يحصل الأداء بوصول المال الى المغصوب منه ولو بتوسط غير الغاصب، هذا كله لا اشكال فيه.

(١) هذا منسوب الى الشيخ المحقق شيخ المتأخرين الشيخ مرتضى الأنصاري رحمه الله قربه.

وانما الاشكال في جواز رجوع السابق الى اللاحق وقد وجه بوجوه:
(منها) ما عن الجواهر (ره) من ان قاعدة على اليد تدل على ان من تلف المال عنده ضامن للمالك ومشتغل ذمته لماله دون غيره وان وجب تكليفا على كل من استولى عليه ان يؤدي مال المالك مع مطالبته، لكن كان اداء غير من تلف المال بدلا عنه فيحصل المعاوضة الشرعية القهرية، فله الرجوع الى اللاحق بمطالبة بدل ما اداه عنه.

وقد يشكل (١) عليه (اولا) بأن ظاهر قاعدة على اليد عدم الفرق بين الأيدي المترتبة ودالاتها على ضمان الآخذ على حد سواء.

(وثانيا) بأن التفكيك بين اللاحق والسابق غير معقول على القول بانتزاع الأحكام التكليفية من الوضعية.
(وثالثا) يعامل مع هذا الغاصب معاملة المديون في الغرامات وتقسيم امواله بين الغرماء وتقديم هذا الضمان على الوصايا والورثة وغيرها من احكام المديون.
(ورابعا) حصول المعارضة القهرية الشرعية ممنوع.

(وخامسا) ان مقتضاه جواز رجوع السابق الى من تلف المال عنده ولو كان في المرتبة المتأخرة عنه بمراتب وهم يقولون بجواز رجوع السابق الى لاحقه وهو الى لاحقه وهكذا الى ان يصل الى من تلف المال عنده.
(منها) ما عن الشيخ الأنصاري (ره) من ان السابق ضامن لبدل العين فقط، واللاحق ضامن لعين لها البدل (وبعبارة اخرى) الغاصب الثاني ضامن لبدل العين والسابق مشترك مع اللاحق في كونه

(١) المستشكل الشيخ الأنصاري (قده).

ضامنا لبدل العين الا ان اللاحق، في المتأخرة عن ضمان السابق، ضامن لما ضمنه السابق ايضا، فإذا ادى السابق ما ضمنه يرجع الى اللاحق، فان المفروض انه ضامن اما لبدل العين للمالك، واما بدل بدله للسابق على سبيل منع الخلو، غاية الامر، ضمانه لبدل العين غير مشروط بشيء غير تلف العين.
واما ضمانه لبدل العين بأداء السابق، فإذا رجع اليه عمل بمقتضى البدلية، والا خرج البدل عن كونه بدلا وهو غير معقول.

وقد اشكل عليه (أولا) بأننا لا نسلم ضمان اللاحق، عينا لها البدل، بل هو ضامن لنفس العين مع قطع النظر عن هذا الوصف.

(وثانيا) لا دليل على هذا الضمان.

(وثالثا) كون السابق ضامنا للبدل قبل تلف العين، ممنوع، بل مادامت باقية لا ضمان اصلا، فإذا تلفت ضمن كلهم في عرض واحد شيئا واحدا من دون تفاوت أصلا.

(ورابعا) ان دليل الضمان قاعدة اليد، ولا بد لللاحق بالنسبة الى ما ضمنه السابق، بل يده ثابتة على نفي المبدل (فان قلت): ثبوت يده على المبدل ثبوت على البدل ايضا كالمنافع بالنسبة الى العين (قلنا): هذا ممنوع، فان المنافع مضمونة بتبع اخذ العين، بخلاف البدل، فانه مستقر في ذمة السابق لا مأخوذ بيد اللاحق كما لا يخفى.
(وخامسا) النقض بضمان الضامن في باب الضمانات، فاتهم لا يقولون بأن الضامن عن الضامن الأول يرجع اليه عند تلف الضمون به او عند اداء الأول ما يضمنه للمضمون له.

(وسادسا) النقض برجوع العين من اللاحق الى السابق ثانيا وتلفها عنده فانه لا يقول احد برجوع اللاحق الى السابق في هذه الصورة مع ان مقتضى ما ذكر ذلك.

وقد يوجه (١) الحكم بأن بناء العقلاء على مطالبة المالك من كل من ترتب يده على مال الغير، وكذا مطالبة كل من اللاحق عند عدم كون مغرورا منه الى ان استقر الضمان على من تلف المال عنده، بضميمة عدم ردع

الشارع يتم المطلوب.
وفيه ان مجرد ادعاء ان بناء العقلاء يكون كذلك ما لم يكن له منشأ، لا يثبت المدعى.
وتحقيق المسئلة في توجيه الحكم المذكور، يحتاج الى تمهيد مقدمات (الاولى) انهم متسالمون على اصل الحكم في الجملة وان لم يتعرضوا لخصوصياتها، لكون رجوع الأول الى خصوص اللاحق ولو كان غير من تلف المال عنده، او التخيير في الرجوع مطلقاً.
(الثانية) ان قاعدة اليد تعم الحقوق الثابتة لذوي الحقوق كالمترتهن والوصي وغيرهم كما مر.
(الثالثة) انه لا فرق في شمولها للحقوق بين كونها قبل الغصب او بعده، كما اذا غصب المال من مالكة ثم رهنه مالكة عند زيد مثلاً فللمترتهن المطالبة من الغاصب.
(الرابعة) لا اشكال في انه اذا طالب المالك، الغاصب الأول فعليه ان يرد العين اليه اذا كانت موجودة عنده وتحصيلها بأي وجه ممكن اذا كانت عند غيره، ذلك الغير أيضا يجب عليه أدائها اذا كان صاحب الارادة.

(١) نسب الى الخراساني (ره).

(الخامسة) لا اشكال ايضا في ضمان الغاصبين كلهم بمجرد الغصب للمالك، ولا اشكال ايضا في وجوب أداء من طالبه المالك، كما لا اشكال ايضا في عدم جواز رجوع اللاحق الى السابق.
(السادسة) لا اشكال في انه اذا تلف المال المغصوب بعد استيلاء الثاني او قبله فللغاصب الأول، الرجوع الى المتلف وشمول قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن لهذه الصورة.
اذا عرفت هذه المقدمات تعرف انه اذا غصب المال من مالكة ثم غصب الثاني من الأول فله الرجوع اليه بعد مطالبة المالك منه لأنه يصير ذا حق بعد مطالبة المالك، والمفروض ان من عليه الحق يجب عليه ادائه عند مطالبة ذي الحق وثبوت هذا الحق وان كان بعد الغصب ومطالبة المالك الا انه بعد ما عرفت من مقتضى المقدمة الثالثة علمت انه لا فرق بين ثبوت الحق بعده او قبله، وعموم قاعدة اليد لهذه الصورة ليس بأقصر من شمول قاعدة الاتلاف للصورة التي ذكرناها في المقدمة السادسة، بل هي أظهر.
فانه لا دلالة في قاعدة اليد على كون الضمان للمالك او غيره بخلاف قاعدة الاتلاف فانها تدل على ان المتلف ضامن للمالك.
وكذا لا دلالة فيها على كون المضمون عنه مالا او غيره، بخلاف قاعدة الاتلاف فانها تدل على ان المتلف ضامن للمال بقريئة قولهم من اتلف مال الغير الخ، واذا عمت قاعدة الاتلاف مع هذه الخصوصيات، فعموم قاعدة اليد بطريق أولى.
وبتقريب آخر اصل ضمان الغاصب الأول للمالك وان كان مسببا عن غصبه الا ان هذ الغرامة التي غرمها له، مسببة عن غصب الثاني، فانه لو لم يغصبها ادى المال الى مالكة من دون غرامة.
ولعل مراد الشيخ قدس سره ايضا ذلك حيث ان الغاصب الاول اذا غصب المال يوجد لها نسبة بين الغاصب وبينه، وهي كونها مضمونة للمالك، واذا غصب الثاني يوجد لها نسبة بين الغاصب وبينه وبين الغاصب الثاني، فللمال نسبتان الاولى كونها مضمونة للمالك، والثانية كونها بحيث لو تلفت كان الغاصب الاول ايضا ضامنا، فالغاصب الثاني اخذ مالا متصفا بوصف زائد على ما كان عند الغاصب الأول، واخذه عدوانا صار سببا لغرامة الغاصب، فله المطالبة بمقدار غرمه له.
كما ان الضامن باذن المضمون عنه يرجع اليه بمقدار اداه الى المضمون له، وكما ان المغرور يرجع الى الغار بمقدار ضمن للمالك، هذا.

وقد بوجه (١) كلام الشيخ المحقق الأنصاري قدس سره بعدة مقدمات:
(الاولى) جواز اعتبار اشتغال الذمة مع وجود العين، كما انا نتعلل ضمان العين الموجودة في الخارج مع الغاء خصوصيتها، فيمكن ان يعبر عند العقلاء اشتغال ذمة الضامن مع وجود العين، غاية الأمر بعد الغاء الخصوصية.

(الثانية) كون تعدد الضمانات في زمان واحد كوجود الجسم المعين في زمان واحد في أمكنة متعددة، فلا بد ان يكون الضمان بالنسبة الى الأيدي مترتبة طوليا، والقول بانه كالواجب الكفائي يتعلق بجميع المكلفين ويسقط عنهم باتيان الواحد، ممنوع بالفرق بين الوضع

(١) الموجه هو المحقق الميرزا حسين النائيني (قده) المتوفى ١٣٥٥ الهجري القمري، على ما نسبته سيدنا الاستاذ قدس سره.

والتكليف بالامكان في الثاني دون الأول، فان الثاني تشريع ممكن جعله كذلك في عالم الاعتبار الشرعي، بخلاف الأول فانه تابع للواقع، ولا يمكن ذلك في الامور التابعة للواقع.
(الثالثة) اذا ورد عام له افراد متدرجة الوجود بمعنى كونها بحسب الوجود طولية يجوز توقف شموله للفرد اللاحق على شموله للفرد السابق بمعنى كون شموله للسابق محققا لوجود الفرد اللاحق كما في شمول دليل حجية الخبر الواحد فمصدق العادل مثلا المستفاد من ادلة حجية الخبر الواحد فانه يشمل اولا الخبر بلا واسطة ثم شموله له يتحقق فرد آخر من الخبر فيشملة، فشموله للفرد الأول محقق للفرد الثاني.
(الرابعة) لا اشكال في الجملة في ضمان اللاحق للسابق مع كون السابق ضامنا للمالك كما في باب الضمانات، فان الضامن باذن المضمون عنه ضامن للمضمون له، ومع ذلك، المضمون عنه ايضا ضامن لما في ذمة الضامن على اداء المال اليه، وكذا، الغار ضامن لما في ذمة المغرور على تقدير غرامته للمالك.
اذا عرفت هذه المقدمات، فاعلم ان ما نحن فيه يمكن كونه من قبيل الغاصب بمقتضى المقدمة الاولى، ولا يمكن كون هذا الضمان عرضيا بمقتضى المقدمة الثانية.
ويمكن كونه طوليا بمقتضى المقدمة الثالثة وضمن اللاحق مترتبا على اغترام السابق بمقتضى المقدمة الرابعة.

فانقدح ان اللاحق ضامن لعين تتخصص بخصوصية، وهي كونها في ذمة الأول، فكما يمكن شمول العام لفرد يتحقق بنفس شموله لفرد آخر، كذا يمكن شمول العام أعني قاعدة اليد لفرد متخصص بخصوصية بسبب شموله لفرد آخر أعني ضمان الغاصب الأول، ويلزم من ضمان الثاني عينا تتخصص بخصوصية كونها في ذمة الأول، ان ما غرمه الاول يخرج من كيس الثاني، وهو المراد من ضمان اللاحق للسابق فيرجع السابق اليه، ولعل هذا هو مراد الشيخ الانصاري (ره).

(وفيه) منع المقدمة الاولى - أعني جواز اعتبار اشتغال الذمة بالقيمة مع بقاء العين - وقياسها بامكان تعقل ضمان العين مع الغاء الخصوصية، مع الفارق فان القوة العاقلة لا تدرك الا المجردات، فلا بد عند تعقلها من تجردها عن الخصوصية بخلاف ما نحن فيه فان اللازم من ذلك كون المالك لشئيين احدهما العين الموجودة في الخارج (ثانيهما) العين الموجودة في اعتبار العقلاء.

واما المقدمة الثانية، فالمفروض ان الشيخ ينكر استحالة تعدد الضمانات في زمان واحد فكيف يصح توجيهه كلامه (ره) بما هو منكر له.

واما المقدمة الثالثة - أعني كون وجود فرد لعام موجدا لفرد آخر - فهي مسلمة لكن لا تفيد شيئا.
واما المقدمة الرابعة - أعني صحة ضمان اللاحق للسابق مع كون السابق ضامنا للمالك - فان كان المراد ان الثاني ضامن لشئيين (أحدهما) الذمة (ثانيهما) ما فيها، فهو غير معقول، وان كان المراد انه ضامن لما في الذمة فقط - فمع انه حينئذ يكون كالأول في عدم المعقولية، وانه لامعنى لضمائه لما في ذمة الذي هو متصف بكونه في ذمة الأول - يشكل بأن ذلك كونه ضامنا للمالك، والمطلوب انه ضامن للغاصب الأول، والله العام.
(مسئلة - ٤ -) قد عرفت مما ذكرنا - في تضاعيف أبحاثنا - انه يلزم على الغاصب رد العين بشخصيتها او بنوعيتها او بماليتها حسب اختلاف المراتب كما مر تفصيلا.

وحيث فلو تمسك بحديث (١) السلطنة على الأموال فلا يلزم على الغاصب الا رفع اليد عن مال الغير تحقيقا لسلطنة ماله بخلاف ما لو تمسكنا بحديث على اليد، فيلزم عليه - مضافا الى ذلك ايصال المال الى ماله وغرامة الايصال أيضا - ان كانت فيه.

هذا اذا تلفت العين، واما اذا حيل بين المالك وماله فتوضيحه يعلم ببيان مسائل:

(الاولى) لو تعذر ايصال المال الى ماله بمعنى عدم امكانه وقوعا وان امكن ذاتا بان وقع تحت البحر او في خزانة سلطان جائر مثلا لا يمكن عادة الوصول الى حضوره وأخذه منه، فالظاهر تسالم الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم على وجوب رد البديل الى ماله ويدل عليه نفس قوله صلى الله عليه وآله: (على اليد ما أخذت الخ)(٢) لا قاعدة الضرر كما قيل فانها بناء على ان مفادها نفي طرو الأحكام الضرورية على الموضوعات بغاوينها الأولية فلا مناسبة لها في المقام.

واما بناء على ان المفاد ان الضرر في الاسلام منفي فهو وان كان له ربط بالمقام الا ان تطبيقه مع المقام يحتاج الى تكلف كما لا يخفى على المتأمل.

(١) راجع عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٢ و ص ٤٥٧ و ج ٢ ص ١٣٨ و ج ٣ ص ٢٠٨ مع ذيولها.

(٢) راجع عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٤ و ص ٣٨٩ و ج ٢ ص ٣٤٥ و ج ٣ ص ٢٤٦ و ص ٢٥١ و لاحظ ذيول هذه المواضع أيضا.

فالأولى الاستدلال بما ذكرناه سابقا من قاعدة اليد حيث دلت على ان المأخوذ مستقر على اليد واليد مستقرة له، ومقتضاه استحقاق المطالبة للمالك الذي يستلزم وجوب ردها على الغاصب كما دلت على وجوب الرد في صورة التلف أيضا.

والحاصل ان منشأ وجوب البديل حيولة الغاصب بين المالك ومملكه، ومناط الحيولة الأخذ فكلما صدق الأخذ يجب رفع الحيولة.

ومن هنا يعلم حال المسئلة الثانية، وهي ان موضوع وجوب بدل الحيولة يتحقق في كل مورد حيل بين المالك وبين ملكه، سواء تعذر الايصال ام لا، وسواء تضرر المالك بتأخير أم لا.

(المسئلة الثانية) هل دفع البديل يتوقف على ملك المغصوب منه أو الإباحة المطلقة حتى المتوقفة على الملك أو الإباحة في الجملة؟ حكي عن المشهور الأول.

ويمكن ان يوجه هذا بأن دليل وجوب البديل في صورة التلف، هو دليل وجوبه في صورة الحيولة، فكما ان البديل يصير ملكا له في الاولى، بالاتفاق كما قيل، فكذا في الثانية.

