

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



جَامِعُ الْمِلَّةِ

فِي شَرْحِ الْمُخْتَصَرِ السَّافِعِ

تَأَلَّفَ

الْفَقِيهُ الْبَارِعُ

السَّيِّدُ أَحْمَدُ الْمَوْسَوِيُّ الْخَوَاسْتَرِيُّ قَاهِرَةُ

الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ١٤٠٥ هـ

الْجُزْءُ السَّادِسُ

تَحْقِيقُ

مُحَمَّدُ بَاقِرُ مَلِكِيَّانَ

مُرَاجَعَةُ

مَرْكَزُ الشَّيْخِ الطُّوسِيِّ قَاهِرَةُ لِلدِّرَاسَاتِ وَالتَّحْقِيقِ



الكتبة العباسية المقدسة

قسم الشؤون الفكرية والثقافية / شعبة المكتبة
كربلاء، المقدسة/ ص.ب. (٢٢٢) / هاتف: ٢٢٢٦٠٠، داخلي: ٢٥١

www.alkafeel.net
library@alkafeel.net
tahqiq@alkafeel.net

الموسوي الخوانساري، احمد يوسف حسن، 1309-1405 هجري، مؤلف .

جامع المدارك في شرح المختصر النافع. الجزء السادس / للورع التقي والعلامة الفقيه آية الله السيد احمد الخوانساري؛ تحقيق محمد باقر ملكيان؛ مراجعة مركز الشيخ الطوسي قدس سره للدراسات والتحقيق.
- الطبعة الأولى. - كربلاء، العراق: مكتبة ودار مخطوطات العتبة العباسية المقدسة، مركز الشيخ الطوسي قدس سره للدراسات والتحقيق، ١٤٤٤ هـ. = ٢٠٢٢.

مجلد ٢٤؛ سم

يتضمن ارجاعات بليو جرافية.

١. المحقق الحلي، جعفر بن الحسن بن يحيى، 602-676 هجري. المختصر النافع. ٢. الفقه الجعفري.
أ. ملكيان، محمد باقر، محقق. ب. العتبة العباسية المقدسة. قسم الشؤون الفكرية والثقافية. مركز الشيخ الطوسي للدراسات والتحقيق، مصحح. ج. العنوان.

LCC: KBP370.M84 A3726 2022

مركز الفهرسة ونظم المعلومات التابع لمكتبة ودار مخطوطات العتبة العباسية المقدسة

فهرسة أثناء النشر



المؤلف: السيد أحمد الخوانساري.

مراجعة: مركز الشيخ الطوسي للدراسات والتحقيق.

الناشر: مكتبة ودار مخطوطات العتبة العباسية المقدسة.

الطبعة: دار الكفيل / كربلاء المقدسة - العراق

التاريخ: ٢٠ ربيع الأول ١٤٤٤ هـ - ١٧ / ١٠ / ٢٠٢٢ م.

الكتاب: جامع المدارك / ج ٦.

تحقيق: الشيخ محمد باقر ملكيان.

الإخراج الفني: علي محمد أسد الله.

الطبعة: الأولى.

عدد النسخ: ٥٠٠.

كتاب الرهن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين.

(كتاب الرهن)

(وأركانه أربعة:)

[الركن] (الأول: في الرهن).

(وهو وثيقة لدين المرتهن، ولا بد فيه من الإيجاب والقبول، وهل يشترط الإقباض؟ الأظهر نعم).

الرهن لغة الثبوت والدوام^(١)، ومنه نعمة راهنة، أي ثابتة دائمة، وقد
يتعدى بالهمزة، فيقال: أرهنته إذا جعلته ثابتاً، ويكون الرهن بمعنى
الحبس^(٢)، يقال: رهنت المتاع بالدين، أي حبسته به، قال الله: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا
كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾^(٣).

ولا يخفى أنّ الحبس بمجرد لا يوجب تعلّق حقّ للمرتهن سوى حقّ
الاحتباس بحيث يوجب حقّ استنقاذ دينه من العين المرهونة بحيث يقدّم
دينه على سائر الديون مع قصور المال عن الديون.

(١) الصحاح: ٢١٢٨/٥؛ معجم مقاييس اللغة: ٤٥٢/٢.

(٢) تحرير الأحكام: ٢٠١/١.

(٣) المدّثر: ٣٨.

لزوم الإيجاب والقبول في الرهن

وظاهر المتن لزوم الإيجاب والقبول اللفظيين والظاهر تحقق الرهن بالمعاطاة كالبيع، وقد يستشكل بأنّ بناء الرهن على اللزوم من طرف الراهن، ولا لزوم مع المعاطاة كما ذكر في البيع^(١).

ويمكن أن يقال: [أولاً] لا نسلم عدم اللزوم من جهة المعاطاة، والإجماع غير محقق كما ذكر في كتاب البيع.

وثانياً: لا نسلم عدم صحّة الرهن بدون اللزوم، فلو شرط في ضمن عقد لازم رهن عين بنحو شرط النتيجة مع تعلّق الخيار بالعقد، فالظاهر صحّة الرهن بنظر الفقهاء وإن كان محلّ الإشكال مع أنّه إذا فسخ العقد من جهة الخيار، فلا يبقى الرهن.

اشتراط القبض في الرهن

وأما اشتراط القبض، فالظاهر عدم الإشكال فيه، لموثقة محمد بن قيس: «لا رهن إلّا مقبوضاً»^(٢)، المعتزدة بها رواه العياشي عن محمد بن عيسى، عن الباقر عليه السلام^(٣) كذلك، وظاهرها نفي الصحّة بدون القبض.

وأما قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٤)، فيستشكل في دلالته على لزوم القبض في الصحّة من جهة قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ

(١) كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري): ١٥٤/٥.

(٢) تهذيب الأحكام: ١٧٦/٧، ح ٣٦، باب الرهون؛ وسائل الشيعة: ٣٨٣/١٨، أبواب كتاب الرهن، ب ٣، ح ١. والتعبير عنه بالموثّق للحسن بن محمد بن سماعة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤.

(٣) تفسير العياشي: ١٥٦/١؛ وسائل الشيعة: ٣٨٣/١٨، أبواب كتاب الرهن، ب ٣، ح ٢. والرواية مرسلة.

(٤) البقرة: ٢٨٣.

رَجَّالِ الْكُفْرِ^(١)، الآية، حيث إنه لا يلزم الاستشهاد، ووحدة السياق تمنع الحمل على لزوم، ولعل التعبير في المتن بالإقباض من جهة لزوم كون القبض بإذنه، والإقباض مساوق مع القبض بإذن الراهن.

وقد يستدل للزوم كون القبض بإذن الراهن بقاعدة السلطنة، وعدم حلّية المال إلّا عن طيب نفس المالك حيث إنّ العين المرهونة بعد لم تصر مرهونة من جهة أنّها قبل القبض باقية باختيار الراهن، فصيورتها بدون إذن الراهن في القبض مرهونة خلاف قاعدة السلطنة، وقاعدة عدم الحلّية إلّا عن طيب النفس، ولا مجال للتمسك بما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد، لأنّه مقيّد بالقاعدتين.

ويمكن أن يقال: بعد الفراق عن إطلاق دليل اعتبار القبض بحيث يشمل صورة تحقّق القبض بدون الإذن غاية ما يستفاد من القاعدتين اختيار الراهن بمجرد تحقّق الإيجاب والقبول رفع اليد عن الإرهان حيث إنّ العين لم تصر بعد محبوس ومتعلّقة لحق المرتهن كرفع اليد عن الإيجاب في مثل البيع قبل تحقّق القبول، أو رفع اليد عن العقد قبل قبض الثمن في السلم، ومثل هذا لا يوجب مدخلية إذنه في القبض المصحّح للرهن.

وإن كان إذنه دخيلاً في الحكم التكليفي ولكن كلامنا في الحكم الوضعي فكما أنّه في السلم لا حاجة إلى الإذن في تسليم المشتري الثمن إلى البائع، وإن كان للبائع رفع اليد عن العقد قبل تسليم الثمن، لعدم حصول الملكية بعد، فكذا في المقام.

هذا مضافاً إلى ما يستفاد من كلام الشيخ الأنصاري رحمته في البيع الفضولي من لزوم العقد من طرف الأصيل من جهة لزوم الوفاء بالعقد من طرفه، مع أنه لم يتحقق الإجازة بعد، والإجازة اللاحقة ناقلة حقيقة وإن كانت بحكم الكاشفة^(١)، فمع تسليم هذا يشكل التفرقة بين المقامين وإن أشكل اللزوم مع أن المبيع لم يخرج بعد عن ملكه، وهو مناف لقاعدة السلطنة.

ويتفرّع على ما ذكر من لزوم الإذن من الراهن أنه لو جنّ أو أغمي عليه أو مات الإشكال في صحّة الرهن من جهة خروج الراهن عن أهليّة الإذن، ومن جهة قيام الوليّ مع استمرار الجنون أو الإغماء، وقيام الوارث مع الموت مقام الراهن، ومع الإفاقة في صورة الجنون أو الإغماء يأذن بنفسه. قد يدعى الانصراف في القبض إلى صورة إذن نفس الراهن دون صورة تخلّل ما ذكر^(٢).

ولا يخفى الإشكال في هذه الدعوى، وغاية ما يدعى أن من الأمر المركوز في ذهن العقلاء في مثل الهبة والقرض والإباحة وإن تحقّق فيه الإيجاب والقبول أنّها قبل تحقّق القبض فيها تكون بمنزلة الوعد، وهذه الدعوى على فرض تسليمها لا تثبت الانصراف المذكور.

(ومن شرطه أن يكون عيناً مملوكاً يمكن قبضه، ويصحّ بيعه منفرداً كان أو مشاعاً، ولو رهن ما لا يملك وقف على إجازة المالك، ولو كان يملك بعضه مضى في ملكه، وهو لازم من جهة الراهن).

(١) كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري): ٤٠٨/٣.

(٢) جواهر الكلام: ١٠٥/٢٥.

أما اشتراط كون الرهن عيناً، فادّعي فيه عدم الخلاف^(١) إلا ما ذكر من اشتراط كون الرهن الخلاف^(٢) في خدمة المدبر، مضافاً إلى اشتراط القبض، وغير العين عيناً الخارجية لا يتحقق فيه القبض.

وقد يناقش فيما ذكر بالنقض بيع الدين في الصرف، وهبة ما في الذم، وبأن الدين كلي وقبضه يتحقق بقبض أفراد^(٣).

وقد يجاب بأن القبض الذي كان معتبراً في جميع أبواب البيع الذي هو عبارة عن وصول كل من العوضين إلى الآخر، قد اعتبره الشارع في خصوص الصرف كونه في المجلس، وهذا ليس قبضاً حقيقة، لعدم تعلّقه في الدين، فالحكم بالصحة لا بدّ أن يستند إلى دليل يقتضي تعميم القبض، وفيما نحن فيه لا بدّ من حمل القبض على معناه الحقيقي.

وأما هبة ما في الذم على من عليه، فهي إبراء في الحقيقة، ولا يعقل اعتبار القبض فيه، وأما الكلي، فهو غير مقبوض، بل القبض متعلّق بالفرد^(٤).

ويمكن أن يقال: ليس القبض إلا استيلاء القابض على المقبوض، والكلي كما ينسب إليه الوجود حقيقة على التحقيق وله الآثار الوجودية،

(١) غنية النزوع: ٢٤١-٢٤٢، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ السرائر: ٤١٦/٢-٤١٧، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ إصباح الشيعة: ٢٨٧؛ جامع الخلاف والوفاق: ٢٩٢؛ تذكرة الفقهاء: ١٣/١٢٥.

(٢) الخلاف: ٣/٢٣٨.

(٣) جواهر الكلام: ١١٧/٢٥.

(٤) مصباح الفقيه: ٥٧٦/١٤-٥٧٧.

وبهذا الاعتبار تقع عليه المعاوضة، لا مانع من تحقق القبض بالنسبة إليه.
وكذلك بالنسبة إلى المنافع، فلا مانع من وقوع الرهن بالنسبة إلى الكلي،
ويتحقق القبض بقبض مصداقه كوقوع المعاوضة في الصرف بين الكليين،
ويتحقق القبض بقبض المصداق، ويتحقق القبض في المنافع بتبع العين، فإن
المستولي على العين مستول على المنفعة، فإن تم الإجماع وإلا فاشتراط كون
الرهن عيناً خارجية مشكل.

اشتراط كون الرهن مملوكاً
وأما اشتراط كون الرهن مملوكاً بمعنى كونه متمولاً يبذل بإزائه المال،
فهو من جهة ما هو المسلم ظاهراً بينهم من تعلق حق للمرتهن في الرهن في
استنفاذ دينه منه، وهذا لا يتصور بدون المالية.

وقد سبق الإشكال في هذه الجهة، بل لا نفهم من الرهن إلا كون
المرهون محبوساً حتى يوفي المدين دينه، وهذا يجتمع بدون كونه متمولاً، كما
لو كان العين متعلقة لحق التحجير، ويشترط مع ذلك كونه مملوكاً للراهن
أو مأذوناً من قبله حتى يصح البيع ويحصل الاستيثاق بناء على ما هو المسلم
بينهم - قدست أسرارهم -.

حكم رهن مال الغير
ويتفرع عليه أنه لو رهن ما لا يملكه الراهن وقف على الإجازة،
والظاهر عدم الخلاف في جواز رهن مال الغير وصحته مع الإذن السابق
والإذن اللاحق، وقد يتمسك في الصحة بقاعدة السلطنة^(١).

ويمكن أن يقال: إن تم الإجماع فلا كلام، وإلا فيشكل من جهة عدم
الإطلاق الشامل للمقام، فمع احتمال مدخلية كون الرهن مملوكاً للمالك

نظير اعتبار القبض فيه كيف يرتفع الشك؟ مع أن الأصل في المعاملات عندهم الفساد للشك في ترتب الأثر وأصالة عدم ترتبه.

نعم، لو قلنا بجريان حديث الرفع بالنسبة إلى شرائط المعاملات مع شك في الشرطية كما في العبادات فلا يبعد الحكم بالصحة وأصالة عدم ترتب الأثر استصحاب في الشبهات الحكمية يشكل الأخذ فيها، وعلى فرض جريانه فيها يكون محكوماً عليه، لكون الشك مسبباً عن الشك في مدخلية المشكوك الشرطية.

وأما ما ذكر من التمسك بقاعدة السلطنة، فيشكل من جهة أن قاعدة السلطنة ليست مشرعة.

وأما اللزوم من طرف الراهن خاصة مع أن مقتضى العقد اللزوم من الطرفين، فلما ادّعي من الإجماع^(١) على عدم اللزوم من طرف المرتهن، واللزوم من طرف الراهن.

وقد يعلل الجواز من طرف المرتهن بأن الرهن لمصلحته، فكان من جهته جائزاً واللزوم من جهة الراهن ليحصل للمرتهن ما ينوب مناب المال والوثيقة^(٢)، فإن تم الإجماع وإلا فلا مجال للتمسك بما ذكر.

(ولو شرطه مبيعاً عند الأجل لم يصح، ولا يدخل حمل الدابة، ولا ثمرة النخل والشجر في الرهن، نعم، لو تجدد بعد الارتهان دخل، وفائدة الرهن للراهن).

(١) المبسوط: ٣٦٧/٢؛ الوسيلة: ٢٦٢؛ السرائر: ٨٨/٢؛ الجامع للشرائع: ٢٨٧؛ نزهة الناظر:

٩١؛ تذكرة الفقهاء: ٨٧/١٣، وفيه دعوى الإجماع.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ١٤١/٩.

قد يستظهر من العبارة بطلان الرهن والشرط.

بطلان الشرط والرهن
 أمّا بطلان الشرط، [فـ] من جهة التعليق في البيع، بل يمكن الإشكال من جهة أنّ هذا من باب شرط النتيجة وحقيقة البيع تحتاج إلى الإيجاب والقبول ولو بالمعاطاة وما يحتاج إلى السبب الخاص لا يتحقّق بالشرط كالنكاح والطلاق.

وأما بطلان الرهن، فهو مبنيّ على كون الشرط الفاسد مفسداً، فإن بنينا على عدم كونه مفسداً لا يفسد الرهن من جهته وقد مضى الكلام فيه في كتاب البيع.

عدم دخول حمل الدابة وثمره النخل والشجر
 وأمّا عدم دخول حمل الدابة وثمره النخل والشجر، فلما مضى في بيع النخل والشجر من عدم الدخول.

حكم ما يتجدّد بعد الارتهان
 وأمّا دخول ما يتجدّد بعد الارتهان، فيشكل من جهة عدم الدليل على التبعية لعدم حصول الملكية للمرتهن، والمسألة محلّ الخلاف.

والمحكي عن الشيخ في الخلاف^(١) والمبسوط^(٢) والعلامة^(٣) والفخر^(٤) وغيرهم^(٥) - قدّس الله تعالى أسرارهم - عدم الدخول وهو الأظهر، ويكفي عدم الدليل على التبعية.

(١) الخلاف: ٣/ ٢٥١.

(٢) المبسوط: ٢/ ٢٣٧.

(٣) تذكرة الفقهاء: ١٣/ ١٠٤.

(٤) إيضاح الفوائد: ٢/ ٣٦.

(٥) جامع المقاصد: ١٢/ ١٣٢؛

وأما كون الفائدة للراهن، فيدلّ عليه رواية إسحاق بن عمار في تكون الفائدة للراهن الصحيح عن أبي إبراهيم عليه السلام قال: «فإن رهن داراً لها غلّة لمن الغلّة؟ قال: لصاحب الدار»^(١)، مضافاً إلى أنّ الفائدة تبع للعين في الملكية لا في الحقّ.

(ولورهن رهنين بدينين ثمّ أدى عن أحدهما لم يجز إمساكه بالآخر، ولو كان دينان وبأحدهما رهن لم يجز إمساكه بهما، ولم يدخل^(٢) زرع الأرض في الرهن سابقاً كان أو متجدّداً).

الوجه في ما ذكر واضح حيث لا ارتباط حتّى يجوز الإمساك، ولم يظهر وجه للتعريض مع الوضوح، ولا إشكال أيضاً في عدم دخول زرع الأرض في الرهن مطلقاً، لعدم التبعية.

لورهن رهنين
بدينين ثمّ أدى عن
أحدهما

(١) الكافي: ٥/ ٢٣٥، ح ١٢، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٧٣، ح ٣٤، باب الرهن؛

وسائل الشيعة: ١٨/ ٣٩٣، أبواب أحكام الرهن، ب ٨، ح ١.

(٢) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «ولا يدخل» بدل «ولم يدخل».

[الركن] (الثاني: في الحق)

(ويشترط ثبوته في الذمة ما لا كان أو منفعةً، ولو رهن على مال ثم استدان آخر فجعله عليهما صحّ).

ادّعي الإجماع^(١) على اشتراط ثبوت الحق الذي يؤخذ الرهن عليه، ووجهه بأن مفهوم الرهن لا يتحقق في الخارج إلا بأن يكون للمرتهن عند الراهن شيء كان في ذمته أو على عهده على إشكال في الأخير^(٢).
اشتراط ثبوت الحق في الذمة ما لا كان أو منفعةً

ولا يخفى صحّة الاستيثاق بحبس المال أو أخذ الكفيل لئلا يسرق من أموال الحابس إذا كانت في معرض السرقة، ولا نفهم من مفهوم الرهن إلا الحبس للاستيثاق.

ودعوى أنّ الإطلاقات العرفية مبنية على المسامحة ممنوعة إلا أن يدعى عدم وجود إطلاق في خصوص الرهن، وأنّ عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) لا يشمل للانصراف إلى العقود المتعارفة.

وقد يقال: إنّ ماهية الرهن يتوقّف تحقّقها على ثبوت شيء يحاذيها، فلا يعقل أخذ الرهن على ما هو ثابت تحت يده من الأجنبي باحتيال أنّه

(١) الخلاف: ٢٢١-٢٢٢، وفيه دعوى إجماع المسلمين؛ المهذب: ٤٤/٢؛ السرائر:

٤٢٦/٢؛ تحرير الأحكام: ١/٢٠٤.

(٢) مصباح الفقيه: ٦٠٧/١٤.

(٣) المائدة: ١.

سيسرقه، فحينئذ نقول: الشيء الثابت عند الراهن إمّا أن يكون كلياً على ذمته بمعنى الدين، فلا إشكال في جواز أخذ الرهن عليه، وإمّا أن يكون عيناً خارجيّة تحت يده حقيقة، أو حكماً بأن يكون ضمانها عليه.

وأما ضمان العقد أو درك المبيع، فعلى فرض الالتزام بجواز الرهن عليه لا بدّ من إرجاعه إلى أحد هذين القسمين ثمّ العين الخارجيّة مع عدم كونها مضمونة لا إشكال في عدم جواز الرهن عليها.

وأما الأعيان المضمونة، إمّا أن يكون ضمانها بقاعدة اليد أو بالعقد والضمان العقدي إمّا ضمان الدرك أو غيره، مثل ضمان المبيع قبل قبضه، أو الضمان المتحقّق في زمن الخيار على من لا خيار له.

حكم أخذ الرهن
على الأعيان
المضمونة

أمّا القسم الأوّل، فالأقوى فيه جواز أخذ الرهن عليه، لأنّ المستفاد من قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» نحو من التعهّد المقتضي لخروجه عن عهدة العين بمراتبها، فهذا التعهّد أمر اعتباري له نحو وجود عند العقلاء، نظير الذمّة، فهذا الثبوت هو المصحّح لتحقيق مفهوم الرهن، وما هو ملاك صحّة الرهن في الدين أعني التعهّد متحقّق في المقام بنحو أكمل، وإمّا الضمان بالعقد.

أمّا القسم الثاني منه، فقد يقال بجواز أخذ الرهن عليه نظراً إلى كونه نظير ضمان^(١)، لكن يضعفه أنّ الضمان فيه ليس على حقيقته، ومن قبيل الالتزام والتعهّد، بل هو حكم شرعي تعبدي بانفساخ البيع.

وأما ضمان الدرك، فالظاهر عدم جواز أخذ الرهن عليه، لتوقّف تحقّقه

(١) تحرير الأحكام: ١/ ٢٠٤؛ الدروس الشرعية: ٣/ ٤٠٢.

عرفاً على ثبوت شيء يحاذي الرهن للمرتهن على الراهن، وهو منتف في مرحلة الظاهر، نعم، بعد ظهور الاستحقاق له ذلك إلا أنه يرجع إلى الضمان باليد، وقد يتصور صحة الرهن التعليقي في الفرض لو قلنا بعدم اعتبار التنجيز في مثل المورد^(١).

ويمكن أن يقال: ما ذكر مبني على تفسير الحديث المعروف «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» بالمعنى المذكور.

وأما إذا فسر بمعنى أن المأخوذ ما لم يؤدّ خسارته على الآخذ، فقبل توجه الخسارة لا شيء على الآخذ، وعلى هذا لا تعرض للحديث بالنسبة إلى ردّ العين بمراتبها، ولعلّ هذا المعنى أظهر، بل لعلّه المتعين، لعدم مناسبة المعنى المذكور مع الغاية المذكورة حيث إنه بمنزلة أن يقال: صلّ حتى تصلّ، وقد سبق الكلام فيه.

وثانياً: نقول: لازم ما ذكر صحة الرهن على الثمن والمثمن الخارجيين، لكون التعهّد بالنسبة إليهما متحققاً من جهة وجوب الوفاء بالعقد المفسّر بالعقد المشدّد.

والحاصل أنه إن قلنا بأنّ القدر المتيقّن الصحة في خصوص الدين وعدم عموم أو إطلاق يشمل غيره، فلا بدّ من الاقتصار عليه، وإن تعدّينا عن الدين فلا بدّ من القول بصحة الرهن في كلّ مورد يعتبر العقلاء صحة الحبس والاستيثاق فيه من دون اختصاص بما ذكر.

وأما ما ذكر من عدم معقوليته في بعض الموارد، فلا نفهم وجهه.

(١) مصباح الفقيه: ١٤/٦٠٩-٦١٢.

وأما ما ذكر في القسم الثاني من الضمان بالعقد من أنه حكم شرعي تعبدي بانفساخ البيع، فهو المشهور لكنّه لا يخلو عن الإشكال، لإمكان حمل الروايتين في المسألة على ضمان اليد، وقد سبق الكلام في كتاب البيع. وأما ما ذكر من تصوّر صحّة الرهن التعليقي، فالظاهر أنّ القائلين باعتبار التنجيز يعتبرون التنجيز فيما لا دخل له في حقيقة المعاملة، فالتعليق على الملكية في البيع مثلاً لا يضرّ وما نحن فيه من هذا القبيل.

جعل العين المرهونة
رهنًا ثانيًا

وأما جعل العين المرهونة رهنًا ثانيًا لما استدان بعد الدين السابق، فقد يستشكل فيه من جهة أنّ الحقّ - كما حقّق في محله - مرتبة ضعيفة من الملكية، فكما أنّه لا يعقل كون جزئي خارجي بتمامه ملكاً لشخصين بأن يكون كلّ منهما مستقلاً في ملكيّته، وكذا توارد سببين مستقلّين لنقل شيء واحد من شخص واحد كذلك هذا الحقّ الواحد الشخصي المتحقّق لشخص واحد بسبب لا يقبل التكرّر بعد ذلك لذلك الشخص بسبب آخر إلّا أن ينفسخ الرهن الأوّل^(١).

ويمكن أن يقال: ما ذكر منقوض بالخيار الثابت للبائع والمشتري، مع أنّ الخيار حقّ، فالبائع له حقّ فسخ العقد، والمشتري أيضاً له الحقّ، وقد يثبت لواحد أزيد من خيار واحد، فكيف يدّعى عدم المعقوليّة؟، وأمّا التنظير بملكيّة جزئي خارجي بتمامه لشخصين لعلّه في غير محله، لأنّ الملكية لشخصين غير متحقّقة، لعدم اعتبار العقلاء لا لعدم المعقوليّة مع أنّه لا يبعد اعتبارها كما إذا أباح مالك العين الشخصيّة جميع التصرّفات

لشخصين، فإنَّ المختار في جميع التصرفات في شيء يكون مالكاً عند العقلاء كما لو أعطى أهل مملكة شخصاً جميع الاختيارات حيث ينتزع منه السلطنة.

ومن هذه الجهة لا يبعد إن يقال في المعاطاة إن قلنا بإفادتها الإباحة إباحة جميع التصرفات بحصول الملكية، لأنَّ الملكية ليست إلا اختيار جميع التصرفات، غاية الأمر في البيع العقدي لا يعتبر العقلاء ملكية شيء واحد لشخصين بخلاف الولاية حيث إنَّها ثابتة للأب والجد للأب، ولكل منهما السلطنة التامة.

[الركن] (الثالث: في الرهن)

شروط الرهن

(ويشترط فيه: كمال العقل، وجواز التصرف، وللولي أن يرهن لمصلحة المولى عليه، وليس للرهن التصرف في الرهن بإجارة ولا سكنى ولا وطء، لأنه تعريض للإبطال، وفيه رواية بالجواز مہجورة).

وجه اشتراط ما ذكر من كمال العقل وجواز التصرف ذكر في كتاب البيع.

وأما ما ذكر من رهن الولي لمصلحة المولى عليه، فلا إشكال فيه إذا كان الولي الأب أو الجد للأب بل والقيّم من قبل أحدهما.

وأما الحاكم، فتصرفه مع اللزوم لا إشكال فيه، وأما مع عدم اللزوم، فيشكل للتأمل في ثبوت الولاية العامة للحاكم.

نعم، في خصوص مال اليتيم يستفاد من بعض الأخبار جواز التصرف مع المصلحة، ولا يبعد الاستفادة من الآية الشريفة حيث نهى عن القرب إلا بالتي هي أحسن.

وأما عدم جواز تصرف الرهن في الرهن، فقد يقال فيه^(١): إن التصرف تارة يكون بنحو ينتفع به الرهن ويضرّ بالرهن إمّا بخروجه عن ملكه، أو بإيجاد المانع عن التصرف فيه بما يقتضيه الرهن كالاستيلاء، وتارة أخرى

(١) مصباح الفقيه: ١٤/٦٤٦-٦٤٧.

بنحو ينتفع به الراهن ولا يضرّ بالرهن كالأستيجار في زمان لا يزيد عن أجل الدين مع عدم الإضرار بالرهن، وثالثةً بنحو لا يضرّ بالرهن ولا يعدّ مثله انتفاعاً للراهن كلمس الجارية وتقليب الرهن من مكان إلى مكان آخر من دون أن يراعى فيه مصلحة الرهن، ورابعةً بنحو لا ينتفع به الراهن وفيه مصلحة الرهن كسقي الدابة وما يؤدّي إلى حفظها.

ولا ينبغي الإشكال في عدم جواز التصرف بالنحو الأول، للإجماع المستفيض إن لم يكن متواتراً، كما لا ينبغي الإشكال في الجواز في الصورة الأخيرة.

وأما الصورة الثانية والثالثة، فإن بنينا على أن حقيقة الرهن ليس إلا إيجاد حقّ للمرتهن بأن يستوفي دينه، فالتصرف المنافي لحقه لا يجوز دون غيره، فالأقوى الجواز فيهما إن لم يثبت إجماع على خلافه مطلقاً حتى يبيعه لو شرط بقاء حقّ المرتهن، كالعارية المرهونة، ولا نلتزم بحجية [الـ]نبوية المرسلة المعتمد عليها كما عن بعض: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»^(١) إلا أن الظاهر الإجماع على ممنوعيته من التصرف من حيث إنه تصرف لا من حيث إنه مزاحم المرتهن.

ولا ضير في تأمل بعض متأخري المتأخرين^(٢) في بعض أنحاء التصرف، خصوصاً ما تضمّنه حسن الحلبي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رهن

(١) مختلف الشيعة: ٥/٤٢١؛ جواهر الكلام: ٢٥/١٩٥. هذا، ولكن هذه المرسلة غير

موجودة في أخبار الخاصة والعامة وكذا في فقه القدماء.

(٢) الحقائق الناضرة: ٢٠/٢٦٨.

جارية عند قوم أيحلّ له أن يطأها؟ قال: إنّ الذين ارتهنوها يحيلون بينه وبينها، قلت: أرايت إن قدر عليها خالياً؟ قال: نعم، لا أرى هذا عليه حراماً^(١).

وصحيح محمد بن مسلم^(٢) الذي هو مثله حيث إنّ الروایتين حكم عليهما بالشذوذ والهجر، مضافاً إلى الموافقة للعامة^(٣).

وأما إن بنينا على أنّ حقيقة الرهن إنّما هو حبس المال عن المالك وقصر يده عنه لا مجرد إحداث حق للمرتن، فيكون كالعبد الجاني، ولعلّ هذا البناء هو الأظهر من مفهوم الرهن وإن لم يظهر موافقة السيّد يعني سيّد مشايخه عليه السلام. ويمكن أن يقال: إن تمّ الإجماع فلا كلام، لكنّه مع ذكر الرسالة النبويّة والاعتماد عليها يقرب أن يكون مدرك المجمعين الرسالة، فكلّ ما يعدّ تصرّفاً يكون ممنوعاً منه، ولا يبعد أن يكون التصرف الممنوع منه نظير التصرف المسقط للخيار للمشتري، وعلى هذا فمثل السقي للدابة خارج. وأما الإجارة في زمان لا يزيد عن أجل الدين، فهي داخل، وأما ما ذكر من الابتناء على أنّ حقيقة الرهن ما هي، فقد سبق الكلام فيها، وأنّه لا نفهم منه إلّا الحبس، وإن كان المسلّم بينهم - قدّست أسرارهم - استحقاق المرتن استيفاء دينه من العين المرهونة.

(١) الكافي: ٥/ ٢٣٥، ح ٥، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٦٩، ح ٩، باب الرهن؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٣٩٧، أبواب أحكام الرهن، ب ١١، ح ٢. والتعبير عنه بالحسن لإبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ١/ ٣١٦.

(٢) الكافي: ٥/ ٢٣٧، ح ٢٠، باب الرهن؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣١٣-٣١٤، ح ٤١٢٠، باب الرهن؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٣٩٦، أبواب أحكام الرهن، ب ١١، ح ١.

(٣) العزيز شرح الوجيز: ٤/ ٤٨٨؛ روضة الطالبين: ٣/ ٣١٩؛ الشرح الكبير: ٤/ ٤٣٦.

وعلى فرض التسليم لا يمنع عن التصرفات حتى الناقلة، كالبيع حيث إنّه لا مانع من أن يكون المشتري حاله حال الراهن، فمع عدم تأدية الدين يستوفى دينه من الرهن كما أنّه يمكن جواز وطء الجارية، ومع الاستيلاء يمكن تقدّم حق المرتهن من جهة سبقه، ويمكن الرجوع إلى القيمة إن قلنا بتقدّم الاستيلاء وإن كان متأخراً.

ثمّ إنّه مع ظهور المرسلة في المنع الوضعي يشكل القول بصحة البيع مع حقوق الإجازة كالفضولي، لإمكان كون المنع كالمنع عن البيع الغرري، وكذلك مثل العتق.

نعم، لو كان وجه المنع الحق المتعلّق بالعين المرهونة أمكن القول بالصحة مع حقوق الإجازة، ومع ذلك يحتاج إلى عموم أو إطلاق يشمل الفضولي، والظاهر أنّ الرواية المهجورة حسن الحلبي المذكور وصحيح محمد بن مسلم، ومما ذكر ظهر الوجه فيما ذكر في المتن.

(ولو باعه الراهن وقف على إجازة المرتهن، وفي وقوف العتق على إجازة المرتهن تردّد، وأشبهه الجواز).

لو باعه الراهن وقف
على إجازة المرتهن

ثمّ إنّه مع فرض الصحة في بيع الراهن إن كانت الإجازة راجعة إلى إسقاط الحق، فاللازم صحة البيع وانفساخ عقد الرهن، وإن كان إمضاء للعقد بدون إسقاط الحق، فلا يبعد القول بكون العوض رهناً كبيع العين الموقوفة في صورة الجواز ومعاوضتها مع ما يكون له ثمرة قابلة للتسييل، لا معاوضتها مع الأثمان، كما أنّهم يلتزمون ظاهراً برهنية البدل المأخوذ من الغاصب للرهن مع التلف أو الإتلاف، لكنّه لا يخلو عن الإشكال.

[الركن] (الرابع: في المرتهن)

شروط المرتهن

(ويشترط فيه: كمال العقل، وجواز التصرف، ويجوز اشتراط الوكالة في الرهن، ولو عزل له لم ينعزل، وتبطل الوكالة بموت الموكل دون الرهانة).

أما اشتراط كمال العقل وجواز التصرف، فلما مرّ، لكن قبول الرهن بالنسبة إلى السفه لا دليل على منعه، لأنّه ليس تصرّفاً، ولذا شرط بعض الأكابر^(١) عدم السفه في خصوص الراهن من بعض المتون.

وأما اشتراط الوكالة، فجوازه معروف^(٢)، وللتأمل فيه مجال من جهة أنّ المعروف أنّ الوكالة من العقود والعقد يحتاج إلى الإيجاب والقبول، فاشتراطها بنحو اشتراط النتيجة كيف يصحّ؟ وهذا هو الإشكال في اشتراط المبيعية في ضمن العقد.

نعم، لا مانع من اشتراط الإذن، لعدم كونه داخلياً في العقود، ولكن أحكام الوكالة لا يترتب على الإذن.

ثمّ إنّ مع فرض الصحة المعروف عدم انعزال الوكيل بعزل الراهن،

(١) وسيلة النجاة: ٤٧٥.

(٢) فقه القرآن: ١/٣٩٢؛ السرائر: ٢/٤٢٨؛ إصباح الشيعة: ٢٩٠؛ تحرير الأحكام: ١/٢٠٦؛

اللمعة الدمشقية: ١٣٠.

لكون الشرط في ضمن العقد اللازم من طرف الراهن، وفيه أيضاً تأمّل، لإمكان أن يقال: إنّ الوكالة استنابة للوكيل من طرف الموكل بحيث يعدّ فعله فعله، ومع عزل الموكل كيف يعدّ فعله فعله؟ وبهذا الإشكال يتأمّل في بقاء الإذن مع فرض كون الوكالة من الإيقاعات غير المحتاجة إلى القبول.

بطلان الوكالة

بموت الموكل

وأما بطلان الوكالة بموت الموكل، فهو المشهور، بل ادّعى عليه الإجماع^(١)، وربما يستدلّ عليه بأنّ مناط جواز التصرف هو الإذن، وينقطع بالموت، وبأنّ المال بعد موته ينتقل إلى الورثة.

ولا يخفى الإشكال في ما ذكر من الاستدلال، فإنّه لا يعتبر بعد تحقّق الوكالة والإذن التفات الموكل والآذن، فما لم يرجع الموكل عن توكيله ولم يعزل ولم يصل العزل إلى الوكيل يكون الوكيل باقياً على وكالته والمأذون يكون باقياً على إذنه، فكيف يدّعى انقطاع الإذن بالموت؟

مضافاً إلى النقص بالوصيّة، وفي الوصيّة يتحقّق الاستنابة عن الموصي للوصي والاستنابة تتعلّق بما بعد الموت، فالعمدة الإجماع إن كان متحقّقاً، فما ذكر من أنّ المال ينتقل إلى الورثة لا يخفى ما فيه، فإنّ الوكالة تتعلّق بما للموكل من التصرفات والتصرف ليس منحصراً بالأموال المنتقلة إلى الورثة، فمع انتقال المال إلى الغير في حال الحياة أيضاً تبطل الوكالة بالنسبة إليه.

وأما الرهانة، فلا وجه لبطلانها.

(١) غنية النزوع: ٢٦٩؛ إصباح الشيعة: ٣٢٠؛ جامع الخلاف والوفائق: ٣٢٩، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ تحرير الأحكام: ١/ ٢٣٢.

(ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن، والمرتهن أحق من غيره باستيفاء دينه من الرهن، سواء كان الراهن حياً أو ميتاً، وفي الميت رواية أخرى، ولو قصر الرهن عن الدين ضرب مع الغرماء بالفاضل).

أما جواز ابتياع الرهن للمرتهن، فلأن الحق والملك غير خارجين عنهما فباختيارهما تحقق البيع.

وأما أحقية المرتهن من غيره باستيفاء دينه من الرهن مع حياة الراهن، المرتهن أحق من غيره كما إذا قصر أمواله عن ديونه وراجع الديان الحاكم وحجره وحكم بتقسيم أمواله بين الديان، فوجهت بسبق حق المرتهن، وهذه الجهة مقتضية لتقدم حقه حتى بعد الموت.

وفي بعض الروايات ما يخالف هذا الحكم، ففي مكاتبة سليمان بن حفص المروزي قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وعليه دين ولم يخلف شيئاً إلا رهناً في يد بعضهم فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن يأخذه بهاله أو هو وسائر الديان فيه شركاء؟

فكتب عليه السلام: جميع الديان فيه سواء، ويتوزعون بينهم بالحصص»^(١).

وقريب منه رواية عبد الله بن الحكم عنه عليه السلام^(٢).

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣١٠، ح ٤١١، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٧٨، ح ٤١، باب الرهن؛ وسائل الشريعة: ١٨/ ٤٠٥، أبواب الرهن، ب ١٩، ح ٢. وفي سليمان بن حفص المروزي كلام. راجع معجم رجال الحديث: ٨/ ٤٥٠.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣٠٧، ح ٤١٠، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٧٧-١٧٨، ح ٤٠، باب الرهن؛ وسائل الشريعة: ١٨/ ٤٠٥، أبواب أحكام الرهن، ب ١٩، ح ١. وعبد الله بن الحكم ضعيف. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٩١.

ويمكن أن يقال: إن كان المقام من باب تزاحم الحقوق، فمجرد سبق الحق لا يوجب تقدّمه على حق آخر، بل لا بدّ من ملاحظة الأقوى، ومع عدم الترجيح يتخيّر أو يسقط، لكنّ المعروف ما في المتن، وعليه فمع قصر الرهن ضرب مع الغرماء بالفاضل، هذا مع تسليم ما هو المعروف بينهم من تعلّق حقّ للمرتهن بالنسبة إلى العين المرهونة سوى حقّ الحبس.

(والرهن أمانة في يد المرتهن، ولا يسقط بتلفه شيء من ماله ما لم يتلف بتعدّ أو تفريط، وليس له التصرف فيه، ولو تصرف من غير إذن ضمن العين والأجرة، ولو كان الرهن دابة قام بمؤنّتها وتقاصاً، وفي رواية: الظهر يركب والدريشرب، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة).

أمّا كون الرهن أمانة في يد المرتهن، فيدلّ عليه قول الصادق عليه السلام - على المحكي - في صحيح جميل عن رجل رهن عند رجل رهناً فضاع الرهن: «فهو من مال الراهن، ويرتجع المرتهن عليه بهاله»^(١).

وفي صحيح إسحاق بن عمّار الصيرفي الثقة: «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يرتهن العبد فيصيبه عور أو ينقص من جسده شيء على من يكون نقصان ذلك؟ قال: على مولاه».

قال: قلت: إن الناس يقولون: إن رهن العبد فمرض أو انفقت عينه فأصابه نقصان في جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد؟ فقال: أرايت لو أنّ العبد قتل على من تكون جنايته؟ قال: جنايته في عنقه»^(٢).

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣٠٥، ح ٤٠٩٤، باب الرهن؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٣٨٥، أبواب

أحكام الرهن، ب ٥، ح ١.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣٠٦، ح ٤٠٩٦، باب الرهن؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٣٨٦، أبواب ←

وفي خبره الآخر عنه أيضاً: «قلت له: الرجل يرتهن الرهن الغلام أو الدار فيصيبه الآفة على من يكون؟ قال على مولاه، ثم قال: أرأيت لو قتل قتيلاً على من يكون؟ قلت: هو في عنق العبد، قال: ألا ترى فلم يذهب مال هذا، ثم قال: أرأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مائتي دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه، قال: وكذلك يكون عليه ما يكون له»^(١)، إلى غير ذلك من الأخبار.

وفي قبال هذه الأخبار أخبار آخر ظاهرها خلاف ما في هذه الأخبار: الروايات المتعارضة كخبر محمد بن قيس، عن الصادق، عن أبي جعفر عليه السلام: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن يسوي ما رهنه فليس عليه شيء»^(٢). وموثق ابن بكير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرهن؟ فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله، وإن كان سواء فليس عليه شيء»^(٣).

→ أحكام الرهن، ب ٥، ح ٤.

(١) الكافي: ٥/ ٢٣٤، ح ١٠، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٧٢، ح ٢١، باب الرهن؛ الاستبصار: ٣/ ١٢١، ح ١٠، باب الرهن يهلك عند المرتهن؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٣٨٧، أبواب أحكام الرهن، ب ٥، ح ٦. والرواية صحيحة.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣١٢، ح ٤١٥، باب الرهن؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٣٩٢، أبواب كتاب الرهن، ب ٧، ح ٤. والرواية صحيحة.

(٣) الكافي: ٥/ ٢٣٤، ح ٦، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٧١، ح ١٧، باب الرهن؛ ←

ومنها: خبر إسحاق بن عمار: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهّن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فهلك أ على الرجل أن يردّ على صاحبه مائة درهم؟ قال: نعم، لأنّه أخذ رهنًا فيه فضل وضيّعه. قلت: فهلك نصف الرهن؟ فقال: على حساب ذلك، قلت: فيترادّان الفضل؟ قال: نعم»^(١).

وجوه حمل الروايات المعارضة وقد يحمل هذه الأخبار على التقيّة من جهة موافقتها لمذهب العامة^(٢)، وقد يجمع بين هذه وبين الأخبار السابقة بحمل هذه على صورة التفريط بقريضة خبر إسحاق بن عمار حيث عبّر فيه بلفظ «وضيّعه» الظاهر في التفريط^(٣).

ويمكن أن يقال: يشكل الحمل على التقيّة، لأنّ نقل قضاء أمير المؤمنين - صلوات الله عليه - لا يناسب التقيّة.

ويشكل الجمع المذكور من جهة إطلاق الطرفين، وما في خبر إسحاق بن عمار ليس ظاهرًا في التفريط حيث إنّ السائل سأل عن هلاك الرهن الظاهر في التلف السماوي، فالجواب المناسب لا يحمل على التفريط، ولا أقلّ من الإجمال.

→ الاستبصار: ١١٩/٣، ح ٥، باب الرهن يهلك عند المرتين؛ وسائل الشيعة: ٣٩١/١٨، أبواب الرهن، ب ٧، ح ٣.

(١) الكافي: ٢٣٤/٥، ح ٩، باب الرهن؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٣١١، ح ٤١١٤، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ١٧٢/٧، ح ٢٠، باب الرهن؛ الاستبصار: ٣/١٢٠، ح ٩، باب الرهن يهلك عند المرتين؛ وسائل الشيعة: ٣٩١/١٨، أبواب أحكام الرهن، ب ٧، ح ٢. والرواية صحيحة.

(٢) رياض المسائل: ٢٢٢/٩.

(٣) جواهر الكلام: ١٧٦/٢٥.

نعم، يمكن الاستدلال بما رواه في الكافي عن أبان، عمّن أخبره، عن أبي عبد الله عليه السلام - وفي الفقيه والتهذيب عن أبان، عن أبي عبد الله عليه السلام - أنّه قال في الرهن: «إذا ضاع عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقّه على الراهن فأخذه، فإن استهلكه ترادّا الفضل في ما بينهما»^(١).

لكنّه لا يرفع المعارضة بين الطائفتين، فمع عدم إمكان الجمع لا يبعد التخيير الأصولي إن لم يثبت إعراض الأصحاب عن العمل بالطائفة الثانية. ثمّ لا يخفى أنّه بناء على الأخذ بالطائفة الثانية يستفاد منها صحّة التهاتر على ما هو المعروف في كلمات الفقهاء، كما لا يخفى، ومع التعدي والتفريط يكون المرتهن ضامناً، كما هو المقرّر من ضمان الأمين مع التعدي والتفريط.

ويمكن الاستدلال عليه برواية أبان المذكورة، وما رواه ثقة الإسلام عن محمّد بن الحسن^(٢) في الصحيح قال: «كتبت إلى أبي محمّد عليه السلام: رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها من ملكه؟ فوقّع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله»^(٣).

(١) الكافي: ٥ / ٢٣٤، ح ٨، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ١٧٢، ح ١٩، باب الرهن؛ الاستبصار: ٣ / ١٢٠، ح ٧، باب الرهن يهلك عند المرتهن؛ وسائل الشيعة: ١٨ / ٣٨٧، أبواب أحكام الرهن، ب ٥، ح ٧.

(٢) في الكافي: محمّد بن الحسين.

(٣) الكافي: ٥ / ٢٣٩، ح ٩، باب ضمان العارية والوديعة؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ١٨٠، ح ٤، باب الوديعة؛ من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٣٠٤، ح ٤٠٨٩، باب الوديعة؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٨١، أبواب أحكام الوديعة، ب ٥، ح ١.

ورواه في الفقيه هكذا: «رجل دفع إلى رجل وديعة وأمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره فوضعها في منزل جاره» إلى آخر ما تقدّم.

وهذه الرواية وإن وردت في الوديعة، لكن الظاهر عدم الفرق، لكن يقع الإشكال فيما هو المعروف من الضمان بمجرد التعدي أو التفريط ولو لم يكن التلف مستنداً إلى التعدي والتفريط، كما لو وضع الرهن في محل لا يجوز وضعه فيه ثم رده إلى محله فتلف.

وجه الإشكال أن عقد الرهانة باق، وكذلك مثل عقد الوديعة والوكالة، ومقتضى العقد كون المرتهن والمستودع والوكيل أمناء على المشهور بمعنى كونهم مأذونين من قبل الراهن والمستودع -بالكسر- والموكل، لا بمعنى كونهم أمناء خارجاً، وبتعبير بعض الأعلام^(١): أيديهم بمنزلة أيدي أولئك، والإنسان لا يضمن ما في يده وإن لم يخل عن الإشكال، دلّ الدليل على ضمانهم إذا تلف العين من جهة التعدي أو التفريط، فما وجه تضمينهم مع التلف بغير التعدي والتفريط؟

ومّا ذكر ظهر الإشكال في ضمان العين بمجرد التصرف غير المجوّز، وكذلك ضمان المنافع غير المستوفاة.

نعم، يضمن بالنسبة إلى المنفعة المستوفاة فيستحقّ الراهن أجره المثل بمقتضى احترام مال المسلم.

وأما لو كان الرهن دابةً أنفق المرتهن عليها وقام بمؤنتها وتقاصّ الراهن والمرتهن إن لم يكن لأحدهما فضل على الآخر بأن كانت الأجرة

لو كان الرهن دابةً
أنفق المرتهن عليها

(١) لم نعثر عليه.

مساوية للمؤونة على ما في المتن، ولا بدّ من تقييد ذلك بصورة الإذن من الراهن أو من يقوم مقامه، ومع التعذّر ينفق حسبة ويقصد الرجوع إليه، فإن كان المصروف قيمياً يقابل ما عليه من الأجرة ويحصل التهاثر على المعروف، وإن كان مثلياً فلا وجه للمقابلة، بل يستحقّ كلّ من الراهن والمرتهن شيئاً على الآخر.

نعم، لهما أن يتصالحا، وعليه لا يلزم التساوي في القيمة، وأمّا الرواية المشار إليها، فلعلّها مصحّحة أبي ولّاد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة أو ^(١) البعير رهناً بما له أله أن يركبه؟ فقال عليه السلام: إن كان يعلفه فله أن يركبه وإن كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه» ^(٢).

وعن السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الظهر يركب إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب نفقته، والدّرّ يشرب إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يشرب نفقته» ^(٣).

ولا يبعد حمل الروایتين على صورة الإذن من الراهن بدعوى كون ترك المؤونة قرينة على رضاه، وإلا يشكّل الأخذ بظاهرهما لمخالفة القواعد.

(١) في المصادر: «و».

(٢) الكافي: ٢٣٦/٥، ح ١٦، باب الرهن؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٣٠٧، ح ٤٠٩٨، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ١٧٦/٧، ح ٣٥، باب الرهون؛ وسائل الشيعة: ٣٩٧/١٨، أبواب أحكام الرهن، ب ١٢، ح ١.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٣/٣٠٦، ح ٤٠٩٥، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ١٧٥-١٧٦/٧، ح ٣٢، باب الرهون؛ وسائل الشيعة: ٣٩٨/١٨، أبواب أحكام الرهن، ب ١٢، ح ٢. والرواية موثقة لأجل السكوني. راجع معجم رجال الحديث: ٣/١٠٥.

(وللمرتهن استيفاء دينه من الرهن إن خاف جحود الوارث، ولو اعترف بالرهن وادّعى الدين ولا بينة، فالقول قول الوارث وله إحلافه إن ادّعى عليه العلم).

جواز استيفاء الدين
للمرتهن

أمّا جواز استيفاء الدين للمرتهن، فيدلّ عليه مكاتبة المروزي لأبي الحسن عليه السلام: «في رجل مات وله ورثة فجاء رجل فادّعى عليه مالا وأنّ عنده رهناً، فكتب عليه السلام: إن كان له على الميت مال ولا بينة له، فليأخذ ماله ممّا في يده ويردّ الباقي على ورثته، ومتى أقرب بما عنده أخذ به وطولب بالبيّنة على دعواه وأوفي حقه بعد اليمين، ومتى لم يقم البيّنة والورثة ينكرون فله عليهم يمين علمٍ يحلفون بالله ما يعلمون على ميّتهم حقّاً»^(١).

والمناقشة في سندها^(٢) - بعد الانجبار بعمل الأصحاب - لا وجه لها، وحيث علّق أخذ المال ممّا في يد المرتهن على عدم البيّنة مع أنّ إثبات الحقّ معها يحتاج إلى اليمين والمشقة، فكيف له الأخذ مع الاطمئنان باعتراف الورثة؟ ومن هذه الجهة أخذ في الحكم خوف جحود الورثة.

ويمكن أن يقال: لا يبعد الأخذ بإطلاق المكاتبة حتّى في صورة الاطمئنان باعتراف الورثة، وكانت الحكمة إمكان جحود الورثة في بعض الموارد، كما يقال: الحكمة في اعتداد المرأة غير اليائسة عدم اختلاط المياه، ولا تنافي وجوب الاعتداد حتّى مع العلم بعدم الاختلاط، وعلى القول باعتبار الخوف يتحقّق بمجرد قيام الاحتمال المعتدّ به عند الشخص.

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣١٠، ح ٤١١١، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٧٨، ح ٤١،

باب الرهن؛ وسائل الشريعة: ١٨/ ٤٠٦، أبواب أحكام الرهن، ب ٢٠، ح ١.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ٩/ ١٦٢.

وهذا تارةً يكون مسبباً من احتمال معتدّ به عند العقلاء، فلا اعتداد بخوف من يخاف سلوك طريق مأمون عند العقلاء في صيرورة السفر حراماً عليه.

هذا إذا أخذ الخوف موضوعاً لأجل عدم إرادة الشارع وقوع متعلّقه في الخارج كخوف الضرر والهلاك.

وأما لو أخذ موضوعاً لأجل ذاته وأنّه صفة في الشخص موجبة لترخيص الشارع عليه لبعض الأشياء إزالة لمرضه، فلا يعتبر أن يكون مسبباً من احتمال معتدّ به عند العقلاء، لكن في المقام لم يؤخذ الخوف موضوعاً للحكم، فلا يبعد الأخذ بالإطلاق إلّا في صورة اطمينان المرتهن بعدم جحود الوارث ومع عدم الاطمئنان يكون مرخصاً في استيفاء دينه من الرهن.

وإن كان خوفه غير مسبب من احتمال معتدّ به عند العقلاء ومع اعتراف الشخص بالرهن، لا بدّ له من إثبات الدين على الميّت، فمع قيام البيّنة والحلف يأخذ دينه ومع عدم البيّنة له إحلاف الوارث، وليس في المكاتبه جواز الإحلاف مقيّداً بصورة دعوى العلم، وتام الكلام في كتاب القضاء؛ إن شاء الله تعالى.

(ولو باع الرهن وقف على الإجازة، ولو كان وكيلاً فباع بعد الحلول صحّ، ولو أذن الراهن في البيع قبل الحلول لم يستوف دينه حتّى يحلّ).

أما صحّة البيع مع الإجازة، فلا إشكال فيه بناء على صحّة البيع الفضولي، كما لا إشكال في الصحّة بعد حلول أجل الدين.

بيع الرهن متوقف
على الإجازة

وأما ما يظهر من التفصيل بين البيع قبل حلول الأجل وبعده وعدم جواز استيفاء الدين إذا كان البيع قبل حلول الأجل وجوازه بعده، فلعلّ النظر إلى أنّه قبل حلول الأجل يكون الثمن رهناً كامئثمن، فلا يجوز استيفاء الدين منه، وبعده يبطل الرهن وإلاّ فمقتضى القاعدة عدم جواز الاستيفاء بدون إذن، فنقول: مقتضى القاعدة بطلان البيع في كلتا الصورتين، لأنّ المعاوضة بين نفس العين المرهونة والثمن دون الوصف.

وقد يستشكل من جهة أنّ بناءهم على أنّ العين المرهونة إذا أتلّفتها المتلف أو تلفت في يد الغاصب يضمنها المتلف والغاصب، فالبديل يكون رهناً، وكذلك يقال بوقفيّة ثمن العين الموقوفة في صورة جواز بيعها.

وقد يفرق بين الصور بأنّ العين في صورة الإتلاف أو التلف في يد الغاصب في عهدة الضامن بأوصافها، فكما أنّ العين في العهدة كذلك خصوصيّة الرهنيّة بخلاف صورة المعاوضة بالبيع.

وأما العين الموقوفة، فليست ملكاً للطبقة الموجودة، بل بنحو الاختصاص، بل لها بالفعل وللطبقة المدومة شأنًا، فكأنّها شريكة مع الطبقة الموجودة، فلا بدّ من انتقال العوض في البيع بهذا النحو بخلاف بيع العين المرهونة.

ويمكن أن يقال: لا نسلم في صورة الإتلاف أو التلف في يد الغاصب كون العين بأوصافها في عهدة الضامن، ولا يكون حديث: «على اليد ما أخذت» ظاهرًا فيما ذكر، كما سبق الكلام فيه.

وعلى فرض التسليم لا يتصوّر التعهّد للضامن بالنسبة إلى ما هو خارج

عن اختياره، فإنَّ الرهنية ليست تحت اختيار الضامن، فإنَّ الرهنية تحتاج إلى الإيجاب والقبول أو الاشتراط في ضمن العقد بنحو اشتراط النتيجة إن قلنا بالصحة بهذا النحو، وقد سبق الإشكال فيه، وليس في المقام شيء مما ذكر؛ فتدبر.

وأما العين الموقوفة، فليست مشتركة بين الطبقات، ولذا يختص ثمرتها بخصوص الموجودين غاية الأمر على القول بالملكية تكون العين مملوكة للطبقة الموجودة ملكية موقفة تتلقى الطبقة الآتية بعد انقراض الأولى هذه الملكية، وهذا ليس شركة.

هذا مضافاً إلى أنَّ العوض قد لا يكون قابلاً للوقفية لو كان من الأثمان، فإنَّ الذهب والفضة المسكوكين لا يقبلان الوقفية، لأنَّ حقيقة الوقف تحبس العين وتسبيل الثمرة ولا ثمرة لهما.

فتلخص مما ذكر الإشكال في رهنية عوض التالف والتلف، وكذلك وقفية العوض في بيع الموقوفة.

مسائل النزاع وهي أربع:

الأولى: يضمن المرتهن قيمة الرهن يوم تلفه، وقيل: أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف، ولو اختلفا فالقول قول الراهن^(١)، وقيل^(٢): القول قول المرتهن، وهو أشبه.

(١) المقنعة: ٦٢٣؛ النهاية: ٤٣١؛ المهذب: ٦٩/٢؛ المراسم: ١٩٣؛ الكافي في الفقه: ٣٣٥؛

الوسيلة: ٢٦٦؛ غنية النزوع: ٢٤٦.

(٢) السرائر: ٤٢١/٢؛ الروضة البهية: ٩٢/٤.

إذا ضمن المرتهن من جهة التعدي أو التفريط وحصول التلف، فإن كان الرهن مثلياً فلا بدّ من ردّ المثل، وإن كان قيميّاً ردّ القيمة، قيمة يوم التلف على المشهور.

ومن قال بأنّ العين في العهدة حتّى بعد التلف يعتبر قيمة يوم الأداء، وأمّا أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف^(١)، فلم يظهر له وجه سوى الاحتياط، لأنّ يوم القبض لم يكن مضموناً، والأظهر قول المشهور، لما سبق في كتاب البيع من الإشكال فيها استدللّ به لسائر الأقوال المذكورة.

لو اختلف الراهن والمرتهن في القيمة، فمقتضى القاعدة أن يكون القول قول المرتهن حيث ينكر الزيادة غالباً، لأصالة براءة ذمّته عن الزائد. وأمّا لو ادّعى الأكثر والراهن ينكره لغرض عقلائي، فالقول قول الراهن، لما ذكر إلّا أن يقال: حيث أقرّ المرتهن بالأكثر يكون مأخوذاً بإقراره، لكن يعارضه إقرار الراهن بعدم الاستحقاق، فاللزام أن يدسّ في مال الراهن.

ولم يظهر للقول الآخر وجه إلّا ما ذكر من أنّ المرتهن خائن، فلا يؤخذ بقوله^(٢)، وفيه أنّا نأخذ بقوله من جهة أنّه منكر، [ذلك] مضافاً إلى أنّه قد يكون الضمان من جهة الغفلة في الحفظ أو من جهة إتلافه غفلة وليس خائناً.

(١) الخلاف: ٤٠٣/٣؛ المبسوط: ٧٠/٣؛ الوسيلة: ٢٧٦؛ السرائر: ٤٨١/٢. وهذا منسوب إلى

الشيخ رحمه الله في نهايته أيضاً. المهذب البارع: ٢٥٢/٤. إلّا أنّ الموجود فيها في موضع (٤٠٢):

قيمة يوم الغصب، وفي آخر (٤٤٦): قيمة يوم التعدي، وفي ثالث (٧٨٠): قيمة يوم التلف.

(٢) جواهر الكلام: ٢٥/٢٦٠.

(الثانية: لو اختلفا فيما على الرهن، فالقول قول الراهن، وفي رواية القول قول المرتهن ما لم يدع زيادة عن قيمة الرهن).

لواختلفا فيما على الرهن وروايات الباب مقتضى القاعدة في صورة اختلاف الراهن والمرتهن في كمّية الدين أن يكون القول قول الراهن حيث يكون منكرّاً للزيادة التي يدّعيها المرتهن.

ويدلّ عليه صحيح محدّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجل رهن عند صاحبه رهناً لا بيّنة بينهما فيه، فادّعى الذي عنده الرهن أنّه بألف فقال صاحب الرهن: إنّما هو بمائة؟ قال عليه السلام: البيّنة على الذي عنده الرهن أنّه بألف، وإن لم يكن له بيّنة فعلى الراهن اليمين»^(١).

وموثقة ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا اختلفا في الرهن فقال أحدهما: رهنته بألف درهم وقال الآخر بمائة درهم؟ فقال: يُسأل صاحب الألف البيّنة فإن لم يكن على بيّنة حلف صاحب المائة»^(٢).

وفي قبالتها خبر السكوني عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام: «في رهن اختلف فيه الراهن والمرتهن، فقال الراهن: هو بكذا وكذا وقال المرتهن: والجواب عنه

(١) الكافي: ٢٣٧/٥، ح ٢، باب الاختلاف في الرهن؛ تهذيب الأحكام: ١٧٤/٧، ح ٢٦، باب الرهن؛ الاستبصار: ١٢١/٣، ح ١، باب أنّه إذا اختلف الراهن والمرتهن في مقدار ما على الرهن؛ وسائل الشيعة: ٤٠٢/١٨، أبواب أحكام الرهن، ب ١٧، ح ١.

(٢) الكافي: ٢٣٧/٥، ح ١، باب الاختلاف في الرهن؛ تهذيب الأحكام: ١٧٤/٧، ح ٢٨، باب الرهن؛ الاستبصار: ١٢٢/٣، ح ٣، باب أنّه إذا اختلف الراهن والمرتهن في مقدار ما على الرهن؛ وسائل الشيعة: ٤٠٣/١٨، أبواب أحكام الرهن، ب ١٧، ح ٢. والتعبير عنها بالموثقة للحسن بن محدّد بن سماعة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤.

٤٢ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

هو بأكثر؟ قال عليّ عليه السلام: يصدق المرتهن حتّى يحيط بالثمن لأنّه أمينه^(١).
ولا مجال للأخذ به مع ضعف السند، والمخالفة للمتواتر، كما في جامع المقاصد^(٢).

(الثالثة: لو قال القابض: هو رهن، وقال المالك: هو ودیعة، فالقول قول المالك مع يمينه، وفيه رواية أخرى متروكة.

الرابعة: لو اختلفا في التفريط فالقول قول المرتهن مع يمينه).

المشهور^(٣) أنّ القول قول المالك في الاختلاف في أنّ المال رهن أو ودیعة، لأنّه منكر جهة موافقته، لأصالة عدم الارتهان، ولا يعارضها أصالة عدم الإيداع، لعدم ترتّب أثر عليها.

ويمكن الاستدلال بصحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجل رهن عند صاحبه رهناً فقال الذي عنده الرهن: أرهنته عندي بكذا وكذا وقال الآخر: إنّها هو عندك ودیعة؟ فقال: البيّنة على الذي عنده الرهن أنّه بكذا وكذا فإن لم يكن له بيّنة فعلى الذي له الرهن اليمين»^(٤).

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣٠٨، ح ٤١٠٤، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٧٥، ح ٣١، باب الرهن؛ الاستبصار: ٣/ ١٢٢، ح ٤، باب أنّه إذا اختلف الراهن والمرتهن في مقدار ما على الرهن؛ وسائل الشیعة: ١٨/ ٤٠٣، أبواب أحكام الرهن، ب ١٧، ح ٤. والرواية موثقة لأجل السكوني. راجع معجم رجال الحديث: ٣/ ١٠٥.

(٢) جامع المقاصد: ٥/ ١٥٩.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٣٥؛ النهاية: ٤٣٢؛ المهذّب: ٢/ ٦٩؛ فقه القرآن: ٢/ ٦٠؛ السرائر: ٢/ ٤٢١؛ مختلف الشیعة: ٥/ ٤٠٣.

(٤) تهذيب الأحكام: ٧/ ١٧٤، ح ٢٦، باب الرهن؛ الاستبصار: ٣/ ١٢٣، ح ٣، باب أنّه إذا اختلف نفسان في متاع في يد واحد منهما فقال الذي عنده أنّه رهن وقال الآخر أنّه ودیعة؛ ←

وحمله الشيخ عليه السلام على صورة النزاع في الدين لا الرهن^(١)، ولا يخفى الإشكال في هذا الحمل حيث إن مورد السؤال الاختلاف في أن المال رهن أو وديعة، ولا مجال لحمل الجواب على غيره، نعم، لا بد من حمل كلام السائل في رجل رهن، إلى آخره، على ما اعتقد الآخر.

وفي قبالة خبر عبادة^(٢) بن صهيب، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متاع في يد رجلين أحدهما يقول: استودعته، والآخر يقول: هو رهن؟ فقال عليه السلام: القول قول الذي يقول: إنه رهن عندي إلا أن يأتي الذي ادعى أنه أودعه بشهود»^(٣).

وموثق ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام المتقدم صدره، وفيه قال: «وإن كان الرهن أقل مما رهن به أو أكثر واختلفا فقال أحدهما: هو رهن، وقال الآخر: هو وديعة؟ قال: على صاحب الوديعة البيّنة وإن لم يكن له بيّنة حلف صاحب الرهن»^(٤)، وصحيح أبان الموافق في المتن للموثق المذكور^(٥).

→ وسائل الشريعة: ١٨ / ٤٠٠، أبواب أحكام الرهن، ب ١٦، ح ١.

(١) لاحظ الاستبصار في ذيل الخبر.

(٢) في المصادر: عبّاد.

(٣) الكافي: ٥ / ٢٣٨، ح ٤، باب الاختلاف في الرهن؛ من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٣٠٦، ح ٤٠٩٧، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ١٧٦، ح ٣٣، باب الرهن؛ وسائل الشريعة: ١٨ / ٤٠١، أبواب أحكام الرهن، ب ١٦، ح ٣. والرواية موثقة بعبّاد بن صهيب. راجع معجم رجال الحديث: ٩ / ٢١٤.

(٤) الكافي: ٥ / ٢٣٧، ح ١، باب الاختلاف في الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ١٧٤، ح ٢٨، باب الرهن؛ وسائل الشريعة: ١٨ / ٤٠٣، أبواب أحكام الرهن، ب ١٧، ح ٢. والتعبير عنها بالموثقة للحسن بن محمد بن سماعة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤.

(٥) من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٣١٢، ح ١١٦، باب الرهن؛ وسائل الشريعة: ١٨ / ٤٠٣، أبواب ←

ولا يمكن الجمع، وقد يقوى المشهور من جهة الشهرة وندرة العامل بالأخبار المخالفة حيث إنّ القائل بمضمونها الصدوق^(١) والشيخ^(٢) -قدس أسرارهما-.

والمسألة مشكلة إلا أن يؤخذ بعموم «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، فالعام إما مرجح أو مرجع، إلا أن يقال: يكون العام أيضاً طرفاً للمعارضة.

لو اختلفا في التفريط وأما لو اختلفا في التفريط، فالقول قول المرتهن، لأنه موافق للأصل، ويكون منكراً.

→ أحكام الرهن، ب ١٧، ذيل ح ٢.

(١) المقنع: ٣٨٤.

(٢) الاستبصار: ١٢٣/٣.

كتاب الحجر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على محمّد وآله الطاهرين.

(كتاب الحجر)

(المحجور: هو الممنوع من التصرف في ماله، وأسبابه ستّة: الصغر معنى الحجر وأسبابه الستّة والجنون والرق والمرض والفلس والسفه.

ولا يزول حجر الصغير إلا بوصفين:

الأوّل: البلوغ، وهو يعلم بإنبات الشعر الخشن على العانة، أو خروج المني الذي منه الولد من الموضع المعتاد، ويشترك في هذين الذكور والإناث، أو السنّ وهو بلوغ خمس عشرة، وفي رواية: من ثلاث عشرة إلى أربع عشرة، وفي رواية أخرى: بلوغ عشرة، وفي الأنثى بلوغ تسع).

الحجر لغة المنع والتضييق^(١)، والمراد هنا المعنى الأوّل، فالممنوع من التصرف في ماله ولو في بعض ماله محجور.

وموجبات الحجر كثيرة متفرقة في تضاعيف أبواب الفقه كالرهن والمكاتب وغيرهما، لكن التي جرت عادة الفقهاء - قدّس الله أسرارهم - بذكرها وعقد كتاب لها الستّة المذكورة.

(١) الصحاح: ٦٢٣/٢؛ لسان العرب: ١٦٧/٤. ولاحظ المبسوط: ٢٨١/٢؛ تذكرة الفقهاء:

يزول الحجر بالبلوغ أمّا الصغير فيزول حجره بوصفين: البلوغ والرشد، وقد فسّر البلوغ بالكمال الطبيعي للإنسان بحيث يبقى به النسل ويقوى معه العقل، وهو حال انتقال الأطفال إلى الحدّ المذكور^(١).

ولازم ما ذكر أنّه مع القطع بعدم الوصول إلى ذلك الكمال لا يرتفع الحجر، ولا يترتب [عليه] الآثار المترتبة على البلوغ وإن بلغ خمس عشرة سنة، ولا أظنّ أن يلتزم به، وإن التزموا بحصوله قبل البلوغ إلى هذا الحدّ من السنّ. ونظير هذا ما يشاهد بالنباتات حيث إنّها قد تكون قابلة لتوليد المثل وإثارة الثمرة في مدّة معيّنة، ومثلها لا تكون مثمرة في تلك المدّة، فمع العلم بحصول البلوغ لا إشكال [فيه]، ومع الشبهة يرجع إلى العلائم.

إنبات الشعر الخشن على العانة ورواياته
فمنها: إنبات الشعر الخشن على العانة، ويدلّ عليه الأخبار المروية من طرق العامة والخاصّة:

منها ما روي: «أنّ سعد بن معاذ لما حكم على [بنّي] قريظة كان يكشف عن عورات المراهقين، ومن أنبت منهم قتل، ومن لم ينبت جعل في الذراري»^(٢).

وما روى عن عطية القرظي قال: «عرضنا على رسول الله ﷺ يوم قريظة وكان من أنبت قتل، ومن لم ينبت خلّي سبيله، فكنّت ممّن لم ينبت فخلّي سبيلي»^(٣).

(١) جواهر الكلام: ٤ / ٢٦.

(٢) مسند أحمد بن حنبل: ٣١٢ / ٥؛ المستدرک: ١٢٣ / ٢.

(٣) مسند أحمد بن حنبل: ٣١٠ / ٤؛ سنن ابن ماجّة: ٨٤٩ / ٢، ح ٢٥٤١؛ سنن الترمذي: ←

ومن طريق الأصحاب خبر أبي البختری عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: «أنَّ رسول الله ﷺ عرضهم يومئذ - يعني بني قريظة - على العانات، فمن وجده أنبت قتله، ومن لم يجده أنبت ألحقه بالذراري»^(١).

وما في خبر يزيد الكناسي: «أنَّ الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان الخيار له إذا أدرك و»^(٢) بلغ خمس عشرة سنة، أو يشعر في وجهه، أو ينبت في عانته»^(٣).

فلا مجال للتوقّف [فيه]، واستشكل [في] عمومه للإناث من جهة ظهور النصوص في خصوص الذكور^(٤).

ويمكن أن يقال: إنَّ إنبات الشعر ليس من الأمارات التي تحتاج أماريتها إلى التبعّد، بل هي من الأمارات التي تعتبرها العقلاء، وتوجب الاطمئنان بحصول البلوغ، وما لم يردع عنه الشرع يكون حجة.

نعم، لا بدّ من اعتبار الإنبات باقتضاء السنّ والطبيعة دون ما كان بالعلاج، ولعلّه من هذا القبيل إنبات الشعر في الوجه، وقد ذكر في خبر

→ ٣/ ٧٢، ح ١٦٣٣؛ السنن الكبرى: ٥/ ١٨٥، ح ٨٦٢١.

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ١٧٣، ح ١٧، باب النوادر؛ وسائل الشيعة: ١٥/ ١٤٧، أبواب جهاد العدو، ب ٦٥، ح ٢. وأبو البختری ضعيف جداً.

(٢) في الاستبصار: «أو».

(٣) تهذيب الأحكام: ٧/ ٣٨٣، ذيل ح ٢٠، باب عقد المرأة على نفسها النكاح وأولياء الصبية وأحقهم بالعقد عليها؛ الاستبصار: ٣/ ٢٣٧، ح ٥، باب أنَّ الأب إذا عقد على ابنته الصغيرة قبل أن تبلغ لم يكن لها عند البلوغ خيار؛ وسائل الشيعة: ٢٠/ ٢٧٨، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ب ٦، ح ٩. والرواية صحيحة على كلام في الكناسي.

(٤) جواهر الكلام: ٧/ ٢٦.

يزيد الكناسي المذكور آنفاً، والخبر من الأخبار الحسان.

يعلم البلوغ بخروج
المني
ومنها: خروج المني بلا خلاف^(١)، مضافاً إلى الكتاب والسنة، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَعِزُّوْا﴾^(٢)، ﴿وَأَسْكُلُوا أَيْتَنَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾^(٣).

وقال الصادق عليه السلام - على المحكي - في خبر هشام بن سالم: «انقطاع يتم اليتم الاحتلام وهو أشده»^(٤).

وفي موثق ابن سنان: «سأله أبي - وأنا حاضر - عن قول الله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ﴾ قال: الاحتلام»^(٥).

وفي النبوي المعروف: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى ينتبه»^(٦)، إلى غير ما ذكر.

(١) المبسوط: ٢/ ٢٨٢؛ فقه القرآن: ٢/ ٧٢؛ غنية النزوع: ٢٥١، وفيه دعوى الإجماع؛ إصباح الشيعة: ٢٩٥؛ جامع الخلاف والوفائق: ٣٠٧؛ تذكرة الفقهاء: ١٤/ ١٨٨، وفيه دعوى الإجماع.

(٢) النور: ٥٩.

(٣) النساء: ٦.

(٤) الكافي: ٧/ ٦٨، ح ٢، باب الوصي يدرك أيتامه فيمتنعون من أخذ مالهم ومن يدرك ولا يؤنس منه الرشد وحد البلوغ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٢٠، ح ٥٥١٧، باب انقطاع يتم اليتم؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ١٨٣، ح ١٢، باب وصية الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٦٣، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٤، ح ٩. والرواية صحيحة.

(٥) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٨٢، ح ٦، باب وصية الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٦٣، أبواب الوصايا ب ٤٤، ح ٨. والتعبير عنها بالموثقة لابن فضال. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٦) مسند أحمد: ٦/ ١٠٠-١٠١؛ سنن الدارمي: ٢/ ١٧١؛ سنن أبي داود: ٢/ ٣٣٩، ح ٤٤٠١؛ المستدرک: ٢/ ٥٩.

والظاهر أنّ المدار الاستعداد لا الفعلية، فلو لم يحتلم بعد لكنه بحيث لو أراد إخراج المنى بالنكاح أو بغيره تمكّن منه، ويعرف ذلك بتحريك الطبيعة والإحساس بالشهوة، سواء انفصل منه المنى من الموضع المعتاد أو من غيره.

ويمكن استفادته من قوله تعالى: ﴿إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ الظاهر في البلوغ إلى حدّ أهلية النكاح، كما أنّ التقييد بكون المنى ممّا يكون منه الولد المراد منه الشائبة لا الفعلية، فإنّه كثيراً لا يكون منه الولد.

ولا إشكال في اشتراك هذا بين الذكر والأنثى، لعموم الآية الشريفة: ﴿وَابْتَغُوا الْيَتَامَى﴾، لأنّ الأنثى أيضاً يحصل لها الاحتلام ويخرج منها المنى.

ولا يخفى أنّه بناء على اعتبار الاستعداد دون الفعلية يشكل جعله علامة بل لعله حقيقة البلوغ كما ذكر سابقاً حيث إنّ البلوغ أهلية الإنسان لتوليد المثل، أو معنى ملازم له، ونظير هذا متحقق في الحيوانات والنباتات.

ومن العلام السنّ، والمعروف المشهور ببلوغ خمسة عشر سنة في الغلام، والبلوغ بالسنّ وبلوغ تسع سنين في الإناث^(١).

ويدلّ عليه ما رواه في الكافي عن حمزة بن حمران قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة وتقام عليه ويؤخذ بها؟ قال: إذا خرج عنه اليتيم وأدرك.

(١) المراسم: ١٦٦؛ الخلاف: ٣/٢٨٢-٢٨٣، وفيه دعوى الإجماع؛ المهدّب: ١١٩/٢-١٢٠؛

الوسيلة: ٣٠١؛ فقه القرآن: ٢/٧٣؛ غنية النزوع: ٢٥١، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر:

٣/٢٠٦؛ الجامع للشرائع: ٣٦٠.

قلت: فلذلك حدّ يعرف؟ قال: إذا احتلم أو بلغ خمس عشرة سنة أو أنبت أو أشعر مثل ذلك أقيمت عليه الحدود التامة وأخذ بها وأخذت له. قلت: فالجارية متى يجب عليها الحدود التامة وتؤخذ بها وتؤخذ لها؟ قال: إنّ الجارية ليست مثل الغلام، إنّ الجارية إذا تزوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنه اليتيم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء والبيع، وأقيمت عليها الحدود التامة، وأخذ لها وبها، قال: والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع، ولا يخرج من اليتيم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم، أو يشعر أو ينبت قبل ذلك».

ورواه ابن إدريس في مستطرفات السرائر نقلاً من كتاب المشيخة للحسن بن محبوب، عن حمزة بن حمران، عن أبي جعفر عليه السلام بغير واسطة^(١). وعن يزيد الكناسي، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «الجارية إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتيم وزوّجت وأقيمت عليها الحدود التامة عليها ولها»^(٢). والأخبار ببلوغ الجارية بالتسع كثيرة فلا إشكال، وإنّما الإشكال في بلوغ الغلام بخصوص خمس عشرة أو أقل.

(١) الكافي: ١٩٧/٧، ح ١، باب حدّ الغلام والجارية اللذين يجب عليهما الحدّ تاماً؛ تهذيب الأحكام: ٣٧-٣٨، ح ١٣٢، باب حدود الزنى؛ السرائر: ٣/٥٩٦؛ وسائل الشيعة: ٤٣/١، مقدّمة العبادات، ب ٤، ح ٢، وفيه عبد العزيز العبدى، وهو ضعيف. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٦٤١.

(٢) الكافي: ١٩٨/٧، ح ٢، باب حدّ الغلام والجارية اللذين يجب عليهما الحدّ تاماً؛ تهذيب الأحكام: ٣٨/١٠، ح ١٣٣، باب حدود الزنى؛ وسائل الشيعة: ٢٨/٢٠، أبواب مقدّمات الحدود، ب ٦، ح ١. والرواية صحيحة على كلام في الكناسي.

الأخبار المعارضة

في المسألة

ففي قبال ما ذكر أخبار:

منها: رواية أبي حمزة الثمالي عن الباقر عليه السلام قال: «قلت له: جعلت فداك، في كم تجري الأحكام على الصبيان؟ قال: في ثلاث عشرة أو أربع عشرة. قلت: فإن لم يحتلم فيها؟ قال: وإن لم يحتلم فيها، فإن الأحكام تجري عليه»^(١).

وصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ما يجب على المحتلمين احتلم أو لم يحتلم، وكتبت عليه السيئات وكتبت له الحسنات، وجاز له كل شيء إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً»^(٢).

وروى في الكافي والفقيه عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات، وكتبت عليه السيئة وعوقب، وإذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك، وذلك أئتها تحيض لتسع سنين»^(٣).

(١) تهذيب الأحكام: ٣١٠/٦، ح ٦٣، باب من الزيادات في القضايا والأحكام؛ وسائل الشيعة: ٣٦٧/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٥، ح ٣، وفيه السندي بن الربيع ويحيى بن المبارك، وفيهما كلام.

(٢) الكافي: ٦٩/٧، ح ٧، باب الوصي يدرك أيتامه فيمتنعون من أخذ مالهم ومن يدرك ولا يؤنس منه الرشد وحد البلوغ؛ تهذيب الأحكام: ١٨٣/٩، ح ١٤، باب وصية الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ٣٦٤/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٤، ح ١١.

(٣) الكافي: ٦٩-٦٨/٧، ح ٦، باب الوصي يدرك أيتامه فيمتنعون من أخذ مالهم ومن يدرك ولا يؤنس منه الرشد وحد البلوغ؛ تهذيب الأحكام: ١٨٤/٩، ح ١٦، باب وصية الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ٣٦٥/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٤، ح ١٢. والرواية ←

وروى في التهذيب في الموثق عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سأله أبي - وأنا حاضر - عن قول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ﴾؟ قال: الاحتلام، فقال: يحتلم في ستّ عشرة وسبع عشرة سنة ونحوهما؟ فقال: إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة ونحوها قال: لا، إلا إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات، وكتبت عليه السيئات، وجاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً.

فقال: وما السفيه؟ قال: الذي يشتري الدرهم بأضعافه، قال: وما الضعيف؟ قال: الأبله^(١).

وروى في الكافي والتهذيب عن عيسى بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: يَنْتَغَرُ^(٢) الصبي لسبع سنين، ويؤمر بالصلاة لتسع، ويفرق بينهم في المضاجع، ويحتلم لأربع عشرة، وينتهي طوله لإحدى وعشرين، وينتهي عقله لثمان وعشرين إلا التجارب»^(٣).

وروى في التهذيب في الموثق عن عمّار بن موسى الساباطي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ فقال: إذا أتى

→ موثقة بالحسن بن محمد بن سماعة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤.
(١) تهذيب الأحكام: ١٨٢/٩، ح ٦، باب وصية الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ٣٦٣/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٤، ح ٨. والتعبير عنها بالموثقة لابن فضال. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٦٤١.

(٢) أي يسقط أسنانه المقادير. روضة المتقين: ٣٧٢/٦.
(٣) الكافي: ٦٩/٧، ح ٨، باب الوصي يدرك أيتامه فيمتنعون من أخذ مالهم ومن يدرك ولا يؤنس منه الرشد وحد البلوغ؛ تهذيب الأحكام: ١٨٣/٩، ح ١٣، باب وصية الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ٣٦٤/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٤، ح ١٠. وعيسى بن زيد مهمل.

عليه ثلاث عشرة سنة فإذا احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة، وجرى عليه القلم، والجارية مثل ذلك إذا أتى لها ثلاث عشرة أو حاضت قبل، فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليه القلم»^(١).

وهذه الأخبار مع اعتبارها من حيث السند والصراحة بحسب الدلالة لم يعمل المشهور بها، ويمكن أن يكون الأخذ بما يقابلها من جهة الترجيح. وقد يستدل بالآية الشريفة: ﴿وَلْيَتْلُوا آيَاتَهُ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٢) حيث إن مفهومها عدم الدفع مع عدم إيناس الرشد المشروط ببلوغ النكاح، فمع عدم بلوغ النكاح الإيناس المذكور متنف ومعه انتفائه لا يجوز الدفع.

وبعبارة أخرى تكون ﴿إِذَا﴾ للشرط وجوابها مجموع الشرط والجزاء، وهو قوله تعالى ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ﴾، إلى آخره، وحدود الابتلاء في الغالب من العشر إلى الخمس عشرة وأحقها الدخول سن الاحتلام، وتوقع بلوغ النكاح وهي من الثانية عشرة إلى السادسة عشرة إلا أن الإجماع على خروجها، فيتعين كون الخمس عشرة هي البلوغ بحسب السن^(٣).

ويمكن أن يقال: هذا مبني على كون قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ﴾، إلى آخره، متفرعاً على الامتحان إلى زمان بلوغ النكاح، وأما إن كان

(١) تهذيب الأحكام: ٢/ ٣٨٠-٣٨١، ح ٥، باب الصبيان متى يؤمرون بالصلاة؛ الاستبصار:

١/ ٤٠٨، ح ٢، باب الصبيان متى يؤمرون بالصلاة؛ وسائل الشيعة: ١/ ٤٥، أبواب مقدمة

العبادات، ب ٤، ح ١٢.

(٢) النساء: ٦.

(٣) جواهر الكلام: ١٨/ ٢٦.

متفرّعاً على نفس الابتلاء والامتحان، فلا يتمّ ما ذكر، ويشكل الأوّل من جهة أنّ لازمه اشتراط الابتلاء والامتحان قبل البلوغ أيضاً، مع أنّه لا يشترط.

مضافاً إلى أنّه لم يبيّن في الآية زمان بلوغ النكاح، فيمكن أن يكون المراد زمان الاحتلام، ويشهد له ما روى القمي في تفسيره عن الإمام عليه السلام في تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْوُوا السُّفَهَاءَ﴾^(١) قال: «من كان في يده مال بعض اليتامى، فلا يجوز أن يعطيه حتّى يبلغ النكاح ويحتلم»، الحديث^(٢).

وإن كان المراد زمان أهليّة النكاح وجواز الأمر وإقامة الحدود التامّة عليه فمقتضى الأخبار المذكورة كفاية ثلاث عشرة وأربع عشرة، وقد مضى بعض الكلام الراجع إلى مفاد الآية الشريفة في كتاب البيع. وبالجملة بحسب الأدلّة يشكل القول المشهور، لكنّه لا محيص [عنه]، والمخالفة أشكل.

(الثاني: الرشد، وهو أن يكون مصلحاً لماله، وفي اعتبار العدالة تردّد، ومع عدم الوصفين أو أحدهما يستمرّ الحجر ولو طعن في السنّ، ويعلم رشد الصبي باختباره بما يلائمه من التصرفات، ويثبت بشهادة الرجلين^(٣) في الرجال، وبشهادة الرجال أو النساء في النساء).

قد يفسّر الرشد بالملكة النفسانيّة المقتضية لإصلاح المال المانعة من

يزول الحجر بالرشد

تفسير الرشد

(١) النساء: ٥.

(٢) تفسير القمي: ١/ ١٣١.

(٣) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «رجلين» بدل «الرجلين».

صرفه في الوجوه غير اللائقة بأفعال العقلاء^(١)، وعن مجمع البيان أنه العقل، وإصلاح المال، وهو المروي عن الباقر عليه السلام^(٢).

ويمكن أن يقال: فرق بين الرشد وسائر الكمالات الحاصلة بالممارسة والتمرين حيث إنَّ الرشد ضدَّ السفه، وهي ترجع إلى سخافة العقل ونقصانه، والسخافة في العقل على خلاف الطبيعة كالجنون، فلا حاجة في الرشد إلى الممارسة.

ولعلَّ الأمر بالابتلاء والامتحان من جهة أنَّ الصبي غالباً ناقص العقل، ويصل إلى الكمال العقلي بالتدريج، وبمجرد البلوغ لم يحرز كماله العقلي المقتضي لإصلاح المال والتجَنُّب عمَّا لا يليق بأفعال العقلاء، وبعد التجاوز عن حدِّ البلوغ يعامل معه معاملة الرشيد من جهة أصالة السلامة، كما يعامل معه معاملة العاقل يؤخذ بإقراره على نفسه، ويقام عليه الحدُّ، ولعلَّه لهذا جرت السيرة على المعاملة مع مجهول الحال معاملة الرشيد.

وأما اعتبار العدالة، فلا مجال لاحتاله، وإلاَّ لزم بطلان نوع [من] هل تعتبر العدالة؟ المعاملات مع المسلمين، وجميع المعاملات مع الكفار.

وما ربما يظهر من بعض الأخبار من أنَّ شارب الخمر سفیه، محمول على غير السفاهة الموجبة لفساد معاملاته، فلا مجال لأنَّ يقال: إذا ثبتت السفاهة بالنسبة إليه تثبت بالنسبة إلى غيره من مرتكبي الكبائر لعدم القول

(١) قواعد الأحكام: ١٣٤/٢؛ المهذب البارع: ٥١٥/٢؛ الروضة البهية: ١٠١/٤؛ مسالك

الأفهام: ١٤٨/٤؛ رياض المسائل: ٢٤٥/٩.

(٢) مجمع البيان: ١٦/٣.

بالفصل، كيف وفي الأخبار ما يدل على صحّة معاملة الفسّاق مثل الأخبار الدالّة على جواز بيع الخشب ممّن يعمله صنماً، والعنب والتمر ممّن يعمله خمراً، وبعد اعتبار الرشد زائداً على البلوغ يكون الحجر مع عدمه باقياً ولو طعن في السنّ وبلغ ما بلغ.

لوشكّ في الرشد وأمّا صورة الشكّ في الرشد، فإن كان قبل البلوغ أو بعده قبل مضيّ مدّة، فلا بدّ من رفعه بالاختبار أو بشهادة البيّنة.

ولا يبعد الاكتفاء بما يوجب الوثوق والاطمئنان، لاعتماد العقلاء وإمضاء هذا البناء من طرف الشرع، وقد سبق في بعض المباحث السابقة.

وأما بعد مضيّ مدّة من البلوغ، فالظاهر عدم الحاجة إلى ما ذكر، لقيام السيرة على المعاملة مع المجهول الحال معاملة الرشيد، ثمّ إنّ لم يظهر وجه لاشتراط الحجر أو رفعه بحكم الحاكم، بل الإطلاق على خلافه.

ومّا ذكر ظهر ما في المتن من قوله:

(والسفيه هو الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة، فلو باع والحال هذه لم يمض بيعه، وكذا لو وهب أو أقرّ بمال، ويصحّ طلاقه وظهاره وإقراره بما لا يوجب مالاً).

مع عدم الرشد لا يجوز التصرفات المالية وظاهر كلماتهم أنّه مع عدم الرشد يكون الإنسان ممنوعاً من جميع التصرفات الماليّة وعدّها منها الإقرار بمال.

ولا يخفى أنّه مع علمه باشتغال ذمّته بالمال لا بدّ له من الفراغ بينه وبين ربّه ويشكل الحكم بعدم نفوذ إقراره، لأنّ الإقرار ليس تصرفاً في ماله، بل لازم نفوذه إخراج المقرّ به من ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فهو

دين في ذمته يصحّ أن يؤدّي عنه غيره، كما أنّه لو جنى جناية موجبة للدية من ماله يخرج من ماله.

ومن هنا يقع الإشكال في بيع الكلّي في الذمّة، فإنّه ليس تصرّفاً في ماله، بل بالبيع يعتبر المالّة إلا أن يكون إجماع.

وبعبارة أخرى ظاهر الآية الشريفة الناهية عن إيتاء السفهاء أموالهم ممنوعيتهم بالنسبة إلى أموالهم لا الممنوعة من كلّ تصرّف مالي، أو الممنوعة من كلّ ما يوجب التصرّف في المال، وكذلك الأخبار المتعرّضة لهذا المقام:

فمنها: رواية العياشي في تفسير قوله عزّ وجلّ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(١)، الآية، عن الصادق عليه السلام قال: «هم اليتامى لا تعطوهم حتّى تعرفوا منهم الرشد، قيل: فكيف يكون أموالهم أموالنا؟ فقال: إذا كنت أنت الوارث لهم»^(٢).

وفي التفسير عن الباقر عليه السلام: «أنّه سئل عن هذه الآية؟ قال: السفهاء النساء والولد إذا علم الرجل أنّ امرأته سفیهة مفسدة، وولده سفیهة مفسد لا ينبغي له أن يسلّط واحداً منهم على ماله الذي جعله الله له قياماً»^(٣)، الحديث.

وفي خبر آخر عن أبي جعفر عليه السلام في هذه الآية قال: «لا تؤتوها شراب الخمر ولا النساء، ثم قال: وأيّ سفیهة أسفه من شارب الخمر»^(٤).

(١) النساء: ٥.

(٢) تفسير العياشي: ١/ ٢٢٠؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٦٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٥، ح ١٠.

(٣) تفسير القمي: ١/ ١٣١.

(٤) تفسير القمي: ١/ ١٣١؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٧٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٣، ح ٢.

وروى في المجمع عن الباقر عليه السلام: «الرشد العقل وإصلاح المال»^(١).

والقَمِّي في تفسيره عنه عليه السلام في هذه الآية قال: «من كان في يده مال بعض اليتامى فلا يجوز له أن يعطيه حتّى يبلغ النكاح ويحتلم، فإذا احتلم وجب عليه الحدود وإقامة الفرائض، ولا يكون مضيعاً، ولا شارب الخمر، ولا زانياً، فإذا آنس منه الرشد دفع إليه المال، وأشهد عليه، وإن كانوا لا يعلمون أنّه بلغ، فإنّه يمتحن بريح إبطه أو نبت عاتته، فإذا كان كذلك فقد بلغ، فيدفع إليه ماله إذا كان رشيداً، ولا يجوز أن يحبس ماله ويعتل عليه أنّه لم يكبر بعد»^(٢)، إلى غير ما ذكر، فالنظر فيها لا يستفاد منها ما هو المعروف إلّا أن يتحقّق الإجماع؛ فتدبّر.

وأما الطلاق والظهار والإقرار بما لا يوجب مالاً، فلا مانع من صحّتها بحسب الأدلّة، فمثل الإقرار بالنسب نافذ بالنسبة إلى ثبوت النسب، وأما النفقة، فلا يثبت وجوبها من باب وجوب نفقة الأقارب على ما هو المشهور بينهم، وظاهر المتن عدم نفوذه حيث إنّّه يوجب المال.

(والمملوك ممنوع من التصرفات إلّا بإذن المولى، والمريض ممنوع من الوصيّة بما زاد على الثلث، وكذا في التبرّعات المنجّزة على الخلاف).

إن قلنا بعدم الملك للمملوك فلا يبقى الكلام، لأنّ الحجر بعد الفراغ عن الملكيّة وإن قلنا بحصول الملكيّة - كما هو الأقوى -، فهو محجور بالنسبة إلى ماله، وقد سبق الكلام في بيع الحيوان.

تصرّفات المملوك

(١) مجمع البيان: ١٦/٣.

(٢) تفسير القمّي: ١٣١/١.

وأما المريض، فادّعى الإجماع^(١) على كونه ممنوعاً من الوصية بما زاد على الثلث بمعنى عدم نفوذ الوصية بما زاد على الثلث، فإن أجاز الورثة صحّت، وإن لم تجز بطلت.

ويدلّ عليه النصوص المشتمل جملة منها على أنّها الحيف والتعدي، وأنّه يردّ الى الثلث^(٢)، وهو المعروف بين الفقهاء -رضوان الله تعالى عليهم- ولم يظهر خلاف إلا عن عليّ بن بابويه^(٣).

ومنها: المرويّ عن الصادق عليه السلام - كما عن المقنع -: «أنّه سئل عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله عزّ وجلّ؟ فقال: اجعله^(٤) إلى من أوصى له به وإن كان يهودياً أو نصرانياً، فإنّ الله عزّ وجلّ يقول: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾»، ثم^(٥) قال عقيب ذلك: ماله هو الثلث، لأنّه لا مال للميت أكثر من الثلث^(٦).

وأما خبر ابن عبدوس: «أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمّد عليه السلام فكتبت إليه: رجل أوصى إليّ بجميع ما خلف لك وخلف ابنتي أخت له، فأريك في ذلك؟ فكتبت إليّ: بع ما خلف وابعث به إليّ، فبعت

(١) الخلاف: ٤/ ١٤٣؛ غنية النزوع: ٢٥١، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ السرائر: ٣/ ٢٠٠؛ إصباح الشيعة: ٢٩٥؛ جامع الخلاف والوافق: ٣٠٧، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ تحرير الأحكام: ٢١٨/ ١.

(٢) وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٦٧، أبواب أحكام الوصايا، ب. ٨.

(٣) مختلف الشيعة: ٦/ ٣٩٣.

(٤) في المقنع: «أعطه».

(٥) من هنا إلى آخره ليس في المقنع وإن حكى عنه العلامة عليه السلام ذلك. مختلف الشيعة: ٦/ ٣٩٤.

(٦) المقنع: ٤٨١.

وبعثت به إليه، فكتب إليّ: قد وصل»^(١).

وكذا خبر عمّار: «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح إن أوصى به كلّ فهو جائز»^(٢).

وغيرهما ممّا يظهر منه نفوذ الوصيّة بما زاد على الثلث، فيردّ علمها إلى أهله، ولا مجال لمعارضتها مع الأخبار الكثيرة المدّعى^(٣) تواترها، نعم، مع إجازة الورثة تنفذ، وبسط الكلام موكل إلى محلّه؛ إن شاء الله تعالى.

وأما الممنوعة في التبرّعات المنجّزة في مرض الموت بالنسبة إلى الزائد على الثلث وهو محلّ الخلاف بين القدماء والمتأخّرين، فلا بدّ من نقل أخبار الطرفين.

حكم التبرّعات
المنجّزة بما زاد على
الثلث

فالأخبار التي استدلّ بها على الخروج من الثلث كثيرة:

منها: صحيح شعيب بن يعقوب^(٤): «عن الرجل يموت ماله من ماله؟ فقال عليه السلام: له ثلث ماله»^(٥).

الأخبار الدالة على
الخروج من الثلث

(١) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٩٥، ح ١٧، باب الوصيّة بالثلث وأقلّ منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/ ١٢٣، ح ١٨، باب أنّه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٨٠، أبواب أحكام الوصايا، ب ١١، ح ١٦. ومحمّد بن عبدوس مهمل.

(٢) الكافي: ٧/ ٧، ح ٢، باب أنّ صاحب المال أحقّ بماله ما دام حيّاً؛ من يحضره الفقيه: ٤/ ٢٠٢، ح ٥٤٦٨، باب في أنّ الإنسان أحقّ بماله ما دام فيه شيء من الروح؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ١٨٧، ح ٦، باب الرجوع في الوصيّة؛ الاستبصار: ٤/ ١٢١، ح ٩، باب أنّه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٩٨، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٧، ح ٥. الرواية ضعيفة.

(٣) جواهر الكلام: ٢٦/ ٦٠.

(٤) وفي الفقيه: شعيب بن يعقوب عن أبي بصير قال سألت أبا عبد الله عليه السلام.

(٥) الكافي: ٧/ ١١، ح ٣، باب ما للإنسان أن يوصي به بعد موته وما يستحبّ له من ذلك؛ من لا ←

ومنها: صحيحة عليّ بن يقطين: «ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: الثلث والثلث كثير»^(١).

ومنها: خبر عبد الله بن سنان: «للرجل عند موته ثلث ماله، وقال بعد ذلك: وإن لم يوص فليس على الورثة إمضاؤه»^(٢).

ومنها: خبر البحار: «الوصيّة على كلّ مسلم، ثمّ قال: ليس للميّت من ماله إلاّ الثلث فإذا أوصى بأكثر من الثلث ردّ إلى الثلث»^(٣).

ومنها: خبر [العلاء]^(٤) الوارد في الإقرار في المرأة التي استودعت رجلاً من الأنصار ففي ذيله: «فإنّها لها من مالها ثلث»^(٥).

ومنها: خبر أبي بصير^(٦): «عن الرجل يموت ما له من ماله؟ فقال: له

→ يحضره الفقيه: ١٨٥/٤، ح ٥٤٢٢، باب مقدار ما يستحبّ الوصيّة به؛ تهذيب الأحكام: ١٩١/٩، ح ٢، باب الوصيّة بالثلث وأقلّ منه وأكثر؛ الاستبصار: ١١٩/٤، ح ٢، باب أنّه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ٢٧٢/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٠، ح ٢. (١) تهذيب الأحكام: ٢٤٣/٩، ح ٣٣، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ٢٧٤/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٠، ح ٨.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٤٢/٩، ح ٣٢، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ٢٧٣/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٠، ح ٧. والرواية صحيحة.