نعم ان جعل الدليل في الاولى غيره في الثانية بأن يقال - مثلا - ان العرف ينتزع الملكية من اباحة جميع التصرفات المدلول عليها بقاعدة اليد، ومن عدم ترقب العود الى المالك، والوجه الثاني مفقود في الثانية فلا تفيد الملكية، بل الإباحة المطلقة، وبه جزم المحقق القمي رحمه الله على ما نسب اليه الشيخ الأنصاري رحمه الله.

(المسئلة الرابعة) على تقدير حصول الملكية للمغصوب منه بالنسبة الى البديل، فهل يبقى ملكه بالنسبة الى المال المغصوب أم لا؟.

الظاهر هو الأول، لعدم الدليل على انتقال الملك الى الغاصب بمجرد اداء البديل. وتوهم انه يلزم حينئذ، الجمع بين البديل والمبديل، مدفوع بأنه لا دليل على استحالته لا عقلا ولا شرعا، هذا مع انه ليس ببديل، بل هو غرامة وتدارك لما فات من المغصوب منه بمقتضى اليد الدالة على ان المأخوذ لم يفت بعد الغصب بل هو باق على اليد الآخذة.

وعلى تقدير التسليم لا معاوضة هناك بناء على ان الاستحالة انما هي فيما عوض شيء بشيء باختيار المالكين لا مثل المقام مما جعل الحكم على رغم الغاصب، والحاصل انه لا استحالة فيما ذكره الشهيد والمحقق الثانیان من لزوم اجتماع البديل والمبديل منه.

(المسئلة الخامسة) بناء على حصول الملكية - كما هو الأقوى - يتفرع عليه انه ان توضع بماء مغصوب غافلا، فتذكر قبل المسح، فلا يجوز المسح - ولو بعد رد العوض - ببقية البلل بناء على ما قلنا، ويجوز بناء على المعاوضة القهرية.

وربما احتمل أن المأخوذ في مواضع الغسل يصير كالتالف فيجوز المسح مطلقا، سواء رد العوض أم لا، وسواء كان المالك راضيا أم لا.

(وفيه) ان فوت المالية غير منافع للملكية، فلا يجوز المسح بدون رضا المالك، وكذا كل مال مغصوب اختلط بحيث لا يعرفه صاحبه ولا غيره، يشكل الحكم بكونه كالتالف (والله العالم).

(مسئلة - ٥ -) لو خرج المغصوب عن صورته النوعية التالفة كما اذا خرج عن الصورة الخلية فهل تبقى المادة على ملك المغصوب منه أم لا؟ فعن القواعد انه استشكل ذلك.

وجه الاستشكل من انه يستصحب الملكية، بناء على ان الموضوع في تعيين صدق المستصحب بنظر العرف لا العقل ولا المأخوذ من لسان الدليل، ومن ان ما هو الموضوع اولا ملك المالك والمفروض انه خرج بصيرورته خمرًا عن هذا العنوان.

ولكن يرد على الثاني ان الموضوع ما هو بالحمل الشائع الصناعي ملك، لا مفهوم الملك.

ويمكن ان يكون نظر القواعد الى ان الخمر بعد ما خرج عن كونه ملك المسلم بحكم الشارع فلا عبرة بالمادة الباقية باعتبار صيرورتها بصورة بصورة الخمر، فبيعد حينئذ ثبوت حق المطالبة شرعا على الغاصب، ومن انها قابلة لان تصير ملكا لمالكها الاول بصيرورتها خلا ثانيا، فانها له حينئذ بلا اشكال.

(مسئلة - ٦ -) هل فرق بين المضمون في فرض التلف وبينه في فرض التعذر وغيره من صور بدل الحيولة ام لا؟ قد يقال بالفرق فانه في الاول ليس للمالك الامتناع من الأخذ، بل للغاصب اجباره عليه ولو بالحكم الشرعي أو أخذ الحاكم من قبله ان امتنع بخلاف الثاني، فانه لا يلزم على المالك قبوله بدل الحيولة بناء على دلالة (على اليد) على الاشتغال.

وهذا الفرق منسوب الى الشيخ الأنصاري قدس سره.

وفيه انه قد مر انها لا تدل الا على ان الغاصب متعهد للمالك مطلقا، سواء كانت العين باقية ام تالفة وحينئذ فلا فرق بين الضمان في صورتين.

وكيف كان فالفرق المذكور محل تأمل واشكال.

نعم يمكن ان يفرق بينهما من حيث لزوم غرامة النماءات المتصلة والمنفصلة التي يستخرج من العين، وكذا غرامة المنافع المستوفاة وغير المستوفاة في الصورة الثانية دون الاولى، فان العين مادامت باقية يعتبر لها

عند العرف المنافع، بخلاف ما إذا كانت تالفة.
(مسئلة - ٧ -) لو تمكن الغاصب من اداء العين المغصوبة، فهل يرجع البديل الى ملك الغاصب بمجرد التمكن او بعد المطالبة او بعد وصول المال الى مالكة؟ وجوه اقواها الاخير لعدم دليل على زوال الملك الا بعد وصول ملكه اليه، فعند الشك يستصحب بقائه واذا تمكن الغاصب على الايصال، فله الزام المالك على (١) الأخذ كما في صورة التلف، له الزامه على اخذ البديل كما مر.
(مسئلة - ٨ -) لو كان البديل - حين تمكن الغاصب من رد العين - معدوما اما حقيقة كما لو تلف او حكما كما لو نقله المغصوب منه بنقل لازم، فهل يرجع ببذله مثلا او قيمة أم لا؟ وجهان.
من ان الملكية للبديل ليست دائمة، هل هي موقته نحو اخذ الوقت قيذا لها نظير ملك الموقوف عليهم العين الموقوفة فيستكشف - بعد الوصول - عدم نفوذ التصرفات المتوقفة عليه، من (٢) حين الوصول، فيضمن المغصوب منه بدل الغرامة التي اخذها من الغاصب من (٣) حين الوصول، أو من حين التلف، او من حين التذمر، أو أعلى القيم بأقسامها على اختلاف الأقوال.
ومن انها مطلقة في هذا الزمان بمعنى اخذ زمان التذمر ظرفا

-
- (١) يعني اخذ عين ماله.
(٢) متعلق بقوله: (يستكشف).
(٣) متعلق بقوله: (بدل الغرامة).

لها لا قيذا فحينئذ يمضى جميع التصرفات مطلقا حتى ما بعد زمان الوصول ايضا.
وبتقريب آخر، هل ما نحن فيه مثل ما اذا انفسخ العقد بخيار، فكما اذا انفسخ العقد وانحل يرجع كل من العوض والمعوض الى صاحبه على ما هو مقتضى الفسخ الذي هو عبارة عن حل العقد، أم لا؟، فعلى الأول يرد البديل، وعلى الثاني لا.
وبتقريب آخر، ان قلنا: ان علة ملكية المغصوب منه البديل هي حيولة الغاصب بين الملك ومالكة، فمقتضى ذلك وجوب رد البديل الى الغاصب بعد رفع الحيولة لزوال المعلول عند زوال العلة وان قلنا: ان الحيولة علة حدوثا لا بقاء لا يجب، فتأمل.
هذا كله في بيان بدل الحيولة وما يتفرع عليها.

تذييل

الغصب هو الاستيلاء على (١) مال الغير عدوانا مطلقا، ولا حاجة الى التقييد بالتصرف كما نسب الى بعض الأفاضل، سواء تعلق بالمنقول او غيره اتفاقا منا خلافا لأبي حنيفة فخصه بالأول جمودا على ظاهر قوله صلى الله عليه وآله: (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) (٢) بتقريب ان يقال: ان الأخذ لا يصدق في غيره.

-
- (١) أو على ما للغير الخ ولعل هذا اعم واشمل كما لا يخفى.
(٢) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٤ و ص ٣٨٩ و ج ٢ ص ٣٤٥، و ج ٣ ص ٢٤٦ و ص ٢٥١، ولاحظ ذبول هذه المواضع أيضا.

(وفيه) ان صدق الأخذ يختلف باختلاف المأخوذات، ففي المنقول، الأخذ يصدق بالأخذ، وفي غيره بمجرد الاستيلاء ولو مع عدم الأخذ باليد، هذا.
مضافا قوله صلى الله عليه وآله: من غصب شبرا من ارض طوقه الله تعالى الى سبع ارضين على عنقه (١).

(١) في حديث المناهي قال: من خان جاره شبرا من الأرض جعله الله طوقا في عنقه من تخوم الأرض السابعة حتى يبقى يوم القيامة مطوقا الا ان يتوب ويرجع، الواسائل ج ١٧ ص ٣٠٩.

فروع متفرعة

على عموم الغصب للمنقول (الأول) لو أخذ متاع الغير بدون إذنه لا بعنوان العدوان، بل لأمر آخر مثل ان يكون غرضه رؤيته مثلا فتلف في يده بتلف سماوي او غيره من دون اتلاف، فهل يصدق مفهوم الغصب عليه ام لا؟ الظاهر الثاني لعدم صدق الاستيلاء على سبيل العدوان فلا يشمل (على اليد الخ) الا ان يقال: كونها أعم من مفهوم الغصب.

(الثاني) لو وقعت عين في يد الغير لكن لا تمامها، بل قدر منها مشاعا، فهل يضمن غير المالك تمامها او لا يضمن شيئا منها او بالنسبة كما نسب الأخير الى الميرزا الرشتي؟ (٢) وجوه اوجهها الثاني لما ذكر من عدم الصدق.

(٢) المراد: هو المحقق الحاج ميرزا حبيب الله الرشتي، المتوفى سنة ١٣١٢ هـ. قدس سره.

(الثالث) لو استولى على دار فعليه ضمانها، ولو استولى على بعضها بحيث لم يكن للمالك التصرف في ذلك البعض الا باذن المستولي ضمن ذلك البعض.

ولو أخذها مسكنا له ولم يمنع المالك عن التصرف فيها بمعنى ان كل واحد منها مستول على تلك الدار، فهل يضمن جميعها او نصفها مثلا، او لا يضمن شيئا منها؟ وجوه ثلاثة.

من صدق المستولي ولو في الجملة عليه.

ومن عدم صدق المستولي بقول مطلق مع عدم صدق الأخذ على الاطلاق أيضا فلا يشمل عموم (على اليد ما أخذت الخ).

ومن انه يصدق عليه انه استولى بالنسبة ويعتبر عند العقلاء استيلائه عليه امارية اليمين للملكية على مالك واحد كما نسب الى الميرزا الرشتي (ره).

لكن (فيه) انه فرق بين المقام وبين ذلك باعتبار ان التصرف شرط في دلالة اليد وأماريتها للملك بخلاف المقام لكفاية مجرد الاستيلاء في صدق الغصب من دون اعتبار التصرف.

وهذا الفرع نظير الفرع الذي ذكره وهو انه اذا غصب اثنان دارا، فهل يضمنها كل واحد بتمامها او مشاعا ولا يتصور هنا عدم الضمان رأسا، لصدق الأخذ.

نعم هنا وجه ثالث ايضا، وهو التفصيل بين كل واحد منهما بحيث لو افرد كان مستقلا في الاستيلاء وعدم كونه كذلك (وبعبارة اخرى) نسب الاستيلاء الى كليهما.

(مسئلة - ١ -) قد عرفت سابقا عموم على اليد للأملك والحقوق، فهل يشمل الاوقاف ايضا ام لا؟ نقول: لو استولى على الوقف، فاما ان يستولي على المنفعة او على العين، وكل منهما اما ان يكون مختصا او عاما.

(وبعبارة اخرى) اما ان يكون الوقف عاما او خاصا.

وفي فرض الاستيلاء على المنفعة اما ان يكون المنفعة ملكا للموقوف عليهم أو لا يكون ملكا لهم، بل لهم الانتفاع بتلك العين من دون ان يكونوا مالكين.

والموقوف عليهم اما ان يكون شخصا أو أشخاصا داخليين تحت عنوان عام كالفقراء والعلماء، أو يكون جهة كالمساجد والمدارس الموقوفة على المسلمين والطلاب، والربط، والخانات على العابرين والنزال.

لا اشكال في ضمان الغاصب في جميع هذه الصور الا صورة واحدة (١)، وذلك لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) فان الأخذ - كما مر - يختلف باختلاف المورد.

والمعنى الجامع بين الكل ان كل ما كان له انتساب وارتباط الى شخص او كلي او جهة يمكن أن يتفق هذه الثلاثة بالانتفاع به، فانتزاع هذه النسبة والارتباط يكون أخذا ومقابله التأدية التي عبارة عن رفع هذا الانتزاع. واما الصورة المستثناة التي اشرنا اليها آنفا فهي ان يكون الشيء وفقا على خاص او عام، او على حجة على نحو الانتفاع لاكون المنفعة ملكا للموقوف عليهم كالمساجد والمدارس ونحوهما مما ذكرنا، ففي كون الغاصب ضامنا للمنفعة الفاتنة او ضامنا للعين في صورة تلفها؟ اشكال.

(١) تأتي عن قريب ان شاء الله تعالى.

فهنا مسنلتان (الاولى) وجه ضمان المنفعة وعدمه، (فمن) انه لا يكون أخذاً لشيء، ولا يمكن ان يؤدي ما غصبه، لان المغصوب هو الانتفاع، فهو اشبه شيء بمزاحمة المالك من التصرف في ملكه، فكما لا يكون ضامنا هناك، فكذا هنا (ومن) ان ما ذكرناه من معنى الأخذ شامل للمقام ايضا، وكيف كان ففيه اشكال وان كان لا يبعد عدم الضمان بالنسبة.

(الثانية) ضمانه للعين اذا اتلفت بأفة سماوية، قال الشهيد قدس سره في الدروس: ولو اثبت يده على رباط او مدرسة على وجه التغلب ومنع المستحق فالظاهر ضمان العين والمنفعة لتنزله منزلة المال (انتهى موضع من كلامه زيد في علو مقامه).

ويمكن ان يستدل لهذا، بحديث ابي الصباح الكناني - المروي في كتاب الديات من الوسائل - عن ابي عبد الله عليه السلام قال: من اضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن (١)، على احد الوجوه الثلاثة المحتملة في هذا الخبر (٢).

هذا كله في السبب الأول من الاسباب الثلاثة التي قلنا في اول بحث الغصب ان اسبابه ثلاثة. واما السببان الآخران - اعني الاتلاف بالمباشرة والاتلاف بالتسبب فنقول ان بينهما وان كان جامع مشترك - اعني الاتلاف - الا ان لكل واحد احكاما تخصه، فالمناسب ذكر كل واحد منهما منفردا فنقول بعون الله تعالى:

(١) الوسائل باب ٨ حديث ٢ من ابواب موجبات الضمان ج ١٩ ص ١٧٩.
(٢) كون الباء للتعدية - كونها للسببية - قرأنا اضر مجهولا.

ان المراد من الاول ايجاد فعل يوجب انعدام مال الآخر سواء اوجده المتلف بنفسه او بتوسط آلات اخر كاللقاء في النار او المسببة او غير ذلك. وسببته مما لا اشكال فيه، بل يمكن ان يعد من ضروريات الفقه عند من كان له شامة لاستشمام الفقه، ولا يحتاج الى ذكر ادلة دالة على ضمان المتلف. ثم ان ما تداول في المحاورات، (من ان من اتلف مال الغير فهو له ضامن) ليس رواية، بل هو عموم ملتقط من الادلة الدالة على الضمان فهذا لا كلام فيه. واما الكلام في بيان المراد من القسم الثاني منها أعني التسبب وان موضوع ضمان المال بالتسبب للتلف ما هو؟.

فنقول: عرف تارة بأنه ما يقصد به وجود ما كان علة للتلف. (واخرى) بأنه ايجاد ما لولاه لما تحقق التلف وان كان سبب التلف شيئا آخر. والمراد بالقصد في قولهم: (ما يقصد) اما القصد الفعلي بمعنى انه اوجده قاصدا به وجود الخ او القصد الشائي بأن كان المعنى انه ايجاد علة التلف بأن اوجد ما يصلح ان يكون علة للتلف. ولكن التأمل في اخبار المسئلة يعطي ان كل فعل كان موجبا لتلف المال كان فاعلة ضامنا، سواء كان موجد قاصدا ذلك ام لا، وسواء كان بواسطة قريبة او بعيدة. فلا بد من نقل الأخبار بعون الملك العلام كي يكشف الحال.