(٣) الهداية: ٣٢٠/١؛ بحار الأنوار: ٢٠٧/١٠٠.

(٤) في المتن: العلل، والصحيح ما أثبتناه.

(٥) الكافي: ٤٢/٧، ح ٣، باب المريض يقرّ لوارث بدين؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٢٩/٤، ح ٥٥٤٣، باب إقرار المريض للوارث بدين؛ تهذيب الأحكام: ١٦٠/٩، ح ٧، باب الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ١١٢/٤، ح ٧، باب الإقرار في حال المرض لبعض الورثة بدين؛ وسائل الشيعة: ٢٩١/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٦، ح ٢. والعلاء يبيّح السابري مهمل.

(٦) هذا متّحد مع صحيح شعيب المتقدّم.

ثلث ماله وللمرأة أيضاً»^(١).

ومنها: رسالة جامع المقاصد: «المريض محجور عليه إلا في ثلثه»^(٢).

ومنها: خبر أبي حمزة المروي عن بعض الأئمة^(٣) قال: «الله -تبارك وتعالى- يقول: يا ابن آدم تطوّلت عليك بثلاثة: سترت عليك ما لو يعلم به أهلك ما واروك، وأوسعت عليك فاستقرضت منك فلم تقدّم خيراً، وجعلت لك نظرة عند موتك في ثلثك فلم تقدّم خيراً»^(٤).

ومنها: النبوي: «إن الله قد تصدّق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم»^(٥).

ومنها: خبر علي بن عقبة: «في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره، فأبى الورثة أن يميزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال: ما يعتق منه إلا ثلثه وسائر ذلك الورثة أحقّ بذلك، ولهم ما بقي»^(٦).

(١) من لا يحضره الفقيه: ٤/ ١٨٥، ح ٥٤٢٢، باب مقدار ما يستحبّ الوصية به؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٧٢، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٠، ح ٢. والرواية صحيحة.

(٢) جامع المقاصد: ٩٦/ ١١.

(٣) في التهذيب: عن أحدهما.

(٤) من لا يحضره الفقيه: ٤/ ١٨١، ح ٥٤١٠، باب حجة الله عزّ وجلّ على تارك الوصية؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ١٧٥، ح ١٢، باب الوصية ووجوبها؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٦٣، أبواب أحكام الوصايا، باب ٤، ح ٤، وفيه أبو عبد الله زكريا المؤمن، وهو مختلط الأمر في الحديث. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٥٣.

(٥) السنن الكبرى: ٦/ ٢٦٩؛ مجمع الزوائد: ٤/ ٢١٢؛ المعجم الكبير: ٤/ ١٩٨؛ كنز العمال: ١٦/ ٦١٤، ح ٤٦٠٥٥.

(٦) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٩٤، ح ١٣، باب الوصية بالثلث وأقلّ منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/ ١٢٠، ح ٥، باب أنّه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٧٦، أبواب ←

ومنها: خبر عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام: «ثم قال: سألته عن رجل حضره الموت وأعتق مملوكاً ليس له غيره، فأبى الورثة أن يميزوا ذلك كيف القضاء فيه؟ قال: ما يعتق منه إلا ثلثه»^(١).

ومنها: خبر أبي بصير عنه عليه السلام: «إن أعتق رجل عند موته خادماً، ثم أوصى بوصية أخرى ألغيت^(٢) الوصية، وأعتقت الخادم من ثلثه إلا أن يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية»^(٣).

ومنها: خبر السكوني عن علي عليه السلام: «أن 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»^(٤).

ومنها: الخبر العامي - الذي ادّعي في المسالك^(٥) أنه أجود ما في الباب متناً وسنداً ومن ادّعى خلاف ذلك فالسيرة تردّ دعواه، وعليه اقتصر ابن

→ أحكام الوصايا، ب ١١، ح ٤. والرواية موثقة بابن فضال. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.
(١) تهذيب الأحكام: ٢١٩/٩ - ٢٢٠، ح ١٢، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ٣٠١/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٧، ح ١٣. والرواية موثقة بمحمد بن عبد الله بن هلال الكيساني.

(٢) في الكافي: «ألقيت».

(٣) الكافي: ١٧/٧، ح ٢، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حبي؛ تهذيب الأحكام: ١٩٧/٩، ح ١٨، باب الوصية بالثلث وأقل منه وأكثر؛ وسائل الشيعة: ٢٧٦/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١١، ح ٦، وفيه علي بن أبي حمزة البطائني، وهو واقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٦٥٦.

(٤) تهذيب الأحكام: ٢٢٩/٨، ح ٦١، باب العتق وأحكامه؛ الاستبصار: ٧/٤، ح ٥، باب من أعتق بعض مملوكه؛ وسائل الشيعة: ١٠١/٣٢، كتاب العتق، ب ٦٤، ح ٥. والرواية موثقة لأجل السكوني. راجع معجم رجال الحديث: ١٠٥/٣.

(٥) مسالك الأفهام: ٣٠٩/٦.

الجنيذ^(١) في كتابه الأحمدى - وهو: «أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه، ولا له غيرهم، فاستدعاهم رسول الله ﷺ وجزأهم ستة أجزاء، وأقرع بينهم، وأعتق اثنين وأرق أربعة»^(٢).

ومنها: صحيحة زرارة أو جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل أعتق مملوكه عند موته وكان عليه دين؟ فقال عليه السلام: إن كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه وإلا لم يجوز»^(٣).

ومنها: موثقة ابن الجهم: «سمعت أبا الحسن عليه السلام في رجل أعتق مملوكاً وقد حضره الموت، فأشهد له بذلك وقيمه ستائة وعليه دين ثلاثائة درهم ولم يترك شيئاً غيره، قال: يعتق منه سدسه، لأنه إنما له منه ثلاثائة درهم، وتقضى عنه ثلاثائة درهم، وله من الثلث مائة درهم ثلثها، وله السدس من الجميع»^(٤).

(١) لم نعر عليه في المختلف.

(٢) مسند أحمد: ٤/٤٢٦؛ صحيح مسلم: ٥/٩٧؛ سنن ابن ماجه: ٢/٧٨٦، ح ٢٣٤٥؛ سنن النسائي: ٤/٦٤؛ السنن الكبرى: ٦/٢٦٥؛ سنن الدارقطني: ٤/١٥٠، ح ٤٥١٥.

(٣) الكافي: ٧/٢٧، ح ٢، باب من أعتق وعليه دين؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/١١٨، ح ٣٤٥٢، باب العتق وأحكامه؛ تهذيب الأحكام: ٨/٢٣٢، ح ٧٣، باب العتق وأحكامه؛ الاستبصار: ٤/٨-٧، ح ١، باب الرجل يعتق عبده عند الموت وعليه دين؛ وسائل الشيعه: ١٩/٣٥٦، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٩، ح ٦.

(٤) الكافي: ٧/٢٧، ح ٣، باب من أعتق وعليه دين؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٦٩، ح ٣٦، باب الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ٤/٨، ح ٢، باب الرجل يعتق عبده عند الموت وعليه دين؛ وسائل الشيعه: ١٩/٣٥٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٩، ح ٤. والتعبير عنها بالموثقة لابن فضال الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

ومنها: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج الطويلة، قال: «سألني أبو عبد الله عليه السلام: هل يختلف ابن أبي ليلى وابن شبرمة؟ فقلت: بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى وترك عليه ديناً كثيراً، وترك ممالك يحيط دينه بأثماهم، فأعتقهم عند الموت، إلى أن قال الإمام عليه السلام: إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يَتَّهَم الرجل على وصيته وأجيزت وصيته على وجهها، فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء، ويكون ثلثه للورثة، ويكون له السدس»^(١).

ومنها: صحيح الحلبي: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرئه منه في مرضها؟ فقال عليه السلام: لا»^(٢).

ومنها: خبر سماعة: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده؟ فقال عليه السلام: إذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع ما شاء، وأمّا في مرضه، فلا يصلح»^(٣).

(١) الكافي: ٢٦/٧، ح ١، باب من أعتق وعليه دين؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٢/٨، ح ٧٤، باب العتق وأحكامه؛ الاستبصار: ٨/٤، ح ٤، باب الرجل يعتق عبده عند الموت وعليه دين؛ وسائل الشيعة: ٣٥٤/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٩، ح ٥.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٠١/٩، ح ١٢، باب الوصية للوارث؛ وسائل الشيعة: ٣٠١/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٧، ح ١٥.

ثم أعلم أن متن الرواية في صحيح الحلبي هكذا: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المرأة تبرئ زوجها من صداقها في مرضها؟ قال: لا». وأمّا ما في المتن فهو موثقة سماعة. تهذيب الأحكام: ١٥٨/٩، ح ٢٩، باب النحل والهبة.

(٣) تهذيب الأحكام: ٢٠٠/٩، ح ١٠، باب الوصية للوارث؛ الاستبصار: ١٢٧/٤، ح ٢، باب عطية الوالد لولده في حال المرض؛ وسائل الشيعة: ٣٠٠/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٧، ح ١١. والرواية موثقة بزرعة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٦٦.

ومنها: خبر جراح المدائني: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده ببيته؟ قال: إذا أعطاه في صحته جاز»^(١).

ومنها: خبر السكوني عن علي عليه السلام: «أنه كان يردّ النحلة في الوصية وما أقرّ به عند موته بلا ثبت ولا بينة رده»^(٢).

ومنها: خبر أبي ولّاد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها؟ قال عليه السلام: بل تهبه له فيجوز هبتها له، ويحتسب ذلك من ثلثها»^(٣).

وقد يناقش في دلالة التسعة الأول منها بضعف الدلالة مضافاً إلى ضعف السند في بعضها من جهة أنّها ظاهرة في إرادة الوصية، فإنّ المراد منها المال الذي للميت بعد موته.

وجوه المناقشة في
الروايات المذكورة

أمّا ما اشتمل منها على لفظ «الميت» ولفظ «يموت»، فظاهر وما اشتمل

(١) تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٠٠، ح ١١، باب الوصية للوارث؛ الاستبصار: ٤/ ١٢٧، ح ١، باب عطية الوالد لولده في حال المرض؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٢٤٥، أبواب أحكام الوصايا، ب ١١، ح ٥. وفي جراح المدائني كلام. راجع معجم رجال الحديث: ٤/ ٤٠١.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٤٩، ح ٥٥٩٢، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ١٦١، ح ٩، باب الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ٤/ ١١٢، ح ٨، باب الإقرار في حال المرض لبعض الورثة بدين؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٢٩٥، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٦، ح ١٢. والرواية موثقة لأجل السكوني. راجع معجم رجال الحديث: ٣/ ١٠٥.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٩٥، ح ١٥، باب الوصية بالثلث وأقلّ منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/ ١٢٠، ح ٧، باب أنّه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٢٨٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ١١، ح ١١، وفيه محمد بن علي أبو سميّة. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٩٤.

على لفظة «عند موته» يحمل عليه، ولو بقيت على ظاهرها أفادت عدم ملكية ما عدا الثلث، وعدم جواز إتلافه وأكله وصرفه على نفسه بلبس واستخدام، وهو خلاف الضرورة، فيتعين إرادة الملكية البعدية^(١).

ويمكن أن يقال: لا إشكال في أنه لو لم يتصرف في حال الحياة معلقاً على الموت لم يعتبر له المال بعد الموت، فالنظر إلى التصرف قبل الموت، فإطلاقها يشتمل التصرف المعلق على الموت والمنجز، ولا وجه لحمل المشتمل على لفظة «عند موته» على بعد الموت، بل العكس أولى.

وما ذكر من أنه لو بقيت على ظاهرها، إلى آخره، يشكل من جهة أن مثل ما ذكر من الأكل واللبس والاستخدام وغيرها خارج عن محل السؤال، ولا يستل عمّا هو ضروري.

ونوقش أيضاً في دلالة الخمسة المذكورة بعدها بضعف الدلالة^(٢) مضافاً إلى ضعف السند بأن ظاهرها إرادة الوصية بالعتق بملاحظة أن الغالب الوقوع من العتق الواقع في حال المرض هو ذلك، لا العتق المنجز^(٣).

ولا يخفى بعد ما ذكر، فإن الظاهر أن المراد العتق المنجز، وعلى تقدير الشمول للمتعلق بالمنجز المتيقن، نعم، في خصوص خبر أبي بصير حيث عبّر فيه «ثم أوصى بوصية أخرى» يوهم إرادة الوصية من جهة لفظة «أخرى»، ولكنه يشكل أيضاً من جهة أنه قال **بأنه** في الجواب -على المحكي-: «ألغيت الوصية» ولم يقل الوصية الأخرى.

(١) رسالة في منجزات المريض (للسيد الزدي): ١٩.

(٢) في الأصل: «الدالة» بدل «الدلالة»، وما أثبتناه أصوب.

(٣) رسالة في منجزات المريض (للسيد الزدي): ١٩.

ونوقش في دلالة الثلاثة المذكورة بعدها بأنّها ظاهرة في الوصيّة بالعتق خصوصاً الأخيرة منها حيث قال عليه السلام فيها: «لم يتّهم على وصيّته وأجيزت وصيته» مع أنّ صحيحة زرارة لا دلالة لها على الخروج من الأصل أو الثلث، وإنّما تدلّ على أنّ الدين مقدّم على العتق وإن كان العتق سابقاً على الموت.

وثانياً: لو سلّمنا حملها على العتق المنجز يجب الاقتصار على موردها، لكونها على خلاف القاعدة^(١).

ولا يخفى بعد الحمل على الوصيّة وحمل الأخيرة على الوصيّة لا يوجب حمل غيرها مع إمكان منع حمل الأخيرة، بل الوصيّة في المقام نظير الوصيّة بالتقوى وغيره.

وما ذكر من أنّه مع التسليم يجب الاقتصار على موردها لكونها على خلاف القاعدة، يشكل بأنّ الظاهر إلغاء الخصوصية، ولذا لم يقل من وجدنا كلماتهم في الأخبار السابقة بالاختصاص بمواردها.

ونوقش أيضاً في دلالة الأخبار الخمسة المذكورة بعدها بأنّ مساقها مساق الكراهة^(٢)، ولا يخفى الإشكال في المناقشة.

الأخبار الدالة على
الخروج من الأصل
لا الثلث

وأما الأخبار المستدلّ بها للقول بالخروج من الأصل لا الثلث وعدم
المنوعيّة:

فمنها: الصحيح إلى صفوان الذي هو من أصحاب الإجماع عن مرازم،

(١) رسالة في منجزات المريض (للسيد اليزدي): ١٩.

(٢) المصدر نفسه: ٢٠.

عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه؟ قال عليه السلام: ما أبان به فهو جائز، وإن أوصى به فهو من الثلث»^(١).

ومنها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل له الولد يسعه أن يجعل ماله لقرابته؟ قال عليه السلام: هو ماله يصنع به ما يشاء إلى أن يأتيه الموت، أن^(٢) لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء ما دام حيًّا، إن شاء وهبه، وإن شاء تصدَّق به، وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث إلا أن الفضل في أن لا يضيع من يعول به، ولا يضرَّ بورثته»^(٣).

ومنها: خبر سماعة عنه عليه السلام: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يكون له الولد أسعه أن يجعل ماله لقرابته؟ قال: هو ماله يصنع ما شاء به إلى أن يأتيه الموت»^(٤).

(١) الكافي: ٨/٧، ح ٦، باب أن صاحب المال أحقَّ بماله ما دام حيًّا؛ من لا يحضره الفقيه: ١٨٧/٤، ح ٥٤٣٠، باب ما يجب من ردِّ الوصية إلى المعروف وما للميت من ماله؛ وسائل الشيعة: ٢٩٨/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٧، ح ٦.

(٢) من هنا إلى آخره ليس في الفقيه.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٢٠٢/٤، ح ٥٤٦٦، باب في أن الإنسان أحقَّ بماله ما دام فيه شيء من الروح؛ تهذيب الأحكام: ١٨٨/٩، ح ٨، باب الرجوع في الوصية؛ الاستبصار: ١٢١/٤ - ١٢٢، ح ١٢، باب أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ٢٩٧/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٧، ح ٢. والرواية موثقة بعبد الله بن جبلة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٦٣.

(٤) الكافي: ٨/٧، ح ٥، باب أن صاحب المال أحقَّ بماله ما دام حيًّا؛ تهذيب الأحكام: ١٨٦-١٨٧، ح ٢، باب الرجوع في الوصية؛ وسائل الشيعة: ٢٩٦/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٧، ح ١. والرواية موثقة بعبد الله بن جبلة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٦٣.

ومنها: موثق عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الميت أحقّ بهاله ما دام فيه الروح يبين به؟ قال: نعم، فإن أوصى به فليس له إلاّ الثلث»^(١).

ومنها: موثّقته الأخرى عنه عليه السلام قال: «الميت أحقّ بهاله ما دام فيه الروح يبين به، فإن قال بعدي فليس له إلاّ الثلث»، هكذا عن التهذيب وعن الفقيه روايته هكذا «فإن تعدّى فليس له إلاّ الثلث» مكان قوله: «فإن قال بعدي»^(٢).

ومنها: موثّقته الثالثة عنه عليه السلام: «في الرجل يجعل بعض ماله لرجل في مرضه؟ فقال: إذا أبانه جاز»^(٣).

منها: موثّقته الرابعة عنه عليه السلام «الرجل أحقّ بهاله ما دام فيه الروح إن أوصى به كلّ [فهو] جائز [له]»^(٤).

(١) الكافي: ٨/٧، ح ٧، باب أنّ صاحب المال أحقّ بهاله ما دام حياً؛ وسائل الشيعة: ٢٩٩/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٧، ح ٧. والرواية موثّقة بعمّار الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٧٩.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٤/١٨٦، ح ٥٤٢٦، باب ما يجب من ردّ الوصيّة إلى المعروف وما للميت من ماله؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٨، ح ٩، باب الرجوع في الوصيّة؛ الاستبصار: ٤/١٢٢، ح ١٣، باب أنّه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ٢٧٨/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٧، ح ١٢. والرواية موثّقة بعمّار الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٧٩.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/١٩٠، ح ١٧، باب الرجوع في الوصيّة؛ الاستبصار: ٤/١٢١، ح ١١، باب أنّه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ٣٠٠/١٩، أبواب أحكام الوصايا، باب ١٧، ح ١٠.

(٤) الكافي: ٧/٧، ح ٢، باب أنّ صاحب المال أحقّ بهاله ما دام حياً؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٢، ح ٥٤٦٨، باب في أنّ الإنسان أحقّ بهاله ما دام فيه شيء من الروح؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٧، ح ٦، باب الرجوع في الوصيّة؛ الاستبصار: ٤/١٢١، ح ٩، باب أنّه لا تجوز الوصيّة بأكثر من ←

ومنها: خبره الذي رواه المحمّدون الثلاثة عنه عليه السلام: «صاحب المال أحقّ بهاله ما دام فيه شيء من الروح يضعه حيث شاء»^(١).

ومنها: الحسن كالصحيح بإبراهيم بن هاشم عن أبي شعيب المحاملي عنه عليه السلام: «الإنسان أحقّ بهاله ما دامت الروح في بدنه»^(٢).

ومنها: خبر إبراهيم بن أبي سمال عمّن أخبره، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الميت أحقّ بهاله ما دامت فيه الروح»^(٣).

ومنها: مرسلة الكليني قال: «وقد روي أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال لرجل من الأنصار: أعتق ممالكك له لم يكن له غيرهم فعابه النبي صلى الله عليه وآله وقال: ترك صبية صغاراً يتكفّفون الناس»، ورواه الصدوق مسنداً إلا أنّه قال: «فأعتقهم عند موته»^(٤).

→ الثالث؛ وسائل الشيعة: ٢٩٨/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب١٧، ح٥.

(١) الكافي: ٧/٧، ح١، باب أنّ صاحب المال أحقّ بهاله ما دام حياً؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٦، ح١، باب الرجوع في الوصيّة؛ وسائل الشيعة: ٢٩٧/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب١٧، ح٤، وفيه أبو الحسين الساباطي، وهو مهمّل.

(٢) الكافي: ٧/٨، ح٩، باب أنّ صاحب المال أحقّ بهاله ما دام حياً؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٧، ح٤، باب الرجوع في الوصيّة؛ وسائل الشيعة: ٢٩٩/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب١٧، ح٨.

(٣) الكافي: ٧/٧، ح٣، باب أنّ صاحب المال أحقّ بهاله ما دام حياً؛ وسائل الشيعة: ٢٩٧/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب١٧، ح٣.

(٤) الكافي: ٧/٩، ذيل ح١٠، باب أنّ صاحب المال أحقّ بهاله ما دام حياً؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٨٦، ح٥٤٢٧، باب ما يجب من ردّ الوصيّة إلى المعروف وما للميت من ماله؛ وسائل الشيعة: ٢٩٩/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب١٧، ح٩. والرواية موثقة على ما في الفقيه.

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم: «عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث؟ قال: يمضي عتق الغلام، ويكون النقصان في ما بقي»^(١).

ومنها: حسنته: «في رجل أوصى بأكثر من ثلثه وأعتق مملوكه في مرضه؟ فقال: إن كان أكثر من الثلث يرد إلى الثلث وجاز العتق»^(٢).

ومنها: خبر إسماعيل بن همام: «في رجل أوصى عند موته بماله لذي قرابته وأعتق مملوكاً وكان جميع ما أوصى يزيد على الثلث كيف نصنع في وصيته؟ قال يبدأ بالعتق فينفذه»^(٣).

وهذه الأخبار وإن أمكن الخدشة في دلالة بعضها وسند بعضها إلا أنه لا مجال للإشكال سنداً ودلالة بالنسبة إلى البعض الآخر، وتكون مؤيدة

(١) الكافي: ١٧/٧، ح ٤، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حج؛ من لا يحضره الفقيه: ٢١٢/٤، ح ٥٤٩٤، باب الوصية بالعتق والصدقة والحج؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٩٤، ح ١٢، باب الوصية بالثلث وأقل منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/١٢٠، ح ٤، باب أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ٣٩٩/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٧، ح ١.
(٢) الكافي: ١٦/٧، ح ١، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حج؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١٩، ح ٩، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٠٠، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٧، ح ٤. والتعبير عنها بالحسنة لإبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.

(٣) الكافي: ١٧/٧، ح ٣، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حج؛ من لا يحضره الفقيه: ٢١٢/٤، ح ٥٤٩٥، باب الوصية بالعتق والصدقة والحج؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١٩، ح ١١، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ٤/١٣٥، ح ٣، باب من أوصى بحج وعتق وصدقة ولم يبلغ الثلث ذلك؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٠٠، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٧، ح ٢. والرواية صحيحة.

بالشهرة عند القدماء فيقع التعارض بينها وبين الأخبار السابقة، ولا يبعد التخيير، أعني التخيير الأصولي.

(والأب والجَدَّ يليان على الصغير والمجنون، فان فقد فالوصي، فإن فقد فالحاكم).

قد سبق الكلام في ولاية المذكورين غير الوصي، والمراد القيم من قبل الأب أو الجد.

ويدل على ولاية الوصي ما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الموثق، أوصياء الصغار
عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون بينه وبينهم؟ فقال: لا بأس به من أجل أن أباه أذن له في ذلك وهو حي»^(١)، ورواه الشيخان
الآخرون أيضاً.

وعن خالد بن بكر الطويل قال: «دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بني اقض مال إختك الصغار واعمل به، وخذ نصف الربح وأعطهم النصف، وليس عليك ضمان، فقدمتني أم ولد أبي إلى ابن أبي ليلى [فقالت: إن هذا يأكل أموال ولدي قال: فاقترضت عليه ما أمرني أبي، فقال ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالبطل لم أجزه، ثم أشهد علي ابن أبي ليلى إن

(١) الكافي: ٦٢ / ٧، ح ١٩، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٢٢٧-٢٢٨، ح ٥٥٣٨، باب الرجل يوصي إلى رجل بولده ومال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال والربح بينه وبينهم؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ٢٣٦-٢٣٧، ح ١٤، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٤٢٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ٩٢، ح ١. والتعبير عنه بالموثق لابن فضال. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

أنا حرّكته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصّتي، ثم قلت: ما ترى؟ فقال: أمّا قول ابن أبي ليلى، فلا أستطيع رده، وأمّا في ما بينك وبين الله عزّ وجلّ، فليس عليك ضمان^(١).

ثم إنّ المشهور - كما في المتن - أنّه مع فقد الوصيّ يرجع إلى الحاكم، ومع التعذّر يرجع إلى عدول المؤمنين.

ولا يبعد أن يقال: يجوز تصرّف عدول المؤمنين في عرض الحاكم، لما رواه محمد بن إسماعيل قال: «إنّ رجلاً من أصحابنا مات ولم يوص فرفع أمره إلى قاضي الكوفة، فصيّر عبد الحميد بن سالم القيمّ بهاله وكان رجلاً خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبد الحميد المتاع، فلمّا أراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهنّ إن لم يكن الميّت صيّر إليه وصيّته، وكان قيامه بهذا بأمر القاضي لأنهنّ فروج.

قال [محمد]: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام فقلت له: يموت الرجل من أصحابنا ولم يوص إلى أحد ويخلف جواري فيقيم القاضي رجلاً منّا لبيعهنّ أو قال يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه، لأنهنّ فروج فما ترى في ذلك القيمّ؟ قال: فقال: إذا كان القيمّ مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس^(٢).

(١) الكافي: ٧/ ٦١-٦٢، ح ١٦، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٢٨، ح ٥٥٣٩، باب الرجل يوصي إلى رجل بولده ومال لهم وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال والربح بينه وبينهم؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٣٦، ح ١٢، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٤٢٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ٩٢، ح ٢. وخالد بن بكر مهمل.

(٢) الكافي: ٥/ ٢٠٩، ح ٢، باب شراء الرقيق؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٤٠، ح ٢٥، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٧/ ٣٦٣، أبواب عقد البيع وشروطه، ب ١٦، ح ٢. ←

ولموتقة سماعة قال: «سألته عن رجل مات وله بنون [وبنات] صغار وكبار من غير وصيّه وله خدام ومماليك وعقار كيف يصنعون الورثة لقسمة ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة فقا سمهم ذلك كله فلا بأس»^(١).

وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج الواردة في وصية أمير المؤمنين -صلوات الله عليه وعلى أولاده الطاهرين- قال: «وإن حدث بالحسن والحسين حدث فإن الآخر منهما ينظر في بني عليّ، فإن وجد فيهم من يرضى بهداه وإسلامه وأمانته فإنه يجعله إن شاء، وإن لم يرض فيهم بعض الذي يريد فإنه يجعله إلى رجل من آل أبي طالب يرضى به، فإن وجد آل أبي طالب قد ذهب كبارهم وذوو آرائهم فإنه يجعله إلى رجل يرضى به من بني هاشم»^(٢)، الحديث.

ويمكن أن يقال: أمّا رواية محمد بن إسماعيل، فلم يعلم نحو الماثلة في قوله عليه السلام -على المحكي: «إن كان القيم مثلك»، إلى آخره، فلعلّ المراد الماثلة في الفقه والعلم بأحاديثهم وأحكامهم، كما في المقبولة ومشهورة أبي خديجة المستدلّ بهما لجواز الحكومة والقضاء.

→ والرواية صحيحة.

(١) الكافي: ٦٧/٧، ح ٣، باب من مات على غير وصية وله وارث صغير فيباع عليه؛ من لا يحضره الفقيه: ٢١٨/٤، ح ٥٥١١، باب فيمن لم يوص له ورثة فيقسم بينهم أو يباع عليهم؛ تهذيب الأحكام: ٢٤٠/٩، ح ٢٢، باب من الزيادات؛ وسائل الشريعة: ٧٠/٢٦، أبواب موجبات الإرث، ب ٤، ح ١.

(٢) الكافي: ٥٩-٥٠، ح ٧، باب صدقات النبي صلى الله عليه وآله وفاطمة والأئمة ووصاياهم؛ تهذيب الأحكام: ١٤٦/٩-١٤٧، ح ٥٥، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشريعة: ٢٠١/١٩، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ١٠، ح ٤.

وأما صحيحة عبد الرحمن، فظاهرها الإذن في الإيضاء.

وأما موثقة سماعة، فلا إشكال فيها من حيث الدلالة والسند، وعلى فرض عدم الإشكال من حيث السند يكون المأذون الرجل الثقة ولم يعتبر فيه العدالة، لكن في صحيحة إسماعيل بن سعد اشتراط العدالة، قال: «سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار أيحلّ شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك، فإن تولّاه قاض قد تراضوا به ولم يستخلفه الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ قال عليه السلام: إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك»^(١).

ويمكن أن يكون الشرط أحد الوصفين من العدالة والثاقة، لأنّ الظاهر أنّ العدالة لا تلازم الوثاقة، نعم، لا إشكال في أنّه إذا لزم التصرف جاز على الترتيب المذكور أخذاً بالمتيقّن.

(١) الكافي: ٦٦-٦٧/٧، ح ١، باب من مات على غير وصية وله وارث صغير فيباع عليه؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٩/٩، ح ٢٠، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ٣٦٢/١٧، أبواب عقد البيع، ب ١٦، ح ١.

كتاب الضمان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على محمّد وآله الطاهرين.

(كتاب الضمان)

(وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال)

(وأقسامه ثلاثة:)

[القسم] (الأول: ضمان المال)

شروط ضمان المال

(ويشترط في الضامن التكليف، وجواز التصرف، ولا بدّ من رضا المضمون له، ولا عبرة بالمضمون عنه، ولو علم فأنكر لم يبطل الضمان على الأصحّ، وينقل المال من ذمّة المضمون عنه إلى الضامن، وتبرأ ذمّة المضمون عنه).

الضمان له معنى مشترك بين الضمان بالمعنى الأخصّ والحوالة والكفالة وهو التعهد بنفس أو مال، ومعنى أخصّ وهو التعهد بالمال عيناً أو منفعة أو عملاً وهو المراد من القسم الأوّل.

والفرق بينه وبين الحوالة أنّ التعهد في الحوالة ممّن عليه المال بخلاف الضمان بالمعنى الأخصّ، فإنّ الضامن ليس عليه مال، وإن قلنا بصحّة الحوالة على البريء يفترقان بأنّ الإيجاب في الحوالة من طرف المضمون عنه والفرق بين الضمان والحوالة

والقبول من طرف الضامن، ولا بدّ من رضا المحيل المضمون عنه، وفي الضمان بالمعنى الأخصّ الإيجاب من طرف الضامن والقبول من طرف المضمون له، ولا يحتاج إلى رضا المضمون عنه، وحيث إنّ من العقود لا بدّ فيه من الإيجاب والقبول، وقد يقال بتحقيقها بالفعل كاللفظ، واستشكل بأنّه صرف فرض لا يتحقّق في الخارج، وليس مثل البيع.

ويمكن أن يقال: يتحقّق بالكتابة وبالإشارة، كما لو قال أحد لمن يريد أن يضمن تعهّد بالمال الذي على زيد فحرّك رأسه بقصد الإنشاء، وكما لو أراد الأخرس أن يضمن بدون تحريك لسانه بل بتحريك اليد.

وبعد تحقّق عقد الضمان يتقلّ المال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن على مذهب الخاصّة، وتفرّغ ذمّة المضمون عنه، خلافاً للعامة^(١) حيث ذهبوا إلى عدم فراغ ذمّة المضمون عنه، فيصير المقام نظير تعاقب الأيدي على العين المغصوبة، وسيجيء ذكر بعض الأخبار الدالة على مذهب الخاصّة، وحيث إنّ الضمان عقد لا بدّ فيه من القبول الإنشائي، فما يظهر من كلامه عليه السلام من الاكتفاء بالرضا يشكّل، ولذا يستشكل في كفاية الرضا القلبي في الإجازة. نعم، ربما يظهر من كفاية نفس الرضا صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء؟ فقال: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمّة الميت»^(٢)، لكنّه لا بدّ من الحمل على الرضا الإنشائي، لتقوم العقد به.

(١) المغني: ٥/ ٢٤١؛ الشرح الكبير: ٥/ ٢١٢.

(٢) الكافي: ٥/ ٩٩، ح ٢، باب أنّه إذا مات الرجل حلّ دينه؛ تهذيب الأحكام: ٦/ ١٨٧، ح ١٧، باب الديون وأحكامها؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٤٢٢، أبواب أحكام الضمان، ب ٢، ح ١.

نعم، لو أنكر كون الضمان من العقود أمكن الاكتفاء بنفس الرضا
أخذاً بظاهر هذا الصحيح، وموثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام:
«في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول له وليه» علي دينك؟
قال: يبرئه ذلك وإن لم يوفه وليه من بعده، وقال: أرجو أن لا يآثم، وإنما
إثمه على الذي يحبس» ^(١) بعد تقييده بما دلّ على لزوم الرضا، فلا بدّ في
الضامن من التكليف كاعتباره في سائر العقود، وجواز التصرف، فلا
يصحّ من السفه حيث عدّ من التصرف المالي.

وقد سبق في كتاب الحجر الإشكال في شمول الأدلة لمثل هذه التصرفات
ولعله إجماعي ولا بد من المملوك لأنّه لا يقدر على شيء بحسب الآية
الشريفة، نعم مع الإجازة من طرف الولي والمولى لا مانع.

وأما عدم اعتبار رضا المضمون عنه، فالظاهر عدم الخلاف فيه، لا يعتبر رضا المضمون
بل ادّعي الإجماع عليه ^(٢)، ويدلّ عليه إطلاق صحيح ابن سنان المذكور
أنفأ.

وأما لو أنكر المضمون عنه وأبى، فالمحكّي عن النهاية ^(٣) بطلان
الضمان، فإن جعل الضمان من العقود يكفي في عدم اعتبار عدم الإنكار
عنه

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ١٨٨، ح ٢٢، باب الديون وأحكامها؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٣٤٦،
أبواب الدين والقرض، ب ١٤، ح ٢. والتعبير عنه بالموثّق لأبان المرمي بالنووسية. راجع
معجم رجال الحديث: ١/ ١٦٧.

(٢) الخلاف: ٣/ ٣١٣؛ غنية النزوع: ٢٦١؛ السرائر: ٢/ ٦٩؛ إصباح الشيعة: ٣١٥؛ جامع
الخلاف والوفاق: ٣١٧؛ الجامع للشرائع: ٣٠١؛ مختلف الشيعة: ٥/ ٤٥٦.

(٣) النهاية: ٣١٤.

دليل صحة العقد وإلا يشكل من جهة عدم إطلاق في الأخبار الخاصة إلا أن يتمسك بمثل حديث الرفع، وهو خلاف بنائهم حيث إنهم يقولون: الأصل في المعاملات الفساد، والظاهر أن النظر إلى استصحاب عدم ترتب الأثر.

ويتوجه عليه أن مثل حديث الرفع يرفع الشرطية والمانعية، وبعد الرفع لا يبقى شك حتى يتمسك بالاستصحاب إن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية، ويشكل جريانه فيها، كما قرر في محله.

وأما انتقال المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فلا خلاف فيه ظاهراً، وأدعي الإجماع عليه^(١)، ويدل عليه الصحيح والموثق المذكوران. (ويشترط فيه الملاءة أو علم المضمون له بإعساره، ولو بان إعساره كان المضمون له مخيراً، والضمان المؤجل جائز، وفي المعجل قولان أصحهما الجواز).

أما اعتبار الملاءة في اللزوم دون الصحة بقريضة ما في المتن من ثبوت الخيار إذا بان الإعسار فالظاهر عدم الخلاف فيه.

اعتبار الملاءة في اللزوم وما استدلل له

وقد تمسك^(٢) بقاعدة نفي الضرر وما عساه يشير إليه ذيل موثق ابن الجهم: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علي دين وخلف ولداً رجلاً ونساء وصبياناً فجاء رجل منهم فقال: أنت في حل مما لإخوتي

(١) الخلاف: ٣/ ٣١٤؛ السرائر: ٢/ ٧٠، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ جامع الخلاف والوفاق:

٣١٨؛ تذكرة الفقهاء: ١٤/ ٣٣٩، وفيه دعوى الإجماع.

(٢) جواهر الكلام: ٢٦/ ١٢٨.

وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك؟ قال: تكون في سعة من ذلك وحلّ، قلت: وإن لم يعطهم؟ قال: ذلك في عنقه.

قلت: فإن رجع الورثة عليّ فقالوا: أعطنا حقنا، فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأما بينك وبين الله فأنت في حلّ منها إذا كان الرجل الذي أحلك يضمن رضاهم.

قلت: فما تقول في الصبي لأمه أن تحللّ؟ قال: نعم، إذا كان لها مال ما ترضيه أو تعطيه.

قلت: فإن لم يكن لها مال؟ قال: فلا، قلت: فقد سمعتك تقول: إنه يجوز تحليلها فقال: إنّما أعني بذلك إذا كان لها مال^(١).

وببعض النصوص الواردة في الحوالة التي هي أخت الضمان، فإن تمّ الإجماع وإلاّ فللمناقشة في ما ذكر مجال، فإنّ التمسك بعموم قاعدة نفي الضرر مشكل ولذا لا يلتزم بالخيار لو باع إلى أجل مثلاً فبان إعساره ولا يلتزم في المفلس بكونه محجوراً قبل حجب الحاكم.

وأما الرواية المذكورة، فظاهرها عدم صحّة الضمان مع عدم المال، وأما بعض النصوص الواردة في الحوالة، فيشكل التمسك به مع مغايرة الضمان في الحوالة، ولا مجال للقطع بعدم الفرق، فالعمدة الإجماع المدعى في كلماتهم، لكن هذا مع عدم العلم بالإعسار.

(١) الكافي: ٢٥/٧، ح ٧، باب من أوصى وعليه دين؛ تهذيب الأحكام: ١٦٧/٩، ح ٢٨، باب الإقرار في المرض؛ وسائل الشيعة: ٤٢٥/١٨، أبواب أحكام الضمان، ب ٤، ح ١. والتعبير عنه بالموثّق لابن فضّال الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

أمّا مع العلم أو الرضا على كلّ حال، فلا إشكال ظاهراً في اللزوم، وذكر «أنّه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه وطالبوه بدين لهم فقال لهم: لا مال عندي فأعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من ابني عمّي عليّ بن الحسين عليه السلام أو عبد الله بن جعفر، فقال الغرماء: عبد الله بن جعفر مَلِيّ مَطُول وعليّ بن الحسين لا مال له صدوق وهو أحبّهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر فقال: أضمن لكم المال إلى غلّة ولم تكن له غلّة يحملها، فقال القوم: قد رضينا وضمنه، فلمّا أتت الغلّة أتاح الله له المال فأدّاه»^(١).

ثمّ أنّه لا إشكال ولا خلاف في صحّة الضمان المؤجّل للدين الحالّ، لشمول الأدلّة، ولم ينقل فيه خلاف، ونقل الخلاف في ضمان الحالّ، ففي محكي المقنعة^(٢) والنهاية^(٣) لا يصحّ ضمان نفس أو مال إلّا بأجل، بل قد ادّعي الإجماع في بعض العبارات^(٤)، وإنّ الضمان يعتبر فيه الأجل، كما يعتبر في السلم الأجل، ولم يعثر على دليل يدلّ عليه سوى ما ذكر، فمع شمول الأدلّة لا مجال للإشكال فيه.

(ويرجع الضامن على المضمون عنه إن ضمن بسؤاله، ولا يؤدي أكثر)

(١) الكافي: ٩٧/٥، ح ٧، باب قضاء الدين؛ من لا يحضره الفقيه: ٩٨/٣، ح ٣٤٠٧، باب الحوالة؛ تهذيب الأحكام: ٢١١/٦، ح ١٢، باب الكفالات والضمانات؛ وسائل الشيعة: ٤٢٦/١٨، أبواب أحكام الضمان، ب ٥، ح ١. والرواية ضعيفة.

(٢) المقنعة: ٨١٥.

(٣) النهاية: ٣١٥.

(٤) جواهر الكلام: ١٣١/٢٦.

مما دفع، فلو وهبه^(١) المضمون له أو أبرأه لم يرجع على المضمون عنه بشيء ولو كان بإذنه، وإذا تبرّع الضامن بالضمان فلا رجوع).

أما رجوع الضامن على المضمون عنه مع سؤاله فلا خلاف فيه ظاهراً، يرجع الضامن على المضمون عنه بل ادّعي الإجماع عليه^(٢).

وفي الخبر: «سألته عن قول الناس الزعيم^(٣) غارم؟ فقال: ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»^(٤).

وفي خبر آخر: «عن رجل ضمن ضماناً ثمّ صالح عليه؟ قال: ليس له إلا الذي صالح عليه»^(٥)، مضافاً إلى قاعدة احترام مال المسلم.

ويمكن أن يقال: إن كان سؤال المضمون عنه الضمان تبرّعاً أو شكّاً في ما يرد عليه نحو سؤاله يشكل الرجوع لولا الإجماع، فإنّ كلام الإمام -على المحكي- بعد السؤال عن قول الناس يستفاد منه أنّ قرار الضمان على من أكل المال في

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «ولو وهبه» بدل «فلو وهبه».

(٢) المتنعة: ٨١٤؛ المبسوط: ٢/ ٣٢٤؛ غنية النزوع: ٢٦١، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ٢/ ٧١، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ إصباح الشيعة: ٣١٥؛ تذكرة الفقهاء: ١٤/ ٣٥٠، وفيه دعوى الإجماع.

(٣) في المصادر: «الضامن».

(٤) الكافي: ١٠٥/ ٥، ح ٥، باب الكفالة والحوالة؛ من لا يحضره الفقيه: ٩٦/ ٣، ح ٣٤٠٢، باب الكفالة؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٩/ ٦، ح ٢، باب الكفالات والضمانات؛ وسائل الشيعة: ٤٢١/ ١٨، أبواب أحكام الضمان، ب ١، ح ١. والرواية صحيحة على ما في التهذيب على كلام في الحسين بن خالد. وأمّا في الكافي والفقيه، فمرسلة.

(٥) الكافي: ٢٥٩/ ٥، ح ٧، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٦/ ٦، ح ٤، باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ٤٢٧/ ١٨، أبواب أحكام الضمان، ب ٦، ح ١. والرواية موثقة بابن بكير. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٨١.

الجملة، ولا يشمل ما لو تبرّع الضامن في ضمانه، فلاحظ ما ذكر من احتضار عبد الله بن الحسن وسؤاله ضمان ابني عمّه، وهل يحتمل الرجوع عليه؟ وفي الخبر الثاني يمكن أن يكون النظر إلى أنّه بعد الفراغ عن الرجوع لا يرجع عليه بأزيد ممّا أدّى.

وأما قاعدة احترام مال المسلم، فلا تجري في المقام، لأنّ نظر المضمون عنه إلى التبرّع ومع الشكّ يشكّ في الاحترام، ولا أظنّ تحقّق الإجماع في الصورتين.

نعم، قد يقع الإشكال في ما لو كان الضمان بغير سؤال المضمون عنه، لكن التأدية كانت بسؤال المضمون عنه لا من جهة تأدية ما عليه من جهة الضمان نظير الإتيان بالواجب الكفائي نيابة عن الغير لا بقصد نفسه، ونظير هذا إتيان الولي بما فات الأب من الصلاة باستدعاء الغير المتبرّع، ولا يبعد استحقاق الرجوع إلّا أن يقال: إذا وجب عليه الدفع بلا عوض، فكيف يستحقّ العوض.

ويمكن الجواب بأنّه لا يستحقّ العوض إذا دفع بعنوان الواجب عليه، لا بعنوان التبرّع بأمر الغير، ومقتضى الخبر المذكور فيه ليس له إلّا الذي صالح عليه أنّه لو أبرأ المضمون له ذمّة الضامن ليس له أن يرجع إلى المضمون عنه، وإن كان الضمان بسؤاله.

وأما عدم الرجوع مع عدم سؤال المضمون عنه، فالظاهر أنّه مجمع عليه^(١) نظير أداء دين المدين بدون إذنه وهو مقتضى القاعدة، كما لا يخفى.

لا يرجع مع عدم سؤال المضمون عنه

(١) المقتنة: ٨١٤؛ النهاية: ٣١٤؛ غنية النزوع: ٢٦١؛ السرائر: ٧١ / ٢، وفيه دعوى عدم ←

(ولو ضمن ما عليه صحّ وإن لم يعلم كمّيّته على الأظهر، ويثبت عليه ما تقوم به البيّنة لا ما يثبت في دفتر وحساب، ولا ما يقربّه المضمون عنه).

يمكن التمسك لصحّة الضمان مع عدم العلم بكميّة المضمون بعموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد، وبالأخبار الخاصّة مثل ما حكي فيه ضمان عليّ بن الحسين - صلوات الله عليهما - لدين عبد الله بن الحسن - صلوات الله عليه -.

وربما يدعى^(١) استفادته من خبر عطاء عن الصادق عليه السلام: «قلت له: جعلت فداك إنّ عليّ ديناً إذا ذكرته فسد عليّ ما أنا فيه، فقال: سبحان الله أو ما بلغك أنّ رسول الله ﷺ كان يقول في خطبته: من ترك ضياعاً فعليّ ضياعه، ومن ترك ديناً فعليّ دينه، ومن ترك مالاً فهو لوارثه، وكفالة رسول الله ﷺ ميتاً ككفالة حيّاً وكفالة حيّاً ككفالة ميتاً، فقال الرجل: نفّست عنيّ جعلني الله فداك»^(٢).

ويمكن أن يقال: الظاهر أنّ الكفالة المذكورة في هذه الرواية راجعة إلى أمر آخر من قبيل المسؤولية الأخروية، ونقل حسنات المدين إلى الدائن، فلعلّ كفالة رسول الله ﷺ توجب عدم المسؤولية، وعدم

→ الخلاف؛ إصباح الشيعة: ٣١٥؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣١٨؛ تذكرة الفقهاء: ١٤ / ٣٥٢، وفيه دعوى الإجماع.

(١) مختلف الشيعة: ٥ / ٤٦٠؛ جواهر الكلام: ٢٦ / ١٤٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ٦ / ٢١١، ح ١١، باب الكفالات والضمانات؛ وسائل الشيعة: ١٨ / ٣٣٧، أبواب الدين، ب ٩، ح ٥. وعطاء مهمّل.

نقل الحسنات أو نقل ما يترتب على سيئات الدائن إلى المدين وإلا لزم أن لا يصح تبرع أحد بتأدية دين من مات ولم يترك مالا؛ فتدبر.

ثم إنه ثبت كمية المال المضمون بالبينة لعموم حجيتها، وأما ما أثبت في دفتر وحساب، فمع الوثوق بالصحة لا يبعد الثبوت مع الإثبات فيهما، لأن الوثوق من الطرق التي يتوجه العقلاء إليها.

وأما الإقرار، فقد يستشكل في حجته بالنسبة إلى الضامن من جهة أن الإقرار نافذ بالنسبة إلى المقر لا بالنسبة إلى الغير إلا أن يكون الإقرار سابقاً على الضمان، ويشكل الفرق بين الإقرار السابق واللاحق، فإن الإقرار السابق نافذ بالنسبة إلى نفس المقر، ولا يثبت به الدين والمضمون هو الدين.

وإن قلت: بعد نفوذ الإقرار يكون المقر به بمنزلة الدين الواقعي. قلت: كذلك الإقرار اللاحق، فبعد نفوذه يكون المقر به بمنزلة الدين الواقعي، وبعبارة أخرى إن كان المقر به بمنزلة الموضوع، ففي صورتين تحقق الموضوع وإلا فلا بد من الالتزام بعدم النفوذ بالنسبة إلى الغير.

والحمد لله أولاً وآخراً.

(القسم الثاني: الحوالة)

تعريف الحوالة

(وهي مشروعة لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله، وشروطها ويشترط رضا الثلاثة؛ وربما اقتصر بعض على رضا المحيل والمحتمل، ولا يجب قبول الحوالة ولو كان على ملي، نعم لو قبل لزممت، ولا يرجع المحتمل على المحيل، ولو افتقر المحال عليه).

لا يخفى أنّ التعبير بتحويل المال، إلى آخره، إن كان النظر فيه إلى تعريف الحوالة ينتقض بصدقه على الضمان ويخرج منه الحوالة على البريء إن قيل بصحتها، فالأولى التعبير بالإحالة وإلغاء قيد شغل الذمة، وإن كان الأمر في أمثال هذه التعريفات سهلاً.

وبعد الفراغ عن كون الحوالة من العقود لا بدّ فيها من الإنشاء، لا بدّ في الحوالة من الإنشاء ولا يكفي مجرد الرضا بدون الإنشاء، وإذا كان المتعارف العقد الواقع بين الثلاثة بأن يكون العقد مركباً من إيجاب وقبولين، فهو المتيقّن في شمول دليل وجوب الوفاء بالعقد، ويشكّ في شموله للفاقد لقبول المحال عليه.

ولا يقاس المقام بالتوكيل في استيفاء ما على الغير حيث إنّه لا اعتبار برضا الغير، لأنّ الحوالة توجب فراغ ذمة المحيل بخلاف باب التوكيل، ووجه ما ذكر من الاقتصار بالمتيقّن احتمال أن يكون اللام في مثل ﴿أَوْفُوا

بِالْعُقُودِ ﴿١﴾ للعهد دون الاستغراق حتّى يشمل كلّ عقد ولو كان مستحدثاً، وقد يقال: إنّ الحوالة من الإيقاع غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه ومن المحال عليه، ومجرّد هذا لا يصيره عقداً^(١).

ويشكل لما ذكر من أنّ الحوالة ليس مجرّد نوع من وفاء الدين، بل توجب فراغ ذمّة واشتغال ذمّة أخرى.

نعم، إن قلنا بجريان حديث الرفع لرفع الجزئية أو الشرطية في أمثال المقام أمكن القول بالاكْتفاء برضى المحتال دون المحال عليه.

لا يجب قبول الحوالة

وأما عدم وجوب قبول الحوالة، فوجهه بناء على كونها عقداً واضح والقائل بكونها إيقاعاً حيث يلتزم بأنّه بعد الحوالة تفرغ ذمّة المحيل وتشتغل ذمّة المحال عليه بدون وفاء ما على المحيل، لا بدّ له من اعتبار رضى المحتال، لأنّه ليس من قبيل تسليطه على المال حيث إنّّه يجب عليه القبول على المعروف.

ومع قبول المحتال لزمت الحوالة، وليس له الرجوع على المحيل، ولو افتقر المحال عليه بعد الحوالة، لخبر أبي أيّوب: «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»^(٢).

(١) العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ٤٥٣/٥.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٣/٩٨، ح ٣٤٠٨، باب الحوالة؛ تهذيب الأحكام: ٦/٢٣٢، ح ٢٠،

باب كيفية الحكم والقضاء؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٣٣، أبواب أحكام الضمان، ب ١١، ح ١.

والرواية صحيحة.

وخبر منصور بن حازم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبداً»^(١).

وخبر عقبة عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ قال: لا»^(٢).

(ويشترط ملأته وقت الحوالة أو علم المحتال بإعساره، ولو بان فقره رجع ويبرأ المحيل، وإن لم يبرئه المحتال، وفي رواية: إن لم يبرئه فله الرجوع).

وجه الاشتراط خبر أبي أيوب المذكور، ولا ظهور فيه في أن الرجوع من باب بطلان الحوالة أو من جهة خيار الفسخ، لكن ظاهر كلماتهم أنه من باب خيار الفسخ، كما ذكروا في الضمان، وهذا هو مقتضى القاعدة، لأن الأصل الصحة مع اللزوم، ومع إجمال المخصص يؤخذ بالعام، ويرفع اليد بالمقدار المتيقن.

وأما براءة المحيل وإن لم يبرئه المحتال، فهي ما يقتضيه صحة الحوالة، وغاية ما يمكن أن يقال: إن باب الحوالة نظير باب تعاقب الأيدي على العين المغصوبة، وكباب الضمان على مذهب الجمهور حيث يقولون: الضمان

(١) الكافي: ١٠٤/٥، ح ٤، باب الكفالة والحوالة؛ تهذيب الأحكام: ٢١٢/٦، ح ٣، باب الحوالات؛ وسائل الشيعة: ٤٣٤/١٨، أبواب أحكام الضمان، ب ١١، ح ٣. والرواية موثقة بحميد بن زياد الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٩.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢١٢/٦، ح ٦، باب الحوالات؛ وسائل الشيعة: ٤٣٤/١٨، أبواب أحكام الضمان، ب ١١، ح ٤. وعقبة بن جعفر مهمل.

ضمّ ذمّة إلى ذمّة، لكن هذا ينافي الأخبار المذكورة الدالّة على أنّه لا يرجع المحتال إلى المحيل أبداً.

والخبر المشار إليه في المتن خبر زرارة عن أحدهما عليه السلام: «في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل فيقول [له] الذي احتال: برئت من مالي عليك، فقال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله»^(١).

والظاهر أنّ هذا الخبر مناف مع الأخبار المذكورة حيث إنّّه مع البراءة تبطل الحوالة، لأنّه مع الإبراء ليس للمحتال الرجوع إلى المحال عليه، فلا مجال لتقييد تلك الأخبار بهذا الخبر، فمع صحّة الحوالة يرجع المحتال على المحال عليه، ومع الإبراء تبطل الحوالة، كما أنّه على فرض القول في الحوالة - كما ذهب إليه الجمهور في الضمان - لا حاجة إلى الإبراء، لأنّه مع الإبراء لا يرجع على المحال عليه إلّا أن يقال: المراد من الرواية أنّه مع عدم الأخذ من المحال عليه للمحتال أن يرجع على المحيل إلّا أن يكون قد أبرأه.

وبالجملة بعد تسلّم انتقال الدين إلى المحال عليه بمقتضى الأخبار لا بدّ من ردّ العلم بالخبر المذكور إلى أهله.

(١) الكافي: ٥/ ١٠٤، ح ٢، باب الكفالة والحوالة؛ تهذيب الأحكام: ٦/ ٢١١-٢١٢، ح ١، باب الحوالات؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٤٣٣، أبواب الضمان، ب ١١، ح ٢. والرواية صحيحة.

(القسم الثالث : الكفالة)

تعريف الكفالة
وشروطها

(وهي التعهّد بالنفس، ويعتبر رضا الكافل والمكفول له دون المكفول عنه، وفي اشتراط الأجل قولان، وإن اشترط أجلاً فلا بدّ من كونه معلوماً، وإذا دفع الكافل الغريم فقد برئ).

لا إشكال في مشروعية هذا العقد، لأنّه من العقود المتعارفة عند العقلاء، فيكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء، مضافاً إلى الأخبار الخاصّة.

هل الكفالة تعهّد
بالنفس خاصّة؟

ويقع الإشكال في أنّها هل تعهّد بالنفس خاصّة أو تعمّ التعهّد بغير النفس كالتعهّد بالدابة أو العين المضمونة، وأيضاً هل هي تصحّ بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حقّ شرعي، والحقّ أعمّ من أن يكون ديناً أو لا يشترط هذا، بل يكفي استحقاق الإحضار في مجلس الشرع فتصحّ كفالته؟

لا يبعد أن يقال: التعهّد بالنفس متيقّن، وغيره غير معلوم شمول الأدلّة له حيث إنّ الأدلّة لا تشمل العقود غير المتعارفة.

كفاية استحقاق
الإحضار في مجلس
الشرع

وأما كفاية استحقاق الإحضار في مجلس الشرع، فقد يستشكل فيها على فرض تحقّق الاستحقاق وعدم الشبهة فيه حيث عدّ من موارده صورة ادّعاء المدّعي، ويشكل من جهة أنّه مع عدم ثبوت حقّ للمدّعي كيف يستحقّ المدّعي استحضار المنكر.

نعم، مع وجود البيّنة للمدّعي أن يقيم البيّنة عند الحاكم، وللحاكم أن يحكم له والغائب على حجّته، فإن أقام الحجّة على خلاف ما حكم وإلا فهو محكوم عليه ومع عدم البيّنة للمدّعي أن يحلّف المنكر.

وهل الإحضار حقّ للمدّعي أو يكون من وظائف الحاكم من جهة لزوم فصل الخصومة والفصل يتوقّف على إحضار المنكر للتحليف أو النكول، أو ردّ اليمين على المدّعي؟

لو طلب الخصم من الحاكم إحضار خصمه للمرافعة
الحاكم إحضار خصمه للمرافعة
يظهر من كلماتهم أنّه لو طلب الخصم من الحاكم إحضار خصمه للمرافعة وجب عليه إجابته وإحضاره، وادّعي عليه الإجماع، والظاهر أنّه لا دليل عليه إلّا دعوى توقّف الحكم على ذلك، وأنّ الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق.

ويشكل خصوصاً قبل تحرير الدعوى وتحقّق كونها مسموعة، ومع تسليم ما ذكر لم يظهر حقّ للمدّعي، بل ولا للحاكم حتّى يقال: للمدّعي حقّ الإحضار، فيجوز أخذ الكفيل إلّا أن يقال: مع وجوب الحضور على المنكر عند أمر الحاكم تكليفاً يجوز أخذ الكفيل، لكنّه مع كونه من باب الأمر بالمعروف يشكّل جواز أخذ الكفيل له.

ومّا ذكر ظهر الإشكال في جواز أخذ الكفيل في سائر الموارد التي يجب تكليفاً الحضور فيها، كالحضور لأداء الشهادة عند الحاكم.

يعتبر رضى الكافل
والمكفول له
وأما اعتبار رضى الكافل والمكفول له بمعنى الإيجاب والقبول بينهما لا مجرد التراضي، فلا إشكال فيه بعد الفراغ عن العقديّة، ويقع الإشكال في اعتبار رضى المكفول بالمعنى المذكور حتّى يصير العقد ذا أطراف ثلاثة،

وجه الإشكال أنه يحتمل مدخلية رضا المكفول في تحقق العقد، فمع عدمه يشكل شمول الدليل له.

ولا يبعد أن يقال: الكفالة المتعارفة بين الناس في مقاصدهم لا يعتبر فيها رضى المكفول، كما لو أراد الجائر حبس إنسان ظلماً، فمع كفالة أحد برضى الجائر يتحقق عندهم الكفالة مع أن المكفول غير راض، بل غير مطلع، فمع تحقق الكفالة عند العرف تكون مشمولة للدليل، ولا إشكال في صحة الكفالة مؤجلة، وأمّا صحتها حالة، فقد وقع الخلاف فيها، ولم يعرف وجه لعدم الصحة إلا دعوى أنها بلا فائدة.

ولا يخفى ما فيها، إذ للمكفول له أن يطلب المكفول من الكفيل بعد تمامية الكفالة، وبعد شمول الدليل بإطلاقه لا يبقى إشكال.

وأما لزوم تعيين الأجل في المؤجلة، فادّعي عليه إجماع^(١)، ولا مجال للتمسك فيه بدليل نفي الغرر، لعدم تماميته في غير البيع وما ألحق به مثل الإجارة والصلح المبني على المدّقة، فإن تمّ الإجماع وإلا ففيه إشكال.

وأما البراءة مع دفع المكفول، فوجهه ظاهر.

(وإن امتنع كان للمكفول له حبسه حتى يحضر الغريم أو ما عليه، ولو قال: إن لم أحضره إلى كذا كان عليّ كذا، كان كفيلاً أبداً، ولم يلزمه المال، ولو قال: عليّ كذا إلى كذا إن لم أحضره، كان ضامناً للمال إن لم يحضره في الأجل).

(١) المقنعة: ٧٣٣؛ الكافي في الفقه: ٣٣٩؛ النهاية: ٣١٥؛ الوسيلة: ٢٨١؛ المراسم: ٢٠٣.

يجوز للمكفول له أن يحبس الكفيل حتى يأتي بالغريم
أما الحبس مع الامتناع، فيدلّ عليه قول الصادق عليه السلام - على المحكي -
في خبر عمار الموثّق: «أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد تكفّل بنفس رجل
فحبسه وقال: اطلب صاحبك»^(١).

وما رواه الشيخ في التهذيب عن إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن
أبيه عليه السلام: «أنّ عليّاً عليه السلام أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول، فقال:
احبسوه حتى يأتي بصاحبه»^(٢).

وفي خبر أصبغ بن نباتة: «قضى أمير المؤمنين - صلوات الله عليه - في
رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس وقال له: اطلب صاحبك»^(٣).

التخيير بين إحضار الغريم أو ما عليه من الحقّ، فيشكل من جهة
الغريم أو ما عليه من الحقّ
أنّه قد يتعلّق الغرض بخصوص إحضار المكفول، ومع عدم تعلّق الغرض
بخصوصه أيضاً لا وجه لتخيير الكفيل، بل الاختيار للمكفول له.

وربما يتمسّك^(٤) للتخيير بأنّ مبنى الكفالة عرفاً على ذلك، بل
هو المقصود بين المتعاقدين بها؛ وبظهور قول الصادق عليه السلام - على المحكي -

(١) الكافي: ١٠٥/٥، ح ٦، باب الكفالة والحوالة؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٩/٦، ح ٤، باب
الكفالات والضمانات؛ وسائل الشريعة: ٤٣٠/١٨، أبواب أحكام الضمان، ب ٩، ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٠٩/٦، ح ٣، باب الكفالات والضمانات؛ وسائل الشريعة: ٤٣١/١٨،
أبواب أحكام الضمان، ب ٩، ح ٣. والرواية موثّقة بغياث بن كُلوب العامي الثقة. راجع
معجم رجال الحديث: ٢٣٥/١٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٩٥/٣، ح ٣٤٠، باب الكفالة؛ وسائل الشريعة: ٤٣١/١٨، أبواب
أحكام الضمان، ب ٩، ح ٢. والرواية ضعيفة.

(٤) جواهر الكلام: ١٩٠/٢٦.

في مرسل الصدوق: «الكفالة خسارة غرامة ندامة»^(١)، كقوله في خبر داود: «مكتوب في التوراة كفالة ندامة غرامة»^(٢).

ولا يخفى الإشكال فيه، لأنَّ الملتزم به في العقد نفس الإحضار، وتعلّق العرض باستيفاء الحقّ لا يوجب التخيير ورفع اليد عن مقتضى العقد، والخبران لا يستفاد منهما التخيير.

نعم، غاية ما يمكن أن يقال: إن كان الإحضار لاستيفاء حقّ مالي أمكن تأديته لغير المدين، وقلنا بوجوب القبول على الدائن، وإن كان التأدية من غير المدين فقد وصل الحقّ إلى ذي الحقّ، ووصله إليه موجب لسقوط الكفالة إلّا أنّ الظاهر أنّ الوجه الذي تمسّك به لوجوب القبول على الدائن إذا كان المؤدّي المدين لا يجري إذا كان المؤدّي غير المدين.

هذا مضافاً إلى أنّ ما ذكر لا يوجب إلزام الكفيل بالتخيير بين إحضار المكفول وبين تأدية ما على المكفول بحيث لو لم يمكن حبسه وأمكن أخذ المال منه بدون رضاه جاز أخذه منه.

وأما التفرقة بين الصورتين المذكورتين، فللخبرين اللذين هما الأصل في هذه المسألة:

أحدهما: خبر البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل تكفل

(١) من لا يحضره الفقيه: ٩٧/٣، ح ٣٤٠٥، باب الكفالة؛ وسائل الشيعة: ٤٢٨/١٨، أبواب أحكام الضمان، ب ٧، ح ٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢١٠/٦، ح ٩، باب الكفالات، والضمانات؛ وسائل الشيعة: ٤٢٩/١٨، أبواب أحكام الضمان، ب ٧، ح ٥. والرواية صحيحة.

بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهمًا؟ قال: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه أبدًا إلا أن يبدأ بالدرهم، فإن بدأ بالدرهم فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله»^(١) وهو إمّا صحيح أو موثق^(٢).

والثاني: خبره الآخر أيضاً: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تكفل للرجل بنفس رجل وقال: إن جئت به وإلا فعليّ خمس مائة درهم - على ما في التهذيب وفي الكافي: إن جئت به وإلا فعليك خمس مائة درهم وفيهما - معاً؟ قال: عليه نفسه ولا شيء عليه من الدرهم، فإن قال: عليّ خمس مائة درهم قال: يلزمه الدرهم إن لم يدفعه إليه»^(٣).

وهو موثق أيضاً، بل في سنده أبان الذي هو من أصحاب الإجماع وحيث إنه لا فرق بحسب القاعدة بين تقديم الجزاء وبين تأخيره أشكل الأمر، والحمل على التعبد بعيد جداً.

وغاية ما يوجه به أن يقال: على ما نقل في الكافي القائل بقوله: «إن

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٩٦، ح ٣٤٠٣، باب الكفالة؛ تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٠٩-٢١٠، ح ٥، باب الكفالات والضمانات؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٤٣٢، أبواب أحكام الضمان، ب ١٠، ح ٢.

(٢) ليس في سنده عدا داود بن الحصين، فوثقه النجاشي عليه السلام على الإطلاق من دون إشارة إلى وقفه وهذا ظاهر في حسن عقيدته، والشيخ عليه السلام في رجاله قال: إنه واقفي. رجال النجاشي: ١٥٩، رقم: ٤٢١؛ رجال الشيخ: ٣٣٦، رقم: ٥. فإن رجحنا قول النجاشي عليه السلام فالرواية صحيحة، وإلا موثقة. وللتفصيل راجع جامع الرواة بتحقيقنا.

(٣) الكافي: ٥/ ١٠٤، ح ٣، باب الكفالة والحوالة؛ تهذيب الأحكام: ٦/ ٢١٠، ح ١٠، باب الكفالات والضمانات؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٤٣٢، أبواب أحكام الضمان، ب ١٠، ح ١، وفيه حميد بن زياد الواقفي الثقة. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٩.

جئت وإلا فعليك»، إلى آخره، هو المكفول له، وهذا إلزام منه على الكفيل، وحيث إن الكفيل لم يلتزم بهذا، بل التزم بخصوص الكفالة ليس عليه إلا إحضار المكفول من دون التزام بالدراهم بخلاف ما لو التزم بالدراهم إن لم يحضر المكفول.

لكن هذا التوجيه لا يصحّ في الخبر الأوّل، لأنّ الظاهر منه أنّ الكفيل هو بنفسه التزم بالدراهم على تقدير عدم المجيء به، لكن عدم المال على الكفيل فيه مشروط بالمجيء بالمكفول إلى الأجل، وهذا هو الظاهر. وبيعد حمل قوله: «فان لم يأت به»، إلى آخره، على الاستفهام^(١).

هذا، وادّعي الإجماع على ما أفتوا به، فإن تحقّق وإلا فلا بدّ من ردّ العلم في الخبرين إلى أهله.

(ومن خلى غريماً من يد غريمه قهراً لزمه إعادته أو أداء ما عليه، ولو كان قاتلاً أعاده أو يدفع الدية، وتبطل الكفالة بموت المكفول).

ادّعي عدم الخلاف^(٢) في لزوم الإعادة أو أداء ما عليه، واستدلّ^(٣) على من خلى غريماً من يد غريمه لزمه الإعادة أو أداء ما عليه

ويمكن أن يقال: أمّا القاعدة، فيشكل التمسك بها من جهة ما هو

(١) جواهر الكلام: ١٩٣/٢٦.

(٢) المقنعة: ٨١٥؛ الكافي في الفقه: ٣٤٠؛ النهاية: ٣١٦؛ المراسم: ٢٠٠؛ السرائر: ٧٧/٢؛ إصباح

الشيعة: ٣١٨؛ تحرير الأحكام: ١/٢٢٥؛ غاية المرام: ٢/٢١٦، وفيه دعوى الإجماع.

(٣) تذكرة الفقهاء: ١٤/٤١٤؛ رياض المسائل: ٩/٢٩٧؛ جواهر الكلام: ١٩٨/٢٦.

المعروف من أن القاعدة ليست مشرعة، بل ترفع الحكم الضروري من جهة حكومة دليلها على أدلة الأحكام.

وأما الفحوى المذكور، فلم يظهر وجهه، فإن الدليل في تلك المسألة الصحيح أو الحسن الوارد في «رجل قتل عمداً»، فإسراء الحكم إلى غيره مشكل.

وأما ما ذكر من حصول غضب اليد المستولية فكان عليه الإعادة، فيشكل من جهة أن المعروف أن الحر لا يد عليه، ولا يد على أوصافه وأحواله، فالمقام كما لو منع المالك عن التصرف في ملكه من دون تصرف في الملك، والظاهر أنهم لا يلتزمون بالضمان بالنسبة إلى العين أو المنفعة.

والحاصل أنه إن تحقق الإجماع وإلا فإثبات الحكم المذكور بما ذكر مشكل. وأما لو كان الغريم قاتلاً، فيدل على لزوم إعادته الصحيح أو الحسن^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً فرفعه إلى الوالي فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلّوا القاتل من أيدي الأولياء؟

فقال: أرى أن يحبس الذين خلّصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل.

قيل: فإن مات وهم في السجن؟ قال: فإن مات فعليهم الدية يردونها جميعاً إلى أولياء المقتول»^(٢).

(١) الترديد من ناحية إبراهيم بن هاشم في إسناده الكافي. راجع معجم رجال الحديث: ١/٣١٦.

(٢) الكافي: ٧/٢٨٦، ح ١، باب الرجل يخلص من وجب عليه القود؛ من لا يحضره الفقيه: ←

وظاهر هذه الرواية تعيّن الإحضار لا التخيير بين الإحضار والدية، وللدية بعد الموت، والرواية في خصوص القتل العمدي والتعميم منوط بالقطع بعدم الفرق، ومقتضى القاعدة تعلّق الدية بمتروكات القاتل كسائر الديون، وليس في النصّ رجوع القوم بعد أداء الدين إلى ورثة القاتل إلا أن يقال بعدم الدية مع هلاك القاتل في القتل العمدي، كما نسب إلى الشيخ رحمته الله ^(١).

وأما بطلان الكفالة بموت المكفول، فهو المشهور ^(٢)، فإن قلنا بأنّ الملتزم به في عقد الكفالة خصوص إحضار الإنسان الحيّ، فبعد الموت يكون الموضوع منتفياً فلا معنى لبقاء الكفالة وإن كان الملتزم به إحضار البدن سواء كان حياً أو ميتاً لغرض - كالإشهاد عليه - فبالموت لا تبطل الكفالة، لكنّ الظاهر أنّ هذا النحو خارج عن وضع الكفالة.

→ ٤ / ١٠٩، ح ٥٨٠٨، باب القود ومبلغ الدية؛ تهذيب الأحكام: ١٠ / ٢٢٣، ح ٨، باب ضمان

النفوس وغيرها؛ وسائل الشيعة: ١٨ / ٤٣٧، أبواب أحكام الضمان، ب ١٥، ح ١.

(١) سيأتي الكلام فيه في كتاب الديات؛ إن شاء الله تعالى.

(٢) الخلاف: ٣ / ٣٢٣؛ الوسيلة: ٢٨١؛ السرائر: ٢ / ٧٨؛ إصباح الشيعة: ٣١٨؛ الجامع

للسرائر؛ تذكرة الفقهاء: ١٤ / ٤٠٤، وفيه دعوى الإجماع.

كتاب الصلح

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين.

(كتاب الصلح)

وهو مشروع لقطع المنازعة، ويجوز مع الإقرار والإنكار إلا ما حرم حلالاً أو حلل حراماً، ويصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه، ومع جهالتهما ديناً تنازعا أو عينا، وهو لازم من طرفيه ويبطل بالتقابل).

الصلح هو التسالم على أمر من تمليك عين أو منفعة أو إسقاط دين أو حق وغير ذلك بعوض أو بلا عوض، والمعروف أنه شرع لقطع التجاذب والتنازع، لكنه لا يشترط فيه سبق النزاع والخصومة، وادّعي الإجماع^(١) على عدم اعتبار سبق النزاع.

واستدل^(٢) عليه بعموم ما روي عن النبي ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً وحرّم حلالاً»^(٣).

(١) المدّعي للإجماع هو العلامة الحلي رحمه الله. تذكّرة الفقهاء: ١٦ / ١١. ثمّ اعلم أنّ استفادة هذا من إطلاق كلماتهم، وإلا لم نجد تصريحاً من القدماء بذلك.

(٢) المبسوط: ٢ / ٢٨٨؛ مختلف الشيعة: ٦ / ٢١٣؛ جواهر الكلام: ٢٦ / ٢١٠.

(٣) الكافي: ٧ / ٤١٢-٤١٣، ح ١، باب أدب الحكم؛ من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٣٢،

ح ٣٢٦٧، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٢٦-٢٢٥، ح ١، باب آداب الأحكام؛ ←

وما رواه حفص بن البختري في الحسن لإبراهيم عن الصادق عليه السلام قال: «الصلح جائز بين الناس»^(١).

وما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام، ومنصور بن حازم عن الصادق عليه السلام أنهما قالوا: «في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل منهما كم عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي؟ فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت به أنفسهما»^(٢).

وقد يتأمل في دلالة مثل النبوي وما فيه لفظ «الصلح» من الأخبار على العموم من جهة احتمال أن مفهوم الصلح ما كان مسبوقاً بالنزاع، نعم، لا تتأتى هذه الشبهة في الرواية المنقولة عن الباقر والصادق عليه السلام، لكن لا عموم لها.

ويمكن الاستدلال ببعض الأخبار:

كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يكون عليه شيء فيصلح فقال: إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس»^(٣).

→ وسائل الشيعة: ٤٤٣/١٨، أبواب أحكام الصلح، ب ٣، ح ٢. في الكافي - ويتبعه في التهذيب - أبو المقدام ولم تثبت وثاقته. والفقيه رواه مرسلاً.

(١) الكافي: ٢٥٩/٥، ح ٥، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٨/٦، ح ١٠، باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ٤٤٣/١٨، أبواب أحكام الصلح، ب ٣، ح ٢.

(٢) ورواه الصدوق عليه السلام عن محمد بن مسلم فقط. الكافي: ٢٥٨/٥، ح ٢، باب الصلح؛ من لا يحضره الفقيه: ٣٣/٣، ح ٣٢٦٨، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٦/٦، ح ١، باب

الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ٤٤٥/١٨، أبواب أحكام الصلح، ب ٥، ح ١.

(٣) تهذيب الأحكام: ٢٠٦/٦، ح ٢، باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ٤٤٦/١٨، ←

وصحيحة عمر بن يزيد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن على رجل ضماناً، ثم صالح على بعض ما صالح عليه؟ قال: ليس له إلا الذي صالح عليه»^(١)، فإنّ الظاهر عدم سبق نزاع وخصومة، بل المراد مجرد التسالم والتراضي.

وأما جواز الصلح مع الإقرار والإنكار، ففي صورة الإقرار لا إشكال إلا أن يوجب الربا وقلنا بجريان الربا المعاوضي في الصلح كالبيع. جواز الصلح مع الإقرار والإنكار

وأما في صورة الإنكار، فقد يستشكل من جهة أنّه مع إنكار المنكر كيف يصحّ المعاوضة؟ وقد يقال: المراد من الصّحة الصّحة بحسب الظاهر، فإن كان المدّعي محقّاً والمدّعى عليه مبطلاً في إنكاره، فالصلح أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر، وعدم صحّة الدعوى بعد ذلك إلا أنّه لا يفيد براءة ذمّة المدّعى عليه ممّا يزيد على مال الصلح مع فرض وقوع الصلح على أقلّ مما في ذمّته في الواقع^(٢).

ويدلّ على ذلك صحيحة عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا كان لرجل على رجل دين فمطله حتّى مات، ثمّ صالح ورثته على شيء، فالذي أخذته الورثة لهم وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة، فإن هو لم يصالحهم على شيء حتّى مات ولم يقض عنه فهو كلّ للميت يأخذه به»^(٣).

→ أبواب أحكام الصلح، ب ٥، ح ٣.

(١) الكافي: ٥/ ٢٥٩، ح ١، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٦/ ٢١٠، ح ٧، باب الكفالات والضمانات؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٤٢٧، أبواب الضمان، ب ٦، ح ١. والرواية موثقة على ما في الكافي بابن بكير وهو ثقة فطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٨١.

(٢) الحقائق الناضرة: ٢١/ ٨٨-٨٩.

(٣) الكافي: ٥/ ٢٥٩، ح ٨، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٠٨، ح ١١، باب الصلح بين ←

ويحتمل أن يكون المدّعي مبطلاً والمدّعى عليه محقّقاً في إنكاره، وأنّه بريء الذمّة في الواقع، فإنّ الصلح وإن صحّ ظاهراً، لكنّه لا يصحّ بحسب الواقع، ولا يستباح للمدّعي ما دفع إليه، لأنّه أكل للمال بالباطل.

نعم، لو كانت الدعوى مستندة إلى شبهة وقرينة تخرج بها عن الكذب المحض، كما لو وجد المدّعي بخطّ مورثه أنّ له على فلان مالاً أو شهد له من لا يثبت الحقّ بشهادته شرعاً ولم يكن المدّعي عالماً بالحال وتوجّهت له اليمين على المدّعى عليه فيصالحه على إسقاط اليمين بهال أو قطع المنازعة، فالظاهر هنا صحّة الصلح في نفس الأمر، واستحقاق ما يأخذه من مال الصلح^(١).

ويمكن أن يقال: لا نعرف وجهاً لصحّة الصلح ظاهراً مع عدم معلوميّة حقّ يصالح عنه بشيء في مقابله، ومجرّد جواز المرافعة وطلب اليمين من المنكر لا يثبت حقّاً يقابل بالمال، وما دلّ على ذهاب اليمين بالحقّ وعدم جواز المقاصّة لا يثبت صحّة الصلح ظاهراً.

ولا نجد فرقاً بين صورة العلم بكذب أحد الطرفين وصورة الشبهة ووجدان الخطّ أو شهادة من لا تقبل شهادته، والصحّة المذكورة لا يستفاد منها صحّة الصلح في الصورتين، بل هي متعرّضة لصورة الاستحقاق والصلح بأقلّ ممّا في الذمّة، وربما يظهر منها ما هو خلاف القواعد حيث إنّ ما للميّت ينتقل إلى الوارث بعد الموت، فلعلّ المراد من مؤاخذه الميّت في الآخرة من جهة حرمانه وحرمان ورثته.

→ الناس؛ وسائل الشيعة: ٤٤٦/١٨، أبواب الصلح، ب ٥، ح ٤.

(١) إلى هنا كان من كلام صاحب الحقائق رحمته الله.

والحاصل أنّ الصّحة بحسب الظاهر توجب أن يعامل مع المأخوذ معاملة المملّكية بحيث يجوز للغير أن يتصرّف فيه بإذن الآخذ مع التفاوت^(١) الغير بوقوع الصلح ظاهراً، وإثبات هذا في غاية الإشكال.

ومّا ذكر ظهر الإشكال فيما هو المعروف من أنّ طلب البيع من المنكر إقرار بخلاف طلب الصلح حيث إنّ صحّة الصلح العقدي منوطة بالاستحقاق، فطلب الصلح اعتراف بالاستحقاق.

وأما إحضار الحاكم للمنكر وإلزامه بالحلف مع عدم ثبوت حقّ إحضار الحاكم للمدّعي، ففعلّ الوجه فيه الاحتياط في الأموال والحقوق، ولعلّه من هذه الجهة يحكم بحبس الغريم حتّى يتبيّن إعساره مع أنّه إن كان معسراً واقعاً لا يطالب بالمال.

وأما استثناء ما حرّم حلالاً أو حلّ حراماً، فهو نظير الاستثناء في الخبر المعروف «المؤمنون عند شروطهم»، إلى آخره^(٢)، ويقع الإشكال في تمييز ما حرّم حلالاً وقد سبق الكلام فيه في البيع في باب الشرط.

وأما صحّة الصلح مع العلم والجهل، فلا إشكال ولا خلاف فيها في الجملة، لعموم الأدلّة، وخصوص الخبرين المذكورين عن الباقر والصادق عليه السلام، ونحوهما الموثّق، والمناقشة باحتمال كون مضمونها الإبراء

(١) كذا، والأصوب: «التفات» بدل «التفاوت».

(٢) الكافي: ١٦٩/٥، ح ١، باب الشرط والخيار في البيع؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٢٠٢، ح ٣٧٦٥، باب الشرط والخيار في البيع؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢٢، ح ١٠، باب عقود البيع. وفي الجميع: المسلمون عند شروطهم. والرواية صحيحة؛ الاستبصار: ٤/٣٥، ح ٦، باب المكاتب المشروط عليه إن عجز فهو ردّ في الرقّ وما حدّ العجز في ذلك.

لا الصلح قد تدفع بفهم الأصحاب، وظهور المعاوضة فيها.
والأولى أن تدفع بترك الاستفصال حيث إنّ السؤال محتمل للإبراء
والصلح، فالجواب بعدم البأس يشمل الصورتين، هذا مضافاً إلى أنّ
الإبراء يتحقق في صورة كون الشيء في الذمة دون العين الخارجية، وظاهر
الأخبار خصوص ما كانت العين الخارجية عند كلّ منهما.

نعم، يشكل الأخذ بمضمون هذه الأخبار على القول بثبوت الربا في
المعاوضة الواقعة بنحو الصلح.

وقد يستشكل^(١) في صحة الصلح واقعاً لو كان أحد الطرفين عالماً
بالقدر والآخر جاهلاً به وصولح بالأقل، كما يظهر من صحيحة عمر بن
يزيد المتقدمة.

لكنّ الظاهر منها أنّ عدم براءة الذمة من جهة وقوع الصلح بالأقل لا
من جهة الجهل، ويشكل الأخذ بظاها من جهة أنّ الصلح إن كان
صحيحاً، فلا بدّ من حصول البراءة، وإن كان فاسداً، فلا يجوز التصرف في
المال المصالح به إلاّ بعنوان التقاص، وفي الصحيحة لم يتعرّض للتقاص،
والقول بالصحة ظاهراً لا في نفس الأمر لا نفهم وجهه.

ثمّ إنّ الظاهر صحة الصلح مع الجهل سواء أمكن رفعه بسهولة أم
لا، لعموم الأدلّة والأخبار المذكورة المتعرّضة للطعام عند الطرفين فما
ذكر في بعض الكلمات من التفرقة بين صورة تعسّر المعرفة وتيسرها،
فالحكم بالصحة في الأولى دون الثانية تمسكاً بقاعدة نفي الغرر مشكل

(١) راجع رياض المسائل: ٣٠٥/٩.

من جهة أنّ المسلم من القاعدة جريانها في البين وألحق بها الإجارة وإلاّ فمجرّد التعسّر لا يصحّح المعاملة، ولا فرق في ما ذكر بين العين والدين، للإطلاق.

وأما اللزوم وهو مقتضى عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بعد الفراغ عن كون الصلح عقداً مستقلاً بنفسه وإن كان يفيد تارة فائدة البيع وأخرى فائدة الهبة وثالثة فائدة أخرى، كما هو مقتضى ظاهر أدلّته، ومجرّد إفادة عقد فائدة عقد آخر لا يوجب فرعية أحدهما للآخر.

وأما البطلان بالتقابل وهو مقتضى دليل صحّة الإقالة، بل استحبابها، وقد تكاثرت الأخبار باستحباب الإقالة:

ومنها: ما رواه الصدوق - قدّس الله تعالى روحه - في المقتنع مرسلاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أيّما مسلم أقال مسلماً ندامة أقاله الله عشرته يوم القيامة»^(١).

وروي: «أنّه لم يأذن رسول الله ﷺ لحكيم بن حزام في تجارة حتّى ضمن له إقالة النادم، وإنظار المعسر، وأخذ الحقّ وافيّاً أو غير وافي»^(٢).

(ولو اصطلاح الشريكان على أنّ الخسران على أحدهما والرجح له
وللآخر رأس ماله صحّ، ولو كان بيد اثنين درهمان فقال أحدهما: هما
أحداهما
لو اصطلاح الشريكان
على أنّ الخسران على
أحداهما

(١) المقتنع: ٢٩٩؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/ ١٩٦، ح ٣٧٣٨، باب التجارة وآدابها وفضلها وفقهها؛ وسائل الشيعة: ٣٨٧/ ١٧، أبواب آداب التجارة، ب ٣، ح ٥.

(٢) الكافي: ١٥١/ ٥، ح ٤، باب آداب التجارة؛ تهذيب الأحكام: ٥/ ٧، ح ١٥، باب فضل التجارة وآدابها وغير ذلك مما ينبغي للتاجر أن يعرفه وحكم الربا؛ وسائل الشيعة: ٣٨٥-٣٨٦، أبواب آداب التجارة، ب ٣، ح ١. والرواية مرسلة.

لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، فلمدعي الكلّ درهم ونصف،
وللآخر ما بقي).

استدل^(١) لصحة الاصطلاح على النحو المذكور بالعمومات وخصوص
المعتبرة:

منها: الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجلين اشتراكا في مال فربحا
فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني
رأس المال ولك الربح عليك التّوى، فقال: لا بأس إذا اشتراطاً، فإذا
كان شرطاً يخالف كتاب الله عزّ وجلّ فهو ردّ إلى كتاب الله عزّ وجلّ»^(٢).
ونحوه الآخر عنه أيضاً إلّا أنّه قال: «وكان من المال دين وعين»^(٣)
ولم يقل: وعليهما دين.

وكذا الثالث إلّا أنّه قال: «وكان المال ديناً»^(٤) ولم يذكر العين ولا
عليهما دين.

والرابع إلّا أنّه قال: «كان المال عيناً وديناً»^(٥).

(١) رياض المسائل: ٣٠٧/٩؛ جواهر الكلام: ٢١٩/٢٦.

(٢) الكافي: ٢٥٨/٥، ح ١، باب الصلح؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٢٩/٣، ح ٣٨٤٨، باب البيوع؛
تهذيب الأحكام: ٢٠٧/٦، ح ٧، باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشريعة: ٤٤٤/١٨، أبواب
أحكام الصلح، ب، ح ١.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٢٢٩/٣، ح ٣٨٤٨، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٧/٦، ح ٧، باب الصلح
بين الناس؛ وسائل الشريعة: ٤٤٤/١٨، أبواب أحكام الصلح، ب، ح ١. والرواية صحيحة.

(٤) تهذيب الأحكام: ٢٥٠/٧، ح ٢٤، باب عقود البيع؛ وسائل الشريعة: ٤٤٤/١٨، أبواب أحكام
الصلح، ب، ح ١. والرواية صحيحة.

(٥) تهذيب الأحكام: ١٨٥-١٨٦، ح ٩، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشريعة: ٤٤٤/١٨، ←

قد يحمل^(١) هذه الأخبار على الصحة في صورة التراضي بعد الشركة وإرادة التقسيم لا بأن يشترطاً في عقد الشركة لقوله: «فربحا فيه ربحاً وأعطني رأس المال» وليس في قوله: «إذا اشترطاً» منافاة لذلك، لاحتمال أن يكون المراد منه إذا تراضيا رضياً يتعقب اللزوم بوقوعه في عقد لازم، وليس المراد إذا اشترطاً في عقد الشركة، لاختصاصه حينئذ بنفي البأس في صورة وقوع الشرط فيه، بل ثبوت البأس مع وقوعه في غيره، ولا قائل بهما، وقال الشهيد^(٢): «لو جعلاً ذلك في ابتداء الشركة فالأقرب المنع، لمنافاته موضوعها»^(٣).

ويمكن أن يقال: حمل قوله عليه السلام - على المحكي -: «إذا اشترطاً» على التراضي الواقع في عقد لازم بعيداً، بل الظاهر وقوع الاشتراط في عقد الشركة، فهذا نظير أن يسأل إذا باع الإنسان هل له الفسخ، فيجواب: لا بأس إذا اشترطاً، فهل يحمل على الاشتراط في عقد آخر؟

وقول السائل: «فربحا فيه ربحاً وأعطني رأس المال» لا يوجب صرف الكلام عما هو ظاهر فيه، بل المحتمل قريباً أن يكون النظر إلى أن مورد السؤال مع فرض الاشتراط في عقد الشركة لا بأس، وهذا لا ينافي صحة الشرط مع وقوعه في غير عقد الشركة، كما بين في الأصول، ومجرد عدم القول به لا يوجب صرف الكلام عما هو ظاهر فيه.

وأما ما حكى عن الشهيد^(٤) من أن جعل ذلك في ابتداء الشركة ينافي

→ أبواب أحكام الصلح، ب، ٤، ح ١، وفيه داود الأبراري، وهو مهمل.

(١) جواهر الكلام: ٢٦ / ٢٢٠.

(٢) الدروس الشرعية: ٣ / ٣٣٣.

موضوع الشركة فالأقرب المنع، فيشكل، لورود النقض بالمضاربة، فإنّ طبع المعاوضة يقتضي انتقال العوض إلى ربّ المال، وعقد المضاربة يقتضي انتقال مقدار من الربح إلى العامل، وإنّ وجه في المضاربة بأنّ تمام العوض في المرتبة الأولى ينتقل إلى ربّ المال، وفي المرتبة الثانية ينتقل إلى العامل مقدار منه، فليوجه في المقام بهذا النحو.

نعم، لو لم يكن النصّ لأمكن الإشكال باحتمال المخالفة، ولذا يستشكل في صحّة المضاربة مع كون رأس المال غير الذهب والفضّة. وأمّا لو كان بيد اثنين درهمان وادّعى أحدهما الكلّ والآخر النصف، فالحكم للمدّعي الكلّ بدرهم ونصف وللآخر بالنصف، لصحيح عبد الله بن المغيرة، عن غير واحد من أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: أمّا الذي قال: هما بيني وبينك فقد أقرّ بأنّ أحد الدرهمين ليس له فيه شيء، وأنّه لصاحبه، ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين»^(١).

ومثله مرسل محمد بن أبي حمزة^(٢) المنجبر إرسالهما بالشهرة، مع أنّ في سندهما ابني أبي عمير والمغيرة من أصحاب الإجماع^(٣).

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣٥، ح ٣٢٧٤، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٠٨، ح ١٢،

باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٤٥٠، أبواب أحكام الصلح، ب ٩، ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٩٢، ح ١٦، باب من الزيادات في القضايا والأحكام؛ وسائل

الشيعة: ١٨/ ٤٥٠، أبواب أحكام الصلح، ب ٩، ح ١.

(٣) رجال الكشي: ٥٥٦، الرقم: ١٠٥٠.

وظاهر النصّ والفتوى عدم الحاجة إلى اليمين، لكن في التذكرة - بعد فرض موضوع المسألة دعوى أحدهما الدرهمين والآخر اشتراكهما -: قال: الأقرب أنّه لا بدّ من اليمين، فيحلف كلّ منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه، فمن نكل منهما قضى به للآخر، ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسّم بينهما نصفين^(١).

واستحسنه في المسالك، لعموم اليمين على من أنكر، واستشكل بأنّ الرجلين كلّ منهما ذو اليد بالنسبة إلى الكلّ، فيكون من باب التداعي، غاية الأمر يقع التعارض بين اليدين، فمقتضى القاعدة تنصيف ما فيه النزاع، وهو الدرهم غير المقرّ به، ولا مجال لقاعدة «البينة على المدّعي واليمين على من أنكر»^(٢).

ووجه ما ذكر أنّ العين المشاعة لا يتصوّر اليد على كلّ جزء جزء منها إلّا باعتبار اليد على الكلّ، وحيث إنّ العين غير خارجة عن ملك الرجلين يحكم بالتنصيف، ولا مجال للقرعة، لاختصاصها بتعارض البيّتين بحسب الأخبار الواردة في تعارض البيّتين.

ويمكن أن يقال: ظاهر الجواب في الخبر المذكور عدم الإشاعة وإلّا لكان الأنسب أن يقال: نصف الدرهمين أقرّ به، فالوجه المذكور في العين المشاعة لا يتأتّى في المقام.

ثمّ نقول: لازم ما ذكر عدم ملكيّة النصف المشاع حيث إنّ الإضافة

(١) تذكرة الفقهاء: ١٦/١٣٧.

(٢) مسالك الأفهام: ٤/٢٦٦.

الملكيّة بالنسبة إلى كلّ جزء جزء لا يتصوّر إلّا بحصول الإضافة إلى الكلّ. وهذا يؤيّد ما قيل من أنّ المال المشترك يكون لكلّ من الشريكين فيه إضافة إلى الكلّ نظير ما يقابل الموزون حيث إنّ البعض منه ليس مقابلاً للبعض، بل يقابل الكلّ، وما ذكر خلاف المشهور.

فإن قيل: الإضافة للملكيّة أمر اعتباري يمكن أن يتعلّق بالمردّد بخلاف الاستيلاء واليد.

يجاب بإمكان تعلّق الاستيلاء أيضاً بالمردّد، كالقدرة على أحد الأمرين لا الجمع، وأيضاً لازم ما ذكر عدم جواز تصرف ورثة المتصرّفين في عين واحدة حيث لم يعلم الوارث بالملكيّة لمورّثه، لتعارض اليمينين، ولا أظنّ أن يلتزم به.

وأيضاً لازم ما ذكر ضمان تمام العين على الغاصب إذا كانت بيد المالك والغاصب، وبالجمله تطبيق المضمون في الخبرين المذكورين على القواعد لا يخلو عن الإشكال.

ويمكن أن يقال: اليد عند العقلاء أمانة الملكيّة، فإذا كانت العين بيد اثنين مثلاً يكون يد كلّ منهما أمانة على الملكيّة وحيث إنّ الملك الواحد لا يكون مملوكاً للمالكين في عرض واحد، وإن كان هذا محلاً للتأمل حيث جوّزه بعض الأكابر^(١) تكون يد كلّ منهما أمانة على ملكيّة بنحو الشركة، ولا يقع التعارض عندهم من جهة أنّ يد كلّ منهما أمانة على ملكيّة تمام العين، والملك الواحد لا يكون مملوكاً للمالكين في عرض واحد، ولذلك

(١) تكملة العروة الوثقى: ١٢٣/٢.

تشتري العين منهما من دون حاجة إلى إثبات المالكية لهما أو لأحدهما.

(وكذا لو أودعه إنسان درهمين وآخر درهماً فامتزجت لا عن تفريط
وتلف واحد فلصاحب الاثنين درهم ونصف، وللآخر ما بقي).

وجه الحكم المذكور يظهر ممّا ذكر حيث إنّ لذي الدرهمين درهماً منها
لا احتمال فيه والآخر محتمل لكلّ منهما ولا مرجّح، فالعدل والإنصاف
يقتضيان التقسيم بينهما.

ويؤكّد هذه القاعدة خبر السكوني عن الصادق عليه السلام: «في رجل
استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما، فقال:
يعطي صاحب الدينارين ديناراً ويقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين»^(١).
ويمكن أن يقال: إن كان الخبر المذكور مجبوراً وإلاّ فيشكل العمل
بالقاعدة المذكورة مع عدم طيب النفس من المتداعيين، لاحتمال جريان
قاعدة القرعة، ولذا قيل بها في النزاع في زوجية المرأة بعد سقوط البيّتين
بالنكول عن الحلف من المتداعيين، لعمومات القرعة.

واحتملت القرعة أيضاً فيما لو علم قدر المال ولم يعلم صاحبه ولكن
علم في عدّة محصورة مع أنّ القاعدة المذكورة تقتضي التوزيع.

(ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً وللآخر ثوب بثلاثين فاشتبهها،
فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه وإلاّ يبعها وقسم الثمن بينهما
ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً وللآخر ثوب بثلاثين

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣٧، ح ٣٢٧٨، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٠٨، ح ١٤،
باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشريعة: ١٨/ ٤٥٢، أبواب أحكام الصلح، ب ١٢، ح ١.
والرواية موثقة بالسكوني. راجع معجم رجال الحديث: ٣/ ١٠٥.

أخماساً، وإذا ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح).

قد أفتى المشهور^(١) في الثوبين بما ذكر، لخبر إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب، فبعث بالثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه؟ قال: يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والآخر خمسي الثمن. قلت: فإنَّ صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر أيهما شئت؟ قال: قد أنصفه»^(٢) المنجبر بالشهرة، مع احتمال صحّة سندها في طريق الصدوق، بل والشيخ، فإن كان المراد الصلح بالنحو المذكور مع تراضي الطرفين فلا إشكال، وإن كان المراد تعيين العمل بالنحو المذكور حتّى مع عدم تراضي الطرفين، لإمكان أن يكون ثمن الثوب المشتري بعشرين أزيد من ثمن الثوب الآخر، فيكون من باب التعبد يقتصر على مورده.

ويشكل التعديّ إلى أمثال مورد السؤال وإن كان الاختصاص بمورد السؤال أيضاً مشكلاً.

وأما بطلان الصلح مع ظهور استحقاق أحد العوضين، فقد علّل بأنّ العوضين في هذا الصلح من الأركان، وإن لم يكن العوض في حقيقة

بطلان الصلح مع
ظهور استحقاق أحد
العوضين

(١) النهاية: ٣١٤؛ الجامع للشرائع: ٣٠٦؛ مختلف الشيعة: ٦/٢١٥؛ الدروس: ٣/٣٣٢، وفيه نسبته إلى المعظم.

(٢) الكافي: ٧/٤٢١، ح ٢، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٣٦، ح ٣٢٧٧، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٦/٢٠٨، ح ١٣، باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٥١، أبواب أحكام الصلح، ب ١١، ح ١. والرواية صحيحة على ما في التهذيب. وفي طريق الصدوق عليه السلام موسى بن سعدان، وهو ضعيف.

الصلح ركناً لصحة الصلح بلا عوض، فيفيد فائدة الهبة، ولا يقاس المقام بباب النكاح حيث دلّ الدليل فيه على الصحة مع كون المهر مستحقاً للغير، وبأنّ المقصود غير واقع والواقع غير مقصود^(١).

ولا يخفى الإشكال فيما ذكر، فإنّ الركن ما يتقوّم به الحقيقة دون ما له الدخل في قسم منها.

وأما ما ذكر من أنّ المقصود غير واقع، إلى آخره، فهو إشكال ذكر في صورة تخلف الوصف، كما لو اشترى العبد الموصوف بالكتابة مع كون المبيع شخصاً خاصاً فبان غير كاتب، وكذا في صورة اشتراط شرط مخالف للكتاب أو السنّة، فإن قيل بالصحة فيما ذكر، أمكن القول بالصحة في المقام إلّا أن يكون في المقام إجماع أو يقال: هذا نظير ما لو بان في البيع أحد العوضين خلاف الحقيقة التي وقع العقد عليها، كما لو باع على أنّه عبد حبشي فبان حماراً وحشياً، والظاهر تسلّم البطلان فيه.

كتاب الشركة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على محمّد وآله الطاهرين.

(كتاب الشركة)

(وهي اجتماع حقّ المالين فصاعداً في الشيء على سبيل الشيعاء، ويصحّ مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما عن الآخر، ولا ينعقد بالأبدان والأعمال، ولو اشتركا كذلك كان لكل واحد أجرة عمله، ولا أصل لشركة الوجوه والمفاوضة).

الظاهر أنّ الشركة تطلق على معنيين:

تعريف الشركة

أحدهما: ما في المتن كما لو ورث اثنان أو أزيد من المورث أو اشتريا أو ملكا بنحو آخر، وهذا ليس شركة عقديّة، وهي التباني على المعاملة بالمال المشترك بنحو يكون الربح لهما والخسران عليهما.

وعلى هذا، فالمشاركة العقدية في المعاملة في المال المشترك لا في نفس المال، فلا يرد أنّ الشركة في العمل ليست مدلولة حتّى يتحقّق بالإنشاء، ولا يتوجّه أنّ هذا يتحقّق بمجرد الإذن من الطرفين، فلا حاجة إلى العقد، ألا ترى أنّ صحّة تصرّفات غير المالك بمجرد الإذن من المالك لا تنافي صحّتها بالوكالة الحاصلة بالعقد، فالشركة العقدية موقوفة على الشركة بالمعنى الأوّل.

وقد يقال: بعد تسلّم كون الشركة داخلة في العقود أنّ المنشأ بقول: اشتركنا تحقيق الشركة وصيرورة كلّ من المالكين بينهما على الإشاعة إلاّ أنّه يشترط في صحّة ذلك تحقّق المزج بعده إن لم يكن، فهو حينئذ شرط كاشف أو ناقل، ومتى حصل مزج بقصد إنشاء الشركة من دون قول تحقّقت، وكانت كالمعاطاة.

أمّا المزج القهري المجرد عن قصد إرادة إنشاء الشركة، فلا يترتب عليه ملك كلّ منهما الحصة المشاعة في نفس الأمر، وإنّما يفيد الاشتباه في كلّ من أجزاء المال إلاّ أنّ الشارع حكم ظاهراً بكونه بينهما من الصلح القهري. ولو سلّم إفادة المزج القهري الملك في الواقع كما هو ظاهر كلمات الأصحاب، أمكن أن يقال: لا مانع من صيرورته جزء السبب مثلاً إذا جيء به لإتمام عقد الشركة، بل ومن صيرورته سبباً تامّاً في ذلك إذا قصد الإنشاء به في المعاطاة^(١).

المزج القهري المجرد
عن قصد إرادة
إنشاء الشركة

ويمكن أن يقال: إن كان المنشأ بقول اشتركنا تحقيق الشركة، فلا معنى له إلاّ نقل حصة مشاعة من ماله إلى الشريك بحصّة مشاعة من ماله، كما لو ملكا بالوراثة أو بالاشتراء، فأيّ حاجة إلى المزج وجعله شرطاً في صحّة الشركة، ولا إشكال في أنّه مع الإذن يترتب أحكام الشركة حيث إنّ مع المعاملة يكون الربح بينهما والخسران عليهما.

ولعلّه من هذا القبيل ما في موثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يشري الدابة وليس عنده نقدها فأتى رجل

من أصحابه فقال: يا فلان أنقد عني ثمن هذه الدابة والربح بيني وبينك فنقد عنه فنفتت الدابة؟ قال: ثمنها عليهما، لأنه لو كان ربح لكان بينهما^(١).

كما أنه مع المزج القهري مع الإذن تترتب أحكام الشركة مع المعاملة ويكون الربح بينهما والخسران عليهما، سواء قلنا بالشركة الواقعية أو الظاهرية والصلح القهري، فأبي حاجة إلى إنشاء الشركة حتى يصير المزج جزء السبب.

وكيف كان فهذا النحو من الشركة لا إشكال في صحته حيث إنه المتعارف بين الناس، ولم يردع عنه الشارع، بل يظهر من بعض الأخبار الإمضاء، كالموثقة المذكورة، وصحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يشارك في السلعة؟ قال: إن ربح فله وإن وضع فعله»^(٢).

وصحيحة ابن رئاب قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي، ولا يبضعه بضاعة ولا يودعه وديعة»^(٣).

(١) تهذيب الأحكام: ٤٣/٧، ح ٧٢، باب بيع المضمون؛ وسائل الشريعة: ٥/١٩، أبواب أحكام الشركة، ب ١، ح ٢. والرواية صحيحة على الظاهر، اذ رجالها ثقات إماميون.

(٢) تهذيب الأحكام: ١٨٥/٧، ح ٣، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشريعة: ٥/١٩، أبواب أحكام الشركة، ب ١، ح ١.

(٣) الكافي: ٢٨٦/٥، ح ١، باب مشاركة الذمي؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٢٢٩، ح ٣٨٤٩، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ١٨٥/٧، ح ١، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشريعة: ٨/١٩، أبواب أحكام الشركة، ب ٢، ح ١.

عدم صحّة شركة
الأبدان

وأما عدم صحّة شركة الأبدان، وقد فسّرت^(١) بالشركة في الأعمال بأن يكون كلّ منهما عاملاً عملاً ممثلاً لعمل الآخر، أو مخالفاً لعمله، ويكون الحاصل بينهما، سواء كان الصنعة في مال مملوك أو في تحصيل مال مباح، كالاصطياد والاحتشاش والاحتطاب.

فالمعروف أنّه مجمع عليه^(٢)، ولولا الإجماع لم يمنع مانع، لاختصاص الغرر المنهّي عنه بالبيع، وليست الشركة بيعاً، ولذا قال المحقق الأردبيلي^(٣): «ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع، فإن كان فهو وإلا فلا مانع، فإنّه يرجع إلى الوكالة في بعض الأمور، وتمليك مال في البعض الآخر، وبذل نفس وعمل في مقابلة عوض ولا مانع منه في العقل والشرع»^(٤).

ونوقش في كلامه بأنّه خروج عن محلّ النزاع إذا فرض كون المقصود لهما المعنى الصحيح وإن سمّوه باسم الفاسد، ولا يخفى البطلان، إذا أراد تأثير عقد الشركة الذي أوقعه ذلك، وإن اتّفق في بعض الأحوال اتحاد مصداقه مع مصداق مفهوم الصحيح الذي لم يكن مقصوداً لهما^(٥).

ويمكن أن يقال: إذا جوّز ما في كلامه من الوكالة في بعض الأمور،

(١) المبسوط: ٣٤٨/٢؛ السرائر: ٣٩٩/٢؛ تحرير الأحكام: ٢٧٢/١.

(٢) الانتصار: ٤٧٢، وفيه دعوى الإجماع؛ الخلاف: ٣/٣٣٠، وفيه دعوى الإجماع؛ الوسيلة:

٢٦٣؛ غنية النزوع: ٢٦٣؛ السرائر: ٣٩٩/٢؛ إصباح الشيعة: ٢٥٩؛ الجامع للشرائع:

٣١٣؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٢١؛ تذكرة الفقهاء: ٣١٢/١٦، وفيه دعوى الإجماع.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ١٠/١٩٣.

(٤) جواهر الكلام: ٢٦/٣٠٠.

إلى آخره، فيرجع النزاع إلى أنّه لا بدّ في ما ذكر أن ينشأ بغير عنوان الاشتراك، كما يقولون، أو يتحقّق بعنوان الاشتراك، فلا بدّ من إقامة الدليل على الأوّل مع أنّ الظاهر عدم اعتبار لفظ خاصّ في تحقّق المذكورات، ولذا تتحقّق بالشرط، وقد قالوا في الخبر الوارد: «في الرجلين وقد كان عند كلّ واحد منهما طعام، وقال أحدهما: لك ما عندك ولي ما عندي»^(١) أنّه صلح مع عدم التعبير بالصلح.

هذا ولكن كيف يمكن التخطّي عمّا ذهب إليه الأكابر، فمع البطلان كان لكلّ منهما أجرة عمله.

وأما شركة الوجوه والمفاوضة المفسّرة أو لاهما باشتراك وجهين لا مال لهما بعقد لفظي على أنّ ما يتناعه كلّ واحد منهما يكون بينهما، فيبتاعان ويبيعان ويؤدّيان الأثمان وما فضل فهو لهما.

وقيل: أن يتنازع وجهيه في الذمّة ويفوّض بيعه إلى خامل ويشترط أن يكون الربح بينهما^(٢).

وقيل: أن يشترك وجهيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجهيه والمال من الخامل ويكون المال في يده لا يسلمّه إلى الوجهيه والربح بينهما^(٣).

(١) الكافي: ٥/ ٢٥٨، ح ٢، باب الصلح؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣٣، ح ٣٢٦٨، باب الصلح؛

تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٠٦، ح ١، باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ١٨/ ٤٤٥،

أبواب أحكام الصلح، ب ٥، ح ١. والرواية صحيحة.

(٢) العزيز شرح الوجيز: ٥/ ١٩٢؛ روضة الطالبين: ٣/ ٥١٣.

(٣) المصدر نفسه.

وقيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له^(١).
والمفسرة ثانيتهما باشتراك شخصين في ما يغنمان من ربح وإرث ولقطة
وركاز وغير ذلك ويغمران من أرش وجناية وضمان غصب وقيمة متلف
وغير ذلك مطلقاً فيهما، كما عن بعض^(٢)، أو باستثناء قوت اليوم وثياب
البدن والخادم وبذل الخلع والصدّاق والجناية على الحر^(٣)، فادّعي
الإجماع^(٤) على فسادهما؛ والكلام السابق يجري فيهما.

تعريف شركة
المفاوضة

(وإذا تساوى المالان في القدر فالربح بينهما سواء، ولو تفاوتتا فالربح
كذلك، وكذا الخسران بالنسبة، ولو شرط أحدهما في الربح زيادة،
فالأشبه أن الشرط لا يلزم).

أما كون الربح والخسران بالنسبة مع عدم الشرط، فهو مقتضى الشركة
بلا خلاف ولا إشكال، والسنة مستفيضة أو متواترة فيه.

الربح والخسران
بالنسبة مع عدم
الشرط

وأما لو شرط أحدهما في الربح أزيد ممّا يستحقّه، فقد يقال بالجواز
والصحّة، لأنّه ليس شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة وللمالك اختيار ماله^(٥).

لو شرط أحدهما في
الربح أزيد ممّا
يستحقّه

(١) الوجيز: ١٨٧/١؛ الوسيط: ٢٦٢/٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: ٣١١/١٦.

(٣) الروضة البهية: ١٩٩/٤.

(٤) المبسوط: ٣٤٧/٢؛ الوسيلة: ٢٦٢؛ غنية النزوع: ٢٦٣؛ السرائر: ٣٩٩/٢؛ إصباح الشيعة:

٢٥٩؛ الجامع للشرائع: ٣١٢؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٢٠؛ تذكرة الفقهاء: ٣١٧/١٦،

وفيه دعوى الإجماع.

(٥) المبسوط: ٣٤٩/٢؛ غنية النزوع: ٢٦٤، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ٤٠٠/٢؛ الجامع

للشرائع: ٣١٠؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٢١.

ويمكن أن يقال: إن كانت الزيادة في مقابل عمل يعمل المشروط له فالظاهر عدم الإشكال، وكذلك لو كان النظر إلى التملك المجاني من دون ملاحظة كون الزيادة بعنوان ربح المال.

وأما لو كان النظر إلى استحقاق الزيادة بعنوان الربح، فهو نظير شرط الضمان بدون تحقق سبب من أسباب الضمان، ولذا يقع الإشكال في صحة شرط الضمان في الإجارة بالنسبة إلى العين المستأجرة.

نعم، دلّ الدليل على صحة شرط الضمان في العارية، ومع فساد الشرط إن قلنا بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد تفسد الشركة العقدية الموجبة لصحة تصرفات الطرفين، وإن لم نقل بالشركة باقية على الصحة.

(ومع الامتزاج ليس لأحد الشركاء التصرف إلا مع الإذن من الباقين، ويقتصر في التصرف على ما تناوله الإذن ولو كان الإذن مطلقاً صح، ولو شرط الاجتماع لزم، وهي جائزة من الطرفين، وكذا الإذن في التصرف).

مع الامتزاج ليس
لأحد الشركاء
التصرف إلا بالإذن

أما أنه ليس لأحد، إلى قوله: وهي جائزة، فلحمة التصرف في مال الغير وحيث لا ميز يقع التصرف على ماله ومال الشريك، ولا ينافي صحة العقد الفضولي، لأنه لا يعدّ مجرد العقد تصرفاً وترتب الأثر موقوف على الإجازة.

وأما جواز الشركة من الطرفين، فالظاهر أنه مجمع عليه^(١)، وعلل بأنها

جواز الشركة من
الطرفين

(١) المبسوط: ٣٦٧/٢؛ الوسيلة: ٢٦٢؛ غنية النزوع: ٢٦٥؛ السرائر: ٨٨/٢؛ إصباح الشيعة: ٢٦٠؛ الجامع للشرائع: ٣١٠؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٢٢؛ تذكرة الفقهاء: ٣٤٩/١٦، وفيه دعوى الإجماع.

بمنزلة التوكيل^(١)، ولعلّ النظر في قوله ﷺ: «وكذا الإذن» إلى الشركة غير الشركة العقديّة.

ليس لأحد الشركاء الامتناع من
(وليس لأحد الشركاء الامتناع من القسمة عند المطالبة إلا أن يتضمّن ضرراً).

يمكن التمسك لاستحقاق المطالبة وعدم جواز امتناع الشريك من القسمة بقاعدة السلطنة، فيكون مسلّطاً على إفراز ماله، ومع تضمّن الضرر على الشريك من جهة القسمة يجوز الامتناع، لما هو المعروف من حكومة دليل نفي الضرر على سائر الأدلّة، لكنّه قد يتضرّر المالك من جهة عدم الإفراز، فتقع المزاخمة بين الضررين، ولا يبعد تقديم أقوى الضررين.

(ولا يلزم أحد الشريكين إقامة رأس المال، ولا ضمان على أحد الشركاء ما لم يكن بتعدّد أو تفريط، ولا تصحّ مؤجّلة، وتبطل بالموت، وتكره مشاركة الذمي وإبضاعه وإيداعه).

بعد الفراغ عن كون الشركة من العقود الجائزة فلكلّ من الطرفين رفع اليد عنها من دون أن يكون ملزماً بإقامة رأس المال وإبقاء الشركة، بل يقتسمان العين الموجودة.

وأما عدم الضمان بالنسبة إلى التالف، فلا أنّ مال الشركة أمانة والأمانة غير مضمونة إلا بالتعدّي أو التفريط في الاحتفاظ.

عدم صحّة الشركة مؤجّلة
وأما عدم صحّة الشركة مؤجّلة بمعنى أنّه لو شرط في الشركة الأجل لم يلزم البقاء عليها إليه، بل لكلّ من الطرفين رفع اليد عنها، فلكون الشركة مؤجّلة

من العقود الجائزة، ولا ينافي هذا القول بلزوم العمل بالشرط وإن كان في ضمن العقد الجائز، لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، لأن هذا فرع بقاء العقد، ومع الفسخ لا يبقى الشرط.

نعم، فائدة الشرط أنه يحتاج جواز التصرف بعد الأجل إلى إذن جديد، بل يمكن أن يقال بانتفاء الشركة العقدية بانقضاء الأجل، لما قلنا من أنه لا معنى للشركة العقدية إلا التباني على التصرف في المال المشترك، فمع انتهاء الإذن لا معنى لبقاء الشركة.

وأما البطلان بالموت، فلرجوع الشركة العقدية معنى إلى الوكالة في التصرف في المال المشترك، فكل ما تبطل به الوكالة تبطل به الشركة، فمن تأمل في بطلان الوكالة بالموت وغيره، لعدم دليل عليه غير الإجماع يتأمل في المقام.

وأما كراهة مشاركة الذمي وإبضاعه وإيداعه، فيدل عليها صحيحة ابن رثاب المتقدمة قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي، ولا يبضعه، ولا يودعه وديعة»^(١).

كراهة مشاركة
الذمي وإبضاعه
وإيداعه

(١) الكافي: ٢٨٦/٥، ح ١، باب مشاركة الذمي؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٢٩/٣، ح ٣٨٤٩، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ١٨٥/٧، ح ١، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشريعة: ٨/١٩، أبواب أحكام الشركة، ب ٢، ح ١.

كتاب المضاربة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على محمّد وآله الطاهرين.

(كتاب المضاربة)

(وهي أن يدفع الإنسان إلى غيره مالاً ليعمل فيه بحصّة من ربحه، ولكلّ منهما الرجوع سواء كان المال ناضباً أو مشتبلاً، ولا يلزم فيها اشتراط الأجل، ويقتصر على ما تعيّن له من التصرف).

وجه التعبير بالمضاربة يمكن أن يكون ضرب العامل في الأرض للتجارة وابتغاء الربح، ويمكن أن يكون ضرب كلّ من صاحب المال والعامل في الربح بينهما، ويمكن أن يكون ضرب المال وتقليبه وهي لغة أهل العراق، وأمّا أهل الحجاز، فيسمّون بالقراض من القرض بمعنى القطع، فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلّمها للعامل.

وكيف كان فقد قال في المسالك - تبعاً للتذكرة^(١) - : «واعلم أنّ من دفع إلى غيره مالاً ليتجر به فلا يخلو إمّا أن يشترط كون الربح بينهما أو لأحدهما أو لا يشترط شيئاً، فإن شرطاه بينهما فهو قراض، وإن شرطاه للعامل فهو قرض، وإن شرطاه للمالك فهو بضاعة، وإن لم يشترط شيئاً

(١) تذكرة الفقهاء: ١٧ / ٥.

فكذلك إلّا أن للعامل أجره المثل»^(١).

وظاهر كلامهما - ككلام المصنّف رحمه الله - تقوّم المضاربة بالدفع خارجاً على خلاف سائر العقود حيث تحقّق بالإنشاء اللفظي، ويقوم الإنشاء الفعلي مقامه إلّا أن يراد الأعمّ من الدفع الإنشائي الحاصل باللفظ، والمعنى المقصود به الإنشاء.

وبعد تحقّق بناء العقلاء على الاكتفاء بالفعل من الطرفين كالمعاطاة في البيع، وعدم الردع من طرف الشارع، بل الإمضاء، كما يظهر من حسنة الكاهلي عن أبي الحسن موسى عليه السلام: «في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة فجعل له شيئاً من الربح مسمّى فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه؟ قال: على المضارب من الوضعية بقدر ما جعل له من الربح»^(٢).

وموثقة إسحاق بن عمّار عن أبي الحسن عليه السلام قال: «سألته عن مال المضاربة؟ قال: الربح بينهما والوضعية على المال»^(٣).

لا مجال للإشكال في المقام بأنّ عموم مثل ﴿أَوْفُوا﴾^(٤) غير شامل، لأنّ

(١) مسالك الأفهام: ٣٤٣/٤.

(٢) تهذيب الأحكام: ١٨٨/٧، ح ١٧، باب الشركة والمضاربة؛ الاستبصار: ١٢٧/٣، ح ٤، باب أنّ المضارب يكون له الربح بحسب ما يشترط وليس عليه من الخسران شيء؛ وسائل الشيعة: ٢٢/١٩، أبواب أحكام المضاربة، ب ٣، ح ٦. والتعبير عنها بالحسنة لعلّه للكاهلي.

(٣) تهذيب الأحكام: ١٨٨/٧، ح ١٥، باب الشركة والمضاربة؛ الاستبصار: ١٢٦/٣، ح ٢، باب أنّ المضارب يكون له الربح بحسب ما يشترط وليس عليه من الخسران شيء؛ وسائل الشيعة: ٢١/١٩، أبواب أحكام المضاربة، ب ٣، ح ٥. والتعبير عنها بالموثقة للحسن بن محمد بن سماعه وعبد الله بن جبلة الثقتين الواقفيين. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤ و ٥٦٣.

(٤) المائدة: ١.

المضاربة من العقود الجائزة، ومقتضى الأصل تبعية الربح لأصل المال.

بل لا يبعد التمسك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) حيث تقع حصّة من الربح في مقابل عمل العامل، وحيث إنّ المضاربة من العقود الجائزة حيث ادّعى الإجماع على عدم لزومها وجوازها من الطرفين، فلكلّ منهما الرجوع، سواء كان المال ناضباً أو مشغلاً، لكن قد يقال: مع عدم حصول الربح ورفع اليد عن العقد مقتضى قاعدة احترام عمل المسلم استحقاق العامل أجره عمله إن لم يكن رفع اليد من قبله^(٢). وقد يقال بالاستحقاق حتّى مع رفع اليد من قبله^(٣)، ويشكل بأنّ العمل إن كان بأمر من ربّ المال مع قطع النظر عن عقد المضاربة يستحقّ العامل أجره المثل.

وأما مع كون العمل بمقتضى عقد المضاربة الذي من شأنه جواز رفع اليد متى شاء كيف يستحقّ الأجر؟ ألا ترى أنّه لو عمل في أرض باعتقاد أنّها أرضه فبانت أنّها ملك الغير فهل يستحقّ الأجر من قاعدة الاحترام؟

وأما ما ذكر في المتن من أنّه لا يلزم فيها اشتراط الأجل، فالظاهر أنّ المراد أنّه ليست المضاربة مثل الإجارة ونحوها التي لا بدّ فيها من ذكر الأجل، بل حالها حال الوكالة ونحوها، فمقتضى الإطلاق بقاؤها إلّا أن يكون انصراف موجب للتحديد، ووجهه عدم الدليل على اشتراط

(١) النساء: ٢٩.

(٢) جواهر الكلام: ٢٦ / ٣٤٠.

(٣) المصدر نفسه: ٢٦ / ٣٤١.

لا يلزم في المضاربة
اشتراط الأجل

الأجل، وعدم لزومه عند العقلاء، والمضاربة المتعارفة بينهم كانت ممضاة عند الشرع، كالوكالة ونحوها.

ويمكن أن يكون المراد أنه إذا اشترط فيه الأجل لم يلزم، بل لكل من المالك والعامل رفع اليد عنها، والمعروف بطلان الشرط، بل بطلان العقد بناء على مفسدية الشرط الفاسد، ويمكن القول بالصحة واللزوم، لأنه بعد ما لم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد ولم يعلم مخالفته للكتاب والسنة، فهو محكوم بالصحة.

أمّا عدم المنافاة مع مقتضى العقد، فمعلوم، بل لولا الإجماع كان مقتضى القاعدة اللزوم.

وأمّا الحكم بالصحة مع عدم إحراز المخالفة، فلتقريب المذكور في أمثال المقام حيث إن الباقي تحت العام ليس هو الشرط غير المخالف حتى يستشكل من جهة عدم جريان الأصل، بل الباقي شرط، ولم تكن مخالفة بنحو التركيب كاعتبار عدم زيادة الركوع في الركعة حيث إن الشاك في زيادة الركوع يجري في حقه أصالة عدم الركوع الزائد، فإن كان المعتبر الركوع بقيد الوحدة لزم البطلان، لعدم إثبات الأصل إلا أن يدعى الانصراف في دليل الاستصحاب عن أمثال المقام.

ولا يتوجّه الإشكال بأنه بعد ما كان الشرط تابعاً للعقد، فمع عدم لزوم العقد كيف يلزم الشرط من جهة أن المعروف عدم وجوب الوفاء بالشرط إذا لم يكن في ضمن عقد؟ بل هو وعد لا يجب الوفاء به، وإن التزم بعض الأعاظم^(١) بلزوم الوفاء به أيضاً، بل قد ينكر صدق الشرط على مثله.

(١) العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ١٥٩/٥.

وأما إذا كان الشرط في ضمن عقد، سواء كان العقد لازماً أو جائزاً يكون مسؤولاً، لعموم: «المؤمنون - أو المسلمون - عند شروطهم» فيجب الوفاء به، غاية الأمر وجوب الوفاء ما دام الشرط باقياً، فمع انفساخ العقد وارتفاعه لا شرط حتى يجب الوفاء به.

وأما إذا كان اشترط لزوم هذا العقد الذي كان الشرط في ضمنه، فمع صحته لزم العقد ومع لزوم العقد لا مجال لارتفاع الشرط.

وأما لزوم الاقتصار على ما عيّن، فوجهه واضح مع كون التعيين من لزوم الاقتصار على قبل ربّ المال، لأنّه المسلط على ماله.

وأما لو كان التعيين من قبل العامل بأن يشترط العامل على ربّ المال، فمع إجازة ربّ المال لا إشكال في صحّة المعاملة، لكن الظاهر أنّه ليست المعاملة مرتبطة بعمل المضاربة بحيث يكون الربح بينهما، بل الربح راجع إلى ربّ المال فمع التبرّع في عمل العامل لا يستحقّ شيئاً، ومع عدم التبرّع يستحقّ أجرة العمل مع كون العمل بأمر ربّ المال.

(ولو أطلق تصرّف في الاستثمار كيف شاء، ويشترط كون الربح مشتركاً، ويثبت للعامل ما شرط له من الربح ما لم يستغرقه، وقيل^(١): للعامل أجرة المثل، وينفق العامل في السفر من الأصل ما لم يشترطه، ولا يشتري العامل إلا بعين المال، ولو اشترى في الذمّة وقع الشراء له والربح له).

لو أطلق ربّ المال

يتصرّف العامل في

الاستثمار كيف شاء

لا إشكال في أنّه مع الإطلاق يتصرّف العامل كيف شاء، لكن يشترط

(١) المقنعة: ٦٣٣؛ النهاية: ٤٢٨؛ غنية النزوع: ٢٦٧.

أن لا يخرج عن شأن المضاربة، لأن مقتضاها الاشتراك في الربح الحاصل من التصرف في رأس المال، وإن تبعه النماء في بعض الأحوال فيشكل صرف رأس المال في اشتراء مثل الأشجار بانتظار نموها.

نعم، مع الإذن لا إشكال لكنّه لا يبعد خروجه عن عنوان المضاربة، ولما كان وضع المضاربة على الاشتراك في الربح الحاصل من التصرف، فلا تصحّ المضاربة مع اشتراط تمام الربح لرّب المال أو للعامل، فلو شرط كذلك تبطل المضاربة، وقد عمل العامل وعمله محترم، فلا يبعد استحقاقه أجرة المثل إلّا أن يستشكل من جهة أنّ العمل ليس بأمر ربّ المال، بل العمل وقع بتخيّل صحّة المضاربة، كما لو عمل الأجير في الإجارة الفاسدة بتخيّل لزوم الوفاء بالعقد الواقع.

وأما إنفاق العامل في السفر من الأصل ما لم يشترطه، فيدلّ عليه صحيح عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام: «في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا تقدم بلده فما أنفق فمن نصيبه»^(١).

إنفاق العامل في
السفر من الأصل

وعن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: في المضاربة»^(٢)، الحديث.

(١) الكافي: ٥ / ٢٤١، ح ٥، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضعية؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ١٩١، ح ٣٣، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشريعة: ١٩ / ٢٤، أبواب أحكام المضاربة، ب ٦، ح ١.

(٢) ورواه الصدوق رحمته الله مرسلاً. الكافي: ٥ / ٢٤١، ح ٩، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضعية؛ من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٢٢٩، ح ٣٨٤٦، باب البيوع؛ وسائل الشريعة: ١٩ / ٢٤، أبواب أحكام المضاربة، ب ٦، ح ١. الرواية موثقة لأجل السكوني. راجع معجم ←

قد يقال: المراد بالسفر هنا السفر العرفي لا الشرعي الذي يجب فيه القصر، فلو كان السفر قصيراً أو أقام في الطريق وأتم الصلاة فنفقة تلك المدة من أصل المال إلا أنه يجب الاقتصاد على ما تحتاج إليه التجارة، فلو أقام زيادة على ما يحتاج إليه كان الزائد عليه^(١).

ويمكن أن يقال: يشكل صدق السفر على أقل من أربعة فراسخ، ولهذا استشكل في وجوب القصر في المسافة الملفقة من أقل من أربعة فراسخ ذهاباً وأزيد منها بمقدار النقص إيجاباً، وكذا في صورة إقامة عشرة أيام مع تنزيل المقيم منزلة أهل مكة، ومع اشتراط كون نفقة السفر على العامل يظهر من المتن عدم الخروج من أصل مال المضاربة، لكنه مبني على عدم كون هذا الشرط مخالفاً للسنة بأن يقال: الحكم بالخروج نظير الحكم بلزوم العقد لو خلى وطبعه حيث لا ينافي مع الخيار المشترط في العقد.

ولا يخلو عن الإشكال ألا ترى أن مثل شرط عدم التسري على الزوج في النكاح لا يلزم، إلا أن يقال: حيث إن استثناء الشروط المخالفة غير قابلة للتخصيص نستكشف في بعض الشروط المجوزة شرعاً مع أنه يترأى مخالفته لعام أو مطلق من السنة أنه ليس مخالفاً.

ومن الممكن أن يكون المقام من هذا القبيل، ومع الشك يرجع إلى أصالة عدم المخالفة بالتقريب المذكور، لكنه يشكل من جهة أنه يلزم الإحالة إلى ما لا سبيل إليه، كما لا يخفى، لكنه ادعى الاتفاق على أنه مع

→ رجال الحديث: ١٠٥/٣.

(١) الحقائق الناضرة: ٢١/٢١١.

شرط المالك على العامل عدم النفقة لم يجز له الإنفاق من المال، ولو أذن له بعد ذلك وهو تبرّع محض.

لزوم اشتراء العامل بعين المال ووقوع الشراء والربح له لو اشترى في الذمة، فلزوم اشتراء العامل بعين المال لا في الذمة لعلّه المشهور^(١).

وقد علّل بوجوه غير ناهضة للمدعى، كدعوى أنّه القدر المتيقّن في باب المضاربة، وأنّ الشراء في الذمة قد يؤدّي إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء وعلّل المالك غير راض به، وعدم صدق ربح مال المضاربة^(٢).

ولا يخفى الإشكال فيه، بل الظاهر جواز الاشتراء في ذمة صاحب المال أو في ذمة العامل بما هو عامل، ومختار من قبل ربّ المال حيث إنّ المتعارف في التجارة - بل الغالب - وقوع الاشتراء في الذمة وربّ المال فوّض أمرها إلى العامل، فالمقام كصورة التوكيل، والفرق استحقاق العامل حصّة من الربح على تقدير حصوله بخلاف صورة التوكيل حيث إنّ الوكيل مع التبرّع لا يستحقّ شيئاً، ومع عدمه يستحقّ أجره المثل أو ما عقدا عليه من الأجرة.

وأما وقوع الشراء للعامل وكون الربح له مع فرض قصده لربّ المال وكون الربح له أو له بما هو عامل والقول بعدم صحّة الاشتراء في الذمة في باب المضاربة، فلم يظهر وجهه.

(١) حكى الشهرة السيّد البيهقي رحمه الله. العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ١٦٧ / ٥.

(٢) راجع العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ١٦٨ / ٥.

نعم، بحسب الظاهر حيث لم يصرّح في المعاملة بمن له الاشتراء
يؤخذ العامل به كصورة التوكيل، لكن الكلام في الوقوع بحسب الواقع،
وذلك لأنّ الكليّ في الذمّة ما لم ينسب إلى ذمّة خاصّة لم تشتغل به،
فمع قصد العامل ذمّة ربّ المال أو ما يرجع إليها كيف تشتغل ذمّة
العامل؟

ثمّ إنّ ما قلنا من أنّ العامل إذا اشترى في الذمّة يؤخذ به بحسب
الظاهر حيث لم يصرّح بأنّ الاشتراء لربّ المال يشكل بالنسبة إلى من ظهر
من حاله أنّه عامل، وكذا الكلام فيمن ظهر من حاله أنّه وكيل.

(ولو أمر بالسفر إلى جهة فقصد غيرها ضمن، ولوربح كان الربح بينهما
بمقتضى الشرط، وكذا لو أمره بابتياح شيء فعُدل إلى غيره، وموت كل
واحد يبطل المضاربة).

مقتضى القاعدة الإشكال في صحّة المعاملة مع النهي عن السفر
إلى جهة، بل مع الأمر إلى السفر إلى جهة فعُدل العامل إلى غيرها مع النهي
أو مع المضادّة إلّا أن يكون بنحو تعدّد المطلوب، لكن في المقام نصوص
تدلّ على الصحّة:

ففي الصحيح عن أحدهما: «سألته عن رجل يعطي المال مضاربةً
وينهى أن يخرج [به فخرج]؟ قال: يُضَمَّن المال والربح بينهما»^(١).
في المقام الروايات الواردة

(١) الكافي: ٥/ ٢٤٠، ح ٢، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضيعة؛ تهذيب
الأحكام: ٧/ ١٨٩، ح ٢٢، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ١٥، أبواب
أحكام المضاربة، ب ١، ح ١.

وفي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يعطي للرجل المال فيقول: ائت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها؟ قال: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما»^(١).

ففي خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً: «في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة وينهاه أن يخرج به إلى الأرض الأخرى فعصاه؟ قال: هو له ضامن والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه»^(٢).

وخبر أبي الصباح: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المضاربة يعطي الرجل المال يخرج به إلى أرض وينهى أن يخرج به إلى أرض أخرى فعصى فخرج به إلى أرض أخرى فعطب المال؟ فقال: هو ضامن، فإن سلم فربح فالربح بينهما»^(٣).

وفي صحيح الحلبي منه أيضاً: «قال: المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح، وليس له الوضعية شيء إلا أن يخاف أمر صاحب المال، فإن

(١) الكافي: ٥/ ٢٤٠، ح ١، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضعية؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٨٩، ح ٢١، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ١٥-١٦، أبواب أحكام المضاربة، ب ١، ح ٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ٧/ ١٨٧، ح ١٣، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ١٨، أبواب أحكام المضاربة، ب ١، ح ١٠. والرواية موثقة بالحسن بن محمد بن سماعة الواقفي الثقة. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٢٢٧، ح ٣٨٤٢، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٨٩، ح ٢٣، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ١٧، أبواب أحكام المضاربة، ب ١، ح ٦. والرواية صحيحة على كلام في محمد بن الفضيل. راجع معجم رجال الحديث: ١٧/ ١٤٩.

العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ويشترط أن لا ينزلوا بطن واد، ولا يسروا، فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن للمال»^(١).

وفي صحيحه الآخر عنه أيضاً: «في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة فخالف ما شرط قال: هو ضامن والربح بينهما»^(٢).

ولا يخفى أنه لولا هذه الأخبار لأشكل تصحيح المعاملة، لأنه كثيراً ما يكون نظر رب المال بنحو وحدة المطلوب، فيكون المقام نظير نفوذ عمل الوكيل المعزول قبل بلوغ العزل إليه.

وأما إبطال موت كل واحد للمضاربة، فهو المعروف^(٣)، وقد علّل تبطل المضاربة بموت كل واحد منهما والجنون والإغماء^(٤).

فإن تمّ الإجماع وإلا فللاشكال فيه مجال، لمنع بطلان الإذن من المالك بالموت، نعم، مع خروج المال عن الملك لا إشكال، وأما مع بقاء المال على ملكه كما لو عيّن ثلث ماله للمضاربة، فيشكل، ألا ترى أن الوصية استنابة للوصي في العمل بعد الموت، ولا تبطل بالجنون والإغماء والموت،

(١) تهذيب الأحكام: ١٩١/٧، ح ٢٩، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشريعة: ١٩/١٧، أبواب أحكام المضاربة، ب ١، ح ٧.

(٢) تهذيب الأحكام: ١٩٠/٧، ح ٢٤، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشريعة: ١٩/١٦، أبواب أحكام المضاربة، ب ١، ح ٥.

(٣) شرائع الإسلام: ١١١/٢؛ الجامع للشرائع: ٣١٦؛ تحرير الأحكام: ١/٢٧٥.

(٤) شرائع الإسلام: ١١١/٢؛ مسالك الأفهام: ٤/٣٥٣.

نعم، في طرف العامل إذا كان العامل بشخصه مأذوناً في العمل ترتفع المضاربة بموته.

(ويشترط في مال المضاربة أن يكون عيناً دنانير أو دراهم، ولا تصحّ بالعروض، ولو قوّم عروضاً وشرط للعامل حصّة من ربحه كان الربح للمالك وللعامل الأجرة، ولا يكفي مشاهدة رأس مال المضاربة ما لم يكن معلوم القدر، وفيه قول بالجواز).

أمّا اشتراط كون مال المضاربة عيناً دنانير أو دراهم، فادّعي عليه الإجماع^(١)، لكن المصنّف رحمه الله تردّد في الشرائع^(٢) في القراض بالنقرة، أي القطعة المذابة من الذهب والفضّة، مع أنّها ليست من الدراهم والدنانير.

يشترط كون مال
المضاربة عيناً دنانير
أو دراهم

ولا يبعد أن يقال: المضاربة معاملة متعارفة بين العقلاء ممضاة لها أحكام خاصّة، والقدر المتيقّن منها ما كانت بالدراهم والدنانير وإن أمكن الخدشة بشمول: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٣).

وأما ما في المتن من أنّه لو قوّم عروضاً وشرط للعامل حصّة من ربحه، إلى آخره، فيشكل بما ذكر سابقاً من أن عمل المسلم محترم، لكن استحقاق العامل الأجرة على صاحب المال منوط بكون العمل بأمره،

لوقوّم عروضاً
وشرط للعامل
حصّة من ربحه

(١) الخلاف: ٤٥٩/٣، وفيه دعوى الإجماع؛ المهذب: ٤٦٠/١؛ فقه القرآن: ٦٧/٢؛ السرائر:

٤٠٧/٢؛ تحرير الأحكام: ٢٧٥/١.

(٢) شرائع الإسلام: ١١٢/٢.

(٣) النساء: ٢٩.

وأما لو كان العمل مبنياً على صحّة المضاربة الفاسدة، فكيف يستحقّ الأجرة؟

وأما لزوم العلم بمال المضاربة، فقد يعلّل بلزوم الغرر مع الجهل، ولزوم العلم بمال المضاربة
وبعدم معرفة الربح من رأس المال^(١).

ويشكل بأنّ المسلم بطلان البيع والإجارة الملحقة به من جهة الغرر، ويمكن معرفة الربح بالعلم بمال المضاربة بعد عقد المضاربة، ولا مانع من شمول ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، وكفاية المشاهدة محكيّة عن السيّد المرتضى^(٢)، وأحد قولي الشيخ^(٣) - قدّس أسرارهما -.

(ولو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل مع يمينه، ويملك العامل نصيبه من الربح بظهوره وإن لم ينض، ولا خسران على العامل إلا عن تعدّد أو تفريط، وقوله مقبول في التلف، ولا يقبل في الردّ إلا بيّنة على الأشبه).

وجه تقدّم قول العامل أصالة عدم وصول الزائد الذي يدّعيه المالك لو اختلفا في قدر رأس المال فالقول
إليه، وعدم دخوله تحت سلطانه وأصالة عدم اشتغال ذمّته به مع تحقّق الضمان بتعدّد أو تفريط.

وقد يستشكل في صورة ظهور الربح حيث إنّ النزاع يرجع إلى استحقاق

(١) كشف الرموز: ١٤/٢-١٥؛ رياض المسائل: ٣٤٩/٩.

(٢) قال الفاضل الآبي رحمه الله: حكى ذلك شيخنا عن المرتضى في الدرس، وما وقفت عليه. كشف الرموز: ١٤/٢.

(٣) المبسوط: ١٩٩/٣.

العامل أزيد ممّا يقرّ به المالك، ومقتضى الأصل كون جميع المال الموجود للمالك إلّا ما أقرّ به للعامل، ومع التلف والضمان لا بدّ أن يغرم المقدار الذي للمالك^(١).

ويمكن أن يقال: الشكّ في استحقاق المالك أزيد ممّا هو المتسالم بينهما مسبّب عن الشكّ في مقدار رأس المال، فإنّ بنينا على عدم لزوم انتقال العوض إلى مالك المعوّض في البيع، بل يصحّ أن ينتقل العوض إلى المالك والعامل في عرض واحد كما التزم به بعض الأكابر^(٢)، فكيف يكون جميع المال بمقتضى الأصل ملكاً للمالك إلّا المقدار المقرّ به؟

وإن قلنا بمقالة المشهور أنّه لا بدّ من انتقال العوض إلى المالك أولاً ثمّ ينتقل إلى العامل من جهة عقد المضاربة، فمقتضى أصالة عدم الزيادة عدم استحقاق المالك أزيد ممّا يقرّ به العامل بمعنى أنّه لا يستقرّ له ملكيّة الزائد على ما يقرّ به العامل والشكّ في بقاء ملكيّة الزائد مسبّب عنها، فلا تجري أصالة بقاء الملكية للمالك فيكون المالك والعامل متداعيين بالنسبة إلى ملكيّة الزائد.

وأما تملّك العامل نصيبه من الربح بظهوره وإن لم ينض، فهو المشهور، بل ادّعي ظهور الإجماع عليه^(٣).

تملّك العامل
نصيبه من الربح
بظهوره

(١) العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ٢٣٦-٢٣٨/٥.

(٢) العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ٢٤٧/٥.

(٣) المدّعي للإجماع هو السيّد اليزدي^(٤). في العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ١٩٦/٥.

واستدل^(١) عليه بأنّه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما، وبأنّه مملوك وليس للمالك فيكون للعامل، وبالصحيح: «رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم؟ فقال: يقوم، فإذا زاد درهماً واحداً أعتق واستسعى في مال الرجل»^(٢) إذ لو لم يكن مالكاً لحصته لم ينعتق أبوه.

وحكي عن فخر المحققين عن والده عليه السلام أنّ في المسألة أربعة أقوال: الأقوال الأربعة في المسألة والمناقشة فيها

أحدها: ما ذكر.

الثانية: أنّه يملك بالإنضاض، لأنّه قبله ليس موجوداً خارجياً، بل مقدّر موهوم.

الثالث: أنّه يملك بالقسمة، لأنّه لو ملك قبله لا اختصّ بربحه ولم يكن وقاية لرأس المال.

الرابع: أنّ القسمة كاشفة عن الملك سابقاً، لأنّها توجب استقراره.

وردّ القول الثاني بمنع كون القيمة أمراً وهمياً، بل المالك يصير شريكاً في العين الموجودة مع أنّ المملوك لا يلزم أن يكون موجوداً خارجياً، فإنّ الدين مملوك مع أنّه ليس في الخارج.

وردّ القول الثالث بأنّه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث على

(١) العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ١٩٦/٥.

(٢) الكافي: ٥/ ٢٤١، ح ٨، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضعية؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٢٢٨، ح ٣٨٤٤، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٩٠، ح ٢٧، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٢٥، أبواب أحكام المضاربة، ب ٨، ح ١.

الشياع، إذ يجوز أن يكون مالكاً ويكون ما يملكه وقاية لرأس المال، فيكون الملك متزلزلاً، واستقراره مشروط بالسلامة.

ومن ضعف القول الثاني والثالث ظهر ضعف القول الرابع لكونه متفرعاً^(١).

ويمكن أن يقال: قد ذكروا في باب الخمس أن ترقّي القيمة السوقية لا توجب تعلّق الخمس، لعدم صدق الفائدة، وعدم صدق التكبّب.

نعم، إذا اشترى المتاع بقصد التجارة فارتفع القيمة السوقية يوجب الخمس بعد البيع أو قبل البيع، فمع منع صدق الفائدة هناك كيف يسلم في المقام صدق الربح وشركة العامل في العين الموجودة، ولازم الشركة في المقام شركة صاحب الخمس هناك إن قلنا في باب الخمس بالشركة، أو بنحو الكلّي في المعين، كما أنّه لم يظهر الفرق في باب الخمس بين اشتراء الشيء بقصد التجارة وارتفاع قيمته وبين الاشتراء بقصد الاقتناء وارتفاع قيمته في صدق الفائدة.

وأما الوجوه المذكورة للقول المشهور، فيمكن المناقشة فيها بمنع صدق الربح قبل الانضاض كما منع في باب الخمس، والالتزام بكون العين المملوكة قبل الانضاض ملكاً للمالك وبعد الانضاض يصير حصّة العامل ملكاً له، والخبر الدالّ على انعقاد الأب يؤخذ به من باب التعبّد، ولعلّه من جهة الاكتفاء في الانعقاد بالقابلية لأن يملك العامل.

وبعبارة أخرى الاستدلال بهذا الخبر مبنيّ على التمسك بالعموم مع

المناقشة في الوجوه
المذكورة للقول
المشهور

معلومية الحكم في فرد فيقال في المقام بعد قيام الدليل على أنه لا عتق إلا في ملك وقيام الدليل على اعتناق العبد أصالة العموم يقتضي كون الأب المنعتق ملكاً وإلا لزم تخصيص ذلك العام.

واستشكل فيه بمنع استقرار بناء العقلاء على التمسك بالعام مع العلم بالمراد ومورد التمسك الشك في المراد.

وأما عدم الخسران على العامل، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(١)، لأنه أمين ومن المسلمات بين الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - المعاملة مع المأذونين كالوكيل والمستودع والمستأجر معاملة الأمانة وإن اشتهر الضمان في المقبوض بالسوم مع أن القابض مأذون.

وربما يكون القبض لمصلحة المالك، كما لو احتاج إلى بيع سلعته وأراد المشتري الاشتراء لرفع حاجة البائع ومن جهة الأمانة ادّعي عدم الخلاف في قبول قول العامل في التلف، لكن وقع التردد في قبول قوله في الرد إلى المالك ولم يتضح الفرق، فإن كان الوجه في عدم قبول قوله في الرد عموم «البينة على المدعي» فهذا الوجه متحقق في دعوى التلف مع إمكان إقامة البينة إلا أن يكون إجماع على القبول في دعوى التلف.

وكيف كان يمكن استفادة عدم الضمان والخسارة من الأخبار الخاصة في المقام.

(ولو اشترى العامل أباه فظهر فيه ربح عتق نصيب العامل وسعى العبد

فظهر فيه ربح

(١) النهاية: ٤٢٨؛ الوسيلة: ٢٦٣؛ السرائر: ٢/٤٠٩؛ الجامع للشرائع: ٣١٦؛ قواعد الأحكام: ٣٤٧/٢.

في باقي ثمنه، ومتى فسخ المالك المضاربة صحَّ، وكان للعامل أجرته إلى ذلك الوقت، ولو ضمَّن صاحب المال العامل صار الربح له).

قد ظهر من الصحيح المذكور أنفاً انعقاد العبد المشتري ولزوم سعيه في الباقي من غير فرق بين إعسار العامل ويساره، لترك الاستفصال، إذ المسؤول مطلق الرجل لا رجل مخصوص يكون حاله معلومة، لكن مع ذلك قيل^(١) بالسراية والتقويم على العامل الموسر، لأنَّه فعل السبب الموجب لها جمعاً بين الأدلَّة، ومتى فسخ المالك صحَّ فسخه، لكون المضاربة من العقود الجائزة صحَّ فسخها للمالك والعامل، فمع وجود الربح يأخذ العامل حصَّته، ولا شيء له غيرها، ومع عدم الربح يستحقَّ العامل أجرة المثل لعمله عند المصنَّف رحمته، لأنَّه عمل عملاً من غير تبرُّع وعمله محترم.

ويشكل من جهة أنَّ العامل أقدم على العمل بانياً على أنَّه مع الربح يأخذ حصَّة منه، ومع عدم الربح لا يأخذ شيئاً مع أنَّ المضاربة جائزة يجوز فسخها في جميع الأوقات، وقد يقال باستحقاق الأجرة لو عمل العامل وفسخ المالك قبل إتمام عمله المحتمل حصول الربح به باعتبار احترام عمله، وإقدامهما على الربح المترتب عليه، والفرض احتماله، فبالفسخ تفوت الحصَّة، ولكنَّ العمل على احترامه ورضاهما بهذا العقد الجائز في جميع الأوقات لا ينافي ثبوت الأجرة له من جهة أخرى^(٢).

(١) راجع جواهر الكلام: ٣٨٧/٢٦.

(٢) جواهر الكلام: ٣٨٨-٣٨٩/٢٦.

ويشكل من جهة أنّ العمل قبل إتمامه وبعده من شؤون عقد المضاربة، ويجتمع ضمان العامل للمالك مع استحقاق الربح، وقد سبق ضمانه في صورة المسافرة مع النهي من المالك أو مخالفته لما شرط عليه.

أمّا لو كان النظر إلى شرط الضمان لرأس المال ولعلّه الظاهر من المتن أو شرط الخسارة على العامل، ففي صحّة الشرط إشكال من جهة أنّه وإن لم يكن منافياً لمقتضى العقد، بل لإطلاقه، لكنّه يحتمل مخالفته للسنة حيث يظهر من أخبار الباب اختصاص ضمان رأس المال والخسارة ببعض الصور، كصورة مخالفة الشرط أو الخروج إلى مكان مع النهي عنه.

ومع بطلان الشرط تجيء شبهة فساد العقد لشبهة أنّ ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، وشبهة عدم استحقاق العامل الربح حيث إنّ استحقاقه مترتب على صحّته، بل شبهة عدم استحقاق أجرة المثل، لأنّه عمل عملاً باعتقاد صحّة العقد لا بأمر المالك وقد يفسّر ما في المتن بأنّه لو شرط في عقد المضاربة الضمان يكون رأس المال مضموناً على المضارب والربح للعامل، لرواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: «أنّ عليّاً عليه السلام قال: من ضمّن تاجراً فليس له إلّا رأس ماله وليس له من الربح شيء»^(١).

(١) الكافي: ٥/ ٢٤٠، ح ٣، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضعية؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٢٢٨، ح ٣٨٤٣، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٩٠، ح ٢٥، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٢٢، أبواب المضاربة، ب ٤، ح ١. والرواية صحيحة على ما في الكافي والفقيه، وموثقة على ما في التهذيبين بالحسن بن محمد بن سماعة الثقة ←

وروي: «من ضمّن مضاربة»^(١) فمع اضطراب المتن يشكل حمله على ما ذكر إلا أن يكونا روايتين.

ويحتمل على الرواية الأولى أن يكون المراد من التضمين الإقراض حيث إنه تمليك على وجه التضمين، ويشكل الحمل على تضمين المضارب مع المخالفة للقاعدة.

(ولا يطاء المضارب جارية القراض ولو كان المالك أذن له، وفيه رواية بالجواز متروكة^(٢)، ولا تصحّ المضاربة بالدين حتى يقبض).

لا إشكال في عدم جواز وطء المضارب أي العامل للجارية المشتركة بمال المضاربة بدون التحليل من المالك، ومعه يجوز بناء على جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه وطء الجارية المشتركة إذا كان بعد حصول الربح وقبله بلا إشكال.

لا يجوز للعامل وطء الجارية المشتركة بمال المضاربة

وأما الإذن من المالك قبل عقد المضاربة أو بعده قبل الاشتراء، فالمشهور على عدم الجواز^(٣)، لأنّ التحليل إمّا تمليك أو عقد وكلاهما لا يصلحان قبل الاشتراك.

→ الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤.

(١) تهذيب الأحكام: ١٨٨/٧، ح ١٦، باب الشركة والمضاربة؛ الاستبصار: ١٢٦-١٢٧، ح ٣، باب أنّ المضارب يكون له الربح بحسب ما يشترط وليس عليه من الخسران شيء؛ وسائل الشريعة: ٢٣/١٩، أبواب المضاربة، ب ٤، ح ٢. والرواية موثقة بالحسن بن محمد بن سماعة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤.

(٢) هي موثقة عبد الله بن يحيى الكاهلي وسيأتي ذكرها قريباً.

(٣) شرائع الإسلام: ١١٧/٢؛ قواعد الأحكام: ٣٤١/٢؛ إيضاح الفوائد: ٣١٩/٢.

وقد يقوَّى الجواز - كما عن الشيخ^(١) - لمنع كون التحليل أحد الأمرين، بل هو إباحة وتجاوز الإباحة قبل الشراء، كما إذا قال: اشتر بـمالي طعاماً ثم كل منه.

مضافاً إلى خبر الكاهلي عن أبي الحسن عليه السلام قلت: «رجل سألني أن أسألك أن رجلاً أعطاه مالاً مضاربة يشتري ما يرى من شيء وقال له: اشتر جارية تكون معك والجارية إنما هي لصاحب المال إن كان فيها وضعية فعليه وإن كان فيها ربح فله فللمضارب أن يطأها؟ قال عليه السلام: نعم»^(٢).

ويمكن تأييد هذا بما ورد في باب الخمس من تحليلهم الغنائم التي منها الإماء للشيعة لتطيب ولادتهم وإن أمكن أن يكون المراد من التحليل في تلك الأخبار التمليك، ولذا يجوز بيعها واشتراؤها وإن أشكل الأمر فيها حيث إن المباحة والمباح لهم معدومون والإباحة لا تصحّح البيع والاشتراء عند المشهور، والمسألة مشكّلة، والرواية مع عدم عمل المشهور بها يشكّل الأخذ بها وإن قيل^(٣): إنَّها موثّقة.

وأما عدم صحّة المضاربة بالدين حتّى يقبض، فیدلّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل له على رجل مال فتقاضاه ولا يكون عنده ما يقضيه

(١) النهاية: ٤٣٠.

(٢) تهذيب الأحكام: ١٩١/٧، ح ٣١، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ٢٧/١٩، أبواب أحكام المضاربة، ب ١١، ح ١. والرواية موثّقة بالحسن بن محمد بن سباعة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤.

(٣) مفتاح الكرامة: ٥٩٨/٢٠؛ جواهر الكلام: ٤٠٤/٢٦.

فيقول عندك مضاربة قال: لا يصحّ حتّى يقتضيه^(١)، ولا يضرّ ضعف السند مع عمل الأصحاب به.

(ولو كان في يده مضاربة فمات، فإن عيّنها لواحد بعينه أو عرفت منفردة وإلا تحاصّ فيه الغرماء).

لو كان في يده
مضاربة فمات

يدلّ عليه ما رواه الشيخ في التهذيب عن السكوني، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام، عن آبائه، عن علي - صلوات الله عليهم - أنّه كان يقول: «من يموت وعنده مال مضاربة، قال: إن سمّاه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان، فهو له وإن مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء».

ورواه الصدوق مرسلًا^(٢)، والمراد من استوائهم كما ذكره الأصحاب أن يقسّم بينهم على نسبة أموالهم لا بمعنى أن يقسّم بالسوية، هذا إذا كانت أموالهم مجتمعة في يده على حدة.

وأما إن كانت ممترجة مع جملة ماله مع العلم بكونها موجودة، فالغرماء بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك إن وسعت التركة أموالهم أخذوها، وإن قصرت تحاصّوا.

(١) الكافي: ٥/ ٢٤٠، ح ٤، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضعية؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٢٢٨، ح ٣٨٤٥، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٩٢، ح ٣٤٤، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٢٣، أبواب أحكام المضاربة، ب ٥، ح ١. والرواية موثقة لأجل السكوني. راجع معجم رجال الحديث: ٣/ ١٠٥.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٢٢٩، ح ٣٨٤٧، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٩٢، ح ٣٧، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٢٩، أبواب أحكام المضاربة، ب ١٣، ح ١. والرواية موثقة لأجل السكوني. راجع معجم رجال الحديث: ٣/ ١٠٥.



كتاب المزارعة والمساقاة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين.

(كتاب المزارعة والمساقاة)

تعريف المزارعة المتعاقدين، لكن لو تقايلا صحّ، ولا تبطل بالموت).
وشروطها ثلاثة

(وشروطها ثلاثة:)

الأول: (أن يكون النماء مشاعاً تساويا فيه أو تفاضلا).

الثاني: (أن تقدّر لها مدّة معلومة).

الثالث: (أن تكون الأرض ممّا يمكن الانتفاع بها).

لعلّ التعبير بالمزارعة مع أنّ الزرع فعل أحدهما وهو خلاف ظاهر باب
المفاعلة من جهة كون صاحب الأرض سبباً.

وكيف كان تكون المزارعة من العقود اللازمة المحتاجة إلى الإيجاب
والقبول سواء كانا باللفظ الظاهر في المراد ولو بالقرينة وبنحو المجاز أو
بالفعل بأن تبانيا عليها ثمّ سلّم صاحب الأرض إلى من يقبلها، فيشملها
عموم ما دلّ على لزوم العقد والأخبار الخاصّة الواردة في خصوص المقام،
ومع التقايل ينسخ، لعموم ما دلّ على صحّة التقايل كما ذكر في كتاب البيع.

عدم بطلان المزارعة
بموت أحدهما
وأما عدم بطلانها بموت أحدهما، فلعدم موجب له بعد الوقوع صحيحاً كسائر العقود اللازمة وإن وقع الخلاف في عقد الإجارة، نعم، إذا اشترط المالك على العامل العمل بنفسه تبطل بموته.

ولقائل أن يقول: ما الفرق بين اشتراط المباشرة وبين اشتراط زرع نوع خاص حيث قالوا هناك: لو زرع الزارع غير ما اشترط عليه تختير المالك بين الفسخ والإمضاء، فإن صحح هناك بتعدد المطلوب فلم لا يقال في المقام إلا أن يكون في المقام إجماع؟

يشترط أن يكون
النماء مشاعاً
وأما اشتراط أن يكون النماء مشاعاً، فالظاهر عدم الخلاف فيه، بل ادّعي عليه الإجماع^(١).

واستدل^(٢) عليه بقاعدة الاقتصار على المتيقن من النص والفتوى في عقد المزارعة والمساقاة المخالف لأصالة عدم الغرر، والصحيح: «لا تقبل الأرض بحنطة مسمّاة ولكن بالنصف والثلث والربع، والخمس لا بأس به»^(٣) وفسّر الشرط المزبور بكون مجموع النماء بينهما مشاعاً.

ويخرج بذلك ما لو شرط لأحدهما شيئاً معيناً والباقي للآخر أو لهما،

(١) المقنعة: ٦٣٦؛ المراسم: ١٩٤؛ الخلاف: ٣/ ٥١٥، وفيه دعوى الإجماع؛ المهذب: ٢/ ٩؛ الوسيلة: ٢٧٠؛ غنية النزوع: ٢٩٠، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ٢/ ٤٤١؛ إصباح الشيعة: ٢٧١؛ الجامع للشرائع: ٢٩٨؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٥٨؛ تحرير الأحكام: ١/ ٢٥٦.
(٢) جواهر الكلام: ٨/ ٢٧.
(٣) الكافي: ٥/ ٢٦٧، ح ٣، باب قبالة الأرضين والمزارعة بالنصف والثلث والربع؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٩٧، ح ١٧، باب المزارعة؛ الاستبصار: ٣/ ١٢٨، ح ٣، باب ما يكره به إجارة الأرضين؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٤١، أبواب المزارعة والمساقاة، ب ٨، ح ٣.

وما لو شرط لأحدهما نوع خاص من الزرع دون صاحبه وفي بعض الصور وقع الخلاف كما لو شرط أحدهما قدراً من الحاصل وما زاد عليه بينهما، ففي الشرائع نفى الصحة لجواز أن لا تحصل الزيادة، فيبقى الآخر بلا شيء^(١)، وحكي عن الشيخ عليه السلام^(٢) وجماعة^(٣) جواز اشتراط مقدار البذر، وعن الفاضل^(٤) جواز استثناء شيء مطلقاً ورّجحه في الكفاية^(٥).

ويمكن أن يقال: إن تمّ الإجماع على الشرط المذكور بالنحو المفسّر، فلا كلام وإلا فيشكل من جهة أنّ المستفاد من الصحيح المذكور لزوم الإشاعة في الجملة لا في جميع ما يزرع.

وما ذكر من الاختصار على المتيقّن من النصّ والفتوى يتمّ لو تمت قاعدة نفى الغرر في المقام، فمع وجود العامّ مثل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ يشكل الحكم بالبطلان إلا أن يدعى أنّ وضع المضاربة المتعارفة بين الناس على الإشاعة في جميع ما يزرع، والعمومات منصرفة إلى ما هو المتعارف بينهم، لكنّه مع التسليم يكون كذلك مع عدم الاشتراط لا مع الاشتراط كما أنّ بناء البيع على اللزوم ومع اشتراط الخيار لا لزوم.

ومّا ذكر يظهر قوّة ما عن الشيخ والفاضل، وقد يستفاد صحّة بعض الصور من خبر إبراهيم الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشارك

(١) شرائع الإسلام: ١١٩/٢.

(٢) النهاية: ٤٤٠.

(٣) المهذب: ١٢/٢؛ السرائر: ٤٤٤/٢.

(٤) مختلف الشيعة: ١٩٢/٦.

(٥) كفاية الأحكام: ٦٣٦/١.

العَلَجُ^(١) ويكون من عندي الأرض والبذر والبقر ويكون على العَلَج القيام والسقي والزرع حتّى يصير حنطة أو شعيراً وتكون القسمة فيأخذ السلطان حظّه^(٢) ويبقى ما بقي على أنّ للعَلَج منه الثلث ولي الباقي؟ فقال: لا بأس بذلك، قلت: فلي عليه أن يردّ عليّ ممّا أخرجت الأرض من البذر ويقسّم ما بقي؟ قال: إنّما شاركته على أن يكون البذر من عندك وعليه السقي والقيام^(٣).

وخبر يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدّي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما؟ قال: لا بأس^(٤)».

ويشكل الاستفادة من هذين الخبرين فإنّ ما يأخذه السلطان بحق أو بغير حقّ ليس شيئاً قابلاً لأن يقسّم بين المالك والزراع بحيث يحتاج إلى الاشتراط، بل يؤخذ مع الإشاعة من ملك الطرفين، نعم يمكن أن يشترط أن ينقص من حصّة أحدهما، وهذا غير مذكور في الخبرين.

(١) العَلَج: الرجل الضخم من كفّار العجم، وبعضهم يطلقه على الكافر مطلقاً، والجمع علوج وأعلاج كحمول وأحمال. مجمع البحرين: ٣١٩/٢.

(٢) في المصادر: «حقّه».

(٣) الكافي: ٥/٢٦٧-٢٦٨، ح ١، باب مشاركة الذمّي وغيره في المزارعة والشروط بينهما؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٢٤٧، ح ٣٨٩٨، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٩٨، ح ٢١، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٤-٤٥، أبواب المزارعة والمساقاة، ب ١٠، ح ١. والرواية صحيحة على كلام في إبراهيم الكرخي. راجع معجم رجال الحديث: ١/١٩٥.

(٤) الكافي: ٥/٢٦٨، ح ٢، باب مشاركة الذمّي وغيره في المزارعة والشروط بينهما؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٩٨، ح ٢٢، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٥، أبواب المزارعة والمساقاة، ب ١٠، ح ٢. والرواية صحيحة.

وأما إخراج مقدار البذر، فلعلّ الظاهر من الخبر الأوّل عدم الجواز إخراج مقدار البذر حيث يظهر منه أنّ البذر في مقابل السقي والقيام فكيف يردّ.

وأما اشتراط أن تقدّر للمزارعة مدّة معلومة، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(١)، واستدلّ^(٢) عليه بخبر أبي الربيع الشامي^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألت عن أرض يريد رجل أن يتقبلها فأبيّ وجوه القبالة أحلّ؟ قال: يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسمّاة، فيعمر ويؤدّي الخراج، قال: فإن كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة الأرض»^(٤). وصحيح الحلبي عنه عليه السلام أيضاً: «أنّ القبالة أن تأتي الأرض الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقلّ من ذلك أو أكثر، فتعمرها وتؤدي ما خرج فلا بأس به»^(٥) بناء على إرادة المزارعة من القبالة أو الأعمّ منها ومن الإجارة.

(١) المقنعة: ٦٣٦؛ الكافي في الفقه: ٣٤٨؛ المراسم: ١٩٤؛ النهاية: ٤٤١؛ المهذب: ١١/٢؛ الوسيلة: ٢٧٠؛ غنية النزوع: ٢٩٠؛ السرائر: ٤٤١/٢؛ الجامع للشرائع: ٢٩٨؛ جامع الخلاف والوافق: ٣٥٩؛ تحرير الأحكام: ٢٥٧/١.

(٢) جواهر الكلام: ١٤/٢٧.

(٣) إسناده الصدوق عليه السلام يختلف عمّا في التهذيب فيلرجع إلى ذلك.

(٤) من لا يحضره الفقيه: ٢٤٧/٣، ح ٣٨٩٩، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ١٨/٧، ح ٣٣، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٦٠، أبواب أحكام المزارعة، ب ١٨، ح ٥. والرواية حسنة بأبي الربيع الشامي الممدوح. راجع معجم رجال الحديث: ٧٠/٧.

(٥) الكافي: ٢٦٨/٥، ح ٣، باب مشاركة الذمي وغيره في المزارعة والشروط بينها؛ تهذيب الأحكام: ١٩٧/٧، ح ٢٠، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٦-٤٧، أبواب أحكام المزارعة ب ١١، ح ٢.

وقد يقال بكفاية تعيين المزروع من غير ذكر المدّة، فإنّ لكلّ مزروع مدّة يدرك فيها بحسب الغالب، وغايتها إدراك المزروع^(١).

وربما يستظهر من خبر إبراهيم الكرخي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشارك العليج فيكون من عندي الأرض والبذر والبقر ويكون على العليج القيام والسقي والعمل والزرع حتّى يصير حنطة أو شعيراً ويكون القسم فيأخذ السلطان حقّه ويبقى ما بقي على أن للعليج منه الثلث ولي الباقي؟ قال: لا بأس»^(٢).

وحملت هذه الرواية على أن يكون عمل العليج إلى صيرورة الزرع حنطة أو شعيراً لا أن يكون الصيرورة غاية للمشاركة والمزراعة^(٣).

ويمكن أن يقال: إذا احتمل كلام الراوي لصورة جعل الغاية المذكورة غاية للمزراعة أيضاً، ومع هذا قال: لا بأس، فلا يبعد القول بالصحة إن لم يشكل الأخذ بها من جهة السند.

وربما يستشكل الأخذ بظاهر الروایتين السابقتين حيث إنّ السنة في لسان العرب محمولة على القمرية والمعتبر في الزراعة العامّ الشمسي، فمع اشتراط زمان ادراك الزرع، بل يقال: هو بمنزلة الركن كيف يكتفى بالعامّ القمري وحمل السنة على الشمسية من جهة ذكر تقبّل الأرض بعيد إلا أن يقال: اللازم تعيين مدّة يدرك فيه الزرع بحسب الغالب، سواء كان بالسنة

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ١٠ / ١٢٨.

(٢) قد تقدّم تحريره آنفاً.

(٣) جواهر الكلام: ٢٧ / ١٥.

القمرية أو الشمسية، والاختلاف اليسير لا يضر، فإنه مع تعيين السنة الشمسية أيضاً قد لا يدرك الزرع ويجيء فيه البحث عن حكمه هل للمالك إلزام الزارع بقلعه أو للزارع إبقاؤه حتى يدرك مع الأجرة أو بلا أجرة.

وأما اشتراط كون الأرض ممّا يمكن الانتفاع بها، فوجهه واضح، بل يكون عقد المزارعة مع عدم القابلية خارج عن أفعال العقلاء، نعم، ربما تكون الأرض غير قابلة للنوع الغالب، ويتمكن شخص خاص من تسوية الأرض وتسطيحها وحفر البئر وإجراء الماء أو كانت الأرض غير قابلة واتفق القابلية بطرّو الطوارئ ولا يبعد الصحة لو عقدا برجاء الانتفاع.

(وله أن يزرع الأرض بنفسه وبغيره ومع غيره إلا أن يشترط عليه زرعها بنفسه، وأن يزرع ما شاء إلا أن يعين له، وخارج الأرض على صاحبها إلا أن يشترط على الزارع، وكذا لو زاد السلطان زيادة).

إذا أطلق المزارعة المعقود عليها من حيث المباشر ومن حيث المزروع، فلا إشكال لحجية المطلق كسائر المطلقات إلا أن يكون انصراف في البين، فهو بمنزلة التقييد، وأما مع عدم الإطلاق - بل الإهمال -، فيشكل لا من جهة الغرر حتى يقال: لا دليل على نفي الغرر في المزارعة، بل من جهة عدم وقوع العقد على الخاص حتى يجوز التصرف، ويملك المالك حصته مع كون البذر للعامل، أو يملك الزارع حصته مع كون البذر للمالك إلا أن يكون في البين قدر متيقن، فلا إشكال لتعلق العقد حتى مع الإهمال.

وأما ما يقال من التفرقة بين التعميم والإطلاق، فمع التعميم لا إشكال حتى مع اختيار الزارع زرعاً تتضرر به الأرض بخلاف الإطلاق،

فلا مجال له حيث إنّ المطلق بمنزلة العامّ، ومع الاشتراط لا بدّ من ملاحظة الشرط.

ومع الاشتراط تارة يكون بنحو تعدّد المطلوب، فلو لم يعمل بالشرط لم يمنع عدم العمل من العمل بمقتضى المزارعة بخلاف صورة وحدة المطلوب حيث إنّ لازمه استحقاق المالك أجره الأرض دون حصّة من الزرع.

خراج الأرض وأمّا الخراج، فإن كان على الأرض فمع عدم الشرط يكون على صاحبها.

وتفصيل ذلك أنّ الأرض تارة تكون من الأراضي التي فتحت عنوة والسلطان العادل أو غيره يقبلها أحداً ويأخذ منه الخراج، وهذا نظير الإجارة، فالمستقبل كأنّه يعطي أجره الأرض.

وتارة أخرى ليست من تلك الأراضي، بل الأرض من الأراضي المملوكة التي يؤخذ من جهتها من قبل السلطان شيء من جنس المزروع أو من النقود من غير استحقاق، فمقتضى القاعدة عدم رجوع من أخذ منه إلى الغير، سواء كان المأخوذ منه مالكا للأرض أو زارعا حيث لا استحقاق في البين.

وهذا وإن كان مقتضى القاعدة في الأراضي التي فتحت عنوة إذا تصدّى أمرها غير الحاكم الشرعي إلّا أنّه يظهر من بعض الأخبار لزومه على المالك، وهو خبر سعيد الكندي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم؟ قال: أعطهم فضل ما بينهما، قلت: أنا لم

أظلمهم ولم أزد عليهم؟ قال: إنهم إنما زادوا على أرضك»^(١)، واستشكل فيه من حيث السند^(٢).

ما يستظهر منه
اللزوم على الزارع
بالشرط

وفي المقام أخبار ربما يستظهر منها اللزوم على الزارع بالشرط:
منها: ما رواه في التهذيب والكافي عن داود بن سرحان في الصحيح
عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يكون له الأرض عليه الخراج وربما زاد
وربما نقص فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم في
السنة؟ قال: لا بأس»^(٣).

ورواه الصدوق في الفقيه عن يعقوب بن شعيب، عن أبي عبد الله عليه السلام
مثله.

وما رواه في الكافي عن يعقوب بن شعيب في الصحيح، عن أبي عبد
الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها
إلى رجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدّي خراجها وما كان من فضل فهو
بينهما؟ قال: لا بأس»^(٤).

(١) تهذيب الأحكام: ٢٠٨/٧، ح ٦١، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ٥٦/١٩، كتاب المزارعة
والمساقاة، ب ١٦، ح ١٠. وسعيد الكندي مهمّل.

(٢) رياض المسائل: ٣٧٨/٩.

(٣) الكافي: ٢٦٥/٥، ح ٥، باب ما يجوز أن يؤجر به الأرض وما لا يجوز؛ من لا يحضره الفقيه:
٣/٢٤٤، ح ٣٨٩، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ١٩٦/٧، ح ١٤، باب
المزارعة؛ وسائل الشيعة: ٥٧/١٩، أبواب المزارعة والمساقاة، ب ١٧، ح ١.

(٤) الكافي: ٢٦٨/٥، ح ٢٢، باب مشاركة الذمي وغيره في المزارعة والشروط بينهما؛ تهذيب
الأحكام: ١٩٨/٧، ح ٢٢، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ٤٥/١٩، أبواب المزارعة
والمساقاة، ب ١٠، ح ٢.

ولا يخفى أنّ خبر داود بن سرحان ليس من باب المزارعة، لما سبق من لزوم تقسيم ما حصل من الزرع بين صاحب الأرض والزارع، والخبر الأخير ليس صريحاً في المزارعة، لأنّ قوله: «فما فضل» قابل لأن يكون ممّا حصل من الزرع، ولأنّ يكون من الثمن بعد بيعه.

نعم، مع احتمال كليهما حكم بالصحة، لكن لا استفاد من هذه الأخبار اللزوم على المالك بدون الشرط بحيث لو أخذ الخراج من قبل السلطان من الزارع مع عدم الاستحقاق كان له الرجوع إلى المالك، لأنّه لازم عليه.

وممّا ذكر ظهر حال الزيادة على الخراج خصوصاً إذا كانت الزيادة من قبل عمّال السلطان ظلماً منهم لا من قبل السلطان.

ويمكن أن يقال: في خصوص الأراضي الخراجيّة أعني التي فتحت عنوة بعد ما أجزت تقبّلها من قبل السلاطين مثل العباسيّين، فجواز تصرف المتقبّل مجاناً وبلا أجره، مع أنّ الأراضي ملك المسلمين بعيد.

واحتمال أن تكون ذمّة المتقبّل بعد أخذ عمّال السلطان الخراج مشغولة من جهة عدم أهليّة الأخذ بعيداً أيضاً، فلا يبعد أن يكون الخراج لازماً على المتقبّل، ويتعيّن بأخذ الأخذ وإن لم يجز للأخذ أن يتصرّف فيه، فالخراج اللازم على المتقبّل على المتقبّل لا على الزارع إلّا مع الشرط، ولعلّه لا خلاف فيه، والزيادة حالها حال أصل الخراج إلّا أن يكون راجعاً إلى العمّال ظلماً منهم.

(ولصاحب الأرض أن يخرص على الزارع، والزارع بالخيار في القبول

فإن قبل كان استقراره مشروطاً بسلامة الزرع، وثبتت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه المزارعة).

أما جواز الخرص على الزارع، فيدلّ عليه ما رواه في الفقيه والكافي عن لصاحب الأرض أن محمد بن عيسى، عن بعض أصحابه قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنّ لنا أكرة فنزارعهم فيجيئون ويقولون لنا: قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا، فأعطونا ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصّتكم على هذا الحزر، فقال: وقد بلغ؟ قلت: نعم، قال: لا بأس بهذا.

قلت: فإنّه يجيء بعد ذلك فيقول لنا: إنّ الحزر لم يجيء كما حزرتُ وقد نقص، قال: فإذا زاد يردّ عليكم؟ قلت: لا، قال: فلكم أن تأخذوه بتمام الحزر، كما أنّه إذا زاد كان له، كذلك إذا نقص كان عليه»^(١).

ويمكن الاستفادة جواز الخرص من صحيحة الحلبيين عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّ أباه عليه السلام حدّثه أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها، فلما أدركت الثمرة بعث عبد الله بن رواحة فقوم عليهم قيمة، فقال لهم: إمّا أن تأخذوه وتعطوني نصف الثمن وإمّا أن أعطيكم نصف الثمن وآخذه، فقالوا: بهذا قامت السموات والأرض»^(٢) حيث إنّ التقويم لا يكون بغير الخرص.

(١) الكافي: ٢٨٧/٥، ح ١، باب حزر الزرع؛ وسائل الشيعة: ٢٣٣/١٨، أبواب بيع الشمار، ب ١٠، ح ٢.

(٢) الكافي: ٢٦٦/٥، ح ١، باب قبالة الأرضين والمزارعة بالنصف والثلث والرّبع؛ تهذيب الأحكام: ١٩٣/٧، ح ١، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ٢٣٢/١٨، أبواب بيع الشمار، ب ١٠، ح ٢.

وقد صرح الأصحاب بأن محلّ الخرص بعد بلوغ الغلّة وهو عبارة عن انعقاد الحبّ، ولا يستفاد من الخبرين في المقام، وما ورد في خرص ثمرة النخل إلّا جواز الخرص، وعدم البأس، ومقتضى قاعدة السلطنة الخيار للزارع والمساقي.

يشترط سلامة الزرع

وأما اشتراط سلامة الزرع، فالظاهر عدم الخلاف فيه إلّا ما عن ابن إدريس^(١)، قال في المسالك - بعد أن ذكر أن المشهور أن لزوم العوض مشروط بالسلامة ما لفظه -: «والحكم [بذلك] هو المشهور بين الأصحاب، ومستنده غير واضح، وحكمه لا يخلو من إشكال إن لم يكن انعقد عليه الإجماع، وأنّى لهم به؟»^(٢)؛ انتهى.

ووجه الاشتراط في كلام المحقق الأردبيلي رحمه الله بأنّه بمنزلة معاملة مشترطة بقبض العوض ووصوله إلى [يد] صاحبه [الجديد]، فلو لم يسلم لم يحصل ذلك كالمبيع إذا تلف قبل القبض^(٣).

ويمكن أن يقال: إن كان بطلان البيع بتلف المبيع قبل القبض كما هو المسلّم بينهم من جهة النصّ، فيشكل تسرية ذلك الحكم في المقام، لعدم الدليل على كون التقبيل بيعاً، وإن كان وجه البطلان في البيع بناء العقلاء نظير ردّ المعيب إلى صاحبه حيث إنّ بناء العقلاء على أن المعيب مردود بأن يقال: التقبيل بمقدار ممّا حصل من الزرع معاملة متعارفة بين العقلاء أمضاها الشرع، وهذه المعاملة مشروطة بالسلامة، فإذا

(١) السرائر: ٢/ ٤٥٠.

(٢) مسالك الأفهام: ٣٥/ ٥.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ١٠/ ١١٦.

أمضاها الشرع صحّت بالنحو المتعارف بين العقلاء، هذا غاية ما يمكن أن يوجّه به ما هو المشهور.

وأما ثبوت أجره المثل في كلّ موضع تبطل فيه المزارعة، فلقاعدته احترام مال المسلم، وقد سبق الإشكال في جريان القاعدة في ما لو كان العمل من العامل باعتقاد صحة المعاملة لا بأمر الطرف، نعم، مع بطلان المزارعة وكون البذر من العامل الذي منه الحاصل يجب لصاحب الأرض أجره المثل.

ومع كون البذر من صاحب الأرض قد يقال: عليه أجره المثل لعمل العامل^(١)، وفيه الإشكال المذكور، نعم، إذا عمل بأمر صاحب الأرض لا باعتقاد صحّة المزارعة، فمقتضى القاعدة لزوم أجره المثل.

(وتكره إجارة الأرض للمزارعة بالحنطة أو الشعير، وأن يؤجرها بأكثر ممّا استأجرها به إلا أن يحدث فيها حدثاً، أو يؤجرها بغير الجنس الذي استأجرها به).

حكم إجارة الأرض للزراعة بالحنطة أو الشعير تارة تكون مع ضمان الأجرة في الذمة وأخرى مع الضمان ممّا يخرج من تلك الأرض ويحصل فيها. قد يقال^(٢): مورد الكراهة الأولى والثانية ممنوعة، ضرورة اعتبار ملكيّة الأجرة التي هي عوض المنفعة المملوكة خارجاً أو ذمة، ولا شيء منهما في الفرض، ومن ذلك يعلم عدم الفرق بين تشخيص كونه منها أو من أرض أخرى، ولا بين استيجارها بجنس ما يريد زرعها فيها أو غيره.

(١) تحرير الأحكام: ٢٥٧/١.

(٢) جواهر الكلام: ١١/٢٧-١٢.

وإلى ما ذكر أشار الصادق عليه السلام بقوله عليه السلام في خبر أبي بصير: «لا تؤاجر الأرض بالحنطة ولا بالشعير ولا بالتمر ولا بالأربعاء ولا بالنطاف، ولكن بالذهب والفضة، لأنّ الذهب والفضة مضمون وهذا ليس بمضمون»^(١) بناء على إرادة عدم إجارتها بذلك إذا كان منها حتى يصحّ التعليل فيه.

مضافاً إلى خصوص خبر أبي بُردة: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن إجارة الأرض المحدودة بالدراهم؟ فقال: لا بأس، وسألته عن إجارتها بالطعام؟ فقال: إن كان من طعامها فلا خير فيه»^(٢).

وخبر الفضيل بن يسار: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن إجارة الأرض بالطعام؟ قال: إن كان من طعامها، فلا خير فيه»^(٣).

ويمكن أن يقال: ما ذكر في وجه المنع ممنوع، لورود النقض ببيع الثمار قبل ظهورها مع أنّه على ما ذكر لا فرق بين كون إجارتها بطعامها أو طعام غيرها، وفي الروايتين وقع التقييد بكونه منها.

(١) تهذيب الأحكام: ١٩٥/٧، ح ٧، باب المزارعة؛ الاستبصار: ١٢٧/٣-١٢٨، ح ١، باب ما يكره به إجارة الأرضين؛ وسائل الشيعة: ٥٤/١٩، أبواب المزارعة، ب ١٦، ح ٢. والرواية موثقة بعبد الكريم الخثعمي الثقة الواقفي. راجع معجم رجال الحديث: ٦٥/١٠.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٠٩/٧، ح ٦٣، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ٥٦/١٩، أبواب المزارعة والمساقاة، ب ١٦، ح ٩. وأبو بردة مجهول، إلّا أنّ صفوان يروي عنه.

(٣) الكافي: ٢٦٥/٥، ح ٦، باب ما يجوز أن يؤاجر به الأرض وما لا يجوز؛ تهذيب الأحكام: ١٩٥/٧، ح ١٠، باب المزارعة؛ الاستبصار: ١٢٨/٣، ح ١٠، باب ما يكره به إجارة الأرضين؛ وسائل الشيعة: ٥٥/١٩، أبواب المزارعة والمساقاة، ب ١٦، ح ٥. والرواية موثقة بموسى بن بكر الواقفي، على كلام في صالح بن السندي. راجع معجم رجال الحديث: ٢٨/٩؛ ٦٩/٩.

ورواية أبي بصير لا ظهور لها في خصوص الخنطة والشعير من الأرض المؤجرة.

والشاهد عليه أنه شرط في الخبرين كون الطعام منها، ومع الظهور فيما ذكر لم يحتج إلى الشرط، فالأولى الحمل على الكراهة مطلقاً، لرواية أبي بصير المذكورة وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «لا تستأجر الأرض بالخنطة ثم تزرعها خنطة»^(١).

وأما الروايتان، فلا يستفاد منهما الحرمة، لعدم ظهور «فلا خير فيه» في الحرمة، نعم، يمكن الجمع بينهما وما فيه النهي المطلق بأشدية الكراهة في مورد الخبرين.

وما ذكر من تفسير المضمون في خبر أبي بصير بالملوك لا يخفى بعده، مع أن الظاهر أن النظر إلى أصل الحقيقة، فالذهب بحسب الحقيقة مضمون، وكذلك الفضة دون الخنطة والشعير إلى آخر ما ذكر.

ولا يبعد كون النظر إلى وقوع الذهب والفضة أثماً في البيع وأجرة في الإجارة بخلاف ما ذكر وأمثاله، ووجه حمل رواية أبي بصير والصحيحة على الكراهة - مع أن ظاهر النهي التحريم الوضعي - اشتراط عدم الخير في الروايتين بصورة كون الطعام منها، فلو أردنا تقييد خبر أبي بصير والصحيحة بهذه الصورة يلزم كون الباقي تحت المطلق أقل من المخرج؛ فتأمل.

(١) الكافي: ٢٦٥ / ٥، ح ٣، باب ما يجوز أن يؤجر به الأرض وما لا يجوز؛ من لا يحضره الفقيه:

٣ / ٢٥١، ح ٣٩٠٨، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ١٩٥ / ٧، ح ٩، باب

المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٥٤، أبواب المزارعة والمساقاة، ب ١٦، ح ٣.

وأما كراهة أن يؤجر الأرض بأكثر، إلى آخره، فموكول بكتاب
الإجارة؛ إن شاء الله تعالى.

تعريف المساقاة (وأما المساقاة، فهي معاملة على الأصول بحصة من ثمرها، ويلزم
المتعاقدين كالإجارة، ويصحّ قبل ظهور الثمرة وبعدها إذا بقي للعامل
عمل فيه المستزاد، ولا تبطل بموت أحدهما على الأشبه إلا أن يشترط
تعيين العامل).

المساقاة معاملة متعارفة عند العقلاء قد أمضاها الشرع، ويدلّ على
صحّتها النصوص:

الروايات الواردة في الباب منها: صحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام وفيها قال:
«سألته عن الرجل يعطي الرجل أرضاً وفيها الرمان والنخل والفاكهة
ويقول: استق هذا من الماء وأعمره ولك نصف ما خرج؟ قال: لا
بأس»^(١).

وصحيحة الحلبيين عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّ أباه حدّثه أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله
أعطى خبير بالنصف أرضها ونخلها»^(٢)، الحديث.

والظاهر عدم لزوم لفظ خاصّ في تحقّق المعاملة، بل تحقّق بما يفيد، بل
بالفعل بأنّ يسلم صاحب البستان إلى المساقى ويقبل هو.

(١) الكافي: ٥/ ٢٦٨، ح ٢، باب مشاركة الذمي وغيره في المزارعة والشروط بينها؛ من لا يحضره
الفقيه: ٣/ ٢٤٤، ح ٣٨٩٠، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٩٨، ح ٢٢، باب
المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٤٤، أبواب أحكام المزارعة والمساقاة، ب ٩، ح ٢.
(٢) تقدّم تخريجها آنفاً.

وقد اعتبر فيه الوقوع على الأصول، فلا تصحّ على ما لا أصل ثابت له، بل يضمحلّ غالباً بانقضاء السنة كأصل اليقطين والبطيخ وأمثالهما. واعتبر أيضاً كونها ثمرة كالنخل والرمان ونحوهما لا مثل الخلاف ممّا لا ثمرة له، ووقع الخلاف في مثل التوت والحناء، وقد يستدلّ على ذلك بأنّ المعاملة غرريّة، فلا بدّ من الاقتصار على المتيقّن^(١).

والأولى أن يقال: لا بدّ في صحّة المعاملة وترتب الآثار [عليها] من إمضاء الشرع، ويشكّ في بعض المعاملات إمضاء الشارع حيث إنّ المطلقات والعمومات منصرفة إلى المعاملات المتعارفة دون غيرها إلّا أن يتمسّك في مورد الشكّ بعموم حديث الرفع في رفع اعتبار شيء جزءاً أو قيداً، كما يتمسّك في الشكّ في كون الشرط مخالفاً إلى الأصل، والمسألة لا تخلو عن شوب الإشكال.

وأما لزومها على الطرفين، فلشمول ما دلّ على اللزوم للمقام، ولا إشكال في صحّتها قبل ظهور الثمرة.

وأما بعد ظهور الثمرة، فقد يقع فيه التردّد والإشكال للشكّ في شمول مثل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، ودعوى أنّ صحيح ابن شبيب وقصة خبير ظاهران في ما قبل الخروج، واحتمال أولويّة الصحّة بعد الظهور، لأنّ المفروض أبعد من الغرر.

ويمكن أن يقال: لا يبعد الأخذ بترك الاستفصال في خبر يعقوب بن شبيب حيث لم يستفصل فيه أنّ المعاملة قبل ظهور الثمرة أو بعدها، كما

أن قصّة خير إن كانت ظاهرة في بيان الحكم وأنّ المعاملة الواقعة مماثلة لما وقعت صحيحة بدون ذكر خصوصيّة أخرى من أنّها وقعت قبل ظهور الثمرة أو بعدها، لا يبعد الأخذ بظهورها حيث يستفاد منه الإطلاق.

نعم، لا بدّ من مدخليّة عمل المساقى في الثمرة، والمعروف لزوم مدخليّته في الاستزادة، ولا يبعد كفاية المدخليّة في إدراك الثمرة ولو لم تستزد، وأمّا ما ذكر من الأبعديّة عن الغرر، فمع عدم شمول دليل النهي عن الغرر للمقام، لا وجه له.

وأمّا عدم بطلانها بموت أحدهما، فلاّنه لا وجه للبطلان إلّا أنّ المعروف أنّه مع اشتراط المباشرة للعامل المساقى تبطل، وقد سبق الإشكال فيه مع كونه بنحو تعدّد المطلوب.

نعم، لا وجه لإلزام ورثة العامل بالعمل إلّا أن يقال: عمل العامل بمنزلة الدين عليه، فكما يجب أداء دينه من ماله المتروك، كذلك يجب إتمام العمل على من يجب عليه إخراج الدين ممّا ترك إلّا أن يتبرّع متبرّع، فيستحقّ الوارث ما يستحقّه العامل من حصّته من الثمرة.

(وتصحّ على كلّ أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه، ويشترط فيها المدّة المعلومة التي يمكن حصول الثمرة فيها غالباً، ويلزم العامل من العمل ما فيه مستزاد الثمرة، وعلى المالك بناء الجدران وعمل النواضح وخراج الأرض إلّا أن يشترط على العامل).

شروط المساقاة

قد سبق الكلام في اعتبار وقوع المساقاة على كلّ أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه.

وأما اشتراط المدّة المعلومة، فاستدلّ^(١) عليه بالإجماع^(٢) فإن تمّ وإلاّ يشترط المدّة المعلومة فالوجوه المذكورة لا اعتبار تعيين المدّة كالوقوف على ما هو المتيقّن فيما خالف الأصل واحتمل الغرر والجهل وإنّ عقد المساقاة لازم، ولا معنى لوجوب الوفاء به دائماً، ولا إلى مدّة غير معلومة، ولا إلى سنة واحدة، لاستحالة الترجيح بلا مرجح.

وما في قصّة خبير من ظهور ذكر المدّة باعتبار كون المحكيّ منها أنّ الواقع قد كان مزارعة ومساقاة بعقد واحد، وعلى كفيّة واحدة بالنسبة إليهما، ومن المعلوم اعتبار ذكر المدّة في المزارعة غير تامّة، لإمكان أن يقال: لا مانع من الأخذ بترك الاستفصال في خبر يعقوب بن شعيب، واستفادة الإطلاق من صحيحة الحلبيين، غاية الأمر علمنا من دليل آخر اعتبار تعيين المدّة في خصوص المزارعة ومع وجود الإطلاق وترك الاستفصال لا وجه للوقوف على ما هو المتيقّن.

وأما ما ذكر من أنّه لا معنى لوجوب الوفاء، إلى آخره، فلا يوجب تعيين المدّة بالنحو المعروف، بل بنحو آخر، كأن يعيّن بإدراك الثمرة في سنة واحدة مع الاختلاف بحسب اختلاف السنين، أو عيّّن بمدة حياة الطرفين أو طرف واحد، أو ما دامت الأصول باقية ثابتة، بل لو أطلقت

(١) رياض المسائل: ٣٩٨/٩.

(٢) النهاية: ٤٤٠؛ فقه القرآن: ٧٠/٢؛ غنية النزوع: ٢٩٢؛ السرائر: ٤٥١/٢؛ الجامع للسرائر: ٢٩٩؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٦٠؛ مختلف الشيعة: ١٩٨/٦، وفيه نسبه إلى المشهور ونقل الخلاف عن ابن الجنيد. والمدّعي للإجماع هو الشهيد الثاني رحمته الله. مسالك الأنفهام: ٤٥/٥.

المساقاة من دون تعيين مدّة تنتهي بخروج الأصول عن الإثمار، فلا موضوع حتّى يقال: لا معنى لوجوب الوفاء دائماً.

لزوم العمل على العامل
وأما لزوم العمل على العامل، فلأنّ استحقاق الحصّة من الثمرة يكون في مقابل العمل، فمع لزوم المعاملة يجب على الطرفين الوفاء، لكن في اعتبار تأثير العمل في استزادة الثمرة بالخصوص تأمّل، بل لا يبعد مدخلية في إدراك الثمرة إلّا أن يدعى الملازمة بينهما.

بناء الجدران وعمل النواضح
وأما ما ذكر من لزوم بناء الجدران وعمل النواضح، فمع توقّف الإثمار وإدراك الثمرة عليه لا إشكال، ومع عدم التوقّف بالنسبة إلى إدراك الثمرة وإن كان دخليّاً في كماله، فلا دليل على لزومه على المالك.

وأما خراج الأرض، فالكلام فيه هو الكلام المذكور في المزارعة بلا اشتراط على العامل ومع الاشتراط عليه.

(ولا بدّ أن تكون الفائدة مشاعة، فلو اختصّ بها أحدهما لم يصحّ، وتملك بالظهور، وإذا اختلّ أحد شروط المساقاة كانت الفائدة للمالك وللعامل الأجرة، ويكره أن يشترط المالك مع الحصّة شيئاً من ذهب أو فضّة، ويجب الوفاء به لو شرط ما لم تتلف الثمرة).

اعتبار إشاعة الفائدة
أمّا اعتبار إشاعة الفائدة بينهما، فلأنّ المشروع من المساقاة كانت بهذا النحو، وما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود منصرف إلى النحو المتعارف دون غيره.

وأما تملك الفائدة بالظهور من دون انتظار إدراك الثمرة، فالظاهر أنّه

لا خلاف فيه^(١)، ويتفرّع عليه تعلّق الزكاة بها مع تماميّة الشرائط، فلو لا شبهة الإجماع لأمكن التأمّل فيه، لأنّه لا يبعد أن يقال: ظاهر خبر يعقوب بن شعيب أنّ ما يخرج بعد ما عمل العامل من السقي وغيره يكون بينهما، ولا أقلّ من الإجمال، ومع اختلال بعض شروط المساقاة كانت الفائدة للمالك، لأنّها تابعة للأصل.

وأما استحقاق العامل الأجرة، فقد سبق الإشكال فيها، وقد يقال: إن كان عالماً بالفساد ومع ذلك عمل فهو متبرّع بالعمل ولا أجرة له وكذلك لو كان الاختلال من جهة اشتراط عدم الفائدة للعامل، فحينئذ لا يستحقّ أجرة، ولو كان جاهلاً بالفساد، لأنّه مقدّم على أن لا يكون له شيء، فلا يستحقّ في الصورتين شيئاً من الأجرة^(٢).

ويمكن أن يقال: مجرّد العلم بالبطلان لا يوجب سلب الاحترام عن العمل وإلّا لزم عدم الضمان في البيع الفاسد بالنسبة إلى المقبوض من الثمن والمثمن.

وأما الصورة الثانية، فإن رأى العامل نفسه ملزماً بالعمل بحيث لو لا الإلزام بتخيل لزوم العقد ما كان يعمل بلا عوض كيف أحضر نفسه حين العمل للعمل بلا عوض.

وأما كراهة اشتراط المالك شيئاً من ذهب أو فضّة زائداً على الحصّة،

كراهة اشتراط المالك شيئاً زائداً

(١) تذكرة الفقهاء: ٤٧٦/١٨؛ وفيه دعوى الإجماع؛ جامع المقاصد: ٣٧٦/٧، وفيه دعوى عدم الخلاف.

(٢) جامع المقاصد: ٣٨٠/٧؛ مسالك الأفهام: ٥٦/٥؛ رياض المسائل: ٤٠٤/٩.

فالظاهر عدم الخلاف فيها بعد الفراغ عن جواز الاشتراط ووجوب العمل بالشرط.

وأما الجواز، فلعدم كونه مخالفاً لمقتضى العقد، وعدم مخالفته للشرع بناء على أصالة عدم المخالفة فيما يشك في مخالفته للشرع، وأما وجوب العمل، فلعموم: «المؤمنون عند شروطهم».

وأما تقييد وجوب الوفاء بالشرط بصورة عدم تلف الثمرة كما في المتن وكذا إذا لم تخرج الثمرة، فعَلَّ بأنَّه مع التلف أو عدم الخروج لا يستحق المالك على العامل ما شرط، لأنَّه أكل للمال بالباطل، لامتناع استحقاق أحد العوضين أو بعضه بدون ما يقابله من العوض الآخر، فإنَّ الشرط جزء من العوض، نعم، لو اشترط العامل على المالك شيئاً سوى الحصّة من الثمرة لا يتوجّه ما ذكر، لأنَّ عمله في مقابله^(١).

ويمكن أن يقال: على ما ذكر يتوجّه الإشكال مع عدم اشتراط شيء أيضاً حيث إنّ العامل في مقابل عمله ما أخذ شيئاً مع تلف الثمرة أو عدم خروجها.

فإن أجيب بأنَّ العامل وإن كان عمله محترماً، لكنّه أقدم على العمل مع احتمال تلف الثمرة أو عدم خروجها يقال له: إنّ المشروط عليه أيضاً أقدم على الشرط مع احتمال تلف الثمرة أو عدم خروجها ونظير المقام عمل العامل في المضاربة، فإنَّ العامل مع أنّ عمله محترم أقدم على العمل مع احتمال عدم الربح فيها.

(١) جامع المقاصد: ٧/ ٣٧٠؛ جواهر الكلام: ٢٧/ ٧٤.

وقد يوجّه بأنّه مع تلف الثمرة أو عدم خروجها تنفسخ المساقاة، ومع الانفساخ لا يبقى شرط يجب الوفاء به^(١).
ويشكل بأنّ لازم الانفساخ في المقام وكذا في المضاربة استحقاق العامل أجره عمله على ما تسالموا عليه من أنّه مع بطلان المعاملة يستحقّ العامل أجره المثل لعمله.



كتاب الوديعة والعارية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على محمّد وآله الطاهرين.

(كتاب الوديعة والعارية)

تعريف الوديعة أَمَّا الوديعة، فهي استنابة في الاحتفاظ، وتفتقر إلى القبول، قولاً كان أو فعلاً، ويشترط فيهما الاختيار، وتحفظ كلّ وديعة بما جرت به العادة، ولو عيّن المالك حرزاً اقتصر عليه، ولو نقلها إلى أدون أو أحرز ضمن إلامع الخوف).

تفتقر الوديعة إلى الإيجاب والقبول، ويكفي في المقام الإعطاء والأخذ بقصد الإيداع والقبول كالمعاطاة في البيع، لتحقق الوديعة المترتب عليها آثارها.

وَأَمَّا اعتبار الاختيار، فلحديث الرفع، نعم، لو رضي المكره فالفائلون بكفاية الرضا اللاحق في البيع يلزمهم القول بكفاية الرضا اللاحق، وقد سبق الإشكال في كتاب البيع، وأنه لا يبعد القول بالبطلان.

وعلى القول بالصحة بالرضا اللاحق قد يقال: الصحة من جهة أنه إجازة للعقد السابق لأنّ رضاه ووضع يده المتجدّدين يكون قبولاً جديداً باعتبار عدم اعتبار مقارنة هذا القبول للإيجاب وإن كان هو ممكناً أيضاً، لكن مع قصده لا مع حصول الرضى بما وقع سابقاً على نحو بيع المكره

ونكاحه، بل قد يقال بعدم صحّته حتّى مع القصد المزبور، لأنّ العقد الأوّل بعد حصول الارتباط فيه بين الإيجاب والقبول إمّا أن يجاز فيصحّ، أو لا فيبطل هو وإيجابه، ولا يجدي القبول المتجدّد، وتظهر الثمرة في الضمان بالتفريط السابق وغيره^(١).

ويمكن أن يقال: على القول بالصحة من جهة الرضا اللاحق لو رضي المستودع بالفتح بنفس الإيداع من دون توجّه إلى العقد الواقع بنحو الإكراه، ولا بقصد أنّه قبول للإيجاب السابق، فلا مانع من صيرورة الرضا الإنشائي قبولاً للإيجاب السابق ولو لم يقصده؛ فتأمّل.

وأما ما ذكر من قوله: لأنّ العقد الأوّل، إلى آخره، فيشكل، لأنّه مع عدم الإجازة لا يبطل، بل البطلان يحصل بالردّ ولا ردّ في المقام، ومع عدم الردّ لا وجه لبطلان الإيجاب بحيث لا يرتبط به القبول اللاحق.

وأما ما ذكر من ظهور الثمرة، فهو فرع القول بالكشف في صورة لحوق الرضا بعد الكراهة ولا دليل عليه وإن قلنا به في المعاملات الفضوليّة بالدليل الخاصّ.

وأما وجوب حفظ الوديعة، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(٢)، وقد يستدلّ عليه بما دلّ على وجوب ردّ الأمانة^(٣).

**وجوب حفظ
الوديعة**

(١) جواهر الكلام: ٢٧/١٠٠.

(٢) المقنعة: ٦٢٦؛ الكافي في الفقه: ٢٣١؛ المراسم: ١٩٣؛ غنية النزوع: ٢٨٣؛ المهذّب:

٤٢٢/١؛ غنية النزوع: ٢٨٣؛ إصباح الشيعة: ٣٠٧؛ جامع الخلاف والوفاء: ٣٤٨؛ قواعد

الأحكام: ١٨٩/٢.

(٣) الحقائق الناضرة: ٢١/٤٠٣؛ رياض المسائل: ٩/٤١٢؛ جواهر الكلام: ٢٧/١١٩.

ويشكل من جهة أنّه لو لم يحفظ الوديعة وبقيت بدون الحفظ فردّت إلى أهلها لم يخالف المستودع تكليفه لأداء ما هو عليه، وعلى ما هو المعروف من وجوب الحفظ عصى وخالف لترك الواجب.