روى الشيخ ابو جعفر الطوسي رحمه الله باسناده عن احمد بن محمد، عن محمد بن عيسى، عن عبد الله بن المغيرة، عن السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليهم السلام، قال: كان علي عليهم السلام لا يضمن ما افسدت البهائم نهارا ويقول: على صاحب الزرع حفظ زرعه وكان يضمن ما افسدت البهائم ليلا (١).

وروى محمد بن يعقوب الكليني (ره)، عن الحسين بن محمد، عن معلي بن محمد، عن علي بن محمد، عن بكر بن صالح، عن محمد بن سليمان، عن غثيم بن اسلم، عن معاوية بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام (في حديث) ان داود عليه السلام ورد عليه رجلان يختصمان في الغنم والكرم، فأوحى الله تعالى الى داود ان اجمع ولدك فمن قضى منهم بهذه القضية، فأصاب فهو وصيك من بعدك فجمع داود ولده، فلما ان قص الخصمان فقال سليمان: يا صاحب الكرم متى دخلت غنم هذا الرجل كرمك؟ فقال: دخلته ليلا، قال: قد قضيت عليك يا صاحب الغنم بأولاد غنمك واصوافها في عامك هذا، فقال داود: كيف لم تقض برقاب الغنم وقد قوم ذلك علماء بني اسرائيل؟! وكان ثمن الكرم قيمة الغنم، فقال سليمان: ان الكرم لم يجنث (٢) من اصله وانما اكل حملة وهو عائد في قابل، فأوحى الله الى داود: ان القضاء في هذه القضية ما قضى به سليمان عليه السلام (٣).

وروى الشيخ (ره) باسناده، عن سهل بن زياد، عن ابن شمعون،

- (١) الوسائل باب ٤٠ حديث ١ من ابواب موجبات الضمان ج ١٩ ص ٢٠٨.
(٢) الجنث بالكسر الأصل... وتجنث ادعى الى غير اصله (القاموس).
(٣) الوسائل باب ٤٠ حديث ٢ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ٢٠٨.

عن الأصم، عن مسمع عن ابي عبد الله عليه السلام، عن امير المؤمنين عليه السلام رفع اليه رجل قتل خنزيرا فضمنه، ورفع اليه رجل كسر بربطا (١) فأبطله (٢).

وباسناده، عن احمد بن محمد، عن محمد بن يحيى، عن غياث بن ابراهيم، عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهما السلام (في حديث) ان عليا عليه السلام ضمن رجلا اصاب خنزيرا لنصراني، ورواه الصدوق (ره) مرسلا وزاد: قيمته (٣).

وروى الكليني (ره)، عن علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال امير المؤمنين عليه السلام: من تطيب او تبيطر فليأخذ البرائة من وليه، والا فهو له ضامن (٤).
وعنه عن ابيه، عن النوفلي، عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أخرج ميزابا أو كثيفا أو اوتد وتدا أو اوثق دابة أو حفر شيئا في طريق المسلمين فأصاب شيئا فعطب فهو له ضامن (٥).

- (١) كجعفر، العود معرب بربط أي صدر الأوز (القاموس) البربط شيء من ملاهي العجم يشبه صدر البطم معرب بربط أي صدر البطم لان الصدر يقال له بالفارسية (بر) والضارب به يضعه على صدره (مجمع البحرين).
(٢) الوسائل باب ٢٦ حديث ١ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٩٦.
(٣) الوسائل باب ٢٦ حديث ٢ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٢٦.
(٤) الوسائل باب ٢٤ حديث ١ من ابواب ديات الأعضاء، ج ١٩ ص ١٩٤.
(٥) الوسائل باب ١١ حديث ١ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٨٢.

وعنه، عن أبيه، عن ابن ابي عمير، عن حماد، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتمر الدابة فتتفر بصاحبها فتعقره؟ فقال: كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه (١).

وروى الشيخ (ره) باسناده، عن احمد بن محمد، عن علي بن النعمان، عن أبي الصباح الكناني قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: من اضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن (٢).
وباسناده، عن ابن ابي نجران، عن مثنى، عن 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 (٣).

وباسناده، عن احمد بن محمد بن خالد، عن عثمان بن عيسى، عن سماعة، قال: سألته عن الرجل يحفر البئر في داره او في أرضه؟ فقال: اما ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان، واما ما حفر في الطريق او في غير ما يملك فهو ضامن لما يسقط فيه (٤).

وروى الكليني (ره)، عن علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن ابن ابي عمير، عن ابن مسكان، عن زرارة وأبي بصير، عن ابي عبد الله عليه السلام

- (١) الوسائل باب ٩ حديث ١ من ابواب موجبات الضمان ج ١٩ ص ١٨١.
(٢) الوسائل باب ٨ حديث ٢ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٧٩.
(٣) الوسائل باب ٨ حديث ١ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٧٩.
(٤) الوسائل باب ٨ حديث ٣ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٨٠.

قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام فاستأجره منه صانع أو غيره؟ قال عليه السلام: ان كان ضيع شيئا أو أبق منه فمواليه ضامنون(١).

وعن عدة من اصحابنا، عن سهل بن زياد، عن ابن أبي نصر، عن داود بن سرحان، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل حمل متاعا على رأسه فأصاب انسانا فمات أو انكسر منه؟ فقال: هو ضامن(٢).
وروى الشيخ باسناده، عن الصفار، عن الحسن بن موسى الخشاب عن غياث، عن اسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام ان عليا عليه السلام كان يضمن الراكب ما وطأت الدابة بيدها ورجليها (أو رجلها - الوسائل) الا ان يعيث بها احد فيكون الضمان على الذي عبث بها(٣).
وهذه الأخبار - كما ترى - يدل كل واحد منها على ضمان الاتلاف بالتسبب بالخصوص، ويدل عليه أيضا عموما شاملة للمقام وللاتلاف بالمباشرة، مثل الأخبار في تبديل الوصية، وان الوصي ضامن لما اوصى اليه ان لم يعمل على طبقها (منها) ما في الوسائل نقلا عن محمد بن علي بن الحسين باسناده، عن الحسن بن محبوب، عن محمد بن مارد، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اوصى الى رجل وأمره ان يعتق عنه نسمة بستمائة درهم من ثلثه فانطلق الوصي فأعطى الستمأة درهم رجلا يحج بها عنه فقال ابو عبد الله عليه السلام: أرى ان يغرّم الوصي

- (١) الوسائل باب ١٢ حديث ١ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٨٣.
(٢) الوسائل باب ١٠ حديث ١ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٨٢.
(٣) الوسائل باب ١٣ حديث ١٠ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٨٦.

ستمائة درهم من ماله ويجعلها فيما اوصى الميت في نسمة.
ورواه الكليني عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، عن ابن محبوب الخ ورواه الشيخ باسناده عن محمد بن علي بن محبوب، عن الحسن بن محبوب، عن أبي أيوب، عن محمد بن مارد(١).
وروى الشيخ (ره) باسناده، عن محمد بن أبي عمير، عن زيد النرسي، عن علي بن مزيد صاحب السابري، قال: اوصى الي رجل بتركته فأمرني ان احج بها عنه فنظرت في ذلك فاذا هي شيء يسير لا يكفي للحج فسألت أبا حنيفة وفقهاء أهل الكوفة، فقالوا تصدق بها عنه (الى ان قال) فلقيت جعفر بن محمد في الحجر فقلت له: رجل مات واوصى الي بتركته ان احج بها عنه فنظرت في ذلك فلم يكف للحج، فسألت من عندنا من الفقهاء فقالوا: تصدق بها، فقال: ما صنعت؟ قلت: تصدقت بها، فقال: ضمنت الا ان لا يكون يبلغ ما يحج به من مكة، فان كان لا يبلغ ما يحج به من مكة فليس عليك ضمان، وان كان يبلغ ما يحج به من مكة فأنت ضامن(٢).
وروى الكليني (ره)، عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، عن محمد بن سنان، عن ابن مسكان، عن ابي سعيد عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سنل عن رجل اوصى بحجة فجعلها وصيه في نسمة؟ فقال: يغرّمها وصيه ويجعلها في حجة كما اوصى به فان الله تبارك وتعالى يقول: فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه(٣).
وعن ابي علي الأشعري، عن محمد بن عبد الجبار، عن صفوان، عن

- (١) الوسائل باب ٣٧ حديث ١ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤١٩.
(٢) الوسائل باب ٣٧ حديث ٢ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤١٩.
(٣) الوسائل باب ٣٧ حديث ٥ من كتاب الوصايا، ج ١٣ ص ٤٢٠.

العلاء بن رزين عن محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور ما توبته؟ قال: يؤدي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله ان كان النصف أو الثلث ان كان شهد هذا وآخر معه.
ورواه الصدوق في عقاب الاعمال عن ابيه عن سعد عن احمد بن ابي عبد الله عن أبيه عن صفوان مثله الا انه قال: ان كان شهد هو وآخر معه أدى النصف(١).

وعن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور ان كان الشيء قائما بعينه رد عليه صاحبه وان لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل(٢).
وكالأخبار الواردة في ضمان الوديعة والعارية في صورة التلف من غير تفريط.

مثل ما رواه الكليني (ره) عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسن قال كتبت الى أبي محمد عليه السلام في رجل دفع الى رجل وديعة (وأمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره)، فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه فوقع عليه السلام: هو ضامن لها (٣).
وروى الصدوق مرسلًا، قال: قال عليه السلام: إذا استعيرت

-
- (١) الوسائل باب ١١ حديث ١ من كتاب الشهادات ج ١٨ ص ٢٣٨.
(٢) الوسائل باب ١١ حديث ٣ من كتاب الشهادات ج ١٨ ص ٢٣٩.
(٣) الوسائل باب ٥ حديث ١ من كتاب الوديعة ج ١٣ ص ٢٢٩.

عارية بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن (١).
وهذه الأخبار – كما ترى – تدل بعمومها على ضمان من كل سبب للإتلاف.
وعلى تقدير الإغماض وعدم الدلالة يكفينا الأخبار الأولى الدالة على ضمان التسبب صريحًا.
وبعد الغاء الخصوصية يستفاد منها ان كل من اتلف مال الغير مباشرة كان او سببًا فهو له ضامن كما اشتهر في السنة الفقهاء.
ومحصل ما يمكن ان يقال في تقرير الإتلاف السببي – بعد ترك ذكر ما عرفوه وما أورد من النقض طردًا وعكسًا – ان من ينسب اليه التلّف اما ان يوجد ما يكون علة لوجود المقتضي للتلف او سببًا كما مثلوا له بحفر البئر كما ذكرناه آنفاً او يرفع ما يكون مانعًا.
(وبعبارة اخرى اوضح) ان التلّ اما ان يستند الى علة التلّف او الى شرط التلّف او الى رفع المانع واي منها كان.
فقد مثل الفقهاء له امثلة (منها) من حفر بئرا في طريق المسلمين فوقع فيها شيء فعطب فهو له ضامن.
ولنذكر اخبار هذه المسئلة وبيان ما يستفاد منها.
(منها) خير ابي الصباح الكنائي، قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: كل من اضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن (٢).
(ومنها) رواية الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته

-
- (١) الوسائل باب ٤ حديث ١ من كتاب العارية، ج ١٣ ص ٢٤٠.
(٢) الوسائل باب ٩ حديث ٢ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٨١.

عن الشيء يوضع على الطريق فتمر الدابة فتتفر بصاحبها فتعقره، فقال: كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه (١).
وهاتان الروايتان تدلان على ضمان خصوص من كان سببًا لتلف المال في طريق المسلمين.
(ومنها) رواية السكوني المتقدمة عن الصادق عن النبي صلى الله عليه وآله، الدالة على ان من كان حفر بئرا في غير ملكه فهو له ضامن (٢).
(ومنها) رواية زرارة المتقدمة الدالة على ان من حفر بئرا في غير ملكه فهو له ضامن سواء حفرها في ملك الغير او في الاراضي المباحة (٣).
(ومنها) مضمرة سماع المتقدمة الدالة على ان من حفر بئرا في الطريق أو في غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيه (٤).
نعم مفهوم الروايتين الأولتين عدم الضمان في غير طريق المسلمين، سواء كان في ملكه او ملك الغير.
فمحصل مجموع الروايات، الضمان اذا حفر بئرا في طريق المسلمين مؤيدا بفتوى الفقهاء جميعا (٥).

- (١) الوسائل باب ٩ حديث ١ من ابواب موجبات الضمان ج ١٩ ص ١٨١.
(٢) الوسائل باب ١١ حديث ١ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٨٢.
(٣) الوسائل باب ٨ حديث ١ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٧٩.
(٤) راجع الوسائل باب ٨ حديث ٣ من ابواب موجبات الضمان ج ١٩ ص ١٨٠.
(٥) يعني ان فتوى الفقهاء بهذا المضمون مؤيدة لصدورها عن المعصومين عليهم السلام، والله العالم.

وعدم الضمان اذا حفر بنرا في الأراضي المباحة، والروايات المذكورة ايضا دالة عليه بعد رفع اليد عن مفهوم الأوليين بسبب منطوق الاخرى، ولا كلام فيه، وانما الكلام فيما اذا حفر بنرا في الأراضي المباحة. مقتضى بعض الروايات الضمان، وبعضها الآخر عدمه. والأولى ان نتعرض لنقل الموارد المنصوصة من الأئمة عليهم السلام والموارد المستنبطة من الفقهاء رضوان الله عليهم ثم نبين ان الاتلاف بالتسبب ما هو؟ ان استفدناه من الأخبار. فنقول: اما الموارد المنصوصة (احدها) لو حفر بنرا او كنيفا او ميزابا فمر عليه احد فزل قدمه فوقع فيه فالحافر ضامن(١).
(ثانيها) لو شهد عند الحاكم فحكم للمدعي ثم رجع الشاهد ضمن شاهد الزور للمدعي عليه(٢).
(ثالثها) لو خرجت دابة فأتلفت شيئا من اموال الغير، فان كان ليلا ضمن صاحب الدابة وان كان نهارا فلا(٣).
(رابعها) لو اتلفت الدابة المركوبة فان كان التلف بيديها ضمن الراكب وان كان برجليها فلا يضمن(٤).

- (١) الوسائل باب ١١ حديث ١ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٨٢.
(٢) راجع الوسائل باب ١١ وباب ١٤ من كتاب الشهادات، ج ١٨ ص ٢٣٨ و ٢٤٢.
(٣) راجع الوسائل باب ٤٠ من ابواب موجبات الضمان ج ١٩ ص ٢٠٨.
(٤) راجع الوسائل باب ١٣ من ابواب موجبات الضمان ج ١٩ ص ١٨٣.

وغيرها من الموارد المنصوصة(١).
ويظهر من تتبع كلمات الفقهاء وموارد النصوص، ان الحكم بالضمان في بعض الموارد وعدم الضمان في بعضها الآخر ليس باعتبار استناد التلف الى شخص اوجد شيئا موجبا لاقتضاء المقتضى اثره بحيث لولا ذلك الشيء لما اثر كما عرفوا السبب بذلك.
(وبعبارة اخرى) ليس الحكم باعتبار صدق الاتلاف وعدم صدقه، والا لما فرق بين الموارد، مع ان النص والفتوى فرقا بينها.
مثلا قد حكم نصا وفتوى بضمان حافر البئر في ملك الغير، وبضمان الكلب بعقر كلبه انسانا بالليل، وبضمان صاحب الدابة ما اتلفته بيدها، سواء كان راكبا او قائدا، او بضمان حافر البئر في طريق المسلمين، بل يمكن ان يقال: في طريق غيرهم أيضا.
وحكم بعدم ضمان حافر البئر في ملكه اذا وقع فيه حيوان او عبد او مال آخر اتفاقا.
وبعدم الضمان ولو في غير ملكه اذا كان فيه مصلحة للمسلمين عموما كما ذهب اليه جماعة.
وبعدم ضمان دية الحر الذي وقع فيه وان كان قد حفرها في طريق المسلمين او ملك الغير.

- (١) راجع الوسائل باب ١٠ ص ١٨٢ وباب ١٢ ص ١٨٣ وباب ١٤ ص ١٨٦ وباب ١٥ ص ١٨٨ وباب ١٦ ص ١٨٨ وباب ١٧ ص ١٨٩ وباب ١٨ ص ١٩٠ وباب ١٩ ص ١٩١ وباب ٢٤ ص ١٩٤ وباب ٢٦ ص ١٩٦ وباب ٢٩ ص ١٩٩ وباب ٣٢ ص ٢٠٢ وباب ٣٦ ص ٢٠٦ وباب ٣٩ ص ٢٠٧ وباب ٤١ ص ٢١٠ وباب ٤٣ ص ٢١١ كل ذلك ج ١٩.

وغير ذلك من الموارد التي حكم فيها بالضمان او حكم بعدم الضمان كعدم ضمان صاحب الدابة اذا اتلفت شيئا برجليها حال السير دون حال الوقوف لزمانه حينئذ ضامن مطلقا مع تساوي استناد التلف في اغلب هذه الموارد او جميعها فيمكن ان يقال حينئذ بدخول التعبد في باب الضمانات، لا لاجل صدق الاتلاف كما قد يؤيده تقسيم الفقهاء اسباب الضمان بكونها ثلاثة اليد، والاتلاف والتسبب فانهم جعلوا التسبب مقابلا للاتلاف لاقيما كما لا يخفى، فالأحسن التأمل في الأخبار الواردة في الموارد المخصوصة.
(منها) رواية زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: رجل حفر بنرا في غير ملكه فمر عليها رجل فوقع فيها؟ فقال عليه السلام: عليه الضمان لان كل من حفر في غير ملكه كان عليه الضمان(١) وتفتيح هذا

الحديث الشريف يتوقف على بيان اقسام حفر البئر في الأراضي على اختلافها وبيان كيفية وقوعه فيها. فنقول بعون الله الملك العلام: الحافر اما ان يحفر بنرا في ملكه (تارة) مع جواز التصرف له فيه (واخرى) مع عدم جوازه كما اذا كان ملكه مرهونا أو مستأجرا أو مشتركا مشاعا. واما ان يحفر في غير ملكه. وغير الملك اما ان يكون ملكا لغيره أو لا. والذي لا يكون ملكا للغير، اما ان يكون من الأراضي المباحة أو من طريق المسلمين أو من الأراضي المفتوحة عنوة التي امرها بيد ولي امر المسلمين بحيث كان جريان امور المسلمين واجرائها بيده بمعنى ان

(١) الوسائل باب ٨ حديث ١ من ابواب موجبات الضمان، ج ١٩ ص ١٧٩.

له ان يصرف منافعتها في اصلاح امر الاسلام والمسلمين. واما ان تكون موقوفة، سواء كان الحافر هو احد الموقوف عليهم أو كان هو الواقف أو الأجنبي. والحفر اما ان يكون عميقا بحيث لو وقع فيها حيوان أو انسان يهلك عادة اولاً. أو غير عميق جدا بحيث لا يهلك عادة ما وقع فيه الا اتفاقا أو يكون متوسطا. والوقوع تارة يكون في الليل المظلم بحيث لو لم يكن مظلماً لما وقع فيها (وبعبارة اخرى) لظلمة الليل دخل في هلاكه أو يكون السقوط مستلزماً لوقوعه فيه بحيث لولا البئر يسقط أيضاً ولكن يترتب على وجود البئر سقوطه فيه لا اصل السقوط.

ونسئل الله التوفيق ان نبين احكامها في ضمن مسائل:

(المسئلة الاولى) لو حفر بنرا في ملكه الذي يجوز التصرف له فيه فليس بضامن نصا وفتوى جزماً مطلقاً. (المسئلة الثانية) لو حفر بنرا في ملكه المشترك، فهل يضمن ما سقط فيه مطلقاً أو لا مطلقاً أو يضمن بالنسبة؟ وجوه:

وجه الأول انه تعدى وتصرف في ملك الغير بدون إذن (وبعبارة اخرى) المستفاد من الروايات الدالة على الضمان بالتسبيب، عدم جواز التعدي والمفروض انه تعدي، فيضمن وخصوص المورد لا يخصصه. ووجه الثاني انه لا يصدق انه حفر بنرا في ملك الغير، فلا يوجب الضمان. ووجه الثالث انه تعدي بالنسبة الى ملك الغير لا بالنسبة الى ملك الغير لا بالنسبة الى ملكه، واقرب الوجوه هو الاول، واوسطها الوسط، واضعفها الأخير.

ومن هنا يتضح الحال في (المسئلة الثالثة) وهي انه اذا حفر بنرا في ملكه المرهون بدون إذن الراهن أو الواقف بناء على بقاء الملك في ملكه الموقوف بالوقف الخاص أو بدون إذن الموقوف عليه، بناء على انتقال الملك اليه بمجرد الوقف، فانه ضامن في تلك الموارد كلها فانه تعدى وتجاوز عن حقه بدون إذن ذي الحق كما لا يخفى.

(المسئلة الرابعة) لو حفر بنرا في الأراضي المباحة، فبناء على ما قلنا من كون المناط التعدي والتصرف بغير إذن المالك، ففي المسئلة حيث ان الاراضي لمجموع المسلمين – كما هو المفروض – فليس له بما هو شخص ان يحدث بنرا لمنافعه الشخصية فمقتضى القاعدة ضمان الحافر الا انا خرجنا عنها للشهرة على عدم الضمان (١).

(المسئلة الخامسة) لو حفر بنرا في الأراضي المفتوحة عنوة فهل هو ضامن لما يقع فيها مطلقاً ام لا؟ وجهان. والقدر الجامع لجميع المسائل المفروضة المتقدمة ان يقال: ان صدق التعدي بان كان بحيث يصدق ان يقال: ليس له ان يفعل كذا يمكن ان يقال بالضمان والا فلا.

(١) هكذا فهمنا من افادات سيدنا الاستاذ الاعظم دام ظله: ويمكن ان يقال: بان الاراضي المباحة حيث تصير ملكا بالحيازة فالحافر بمجرد الحفر يصير مالكا لها بالحيازة، ويمكن ان يكون نظر المشهور ايضا الى هذا، لا الى دليل لم يصل الينا، والله العالم.

تنبيه

كل ما كان عند الناس ان يحفظ فسومح فيه فتلف شيء مستندا تلفه الى تسامحه في الحفظ بحيث لو حفظه لما تلف، فهو له ضامن.

ويتفرع على هذا

انه لو ايج ناراً في ملكه فاشتعل فأحرق شيئا، فقد حكم الشيخ (ره) في المبسوط بضمان الموجع للنار اذا كان زائدا على قدر حاجته مع تموج الهواء بخلاف ما لو كان بقدر حاجته فلا ضمان. وكذا المرسل للماء الى ارضه في ليسقيه فأفسد ملك الغير لتعديه اليه، فان ارسله بقدر الحاجة فلا ضمان، والا فهو ضامن.

ويمكن ان يكون نظره قدس سره الى ان التلف مستند الى العرف في الصورة التي حكم بالضمان، ولكن يشكل الفرق بينهما من حيث انه في صورتين اوجد شيئا استند التلف اليه بحيث لولاه لما يوجد التلف. فالأرجح ان يقال: انه اذا اوجد شيئا لا يكون مقتضيا او بالعكس فهل يكون الموجد لهذا الامر ضامنا مطلقا، او لا مطلقا، او التفصيل بين التلف المترقب غالبا وغيره، او بين كونه في معرض التلف وعدم كونه كذلك، او بين كونه عالما او ظانا بالتصادف وعدم كونه كذلك، او بين كونه عالما او ظانا بعدم التصادف وغيره؟ وجوه.

وعلى الشيخ (ره) صورة عدم الضمان، بأنه سرية من مباح.

وعلى صاحب الجواهر (ره) – بعد نقل قول المحقق كما قاله الشيخ (ره) – بأنه لا خلاف فيه وبالأصل، وبما حكاه في المسالك من ان سببيتها للضمان بالأذن الشرعي بخلاف الصورة الاخرى فانه غير مأذون ثم تنظر الجواهر (ره) فيما حكاه عن المسالك.

اقول: اما الاجماع (١) المدعى او عدم الخلاف فغير حجة على اصولنا، لان الاجماع الذي هو حجة ما كان الحكم المستفاد منه من المسائل الأصلية التي شأنها ان تتلقى من المعصومين عليهم السلام، لا المسائل الاستنباطية وقد اودعها المجتهدون في كتبهم المعدة لامثال هذه الفتاوى المأخوذة من الانمة ولو يدا بيد او اخذت من الاخبار من دون اعمال اجتهاد فحينئذ نستكشف رأي المعصوم عليه السلام ومسنلتنا ليس كذلك. واما (٢) الأذن الشرعي وعدمه، فيمكن القول بعدم مدخليته له كما في خروج الدابة ليلا الذي هو مورد النص، مع جواز فتح مراح الدابة لمالكها.

واما (٣) كون السرية عن مباح، فان كان المراد، المباح الواقعي فلا نسلم انه مباح واقعي وان كان معذورا حتى في صورة الضمان ايضا وان كان المراد انه مباح ظاهري فلا نسلم ان الاباحة الظاهرية موجبة لعدم الضمان، فان النائم اذا اتلف مال الغير في حال نومه، فهو ضامن مع ان فعله مباح ظاهرا.

(١) اشارة الى رد صاحب الجواهر رحمه الله.

(٢) اشارة الى رد صاحب المسالك رحمه الله.

(٣) اشارة الى رد الشيخ ابي جعفر الطوسي رحمه الله.

وربما قيل بالتعارض بين دليل السلطنة ودليل نفي الضرر فيحكم الثاني على الأول بناء على ما قيل في معنى قوله عليه السلام: لا ضرر ولا ضرار (١) ان المراد نفي الاحكام الثابتة للموضوعات بعناوينها الأولية. وفيه (اولا) ان قولهم: الناس مسلطون على اموالهم وانفسهم – كما اشتهر في السنة الفقهاء وعنون في كتبهم – لم نجده في الكتب الحديثية، لا من طريق الخاصة ولا من طريق العامة (٢)، بل هو حكم عقلائي فانهم انتزعوا الملكية من السلطنة فيكون المراد ان الناس مالكون لأموالهم، وعلى تقديره فهو انفاذ حكمهم وامضائه لا تأسيس.

و (ثانيا) لا معارضة بين الدليلين في غالب الموارد التي عدوها من موارد المعارضة التي منها ما نحن فيه.

(١) راجع عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٠ وص ٣٨٣ وج ٢ ص ٧٤ وج ٣ ص ٢١٠، ولاحظ ذبول هذه المواضع ايضا.

(٢) نعم نقله مرسلا عن النبي صلى الله عليه وآله في عوالي اللآلي من دون لفظة (وانفسهم) فراجع العوالي ج ١ ص ٢٢٢ وص ٥٧٤ وج ٢ ص ١٣٨ وج ٣ ص ٢٠٨، وقد ذكر شيخنا المحقق الأنصاري انه لم يثبت لفظة (وانفسهم) ويفهم منه ان اصله في الجملة قد صدر عنه صلى الله عليه وآله (والله العالم).

ويمكن ان يقال: ان صاحب العوالي (ره) قد ذكر في مقدمة كتابه كيفية اسناده وروايته لجميع ما هو ذاكره في ذلك الكتاب ثم ذكر طرق نسبه الى العلامة (ره) ثم ذكر اسناد العلامة الى الشيخ ابي جعفر الطوسي (ره) ثم ذكر اسناد الشيخ الى المعصومين بل الى رسول الله صلى الله عليه وآله فيصير جميع روايات العوالي مسندة، فتأمل.

بيانه ان معنى السلطنة ان المالك مسلط على مال نفسه بمعنى ان له التصرف في كل ما هو له، ومعنى نفي الضرر سلب مال ثابت للغير عنه.

فاذا حفر بنرا يوجب هذا الحفر قلة ماء بئر الغير باعتبار جذب البئر الحادث ماءا يجتمع في ملك الغير على تقدير عدم احداث ذلك البئر فليس له ان يمنعه عن الحفر، لأنه ليس مالكا لمحفوظية الماء الا بعد كونه مالكا لجميع ماله دخل في تلك المحفوظية.

وكذا لو جعل شبكة في ملكه توجب عدم احتفاظ عائلة الغير عن النظر اليها فليس للغير منعه لعين ما ذكرناه. وكذا لو حفر قناتا قرب قناة الغير لكن كان ملكا لنفسه فليس لصاحب القناة منعه كل ذلك لجريان دليل السلطنة دون قاعدة لا ضرر، وذلك لأنه ما سلب شيئا ثابتا للغير، بل هو راجع الى عدم النفع. وأما لو أرسل ماء في ملك الغير كما في ما نحن فيه فلا يجوز له ذلك، لأنه مسلط على ارسال الماء في ملكه فنفس ارسال الماء في ملك الغير تصرف غير جائز فيجزي قاعدة نفي الضرر. نعم في مسئلة حفر البئر او القناة اذا كان موجبا لجذب الماء المجتمع في بئر الغير فعلا فهو مشمول لقاعدة نفي الضرر دون ادلة السلطنة.

وأنت اذا احطت خبرا بما ذكرناه تقدر على دفع التعارض في غالب الموارد التي توهم المعارضة والحال انه بعد التأمل الدقيق والعميق في الفتاوى وتطبيق النصوص عليها تعرف ان الموارد التي حكموا فيها بالضمان اربعة:

(الأول) ايجاد الشخص ما هو سبب للتلف (وبعبارة اخرى) اوجد ما هو تمام العلة للتلف بحسب العادة سواء كان بالمباشرة - كما اذا اخذه من خناقه وخفقه بيده، أو بالآلة كما اذا ضربه بالسيف فقتله او رمى سهما فأصابه فقتله لكن اذا لم تكن الآلة ذات اختيار كالمكره على اتلاف، سواء كانت ذات ارادة وشعور كالحيوانات ام لا.

(الثاني) ايجاد المقتضى للتلف لكن كان تحقق التلف مشروطا بأمر آخر غير اختياري (وبعبارة اخرى) حصول التلف يحتاج الى امر آخر غير اختياري (وبعبارة ثالثة) حصول التلف يحتاج الى أمر آخر وراء ذلك المقتضى. (الثالث) ان يوجد شيئا يكون شرطا لتأثير المقتضى الموجود بفعل الآخر كما اذا حفر بنرا في ملك الغير أو في غير ملكه او نصب ميزابا او كنيفا وامثال ذلك.

(الرابع) ان لا يرفع المانع عن اقتضاء المقتضى تأثيره (وبعبارة اخرى) عدم رفع المانع يوجب تأثير المقتضى (١).

ثم ان الأخبار الواردة في ضمان صاحب الدابة فيما اذا تلفت بيديها او ضمان صاحب البعير المغتلم او تصادم السفينة من قبيل الرابع.

والواردة في ضمان حافر البئر او ناصب الميزاب ونحو ذلك من القسم الثالث.

والواردة في ضمان شاهد الزور لما تلف من الحكم عليه بحكم القاضي، وضمن المستودع والمستعير اذا تجاوزا، من القسم الثالث.

والحكم الذي نقلناه عن الشيخ (ره) في المبسوط من حكمه (ره)

(١) وغير القسم الأول يعد من اسباب الضمان بالتسبب.

بضمان مرسل الماء الموجب للتلف، لعله لانزاع العقلاء الضمان في صورة كون ارسال الماء مترقبا منه السراية الموجبة للتلف.

والتعليل الذي ذكره قدس سره من انه غير ملجأ في صورة القدر الزائد، لعله اشارة الى ما ذكرنا من انه اذا لم يترتب غالبا عند العقلاء التلف.

وقياس المسئلة بققص الطائر حيث انه سيأتي ان شاء الله تعالى ان الفاتح لبابه ضامن للطير ولما أتلف الققص بسقوطه عليه، مع الفارق، فان فيه سببا ملجأ كما علله في كلماته كرازا، بخلاف المقام، فان المفروض انه لا يكون فيه سبب ملجأ.

(مسئلة) لو فتح باب الققص فطار الحيوان الذي كان فيه ضمن الفاتح جزما فهل يضمن الققص لو اضطرب فسقط على الأرض ام لا؟ الأظهر انه يضمن لأنه اوجد ما يكون سببا وكذا الحكم لو تلف شيء بسبب سقوطه على الأرض كأن كان تحت الققص زجاجة او سراج فسقط عليه فاتكسر.

(مسئلة) لو فتح باب الاضطرب فيخرج الدابة ضمنها وما يتلف بسبب خروجها كالمسئلة المتقدمة.