ونظير هذا ما يقال في وجوب حفظ العورة عن الناظر المحترم: أنّ الواجب نفس الحفظ بحيث لو كشف عن العورة في محلّ يكون معرضاً لرؤية الناظر، خالف وعصى لترك الحفظ ولو لم تقع الرؤية عليها.

واستدلّ أيضاً بما دلّ على ضمان المستودع لو خالف أمر المالك^(١)، ولم أفهم وجه الدلالة، والمعروف أنّ الحفظ بما جرت به العادة كما هو الضابط في كلّ ما لا حدّ له في الشرع على وجه لا يعدّ الودعي مضيّعاً ومفرطاً خائناً. ويمكن أن يقال: إن قلنا بوجوب الحفظ مقدّمة لردّ الأمانة إلى أهلها أو قلنا بالوجوب النفسي، فاللازم مراعاة ما هو حفظ بنظر الودعيّ، فإنّه كثيراً ما لا تتوجّه العامّة وتقع أموالهم في معرض النهب والسرقة، ويتوجّه الفطن الذكيّ، ولا يقع ماله في معرض النهب والسرقة فكيف يكتفي مثل هذا بالحفظ المتعارف بين العامّة، إلّا أن يقال: وجوب الحفظ مدرّكه الإجماع، ولا دليل على وجوب غير ما ذكر.

وأما لزوم الاقتصار على الحرز الذي عيّنه المالك، ومع النقل إلى الأدون أو الأحرز يضمن إلّا مع الخوف، فاستدلّ عليه بأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، فمع النقل ضمن، لأنّه عاد، ومع خوف التلف يجوز النقل حسبة.

لزوم الاقتصار على
الحرز الذي عيّنه
المالك

(١) الحقائق الناضرة: ٤٠٣/٢١؛ رياض المسائل: ٩/٤١٣.

ويمكن أن يقال: تارة لا يرضى المالك كون الوديعة عند المستودع إلا بالنحو المذكور، فلا إشكال؛ وأخرى يرضى المالك بكون الوديعة عنده ولو خالف ما عيّن، لكن له مطلوب آخر بنحو تعدّد المطلوب، فلا مجال للتمسك بأصالة حرمة التصرف في مال الغير، بل لا بدّ من إقامة الدليل على وجوب ما عيّن، ففي الصورة الأولى يحكم بالضمان للخروج عن الأمانة إلا مع الخوف، فالنقل جائز حسبة، ومقتضى القاعدة عدم الضمان، لأنّ الناقل محسن، وما على المحسنين من سبيل.

وربما يظهر من العبارة ترتّب الضمان، ولو ردّ الوديعة إلى المحلّ المعيّن، ويشكل من جهة أنّه مع عدم بطلان الوديعة وكون اليد أمانيّة ما وجه الضمان؟ وقد يتأمّل في صدق الإحسان بمجرد الخوف خصوصاً إذا كان الخوف شخصياً بحيث لا يتحقّق لنوع الناس.

(وهي جائزة من الطرفين، وتبطل بموت كلّ واحد منهما، ولو كانت دابةً وجب علفها وسقيها، ويرجع به على المالك، والوديعة أمانة لا يضمنها المستودع إلا مع التفريط أو العدوان).

الوديعة جائزة من الطرفين
ادّعي الإجماع^(١) على جواز عقد الوديعة من الطرفين والمعروف أنّ العقود الجائزة من شأنها أن تبطل بالموت والجنون والإغماء.

فإن تمّ الإجماع على البطلان بما ذكر وإلا أمكن الخدشة فيما علّل به من أنّ المال ينتقل عن المودع، ولا عقد مع وارث الودعي، فلا يجوز بقاؤه على

(١) المبسوط: ٢/ ٣٦٧؛ الوسيلة: ٢٧٥؛ السرائر: ٢/ ٤٣٤؛ شرائع الإسلام: ٢/ ١٢٩؛ الجامع

للشرائع: ٣٢٩؛ تحرير الأحكام: ١/ ٢٦٦.

حكم الوديعة، ومن أنه مع الجنون مثلاً ونحوه ينتقل ولاية التصرف إلى غيره ولا عقد مع غير الودعي، لإمكان أن يقال: لا مانع من أن يعين الميت ثلث ماله بالوصية ويدعه عند من يختار حتى يصرف في وقت معين مصرفه، ولا دليل على لزوم ولاية التصرف حدوثاً وبقاءً.

مضافاً إلى النقض بالهبة الجائزة حيث إنها مع القبض لا تبطل بموت الواهب، والنقض بالإجارة مع القول بعدم بطلانها بموت المؤجر، فإنها باقية مع أن المال انتقل إلى الوارث، ولا عقد مع الوارث.

وما قد يقال من أنه لو لم تكن الوديعة عقداً بل كانت إذناً من الودعي والإذن مع موت الآذن أو جنونه أو إغمائه واضح البطلان^(١)، لا نفهم وضوحه، فإن الوصية العهديّة حقيقتها استنابة، وإذن من الموصي ولا تبطل بواحد من هذه الأمور، فالعمدة الإجماع إن تم، نعم، مع تعيين المستودع بنحو وحدة المطلوب لا مجال لبقاء الوديعة.

وأما وجوب العلف والسقي مع كون الوديعة دابةً، فهو من لوازم وجوب الحفظ على المستودع على ما هو المسلّم بينهم.

وجوب العلف
والسقي مع كون
الوديعة دابةً

وأما الرجوع به على المالك مع عدم قصد التبرّع، فاستدل^(٢) عليه بأنه حيث لا يجب على المستودع الإنفاق من ماله لأصالة براءة ذمّته وللضرر المنفي في الشرع، يرجع على المالك، فوجوب البذل يكون بالترتيب المذكور في كلماتهم وهو التوصل إلى ذلك باستيذان المالك أو وكيله فيه، فإن تعذر رفع

(١) جواهر الكلام: ٢٧/١٠٦-١٠٧.

(٢) تذكرة الفقهاء: ١٦/١٩٠.

أمره إلى الحاكم ليأمره به إن شاء، أو يستدين عليه أو يبيع بعضه للنفقة، أو ينصب أميناً عليه، فإن تعذر الحاكم أنفق هو، وأشهد عليه ويرجع مع نيّته.

ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نيّة الرجوع والقول قوله في مقدار النفقة، كما أنّ القول قول المالك في مقدار زمانها، فإن تمّ الإجماع وإلاّ أمكن الخدشة بأن يقال: إذا كان الحفظ واجباً على المستودع وجبت مقدّماته، فإذا وجبت المقدّمات فلا يرفع وجوبها قاعدة نفى الضرر، كما في سائر الواجبات.

مضافاً إلى أنّ المستودع مع قبول المستتبع لوجوب الحفظ كأنّه أقدم على ضرره، ونظير هذا الكلام يجيء فيما لو أوجب ردّ الوديعة إلى صاحبها مع وجوبه إنفاقاً على المستودع إلاّ أن يقال: الواجب على المستودع الإنفاق الجامع مع المجانية والغرامة، وقد وجب على المالك الإنفاق على دوابّه كما ذكر في النفقات الواجبة.

ولازم هذا جواز مطالبة أجره المكان والعمل اللازم عليه لحفظ كلّ وديعة وإنّ باشره بنفسه ومقتضى ما هو المذكور في سائر المقامات أنّه مع تعذر الرجوع إلى الحاكم يرجع إلى عدول المؤمنين، وتقدّم قوله في مقدار النفقة محلّ تأمل.

وأما عدم الضمان في الوديعة مع عدم التعدي والتفريط، فهو من المسلّمات، بل القدر المتيقّن من الأمانة الخارجة عن قاعدة اليد الوديعة حيث إنّها مأذون فيها وتكون لمصلحة الودعي، والمستودع محسن ﴿وَمَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(١).

عدم الضمان في
الوديعة مع عدم
التعدي والتفريط

وأما الضمان مع التفريط أو العدوان، فعَلَّل بصدق الخيانة المقابلة للإيمان المجعول في النصوص سبباً أو عنواناً، لعدم الضمان والنصوص المذكورة في باب الرهن والمضاربة المشتملة على الضمان بالتعدي والاستهلاك بعد معلوميّة اشتراك الجميع في الحكم باعتبار كونها أمانة^(١).

وما في بعض النصوص من عدم ضمان الثوب المرهون إذا تلف بترك نشره^(٢) محلّ الإعراض عن العمل به.

هذا مضافاً إلى مكاتبة محمد بن الحسن^(٣) أبا محمد عليه السلام: «رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها من ملكه؟ فوقّع عليه السلام: هو ضامن إن شاء الله»^(٤).

ويمكن أن يقال: لا نسلم صدق الخيانة مع التفريط فهل ترى أن من

(١) جواهر الكلام: ١٢٨ / ٢٧.

(٢) في الصحيح عن الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن رجل رهن عنده آخر عبيدين فهلك أحدهما أيكون حقّه في الآخر؟ قال: نعم. قلت: أو داراً فاحترقت أيكون حقّه في التربة؟ قال: نعم، قلت: أو دابتين فهلكت إحداهما أيكون حقّه في الأخرى؟ قال: نعم. قلت: أو متاعاً فهلك من طول ما تركه أو طعاماً ففسد أو غلاماً فأصابه جذري فعمي أو ثياباً تركها مطوية ولم يتعاهدها ولم ينشرها حتّى هلكت؟ فقال: هذا ونحوه واحد يكون حقّه عليه». من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٣١١، ح ٤١٣، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ١٧٥، ح ٣٠، باب الرهن؛ الاستبصار: ٣ / ١٩٩، ح ٤، باب الرهن يهلك عند المرتن؛ وسائل الشريعة: ١٨ / ٣٨٩، كتاب الرهن، ب ٦، ح ١.

(٣) في الكافي: محمد بن الحسين. والصحيح ما في المتن.

(٤) الكافي: ٥ / ٢٣٩، ح ٩، باب ضمان العارية والوديعة؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ١٨٠، ح ٤، باب الوديعة؛ وسائل الشريعة: ١٩ / ٨١، أبواب أحكام الوديعة، ب ٥، ح ١. والرواية صحيحة.

ترك نشر الثوب لحفظه لعدم القدرة يكون خائناً معذوراً من جهة عدم القدرة أو ترى الفرق بين صورة القدرة وعدمها في صدق الخيانة.

وما أشير إليه من بعض النصوص التعرّض لعدم ضمان الثوب قد ذكر منه صحيحة الفضل بن عبد الملك، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل رهن عنده آخر عبيدين، فهلك أحدهما أيكون حقه في الآخر؟ قال: نعم.

قلت: أو داراً فاحترقت أيكون حقه في التربة؟ قال: نعم، قلت: أو دابّتين فهلك إحداهما أيكون حقه في الأخرى؟ قال: نعم، قلت: أو متاعاً فهلك من طول ما تركه أو طعاماً ففسد أو غلاماً فأصابه جذريّ فعمي أو ثياباً تركها مطوية لم يتعاهدها ولم ينشرها حتى هلكت؟ قال: هذا نحو واحد يكون حقه عليه»^(١)، قيل^(٢): ونحوها غيرها.

والظاهر أنّ محلّ الاستشهاد قوله: «أو ثياباً تركها»، إلى آخره، وهذا فرع لزوم النشر على المرتهن، ولا دليل عليه، بل يمكن أن يكون حفظ المتاع راجعاً إلى الراهن مع إذن المرتهن، وغيرها من الأخبار لا بدّ من ملاحظتها. ثمّ على فرض وجوب الحفظ على المرتهن يتوقّف الاستشهاد على صحّة التهاتر بأن يقال: قوله عليه السلام - على المحكي -: «هذا على نحو واحد يكون حقه عليه» يدلّ على عدم الضمان، لأنّه مع كون التلف على المرتهن من جهة التفريط يقابل حقه على الراهن مع حقّ الراهن على المرتهن، والتهاتر

(١) تقدّم تخريجها آنفاً.

(٢) الحقائق الناضرة: ٢١ / ٤٣١.

مشكل لا بدّ من إقامة الدليل عليه، وإن لم يبعد استفادته من بعض الأخبار، وقد سبق بعض الكلام فيه في بعض المباحث السابقة.

وأما المكاتب المذكورة، فعلى فرض عدم الإشكال فيها من جهة السند يكون الضمان المذكور فيها مترتباً على مخالفة أمر المودع، فلا يتم الاستدلال بها لصورة التفريط، نعم، لا يبعد أن يستدلّ على الضمان من جهة التفريط والتعدّي بنصوص واردة في الرهن والمضاربة إن حصل القطع بالاشتراك في الحكم.

وأما الضمان بالعدوان، فهو المسلّم بينهم، وعللّ بأنّه خيانة، ويخرج الضمان بالعدوان العادي عن كونه أميناً، وعدم الضمان مرتّب على الأمانة^(١).

وقد يستدلّ^(٢) بالمكاتب المذكورة، نعم يقع الإشكال في صدق التعدّي على بعض الصور، كما لو سافر المستودع مع الوديعة أو أودع الوديعة الغير من غير ضرورة، ومقتضى الأصل البراءة إلّا أن يقال: مقتضى عموم «على اليد» الضمان خرج اليد الأمانية، فمع الشكّ يؤخذ بالعموم إلّا أن يتصدّق عليه المحسن وما على المحسنين من سبيل في الصورة الأولى.

وفي الصورة الثانية الضمان، لعدم جواز تسليط الغير على الوديعة من دون إجازة المالك إلّا أن يستظهر من جهة أخرى، كما كان المعلوم من حال المستودع عدم تمكّنه بنفسه حفظ الوديعة، كما لو وكلّ شخصاً ليس من شأنه أن يباشر الأمر الموكلّ فيه.

(١) رياض المسائل: ٤٤٧/٩.

(٢) رياض المسائل: ٤٢٣/٩؛ جواهر الكلام: ١٢٨/٢٧.

(ولوتصرّف فيها باكتساب ضمن، وكان الربح للمالك، ولا يبرأ بردها إلى الحرز، وكذا لوتلفت في يده بتعدّد أو تفريط فردّ مثلها إلى الحرز، بل لا يبرأ إلا بالتسليم إلى المالك أو من يقوم مقامه).

المشهور^(١) بينهم أنّه إذا اتّجر الودعي بالوديعة ضمن والربح للمالك، وهذا مشكل بحسب القواعد حيث إنّ التجارة إن كانت بعين الوديعة، فهي معاملة فضوليّة إن أمضاها المالك صحّت وإن ردّها بطلت فما يظهر من الصحّة بدون حاجة إلى الإمضاء مشكل، وإن كانت بالكيّ في الذمّة مع دفع الوديعة عمّا في الذمّة، فمقتضى القاعدة استرداد الوديعة مع الإمكان، وغرامة المثل أو القيمة مع عدم الإمكان وكون الربح للودعي إلّا أن تستشكل في صحّة مثل هذه التجارة لقصد أداء ما في الذمّة وإن كان المالك أذن في التصرف مع الضمان، فمقتضى القاعدة صحّة التجارة، وكون الربح للودعي التاجر، ولا مجال للشبهة من جهة قصد أداء ما في الذمّة بهال الغير.

وقد ذكر في المقام رواية، وهي رواية رواها في التهذيب والفقهاء عن مسمع قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه وحلف لي عليه ثمّ إنّ جاءني بعد ذلك بستتين بالمال الذي كنت استودعته إيّاه فقال: هذا مالك فخذ هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فيها فهي لك مع مالك واجعلني في حلّ، فأخذت المال منه وأبيت

(١) المقنعة: ٦٢٦؛ النهاية: ٤٣٧؛ المراسم: ١٩٣؛ الكافي في الفقه: ٢٣٠؛ الجامع للشرائع:

أن آخذ الربح منه، وأوقفت المال الذي كنت استودعته وأتيت حتى أستطلع رأيك فما ترى؟

قال: فقال: خذ نصف الربح، وأعطه النصف وحلّله، إن هذا رجل تائب، والله يحبّ التوابين»^(١)، والشيخ رحمته الله أفتى بما تضمنته الرواية في الدين^(٢). ويمكن أن يكون أمر الإمام عليه السلام بالأخذ - على المحكي - أمراً بإمضاء المعاملات الواقعة، وإعطاء النصف إياه إحساناً إليه مع وقوع التجارة بالعين، وأمراً بأخذ نصف الربح مع كونها بما في الذمة من باب قبول الإحسان الواقع من طرف الودعي.

وأما ما ذكر في المتن من عدم البراءة بردّ الوديعة إلى الحرز، فاستدلّ عليه بعدم البراءة بردّ الوديعة إلى الحرز، فاستدلّ عليه بالأصل^(٣)، ويمكن أن يستدلّ عليه بأنّه بعد الخروج عن الأمانة تكون العين مضمونة حتى تردّ إلى المالك أو من يقوم مقامه.

ويمكن أن يقال: إنّ الوديعة لم تبطل بعد وتصدق الأمانة، وبعد عود الأمانة ما وجه الضمان مع خروج اليد الأمانيّة عن عموم «على اليد»؟ وما دلّ على الضمان في خصوص المقام لا يشمل.

وأما صورة التلف بتعدّد أو تفريط وردّ مثلها أو قيمتها إلى الحرز، فمع بطلان عقد الوديعة فيها لا بدّ من ردّ المثل أو القيمة إلى المالك أو من يقوم مقامه ولا استيهان في البين.

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣٠٥، ح ٤٠٩١، باب الوديعة؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٨٠، ح ٦، باب الوديعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٨٩، أبواب أحكام الوديعة، ب ١٠، ح ١. والرواية ضعيفة.

(٢) النهاية: ٣٠٧.

(٣) جواهر الكلام: ٢٧/ ١٤٥.

نعم، في خبر الخثعمي عن الصادق عليه السلام: «قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن صاحبه؟ فقال: لا يأخذ إلا أن يكون له إذن.

قال: أرايت إن وجد من يضمه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه، الذي يضمه يأخذ منه؟ قال: نعم»^(١).

وفي خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام المروي عن قرب الإسناد ومستطرفات السرائر: «سألته عن رجل كانت عنده وديعة لرجل فاحتاج إليها هل يصلح له أن يأخذ منها وهو مجمع أن يردّها بغير إذن صاحبها؟ قال: إن كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذ ويردّه»^(٢) إلا أنه لم نجد عاملاً بشيء منهما، لمنافتهما أصول المذهب، لعدم اقتضاء عقد الوديعة الوكالة في القرض والاستيفاء، ويبعد كون الإذن منه عليه السلام من باب الولاية.

(ولا يضمها لوقهره عليها ظالم، لكن إن أمكنه الدفع وجب، ولو أحلفه أنها ليست عنده حلف مورياً، ويجب^(٣) إعادتها إلى المالك مع المطالبة، ولو كانت غصباً منعه وتوصل في وصولها إلى المستحق).

المشهور^(٤) عدم الضمان مع الإكراه، وعلل بضعف المباشر، وقوّة

عدم الضمان مع الإكراه

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣٠٤، ح ٤٠٩٠، باب الوديعة؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٨٠، ح ٥، باب الوديعة؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٨٦، أبواب أحكام الوديعة، ب ٨، ح ١. والرواية صحيحة.
(٢) قرب الإسناد: ٢/ ١١٩؛ السرائر: ٣/ ٥٧٣؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٨٦، أبواب أحكام الوديعة، ب ٨، ح ٢. والرواية ضعيفة.

(٣) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «وتجب» بدل «ويجب».

(٤) غنية النزوع: ٢٨٣؛ السرائر: ٢/ ٤٣٥؛ إصباح الشريعة: ٣٠٧؛ جامع الخلاف والوفاء: ←

السبب، وللضرر بترك التسليم، فيباح له شرعاً، ويكون مندرجاً في حديث الرفع المقتضي لرفع الحكم تكليفاً ووضعاً^(١).

والمحكّي عن أبي الصلاح^(٢) الضمان، لكونه متلفاً، فيشمّله عموم «من أتلف»، واستشكل في تناول الأدلة لمثل القرض مع كون الودعي محسناً^(٣).

ويمكن أن يقال: لازم هذا عدم الضمان لو اضطرّ الودعي إلى إتلاف الوديعة من دون قهر قاهر؛ كما لو توقّف حفظ حياته على أكل أو شرب ولا أظن أن يلتزم به.

وأما التقييد بعدم إمكان الدفع ووجوبه مع الإمكان، فإن كان النظر فيه إلى إمكان الدفع بدون توجه ضرر عليه، فلا إشكال فيه، وإن كان النظر إلى إمكان الدفع مع توجه الضرر أو خوفه، فالظاهر ارتفاع الحكم التكليفي، وأما الوضعي - أعني الضمان -، فالكلام فيه الكلام المذكور.

وأما صورة الإحلاف، فالظاهر جواز الحلف فيها في الجملة، ومقتضى القاعدة لزوم التورية، لوجود المندوحة، ولعلّه يمكن استفادة الجواز بدون التورية عن بعض الأخبار في غير هذا المقام، فلاحظ قضية عمّار وإكراه المشركين إيّاه على إساءة الأدب بالنسبة إلى رسول الله ﷺ.

وأما وجوب إعادة الوديعة إلى المالك، فلا شبهة فيه: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ

إلى المالك

→ ٣٤٨؛ مختلف الشيعة: ٥٩/٦، وفيه نسبته إلى المشهور.

(١) مسالك الأفهام: ١١٧/٥.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٣٠.

(٣) مسالك الأفهام: ١١٧/٥.

أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمْنَتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا^(١)، ولا كلام فيه، إنّما الكلام فيما قالوا من وجوب المبادرة وعدم جواز التأخير، وأنّه هل يكون الودعي معذوراً في التأخير بمقدار ارتفاع العذر الشرعي ككونه في حال الصلاة المحرّم قطعها، أو العذر العرفي ككونه في الحمام، أو مشغولاً بمثل الأكل والشرب بحيث لو أخر كان عاصياً وضامناً؟

ولا يبعد أن يقال: أمّا الأعدار العرفيّة، فلا تزامم التكليف بردّ الأمانة إلّا في صورة الحرج، وأمّا الأعدار الشرعيّة، فمع المزاحمة فيها يلاحظ الأهمّ، ومع عدم الترجيح يخيّر، هذا في الحكم التكليفي.

وأمّا الحكم الوضعي - أعني ترتّب الضمان من جهة التأخير -، فيشكل رفعه بدليل نفي الحرج، ودليل تقدّم العذر الشرعي مع عدم كون اليد أمانيّة مالكيّة، إلّا أن يقال: مع تقدّم العذر الشرعي أو لزوم الحرج تكون اليد أمانيّة شرعيّة، كما لو مات المالك ولم يتمكّن الودعي من الردّ إلى الورثة.

لو كان مال المودع غصباً
وأمّا لو كان مال المودع غصباً، فلا بدّ من ردّه إلى مالكه إن عرف، وإن جهل فالمعروف أنّه عرّف سنة، ثمّ جاز التصدّق بها عن المالك.

ويضمن المتصدّق إن كره صاحبه، لخبر حفص بن غياث المنجبر ضعفه بعمل الأكثر: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللصّ مسلم فهل يرده عليه؟ قال: لا يرده، فإن أمكنه أن يرده إلى صاحبه فعل وإلّا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها

فيعرّفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردّها عليه وإلا تصدّق بها، فإن جاء بعد ذلك خيرّه بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله، وإن اختار الغرم غرم له، فكان الأجر له»^(١).

وقوله عنه - على المحكي -: «يصيبها»، إلى آخره، يمكن أن يكون شرحاً للمنزلة باشتراك المال الذي أودعه اللصّ مع اللقطة في جميع ما ذكر. ويبعده أنّ المفروض عدم إمكان الردّ إلى صاحبه، فحاله حال اللقطة التي حصل اليأس من وجدان صاحبها، ولا مجال لاحتمال وجوب التعريف حولاً مع القطع بعدم وجدان صاحبه إلا أن يحمل على عدم إمكان الردّ في هذا الخبر على عدم التمكن بدون التعريف حولاً.

ويمكن أن يكون المراد أنّ الدراهم أو المتاع بمنزلة اللقطة التي عرفت حولاً في التصدّق والتخير بين الأجر والغرم، فلا يتأتّى الإشكال المذكور، لكن يتوجّه عليه أنّه على هذا الاحتمال لا يجب التصدّق، كما يظهر من كلماتهم، بل يجوز أن يتملّك ومع الإجمال لا يبعد الأخذ بعموم ما دلّ على حكم المال المجهول المالك، والأظهر ما ذهب إليه المشهور من وجوب التعريف، لقوّة أن يكون المراد من عدم إمكان الردّ على صاحبه عدم إمكان الردّ بدون التعريف حولاً، ومّا ذكر ظهر قوّة ما في المتن.

(١) الكافي: ٣٠٨/٥، ح ٢١، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٩٨/٣، ح ٤٠٦٥، باب ما يكون حكمه حكم اللقطة؛ تهذيب الأحكام: ١٨٠/٧، ح ٧، باب الوديعة؛ الاستبصار: ٣/١٢٤، ح ٢، باب وجوب ردّ الوديعة إلى كلّ أحد؛ وسائل الشريعة: ٤٦٣/٢٥، أبواب اللقطة، ب ١٨، ح ١، وفيه القاسم بن محمّد الأصفهاني. وفي إسناده الكافي إرسال أيضاً. راجع معجم رجال الحديث: ٤٦/١٤.

(ولو جهله عرفها كاللقطة حولاً، فإن وجده وإلا تصدّق بها عن المالك إن شاء، ويضمن إن لم يرض، ولو كانت مختلطة بمال المودع ردّها عليه إن لم يتميّن).

لكن بقي ما ذكر من أنّ لازم الأخذ بظاهر الخبر المذكور عدم وجوب التصدّق وجواز التملّك كما في اللقطة، والظاهر عدم التزامهم به.

لواختلط بمال المودع الغاصب
وأما صورة الاختلاط بمال المودع الغاصب، فمع إمكان تمييز المالكين لا إشكال في لزوم ردّ مال الغاصب إليه، والعمل بالمال المغصوب ما ذكر مع عدم الاختلاط.

وأما مع عدم إمكان التمييز، فالمعروف^(١) بينهم لزوم الردّ على الغاصب تقديماً لحقه المعلوم صاحبه على الحقّ المجهول صاحبه.

ولا يخفى ما في هذا إذا كان الغاصب غير تائب وكان بناؤه على التصرف نحو التصرف في مال نفسه.

وأما مع توبته وبنائه على الردّ إلى صاحبه، فلا أولويّة إلى الغير، فمع معرفة المالك يرّدّ عليه، ومع عدم المعرفة إمّا أن يعامل معاملة اللقطة، أو يعامل معاملة المجهول المالك ويتصدّق به سواء كان المباشر للتصدّق الحاكم أو عدول المؤمنين أو من بيده.

نعم، حيث إنّه مع الاختلاط لا تميّن لا بدّ في التقسيم والتمييز من

(١) المقنعة: ٦٢٧؛ الكافي في الفقه: ٢٣٢؛ النهاية: ٤٣٦؛ غنية النزوع: ٢٨٤، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ٤٣٦/٢؛ إصباح الشيعة: ٣٠٨؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٤٩؛ تبصرة المتعلّمين: ١١٠.

المراجعة إلى الحاكم وعدول المؤمنين على الترتيب على المعروف أو على التخيير.

إلا أن يقال: إذا صار مال الغير بيده لا يجوز له أن يردّه إلى الغير، ويسلّطه على المال وإن كان هو مثله في الأمانة، وإن كان الغاصب حاله قبل الإيداع حال المستودع من جهة عدم جواز تسليط الغير على مال الغير، ومع عدم الردّ على الغاصب، لعدم الأهلية يعامل المستودع تلك المعاملة، ولا بدّ في التقسيم من المراجعة إلى الحاكم أو غيره بالنحو المذكور.

(وإذا ادّعى المالك التفريط، فالقول قول المستودع مع يمينه، ولو اختلفا في مال هل هو وديعة أو دين؟ فالقول قول المالك مع يمينه أنّه لم يودع، إذا تعدّر الردّ أو تلف العين).

المشهور قبول قول الودعي في التلف بغير تفريط^(١)، ويمكن أن يستدلّ إذا ادّعى المالك التفريط فالقول قول المستودع عليه بالمرسل في المقنع عن الصادق عليه السلام: «عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال: نعم ولا يمين عليه»^(٢).

وبأنّه أمين محسن قابض لمصلحة المالك فهو أولى من المضارب الذي قد يظهر من جملة من النصوص المفروغة من تصديقه، ويقول أبي جعفر عليه السلام: «لم يخنك الأمين ولكن ائتمنت الخائن»^(٣) بناء على أنّ المراد من هذا وشبهه

(١) الكافي في الفقه: ٢٣١؛ الوسيلة: ٢٧٥؛ غنية النزوع: ٢٨٤؛ غنية النزوع: ٢٨٤؛ الجامع للشرائع: ٣٢٨؛ تبصرة المتعلّمين: ١١٠.

(٢) المقنع: ٣٨٦؛ وسائل الشريعة: ١٩/٨٠، أبواب الوديعة، ب ٤، ح ٧.

(٣) الكافي: ٢٩٩/٥، ح ٤، باب نادر؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٢/٧، ح ٣٣، باب من الزيادات؛ وسائل الشريعة: ١٩/٨٨، أبواب أحكام الوديعة، ب ٩، ح ٤. والرواية صحيحة.

الحكم شرعاً بعدم خيانة كل أمين لك، وأنه متى ائتمنته كان غير خائن، ولكن إذا خوّنته فاللؤم عليك حيث إنك ائتمنت الخائن بزعمك.

وبقول الصادق عليه السلام في خبر مسعدة: «ليس لك أن تأمن من خانك»^(١) ولا تتهم من ائتمنت»^(٢).

وخبر مسعدة بن زياد عنه، عن أبيه: «أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: ليس لك أن تتهم من قد ائتمنت، ولا تأمن الخائن وقد جرّبته»^(٣).

ويمكن أن يقال: تارة يشك المالك في التفريط والتلف معه، فمقتضى الأخبار المذكورة مع عدم الإشكال فيها من جهة السند لأخذ الفقهاء بها تصديق المودع.

وأما مع دعوى المودع المالك القطع بالتفريط كيف يصدق؟ وليس المقام مما يجب السكوت فيه حتى مع القطع كسكوت من شاهد الزنى حيث إنه ليس له القذف وإن كان النظر إلى الحاكم حيث إنه بعد مراجعة المالك إليه ودعوى القطع بالتلف عن تفريط يكون شاكاً، ومقتضى المرسل المذكور في المقنع قبول قول المودع بالنسبة إلى الحاكم فله وجه.

لكن يبعد من جهة أن حكم الحاكم في الموضوعات من عدم القطع بلا

(١) في قرب الإسناد: «غشك».

(٢) قرب الإسناد: ١/ ٣٥؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٨١، أبواب أحكام الودعة، ب ٤، ح ٩. والرواية موثقة بمسعدة. راجع معجم رجال الحديث: ١٨/ ١٣٧.

(٣) قرب الإسناد: ١/ ٤١؛ الكافي: ٥/ ٢٩٨، ح ١، باب نادر؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ٢٣٢، ح ٣١، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٨١، أبواب أحكام الودعة، ب ٤، ح ٩. والرواية موثقة بمسعدة. راجع معجم رجال الحديث: ١٨/ ١٣٧.

بيّنة ولا يمين غير معهود، وفرق بين مقام الحجّية وبين مقام فصل الخصومة، ألا ترى أنّ اليد حجّة، ولا يفصل به الخصومة، هذا مضافاً إلى ما سبق من الإشكال في صدق الخيانة في صورة التفريط، والخبر المذكور صريح في عدم اليمين إلّا أن لا يؤخذ بهذا الجزء من الخبر.

وأما التمسك بأنّه أمين محسن، فهو مناسب لمقام الشكّ دون القطع، وكذلك سائر الأخبار المذكورة وبعضها لا نفهم دلالة على المقصود، فإنّ قول أبي جعفر عليه السلام - على المحكي -: «لم يخنك الأمين»، إلى آخره، ظاهر في أمر آخر؛ كما لا يخفى.

وأما ما ذكر من أنّ القول قول المالك في صورة الاختلاف في الوديعة والدين، فيدلّ عليه ما رواه الكليني والشيخ والصدوق في الموثّق عن إسحاق بن عمّار قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعة وقال الآخر: إنّها كانت عليك قرضاً؟ قال: المال لازم له إلّا أن يقيم البيّنة أنّها كانت وديعة»^(١). وما رواه الكليني والشيخ عن إسحاق بن عمّار أيضاً، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل قال لرجل: لي عليك ألف درهم، فقال الرجل: لا ولكنّها وديعة؟ فقال عليه السلام: القول قول صاحب المال مع يمينه»^(٢).

(١) الكافي: ٢٣٩/٥، ح ٨، باب ضمان العارية والوديعة؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٣٠٥، ح ٤٠٩٢، باب الوديعة؛ تهذيب الأحكام: ١٧٩/٧، ح ١، باب الوديعة؛ وسائل الشريعة: ٨٥/١٩، أبواب أحكام الوديعة، ب ٧، ح ١. والتعبير عنه بالموثّق لتوهم كون إسحاق فطحياً. راجع معجم رجال الحديث: ٦٣/٣.

(٢) الكافي: ٢٣٨/٥، ح ٣، باب الاختلاف في الرهن؛ تهذيب الأحكام: ١٧٦/٧، ح ٣٤، باب ←

هذا مضافاً إلى أصالة عدم الوديعة الذي يدّعيه الطرف في مقابل المالك ليرتّب عليها عدم الضمان من جهة تعذّر الردّ أو تلف العين، وهذا الأصل وإن لم يثبت به الدين حتّى يرتّب عليه الغرامة من المثل أو القيمة إلّا أنّ قاعدة احترام مال المسلم كافية في إثبات الغرامة من المثل أو القيمة.

بل يمكن التمسك بقاعدة اليد بأن يقال: عموم القاعدة تشمل كلّ يد وتوجب الضمان خرج عنها اليد الأمانيّة، وليس الباقي اليد غير الأمانيّة حتّى يستشكل بأنّ أصالة عدم الوديعة لا تثبت القيد، لأنّ من الأفراد الباقية يد ولم تكن في البين وديعة بنحو التركيب لا التقيد.

(ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه، وقيل: القول قول المستودع وهو أشبه، ولو اختلفا في الردّ فالقول قول المستودع).

في المسألة الأولى قولان:

لو اختلفا في القيمة

والأقوال في المسألة

أحدهما: أنّ القول قول المالك^(١)، واستدل^(٢) عليه ببطلان الأمانة بالخيانة، فلا يكون قوله مسموعاً، وبما نقل عن أبي الصلاح أنّه قال: وروي: «أنّ اليمين في القيمة على المودع»^(٣)، فتكون هذه الرواية دليلاً للشيخين^(٤).

وأجيب بأنّ قبول قول الودعي ليس من جهة أمانته، بل من جهة كونه منكرّاً للزيادة، والخبر المذكور لم يثبت على وجه تقوم به الحجّة^(٥).

→ الرهون؛ وسائل الشيعة: ١٨ / ٤٠٤، أبواب أحكام الرهن، ب ١٨، ح ١. والرواية صحيحة.

(١) المقنعة: ٦٢٦؛ النهاية: ٤٣٧.

(٢) مختلف الشيعة: ٦ / ٦٢.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٣١.

(٤) الحقائق الناضرة: ٢١ / ٤٦٩.

واستدل^(١) للقول الثاني^(٢) بكونه موافقاً لقاعدة المدّعي والمنكر حيث يكون الودعي منكرّاً للزيادة، لكن لا يخفى الإشكال، فإنّ الشيخين رحمهما الله مع توجّههما إلى كون الودعي منكرّاً أخذاً بالقول الأوّل، فيكون أخذهما موجِباً لقوّة الخبر المشار إليه.

وفي المسألة الثانية وقع الإشكال من جهة أنّ الودعي مدّع للردّ وهو خلاف الأصل، فالقول قول المالك، ومن أنّه أمين محسن يقبل قوله.

ويمكن أن يقال: إن أخذ بها ذكر في مسألة الاختلاف في التفريط، فلا مجال للإشكال في هذه المسألة، بل المتعيّن تصديق الودعي، فإنّ مرسل المقنع يشمل المقام وإن لم يشمل الأخبار الأخر، لعدم ارتباط الردّ بالخيانة.

(ولو مات المودع وكان الوارث جماعة دفعها إليهم أو إلى من يرتضونه، ولو دفعها إلى البعض ضمن حصّة^(٣) الباقيين).

لا خلاف ولا إشكال فيه كما هو واضح.

(وأما العارية، فهي الإذن في الانتفاع بالعين تبرّعاً، وليست لازمة لأحد المتعاقدين، ويشترط في المعير كمال العقل وجواز التصرف، وللمستعير الانتفاع بما جرت به العادة، ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع، بل لا يضمن إلا مع تفريط أو عدوان أو اشتراط، إلّا أن تكون العين ذهباً أو فضّة، فالضمان يلزم وإن لم يشترط).

(١) مختلف الشيعة: ٦٢ / ٦.

(٢) الوسيلة: ٢٧٥؛ السرائر: ٤٣٦ / ٢؛ مختلف الشيعة: ٦٢ / ٦؛ اللمعة الدمشقية: ١٤٨.

(٣) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «حصص» بدل «حصّة».

ظاهر المتن -لولا قوله بعده: «لأحد المتعاقدين»- كون العارية من الإيقاعات لا العقود، وظاهر الشرائع^(١) كونها من العقود الجائزة، ولم تظهر ثمرة بين الاحتمالين، فإنّ جواز التصرف المترتب على العارية محفوظ ولو لم يكن قبول للمستعير وليست العارية كالهبة التي لا ترتب الملكية فيها بدون القبول والقبض.

وما يقال من أنّ جواز التصرف من اللوازم والاشتراك في اللازم لا يرفع المبانيّة^(٢)، وبهذا يجاب عن النقض الوارد على تعريف الشرائع بأنّها عقد ثمرته التبرّع بالمنفعة بالسكنى والعمرى والحبس والوصيّة بالمنفعة، وحاصل الجواب أنّها متباينة مفهوماً وتشترك في اللازم، يشكل بأنّ ما ذكر يتمّ على تقديم الحاجة إلى إنشاء معنى خاصّ باللفظ أو الفعل.

وأما إذا اكتفى بكلّ لفظ أو فعل في مقام الإنشاء، فلا تتحقّق البيّنونة إلّا بالإطلاق والتقييد، ولازم ما ذكر من كون العارية من العقود عدم جواز التصرف إذا قال المعير: «أعرتك» ولم يقبل المستعير بقوله: «قبلت» لعدم تحقّق العارية المحتاجة إلى القبول.

وكيف كان، المعروف أنّها ليست لازمة، بل ادّعي عليه الإجماع^(٣) إلّا بالعرض كإعارة العين للرهن، وإعارة الأرض لدفن الميت، وإعارة اللوح للسفينة في لجة البحر المستلزم رجوعه للغرق لأنفس.

(١) شرائع الإسلام: ١٣٥/٢.

(٢) مسالك الأفهام: ١٣٢/٥؛ جواهر الكلام: ١٥٨/٢٧.

(٣) المبسوط: ٣٦٧/٢؛ الوسيلة: ٢٧٥؛ السرائر: ٨٨/٢؛ الجامع للشرائع: ٢٥٧؛ تذكرة

الفقهاء: ٢٥١/١٦، وفيه دعوى الإجماع.

وقد يمنع^(١) في هذه الموارد وأمثالها لزوم العارية، بل الجواز باق بحاله غاية الأمر منع مانع عن ردّ العين خارجاً، كما لو فرض في بعض أمثلة الإجارة التي فسخت بتقاييل أو خيار، فإنّه لا إشكال في تحقّق الفسخ حينئذ وإن منع مانع خارجي من ردّ العين إلى مالكيها.

ولازم هذا المنع جواز النّش في صورة الدفن، خصوصاً بعد انتقال الأرض إلى الوارث وجواز أخذ أجرة الأرض مع عدم النّش، ولا أظنّ أن يلتزم به مع أنّ لازم ما ذكر أنّه مع امتناع رجوع العين الرجوع إلى البدل، كما في صورة فسخ البيع أو الإجارة مع امتناع رجوع العين، كما لو دفن في ملك الغير جهلاً بأنّه ملك الغير، فإنّ الظاهر عدم الإشكال في جواز النّش.

ويمكن أن يقال بعد فرض كون العارية من العقود تكون مشمولة لما دلّ على لزومها، والإجماع المدّعى على عدم اللزوم غير متحقّق في الموارد المذكورة وأمثالها، إلّا أن يقال: لو كانت مشمولة لما دلّ على لزوم الوفاء ما احتيج إلى التّشبّث بالجهات الخارجيّة، فطرو هذه الطواري نظير اشتراط اللزوم بالعرض.

وأما اشتراط كمال العقل وجواز التصرّف، فلا كلام فيه ولا إشكال، اشتراط كمال العقل
لكون الإعارة تصرّفاً مالياً، فمع عدم كمال العقل أو السفه أو المحجوريّة وجواز التصرّف
بجهة أخرى لا يترتّب أثر على الإعارة سواء كانت عقداً أو إيقاعاً.

نعم، وقع الإشكال في المقام حيث قال في الشرائع: «ولو أذن الوليّ جاز

للصبي مع مراعاة المصلحة»^(١)، كالمحكي عن الإرشاد: «ولو أذن الولي للطفل صحّ أن يعير مع المصلحة»^(٢)، كالمحكي عن غيرهما^(٣).

وظاهر هذه العبارات أنّه مع الإذن من قبل الولي يجوز للصبي الإعارة لا بنحو آلية الصبي بحيث يكون الأذن الولي، وهذا خلاف ما يظهر من كلماتهم في سائر العقود كالبيع والإجارة والصلح من عدم نفوذ تصرف الصبي مع الإذن من الولي إلا أن يكون الصبي آله، وفي الحقيقة طرف المعاملة ليس غير الولي.

والظاهر أنّ المستفاد من أدلة الحجر ليس إلا عدم النفوذ بالاستقلال لا مع إذن الولي، والمذكور في المقام ليس مخالفاً لدليل حجر الصبي، وما ذكروا في مثل البيع والإجارة من عدم النفوذ حتّى مع الإذن، بل الصحة منحصرة بصورة آلية الطفل يشكل استفادته من الأدلة إلا أنّ مخالفة المشهور مشكلة، وقد سبق الكلام في كتاب البيع.

وللمستعير الانتفاع بما جرت به العادة بلا إشكال، لأنّه المتيقن، وأمّا غير ما جرت به العادة، فإن كان بحيث ينصرف عنه الإذن، وأمّا مع عدم الانصراف، فيشكل المنع عنه لعدم الفرق بين الإطلاق في هذا المقام وبين سائر المطلقات، فإذا أعار لحافاً فالعادة اقتضت الانتفاع به بالتغطية وأمّا الافتراض به، فهو خارج عن العادة، لكن كون الإذن منصرفاً عنه، كما لو قيّد بالقيّد اللفظي مشكل.

(١) شرائع الإسلام: ١٣٥/٢.

(٢) إرشاد الأذهان: ٤٣٩/١.

(٣) اللعة الدمشقية: ١٤٩، وفيه: ويجوز إعارة الصبي بإذن الولي.

وكيف كان لو أوجب التصرف النقص في العين أو التلف مع كون التصرف مأذوناً فيه لم يضمن المستعير كما في المتن، لأنّه استعمال مأذون فيه، وبناء العارية على النقص بالاستعمال، ولقول الصادق عليه السلام - على المحكي - في صحيح ابن سنان المسؤول فيه عن العارية: «لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً»^(١).

وقد يستشكل من جهة أنّ الظاهر عدم شمول الإذن للاستعمال المتلف للعين ومع إيجاب الضمان يضمن المستعير بالقيمة آخر حالات التقويم^(٢). وقد يقال: إنّ هنا مقامين:

أحدهما: ما كان النقص والتلف الواقعان بسبب الاستعمال المعتاد ولو من جهة الاتفاق في مثل تلك العين، كما لو استعار دابة للركوب أو الحمل ولم يزد على المعتاد واتّفق تلفها بنفس ذلك الاستعمال لعثرة ونحوها، وهذا هو المناسب للقطع بعدم الضمان للنصّ والفتوى.

الثاني: ما كان التلف بالاستعمال بسبب استدامته واستمراره المقتضي لاستيفاء عمره بالنسبة إلى تلك العين، وهذا هو المناسب للإشكال في الضمان به باعتبار اقتضاء إطلاق عقد العارية تناوله وعدمه إلّا مع التصريح، ولعلّ الضمان فيه وجيه^(٣).

(١) الكافي: ٢٣٩/٥، ح ٥، باب ضمان العارية والوديعة؛ تهذيب الأحكام: ١٨٢/٧، ح ٤، باب

العارية؛ الاستبصار: ١٢٤-١٢٥/٣، ح ٣، باب أنّ العارية غير مضمونة؛ وسائل الشيعة:

٩٢/١٩، أبواب أحكام العارية، ب ١، ح ٣.

(٢) الروضة البهية: ٢٦٣/٤؛ مسالك الأفهام: ١٣٨/٥.

(٣) جواهر الكلام: ١٦٤/٢٧.

ويمكن أن يقال: مع عدم الإطلاق بالنسبة إلى استدامة الاستعمال لا مجال للإشكال في الضمان، لأنّه تصرّف غير مأذون فيه، فمع القطع بعدم إرادته لا إشكال في الضمان، ومع الشكّ يكون الضمان مقتضى الأصل في الأموال؛ فتأمل.

ومع الإطلاق لا نجد فرقاً بين المقامين، والصورتان مشمولتان للنصّ المذكور.

لو تلفت العين وأما صورة التفريط والعدوان، فلا إشكال في الضمان في الجملة، أمّا التفريط بعدم حفظ المال مع أنّه أمانة مالكيّة فالظاهر تسلّم الضمان مع النقصان أو التلف المستنديّن إليه، وقد مرّ الكلام فيه في الوديعة.

وأما العدوان، فالتلف والنقصان المستندان إلى خصوصه، فلا إشكال في ضمانها، وأمّا لو كانا مستنديّن إلى المجموع من التصرف المأذون فيه وغير المأذون فيه كما لو حمل على الدابة الزائد على المقدار العادي، فهل يضمن تمام النقص وتمام قيمة المتلف أو يقسّط؟ فيه إشكال.

قد يقال^(١) بعدم التقسيط تمسكاً بالأصل، ومن جهة ظهور تقييد الإذن في الأقلّ بعدم دخوله في ضمن الأكثر.

أمّا الأصل، فمقتضاه البراءة عن الزائد، فأمّا التقييد المذكور، فلم يعرف وجهه، فإنّه إذا توجه المعير ينكر على المستعير في المثال من جهة حمل الزيادة لا من جهة أصل الحمل، والاحتياط في الأموال كما يقتضي في طرف المستعير غرامة التهام كذا يقتضي في طرف المعير الاقتصار على المتيقّن، إلّا أن

(١) جواهر الكلام: ٢٧/١٧٢.

يقال: هذا مع التفات المعير، ومع عدم التفاته يحنط المستعير، لكن هذا فرع لزوم الاحتياط.

وأما الضمان مع الاشتراط، فهو منصوص فيه، وكذلك عارية الذهب
والفضة، ويدل على ما ذكر صحيح زرارة: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: العارية
مضمونة؟ فقال: جميع ما استعرتَه فتوي^(١) فلا يلزمك تَوَاه، إلا الذهب
والفضة، فإنَّهما يلزمان إلا أن تشترط أنه متى تَوَي لم يلزمك تَوَاه، وكذلك
جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، والذهب والفضة لازم لك وإن لم
يشترط عليك»^(٢).

ورواية إسحاق بن عمار عنه أيضاً و[عن] أبي إبراهيم عليه السلام: «العارية
ليس على مستعيرها ضمان إلا ما كان من ذهب أو فضة، فإنَّهما مضمونان
اشترطاً أو لم يشترطاً»^(٣).

وقد يظهر من بعض الأخبار اختصاص الضمان بالذهب والفضة بالدنانير
والدراهم وهو صحيح ابن سنان عنه عليه السلام أيضاً: «لا تضمن العارية إلا أن يكون
اشترط فيها ضمان إلا الدنانير، فإنَّها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً»^(٤).

(١) توي: أي هلك. الصحاح: ٦/ ٢٢٩٠.

(٢) الكافي: ٥/ ٢٣٨، ح ٣، باب ضمان العارية والوديعة؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٨٣، ح ٩، باب
العارية؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٩٦، أبواب العارية، ب ٣، ح ٢.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٣٠٢، ح ٤٠٨٣، باب العارية؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٨٣ -
١٨٤، ح ١٠، باب العارية؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٩٧، أبواب أحكام العارية، ب ٣، ح ٤.
والرواية صحيحة.

(٤) الكافي: ٥/ ٢٣٨، ح ٢، باب ضمان العارية والوديعة؛ الاستبصار: ٣/ ١٢٦، ح ٨، باب أن
العارية غير مضمونة؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٩٦، أبواب أحكام العارية، ب ٣، ح ١.

ومثله خبر ابن مسكان^(١).

وخبر عبد الملك بن عمرو عنه أيضاً: «ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يشترط صاحبها إلا الدراهم، فإنّها مضمونة اشترط صاحبها أم لم يشترط»^(٢).

ويمكن أن يقال: إن كان الدينار بمعنى الذهب المسكوك والدرهم بمعنى الفضة المسكوكة، فالظاهر لزوم تقييد الذهب والفضة بالمسكوك منهما، لأنّ الأصل في القيود أن تكون احترازية وإن لم يكونا كذلك، بل هما فردان من الذهب والفضة كفردية زيد وعمرو للإنسان وإن كانا بالدقة ينحلان إلى جهة الإنسانية وخصوصية أخرى، فالظاهر الأخذ بإطلاق الذهب والفضة، لأنّ إثبات الحكم لفرد من الكلّي لا يوجب نفي الحكم عن الأفراد الآخر؛ فتأمل.

(ولو استعار من الغاصب مع العلم ضمن، وكذا لو كان جاهلاً، لكن يرجع على المعير بما يغترم، وكلّ ما يصحّ الانتفاع به مع بقائه تصحّ إعارته، ويقتصر المستعير على ما يؤذن له، ولو اختلفا في التفريط فالقول قول المستعير مع يمينه، ولو اختلفا في الردّ، فالقول قول المعير).

أمّا الضمان سواء كان عالماً أو جاهلاً فللريد.

لو استعار من
الغاصب ضمن

(١) تهذيب الأحكام: ١٨٣/٧، ح ٧، باب العارية؛ وسائل الشيعة: ٩٦/١٩، أبواب أحكام العارية، ب ٣، ذيل ح ١. والرواية صحيحة.

(٢) تهذيب الأحكام: ١٨٤/٧، ح ١١، باب العارية؛ وسائل الشيعة: ٩٦/١٩، أبواب أحكام العارية، ب ٣، ح ٣. والرواية حسنة لعبد الملك بن عمرو المدوح.

وأما رجوع المستعير فيما اغترم إلى المعير مع الجهل، فلكونه مغروراً،
والمغرور يرجع إلى من غره.

ويمكن أن يقال: تارة لا يكون المستعير قاصداً للتصرف في العين
المستعارة إلاّ بنحو الاستعارة، والتصرف بلا أجره للمنفعة المستوفاة،
فأعاره الغاصب فلا إشكال في صدق الغرور.

وأخرى يكون قاصداً للتصرف مع الأجرة، فيعيره الغاصب ويقول:
تصرف مجّاناً، ففي هذه الصورة يشكل صدق الغرور، لأنّ الغرر إن كان
بمعنى الخطر - كما عن الصحاح^(١) والمصباح^(٢) والأساس^(٣) وغيرها^(٤) -،
فلا خطر في البين، بل لو فسّر بالجهل أيضاً يشكل صدقه في بعض الموارد،
كما لو استأذن المالك في التصرف في العين فأذن له المالك بقصد أخذ
الأجرة وتخيّل المستأذن الإذن في التصرف مجّاناً فهل يمكن القول
بعدم استحقاق الأجرة من جهة أنّ الآذن ما صرح بمقصوده فهو غارّ
والمغرور يرجع إلى من غره؟

ولو كان المراد من الغاصب المتصرف بغير حقّ ولو مع الجهل
بالموضوع، فلا وجه للرجوع إليه بوجه، بل قرار الضمان على من تلف
عنده، كما قرّر في تعاقب الأيدي على العين مع عدم الاستحقاق، هذا في
منافع العين المستعارة.

(١) الصحاح: ٧٦٨-٧٦٩، غرر.

(٢) المصباح المنير: ٤٤٥، غرر.

(٣) أساس البلاغة: ٣٢٢، غرر.

(٤) المفردات: ٦٠٤؛ لسان العرب: ١٣/٥، غرر.

الكلام في نفس العين المستعارة

وأما الكلام في نفس العين المستعارة، فقد يفصل بين العين التي لم تكن بمقتضى العقد مضمونة كما لو لم تكن العارية مشروطة بالضمان ولم تكن العين درهماً أو ديناراً أو ذهباً أو فضة، فالضمان على المعير في صورة الجهل للغرور، وبين ما كانت مضمونة من إحدى الجهتين، فالضمان على من تلف العين في يده.

وقد يناقش بظهور أدلة ضمان العارية المشترط فيها الضمان أو إذا كانت ذهباً أو فضة في الصحيح من العارية بخلاف الفاسدة، فلا يترتب على الشرط فيها إلا على كونها ذهباً أو فضة ضمان من هذه الجهة، بل يترتب الضمان بقاعدة اليد وعموم من أتلف، فرجوع المعير على المستعير بقيمة العين باعتبار صيرورتها عوضاً شرعاً عما أذاه عنها برجوع المالك عليه، والفرض عدم الغرور منه بخلاف ما لو رجع المالك على المستعير، فإنه لا يرجع إلى المعير، لأن التلف في يد المستعير علة لاشتغال ذمته بالقيمة بخلاف المعير المخاطب في الحقيقة برد العين أو قيمتها ممن هي في يده، إذ لا وجه لخطابها والبديلة المشخصة بالخيار لا دليل عليها، فالقيمة في ذمة من تلف في يده والآخر مخاطب بإرجاع ذلك منه وإلا فبالغرامة عنه، فإذا أذاه صار ما في ذمته عوضاً شرعياً، إذ لا وجه للملك الغاصب، فقام الإذن الشرعي بالأداء عنه مقام الإذن منه بذلك، بخلاف ما لو أدى هو فإنما يؤدّي عن نفسه، وبذلك اتضح وجه الرجوع على من حصل التلف في يده من ذوي الأيدي المتعاقبة دونه إلا إذا كان مغروراً^(١).

ويمكن أن يقال: لا نسلم صدق الغرور مع الاشتراط أو كون العين المستعارة ذهباً أو فضةً أو درهماً أو ديناراً مع إقدام المستعير على الضمان.

وأما ما ذكر في وجه رجوع من لم يتلف العين في يده إلى من تلفت في يده إذا أخذ المالك القيمة منه، بخلاف صورة رجوع المالك على من تلفت في يده، فلا يرجع إلى الآخر، فيشكل من جهة أنه لم نجد نصّاً دالّاً على رجوع من لم تتلف العين في يده إلى من تلفت في يده إذا أخذ المالك القيمة أو المثل منه حتّى يقال مع عدم ملك الغاصب قام الإذن الشرعي بالأداء عنه مقام الإذن منه بذلك، فإنّ الاستفادة من الحديث المعروف ضمان كلّ من أخذ من غير فرق بين من تلف عنده ومن لم يتلف عنده.

فما ذكر من أنّ القيمة في ذمّة من تلف عنده الظاهر في الاختصاص به والآخر مخاطب بإرجاع ذلك منه وإلاّ فبالغرامة عنه لم يظهر وجهه، ولا دليل على العوضيّة الشرعيّة، وعدم رجوع السابق إلى اللاحق لا يوجب ملكيّة الغاصب حتّى يدفع بأنّه لا وجه لملك الغاصب، لإمكان أن يكون ما نحن فيه من قبيل الواجبات الكفائيّة تسقط بفعل أحد المأمورين بها، ومن قبيل الضمان عند الجمهور خلافاً للمذهب الخاصّة.

وغاية ما يمكن أن يستفاد من الحديث أنّ الأخذ ليس ضامناً لخصوص المالك بالنسبة إلى العين ومنافعها، بل ضامن لخسارة كلّ من توجّهت عليه الخسارة، ولذا يقال في العين المرهونة: إذا غصبت يكون الغاصب ضامناً للراهن والمرتهن.

وعلى هذا، فالشخص الأوّل بعد أخذه مال الغير ضامن بمقتضى «على

اليده» لنفس المالك ليس غير والشخص الثاني الآخذ منه ضامن لشخصين: المالك للعين والشخص الأول المغترم بعد أخذ الغرامة منه، وقيمة العين أو المثل وصل إلى المالك بأخذه من الشخص الأول، وتبقى الغرامة المأخوذة منه، فلا بد من جبرانها بمقتضى «على اليده».

وهكذا الكلام بالنسبة إلى الأيدي المتأخرة عن هاتين اليدين، ولا يستشكل بأن الخسارة المذكورة تحققت بـ«على اليده» فكيف يمكن أن يشملها لإمكان أن يكون «على اليده» متعرضاً للحكم نحو القضية الطبيعية باصطلاح أكابر علماء العصر لا باصطلاح المنطقيين.

هذا غاية ما يمكن أن يقال بعد تسلّم رجوع المتقدم إذا أخذ منه الغرامة إلى المتأخر، واستقرار الضمان على من تلف عنده إلا أن يكون المتأخر مغروراً وإلا فلقائل أن يمنع ظهور «على اليده» في لزوم غرامة غير العين المأخوذة، فلو غصب العين المرهونة وتلفت عند الغاصب وأبرأ مالك العين ذمة الغاصب، يشكل الالتزام بلزوم المثل أو القيمة عليه من جهة خسارة المرتهن مع براءة ذمة الغاصب بالنسبة إلى نفس العين من جهة المالك.

وأما ما ذكر من أن كلّ ما يصح الانتفاع به، إلى آخره، فإن كان النظر فيه إلى عدم الصحة فيما لا يمكن الانتفاع به إلا بالتلاف، فيرد عليه أنه بعد ما كانت العارية عقداً ثمرتها التبرّع بالمنفعة ليس غير، لا يدخل مثل ما ذكر في العارية، وإن كان النظر فيه إلى إخراج ما ليست له منافع محللة قابلة لتوجه العقلاء، كان الأنسب التعبير بأن كلّ ما يجوز الانتفاع به، إلى آخره، والأمر سهل.

كلّ ما يصح الانتفاع به مع بقائه تصحّ إعارته

وأما الاقتصار على ما يؤذن له، فلا إشكال فيه إلا أنه لا يلزم التصريح، بل الإطلاق كاف إلا أن يكون في البين انصراف.

ولو اختلف المعير والمستعير في التفريط فالمعروف أن القول قول المستعير، لكونه أميناً، وفي صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «صاحب العارية والوديعة مؤتمن»^(١)، ونحوه غيره^(٢)، ومقتضى الأمانة قبول قوله، كما سبق في الوديعة.

ولو اختلفا في ردّ العارية فالمعروف أن القول قول المعير، لقاعدة (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)، والإيمان لا يقتضي تصديقه في الردّ وقبوله في الوديعة، للنص.

ويشكل التفرقة حيث إنّ المذكور في باب الوديعة قول الصادق عليه السلام -على المحكي- في خبر مسعدة: «ليس لك أن تأتمن من خانك»^(٣)، ولا تتهم من ائتمنت»^(٤).

وخبر مسعدة بن زياد عنه، عن أبيه: «أن رسول الله ﷺ قال: ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته، ولا تأتمن الخائن وقد جرّبته»^(٥).

(١) تهذيب الأحكام: ١٨٢/٧، ح ١، باب العارية؛ الاستبصار: ١٢٤/٣، ح ١، باب أن العارية غير مضمونة؛ وسائل الشيعة: ٩٣/١٩، أبواب أحكام العارية، ب ١، ح ٦.

(٢) راجع وسائل الشيعة: ٩١-٩٤، أبواب أحكام العارية، ب ١.

(٣) في قرب الإسناد: «غشك».

(٤) قرب الإسناد: ٣٥/١؛ وسائل الشيعة: ٨١/١٩، أبواب أحكام الوديعة، ب ٤، ح ٩.

والرواية موثقة بمسعدة. راجع معجم رجال الحديث: ١٣٧/١٨.

(٥) قرب الإسناد: ٤١/١؛ الكافي: ٢٩٨/٥، ح ١، باب نادر؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٢/٧، ح ٣١، ←

فإن أمكن استفادة قبول قول الأمين منهما في مقام الدعوى، ففي كلا المقامين وإن لم يمكن، ففي كليهما.

(ولو اختلفا في القيمة فقولان أشبههما قول الغارم مع يمينه، ولو استعار الرهن^(١) من غير إذن المالك انتزع المالك العين، ويرجع مرتهن^(٢) بماله على الراهن).

لو اختلفا في القيمة الظاهر تعيين الأخذ بقول الغارم مع يمينه إلا أن تقوم البيّنة، لأصالة براءة ذمّته من الزيادة، وما قد يقال من أنّ «الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال»^(٣) فلا نعرف له مدركاً.

لو استعار الرهن من غير إذن المالك وأما استعارة الرهن بدون إذن المالك، فلا يصحّ بدون الإجازة، وللمالك انتزاع العين، وأما مع الإجازة، فإن قلنا بصحّة الفضولي في المعاملات على القاعدة، فلا مانع من تصحيح العارية بالإجازة.

→ باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٨١، أبواب أحكام الوديعة، ب، ٤، ح ١٠. والرواية صحيحة.

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «ورهن» بدل «الرهن».

(٢) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «المرتهن» بدل «مرتهن».

(٣) إيضاح الفوائد: ١٨ / ٢.

كتاب الإجارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على محمّد وآله الطاهرين.

(كتاب الإجارة)

(وهي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم، ويلزم من الطرفين، تعريف الإجارة وتنفسخ بالتقاييل، ولا تبطل بالبيع ولا بالعق، وهل تبطل بالموت؟ قال الشيخان: نعم^(١)، وقال المرتضى: لا تبطل^(٢)، وهو أشبه).

يمكن أن تكون حقيقة الإجارة تمليك المنفعة بعوض، ويمكن أن يكون التسليط على العين ليتنفع بها في مقابل العوض.

ويؤيّد الثاني تعلّق الإجارة بنفس العين بدون تقدير المضاف.

ويؤيّد الأوّل عدم صحّة التسليط في إجارة الأحرار حيث إنّ الحرّ غير قابل لهذا المعنى ولذا لو حبس الحرّ لا يضمن منافعه، بخلاف حبس العبد أو التسلّط على الأعيان الخارجيّة فإنّ الاستيلاء عليها موجب الضمان، واختلاف الحقيقة باختلاف المتعلّق بعيد.

ولكلّ من المعنيين اعتبار عقلائي، لكنّ المعروف في حقيقتها المعنى الأوّل.

(١) المقنعة: ٦٤٠؛ النهاية: ٤٤٤.

(٢) المسائل الناصريات: ٤٣٨.

وكيف كان، الظاهر أنّ معلوميّة المنفعة والعوض من شرائط الصحة شرعاً كشروط صحّة البيع، لا أن تكون من مقومات الحقيقة.

الإجارة لازمة من الطرفين وأما اللزوم من الطرفين، فلا خلاف فيه^(١)، ويدلّ عليه عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وعموم «المؤمنون عند شروطهم» بناء على عدم كون الشرط التزاماً في ضمن التزام آخر.

وما عن عليّ بن يقطين في الصحيح قال: «سألته - يعني أبا الحسن عليه السلام - عن الرجل يكتري السفينة سنة أو أقلّ أو أكثر؟ قال: الكراء لازم إلى الوقت الذي اكتره إليه، والخيار في أخذ الكرى إلى ربّها إن شاء أخذ وإن شاء ترك»^(٢).

وما رواه في الكافي والتهذيب عن محمد بن سهل [عن أبيه] قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل يتكارى من الرجل البيت والسفينة سنة أو أقلّ أو أكثر؟ قال: كراه لازم إلى الوقت الذي تكراه إليه»^(٣)، الحديث.

(١) المبسوط: ٣٦٧/٢؛ الوسيلة: ٢٦٢؛ غنية النزوع: ٢٨٧؛ فقه القرآن: ٦٤/٢؛ السرائر:

٨٨/٢؛ إصباح الشيعة: ٢٧٦؛ جامع الخلاف والوافق: ٣٥٣؛ تحرير الأحكام: ٢٤١/١.

(٢) الكافي: ٢٩٢/٥، ح ١، باب الرجل يتكارى البيت والسفينة؛ من لا يحضره الفقيه:

٢٥١/٣، ح ٣٩١٠، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٩/٧، ح ٢، باب

الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١١٠، أبواب أحكام الإجارة، ب ٧، ح ١.

(٣) الكافي: ٢٩٢/٥، ح ٢، باب الرجل يتكارى البيت والسفينة؛ تهذيب الأحكام: ٢١٠/٧،

ح ٣، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١١٠، أبواب أحكام الإجارة، ب ٧، ح ١.

والرواية صحيحة على كلام في محمد بن سهل. راجع معجم رجال الحديث: ١٦/١٦٧.

وأما الانفساخ بالتقاييل، فيدلّ عليه عموم ما دلّ على مشروعيّته،
وانفساخ الإجارة بالتقاييل واستحباب إقالة النادم.

وأما عدم البطلان ببيع العين المستأجرة، فلعدم تنافي العقدين من جهة
اختلاف المتعلّق، والمعروف أنّ المشتري مع جهله بوقوع الإجارة قبلاً
يتخيّر بين الصبر إلى انتهاء الإجارة وبين الفسخ.

نعم، لا بدّ من التقييد بصورة احتفاظ المائيّة بعد انقضاء مدّة الإجارة،
فلو كانت مدّة الإجارة طويلة بحيث لا مائيّة للعين المستأجرة بعد انقضائها
لم يصحّح البيع، لعدم المائيّة للعين.

ويدلّ على صحّة إجارة المبيع ما رواه في الفقيه عن أبي همام: «أنّه كتب
إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المؤجّر تلك
الضيعة بحضرة المستأجر ولم ينكر المستأجر البيع وكان حاضراً له مشاهداً
فمات المشتري وله ورثة هل يرجع ذلك الشيء في ميراث الميت أم ثبت
في يد المستأجر إلى أن ينقضي إجارته؟ فكتب عليه السلام: ثبت في يد المستأجر إلى
أن ينقضي إجارته»^(١).

وما رواه المشايخ الثلاثة - قدّست أسرارهم - في الصحيح عن
الحسين بن نعيم الصحّاف، عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: «سألته عن
رجل جعل داراً سكنى لرجل أيّام حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده
[هل هي له ولعقبه] كما شرط؟ [قال: نعم].

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٢٥٢، ح ٣٩١٤، باب المزارعة والإجارة؛ وسائل الشيعة:
١٩/ ١٣٤، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٤، ح ١. والرواية صحيحة.

قلت: فإن احتاج إلى بيعها يبيعها؟ قال: نعم، قلت: فينقض بيعه الدار السكنى؟ قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى، ولكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضي السكنى على ما شرط والإجارة.

قلت: فإن ردّ على المستأجر ماله وجميع ما لزمه من النفقة والعمارة فيما استأجره؟ قال: على طيبة النفس ورضا المستأجر بذلك لا بأس^(١)، وكذلك العتق على حسب القاعدة لا يوجب بطلان الإجارة.

وأما البطلان بالموت، فقد وقع فيه الخلاف واختلفوا على أقوال ثلاثة: فقيل بأن الإجارة تبطل بموت كل من المؤجر والمستأجر، ونسبه في الشرائع^(٢) إلى المشهور^(٣).

وقيل بأنها لا تبطل بموت واحد منهما، وهو المشهور بين المتأخرين^(٤).

وقيل: إنها تبطل بموت المستأجر دون المؤجر^(٥).

هل تبطل الإجارة
بالموت؟

(١) الكافي: ٣٨/٧، ح ٣٨، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٥١/٤، ح ٥٥٩٥، باب السكنى والعمرى والرقبى؛ تهذيب الأحكام: ١٤١/٩، ح ٤٠، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ١٠٤/٤، ح ٤، باب السكنى والعمرى؛ وسائل الشريعة: ١٣٥/١٩، كتاب الإجارة، ب ٢٤، ح ٣.

(٢) شرائع الإسلام: ١٤٠/٢.

(٣) المقنعة: ٦٤٠؛ المراسم: ١٩٦؛ الخلاف: ٤٩٠-٤٩١، وفيه دعوى الإجماع؛ المذهب: ٥٠١/١؛ جامع الخلاف والوافاق: ٣٥٣.

(٤) قال الشهيد الثاني رحمته الله: الأقوى ما اختاره المصنف رحمته الله - أي لا تبطل بموت أحدهما - وعليه المتأخرون أجمع. مسالك الأفهام: ١٧٥/٥.

(٥) قال الشيخ رحمته الله في المبسوط: الموت يفسخ الإجارة سواء كان الميت المؤجر أو المستأجر عند ←

واحتجّ للقول الأوّل بأن استيفاء المنفعة يتعذّر بالموت، لأنّه استحقّ
 بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر، فإذا مات زال ملكه عن العين
 وانتقلت إلى الورثة فالمنافع تحدث على ملك الوارث، فلا يستحقّ
 المستأجر استيفاءها، لأنّه ما عقد على ملك الوارث، وإذا مات المستأجر لم
 يكن إيجاب الأجرة في تركته^(١).

ولا يخفى ما فيه، فإنّ المنتقل إلى الورثة الملك المسلوب المنفعة في طرف
 المؤجر، وفي طرف المستأجر إن كانت الأجرة عيناً خارجيّة، فهي ملك
 المؤجر أو وارثه، ولا تربط بورثة المستأجر، وإن كانت ديناً تنتقل تركه
 المستأجر إلى الوارث بعد خروج الدين.

واحتجّ^(٢) للقول الثاني بأنّ الإجارة من العقود اللازمة ومن شأنها أن
 لا تبطل بالموت، ولعموم الأمر بالوفاء بالعقود، وبما رواه في التهذيب عن
 إبراهيم الهمداني قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام وسألته عن امرأة آجرت
 ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الإجارة في كلّ سنة عند انقضائها لا
 يقدّم لها شيئاً من الإجارة ما لم ينقض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين أو

→ أصحابنا، والأظهر عندهم أنّ موت المستأجر يبطلها، وموت المؤجر لا يبطلها، وفيه
 خلاف. المبسوط: ٣/ ٢٢٤.

وقال ابن البراج رحمته الله: والموت يفسخ الإجارة ولا فرق في ذلك بين أن يكون الميت هو
 المستأجر أو المؤجر، وعمل الأكثر من أصحابنا على أنّ موت المستأجر هو الذي يفسخها، لا
 موت المؤجر. المهذب: ١/ ٥٠١-٥٠٢.

(١) مختلف الشيعة: ٦/ ١٤٤.

(٢) مسالك الأفهام: ٥/ ١٧٥.

بعدها هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجارة إلى الوقت أم تكون الإجارة منتقضة بموت المرأة؟

فكتب عليه السلام: إن كان لها وقت مسمى لم تبلغ فماتت فلورثتها تلك الإجارة، وإن لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله تعالى^(١).

وهذا المضمون أيضاً رواية إسحاق بن أحمد الأبهري عن أبي الحسن عليه السلام^(٢).

الكلام حول هذه
الرواية

ولا يخفى أن الرواية على فرض تمامية دلالتها تكون أخص من المدعى، لأنها متعوضة لخصوص موت المؤجر، وتقريب دلالتها على عدم بطلان الإجارة بالموت بأن يكون المراد من قوله عليه السلام - على المحكي -: «وقت مسمى لم تبلغه» على ما في بعض النسخ أو «لم تبلغ» على نسخة أخرى مدة الإجارة بقريئة ذكر الوقت في كلام السائل حيث قال: «هل يجب على ورثتها» إلى آخره، ويكون قوله عليه السلام - على المحكي - «وإن لم تبلغ ذلك» بياناً للشرطية الأولى لا مقابلاً لها، ويكون المراد من قوله: «فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت» بنسبة ما بلغت، فإن المعطى حينئذ بقدر ما لم تبلغ لا بقدر ما بلغت.

(١) الكافي: ٥/٢٧٠، ح ٢، باب من يؤجر أرضاً ثم يبيعها قبل انقضاء الأجل أو يموت فتورث الأرض قبل انقضاء الأجل؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢٠٧، ح ٥٦، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٣٦، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٥، ح ١. والرواية صحيحة.

(٢) وسائل الشيعة: ١٩/١٣٦، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٥، ذيل ح ١. وأحمد بن إسحاق الأبهري مهمل.

واحتمل في الرواية معنى آخر وهو أن يكون المراد من الوقت المذكور النجم المضروب لدفع أبعاض الأجرة وهو انقضاء السنة.

ويؤيده أن وقت الإجارة مفروض في السؤال، فلا يقبل التشكيك والاحتمال حتى يحتاج إلى الاشتراط، وكذا عدم بلوغها ذلك الوقت، بل قيل: إنه على هذا التقدير لا يلزم تفكيك في الوقت، فإن المتكرر منه معنى واحد بخلاف الأول، فإن الوقت في قول السائل أولاً «ما لم يمض الوقت» هو وقت دفع الأجرة لا وقت الإجارة، وكذا قوله عليه السلام - على المحكي -: «إن كان لها وقت مسمى» فإن مدة الإجارة ليس لها، وإنما عليها إمضاؤها بخلاف وقت الأجرة.

وكذا حسن المقابلة بين الشرطيتين، فإن المراد من الأولى حينئذ موتها عند انتهاء النجم قبل أخذ الأجرة، والمراد من قول «لم تبلغه» أنها لم تبلغها أجرته، ومن الثانية موتها في أثنائه في الثلث أو النصف أو غيرهما، ويكون قوله عليه السلام - على المحكي -: «فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت» على ظاهره، وهو أن الورثة يعطون مقدار الأجرة الماضية دون الباقية، وعلى هذا المعنى تكون الرواية دالة على بطلان الإجارة بموت المؤجر^(١).

ولا يخفى أن ما ذكر لتقريب المعنى الثاني ليس بحيث يوجب الظهور في المعنى الثاني، بل في مصابيح العلامة الطباطبائي^(٢): أن الظاهر هو المعنى الأول، وقوله عليه السلام: «إن كان لها وقت [مسمى] لم تبلغه» كالصرح

(١) جواهر الكلام: ٢٧ / ٢٠٩.

(٢) حكى عنه صاحب الجواهر^{رحمته}. جواهر الكلام: ٢٧ / ٢٠٩.

في عدم بلوغ الوقت والحمل على عدم بلوغ الأجرة في غاية البعد، وفي بعض النسخ مكان «لم تبلغه» «لم تبلغ» والدلالة فيه أظهر وأوضح، وحمل قوله: «بقدر ما بلغت» على إرادة النسبة ليس بهذه المثابة.

ثم قال: ويحتمل عود الضمير في قوله: «بلغت» إلى الورثة دون المرأة، فيكون المراد بقية المدة التي صارت للورثة، وفي قول السائل «هل يجب»، إلى آخره، دلالة واضحة على إرادة المدة دون الأجل المضروب لدفع الأجرة، والأمر في باقي القرائن هيّن.

قوله عليه السلام: «ويحتمل عود الضمير»، إلى آخره، لدفع الاستبعاد الناشئ من إرجاع الضمير إلى المرأة الموجهة للحمل على إعطاء الورثة بنسبة ما بلغت مع أن المعطى حيثئذ بقدر ما لم تبلغ لا بقدر ما بلغت^(١).

ويمكن أن يقال: على فرض عدم ظهور الرواية في المعنى الأوّل لا أقلّ من الإجماع، ومعه لا مجال لرفع اليد عمّا دلّ على لزوم العقد وبقائه. وقد يقال: إن الرواية ظاهرة على التقدير الأوّل أيضاً في الفسخ بأن يكون المراد إن كان للإجارة وقت مسمّى ولم تبلغه المرأة، أي لم تبلغ شيئاً منه بقرينة الشرطيّة الثانية على معنى أنّها آجرت إلى مدة معلومة فماتت حال الإجارة قبل أن تبلغ شيئاً من المدة، فالحكم فيه أن لورثتها تلك الإجارة على معنى أن لهم إمضاءها أو فسخها بناء على أن المراد من القول بالفسخ بالموت عدم لزوم الإجارة على الورثة نحو ما اعترف به القائل بالصحة في ما استثناه من هذه المسألة، وهو إجارة البطن الأوّل من

الموقوف عليهم، وانتقل إلى البطن الثاني بموت الأولين في أثناء الإجارة، فإنّ لهم الخيار في إنفاذ الإجارة الأولى وفسخها، وإن أبيت فيمكن أن يكون المراد أنّ الورثة إن شاؤوا آجروا وإن شاؤوا لم يؤجروا^(١).

ويمكن أن يقال قوله عليه السلام - على المحكي -: «فلورثتها تلك الإجارة» ليس ظاهراً في ما ذكر من أنّ لهم إمضاءها أو فسخها، نعم، هو قابل لأن يحمل عليه، لكن يعارضه ما بعده: «فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت» مع رجوع الضمير في بلغت إلى الورثة حيث إنّ ظاهره في تعيينه.

(وكلّ ما تصحّ إعارته تصحّ إجارته، وإجارة المشاع جائزة، والعين أمانة لا يضمنها المستأجرو ولا النقص^(٢) منها إلا مع تعدّد أو تفريط).

قد فسّر هذه العبارة - أعني «كلّ ما يصحّ إعارته تصحّ إجارته» - بأنّ كلّ ما يصحّ إعارته من الأعيان للانتفاع بالمنفعة التي لا تكون عيناً تصحّ إجارته أيضاً، لأنّ الإجارة تمليك المنفعة بعوض، والعارية بدون العوض^(٣).

ووجه قيد «التي أن لا تكون عيناً» أنّه نقل الإجماع على عدم صحّة الإعارة إذا كانت المنفعة المتقلة مثل لبن الشاة وثمر البستان، وقد منع الاتفاق على عدم صحّة إعارة الشاة للبنها، بل ادّعي الاتفاق على جوازها وهي المنحة.

(١) لم نعر على قائله وإن حكى ذلك عنه صاحب الجواهر رحمته الله. جواهر الكلام: ٢٧ / ٢١٠.

(٢) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «ما ينقص» بدل «النقص».

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ٦٧ / ١٠.

وقيّد القاعدة المذكورة بعض الفقهاء - قدّس الله أسرارهم -^(١) بما صحّ إعارته بحسب الأصل لا مطلقاً، فإنّ المنحة وهي الشاة المعارة للانتفاع بلبنها ممّا يصحّ إعارتها مع أنّه لا يصحّ إعارتها إلّا أنّ هذا الحكم [إنّما] ثبت فيها على خلاف الأصل، وبعضهم^(٢) حمل الكلّيّة على الغالب.

جواز إجارة المشاع وأما جواز إجارة المشاع، فلعوم: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وخصوص إطلاقات الإجارة، واستيفاء منافع العين المشتركة ممكن، كاستيفاء المنافع للمالك مع اشتراك العين المشتركة، نعم، لا بدّ في تسليم العين من إذن الشريك سواء كان المستأجر عالماً بالإشاعة أو جاهلاً، كما لو أجر العين المشتركة ولم يجز الشريك في سهمه.

العين المستأجرة وأما كون العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلّا مع التفریط أو أمانة لا يضمنها المستأجر، فلكون العين مأذون التصرف، وبنائهم على أنّ كلّ ما أذن التصرف فيه يكون أمانة سواء كان الإذن من قبل الشرع، فيكون أمانة شرعيّة، أو من قبل المالك فيكون أمانة مالكيّة، ولكن اشتهر في المقبوض بالسوم كونه مضموناً، وكذلك الطبيب والبيطار، بل قد يقال: المصدق العرفي للأمانة خصوص الوديعة^(٣).

ويدلّ على عدم الضمان في باب الإجارة صحيح عليّ بن جعفر، عن أخيه عليه السلام: «سألته عن الرجل استأجر دابةً فأعطاه غيره فنفتت فما عليه؟

(١) مسالك الأفهام: ١٧٥/٥.

(٢) جامع المقاصد: ٨٧/٧.

(٣) حكي ذلك عن الجواهر إلّا أنّه لم نعر عليه. الإجارة (للأصفهاني): ٣٣.

قال: إن كان اشترط ألا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء»^(١).

وصحيح الحلبي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تكارى دابة إلى مكان معلوم فنفتت^(٢) الدابة؟ قال: إن كان جاز الشرط فهو ضامن وإن دخل وادياً ولم يوثقها فهو ضامن، وإن سقطت في بئر فهو ضامن، لأنه لم يستوثقها»^(٣)، إلى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك.

وظهر مما ذكر حكم صورة التعدي والتفريط ولزوم الضمان، فإعطاء الغير مع اشتراط أن لا يركب غيره تعدد، وعدم استيثاقها تفريط، وقد حكم في كل منهما بالضمان، وربما يظهر من هذا الصحيح الضمان بمجرد التفريط ولو في غير باب الإجارة كالوديعة والعارية.

(وشرائطها خمسة:)

[الأول:] أن يكون المتعاقدان كاملين جائزي التصرف.

[الثاني:] وأن تكون الأجرة معلومة كيلاً أو وزناً، وقيل: تكفي

المشاهدة ولو كان ممّا يكال أو يوزن، وتملك الأجرة بنفس العقد

(١) الكافي: ٥ / ٢٩١، ح ٧، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحدّ أو يردّها قبل الانتهاء إلى الحدّ؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ٢١٥، ح ٢٤، باب الإجازات؛ وسائل الشريعة: ١٩ / ١١٨، أبواب أحكام الإجارة، ب ١٦، ح ١.

(٢) في الفقيه: «فضيع».

(٣) الكافي: ٥ / ٢٨٩ - ٢٩٠، ح ٣، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحدّ أو يردّها قبل الانتهاء إلى الحدّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٢٥٥، ح ٣٩٢٢، باب ضمان من حمل شيئاً فادّعى ذهابه؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ٢١٤، ح ٢١، باب الإجازات؛ وسائل الشريعة: ١٩ / ١٢١، أبواب أحكام الإجارة، ب ١٧، ح ٣. والرواية صحيحة على ما في الفقيه، وأمّا في غيره فمرسل.

معجلة مع الإطلاق أو اشتراط التعجيل، ويصحّ تأجيلها نجوماً أو إلى أجل واحد).

أما شرطية كون المتعاقدين كاملين جائزي التصرف، فقد سبقت في كتاب البيع، لعدم الاختصاص بالبيع فلا حاجة إلى التعرّض. وأما اعتبار معلومية الأجرة في الجملة، فالظاهر أنّه لا خلاف فيه، وإنّما الكلام في أنّه هل يعتبر المعلومية بالنحو المعتبر في البيع، ففي ما كان الأجرة ممّا يكال أو يوزن لا بدّ من الكيل أو الوزن أم يكفي المشاهدة؟ الأقوى الثاني، لعدم الدليل على الاعتبار، والدليل على نفي الغرر في غير البيع غير مسلم، فيكفي العمومات لإثبات الصحة.

وقد يقال: إنّما تكفي المشاهدة في ما ترتفع الجهالة والغرر بها عرفاً لا في مثل الموزون والمكيل، ضرورة عدم كفاية المشاهدة فيهما وفي المعدود، وإلاّ لكفى في البيع المعلوم اعتبار عدمها فيه على وجه يرتفع فيه النزاع والخطر، ويتحقّق به صدق البيع المعلوم لا المجهول^(١).

ويمكن أن يقال: قد اعتبر في البيع الكيل والوزن والعدّ في صحّة بيع المكيل والموزون والمعدود من جهة عدم ارتفاع الغرر المنهّي [عنه] في البيع إلّا بها أو من جهة الأخبار الخاصّة، والخبر الدالّ على اعتبار عدم الغرر في الباب ولو بعمومه لم يثبت اعتباره، والدليل الخاصّ بالمقام غير موجود، وليس في المقام إلّا اعتبار عدم كون المعاملة جزائيّة، كما لو لم تكن مشاهدة في البين.

كون المتعاقدين
كاملين جائزي
التصرّف
اعتبار معلومية
الأجرة

والشاهد عليه اكتفاء بعض من يدّعي اتّفاقهم في المقام بالمشاهدة وتردّد بعض آخر، فعن الشيخ^(١) والمرتضى^(٢) الاكتفاء، واستحسنه في الشرائع^(٣)، واستشكل في الإرشاد^(٤)، وظاهر المحقّق الأردبيلي^(٥) الميل إليه، فليس في المقام إلّا الشهرة.

ثمّ إنّّه بعد تحقّق عقد الإجارة تتحقّق الملكية بالنسبة إلى الأجرة، فمع الإطلاق أو اشتراط التأجيل يستحقّ المؤجّر مطالبته، ويصحّ تأجيلها نجوماً أو الى أجل واحد، كلّ ذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم».

ويمكن أن يقال: إذا اقتضى الإطلاق استحقاق المؤجّر المطالبة فما معنى اشتراط التعجيل؟ فإنّ الشرط في ضمن العقد التزام في ضمن الالتزام العقدي، فإذا اقتضى الالتزام العقدي استحقاق المطالبة بلا انتظار مدّة فما معنى الالتزام الآخر في ضمنه؟ وليس المقام من قبيل الوجوب المتصوّر فيه المراتب، وكون مرتبة أشدّ من مرتبة أخرى، فإنّ إطلاق العقد يقتضي استحقاق المطالبة، فاقضاء الشرط الاستحقاق من قبيل تحصيل الحاصل، والاستحقاق ليس ذا مراتب.

ومع الإشكال من هذه الجهة لا مجال لأن يقال: فائدة الشرط استحقاق المؤجّر الخيار من جهة تخلف الشرط.

(١) المبسوط: ٣/ ٢٢٣.

(٢) المسائل الناصريات: ٣٧٠.

(٣) شرائع الإسلام: ٢/ ١٤١.

(٤) إرشاد الأذهان: ١/ ٤٢٤.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: ١٠/ ٢٥-٢٦.

لو استأجر لحمل
متاع إلى موضع في
وقت معين

(ولو استأجر من يحمل له متاعاً إلى موضع في وقت معين بأجرة معينة، فإن لم يفعل نقص من أجرته شيئاً معيناً، صح ما لم يحط بالأجرة).

هذا هو المشهور بين الأصحاب - قدس الله أسرارهم -^(١)، واستدل^(٢) عليه بالصحيح أو الموثق أو الخبر^(٣) المنجبر بالعمل عن محمد الحلبي قال: «كنت قاعداً عند قاض من القضاة وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس، فأتاه رجلان فقال أحدهما: إنني تكرّيت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن، واشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا، لأنها سوق أتخوّف أن تفوتني فإن احتبست عن ذلك حطت من الكرى لكل يوم احتبسته كذا وكذا، وإنه حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً، فقال القاضي: هذا شرط فاسد، وفه كراه، فلمّا قام الرجل أقبل إليّ أبو جعفر عليه السلام فقال: شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراهه»^(٤).

قيل^(٥): ولصحيح محمد بن مسلم، قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:

(١) النهاية: ٤٤٨؛ شرائع الإسلام: ١٤٢/٢؛ تحرير الأحكام: ١/٢٤٥. ونقله العلامة رحمته الله عن ابن البرّاج أيضاً. في مختلف الشيعة: ١٥٤/٦.

(٢) مختلف الشيعة: ١٥٥/٦؛ المهذب البارع: ٢٢/٣؛ مجمع الفائدة والبرهان: ١٠/٤٥؛ جواهر الكلام: ٢٧/٢٣٠.

(٣) الترديد لأجل منصور بن يونس الرمي في بعض الكلمات بالوقف. راجع معجم رجال الحديث: ٣٨٢/١٩، رقم: ١٢٧١٦.

(٤) الكافي: ٥/٢٩٠، ح ٥، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحدّ أو يردّها قبل الانتهاء إلى الحدّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٣٥، ح ٣٢٧٣، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢١٤، ح ٢٢، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١١٦، أبواب أحكام الإجارة، ب ١٣، ح ٢.

(٥) مختلف الشيعة: ٦/١٥٥؛ الحقائق الناضرة: ٢١/٥٦٦.

إني كنت عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما: إنني اكرتيت من هذا دابة ليلغني عليها من كذا وكذا إلى كذا وكذا وإنه لم يفعل قال: فقال: ليس له كرى، قال: فدعوته فقلت: يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه وقلت للأجير: ليس لك أن تأخذ كل الذي عليه، اصطلاحاً، فتراداً بينكم^(١).

وأورد بأنه غير محلّ الفرض وهو اشتراط النقصان فيه إن لم يوصله فيه، وليس فيه تعرّض لما عدا اليوم المعين بالأجرة ولا لغيرها، بل في حواشي ثاني الشهيدين عليه السلام^(٢) أن ما تضمنه من الحكم مخالف للقواعد الشرعية، لأنّ اللازم من تعيينه اليوم المعين والسكوت عن غيره أنّه لا يستحقّ في غيره الأجرة كما قال ذلك القاضي إلّا بفرض اطلاعه عليه السلام على ما يوجب بطلان الإجارة، فحكم عليهما بالاصطلاح، لأنّ الثابت أجرة المثل وهي خارجة عن المعين^(٣).

ويمكن أن يقال: أمّا ما ذكر من أنّ الحكم مخالف للقواعد، فهو مبنيّ على كون التعيين والتقييد في الاكتراء بنحو وحدة المطلوب، وأمّا مع تعدّد المطلوب ولعله الغالب، فلا مخالفة فيه للقواعد الشرعية.

نعم، كان بعض الأكابر عليه السلام^(٤) يفرّق في مثل البيع بين أن يقع على

(١) الكافي: ٥ / ٢٩٠، ح ٤، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحدّ أو يردّها قبل الانتهاء إلى الحدّ؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ٢١٤، ح ٢٣، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ١١٦، أبواب أحكام الإجارة، ب ١٣، ح ١.

(٢) حاشية شرائع الإسلام: ٤٩١.

(٣) جواهر الكلام: ٢٧ / ٢٣٠.

(٤) لم نعثر عليه.

الكلي الموصوف بوصف كذا وبين أن يقع على العين الخارجية الموصوفة بوصف كذا، ويرى أنه لو سلّم المشتري في الصورة الثانية العين الفاقدة للوصف سلّم المبيع، وللبائع خيار تخلّف الوصف، بخلاف الصورة الأولى، فلو سلّم الفاقد للوصف فيها سلّم شيئاً مباحناً للمبيع، ولو كان بنحو تعدّد المطلوب، ولعلّه يظهر من هذه الرواية الصحيحة خلافه.

وأما ما ذكر من أنه غير محلّ الفرض، فهو حقّ لكنّه يستفاد من الخبرين أنه مع شرط الإيصال أو التقييد ينقص من الكرى شيء، وليس بحيث لا يستحقّ المكاري شيئاً.

وأما ما في كلام ثاني الشهيدين من أنه مع بطلان الإجارة يثبت أجره المثل، فيشكل حيث إنّه مع وحدة المطلوب ومباينة ما وقع لما تعاقد عليه كيف يستحقّ أجره المثل إلا أن يثبت بالتعبد؟

وكيف كان، ففي الرواية الأولى كفاية، وقد يستشكل في الصحة من جهة التعليق والجهالة والإبهام، وأنه كالبيع بثمانين نقداً ونسيئة، ومن هنا كان خيرة المحقّق الثاني^(١) وغيره^(٢) من المتأخّرين البطلان، وطرح الخبر أو الحمل على الجعالة^(٣).

وأجيب بمنع التعليق في العقد، إذ ليس المراد منه الإجارة بالمقدار

(١) جامع المقاصد: ٧/ ١٠٧-١٠٨.

(٢) مسالك الأفهام: ٥/ ١٨١.

(٣) جواهر الكلام: ٢٧/ ٢٣١-٢٣٢.

الناقص لو نقص، بل أقصاه التعليق في الشرط وهو النقص من الأجرة، ولا دليل على بطلانه فيه إذا لم يرجع إلى التعليق في نفس العقد^(١).

ويمكن أن يقال: التكراري المذكور في الرواية مع الاشتراط المذكور يتصور على نحوين:

أحدهما: أن يكون الكرى على تقدير إدخال الرجل المعدن يوم كذا المقدار المعين، وعلى تقدير التأخير مقداراً آخر، ولا إشكال في أنه نظير البيع بثمانين أو أزيد.

والنحو الآخر: أن يكون الكرى معيناً ليس غير واشترط براءة ذمته على تقدير التأخير، وهذا ليس كالبيع بثمانين أو أزيد، وليس تعليقاً في المعاملة، ولا مانع من صحته، فإن بنينا على حفظ القواعد وعدم التخصيص فيها، فلا بد من حمل الرواية على النحو الثاني أو الحمل على الجعالة وإن كان الحمل على الجعالة بعيداً جداً، وإن قلنا بأنه لا مانع من تخصيص القواعد بالنصّ المعتبر، فلا مانع من الصحة في كلتا صورتين.

([الثالث:] وأن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر أو لمن يؤجر عنه، وللمستأجر أن يؤجر إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه).

أما اعتبار كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو لمن يؤجر عنه، فمن جهة أنّ المعاوضة لا تتحقق بدون الملكية من غير فرق بين أن يكون المؤجر مالكاً للعين وبالتبع مالكاً للمنفعة، أو يكون مالكاً للمنفعة بالاستقلال، كما لو

استأجر العين بدون اشتراط استيفاء المنفعة بنفسه أو اشتراط أن لا يؤجر غيره، فالمالك يؤجر لنفسه، والمتولي للوقف والحاكم والولي والوصي يؤجرون للغير، والفضولي يؤجر للغير، والنفوذ محتاج إلى الإجازة إن قلنا بصحة الفضولي في الإجازة.

وقد يقال: إن المراد بالملكيّة في المقام صحّة التصرف والسلطنة على المنفعة بوجه شرعي ليدخل فيه ما إذا كان وقفاً بناء على القول بعدم ملك الموقوف عليه^(١).

ويمكن أن يقال: في منافع الموقوفة لا بدّ من الالتزام بالملكيّة، غاية الأمر في الوقف على مثل الأولاد أو صنف خاصّ من الإنسان يكون المالك الأشخاص أو الكلّي، وفي الوقف على الجهات يكون المالك الجهة، كوقف أرض على أن يصرف منافعها في المسجد.

وإن كان النظر إلى نفس العين الموقوفة، ففي مثل المساجد والمدارس والخانات الظاهر خروجها عن المملوكيّة، فلا يصحّ بيعها، وفي العين الموقوفة على الأولاد أو صنف خاصّ إن صحّ بيعها لطرؤ بعض الطوارئ، فلا محيص عن اعتبار المملوكيّة لها، لأنّ البيع لا يتحقّق بدون المملوكيّة حيث إنّه مبادلة مال بمال، والمبادلة في المملوكيّة.

وما أفيد من كفاية مجرّد السلطنة لازمه جواز إجازة العين المستعارة إذا لم تكن العارية بنحو تكون السلطنة مختصّة بنفس المستعير، وجواز بيع الضيف ما أبيح له من الطعام والغذاء.

(١) الحقائق الناضرة: ٥٤٩/٢١.

وأما إيجار المستأجر، فمع عدم الاشتراط لا إشكال فيه، ومع الاشتراط لا مانع من الإجارة بمعنى تملك المستأجر المنفعة مستأجراً آخر مع حفظ المباشرة واستيفاء المستأجر الأول المنفعة، كما لو أباح المستأجر الثاني المنفعة للمستأجر الأول، أو ملكه بعوض، نعم، مع اشتراط أن لا يؤجر غيره وقلنا بصحة هذا الشرط، ليس له أن يؤجر غيره بناء على أن الشرط المذكور يوجب سلب سلطنته.

[الرابع:] وأن يكون^(١) المنفعة مقدرة بنفسها كخياطة الثوب المعين، أو بالمدة المعينة كسكنى الدار، وتملك المنفعة بالعقد، وإذا مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر استقرت الأجرة ولو لم ينتفع).

ادّعي الاتفاق على اعتبار تقدير المنفعة بالنحو المذكور^(٢)، وقد يعلّل بلزوم الغرر لولا التقدير، وكأنّه وقع الاتفاق على اشتراط عدم الغرر في الإجارة^(٣).

نعم، لو كانت للعين منافع متعدّدة قابلة للاستيفاء على البدل، فقد يقال بعدم لزوم تعيين بعضها مع التساوي، بل يملك الجميع ويتخير في الاستيفاء^(٤).

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «تكون» بدل «يكون».

(٢) الوسيلة: ٢٦٩؛ غنية النزوع: ٢٨٥، وفيه دعوى الإجماع؛ إصباح الشيعة: ٢٧٥؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٥١؛ تحرير الأحكام: ١/ ٢٤٧.

(٣) التنقيح الرائع: ٢/ ٢٦٧؛ رياض المسائل: ١٠/ ٢٨.

(٤) رياض المسائل: ١٠/ ٢٨.

ويمكن أن يقال: تملك الجميع غير صحيح، لعدم إمكان الاستيفاء، وملك البعض غير المعين تملك لأحد الفردين، والظاهر عدم التزامهم بالصحة فيه.

نعم، يمكن أن يلاحظ القدر المشترك بين المنافع، فيتخير في الاستيفاء، لكن لو كان المعتبر عدم حصول الغرر يشكل، لعدم الاكتفاء بالجامع في البيع، فلو باع الجامع بين النوعين لم يحكم بالصحة وإن كانا متساويي القيمة. والحاصل أن الجامع بين أفراد نوع واحد أو صنف واحد في الأعيان مع عدم الاختلاف لا مانع من بيعه، والجامع بين أفراد نوع واحد أو صنف واحد مع عدم الاختلاف لا مانع في تملكه في الإجارة.

وأما الجامع بين الأنواع أو الأصناف في الأعيان، فمع عدم جواز بيعه معللاً بحصول الغرر يشكل تملكه في المنافع في الإجارة إن كان المعتبر عدم الغرر فيها وإن قلنا بكفاية الخروج عن المعاملة الجزائية، فلا إشكال.

وأما استقرار الأجرة مع مضي المدة القابلة لاستيفاء منفعة العين فيها ولو لم يتنفع المستأجر، فلأنّ اللازم على المؤجر تسليط المستأجر على العين للاستيفاء وقد حصل، وقد فوت المستأجر على نفسه، وليس على المؤجر شيء. ويدلّ عليه خبر ابن يقطين: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكتري السفينة سنة أو أقل أو أكثر؟ قال: الكرى لازم إلى الوقت الذي اكتره إليه، والخيار في أخذ الكرى إلى ربّها إن شاء أخذ وإن شاء ترك»^(١).

استقرار الأجرة إذا
مضت مدة يمكن
استيفاء المنفعة

(١) الكافي: ٥/ ٢٩٢، ح ١، باب الرجل يتكاري البيت والسفينة؛ من لا يحضره الفقيه: ←

ونحوه خبر علي ابنه^(١)، وخبر سهل^(٢)، وخبر أبي بصير^(٣).

والخبر الآخر: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً، فقال: آجرنيها بكذا إن زرعتها أو لم أزرعها أعطيتك ذلك، فلم يزرعها الرجل؟ قال له: أن يأخذ بهاله إن شاء ترك وإن شاء لم يترك»^(٤).

(وإذا عيّن جهة الانتفاع لم يتعدّها المستأجر، ويضمن مع التعدي، ولو تلفت العين قبل القبض أو امتنع المؤجر من التسليم مدة الإجارة بطلت الإجارة، ولو منعه الظالم بعد القبض لم تبطل، وكان الدرك على الظالم، ولو انهدم المسكن تخيّر المستأجر في الفسخ، وله إلزام المالك بإصلاحه، ولا يسقط مال الإجارة لو كان الهدم بفعل المستأجر).