(مسئلة) لو فتح فم قربة فصب ما فيها من المائع كالدهن والديس ونحوهما مما له قيمة، فهو ضامن، وكذا لو لم يصب لجمودته لكنه - بعد اشراق الشمس - صب اذا لم يتوجه مالك القربة الى أوان الصب والا فليس عليه

ضمان لاستناد التلف حينئذ الى نفسه كل ذلك للأخبار الدالة على الضمان باعتبار سببته للتلف.
(مسئلة) لو غرس شجرا في ملكه فسرى اصولها حتى تصل الى ملك الغير وتضرر الغير لذلك، فهل يضمن الغارس ام لا؟ الظاهر عدم الضمان لعدم تعارف حفظ الأشجار بخلاف اغصانها، فانها لو تعدت الى ملك الغير وتضرر يجب عليه قطعها، ولو تلف بسبب سقوط شيء من اغصانها فهو ضامن.
هذا بعض الكلام في أسباب الضمان.

مسئلتان باقيتان - المسئلة الاولى

إذا اجتمع السبب والمباشر فالضمان على المباشر عند الفقهاء الا ان يكون السبب أقوى، وعن كشف اللثام الاجماع عليه، وعن المحقق الأردبيلي: ان هذا الحكم كذلك عقلا ونقلا. اما عقلا، فلأن التلف يستند عند العرف الى المباشر والمفروض ان الثابت من الادلة ثبوت الضمان على من يستند الاتلاف اليه فيمتنع الحكم بضمنان السبب. واما نقلا فكأنه اجماع. وعن الجواهر انه لا خلاف اجده، وعن الميرزا الرشتي رحمه الله انه حكى عن صاحب الرياض القول بضمنانها معا والمالك مخير في الرجوع الى أيهما شاء، لان الشارع جعل الأسباب موجبة للضمنان مطلقا، سواء كانت شرطا لتأثير المقتضى او مقتضيا او رفع مانع، فالغائها بالكلية الغاء لحكم الشارع فمقتضى القاعدة لولا الاجماع ضمنانها معا وتخير المالك في رجوع المباشر على السبب على تقدير رجوع المالك اليه وجهان. ثم قال الميرزا الرشتي رحمه الله (١) ما معناه: ان احتمال كون

(١) بعد المحقق الميرزا حبيب الله الرشتي المتوفى ١٣١٢ هـ.

الضمان الواحد عليهما اشتراكا اقرب من احتمال ضمانيين. وكيف كان فعلم ان في المسئلة أقوالا ثلاثة (احدها) - وهو المشهور، بل ادعي عليه الاجماع كما مر نقله - ضمان المباشر الا اذا كان ضعيفا. (ثانيها) - وهو الذي جعله صاحب الرياض موافقا للقاعدة لولا الاجماع على خلافها وتردد فيه الوحيد البهبهائي في محكي الرياض - ضمانهما معا وتخير المالك. (ثالثها) - وهو الذي احتل الميرزا الرشتي وجعل اقرب مما احتمله الرياض - ضمانهما معا وتخير المالك. والاقوى، الأول، لانا لا نسلم كون الاسباب مطلقا موجبة للضمنان والا يلزم عدم الفرق بين الاسباب البعيدة والقريبة فيلزم صحة تضمين البناء والبائع للجص ومرسل الماء فيما القى شخص شخصا آخر في حوض مملو من الماء فغرق وهلك وليس كذلك بالبداية، بل القدر المسلم في موجبية الاسباب بأقسامها عدم توسيط الارادة الاختيارية من الآخر بين ايجاد السبب وتلف المال كما اذا حفر بئرا فعثر فوقه فيه او وقع فيه شيء بلا مباشرة شخص آخر. بل يمكن ان يقال: لولا الدليل الدال على موجبية الاسباب بأقسامها الثلاثة للضمنان لم نحكم بالضمنان بقاعدة الاتلاف كما لا يخفى، فلا اشكال في مذهب المشهور، ويتفرع عليه فرعان. (الأول) اذا أكرهه على اتلاف مال الغير، فهل الضمان عليهما معا او على المكره بالكسر او على المكره بالفتح؟ وجوه. وجه الأول ان التلف مسبب عن فعلهما أعني اكراه احدهما ومباشرة الآخر، وكل شخص صار سببا لتلف مال فهو له ضامن. (وفيه) أنه ان كان المراد ان كل واحد منهما ضامن مستقلا، والمالك مخير في الرجوع الى أي منهما شاء، فهو غير معقول، لأن الموجود الواحد - أعني التلف - لا يمكن ان يستند الى الموجدين أعني المكره والمكره. وان كان المراد انهما ضامنان بالاشتراك بمعنى ان الضمان عليهما تنصيفا، فهو وان كان ممكنا عقلا وشرعا في بعض الموارد - كما اذا حفر بئرا ونصب آخر سكين فتصادف السكين فوقه في البئر، وكما اذا أخذ اثنان حناق واحد فخنقاه فمات - الا انه فيما اذا تساوى نسبة التلف اليهما في عرض واحد كما مثلنا، بخلاف ما نحن فيه، فان نسبة التلف الى المكره ابعدها عنها الى المكره كما لا يخفى. وتوهم انه ضامن بما هو مكره لا بما هو متلف (مدفوع) بعدم الدليل على الكبرى لعدم الدليل على ان كل مكره ضامن. (وجه الثاني) ان التلف مستند اليه عرفا كما يقال: بنى الأمير مدينة، قال الله تعالى حكاية عن فرعون: يا هامان ابن لي صرحا الآية (١) والمكره وان باشر التلف الا ان ارادته مقهورة في ارادته المكره، ومندكة فيها بحيث لا يترتب عليها أثر. (وجه الثالث) رفع اثر فعل المكره فيما اكره عليه بحديث الرفع بناء على شموله للأحكام الوضعية كما قرر في محله، مضافا الى مباشرته واختياره للفعل لدفع المفسدة عن نفسه. ولا يبعد ان يقال: ان الأوسط وأوسط واشبه بالقواعد، ولكنه بعد محل نظر واشكال.

نعم قد يتوهم تعدد الضمانات هنا كما في الأيادي المتعاقبة على العين، فيمكن كونهما ضامنين. لكنه مدفوع بأنه قياس مع الفارق، فإن العين هناك مضمونة مطلقاً، سواء كانت حال وجودها أم حال عدمها باعتبار أن العلة هي الاستيلاء على مال الغير عدواناً بخلاف ما نحن فيه، فإن العلة هو التلف وهو غير موجود حال وجودها ولا يكون إلا واحداً متأثراً من مؤثر واحد كما لا يخفى وانتظر سماع وجه آخر في المسئلة الآتية لبيان اوسطية الأوساط ان شاء الله كي يرتفع الاشكال.

(الثانية) إذا قدم طعاماً لغيره الى الضيف فأكله، فاما ان يصرح بأنه مال الغير أم لا، فعلى الأول لا اشكال في ضمان الأكل، وعلى الثاني لا اشكال ايضاً في ضمان اليد على المقدم للطعام أعني المضيف. وكذا لا اشكال على القول بضمن الأكل تعييناً او تخييراً في جواز رجوعه على المقدم بالأدلة الدالة على ان المغرور يرجع على الغار.

وانما الاشكال في الضمان الابتدائي هل يتعلق بالمضيف كما في صورة الاكراه حيث تعلق الضمان بالمكره ان قلنا به ام يتعلق بالأصل؟ مقتضى تقديمهم السبب على المباشر في صورة كونه أقوى ضمان المضيف، ولكن كلماتهم حيث يقولون برجوع الأكل على المضيف بما ضمنه خلاف.

ويمكن ان يستشتم من حكم الاكراه وتقديم الطعام من الرواية الواردة في ضمان شاهد الزور ما غرمه المحكوم عليه للمحكوم له (١) في بعض الصور كما اذا تلف المال المحكوم به بتلف قهري بتقريب انه كما كان شهادته سبباً

(١) راجع الوسائل باب ١٠ وباب ١١ وباب ١٤ من كتاب الشهادات ج ١٨ ص ٢٣٨ و ٢٤٣.

للحكم فضمنه الشارع، كذلك اكراهه على التلف كان سبباً لاتلاف المكره.

الا ان يقال: بالفارق بين الضمان هناك والضمان هنا، فان ضمان الشاهد مسبب عن شهادته التي هي سبب للحكم الذي يجب على المحكوم له القبول بخلاف اتلاف المكره، فانه لدفع الضرر عن نفسه.

الا ان يقال: بعدم وجوب تحمل الضرر على المكره فتأمل.

ومما ذكرنا يظهر ما في قياس مسئلة تقديم الطعام على شهادة شاهد الزور من الفرق، فانه لا يجب على المقدم اليه الأكل بخلاف المحكوم له فانه يجب عليه القبول.

الا ان يقال: انه مقهور بغيره، فالأوجه ان يستند في مسئلة الاكراه بما اشرنا اليه آنفاً من حديث الرفع، فان مقتضاه رفع حكم الاتلاف فيضمن المكره فقط حينئذ.

لا يقال: هذا مثبت، لأن عدم ضمان المكره لا يثبت ضمان المكره الا بالأصل المثبت الذي قد قرر في محله عدم حجيته.

لأننا نقول: ليس الحكم بضمن المكره لما ذكرت، بل لأن التلف مستند اليه ايضاً كما يستند الى المكره، فضمنه يرتفع بحديث الرفع ويبقى ضمان المكره على حاله.

المسئلة الثانية من المسئلتين الباقيتين

إذا اجتمع السببان كما إذا وضع شخص حجرا في طريق المسلمين وحفر آخر بنرا في تلك الطريق فعثر من ناحية وضع الحجر فوق في البئر فهلك ففي الضمان مطلقا او عدمه مطلقا أو التفصيل وجوه خمسة:

(أحدها) – وهو المشهور بين الفقهاء – ضمان من كان فعله أسبق تأثيرا في التلف.

(ثانيها) الاشتراك في الضمان، والقائل به معتد به.

(ثالثها) ضمان من كان فعله متأخرا وجودا.

(رابعها) ضمان الأسبق وجودا.

(خامسها) ضمان المتأخر تأثيرا.

وجه الأول (١) ان وضع الحجر مثلا – كما في المثال – سبب للعثرة التي هي سبب للسقوط، فالسقوط مسبب عن وضع الحجر فقط، وهو سبب للضمان فرضا سواء تلف بوقوعه على الأرض او في البئر فوجود البئر لا دخل له في الضمان كما ان وجود الأرض لا دخل له فيه.

(وتوهم) ان الشارع جعل حفر البئر سببا للضمان مطلقا فالحكم بالتشريك فيه متعين (مدفوع) بأننا لا نسلم كون الحفر موجبا للضمان بقول مطلق، بل اذا لم يتوسط فعل شخص بارادته الاختيارية كما في ما نحن فيه والا يلزم ضمان الحافر فيما اذا أوقعه شخص آخر بالاختيار في البئر، ولم يقل به احد.

(وبعبارة اخرى) وضع الحجر سبب للعثرة وما يترتب عليه، ومن جملة ما يترتب التلف بوقوعه فيها.

فالقول (٢) بالتشريك وان يخطر بالبال بدوا الا انه بعد التأمل يظهر انه لا وجه له معتد، فحينئذ لايبعد قوة قول المشهور من ضمان

(١) يعرف في أثناء بيان هذا الوجه سائر الوجوه الأربعة، كما سننبه عليه ان شاء الله.

(٢) الذي هو الوجه الأول من الوجوه الخمسة.

الأسبق (١) تأثيرا.

ولا فرق حينئذ بين وضع الحجر متقدما (٢) على حفر البئر او متأخرا (٣) وان وجه الثاني على ما ذكره الميرزا الرشتي (٤) حكاية عن الفاضل الهندي (٥) قدس سرهما انه لا قائل به واما احتمال (٦) ضمان من كان فعله متأخرا تأثيرا فضعيف جدا لا يعتد به.

(١) الذي هو الوجه الرابع منها.

(٢) الذي هو الوجه الخامس منها.

(٣) الذي هو الوجه الثاني منها.

(٤) هو الميرزا حبيب الله الرشتي المتوفى ١٣١٢ هـ ق.

(٥) هو الشيخ بهاء الدين محمد بن الحسن الاصفهاني – قدس سره – صاحب كشف اللثام المتوفى ١١٣٧ هـ ق. وكان نشوؤه في بدو أمره حال صغره في بلاد الهند ولذا نسب اليها.

(٦) وهو ثالث الاحتمالات الخمسة.

تذويب فيه مسائل

(الأولى) لا اشكال في وجوب الرد على الغاصب، ويكفي دليلا ادلة حرمة الغصب، فكما انه يدل عليها احداثا، فكذا تدل عليها ابقاء فرفع بقاء الغصب يتوقف على الرد مضافا الى دلالة (على اليد الخ)، لان مقتضاها - كما مر مرارا - ان العين باقية على اليد فللمالك المطالبة وهي تستلزم وجوب الرد كما لا يخفى وكيف كان فلا اشكال في اصل الحكم.

انما الكلام فيما يتحقق به الرد، والتحقيق ان يقال: ان الرد معناه ارجاع السلطنة على المالك، فلو غصبه ثم اضاف المغصوب منه فأكل مال نفسه بعنوان الضيافة أو أعاره أو اودعه، فالظاهر عدم تحقق الرد، لعدم تسلط المالك عليه نحو تسلط المالك على أموالهم، نعم لو وضعه في صندوقه - ولو مع عدم توجه المالك - يصدق الرد.

ولو وهبه هبة غير معوضة أو باعه ثم أبرئه من الثمن، فهل يصدق الرد مطلقا أو لا يصدق مطلقا أو التفصيل بين الهبة اللازمة كما اذا كانت لذى رحم والبيع الخياري، ومن غيرها؟ وجوه اقربها الأول لصدق الرد بنظر العرف وكون المالك مسلطا عليه مادام لم يرجع الواهب أو البائع.

(الثانية) لو استولى المالك على ماله باعتقاد الغصب، فهل يرتفع الضمان من الغاصب، لأن التأدية - كما مر - عبارة عن ايجاد ما يوجب تسلط المالك على ملكه وقد حصل وليس يعتبر فيه القصد، ولذا فرع عليه في القواعد مالمو قدم طعاما الى المالك للأكل فباعه المالك، انه يرتفع الضمان لما ذكرنا من معنى التأدية وانها عبارة عن ايجاد ما يوجب تسلط المالك على ملكه وقد حصل، أم (1) لا يرتفع، لان تسلطه عليه متزلزل بنظره والمعتبر في التأدية تسلطه على نحو الاستقلال غير متزلزل بنظره بحيث يقلبه كيف ما شاء نحو تصرف المالك في املاكهم؟ وجهان، لا يبعد ترجيح الأول، لأن التأدية امر واقعي أعني وصول المال الى مالكه بأي نحو كان.

(الثالثة) لو اعاره الغاصب عارية مضمونة، فعن جماعة ارتفاع الضمان باعتبار ان المالك حينئذ ضامن للغاصب وهو ضامن له فيتقاصن لكنه مشكل، لان ضمان المالك ليس بواقعي بخلاف ضمان الغاصب، مضافا

(1) عطف على قوله: فهل يرتفع الضمان.

الى ان ضمانه ماله نفسه للغير غير معقول فيرجع الى صدق التأدية وهو مشكل بنظر العرف، فيشكل ارتفاع الضمان بذلك.

ثم هل يكون وجوب الرد مطلقا ام مقيدا بعدم الضرر على الغاصب نفسا او مالا، او على الغير كذلك فالمسائل ثلاث:

(الأولى) لو استدخل المغصوب في الجدار فهل للمالك انتزاعه مطلقا.

(الثانية) جواز الانتزاع اذا لم يستلزم الضرر على الغير.

(الثالثة) جوازه كذلك لو لم يستلزم الضرر على النفس.

اما الأولى فهل للمالك انتزاعها ولو كان موجبا للضرر على الغاصب ام لا؟ فعن الميزرا الرشتي (1) رحمه الله وجوه ثلاثة (أحدها) وجوب الرد مطلقا، لان الغاصب اقدم بنفسه على الضرر، ولقول امير المؤمنين عليه السلام: الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها، وعن السيد الرضي - كما في الوسائل -: ويروي هذا الكلام عن النبي صلى الله عليه وآله (2) (ثانيها) عدم وجوبه تحكيما لقاعدة الضرر على جميع الأحكام التي من جملتها وجوب الرد على الغاصب.

(ثالثها) ملاحظة اقوى الضررين، ضرر المالك وضرر الغاصب.

ثم رد رحمه الله الأول بأن الاقدام يوجب ذلك اذا كان قد اقدم على نفس عنوان الضرر كالاقدام على البيع الغرري المشتمل على الغبن مع علمه بانه غبن واما الاقدام على شيء قد يتفق وينطبق على الضرر - كما نحن فيه - فلا يوجب وليس في اية ولا رواية لفظ الاقدام كي يتوخذ

(1) وهو الميزرا حبيب الله الرشتي المتوفى 1312 هـ ق.

(2) الوسائل باب 1 حديث 5 من كتاب الغصب، ج 17 ص 309.

باطلاقه، فالقدر المتيقن ما ذكرنا، واما الحديث فلم نفهم ما اريد منه انتهى ما نقلناه عن الميزرا الرشتي (ره) معنى.

أقول: قد تقدم ان معنى الضرر سلب الملك عينا او منفعة عن الغير (وبعبارة اخرى) هو سلب المالية وقيام

الجدار باللبنة المغصوبة ليس حقا ولا ملكا ولا منفعة للغاصب كي يكون رفعه ضررا عليه، نعم لو لم يطالبه المالك كان نفعاً له فلو طالبه سلب عنه النفع، لا انه اورد عليه الضرر، نعم انتزاع المالك يكون موجبا لتلف مال الغير او نفسه ولو من الغاصب لا يجب ادائه مع مطالبة المالك من حيث ان حفظ مال الغير او النفس واجب لا من حيث انه ضرر كما لا يخفى.

نعم لا دخل للحديث فيما نحن بصدده، فانه تشبيهه بمعنى ان ما غصبه الغاصب واستدخله في جداره قد ينجر الى الخراب، فكأنه مالك للتخريب والحجر المغصوب رهن على هذا الملك.

ثم انه هل يجب على الغاصب رد المغصوب ولو لم يطالبه المالك؟ الظاهر ذلك، وما ذكرنا سابقا من ان الغصب مستتبع لاستحقاق المطالبة للمالك المستتبعه لوجوب الرد على رد الغاصب على المالك، لا ينافي ما نقول هنا لان ذلك في مقام توضيح (على اليد الخ) وتشريحها.

ومما ذكرنا من كيفية الرد تعرف حال المسئلة الثانية، وهي لزوم الضرر على الغير بذلك. والمسئلة الثالثة، وهي لزوم الضرر على النفس مطلقا.

فصل في الطوارئ ٤

إذا تغير العين المغصوبة، فاما ان يكون تغيرها بالزيادة، او النقصان وكل واحد منهما اما بالقيمة او العين او الوصف، واما بالمزج بالأردى او الأجوذ، أو المساوي فهنا مسائل (١):
(الاولى) لو نقص قيمته السوقية، فعن العلامة (ره) الاجماع على عدم ضمان هذا النقص الا عن أبي ثور (أو (٢) عن أبي حنيفة) من العامة، لأن (٣) ضمان القيمة متأخر من ضمان العين، فمادامت باقية لاتكون مضمونة بالقيمة ابدأ، وقاعدة اليد لا تدل على ازيد من ضمان نفس العين، لان المأخوذ هو العين والمالية التالفة فرضية لم تكن موجودة قط للمالك، الا على تقدير بيعها.
نعم لو قلنا: ان الدليل على الضمان قاعدة الضرر، يمكن ان يقال بالضمان.
لكن فيه - مضافا الى عدم كونها دليلا انه ممنوع أيضا فانه ليس ضرر، الذي هو عبارة - كما تقدم - عن سلب المالية عن الغير، والقيمة السوقية المفروضة ليست مالا للمغصوب منه كما لا يخفى على المتأمل.
(وتوهم) ان الدليل (٤) كما يدل على ضمان العين، يدل على

- (١) لقد أفاده سيدنا الأستاذ الأكبر قدس سره الشريف تسع مسائل وفقنا الله لأداء بعض حقوقه، ولعل البواقي مندرجة فيها.
- (٢) التردد مني.
- (٣) علة كونه مجمعا عليه.
- (٤) وهو قاعدة اليد.

ضمان الأوصاف الحقيقية والاعتبارية، وكون العين قيمتها كذا مثلا، من الأوصاف الاعتبارية فيضمنها الغاصب - كما يظهر هذا التوهم من بعض (١) الأعاظم قدس سره.
(مدفوع) بأن رواج القيمة السوقية وزيادة رغبات الناس فيها باختلاف الأحوال والأزمان، ليس من الأوصاف كما لا يخفى.
(واحتمال) ان النقص هنا كالنقص في صورة التلف، فكما هو مضمون على القول بلزوم اعلى القيم، فكذا هنا (مدفوع) بالفرق، فان ذلك في صورة التلف مع عدم كونها مثلية والمفروض بقائها على ما هي عليه.
وقياس المسئلة بالمنافع التالفة لكونها مضمونة مطلقا (٢)، قياس مع الفارق فان المنافع عند اعتبار العقلاء من متعلقات العين فهي مضمونة بالتبع، بخلاف الفرض الذي هو عدم النقصان من العين.
(فان قلت): قد افتى بعضهم بضمان الدرهم المغصوب اذا اسقطه السلطان عن الرواج بالدرهم الراج المتجدد وما هذا الا باعتبار نقصان القيمة، والا فالعين موجودة.
(قلت): نعم روى رواية في باب بيع الصرف من التجارة دالة على لزوم رد المستقرض ما هو الثابت في ذمة المقترض.
مثل ما رواه محمد بن يعقوب الكليني (ره)، عن علي بن ابراهيم، عن محمد بن عيسى، عن يونس، قال: كتبت الى الرضا عليه السلام: لي على رجل ثلاثة آلاف درهم وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام وليست تنفق اليوم فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها او ما ينفق اليوم

- (١) لم أذكر من المراد من هذا البعض.
- (٢) سواء كانت مستوفاة أم غير مستوفاة منه قدس سره.

بين الناس؟ قال: فكتب الي: لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيه ما ينفق بين الناس (١).
الا انها - مضافا الى كونها معارضة - لما رواه الشيخ باسناده، عن محمد بن الحسن الصفار، عن محمد بن عيسى، عن يونس، قال: كتبت الى أبي الحسن الرضا عليه السلام انه كان لي على رجل عشرة دراهم وان السلطان اسقط تلك الدراهم وجانت دراهم (بدرهم خ ل) أعلى من تلك الدراهم الاولى ولها اليوم وضبعة فأني شيء لي عليه، الاولى التي اسقطها السلطان ام الدراهم التي أجازها السلطان؟ فكتب: لك الدراهم الاولى (٢).
وباسناده، عنه ايضا، عن محمد بن عبد الجبار، عن العباس بن صفوان، قال: سأله معاوية بن سعيد، عن رجل استقرض دراهم عن رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت فلا يبيع بها شيء لأصحاب الدراهم، الدراهم الاولى او الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال: لأصحاب الدراهم، الدراهم الاولى (٣) غير (٤) ما نحن فيه فان

المفروض فيها كون ما على الرجل كليا، وكون الدايم الاولى قد تلفت والمفروض في المقام بقائها بعينها. وكيف كان فالأظهر(٥) عدم لزوم تفاوت القيمة السوقية على تقدير

-
- (١) الوسائل باب ١٠ حديث ١ من ابواب الصرف، ج ١٢ ص ٤٨٧.
(٢) الوسائل باب ١٠ حديث ٢ من ابواب الصرف، ج ١٢ ص ٢٨٨.
(٣) الوسائل باب ٢٠ حديث ٤ من ابواب الصرف، ج ١٢ ص ٢٨٨.
(٤) خبر لقوله: الا انها الخ.
(٥) بل لا اشكال فيه اصلا منه قدس سره.

النقصان من قبلها (الثانية) لو نقص جزء من المغصوب، فاما ان يكون له في الشرع مقدار أو لا، وعلى التقديرين اما ان يكون بفعل الغاصب او غيره، فان كان له في الشرع مقدر ويكون نقصان الجزء بفعل الغاصب فعليه رد المقدر مع رد العين كما اذا جنى على العبد المغصوب وأخرج احد عينيه او كليهما يلزم على الغاصب رد نصف القيمة(١) او تمامها(٢)، وكما اذا غصب عبدا فجعله خصيا فعليه رد العبد مع رد تمام القيمة الذي قدره الشرع لحناية الاتيين.

وان كان نقصان الجزء بفعل الغير، فربما يزيد قيمته على قيمة فاقداهما فالأظهر كونه كالأول في ضمانه تمام القيمة، لان المفهوم من ادلة الجنایات كون القيمة المقدره شرعا قيمة لهما مطلقا (وبعبارة اخرى) جعل الشارع لهذه الأجزاء مثلا هذه المقدرات(٣).

فعلى تقديره كذلك فلا يشكل بأن المتيقن من ضمان الغاصب فيما اذا كان التغير موجبا لنقصان المالية لا مطلقا فانه يدفع بأته كذلك اذا لم يقدر له في الشرع مقدر كما اذا فرض انه غصب جارية سميئة على غير المتعارف فهزلت ووصلت الى حد المتعارف فانه ليس ضامنا لما فات منها من السمن.
(الثالثة) لو نقص وصفا فهو ضامن له فيقوم واجدا له وفاقدا فيؤخذ بالتفاوت مع رد العين.

-
- (١) في الأول منه (قده).
(٢) في الثاني منه (قده).
(٣) يمكن ان يقال ان المقدرات بحذاء الجنایات حكم تعدي لا انها قيمة لها مطلقا، كيفما تلفت.

وكذا لو مرضت العين عند الغاصب يضمن وصف الصحة على الظاهر لأن لها عند العرف قيمة، فلو عاد السمن أو وصف الصحة في الفرض، فهل يضمن ايضا ما فاته من السمن او الصحة اولا؟ فعن العلامة في التذكرة ضمانه في الأول دون الثاني لأن السمن الحادث قد حدث في ملك المغصوب منه وهو نماء متجدد هبة من الله تعالى شأنه وما فقد عند الغاصب فهو مضمون عليه بخلاف الثاني، فان وصف الصحة ليست تالفة بعد عودها بنظر العرف.

ويمكن ان يقال بعدم الفرق بينهما، بل اما ضامن مطلقا او ليس بضامن مطلقا، وكذا لو غصب حبا فزرعه فنمائه لمالك الحب قطعا وهل يجب عليه الأداء لقيمة الحب فيه ايضا؟ وجهان، وكذا لو غصب عبدا كاتباً فرده غير كاتب، فيه ايضا وجهان.

والأولى ان يقال في هذه الموارد: كل ما يصدق عليه التأدية للمغصوب بعينه ولو بالمسامحة العرفية، لا يلزم عليه غرامة التالف كما في مسئلة تلف وصف الصحة ومسئلة الكتابة اذا نسيها وكما لا يصدق عليه ذلك يلزم عليه ذلك - كما في مسئلة زوال السمن ومسئلة زرع الحب، ومسئلة نسيان الكتابة رأسا ثم تعلمها ثانيا فانه لا يصدق عليه انه ادى ما هو المأخوذ كما لا يخفى على المتأمل.

ولا فرق في صورة عدم الصدق بين كون الصفة الثانية ممكنة الاجتماع مع الاولى الزائلة أم لا، ولا بين كونها موجبة لزيادة القيمة بالنسبة الى كونها فاقدة لها وواجدة لاولى او لنقصها، أم كانت مساوية، فان الغاصب في جميع ذلك ضامن للصفة المفقودة.

فتفصيل(١) الجواهر بينها - حيث انه بعد كلام المحقق (ره) وحكمه بأن

(١) مبتدأ خبره قوله: في غير محله.

الصفة الحادثة ان كانت عين الاولى لم يضمن الفاتنة لانها انجبرت بالثانية، وبعد حكمه بضمان تفاوت النقصان الحاصل بزوال الاولى قال: بل لعل الامر كذلك فيما اذا لم يكن العائد عين الأول كالمسمن الذي تعقبه هزال ثم السمن على وجه عادت القيمة بالسمن الأول بحيث لو لوحظ الأول والحادث لم يبلغ القيمة المزبورة (انتهى موضع الحاجة من كلامه زيد في علو مقامه).

في غير محله فان الحادث انما حدث في ملكه المغضوب منه والتالف قد استقر عليه بزوال الاولى بمقتضى اليد فلا وجه للقول بكون الثانية جائزة للاولى..

(ان قلت): كيف يحكم بضمان الغاصب مثل الحنطة مع انها حين صيرورتها قابلة لان تصير زرعاً، تكون ذا قيمة عند العرف (قلت): على هذا التقدير نحكم بلزوم تفاوت ما بين كونه حنطة وبين كونه كذلك فتأمل.
(الرابعة) لو غصب حبا فزرعه او بيضا فاستفرخه، فعن الشيخ رحمه الله في كتاب الغصب من المبسوط والخلاف، الحكم بكون الزرع والفرخ ملكا للغاصب ويلزم عليه المثل في الأول، والقيمة ان قلنا انه قيمي، والا فالمثل في الثاني.

وعن السيد المرتضى (رضوان الله عليه) في الناصريات، بل عن المشهور، الحكم بكونهما للمغضوب منه، بل عن الشيخ رحمه الله أيضا في كتاب العارية من المبسوط والغصب من النهاية ذلك.
ويمكن استكشاف نص من نهاية الشيخ (ره) لكونها موضوعة – كما به صرح هو بنفسه في اول المبسوط – لوضع متون ما وصل اليه من اخبار الأنمة عليهم السلام التي كانت مورد وثوق له بنظره، بخلاف المبسوط والخلاف فان الاول وضع – زاندا على المنصوص – لذكر التفريعات المستفادة من النصوص، والثاني لنقل المسائل الخلافية بيننا وبين العامة.

وكيف كان فالقول الثاني – كما قال في الشرايع – اشبه بأصول المذهب وقواعدهم لان كلا من الزرع والفرخ يكون نماء لملك المغضوب منه بنظر العرف (ودعوى) صيرورة الحب او البيض معدومة، والزرع والفرخ قد حدثا في ملك الغاصب (مجازفة) لا تسمع.

(الخامسة) لو غصب عصيرا فصار خمرا ثم صارت خلا، فعن المشهور كون الخل ملكا للمغضوب منه.
وفي الجواهر: ان تم اجماع على ذلك والا يمكن الخدشة فيه بأن العصير بعد صيرورته خمرا قد خرج عن ملكه شرعا ولا دليل على كون الخل ملكا له.

ويمكن ان يوجه المشهور من بقاء الملك على ملك المغضوب منه بأحد الأمرين (احدهما) الحكم ببقاء الأولوية (١) – كما اشار اليه في الجواهر أيضا – بعد زوال الملكية.

لكن يمكن ان يناقش فيه ايضا بأن الأولوية اما أن تكون في عرض الملكية بحيث يكون هناك شينان (أحدهما) الملكية (ثانيهما) الأولوية، فاذا زالت الاولى بقيت الثانية، لكن لا دليل على ذلك، واما أن

(١) وهذا ايضا على وجهين (الأول) ان يقال بعد صيرورته خلا يرجع ملكا قهرا للمالك من دن تملك من المالك (الثاني) ذلك بعد قصد التملك كما في حق التحجير والأول أظهر.

تكون (١) حادثة بعد زوال الملكية لكن لا دليل على هذا الحدوث، والاصل عدمه اللهم الا ان يقال: يكفي فيه عدم رد الشارع بعد فرض كونها باقية عند العرف.

(وثانيهما) (٢) ان يقال: ان المادة في الحالات الثلاثة باقية على ملك المغضوب منه غاية الامر حين كونه متصورة بصورة الخمرية لا يمكن الانتفاع بها شرعا.

(السادسة) لو مزجت العين بأخرى، سواء كان المزج باختيار الغاصب او بغير اختياره، فهل يضمن رد المثل او القيمة – كما عن ابن ادريس في السرائر – لان العهدة على الغاصب فعليه ان يردها كما غصبها عينا ووصفا وشخصا، فلو لم يقبل المالك الشركة يكون اللازم عليه رد المثل او القيمة.

(وتوهم) حصول الشركة القهرية بالامتزاج كما هو القاعدة في الامتزاج في سائر الموارد (مدفوع) بأن هذا فيما اذا لم يكن الممتزجان او احدهما في عهدة شخص كما في المقام لا مطلقا فلا يبعد قوة قول ابن ادريس

(ره).