→ ٣/ ٢٥١، ح ٣٩١، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ٢٠٩-٢١٠، ح ٢، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ١١٠، أبواب أحكام الإجارة، ب ٧، ح ١. والرواية صحيحة.

(١) واعلم أنّ هذا الخبر هو خبر ابن يقطين، وليس في المقام خبران أحدهما عن ابن يقطين والآخر عن علي بن يقطين. والظاهر أنّ السيّد المصنّف رحمته الله تبع صاحب الجواهر رحمته الله ووقع فيما وقع.

(٢) الكافي: ٥/ ٢٩٢، ح ٢، باب الرجل يتكارى البيت والسفينة؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ٢١٠، ح ٣، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ١١٠، أبواب أحكام الإجارة، ب ٧، ذيل ح ١. والرواية صحيحة على كلام في محمّد بن سهل. راجع معجم رجال الحديث: ١٦/ ١٦٧.

(٣) تهذيب الأحكام: ٧/ ٢١٠، ح ٤، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ١١٠، أبواب أحكام الإجارة، ب ٧، ذيل ح ١. والرواية صحيحة.

(٤) الكافي: ٥/ ٢٦٥، ح ٧، باب ما يجوز أن يؤجر به الأرض وما لا يجوز؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٢٤٥، ح ٣٨٩٤، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ١٩٦، ح ١٣، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ١٢٣، أبواب أحكام الإجارة، ب ١٨، ح ١. والرواية معتبرة.

لا يجوز للمستأجر
التعدي وإلا ضمن

أمّا عدم جواز التعدي، فلائنه تصرف في ملك الغير غير مجاز.
وأمّا الضمان، فلما سبق من الأخبار:

ومنها: صحيح أبي ولّاد، وفيه: «أرأيت إن عطب البغل أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبّر^(١) أو غمز^(٢)؟ فقال: عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب يوم ترده عليه»^(٣).

وفي صحيح الحلبي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تكارى دابّته^(٤) إلى مكان معلوم فنفتت الدابّة؟ قال: إن كان جاز الشرط فهو ضامن»، الحديث^(٥).

تبطل الإجارة بتلف
العين قبل القبض

وأمّا بطلان الإجارة بتلف العين قبل القبض أو امتناع المؤجّر من التسليم، ففي صورة تلف العين حكم بالبطلان من جهة أن استيفاء المنفعة أحد العوضين، فإذا فات قبل قبضه بطل كما في البيع، فاستيفاء المنفعة هنا كالقبض في البيع.

(١) الدبر: كالجراحة تحدث من الرجل ونحوه. مجمع البحرين: ٣/ ٢٩٩.

(٢) في التهذيبين ووسائل الشيعة: «عقر». وغمزت الدابّة: مالت من رجلها.

(٣) الكافي: ٥/ ٢٩٠-٢٩١، ح ٦، باب الرجل يكتري الدابّة فيجاوز بها الحدّ أو يردها قبل الانتهاء إلى الحدّ؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ٢١٥-٢١٦، ح ٢٥، باب الإجازات؛ الاستبصار: ٣/ ١٣٣، ح ٢، باب من اكترى دابّة إلى موضع فجاز ذلك الموضع كان عليه الكراء وضمان الدابّة؛ وسائل الشيعة: ٢٥/ ٣٩٠، أبواب الغضب، ب ٧، ح ١.

(٤) في المصادر: «الدابّة».

(٥) الكافي: ٥/ ٢٨٩-٢٩٠، ح ٣، باب الرجل يكتري الدابّة فيجاوز بها الحدّ أو يردها قبل الانتهاء إلى الحدّ؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ٢١٤، ح ٢١، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ١٢١، أبواب أحكام الإجارة، ب ١٧، ح ٣. والرواية مرسلة في الكافي والتهذيب.

ويمكن أن يقال: إن قلنا في البيع بانفساخه من جهة تلف المبيع فهو من جهة النص، ولا وجه لمقايضة باب الإجارة بباب البيع، نعم، لو كانت العين غير قابلة لاستيفاء المنفعة أمكن القول ببطلان العقد أصلاً من جهة عدم صحّة المعاوضة، بخلاف ما لو كانت قابلة فاتّفق التلف السماوي من غير فرق بين ما كان قبل القبض أو بعد القبض، لكنّ الحكم المذكور كأنّه من المسلّمات بينهم، وظاهر كلماتهم أنّ الأجرة من حين العقد مملوكة للمؤجر بتمامها، وبالتلف قبل القبض أو بعده أو في أثناء المدّة ترجع إلى المستأجر كلّاً أو بعضاً من حين البطلان، كما في تلف المبيع قبل القبض.

وقد يفرّق بين تلف المبيع قبل القبض والتلف في باب الإجارة حيث إنّ المبيع قبل القبض مال موجود قوبل بالعوض، فبالتلف يعرض البطلان، فلو تصرّف البائع في الثمن قبل البطلان تصرّف في ملكه، وتلف العين المستأجرة كاشف عن عدم كون المؤجر مالكاً للمنفعة إلى تمام المدّة، فلم ينتقل ما يقابلها إليه، فتصرّفه في ما يقابلها تصرّف فضولي في ملك الغير^(١).

ويمكن أن يقال: لازم هذا القول بالبطلان في بعض صور تلف المبيع قبل القبض أو بعد القبض، كما لو باع الدابة فماتت بلا فصل قبل القبض أو بعد القبض، فإنّ مالّيّة الدابة بالقابليّة للركوب أو الحمل، فإذا كانت في علم الله غير قابلة فلا مالّيّة لها، وما لا مالّيّة له لا يقابل بالمال، فلم

(١) الحقائق الناضرة: ٢١ / ٥٨٥.

يصحّ البيع من أوّل الأمر، وفي صورة امتناع المؤجّر من التسليم إلى انقضاء مدّة الإجارة، فالمعروف بطلان الإجارة بمعنى انفساخ العقد قهراً تنزيلاً له منزلة التلف قبل القبض في البيع.

ولا يخفى الإشكال فيه حيث إنّ القول بالبطلان في البيع من جهة النصّ، فلا مجال للتعدّي إلى غير مورده، فالأظهر عدم الفرق بين منع المؤجّر ومنع الظالم.

وفي صورة منع الظالم لا نجد فرقاً بين المنع قبل القبض أو بعد القبض، فمقتضى القاعدة في هذه الصورة بقاء الإجارة على الصحة واللزوم والرجوع إلى المانع سواء كان هو المؤجّر أو الظالم، وسواء كان قبل القبض أو بعد القبض، لكنّ المشهور خلاف ما ذكر.

وأما صورة انهدام المسكن، فمع عدم القابليّة للبقاء مقتضى القاعدة بطلان العقد من أوّل الأمر، لعدم المنفعة حتّى يقابل مع الأجرة، وأما مع القابليّة وطروّ الانهدام لآفة سبائيّة، ففي الشرائع^(١) - كما في المتن - اختيار الفسخ للمستأجر، ومع إعادة المسكن بفعل المؤجّر أو بإلزام المستأجر لا خيار إلّا من جهة التأخير وتخلّل عدم الانتفاع بمقدار إعادة المسكن أو إصلاحه.

ويمكن أن يقال: إن كان انتفاء الانتفاع من جهة الانهدام بمنزلة الانتفاء من جهة عدم القابلية للانتفاع، فمقتضى القاعدة بطلان عقد الإجارة ولو بالنسبة إلى بعض المدّة، ولا مجال للقول بالانفساخ أو الفسخ

(١) شرائع الإسلام: ١٤٧/٢.

وإلا فما الوجه في الانفساخ أو الفسخ؟ غاية الأمر توجّه ضرر على المستأجر، كما لو لم يتمكّن من الانتفاع بالعين المستأجرة.

وأما صورة إعادة المسكن أو إصلاحه، فلقائل أن يقول: ما وقعت الإجارة على المسكن المعاد أو المصلح خصوصاً إذا بني بغير الأجزاء السابقة، وهذا ليس من قبيل إعادة المعدوم بنظر العرف حتّى يقال: الإعادة وإن كانت بنظر أهل المعقول مستحيلة، لكن العرف يجوّز.

وقد يقال: مع الانهدام وفوت أصل الانتفاع وعدم إمكان الإعادة تنفسخ الإجارة، لتعدّر المستأجر عليه، فله من المسمّى حينئذ بنسبة ما فات من المنفعة، وإن لم يفت أصل الانتفاع وأمكن إزالته كان للمستأجر فسخ الإجارة مع فوات بعض المنفعة للتعيّب بالتبعض إلا أن يعيد صاحبه ويمكّنه منه^(١).

ويتوجّه عليه ما ذكر حيث إنّه إن كان تعدّر الانتفاع بمنزلة عدم الانتفاع لعدم القابليّة، فمقتضى القاعدة بطلان العقد ولو بالنسبة إلى البعض، ويكون تصرف المؤجّر في ما يقابله من الأجرة تصرفاً في ملك الغير، وهذا غير الانفساخ.

وما ذكر من الخيار من جهة التبعض لا بدّ من الحمل على ردّ بعض مال الإجارة وإمساك الباقي مع عدم الفسخ، لعدم المنفعة المقابلة لمجموع مال الإجارة، والكلام في إعادة المسكن أو إصلاحه هو الكلام السابق.

عدم سقوط مال وأما عدم سقوط مال الإجارة لو كان بفعل المستأجر، فلحصول
الإجارة لو كان بفعل التلف بفعله، فحاله حال الظالم المانع بعد القبض فكما لا يسقط هناك مال
المستأجر الإجارة ويرجع المستأجر إلى الظالم، كذلك هنا لا يسقط وإتلافه بمنزلة
استيفاء المنفعة.

ويمكن أن يقال: لا إشكال في ضمان المستأجر المتلف للعين المستأجرة
بالنسبة إلى العين لقاعدة من أتلف، وهل إتلافه للعين يكون إتلافيين:
إتلافاً للعين وإتلافاً للمنفعة فيكون ضامناً للعين بالنسبة إلى المؤجر
وليس ضامناً للمنفعة، لأنها ملك له؟ ولازم هذا أن يكون المتلف للعين
القابلة للمنفعة سنين متتالية ولم تكن مستأجرة لأحد ضامناً غارماً للعين
ولتلك المنفعة، ولا أظن أن يلتزم به أحد، بل الضمان للعين ليس غير أم
يكون إتلافاً لنفس العين ليس غير، فيكون كصورة تعذر الاستيفاء، لا
كصورة استيفاء المنفعة.

ويتضح هذا في صورة كون العين المتلفة مثلية، فمع ردّ المتلف المثل
هل يمكن أن يلتزم بلزوم ردّ قيمة المنفعة المتصورة للعين في سنين
متتالية؟ وهذا الكلام يجري في صورة إتلاف الغير للعين المستأجرة.

[الخامس:] وأن تكون المنفعة مباحة، فلو آجره ليحمل الخمر
وليعلّمه الغناء لم تنعقد، ولا تصحّ إجارة الأبق، ولا يضمن صاحب
الحمام الثياب إلا أن يودع فيشترط^(١)، ولو تنازعا في الاستيجار فالقول
قول المنكر مع يمينه).

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «يفرط» بدل «يشترط».

أما اشتراط كون المنفعة مباحة، فقد تقدّم الكلام فيه في المكاسب المحرّمة.

وأما عدم صحّة استيجار الآبق، فقد علّل بالسفه، ولا يفيد ضمّ شيء إليه، كالبيع لحزمة القياس^(١).

عدم صحّة استيجار الآبق

ويمكن أن يقال: مع القطع أو الاطمئنان بعدم الرجوع تكون المعاملة سفهية، ومع الاحتمال لا تكون سفهية، غاية الأمر مع الرجوع يستوفي منه المنفعة والعمل، ومع عدم الرجوع تنفسخ الإجارة أو تبطل من أوّل الأمر، لتعذر استيفاء المنفعة.

وأما عدم ضمان صاحب الحَمّام الثياب، فلا خلاف فيه^(٢) ولا إشكال، لعدم ما يوجب الضمان، وفي المرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام: «إنّه أتى بصاحب حمّام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمّنه؟ وقال: إنّما هو أمين»^(٣).

عدم ضمان صاحب الحَمّام الثياب

وفي خبر السكوني^(٤) عن جعفر، عن أبيه: «أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: لا

(١) الحدائق الناضرة: ٢١/٥٥٤؛ رياض المسائل: ١٠/٣٧.

(٢) النهاية: ٤٤٩؛ المهذب: ٢/٥٧٩؛ السرائر: ٢/٤٧٠؛ شرائع الإسلام: ٢/١٤٩؛ تحرير الأحكام: ١/٢٥٤.

(٣) الكافي: ٥/٢٤٣، ح ٨، باب ضمان الصناع؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٢٥٧، ح ٣٩٢٩، باب ضمان من حمل شيئاً فادّعى ذهابه؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢١٨-٢١٩، ح ٣٦، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٣٩، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٨، ح ١. والرواية مرسلة على ما في الفقيه، وموثقة على ما في غيره بغياث بن إبراهيم. راجع معجم رجال الحديث: ١٣/٢٣١.

(٤) بل موثق إسحاق بن عمار.

ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب، فإنه إنما أخذ الجعل على الحمام، ولم يأخذ على الثياب»^(١).

وأما مع استيداع الثياب عنده، فحكمه حكم الوديعة، فمع التفريط أو التعدي يضمن وبدون التعدي والتفريط لا ضمان.

لو تنازعا في الاستيجار ولو تنازعا في الاستيجار، فالقول قول المنكر، لأصالة عدمه، ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع العين إلى صاحبه والمنفعة تابعة للعين، وإن كان بعد استيفاء شيء من المنافع أو بعد استيفاء الجميع فإما أن يكون المدعي للإجارة المالك أو المتصرف.

فإن كان المالك وحلف المنكر انتفت ووجبت أجره المثل، فإن كانت أزيد من المسمى بزعم المالك لم يكن للمنكر المطالبة إن كان دفعه لاعترافه باستحقاق المالك، بل يجب عليه إيصاله إلى المالك إن لم يكن دفعه إليه، وإن لم يكن للمالك قبضه بعد اعترافه بعدم استحقاقه، وإن زاد المسمى على أجره المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد إن كان دفعه، ويسقط عنه إن لم يكن دفعه، والعين ليست مضمونة في هذه الصورة، لاعتراف المالك بكونها أمانة بالإجارة.

ويمكن أن يقال: في هذه الصورة العين مضمونة باعتراف المنكر، لاعترافه بعدم الإجارة، فلا بد من الدس في مال المالك إلا أن يكون الإذن في التصرف محققاً وقلنا بكفاية مجرد الإذن في عدم الضمان.

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ٣١٤، ح ٧٦، باب من الزيادات في القضايا والأحكام؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ١٤٠، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٨، ح ٣. والرواية موثقة بغياث بن إبراهيم. راجع معجم رجال الحديث: ١٣/ ٢٣١.

وأما ما ذكر من كون أجره المثل أزيد من المسمى أو كون المسمى أزيد، ففي صورة كون المسمى من الأثمان.

وأما مع فرض كون المسمى من غير الأثمان ولو كان بحسب القيمة أزيد أو أنقص، فلا يتأتى ما ذكر، بل لا بدّ من ردّ المسمى في صورة الدفع ودفع أجره المثل، وهذا لو لم يكن الدفع بعنوان الأجرة بمنزلة الإقرار بتحقيق الإجارة.

ثم إنّه على فرض كون المسمى من الأثمان وكان تالفاً وكان مقبوضاً لا بعنوان أجره المثل، يحسب أجره المثل إن صحّ التهاثر، كما لعلة المشهور، وإن أشكل التهاثر فلا بدّ من التراد، وإن كان المدعي للإجارة المتصرّف فحلف المالك استحقّ أجره المثل، وله المطالبة إذا لم يكن قبض قدرها، وإن زادت عن المسمى بزعم المتصرّف

وإن كان المسمى أكثر فليس له المطالبة في الزائد وإن وجب على المتصرّف إيصاله إليه، ولو كان المتصرّف أقبض المسمى وكان أزيد من أجره المثل فليس له المطالبة بالزائد، لاعترافه بعدم استحقاقه وإن وجب على المالك إيصاله إليه، والعين مضمونة إذا كان المالك منكراً، لأصل الإذن وإلا فلا ضمان إن قلنا بكفاية مجرد الإذن في عدم الضمان، والكلام السابق من جهة التهاثر يجري في المقام.

(ولو اختلفا في ردّ العين فالقول قول المالك مع يمينه، وكذا) لو اختلفا (في قدر الشيء المستأجر، ولو اختلفا في قدر الأجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه، وكذا لو ادّعى عليه التفريط، وثبت أجره المثل في

كل موضع تبطل فيه الإجارة).

لو اختلفا في ردّ العين أمّا صورة الاختلاف في ردّ العين، فلا إشكال في أنّ القول قول المالك، لأصالة عدم الردّ.

لو اختلفا في قدر الشيء المستأجر وأمّا صورة الاختلاف في قدر الشيء المستأجر، فالقول قول من يدّعي الأقلّ سواء، كان هو المالك أو المستأجر، ولعلّ التعبير في المتن بقوله: وكذا، إلى آخره، من جهة الغلبة، وذلك لأصالة عدم الزيادة على ما اتّفقا عليه، ومن هذه الجهة يقدّم قول المستأجر لو اختلفا في قدر الأجرة.

لو ادّعى المؤجّر على المستأجر التفريط وأمّا لو ادّعى المؤجّر على المستأجر التفريط، ففيه خلاف، قد يقال^(١) بعدم الضمان من جهة قاعدة الأمانة، وصحيح معاوية بن عمّار، عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الصبّاغ والقصّار؟ قال: ليس يضمنان»^(٢).

وخبر بكر بن حبيب: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أعطيت جبة إلى القصّار فذهبت بزعمه قال: إن اتّهمته فاستحلفه وإن لم تتّهمه فليس عليه شيء»^(٣).

(١) جواهر الكلام: ٢٧/٣٤٣.

(٢) تهذيب الأحكام: ٧/٢٢٠، ح ٤٦، باب الإجازات؛ الاستبصار: ٣/١٣٢، ح ٨، باب الصانع يعطى شيئاً ليصلحه فيفسده هل يضمن أم لا؟ وسائل الشيعة: ١٩/١٤٥، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٩، ح ١٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ٧/٢٢١، ح ٤٨، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٤٦، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٩، ح ١٦. وبكر بن حبيب مهمّل. راجع معجم رجال الحديث: ٣/٣٤٣.

وخبره الآخر عنه أيضاً: «لا يضمن القصار إلا ما جنت يده، وإن اتَّهمته أحلفته»^(١).

وخبر أبي بصير المروي عنه أيضاً: «لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك إلا أن يكونوا متَّهمين فيخوف بالبيّنة»^(٢) ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً»^(٣).

وفي قبالها أخبار آخر:

الأخبار المعارضة

كحسن الحلبي عنه أيضاً: «في الغسال والصبّاغ ما سرق منهما من شيء فلم يخرج منه على أمر بين أنه قد سرق وكلّ قليل له أو كثير فهو ضامن، فإن فعل فليس عليه شيء، وإن لم يفعل ولم يقم البيّنة وزعم أنه قد ذهب الذي قد ادّعي عليه فقد ضمنه إن لم يكن له بيّنة على قوله»^(٤).

(١) تهذيب الأحكام: ٢٢١/٧، ح ٤٩، باب الإجازات؛ الاستبصار: ١٣٣/٣، ح ١٢، باب الصانع يعطى شيئاً ليصلحه فيفسده هل يضمن أم لا؛ وسائل الشريعة: ١٤٦/١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٩، ح ١٧.

(٢) في الفقيه: «فيجيئون بالبيّنة فيخوف».

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٢٥٧/٣، ح ٣٩٢٨، باب ضمان من حمل شيئاً فادّعي ذهابه؛ تهذيب الأحكام: ٢١٨/٧، ح ٣٣، باب الإجازات؛ وسائل الشريعة: ١٤٤/١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٩، ح ١١. والرواية صحيحة.

(٤) الكافي: ٢٤٢/٥، ح ٢، باب ضمان الصانع؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٥٤-٢٥٥، ح ٣٩٢١، باب ضمان من حمل شيئاً فادّعي ذهابه؛ تهذيب الأحكام: ٢١٨/٧، ح ٣٤، باب الإجازات؛ وسائل الشريعة: ١٤١/١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٩، ح ٢. والوجه في التعبير عنه بالحسن لإبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.

وخبر أبي بصير عنه أيضاً: «سألته عن قصّار دفعت إليه ثوباً فزعم أنّه قد سرق من بين متاعه؟ فقال: عليه أن يقيم البيّنة أنّه قد سرق من بين متاعه وليس عليه شيء وإن سرق متاعه كلّه فليس عليه شيء»^(١).

وحسن الحلبي عنه أيضاً: «أنّه سئل عن رجل جّمال استكرى منه إبلاً وبعث معه بزيت إلى أرض، فزعم أنّ بعض زقاق الزيت انخرق فأهراق ما فيه؟ فقال: [إنّه] إن شاء أخذ الزيت، وقال: إنّهُ انخرق، ولكن لا يصدّق إلّا بيّنة عادلة»^(٢)، ونحوه خبر زيد الشحام^(٣).

ويمكن أن يقال: أمّا قاعدة الأمانة، فتتميّتها منوطة بإثبات أنّ ما أذن التصرّف فيه أمانة، وقد استشكل فيه في مثل المقبوض بالسوم وغيره.

وأما الأخبار المذكورة، فصحيح معاوية بن عمّار إن كان ما فيه: «قال: ليس يضمنان» بدون التشديد فهو راجع إلى عدم الضمان بالنسبة

(١) الكافي: ٢٤٢/٥، ح ٤، باب ضمان الصناع؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٥٦/٣، ح ٣٤٢٥، باب ضمان من حمل شيئاً فادّعى ذهابه؛ تهذيب الأحكام: ٢١٨/٧، ح ٣٥، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٤٢/١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٩، ح ٥. والرواية مرسلة على ما في الكافي وفي غيره صحيحة.

(٢) رواه الصدوق رحمه الله مرسلاً. الكافي: ٢٤٣/٥، ح ١، باب ضمان الجمال والمكاري وأصحاب السفن؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٥٥/٣، ح ٣٩٢٠، باب ضمان من حمل شيئاً فادّعى ذهابه؛ تهذيب الأحكام: ٢١٧-٢١٨، ح ٣٢، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٤٨/١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب ٣٠، ح ١. والتعبير عنه بالحسن لإبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.

(٣) تهذيب الأحكام: ١٢٩/٧، ح ٣٥، باب الغرر والمجازفة وشراء السرقة وما يجوز من ذلك وما لا يجوز؛ وسائل الشيعة: ١٤٨/١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب ٣٠، ذيل ح ١، وفيه أبو جميلة وقد ضعّفه النجاشي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٢.

إلى العين كضمان المأخوذ بغير إذن، ولا يثبت به سماع قوله في عدم التفريط، وإن كان مع التشديد يثبت المطلوب، لكنّه لم يحرز.

هذا مضافاً إلى أنّ الكلام في العين المستأجرة، ولا تعرّض لما فيه لما نحن فيه، وكذا سائر الروايات.

هذا مضافاً إلى أنّ هذه الروايات ناظرة إلى قبول قول مثل الصائغ والقصار ونحوهما بالنسبة إلى مالك العين لا بالنسبة إلى الحاكم لو ادّعى المالك التعدي أو التفريط إلّا أن يستفاد منها أنّ المذكورين يقبل قولهم في دعواهم متى شكّ فيها.

وأما الأخبار المذكورة في قبال ما ذكر، مع كثرتها، بل لعلّها بلغت إلى حدّ التواتر، وظهورها، بل صراحتها في ثبوت الضمان مع احتمال التعدي أو التفريط بلا حاجة إلى يمين المالك، فالمشهور لم يعملوا بها، ومن البعيد تضمين من لم يحرز خيانتة أو تفريطه بمجرّد الاحتمال احتياطاً ورعاية لحفظ الأموال.

والفرق بين الاحتياط في المقام والاحتياط في حبس من يدّعي الإعسار ولم يحرز إعساره حتّى يتبيّن إعساره غير خفيّ، ولعلّ الأولى حملها على التقيّة، لموافقة مضامينها لما ذهب إليه جماعة من فقهاء العامّة.

وأما ثبوت أجره المثل فيما تبطل فيه الإجارة، فقد علّل باحترام عمل المسلم^(١)، وقد سبق الإشكال في إطلاقه.

وقد يقال: مع علم العامل ببطلان الإجارة وكذا مع علم صاحب

ثبوت أجره المثل
فيما تبطل فيه
الإجارة

(١) جواهر الكلام: ٧٦/٢٧.

العين المستأجرة بالبطلان قد هتك احترام ماله، فلا يثبت أجره المثل^(١)، وقد سبق الإشكال فيه.

(ولوتعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمن، ولزمه في الزائد أجره المثل، وإن اختلفا في قيمة الدابة أو أرش نقصها، فالقول قول الغارم، وفي رواية: القول قول المالك).

يدلّ على الضمان بالنسبة إلى الدابة صحيحة أبي ولاد المذكورة في الكافي قال: «اكثرى بغلاً إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل فتوجهت نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت أنه قد توجه إلى بغداد فاتبعته فلما ظفرت به وفرغت مما بيني وبينه رجعت إلى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذري وأردت أن أتخلل منه مما صنعت وأرضيه فبذلت له خمسة عشر درهما فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة.

لوتعدى بالدابة
المسافة المشترطة
ضمن

فأخبرته بالقصة وأخبره الرجل، فقال: وما صنعت بالبغل؟ قلت: قد دفعته إليه سليماً، قال: نعم بعد خمسة عشر يوماً، قال: فما تريد من الرجل؟ قال: أريد كرى بغلي فقد حبسه خمسة عشر يوماً، فقال: لا أرى لك حقاً، لأنّه اكترى إلى قصر ابن هبيرة فخالف وركبه إلى النيل وإلى بغداد فضمن قيمة البغل وسقط الكرى فلما ردّ الرجل البغل سليماً وقبضته لم يلزمه الكرى.

قال: فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع فرحمته بما أفتى

به أبو حنيفة وأعطيته شيئاً وتحللت منه، وحججت في تلك السنة، فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بها أفتى به أبو حنيفة فقال: في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركتها.

قال: فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، ومثل كرى البغل راكباً من النيل إلى بغداد ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة توفيّه إياه.

قال: فقلت: جعلت فداك إنّي قد علفته بدراهم ولي عليه علفه قال: لا، لأنّك غاصب.

فقلت: أرايت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز؟ فقال: عليك قيمة ما بين الصحيح والمعيب يوم تردّه عليه.

قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو إمّا أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، وإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة فيلزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود ويشهدون أن قيمة البغل حين كراه كذا وكذا فيلزمك.

قلت: إنّي كنت أعطيته دراهم ورضي بها وحلّلتني فقال: إنّما رضي بها وأحلّك حين قضى عليه أبو حنيفة بالظلم والجور، ولكن ارجع إليه وأخبره بما أفيتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد هذا.

فقال أبو ولّاد: فلمّا انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكاربي فأخبرته بما أفتاني به أبو عبد الله عليه السلام وقلت له: قل ما شئت أعطيكه، فقال:

قد حبّبت إليّ جعفر بن محمد عليه السلام ووقع في قلبي له التفضيل، وأنت في حلّ، وإن أحببت أن أردّ عليك الذي أخذته منك فعلت»^(١).

وقد سبق الكلام في مدلول هذه الصحيحة في كتاب البيع، والغرض من ذكرها هنا الاستدلال بها على أصل ضمان الدابة مع التلف، وضمان نقصانها ولزوم أجره المثل مع أنّ العين المستأجرة مع عدم التعدي غير مضمونة، ويستفاد من قوله فيها - على المحكي -: «إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك» أنّ القول قول المالك في الاختلاف في القيمة، مع أنّ مقتضى الأصل براءة ذمّة الغارم بالنسبة إلى الزيادة كما في سائر الموارد.

وربما يحتمل كون الحكم فيها كذلك تخصيصاً، كما احتمل في كون المدار قيمة يوم المخالفة إن استظهرناه منها مع أنّ المشهور في تضمين القيمات قيمة يوم التلف، ولعلّ قوله عليه السلام: «وفي الرواية إشارة» إلى ما في هذه الصحيحة.

(ويستحبّ أن يقاطع من يستعمله على الأجرة ويجب إيضاؤه عند فراغه، ولا يعمل أجيراً الخاص لغير المستأجر).

أمّا استحباب المقاطعة وإن كان التعبير في غالب الكلمات بكراهة استعمال الأجير قبل أن يقاطع، فاستدلّ^(٢) عليه بخبر مسعدة بن صدقة

استحباب مقاطعة
أجرة الأجير

(١) الكافي: ٢٩٠-٢٩١، ح٦، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحدّ أو يردّها قبل الانتهاء إلى الحدّ؛ تهذيب الأحكام: ٢١٥-٢١٦، ح٢٥، باب الإجازات؛ الاستبصار: ١٣٤-١٣٥، ح٢، باب من اكترى دابةً إلى موضع فجاز ذلك الموضع كان عليه الكراء وضمان الدابة؛ وسائل الشيعة: ١٩/١١٩، أبواب أحكام الإجازة، ب١٧، ح١.

(٢) الروضة البهية: ٤/٣٥٤؛ الحقائق الناضرة: ٢١/٥٧٦؛ رياض المسائل: ١٠/٤٨.

عن أبي عبد الله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يستعمل أجيراً حتّى يعلمه ما أجره»^(١).

وصحيح سليمان بن جعفر الجعفري: «أنّ مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلماناً وغضب غضباً شديداً حيث استعانوا برجل في عمل وما عيّنوا له أجرته، فقال له سليمان: جعلت فداك لم تدخل على نفسك؟ فقال عليه السلام: نهيتهم عن مثل هذا غير مرّة، واعلم أنّه ما من أحد يعمل لك شيئاً من غير مقاطعة، ثمّ زدته على ذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلّا ظنّ أنّك قد نقصت أجرته، فإذا قاطعته، ثمّ أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإنّ زدته حبة عرف ذلك لك، ورأى أنّك قد زدته»^(٢).

وقد حملا على الكراهة^(٣)، ولولا الخبر الأوّل لأمكن منع استفادة الكراهة الشرعيّة من الصحيح المذكور، لإمكان أن يكون النظر إلى الإرشاد إلى عدم الوقوع في المحذور المذكور.

وقد يستشكل في جواز ذلك من جهة لزوم تعيين الأجرة في الإجارة حتّى في الإجارة المعاطيّة^(٤).

(١) الكافي: ٢٨٩/٥، ح ٤، باب كراهة استعمال الأجير قبل مقاطعته على أجرته وتأخير إعطائه بعد العمل؛ تهذيب الأحكام: ٢١١-٢١٢/٧، ح ١٣، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٠٥، أبواب أحكام الإجارة، ب ٣، ح ٢. والرواية موثقة بمسعدة. راجع معجم رجال الحديث: ١٨/١٣٧.

(٢) الكافي: ٢٨٨/٥، ح ١، باب كراهة استعمال الأجير قبل مقاطعته على أجرته وتأخير إعطائه بعد العمل؛ تهذيب الأحكام: ٢١٢/٧، ح ١٤، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٠٤، أبواب أحكام الإجارة، ب ٣، ح ١.

(٣) الخدائق الناضرة: ٢١/٥٧٧؛ جواهر الكلام: ٢٧/٢٥٣.

(٤) جواهر الكلام: ٢٧/٢٥٣.

ويمكن أن يقال: لا مانع من استيفاء منفعة أو عمل على وجه التغريم مع رضا الطرفين، وقد أجاز في بعض الأخبار الوارد فيمن وجد سفره فيها كذا وكذا التقويم والأكل، مع أنه قد لا تكون القيمة حال التصرف معلومة، وهذا نظير اقتراض القيمات مع أن القيمة لمال الاقتراض ليست معلومة للطرفين.

وجوب إيفاءه عند فراغه

وأما وجوب الإيفاء، فهو مقتضى المعاملة الإجارية سواء كانت بالصيغة أو بالمعاطاة، فمع عدم المقاطعة يرجع إلى أجره المثل، ومع المقاطعة وحصول المعاملة لا بدّ من الإيفاء على نحو الذي قاطعوا عليه سواء كان أقلّ من أجره المثل أو أكثر أو مساوياً ويجب على الأجير أيضاً الإيفاء بخلاف صورة عدم المقاطعة حيث إن العامل لا يكون ملزماً بشيء، وكذلك صاحب العين لا يكون ملزماً بتسليم العين للانتفاع.

وأما الأجير الخاص وهو الذي يستأجر مدة معينة للعمل بنفسه على وجه الاستغراق والتقييد للعمل لا الشرطية، قيل: ومنه أيضاً من يستأجر لعمل معيّن أول زمانه اليوم المعين بحيث لا يتوانى فيه^(١).

وقد يفسّر^(٢) بمن آجر نفسه على وجه يكون جميع منافعه للمستأجر في مدة معينة أو على وجه تكون منفعته الخاصة كالخياطة مثلاً له، أو آجر نفسه للعمل مباشرة مدة معينة وكان اعتبار المباشرة أو كونها في تلك المدة أو كليهما على وجه الشرطية لا القيدية، فلا يجوز أن يعمل لغيره بالإجارة

(١) الروضة البهية: ٤ / ٣٤٤-٣٤٣؛ رياض المسائل: ١٠ / ٤٩.

(٢) العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ٥ / ٨١.

أو الجعالة أو التبرّع، ولا لنفسه عملاً ينافي حقّ المستأجر إلا مع إذنه، ومثل تعيين المدّة تعيين أوّل زمان العمل بحيث لا يتوانى فيه إلى الفراغ، نعم، لا بأس بغير المنافي كما إذا عمل البناء لنفسه أو لغيره في الليل إذا لم يكن موجباً لضعفه في النهار.

وادّعي عدم الخلاف فيه، بل لعلّه مجمع عليه^(١)، مضافاً إلى خبر إسحاق بن عمّار: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يستأجر الرجل بأجر معلوم فيبعثه في ضيعة فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول: اشتر بها كذا وكذا، وما ربحت بيني وبينك؟ فقال: إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس»^(٢).

وقد يستشكل في التفسير الثاني بأنّ مجموع المنافع مع تضادّها وعدم القابليّة لأنّ تملك جميعاً في عرض واحد لا يتعلّق بها عقد الإجارة، فلا بدّ من تعلّق العقد بالقدر الجامع المشترك بما له الشمول لمراتب الانتفاء، فيملك المستأجر ما كان المؤجّر مالكا له، ويتخيّر في استيفاء أيّ مرتبة شاء في ضمن أيّ الأنواع، فمع تحقّق الإجارة بالنحو المذكور.

فالمعروف أنّه لو عمل الأجير لنفسه في تمام المدّة أو بعضها فللمستأجر أن يفسخ ويسترجع تمام الأجرة المسماة أو بعضها، أو تبقيتها ويطلب عوض الفائت من المنفعة بعضاً أو كلّاً، وكذا إن عمل للغير تبرّعاً.

(١) المبسوط: ٣/ ٢٤٢؛ السرائر: ٢/ ٤٧٠؛ شرائع الإسلام: ٢/ ١٤٣؛ تحرير الأحكام: ١٦٢/١.

(٢) الكافي: ٥/ ٢٨٧، ح ١، باب إجارة الأجير وما يجب عليه؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ٢١٣، ح ١٧، باب الإجازات؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ١١٢، أبواب أحكام الإجارة، ب ٩، ح ١. والرواية صحيحة.

ولا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرّع له بالعوض، لأنّ المؤجّر هو الذي أتلّف المنفعة عليه دون الغير، وإن كان عمل للغير بعنوان الإجارة فللمستأجر أن يميز ذلك ويكون له الأجرة المسمّاة في تلك الإجارة، وله الإبقاء ومطالبة عوض المقدار الذي فات، كما أنّ له الفسخ والرجوع إلى الأجرة المسمّاة، وإن كانت الإجارة على الوجه الآخر وهو أن تكون منفعته الخاصّة للمستأجر فحاله كالوجه الأوّل إلّا إذا كان العمل للغير على وجه الإجارة لم يكن من نوع العمل المستأجر عليه، فإنّه ليس للمستأجر إجارة ذلك، فيكون مخيراً بين الأمرين من الفسخ والإبقاء ومطالبة عوض التالف^(١).

ويمكن أن يقال: أمّا الرواية المذكورة، فيشكل استفادة عدم الجواز الوضعي منه، بل يكفي في البأس المفهوم منها مع عدم الإذن لزوم تفويت حقّ الغير بدون إذنه، ولا يظهر منها الاستيجار بنحو يكون جميع المنافع أو القدر المشترك بينها ملكاً للمستأجر، بل يمكن أن يكون الاستيجار راجعاً إلى منفعة خاصّة تضادّ مع عمل آخر للغير، ومن هذه الجهة احتاج إلى الإذن. وأمّا بالنظر إلى القواعد، فقد سبق أن تمليك جميع المنافع المتصوّرة لا يصحّ، لعدم القابليّة للوجود في عرض واحد.

وأمّا تمليك القدر المشترك، فيشكل من جهة اختلاف القيم واختلاف الأغراض، فتمليكه بمنزلة تمليك القدر الجامع بين الخياطة والكتابة مثلاً، والظاهر عدم التزامهم بصحّة مثل ذلك بل لا بدّ من التعيين.

(١) العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ٨١ / ٥ - ٨٣.

وعلى فرض الصّحة المستأجر لا يملك خصوصيّات المنافع وقيمة الجامع وأجرته غير أجرة الخاصّة وقيمتها، فبالإجارة لا يملك أجرتها، وعلى فرض التسليم ما وجه كون تعيين المنفعة الخاصّة بيد المستأجر دون المؤجر، ولذا يقولون في بيع الكليّ في المعيّن: اختيار التعيين بيد البائع دون المشتري.

ثمّ نقول: على فرض تسليم ما ذكر فلو عمل للغير بعنوان الإجارة ولم يجز المستأجر الأوّل الإجارة الثانية ولم يفسخ وأخذ عوض التالف من العامل، يلزم كون العمل للغير بلا عوض حيث إنّّه مع عدم الإجارة لم يستحقّ المستأجر الأوّل، وحيث إنّ المؤجر لم يكن مالكا لم يستحقّ أيضاً، وكذلك على الوجه الثاني حيث إنّ المستأجر الأوّل لا يملك تلك المنفعة المخالفة لنوع المنفعة المملوكة بالإجارة، وليس له الإجارة.

وليس المقام من قبيل تعاقب الأيدي على العين المغصوبة حيث يكون فيه قرار الضمان على من تلف عنده، اللهمّ إلّا أن يدعى الاتفاق على جواز الاستيجار بالنحو المذكور، ويعبّر عن الأجير فيه بالأجير الخاصّ، ويترتب عليه ما ذكر.

كتاب الوكالة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على محمّد وآله الطاهرين.

(كتاب الوكالة)

(وهي تستدعي فصولاً:)

[الفصل] (الأول: الوكالة)

تعريف الوكالة

(وهي) عبارة عن الإيجاب والقبول الدالّين على الاستنابة في التصرف، ولا حكم لو وكالة المتبرّع، ومن شرطها: أن تكون^(١) منجزة، فلا تصحّ معلقة على شرط ولا صفة، ويجوز تنجزها وتأخير التصرف إلى مدّة، وليست لازمة لأحدهما).

إن كانت الوكالة من العقود، فالعقد مسبّب عن الإيجاب والقبول، ويكون باقياً لازماً إن كان من العقود اللازمة، أو جائزاً إن كان من العقود الجائزة.

ثمّ إنّ الظاهر أنّ ما يترتب على الوكالة من جواز التصرفات لغير من له التصرف مستقلاً يترتب على الإذن ممّن له التصرف للغير، والإذن من الإيقاعات لا يحتاج إلى القبول، وعلى هذا فما الحاجة إلى القبول؟

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «تقع» بدل «تكون».

ومن هنا قد يقع الشك في كونها من العقود، بل ربما يكتفى بإيجاب من طرف الموكل وإتيان الوكيل ما وكل فيه، ولعل هذا المعنى يناسب المعنى اللغوي للوكالة حيث قيل في معناها: إنها التفويض^(١)، ويمكن حمل الأخبار الواردة في باب الوكالة على المعنى اللغوي حيث إن الوكالة ليست من الأمور المستحدثة، بل هي مثل سائر المعاملات.

ويمكن أن يقال: إذا احتمل اعتبار القبول في حقيقة الوكالة، فيشكل ترتب بعض الأحكام المترتبة على الوكالة بمجرد الإذن، فإن المستفاد من بعض الأخبار عدم انزال الوكيل بعزل الموكل ما لم يصل العزل إلى الوكيل، فنفوذ تصرف المأذون بمجرد الإذن محل الشك في هذه الصورة.

وقد يستشهد على عدم الاعتبار بأنهم ذكروا أنه لو قال: وكّلتك في بيع داري فباعه صحّ بيعه، والظاهر ذلك وإن غفل عن قصد النيابة، وعن كونه قبولاً لإيجابه مع أنها لو كانت من العقود لزم عدم صحّة بيعه، لعدم تمامية الوكالة قبله، والرضى الباطني لا يكفي في القبول^(٢).

ويمكن أن يقال: إن كان الإذن الضمني في قوله: «وكّلتك» كافياً، فلا إشكال من جهة حصول البيع مأذوناً فيه، وإن لم يكن كافياً، فلا يبعد تحقّق القبول والبيع الموكل فيه بنفس البيع، نظير بيع صاحب الخيار العين المبيعة حيث قالوا: بنفس البيع يتحقّق الفسخ والبيع مع أن نفوذ البيع مترتب على الفسخ.

(١) مجمع البحرين: ٥/ ٤٩٤.

(٢) تكملة العروة الوثقى: ١/ ١١٩.

وأما الصحة مع عدم الالتفات إلى النيابة، فمشكلة جداً، بل النيابة من الأمور القصديّة، ونظير هذا معاملة الطهارة مع مستصحّب النجاسة في صورة قيام البيّنة على التطهير، وعدم التفات المعامل بقيام البيّنة وكون البيّنة على خلاف الواقع.

ومّا ذكر ظهر عدم تحقّق الوكالة مع التبرّع، فالتعبير بعدم الحكم للوكالة مع التبرّع لا يخلو عن مسامحة.

وأما اشتراط التنجيز وعدم الصحة مع التعليق على شرط أو صفة، اشتراط التنجيز فقد ادّعي الإجماع^(١) عليه كسائر العقود، وليس وجه الاشتراط منافية الإنشاء مع التعليق، كما قرّر في محله، نعم، من لا يتوجّه إلى الإجماعات يشكل عليه والاشتراط^(٢) في العقد.

وأما الإذن الإيقاعي، فلا مانع فيه، ولذا قد يقال بصحة العمل الموكل فيه مع التعليق بملاحظة الإذن الضمني فيه، والمعروف أنّه لا مانع من التوكيل بنحو التنجيز وتأخير التصرف إلى مدّة، فتارة يقول الموكل: إن جاء رأس الشهر فأنت وكيل، وأخرى يقول: أنت وكيل بدون التعليق، ولا تتصرّف إلى رأس الشهر، ففي الصورة الأولى لا تصحّ للتعليق وفي الثانية تصحّ، فالصورة الأولى نظير الوجوب المشروط، والثانية نظير الوجوب المعلق، ومن استشكل في الوجوب المعلق ويقسّم الوجوب بين المطلق والمشروط، فقط يشكل عليه قبول هذا الفرق.

(١) غنية النزوع: ٣٠٦؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٨١؛ تذكرة الفقهاء: ١٥/١٣، وفيه دعوى الإجماع.

(٢) كذا، والأصوب: «الاشتراط» بدل «والاشتراط».

جواز الوكالة من الطرفين وأما جواز الوكالة من الطرفين: الموكل والوكيل، فالظاهر عدم الخلاف فيه، قال في التذكرة العقود أربعة أضرب:

أقسام العقود الأربعة في التذكرة [الأول:] عقد لازم من الطرفين لا يفسخ بفسخ أحد المتعاقدين، وهو البيع، والإجارة، والصلح، والخلع، والنكاح.

الثاني: عقد جائز من الطرفين، وهو الوكالة، والشركة، والمضاربة، والجمعالة، فكلّ منهما فسخ العقد في هذه.

الثالث: عقد لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر كالرهن، فإنّه لازم من طرف الراهن، جائز من طرف المرتهن، والكتابة عند الشيخ جائزة من طرف العبد، لأنّ له أن يعجز نفسه، ولازمة من جهة المولى.

الرابع: المختلف فيه وهي السبق والرماية إن قلنا: إنّهما إجارة كان لازماً، وإن قلنا: إنّهما جعالة كان جائزاً، ولا نعلم خلافاً من العلماء في أنّ الوكالة عقد جائز من الطرفين^(١)؛ انتهى كلامه رفع مقامه.

(ولا ينعزل ما لم يعلم العزل وإن أشهد بالعزل على الأصحّ، وتصرفه قبل العلم ماضٍ على الموكل، وتبطل بالموت والجنون والإغماء وتلف ما يتعلّق به).

هل ينعزل الوكيل إذا عزل الموكل الوكيل ففيه اختلاف، فذهب جماعة إلى أنّه لا ينعزل بمجرد عزله؟ إلّا بإعلامه بالعزل مشافهة أو إخبار ثقة، ومع عدم إمكان الإعلام

يكفي الإشهاد على ذلك^(١)، والمشهور بين المتأخرين أنه لا ينعزل إلا بالإعلام^(٢)، وقيل: ينعزل بمجرد العزل^(٣).

والأخبار الواردة في المسألة:

الأخبار الواردة

منها: ما عن العلاء بن سيابة قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكلت رجلاً بأن يزوجه من رجل فقبل الوكالة وأشهدت له بذلك فذهب الوكيل فزوجه، ثم إنهما أنكرت ذلك الوكيل وزعمت أنها عزلته عن الوكالة فأقامت شاهدين أنها عزلته، فقال: ما يقول: من قبلكم في ذلك؟ فقلت: يقولون: ينظر في ذلك، فإن كانت عزلته قبل أن يزوجه فالوكالة باطلة والتزويج باطل، وإن عزلته وقد زوجه فالتزويج ثابت على ما زوج الوكيل على ما اتفق معها من الوكالة إذا لم يتعد شيئاً مما أمرته، واشترطت عليه في الوكالة.

قال: فقال: يعزلون الوكيل عن وكالته ولا تعلمه بالعزل؟ فقلت: نعم، يزعمون أنها لو وكلت رجلاً وأشهدت في الملاء وقال في الملاء: إنني قد عزلته بطلت وكالته بلا أن تعلم العزل، وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة، وفي غيره لا يبطلون الوكالة إلا أن يعلم الوكيل بالعزل، ويقولون: المال منه عوض لصاحبه، والفرج ليس منه عوض إذا وقع منه

(١) النهاية: ٣١٨؛ الوسيلة: ٢٨٣؛ غنية النزوع: ٢٦٩؛ السرائر: ٩٢ / ٢؛ إصباح الشيعة: ٣٢٠.

(٢) تحرير الأحكام: ٢ / ٢٥٦؛ الدر المنضود: ١٦٨؛ الحقائق الناضرة: ١٨ / ٢٢.

(٣) نسب الشيخ عليه السلام هذا الوجه إلى بعض روايات أصحابنا. الخلاف: ٣ / ٣٤٢. ولكن قال العلامة عليه السلام: لم نظفر بالرواية التي نقلها الشيخ في الخلاف. مختلف الشيعة: ٢٨ / ٦.

ولد، فقال: سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده إنَّ النكاح أحرى وأجدر أن يحتاط فيه، وهو فرج منه يكون الولد.

إنَّ عليّاً-صلوات الله عليه- أتته امرأة مستعدية على أخيها فقالت: يا أمير المؤمنين وكّلت هذا أن يزوّجني رجلاً فأشهدت له ثمّ عزلته من ساعته ذلك، فذهب وزوّجني ولي بيّنة أنّي قد عزلته قبل أن يزوّجني فأقامت البيّنة، وقال الأخ: يا أمير المؤمنين، إنّها وكّلتني ولم تعلمني أنّها عزلتني عن الوكالة حتّى زوّجتها كما أمرتني به، فقال لها: ما تقولين؟ فقالت: قد أعلمته يا أمير المؤمنين عليه السلام، فقال لها: ألك بيّنة بذلك؟ فقالت: هؤلاء شهودي يشهدون، قال لهم: ما تقولون؟ قالوا: نشهد أنّها قد قالت: اشهدوا أنّي قد عزلت أخي فلاناً عن الوكالة بتزويجي فلاناً، وأنّي مالكة لأمرى من قبل أن يزوّجني فلاناً، فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضر؟ قالوا: لا، قال: فتشهدون أنّها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة؟ قالوا: لا، قال: أرى الوكالة ثابتة والنكاح واقعاً، أين الزوج؟ فجاء فقال: خذ بيدها بارك الله لك فيها، فقالت: يا أمير المؤمنين أحلفه أنّي لم أعلمه العزل، وأنّه لم يعلم بعزلي إيّاه قبل النكاح، قال: وتحلف؟ قال: نعم، يا أمير المؤمنين فحلف وأثبت وكالته وأجاز النكاح»^(١).

وما روي عن ابن أبي عمير، عن هشام بن سالم -وطريقه إلى ابن أبي

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٨٤، ح ٣٣٨٣، باب الوكالة؛ تهذيب الأحكام: ٦/ ٢١٤، ح ٥، باب الوكالات؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ١٦٣، أبواب أحكام الوكالة، ب ٢ ح ١. والرواية على ما في الفقيه صحيحة أو موثقة بأبان، وأمّا في التهذيب ففيه عليّ بن حسان، وهو مشترك بين الثقة والضعيف. راجع معجم رجال الحديث: ١/ ١٦٧.

عمير صحيح - عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل وكّل آخر على وكالة في إمضاء أمر من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر، فقال: اشهدوا أنّي قد عزلت فلاناً عن الوكالة، فقال: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكّل فيه قبل العزل عن الوكالة، فإنّ الأمر ماض على إمضاء الوكيل كره الموكل أم رضي.

قلت: فإنّ الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنّه قد عزل عن الوكالة، فالأمر على ما أمضاه؟ قال: نعم، قلت: فإن بلغه العزل قبل أن يمضي ثم ذهب حتّى أمضاه لم يكن ذلك بشيء؟ قال: نعم، إنّ الوكيل إذا وكّل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً، والوكالة ثابتة حتّى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافه بالعزل عن الوكالة»^(١).

ومقتضى إطلاق الخبر الثاني وترك الاستفصال في الخبر الأوّل عدم الفرق بين التمكن من إبلاغ العزل إلى الوكيل وعدم التمكن منه، فلا مجال للتفصيل المذكور.

وأما القول الأخير، فلم يعثر بمدرك له إلّا ما قيل من وجود رواية بذلك^(٢)، ومجرد هذا لا يوجب رفع اليد عمّا ورد في المقام مع أنّه قد عمل به من لم يعمل إلّا بالقطعيّات من الأخبار.

وأما بطلان الوكالة بالموت والجنون والإغماء من غير فرق بين

بطلان الوكالة
بالموت والجنون
والإغماء

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٨٦، ح ٣٣٨٥، باب الوكالة؛ تهذيب الأحكام: ٦/ ٢١٣، ح ٢، باب الوكالات؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ١٦٢، أبواب أحكام الوكالة، ب ٢، ح ١.

(٢) قد سبقت الإشارة إليه آنفاً.

عروضها للموكل أو للوكيل، فادّعي الإجماع عليه^(١)، وهو العمدة، وأمّا الوجوه المذكورة للبطلان مع قطع النظر عن الإجماع، فغير ناهضة.

فاستدلّ للبطلان بموت الموكل بأنّ جواز تصرّف الوكيل منوط بالإذن وبالموت يرتفع الإذن^(٢).

وفيه: أنّه كيف يرتفع الإذن وقد يصحّ تقرب الميّت إلى الله تعالى بالعبادات المأثّرة بها نيابة عنه برضاه في عالم الآخرة، مع أنّه لم يصدر منه عمل لا بالمباشرة ولا بالتسبيب.

وبأنّ المال الموكل فيه بعد الموت ينتقل إلى الوارث^(٣).

وفيه: أنّه لا مانع في الثلث الذي يكون راجعاً إليه، نعم، مع عروض الجنون لما خرج الموكل أو الوكيل عن الأهلية للتصرّف تبطل الوكالة وعودها بعد الإفاقة يحتاج إلى الدليل، والعمدة الإجماع.

ومع تلف ما يتعلّق به الوكالة لا شبهة في بطلان الوكالة لانتفاء الموضوع.

(ولو باع الوكيل بثمن فأنكر الموكل الإذن بذلك القدر، فالقول قول الموكل مع يمينه، ثمّ تستعاد العين إن كانت موجودة، ومثلها إن كانت مفقودة، أو قيمتها إن لم يكن لها مثل، وكذا لو تعذّر استعادتها).

(١) المبسوط: ٣٦٨/٢؛ غنية النزوع: ٢٦٩، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ السرائر: ٨٩/٢؛
إصباح الشيعة: ٣٢٠-٣٢١؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٢٩، وفيه دعوى عدم الخلاف؛
شرائع الإسلام: ١٥٢/٢؛ تحرير الأحكام: ٢٣٣/١.

(٢) رياض المسائل: ٦٢/١٠.

(٣) المصدر نفسه.

وجه تقديم قول الموكل أنه موافق لأصالة عدم التوكيل على النحو الذي يدعي الوكيل، ويشكل من جهة ادعاء الموكل الخيانة في بعض الصور، كأن يدعي أن الوكيل مع التفاته إلى عدم الإذن بذلك القدر باع به والوكيل أمين، بل لا يبعد التمسك بأصالة الصحة في فعل الوكيل.

لا يقال: بيع الوكيل لا يكون باطلاً، بل يكون فضولياً يحتاج إلى الإجازة، والبيع الفضولي صحيح، فدعوى الموكل ليس مخالفاً لأصالة الصحة.

لأنه يقال: أصالة الصحة تثبت الآثار المترتبة على البيع بلا انتظار أمر، والبيع الفضولي لا أثر له، بل هو قابل لأن يترتب عليه الأثر بالإجازة، ألا ترى أنه لو غسل أحد الثوب المتنجس بالبول بالماء القليل وشك في غسله مرة أو مرتين هل يستشكل في طهارته بأن الأصل عدم تحقق الغسلة الثانية؟ ولا ينافي هذا أصالة الصحة، وكذا لو تصدى أحد تغسيل الميت وشك في أنه غسله بالقراح أو اكتفى بالغسل بماء السدر وبماء الكافور بأن يقال: الأصل عدم تحقق الغسل الأخير.

ولا ينافي هذا مع أصالة الصحة إلا أن يقال: لما كان مصب الدعوى التوكيل على النحو الذي يدعيه الوكيل، فالقول قول الموكل، للأصل، والمسألة لا تخلو عن شوب الإشكال.

ثم إنه بعد تصديق الموكل والحكم بفساد البيع لعدم الوكالة فيه وعدم إمضاء المالك إن كانت العين موجودة تستعاد، وإن كانت تالفة فإن كانت

مثلية يؤخذ المثل بدل التالفة، وإن كانت قيمة يؤخذ قيمتها، وكذا مع تعذر الاستعادة، فإن كانت موجودة ولم يصدق المشتري الوكيل، فالموكل يسترجع العين من كل من كانت عنده، ويرجع المشتري على الوكيل بالثمن إن دفعه إليه.

وإن صدقه فقد يقال: يرجع المشتري إلى الوكيل بالثمن إن دفعه إليه، فإن كانت قيمة العين أقل من الثمن يأخذ بمقدار قيمة العين بعنوان التقاص والباقي يجب رده إلى الموكل باعتقاد الوكيل وإقراره، ولا يجوز للمالك أخذه، لإقراره بعدم وقوع ما وقع مطابقاً لما وكل فيه، فلا بد للوكيل من الدس في ماله، وإن كانت أكثر من الثمن يأخذ الثمن بقصد التقاص، والزائد عليه مال للمشتري على المالك محروم منه^(١).

ويمكن أن يقال: إذا حلف المالك وأخذ المال فمقتضى بعض الأخبار في باب القضاء سقوط الحق الديني، فلا مجال للتقاص، فكيف يجوز للوكيل دفع الثمن وأخذ المشتري الثمن بعنوان التقاص؟ هذا في صورة اعتراف المشتري بوكالة الوكيل.

وأما لو أنكر المشتري الوكالة وبنى على أن الوكيل باع ملك نفسه من دون وكالة، فقد يقال بأنه ليس للمالك الرجوع إلى المشتري، وإن كانت العين موجودة عنده في صورة عدم البيئة والاكتفاء باليمين من طرف المالك، ويرجع المالك إلى خصوص الوكيل بالمثل أو القيمة لحيلولته بين المالك والعين الموجودة عند المشتري إلا أن يدعي المالك على المشتري

لو أنكر المشتري
الوكالة

علمه بوكالة البائع، فله إخلافه على عدم العلم، واعتراف الوكيل بالوكالة لا يضرّ لعدم نفوذه في حقّ المشتري.

ويمكن أن يقال: أمّا لو كان إنكار المشتري الوكالة مع اعتراف البائع حين البيع بالوكالة، فلا أثر له، لأنّه مع سلب البائع المملكيّة عن نفسه لا تكون يده أمانة المملكيّة، ومع سكوته وعدم كونه ممّن شغله الوكالة حيث إنّّه حينئذ يشكّل كون يده أمانة للملكيّة لنفسه يكون يده أمانة للملكيّة نفسه، وإقراره بالملكيّة للموكل لا يكون حجة على المشتري، لكنّه بعد ما كان ملكيّة المشتري مستندة إلى يد أليها الشارع عن الاعتبار من جهة حلف الموكل كيف تكون معتبرة عند الشارع؟ بل يقع التعارض بين الحكم بعدم الوكالة والحكم بملكيّة العين للمشتري لو لم نقل بتقدّم الأوّل لسببته لنفي الثاني.

وتنظير المقام باب الإقرار حيث يلتزمون في صورة الإقرار لشخصين كما لو أقرّ لزيد مثلاً بعين ثمّ أقرّ بها لعمرو بأخذ العين لزيد وأخذ البدل لعمرو، لحيلولة المقرّ بين عمرو وملكه فرع قبول ما ذكر في باب الإقرار، وببالي في المقام للمحقّق الأردبيلي رحمته الله تصريح أو إشارة إلى الإشكال في ما ذكر في باب الإقرار.

إلا أن يقال: إن لم نسلم في باب الإقرار ما هو المشهور من نفوذ الإقرار بالنسبة إلى المقرّ لهما، فلا إشكال في نفوذه بالنسبة إلى المقرّ له أولاً، ففي المقام لا إشكال في أنّ يد البائع أمانة للملكيّة نفسه، وإقراره بعد ذلك بالوكالة للموكل لا يكون نافذاً بالنسبة إلى المشتري، وحلف الموكل

متفرّع على الوكالة المقرّ بها، فلا مانع من الملكيّة للمشتري، لعدم المعارض له، ويشكل نفوذ الإقرار بالوكالة وترتب الحلف عليه كالإقرار لعمر و في المثال المذكور.

تعذر استعادة العين

وأما صورة تعذر استعادة العين بحيث لولا التعذر تستعاد العين بلا مانع، فمع عدم التمكن من عودها، الظاهر عدم الإشكال في استحقاق المالك مطالبة البدل من المثل أو القيمة، واستحقاق الوكيل أو المشتري إجباره لتخليص الذمّة والعهدة، ومع التمكن الظاهر عدم الإشكال في استحقاق المالك المطالبة، ومع عدم المطالبة يشكل إجبار الطرف المالك على قبول المثل أو القيمة.

[الفصل] (الثاني: ما تصحّ فيه الوكالة)

ما تصحّ فيه الوكالة

(وهو كلّ فعل لا يتعلّق غرض الشارع فيه بمباشر معين كالبيع والنكاح، وتصحّ الوكالة في الطلاق للغائب والحاضر على الأصحّ، ويقتصر الوكيل على ما عيّنه الموكل، ولو عمّم الوكالة صحّ إلا ما يقتضيه الإقرار).

لو علم بعدم تعلّق غرض الشارع بمباشر معين، فلا إشكال. وأمّا مع الشكّ، فقد يقال: الأصل صحّة النيابة، لأنّ الأصل عدم اشتراط المباشرة وإن كان الفعل مطلوباً من ذلك الشخص، لأنّ هذا أعمّ من اشتراط المباشرة، وقد يتمسّك بما دلّ على عدم الانعزال إلّا بإعلامه بالعزل^(١).

واستشكل بأنّ أصالة عدم اشتراط المباشرة لا تنفع إلّا بعد وجود عموم يدلّ على الصحّة، وليس، ولا يمكن إثباتها بالأصل، وحينئذ فلا بدّ من الرجوع إلى أصالة عدم ترتّب الأثر على فعل الغير، وما دلّ على عدم الانعزال مسوق لمطلب آخر، وهو عدم الانعزال إلّا بالإعلام^(٢).

ويمكن أن يقال: إن قلنا: إنّ حديث الرفع يستفاد منه رفع الجزئية

(١) حكاه السيّد اليزدي رحمته الله عن قائل، ولم يسمّه. تكملة العروة الوثقى: ١٣١ / ١.

(٢) تكملة العروة الوثقى: ١٣١ / ١.

والشرطيّة لا خصوص المؤاخذه، فلا يبعد التمسك به لرفع الشرطيّة، ومعه لا مجال لأصالة عدم ترتّب الأثر على فعل الغير، لتقدّم الأصل السببي. هذا ولا يخفى المسامحة في التعبير حيث عبّر «بأنّ أصالة عدم اشتراط المباشرة إلّا بعد»، إلى آخره، فإنّه من المعلوم بعد وجود العموم لا أصل حتّى ينفع.

وقد يتمسك بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) ونحوه بدعوى شموله للوكالة بناءً على أن المراد بالوفاء بها العمل بمقتضاها إن لازماً فلازماً وإن جائزاً فجائزاً^(٢).

وفيه إشكال من جهة أنّ العقود وإن شملت الوكالة، لكن ظهور ﴿أَوْفُوا﴾ في الوجوب يمنع الأخذ بعموم العقود وشمولها للوكالة، ولا أقلّ من الإجمال.

وقد يتمسك بالعمومات الخاصّة في كلّ مورد بدعوى أنّ العقد الصادر من الوكيل حيث إنّّه بإذن الموكل كأنّه عقد صادر منه، فيشمّله عموم ما دلّ على صحّته^(٣).

ويمكن أن يقال: في الأوامر الصادرة من الموالي العرفيّة بالنسبة إلى من دونهم، وكذلك الالتماس والاستدعاء بين الناس ما لم يقيّد بالمباشرة يكفي بالإتيان بتوسّط الوكيل والمأذون، وكذلك في مقام الخبر ينسب إلى

(١) المائدة: ١.

(٢) تكملة العروة الوثقى: ١ / ١٣١.

(٣) تكملة العروة الوثقى: ١ / ١٣١-١٣٢.

الموكل والآذن مع عدم الصدور بالمباشرة، وهذا بناء من العقلاء، فعدم الردع كاف في الإمضاء حيث إنَّ بناء العقلاء إذا كان بحيث لا يحتمل عندهم خلافه يكون عدم الردع كافياً في الإمضاء خرج ما خرج بالدليل، هذا غاية ما يمكن أن يقال بتقريب بعض الأكابر رحمهم الله.

ويؤيده أنه لو فعل ما يخالف نظر المولى بإذن منه يكون الآذن مؤاخذاً على الفعل وليس إلّا من جهة أنَّ الفعل الصادر بإذن الآذن يعدّ فعل الآذن، ومن هذه الجهة قد يقوى صحّة معاملات الصبي غير البالغ إذا كانت بإذن الولي أو إذن المالك حيث إنَّ المعاملة معاملة الولي أو المالك، وعلى هذا، فلا بدّ من قيام الدليل على اعتبار المباشرة، وقد ذكروا موارد مسلّمة اعتبار المباشرة فيها:

منها: الصلوات الواجبة على الحيّ ولو بمثل النذر والعهد إلّا في ركعتي الطواف الواجب مع العجز عن المباشرة، بل ظاهر جماعة عدم جواز النيابة في النوافل إلّا في ركعتي الطواف المندوب مع العجز وإلّا في الصلاة للزيارة عن الغير بناء على كونها نيابة عن المنوب عنه في الزيارة، وكذلك الصوم.

وقد يقال في الصلاة الواجبة بالاستيجار، وكذا الصوم الواجب به لا تجوز الاستنابة إلّا بإذن المستأجر، لأنّ الظاهر من المستأجرين اعتبار المباشرة، ويمكن المنع حيث إنَّ الفعل في حدّ ذاته قابل للنيابة، فمع عدم التقييد لا مانع كما لو استأجر بغير الصلاة والصوم، وأمّا الوكالة في البيع والنكاح، فلا إشكال ولا خلاف في صحّتها.

الوكالة في الطلاق

وأما الطلاق، فالظاهر عدم الإشكال في قبوله للوكالة، ولعلّ التعبير في قوله ﷺ: «على الأصح» من جهة أنّ الطلاق للحاضر قد وقع الخلاف فيه، فالمحكّي عن الشيخ^(١) والقاضي^(٢) والتقي^(٣) المنع، لقوله ﷺ: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»^(٤)، وإطلاق خبر زرارة: «لا تجوز الوكالة في الطلاق»^(٥).

والرواية الأولى محمولة على أنّ أمر الطلاق مباشرة أو وكالة إلى الآخذ بالساق.

والرواية الثانية لا مجال للأخذ بها، وتقييد ما دلّ على جواز الوكالة في الطلاق بالغائب لقصور السند، ولزوم كون الباقي تحت العامّ أو المطلق أكثر من الخارج؛ فتدبر.

فالظاهر عدم الإشكال في صحّة الوكالة للغائب على الطلاق، والحاجة إلى شروط صحّته كالحاجة إلى شروط صحّة البيع ممّا تكون غير مملوكة للبائع والمشتري.

(١) المبسوط: ٣١/٥؛ النهاية: ٣١٩.

(٢) المهذب: ٢٧٧/٢.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٣٧.

(٤) سنن ابن ماجه: ٦٧٣/١، ح ٢٠٨١؛ السنن الكبرى: ٣٦٠/٧؛ مجمع الزوائد: ٣٣٤/٤؛ المعجم الكبير: ٢٣٩/١١؛ كنز العمال: ٦٤٠/٩، ح ٢٧٧٧٠.

(٥) الكافي: ١٣٠/٦، ح ٦، باب الوكالة في الطلاق؛ تهذيب الأحكام: ٣٩/٨، ح ٣٩، باب أحكام الطلاق؛ الاستبصار: ٢٧٩/٣، ح ٦، باب الوكالة في الطلاق؛ وسائل الشيعة: ٩٠/٢٢، أبواب مقدّمات الطلاق، ب ٣٩، ح ٥. والرواية موثقة بحميد بن زياد الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٩.

وأما لزوم الاقتصار على ما عيّن الموكل، فوجهه واضح، نعم، لا يلزم
لنزوم الاقتصار على ما عيّن الموكل
التعيين بالتصريح والعموم الوضعي، بل يكفي الإطلاق المعتبر الذي
يؤخذ به في سائر الموارد، ومع التعميم صحّ إلا ما يقتضيه الإقرار، ولعلّ
نظره في الاستثناء إلى ما ذكره في الشرائع من أنّه لو وكله بقبض دينه من
غريم له فأقر الوكيل بالقبض وصدّقه الغريم وأنكر الموكل، فالقول قول
الموكل، وفيه تردد^(١).

ولا يخفى أنّه ليس وكالة في الإقرار، ومع كون طرف الدعوى الغريم
لا الوكيل لا دليل على اعتبار إقرار الوكيل حتّى يكون القول قول الغريم
إلا أن يقال: لازم هذا أن يحكم بجواز أخذ كلّ دين يشكّ في تأديته،
ويلزم من هذا عدم اعتبار إقرار المضارب في باب المضاربة بأخذ أثمان
الأجناس المبيعة، والالتزام به مشكل.

[الفصل] (الثالث: الموكل)

شروط الموكل

وأقسام الموكلين

(ويشترط كونه مكلفاً جائزاً بالتصرف، ولا يوكل العبد إلا بإذن مولاه ولا الوكيل إلا أن يؤذن له، وللحاكم أن يوكل عن السفهاء والبله، ويكره لذوي المروآت^(١) أن يتولوا المنازعة بنفوسهم).

اشتراط التكليف

أما اشتراط التكليف، فلما دلّ على عدم جواز الأمر قبل البلوغ، لكن لو بنينا على أنه مع إذن الولي يجوز بيعه وشراؤه لا بنحو الآلية، فلا مانع من أن يأذن الولي بالتصرف، وحيث إنّه لا يعتبر المباشرة يوكل الغير في التصرف وفي الحقيقة إذن الولي في التصرف الجامع بين ما كان بالمباشرة والتسبيب، وهذا ليس تصرفاً بالاستقلال حتى يكون ممنوعاً.

وأيضاً مقتضى ما دلّ على جواز بعض التصرفات كالوصية للأرحام والعق والصدقة والطلاق للبالغ عشرًا جواز توكيله.

اشتراط جواز

التصرف في الموكل

وأما اشتراط جواز التصرف، فهو واضح، فالمحجور لسفه أو فلس أو غيرهما لا يجوز له التصرف، فكيف يجوز له التوكيل؟ نعم، لو وكل السفیه فيما لا تعلّق له بالمال كالطلاق ونحوه أو المفلس في التصرف بعد الحجر، فلا مانع من صحّته، وكذا العبد في طلاق زوجته.

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «المروآت» بدل «المروآت».

وقد يقال: بمقتضى اشتراط جواز التصرف أن يكون الموكل حال التوكيل مالكا للتصرف في العمل الموكل فيه، فلا يصح التوكيل في طلاق امرأة سينكحها أو تزويج امرأة بعد انقضاء عدتها أو طلقها زوجها، ولا دليل عليه، والشاهد عليه صحة المضاربة مع أن المضارب في الحقيقة وكيل، ويتصرف بالوكالة في الأموال التي لم يملك بعد رب المال.

ودعوى الاتفاق في المسألة مشكلة، مع أنهم يجوزون التوكيل في حال الحيض في الطلاق بعد الطهر، ويجوزون التوكيل في تطليق المرأة ثلاثاً مع أن الزوج لا يملك الرجوع قبل الطلاق^(١).

عدم صحة توكيل الوكيل عن الموكل، فلخروجه عما وكل فيه
إلا أن يكون توكيله بنحو العموم أو الإطلاق يشمل.

وأمّا توكيله عن نفسه فيما وكل فيه، فلم أعرف وجهاً لعدم جوازه،
ففي ما كان الوكيل مترفعاً عن المباشرة أو عاجزاً وكان الموكل متوجّهاً إلى
حاله لا إشكال، وفي غير هاتين الصورتين مقتضى ما سبق من أن الأصل
جواز الوكالة في ما لم يثبت فيه اعتبار المباشرة جواز التوكيل، بل جوازه
لوكيل الوكيل.

جواز توكيل الحاكم عن السفهاء والبله، فلولايته بالخصوص أو
كونه المتيقن في التصدي لأمر القصر، وترفعه أو عجزه عن المباشرة، أو
للأصل المذكور.

أما كراهة تولّي المنازعة لذوي المروّات بنفوسهم، فلما روي عن عليّ كراهة تولّي المنازعة - صلوات الله وسلامه عليه - : «إنّ للخصومات قحماً، وإنّ الشيطان لذوي المروّات ليحضرها، وإنّي لأكره أن أحضرها»^(١)، بل يستفاد منه عموم الكراهة. وأما مخاصمة النبيّ ﷺ مع صاحب الناقة إلى رجل من قريش^(٢) ومخاصمة عليّ - صلوات الله عليه - في درع طلحة إلى شريح^(٣) ومخاصمة عليّ بن الحسين عليه السلام مع زوجته الشيبانيّة لما طلقها وادّعت عليه المهر إلى قاضي المدينة^(٤)، فلعلّها كانت لخصوصيّة ارتفعت معها الكراهة.

(١) السنن الكبرى: ٦ / ٨١، وفيه: عن عليّ عليه السلام أنّه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة فقال: «إنّ للخصومة قحماً». قال أبو عبيد: قال أبو زياد: القحّم المهالك.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٣ / ١٠٥ - ١٠٦، ح ٣٤٢٥، باب ما يقبل من الدعاوي بغير بيّنة؛ وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٧٤، أبواب كيفيّة الحكم، ب ١٨، ح ١. والرواية ضعيفة.

(٣) الكافي: ٧ / ٣٨٥، ح ٥، باب شهادة الواحد ويمين المدعي؛ وسائل الشيعة: ٢٧ / ٢٦٥ - ٢٦٦، أبواب كيفيّة الحكم، ب ١٤، ح ٦. والرواية صحيحة.

(٤) الكافي: ٥ / ٣٥١، ح ١٤، باب مناكحة النصاب والشكّك؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ٣٠٣، ح ٢٠، باب من يجرم نكاحهنّ بالأسباب دون الأنساب؛ الاستبصار: ٣ / ١٨٣ - ١٨٤، ح ٣، باب تحريم نكاح الناصبة المشهورة بذلك؛ وسائل الشيعة: ٢٣ / ٢٠٠، أبواب الأيمان، ب ٢، ح ١. والرواية مؤثقة بابن بكير الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٨١.

[الفصل] (الرابع: الوكيل)

(ويشترط فيه: كمال العقل، ويجوز أن تلي المرأة عقد النكاح لنفسها ولغيرها، والمسلم يتوكّل للمسلم على المسلم والذمي، وللذمي على الذمي، وفي وكالته له على المسلم ترّد، والذمي يتوكّل على الذمي للمسلم والذمي، ولا يتوكّل على مسلم، والوكيل أمين لا يضمن إلا مع تعدّد أو تفريط).

وجه اشتراط كمال العقل المندرج فيه البلوغ ما ذكر في وجه اشتراطه في الموكل، والكلام السابق آت هنا، وقد قوى بعض الأكابر صحّة نيابة الصبيّ المميّز في مجرّد إجراء صيغة البيع ونحوه، ومنع كونه مسلوب العبارة حتّى في مثل ذلك^(١).

ولا إشكال في أن تلي المرأة عقد النكاح لنفسها ولغيرها، لعدم الفرق بينها وبين غيرها في جواز التوليّ لعقد النكاح وسائر العقود، والظاهر أنّ التخصيص بالذكر لمخالفة الشافعي.

كما لا إشكال في توكلّ المسلم للمسلم على المسلم والذمي، وفي المتن توكلّ المسلم للمسلم على المسلم والذمي، ولا ينبغي الإشكال في جوازها، لأنّ المدرك في نفي الوكالة للذمي على المسلم أو للكافر على المسلم ليس

(١) تكملة العروة الوثقى: ١/١٣٧.

إِلَّا آيَةٌ نَفِي السَّبِيل - أعني قوله تعالى: ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(١) - وما قيل من الإجماع، وهذا ليس مشمولاً للآية، ولا للاتفاق المذكور في كلماتهم.

وكالة الذمّي والكافر
على المسلم

وأما وكالة الذمّي، بل مطلق الكافر على المسلم، فإن تمّ الإجماع على عدم جوازها وإلا فلا يتمّ التمسك بالآية الشريفة، لعدم كون الوكالة على المسلم سبيلاً له على المؤمن وإلا لزم عدم جواز مطالبة الموكل الكافر، ولا مجال للتخصيص لإباء الآية الشريفة التخصيص.

مع أنّه روي عن عيون الأخبار عن أبي الصلت الهروي قال: «قلت للرضا - عليه آلاف التحيّة والثناء -: يا ابن رسول الله، إنّ في سواد الكوفة قوماً يزعمون أنّ النبي ﷺ لم يقع عليه السهو في صلاته؟ فقال: كذبوا لعنهم الله، إنّ الذي لا يسهو هو الله الذي لا إله إلا هو.

قال: وقلت: يا ابن رسول الله ﷺ وفيهم قوم يزعمون أنّ الحسين عليه السلام لم يقتل، وأنّه ألقى شبهه على حنظلة بن أسعد الشبامي، وأنّه رفع إلى السماء كما رفع عيسى بن مريم - على نبينا وآله وعليه السلام - ويحتجون بهذه الآية، فقال: كذبوا وعليهم غضب الله ولعنه، وكفروا بتكذيبهم النبي ﷺ في إخباره بأنّ الحسين عليه السلام سيقتل.

والله لقد قتل الحسين، وقتل من كان خيراً من الحسين^(٢) أمير المؤمنين والحسن بن عليٍّ عليهما السلام وما منّا إلا مقتول، وإنّي والله لمقتول بالسّم باغتيال

(١) النساء: ١٤١.

(٢) في الأصل: «عن الحسين» بدل «من الحسين»، وما في المتن أنبتاه من المصدر.

من يغتالني أعرف ذلك بعهد معهود إليّ من رسول الله ﷺ، أخبره به جبرئيل عن ربّ العالمين، فأما قوله عزّ وجلّ: ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ﴾، الآية، فإنّه يقول لن يجعل الله لكافر على مؤمن حجة، ولقد أخبر الله تعالى عن كفّار قتلوا النبيّين بغير الحقّ، ومع قتلهم إيّاهم لن يجعل الله لهم على أنبيائه سبيلاً من طريق الحجّة^(١).

وأما كون الوكيل أميناً لا يضمن إلّا بتعدّد أو تفريط، فهو المعروف^(٢)، الوكيل أمين لا يضمن
وفسر بكونه مقبول القول^(٣).

والظاهر أنّه لا خلاف فيه، وإذا كان الموكل ائتمن الوكيل يشمله ما دلّ من الأخبار على عدم جواز اتّهامه من غير فرق بين كون الوكالة بجعل وبدونه، ولا بين كون ما يدّعي الوكيل بسبب ظاهر أو خفي.

وقد يقرب عدم الضمان لا من جهة الأمانة حتّى يستشكل بأنّه مننع صدقها في غير الوديعة، بل من جهة أنّ يد الوكيل يد الموكل، فلا يوجب يده الضمان^(٤).

وقد سبق الكلام فيه في كتاب الرهن، ومع التعدّي والتفريط يتحقّق الضمان، كما سبق.

(١) عيون أخبار الرضا عليه السلام: ١/ ٢٢٠، ح ٥، وفيه أحمد بن عليّ الأنصاري، وهو مهمّل.

(٢) المبسوط: ٢/ ٣٦٣؛ جواهر الفقه: ٧٨؛ غنية النزوع: ٢٦٩؛ السرائر: ٢/ ٨٥؛ إصباح الشيعة: ٣٢١؛ جامع الخلاف والوافق: ٣٢٨؛ شرائع الإسلام: ٢/ ١٦١؛ الجامع للشرائع: ٣٢٢؛ قواعد الأحكام: ٢/ ٣٦٢.

(٣) الحقائق الناضرة: ١٠٨/ ٢٢؛ جواهر الكلام: ٤٣١/ ٢٧.

(٤) منتهى المطلب: ٨/ ١٤٩.

[الفصل] (الخامس: في الأحكام)

(وهي مسائل:)

(الأولى: لو أمره بالبيع حالاً فباع مؤجلاً ولو بزيادة لم يصح^(١)
ووقف على الإجازة، وكذا لو أمره ببيعه مؤجلاً بثمن فباع بأقل حالاً،
ولو باع بمثله أو أكثر صحّ إلا أن يتعلّق بالأجل غرض، ولو أمره
ببيعه^(٢) في موضع فباع في غيره بذلك الثمن صحّ، ولا كذا لو أمره ببيعه
من إنسان فباع من غيره، فإنه يقف على الإجازة ولو باع بأزيد).

بعد الفراغ عن لزوم اقتصار الوكيل على مورد الإذن، فقد يستظهر من
كلام الموكل أنّ ما عيّنه لا نظر به فيه بالخصوص، بل المذكور أحد الأفراد،
كما لو أمر السيّد أحد عبيده ولم يلتفت والتفت الآخر منهم، فإنّ الظاهر لزوم
الامتناع، فالمدار الاستظهار من كلام الموكل ولو بمعونة القرائن، فيمكن أن
يوكل في البيع حالاً ويكون الغرض حصول أصل البيع خصوصاً مع قصر
المدة في الأجل، ولا يكفي مجرد الرضا، بل مع الرضا المجرد لا يخرج عن
الفضوليّة، بل لا بدّ من كونه مشمولاً للإذن الحاصل بالتوكيل.

وبما ذكر ظهر النظر في إطلاق ما ذكر في المتن.

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «تصحّ» بدل «يصحّ».

(٢) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «بالبيع» بدل «بيعه».

(الثانية: إذا اختلفا في الوكالة فالقول قول المنكر مع يمينه، ولو اختلفا في العزل أو في الإعلام أو في التفريط، فالقول قول الوكيل، وكذا لو اختلفا في التلف، ولو اختلفا في الردّ فقولان: أحدهما: القول قول الموكل مع يمينه، والثاني: القول قول الوكيل ما لم يكن بجعل، وهو أشبه).

إذا اختلفا في الوكالة لا إشكال في أنّه بعد ما كانت الوكالة أمراً حادثاً، فمع الشكّ فيها مقتضى الأصل عدمها، فالقول قول المنكر مع يمينه من غير فرق بين ما لو تصرّف في ملك المالك بدعوى الوكالة وبين ما لو اشترى شيئاً مثلاً فادّعى أحد أنّ المشتري اشتراه بوكالة عنه، وأنكر المشتري وقال: اشتريته لنفسي.

لو اختلفا في العزل ولو اختلفا في العزل أو في الإعلام، فالقول قول الوكيل، للأصل. **لو اختلفا في التفريط** ولو اختلفا في التفريط، فالمعروف تقويم قول الوكيل لكونه أميناً، ويشكل من جهة أنّ المستفاد من بعض الأخبار أنّه مع الايمان لا يجوز للمؤمن أن يتّهم المؤمن -بالفتح-.

وهذا مع الشكّ دون ما لو ادّعى القطع بالتفريط إلّا أن يدّعى أنّه كما لا يجوز للموكل أن يتّهمه كذلك لا يجوز للحاكم أن يتّهمه، لكن لا يلزم التوكيل مع الايمان، كما لا يخفى، وليس التفريط أمراً حادثاً يكون خلاف الأصل، كالعزل والإعلام، بل الحفظ خلاف الأصل.

لو اختلفا في التلف ولو اختلفا في التلف بأن ادّعى الوكيل تلف متعلّق الوكالة والموكل منكر، فمع فرض الايمان يكون القول قول الوكيل بالتقريب المذكور ومع عدمه يشكل.

لو اختلفا في الردّ وأمّا صورة الاختلاف في الردّ، فيشكل أن يكون القول قول الوكيل

سواء كانت الوكالة مع الجعل أو بلا جعل، والتفرقة بين ما كانت الوكالة مع الجعل وبين ما كانت بلا جعل حيث إن الوكيل في الصورة الثانية محسن محض وليست وكالته لمصلحة نفسه ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(١) مشكلة، فإنه لا يستفاد من الآية الشريفة إلا أنه لا غرامة على المحسن، وهذا غير لزوم تصديقه في الردّ خرج خصوص الودعي عن القاعدة الكلّية كلّ من كان عنده مال للغير عليه أن يثبت إيصاله إلى مالكه، فالمستعير والمستأجر والمرتهن والشريك وعامل القراض وغيرهم مشمولون للقاعدة.

هذا مع أنه قد تكون الوكالة مع الجعل أيضاً مصلحة للموكل بحيث يعدّ الوكيل محسناً، فالتفصيل بنحو الإطلاق لا يتم.

(الثالثة: وإذا زوّجه مدّعياً وكالته فأنكر الموكل، فالقول قول المنكر مع يمينه، وعلى الوكيل مهرها، وروي: نصف مهرها، لأنه ضيّع حقّها، وعلى الزوج أن يطلقها سراً إن كان وكل).

أما أن القول قول المنكر فلا صلة عدم التوكيل. إذا زوّجه مدّعياً

وكالته فأنكر الموكل

وأما لزوم المهر على الوكيل وإن كان مقتضى الأصل عدم المهر، لعدم ثبوت الوكالة، فلخبر محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: «في رجل زوّجته أمّه ولم يقبل؟ فقال: إن المهر لازم»^(٢).

(١) التوبة: ٩١.

(٢) الكافي: ٥/ ٤٠١-٤٠٢، ح ٢، باب الرجل يهوى امرأة ويهوى أبواه غيرها؛ تهذيب الأحكام: ٣٧٦/ ٧، ح ٨٦، باب المهور والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ←

وعن الشيخ^(١) وأتباعه^(٢) العمل به وعلى ظاهره لزوم تمام المهر. ويمكن الجمع بينه وبين ما يدل على لزوم نصف المهر، وهو خبر عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن رجل قال لآخر: اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شيء أو شرطت، فذلك لي رضى وهو لازم لي، ولم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه، فلمّا رجع إليه أنكر ذلك كلّ قال: يغرم لها نصف الصداق عنه، وذلك أنّه هو الذي ضيّع حقّها، فلمّا لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له وحلّ لها أن تتزوّج ولا تحلّ للأوّل فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ إلّا أن يطلقها، لأنّ الله تعالى يقول: ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِوفٍ أَوْ تَسْرِجِي بِإِحْسَنٍ﴾ فإن لم يفعل فإنّه مأثوم فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ وكان الحكم الظاهر حكم الإسلام، وقد أباح الله عزّ وجلّ لها أن تتزوّج»^(٣).

وصحيح أبي عبيدة عنه أيضاً: «في رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة من أهل البصرة من بني تميم، فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم، قال: خالف أمره وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة ولا عدّة عليها ولا

→ ينعقد؛ وسائل الشيعة: ٢٠ / ٢٨١، أبواب عقد النكاح، ب ٧، ح ٣، وفيه إسماعيل بن سهل، وهو ضعيف. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٦.

(١) النهاية: ٤٦٨.

(٢) المهذب: ١٩٦ / ٢.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٨٥، ح ٣٣٨٤، باب الوكالة؛ تهذيب الأحكام: ٦ / ٢١٣-٢١٤، ح ٣، باب الوكالات؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ١٦٥، أبواب أحكام الوكالة، ب ٤، ح ١. والرواية ضعيفة.

ميراث بينهما، فقال له بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضاً ولا قبيلة، ثم جحد الأمر أن يكون أمره بعد ما زوجه؟

فقال: إن كانت للمأمور بيّنة إن كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر لأهل المرأة، وإن لم تكن بيّنة، فإنّ الصداق على المأمور لأهل المرأة، ولا ميراث بينهما، ولا عدة، ولها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقاً، وإن لم يكن سمى لها فلا شيء لها^(١).

وقد يقال: هذه الأخبار وإن كانت على خلاف القاعدة من حيث عدم وجوب المهر مع بطلان النكاح ظاهراً، مع أنه إنَّما يكون على الزوج لا على الوكيل إلا أنه يجب العمل بها تعبدًا، وحكمة الحكم ما أشير إليه في بعضها من تقصير الوكيل في ترك الإشهاد على وكالته أو غيره.

ثم إنَّ هذا إذا ذكر لها مهرًا، وأمّا إذا زوّجها بدون ذكر المهر، فلا شيء لها ثمَّ لها أن تتزوَّج إذا لم تعلم بالوكالة، وعلى الزوج طلاقها مع صدق الوكيل وإلا فهو آثم، وليس للمرأة أن تتزوَّج مع علمها بصدق الوكيل، وهل يجوز للحاكم الشرعي حينئذ إجبار الزوج على الطلاق؟ والظاهر عدمه، نعم، لا يبعد جواز طلاقه عنه ولاية، ويحتمل أن يكون لها الفسخ.

وأما وجوب الصبر إلى موت الزوج، فمشكل، ومقتضى إطلاق

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٤١٩، ح ٤٤٥٩، باب ما أحلَّ الله عزَّ وجلَّ من النكاح وما حرم

منه؛ تهذيب الأحكام: ٧/ ٤٨٣، ح ١٥٢، باب من الزيادات في فقه النكاح؛ وسائل الشريعة:

٣٠٢/ ٢٠، أبواب عقد النكاح، ب ٢٦، ح ١.

الأخبار جواز التزويج مطلقاً، والأحوط مع امتناع الزوج من الطلاق فسخها وفسخ الحاكم وطلاقها ولاية^(١).

ويمكن أن يقال: حمل روايات المسألة على خصوص صورة شك المرأة في التوكيل بعيد جداً، بل لعلّ الغالب القطع أو الاطمئنان بالوكالة، وتجوز النكاح لها بدون الطلاق مع القطع بالزوجية أو الاطمئنان ليس كالتجوز مع الشك حتى يقال: لا مانع له، وما ذكر من «أن الأحوال مع امتناع الزوج»، إلى آخره، يشكل حيث إنه لا يلتزمون بما ذكر في مثل المقام، كما لو امتنع الزوج عن الطلاق مع مفارقتة للزوجة بحيث لا يرجى اجتماعهما كما لو كان الزوج محبوساً أبداً.

والحمد لله تعالى أولاً وآخراً، وصلى الله على محمد وآله الطاهرين
ونسأل التوفيق على تتميم ما بقي.

كتبه العبد الآثم

أحمد ابن السيّد العلامة يوسف الموسوي الخوانساري ١٣٨٨ هـ ق



كتاب الوقوف والصدقات والهبات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين.

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

تعريف الوقف أما الوقف، فهو تحبّيس الأصل وإطلاق المنفعة، ولفظه الصريح «وقفت» وما عداه يفتقر إلى القرينة الدالة على التأييد، ويعتبر فيه القبض، ولو كان لمصلحة^(١) كالقناطر أو موضع عبادة كالمساجد قبضه الناظر فيها، ولو كان على طفل قبضه الولي، كالأب والجدّ للأب أو الوصي، ولو وقف عليه الأب أو الجدّ صحّ؛ لأنّه مقبوض بيده).

حقيقة الوقف حقيقة الوقف تحبّس الأصل وتسييل المنفعة أو الثمرة، وليس المراد من المنفعة ما يقابل العين، فإنّ مياه القنوات أعيان ومع ذلك تعدّ منافع، ويصحّ الوقف باعتبار تسييلها.

ولعلّ التعبير بالتسييل أولى من الإطلاق حيث إنّ التسييل المراد منه جعل الشيء في سبيل الله وهو المناسب بجعل الوقف من الصدقات المعتر فيها قصد القرية.

(١) كذا، وفي بعض نسخ المختصر المطبوعة: «مصلحة»، وفي بعضها الآخر: «على مصلحة» بدل «لمصلحة».

اعتبار اللفظ
الصريح الدال على
التأييد

وظاهر كلماتهم - قدّست أسرارهم - اعتبار اللفظ الصريح أو ما يقوم مقامه ممّا كان مقروناً بالقرينة الدالة على التأييد، وتقريب هذا بأن العين الموقوفة لا بدّ من خروجها عن ملك الواقف، فكلّ ما يحتمل مدخليّته في تحقّق الوقف لا بدّ من إحرازه.

ويمكن أن يقال: بعد صدق الصدقة مع عدم اللفظ كما لو بنى مسجداً بقصد المسجديّة أو بنى قنطرة لعبور المسلمين أو بنى مدرسة لطلاب العلوم الدينيّة يكون ما صدق عليه مشمولاً لما دلّ على ترتّب المثوبة، وهو لازم الصحّة ومع فرض كون الوقف عقداً محتاجاً إلى الإيجاب والقبول، يكون مشمولاً لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، بل لعموم «المؤمنون عند شروطهم» بناء على صدق الشرط على الالتزام، ولو لم يكن في ضمن التزام آخر.

هذا مضافاً إلى سيرة المسلمين حيث يعاملون معاملة الوقفيّة بالنسبة إلى المساجد والمدارس والمشاهد الشريفة، وما يصرف في عمارتها بمجرد البناء والعمارة بقصد الوقفيّة مع عدم الإنشاء اللفظي الصريح أو ما يقوم مقامه.

وأما التأييد في الحبس، فالظاهر أنّه مجمع عليه^(٢)، ولولا الإجماع لأشكل إثبات لزومه بما استدلّ به من الأخبار المتضمّنة لأوقاف الأئمّة - صلوات الله عليهم -، لإمكان أن يكون التأييد المذكور فيها قيداً من

(١) المائدة: ١.

(٢) الخلاف: ٥٤٨/٣، وفيه دعوى الإجماع؛ المهذب: ٨٧/٢؛ غنية النزوع: ٢٩٨، وفيه دعوى الإجماع؛ شرائع الإسلام: ١٦٥/٢؛ جامع الخلاف والوفاق: ٦١٨؛ تذكرة الفقهاء: ١٦٢/٢٠.

دون المدخلية في حقيقة الوقف، كما أن التأيد غير مأخوذ في حقيقة الوقف
المفسر بالتحيس.

وهل يكون الوقف من العقود يعتبر فيه القبول مطلقاً أو لا يعتبر فيه كون الوقف من
مطلقاً فيكون من الإيقاعات أو يفصل بين الوقف على الجهات العامة العقود
كالمساجد والمقابر ونحوهما، والوقف على العناوين الكلية كالوقف على
الفقراء، وبين الوقف الخاص كالوقف على الذرية؟

يمكن أن يقال: إن احتمال مدخلية القبول في حقيقة الوقف فلا مجال
للتفصيل، بل لا بدّ في الوقف من اعتبار القبول، لأنّه مع فرض وجود
إطلاق يدلّ على محبوبية الوقف لا بدّ من إحراز الوقفية.

وإن لم يحتل المدخلية في حقيقته، فمع وجود الإطلاق يرفع اعتباره
مطلقاً، ومع عدم الإطلاق لا بدّ من الاحتياط بناء على ما هو المعروف من
أصالة الفساد في المعاملات.

نعم، بناء على جريان أصالة عدم الاعتبار تمسكاً بحديث الرفع في
أمثال المقام ينفي الاعتبار.

وبعد اعتبار القبول أن القبول لا بدّ أن يكون من طرف العاقد أو
من يقوم مقامه، والطرف في الوقف على الجهات العامة، والعناوين
الكلية لا يكون قابلاً لأن يتحقق منه القبول، وما هو المعروف من قبول
الحاكم أو الناظر للوقف لم يظهر وجهه، فإن الناظر ليس طرفاً للعقد
ولا ولياً له، والحاكم لم يثبت ولايته بحيث تعمّ مثل المقام وإن قلنا
بالولاية العامة له.

ألا ترى أنه لو وهب شيئاً للموجودين في البلد من الرجال والنساء والولدان هل يصح قبول الحاكم حتى يتحقق الهبة بدون قبول الموهوب لهم أو قبول وكيلهم أو أوليائهم؟ وفي الوقف الخاص المعروف كفاية قبول الموجودين بأنفسهم أو وكيلهم أو أوليائهم مع أن الطرف ليس خصوص الموجودين، ولا ولاية للموجودين على الطبقة اللاحقة المعدومين.

ولا يبعد قيام السيرة على معاملة الوقفية على المساجد والمقابر والمدارس مع عدم تحقق القبول، بل لا يبعد استفادة عدم الاعتبار من الأخبار الواردة في أوقاف الأئمة - صلوات الله عليهم أجمعين -، والاحتياط لا ينبغي تركه.

اعتبار القبض في
الوقف

وأما اعتبار القبض، فالظاهر أنه لا خلاف فيه^(١)، واستدل^(٢) عليه بما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن صفوان بن يحيى، عن أبي الحسن عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يقف الضيعة، ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً؟ فقال: إن كان وقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لها قيمياً لم يكن له أن يرجع فيها وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا كباراً ولم يسلمها إليهم ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه، فله أن يرجع فيها، لأنهم لا يحوزونها عنه وقد بلغوا»^(٣).

(١) الخلاف: ٣/ ٥٣٩، وفيه دعوى الإجماع؛ المهذب: ٢/ ٨٨؛ فقه القرآن: ٢/ ٢٩٢؛ إصباح الشيعة: ٣٤٧؛ شرائع الإسلام: ٢/ ١٧١؛ تحرير الأحكام: ١/ ٢٨٥.

(٢) مسالك الأفهام: ٥/ ٣٥٨-٣٥٩؛ رياض المسائل: ١٠/ ٩٧.

(٣) الكافي: ٧/ ٣٧، ح ٣٦، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٣٩، ح ٥٥٧٣، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ١٣٤، ح ١٣، باب الوقف والصدقات؛ ←

وما رواه الصدوق في كتاب كمال الدين وتمام النعمة بسنده إلى محمد بن جعفر الأسدي عن محمد بن عثمان، عن صاحب الزمان عليه السلام - ورواه الطبرسي في الاحتجاج عن أبي الحسين محمد بن جعفر الأسدي، عن محمد بن عثمان، عن صاحب الزمان عليه السلام - قال: «وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثمّ يحتاج إليه صاحبه فكلّ ما لم يسلم فصاحبه بالخيار، وكلّ ما سلّم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج أو لم يحتج، افتقر إليه أو استغنى.

إلى أن قال: وأما ما سألت من أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة يسلمها لمن يقوم فيها ويعمرها ويؤدّي من دخلها خراجها ومؤنّتها ويجعل ما بقي من الدخل لناحيتنا، فإنّ ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيماً عليها، إنّما لا يجوز ذلك لغيره»^(١).

ويمكن الاستدلال بخبر عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تصدّق على ولد له قد أدركوا؟ قال: إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث، فان تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأنّ الوالد هو الذي يلي أمره، وقال عليه السلام: لا يرجع في الصدقة إذا تصدّق بها ابتغاء وجه الله»^(٢).

→ الاستبصار: ١٠٢/٤، ح ٨، باب من تصدّق على ولده الصغار ثمّ أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ١٨٠/١٩، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٤، ح ٤.

(١) إكمال الدين: ٥٢٠؛ الاحتجاج: ٤٧٩/٢؛ وسائل الشيعة: ١٨١/١٩ أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٤، ح ٨. والرواية صحيحة ظاهراً.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٢٤٧/٤، ح ٥٥٨٥، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ←

وتقريب الاستدلال بأن الصدقة في لسان الأخبار تطلق على الوقف، فإذا كان السؤال عن التصدق القابل لأن يكون المراد منه الوقف، فالجواب باشتراط القبض من دون السؤال عما أريد من المتصدق يشمل صورة الوقف، فلا يرد ما عن المسالك^(١) من احتمال الاختصاص بالصدقة غير الوقف.

ولا حاجة إلى التمسك بفهم الأصحاب - قدس الله أسرارهم - حتى يستشكل بأنه مع عدم وجود قرينة على ما ذكروا كيف يؤخذ به؟ وما ذكر في المسالك مؤيداً للحمل على الصدقة غير الوقف مما ذكر في آخر الحديث، وقال: «لا يرجع في الصدقة»، إلى آخره، حيث إن الحكم من خواص الصدقة الخاصة، لا الوقف يشكل من جهة منع كون هذا الحكم من خواص الصدقة الخاصة.

نعم، قد يستشكل في اعتبار القبض في الوقف على الجهات العامة من جهة اختصاص الأخبار المذكورة بغيره، ولا يبعد التمسك بما في بعضها من التعليل، فإن قوله عليه السلام - على المحكي - في الصحيح عن صفوان: «لأنهم لا يجوزونها وقد بلغوا» لعله يستظهر منه أن الحيازة معتبرة في تمامية الوقف من دون الاختصاص بخصوص المورد.

→ ١٣٧/٩، ح ٢٤، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ١٠٢/٤، ح ٦، باب من تصدق على ولده الصغار ثم أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ١٨٠/١٩، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٣، ح ٥، وفيه القاسم بن سليمان، وهو لم يوثق صريحاً. راجع معجم رجال الحديث: ٢١/١٤.