وان ابيت ان تقبله فلا بد من بيان اقسام الشركة كي يتضح لك الحال.
فنقول – بعون الملك العلام – ان الشركة تحصل بأسباب (الأول) بالارث يدل عليه الآيات الدالة على تقسيم
الشركة بالكسر المشاع كالثلث والرابع والسادس والثلثمائة وغيرها، بل في بعض الآيات، التصريح

(١) عطف على قوله: اما أن تكون في عرض الملكية.

(٢) عطف على قوله: احدهما الحكم الخ.

بكونهم شركاء، مثل قوله تعالى: فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث (١) الآية.
(الثاني) بالعقد يدل عليه الروايات المودعة في كتب الفريقين من زمن النبي صلى الله عليه وآله والأنمة عليهم
السلام الدالة على مفروغية ذلك عند الاصحاب بحيث يسئلون عن بعض فروعهم وكذا العمومات الدالة على
وجوب الوفاء بالعقد – مضافا الى الاجماع في الجملة على ذلك.
(الثالث) بالمزج والخلط بحيث لا يميز الاجزاء حقيقة وواقعا كمزج المانعات لامثل الحبوب اذا حيزت.
ويدل عليه اجماع المسلمين من الفريقين في الجملة.
(الرابع) الاعطاء بمعنى انه يعطي ما في ذمته للاثنتين اذا كان مديونا لاثنتين وادى دينه لهما يحصل الشركة
للاثنتين بالنسبة الى هذا المعطي.
ومن جملة اسباب الشركة – وان كان لم يذكره الفقهاء – المضاربة فانها تجارة متقومة بشينين، المال، والعمل
بحيث يكون له وحدة حقيقية فيحصل الشركة في الربح لا انها معاوضة بنصف اجرة عمله مع نصف ربح ماله
كما لا يخفى بعد التأمل، وكذا المزارعة والمساقاة على الظاهر.
والمراد بكونها سببا للشركة ان نسخها لا يكون من نسخ المعاوضات لا ان كل عقد متقوم بامور متعددة يكون
بعضها من واحد وبعضها الآخر من الآخر يكون شركة، بل لأجل ان الدليل دل على صحة هذه المعاملات
الموجبة للشركة كما ان النكاح الدائم ايضا مع كونه من العقود لا يكون من نسخ المعاوضات

(١) النساء ١١.

وكذا بعض افراد الصلح بل الظاهر كونهما اعني النكاح والصلح من نسخ ايجاد الزوجية والتسالم ولذا لا يعتبر
في تحققهما العوض.

بقي هنا كلام

وهو انه ما الوجه في افراد الفقهاء ذكر العقد بكونه موجبا للشركة مع انه مشروط بالامتزاج عندهم - كما استشكله صاحب الحدائق - بأن الفقهاء يعتبرون في حصولها امتزاج المالكين مع انه تحصل الشركة من دون عقد ايضا، فالعقد غير مؤثر في حصولها.

واجيب عنه - كما في الجواهر (ره) - بأن الامتزاج موجب لحصول الشركة الظاهرية والعقد موجب للواقعية فتأثير العقد كون المال بتمام اجزائه مشتركا مشاعا.

والذي يقتضيه التدبير في كلماتهم من العامة والخاصة، المتقدمين منهم والمتأخرين ان افراد الخاصة ذكر عقد الشركة مستقلا انما هو في مقابل سائر العقود كان تبعا للعامة، وبيانه يحتاج الى نقل اقوال العامة في الجملة ثم الخاصة كذلك.

فنقول: ذهب ابو حنيفة الى حصول الشركة، بمجرد قول اشركني ونحوه مطلقا، سواء كان المالك حاضرين عند المشتركين ام لا، حصل الامتزاج ام لا، ما يعين كانا ام جامدين.

وذهب مالك الى اشتراط كون المال تحت يد المالكين فلو كانا غائبين لم يحصل الشركة. ولكن ذهب الامامية - وتبعهم الشافعي - الى اشتراط الامتزاج بحيث لا يتميز ولما كانت العامة متقدمين في تصنيف كتبهم الفقهية الفرعية وان كانت الخاصة متقدمين في تأليف كتبهم الاصولية التي اخذوا متونها من الأئمة الاطهار سيما من الصادقين عليهما السلام، وقد عقد العامة في كتبهم (كتاب الشركة) وجعلوه في عداد العقود، ووافقهم (١) الامامية في ترتيب التصنيف، والامامية ايضا عقدوا ذلك مستقلا وان لم تكن واقعا كذلك الا انهم ردا عليهم قد عدوها ليظهروا مذهبهم الحق ونبهوا على ان مجرد عقد الشركة بما هو لا يكون سببا لحصولهم بل يشترط امتزاج المالكين ايضا.

واما ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله، فجابيه ما اجابه هو بنفسه من كونه مخالفا لكلماتهم (٢). نعم يقع الاشكال المذكور في الحدائق على بعض المتأخرين فانه جعل عقد الشركة سببا او جزء سبب لحصولها فان التردد بين جعلها سببا تاما او جزء السبب يدل على استقلال عقد الشركة في حصولها، ولا يرد هذا الاشكال على القدماء حيث لم يعبروا بذلك، وكيف كان فيدل على حصولها بالمزج او الامتزاج تسالم الفقهاء من الخاصة رضوان الله عليهم اجمعين، ان شاء الله تعالى، بل العامة على حصولها في الجملة وان احتمل بعض متأخري المتأخرين كصاحب الكفاية الاستشكال فيما اذا كان الممتزجان غير مانعين حيث انهما بحسب الواقع باقيا على ملك كل واحد من المالكين فحصولها يحتاج الى العقد.

(١) جواب لقوله: لما كانت العامة الخ.

(٢) كلمات اصحابنا الامامية.

لكن الدليل يعمه وغيره ويؤيده رواية اسحاق بن عمار الواردة في بيع الاثواب التي يكون بين مالكيتهما تنازع في تعيين ما لكل منهما فأمر عليه السلام ببيعها وقسمة الثمن اخماسا ثلاثة اخماس لصاحب الثلاثين وخمسين لصاحب العشرين فروى محمد بن علي بن الحسين باسناده، عن الحسين بن ابي العلاء، عن اسحاق بن عمار قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب وآخر عشرين درهما في ثوب فبعث الثوبين ولم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه؟ قال: يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن والآخر خمسي الثمن، قلت: فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيهما شئت قال: قد انصفه (١) وباسناده، عن عبد الله بن المغيرة، عن غير واحد من اصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما: الدرهمان لي وقال الآخر: هما بيني وبينك؟ فقال: اما الذي قال: هما بيني وبينك فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له وانه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما (٢) وباسناده عن السكوني عن الصادق، عن ابيه عليهما السلام في رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر دينارا فضاع دينار منهما قال عليه السلام: يعطى صاحب الدينارين دينارا ويقسم الآخر بينهما نصفين (٣).

فظهر بهذا كله ان الشركة تحصل بمطلق الامتزاج سواء كان المالكان مانعين او جامدين.

(١) الوسائل باب ١١ حديث ١ من كتاب الصلح، ج ١٣ ص ١٧٠.

(٢) الوسائل باب ٩ حديث ١ من كتاب الصلح، ج ١٣ ص ١٦٩.

(٣) الوسائل باب ١٢ حديث ١ من كتاب الصلح، ج ١٣ ص ١٧١.

نعم يمكن ان يقال في الصورة الثانية: لا تحصل الشركة الحقيقية بمعنى كون المالكين على نحو الاشاعة بينهما، بل تكون بحكم الشركة - كما نقلناه عن الجواهر، - والدليل لا يدل على ازيد من هذا. وكيف كان فالمالان المختلطان اما ان يكونا من جنس واحد او لا، وكل منهما اما ان يكونا مانعين او لا، والاول اما ان يختلط بالمتساويين وصفا او بالمختلفين جودة وردانة. والذي يناسب المقام هو التكلم في المانعين، فان كانا متساويين في الجنس والصفة والقيمة، فالشركة بحسب الكمية والمالية، وان كانا مختلفين فيها فهل يكون بحسب الكمية حيث ان كل واحد مالك المن من الخل مثلا، فلا وجه لانتقاله الى القيمة. (وفيه) انه يلزم حينئذ ان يملك احد المالكين منا ونصفا والآخر نصف من، ولا وجه لنقل عين مال احدهما الى الآخر.

اللهم الا ان يقال: ان ما نحن فيه نظير مسئلة الثوب المبيع بالبيع الخياري ثم فسح ذو الخيار فانهم يقولون بحصول الشركة المالية باعتبار اكتساب الثوب وصفا لم يكن لها قبل، ففي المقام ايضا حصل للردى نزع جودة بواسطة اختلاط الجيد معه، فالشركة تكون حينئذ مالية فتأمل، فالظاهر هو الثاني هذا بعض الكلام في الشركة. فنلرجع الى ما نحن فيه فنقول: ان امتزج المغصوب فاما ان يمتزج بجنسه او بغير جنسه وان كان الامتزج بجنسه، فاما بالمساوي او الأردى او الأجود. يحتمل ان يقال بحصول الشركة بالامتزج مطلقا كما عن المبسوط ثم استقرب لزوم اداء الغاصب من العين الممتزجة.

ويحتمل عدم حصول الشركة مطلقا.

ويحتمل التفصيل بين الامتزج بالجنس وبينه بغيره، فالشركة في الأول دون الثاني.

ويحتمل التفصيل في الامتزج بغير الجنس ايضا بأنه ان امتزج بالمساوي او الأجود فالشركة، وان امتزج بالأردى فلا.

وفي الشرائع نقل القولين ولم يرجح احدهما على الآخر.

وفي مقام اداء الغاصب حق المغصوب يحتمل كون الاختيار اليه لكونه مديونا وتعيين الدين بيده.

ويحتمل كونه بيد المغصوب منه لأن بعض امواله موجود بعينه فعلا فله المطالبة بعين ماله كما لو غصب صاعين من الزيت فتلف احدهما فليس للغاصب ادانتهما من غير المبيع المفروض وجود بعضه، نعم في الصاع التالف له ان يؤدي مثله.

وحيثم عدم اختيار لو احد منها وكون التعيين الى الحاكم لو تنازعا.

والاحسن في المسئلة ان يقال: انه اذا غصب صاعا من زيت من زيد، وصاعا منه من عمرو وكان قيمة كل واحد منهما درهما فخلطهما الغاصب او اختلطا، لا اشكال في حصول الشركة وكون التقسيم موكولا الى زيد وعمرو دون الغاصب.

وكذا لو كان قيمة احدهما درهما وقيمة الآخر درهمين.

وكذا لو غصب صاعا من دهن من احدهما وصاعا من الدبس من الآخر.

الا ان في الأخيرين يحتمل الشركة بنسبة المالية او بنسبة الكمية للوجه الذي تقدم (١) مع التأمل فيه (٢). فحينئذ لو طالب المغصوب منه من الغاصب العين المغصوبة فهل يكون له الامتناع الا من اخذ مثل ماله مطلقا، او لا يكون له ذلك مطلقا او التفصيل بين امتزج مال كل واحد بجنسه وغيره بعدم الجواز في الاول دون الثاني، او التفصيل بين الامتزج بالمساوي والأجود وبينه بالأردى؟ وجوه أربعة:

وجه الاول كون الشركة نقضا بالنسبة الى المالية، فله المطالبة بمثل ماله وهو العين المشخصة.

(واحتمال) ان كون المال على ذمته فرع تلفه والمفروض عدمه فيتوجه الثاني (مدفوع) بما مر من ان

المستفاد من قوله عليه السلام: (على اليد الخ) كون عهدة المال عليه، سواء كان حال وجوده ام حال تلفه.

كما ان احتمال الفرق باعتبار الاختلاف في الجنس حيث انه حينئذ مثل ماله بخلاف ماله كان المغصوب موافقا للمدفع بخلافه (مدفوع) ايضا بما ذكرناه من الشركة بذاتها نقص، فله المطالبة بمثل ماله.

ومن هنا اندفع توهم الفرق في التفصيل الآخر فأقوى الوجوه هو الأول.

ولو غصب المال فخلطه او اختط بماله بأحد الوجوه الأربعة، لا يكون اداء الغاصب معينا، فلا يجب على المالك القبول.

(ان قلت) في فرض اختلاطه بالمساوي يلزم على المالك القبول، لان المدفوع مركب من ماله ومال الغاصب فهو أقرب الى صدق الأداء الذي

(١) بقولنا: وان كانا مختلفين فيها الخ.
(٢) بقولنا: وفيه انه يلزم الخ.

عبر به في حديث على اليد واقرب الى الخروج عن العهدة، من الاداء بما كان مثله.
(قلت): نعم ولكن حيث ان اداء المال المشترك بينه وبين الغاصب للتعويض ومتضمن له فلذا اشترط رضاها
معا.

واما احتمال ان المال يخرج عن ملكه بالاختلاط ويلزم على المالك قبول ما عينه الغاصب فمخدوش من وجوه
تعلم بعد التأمل فيما ذكرناه.

(السابعة) لو زاد المغضوب بفعل الغاصب كانت الزيادة للمالك، فلو تلفت فعليه غرامتها.
وهل للمالك اجباره على ازالتها ولو كان موجبا للضرر على الغاصب؟ الظاهر الأول، لتسلط الناس على
أموالهم، ولقاعدة اليد حيث انها تقتضي جواز المطالبة على ما كانت عليه من الهيئته.

نعم بعد الأمر بالازالة لم يكن الغاصب ضامنا لهذه الزيادة حينئذ، ولكن لو نقصت العين بذلك كان له المطالبة
بالارش، والفرق بين نقص الصفة ونقص العين حيث ان الغاصب ضامن للأولى دون الثانية، هو ان الصفة
المزالة عين متعلق أمره بالازالة بخلاف الثانية فانه لم يأمره بتنقيص العين، بل أمره برد العين كما كانت.

(وتوهم) ان ازالة الصفة قد تلازم نقص العين، فلو طالب العين - كما كانت - لزم مطالبة غير المقذور
(مدفوع) بأنه لاينافي الاختيار ولو بترك الغصب فعلم انه ضامن لنقص الصفة كما ذهب اليه الشيخ وتبعه
المحقق في الشرائع والعلامة في التحرير والشهيد في الدروس على ما في الجواهر.

قال في القواعد - على ما حكى عنه في الجواهر-: ولو صاغ النقرة حليا ردها كذلك فلو كسر ضمن الصنعة
وان كانت من جهته وللمالك اجباره على ردها نقرة ولايضمن ارش الصنعة ويضمن ما نقص من قيمة اصل
النقرة بالكسر ونحوه المحكي عن التحرير والدروس وغيرهما (١) (انتهى ما عن الجواهر (ره)).

فالتحقيق ان يقال: ان الزيادة اما ان تكون عرضا او عينا، والأول اما ان لا يكون بحذائها في الخارج شيء
كقصارة الثوب وخباطته او صياغة النقرة، واما يكون بحذائها شيء فيه.

لا اشكال في كون الهيئته الحاصلة فيه بفعل الغاصب يكون ملكا للمغضوب منه وله الزام الغاصب بازالتها، فلو
نقصت العين بعد الازالة ضمن الغاصب الارش.

فهل تكون الزيادة في الصورة الثانية ايضا ملكا له حيث ان الصبغ الذي صرفه في هذا العين قد تلف، وعمله لا
احترام فيه، او لا يكون له ملكا له بل هو باق على ملك الغاصب باعتبار ان العرف يراه باقيا لا تالفا؟ وجهان.
وعلى الثاني تكون العين المغضوبة بنسبة كونها مشتركة بينه وبين الغاصب تالفة فعليه دركه.

وهل للغاصب انتزاع الصبغ ام لا؟ الظاهر لا، لانه تصرف في ملك الغير بدون اذنه.
واما القسم الثالث أعني الزيادة العينية كأن يجعله مغرسا او

(١) راجع ايضا الفوائد في حل اشكالات القواعد لولده فخر المحققين ج ٢ ص ١٨٦ المطبوع سنة ١٣٨٨ هـ ق - طبع قم.

مزرعا او اساسا لبناء ونحوه، فالظاهر ان على الغاصب قلعه وله الزامه على الغاصب فلو نقص الأرض
المغضوبة حينئذ يضمن النقص، ولو نقص المقلوع او المزروع او البناء، لا يضمن المغضوب منه، كل ذلك
لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: (على اليد ما اخذت الخ) (١) وقوله صلى الله عليه وآله: ليس لعرق ظالم
حق (٢).

(الثامنة) لو غصب ارضا فحمل ترابها الى مكان آخر او حفر بنرا في الارض المغضوبة فللمالك الزامه برده
اليها، لدلالة (على اليد) عليه.

وهل للغاصب رده او طمها بدون اذنه؟ فصل العلامة في التذكرة بين ان يكون له غرض فجوزه، وان لا يكون له
ذلك، فاستقرب عدم الجواز، والظاهر انه لا وجه لهذا التفصيل.

(وتوجيهه) بان قوله صلى الله عليه وآله (على اليد الخ) يدل على لزوم اعادة العين على مالكة كذلك فيدل على
لزوم اعادة الهيئته مقدمة لردها كما كانت فيتوقف ردها كذلك على جواز الاعادة، بل على وجوبها على وجه

(مدفوع) بالفرق بين التصرف لرد العين والتصرف لرد التراب، فان الأول لوجوب الاستخلاص الذي هو عين
حرمة الغصب بقاء بخلاف الثاني، فانه تصرف آخر في ملك الغير بغير اذنه فلا يجوز.

مضافا الى ان التوجيه لا يتحقق معه التفصيل المذكور في التذكرة.

(١) عوالي اللالي ج ١ ص ٢٢٤ و ص ٣٨٩ و ج ٢ ص ٣٤٥، و ج ٣ ص ٢٤٦ و ص ٢٥١ و لاحظ ذبول هذه المواضع ايضا.
(٢) عوالي اللالي ج ٢ ص ٢٥٧ و لاحظ ذيله والوسائل باب ٣ حديث ١ من كتاب الغصب ج ١٧ ص ٣١١، وقوله عليه السلام لعرق ظالم بالاضافة أو بالتنونين.

قال في كتاب الغصب منها: اذا غصب ارضا او نقل التراب عن وجهها كان للمالك اجباره برده ومطالبته بنقله الى الارض كما كان مبسوطا على الارض ان كان التراب باقيا، فلو تلف او انمحق لهبوب الرياح او السيول الجارية اجبر على رد مثله اليه ويجب عليه اعادة وصفه وهيئته كما كانت في انبساط او ارتفاع، وان لم يطالبه المغصوب منه بالرد، نظر ان كان له فيه غرض بان دخل الارض نقص وكان ذلك النقص يرتفع بالرد ويندفع عنه الارش او كان قد نقل التراب الى ملكه فأراد تفريغه او الى ملك غيره او شارع يحذر من التعسير فيه الضمان، فله الاستقلال بالرد وان لم يكن شيء من ذلك بل نقله الى موات او من احد طرفي الأرض المغصوبة الى الآخر، فان منعه المالك من الرد لم يردده وان لم يمنعه، فالأقرب ان الغاصب يفتقر الى اذن المالك (انتهى موضع الحاجة من كلامه زيد في علو مقامه).

(التاسعة) لو غصب صاعين من زيت قيمتها اربعة دراهم فأغلاهما، فان نقص العين والقيمة ضمنهما وان نقص الأول دون الثاني ضمن بقدر نقصانه ورد الباقي ولو كان زاد قيمته لانه زيادة حصلت في ملك المغصوب منه، وان نقص الثاني دون الأول رد العين وضمن بقدر الناقص وان لم ينقص شيء منهما لم يكن عليه شيء. ولو غصب عصيرا فأغلاها فبناء على مذهب العامة من عدم الحرمة بالغليان، قال الشيخ في المبسوط ما مضمونه ومحصله: لا يضمن لو نقص العصير كما دون قيمة فان الحلوة التي باعتبارها تزيد القيمة وتنقص، باقية على حالها، وما نقص وذهب بالغليان هو المادة المائية التي لا قيمة لها.

وذهب العلامة الى عدم الفرق بينه وبين المسئلة السابقة في الضمان وكذا لو غصب عنبا فصار زبيبا يضمن ما نقص من العنب، نعم يحتمل هنا الضمان بالقيمة، فان الماء الذي قد ذهب ليس له مثل كما احتمله صاحب الجواهر (ره)، وهو احتمال حسن كما ان قول (١) العلامة رحمه الله ايضا حسن، نعم لو غصب لبنا فصيره جبنا يحتمل قويا ان يقال بعدم الضمان لو لم ينقص قيمته.

واما (٢) بناء على مذهب الخاصة من القول بالحرمة بالغليان قبل ذهاب الثلثين فنسب الى العلامة (ره) القول بوجود رد ما بقي مع ضمان الثلثين للمغصوب منه، سواء زاد قيمة الباقي عن الأول ام لا، فان الزائد نماء ملك المالك.

(١) في التذكرة: لو غصب عصيرا فأغلاه فنقصت منه دون قيمته مثل ان كان صاعين قيمتهما اربعة دراهم فلما اغلاه عاد الى صاع قيمته اربعة دراهم، قال الشيخ (ره): لا يضمن الغاصب، الناقص من العين هنا لانه مجرد مانية رطوبة لاقية لها، وللشافعية وجهان (احدهما) انه يضمن ما نقص من العين كالزيت لانه مضمون بالمثل والثاني انه لا يغرم شيئا لانه اذا اغلاه نقصت المائية التي فيه وصار ربا ولهذا يتخن ويزيد حلوته فالذي نقص منه لاقية له، بخلاف الزيت فانه لامانية فيه فالذاهب منه زيت له قيمة بخلاف العصير فان حلوته باقية والذاهب منه ليس الا المائي والرطوبة التي لا قيمة لها، والوجه عندي انه لا فرق في الضمان بين الزيت والعصير لان الذاهب في الزيت ايضا الرطوبة المائية خاصة، الا ان مانيته اقل قاله بعض الشافعية (انتهى).
(٢) عطف على قوله: فبناء على مذهب العامة (ولا تغفل).

قال العلامة عليه الرحمة في كتاب غصب التذكرة: ما هذا لفظه: لو غصب عصيرا فأغلاه حرم عندنا وصار نجسا لا يحل ولا يظهر الا اذا ذهب ثلثاه بالغليان، فلو رده الغاصب قبل ذهاب ثلثيه وجب عليه غرامة الثلثين والوجه انه يضمن ايضا غرامة الخسارة على العمل فيه الى ان يذهب كمال الثلثين لانه رده معيبا ويحتاج مع زوال العيب الى خسارة والعين من فعله وكانت الخسارة عليه (انتهى كلامه زيد في علو مقامه).

(مسئلة - ١ -) فوائد المغصوب مضمونة مطلقا، سواء كانت مستوفاة ام لا.
اما المستوفاة فلصحيحة ابي ولاد (١) المتقدمة الدالة على ضمان المتعدي عن الحد المأذون فيه.
واما غير المستوفاة، فعن العلامة (ره)، الضمان فيها ايضا قال في غصب التذكرة: منافع الأموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات (الى ان قال): عند علماننا اجمع وبه قال الشافعي واحمد بن حنبل (الى ان قال): وقال مالك: لا تضمن بالفوات وانما تضمن بالتفويت والاستعمال (٢) (انتهى موضع الحاجة من كلامه زيد في علو مقامه).

واسشكله شيخنا المحقق الأنصاري (ره) في مسئلة ضمان منافع العين المبتاعة من كتاب البيع حيث قال: لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع امولا حقيقية، بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان الا ان يندرج في

عموم (على اليد ما أخذت) ولا اشكال في عدم شمول

- (١) راجع الوسائل باب ٧ حديث ١ من كتاب الغصب، ج ١٧ ص ٣١٣.
(٢) التذكرة ج ٢ - البحث الثالث في المنافع.

الموصول للمنافع، وحصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ (ودعوى) انه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الاعيان مشكلة، واما احترام مال المسلم، فانما يقتضي عدم حل التصرف فيه واتلافه بلا عوض وانا يتحقق ذلك في الاستيفاء فالحكم بعدم الضمان مطلقا كما عن الايضاح او مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر، موافق للأصل السليم (انتهى موضع الحاجة من كلامه زيد في علو مقامه). لكن لا يخفى انه لا شبهة في شمول اليد للمنافع والأعيان كليهما ولذا يضمن مال الاجارة للموَجَر اذا استأجر عينا فلم يستوف المنفعة حتى انقضى الاجل كما صرح به في التذكرة، قال: فلو غصب عبدا او جارية او ثوبا او عقارا او حيوانا مملوكا ضمن منفعه، سواء أتلفها بان استعمالها او فاتت تحت يده بان بقيت في يده مدة ولا يستعملها عند علمنا اجمع (انتهى) فتدبر جيدا.

كما ان قوله عليه السلام: رفع عن امتي تسعة (الى ان قال): وما لا يعملون (١) دلالة على رفع جميع الآثار فافهم.

وحينئذ فلو كان للمغصوب منافع متعددة، فاما ان يمكن الانتفاع بجميعها في آن واحد او لا يمكن ذلك، وعلى الثاني اما لا تكون المنفعة الواحدة الممكنة الانتفاع متساوية اجرة مع سائر منفعه ام تكون كذلك. اما الاولى - اعني صورة تعدد المنافع الممكنة الانتفاع - فيضمن الغاصب جميعها ولا اشكال في ذلك ولا كلام. واما الثانية - اعني صورة تعدد المنافع الغير الممكنة الانتفاع -

- (١) الوسائل باب ٣٧ حديث ٢ من ابواب قواطع الصلاة ج ٤ ص ١٢٨٤.

فهل يضمن ما هو اعلى اجرة ام ادى ام اوسط ام يرجع الى العرف في استئجار العبد الموصوف بذلك كما احتمله صاحب الجواهر؟ وجوه، لكن الأخير يرجع الى الاول، لان العرف يستأجر العبد الموصوف بأن له منافع ثلاثة مثلا كالخياطة والحياكة والكتابة، اكثر مما يستأجره في فرض كونه فاقدًا لأحدهما او لاثنتين منهما. والاحتمال الثاني ايضا لا دليل عليه الا اصالة البرائة بالنسبة المألوفة وهي موقوفة على عدم دلالة على ازيد من ذلك.

والاحتمال الثالث لا بد ان يقال: انه مقتضى العدل والانصاف وهو موقوف ايضا على عدم كون الاول مقتضى الدليل والا فلا يكون خلاف العدل.

فالأقوى حينئذ الاول بمقتضى قاعدة اليد الا ان يكون في نظر العرف في غاية الشذوذ فينزل على المتعارف من اجرة صنعة تكون أعلى.

واما الثالثة - اعني صورة وحدة المنفعة على سبيل البديل طولاً - فلا اشكال ايضا في ضمان المنفعة الواحدة، وانما الكلام في انه اذا امكن استيفاء المنفعة في مدة بعشرة دراهم وفي مدة اخرى اكثر منها بعشرين درهما، وفي ثالثة اكثر منهما بثلاثين درهما مثلا فان استوفاهما على النحو الثالث، يكون ضامنا بما استوفاه، وان لم يكن استوفى الثاني او الثالث مثلا بلاستوفى الاول او لم يستوف اصلا، فهل يكون ضامنا للأول او الثاني او الثالث؟ والأوسط اوسط ان كان متعارفا اجرتة والا فيقدر المتعارف دون ما يمكن ان يستوفي منه.

(مسئلة - ٢) - لو غصب عبدا فقتله او قتله الغير فالمالك مخير في الرجوع الى الغاصب او القاتل فان رجع الى الغاصب فعليه اداء الدية ويرجع الى القاتل، وان رجع الى القاتل فلا رجوع له على الغاصب ولا كلام فيه في الجملة.

وانما الكلام في ان ديبته بمقدار قيمته الا ان تكون رائدا على ذية الحر أم لا؟ نسب الى الشيخ الطوسي قدس سره الأول وانه ادعى اجماع الفرقة واخبارهم ونسب الثاني الى ابن ادریس والعلامة رحمهما الله وجماعة من المتأخرين كالشهيدين والمحقق الثاني في جامع المقاصد.

ويمكن ان يحتج للأول بأمرين (احدهما) اطلاق الاخبار الواردة في تقدير دية العبد، مثل ما رواه في الكافي مسندا الى الحلبي - وهو عبيد الله بن علي الحلبي - عن ابي عبد الله عليه السلام قال: اذا قتل الحر العبد غرم قيمته وادب، قيل: فان كانت قيمته عشرين الف درهم؟ قال: لا يجاوز بقيمته دية الأحرار (١).

وما في الكافي والتهذيب مسندا عن عبد الله بن مسكان، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: دية العبد قيمته فان كان نفيسا فافصل قيمته عشرة آلاف درهم ولا تجاوز به دية الحر (٢).

وما في الكافي مسندا عن الحسن بن صالح، عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل حر قتل عبدا قيمته عشرون الف درهم؟ فقال: لا يجوز ان يجاوز بقيمة عبد اكثر من دية حر (٣).

(الثاني) دعوى الشيخ (ره) اجماع الفرقة واخبارهم، ومراده من اجماع الفرقة دعوى الرواية عن الأئمة عليهم السلام ايضا فيمكن ان لا يصل

- (١) الوسائل باب ٦ حديث ٣ من ابواب ديات النفس، ج ١٩ ص ١٥٢.
(٢) الوسائل باب ٦ حديث ٢ من ابواب ديات النفس، ج ١٩ ص ١٥٢.
(٣) الوسائل باب ٦ حديث ٥ من ابواب ديات النفس، ج ١٩ ص ١٥٣.

الينا ما وصل اليه من الجوامع الأولية حيث كان في زمنه مكتبة في بغداد جامعة، لأكثر ما صدر عنهم عليهم السلام فوق التشاجر والتنازع بينهم وبين الخاصة فخرى بها واحرقوا بعض الكتب الموجودة فيها. ولعل نظر المحقق في الشرائع الى ذلك حيث لم يجزم بالفتوى، بل قال: ولو قيل كان الزاند (أي دية الحر عليه) (اي الغاصب) كان حسنا، لكن المتأخرين عنه جزموا وحكموا - على طبق القاعدة - بضمانه بمقدار مالية العبد كاننا ما كان.

ويمكن ان يجاب عن الأول بأن الأخبار لا تدل الا على ان دية العبد لا تتجاوز عن دية الحر كي لا يلزم اشرفيته عليه ولم يكن له اطلاق يشمل فرض الغصب ايضا. والحاصل ان الحكم بلزوم القيمة وتعينها بالقدر المعلوم من حيث القتل لا ينافي لزوم اكثر من القدر المعلوم من حيث الغصب بقاعدة اليد فلا استبعاد في ذلك. واما دعوى الشيخ (ره) اجماع الفرقة واخبارهم، فيمكن ان يكون نظره الى الأخبار التي قدمناها او نظيرها في الاطلاق لا ان هنا أخبارا في خصوص الغصب، فتحسين المحقق مع فتوى من تأخر عنه من المحققين من المتأخرين بلزوم قيمة العبد ولو كان زاندا عن الغصب، لا يخلو عن قوة، فتأمل جيدا.

ولو جنى على بعض اطراف العبد، فاما ان يكون له مقدر أم لا، فعلى الأول، على الجاني نسبة ما قدر في الشرع لاطراف الحد من قيمة العبد الا ان يزيد دية الحر فيرد اليها، وعلى الثاني ففيه الحكومة بمعنى ان يجعل العبد اصلا والحر فرعاً، فيقدر مثلا هذا المجني عبدا واجدا لهذا العضو المفقود فعلا، وواجدا له تقديرا فيقدر بقدره.

هذا بعض الكلام في الغصب وأحكامه (١).

نسأل الله تعالى ان لانكون من الغاصبين لأحكامه في ايامه تم بالخير والسعادة تقرير هذا البحث ليلة الأربعاء السابعة من رجب الأصعب، سنة ستة وستين وثلاثمائة بعد الألف من الهجرة النبوية وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين المعصومين المظلومين، ولعنة الله على اعدائهم أجمعين من الآن الى قيام يوم الدين والحمد لله أولا وآخرا وظاهرا وباطنا، اللهم اغفر وأعل درجة سيدي الاستاذ قدس الله نفسه، واغفر لمقرري بحثه، واجعلني منهم، آمين يارب العالمين

علي بناه الاشتهاردي - قم المقدسة

(١) الى هنا افاد سيدنا الاستاذ الأكبر الآية العظمى المرجع الديني العام الحاج آقا حسين البروجردي قدس سره.