(١) مسالك الأفهام: ٣٥٩/٥.

وعلى هذا يشكل الاكتفاء في الوقف على الجهات العامة بقبض الناظر إذا كان خارجاً عن العنوان، ففي مثل المدارس يتحقق القبض بتصرف الطلبة، وفي مثل القناطر يتحقق بعبور المارّين، فمع كون الناظر خارجاً كيف يكتفى بقبضه؟

نعم، لو وقف أرضاً مثلاً على أن يصرف منافعتها لجهة المسجد بأن تصرف للماء اللازم للوضوء والسراج والخادم مثلاً، فالظاهر كفاية قبض المتولّي للمسجد، ومع عدم المتولّي يتصدّى الحاكم أو عدول المؤمنين.

ولو كان الوقف على الطفل بقبض وليّه من الأب والجدّ والوصيّ، والمراد منه الذي جعله الأب الوليّ أو الجدّ للأب قيماً على الطفل، والدليل على كفاية قبض الوليّ صحيح صفوان وخبر عبيد بن زرارة، وعلى كفاية قبض القيّم ما دلّ على كونه قائماً مقام الوليّ الشرعي.

ولو وقف الأب أو الجدّ للأب كفى كون العين الموقوفة بيده في القبض، لكن الظاهر اعتبار قصد كونها بيده بعنوان كونها راجعة إلى المولّي عليه، فمع الغفلة وعدم التوجّه يشكل الكفاية، وهذا بملاحظة التعليل المذكور في بعض الأخبار بأنّه يلي أمره.

(والنظر إمّا في الشروط أو اللواحق).

(والشروط أربعة أقسام:)

(الأول: في الوقف).

(ويشترط فيه التنجيز، والدوام، والإقباض، وإخراجه عن نفسه، فلو

كان إلى أمد كان حبساً، ولو جعله لمن ينقرض غالباً صحّ، ويرجع بعد موت الموقوف عليه إلى ورثة الواقف طلقاً، وقيل: ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه، والأوّل مرويّ، ولو شرط عوده عند الحاجة فقولان أشبههما البطلان).

اشتراط التنجيز
في الوقف
أما اشتراط التنجيز، فهو المشهور، بل ادّعي الإجماع عليه، فإن تمّ وإلا فلا دليل عليه من الأخبار.

وفي الحقائق: لم أقف عليه في جملة من كتب المتقدّمين^(١).
وقد يقال: ظاهر ما دلّ على تسبب الأسباب ترتّب آثارها حال وقوعها^(٢).
ويشكل من جهة أنّ المراد من الأثر إن كان هو ما لا حالة منتظرة معه، فمن المعلوم أنّ الإيجاب قبل مجيء القبول، وكذا القبول قبل تحقّق القبض فيما يعتبر فيه القبض لا يترتّب عليهما الأثر بهذا المعنى حال وقوعهما.
وإن كان المراد ما يترتّب عليهما من حيث الجزئية، فالأثر بهذا المعنى غير متخلّف كما في الوجوب المشروط، فالعمدة الإجماع إن تمّ، كما في سائر العقود والإيقاعات.

ولا يخفى أنّ نظرهم إلى اعتبار عدم التعليق على غير ما هو معلّق عليه شرعاً وعند العقلاء، فلو علّق البيع على الملكية والوقف على الملكية، فالظاهر عدم الإشكال فيه، كما لو علّق الطلاق على الزوجية، لأنّ التعليق في أمثال هذه محقّق.

(١) الحقائق الناضرة: ٢٢/١٤٢.

(٢) جواهر الكلام: ٢٨/٦٢.

وأما اشتراط الدوام، فقد سبق الكلام فيه.

وأما اعتبار الإقباض الظاهر في كونه بإذن الواقف، فلا يكتفى باعتباره الإقباض بالقبض بدون الإذن فهو المشهور. اعتبار الإقباض في الوقف

وقد يستدل^(١) عليه بما ورد عن صاحب الزمان -أرواحنا له الفداء- وفيه: «فكّل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار، وكلّ ما سلّم فلا خيار»^(٢).

لكن في صحيح صفوان: «فله أن يرجع فيها، لأنهم لا يجوزونها»^(٣)، وظاهره كفاية الحيابة، ولو لم يكن بإذن الواقف.

ومع التعارض لا يبعد التمسك بعموم ما دلّ على ترتّب المثوبة على الصدقة الجارية حيث أن ترتّبها فرع الصحة؛ فتأمل.

وقد يعلّل لزوم الإذن بأنّه بدون الإذن تصرف في مال الغير بدون إذنه وهو حرام^(٤).

ويرد عليه أولاً: أنّه أخصّ من المدعى، لإمكان أن يكون العين الموقوفة بيد الموقوف عليه بعنوان العارية أو الوديعة، أو يكون الموقوف عليه وكيلًا مجازاً في التصرف، والإذن في ضمن العارية أو الوديعة أو الوكالة غير مربوط بالإذن بعنوان الوقفية.

وثانياً: أنّه مع فرض الحرمة التكليفية نقول: لا منافاة بين هذه الحرمة

(١) الحقائق الناضرة: ١٤٧/٢٢.

(٢) قد تقدّم تخريجه آنفاً.

(٣) قد تقدّم تخريجه أيضاً.

(٤) تكملة العروة الوثقى: ١/١٨٨.

وبين صحّة الوقف وضعاً، وقد سبق نظير هذا الكلام في القبض المعبر في الرهن في كتاب الرهن.

اعتبار إخراجه عن نفسه
وأما اعتبار إخراجه عن نفسه، فالظاهر عدم الخلاف فيه ^(١) إلا ما حكى عن ابن الجنيّد ^(٢).

واستدلّ ^(٣) عليه بمكاتبة عليّ بن سليمان إلى أبي الحسن عليه السلام: «جعلت فداك ليس لي ولد ولي ضياع ورثتها عن أبي وبعضها استفدتها ولا آمن الحداث، فإن لم يكن لي ولد وحدث بي حدث فما ترى جعلت فداك لي أن أقف بعضها على فقراء إخواني والمستضعفين أو أبيعها وأتصدّق بثمنها عليهم في حياتي، فإنّي أخوّف أن لا ينفذ الوقف بعد موتي، فإن وقفتها في حياتي فلي أن أكل منها أيّام حياتي أم لا؟

فكتب عليه السلام: فهتم كتابك في أمر ضياعك، فليس لك أن تأكل منها من الصدقة، فإن أنت أكلت منها لم تنفذ، إن كان لك ورثة فبيع وتصدّق ببعض ثمنها في حياتك، وإن تصدّقت أمسكت لنفسك ما يقوتك مثل ما صنع أمير المؤمنين عليه السلام» ^(٤).

(١) الخلاف: ٣/ ٥٤٩؛ الوسيلة: ٣٧٠؛ غنية النزوع: ٢٩٧؛ السرائر: ٣/ ١٥٥، وفيه دعوى الإجماع؛ إصباح الشيعة: ٣٤٦؛ شرائع الإسلام: ٢/ ١٧٠؛ الجامع للشرائع: ٣٧٠؛ قواعد الأحكام: ٢/ ٣٨٨؛ الدروس الشرعية: ٢/ ٢٦٧.

(٢) مختلف الشيعة: ٦/ ٣١٥.

(٣) مختلف الشيعة: ٦/ ٣١٥؛ كفاية الأحكام: ٢/ ١١؛ الحقائق الناضرة: ٢٢/ ١٥٦-١٥٨.

(٤) الكافي: ٧/ ٣٧، ح ٣٣، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٣٨، ←

وخبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه: «أن رجلاً تصدَّق بدار له وهو ساكن فيها، فقال عليه السلام: الحين اخرج منها»^(١).

ونوقش بأن الخبرين مع عدم وفائهما بجميع صور المسألة يمكن الخدشة في دالتهما.

أما الخبر، فواضح، إذ ليس مقتضاه إلا وجوب الخروج عن الدار بعد أن وقفها على غيره، ولا دلالة فيه على عدم جواز الوقف على نفسه.

وأما المكاتبه، فالظاهر أنه أيضاً كذلك، فالمراد أنه إذا وقف على الفقراء لا يجوز أن يأكل ما دام حياته، ولا دلالة فيها على عدم جواز أن يجعل شيئاً من الوقف لنفسه مدة حياته^(٢).

ويمكن أن يقال: لعلَّ نظر المستدلَّ بالخبر المذكور إلى أنه مع صدق العنوان الموقوف عليه على الواقف ليس له أن تسكن فيها، فإنه مع كون الوقف على الغير لا شبهة في كون الواقف أجنبياً ليس له التصرف، ولا أقلَّ من شمول مورد السؤال إن كان سؤال في البين، لما ذكر من صدق

→ ح ٥٥٧٠، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ١٢٩/٩، ح ١، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٧٦/١٩، أبواب الوقوف والصدقات، ب ٣، ح ١. وعلي بن سليمان مهمل.

(١) تهذيب الأحكام: ١٣٨/٩، ح ٢٩، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ١٠٣/٤، ح ٢، باب من تصدَّق بمسكن على غيره يجوز له أن يسكن معه أم لا؛ وسائل الشيعة: ١٧٨/١٩، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٣، ح ٤. والرواية موثقة بطلحة بن زيد العامي. راجع معجم رجال الحديث: ١٦٣/٩.

(٢) تكملة العروة الوثقى: ١٩٧/١.

العنوان على نفس الواقف، فإذا لم يجز له التصرف في هذه الصورة، فلعل صورة الوقف على نفسه بالاستقلال لا تصح بطريق أولى.

وأما المكاتب، فلعل نظر المكاتب إلى أنه مع الوقف على المستضعفين وكون نفسه منهم يجوز له أن يأكل منه أم لا، فأجيب بعدم الجواز وإلا فالوقف على الإخوان كيف يجوز للواقف الخارج أن يأكل منه حتى يحتاج إلى السؤال ولا أقل من احتمال كون نظر السائل إلى ما ذكر؟ فالجواب بالمنع مع هذا الاحتمال يشمل هذه الصورة وإلا للزم السؤال عن مراد السائل.

ثم إنه بعد الفراق عن اعتبار التأييد في الوقف، فلو جعله إلى أمد كان حبساً ولا يكون باطلاً - كما قيل -، لكفاية قصد حقيقة الحبس وهو متحقق، وتخيل أنه وقف يترتب عليه آثار الوقفية لا يضر، ولم يؤخذ في مفهوم الوقف التأييد حتى يقال: مع قصد الوقف في الإنشاء كيف يتحقق ما هو مبين له؟

ولا مجال أيضاً لدعوى التباين من جهة أن مقتضى الوقف الخروج عن ملك الواقف والدخول في ملك الموقوف عليه، ومقتضى الحبس عدم الخروج عن ملك الحابس، لأن الخروج عن ملك الواقف في الوقف من جهة التأييد وهو منتف.

ويمكن أن يقال: ما ذكر من أنه إذا جعله إلى أمد يكون حبساً في ما يكون قابلاً للبقاء، وأما ما لا يكون قابلاً للبقاء وذا منفعة، فلا مانع من كونه إلى أمد يكون منتهى ماليته، وكونه ذا منفعة، فلا مانع من

كونه وقفاً مع ذكر الأمد وخروجه عن ملك الواقف حيث إنه كما أنّ الحبس الأبدي لا يلائم مع بقاء الملكية والمالية للواقف عند العقلاء كذلك لو حبس ما لعمره أمد إلى آخر عمره لا يلائم حبسه كذلك مع بقاءه على الملكية والمالية للحابس.

نعم، لو وقف مثل بستان أو دار ونحوهما ممّا له عنوان خاصّ ينتفع به مع بقاء العنوان فزال العنوان كأن صار البستان عرصة وانهدمت الدار وصارت عرصة لا يخرج الأرض في مثل الدار والبستان، بل والأشجار اليابسة عن المالية مع حفظ الدوام.

وأما لو جعله لمن ينقرض غالباً، فالمشهور^(١) أنّه صحّ وقفاً، ومقتضى الوقف لمن ينقرض غالباً القاعدة بقاؤه على ملك الحابس، ومع موته قبل الانقراض يرجع إلى من يرثه عند الموت، ولم يظهر فرق بين الوقف بهذا النحو والحبس كما ذكر قول^(٢) آخر به.

نعم، من التزم بأنّ العين الموقوفة تنتقل إلى الموقوف عليه، وتخرج عن ملك الواقف يفرّق بين الوقف والحبس في المقام حيث إنّهُ على الوقف يخرج عن ملك الواقف بخلاف القول بكونه حبساً، لكن مع ذلك إن قلنا بأنّه بعد الانقراض ينتقل إلى ملك ورثة الواقف حين موته لا تظهر ثمرة. وإن قلنا بالانتقال إلى ورثته حين انقراض الموقوف عليه تظهر الثمرة،

(١) المقنعة: ٦٦٥؛ الخلاف: ٣/٥٤٣؛ المراسم: ١٩٨؛ المهذب: ٢/٩١؛ السرائر: ٣/١٦٥؛

تذكرة الفقهاء: ٢٠/١٦٢-١٦٣.

(٢) الوسيلة: ٣٧٠؛ الدروس الشرعية: ٢/٢٦٤؛ مسالك الأفهام: ١/٣٥٥.

لكن الحقّ أنّه لا دليل على انتقال العين الموقوفة إلى الموقوف عليه، غاية الأمر في الوقف المؤبّد حيث إنّّه لا أمد له لا يعتبر العقلاء الملكية للواقف، ولا يوجب هذا كون العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم، أو للجهة، ولا مانع من كونها بلا مالك، وما ذكر لا يجري في الوقف المنقطع.

واستدلّ^(١) على الصحّة - وإن كان حبساً في الواقع - بصحيح ابن مهزيار «قلت له: روى بعض مواليك عن آبائك: إنّ كلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة، وكلّ وقف إلى غير وقت جهل مجهول، فهو باطل مردود على الورثة، وأنت أعلم بقول آبائك عليه السلام؟ فكتب عليه السلام: هو كذلك عندي»^(٢).

وقد يقال^(٣): إنّ المراد من التوقيت وعدمه فيه هو ذكر الموقوف عليه وعدمه بقرينة صحيح الصفّار: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصحّ كيف هو؟ فقد روي أنّ الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان موقتاً فهو صحيح ممضى، وقال قوم: إنّ الموقت هو الذي يذكر فيه أنّه وقف على فلان وعقبه، فإذا انقرضوا فهو

(١) الحدايق الناضرة: ٢٢/ ١٣٥؛ رياض المسائل: ١٠/ ١٠٥.

(٢) الكافي: ٣٦/ ٧، ح ٣١، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٣٧، ح ٥٥٦٩، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ١٣٢، ح ٨، باب الوقف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/ ٩٩، ح ١، باب من وقف وقفاً ولم يذكر الموقوف عليه؛ وسائل الشيعية: ١٩/ ١٩٢، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٧، ح ١.

(٣) جواهر الكلام: ٢٨/ ٥٤.

للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، قال: وقال آخرون: هو موقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر في آخره الفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، والذي هو غير موقت أن يقول: هذا وقف ولم يذكر أحداً، فما الذي يصح من ذلك والذي يبطل؟ فوقع عليه السلام: الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله»^(١).

وأورد على هذا القائل أولاً: أن كلا منهما - يعني الخبرين - خبر مستقل، ولا وجه لجعل أحدهما قرينة على الآخر، بل اللازم الأخذ بمفاد كل منهما.

وثانياً: أنه يمكن حمل الثاني أيضاً على إرادة المدة من التوقيت فيه، ويكون ذكر الموقوف عليه على الوجه المذكور لبيان المدة، وحاصل السؤال أن الموقت فسر بوجهين: أحدهما: مع التأييد، والآخر: بدونه، فأيهما الصحيح؟ ومقتضى قوله عليه السلام: «الوقوف» إلى آخره صحة كل منهما^(٢).

ويمكن أن يقال: إن ما ذكر من الإيراد أولاً على قول القائل يشكل من جهة أنه يظهر أن الوقف الموقت وغير الموقت كانا معروفين، ويريد السائل السؤال عن المراد بعد معلومية اختلاف حكمهما، فالظاهر أن الوقف الموقت بكلا المعنيين صحيح، وإن كان ما لم يذكر فيه التأييد حساً حقيقة في مقابل الوقف المؤبد.

(١) تهذيب الأحكام: ١٣٢/٩، ح ٩، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠٠، ح ٢، باب من وقف وقفاً ولم يذكر الموقوف عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٩٢، أبواب أحكام

الوقف والصدقات، ب ٧، ح ٢.

(٢) تكملة العروة الوثقى: ١/١٩٣.

اشتراط العود إلى نفسه عند الحاجة، فالمحكّي عن الأكثر^(١) صحّته، وعن جماعة البطلان^(٢).

واستدلّ^(٣) للقول بالبطلان بخبر إسماعيل بن الفضل، عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن الرجل يتصدّق ببعض ماله في حياته في كلّ وجه من وجوه الخير وقال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحقّ به، ترى ذلك له، وقد جعله الله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة؟ قال عليه السلام: يرجع ميراثاً على أهله»^(٤).

ونقله في المسالك وقال: «إن احتجت إلى شيء من مالي أو من غلّته فإنّي أحقّ به أله ذلك وقد جعله الله؟ وكيف يكون حاله إذا هلك الرجل يرجع ميراثاً؟» إلى آخر^(٥).

وخبره الآخر عنه عليه السلام أيضاً: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت

(١) الانتصار: ٢٢٦، وفيه دعوى الإجماع؛ المنفعة: ٦٥٢؛ النهاية: ٥٩٥؛ المراسم: ١٩٧؛ المهذب: ٩٣/٢؛ مختلف الشيعة: ٢٩١/٦.

(٢) المبسوط: ٣/٣٠٠؛ الوسيلة: ٣٧٠؛ السرائر: ١٥٦/٣.

(٣) مختلف الشيعة: ٢٩١/٦؛ المهذب البارع: ٥٥/٣؛ مسالك الأفهام: ٣٦٥/٥؛ الحقائق الناضرة: ١٦٥/٢٢.

(٤) تهذيب الأحكام: ١٣٥/٩، ح ١٥٩/٩، ١٤٦، ح ٥٤، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٧٧/١٩، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٣، ح ٣. وأعلم أنّ الشيخ عليه السلام نقل الرواية في موضعين أشرنا إلى تخريجها. فما في المتن، ففيه محمد بن سنان. وأمّا الآخر، فهو - مع اختلافه السير مع الأوّل كما سيأتي الإشارة إليه من المسالك - صحيح أو موثق على كلام في أبان. راجع معجم رجال الحديث: ١٦٧/١.

(٥) مسالك الأفهام: ٣٦٥/٥.

إليها فأنا أحقّ بها، ثمّ مات الرجل فإنّها ترجع إلى الميراث»^(١)، فإنّ حكمه عليه السلام بالرجوع إلى الميراث بعد السؤال عن صحّة هذا الشرط وعدمها، وعن رجوعه ميراثاً وعدمه إذا شرط هذا الشرط في الخبر الأوّل، وبالرجوع إليه في الخبر الثاني بقول مطلق من غير سبق سؤال، ظاهر في بطلانه.

ويمكن أن يقال: إنّ الخبر الأوّل ظاهر في أنّ المتصدّق هل له أن يشترط الشرط المذكور مع أنّه جعله الله فكأنّ صحّة التصدّق مفروغ عنها والسؤال عن صحّة الشرط وفسادها؟ فأجيب ظاهراً بصحّة الشرط المذكور، وقرّر على صحّة التصدّق، فالخبر دليل على الصحّة لا على الفساد.

والخبر الثاني لو لم يكن فيه ما ذكر فيه: «فإنّها ترجع إلى الميراث» لكان ظاهراً في البطلان، لكن معه لا ظهور له، ولا أقلّ من الإجمال، ومعه لا مجال لرفع اليد عن ظهور الخبر الأوّل في الصحّة.

(الثاني: في الموقوف).

(ويشترط أن يكون عيناً مملوكة ينتفع بها مع بقائها انتفاعاً محللاً، ويصحّ إقباضها مشاعة كانت أو مقسومة).

إذا كان حقيقة الوقف تحييس الأصل وتسبيل المنفعة - كما يظهر من
بعض الأخبار - فلا بدّ أن يكون الموقوف عيناً لها منفعة، واعتبار
اشترط أن يكون
عيناً مملوكة

(١) تهذيب الأحكام: ١٥٠/٩، ح ٥٩، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٧٧/١٩، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٣، ح ٣. والخبر صحيح أو موثّق على كلام في أبان. راجع معجم رجال الحديث: ١٦٧/١.

المملوكية بمعنى كونها تحت سلطنة الواقف، لأنه مع عدم السلطنة ليس للواقف التحبيس والتسبيل، فما كان الانتفاع به بإتلافه لا يصح وقفه.

وعلى هذا فلا مانع من وقف الدين والكلّي في الذمة مع القابلية للبقاء والانتفاع بالمنافع، لكن ادّعي الإجماع على عدم الصحة، فإن تمّ الإجماع وإلا فلا مانع حيث يصحّ الإقباض، وبقاء العين والانتفاع بالمنفعة، والظاهر أنّ الإجماع في خصوص الكلّي في الذمة لا الكلّي في المعين، فإنّ الظاهر أنّ حاله حال المشاع الذي لا إشكال في صحّة وقفه.

وما يقال: من أنّ المستفاد من قوله ﷺ: «حبس الأصل [و] سبّل الثمرة»^(١) وما وقع من وقوف المعصومين اعتبار فعلية التهيؤ للمنفعة في الأصل الذي يراد حبسه، ولا ريب في انعدام التهيؤ فعلاً للكلّي المسلم فيه مثلاً^(٢) ممنوع.

وأما اعتبار كون المنفعة المقصودة محللة، فلا شبهة فيه حيث إنّ الشارع لم يجوز الانتفاع بالمنافع غير المحللة، فكيف يمضي الوقف الذي يكون النظر فيه إلى المنافع المحرمة كوقف الدابة لحمل الخمر مثلاً؟

مضافاً إلى التعبير بالصدقة في لسان الأخبار، وبعد اعتبار الإقباض لا بدّ من صحّة الإقباض، فلا يصحّ وقف الطير في الهواء، ولا وقف العبد الأبق ولو مع الضميمة مع اليأس عن العثور عليه.

نعم، لو قدر الموقوف عليه على القبض مع إذن الواقف، فالظاهر الصحة،

يعتبر كون المنفعة المقصودة محللة

(١) سنن النسائي: ٦/٢٣٣؛ السنن الكبرى: ٦/١٦٢.

(٢) جواهر الكلام: ١٥/٢٨.

بل لا يبعد الصحة مع احتمال التمكن إذا حصل التمكن، ولا إشكال ولا خلاف في صحة وقف العين المشاعة وقبضها كقبض العين المبعة.

(الثالث: في الواقف).

(ويشترط فيه: البلوغ، وكمال العقل، وجواز التصرف، وفي وقف من بلغ عشرين سنة، المروي جواز صدقته، والأولى المنع، ويجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه على الأشبه، وإن أطلق، فالنظر لأرباب الوقف).

لا إشكال في عدم صحة تصرفات غير البالغ بالاستقلال، ومع إجازة الولي المشهور عدم الصحة، وإثباته بحسب الأدلة مشكل، وقد مر الكلام فيه في كتاب البيع.

وأما البالغ عشر سنين، فقد اختلفوا في صحة وقفه، والمشهور^(١) عدم صحته، لعموم ما دلّ على عدم صحة تصرفات غير البالغ، وعن المفيد^(٢) صحة وقفه^(٣)، ولعله للأخبار الواردة في جواز صدقته بناء على أن المراد منها ما يشمل الوقف أيضاً.

ففي خبر زرارة عن أبي جعفر^(عليه السلام): «إذا أتى على الغلام عشر سنين، فإنه يجوز في ماله ما أعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف وحقّ فهو جائز»^(٤).

(١) المراسم: ٢٠٣؛ السرائر: ٢٠٦/٣؛ تذكرة الفقهاء: ١٢٤-١٢٥.

(٢) المقنعة: ٦٦٦-٦٦٧. واعلم أنه صرح كثير من الفقهاء المتقدمين بأن الغلام إذا بلغ عشر سنين يجوز صدقته إذا كان بالمعروف، فحيث إن الوقف عندهم صدقة، فيظهر منهم صحة وقف الغلام إذا بلغ عشر سنين. النهاية: ٦١١؛ المهذب: ١١٩/٢؛ الوسيلة: ٣٢٣؛ إصباح الشيعة: ٣٥٤؛ الجامع للشرائع: ٤٩٣.

(٣) الكافي: ٢٨/٧، ح ١، باب وصية الغلام والجارية التي لم تدرك وما يجوز منها وما لا يجوز؛ ←

وفي موثقة جميل بن درّاج عن أحدهما عليه السلام: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم»^(١).

وفي موثقة الحلبي ومحمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل عن صدقة الغلام ما لم يحتلم؟ قال عليه السلام: نعم إذا وضعها في موضع الصدقة»^(٢).

وقد يستشكل بأنّه يمكن أن يقال: إنّ المراد من الصدقة في هذه الأخبار الصدقات الجزئية الصادرة منه لا مثل الوقف، ولا أقلّ من الشكّ، فالأقوى عدم الصحة^(٣).

ولم يظهر وجه للإشكال إلّا دعوى الانصراف وهي ممنوعة خصوصاً مع ذكر العتق والوصية، وعلى أيّ تقدير الظاهر عدم الإشكال في صحّة وصيته، للأخبار المعمول بها، فإذا أوصى بالوقف صحّ عنه وقف الوصي.

وأما اشتراط كمال العقل وجواز التصرف، فإن كان النظر فيه إلى

اشتراط كمال العقل

وجواز التصرف في

الواقف

→ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ١٩٧، ح ٥٤٥١، باب الحدّ الذي إذا بلغه الصبي جازت وصيته؛ تهذيب الأحكام: ٨/ ٢٤٨، ح ١٣١، باب العتق وأحكامه؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢١١، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ١٥، ح ١. والرواية موثقة بموسى بن بكر الثقة الواقفي. راجع معجم رجال الحديث: ١٩/ ٢٨.

(١) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٨٢، ح ٨، باب وصية الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢١٢، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ١٥، ح ٢. والتعبير عنها بالموثقة لابن بكير الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٨١.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٨٢، ح ٩، باب وصية الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢١٢، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ١٥، ح ٣. والتعبير عنها بالموثقة لابن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٣) تكملة العروة الوثقى: ١/ ٢٠٨.

إخراج المجنون، فوجهه واضح، وإن كان النظر إلى إخراج السفية، فمن جهة ممنوعيته بالنسبة إلى أمواله، وأمّا تصرّفاته بالنسبة إلى مال الغير - كما لو وكله الغير أو كان وصياً-، فلا مانع له.

وأمّا جواز جعل النظر لنفسه، فالظاهر عدم الإشكال فيه، واستدلّ عليه جواز جعل الواقف النظر لنفسه بما دلّ على وجوب الوفاء بالشروط إلّا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً^(١).

ولا يبعد التمسك بما في التوقيع الخارج من الناحية المقدّسة: «وأمّا ما سألت من أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة يسلمها من قد يقوم بها ويعمرها ويؤدّي من دخلها خراجها ومؤنّتها، ويجعل ما يبقى من الدخل لناحيتنا، فإنّ ذلك لمن جعله صاحب الضيعة قيماً عليها إنّما لا يجوز ذلك لغيره»^(٢)، الحديث بملاحظة ذيله: «فإنّ ذلك لمن جعله»، إلى آخره، فإنّه يشمل نفسه إلّا أن يقال: لم يعلم كون الضيعة وقفاً، ولعلّها كانت حبساً فلم يخرج عن ملك الحابس، ومن المعلوم أنّ الاختيار للمالك.

وأمّا التمسك بما دلّ على وجوب الوفاء بالشروط، فلا يخلو عن الإشكال، لأنّه إن كان الشرط خصوص ما كان في ضمن العقد، كالبيع والإجارة، فشموله للمقام مبنيّ على كون الوقف من العقود، وفيه إشكال. ثمّ إنّ ظاهر ما دلّ على وجوب الوفاء أنّ ما شرط على نفسه يجب

(١) مختلف الشيعة: ٦ / ٣٠٠.

(٢) إكمال الدين: ٥٢٠؛ الاحتجاج: ٢ / ٤٨٠؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ١٨١، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب، ٤، ح ٨. والرواية صحيحة.

الوفاء به وليس كون النظر لنفسه أو لغيره ممّا شرط على نفسه حتّى يجب الوفاء، نعم، إن كان مفاد الأدلّة لزوم كلّ شرط كلزوم العقد، أمكن الاستدلال به مع قطع النظر عمّا ذكر.

ويمكن التمسك لصحّة جعل التولية للغير بحكاية صدقة الكاظم عليه السلام^(١) بأرضه وقد جعل -على المحكي- الولاية فيها إلى الرضا عليه السلام وابنه إبراهيم، ثم على من بعدهم على الترتيب المذكور في الخبر.

وأما التمسك بما ورد من: «أنّ الوقوف على [حسب] ما يوقفها أهلها»^(٢)، فلا يخلو عن الإشكال، لأنّ تعيين الناظر ليس من كيفة الوقف، ولا أقل من الشك.

هذا مع التعيين، وأما مع عدم التعيين، ففيه أقوال، فنقول: لا مجال لاحتمال كونه للواقف سواء قلنا بخروج الموقوفة عن ملكه، كما في الوقف المؤبّد أم لا كما في الوقف المنقطع الآخر إن قلنا بكونه وقفاً لا حسباً، لكون الواقف في الصورة الأولى أجنبيّاً، وكذا في الصورة الثانية، لأنّ

(١) الكافي: ٥٣/٧ - ٥٤، ح ٨، باب صدقات النبي صلى الله عليه وآله وفاطمة والأئمة ووصاياهم؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٤٩/٤ - ٢٥٠، ح ٥٥٩٣، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ١٤٩/٩ - ١٥٠، ح ٥٧، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ٢٠٢/١٩، كتاب الوقوف والصدقات، ب ١٠، ح ٤. والرواية صحيحة.

(٢) الكافي: ٣٧/٧، ح ٣٤، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٣٧/٤، ح ٥٥٦٧، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ١٢٩/٩ - ١٣٠، ح ٢، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٧٥/١٩ - ١٧٦، كتاب الوقوف والصدقات، ب ٢، ح ١ - ٢. والرواية صحيحة.

الملكيّة بهذا النحو لا توجب حقّاً للمالك بالنسبة إلى زمان الحبس، أو الوقف، ألا ترى أنّ المؤجّر لا حقّ له بالنسبة إلى المنافع الراجعة إلى المستأجر، وقد يدفع احتمال كون التولية راجعة إلى الموقوف عليهم بأنّهم بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة أجنبيّون.

ويشكل بأنّ هذا يوجب سلب سلطنتهم بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة دون الطبقة الموجودة، وإذا كان منافع العين الموقوفة راجعة إلى صنف خاصّ بنحو الشريك كالوقف على الأولاد، ففي الحقيقة تكون المنفعة مشتركة بين أشخاص وهم مسلّطون على أموالهم، فلا حاجة إلى تولّي غيرهم من الحاكم أو عدول المؤمنين إلّا مع قصورهم، كما لو كانوا صغاراً أو مجانين أو سفهاء، ومع عدم الشريك كما لو كان الموقوف عليهم غير محصورين، فلا مانع من كون الموقوف عليهم حالهم حال من أبيح لهم الأنفال حيث لا يكون تصرّفهم محتاجاً إلى إذن الغير وتعيينه كوقف المعابر والقناطر والمقابر.

ومّا ذكر ظهر أنّه على فرض عدم الملكيّة للموقوف عليهم وكونهم مصرفاً أيضاً لا إشكال.

ومّا ذكر يظهر حال الوقف على الجهات العامّة.

والحاصل أنّه لم يظهر وجه للزوم مداخلة الحاكم أو عدول المؤمنين من جهة تصرّف الموقوف عليهم، أو تصرّف الناس في الوقف على الجهات.

نعم، إذا احتاج العين الموقوفة إلى الإصلاح والعمارة يتولّى الحاكم أو عدول المؤمنين أو غيرهم.

(الرابع: في الموقوف عليه).

(ويشترط وجوده، وتعيينه، وأن يكون ممّن يملك، وأن لا يكون الوقف عليه محرّماً، فلو وقف على من سيوجد لم يصحّ، ولو وقف على موجود وبعده على من يوجد صحّ، والوقف على البرّ يصرف على الفقراء^(١) ووجوه القرب، ولا يصحّ وقف المسلم على البيع والكنائس، ولو وقف على ذلك الكافر صحّ، وفيه وجه آخر، ولا يقف المسلم على الحربي ولو كان رحماً، ويقف على الذمي ولو كان أجنبيّاً).

أمّا اشتراط وجود الموقوف عليه، ففي الجملة لا إشكال فيه، فمع عدم القابليّة للوجود بعد ذلك، كما لو وقف داراً لسكنى زيد فتبيّن موته، فلا إشكال في بطلانه، لعدم اعتبار العقلاء.

اشتراط وجود
الموقوف عليه

وأما صورة القابليّة للوجود، كالوقف على من سيوجد ويوجد بعد الوقف، فادّعي الإجماع على بطلانه^(٢).

وعلّل بأنّ الملكيّة صفة وجوديّة تستدعي محلاً موجوداً^(٣)، فإنّ تمّ الإجماع وإلاّ فالوجه المذكور لا يثبت المدّعى، لأنّه من المسلّم صحّة الوقف على الطبقة الموجودة، والطبقة اللاحقة المعدومة في زمان الطبقة الموجودة، والقواعد العقلية غير قابلة للتخصيص.

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «إلى الفقراء» بدل «على الفقراء».

(٢) النهاية: ٥٩٦؛ المهذّب: ٨٨/٢؛ غنية النزوع: ٢٩٧، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر:

١٥٦/٣، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ إصباح الشيعة: ٣٤٦؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٦٦؛

إرشاد الأذهان: ٤٥٢/١.

(٣) تكملة العروة الوثقى: ٢٠٨/١.

ويرد النقص بتمليك الثمرة المدومة، والظاهر عدم الإشكال في صحّة الوقف على الحجاج والزوّار وإمام مسجد خاصّ مع عدم وجودهم بالعناوين المذكورة في الوقف.

وأما لزوم تعيين الموقوف عليه، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(١) فلا يصحّ لزوم تعيين الموقوف عليه مع عدم التعيين، فإن تمّ الإجماع عليه وإلاّ فالوجه العقلي، وإنّ الملكية صفة وجوديّة تحتاج إلى محلّ معيّن لا يتمّ، كما في طرف المملوك حيث يصحّ الوصيّة بأحد العبدین.

وأما اشتراط القابليّة للتملّك، فهو مبنيّ على كون منافع العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم، ويتفرّع عليه عدم صحّة الوقف على المملوك على القول بعدم أهليّته للتملّك، ولا على الحربي على القول بعدم تملكه لما في يده حيث إنّ ماله فيء للمسلمين، ولا على المرتدّ الفطري حيث إنّ أمواله لورثته، ويشكل بمنع كون الوقف بقول مطلق تمليكاً للمنفعة.

وثانياً: لا نسلم عدم التملّك للمذكورين، فإنّ الحقّ أنّ العبد يملك، غاية الأمر أنّه محجور، ولا نسلم عدم تملك الحربي، والمرتدّ الفطري يقسم أمواله المتملّكة في زمان إسلامه بين ورثته، وأما أمواله التي حصلت له بعد الارتداد، فلا يستفاد من الأدلّة انتقالها إلى ورثته.

وأما اشتراط أن لا يكون الوقف عليه محرّماً - كمعونة الزناة - اشتراط عدم كون الوقف عليه محرّماً

(١) النهاية: ٥٩٦؛ المهذب: ٨٧/٢؛ غنية النزوع: ٢٩٧؛ الوسيلة: ٣٧٠؛ تذكرة الفقهاء: ١٢٩/٢٠.

٣٢٦ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

والشاربين للخمر وشراء الكتب المحرّفة من التوراة والإنجيل -، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(١).

وعلّل بأنّه إعانة على المحرّم فمع اعتبار قصد القربة في الوقف لا إشكال ومع عدم اعتباره أيضاً^(٢).

ويمكن أن يقال: إذا كان منهيّاً عنه، فهو غير ممضى شرعاً، كما يظهر ممّا ورد في نكاح العبد بغير إذن المولى من أنّه ما عصى الله وإنّما عصى سيّدها، فما كان معصية لله - تبارك وتعالى - لا يصحّ، ولا ينافي هذا صحّة وقف الكفّار البيع والكنائس، لأنّهم مقرّون على مذاهبهم مع تحقّق الشرائط، كصحّة بيع الخمر والخنزير بينهم.

حكم الوقف على من
سيوجد
وأما الوقف على من سيوجد، فادّعي الإجماع^(٣) على بطلانه، وقد سبق الإشكال فيه لولا الإجماع، وأما الوقف على موجود وبعده على من يوجد، فلا إشكال في صحته.

الوقف على البرّ والوقف على البرّ يصرف على الفقراء ووجه القرب.

وقد ظهر ممّا ذكر عدم جواز الوقف على البيع والكنائس للمسلم وإن جاز للكافر من جهة كونه مقرّاً على مذهبه.

(١) غنية النزوع: ٢٩٧، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ١٥٦/٣، وفيه دعوى الإجماع؛ إصباح الشيعة: ٣٤٦؛ جامع الخلاف والوافاق: ٣٦٦؛ تذكرة الفقهاء: ٢٠/١٣٤-١٣٧، وفيه دعوى عدم الخلاف.

(٢) تكملة العروة الوثقى: ١/٢١٣.

(٣) قد مرّ تخريج القائلين بالبطلان، فراجع.

وأما وقف المسلم للحربي، ففيه أقوال^(١)، والظاهر عدم الإشكال، لما دلّ على جواز الصدقة عليه، وللآية الشريفة: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِينِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ﴾^(٢).

وأما قوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ﴾^(٣)، فلا يظهر منه المنع، لعدم الملازمة بين التصدق على الكافر والإحسان إليه وبين المودة، فإن الآية الشريفة آية عن التخصيص، ولا إشكال في جواز إكرام الضيف الكافر والإحسان إليه، كما حكي من عيادة اليهودي المريض.

وقد يقال: المنع المستفاد من الآية إنّما هو عن المودة من حيث كونها محاذة لا مطلقاً، فلا تدلّ على المنع في المقام^(٤).

ويشكل من جهة أنّه إذا قال المولى لعبده: لا تعاشر الفاسق، فلا يستفاد منه النهي عن معاشره الفاسق من حيث فسقه، بل يظهر منه النهي عن المعاشره مطلقاً.

نعم، الظاهر من الآية السابقة ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ﴾ إلى آخرها التقييد بعدم كون الكافر ممن يقاتل في الدين، وممن يخرج المسلمين من ديارهم، فيشكل الوقف على من يقاتل في الدين ويخرج المسلمين من ديارهم.

(ولو وقف المسلم على الفقراء انصرف إلى فقراء المسلمين، ولو كان

الفقراء

(١) لاحظ تذكرة الفقهاء: ٢٠ / ١٣٧-١٣٨.

(٢) الممتحنة: ٨.

(٣) المجادلة: ٢٢.

(٤) تكملة العروة الوثقى: ١ / ٢١٤.

كافراً أنصرف إلى فقراء نخلته، والمسلمون من صلى إلى القبلة،
والمؤمنون الاثنا عشرية وهم الإمامية، وقيل: مجتنبو الكبائر خاصة،
والشيعة: الإمامية والجارودية. والزيدية: من قال بإمامة زيد،
والفطحية: من قال بالأفطح، والإسماعيلية: من قال بإسماعيل بن
جعفر عليه السلام، والناووسية: من وقف على جعفر بن محمد عليه السلام،
والواقفية: من وقف على موسى بن جعفر عليه السلام، والكيسانية: من قال
بإمامة محمد بن الحنفية، ولو وصفهم بنسبة إلى عالم كان بمن دان ^(١)
بمقالته كالحنفية، ولو نسبهم إلى أب، كان لمن انتسب بالأبناء دون
البنات على الخلاف، كالعلوية والهاشمية، ويتساوى فيه الذكور
والإناث، وقومه أهل لغته، وعشيرته الأدنون في نسبه، ويرجع بالجيران
إلى العرف، وقيل بمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً، وقيل: إلى أربعين داراً،
وهو مطرح).

دعوى الانصراف في الفقراء لا تخلو عن الإشكال خصوصاً إذا كان
الواقف ممن لا يفرق بين الفقراء ويكون نظره إلى إعانة الضعيف كائناً
من كان.

وعلى فرض التسليم لا يبعد الانصراف إلى أهل مذهبه، وما ذكر في
تفسير بعض العناوين يشكل الأخذ به بنحو الإطلاق، لاختلاف الأعصار،
فلا بد من ملاحظة عرف الواقف، ففي عرفنا لا يختص المؤمن بمجتنبي
الكبائر، ولعل الشيعة خصوص الاثني عشرية، ولا أقل من الانصراف.

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «لمن دان» بدل «بمن دان».

ولا يراد من القوم أهل اللغة، بل العشيرة الأدنون وإن اختلفت اللغة.

وقد اختلفت الأخبار في تفسير المؤمن، فيستفاد من بعضها أن الإيمان
مركب من الإقرار باللسان والاعتقاد بالجنان والعمل بالأركان^(١)،
ويستفاد من بعضها أنه الإقرار باللسان والتصديق بالجنان^(٢)، وقد يجمع
بحمل المطلق على المقيّد^(٣).

ولا يخفى الإشكال فيه، فإنّ مقام التحديد والتعريف لا يناسب
الإطلاق وضرب القانون حتّى يقيّد، [و] الأولى حمل ما دلّ على مدخليّة
العمل بالأركان على المرتبة الكاملة.

ويؤيّد ما ذكر ما روي في مقاتلة أصحاب أمير المؤمنين -صلوات الله
عليه- مع أصحاب معاوية من ذكر الآية الشريفة: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ
اقْتَتَلُوا﴾^(٤)، الآية^(٥).

وعلى فرض التسليم الحمل على المعنى المذكور في الأخبار مبنيّ على
توجّه الواقف إلى ذلك المعنى، ولذا لو وقف غير الشيعة الاثني عشرية من
فرق المسلمين لا ينصرف إلى المعنى المذكور، بل يحمل على المعروف بينهم.

(١) في الخبر عن عبد الرحيم القصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «الإيمان هو الإقرار باللسان وعقد في
القلب وعمل بالأركان». الكافي: ٢/ ٢٧، ح ١، باب آخر منه وفيه أنّ الإسلام قبل الإيمان.

(٢) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «الإيمان إقرار وعمل والإسلام إقرار
بلا عمل». الكافي: ٢/ ٢٤، ح ٢، باب أنّ الإسلام يحقن به الدم وتؤدّي به الأمانة وأنّ
الثواب على الإيمان.

(٣) راجع مرآة العقول: ١٢١/ ٧.

(٤) الحجرات: ٩.

(٥) الكافي: ٥/ ١٠-١١، ح ٢، باب وجوه الجهاد.

تحديد الجيران في
العرف والأخبار
وأما الجيران، فالمرجع فيهم العرف، كما عن جماعة^(١)، وعن
المشهور^(٢) الحمل على من يلي داره إلى أربعين ذراعاً، واختار صاحب
الحدائق^(٣) الحمل على من يلي داره إلى أربعين داراً.
واستدلّ بأخبار:

الروايات الواردة
في المقام
منها: الصحيح أو الحسن^(٤) عن جميل، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «حدّ
الجوار أربعون داراً من كلّ جانب من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه
وعن شماله»^(٥).

ومنها: الخبر عن عمرو بن عكرمة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال
رسول الله صلى الله عليه وآله: كلّ أربعين داراً جيران من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه
وعن شماله»^(٦).

والأخبار محمولة على ترتّب الآثار الشرعيّة، مثل تأكّد استحباب
حضور المسجد لجاره، واستحباب حسن الجوار، ولا توجب حمل كلام
الناس عليه، كما لو أمر السيّد عبده بإضافة جيرانه.

(١) شرائع الإسلام: ١٦٩/٢؛ مختلف الشيعة: ٣١٤/٦.
(٢) المقنعة: ٦٥٣؛ الكافي في الفقه: ٣٢٦؛ المراسم: ١٩٨؛ النهاية: ٥٩٩؛ الوسيلة: ٣٧١؛ غنية
النزوع: ٢٩٩، وفيه دعوى الإجماع؛ إصباح الشيعة: ٣٤٧؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٦٩.
(٣) الحدائق الناضرة: ٢٢/٢١١.
(٤) الترديد من جهة إبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.
(٥) الكافي: ٦٦٩/٢، ح ٢، باب حدّ الجوار؛ وسائل الشيعة: ١٢/١٣٢، أبواب أحكام
العشرة، ب ٩٠، ح ١.
(٦) الكافي: ٦٦٩/٢، ح ١، باب حدّ الجوار؛ وسائل الشيعة: ١٢/١٣٢، أبواب أحكام
العشرة، ب ٩٠، ح ٢. وعمرو بن عكرمة مهمّل.

وأما الوقف على من انتسب إلى أب، فالمشهور الاختصاص بأولاد الأبناء، كما ذكر في كتاب الخمس، ومن قال هناك بعدم الاختصاص يقول به في المقام.

(لو وقف على مصلحة فبطلت، قيل: يصرف إلى البر، وإذا شرط إدخال من يوجد مع الموجود صحّ، ولو أطلق الوقف وأقبض لم يصحّ إدخال غيرهم معهم، أولاداً كانوا أو أجانِب، وهل له ذلك مع أصغر ولده؟ فيه خلاف، والجواز مروي، أما النقل عنهم، فغير جائز).

لو وقف على مصلحة فبطلت، حكى عن الشيخ^(١) وجماعة^(٢) أنّه لو وقف على مصلحة فبطلت يصرف في وجوه البرّ.

وعلّل بأنّ الملك خرج عن ملك الواقف بالوقف الصحيح أولاً، فلا يعود إليه، والقربة الخاصّة وإن تعذّرت فإنّه يصرف إلى غيرها من القرب، لا شراك الجميع في أصل القربة^(٣).

ويرد عليه ما ذكره في المسالك من أنّه: لا يلزم من قصده القربة الخاصّة قصد القربة المطلقة^(٤).

(١) النهاية: ٦٠٠.

(٢) المقنعة: ٦٥٤؛ المهذّب: ٩٢/٢-٩٣؛ الوسيلة: ٣٧١؛ غنية النزوع: ٢٩٩؛ إصباح الشيعة:

٣٤٧؛ الجامع للشرائع: ٣٧٠؛ تحرير الأحكام: ٢٨٨/١.

(٣) مسالك الأفهام: ٣٤٦/٥-٣٤٧.

(٤) مسالك الأفهام: ٣٤٧/٥.

وقد يقال: إنَّ المسألة وإن كانت غير منصوطة إلّا أنَّ لها نظائر في الشرع قد ورد الحكم فيها بما ذكره الأصحاب، ويرجع الجميع إلى أنَّه مع تعذّر ما عيّنه المالك من وصيّة أو نذر أو نحو ذلك ممّا يجب إنفاذه شرعاً، فإنّه مع تعذّر المصرف المخصوص يصرف في وجوه البرّ، ولا يرجع إلى الورثة^(١).

فمن ذلك ما أوصى بأبواب عديدة من الموصي فنسي الوصيّ باباً أو أبواباً، فإنّه يصرف في وجوه البرّ، كما رواه المشايخ الثلاثة عن محمّد بن ريّان: «أنّه كتب إلى أبي الحسن محمّد بن عليّ عليه السلام يسأله عن إنسان أوصى بوصيّة فلم يحفظ الوصيّ إلّا باباً واحداً منها، كيف يصنع في الباقي؟ فوقّع عليه السلام: الأبواب الباقية اجعلها في البرّ»^(٢).

ومن ذلك ما رووه عن عليّ بن مزيد صاحب السابري عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل يتضمّن: «أنّه أوصى رجل بتركته إلى عليّ المذكور وأمره أن يحجّ بها عنه، قال: فنظرت فإذا هو شيء يسير لا يكفي للحجّ فسألت الفقهاء من أهل الكوفة، فقالوا تصدّق بها عنه فتصدّق به، ثمّ لقي بعد ذلك أبا عبد الله عليه السلام فسأله فأخبره بما فعل، فقال: إن كان لا يبلغ أن يحجّ به من مكّة فليس عليك ضمان، وإن كان يبلغ ما

(١) الحدائق الناضرة: ٢٢/٢١٨.

(٢) الكافي: ٥٨/٧، ح ٧، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٨-٢١٩، ح ٥٥١٣، باب الرجل يوصي بوصيّة فينساها الوصي ولا يحفظ منها إلّا باباً واحداً؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١٤، ح ٢١، باب الوصيّة المبهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٣، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦١، ح ١، وفيه سهل بن زياد. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٩٠.

يُحَجَّ به فأنت ضامن»^(١)، والتقريب أنَّه قرَّره على الصدقة إذا لم يبلغ الحجَّ به من مَكَّة، ولم يحكم بكونه ميراثاً.

ويمكن أن يقال: مع بطلان المصلحة لا يتحقَّق الوقف المؤبَّد، ومع عدم التحقق لا يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف، وليس هذا رجوعاً عن الوقفية إلى الملكية، بل من أوَّل الأمر ما خرج من ملكه نظير إجارة الدار مدَّة معيّنة مع عدم قابليَّة الدار بحيث تنهدم قبل بلوغ المدَّة حيث يقال ببطلان الإجارة من أوَّل الأمر بالنسبة إلى بعض المدَّة، فالمقام من قبيل الوقف على ما ينقرض، فسواء سَمِّي وقفاً منقطع الآخر أو حبساً، لا وجه لخروج الملك عن ملك الواقف، وبعد موته يرجع إلى ورثته.

ولا وجه لتنظير المقام بباب الوصية مع نسيان الوصي المصرف، لصحة الوصية وخروج الملك عن الصلوح للوراثة، فمع النسيان يصرف بحكم الشرع في وجوه البر.

نعم، رواية عليّ بن مزيد المذكورة - إن تمَّ سندها - تؤيِّد مقالة المشهور إن حصل القطع بعدم الفرق بين الوصية والوقف.

وقد يقال: إنَّه إن كان يظهر من حال الواقف الإعراض عن المال

(١) الكافي: ٧/ ٢١-٢٢، ح ١، باب أن الوصي إذا كانت الوصية في حقِّ غيره فهو ضامن؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٠٧-٢٠٨، ح ٥٤٨٢، باب ضمان الوصي لما يغيره عما أوصى به الميت؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٢٨، ح ٤٦، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٣٤٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٧، ح ٢. وعليّ بن مزيد صاحب السابري مهمل.

الذي وقفه أبداً وبالمرة بحيث لو سئل: إذا لم يمكن الصرف في كذا كيف يصنع به؟ يقول: يصرف في سائر الخيارات، فالحكم هو الصرف في وجوه البرّ الأقرب إلى ذلك فالأقرب، وإن لم يظهر من حاله ذلك بطل، ورجع إلى الواقف أو وارثه^(١).

ويمكن أن يقال: محلّ الكلام ما لو وقف على مصلحة واتفق بطلانها مع القابلية لعدم البطلان، ففي هذا النظر لا إعراض عن المال. نعم، يتصور الإعراض التقديري بحيث لو سئل عن صورة بطلان المصلحة يقول كذا، وكفاية الإعراض على تقديره محلّ إشكال. ثمّ إنه لا وجه مع الإعراض للصرف في وجوه البرّ الأقرب فالأقرب، بل حاله حال سائر الأموال المعرض عنها يتصرّف من أراد.

وأما شرط إدخال من يوجد مع الموجود، فالظاهر عدم الإشكال فيه إذا رجع الشرط إلى دخول من يوجد بخلاف شرط الإدخال، بمعنى أن يكون الدخول بفعل الواقف أو المتولّي للوقف بحيث لو لم يدخل لم يكن داخلاً، فإنّ الثاني تغيير للوقف.

شرط إدخال من
يوجد مع الموجود

وقد يتمسك بعموم «الوقوف»، إلى آخره^(٢)، ويشكل من جهة أنّ الظاهر أنّه ليس في مقام مشروعية الوقف بأيّ نحو أراد الواقف حيث إنّ لازمه جواز شرط الخيار وشرط إخراج الموقوف عليهم وإدخال غيرهم مقامهم.

(١) تكملة العروة الوثقى: ٢٥٠/١.

(٢) رياض المسائل: ١٥٧/١٠.

وببيان آخر: هذه الرواية وإن وردت بعد السؤال عن الوقف الموقت وغير الموقت وعن صحّة الوقف، لكنّه يشكل استفادة الإطلاق نظير ما لو سئل العبد عن بيع شيء من زيد أو عمرو فأجاب المولى: أنت مختار، فهل يكون مختاراً في البيع من كلّ أحد أو يكون مختاراً بالنسبة إلى ما سئل [عنه]؟ فتدبر.

وأضيف أيضاً خبر أبي طاهر البلالي المروي عن كمال الدين قال: «كتب جعفر بن حمدان: استحللت بجارية - إلى أن قال: - ولي ضيعة قد كنت قبل أن تصير إليّ هذه المرأة سبّلتها على وصاياي وعلى سائر ولدي على أن الأمر في الزيادة والنقصان منه إليّ أيام حياتي وقد أتت هذه بهذا الولد فلم ألحقه في الوقف المتقدّم المؤبد، وأوصيت إن حدث بي حدث الموت أن يجرى عليه ما دام صغيراً فإن كبر أعطي من هذه الضيعة جملة مائتي دينار غير مؤبد، ولا يكون له ولا لعقبه بعد إعطائه ذلك في الوقف شيء، فأريك أعزّك الله تعالى؟

فورد جوابها - يعني عن صاحب الزمان -: أمّا الرجل الذي استحلّ بالجارية - إلى أن قال -: وأمّا إعطاؤه المائتي دينار وإخراجه من الوقف، فالمال ماله فعل فيه ما أراد»^(١).

وهذه الرواية ليست ظاهرة في كون الضيعة بتمامها موقوفة، بل لعلّ بعضها موقوف وبعضها متعلّق الوصيّة، ومتعلّق الوصيّة يكون

(١) كمال الدين: ٥٠٠؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٨٤، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٥،

ح ٢. وأبو طاهر البلالي مهمل.

اختياره بيد الموصي ما دام الحياة، فإنَّ الوقف منجز قبل الموت، والوصية معلقة على الموت، هذا مضافاً إلى أنَّه لم يظهر تصحيح أو توثيق من جهة السند.

ومَّا ذكر ظهر حال ما لو أطلق الوقف وتحقق القبض، فلا يصحَّ إدخال غير الموقوف عليه، لأنَّ الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

الوقف على أولاده وعن الشيخ في النهاية أنَّه إذا وقف على أولاده الأصغر جاز أن يشترط معهم من يتجدد له من الأولاد وإن لم يشترط ذلك في العقد^(١)، وعن القاضي موافقة الشيخ بشرط عدم تصريحه بإرادة الاختصاص بالسابقين^(٢).

واستدلَّ^(٣) على ما ذهب إليه الشيخ بجملة من الأخبار:

منها: صحيح عليّ بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام: «عن الرجل يتصدَّق على بعض ولده بطرف من ماله ثمَّ يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده؟ قال عليه السلام: لا بأس بذلك»^(٤).

ومنها: خبر محمد بن سهل عن الرضاء عليه السلام: «عن الرجل يتصدَّق على

(١) النهاية: ٥٩٦.

(٢) المهذب: ٨٨-٨٩/٢.

(٣) مختلف الشيعة: ٦/٣٠١؛ التنقيح الرائع: ٢/٣٢٢؛ رياض المسائل: ١٠/١٦٠؛ جواهر الكلام: ٨٢/٢٨.

(٤) تهذيب الأحكام: ٩/١٣٧، ح ٢٢، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠١-١٠٢، ح ٥، باب من تصدَّق على ولده الصغار ثمَّ أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٨٣، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٥، ح ١.

بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه؟ قال عليه السلام: لا بأس^(١).

ومنها: صحيح ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يجعل لبعض^(٢) ولده شيئاً وهم صغار ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده؟ قال عليه السلام: لا بأس^(٣)».

ومنها: خبر علي بن جعفر عليه السلام: «عن رجل تصدق على ولده بصدقة، ثم بدا له أن يدخل معه غيره فيه مع ولده أيسح ذلك؟ قال: نعم، يصنع الوالد بمال ولده ما أحب، والهبة من الوالد بمنزلة الصدقة من غيره^(٤)».

والمشهور منعوا ذلك، وأعرضوا عن العمل بهذه الأخبار عملاً بمقتضى القاعدة.

(١) تهذيب الأحكام: ١٣٦/٩، ح ٢١، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ١٠١/٤، ح ٤، باب من تصدق على ولده الصغار ثم أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ١٨٣/١٩، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٥، ح ٢. والرواية صحيحة على كلام في محمد بن سهل. راجع معجم رجال الحديث: ١٦٧/١٦.

(٢) «لبعض» ليس في المصادر.

(٣) الكافي: ٣١/٧، ح ٩، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ١٣٥-١٣٦/٩، ح ١٩، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ١٠٠/٤، ح ١، باب من تصدق على ولده الصغار ثم أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ١٨٣/١٩، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٥، ح ٣.

(٤) قرب الإسناد: ١١٩/٢؛ وسائل الشيعة: ١٨٤/١٩، أبواب الوقوف والصدقات، ب ٥، ح ٥، وفيه عبد الله بن الحسن وهو مهمل. راجع قاموس الرجال: ٣١٨/٦.

ولصحيح آخر لابن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام: «عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده ويبينه لهم أنه أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقة؟ قال عليه السلام: ليس له ذلك إلا أن يشترط أنه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له»^(١).

المؤيد بخبر جميل: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتصدق على ولده بصدقة وهم صغار أنه أن يرجع فيها؟ قال عليه السلام: لا الصدقة لله عز وجل»^(٢).

وقد يقوى ما هو المشهور من جهة أن الأخبار المذكورة بعضها ضعيف السند مع عدم الجابر، وبعضها ضعيف الدلالة كصحيح ابن الحجاج حيث إنه ليس فيه أنه من باب الوقف والصدقة، ومع إعراض المشهور لا تقاوم الصحيح الثاني لابن يقطين مع إمكان حملها على صورة إرادة التصدق، أو على صورة عدم تحقق القبض^(٣).

ويمكن أن يقال: أمّا ضعف الدلالة في صحيح ابن الحجاج، فيشكل

(١) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٣٧، ح ٢٢، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/ ١٠١ -

١٠٢، ح ٥، باب من تصدق على ولده الصغار ثم أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ١٨٣، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٥، ح ١.

(٢) الكافي: ٧/ ٣١، ح ٥، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ١٣٥، ح ١٧؛ ٩/ ١٣٧، ح ٢٥، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/ ١٠٢، ح ٧، باب من تصدق على ولده الصغار ثم أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ١٧٩، أبواب الوقوف والصدقات، ب ٤، ح ٢. والرواية صحيحة.

(٣) تكملة العروة الوثقى: ١/ ٢٤٥.

من جهة ترك الاستفصال، بل الفرد الغالب الوقف، وبذلك يستشكل في الحمل على صورة عدم تحقّق القبض، وأمّا الحمل على مجرد العزم والإرادة، فلا مجال له أصلاً، وأمّا عدم عمل المشهور، فلم يحرز أنّه من جهة الإعراض أو من جهة الأخذ بالطرف الآخر ترجيحاً أو تخييراً.

ولا يبعد أن يقال: بعد معارضة الأخبار المذكورة مع الصحيح الثاني لابن يقطين يرجع إلى عموم «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» من جهة كونه مرجحاً.

وأمّا النقل إلى غير الموقوف عليهم، فلا وجه لجوازه، لعموم «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها»، لكن هذا على تقدير حمل هذا الخبر على عدم جواز التغير، وأمّا على حمل الخبر على صحّة الوقف، فهو غير مرتبط بهذا.

(وأمّا اللواحق فمسائل:)

لواحق كتاب الوقف

(الأولى: إذا وقف في سبيل الله انصرف إلى القرب، كالحجّ والجهاد والعمرة وبناء المساجد.

الثانية: إذا وقف على مواليه دخل الأعلى والأدون.

الثالثة: إذا وقف على أولاده اشترك أولاده البنون والبنات الذكور والإناث بالسوية).

إذا وقف في سبيل الله يصرف في كلّ ما يكون وصلة إلى الثواب، الوقف في سبيل الله والقول بالاختصاص بالجهاد - كما عن ابن حمزة^(١) -، أو بقسمته أثلاثاً:

ثلث للفقراء، وثلث للحجّ، وثلث للعمرة - كما عن الشيخ^(١) - لم يظهر عليه دليل.

والمراد انصراف المنافع الموقوفة في القرب بمعنى صرفها فيها، ويدلّ على ما ذكر ما رواه عليّ بن إبراهيم في تفسيره عن العالم المذكور في كتاب الزكاة وقال: «في سبيل الله قوم يخرجون إلى الجهاد، وليس عندهم ما ينفقون، أو قوم من المؤمنين ليس عندهم ما يحجّون به، وفي جميع سبل الخير، فعلى الإمام أن يعطيهم من مال الصدقات حتّى يقووا على الحجّ والجهاد»^(٢).

الوقف على الموالى وإذا وقف على مواليه ولفظ «المولى» مشترك بين مولى عتاقه أي المولى من الأعلى وهو المعتق له، ومولى نعمة وهو عتيقه وكان له الصنفان ولم تقم قرينة على إرادة أحد الصنفين، ففي بطلان الوقف أو صحّته والصرف عليهما أو صحّته لأحدهما، وكذا الكلام لو أتى بالمفرد، وقد يفصل بين الإتيان بلفظ الجمع وبين الإتيان بلفظ المفرد أقوالٌ مبنية على أنّ لفظ «المولى» مشترك معنوي، كما يظهر من المحكي عن

(١) قال في المبسوط: إذا وقف وقفاً وشرط أن يصرف في سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير، صرف ثلثه إلى الغزاة والحجّ والعمرة وثلثه إلى الفقراء والمساكين، ويبدأ بأقاربه وهو سبيل الثواب، وثلثه إلى خمسة أصناف من الذين ذكرهم الله في آية الصدقة. المبسوط: ٣/ ٢٩٤.

وقال في الخلاف: إذا وقف وقفاً وشرط أن يصرف منفعته في سبيل الله جعل بعضه للغزاة المطوّعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان، وبعضه في الحجّ والعمرة، لأنّها من سبيل الله. ثمّ قال: دليلنا إجماع الفرقة. الخلاف: ٣/ ٥٤٥.

(٢) تفسير القمي: ١/ ٢٩٩؛ وسائل الشيعة: ٩/ ٢١١، أبواب المستحقّين للزكاة، ب، ح، ٧. والرواية مرسلة.

الشيخ رحمته ^(١) حيث جعله كلفظ الأخ الصادق على الأخ من الأبوين ومن الأب ومن الأم، أو مشترك لفظي.

وعلى الثاني هل يجوز استعمال المشترك في أكثر من معنى مطلقاً، أو يجوز في الجمع دون المفرد، أو لا يجوز مطلقاً؟
استعمال المشترك في أكثر من معنى

فعلى الأوّل يصرف عليهما، وكذا على الثاني، وكذا على الثالث إذا كان بلفظ الجمع دون المفرد، فيبطل للإجمال أو يصحّ في أحدهما، وعلى الرابع أيضاً يبطل أو يصحّ في أحدهما.

وقد يقال: الظاهر أنّ المولى مشترك لفظي، وليس كلفظ الأخ، إذ لا جامع بين القسمين، والأقوى عدم جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى مطلقاً، ومع ذلك يصحّ بالنسبة إلى أحدهما، ويعيّن بالقرعة، أو يقسّم بينهما على وجه الصلح القهري، ثمّ المناط في صحّة الاستعمال وعدمها مذهب الواقف لا الحاكم والمفتي ^(٢).

ويمكن أن يقال: على فرض كون الاشتراك لفظياً، لا مانع من جواز الاستعمال في أكثر من معنى مع صحّته عند أهل اللسان، وما ذكر من وجه الاستحالة محلّ إشكال، لكنّ الظاهر أنّه خلاف الظاهر يحتاج إلى القرينة وهذا كاف في عدم الحمل على الصنفين.

ومع فرض الاستحالة يتصوّر الجامع بين الصنفين بأن يراد المسمّى باسم المولى كما قيل في لفظ «الزידين» يراد فردان من المسمّى بلفظ «زید»،

(١) الخلاف: ٥٤٦/٣.

(٢) تكملة العروة الوثقى: ١/٢٢٣.

لكنّه خلاف الظاهر في المقام، فجواز الحمل وعدم جوازه ليس مبنياً على صحّة الاستعمال وعدمها، ومع عدم القرينة والإجمال يشكل القرعة، ألا ترى أنّه لو علم بدين عليه إمّا لزيد أو لعمر وهل يعيّن بالقرعة؟

وأما ما ذكر من أنّ المناط في صحّة الاستعمال وعدمها مذهب الواقف، إلى آخره، فيشكل بأنّ مجرد الصحّة لا يوجب الظهور.

وثانياً: مع عدم صحّة الاستعمال بنظر المفتي أو الحاكم يخرج اللفظ عن سنخ الألفاظ المستعملة في المحاورات، فمع الحاجة إلى اللفظ المستعمل بالنحو الصحيح كيف يصحّ الوقف؟

وأما صورة الوقف على الأولاد بدون التفرقة، فالظاهر عدم الإشكال في التساوي وعدم الفرق بين الذكور والإناث.

(الرابعة: إذا وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد ومن يحضره، وكذا كل قبيل متبّد كالعلويّة والهاشميّة والتميميّة، ولا يجب تتبّع من لم يحضره).

إذا وقف على الفقراء
انصرف إلى فقراء
البلد

المعروف أنّه مع كون الموقوف عليهم محصورين لا بدّ من توزيع منافع العين الموقوفة عليهم وتشريكهم، ومع عدم الحصر تصرف في البعض من دون توزيع إلّا أن يكون مع عدم الحصر انصراف والفقراء غير محصورين، ودعوى انصرافهم إلى فقراء بلد الوقف مشكلة.

نعم، قد يستظهر من مكاتبة عليّ بن محمّد بن سليمان النوفلي قال: «كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدّي على

المحتاجين من ولد فلان بن فلان وهم كثيرون متفرقون في البلاد؟ فأجاب عليه السلام: ذكرت الأرض التي وقفها جدك على فقراء ولد فلان بن فلان، وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف، وليس لك أن تتبع من كان غائباً^(١) الانصراف إلى من كان في بلد الوقف^(٢).

وقد تحمل على صورة كون الوقف على الجهة وكون أولاد فلان مصرفاً له، ولا ينافيه قوله عليه السلام «وهي لمن حضر البلد» بدعوى ظهوره في وجوب استيعابهم، ولو كان من الوقف على الجهة لم يجب ذلك، لإمكان منع ظهوره في ذلك، وإنَّ المراد أنَّ المصرف من حضر لا أنَّه يجب الدفع إلى كلِّ من حضر^(٣).

ويمكن أن يقال: مع عدم القرينة يشكل فهم المراد من جهة أنَّ ظاهر الجمع المحلَّ باللام الاستيعاب، ومن جهة عدم الحصر لا مجال للحمل على الاستيعاب، فيدور الأمر بين الحمل على الحاضرين في بلد الوقف مع الاستيعاب والتشريك، وبين الحمل على كونهم مصرفاً كالفقراء في باب الزكاة ولا ترجيح، والمكاتبة المذكورة يشكل الأخذ بها من جهة ضعف السند، ولم يظهر انجبارها، ومع الأخذ بها يشكل التعدي من موردها، هذا.

(١) الكافي: ٣٨/٧، ح ٣٧، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ وسائل الشيعة: ١٩٣/١٩ - ١٩٤، أبواب الوقوف والصدقات، ب ٨، ح ١. وعلي بن محمد بن سليمان النوفلي مهمل.

(٢) الحقائق الناضرة: ١٩٨/٢٢.

(٣) تكملة العروة الوثقى: ١/٢١٦-٢١٧.

وما ذكر أولاً من أنه مع الحصر يوزع المنافع على المحصورين، يشكل من جهة أنه قد يكون المنفعة قليلة، ولا يصل إلى الأفراد المحصورين إلا ما لا يكون قابلاً للتوجه، كما أنه لو وقف على المحصورين نسلاً بعد نسل، فانهصار طبقة أو طبقتين مثلاً لا يوجب التوزيع مع عدم الانحصار في الطبقات المتأخرة وإن أمكن استحقاقهم، كما لو اشتغل ذمة إنسان بالدين بالنسبة إلى الآلاف من الدائنين ومات ولم يترك إلا قليلاً من المال، كما أنه مع عدم الحصر في الطبقة الأولى وكون المنفعة كثيرة يشكل صرفها إلى واحد منهم.

(الخامسة: لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه، ولا بيعه إلا أن يقع خلف يؤدي إلى فساده على تردد).

لا يجوز إخراج الوقف
عن شرطه ولا بيعه

أمّا عدم الإخراج عن الشرط الذي شرط في الوقف مع جوازه، فهو مقتضى لزوم الوقف والشرط، وقد سبق بعض الأخبار الدالة عليه في صدر الكتاب، فلاحظ الصحيح عن صفوان بن يحيى، وهو الدليل على عدم جواز بيعه، وادّعي عليه الإجماع^(١).

وقد يقال: عدم جواز البيع وسائر النواقل وما في معرض النقل كالرهن داخل في حقيقة الوقف، إذ هو تحبّيس الأصل وتسبيل المنفعة^(٢).

(١) المقنعة: ٦٥٢؛ الكافي في الفقه: ٣٢٥؛ المراسم: ١٩٧؛ النهاية: ٥٩٩؛ المهذب: ٩٢/٢؛

الوسيلة: ٣٧٠؛ السرائر: ١٥٣/٣؛ الجامع للشرائع: ٣٧٢. ثمّ اعلم أنّ بعض عباراتهم

صريحة في جوازه بشرائط إلا أنهم اتفقوا في عدم جواز بيع الوقف إجمالاً.

(٢) تكملة العروة الوثقى: ٢٥٢/١.

ويمكن أن يقال: هذا مسلم، لكن لا بدّ من لزوم التحبّيس وإلا فمثل الهبة غير اللازمة حقيقتها النقل إلى الغير.

ما استدلّ به على
عدم الجواز

واستدلّ^(١) على عدم الجواز أيضاً بجملة من الأخبار:

منها قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢).

ومنها قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّة في ملك»^(٣).

ومنها قوله عليه السلام في جملة من الأخبار: «صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث»^(٤) بدعوى أنّ الظاهر منها أنّ عدم جواز البيع داخل في حقيقته.

وقد يناقش في استفادة عدم جواز النقل ممّا ذكر، أمّا الخبر الأوّل، المناقشة في ما ذكر

(١) رياض المسائل: ١٠ / ١٧١؛ كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري): ٤ / ٣٣.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٢٣٧، ح ٥٥٦٧، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ١٢٩ - ١٣٠، ح ٢، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤ / ١٠٠، ح ٢، باب من وقف وقفاً ولم يذكر الموقوف عليه؛ وسائل الشريعة: ١٩ / ١٩٢، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٧، ح ٢. والرواية صحيحة.

(٣) الكافي: ٧ / ٣٧، ح ٣٥، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقيى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٢٤٢، ح ٥٥٧٦، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ١٣٠، ح ٣، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤ / ٩٧، ح ١، باب أنّه لا يجوز بيع الوقف؛ وسائل الشريعة: ١٩ / ١٨٥، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٦، ح ١. والرواية صحيحة.

(٤) الكافي: ٧ / ٣٩، ح ٤٠، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقيى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٢٤٨، ح ٥٥٨٨، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ١٤٨، ح ٥٦، باب الوقوف والصدقات. والرواية معتبرة بأسانيد مختلفة.

فلأن الاستدلال به مبني على أن يكون المراد أنه يجب إبقاؤها وليس كذلك، إذ من المحتمل -بل الظاهر- أن يكون المراد أن الوقف يجب العمل به على الكيفية التي قررها الواقف من القيود والشروط، بل هو يكون دليلاً على الجواز في ما لو شرط ما يوجب ذلك.

وأما الخبر الثاني، فهو ظاهر في عدم جواز الشراء على نحو الملك المطلق، وكذا سائر الأخبار، ولا ينافي جواز البيع بإرادة شراء ملك آخر بدله^(١).

ويمكن أن يقال في الخبر الأول: لا مانع من الجمع بين اللزوم والصحة، كما يستفاد من ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ اللزوم والصحة، وعلى فرض أن يكون المراد منه ما ذكر قد سبق الإشكال في استفادة ما ذكر على الإطلاق، بل لا يبعد أن يكون النظر إلى خصوص الموقت وغير الموقت المذكورين في كلام الراوي.

والخبر الثاني لا مانع من الأخذ بإطلاقه، وتكفي في المقام رواية صفوان بن يحيى المذكورة في صدر الكتاب حيث إن فيها قول السائل: «ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً» ولعله يشمل ما لو بدا للواقف تبديل العين الموقوفة؛ فتدبر.

وأما بيع الوقف، فبعد الفراغ عن عدم جوازه في الجملة لما ذكر استثنى موارد:

أحدها: ما لو زال عنوان لاحظه الواقف في وقفه، كما إذا وقف بستاناً

مستثنيات بيع

الوقف

ملاحظة في وقفه البستانيّة أو الدار ملاحظاً فيها الداريّة فمع الخروج عن العنوان، بطل كونها وقفاً.

واستشكل في البطالان بأنّه إن أريد بالعنوان ما جعل مفعولاً في قوله: «وقفت هذا البستان» فلا شكّ في أنّه كقوله: «بعت هذا البستان» أو «وهبت» وإن أريد به شيء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم^(١).

وأجيب بالفرق بين أن يجعل البستان مورداً للوقف أو عنواناً، وهو في قوله: بعت هذا البستان بمنزلة بعت هذا الشيء، بخلاف ما إذا جعل عنواناً، كما هو المفروض^(٢).

ويمكن أن يقال: ما ذكر في الجواب يشكل من جهة أن المبيع والموهوب -على ما ذكر- البستان بما هو شيء من الأشياء، لا بما هو بستان حيث إنّّه جعل مورداً للبيع والهبة.

ولازم هذا أنّه لو باع حيواناً بما هو عبد حبشي فبان حماراً وحشياً لزم صحّة البيع، لأنّ البيع وقع على الموجود الخارجي بما هو شيء لا بعنوان كونه عبداً، ومثله لو باع الحنطة فبان شعيراً، ولا أظنّ أن يلتزم به.

ويمكن الفرق بين باب البيع والهبة وبين باب الوقف مع اشتراك الأبواب في مدخليّة العنوان بانتقال مجموع المادّة والصورة إلى المشتري والموهوب له، وبعد ارتفاع صورة النوعيّة تكون المادّة وما بمنزلتها بحالها السابقة باقية بملك المشتري والموهوب له بخلاف العين الموقوفة، فإنّها

(١) كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري): ٧٥ / ٤.

(٢) تكملة العروة الوثقى: ١ / ٢٥٤.

محبوسة ما دامت قابلة للانتفاع بها، فمع ارتفاع القابلية تبطل الوقفية، ولا معنى لوقفية العين التي انسلخت منها الصورة التي بها تكون قابلة للانتفاع الموقوف عليه بها.

ومّا ذكر ظهر الإشكال فيما لو أتلّف متلف العين الموقوفة وكانت قيمية، فإنّ القيمة المأخوذة من المتلف كيف تلتزم بوقفيتها مع أنّها لا منفعة لها، وما الدليل على لزوم صرفها في مثل تلك العين الموقوفة؟ وفي المقام أيضاً القائل بجواز البيع يلتزم ببيع أرض البستان مثلاً واشترى بستان آخر ويطالب بإقامة الدليل.

نعم، لو قلنا بأنّ العين الموقوفة تنتقل إلى الموقوف عليهم بنحو الملكية الموقّعة حيث إنّها تنتقل إلى الطبقة المتأخّرة في مثل الوقف على الأولاد نسلاً بعد نسل صحّ ما ذكر، لكن أنّى لنا إثبات هذا؟!

وأما صورة وقوع الخلف المؤدّي إلى الفساد، فاستدلّ^(١) على جواز البيع فيها بخبر عليّ بن مهزيار قال: «كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام: أنّ فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها وجعل لك في الوقف الخمس وسأل عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفة؟ فكتب عليه السلام إليّ: أعلم فلاناً أنّي أمره ببيع حصّتي^(٢) من الضيعة وإيصال ثمن ذلك إليّ، وأنّ ذلك رأيي إن شاء الله، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أرفق له.

قال: وكتبت إليه أنّ رجلاً ذكر أنّ بين من وقف عليهم هذه الضيعة

وقوع الخلف المؤدّي
إلى الفساد

(١) مختلف الشيعة: ٦/٢٨٨؛ رياض المسائل: ١٠/١٧٣.

(٢) في المصادر: «حقّي».

اختلافاً شديداً وأنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته؟ فكتب إليّ بخطّه: وأعلمه أنّ رأيي له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف، فإنّه ربما جاء في الاختلاف تلف الأنفس والأموال»^(١).

واستشكل أولاً: لاحتمال كون المراد تلف مال الوقف ونفوس الموقوف عليهم لا مطلق الأموال ومطلق النفوس، فينطبق على صورة أخرى، وهي أداء بقاء الوقف إلى خرابه علماً أو ظناً على وجه لا يمكن الانتفاع به أصلاً، أو كانت منفعته قليلة ملحقه بالعدم، سواء كان لأجل الاختلاف بين أربابه أو لغيره، فإنّ الأقوى جواز بيعه وشراء عوضه بعوضه، لانصراف أدلة المنع، فإنّ إبقاءه مناف لغرض الوقف.

وأيضاً إذا دار الأمر بين سقوط الانتفاع به أصلاً وبين سقوط الانتفاع بشخصه مع بقاء نوعه، كان الأولى الثاني مع أنّ بقاءه تضييع للمال، واللازم تأخير البيع إلى آخر أزمّة إمكان البقاء.

وثانياً: لعدم ظهوره في الوقف المؤبد الذي هو محلّ البحث، لعدم ذكر الأ عقاب فيه.

(١) الكافي: ٣٦/٧، ح ٣٠، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٤٠، ح ٥٥٧٥، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٣٠، ح ٤، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/٩٨، ح ٥، باب أنّه لا يجوز بيع الوقف؛ وسائل الشيعة: ١٨٧/١٩-١٨٨، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٦، ح ٥-٦. والرواية صحيحة.

وثالثاً: لاحتقال أن يكون مورد السؤال قبل تمامية الوقف لعدم الإقباض، ويؤيده كون البائع هو الواقف ولو كان بعد تماميته كان الأمر إلى الناظر، وكون الناظر هو الواقف غير معلوم من الخبر، وحمله عليه ينافيه ترك الاستفصال.

ورابعاً: أن الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين مع أنه مناف لحقّ البطون اللاحقة، ولقول المجوزين، فإنهم يقولون بجواز البيع وشراء عوض الوقف بثمنه^(١).

الجواب عن
الإشكالات

ويمكن أن يقال: أمّا ما استشكل أولاً، فيشكل من جهة عدم انطباق ما في الخبر مع الصورة المذكورة من جهة عدم ارتباط ما ذكر مع تلف الضيعة الموقوفة، وسقوطها عن حيّز الانتفاع، بل الظاهر أن المراد تلف مال آخر خصوصاً مع ملاحظة أن الأرض غير قابلة للتلف، والتعبير عن تلف الضيعة بتلف الأموال لا يناسب.

وعلى فرض إتلاف الضيعة بمعنى سقوطها عن حيّز الانتفاع مستنداً إلى بعض الموقوف عليهم أو كلّهم يكون المقام داخلاً فيما لو أتلّف متلف العين الموقوفة، فإن قلنا هناك بالتغريم والضمان نقول في المقام بالضمان بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة، ولا مجال للاكتفاء بثمن العين الساقطة عن حيّز الانتفاع إلا أن يكون بحيث لا يمكن أخذ الغرامة.

وثانياً: لم يظهر وجه لجواز البيع في الصورة المذكورة إلا من جهة الإحسان، ولازمه جواز بيع مال الغائب إذا بلغ هذا الحدّ.

نعم، قد يستظهر من بعض الأخبار المتعرّضة لمن وجد سفرة فيها لحم وغيره جواز التقويم والتصرّف، وكذا من وجد الشاة في الفلاة.

ثمّ إنّ مع الخروج عن الانتفاع بالنسبة إلى الموقوف عليهم، لا دليل على بقاء الوقفية، ولا معنى لبقاء القيمة على الوقفية، فإنّ الأثمان لا منفعة لها مع بقائها، ولولا شبهة الإجماع لأمكن القول بالبقاء على ملكية الواقف كحبس العين مدّة قابلة للانتفاع بها، فالأظهر حمل الرواية على صورة عدم تمامية الوقف.

والشاهد عليه أمر الإمام عليه السلام - على ما في الرواية - ببيع حصّته أو التقويم على نفسه إلّا أنّه يشكل من جهة أنّه مع عدم تمامية الوقف لم يخرج عن ملك الواقف بمجرد إنشاء الوقف، وعدم القبض، فكيف يؤمر ببيع الحصّة أو التقويم على نفسه؟

هذا مع أنّ حصّة الإمام عليه السلام كيف جوّز بيعها مع أنّها من الوقف، فلا يبعد أن يكون أمر الإمام عليه السلام بالبيع وتقسيم الثمن بين الموقوف عليهم بعنوان الولاية المخصوصة به عليه السلام فتحصل الإشكال في الأخذ بظاهر الرواية مع حفظ الأصول والقواعد، ولعلّه لما ذكر تردّد عليه السلام في المتن.

(السادسة: إطلاق الوقف يقتضي التسوية، فإن فضل لزم.

السابعة: إذا وقف على الفقراء وكان منهم جاز أن يشركهم).

لا إشكال في أنّ الإطلاق مع عدم ما يوجب خلافه يقتضي التسوية، إطلاق الوقف لكنّه قد يتفق أنّه مع إطلاق اللفظ لا يفهم التسوية، كما لو قال المولى لعبده: أكرم جيراني، والجيران بعضهم ذو الشرف والفضيلة، فإطلاق اللفظ لا يقتضي التسوية في كيفية الإكرام، وكذا الكلام في المقام.

ومع تفضيل بعض الموقوف عليهم على البعض الآخر لزم التفضيل، لأن الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

إذا وقف على الفقراء
وكان منهم
وأما الوقف على الفقراء، فإن كان بنحو التشريك كما لو وقف على فقراء البلد المحصورين، فالظاهر عدم جواز شركته معهم إن كان منهم، أو دخل فيهم، لصدق الوقف على نفسه الممنوع شرعاً.

وأما لو لم يكن كذلك كالوقف على غير المحصورين، فقد يقرب الجواز بأن الموقوف عليه هو العنوان، كما لو وقف على الفقراء والملاحظ جهة الفقر، والقياس على الزكاة التي للفقراء ولا يجوز للفقير أن يأكل زكاة نفسه، لا وجه له، إذ فيها يجب الإعطاء، ومع أكله نفسه لا يصدق إتياء الزكاة، فلا يدخل تحت عنوان الوقف على النفس^(١).

ويمكن أن يقال: لازم ما ذكر جواز دخول الواقف لو وقف على فقراء البلد مع كونهم محصورين وكونه منهم، ومجرد كون الوقف على العنوان مع كون الواقف مشمولاً له لا يوجب عدم صدق الوقف على النفس.

وما ذكر في باب الزكاة من أن الزكاة يجب إعطاؤها يتم على فرض إفادة الحصر ووجوب الإعطاء في كل زكاة، فلا يبعد المنع، كما حكي عن ابن إدريس^(٢) والعلامة رحمهما في المختلف^(٣) والتذكرة^(٤)، وإن حكي عن المشهور الجواز.

(١) تكملة العروة الوثقى: ١ / ٢٠١.

(٢) السرائر: ٣ / ١٥٥.

(٣) مختلف الشيعة: ٦ / ٢٩٧.

(٤) تذكرة الفقهاء: ٢٠ / ١٢٨.

وأما الأوقاف العامّة مثل المساجد والقناطر والخانات للزوّار والحجّاج، فالظاهر عدم الإشكال في جواز انتفاع^(١) الواقف بها، لقيام السيرة.

(من اللوائح: مسائل السكنى والعمرى)

(وهي تفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض، وفائدتهما التسليط على استيفاء المنفعة تبرعاً مع بقاء الملك للمالك، وتلزم لوعين المدّة وإن مات المالك، وكذا لو قال له: عمرك، لم تبطل بموت المالك، وتبطل بموت الساكن، ولو قال: حياة المالك لم تبطل بموت الساكن وانتقل ما كان له إلى ورثته، وإن أطلق ولم يعين مدّة ولا عمراً تخير المالك في إخراج مطلقاً).

لا شبهة في مشروعية السكنى والعمرى والرقبي، ويدلّ عليه الأخبار الكثيرة:

منها: ما رواه المشايخ الثلاثة - قدّس الله تعالى أرواحهم - عن حمّان «قال: سألت عن السكنى والعمرى؟ فقال: إنّ الناس فيه عند شروطهم، إن كان شرطه حياته [سكن حياته]^(٢)، وإن كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتّى يفنوا، ثمّ يردّ إلى صاحب الدار»^(٣).

(١) في الأصل: «انتفاء» بدل «انتفاع»، وما أثبتناه أصوب.

(٢) في الفقيه: «فهو حياته».

(٣) الكافي: ٣٣/٧، ح ٢١، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى

والعمرى والرقبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٥٣،

ح ٥٥٩٨، باب السكنى والعمرى والرقبي؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٣٩، ح ٣٤، باب ←

ومنها: ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن السكنى والعمرى؟ فقال: إن كان جعل السكنى في حياته فهو كما شرط، وإن كان جعلها له ولعقبه من بعده حتى يفنى عقبه، فليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا، ثم ترجع الدار إلى صاحبها الأول»^(١).

ومنها: ما رواه المشايخ الثلاثة عن أحمد بن عمر الحلبي، عن أبيه في الموثق، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل أسكن رجلاً داره حياته؟ قال: يجوز له، وليس له أن يخرجها، قلت: فله ولعقبه؟ قال: يجوز، وسألته عن رجل أسكن رجلاً ولم يوقت له شيئاً؟ قال: يخرجها صاحب الدار إذا شاء»^(٢).

→ الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ١٠٣/٤، ح ١، باب السكنى والعمرى؛ وسائل الشيعة:

١٩/٢١٨، أبواب أحكام السكنى والحبيس، ب ٢، ح ١. والرواية معتبرة.

(١) الكافي: ٣٣-٣٤/٧، ح ٢٢، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى

والعمرى والرقي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٥٣،

ح ٥٥٩٩، باب السكنى والعمرى والرقي؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٤٠، ح ٣٥، باب الوقوف

والصدقات؛ الاستبصار: ١٠٤/٤، ح ٢، باب السكنى والعمرى؛ وسائل الشيعة:

١٩/٢٢٠، أبواب أحكام السكنى والحبيس، ب ٣، ح ١. والرواية معتبرة. والرواية صحيحة

على كلام في محمد بن الفضل. راجع معجم رجال الحديث: ١٧/١٤٩.

(٢) الكافي: ٣٤/٧، ح ٢٤، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى

والرقي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٥٣، ح ٥٥٩٧،

باب السكنى والعمرى والرقي؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٤٠، ح ٣٦، باب الوقوف والصدقات؛

وسائل الشيعة: ١٩/٢١٩، أبواب أحكام السكنى والحبيس، ب ٢، ح ٣. والتعبير عنه بالموثق

لابن فضال. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

وما رواه في الكافي والتهذيب عن الحلبي في الصحيح أو الحسن^(١)
عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يسكن الرجل داره و[لعقبه]^(٢) من بعده؟
قال: يجوز لهم وليس لهم أن يبيعوا، ولا أن يورثوا، قلت: فرجل أسكن
رجلاً داره حياته؟ قال: يجوز ذلك، قلت: فرجل أسكن رجلاً داره ولم
يوقت؟ قال: جائز، وله أن يخرجها إذا شاء»^(٣).

ولا يخفى أنه لا يستفاد منها اعتبار الإيجاب والقبول اللفظيين، بل ما
يصدق عليه الجعل ولو بالفعل، كما أنه لا يستفاد منها اعتبار القبض، ولا
مدرك لا اعتبار القبض إلا الإجماع إلا أن يقال: يفهم من قوله: «أسكن»
أو: «يسكن» الإقباض، واختلف في أنه معتبر في الصحة أو في اللزوم،
والقدر المتيقن اعتباره في اللزوم وإن كان الظاهر من خبر حمران المذكور
اللزوم من جهة الشرط حيث ذكر فيه «أن الناس عند شروطهم» وهذا
نظير الخبر المعروف «المؤمنون عند شروطهم».

وقد فصل في بعض الأخبار بين صورة التوقيت وصورة عدمه، ففي
الأولى حكم باللزوم، وفي الثانية حكم بعدم اللزوم.

التفصيل في بعض
الأخبار بين صورة
التوقيت وعدمه

ويقع الإشكال من جهة أنه بعد ما كانت الفائدة التسليط على الانتفاع

(١) الترديد لأجل إبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.

(٢) ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

(٣) الكافي: ٣٤/٧، ح ٢٥، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى
والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٤٠، ح ٣٧، باب
الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠٤، ح ٣، باب السكنى والعمرى؛ وسائل الشيعة:
٢١٩/١٩، أبواب أحكام السكنى والحبيس، ب ٣، ح ٢؛ ٢٢١-٢٢٢، ب ٤، ح ١.

تبرّعاً من دون اعتبار قصد القربة، ولذا يجوز إخراج الساكن مع عدم التوقيت، لا نجد فرقاً بين المقام وبين العارية، مع أنّه لا شبهة في أنّه للمعير الرجوع واسترداد العين المستعارة من المستعير من غير فرق بين صورة التوقيت وغيرها.

ولا يبعد التفرقة بين المقامين بإباحة منافع العين المستعارة في العارية من دون حصول الملكية للمستعير، بخلاف المقام، فلا يبعد القول بحصول الملكية للمعمر والساكن، فمع اللزوم مع التوقيت لا يعتبر العقلاء مالّك العين ملكيّة المنفعة، ولا ينافي هذا مع عدم استحقاق المعمر والمسكن غير ما عيّن له، فإنّ الحال حال من استأجر عيناً وعيّن له استيفاء منفعة خاصّة بنحو خاصّ.

ولازم ما ذكر أنّه لو غصب الغاصب كان ضامناً للمعمر والمسكن بالنسبة إلى المنافع دون المالك، ولا يبعد ما ذكر في صورة عدم التوقيت كاهبة الجائزة، وقد يستظهر ما ذكر من قوله عليه السلام - على المحكيّ - في خبر أبي الصّبّاح الكناني: «ثمّ ترجع الدار إلى صاحبها الأوّل» وكذا خبر حمران المذكورين؛ وفيه تأمل.

وأما بقاء الملك محلّ السكنى على ملك مالكة، فوجهه واضح، لعدم ما يوجب زوال الملكية إلّا أنّه قد تكون المدّة طويلة بحيث لا قابليّة للمعمر، كما لو أعمره داراً تكون نباتها ملكاً للمعمر - بالكسر - دون الأرض، ولا يكون البناء قابلاً للبقاء بعد انقضاء المدّة، نظير إجارة بعض الأعيان مدّة يكون انقضاؤها مساوفاً لاضمحلال العين المستأجرة، فاعتبار الملكية للعين مشكل.

بقاء الملك محلّ
السكنى على ملك
مالكه

إلا أن يقال: يكفي في الاعتبار أنه لو أتلّف متلف العين يكون ضامناً، لكنّه لا يخلو عن الإشكال حيث إنّ المتلف إن كان ضامناً لمالك المنفعة كيف يضمن قيمة العين مع زيادة قيمة المنفعة لقيمة العين أو تساويهما؟

وأما اللزوم مع تعيين المدّة وإن مات المالك وكذا لو عيّن بعمر المَعْمَر -بالفتح-، فلما ذكر في الأخبار المذكورة، وإنّ الناس عند شروطهم، وفي الصورة الثانية بموت المعمر الساكن ينقضي، كما أنّه لو عيّن بحياة المالك لا ينقضي بموت الساكن لبقاء المدّة، لكنّه يشكل إذا عيّن بسكوت شخص خاصّ كيف ينتقل إلى وارثه.

نعم ادّعي عدم الخلاف^(١) فيه، وقد يتمسّك بخبر محمد بن قيس الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أنّه قضى في العمرى أنّها جائزة لمن أعمارها فمن أعمار شيئاً ما دام حيّاً فإنّه لورثته إذا توفّي»^(٢). ولا يخفى أنّه مع احتمال رجوع الضمير إلى المعمر -بالكسر- لو لم يكن ظاهراً فيه لا مجال للاستدلال به، ولما ذكر يقال بعدم توريث الخيار المشروط في العقد لطرف العقد بلسانه.

وقد خالف المشهور المحقّق رحمته الله في نكت النهاية^(٣)، والتعبير بالبطلان

(١) الكافي في الفقه: ٣٦٣؛ الخلاف: ٣/ ٥٦٠، وفيه دعوى الإجماع؛ جواهر الفقه: ١٤٠؛ الوسيلة: ٣٨٠؛ فقه القرآن: ٢/ ٢٩٤؛ السرائر: ٣/ ١٦٨؛ شرائع الإسلام: ٢/ ١٧٧؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٧٣، وفيه دعوى الإجماع؛ تحرير الأحكام: ١/ ٢٩٠.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٤٣، ح ٤٢، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/ ١٠٥، ح ٦، باب السكنى والعمرى؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٢٢٨، أبواب أحكام السكنى والحبس، ب ٨، ح ٢.

(٣) نكت النهاية: ٣/ ١٣٠-١٣١.

وعدم البطلان لا يخلو عن مساحمة، ألا ترى أنّه لو انقض مدّة الإجارة لا يقال: بطلت الإجارة.

ولم تتعين المدّة ولا
عمر أحدهما
وأما صورة عدم تعيين المدّة ولا عمر أحدهما، فالمالك مخير فيها بين إخراج الساكن وإبقائه، كما دلّ عليه صحيح الحلبي أو حسنه المذكور.

(ولومات المالك والحال هذه كان المسكن ميراثاً لورثته وبطلت السكنى، ويسكن الساكن معه من جرت العادة به كالولد والزوجة والخادم، وليس له أن يسكن معه غيره إلّا بإذن المالك، ولو باع المالك الأصل لم تبطل السكنى إن وقّعت بأمداد عمر^(١)، ويجوز حبس الفرس والبعير في سبيل الله، والغلام والجارية في خدمة بيوت العبادة، ويلزم ذلك ما دامت العين باقية).

لومات المالك
كان المسكن ميراثاً
وبطلت السكنى
أمّا انتقال المسكن إلى ورثته، فهو على القاعدة، لكونه ملكاً لمورثهم. وأمّا بطلان السكنى، فلا يخلو عن الإشكال، لأنّه مع احتمال حصول الملكية للساكن ما وجه البطلان؟ غاية الأمر كون الورثة مثل المورث يكون لهم أن يخرجوا الساكن متى شاؤوا.

نعم، إن كانت السكنى بمنزلة العارية تمّ ما ذكر، لأنّ المنفعة ملك الورثة، فلا بدّ من إذن جديد، والفرقة بين الموقت والمطلق بتحقيق الملكية في الأوّل دون الثاني مشكل جدّاً.

جواز إسكان الساكن
معه من جرت
العادة به
وأما جواز إسكان الساكن معه من جرت العادة به، فلانفهامه من الإطلاق بحيث لو لم يردّ المسكن لكان عليه البيان والتخصيص لا بمعنى

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «بأمد أو عمر» بدل «بأمداد عمر».

حصول الملكية للساكن ومن يتعلّق به، بل بمعنى كون من يتعلّق به من توابعه، كما لو دعا شخصاً له أصحاب وخدم للضيافة، وتظهر الثمرة لو لم يسكن من جعل له السكنى، كما أنّه في صورة الدعوة للضيافة يشكل ورود الأتباع مع عدم ورود المدعو.

وأما عدم جواز إسكان الغير بدون إذن المالك، فلعدم الشمول، وليس المقام كباب الإجارة مع الإطلاق، ومع إذن المالك لا مانع.

وأما عدم بطلان السكنى ببيع المالك الأصل في صورة اللزوم وعدم جواز إخراج الساكن، فوجهه واضح، لأنّه باع شيئاً يكون مسلوب المنفعة مدّة، كما لو باع العين المستأجرة، نعم، يعتبر أن يكون للعين مائة بعد انقضاء المدّة. ويتأتّى الإشكال في صورة الإطلاق وعدم التوقيت، فهل تبطل السكنى كما قيل في صورة موت المسكن ووراثته الورثة أو لا تبطل ويكون إخراج الساكن بيد المشتري أو يبطل البيع على القول بالملكية للغرر، لعدم تعيين المدّة بوجه من الوجوه وإن أمكن الصلح عنه، لعدم إضرار الجهل به؟

وأما جواز حبس الفرس والبعير في سبيل الله تعالى والغلام والجارية في خدمة بيوت العبادة ولزوم ذلك ما دامت العين باقية، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(١)، وظاهر كلماتهم الخروج عن ملك المالك وإن كانت عبارة المتن توهم خلاف هذا.

(١) المقنعة: ٦٥٦؛ النهاية: ٦٠١؛ المراسم: ١٩٩؛ المهذب: ٩٣/٢؛ الوسيلة: ٣٨٠؛ السرائر:

٣/١٦٩؛ إصباح الشيعة: ٣٥١؛ شرائع الإسلام: ١٧٨/٢؛ تحرير الأحكام: ١/٢٩١؛

الدروس الشرعية: ٢/٢٨٢.

ولعلّه من جهة عدم اعتبار الملكية بالنسبة إلى العين مع عدم جواز التصرف فيه بوجه لا من جهة كونه صدقة وملاحظة الأخبار الواردة الدالة على عدم جواز الرجوع في كلّ ما يعطى لله - تعالى شأنه العزيز -، لعدم اعتبار قصد القرية.

والظاهر أنّ حال الحبس حال الوقف، فلا حاجة فيه إلى الإيجاب والقبول اللفظيين، بل يكتفى بالفعل، للسيرة، ولعلّه من هذا القبيل ثوب الكعبة المعظمة الذي قد تضمّنت النصوص بجواز أخذ القطع منه عند انتهاء عمره للتبرّك.

الروايات الواردة
في المقام

وقد ذكر في المقام صحيح ابن أذينة قال: «كنت شاهد ابن أبي ليلى ف قضى لرجل جعل لبعض قرابته غلّة داره ولم يوقت وقتاً فمات الرجل فحضر ورثته عند [ابن] أبي ليلى وحضر قرابته التي جعل لها غلّة الدار، فقال ابن أبي ليلى: أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال له محمد بن مسلم الثقفي: أما إنّ عليّ بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟ فقال: سمعت أبا جعفر محمد بن عليّ عليه السلام يقول: قضى عليّ بن أبي طالب عليه السلام بردّ الحبس وإنفاذ المواريث، فقال ابن أبي ليلى: هذا عندك في كتاب؟ قال: نعم، قال: فأرسل إليه واثني به، فقال محمد بن مسلم: على أن لا تنظر في الكتاب إلّا في ذلك الحديث، فقال: لك ذلك، فأحضر الكتاب وأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام فردّ قضيتّه»^(١).

(١) الكافي: ٣٤ / ٧، ح ٢٧، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى

والعمري والرقبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٢٤٥، ←

وخبر عبد الرحمن الخثعمي^(١) قال: «كنت اختلف إلى ابن أبي ليلى في مواريث لنا ليقسمها وكان فيها حبيس وكان يدافعي، فلما طال شكوته إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال: أو ما علم أن رسول الله ﷺ أمر برّد الحبس وإنفاذ المواريث؟ قال: فأتيته ففعل كما يفعل، فقلت: شكوتك إلى جعفر بن محمد عليه السلام فقال لي: كيت كيت، قال: فحلفني ابن أبي ليلى أنه قد قال ذلك، فحلفت له، ففضى لي بذلك»^(٢).

ومكاتبة علي بن معبد قال: «كتب إليه محمد بن أحمد بن إبراهيم في سنة ثلاث وثلاثين ومائتين يسأله عن رجل مات وخلف امرأة وبنين وبنات وخلف لهم غلاماً أوقفه عليهم عشر سنين ثم هو حرّ بعد العشر سنين، فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام وهم مضطرون إذا كان على ما وصفته لك جعلني الله فداك؟ فكتب: لا يبيعه إلى ميقات شرطه إلا أن يكونوا مضطرين إلى ذلك، فهو جائز لهم»^(٣)، بناء على إرادة الحبس من الوقف فيه.

→ ح ٥٥٨١، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ١٤٠، ح ٣٨، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشريعة: ١٩ / ٢٢٣، أبواب أحكام السكنى والحبيس، ب ٥، ح ١.

(١) في الفقيه والتهذيب: الخثعمي.

(٢) الكافي: ٧ / ٣٥، ح ٢٨، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٢٤٦، ح ٥٥٨٢، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ١٤١، ح ٣٩، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشريعة: ١٩ / ٢٢٤، أبواب أحكام السكنى والحبيس، ب ٥، ح ٢. وعبد الرحمن الخثعمي مهمل.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٢٤٥، ح ٥٥٨٠، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ١٣٨، ح ٢٨، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشريعة: ١٩ / ٢٢١، أبواب أحكام السكنى والحبيس، ب ٣، ح ٣. وعلي بن معبد مهمل.

وكذا خبر محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها؟ قال: هي لها على النحو الذي قال»^(١).

وخبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل له الخادم تخدمه فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهي حرّة فتأبّق الأمة قبل أن يموت بخمس سنين أو ستّ، ثمّ يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها قدر ما أبقت؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت»^(٢).

ولا يخفى أنّ مقتضى هذه الأخبار عدم خروج المحبوس عن الملكية، فيشكل ما يظهر من كلمات الفقهاء من الخروج عن الملكية، والتفصيل بين الحبس لرجل مثلاً أو لقرباته وبين مثل حبس الفرس أو البعير في سبيل الله والغلام والجارية في خدمة بيوت العبادة مشكل من جهة الإطلاق في صحيح ابن أذينة، والإطلاق في خبر عبد الرحمن المذكورين.

ويشكل أيضاً ما في المتن من عدم جواز التغيير ما دام العين باقية، فإنّه بعد ردّ المحبوس يتصرّف فيه، فالوجه الذي ذكر من عدم اعتبار الملكية مع عدم التغيير والتصرّف بوجه لا يتمّ، وأيضاً لا يظهر على ما ذكر فرق بين الوقف والحبس.

السلام في دلالة
هذه الروايات

(١) تهذيب الأحكام: ١٤٣/٩، ح ٤٤، باب الوقف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ٢٢٥/١٩، أبواب أحكام السكنى والحبس، ب ٦، ح ١. والرواية صحيحة.
(٢) الكافي: ٣٤/٧، ح ٢٣، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ١٤٣/٩، ح ٤٣، باب الوقف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ٢٢٥/١٩، أبواب أحكام السكنى والحبس، ب ٦، ح ٢. والرواية صحيحة.

(وأما الصدقة، فهي التطوع بتمليك العين بغير عوض، ولا حكم لها ما لم تقبض بإذن المالك، وتلزم بعد القبض وإن لم يعوّض عنها، ومفروضها محرّم على بني هاشم إلا صدقة أمثالهم أو مع الضرورة، ولا بأس بالمندوبة).

الصدقة تمليك بلا عوض مع قصد القرية، وبهذا القيد تمتاز عن الهبة والهدية، هذا هو المعروف.

ويشكل من جهة صدق الصدقة على العين الموقوفة باعتبار الوقف مع أنّ الواقف لا يقصد تمليك الموقوف عليهم، بل قصده التحسيس والتسبيل، ومن قال بحصول الملكية الموقّعة بالنسبة إلى كلّ طبقة لا يستند إلى قصد الواقف، بل الظاهر أنّ النظر إلى أنّ الملك لا بدّ له من المالك.

وكيف كان لا بدّ من الإنشاء ولو بالفعل كالمعاطاة في البيع، وأما عدم صحّتها بدون القبض، فادّعي عليه الإجماع^(١)، وقد يستدلّ على اعتباره ببعض الأخبار الواردة في الوقف^(٢).

ولا يخفى أنّ ما دلّ على اعتبار القبض في الوقف لا مجال للاستدلال به في المقام باعتبار صدق الصدقة على الوقف.

نعم، لا يبعد التمسك بخبر عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تصدّق على ولد له قد أدركوا؟ قال: إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو

(١) الكافي في الفقه: ٣٢٤؛ المبسوط: ٣/٣١٤، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ٣/١٧٢؛ شرائع الإسلام: ٢/١٧٦؛ الجامع للشرائع: ٣٦٧؛ تحرير الأحكام: ١/٢٩١.

(٢) رياض المسائل: ١٠/١٩٨؛ جواهر الكلام: ٢٨/١٢٨.

ميراث، فإن تصدَّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأنَّ الوالد هو الذي يلي أمره، وقال عليه السلام: لا يرجع في الصدقة إذا تصدَّق بها ابتغاء وجه الله عزَّ وجلَّ^(١).

والظاهر أنَّ القائلين باعتبار القبض نظرهم إلى اعتباره في الصحة، وهو الظاهر من قوله عليه السلام في المتن: «ولا حكم لها» وإن كان قوله: «وتلزم بعد القبض» يومئ إلى مدخليته في اللزوم دون الصحة.

وأما حرمة مفروضها على بني هاشم، فيدلُّ عليها الأخبار في الجملة: منها: قول الصادق عليه السلام - على المحكي - في صحيح العيص قال فيه: «إنَّ أناساً من بني هاشم أتوا رسول الله صلى الله عليه وآله فسألوه أن يستعملهم على صدقات المواشي، وقالوا: يكون لنا هذا السهم الذي جعله الله عزَّ وجلَّ للعاملين عليها، فنحن أولى به، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: يا بني عبد المطلب إنَّ الصدقة لا تحلَّ لي ولا لكم، ولكن قد وعدت الشفاعة»^(٢)، إلى آخره.

حرمة الصدقة
المفروضة على بني
هاشم

ويظهر من بعض الأخبار اختصاص الحرمة بالزكاة المفروضة، كما عن أبي أسامة زيد الشحام، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن الصدقة التي

اختصاص الحرمة
بالزكاة المفروضة

(١) من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٤٧، ح ٥٥٨٥، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ١٣٧/ ٩، ح ٢٤، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/ ١٠٢، ح ٦٦، باب من تصدَّق على ولده الصغار ثمَّ أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ١٨٠، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٤، ح ٥. والرواية صحيحة.

(٢) الكافي: ٤/ ٥٨، ح ١، باب الصدقة لبني هاشم ومواليهم وصلتهم؛ تهذيب الأحكام: ٤/ ٥٨، ح ١، باب ما يحلُّ لبني هاشم ويحرم من الزكاة؛ وسائل الشيعة: ٩/ ٢٦٨، أبواب المستحقين للزكاة، ب ٢٩، ح ١.

حرّمت عليهم؟ فقال: هي الزكاة المفروضة، ولم يحرم علينا صدقة بعضنا على بعض»^(١).

وما عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصدقة التي حرّمت على بني هاشم؟ فقال: هي الزكاة، قلت: أفتحلّ صدقة بعضهم على بعض؟ قال: نعم». ورواه الصدوق مرسلًا في المقنع^(٢).

وفي قبال ما ذكر بعض الأخبار كما نقل الشيخ رحمه الله بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار، عن أحمد بن محمد، عن بعض أصحابنا رفع الحديث قال: «فالنصف له -يعني نصف الخمس للإمام عليه السلام- خاصّة، والنصف لليتامي والمساكين وأبناء السبيل من آل محمد الذين لا تحلّ لهم الصدقة ولا الزكاة، عوضهم الله تعالى مكان ذلك بالخمس، فهو يعطيهم على قدر كفايتهم»^(٣)، إلى آخره.

(١) تهذيب الأحكام: ٥٩/٤، ح ٤، باب ما يحلّ لبني هاشم ويحرم من الزكاة؛ الاستبصار: ٣٥/٢، ح ٣، باب ما يحلّ لبني هاشم من الزكاة؛ وسائل الشيعة: ٩/٢٧٤، أبواب المستحقين للزكاة، ب ٣٢، ح ٤، وفيه المفضل بن صالح الضعيف عند النجاشي رحمه الله. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٢.

(٢) الكافي: ٥٩/٤، ح ٥، باب الصدقة لبني هاشم ومواليهم وصلتهم؛ المقنع: ١٧٧؛ تهذيب الأحكام: ٥٨-٥٩/٤، ح ٣، باب ما يحلّ لبني هاشم ويحرم من الزكاة؛ الاستبصار: ٣٥/٢، ح ٢، باب ما يحلّ لبني هاشم من الزكاة؛ وسائل الشيعة: ٩/٢٧٤، أبواب المستحقين للزكاة، ب ٣٢، ح ٥. والرواية معتبرة.

(٣) تهذيب الأحكام: ١٢٦-١٢٧، ح ٥، باب تمييز أهل الخمس ومستحقّه ممن ذكر الله في القرآن؛ وسائل الشيعة: ٩/٥١٤، أبواب قسمة الخمس، ب ١، ح ٩.

ومرسلة أحمد المضمرة قال فيها: «فالنصف له خاصّة، والنصف لليتامى والمساكين وأبناء السبيل من آل محمد ﷺ الذين لا تحلّ لهم الصدقة ولا الزكاة عوضهم الله تعالى مكان ذلك بالخمس»^(١) المنجبرة بفتوى الأصحاب، ولا يبعد كونها رواية واحدة.

وكيف كان، لولا هذه المرسلة تعيّن اختصاص الحرمة بالزكاة المفروضة، لحكومة ما دلّ على الاختصاص بالزكاة المفروضة على الأخبار المطلقة، لكنّه يشكل من جهة ما في المرسلة من عطف الزكاة على الصدقة إن لم يكن إشكال فيما دلّ على الاختصاص من جهة السند، ومع التعارض لا يبعد الأخذ بعموم ما دلّ على التحريم، لرجعيّته أو مرجعيّته؛ فتأمل.

وأما الحلّيّة في المعطاة من أمثالهم أو مع الضرورة، فقد سبق الكلام فيه في كتاب الزكاة، ويدلّ عليها في خصوص المعطاة من أمثالهم ما عن حماد بن عيسى، عن بعض أصحابنا، عن العبد الصالح عليه السلام في حديث طويل قال: «وإنما جعل الله هذا الخمس خاصّة لهم - يعني بني عبد المطلب - عوضاً لهم من صدقات الناس تنزيهاً من الله لهم، ولا بأس بصدقات بعضهم على بعض»^(٢).

وقد سبق أيضاً حلّيّة الصدقات المندوبة، ويدلّ عليها ما في خبر عبد

(١) الرواية متّحدة مع سابقها سنداً ومتناً.

(٢) الكافي: ١/ ٥٣٩-٥٤٠، ح ٤، باب الفيء والأنفال وتفسير الخمس وحدوده وما يجب فيه؛ تهذيب الأحكام: ٤/ ١٢٨-١٢٩، ح ٢، باب قسمة الغنائم؛ وسائل الشيعة: ٩/ ٥١٣، أبواب قسمة الخمس، ب ١، ح ٨.

الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «لو حرّمت علينا الصدقة لم يحل أن نخرج إلى مكّة، لأنّ كلّ ما بين مكّة والمدينة فهو صدقة»^(١).

الصدقة سرّاً أفضل

منها جهرّاً

(والصدقة سرّاً أفضل منها جهرّاً إلا أن يتهم).

أمّا أفضليّة الصدقة سرّاً فيدلّ عليها ما روى محمد بن محمد بن النعمان في المقنعة قال: «قال عليه السلام في قوله تعالى: ﴿إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ﴾؟ قال؟ فنزلت في الفريضة، ﴿وَلِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ قال: ذلك في النافلة»^(٢)، قال: «وقال أبو عبد الله عليه السلام: صدقة السرّ تطفى غضب الربّ»^(٣).

قال: «وقال عليه السلام: صدقة الليل تطفى غضب الربّ، وتمحو الذنب العظيم، وتهوّن الحساب، وصدقة النهار تزيد في العمر وتنمي المال»^(٤).

وعن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: «لو أنّ رجلاً حمل الزكاة فأعطها علانية لم يكن عليه في ذلك عيب»^(٥).

ولا يبعد أن يقال: لا يستفاد من هذا الخبر أفضليّة الجهر في الزكاة

(١) تهذيب الأحكام: ٤/ ٦١، ح ١٢، باب ما يحلّ لبني هاشم ويحرم من الزكاة؛ وسائل الشيعة: ٢٧٢/ ٩، أبواب المستحقّين للزكاة، ب ٣١، ح ١. والرواية صحيحة.

(٢) المقنعة: ٢٦١.

(٣) المصدر نفسه.

(٤) المقنعة: ٢٦١.

(٥) الكافي: ٣/ ٤٩٨، ح ٧، باب فرض الزكاة وما يجب في المال من الحقوق؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٢، ح ١٥٧٤، باب علة وجوب الزكاة؛ وسائل الشيعة: ١٠/ ٩، أبواب ما تجب فيه الزكاة وما تستحب فيه، ب ١، ح ٣. والرواية صحيحة.

الواجبة، فإنه لا يقال في الوصف الموجب للكمال: لا عيب فيه، فيصح الإطلاق في المتن أخذاً بإطلاق قوله ﷺ - على المحكي - في الخبر المذكور: «صدقة السرّ تطفئ غضب الربّ» إلّا أنّه روى في الحسن: «كلّ ما فرض الله تعالى عليك بإعلانه أفضل من إسراره، وكلّ ما كان تطوّعاً فإسراره أفضل من إعلانه، فلو أنّ رجلاً حمل زكاة ماله على عاتقه علانية كان ذلك حسناً جميلاً»^(١).

وأما لو كان المتصدّق معرضاً للاتّهام بالإسرار، فالمعروف حسن الإعلان، ولعلّه لما هو المعروف من حسن الاتّقاء من مواضع التهم أو كراهة الوقوع فيها.

وعلى فرض استفادة الكراهة الشرعيّة لا الإرشاد تقع المزاحمة بين الحكمين، ولا موجب لنفي الأفضليّة؛ فتأمّل.

(وأما الهبة، فهي تمليك العين تبرّعاً مجرداً عن القرية، ولا بدّ فيها من الإيجاب والقبول والقبض، ويشترط إذن الواهب في القبض).

تعريف الهبة
وشروط صحّتها

وأما الهبة، فهي تمليك العين بلا عوض مقابل للعين مجرداً عن قصد القرية، وبهذا تمتاز عن الصدقة.

ولا مجال لدعوى صدق ما ذكر على الوقف، لعدم حصول الملكيّة للموقوف عليهم كما مرّ في كتاب الوقف.

(١) الكافي: ٣/ ٥٠١، ح ١٦، باب فرض الزكاة وما يجب في المال من الحقوق؛ تهذيب الأحكام: ٤/ ١٠٤، ح ٣١، باب من الزيادات في الزكاة؛ وسائل الشيعة: ٩/ ٣٠٩، أبواب المستحقين للزكاة، ب ٥٤، ح ١. والتعبير عنه بالحسن لإبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.

وعلى فرض التسليم والقول بالملكيّة الموقّعة لكل طبقة من الموقوف عليهم تمتاز بعدم التماييّة، وعدم جواز التصرف في العين بغير منفعتها، بخلاف الملكيّة في المقام.

وقد عبّر بعض الأعلام^(١) عنها بتمليك مال طلقاً منجزاً من غير عوض في مقابل الموهوب من غير اشتراط بالقربة، وعلى هذا فلا اختصاص بالعين، بل يشمل المنافع والحقوق التي لها ماليّة.

ويؤيّد هذا التعبير بالهبة فيما لو وهب الزوج ما استحقّ على الزوجة المنكوحه بالنكاح المنقطع، وعلى هذا فلا حاجة إلى القبول، بل يكفي في هبة ما في الذمّة الإنشاء من طرف الواهب، ونتيجته براءة الذمّة من طرف الموهوب له.

ويشهد لهذا ما في بعض الأخبار، وهو ما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة في الموثّق قال: «سألته عن رجل ضرب ابنته وهي حبلى فأسقطه سقطاً ميتاً فاستعدى زوج المرأة عليه فقالت لزوجها: إن كان لهذا السقط دية ولي فيه ميراث فإنّ ميراثي منه لأبي؟ قال: يجوز لأبيها ما وهبت له»^(٢).

(١) تكملة العروة الوثقى: ١/ ١٥٩.

(٢) الكافي: ٣٤٦/ ٧، ح ١٤، باب دية الجنين؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٣١٩، ح ٥٦٨٩، باب ميراث القاتل ومن يرث من الدية ومن لا يرث؛ تهذيب الأحكام: ١٠/ ٢٨٨، ح ١٩، باب الحوامل والحمول وغير ذلك من الأحكام؛ وسائل الشيعة: ٢٦/ ٣٨، أبواب موانع الإرث، ب ١٠، ح ٧. والتعبير عنه بالموثّق لزراعة الواقفي الثقة في الفقيه والتهذيب وعثمان بن عيسى في الكافي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٦٦ و ٨١٧.

احتياج الهبة في
العين إلى الإيجاب
والقبول
وكيف كان تحتاج في العين إلى إنشاء من طرف الواهب والقبول من
طرف المتَّهب، سواء كان الإنشاء والقبول بالقول أو بالفعل كالمعاطاة في
البيع حيث إنّ سيرة العقلاء في المقام قائمة كباب البيع، وبعد صدق الهبة
بالمعاطاة يترتب عليها الآثار.

ومن العجب دعوى الإجماع^(١) على الاحتياج إلى الإنشاء القولي، وقد
اضطرب كلمات الأعلام في المقام.

وقد يقال: لازم القول بالملكيّة الجائزة في صورة تحقّق الهبة بالمعاطاة
وعدم تحقّق اللزوم إلّا بالتصرّف، جواز رجوع الواهب حتّى لو كانت
لذي رحم أو معوّضة ما دام لم تلزم بالتصرّف^(٢).

ويشكل القول بالجواز مع ملاحظة ما دلّ على اللزوم في الصورتين،
والتمسك بالإجماع في أمثال المقام كما ترى، وقد سبق الكلام فيه في
كتاب البيع.

ثم إنّ الموهوب قد يكون عيناً شخصيّة، وقد يكون جزءاً مشاعاً من
عين، وقد يكون كلياً في المعين، كصاع من صبرة معيّنة، وقد يكون كلياً في
ذمّة الواهب، ولا يبعد صحّة الهبة في جميع هذه، لبناء العقلاء وعدم
الردع، بل لا يبعد التمسك بمثل ما دلّ على لزومها في صورة كون المتَّهب
ذا رحم أو كانت معوّضة.

(١) قال الشهيد الثاني رحمه الله: ظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في

الجملة، فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدلّ على إيجابها وقبولها لا

يفيد الملك بل مجرّد الإباحة. مسالك الأفهام: ٦ / ١٠.

(٢) تكملة العروة الوثقى: ١ / ١٦٠.

ولا إشكال في إمكان القبض، والقبض في العين الشخصية والجزء المشاع والكلّي في المعين يتحقّق بتسليط الواهب، واستيلاء المتّهب على الموهوب، وفي الكلّي في الذمّة لا حاجة إلى شيء، بل يتحقّق بالنسبة إلى من عليه الدين لأنّ ما عليه بمنزلة المقبوض.

وأما لو كانت الهبة راجعة إلى غير من عليه الدين، فالمشهور عدم صحتها، لأنّه كلّ لا وجود له في الخارج، فلا يمكن قبضه.

وأجيب بأنّ قبض الكلّي بقبض أحد أفرادها، لأنّ الكلّي عين الأفراد، فإذا أذن له الواهب في قبضه فقبضه صحّت، وكذا لو قبضه الواهب ثمّ أقبضه أو أذن له في القبض ثمّ القبض لنفسه^(١).

ويمكن الاستدلال عليه بصحيحة صفوان عن الرضا^(٢): «عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده، فذكر له الرجل المال الذي له عليه؟ فقال: إنّ ليس فيه عليك شيء في الدنيا والآخرة يطيب ذلك له وقد كان وهبه لولد له؟ قال^(٣): نعم يكون وهبه ثمّ نزع فجعّله لهذا»^(٢) حيث إنّ الظاهر أنّ المال الذي على الرجل دين، فإنّه لو كان عيناً يعبرّ بلفظ «عنده» لا «عليه» ولا أقلّ من ترك الاستفصال.

ويظهر من كلام الإمام^(٤) -على المحكي-: «نعم يكون وهبه ثمّ نزع» أنّه لولا النزع كانت الهبة صحيحة، ولا مجال للإشكال من جهة أنّ الهبة لذي رحم لازمة لا يجوز الرجوع فيها، لعدم حصول القبض.

(١) تكملة العروة الوثقى: ١/ ١٦١.

(٢) تهذيب الأحكام: ١٥٧/ ٩، ح ٢٦، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ١٠٦/ ٤، ح ٤، باب من وهب لولده الصغار؛ وسائل الشيعة: ٢٣٠/ ١٩، أبواب أحكام الهبات، ب ٢، ح ١.

لزوم القبض
واشتراطه في صحة
الهبة

وأما لزوم القبض واشتراطه في صحة الهبة، فهو المشهور المدعى عليه الإجماع^(١)، وعن جماعة^(٢) كونه شرطاً في اللزوم دون الصحة.

ويدلّ على اشتراطه في الصحة خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها، والصدقة جائزة عليه»^(٣).

وموثقة داود بن الحصين عنه أيضاً: «النحلة والهبة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها؟ قال عليه السلام: هي ميراث، فإن كان لصبي في حجره وأشهد عليه فهو جائز»^(٤) حيث إنّ نفي الصحة أقرب إلى نفي الماهية من نفي اللزوم.

لا يقال: مجرّد الأقربية لا يكفي، لأنّه إذا كان المتكلّم الحكيم في مقام البيان لا يلقي على المخاطب كلاماً يحتمل معنيين أحدهما أقرب وهو يريد المعنى الأبعد إلّا أن يكون قرينة معيّنة، ووجه دلالة الموثّق المذكور أنّه لو

(١) الكافي في الفقه: ٣٢٢؛ السرائر: ١٧٣/٣، وفيه نسبته إلى الأكثر؛ الجامع للشرائع: ٣٦٥؛ تذكرة الفقهاء: ٢٠/٢٧-٢٨، وفيه دعوى الإجماع؛ إيضاح الفوائد: ٢/٤١٢، وفيه دعوى الإجماع.

(٢) المقنعة: ٦٥٨؛ المبسوط: ٣/٣٠٣؛ المراسم: ١٩٩؛ المهذب: ٢/٩٥؛ الوسيلة: ٣٧٨؛ جامع الخلاف والوافق: ٣٧٠.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/١٥٩، ح ٣١، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ٤/١٠٧، ح ١، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٣٤، أبواب أحكام الهبات، ب ٤، ح ٧، وفيه أبان بن عثمان المرمي بالناووسية. راجع معجم رجال الحديث: ١/١٦٧.

(٤) تهذيب الأحكام: ٩/١٥٧، ح ٢٥، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ٤/١٠٧، ح ٣، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٣٥، أبواب أحكام الهبات، ب ٥، ح ٢. والتعبير عنها بالموثقة لداود بن الحصين الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٢١.

كانت الهبة صحيحة غير لازمة كان الوارث بالخيار، ولم يتعيّن كون المال الموهوب ميراثاً.

واستدلّ^(١) للقول الثاني بصحيفة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض، قسمت أو لم تقسم، والنحل لا تجوز حتى تقبض وإنما أراد الناس ذلك فأخطأوا»^(٢).

وخبر عبد الرحمن بن سيابة عنه عليه السلام أيضاً: «إذا تصدّق الرجل بصدقة أو هبة قبضها صاحبها أو لم يقبضها علمت أو لم تعلم فهي جائزة»^(٣).

وأجيب بأن هذين الخبرين لا يقاومان ما دلّ على اشتراط القبض في الصحة للاعتضاد بعمل المشهور، ولأن مقتضاهما عدم شرطية القبض أصلاً لا كونه شرطاً في اللزوم، وظاهرهم الإجماع على الشرطية في الجملة. وعلى تقدير المقاومة والمعارضة اللازم الرجوع إلى الأصل، ومقتضاه عدم حصول الملكية إلا بعد القبض، ودعوى أن مقتضى العمومات حصولها مدفوعة بأن مقتضاها حصول الملكية اللازمة، والمفروض الإجماع على عدمها قبل القبض^(٤).

(١) مختلف الشيعة: ٦/ ٢٧١؛ مسالك الأفهام: ٦/ ١٨٦؛ رياض المسائل: ١٠/ ٢٠٦.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٥٦، ح ١٨، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ٤/ ١١٠، ح ١٦، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٣٣، أبواب أحكام الهبات، ب ٤، ح ٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٥٦، ح ١٧، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ٤/ ١١٠، ح ١٥، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٣٢، أبواب أحكام الهبات، ب ٤، ح ٣. والرواية

معتبرة على كلام في عبد الرحمن بن سيابة.

(٤) تكملة العروة الوثقى: ١/ ١٦٣-١٦٤.

ويمكن أن يقال: إنّ مجرد عمل المشهور لا يوجب الوهن إلّا أن يظهر إعراضهم عن العمل ولم يظهر، لإمكان أن يكون الأخذ من جهة التخيير، والخبران المذكوران لا ينافيان شرطية القبض في اللزوم في بعض الموارد، كالهبة المعوضة، والهبة لذي رحم، بل لعلّه لا يستفاد منها إلّا الجواز بمعنى الصحة في مقابل عدم الجواز بمعنى البطلان، مضافاً إلى أنّ تحصيل الإجماع في مثل المقام مشكل جداً.

وما ذكر من أنّ مقتضى الأصل عدم حصول الملكية يشكل من جهة الإشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية.

مضافاً إلى أنّه لا يبعد التمسك بحديث الرفع في رفع شرطية القبض في الصحة، ومع هذا لا مجال لجريان الاستصحاب، وإلى أنّ العمومات لا مانع من الأخذ بها، ولم يظهر منها اللزوم إلّا مثل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ والظاهر خروج الهبة عنها وفي غيره غنى وكفاية.

هذا مضافاً إلى أنّه بعد تعارض الأخبار يكون العام مرجحاً أو مرجعاً، ومن المطلقات ما رواه الشيخ عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله وعبد الله بن سليمان في الصحيح قالوا: «سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: تجوز الهبة لذوي القرابة، والذي يثاب عن هبته، ويرجع في غير ذلك إن شاء»^(١).

(١) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٥٥، ح ١٣، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ٤/ ١٠٨-١٠٩، ح ٨، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٢٣٧، أبواب أحكام الهبات، ب ٦، ح ١. والرواية صحيحة أو موثقة على كلام في أبان. راجع معجم رجال الحديث: ١/ ١٦٧.

ثم إنه ربما يظهر من بعض الأخبار عدم الحاجة في الهبة للصبي إلى القبض، وهو ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبان، عمّن أخبره، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «النحل والهبة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها، قال: هي بمنزلة الميراث، وإن كانت لصبي في حجره وأشهد عليه فهو جائز. قال: سألته هل لأحد أن يرجع في صدقته وهبته؟ قال: إذا تصدّقت لله فلا، وأمّا النحل والهبة، فيرجع فيها حازها أو لم يحزها، وإن كان لذي قرابة»^(١).

ويمكن أن يكون النظر إلى أنّه يلي أمره، فكأنّه مقبوض للصبي، لكنّه ليس كلّ صبي في حجر إنسان مولى عليه للإنسان، والظاهر أنّه لا بدّ للوليّ من قصد أن يكون ما بيده بعنوان المقبوضة للمولى عليه، وظاهر الرواية عدم الحاجة إلى القبض في النحل والهبة للصبي الذي في حجره.

وأما اشتراط كون القبض بإذن الواهب، فهو المشهور^(٢)، وعن المسالك أنّه لا خلاف فيه^(٣)، وفي الجواهر أنّ عليه الإجماع^(٤)، لأصالة عدم ترتّب الأثر، وعدم الانتقال مع عدم إطلاق يوثق به مع احتمال أن يقرأ «يقبض» من باب الإفعال، فيكون ظاهراً في اعتبار الأذن.

(١) تهذيب الأحكام: ١٥٥/٩، ح ١٤، باب النحل والهبة؛ أورد صدره في وسائل الشيعة:

١٩/٢٣٢، ب ٤، ح ١، وذيله في ١٩/٢٣٨، ب ٦، ح ٣.

(٢) المبسوط: ٣/٣٠٤؛ المهذب: ٩٥/٢؛ غنية النزوع: ٣٠١، وفيه دعوى عدم الخلاف؛

السرائر: ٣/١٧٣؛ إصباح الشيعة: ٣٤٩؛ الجامع للشرائع: ٣٦٥؛ جامع الخلاف والوافق:

٣٧٢، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ إرشاد الأذهان: ١/٤٥٠.

(٣) مسالك الأفهام: ٢١/٦.

(٤) جواهر الكلام: ١٧٢/٢٨.

اشتراط كون
القبض بإذن
الواهب

واستشكل فيه بوجود الإطلاق، ومنع عدم الوثوق، وأصالة عدم شرطية الإذن والقدر المتيقن اعتبار وصول المال إلى يد المتهم، ولذا لو كان بيده كفى^(١).

واستدل أيضاً على اشتراط الإذن بأنّ المفروض أنّ المال بعد باق على ملكية الواهب، ولا يجب عليه إقباضه، فيحرم قبضه من دون إذنه، وأورد عليه أنّ الحرمة مطلقاً ممنوعة مع أنّها لا توجب فساد القبض^(٢).

ويمكن أن يقال: لا إشكال في إطلاق المطلقات، فإن بنينا على الأخذ بما دلّ على اعتبار القبض، فلا بدّ من تقييدها، والقدر المتيقن اعتبار نفس القبض، لأنّه مع احتمال قراءة «يقبض» من باب الإفعال يصير بمنزلة المجمل المرّدّد بين الأقلّ والأكثر، والمعروف أنّه مع الإجمال بهذا النحو يرجع إلى العام أو المطلق، لأنّه لا يرفع اليد عن الحجّة إلّا بالحجّة، والمقيّد مع الإجمال ليس حجّة في الجهة الزائدة.

ومع التشكيك في الإطلاق يرجع إلى الأصل، والمعروف عند الفقهاء -رضوان الله تعالى عليهم- أنّ مقتضى الأصل الفساد، لاستصحاب عدم حصول الملكية وإن بنينا على اعتبار القبض في اللزوم، فمقتضى الأصل عندهم استصحاب عدم اللزوم وقد سبق أنّ الاستصحاب في الشبهات الحكمية محلّ إشكال.

ومع قطع النظر عن هذا لا مانع من الرجوع إلى حديث الرفع في

(١) تكملة العروة الوثقى: ١ / ١٦٥.

(٢) نقل الاستدلال والإيراد السيّد اليزدي رحمته الله. تكملة العروة الوثقى: ١ / ١٦٥.

الشك في الشرطيّة، ومعه لا مجال للرجوع إلى الاستصحاب، وإن بنينا على حجّيته في الشبهات الحكميّة.

وأما ما ذكر من حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه، ففيه: أنّه لا مانع من ترتّب الحكم الوضعي على ما يكون حراماً بالحرمة التكليفيّة.

ويؤيّده أنّ المشهور كفاية كون الموهوب في يد المتّهب من دون حاجة إلى قبض جديد بالاسترداد، ثمّ القبض سواء كان اليد أمانة أو ضمان حتّى لو كانت يد غصب، وقد مرّ نظير هذا في كتاب الرهن، هذا كلّه ولكن مخالفة المشهور مشكلة.

(ولو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير لزم؛ لأنّه مقبوض بيد الولي، لو وهب الأب أو
وهبة المشاع جائزة كالمقسوم، ولا يرجع في الهبة لأحد الوالدين بعد
القبض، وفي غيرهما من ذوي الرحم على الخلاف).
الجدّ للولد الصغير
لزم

أمّا عدم الحاجة في هبة الأب أو الجدّ للأب للصغير المولّى عليه إلى
القبض الجديد فيدلّ عليه الصحيح المتقدّم عن أبان عن أبي عبد الله عليه السلام،
وموتّق داود بن الحصين عنه عليه السلام: «النحلة والهبة ما لم تقبض حتّى
يموت صاحبها؟ قال عليه السلام: هي ميراث فإن كانت لصبيّ في حجره فأشهد
عليه فهو جائز»^(١).

ويمكن الاستدلال برواية محمّد بن مسلم: «وإن تصدّق على من لم
يدرك من ولده فهو جائز، فإنّ والده هو الذي يلي أمره»^(٢)، فإنّ مقتضى

(١) تقدّم تخريجه آنفاً.

(٢) الكافي: ٣١ / ٧، ح ٧، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى ←

التعليل فيها أنّ من يلي الأمر قبضه كاف، فالحبض اللازم في الهبة حصل
بقبض الوليّ، ولازم هذا قصد الوليّ، لأنّ مجرد كون الموهوب بيد الوليّ
ليس قبضاً للمولّى عليه.

وحمل هذه الأخبار على التنزيل بأن يقال: كون الموهوب أو الصدقة
بيد الوليّ بلا قصد بمنزلة القبض بعيد، ولا يناسب التعليل المذكور، ولا
بدّ من الاقتصار على ما كان الموهوب بيد الواهب، ولا مجال للأخذ
بإطلاق الخبرين، لمعارضتهما مع ما دلّ على اعتبار القبض.

وهو ما رواه الشيخ رحمته الله في التهذيب في القويّ عن أبي عبد الله عليه السلام قال:
«الهبة لا تكون أبداً هبة حتّى يقبضها، والصدقة جائزة عليه»^(١)، إلّا أن
يستشكل من جهة ضعف السند مع انصراف الخبرين عن صورة خروج
الموهوب عن يد الوليّ؛ فتأمّل.

جواز هبة المشاع

وأما جواز هبة المشاع، فالظاهر أنّه لا خلاف فيه^(٢)، ويدلّ عليه
ما رواه في الكافي عن أحمد بن عمر الحلبي، عن أبيه قال: «سألت أبا

→ والرقبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٣٥، ح ١٦، باب
الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠١، ح ٣، باب من تصدّق على ولده الصغار ثمّ
أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٧٨، أبواب أحكام الوقوف
والصدقات، ب ٤، ح ١. والرواية صحيحة.

(١) تهذيب الأحكام: ٩/١٥٩، ح ٣١، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ٤/١٠٧، ح ١، باب
الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٣٤، أبواب أحكام الهبات، ب ٤، ح ٧. والتعبير عنه
بالقوي لعلّه لموسى بن عمر. راجع معجم رجال الحديث: ١٩/٦٠.

(٢) الخلاف: ٣/٥٥٧؛ غنية النزوع: ٣٠١، وفيه دعوى الإجماع؛ إصباح الشيعة: ٣٤٩؛ الجامع
للشرائع: ٣٦٥؛ جامع الخلاف والوافق: ٣٧١؛ تحرير الأحكام: ١/٢٨٢.

عبد الله عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدّق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار؟ قال: يجوز، قلت: أرأيت إن كانت هبة؟ قال: يجوز^(١).

ويقع الكلام في كيفية قبضه، ففي ما يكتفى فيه من جهة القبض بالتخلية لا حاجة إلى إذن الشريك، إذ هي لا تستلزم التصرّف في العين المشتركة. الكلام في كيفية قبضه

وأما في ما يحتاج قبضه إلى النقل والتحويل، فلا يجوز بدون إذن الشريك، فإن أذن فهو وإن امتنع منه فللمتّهب توكيله في القبض عنه، وإن امتنع منه يرفع الأمر إلى الحاكم، ومع عدم التمكن من الرجوع إليه يرجع إلى عدول المؤمنين، ومع عدمهم قيل: إنّه يكفي التخلية^(٢).

واستشكل بعدم صدق القبض بمجرد التخلية، فلا يتحقّق القبض^(٣).

ويمكن أن يقال: فيما يكتفى فيه بمجرد التخلية كيف يكتفى بتخلية الواهب مع عدم تخلية الشريك فيحتاج إلى المراجعة إلى الشريك.

وذلك لأنّه إذا كان مثل الدار مشتركة بين شخصين فإذا كانا متصرّفين كأن يكونا ساكنين فيها فهي بأيديهما، وإن كان أحدهما ساكناً فيها مع خروج الآخر، فهي بيده، ومجرّد خروج أحدهما ليس قبضاً بالنسبة إلى الثالث إلّا أن يسكن الثالث مقامه، أو يخرج الشريك ويخلّي الدار للثالث.

(١) الكافي: ٣٤/٧، ح ٢٤، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ١٤٠/٩، ح ٣٦، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ٢٤٦/١٩، أبواب أحكام الهبات، ب ١٢، ح ١. والرواية مؤثقة بابن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٢) مختلف الشيعة: ٢٨٢/٦.

(٣) تكملة العروة الوثقى: ١/١٦٨.

أمّا ما لا يكتفي فيه بالتخلية، فمع امتناع الشريك فبأيّ نحو يجوز للواهب إعمال السلطنة في سهمه، ولو بمراجعة الحاكم والقسمة، الإجباريّة يجوز إقباض الموهوب له سهمه.

وأمّا عدم الرجوع في الهبة لأحد الوالدين، فيدلّ عليه صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «الهبة والنحلة يرجع فيهما إن شاء حيزت أو لم تحز إلاّ لذي رحم»^(١).

عدم الرجوع
في الهبة لأحد
الوالدين

وصحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله وعبد الله بن سليمان^(٢)، عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال عليه السلام: تجوز الهبة لذوي القرابة، والذي يثاب من هبته، ويرجع في غير ذلك إن شاء»^(٣).

وربما تختلج بالبال الخدشة من جهة انصراف ذي رحم إلى من هو أبعد من الوالدين، ألا ترى أنّه لو أوصى بشيء للأقارب والأرحام يشكل شموله للأبوين أو الأولاد إلاّ أن يقال: مقتضى المناسبة بين الحكم والموضوع الشمول، وادّعي الإجماع وكذا في هبة الأبوين للأولاد هنا،

(١) الكافي: ٣١/٧، ح ٧، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ١٣٥/٩، ح ١٦، باب الوقف والصدقات؛ الاستبصار: ١٠٨/٤، ح ٤، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ٢٣٧/١٩، أبواب أحكام الهبات، ب ٦، ح ٢.

(٢) في الاستبصار: عبد الله بن سنان.

(٣) تهذيب الأحكام: ١٥٥/٩، ح ١٣، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ١٠٨/٤-١٠٩، ح ٨، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ٢٣٧/١٩، أبواب أحكام الهبات، ب ٦، ح ١.

ومقتضي الصحيحين عدم جواز الرجوع بالنسبة إلى غير الأبوين والأولاد من الأرحام.

ولكن عن جماعة^(١) جواز الرجوع فيهم، لمرسلة أبان عن أبي عبد الله عليه السلام: «هل لأحد أن يرجع في صدقته وهبته؟ قال عليه السلام: إذا تصدق لله فلا، وأما النحل، فيرجع فيها حازها أو لم يحزها وإن كان لذي قرابة»^(٢).

وأجيب بعدم مقاومة المرسلة واحتمال أن يكون قوله عليه السلام - على المحكي -: «وان كان»، إلى آخره، قيداً لقوله عليه السلام: «أو لم تحزها»^(٣).

ويمكن أن يقال: إن كان عدم المقاومة من جهة الإرسال، فبعد أخذ الفقهاء بها يشكل الإشكال من جهة السند.

وأما من جهة الدلالة بما ذكر، فالظاهر أن الضمير في كان راجع إلى الإعطاء أو ما يرادفه المسؤول عن حكمه سابقاً، فيبعد رجوعه إلى ما يعلم من خصوص لم تحزها، فمع بعده كيف يحمل عليه كلام الحكيم مع كونه في مقام البيان؟ ألا ترى أنه لا مجال لحمل «إلا لذي رحم» في صحيحة محمد بن مسلم المذكورة استثناء من خصوص «أو لم تحز».

ولا يخفى أن هذا كله على المشهور من جواز الرجوع في الهبة، وقد اختلفت الأخبار فيه، فالأخبار الدالة على الجواز:

منها: الصحيحتان المذكورتان، والمرسلة المذكورة.

الأخبار الدالة على

الجواز

(١) الانتصار: ٢٢١؛ الخلاف: ٣/٥٦٧؛ السرائر: ٣/١٧٥.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/١٥٥، ح ١٤، باب النحل والهبة.

(٣) رياض المسائل: ١٠/٢١٨؛ تكملة العروة الوثقى: ١/١٧١.

ومنها: صحيح زرارة: «ولا ينبغي لمن أعطى الله شيئاً أن يرجع فيه، وما لم يعط الله وفي الله، فإنه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت، أو لم تحز، ولا يرجع الرجل فيما وهب لامرأته»^(١)، إلى غير ما ذكر.

وفي قبالها ما يظهر منه عدم الجواز:

منها: خبر إبراهيم بن عبد الحميد، عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها، قال^(٢) رسول الله صلى الله عليه وآله: من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه»^(٣).

الأخبار الدالة على

عدم الجواز

ومنها: خبر أبي بصير: «عن الرجل يشتري المبيع^(٤) فيوهب له الشيء وكان الذي اشتري لؤلؤاً فوهب له لؤلؤاً فرأى المشتري أن يردّ، أيردّ ما وهب له؟ قال عليه السلام: الهبة ليس فيها رجعة، وقد قبضها إنّما سبيله على البيع، فإن ردّ المبتاع المبيع^(٥) لم يردّ معه الهبة»^(٦).

(١) الكافي: ٣٠/٧، ح ٣، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ١٥٢/٩، ح ١، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ١١٠/٤، ح ١٧، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ٢٣١/١٩، أبواب أحكام الهبات، ب ٣، ح ١.

(٢) من هنا إلى آخره ليس في الاستبصار.

(٣) تهذيب الأحكام: ١٥٨/٩، ح ٣٠، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ١٠٧/٤، ح ٢، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ٢٤٤/١٩، أبواب أحكام الهبات، ب ١٠، ح ٤، وفيه عبد الرحمن بن حماد، وهو ضعيف. راجع معجم رجال الحديث: ٣٢٢/٩.

(٤) في المصادر: «البيع».

(٥) في المصادر: «البيع».

(٦) تهذيب الأحكام: ٢٣١/٧، ح ٢٨، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ٣٣/١٨-٣٤، أبواب الخيار، ب ١٩، ح ١، وفيه بشير وهو مهمل.

ومنها: خبر محمد بن عيسى: «كتبت إلى علي بن محمد عليه السلام رجل جعل لك - جعلني الله فداك - شيئاً من ماله ثم احتاج إليه يأخذه لنفسه أو يبعث به إليك؟ قال: هو بالخيار في ذلك ما لم يخرج به عن يده، ولو وصل إلينا رأينا أن نواسيه [به] وقد احتاج إليه»^(١).

ومنها: خبر الجراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: من رجع في هبته كالراجع في قيئه»^(٢).

وقد يقال: إن هذه الأخبار لا تقاوم ما تقدم من الأخبار، لأصحيتها وأكثريتها وأظهريتها دلالة^(٣).

ويمكن أن يقال: إذا كان النظر إلى الترجيح بما ذكر لا إلى الإشكال في الحجية مع قطع النظر عن المعارضة، يشكل ما ذكر من جهة عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤) فهو مرجح أو مرجع.

وحمل الأخبار المذكورة على الكراهة^(٥) بعيد جداً، والتعبير بأنه «كالراجع في قيئه» لا يؤيد الكراهة، لأنه يمكن أن يكون من جهة خبث القيء الموجب للحرمة، لا من جهة تنفر الطبع، لكن مع ذلك لا مجال لمخالفة المشهور.

(١) من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٣٢، ح ٥٥٥٤، باب نوادر الوصايا؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٣٤، أبواب أحكام الهبات، ب ٤، ح ٨. والرواية صحيحة.

(٢) الاستبصار: ٤/ ١٠٩، ح ١١، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٤٣-٢٤٤، أبواب أحكام الهبات، ب ١٠، ح ٣. وفي جراح المدائني كلام. راجع معجم رجال الحديث: ٤/ ٤٠١.

(٣) الحدائق الناضرة: ٢٢/ ٣٢٦-٣٢٧؛ تكملة العروة الوثقى: ١/ ١٧٠.

(٤) المائدة: ١.

(٥) المصدر نفسه.

(ولو وهب أحد الزوجين الآخر فضي الرجوع تردّد، أشبهه الكراهية، ويرجع في هبة الأجنبي ما دامت العين باقية ما لم يعوّض عنها، وفي الرجوع مع التصرف قولان أشبههما الجواز).

حكم رجوع أحد الزوجين فيما وهب للآخر، فمقتضى صحيحة زرارة المذكورة عدم جوازه.

للاخر

ويدلّ عليه أيضاً صحيحة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «إنّ الصدقة محدثة إنّما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ينحلون ويهبون، ولا ينبغي لمن أعطى الله عزّ وجلّ شيئاً أن يرجع فيه، قال: وما لم يعط الله وفي الله، فإنّه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة، حيزت أو لم تحز، ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته ولا المرأة فيما تهب لزوجها حيز أو لم يحز، أليس الله - تبارك وتعالى - يقول: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ سَهِيّاً﴾ وقال: ﴿فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوْهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ وهذا يدخل فيه الصدقة والهبة»^(١).

والمشهور^(٢) على الجواز مع الكراهة، لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «أنّه سئل عن رجل كانت له الجارية فأذته امرأته فيها؟

(١) الكافي: ٣٠٠/٧، ح ٣، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ١٥٢/٩، ح ١، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ١١٠/٤، ح ١٧، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشريعة: ٢٣١/١٩، أبواب أحكام الهبات، ب ٣، ح ١.

(٢) المبسوط: ٣٠٩/٣، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ١٧٣/٣؛ شرائع الإسلام: ١٨٠/٢؛ الجامع للشرائع: ٣٦٦؛ قواعد الأحكام: ٤٠٨/٢.

فقال: هي عليك صدقة، فقال: إن كان قال: ذلك لله فليمضها، وإن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها»^(١).

واستشكل في الاستدلال به باحتمال كون المراد أنه إذا قصد الصدقة ولم يقل لله فله الرجوع حيث إنها مشروطة بقصد القرية، مع أن الصحيحة موافقة للكتاب بناء على أن المراد بـ﴿مَاءَاتٍ مُّوَهَّنٍ﴾ أعم من الصدقة والهبة، لقوله ﷺ في آخره^(٢).

ويمكن أن يقال: إذا قصد الصدقة التي أخذ فيها قصد القرية، فلا حاجة إلى قول الله، فيظهر من الرواية أنه ما قصد حيث لم يقل، فالإعطاء بقصد القرية يجوز الرجوع فيه، وبدون الإعطاء لا يصدق الرجوع، والإعطاء بلا قصد القرية هبة، فبقريئة ذكر الرجوع يفهم تحقق الإعطاء.

ويمكن الاستدلال للمشهور بصحيفة عبد الرحمن بن أبي عبد الله وعبد الله بن سليمان^(٣) عن أبي عبد الله ﷺ: «عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال ﷺ: تجوز الهبة لذوي القرابة والذي يثاب من هبته، ويرجع في غير ذلك [إن شاء]»^(٤) فيدور الأمر بين التخصيص

(١) الكافي: ٣٢/٧، ح ١٢، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ١٥٣/٩-١٥٤، ح ٥، باب النحل والهبة؛ وسائل الشريعة: ٢٤٠/١٩، أبواب أحكام الهبات، ب ٧، ح ٢.

(٢) تكملة العروة الوثقى: ١/١٧٢.

(٣) في الاستبصار: عبد الله بن سنان.

(٤) تهذيب الأحكام: ١٥٥/٩، ح ١٣، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ١٠٨/٤-١٠٩، ح ٨، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشريعة: ٢٣٧/١٩، أبواب أحكام الهبات، ب ٦، ح ١.

- ويرجع في غير ذلك، وحفظ ما ظهر منه عدم الجواز على ظهوره - وبين حفظ هذا الظهور.

وحمل ما ذكر على الكراهة الزائدة على كراهة مطلق الرجوع في الهبة قد يقوّي التخصيص بملاحظة الذكر مع الصدقة التي لا رجوع فيها، لكنّه ذكر الواجب والمستحبّ، وكذا الحرام والمكروه ليس بعزيز، والمسألة لا تخلو عن الإشكال، والاحتياط بعدم الرجوع.

وأما الرجوع في الهبة للأجنبي في الجملة، فقد سبق الكلام فيه.

وأما صورة التعويض، فادّعي الإجماع فيها على اللزوم وعدم الرجوع^(١)، ويدلّ عليه ما رواه الشيخ عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله في الصحيح المتقدّم، وما روي في الصحيح أو الحسن^(٢) عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا عوّض صاحب الهبة فليس له أن يرجع»^(٣). وقد يقال بجواز التعويض بنفس ما وهب كلاً أو جزءاً كأن يقول الواهب: وهبتك بشرط أن تهبني إياه بعد شهر أو سنة^(٤).

حكم الرجوع في الهبة لو عوّضت

ويشكل لا من جهة عدم صدق العوض على نفس الشيء، لعدم

(١) الاستبصار: ١٠٨/٤؛ الكافي في الفقه: ٣٢٨؛ المهذب: ٩٩/٢؛ السرائر: ١٧٣/٣؛ إصباح الشيعة: ٣٤٩؛ التنقيح الرائع: ٣٣٨/٢، وفيه دعوى عدم الخلاف.

(٢) الترديد من ناحية إبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.

(٣) الكافي: ٣٣/٧، ح ١٩، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ١٥٤/٩، ح ٩، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ١٠٨/٤، ح ٧، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ٢٤٢/١٩، أبواب أحكام الهبات، ب ٩، ح ١.

(٤) تكملة العروة الوثقى: ١٧٤/١.

المعاوضة في الموهوب، بل المعاوضة بين التملّكين هبة وهبة أخرى عوضها، بل من جهة الانصراف، وعدم صدق الهبة للذي يثاب من هبته كما في الصحيح الأوّل.

وما يقال من أنّه لا بدّ أن يكون برضا الواهب مع قصد العوضيّة^(١) مشكل، لإطلاق الدليل، ولا مانع من جواز الهبة أوّلاً، وبعد إعطاء العوض بيّدل الجواز باللزوم.

وأما صورة التصرّف في العين الموهوبة للأجنبي، ففيه أقوال: لو تصرف في العين الموهوبة للأجنبي أحدّها: سقوط الجواز، وعدم جواز الرجوع مطلقاً^(٢).
الثاني: عدم السقوط مطلقاً^(٣).

الثالث: التفصيل بين مثل البيع والصلح والهبة من التصرفات الناقلة للملك ومثل الاستيلاد المانع للردّ، ومثل الطحن والنجر والخياطة ونحوها ممّا يكون مغيّراً للصورة، وبين ما لا يكون كذلك كالسكنى، وركوب الدابة وتعليقها، ولبس الثوب ونحوها ممّا لا يكون مغيّراً للصورة^(٤).

والمدرّك في المسألة ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن^(٥)

(١) تكملة العروة الوثقى: ١ / ١٧٤.

(٢) المقنعة: ٦٥٨؛ النهاية: ٦٠٣؛ المهذّب: ٩٥ / ٢؛ السرائر: ٢٩٩ / ٢، وفيه دعوى عدم الخلاف.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٢٨؛ المراسم: ١٩٩.

(٤) الوسيلة: ٣٧٩؛ الدروس الشرعية: ٢٨٧ / ٢؛ جامع المقاصد: ١٦٠ / ٩.

(٥) التريديد لأجل إبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦ / ١.

عن الحلبي وجميل، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها وإلا فليس له»^(١).

وقيام العين بعينها أمر عرفي كسائر المفاهيم العرفية.

وقد يحصل الشك، فمع مثل البيع والصلح والهبة مع لزومها، الظاهر أنه عند العرف ليست العين قائمة بعينها، لكنّه مع حصول الإقالة أو الفسخ يشكل صدق عدم القيام بعينها، لأنّها بنظر العرف من قبيل إعادة المعدوم، ومثل الاستيلاد ليس عند العرف موجباً لعدم القيام بعينها، بل المنع من قبل الشرع، فلعلّه من باب تزاحم الحكمين، والظاهر أن ما يكون مغيراً للصورة كالطحن والنجر ونحوهما مناف للقيام بعينها دون مثل السكنى والركوب والتعليف.

وقد يقع الشك كحصول وصف كمال لها من دون حصول نقصان في أوصافها السابقة، فمع الشك المرجع عموم أو إطلاق أدلة جواز الرجوع في غير الموارد المستثناة، لما هو المقرّر في الأصول من الرجوع إلى العام أو المطلق عند إجمال المخصّص أو المقيّد، والدوران بين الأقل والأكثر.

فالحقّ في المسألة التفصيل، ومع الإطلاق أو العموم لا مجال في موارد الشك للرجوع إلى الاستصحاب، كما لا يخفى وإن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية.

(١) الكافي: ٣٢/٧، ح ١١، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمرى والرقبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ١٥٣/٩، ح ٤، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ١٠٨/٤، ح ٦، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ٢٤١/١٩، أبواب أحكام الهبات، ب ٨، ح ١.

كتاب الوصايا

(كتاب الوصايا)^(١)

(وهي تستدعي فصولاً:)

[الفصل] (الأول: الوصية).

([هي] تملك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف بعد الوفاة،
ويفتقر^(٢) إلى الإيجاب والقبول).

تعريف الوصية
وافتيقارها إلى
الإيجاب والقبول

الوصية إما تملكية أو عهديّة، ولا إشكال في عدم الحاجة في العهديّة إلى القبول وإن كان يظهر من عبارة المتن اشتراطه مطلقاً، وقد يقال بعدم الحاجة إلى القبول في التملكيّة أيضاً غاية الأمر ردّ الموصى له مانع^(٣).

ولازم هذا أنّه لو لم يقبل الموصى له ولم يردّ كان الموصى به ملكاً له، ويكون نياؤه المتّصل والمنفصل له، ولا يلتزمون به، بل ظاهر كلماتهم أنّه مع عدم القبول والردّ والامتناع يجبر، لملاحظة حال الورثة.
والإنصاف أنّه لا دليل على اعتبار القبول بملاحظة الأخبار، بل الظاهر من بعضها حصول الملكية بمجرد الوصية.

(١) لم يشرح المصنّف كتاب (السبق والرماية)، والذي يقع قبل كتاب (الوصايا) حسب ترتيب المختصر النافع.

(٢) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «وتفتقر» بدل «ويفتقر».

(٣) العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ٥ / ٦٤٥ - ٦٥٢.

فلاحظ صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجل أوصى بثلاث ماله في أعمامه وأخواله؟ فقال: لأعمامه الثلثان، ولأخواله الثلث»^(١).

وما في التهذيب عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة قالت لأُمّها: إن كنت بعدي فجاريّتي لك، ففضى أنّ ذلك جائز، وإن ماتت^(٢) الابنة بعدها فهي جاريّتها»^(٣).

إلا أن يقال في الصحيحة: لعلّ نظر السائل إلى كَيْفِيَّةِ تقسيم الموصى به بين الأعمام والأخوال بعد الفراغ عن تَمَامِيَّةِ الوصيّة، ولا تعرّض لها لنحو تَمَامِيَّةِ الوصيّة، وهذا نظير سؤال السائل: رجل باع داره من دون ذكر لقبول المشتري.

ولا يبعد التمسك بما رواه العباس بن عامر^(٤) في الصحيح قال: «سألته عن رجل أوصى له بوصيّة فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقبا؟ قال: أطلب له وارثا أو مولى نعمة فادفعها إليه.

قلت: فإن لم أعلم له وليا؟ قال: أجهد على أن تقدر له على ولي، فإن لم تجده وعلم الله منك الجدد فتصدّق بها»^(٥).

(١) الكافي: ٧/ ٤٥، ح ٣، باب من أوصى لقرباته ومواليه كيف يقسم بينهم؛ من لا يحضره الفقيه:

٢٠٨/ ٤، ح ٥٤٨٣، باب الوصيّة للأقرباء والموالي؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢١٤، ح ٢٢، باب

الوصيّة المبهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٩٣، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٢، ح ١.

(٢) في التهذيب: «كانت».

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٠٠، ح ٧، باب الوصيّة للوارث؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٨٩، أبواب

أحكام الوصايا، ب ١٥، ح ١١، وفيه القاسم بن محمد الجوهري وفيه كلام. راجع معجم

رجال الحديث: ١٤/ ٤٨.

(٤) في الكافي كما في المتن، وفي غيره: «العباس بن عامر عن مثني قال: سألته».

(٥) الكافي: ٧/ ١٣، ح ٣، باب من أوصى بوصيّة فمات الموصى له قبل الموصي أو مات قبل أن ←

حيث لم يستفصل في الجواب أنّ الموصى له قبل أو لم يقبل، فلو كان القبول لازماً في الصحة لزم حسب القاعدة أن يرجع الموصى به إلى وارث الموصي.

والمحكّي عن المختلف - بعد نقل الأقوال - : «والمعتمد أن نقول: كلام العلامة الحلّي الوصية إن كانت لغير معيّن كالفقراء والمساكين، ومن لا يمكن حصرهم -كبنّي هاشم- أو على مصلحة -كمسجد أو قنطرة، أو حجّ أو مدرسة أو غير ذلك- لم يفتقر إلى القبول، ولزمت بمجرد الموت، لتعذر اعتبار القبول من جميعهم، فسقط اعتباره كالوقف عليهم.

وإن كانت لمعيّن افتقرت إلى القبول، ولا يحصل الملك قبله، لأنّ القبول معتبر فتحصيل الملك له قبل قبوله لا وجه له مع اعتباره، ولأنّنه تمليك عين لمعيّن، فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود، ولأنّ الموصى له لو ردّ الوصية بطلت، ولو كان قد ملك بمجرد الإيضاء لم يزل الملك بالردّ كما بعد القبول، ولأنّ الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل، لامتناع تقدّم الشروط على شرطه»^(١).

ويمكن أن يقال: إن كانت الوصية التملّكية عقداً وكلّ عقد يحتاج إلى الإيجاب والقبول بخلاف الإيقاع، فكيف يقال في الوصية لغير معيّن أو

→ يقبضها؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢١١، ح ٥٤٩٠، باب الموصى له يموت قبل الموصي أو قبل أن يقبض ما أوصي له به؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٣١، ح ٣، باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصي؛ الاستبصار: ٤/ ١٣٨، ح ٣، باب الموصى له يموت قبل الموصي؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٣٣٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٠، ح ٢.

(١) مختلف الشيعة: ٦/ ٣٤٠.

على المصلحة: لا حاجة إلى القبول؟ ومجرد تعذر القبول لا يصحح، وإن منعنا كون الوصية عقداً، فلا نجد الفرق بين الوصية لمعين وبين غيرها.

ومما يؤيد عدم كونها عقداً أنّ القائلين باعتبار القبول يكتفون بقبول وارث الموصى له مع موت الموصى له قبل القبول ومن المعلوم أنّ الوارث ليس طرفاً للعقد، وليس القبول من الحقوق الموروثة، فيكون من قبيل موت طرف العقد قبل القبول.

وأما ما ذكر من امتناع تقدّم المشروط على شرطه، فيمكن الجواب عنه بأنّ الرد كاشف عن عدم تحقّق الملكية من الأوّل، فالمقام نظير عزل مقدار من تركة الميت بملاحظة الحمل، فإن ولد حياً يرث سهمه من التركة وإلاّ فهو ميراث للورثة.

والحاصل أنّه إن تحقّق الإجماع على الحاجة إلى القبول فهو وإلاّ فالمرجع عموم أو إطلاق أدلة صحة الوصية ونفوذها.

ومع الخدشة المرجع الأصل، فإن بنينا على أنّ الأصل في أمثال المقام الفساد من جهة استصحاب عدم تحقّق الملكية بدون القبول يحكم بالفساد، وإن قلنا بأنّ حديث الرفع لا مانع من جريانه في أمثال المقام يحكم بالصحة.

ولا يخفى أنّه إن كان الأصل الفساد من جهة عدم العموم والإطلاق، فمجرد ما ذكر لعدم لزوم القبول في الوصية لغير المعين وللمصلحة لا يوجب الصحة، بل لا بدّ من تحقّق القبول ولو من بعض كفاية قبض البعض في الوقف على عنوان كعنوان الفقراء أو الحاكم إن قلنا بولايته في أمثال المقام.

ومع عدم الدليل على الولاية بهذا النحو يشكل الحكم بالصحة، لعدم
تامة الوصية حتى يقال: إنفاذ الوصية لازم، فيدور الأمر بين أن يكون
بيد كل أحد أو خصوص الحاكم فالقدر المتيقن هو الحاكم، فعدول
المؤمنين، ففساقهم، فليس المقام من قبيل الوصية العهدية مع عدم تعيين
الوصي أو موته، لكن الظاهر تسالمهم على عدم الحاجة إلى القبول.
وقد يقال: إن الوصية في هذه الصورة ليست تملكية، بل هي عهدية
فليست عقداً يحتاج إلى القبول^(١).

ويشكل من جهة أنه إذا لم يعمل الوصي بالوصية فكيف يملك
الموصى له الموصى به؟ لأن الوصي هو الذي يملك دون الموصي، فلم
يحصل الملك، وهذا خلاف ما تسالموا عليه.
وقد علل كونها عهدية بعدم صحة تملك غير المعين أو الجهة، ولا
يخفى الإشكال فيه.

(وتكفي الإشارة الدالة على القصد، ولا تكفي الكتابة ما لم تنضم القرينة
الدالة على الإرادة، ولا يجب العمل بما يوجد بخط الميت، وقيل: إن عمل
الورثة ببعضها لزمهم العمل بجميعها، وهو ضعيف، ولا تصح الوصية
بمعصية كمساعدة الظالم، وكذا وصية المسلم للبيعة والكنيسة).

أما كفاية الإشارة الدالة على القصد في الجملة، فالظاهر عدم الخلاف
فيها، واستدل^(٢) بصحيح الحلبي^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن أباه حدثه عن

(١) جواهر الكلام: ٢٨ / ٣٩٠.

(٢) نهاية المرام: ٢ / ٢٥٠.

(٣) اعلم أن السيد المصنف عليه السلام وإن نسب هذه الرواية إلى الحلبي إلا أن هذا المتن من رواية ←

أبيه^(١) أن أمانة بنت أبي العاص بن الربيع وأمها زينب بنت رسول الله ﷺ كانت تحت عليّ - صلوات الله عليه - بعد فاطمة عليها السلام فخلف عليها بعد عليّ عليه السلام مغيرة بن نوفل، فذكر أنّها وجعت وجعاً شديداً حتى اعتقل لسانها وأتاها الحسن والحسين ابنا عليّ - عليهم الصلاة والسلام - وهي لا تستطيع الكلام، فجعلوا يقولان لها - والمغيرة كاره لما يقولان -: أعتقت فلاناً وأهله فجعلت تشير برأسها: لا^(٢)، وكذا وكذا فجعلت تشير برأسها: نعم، لا تفصح بالكلام فأجازا ذلك لها^(٣).

وخبر عليّ بن جعفر عن أخيه المرويّ عن قرب الإسناد: «سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهاليهما يسأله أعتقت فلاناً وفلاناً؟ فيومئ برأسه أو تومئ برأسها في بعض: نعم، وفي بعض: لا، وفي الصدقة مثل ذلك أيجوز ذلك؟ قال: نعم هو جائز»^(٤).

ولا يخفى عدم ظهور الروايتين في الوصية، بل يمكن أن يكون الإشارة من المريض راجعة إلى الإعتاق عند الموت أو التصديق عنده أو الإقرار بهما، والمعروف أنّه يكفي بالإشارة مع العجز عن النطق، ولا

→ أخرى تشابه صحيحة الحلبي في أكثر ألفاظها وفقراتها. من لا يحضره الفقيه: ١٩٨/٤، ح ٥٤٥٥، باب الوصية بالكتب والإيلاء؛ تهذيب الأحكام: ٢٤١/٩، ح ٢٨، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ٣٧٣/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٩، ح ١.

(١) في المصادر: «أن أباه حدثه أن أمانة».

(٢) في المصادر: «نعم».

(٣) تهذيب الأحكام: ٢٥٨/٨، ح ١٦٩، باب العتق وأحكامه؛ وسائل الشيعة: ٨٠/٢٣، كتاب العتق، ب ٤٤، ح ١.

(٤) قرب الإسناد: ١١٩/٢؛ وسائل الشيعة: ٣٧٤/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٩، ح ٢، وفيه عبد الله بن الحسن، وهو مهمل. راجع قاموس الرجال: ٣١٨/٦.

يبعد اعتبارها حتى مع التمكن، لاكتفاء العقلاء في مقاصدهم بالإشارة، ولم يتم دليل على لزوم التلفظ يوجب الردع إلا أن المشهور عدم اعتبارها مع التمكن، فإن تم الإجماع وإلا فلا وجه له، ولعله لهذا صرح في المتن بالكفاية من دون تقييد العجز، وكذا الكتابة مع قصد الإنشاء بهما.

وفي خبر سدير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «دخلت على محمد بن الحنفية وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصية فلم يجب، فأمرت بطست، فجعل فيه الرمل، فوضع فقلت: خطّ بيدك، فخطّ وصيته بيده في الرمل ونسخته أنا في صحيفة»^(١).

ولم يظهر من هذا الخبر مدخلية العجز في اعتبارها، بل لعلّ العدول إلى الكتابة بعد العجز عن النطق من جهة أسهلية النطق.

وأما ما كتب الميت بخطّه، فظاهر المتن عدم وجوب العمل به، ولم يظهر وجهه مع كفاية الكتابة في الوصية، وبناء العقلاء على العمل في بحظه حكم ما كتب الميت بمقاصدهم، واكتفاء المأمورين إذا صدر من أمرائهم أو امرهم في الأمور الخطيرة، بل بناء الفقهاء في الأحاديث بما كتب في الكتب، والنصوص الناهية عن أن يبيت الإنسان إلا ووصيته تحت رأسه^(٢)، ومن المعلوم أن الغرض العمل بها إذا مات، ولعلّ نظر المانعين إلى صورة عدم حصول

(١) من لا يحضره الفقيه: ٤/ ١٩٧، ح ٥٤٥٤، باب الوصية بالكتب والإيلاء؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٤١، ح ٢٧، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٧٢، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٨، ح ١، وفيه عبد الصمد بن محمد وفيه كلام.

(٢) عن النبي صلى الله عليه وآله: «ما ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليلة إلا ووصيته تحت رأسه». المقنعة: ٦٦٦؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٥٨، أبواب أحكام الوصايا، ب ١، ح ٧.

القطع أو الاطمئنان بأنه خطأ الميّت أو إرادة الوصيّة.

عدم صحّة الوصيّة
بمعصية

وأما عدم صحّة الوصيّة بمعصية بمعنى صرف المال في المعصية، فلا إشكال فيه ولا خلاف ولا يمكن تنفيذها.

ويدلّ عليه الخبر: «عن قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾، الآية، قال: نسختها التي بعدها: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا﴾ قال: يعني الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصي [في ثلثه]^(١) فيما أوصى به إليه ممّا لا يرضى الله تعالى من خلاف الحق، فلا إثم على الموصى إليه أن يبدّله إلى الحق، وإلى ما يرضى الله تعالى به من سبيل الخير»^(٢).

ونحو المرسل المضمّر عنه: «أنّه تعالى أطلق للموصى إليه أن يغيّر الوصيّة إذا لم تكن بالمعروف وكان فيها جنفاً، ويردّه إلى المعروف، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمَا فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾»^(٣). ولعلّ المراد من النسخ في الخبر الأوّل التخصيص، لعدم إمكان الحمل على النسخ بمعناه المعروف، ولعلّ المراد من التبديل عدم العمل بها لا التبديل بمعناه الظاهر، كما لو أوصى بصرف ثلثه في البيع والكنائس، فبدّل الوصيّ في عمارة المسجد، لعدم الدليل عليه غير الخبرين، وإثبات مثل هذا الحكم بهما مشكل.

(١) ليس في الكافي والوسائل.

(٢) الكافي: ٢١/٧، ح ٢، باب أنّ من حاف في الوصيّة فللموصي أن يردها إلى الحق؛ تهذيب الأحكام: ١٨٦/٩، ح ٥، باب الأوصياء؛ وسائل الشيعة: ٣٥١/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٨، ح ١. والرواية صحيحة.

(٣) الكافي: ٢٠/٧، ح ١، باب أنّ من حاف في الوصيّة فللموصي أن يردها إلى الحق؛ وسائل الشيعة: ٣٥٢/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٨، ح ٢.

[الفصل] (الثاني: في الموصي).

في الموصي وشروطه

(ويعتبر فيه: كمال العقل والحرية، وفي وصية من بلغ عشرين في البرتردد، والمروي الجواز، ولو جرح نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل، ولو أوصى ثم جرح قبلت، وللموصي الرجوع في الوصية متى شاء).
أمّا اعتبار كمال العقل بمعنى عدم كون الموصي مجنوناً أو سكراناً لا يعقل أو سفيهاً، فلعدم نفوذ تصرّفات مع هذه الأوصاف.
وأمّا اعتبار الحرية، فوجهه أنّ العبد محجور في تصرّفات وإن قلنا بأنّه يملك.

وأمّا وصية من بلغ عشر سنين وإن كان مقتضى القاعدة عدم نفوذها لكونه محجوراً في تصرّفات، لكنّه ورد أخبار تدلّ على صحّتها في وجوه سنين
المعروف:

منها: ما رواه الصدوق في الصحيح عن ابن أبي عمير، عن أبان، عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته»^(١).

(١) رواه الكليني عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن بعض أصحابه عن أبان بن عثمان عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله. الكافي: ٢٨/٧-٢٩، ح ٣، باب وصية الغلام والجارية التي لم تدرك وما يجوز منها وما لا يجوز؛ من لا يحضره الفقيه: ١٩٦/٤، ح ٥٤٥٠، باب الحد الذي إذا بلغه الصبي جازت وصيته؛ وسائل الشيعة: ٣٦٢/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٤، ح ٤.

وما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق، أو تصدَّق، أو أوصى على حدٍّ معروف وحقّ فهو جائز»^(١).

وما رواه الشيخ في التهذيب في الموثق عن منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن وصية الغلام هل يجوز؟ قال: إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته»^(٢).

وعن أبي بصير وأبي أيوب في الموثق، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الغلام ابن عشر سنين يوصي؟ قال: إذا أصاب موضع الوصية جازت»^(٣).

وما رواه المشايخ الثلاثة -عطّر الله مراقدهم- في الصحيح عن محمد بن مسلم قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لأولي الأرحام، ولم تجز للغرباء»^(٤).

(١) الكافي: ٢٨/٧، ح ١، باب وصية الغلام والجارية التي لم تدرك وما يجوز منها وما لا يجوز؛ من لا يحضره الفقيه: ١٩٧/٤، ح ٥٤٥١، باب الحد الذي إذا بلغه الصبي جازت وصيته؛ تهذيب الأحكام: ٢٤٨/٨، ح ١٣١، باب العتق وأحكامه؛ وسائل الشيعة: ٢١١/١٩، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ١٥، ح ١. والرواية موثقة بموسى بن بكر الواقفي. راجع معجم رجال الحديث: ٢٨/١٩.

(٢) تهذيب الأحكام: ١٨٢/٩، ح ٥، باب وصية الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ٣٦٣/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٤، ح ٧. والتعبير عنه بالموثّق لابن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٣) تهذيب الأحكام: ١٨١/٩، ح ٢، باب وصية الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ٣٦٣/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٤، ح ٦. والتعبير عنه بالموثّق لابن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٤) الكافي: ٢٨/٧، ح ٢، باب وصية الغلام والجارية التي لم تدرك وما يجوز منها وما لا يجوز؛ ←

وعن أبي بصير في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته، وإن كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته»^(١).

والمستفاد من هذه الأخبار نفوذ وصية البالغ عشر سنين في الحق، والمعروف بعد تقييد ما هو مطلق بالمقيّد، بل نفوذ وصية ابن سبع سنين في اليسير من ماله في حق، ثم إن هذا في الوصية بالاستقلال بدون المراجعة إلى الولي، وأما إن قلنا بنفوذ تصرفات غير البالغ بإجازة الولي، فلا مانع من التصرف بالوصية، وهذا الكلام في وصية السفیه والعبد إن قلنا بملكيتّه يجري.

وأما لو جرح نفسه بما فيه هلاكها، فالصرّح به في كلمات الفقهاء -قدّس الله أسرارهم-^(٢) عدم قبول وصيته.

وصية من جرح
نفسه بما فيه
هلاكها

ويدلّ عليه صحيحة أبي ولاد المروية بطرق المشايخ الثلاثة - قدّست

→ من لا يحضره الفقيه: ١٩٧/٤، ح ٥٤٥٣، باب الحدّ الذي إذا بلغه الصبي جازت وصيته؛ تهذيب الأحكام: ١٨١/٩، ح ٣، باب وصية الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ٣٦٠/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٤، ح ١.

(١) الكافي: ٢٩/٧، ح ٤، باب وصية الغلام والجارية التي لم تدرك وما يجوز منها وما لا يجوز؛ من لا يحضره الفقيه: ١٩٧/٤، ح ٤٥٥٢، باب الحدّ الذي إذا بلغه الصبي جازت وصيته؛ تهذيب الأحكام: ١٨٢/٩، ح ٧، باب وصية الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ٣٦١/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٤، ح ٢. والرواية صحيحة على ما في الفقيه، وأما في غيره فموتّقة.

(٢) المقنعة: ٦٧٢؛ الكافي في الفقه: ٣٦٤؛ النهاية: ٦١٠؛ المهذب: ١٠٧/٢؛ إصباح الشيعة: ٣٥٤؛ الجامع للشرائع: ٤٩٥؛ تبصرة المتعلّمين: ١٢٨؛ كنز الفوائد: ١٩٨/٢، وفيه نسبته إلى المشهور.

أسرارهم - قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها، قيل له: أرأيت إن كان أوصى بوصية، ثم قتل نفسه متعمداً من ساعته تنفذ وصيته؟ قال: فقال: إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو فعل لعله يموت أجزت وصيته في الثلث، وإن كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو فعل لعله يموت لم تجز وصيته»^(١).

ولا مانع في الأخذ بهذه الصحيحة إلا ما قد يستشكل من لزوم تخصيص الكتاب الكريم^(٢)، ولا إشكال فيه، كما في كثير من أبواب المعاملات.

جواز رجوع الموصي عن وصيته متى شاء، فالظاهر أنه لا خلاف فيه^(٣)، ويدل عليه الأخبار:

منها: ما رواه المشايخ الثلاثة - قدس الله أسرارهم - عن عبيد بن زرارة قال: «قد سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: للموصي أن يرجع في وصيته إن كان في صحّة أو مرض»^(٤).

(١) الكافي: ٤٥/٧، ح ١، باب من لا تجوز وصيته من البالغين؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٠٢/٤،

ح ٥٤٧٠، باب وصية من قتل نفسه متعمداً؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٧/٩، ح ١، باب وصية من قتل نفسه أو قتله غيره؛ وسائل الشيعة: ٣٧٨/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٢، ح ١.

(٢) السرائر: ١٩٧-١٩٨.

(٣) المقنعة: ٦٦٩؛ الانتصار: ٣٧٧؛ المراسم: ٢٠٤؛ المهذب: ١٠٦/٢؛ غنية النزوع: ٣٠٦؛ السرائر:

١٩٥/٣؛ الجامع للشرائع: ٤٩٤؛ جامع الخلاف والوفاء: ٣٨١؛ تحرير الأحكام: ٢٩٢/١.

(٤) الكافي: ١٢/٧، ح ١، باب الرجل يوصي بوصية ثم يرجع عنها؛ من لا يحضره الفقيه:

١٩٩/٤، ح ٥٤٥٨، باب الرجوع عن الوصية؛ تهذيب الأحكام: ١٨٩/٩-١٩٠، ح ١٣، ←

وعن بريد بن معاوية في الموثّق، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لصاحب الوصيّة أن يرجع فيها ويحدث في وصيّته ما دام حيّاً»^(١).

وعن محمّد بن مسلم في الصحيح، عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢): «المدبّر من الثلث، وقال: للرجل أن يرجع في ثلثه إن كان أوصى في صحّة أو مرض»^(٣)، إلى غيرها من الأخبار.

→ باب الرجوع في الوصيّة؛ وسائل الشيعة: ٣٠٣/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٨، ح ٣. والرواية موثّقة بابن بكير الفطحي الثقة. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٨١.

(١) الكافي: ١٢/٧، ح ٢، باب الرجل يوصي بوصية ثمّ يرجع عنها؛ من لا يحضره الفقيه: ١٩٩/٤، ح ٥٤٥٧، باب الرجوع عن الوصيّة؛ تهذيب الأحكام: ١٩٠/٩، ح ١٤، باب الرجوع في الوصيّة؛ وسائل الشيعة: ٣٠٣/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٨، ح ٤. والرواية موثّقة بابن فضالّ الفطحي الثقة. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٢) في الفقيه: عن أحدهما عليه السلام.

(٣) الكافي: ٢٢/٧، ح ٣، باب أنّ المدبّر من الثلث؛ من لا يحضره الفقيه: ١٢١/٣، ح ٣٤٦١، باب التدبير؛ تهذيب الأحكام: ٢٢٥/٩، ح ٣٣، باب وصيّة الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ٣٠٧/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٩، ح ١.

[الفصل : (الثالث : في الموصى له) .]

في الموصى له

(ويشترط وجوده، فلا تصحّ لمعدوم، ولا لمن ظنّ بقاءه وقت الوصيّة وشروطه

فبان ميّناً، وتصحّ الوصيّة للوارث كما تصحّ للأجنبي، وللحمل بشرط

وقوعه حيّاً؛ وللذمي ولو كان أجنبياً وفيه أقوال) .

اشتراط وجود

أمّا اشتراط وجود الموصى له حال الوصيّة، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(١)، وقد ذكر في وجه عدم الصحّة أنّ الموصى به إمّا عين أو منفعة، والمعدوم غير قابل لأن يتملّك العين أو المنفعة^(٢) .

الموصى له حال
الوصيّة

وأورد عليه بالنقض بالوقف حيث إنّه يصحّ الوقف على المعدوم بتبع الموجود وكذا يصحّ بيع الثمرة مع أنّها معدومة حال البيع، ولا فرق بين تملّك المعدوم وتمليك المعدوم^(٣) .

ولا يخفى أنّ الصحّة وعدم الصحّة في الأمور الاعتباريّة يدوران مدار اعتبار العقلاء، ولا شكّ في صحّة الاعتبار، [وذلك] مضافاً إلى أنّ الملكيّة تتحقّق بعد الموت لا بمجرد الوصيّة، فالعمدة الإجماع إن تمّ.

وقد يستدلّ على عدم الصحّة بعدم شمول الأدلّة، والظاهر عدم

(١) بل العلامة رحمته الله ادّعى عليه الإجماع. تذكّرة الفقهاء: ٧٣/٢١.

(٢) مسالك الأفهام: ٦/٢١٥؛ جواهر الكلام: ٢٨/٣٦٢-٣٦٣.

(٣) جامع المقاصد: ٤١/١٠.

الإشكال في الإطلاق، ولذا يؤخذ به في الأمور التي لا تعرّض في الأخبار لها، فإنّ الوصيّة للحمل حتّى قبل ولوج الروح المعروف صحتّها، والظاهر عدم نصّ بالخصوص فيها فلا بدّ من التمسك بالإطلاقات.

وأما صحّة الوصيّة للوارث، فالظاهر عدم الخلاف^(١) فيها خلافاً للجمهور حيث إنّ أكثرهم^(٢) على عدم جوازها للوارث، ورووا في ذلك عنه عليه السلام أنّه قال: «لا وصيّة لوارث»^(٣).

صحّة الوصيّة
للوارث

ويدلّ على ما ذكره الأصحاب قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَلَدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(٤).

وقيل: هذه الآية منسوخة بآية الفرائض^(٥)، وقد روى العياشي في تفسيره عن ابن مسكان، عن أبي جعفر عليه السلام: «في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَلَدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ قال: هي منسوخة نسختها آية الفرائض التي هي الموارث»^(٦).

(١) المقنعة: ٦٧٠؛ الانتصار: ٥٩٧، وفيه دعوى الإجماع؛ الكافي في الفقه: ٢٣٥؛ الخلاف: ١٣٥/٤، وفيه دعوى الإجماع؛ المهذب: ١٠٨/٢-١٠٩، وفيه دعوى الإجماع؛ فقه القرآن: ٢٩٩/٢؛ السرائر: ١٨٦/٣، وفيه دعوى الإجماع؛ جامع الخلاف والوفاء: ٣٨٢؛ تحرير الأحكام: ٢٩٩/١، وفيه دعوى الإجماع.

(٢) المجموع: ٣٩٩/١٥؛ ٤٢٢؛ المغني: ٤٤٩/٦-٤٥٠؛ المحلّي: ٣١٦/٩؛ المبسوط: ١٤٣/٢٧ و ١٧٥؛ بداية المجتهد: ٢/٢٧٢.

(٣) مسند أحمد: ٤/١٨٦؛ سنن ابن ماجه: ٢/٩٠٥، ح ٢٧١٣؛ سنن أبي داود: ١/٦٥٦، ح ٢٨٧٠؛ سنن الترمذي: ٣/٢٩٣، ح ٢٢٠٣؛ سنن النسائي: ٦/٢٤٧.

(٤) البقرة: ١٨٠.

(٥) تفسير القمي: ١/٦٥؛ جامع البيان: ٢/٧٠.

(٦) تفسير العياشي: ١/٧٧؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٩٠، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٥، ←

وجملة من الأصحاب حملوا هذه الرواية على التقيّة^(١)، واحتمل حمل النسخ فيها على نسخ الوجوب^(٢)، وهذا الاحتمال قريب من جهة أنّ الإرث بعد الوصيّة والنسخ مع عدم إمكان الجمع.

ويدلّ على مذهب الأصحاب أخبار:

منها: ما رواه في الكافي عن أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوصيّة للوارث؟ فقال: تجوز»^(٣).

وما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن أبي ولاد الحنّاط قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الميت يوصي للوارث بشيء؟ قال: نعم، أو قال: جائز له»^(٤).

وما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الصحيح، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «الوصيّة للوارث لا بأس بها»^(٥)، إلى غير ما ذكر.

وأما الوصيّة للحمل، فالظاهر عدم الخلاف في صحّتها بشرط وقوعه حيّاً وإن لم تحلّه الحياة^(٦).

صحّة الوصيّة
للحمل

→ ح ١٥. والرواية مرسلة.

(١) وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٩٠.

(٢) وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٩٠.

(٣) الكافي: ٩ / ٧، ح ١، باب الوصيّة للوارث؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٨٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٥، ح ٣. والرواية صحيحة.

(٤) الكافي: ٩ / ٧، ح ٢، باب الوصيّة للوارث؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ٢٠٠، ح ٨، باب الوصيّة للوارث؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٨٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٥، ح ١.

(٥) الكافي: ٩ / ٧، ح ٣، باب الوصيّة للوارث؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٨٨، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٥، ح ٤.

(٦) المقنعة: ٦٧٥؛ الكافي في الفقه: ٣٦٥؛ المبسوط: ٤ / ١٢؛ المهذب: ٢ / ١٠٨؛ غنية النزوع: ←

واستدلّ عليها بعموم ما دلّ على جوازها مع عدم العثور بنصّ دالّ على الصحّة في خصوص الحمل، لكن لا تستقرّ إلّا بانفصاله حيّاً كالإرث بمعنى أنّه إذا انفصل حيّاً ينكشف صحّة الوصيّة، فلو وضعت ميتاً انكشف بطلان الوصيّة وإن كان قد حلّته الحياة في بطن أمّه^(١).

ولازم ما ذكر أنّه إذا مات الموصي انتقل الموصى به إلى الحمل وإن لم تحلّ الحياة، وكان النماء المتخلّل يتبع العين في ذلك وظاهرهم عدم اعتبار القبول، لتعذّره حيث لم يعلم ولاية الأب والجدّ بالنسبة إليه، كما قيل بسقوط اعتبار القبول في الوصيّة للجهات العامّة.

حكم الوصيّة للذمي وأما جواز الوصيّة للذمي، فهو مختار جماعة^(٢)، واستدلّ^(٣) عليه بقوله عزّ وجلّ: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْزُوهُمْ﴾^(٤) والوصيّة برّ.

وما رواه المشايخ الثلاثة - قدّس الله تعالى أرواحهم - عن محمّد بن مسلم في الصحيح قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله؟ فقال: أعطه لمن أوصى به وإن كان يهودياً أو نصرانياً، إنّ

→ ٣٠٧؛ السرائر: ٣/ ١٨٦؛ إصباح الشيعة: ٣٥٣؛ الجامع للشرائع: ٤٩٤؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٨٣؛ تحرير الأحكام: ١/ ٣٠٠، وفيه دعوى الإجماع.

(١) جواهر الكلام: ٢٨/ ٣٨٦.

(٢) الخلاف: ٤/ ١٥٣، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ المنفعة: ٦٧١؛ السرائر: ٣/ ١٨٦؛ مختلف الشيعة: ٦/ ٣٤٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: ٢١/ ١٠٦؛ مسالك الأفهام: ٦/ ٢١٨؛ جواهر الكلام: ٢٨/ ١٣١.

(٤) الممتحنة: ٨.

الله تبارك وتعالى يقول: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(١).

وما رواه في الكافي والتهذيب بسند صحيح عن محمد بن مسلم، عن أحدهما عليه السلام مثله بأدنى تفاوت^(٢).

وما رواه المشايخ الثلاثة عن يونس بن يعقوب: «إِنَّ رجلاً كان بهمدان ذكر أن أباه مات وكان لا يعرف هذا الأمر، فأوصى بوصية عند الموت وأوصى أن يعطى في سبيل الله، فسئل عنه أبو عبد الله عليه السلام كيف يفعل به؟ فأخبرناه أنه كان لا يعرف هذا الأمر، فقال: لو أن رجلاً أوصى أنني أضع في يهودي أو نصراني لوضعتة فيهما، إِنَّ الله عز وجل يقول: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ فانظروا إلى من يخرج إلى هذا الوجه -يعني بعض الثغور- فابعثوا به إليه»^(٣).

(١) الكافي: ١٤/٧، ح ١، باب إنفاذ الوصية على جهتها؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٠، ح ٥٤٦٢، باب وجوب إنفاذ الوصية والنهي عن تبديلها؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٣، ح ٥، باب الوصية لأهل الضلال؛ الاستبصار: ٤/١٢٩، ح ٥، باب الوصية لأهل الضلال؛ وسائل الشريعة: ١٩/٣٣٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٢، ح ١.

(٢) الكافي: ١٤/٧، ح ٢، باب إنفاذ الوصية على جهتها؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠١، ح ١، باب الوصية لأهل الضلال؛ الاستبصار: ٤/١٢٨، ح ١، باب الوصية لأهل الضلال؛ وسائل الشريعة: ١٩/٣٣٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٢، ح ١.

(٣) الكافي: ١٤/٧، ح ٤، باب إنفاذ الوصية على جهتها؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٠، ح ٥٤٦٣، باب وجوب إنفاذ الوصية والنهي عن تبديلها؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٢، ح ٢، باب الوصية لأهل الضلال؛ الاستبصار: ٤/١٢٨، ح ٢، باب الوصية لأهل الضلال؛ وسائل الشريعة: ١٩/٣٤١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٣، ح ٤، وفيه سهل بن زياد. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٩٠.

القول بعدم صحة
الوصية للذمي

وقيل بعدم الصحة من جهة استلزام الوصية المودة، وهي محرمة بالنسبة إلى الكافر، لقوله تعالى: ﴿لَا يَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ﴾ وهي متناولة للأرحام وغيرهم^(١).

وأجيب بمعارضته بقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ﴾، الآية، وبما تقدم من الأخبار وبقوله ﷺ: «في كل كبد حرى أجر»^(٢)، وبالنقض بجواز هبته وإطعامه ومنع كون مطلق الوصية مودة، لأن الظاهر أن المراد منها مودة المحاد لله من حيث هو محاد لله بقرينة ما ذكر من جواز صلته^(٣).

وأورد^(٤) عليه بأن الأخبار المذكورة لا دلالة فيها على أزيد من وجوب تنفيذ الوصية، كما أوصى به الموصي، وهو لا يستلزم جواز ذلك، بل من الممكن أن يكون ما فعله محرماً يآثم عليه وإن وجب تنفيذه على الوصي، وذكر أخبار في قبال الخبر النبوي: «في كل كبد حرى أجر»:

منها: ما روى ثقة الإسلام في الكافي عن أبي يحيى، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من أشبع مؤمناً وجبت له الجنة، ومن أشبع كافراً كان حقاً على الله أن يملأ جوفه من الزقوم مؤمناً كان أو كافراً»^(٥).

(١) تذكرة الفقهاء: ١٣٥/٢٠.

(٢) مسند أحمد: ٢/٢٢٢؛ صحيح البخاري: ٧/٧٧؛ سنن ابن ماجه: ٢/١٢١٥، ح ٣٦٨٦؛

سنن أبي داود: ١/٥٧٥، ح ٢٥٥٠.

(٣) مسالك الأفهام: ٦/٢١٩.

(٤) الحقائق الناضرة: ٢٢/٥٢١.

(٥) الكافي: ٢/٢٠٠، ح ١، باب إطعام المؤمن؛ وسائل الشيعة: ٢٤/٢٧٣، أبواب آداب

المائدة، ب ١٩، ح ١.

وروى الصدوق عليه السلام في كتاب معاني الأخبار بسنده فيه عن النهيكي رفعه إلى أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «من مثل مثلاً أو اقتنى كلباً فقد خرج من الإسلام، فقلت: هلك إذا كثير من الناس، فقال: ليس حيث ذهبتم، إنما عنيت بقولي: من مثل مثلاً من نصب ديناً غير دين الله، ودعا الناس إليه، وبقولي: من اقتنى كلباً عنيت مبغضاً لنا أهل البيت اقتناه فأطعمه وسقاه، من فعل ذلك فقد خرج عن الإسلام»^(١).

وعن معلّى بن خنيس، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: «من أشيع عدواً لنا فقد قتل ولياً لنا»^(٢).

ففي وصيته عليه السلام المنقولة في كتاب مجالس الشيخ: «يا أبا ذرّ، لا يأكل طعامك إلاّ تقيّاً - إلى أن قال: - أطعم طعامك من يحبّ^(٣) في الله، وكل طعام من يحبّك في الله»^(٤).

وروى في التهذيب عن عمر بن يزيد قال: «سألته عن الصدقة على النصاب وعلى الزيدية؟ فقال: لا تصدّق عليهم بشيء، ولا تسقمهم من الماء إن استطعت، وقال: الزيدية هم النصاب»^(٥)، إلى غير ذلك من الأخبار.

(١) معاني الأخبار: ١٨١؛ وسائل الشيعة: ٢٤/٢٧٣-٢٧٤، أبواب آداب المائدة، ب ١٩، ح ٢.

(٢) معاني الأخبار: ٣٦٥؛ وسائل الشيعة: ٢٤/٢٧٤، أبواب آداب المائدة، ب ١٩، ح ٣، وفيه

أبو سمينة الضعيف. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٩٤.

(٣) في المصدر: «تجبه» بدل «يحبّ».

(٤) الأمالي (للشيخ الطوسي): ٥٣٥؛ وسائل الشيعة: ٢٤/٢٧٤، أبواب آداب المائدة، ب ١٩،

ح ٤. والرواية ضعيفة.

(٥) تهذيب الأحكام: ٤/٥٣، ح ١٢، باب مستحقّ الزكاة للفقير والمسكنة من جملة الأصناف؛ ←

ويمكن أن يقال: لا يخفى إباء هذه الأخبار عن التقييد والتخصيص، فكيف يجوز للوصي العمل بالوصية، مع أنه المباشر للعمل؟ وما في هذه الأخبار مناف لما هو المعروف من معاملة المعصومين مع أعدائهم، بل مع معاملة النبي ﷺ مع الكفار، ومناف مع الآية الشريفة: ﴿لَا يَنْهَكُكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ﴾، الآية، فلا بد من رد العلم بها إلى أهله، ونمنع كون الوصية والعمل بها للوصي مادة من غير حاجة إلى صرف النهي عن المادة إلى المادة لمن حاد الله ورسوله من جهة محادثته.

(ولا تصح للحربي ولا لمملوك غير الموصي ولو كان مدبراً أو أمّ ولد، نعم، لو أوصى لمكاتب قد تحرر بعضه مضت الوصية في قدر نصيبه من الحرية، وتصح لعبد الموصى ومدبره ومكاتبه وأمّ ولده، ويعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث، فإن كان بقدر قيمته أعتق، وكان الموصى به للورثة، وإن زاد أعطى العبد الزائد، وإن نقص عن قيمته سعى في الباقي، وقيل: إن كانت قيمته ضعف الوصية بطلت، وفي المستند ضعف).

أما عدم صحة الوصية للحربي، فهو مبني على كون الوصية مادة للحربي المحاد لله تعالى ورسوله ﷺ، وقد عرفت المنع ودلالة الأخبار المذكورة على لزوم إنفاذ الوصية حتى بالنسبة إلى اليهودي والنصراني مع كون النصاري غالباً حربيين في عصر صدور الأخبار المذكورة، وعدم عمل الأصحاب بالأخبار الدالة على حرمة إشباع الأعداء وإطعامهم وسقيهم.

عدم صحة الوصية
للحربي

وقد يتمسك بعدم قابليّة الحربي للتملك^(١)، ولا يخفى منعه، وما ورد من أنهم وما لهم فيء للمسلمين^(٢) يؤيد تملكهم وإلاّ لزم عدم جواز تملك ما أخذوا من المسلمين بالبيع والاشتراء.

عدم صحّة الوصيّة
لمملوك غير الموصي

وأما عدم صحّة الوصيّة لمملوك غير الموصي ولو كان مدبراً أو أم ولد، فهو المشهور^(٣) لا من جهة عدم القابليّة للتملك، لما سبق في كتاب البيع من القابليّة والتملك، غاية الأمر أنّه يكون محجوراً عليه، ولا لرواية عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا وصيّة لمملوك»^(٤)، لأنّ هذا الخبر كما يحتمل نفي الوصيّة من الغير له يحتمل نفي أن يوصي المملوك للغير.

بل من جهة ما رواه المشايخ الثلاثة -قدّس الله تعالى أرواحهم- في الصحيح عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام في مكاتب قال: «قضى أمير المؤمنين -صلوات الله عليه- في مكاتب كانت تحت امرأة حرّة فأوصت له عند موتها بوصيّة فقال أهل الميراث: لا نجيز وصيّتها له، إنّ مكاتب لم يعتق ولا يرث، فقضى أنّه يرث بحساب ما أعتق منه، ويجوز له من الوصيّة

(١) مفتاح الكرامة: ١٤٨/٢٣.

(٢) وسائل الشيعة: ١١٦/١٥، أبواب جهاد العدو، ب ٤٣، ح ١.

(٣) الخلاف: ٤/١٦٥-١٦٦، وفيه دعوى الإجماع؛ المهذب: ١٠٧/٢؛ السرائر: ٣/١٩٩؛ شرائع الإسلام: ٢/١٩٩؛ تذكرة الفقهاء: ٧٩/٢١، وفيه دعوى الإجماع.

(٤) تهذيب الأحكام: ٢١٦/٩، ح ٢، باب وصيّة الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ٤/١٣٣، ح ٢، باب من أوصى لمملوكه بشيء؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤١٢، أبواب أحكام الوصايا، ب ٧٩، ح ٣. والرواية صحيحة.

بحساب ما أعتق منه، وقضى في مكاتب أوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه، فأجاز له نصف الوصية، وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية، فأجاز ربع الوصية، وقال في رجل حرّ أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها، فأجاز بحساب ما أعتق منها»^(١).

وأما صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين -صلوات الله عليه- في مكاتب قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه، وقضى في مكاتب قضى نصف ما عليه فأوصى بوصية فأجاز نصف الوصية، وقضى في مكاتب قضى ثلث ما عليه وأوصى بوصية فأجاز ثلث الوصية»^(٢)، وغيرها، فهي راجعة إلى وصية المملوك، ولا دلالة لها لما نحن فيه.

وجه الاستدلال بالصحيحة المذكورة تقرير المعصوم أهل الميراث عدم جواز الوصية له من جهة أنه لم يعتق، واختصاص الإرث، وجواز الوصية له بحساب ما أعتق منه.

ونوقش في السند من جهة اشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيره^(٣)،

(١) الكافي: ٢٨/٧، ح ١، باب الوصية للمكاتب؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٦، ح ٥٥٠٦، باب الوصية للمكاتب وأم الولد؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٢٣، ح ٢٤، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشريعة: ١٩/٤١٣، أبواب أحكام الوصايا، ب ٨٠، ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/٢٢٣، ح ٢٦، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشريعة: ١٩/٤١٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٨١، ح ١.

(٣) مسالك الأفهام: ٦/٢٢٢.

ودفع المناقشة بمنع الاشتراك في الراوي للقضايا، مع أنّ الراوي عنه هنا عاصم بن حميد وهو قرينة على كونه البجلي الثقة^(١).

ولا يخفى الإشكال في الاعتماد على القرائن الموجبة للظنّ، فالعمدة تلقّي الرواية بالقبول مع نقلها في الكتب المذكورة، وبهذه الرواية تستدلّ على مضيّ الوصيّة بالنسبة إلى المكاتب المحرّر بعضه بقدر ما تحرّر.

وأما صحّة الوصيّة لعبد الموصي ومدبره ومكاتبه وأمّ ولده، فادّعي الإجماع عليها^(٢).

صحّة الوصيّة لعبد
الموصي

واستدلّ^(٣) عليها بالصحيحين في أحدهما: «رجل أوصى بثلث ماله لمواليه ولموالياته الذكر والأنثى فيه سواء، أو للذكر مثل حظّ الأنثيين من الوصيّة؟ فوقّع: جائز للميت ما أوصى به على ما أوصى به إن شاء الله»^(٤).

وفي الثاني: «رجل أوصى لمواليه وموالي أبيه بثلث ماله فلم يبلغ ذلك؟ قال: المال لمواليه وسقط لموالي أبيه»^(٥).

ونوقش في الاستدلال بهما باشتراك لفظ «المولى» بين العبد وغيره،

(١) رياض المسائل: ١٠/ ٢٨٧-٢٨٨؛ جواهر الكلام: ٢٨/ ٣٦٩-٣٧٠.

(٢) الخلاف: ٤/ ١٦٥، وفيه دعوى الإجماع؛ المهذب: ٢/ ١٠٨؛ السرائر: ٣/ ١٩٨؛ شرائع الإسلام: ٢/ ١٩٩؛ تحرير الأحكام: ١/ ٣٠٠.

(٣) كفاية الأحكام: ٢/ ٥٠.

(٤) الكافي: ٧/ ٤٥، ح ٢، باب من أوصى لقرباته ومواليه كيف يقسم بينهم؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٠٩، ح ٥٤٨٥، باب الوصيّة للأقرباء والموالي؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢١٥، ح ٢٤، باب الوصيّة المهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٩٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٣، ح ١.

(٥) تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٤٤، ح ٤١، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٤٠٢، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٩، ح ٢.

ولعلّه المراد دون الأوّل، بل لعلّ القرينة على إرادة الغير للظهور في إعطاء الثلث للموصى له بأن يسلم إليه دون أن يعتق منه بحسابه، وقد يستظهر إرادة العبد من المولى بقرينة إسقاط الوصية في الثاني لموالي أبيه^(١).

ويمكن أن يقال: لعلّ إسقاط الوصية لموالي أبيه في الصحيح الثاني من جهة عدم بلوغ الثلث، وصرف الثلث في ما قدّم في الوصية.

وأما المناقشة باشتراك لفظ «المولى»، فيمكن أن تدفع بأن الإمام عليه السلام يسأل ما المراد من المولى فيشمل الجواب ما لو أراد العبد أو غيره، بل لا مانع من التمسك بعموم أو إطلاق أدلة الوصية والخارج بالدليل مملوك غير الموصي؛ فتدبر.

وأما ما ذكر من أنّ القرينة على إرادة الغير، إلى آخره، فيمكن منعه بمنع عدم تملك العبد أولاً ومنع ظهور اللام في التسليم إلى العبد.

وأما اعتبار كون ما يوصى به بعد خروجه من الثلث، فلما هو المسلم من خروج الوصية من الثلث، وعدم نفوذ الوصية في الزائد عليه إلا مع إمضاء الورثة.

اعتبار كون ما يوصى
به بعد خروجه من
الثلث

وأما ما ذكر من إعتاق المملوك إن كان الموصى به بقدر الثلث، وكون الموصى به للورثة، إلى آخره، فاستدل^(٢) له بخبر الحسن بن الصالح عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله؟ قال: فقال: يقوم المملوك بقيمة عادلة، ثم ينظر ما بلغ ثلث الميت، فإن كان الثلث أقل من

(١) رياض المسائل: ١٠ / ٢٩٠.

(٢) كشف الرموز: ٢ / ٧٣؛ مختلف الشيعة: ٦ / ٣٧٠؛ جواهر الكلام: ٢٨ / ٣٧٢.

قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع قيمته، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق، ودفع إليه ما يفضل من الثلث بعد القيمة»^(١).

وما في الفقه الرضوي: «وإن أوصى لمملوكه بثلث ماله قوم المملوك قيمة عادلة فإن كانت قيمته أكثر من الثلث»^(٢)، والمتيقن من الخبر المذكور الوصية بالثلث المشاع.

وأما الوصية بالمعين، فقد يقال^(٣) بطلانها إن قلنا بعدم تملك الوصية بالمعين العبد، وإن قلنا بتملكه فإعتاقه والاستسعاء خلاف الوصية، ونسب هذا التفصيل إلى جماعة.

ولا يبعد الأخذ بإطلاق الخبر، ألا ترى أن الأخبار المتعرضة لمقدار ما ينفذ فيه الوصية تكون بنحو التعبير المذكور في هذا الخبر، ولا اختصاص لها بالجزء المشاع، وكذا ما دل على أن الوصية بما دون الثلث أفضل حتى أنها بالربع أفضل من الثلث، وبالخمس أفضل من الربع، ويبعد الجمود والقول بأن الاستسعاء مخصوص بخصوص ما في الخبر من كون الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة، لأن الظاهر أن الإمام عليه السلام بصدد بيان جميع الصور، ولذا تعرض صورة كون الثلث أكثر من قيمة العبد، فالظاهر أن ذكر الربع من باب المثال، ففي صورة تساوي الثلث مع قيمة

(١) تهذيب الأحكام: ٢١٦/٩، ح ١، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل

الشيعة: ٤١٢/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٧٩، ح ٢. والحسن بن صالح بترى. راجع

رجال النجاشي، الرقم: ١٠٧.

(٢) فقه الرضا عليه السلام: ٢٩٩-٣٠٠.

(٣) مسالك الأفهام: ٦/٢٢٥.

العبد يكون الموصى به للورثة لمقابلته مع العبد المملوك لهم بمقتضى الإرث، وإن زاد تكون الزيادة للعبد حسب الوصية، ومع النقصان يستسعى العبد ويكون ما بقي من قيمته للورثة، وعلى ما ذكر لا فرق بين كون القيمة ضعف الوصية أو أقل أو أكثر.

والقائلون ببطان الوصية - مع كون القيمة ضعف الوصية يجعلون ما في الخبر مثلاً لما لم يبلغ النصف من الأقل، ولعله لأصالة بطلان الوصية للعبد، ولإشعار بعض الأخبار الوارد فيمن أعتق عبده وكان عليه دين المشتمل على التعليل بتهمة الموصي على الورثة وعدمها مع بلوغ الثلث النصف وعدمه.

أمّا الأصل المذكور، فالإطلاقات على خلافه بعد الفراغ عن قابلية المملوك للتملك، وأمّا الإشعار المذكور، فسيجيء الكلام فيه؛ إن شاء الله تعالى.

لو أعتق عبده عند موته وليس غيره وعليه دين، فإن كان قيمته بقدر الدين مرتين صحّ العتق وإلا بطل، وفيه وجه آخر ضعيف، ولو أوصى لأّم ولده صحّ، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب الولد؟ قولان، فإن أعتقت من نصيب الولد كان لها الوصية، وفي رواية أخرى: تعتق من الثلث ولها الوصية).

اللازم ذكر ما ورد من الأخبار:

الأخبار الواردة

فمن ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب عن عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح قال: «سألني أبو عبد الله عليه السلام هل يختلف ابن أبي ليلى وابن

في المقام

شبرمة؟ فقلت: بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى وترك عليه ديناً كثيراً وترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت، فسألها عيسى بن موسى عن ذلك، فقال ابن شبرمة: أرى أن يستسعيهم في قيمتهم، فيدفعها إلى الغرماء، فإنه قد أعتقهم عند موته، فقال ابن أبي ليلى: أرى أن أبيعهم وأدفع أثمانهم إلى الغرماء، فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته، وعليه دين يحيط بهم، وهذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير، فلا يميزون عتقه إذا كان عليه دين كثير، فرفع ابن شبرمة يده إلى السماء فقال: سبحان الله يا ابن أبي ليلى، متى قلت بهذا القول؟ والله ما قلته إلا طلب خلافي، فقال أبو عبد الله عليه السلام: فعن رأي أيهما خرج الرجل؟ قال: قلت: بلغني أنه أخذ برأي ابن أبي ليلى وكان له هوى في ذلك فباعهم وقضى دينه قال: فمع أيهما من قبلكم؟ قلت له: مع ابن شبرمة وقد رجع ابن أبي ليلى إلى رأي ابن شبرمة بعد ذلك فقال: أما والله إن الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلى وإن كان قد رجع فيه.

قلت: هذا ينكسر عندهم في القياس، فقال: هات قايسني، فقلت أنا أقايسك؟ فقال: لتقولن بأشد ما يدخل فيه من القياس.

فقلت له: رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه خمسمائة درهم، فأعتقه عند الموت كيف يصنع؟ قال: يباع العبد ويأخذ الغرماء خمسمائة درهم، ويأخذ الورثة مائة درهم.

فقلت: أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم عن دينه؟ فقال: بلى، قلت: أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء؟ قال: بلى، قلت: أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه؟ فقال: إن العبد لا وصية له، إنما

٤٢٠ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

ماله لمواليه، فقلت له: فإذا كانت قيمة العبد ستّائة درهم ودينه أربعمئة درهم؟ قال: كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمئة درهم، ويأخذ الورثة مائتين، فلا يكون للعبد شيء.

قلت له: فإنّ قيمة العبد ستّائة درهم ودينه ثلاثمئة درهم فضحك، وقال: من هاهنا أتى أصحابك، فجعلوا الأشياء شيئاً واحداً ولم يعلموا السنّة، إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتّهم الرجل على وصيّته، وأجيزت وصيّته على وجهها، فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء، ويكون ثلثه للورثة، ويكون له السدس»^(١).

وما رواه في الكافي عن زرارة في الحسن أو الصحيح^(٢)، عن أحدهما عليه السلام: «في رجل أعتق مملوكه عند موته وعليه دين؟ قال: إن كان قيمته مثل الدين الذي عليه ومثله جاز عتقه وإلا لم يجز»^(٣).
ورواه الشيخ في التهذيب في الصحيح أو الحسن عن زرارة الحديث مقطوعاً^(٤).

(١) الكافي: ٢٦/٧، ح ١، باب من أعتق وعليه دين؛ تهذيب الأحكام: ٢١٧/٩، ح ٤، باب وصيّة الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ٨/٤، ح ٤، باب الرجل يعتق عبده عند الموت وعليه دين؛ وسائل الشيعة: ٣٥٤/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٩، ح ٥.

(٢) الترديد لأجل إبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.

(٣) الكافي: ٢٧/٧، ح ٢، باب من أعتق وعليه دين؛ من لا يحضره الفقيه: ١١٨/٣، ح ٣٤٥٢، باب العتق وأحكامه؛ تهذيب الأحكام: ٢١٨/٩، ح ٦، باب وصيّة الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ٣٥٦/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٩، ح ٦.

(٤) تهذيب الأحكام: ٢١٨/٩، ح ٦، باب وصيّة الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته، وفيه: ←

وما رواه في الاستبصار عن حفص بن البختري في الصحيح، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا ملك المملوك سدسه استسعى وأجيز»^(١).

وما رواه في الاستبصار أيضاً عن زرارة في الصحيح، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا ترك الذي عليه ومثله أعتق المملوك واستسعى»^(٢).

وما رواه في الكافي عن الحسن بن الجهم في الموثق قال: «سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول في رجل أعتق مملوكاً له وقد حضره الموت وأشهد له بذلك وقيمته ستّائة درهم، وعليه دين ثلاثمائة درهم، ولم يترك شيئاً غيره؟ قال: يعتق منه سدسه، لأنّه إنّما له منه ثلاثمائة درهم، ويقضى منه ثلاثمائة درهم، فله من الثلاثمائة درهم ثلثها وهو السدس من الجميع»^(٣).

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن الحلبي في الصحيح، عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّه قال في رجل يقول: إن متّ فعبدني حرّاً، وعلى الرجل

→ زرارة عن أحدهما عليه السلام؛ إلّا أنّ المحدث الكاشاني رحمته الله نقله هكذا: عن زرارة الحديث مقطوعاً. الوافي: ١٠ / ٦٢١.

(١) تهذيب الأحكام: ١٦٩ / ٩، ح ٣٥، باب الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ٨ / ٤، ح ٣، باب الرجل يعتق عبده عند الموت وعليه دين؛ وسائل الشيعة: ٣٥٣ / ١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٩، ح ١.

(٢) لم نثر عليه في الاستبصار. تهذيب الأحكام: ١٦٩ / ٩، ح ٣٤، باب الإقرار في المرض؛ وسائل الشيعة: ٣٥٣ / ١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٩، ح ٢.

(٣) الكافي: ٢٧ / ٧، ح ٣، باب من أعتق وعليه دين؛ تهذيب الأحكام: ١٦٩ / ٩، ح ٣٦، باب الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ٨ / ٤، ح ٢، باب الرجل يعتق عبده عند الموت وعليه دين؛ وسائل الشيعة: ٣٥٤ / ١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٩، ح ٤. والتعبير عنه بالموثّق لابن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

دين قال: ثم إنه توفي وعليه دين قد أحاط بثمان العبد بيع العبد، وإن لم يكن أحاط بثمان العبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه وهو حرّ إذا وفاه»^(١).

ثم إنه لا شبهة في اشتراط عتق العبد بكون قيمته مثلي الدين أو أكثر بحسب الأخبار المذكورة مع تقييد بعضها المطلق، ويظهر من التعليل المذكور في صحيح عبد الرحمن المذكور أنّ منشأ الحكم المذكور أنّه مع استواء مال الغرماء ومال الورثة أو أكثرية مال الورثة لم يتّهم الموصي في وصيته، والتصرّف المنجز كالمعلّق، فمن هذه الجهة قال جماعة^(٢) باشتراط هذا في الوصية للعبد.

ويظهر أيضاً من التعليل المذكور في رواية الحسن بن الجهم أنّه ليس له إلّا الثلث، كما أنّه يستفاد عدم سلطنة المالك بالنسبة إلى ما يقابل دينه، وهذا خلاف ما هو المعروف من عدم سلب السلطنة بدون حجر الحاكم، فيقع التعارض بين هذا الصحيح والموثّق المذكور والأخبار الدالة على خروج التصرفات المنجزة من الأصل دون الثلث، فمن أخذ بالأخبار الدالة على الخروج من الأصل ترجيحاً أو تخييراً ليس له العمل بهذا الصحيح والموثّق المذكور، بل لعلّه يشكل العمل بسائر أخبار الباب حيث أنّه يستفاد من الصحيح المذكور والموثّق أنّ علّة الحكم ما ذكر.

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ١١٩، ح ٣٤٥٣، باب العتق وأحكامه؛ تهذيب الأحكام:

٨/ ٢٣٢، ح ٧٢، باب العتق وأحكامه؛ الاستبصار: ٤/ ٩، ح ٥، باب الرجل يعتق عبده

عند الموت وعليه دين؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٣٥٣، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٩، ح ٣.

(٢) النهاية: ٦١٠؛ الوسيلة: ٣٤٢؛ السرائر: ٣/ ٥-٦.

إلا أن يقال: غاية الأمر ترك العمل بالصحيح المذكور والموثق، فلا موجب لعدم العمل بسائر الأخبار إلا أن يقال: عدم العمل من جهة لا يوجب ترك العمل من جهة أخرى أعني كون تشابه الحكم المذكور في المطلق ما ذكر، فيشكل العمل بما لم يذكر فيه علة الحكم.

وأما الوصية لأمّ ولده، فالظاهر عدم الخلاف في صحتها^(١)، ويدلّ عليها ما رواه المشايخ الثلاثة - رحمهم الله تعالى - في الصحيح عن أبي عبيدة قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له أمّ ولد وله منها غلام، فلمّا حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو بأكثر للورثة أن يسترقّوها؟ قال: فقال: لا بل تعتق من ثلث الميّت وتعطى ما أوصى لها به»^(٢).

وزاد في الكافي والتهذيب: «وفي كتاب العباس: تعتق من نصيب ابنها، وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به».

وروى الشهيد في شرح الإرشاد عن الشيخ في التهذيب عن أحمد بن محمد، عن عليّ بن محبوب، عن جميل بن صالح، عن أبي عبيدة، عن أبي الحسن عليه السلام: «في رجل أوصى لأمّ ولده بألفي درهم، فقال: تعتق من ثلث الميّت، ويعطى ما أوصى لها، وفي كتاب العباس»^(٣)، إلى آخره.

(١) المبسوط: ٦/ ١٨٧؛ المهذب: ٢/ ١٠٩؛ السرائر: ٣/ ١٩٩؛ شرائع الإسلام: ٢/ ٢٠٠؛

الجامع للشرائع: ٤٩٥؛ تذكرة الفقهاء: ٢١/ ٩٢، وفيه دعوى الإجماع.

(٢) الكافي: ٧/ ٢٩، ح ٤، باب الوصية لأمهات الأولاد؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢١٦، ح ٥٥٠٧،

باب الوصية للمكاتب وأم الولد؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٢٤، ح ٣٠، باب وصية الإنسان لعبده

وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٤١٦، أبواب أحكام الوصايا ب ٨٢، ح ٤.

(٣) غاية المراد: ٢/ ٤٧٥، وفيه: أحمد بن محمد عن ابن محبوب، وليس فيه: وفي كتاب العباس. ولكن ←

ونحوهما ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: «نسخت من كتاب بخط أبي الحسن عليه السلام: فلان مولاك توفي ابن أخ له وترك أم ولد له ليس لها ولد، فأوصى لها بألف هل تجوز الوصية؟ وهل يقع عليها عتق؟ وما حالها رأيك فدتك نفسي في ذلك؟ فكتب عليه السلام: تعتق من الثلث ولها الوصية»^(١).

وإنما الكلام في أنها هل تعتق من الوصية إذا وفّت بقيمتها أو من نصيب ولدها أو على التخيير أو من ثلث الميّت غير ما أوصى به؟ قد يقوّى العتق من نصيب الولد لعموم ما دلّ من النصّ وغيره، مضافاً إلى قاعدة انعقاد الأبوين بحصول سبب ملك الولد لهما^(٢).

هل تعتق من الوصية إذا وفّت بقيمتها أو من نصيب ولدها؟

ويمكن أن يقال: لا مانع من الأخذ بالعموم والقاعدة المذكورين، والأخبار المذكورة كما في نظائره، فمع سبق أحد الموجبين يكون المسبّب مستنداً إليه، وفي المقام الوصية مقدّمة لما في الآية الشريفة: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(٣)، وما نقل من كتاب العباس بمجرّد وجوده في الكتاب المذكور لا مجال للاستدلال به كما قال في المسالك^(٤)، وبعد وجود النصّ لا مجال للإشكال بأنّ العتق من الثلث هنا لا يظهر له وجه.

→ نقل المحقّق البحراني رحمته الله ذلك عن شرح الإرشاد كما في المتن. الحقائق الناضرة: ٥٤٣/٢٢.

(١) الكافي: ٢٩/٧، ح ١، باب الوصية لأمهات الأولاد؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٧، ح ٥٥٠٨، باب الوصية للمكاتب وأم الولد؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٢٤، ح ٢٧، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤١٥، أبواب أحكام الوصايا، ب ٨٢، ح ١.

(٢) جواهر الكلام: ٣٨٠/٢٨.

(٣) النساء: ١١.

(٤) مسالك الأفهام: ٦/٢٣٠.

نعم، يتوجّه الإشكال إن كان المراد من الثلث غير الوصيّة حتّى يصير زائداً على الثلث، مع أنّه من المسلّم عدم نفوذ الوصيّة مع الزيادة على الثلث إلّا بإمضاء الورثة، ولعلّ ما ذكر في كلماتهم من إعراض الأصحاب عن العمل بأخبار الباب مبنيّ على هذا، ولكن مخالفة الأصحاب مع إعراضهم مشكلة.

ولا مجال لحمل النصّ على ما أوصى بعقّها أو على ما لو كان نصيب ولدها بقدر الثلث، وإن أبيت ومنعت سبق علّة موجبة للعتق، قلنا نأخذ بالنصّ وقلنا بتخصيص العموم الدالّ على انعقاد الأمّ من نصيب الولد. وعلى ما ذكر لا إشكال في إعطائها الوصيّة، وأمّا على القول بانعقادها من نصيب الولد، فلا يستفاد ممّا ذكر إعطاؤها الوصيّة، بل في صحيح عبد الرحمن بن الحجّاج المذكور نفى الوصيّة للعبد إلّا أن يقوم الإجماع.

(وإطلاق الوصيّة تقتضي التسوية ما لم ينصّ على التفضيل، وفي الوصيّة لأخواله وأعمامه رواية بالتفضيل كالميراث، والأشبه التسوية، وإذا أوصى لقربته فهم المعروفون بنسبه، وقيل: لمن يتقرّب إليه بأخرباب في الإسلام، ولو أوصى لأهل بيته دخل الأولاد والآباء، والقول في العشيرة والجيران والسبيل والبرّ والفقراء كما مرّ في الوقف).

إن كان الموصي في مقام البيان وأوصى لجماعة محصورين، فلا إشكال في التسوية وإن لم يكن في مقام البيان بل الإهمال من هذه الجهة، فالتسوية مشكلة، بل تكون الوصيّة مبهمة، فما يقال من التسوية حتّى مع عدم قصد إطلاق الوصيّة تقتضي التسوية

الموصي^(١) مشكل، لعدم العثور على ما يدلّ على التسوية تعبدًا.

هذا مع عدم ذكر ما يدلّ على التفضيل، ومعه لا إشكال في العمل بنحو الوصية، ويكفي في التفضيل ظهور الكلام ولو لم يكن بالصراحة، لحجية الظهور، كما أنّه مع عدم الحصر في الموصى له لا بدّ من الصرف، كما في صرف الزكاة في الفقير.

الوصية للأخوال
والأعمام

وأما الوصية للأخوال والأعمام، فإنّ الشيخ^(٢) وجماعة^(٣) ذهبوا إلى أنّ للأعمام الثلثين وللأخوال الثلث استناداً إلى ما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم - وفيها الصحيح والحسن والموثق^(٤) - عن زرارة عن أبي جعفر^(٥): «في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه وأخواله؟ فقال: لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث»^(٥).

وقد يؤيّد الخبر المذكور ما روي عن سهل، عن أبي محمد^(٦) - في حديث - قال: «وكتبت إليه: رجل له ولد ذكور وإناث وأقرّ لهم بضیعة أنّها لولده ولم يذكر أنّها بينهم على سهام الله عزّ وجلّ وفرائضه، الذكر

(١) جواهر الكلام: ٣٨٢ / ٢٨.

(٢) النهاية: ٦١٤.

(٣) هو محكي عن القاضي ابن البرّاج وابن الجنيد. راجع مختلف الشيعة: ٣٨٤ / ٦؛ المهذب البارع: ١١١ / ٣.

(٤) الصحيح بناءً على ما في الفقيه والحسن على ما في الكافي لإبراهيم بن هاشم والموثق على ما في التهذيب للحسن بن سباعة الثقة الواقفي. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦ / ١.

(٥) الكافي: ٤٥ / ٧، ح ٣، باب من أوصى لقرباته ومواليه كيف يقسم بينهم؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٠٨ / ٤، ح ٥٤٨٣، باب الوصية للأقرباء والموالي؛ تهذيب الأحكام: ٣٢٥ / ٩، ح ٨، باب ميراث الأعمام والعمات والأخوال والحالات؛ وسائل الشيعة: ٣٩٣ / ١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٢، ح ١.

والأثنى فيه سواء؟ فوقّع عليه: ينفذون فيها وصية أبيهم على ما سمى، فإن لم يكن سمى شيئاً ردّوها إلى كتاب الله عزّ وجلّ إن شاء الله تعالى»^(١).

ويمكن أن يقال: يستبعد جداً كون الموصي في مقام البيان ولم يذكر التفرقة والتفضيل، ومع ذلك فضّل بعض على بعض تعبدّاً، بل لولا النصّ يعدّ هذا من تبديل الوصية، فلا بدّ من حمل الرواية على صورة الإهمال، فيكون هذا نظير الحكم بصرف الوصية في وجوه البرّ عند نسيان الوصيّ مصرف الوصية، ولعلّ رواية سهل التي رواها المشايخ الثلاثة المذكورة ناظرة إلى ما ذكر.

وأما الوصية للقرابة، فهي للمعروفين بنسبه قال أحمد بن محمد بن أبي نصر: «نسخت من كتاب بخطّ أبي الحسن عليه السلام: رجل أوصى لقرابته بألف درهم وله قرابة من قبل أبيه وأمه يعطي من كان بينه وبينه قرابة أو لها حدّ ينتهي إليه؟ فأريك فدتك نفسي، فكتب عليه السلام: إن لم يسمّ أعطاها قرابته»^(٢).

وكذا عن الحميري إلّا أنّه قال: «أعطى أهل بيت قرابته»^(٣) «^(٤) من غير فرق بين الوارث وغيره، والمسلم والكافر والذكر والأنثى.

(١) الكافي: ٤٥/٧، ح ١، باب من أوصى لقرابته ومواليه كيف يقسم بينهم؛ من لا يحضره الفقيه:

٤/٢٠٨-٢٠٩، ح ٥٤٨٤، باب الوصية للأقرباء والموالي؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١٤، ح ٢٣،

باب الوصية المبهمة؛ وسائل الشريعة: ١٩/٣٩٥، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٤، ح ٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/٢١٥، ح ٢٥، باب الوصية المبهمة؛ وسائل الشريعة: ١٩/٤٠١، أبواب

أحكام الوصايا، ب ٦٨، ح ١. والرواية صحيحة.

(٣) في المصادر: «أهل قرابته».

(٤) قرب الإسناد: ٣/١٧٢، وسائل الشريعة: ١٩/٤٠١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٨، ح ١.

والرواية صحيحة.

وحكي عن الشيخ رحمته أن الموصى به لمن يتقرب إليه إلى آخر أب وأم له في الإسلام ولا يرتقي إلى آباء الشرك وإن عرفوا بقرابته عرفاً^(١)، واستدل^(٢) عليه بقوله عليه السلام: «قطع الإسلام أرحام الجاهلية»^(٣).

وقوله تعالى لنوح عن ابنه: ﴿إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ﴾^(٤).

والجواب أنه تنزيل لا دليل على شموله لمثل المقام، والشاهد عليه قوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ﴾^(٥)، الآية، حيث نهى عن المودة مع حفظ الأبوة والبنوة، ولازم ما ذكر عدم القرابة لمن يكون مسلماً وقرابته بوساطة كافر وهو كما ترى.

الوصية لأهل بيته

وأما الوصية لأهل بيته، فيدخل فيهم الآباء والأولاد وإن نزلوا، والأجداد وإن علوا، وحكي^(٦) عن ثعلب أنه [قال: أهل البيت عند العرب آباء الرجال وأولادهم كالأجداد والأعمام وأولادهم، ويستوي الذكور والإناث، ولعله عليه جرى قوله عليه السلام: «إنا أهل البيت لا تحل لنا الصدقة»^(٧). والقول في العشيرة، إلى آخره، كما مر في الوقف.

(وإذا مات الموصى له قبل الموصي انتقل ما كان إلى ورثته ما لم يرجع

(١) النهاية: ٦١٤.

(٢) كشف الرموز: ٧٧/٢؛ جامع المقاصد: ٥٨/١٠؛ مسالك الأفهام: ٢٣٢/٦؛ الحقائق الناضرة: ٥٤٩/٢٢.

(٣) لم نعثر عليه في الكتب المعتمدة إلى الآن.

(٤) هود: ٤٦.

(٥) المجادلة: ٢٢.

(٦) المغني لابن قدامة: ٥٨٢-٥٨٣.

(٧) دعائم الإسلام: ٢٥٨/١.

الموصي على الأشهر، ولو لم يخلف وارثاً رجعت إلى ورثة الموصي، وإذا قال: أعطوا فلاناً دفع إليه يصنع به ما شاء، ويستحب الوصية لذوي القرابة وارثاً كان أو غيره).

المشهور^(١) بينهم أنه إذا مات الموصى له قبل الموصي يقوم الوارث مقام الموصى له، فمع اعتبار القبول في الوصية التملكية يقبل ويملك بعد موت الموصي، ومع عدم الاعتبار يملك بعد موته.

واستدل^(٢) عليه بما رواه المشايخ الثلاثة - قدس الله أسرارهم - في الصحيح عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب، فتوفي الذي أوصى له قبل الموصي؟ قال: الوصية لو ارث الذي أوصى له.

قال: ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفي الموصى له قبل الموصي، فالوصية لو ارث الذي أوصى له إلا أن يرجع في وصيته قبل موته»^(٣).

ولا مجال للخدشة في السند من جهة اشتراك محمد بن قيس بين الثقة

(١) المتنعة: ٦٧٧؛ المراسم: ٢٠٤؛ الخلاف: ١٤٥/٢؛ إصباح الشيعة: ٣٦٠؛ جامع الخلاف والوافق: ٣٨١؛ تحرير الأحكام: ٣٠٢/١.

(٢) مختلف الشيعة: ٤٠٩/٦؛ مسالك الأفهام: ١٢٨/٦.

(٣) الكافي: ١٣/٧، ح ١، باب من أوصى بوصية فمات الموصى له قبل الموصي أو مات قبل أن يقبضها؛ من لا يحضره الفقيه: ٢١٠/٤، ح ٥٤٨٩، باب الموصى له يموت قبل الموصي أو قبل أن يقبض ما أوصى له به؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٠/٩، ح ١، باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصي؛ الاستبصار: ١٣٧/٤-١٣٨، ح ١، باب الموصى له يموت قبل الموصي؛ وسائل الشيعة: ٣٣٣-٣٣٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٠، ح ١.

وغيره^(١)، لأخذ الأصحاب بالخبر، مضافاً إلى الظنّ بكونه الثقة بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه.

الروايات المعارضة
في المقام

وفي قبالة صحيحة أبي بصير ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي؟ قال: ليس بشيء»^(٢).

وفي الموثق عن منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل أوصى لرجل بوصية إن حدث به حدث فمات الموصى له قبل موت الموصي؟ قال: ليس بشيء»^(٣).

ونوقش في دلالتها على بطلان الوصية بإجمالها، لاحتمال أن يكون المراد أن موت الموصى له قبل موت الموصي ليس بشيء يوجب البطلان، لا أن الوصية ليست بشيء يعتدّ بها فتكون باطلة معه^(٤).

ويمكن أن يقال: الاحتمال الأول الظاهر أنه مرجوح، والحكيم إذا كان في مقام البيان لا يلقي الكلام على السائل وهو يريد المرجوح، ولا يبعد حملها على التقيّة، لما حكى أن القول بالبطلان مذهب أكثر العامة.

(١) مسالك الأفهام: ٦/ ١٢٨.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٣١، ح ٤، باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصي؛ الاستبصار: ٤/ ١٣٨، ح ٤، باب الموصى له يموت قبل الموصي؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٣٥، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٠، ح ٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٣١، ح ٥، باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصي؛ الاستبصار: ٤/ ١٣٨، ح ٥، باب الموصى له يموت قبل الموصي؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٣٥، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٠، ح ٥. والتعبير عنه بالموثّق لابن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٤) مسالك الأفهام: ٦/ ١٣٠.

وأما لو لم يكن وارث سوى الإمام عليه السلام مع غيبته، فإن قلنا بلزوم القبول في الوصية، فالظاهر أن يرجع الموصى به إلى ورثة الموصي، لعدم الطريق إلى قبوله عليه السلام في زمان الغيبة، وإن قلنا بعدم اعتبار القبول، بل الردّ مبطل لها، فلا وجه للبطلان والرجوع إلى ورثة الموصي.

وقد يحتمل وجوب التصدّق بها، لصحيحة العباس بن العامر^(١) قال: «سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقبا؟ قال: اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه، قلت: فإن لم أعلم له ولياً؟ قال: اجهد على أن تقدر له على وليّ فإن لم تجده وعلم الله منك الجدّ فتصدّق بها»^(٢).

ويشكل من جهة أن مورد السؤال قابل لأن يكون بعد قبول الموصى له، ولا شبهة في حصول الملكية له في هذه الصورة، والإمام وارث من لا وارث له، فلعل الأمر بالتصدّق في الصحيحة من جهة بعد عدم وارث له غير الإمام عليه السلام، وعلى تقدير عدم وارث غيره أذن في الصدقة من ماله، فالوارث الذي من شأنه القبول والرد هو الإمام عليه السلام.

وأما إذا قال: أعطوا فلاناً، فحيث لا صراحة فيه في التملك وأمكن أن يكون نظر الموصي في الموصى به إلى التملك وأن يكون نظره إلى كون

(١) هكذا في الكافي وفي غيره: العباس بن عامر عن مثنى.

(٢) الكافي: ١٣/٧، ح ٣، باب من أوصى بوصية فمات الموصى له قبل الموصي أو مات قبل أن يقبضها؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١١، ح ٥٤٩٠، باب الموصى له يموت قبل الموصي أو قبل أن يقبض ما أوصى له به؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٣١، ح ٣، باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصي؛ الاستبصار: ٤/١٣٨، ح ٣، باب الموصى له يموت قبل الموصي؛ وسائل الشريعة: ١٩/٣٣٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٠، ح ٢.

فلان المعطى مختاراً في أمر الموصى به يتملك أو يتصدق به، أو يهب لغيره تعرض المصنف عليه السلام لحكمه وإلا فلو كان صريحاً في تملك الموصى به لم يكن وجه لتعرضه، وكان نظير أن يقال للمشتري: لك أن تتصرف في الثمن تصنع ما شئت، ويكون من قبيل توضيح الواضح.

استحباب الوصية
لذوي القرابة

وأما استحباب الوصية لذوي القرابة، فلما رواه الكليني بإسناده عن ابن أبي عمير عن إبراهيم بن عبد الحميد، عن سالمه مولاة أبي عبد الله عليه السلام قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام حين حضرته الوفاة فأغمي عليه، فلما أفاق قال: أعطوا الحسن بن علي بن الحسين - وهو الأفتس - سبعين ديناراً، وأعطوا فلاناً كذا وكذا، وفلاناً كذا وكذا، فقلت: أتعطي رجلاً حمل عليك بالشفرة؟ فقال: ويحك أما تقرأين القرآن؟ قلت: بلى، قال: أما سمعت قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ﴾^(١)، وروى الشيخ والصدوق بإسنادهما عن محمد بن أبي عمير مثله.

وما رواه الشيخ بإسناده عن السكوني، عن جعفر بن محمد، عن أبيه: «من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصية»^(٢).

(١) الكافي: ٥٥/٧، ح ١٠، باب صدقات النبي صلى الله عليه وآله وفاطمة والأئمة ووصاياهم؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٣١/٤، ح ٥٥٥١، باب نواذر الوصايا؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٤٦، ح ٤٧، باب من الزيادات؛ وسائل الشريعة: ١٩/٤١٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ٨٣، ح ١. وسالمه مولاة أبي عبد الله عليه السلام مهملة

(٢) من لا يحضره الفقيه: ١٨٢-١٨٣، ح ٥٤١٥، باب ما جاء فيمن لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لا يرث بشيء من ماله قل أو كثر؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٧٤، ح ٨، باب الوصية ووجوبها؛ وسائل الشريعة: ١٩/٤١٨، أبواب أحكام الوصايا، ب ٨٣، ح ٣. والرواية موثقة لأجل السكوني. راجع معجم رجال الحديث: ١٠٥/٣.

[الفصل] (الرابع: في الأوصياء).

في شروط الأوصياء

(ويعتبر التكليف والإسلام، وفي اعتبار العدالة تردّد أشبه أنها لا تعتبر،
أما لو أوصى إلى عدل ففسق بطلت وصيّته، ولا يوصى إلى المملوك إلا
بإذن مولاه، وتصحّ^(١) إلى الصبيّ منضمّاً إلى كامل لا منفرداً، ويتصرّف
الكامل حتّى يبلغ الصبيّ، ثمّ يشتركان وليس له نقض ما أنفذه الكامل
بعد بلوغه).

الظاهر أنّ المراد الاحتراز عن وصاية الصبيّ والمجنون لعدم
التكليف، فمع قطع النظر عن التسلّم عندهم يشكل اشتراطه، لأنّ ما
دلّ على عدم نفوذ تصرّفات الصبيّ يكون ناظراً إلى عدم استقلاله،
وأما مع إذن الوليّ فلا، فحاله حال المملوك حيث جوّزوا وصايته مع
إذن سيّده.

هذا مضافاً إلى أنّ اللازم نفوذ التصرّف بعد موت الموصي لا نفوذه
وقت الوصيّة، فلو أوصى إلى صبيّ يبلغ بعد موت الموصي، فلا مجال
للاستدلال فيه بعدم نفوذ تصرّفاته، وكذا المجنون بعد إفاقته.

ويمكن الاستدلال للمنع بما ورد من جواز انضمامه مع البالغ العاقل
قال عليّ بن يقطين: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى إلى امرأة

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «ويصحّ» بدل «وتصحّ».

وأشرك في الوصية معها صبيًّا؟ فقال: يجوز ذلك وتمضي المرأة الوصية، ولا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير، فإن له أن يردّه إلى ما أوصى به الميت^(١).

وقال الصفار: «كتبت إلى أبي محمد^{عليه السلام}: رجل أوصى إلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغار، يجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صحّ على الميت بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقع^{عليه السلام}: نعم، على الأكبر من الولدان أن يقضوا دين أبيهم، ولا يحبسوه بذلك»^(٢).

وجه الاستدلال أنّه لو جاز تصرّف الصبي في الرواية الأولى والأولاد الصغار في جواب الكتاب لما وقع التعبير بالانتظار والحبس، فإنّ ممنوعة الصغير والصبي مفروغ عنها، لكنّ المفروغ عنه التصرّف بالاستقلال لا ما كان بنظر الولي كالمملوك.

وأما المجنون، فمع إفاقة لا مانع من وصايته كالتكاليف المتوجّهة إليه، ولا دليل على بطلان الوصاية من جهة طرؤ الجنون بعد شمول

عدم صحّة وصاية
المجنون

(١) الكافي: ٤٦/٧، ح ١، باب من أوصى إلى مدرك وأشرك معه الصغير؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٠٩/٤، ح ٥٤٨٦، باب الوصية إلى مدرك وغير مدرك؛ تهذيب الأحكام: ١٨٤/٩ - ١٨٥، ح ١، باب الأوصياء؛ الاستبصار: ١٤٠/٤، ح ١، باب أنّه يجوز أن يوصى إلى امرأة؛ وسائل الشريعة: ٣٧٥/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٠، ح ٢. والرواية معتبرة على كلام في جعفر بن عيسى بن عبيد.

(٢) الكافي: ٤٦/٧، ح ٢، باب من أوصى إلى مدرك وأشرك معه الصغير؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٠٩/٤، ح ٥٤٨٧، باب الوصية إلى مدرك وغير مدرك؛ تهذيب الأحكام: ١٨٥/٩، ح ٢، باب الأوصياء؛ وسائل الشريعة: ٣٧٥/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٠، ح ١. والرواية صحيحة.

الإطلاقات، كما أنه لا مانع من التمسك بها لو أوصى إلى الصبي، وقلنا بعدم نفوذ تصرّفاتة قبل البلوغ لا بالاستقلال، ولا بإجازة الولي، والقول بنفوذ تصرّفاتة بعد البلوغ من دون انضمام الكبير حال الإيصاء.

وأما اعتبار الإسلام، فالظاهر عدم الخلاف فيه في الوصاية للمسلم^(١)، واستدل^(٢) عليه بقصوره عن منصب الولاية على المسلم، إذ المؤمنون بعضهم أولياء بعض، قال الله تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٣)، وقال - جلّ شأنه -: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٤).

ولولا شبهة الإجماع لأمكن الخدشة في الاستدلال بما ذكر، لأننا لا نجد الفرق بين الوصاية والوكالة، فلو وكل المسلم الكافر في أخذ ماله على الكافر المدين وصرفه في مصرف معين فهل يمكن منع صحّة الوكالة لما في الآيات الشريفة؟ فلو لم يكن في الوصاية أزيد ممّا ذكر كيف يمكن منعها لما ذكر؟ فغاية الأمر منع قيمومة الكافر.

وأما الوصاية بالنسبة إلى غيرها، فلا مجال للاستدلال على منعها بما ذكر ولا مجال أيضاً للاستدلال بما يذكر، لا اعتبار العدالة، لعدم تماميته إلا أن يكون الإجماع في المسألة.

(١) المقتعة: ٦٦٨؛ المراسم: ٢٠٢؛ النهاية: ٦٠٥؛ الوسيطة: ٣٧٣؛ غنية النزوع: ٣٠٦، وفيه

دعوى الإجماع؛ السرائر: ١٨٨/٣؛ إصباح الشيعة: ٣٥٥؛ الجامع للشرائع: ٤٩٢.

(٢) جواهر الكلام: ٢٨/٤٠٤.

(٣) آل عمران: ٢٨.

(٤) النساء: ١٤١.

اعتبار العدالة
في الوصي

وأما اعتبار العدالة، فهو المشهور^(١)، واستدلّ عليه بأنّ الفاسق لا أمانة له، لوجوب الثبّت عند خبره، وأنّه ظالم لا يركن إليه، وأنّ الوصاية قد تكون ولاية على الطفل أو على أداء حقّ واجب أو نحو ذلك ممّا لا ينبغي فيه إيمان غير العدل، وأنّ الوصاية إثبات الولاية بعد الموت الذي به ترتفع ولاية الموصي، ويصير التصرف متعلّقاً لحقّ غير المستنيب من طفل أو مجنون أو فقير وغيرهم، فتكون أولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل ووكيل الحاكم على مثل هذه المصالح.

ومن هنا كان رضى الموصي بالفاسق غير معتدّ به، كما أنّ منه يعلم الفرق بين الوصاية والوكالة والاستيداع المتعلّقة لحقّ الموكل والمودع المسلّطين شرعاً على إتلاف مالهما فضلاً عن تسليط غير العدل عليه، والموصي إنّما يسلّط على حقّ الغير، لخروجه عن ملكه بالموت مطلقاً مع أنّا نمنع عدم اشتراط العدالة في الودعي والوكيل إذا كانا على مثل ذلك^(٢).

ويمكن أن يقال: لازم ما ذكر اعتبار العدالة في الأب والجدّ للأب بالنسبة إلى أولادهما الصغار وأموالهم، فنقول: لا دليل على اعتبار الأمانة في الوصي، وقد يكون أميناً مع فسقه، ووجوب الثبّت في خبره لا يوجب منع وصايته مع أنّ الفاسق إذا كان ثقة في إخباره يقبل قوله كما قرّر في محله.

(١) المقنعة: ٦٦٨؛ الكافي في الفقه: ٢٣٥؛ المراسم: ٢٠٢؛ النهاية: ٦٠٥؛ فقه القرآن: ٣٠٩/٢؛

غنية النزوع: ٣٠٦، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ١٨٤/٣؛ جامع الخلاف والوافق: ٣٨١.

(٢) جواهر الكلام: ٣٩٢/٢٨.

والنهي عن الركون إلى الذين ظلموا لا يشمل المقام، لعدم كون الإيصاء إلى الفاسق ركوناً وليس كلّ فاسق ظالماً بالظلم المراد من الآية الشريفة، ونمنع كون الوصاية ولاية بالنسبة إلى ما ذكر.

وأما القيمومة، فلا دليل على اعتبار العدالة فيها مطلقاً، للانتقاض بولاية الأب والجدّ، وما ذكر من خروج المال عن ملك الموصي بموته ممنوع، فإنّه وإن لم يعتبر للميت الملكية نحو ملكيّة الأحياء، لكنّه لا مانع من الملكية نحو ملكيّة الجهة، لا اعتبار العقلاء، كيف وإلاّ لزم أن لا يكون للثالث الموصى به مالك لو أوصى بصرفه في مثل الصدقات، وهو كما ترى.

وأما لو أوصى إلى عدل ففسق، فتارة يكون وصف العدالة مأخوذاً في الوصي كما لو قال: أعط هذا هذا الشخص العادل ففسق الشخص قبل الإعطاء، فلا إشكال في خروجه عن الوصاية، وأخرى ليس مأخوذاً فيه، كما لو أوصى إلى الشخص وهو معتقد عدالته فلا وجه لخروجه عن الوصاية، ولذا يقولون في صورة الاقتداء تارة يقتدي بزيد ويعتقد أنّ هذا المصليّ زيد فبان عمراً، فلا يصحّ الاقتداء، وأخرى يقتدي بهذا المصليّ ويعتقد أنّه زيد فيصحّ اقتداؤه.

إنّما الإشكال في أنّه في الصورة الأولى ما وجه بطلان وصايته بالمرة بحيث لو عاد وصف العدالة لم يكن له التصديّ لأمر الوصاية، فإنّ هذا كما لو وقف على إمام المسجد وكان شخص إماماً ثم خرج عن وصف الإمامة، ثم عاد وصف الإمامة فهل يلتزم بعدم كونه موقوفاً عليه؟

الكلام في وصاية
المملوك

وأما وصاية المملوك، فالظاهر عدم الخلاف في عدم جوازها في الجملة بدون إذن مولاه^(١)، واستدلّ عليه بممنوعيّة المملوك عن التصرّفات بدون إذن المولى^(٢).

ويمكن أن يقال: لا دليل على الحجز بنحو تكون أقواله وأفعاله كأن لم تكن، كيف وقد دلّ الدليل على صحّة نكاحه كالعقد الفضولي المصحح بالإجازة، بل لعلّه يستفاد من بعض الأخبار كفاية سكوت المولى، ولا دليل على عدم جواز تصرّفاتّه حتّى الأقوال بحيث لو سأل سائل: أين الطريق إلى دار زيد كان اللازم عليه الاستيذان من المولى في الهداية، فلو أوصى إلى المملوك بوقف داره المكتفي فيه «وقفت دار زيد» مثلاً وقلنا بعدم الحاجة في الوقف على الجهات العامّة إلى أزيد من الوقف والقبض، يشكل القول بالبطلان، لممنوعيّة المملوك، ونظير هذا توكيله في إجراء صيغة النكاح أو الطلاق.

هذا مضافاً إلى أنّ تمكّن المملوك وقت تنفيذ الوصيّة لا وقت الإيصاء إليه لازم، وعلى المنع لا نجد الفرق بين إيصاء الغير إيّاه وبين إيصاء السيّد، لأنّ المملوك في زمان حياة المولى لا عمل له وبعد الموت يكون ملكاً للورثة إلّا أن يجعل السيّد المملوك ثلثاً لنفسه بحيث لم يكن اختيار للورثة بالنسبة إليه.

(١) المقنعة: ٦٦٨؛ النهاية: ٦٠٥؛ فقه القرآن: ٣٠٩/٢؛ غنية النزوع: ٣٠٦، وفيه دعوى

الإجماع؛ السرائر: ٣/١٨٤؛ جامع الخلاف والوافق: ٣٨١.

(٢) المقنعة: ٦٦٨؛ النهاية: ٦٠٥.

وقد يتمسك^(١) لنفي القابلية بقوله **عائلاً** - على المحكي - في صحيح ابن الحجاج: «لا وصية لمملوك»^(٢).

ولا يخفى أنه لا جامع قريب بين عدم الوصية للمملوك بمعنى عدم تملكه لما أوصى له به وعدم قابليته لأن يوصى إليه بالوصية العهدية، وذلك لأن الوصية التمليكية والعهدية وإن أمكن الجمع بينهما إذا كانا بمعنى الوصل أو بمعنى العهد إلا أن التمليكية تتعدى باللام والعهدية إلى فلا مجال لكون اللام بمعناها وبمعنى إلى، وفي بعض الأخبار المذكورة نفي ملكيته للموصى به، فالقدر المتيقن عدم تملكه، لو لم يعارضه ما دل على صحة تملكه، غاية الأمر يكون محجوراً، وللمولى أن يتصرف في ماله بل في بعض الموارد، ليس للمولى أخذ ماله، كما ورد فيما لو أعطاه شيئاً ليرضى عنه به من جهة إيدائه إيّاه، ثم إنه لا إشكال في جواز الإيصاء إلى المملوك مع إذن المولى لنفوذ تصرفاته مع الإذن.

وأما جواز وصاية الصبي منضمّاً إلى الكبير ونفوذ تصرفاته بعد البلوغ وعدم جواز نقضه لما فعل الكبير، فالدليل عليه الخبر المذكور والمكاتبة المذكورة.

(ولا تصح الوصية من المسلم إلى الكافر وتصح من مثله، وتصح الوصية إلى المرأة، ولو أوصى إلى اثنين وأطلق أو شرط الاجتماع، فليس

(١) جواهر الكلام: ٣٩٩/٢٨.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢١٦/٩، ح ٢، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ١٣٤/٤، ح ٢، باب من أوصى لمملوكه بشيء؛ وسائل الشيعة: ٤١٢/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٧٩، ح ٣.

٤٤٠ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

لأحدهما الانفراد، ولو تشاحاً لم يمض إلا ما لا بدّ منه لمؤونة^(١) اليتيم،
وللحاكم جبرهما على الاجتماع، فإن تعذّر جاز الاستبدال، ولو التمسّا
القسمة لم يجز، ولو عجز أحدهما ضمّ إليه، أمّا لو شرط لهما الانفراد^(٢)
تصرّف كلّ واحد منهما وإن انفرد، ويجوز أن يقتسما).

قد مرّ الكلام في اعتبار الإسلام في الوصيّ.

صحّة الوصيّة
للكافر إلى مثله
وأما صحّة الوصيّة للكافر إلى مثله، فإن كان المدرك في عدم صحّة
وصيّة المسلم إلى الكافر الإجماع، فلا إشكال في المقام، لعدم الإجماع، وإن
كان المدرك غيره ممّا ذكر فالفرق بين المقامين مشكل، نعم، لو كان المدرك
للمنع ما ذكر من الآيات الشريفة يحصل الفرق.

صحّة الوصيّة
إلى المرأة
وأما صحّة الوصيّة إلى المرأة، فلا إطلاق أدلّة الوصيّة وخصوص خبر
علي بن يقطين المذكور.

حكم الوصيّة
إلى اثنين
وأما لو أوصى إلى اثنين وأطلق أو شرط الاجتماع، فلا إشكال في
الصحة، لإطلاق الأدلّة، كما لا إشكال في لزوم الاجتماع مع الشرط في
نفوذ التصرّفات.

وأما مع الإطلاق، فالمشهور^(٣) عدم النفوذ إلّا مع الاجتماع أخذاً
بالمتيقّن.

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «كمؤونة» بدل «المؤونة».

(٢) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «لهم الانفراد» بدل «لها الانفراد».

(٣) الخلاف: ٤/ ١٦٠-١٦١؛ الوسيلة: ٣٧٣؛ السرائر: ٣/ ١٩٠؛ شرائع الإسلام: ٢/ ٢٠٢؛

الجامع للشرائع: ٤٩٢؛ تحرير الأحكام: ١/ ٣٠٣.

واستدل^(١) أيضاً بظاهر الصحيح: «في رجل مات وأوصى إلى رجلين أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف؟ فوقع عليه: لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت، ويعملان على حسب ما أمرهما إن شاء الله»^(٢) المؤيد بالرضوي: «وإذا أوصى رجل إلى رجلين فليس لهما أن ينفرد كل منهما بنصف التركة، وعليهما إنفاذ الوصية على ما أوصى الميت»^(٣).

وبخبر صفوان بن يحيى: «سألت أبا الحسن عن رجل كان لرجل عليه مال فهلك وله وصيان فهل يجوز أن يدفع المال إلى أحد الوصيين؟ فقال: لا يستقيم إلا أن يكون السلطان قد قسم المال، فوضع على يد هذا النصف وعلى يد هذا النصف أو يجتمعان بأمر السلطان»^(٤) بناء على أن المراد سلطان العدل.

ولا مجال للمناقشة في دلالة الصحيح المذكور من جهة لفظ «لا ينبغي»، لأن مخالفة الميت لا يجوز بلا إشكال، لأنه تبديل الوصية.

(١) مختلف الشيعة: ٤٠٣/٦؛ مسالك الأفهام: ٢٤٩/٦؛ رياض المسائل: ٣٢٢/١٠.

(٢) الكافي: ٤٦/٧، ح ١، باب من أوصى إلى اثنين فينفرد كل واحد منهما ببعض التركة؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٠٣/٤، ح ٥٤٧١، باب الرجلين يوصى إليهما فينفرد كل واحد منهما بنصف التركة؛ تهذيب الأحكام: ١٨٥/٩، ح ٣، باب الأوصياء؛ الاستبصار: ١١٨/٤، ح ١، باب من أوصى إلى نفسين هل يجوز أن ينفرد كل واحد منهما بنصف المال أم لا؛ وسائل الشيعة: ٣٧٦/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥١، ح ١.

(٣) فقه الرضا عليه السلام: ٢٩٩.

(٤) تهذيب الأحكام: ٢٤٣/٩، ح ٣٤، باب من الزيادات؛ الاستبصار: ١١٩/٤، ح ٣، باب من أوصى إلى نفسين هل يجوز أن ينفرد كل واحد منهما بنصف المال أم لا؛ وسائل الشيعة: ٣٧٧/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥١، ح ٢. والرواية صحيحة.

ولا ينافي الصحيح الموثق^(١): «أن رجلاً مات وأوصى إلى رجلين فقال أحدهما لصاحبه: خذ نصف ما ترك وأعطني نصف ما ترك، فأبى عليه الآخر، فسألنا أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك؟ فقال: ذلك له»^(٢).

وجه عدم المنافاة إجمال هذا الموثق، لأن التنافي في صورة رجوع الإشارة إلى القسمة، والضمير المجرور إلى الطالب، ويحتمل رجوع الإشارة إلى الإباء عن القسمة، والضمير إلى المطلوب، ويقال: هذا أولى لقرب مرجع الإشارة.

وقد يدعى أولوية العكس، لوضع «ذلك» للإشارة إلى البعيد^(٣)، وقد تدفع بعدم وجود (اللام) في نسخة الكافي، نعم، في نسخة الشيخ موجودة^(٤).

ويمكن أن يقال: يبعد جداً أن يكون وجوب الاجتماع مع الإطلاق حكماً تعبدياً على خلاف قصد الموصي، بل يستظهر من الصحيح المذكور

(١) الصحيح الموثق أو الموثق كالصحيح هو ما يكون كل واحد من رواية سلسلته ثقة ولم يكن الكل إمامياً وكان غير الإمامي ممن يقال في حقه: أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه كأبان بن عثمان، أو واقعاً بعد من يقال في حقه ذلك. لب الباب: ٨٨.

(٢) الكافي: ٤٧/٧، ح ٢، باب من أوصى إلى اثنين فينفرد كل واحد منهما ببعض التركة؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٠٣/٤، ح ٥٤٧٢، باب الرجلين يوصي إليهما فينفرد كل واحد منهما بنصف التركة؛ تهذيب الأحكام: ١٨٥/٩، ح ٤، باب الأوصياء؛ الاستبصار: ١١٨/٤، ح ٢، باب من أوصى إلى نفسين هل يجوز أن ينفرد كل واحد منهما بنصف المال أم لا؛ وسائل الشريعة: ٣٧٧-٣٧٨، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥١، ح ٣. والتعبير عنه بالصحيح الموثق لابن فضال وهو من أصحاب الإجماع على قول. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٣) التنقيح الرائع: ٣٩٠/٢؛ مسالك الأفهام: ٢٥٠/٦.

(٤) في الكافي والتهذيبين: «ذلك»، وفي الفقيه: «ذاك».

أنّه لا ينبغي من جهة مخالفة الميّت، وعلى هذا فلا نجد الفرق بين الإيصاء إلى الاثنين وبين توكيل اثنين، فتارة يستظهر استقلال كلّ واحد كما لو أوصى إلى كلّ واحد في مجلسين، وهذا كما لو وكلّ أحد في بيع داره، ثمّ في مجلس آخر وكلّ غيره حيث إنّ الظاهر توكيل كلّ منهما مستقلاًّ، فمع تصرّف أحدهما لا يبقى موضوع لفعل الآخر.

وأخرى يستظهر اجتماعهما، كما كانا حاضرين في مجلس واحد فقال: افعلوا بعد وفاتي كذا، كما لو وكلّ الاثنين في مجلس واحد في بيع داره وإن كان في هذه الصورة أيضاً يحتمل أن يكون نظره إلى استقلال كلّ واحد، فمع الشكّ وعدم الظهور لا بدّ من الاجتماع، لأنّ التصرّف في الأموال والأموال الراجعة إلى الغير محتاج إلى الإجازة، والقدر المتيقّن صورة الاجتماع.

ومن الممكن أن يكون النظر في الصحيح المذكور إلى المخالفة من جهة كون الإيصاء راجعاً إلى مجموع التركة، لا إلى النصف، كما لو أوصى إلى رجل في جميع أموره فتجافى الوصي بالنسبة إلى بعضها، فقد خالف الميّت، وعلى هذا فلا نظر إلى الاستقلال والانضمام.

أمّا خبر صفوان المذكور، ففيه الاحتمال المذكور، مع أنّه يشكل الأخذ بظاهره، لأنّ السلطان المذكور في لسان الأخبار يشمل الأشخاص المنصوبين، فإن كان منصوباً من قبل الجائر فحاله معلوم، وإن كان منصوباً من قبل المعصوم عليه السلام فمع كون التقسيم مخالفة وتبديلاً للوصيّة كيف يقسم؟!

وأما صورة تشاحّ الوصيّين مع لزوم اجتماعهما، فلم يمض فيها عمل لوتشاح الوصيّان مع لزوم اجتماعهما أحدهما، للزوم كون العمل بنظرهما، واستثناء ما لا بدّ منه، كمؤونة اليتيم

لم يظهر وجهه، بل الظاهر مراجعة الحاكم حيث إنَّ أحد الوصيّين بدون الانضمام لا اختيار له، فيرجع إلى الحاكم ويستأذن منه، وتصرّف الحاكم بدون نظر أحدهما أيضاً مشكل، ومع التعذّر يرجع إلى عدول المؤمنين، بل لا يبعد عدم لزوم الترتيب، وقد سبق الكلام في هذا في بعض الكتب.

جبر الحاكم إياهما
على التوافق

وأما جبر الحاكم إياهما على التوافق، فيشكل من جهة أنّه إذا رأى كلّ منهما المصلحة في جهة لم يكن مخالفة للآخر منكره حتّى يجب النهي عنها، وعلى فرض النكارة النهي لا يختصّ بالحاكم، وليس المقام من باب المرافعات حتّى يرجع إلى الحاكم لرفع الخصومة وإن كان من هذا الباب لا يجبرهما الحاكم على الاجتماع، بل يحكم بما هو رأيّه، بل يشكل الحكم برأيه، لأنّه ليس راجعاً إلى الشبهة الحكميّة حيث يحكم الحاكم بحكمه، وإن كان على خلاف ما يكون حجة بنظر المحكوم عليه، ومن المحتمل سقوط الانضمام، لعدم الإمكان فيكون كما لو مات أحدهما فيكون كما لو تعذّر حيث يجوز الاستبدال، للزوم العمل بالوصيّة، واللازم حينئذ الاستبدال، أو يعمل بنظر الحاكم، ومع التعذّر عدول المؤمنين، ومع التعذّر فساقهم، لأنّه أمر لا بدّ منه، ولا يرضى الشارع بتركه، كحفظ مال اليتيم. وعلى أيّ تقدير لو أرادا القسمة وتصرّف كلّ بالاستقلال في قسم لم يجز، كما دلّ عليه الصحيح المذكور.

لوعجز أحد
الوصيّين

وأما صورة عجز أحد الوصيّين، ففي المتن ضمّ الغير إليه، ولم يظهر وجهه، فإنّ العجز تارة من جهة عدم التمكن من مباشرة العمل، وأخرى من ضعف الرأي والنظر وسخافة العقل، ففي الصورة الأولى ما المانع في

التوكيل، لأن القاعدة في باب الوكالة صحّة التوكيل في كلّ ما لم يقيّد فيه المباشرة، بل الإيصاء إلى من يكون في معرض العجز أو إلى من له رفعة الشأن يقتضي عدم المباشرة، وإن كان العجز من الجهة الثانية، فلا يبعد الرجوع إلى الحاكم، لقصوره عن العمل بالوصيّة، كما لو مات الوصي، ولا دليل على ضمّ الغير، لأنّه بمنزلة جعل الوصي، ولا دليل على صحّته.

وأما صورة قصد الموصي استقلال كلّ منهما، فلا إشكال في تصرّف كلّ بالاستقلال إنّما الإشكال في التقسيم إن كان بمعنى أنّه بعد التقسيم لا يجوز لأحد منهما التصرّف في ما يكون راجعاً إلى الآخر، وإن كان بمعنى الرخصة، فلا إشكال حيث لم يخالفنا نظر الموصي ولعلّ النظر إلى الثاني.

(وللموصي تغيير الأوصياء، وللموصي إليه ردّ الوصيّة، ويصحّ إن بلغ الردّ، ولو مات الموصي قبل بلوغه لزمّت الوصيّة، وإذا ظهر من الوصي خيانة استبدل به، والوصي أمين لا يضمن إلاّ مع تعدّد أو تفريط، ويجوز أن يستوفي دينه ممّا في يده، وأن يقوم مال اليتيم على نفسه وأن يقترضه إذا كان ملياً).

أما تغيير الأوصياء، فالظاهر عدم الخلاف في جوازه للموصي، لأنّ الوصيّة سواء كانت عقداً أو إيقاعاً بالنسبة إلى الموصي جائز، ويدلّ على الجواز الأخبار:

منها: ما رواه عليّ بن إبراهيم عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن ابن بكير، عن عبيد بن زرارة قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: للموصي أن يرجع في وصيّته إن كان في صحّة أو مرض»^(١).

(١) الكافي: ١٢/٧، ح ١، باب الرجل يوصي بوصية ثمّ يرجع عنها؛ من لا يحضره الفقيه: ←

وما روي عن بريد العجلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لصاحب الوصية أن يرجع فيها، ويحدث في وصيته ما دام حياً»^(١).

وأخبار الباب وإن لم يتعرض لتغيير الوصي إلا أنه يستفاد منها جواز التغيير بأي نحو كان.

وأمّا الموصى إليه، فله ردّ الوصية، ويصحّ إن بلغ الرد إلى الموصي بلا خلاف^(٢) ظاهراً في الجملة.

واستدل^(٣) عليه بما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن مسلم في الصحيح، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن أوصى [رجل] إلى رجل وهو غائب فليس له أن يردّ وصيته، فإن أوصى إليه وهو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل»^(٤).

→ ١٩٩/٤، ح ٥٤٥٨، باب الرجوع عن الوصية؛ تهذيب الأحكام: ١٨٩/٩ - ١٩٠، ح ١٣، باب الرجوع في الوصية؛ وسائل الشيعة: ٣٠٣/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٨، ح ٣. والرواية موثقة بابن بكير. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٨١.

(١) الكافي: ١٢/٧، ح ٢، باب الرجل يوصي بوصية ثم يرجع عنها؛ من لا يحضره الفقيه: ١٩٩/٤، ح ٥٤٥٧، باب الرجوع عن الوصية؛ تهذيب الأحكام: ١٩٠/٩، ح ١٤، باب الرجوع في الوصية؛ وسائل الشيعة: ٣٠٣/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٨، ح ٤. والرواية موثقة بابن فضال. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٢) المقنعة: ٦٧٢؛ النهاية: ٦٠٧؛ غنية النزوع: ٣٠٦، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ١٩١/٣؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٨٦؛ تحرير الأحكام: ٣٠٣/١.

(٣) مختلف الشيعة: ٣٣٧/٦؛ مسالك الأفهام: ٢٥٧/٦؛ الحقائق الناضرة: ٥٧٤/٢٢.

(٤) الكافي: ٦/٧، ح ١، باب الرجل يوصي إلى آخر ولا يقبل وصيته؛ من لا يحضره الفقيه: ١٩٥/٤، ح ٥٤٤٥، باب الامتناع من قبول الوصية؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٥/٩، ح ١، باب قبول الوصية؛ وسائل الشيعة: ٣١٩/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٢٣، ح ١.

وما رواه في الكافي والفقيه عن فضيل بن يسار في الصحيح، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل يوصي إليه؟ قال: إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها»^(١)، الحديث.

وعن منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب، فليس له أن يردّ عليه وصيته، لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»^(٢).

فنقول: مقتضى إطلاق صحيح محمد بن مسلم عدم جواز الردّ مع غيبته وإن بلغ ردّه إلى الموصي، وجواز الردّ مع حضوره في البلد وإن لم يبلغ الردّ إلى الموصي، والمستفاد من ذيل رواية منصور أنّ المدار تمكّن الموصي من طلب الغير للوصاية.

وعلى هذا، فلو بلغ الردّ إلى الموصي ولم يتمكّن من طلب الغير لمفاجأة الموت قبلاً، فلا أثر للردّ، بل وجب القبول والقيام بأمر الوصاية، كما أن لو تمكّن الموصي من طلب الغير ولو لم يكن الموصي إليه في البلد وكان غائباً وكان الموصي يشكّ في ردّ الغائب وقبوله، جاز له الردّ، ولو لم يبلغ الخبر إلى

(١) الكافي: ٦/٧، ح ٢، باب الرجل يوصي إلى آخر ولا يقبل وصيته؛ من لا يحضره الفقيه:

١٩٥/٤، ح ٥٤٤٦، باب الامتناع من قبول الوصية؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٥، ح ٢، باب

قبول الوصية؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٢٠، أبواب أحكام الوصايا، ب ٢٣، ح ٢.

(٢) الكافي: ٦/٧، ح ٣، باب الرجل يوصي إلى آخر ولا يقبل وصيته؛ من لا يحضره الفقيه:

١٩٦/٤، ح ٥٤٤٩، باب الامتناع من قبول الوصية؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٦، ح ٣، باب

قبول الوصية؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٢٠، أبواب أحكام الوصايا، ب ٢٣، ح ٣. والرواية

صحيحة على الأصحّ.

الموصي في حال حياته، ولا يلتزم المشهور بهذا التفصيل، بل لعله يستفاد من صحيح ابن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل يوصي إليه فقال: إذا بعث إليه من بلده ليس له ردّها، وإن كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك إليه»^(١) حيث يستفاد منه أنّ المدارك تمكّن الموصي من الإيصاء إلى الغير.

وربما يشهد له الصحيح أو الحسن^(٢) عن هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يوصي إلى الرجل بوصية فأبى أن يقبلها؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا يخذله له على هذه الحال»^(٣) حيث حمل الخبر على وجوب القبول.

وقد يقال بعدم جواز الردّ إذا كان الموصي أباً للموصى إليه، لمكاتبة عليّ بن الريان إلى أبي الحسن عليه السلام: «رجل دعاه والده إلى قبول وصيته هل له أن يمتنع من قبول وصيته؟ فوقع عليه السلام: ليس له أن يمتنع»^(٤) ومقتضى القاعدة عدم جواز الردّ في خصوصه وإن أمكن إبلاغ الردّ^(٥).

(١) تقدّم تخريجه آنفاً.

(٢) التردّد من ناحية إبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.

(٣) الكافي: ٦/٧، ح ٥، باب الرجل يوصي إلى آخر ولا يقبل وصيته؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٦، ح ٥٤٤٨، باب الامتناع من قبول الوصية؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٦، ح ٥، باب قبول الوصية؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٢١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٢٣، ح ٤.

(٤) الكافي: ٧/٧، ح ٦، باب الرجل يوصي إلى آخر ولا يقبل وصيته؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٥، ح ٥٤٤٧، باب الامتناع من قبول الوصية؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٦، ح ٦، باب قبول الوصية؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٢٢، أبواب أحكام الوصايا، ب ٢٤، ح ١، وفيه سهل

بن زياد. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٩٠.

(٥) المقنع: ٤٧٩؛ الحقائق الناضرة: ٢٢/٥٧٩.

واستشكل بأنه لا يقاوم المطلقات الدالة على جواز الردّ مع الإِبلاغ^(١).

ويمكن أن يقال: المطلقات لا تشمل هذه الصورة، غاية الأمر لو لم يكن هذه المكاتبة أمكن دعوى القطع بعدم الفرق، وأمکن الأخذ بإطلاق صحيح فضيل بن يسار المذكور.

وأما صحيح محمد بن مسلم حيث قال فيه: «إن أوصى إلى رجل» وكذا خبر منصور بن حازم حيث قال فيه: «أوصى الرجل إلى أخيه»، فلا يشملان هذه الصورة.

وثانياً: نقول: مقتضى القاعدة التقييد وإن كان المقيّد واحداً إلا أن يكون المطلقات بحيث يبعد تقييدها.

ولو مات الموصي قبل بلوغ الردّ لزمّت الوصيّة بلا خلاف ظاهراً^(٢)، لو مات الموصي قبل بلوغ الردّ فإن كان المدرك ما ذكر من الأخبار، فقد عرفت الإشكال في صورة تمكّن الموصي من الإيصاء إلى الغير بمقتضى التعليل المذكور.

وأما استبدال الوصي مع الخيانة، فلا يخلو عن الإشكال، لأنّ اللازم العمل بالوصيّة كما أوصى الموصي، فإن كان التكليف متوجّهاً إلى خصوص الوصي، فاللازم نهيه، كما في سائر التكليف، والنهي لا ينحصر بالحاكم، بل التكليف بالنهي متوجّه إلى جميع المكلفين، وإن كان

(١) رياض المسائل: ١٠/٣٢٩-٣٣٠؛ جواهر الكلام: ٢٨/٤١٤.

(٢) المقنع: ٤٨٣؛ الكافي في الفقه: ٣٦٦؛ النهاية: ٦٠٧؛ غنية النزوع: ٣٠٦، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ٣/١٩١؛ إصباح الشيعة: ٣٥٦؛ جامع الخلاف والوافق: ٣٨٢.

العمل واجباً لا على خصوص الوصي، فاللزام العمل لا عزل الوصي، وجعل شخص آخر مقامه، ويمكن استظهار بقاء وصايته من الصحيح الآتي ذكره.

الوصي أمين لا يضمن إلا مع التعدي

وأما كون الوصي أميناً لا يضمن إلا مع التعدي أو التفريط، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(١)، فإن كان المدار في الأمانة الإذن الشرعي والمالكي، فلا إشكال لاجتماعهما في الوصاية، وإن كان المدار مراعاة مصلحة المؤمن كما في الوديعة، فلا بدّ من أن يكون قبول الوصية لمصلحة الموحي. وأما لو كان لمصلحة الوصي كما لو قبل الوصية لاستيفاء دينه أو للاستقراض إذا كان جائزاً، فيشكل، ألا ترى أن كثيراً من الفقهاء قائلون بضمان المقبوض بالسوم مع حصول الإذن من المالك، وأما مع التعدي والتفريط، فلا إشكال في الضمان كما في سائر الأمانات.

ويدلّ عليه الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل عن رجل أوصى إلى رجل وأمر أن يعتق عنه نسمة بستمئة درهم من ثلثه فانطلق الوصي فأعطى الستمئة درهم رجلاً يحجّ بها عنه؟ فقال: أرى أن يغرم الوصي من ماله ستمئة درهم، ويجعل الستمئة فيما أوصى به الميت من نسمة»^(٢).

(١) المبسوط: ٥٩/٤؛ السرائر: ٨٥/٢؛ إصباح الشيعة: ٣٦٢؛ شرائع الإسلام: ٢٠٣/٢؛

الجامع للشرائع: ٤٩٣؛ قواعد الأحكام: ٥٦٥/٢؛ الدروس الشرعية: ٣٢٦/٢.

(٢) الكافي: ٢٢/٧، ح ٣، باب أنّ الوصي إذا كانت الوصية في حقّ غيرها فهو ضامن؛ من لا

يضره الفقيه: ٢٠٧/٤، ح ٥٤٨١، باب ضمان الوصي لما يغيره عما أوصى به الميت؛ تهذيب

الأحكام: ٢٢٦/٩، ح ٣٧، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة:

٣٤٨/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٧، ح ١.

وربما كان فيه إيباء إلى عدم انعزال الوصي مع التعدي حيث إنه لو كان الوصي منعزلاً، لما كان جعل الستائة فيما أوصى به الموصي مربوطاً به، بل كان هو أجنبياً ليس له القيام بأمر الوصاية.

وأما جواز استيفاء دينه مما في يده، فنقول: إن أريد الجواز بينه وبين ربه وقد أوصى الموصي بتأدية ديونه، فلا إشكال فيه. جواز استيفاء دينه ممّا في يده

وأما لو أريد الجواز بمعنى أنّه ليس حال هذا الدائن الوصي حال غير الوصي الذي يدعي الدين على الميت حيث إنه لا بدّ له من إقامة البيّنة والحلف، فلا بدّ من قيام الدليل عليه، وتخصيص الدليل الدال على لزوم إقامة البيّنة على المدّعي والحلف، وطرف الدعوى في هذا المقام الورثة، وغاية ما يقرب لعدم الحاجة إلى البيّنة واليمين.

وبعبارة أخرى عدم الحاجة إلى الحجّة أنّ الحجّة لاحتمال الكذب بالنسبة إلى المدّعي والمفروض عدمه، كما أنّ المفروض وصايته على الوفاء على وجه له التخير في جهات القضاء، فلم يكن إشكال في استيفائه ضرورة أولويّته ممّا حكى الاتفاق عليه من جواز إيفائه ما يعلمه من دين الأجنبي كذلك.

ولا يشكل بالأصل وموثقة بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت له: إنّ رجلاً أوصى إليّ فسألته أن يشرك معي ذا قرابة له ففعل، وذكر الذي أوصى إليّ أنّ له قبل الذي أشركه في الوصية خمسين ومائة درهم وعنده رهن بها جام من فضة، فلمّا هلك الرجل أنشأ الوصي يدّعي أنّ له قبله أكرار حنطة؟ قال: إنّ أقام البيّنة وإلا فلا شيء له.

قال: قلت له: أيحلّ له أن يأخذ ممّا في يده شيئاً؟ قال: لا يحلّ له، قلت: أرايت لو أن رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أكان ذلك له؟ قال: إنّ هذا ليس مثل هذا^(١) لانقطاع الأصل بما عرفت، وخروج الموثّق عن الفرض باعتبار الاشتراك في الوصيّة على وجه ليس لأحدهما الاستقلال بالتصرّف من دون إذن الآخر الذي ليس له إجازة هذا الأخذ من دون إثبات، مع أنّه لم يعلم الوصاية فيه على وفاء الدين.

ويمكن أن يقال: تارة أوصى الموصي إلى أحد: تصرّف في ثلث مالي مثلاً، وأدّ ديوني منه، وإذا زاد الثلث اصرفه في مصرف كذا مثلاً بحيث لا ربط لهذا الثلث بالورثة سواء كان دين على الميت أو لم يكن، فلا إشكال في التقريب المذكور.

وتارة أخرى يوصى له بأداء دينه وما زاد يرجع إلى الورثة، ففي هذه الصورة للورثة إنكار الدين الذي لم يعلم ثبوته لغير الوصي، لأنّه بزيادة الدين ونقصانه يتحقّق الزيادة والنقصان في الإرث، ولعلّ جهة الفرق المذكور في الخبر ليس منحصراً فيما ذكر من الاشتراك في الوصاية، بل كان هذه الجهة أيضاً فارقة.

نعم، قد يرتفع المنع من الجهتين كما لو كان الشريك في الوصاية عالماً

(١) الكافي: ٥٧/٧، ح ١، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٣٤/٤، ح ٥٥٦٠، باب نوادر الوصايا؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٢/٩، ح ٣، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ٤٢٨/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٩٣، ح ١. والتعبير عنها بالموثّقة لابن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

بشوت الدين أو كان الوصيّ الواحد بدون الشريك في الوصاية قيماً على الورثة الصغار، والظاهر أنّ مورد الموثقة غير ما ذكر.

وأما جواز تقويم الوصيّ مال اليتيم على نفسه واقتراضه مع كونه ملياً، فقد يقرب جواز التقويم والاشتراء لنفسه بأنّه وليّ على المال الذي يريد شراؤه بالوصاية، ولا مانع إلّا من جهة اتّحاد الموجب والقابل، ولا إشكال من هذه الجهة، لكفاية المغايرة الاعتباريّة، كما في تزويج الجدّ للأب بنت ابنه لابن الابن الآخر.

مضافاً إلى إمكان التوكيل، وإلى الخبر المنجبر قصوره بعمل الأكثر وفيه: «هل للوصي أن يشتري [شيئاً من] مال الميّت إذا بيع فيمن زاد يأخذ لنفسه؟ فقال: يجوز إذا اشترى صحيحاً»^(١).

ويمكن أن يقال: إن تمّ الخبر من جهة السند باعتقاد الأكثر والعمل به، فلا إشكال في خصوص شراء مال الميّت، وكلامنا في مال اليتيم إلّا أن يدعى القطع بعدم الفرق، ومع قطع النظر عن الخبر لعلّ المقام نظير التوكيل في بيع داره أو صرف ماله في الفقراء مثلاً مع كونه من الفقراء هل يشمل الإطلاق البيع من نفسه - أعنى الوكيل - أو صرف المال في نفسه أو ينصرف إلى الغير إلّا أن ينصّ بالتعميم؟

(١) الكافي: ٥٩/٧، ح ١٠، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٩، ح ٥٥١٤، باب الوصي يشتري من مال الميّت شيئاً إذا بيع فيمن زاد؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٣٣، ح ٦، باب من الزيادات؛ وسائل الشريعة: ١٩/٤٢٣، أبواب أحكام الوصايا، ب ٨٩، ح ١، وفيه الحسن بن إبراهيم بن محمد الهمداني وهو مهمل.

ولعلَّ الفرق بين المقام والوكالة بافتراق الولاية عن الوكالة، لا
يوجب الفرق، لأنَّ الولاية محدودة بالحدِّ الذي عيَّن الموصي، نعم، لو كان
الوصي منصوباً من قبل الموصي في ما يرى فيه المصلحة بالنسبة إلى اليتيم
وفي التقويم مصلحة له، فلا مانع من التقويم وبيع ماله من نفسه.

ومّا ذكر ظهر حال الاقتراض، وأنّه لا مانع منه إذا كان حاله حال
التقويم ويكون مشمولاً للآية الشريفة: ﴿وَلَا تَقْرُؤْ مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ
أَحْسَنُ﴾^(١).

(وتختص ولاية الوصي بما عيّن له الموصي عموماً كان أو خصوصاً،
ويأخذ الوصي أجره المثل، وقيل: قدر الكفاية، هذا مع الحاجة، وإذا
أذن له في الوصية جاز، ولو لم يؤذن فقولان، أشبههما أنّه لا يصحّ،
ومن لا وصي له فالحاكم وصي تركته).

أمّا اختصاص الولاية بما عيّن الموصي، فوجهه واضح، لأنَّ اختياره
تحقّق بالوصاية، ولا معنى لتحقّق الاختيار بالنسبة إلى غير ما عيّن
كالوكيل، مضافاً إلى قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾^(٢)، الآية، في
بعض الصور.

وأما جواز أخذ أجره المثل أو قدر الكفاية أو أقلّ الأمرين، فقد وقع
الخلاف فيه، واللازم ذكر الأخبار الواردة في المقام:

فمنها: صحيح هشام بن الحكم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

اختصاص الولاية
بما عيّن الموصي

هل يأخذ الوصي
أجرة المثل أو قدر
الكفاية؟

روايات المسألة

(١) الأنعام: ١٥٢.

(٢) البقرة: ١٨١.

تولّى مال اليتيم ما له أن يأكل منه؟ قال: ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم، فليأكل بقدر ذلك»^(١).

ومنها: موثّق سماعة في تفسير الآية الشريفة ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام: «من كان يلي شيئاً لليتامى وهو محتاج، ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم ويقوم في ضيعتهم، فليأكل بقدر ولا يسرف، فإن كان ضيعتهم لا تشغله عمّا يعالج نفسه، فلا يرزأن»^(٣) من أموالهم شيئاً»^(٤).

ومنها: صحيح عبد الله بن سنان عنه عليه السلام أيضاً: «أنّه سئل -وأنا حاضر- عن القيم لليتامى والشرء والبيع في ما يصلحهم أله أن يأكل من أموالهم؟ فقال: لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف، كما قال الله عزّ وجلّ: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وهو القوت»^(٥).

ومنها: خبر أبي الصباح عنه عليه السلام أيضاً فيها: «فإنّ ذلك الرجل يحبس نفسه عن المعيشة فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ٣٤٣، ح ٨١، باب المكاسب؛ وسائل الشيعة: ١٧/ ٢٥١، أبواب ما يكتسب به، ب ٧٢، ح ٥.

(٢) النساء: ٦.

(٣) فلا يرزأن - بتقديم المهملة -: أي لا ينقصن ولا يصيبن منها شيئاً. الوافي: ١٧/ ٣١١.

(٤) الكافي: ٥/ ١٢٩، ح ١، باب ما يحلّ لقيم مال اليتيم منه؛ تهذيب الأحكام: ٦/ ٣٤٠، ح ٦٩، باب المكاسب؛ وسائل الشيعة: ١٧/ ٢٥١، أبواب ما يكتسب به، ب ٧٢، ح ٤. والتعبير عنه بالموثّق لعثمان بن عيسى الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨١٧.

(٥) تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٤٤، ح ٤٢، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٧/ ٢٥٠، أبواب ما يكتسب به، ب ٧٢، ح ١، مع تفاوت.

فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً»^(١).

ونحوه خبر سماعة^(٢)، وخبر أبي أسامة^(٣) المرويان عن تفسير العياشي عنه عليه السلام أيضاً.

ومنها: خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً المروي في التفسير المزبور فيها قال: «هذا رجل يحبس نفسه لليتيم على حرث أو ماشية، ويشغل فيها نفسه فليأكل منه بالمعروف، وليس له ذلك في الدنانير والدراهم التي عنده موضوعه»^(٤).

ثم إنه قد يقال بجواز أخذ أجرة المثل من غير فرق بين الغني والفقير وبين الوصي والحاكم وأمينه وعدول المؤمنين ما لم يوجد المتبرع الجامع للشرائط، لأنّه المعروف، ولعلّه إلى ذلك أوماً صحيح هشام المذكور^(٥).

جواز أخذ أجرة المثل
من غير فرق بين
الغني وغيره وبين
الوصي وغيره

ويمكن أن يقال: أمّا التقييد بعدم وجود من يتبرّع، فيشكل، لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾، أمّا الأخذ بإطلاق قوله تعالى

(١) الكافي: ٥/ ١٣٠، ح ٥، باب ما يحلّ لقيم مال اليتيم منه؛ تهذيب الأحكام: ٦/ ٣٤١، ح ٧٣،

باب المكاسب؛ وسائل الشيعة: ١٧/ ٢٥١، أبواب ما يكتسب به، ب ٧٢، ح ٣. والرواية

صحيحة على كلام في محمّد بن الفضيل.

(٢) تفسير العياشي: ١/ ٢٢١-٢٢٢، ح ٣٠.

(٣) تفسير العياشي: ١/ ٢٢١، ح ٢٩.

(٤) تفسير العياشي: ١/ ٢٢٢، ح ٣١؛ وسائل الشيعة: ١٧/ ٢٥٢-٢٥٣، أبواب ما يكتسب به،

ب ٧٢، ح ٩.

(٥) جواهر الكلام: ٢٨/ ٤٣٧.

والصحيح المذكور - مضافاً إلى قاعدة احترام عمل المسلم - فقد يخالفه ما في موثقة سماعة من التقييد باحتياج من يلي الأمر وفقدانه لما يقيمه، وما في خبر أبي الصباح المذكور: «فإن كان قليلاً فلا يأكل منه شيئاً»، وكذا خبر سماعة وخبر أبي بصير، كما أنّ القاعدة تنافي ظاهر الآية الشريفة حيث يظهر منها وجوب الاستعفاف مع الغنى.

ولا يبعد أن يكون الأكل مع قلة المال أو الغنى مكروهاً لإباء قاعدة الاحترام عن التخصيص وأقوائية ظهور ما في الأخبار من التعليل، لكن بشرط أن يكون له عمل له قيمة، ولعلّ ما في ذيل موثقة سماعة من قوله عليه السلام - على المحكي -: «وإن كان»، إلى آخره، ناظر إلى هذه الجهة.

ولا يخفى أنّ وجوب التصدّي لأموال اليتيم من جهة وجوب تنفيذ الوصية لا ينافي جواز الأكل بالمعروف، لأنّ الواجب الجامع بين ما يؤخذ من جهة الأجرة وما لا يؤخذ، فظهر ممّا ذكر أنّ المجوّز أجرة المثل من غير فرق بين كون المتولّي محتاجاً أو غير محتاج.

وأما لو أذن الموصي للموصي أن يوصي، فالظاهر عدم الخلاف^(١) في أنّ للموصي أن يوصي، فإذا قال الموصي للموصي: أوص عند وفاتك للغير، فالظاهر لزوم الإيصاء على الوصي، للزوم تنفيذ الوصية، ففي التعبير بالجواز مسامحة إلا أن يكون المراد أنّه جعل الوصي مختاراً في الإيصاء إلى الغير، فله ترك الإيصاء.

(١) المتنعة: ٦٧٥-٦٧٦؛ الكافي في الفقه: ٣٦٦؛ الخلاف: ٤/١٦٢-١٦٣؛ المهذب: ٢/١١٧؛ السرائر: ٣/١٩١؛ الجامع للشرائع: ٤٩٢؛ مختلف الشيعة: ٦/٣٩٦.

وقد يستدل على [عدم] صحّة الإيصاء بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾^(١)، الآية.

ويشكل من جهة عدم صدق التبديل على ترك أمر أوصى به، بل ظاهر التبديل غير ذلك، فالأولى الاستدلال له بأنّه ممّا أوصى به، وإن أمكن الإشكال بأنّ ما دلّ على جواز الوصيّة ولزوم تنفيذها لا يدلّ على مشروعيّة كلّ ما يوصى به إلّا ما خرج.

إلا أنّه ربما يظهر من بعض الأخبار استفادة المشروعيّة من قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾، الآية، ومكاتبة الصّفّار في الصحيح إلى أبي حمّد عليه السلام: «رجل كان وصيّ رجل فمات فأوصى إلى رجل آخر هل يلزم الوصيّ وصيّة الرجل الذي كان هذا وصيّة؟ فكتب عليه السلام: يلزمه بحقه إن كان له قبله حقّ إن شاء الله»^(٢)، و«الحقّ» في الجواب فسّر بحقّ الإيمان على معنى أنّه يلزمه الوفاء بحقه إن كان مؤمناً، فإنّ الله قد عقد الأخوة بين المؤمنين وهو مقتضى إعانة المؤمن وقضاء حوائجه فضلاً عن إنفاذ وصيّته.

ويحتمل أن يكون المراد حقّ الوصيّة إلى الوصيّ الأوّل بمعنى أنّ الوصيّة تلزم الوصيّ الثاني بحقّ الأوّل إن كان للأوّل قبله - يعني قبل الوصيّ الأوّل - حقّ بأن يكون قد أوصى إليه وأذن له أن يوصي، فقد

(١) البقرة: ١٨١.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٢٢٦-٢٢٧/٤، ح ٥٥٣٥، باب ما يجب على وصي الوصي من القيام بالوصيّة؛ تهذيب الأحكام: ٢١٥/٩، ح ١، باب الوصي يوصي إلى غيره؛ وسائل الشيعة: ٤٠٢/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٧٠، ح ١.

صار له قبله حق الوصية، فإذا أوصى بها لزمث الثاني، وعلى كلا الاحتمالين يصحّ مع الإذن إيصاء الوصي إلى وصي آخر.

وأما مع عدم الإذن، فالأكثر على المنع، لعدم ثبوت ولاية له بعد الموت على ذلك، بل قيل ^(١): إنّ المتبادر من استنابته مباشرته بنفسه أو بوكيله دون الإيصاء إلى الغير المشتمل على الولاية بعد موته الذي يكفي في عدم جوازه عدم ثبوت الإذن من الموصي الأوّل خلافاً للشيخ ^(٢) وابن الجنيّد ^(٣) والبرّاج ^(٤)، فجوّز الإيصاء إليه له، لأنّ الاستنابة من جملة التصرفات التي يملكها حيّاً بالعموم، كما يملكها بالخصوص، ولأنّ الموصي أقامه مقام نفسه، فيثبت له من الولاية ما يثبت له، ولمكاتبة الصغار المذكورة.

ويشكل بمنع كون الاستنابة من جملة التصرفات التي يملكها حيّاً بالعموم ومنع إقامة الموصي إياه مقامه في كلّ ما يثبت له.

وأما المكاتبة، فهي مجملة، فمع أرجحية الاحتمال غير المناسب للمقام أو التساوي، لا مجال للاستدلال بها.

ويمكن أن يقال: إن استفدنا من بعض الأخبار أنّه مع الشكّ في مشروعية وصية يجوز التمسك بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾، الآية، لمشروعيتها، فما المانع من التمسك به في المقام؟ ولذا قد يستدلّ على صحة الإيصاء للوصي مع إذن الموصي الأوّل بها.

(١) جواهر الكلام: ٢٨ / ٤٢٤.

(٢) النهاية: ٦٠٧.

(٣) مختلف الشيعة: ٦ / ٣٩٧.

(٤) المهذب: ٢ / ١١٧.

فلاحظ ما رواه الكليني عليه السلام عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن الريان بن شبيب قال: «أوصت ماردة لقوم نصارى فرّاشين بوصية، فقال أصحابنا: أقسم هذا في فقراء المؤمنين من أصحابك، فسألت الرضا عليه السلام فقلت: إنّ أختي أوصت بوصية لقوم نصارى وأردت أن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا مسلمين؟ فقال: أمض الوصية على ما أوصت به، قال الله تعالى: ﴿فَإِنَّمَا إِلَهُمُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾»^(١).

والمقول من كتاب الحسين بن سعيد بسنده إلى محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بهاله في سبيل الله؟ قال: أعطه لمن أوصى له وإن كان يهودياً أو نصرانياً، إنّ الله تعالى يقول: ﴿مَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِلَهُمُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾»^(٢).

وعن الحسين بن سعيد في حديث آخر عن الصادق عليه السلام، قال: «قال: لو أنّ رجلاً أوصى إليّ أن أضع في يهودي أو نصراني لوضعت فيهم، إنّ الله يقول: ﴿مَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾، الآية»^(٣).

فنقول: الظاهر في الرواية الأولى أنّ السائل كان شاكاً في صحّة الوصية بالنحو المذكور، فبيّن الإمام -على المحكي- صحّته، وذكر قوله تعالى استشهاداً، وكذا يستفاد من الخبرين الآخرين، فمع هذا لو أوصى

(١) الكافي: ١٦/٧، ح ٢، باب آخر منه؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٢/٩، ح ٣، باب الوصية لأهل الضلال؛ الاستبصار: ١٢٩/٤، ح ٣، باب الوصية لأهل الضلال؛ وسائل الشيعة: ٣٤٣/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٥، ح ١. والرواية صحيحة.

(٢) وسائل الشيعة: ٣٤٥/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٥، ح ٥. والرواية ضعيفة.

(٣) وسائل الشيعة: ٣٤٥/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٥، ح ٦. والرواية ضعيفة.

الوصيّ إلى شخص آخر بدون إذن الموصي الأوّل فما المنافع من التمسك بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾، الآية، لنفوذ وصيّته؟

ولعلك تقول: يستفاد من بعض الأخبار تخصيص قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾ بقوله عز وجل: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾، فلاحظ ما رواه محمد بن يعقوب رحمته الله بإسناده عن محمد بن سودة قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله -تبارك وتعالى-: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ قال: نسختها الآية التي بعدها قوله عز وجل: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ قال: يعني الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصي فيما أوصى به إليه ممّا لا يرضى الله -عزّ ذكره- من خلاف الحقّ ﴿فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ أي على الموصى إليه أن يردّه إلى الحقّ، وإلى ما يرضى الله عزّ وجلّ فيه من سبيل الخير»^(١).

والظاهر أنّ المراد من النسخ التخصيص، فبعد التخصيص يشكّ في المقام أنّه داخل في العامّ أو في المخصّص، لكنّه على مسلك من يتمسك في أمثال المقام -كالشكّ في مخالفة الشرط للكتاب أو السنّة- بالاستصحاب يتمسك في المقام أيضاً، وعلى الإشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة يشكل.

(١) الكافي: ٧/ ٢١، ح ٢، باب أنّ من حاف في الوصيّة للموصي أن يردّها إلى الحقّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ١٨٦، ح ٥، باب الأوصياء؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٥١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٨، ح ١. والرواية صحيحة.

لا يقال: إذا لم يكن جنفاً ولا إثماً من جهة أن الإثم منوط بالبيان ومع عدم البيان لا إثم، فيبقى تحت العام.

لأنه يقال: فسّر كلام الله بما لا يرضى به الله عز وجل، فمع الشك في أنه مما لا يرضى الله به كيف يتمسك بالعام؟ إلا أن يقال: الظاهر أن يكون المراد كون الموصى به لا يرضى الله به، وفي المقام ليس الموصى به كذلك، ولذا يقال: يقوم بأمر الوصاية الحاكم أو عدول المؤمنين؛ فتأمل. فمقتضى الاحتياط أن يقوم بأمر الوصاية الوصي الثاني الموصى إليه بغير إذن الموصي الأول بإذن الحاكم وعدول المؤمنين.

والحاكم وصي من لا وصي له
وَأَمَّا كَوْنُ الْحَاكِمِ وَصِيًّا مِنْ لَا وَصِيَّ لَهُ فِي تَرْكِهِ، ففِي صُورَةِ الْحَاجَةِ كَمَا لَوْ كَانَ لِلْمَيِّتِ أَطْفَالٌ صَغَارٌ أَوْ مَجَانِينَ الظَّاهِرِ عَدَمُ الْخِلَافِ فِي أَنَّ النَّظَرَ لِلْحَاكِمِ الشَّرْعِيِّ، وَوُقُوعُ الْخِلَافِ لَوْ لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ حَاكِمٍ فَهَلْ لِعَدُولِ الْمُؤْمِنِينَ تَوَلَّى ذَلِكَ أَمْ لَا؟ فَالْأَكْثَرُ عَلَى الْأَوَّلِ^(١)، وَقَالَ ابْنُ إِدْرِيسَ بِالثَّانِي^(٢).

ويمكن أن يقال: إن كان النظر في صورة التمكن من المراجعة إلى الحاكم في لزوم الرجوع إليه بالخصوص من جهة الولاية العامة، فمع التأمل في ثبوتها له لا نسلم تعيين الرجوع إليه، نعم، مع الشك في تعيينه في الوصية أو التخيير بينه وبين عدول المؤمنين يكون هو المتيقن، واللازم ذكر الأخبار الواردة في المقام:

فمنها: ما رواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزيع

الروايات الدالة على

جواز وصية الموصى

إليه

(١) النهاية: ٦٠٨؛ المهذب: ١١٨/٢؛ شرائع الإسلام: ٢/٢٠٣؛ تحرير الأحكام: ١/٣٠٤.

(٢) السرائر: ٣/١٩٢. وبه قال المفيد رحمته الله أيضاً. المقنعة: ٦٧٥.

قال: «مات رجل من أصحابنا ولم يوص، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة، فصير عبد الحميد بن سالم القيم بماله وكان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهنّ، إذ لم يكن الميت صير إليه وصيته، وكان قيامه بهذا بأمر القاضي، لأنّهنّ فروج.

قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام فقلت له: يموت رجل من أصحابنا ولم يوص إلى أحد ويخلف الجواري فيقيم القاضي رجلاً منّا لبيعهنّ أو قال: يقوم رجل منّا فيضعف قلبه، لأنّهنّ فروج، فما ترى في ذلك القيم؟ قال: فقال: إذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس^(١).

ومنها: ما رواه المشايخ الثلاثة - قدّست أسرارهم - عن عليّ بن رئاب في الصحيح في بعض طرقه قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك أولاداً صغاراً وترك ممالك وغلماً وجواري ولم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية يتخذها أمّ ولد؟ وما ترى في بيعهنّ؟ قال: فقال: إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم باع عليهم، ونظر لهم كان مأجوراً فيهم.

قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أمّ ولد؟ قال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم الناظر لهم فيما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم، والناظر فيما يصلحهم^(٢).

(١) الكافي: ٢٠٩/٥، ح ٢، باب شراء الرقيق؛ تهذيب الأحكام: ٦٩/٧، ح ٩، باب ابتياع الحيوان؛ وسائل الشيعة: ٣٦٣/١٧، أبواب عقد البيع وشروطه، ب ١٦، ح ٢.

(٢) الكافي: ٦٧/٧، ح ٢، باب من مات على غير وصية وله وارث صغير فيباع عليه؛ من لا

وما رواه في الكافي والتهذيب عن إسماعيل بن سعد الأشعري في الصحيح قال: «سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك أولاداً ذكراناً^(١) وغلماً صغراً وترك جوارى ومماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: نعم.

وعن الرجل يصحب الرجل في سفره فيحدث به حدث الموت ولا يدرك الوصية كيف يصنع بمتاعه وله أولاد صغار أو كبار؟ أيجوز أن يدفع متاعه ودوابه إلى ولده الأكبر أو إلى القاضي؟ فإن كان في بلدة ليس فيها قاض كيف يصنع؟ وإن كان دفع المال إلى ولده الأكبر ولم يعلم به فذهب ولم يقدر على رده كيف يصنع؟ قال: إذا أدرك الصغار وطلبوا فلم يجد بداً من إخراجه إلا أن يكون بأمر السلطان.

وعن الرجل يموت بغير وصية وله ورثة صغار وكبار أيجل شراء خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك، فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس به إذا رضي الورثة بالبيع، وقام عدل في ذلك^(٢).

→ يحضره الفقيه: ٢١٨/٤، ح ٥٥١٢، باب فيمن لم يوص وله ورثة فيقسم بينهم أو يباع عليهم؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٩/٩، ح ٢١، باب من الزيادات؛ وسائل الشريعة: ٣٦١/١٧، أبواب عقد البيع، ب ١٥، ح ١.

(١) في الكافي: «ذكراناً وإناثاً».

(٢) الكافي: ٦٦/٧، ح ١، باب من مات على غير وصية وله وارث صغير فيباع عليه؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٩/٩، ح ٢٠، باب من الزيادات؛ وسائل الشريعة: ٣٦٢/١٧، أبواب عقد ←

وما رواه المشايخ الثلاثة عن سماعة في الموثق قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعقد^(١) كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس»^(٢).

فنقول: لا مجال لحمل ما في هذه الأخبار على الإذن الحاصل من الإمام -عليه الصلاة والسلام- في الموارد الخاصة، لأنه كثيراً ما سأل السائل من دون نظر إلى واقعة خاصة، بل نظره إلى فرض الصورة، فالجواب يشمل صورتين.

وعلى فرض كونه إذناً من باب الولاية يكون شاملاً للصور المفروضة، بل الظاهر أنه لبيان الحكم الشرعي، ويستفاد من بعضها جواز التصدي للعدل، وللثقة من البعض الآخر، فلا يبقى الإشكال في صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع من جهة عدم معلومية المماثلة من جهة الأهلية للحكومة الشرعية أو العدالة أو الوثاقة، فاللازم تحقق أحد الوصفين من العدالة والوثاقة، والوثاقة إن كان المراد منها الوثاقة في الدين تكون ملازمة للعدالة، وعلى هذا فالرجوع إلى عدول المؤمنين

→ البيع وشروطه، ب ١٦، ح ١.

(١) العقد جمع عقدة وهي الضيعة. الوافي: ١٧٨/٢٤.

(٢) الكافي: ٦٧/٧، ح ٣، باب من مات على غير وصية وله وارث صغير فيباع عليه؛ من لا يحضره الفقيه: ٢١٨/٤، ح ٥٥١١، باب فيمن لم يوص وله ورثة فيقسم بينهم أو يباع عليهم؛ تهذيب الأحكام: ٢٤٠/٩، ح ٢٢، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ٤٢٢/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٨٨، ح ٢. والتعبير عنه بالموثق لزراعة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٦٦.

ليس متأخراً عن الرجوع إلى الحاكم الشرعي، لكنّه مخالف للمشهور.
ثمّ إنّّه قد يلزم القيام بأمر ولا طريق إلى الحاكم ولا إلى العدول كحفظ
اليتيم والمجنون والمريض القاصرين مع توقّف حفظهم على التصرّف في
أموالهم، فلا إشكال في جواز تصرّف غيرهم.

[الفصل] (الخامس: في الموصى به).

في أحكام وشروط
الموصى به

(وفيه أطراف:)

(الأول: في متعلق الوصية، ويعتبر فيه الملك فلا تصح بالخمير ولا بآلات اللهو، ويوصى بالثلث فما نقص، ولو أوصى بزيادة عن الثلث صح في الثلث وبطل الزائد، فإن أجاز الورثة بعد الوفاة صح، وإن أجاز بعض صح في حصته، وإن أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان، المروي للزوم، ويملك الموصى به بعد الموت).

المعروف في كلماتهم اعتبار الملكية، فإن كان المراد الملكية الفعلية لا تجوز الوصية بما لا يملك فيشكل من جهة صحة الوصية بثمره البستان، مع أنها ليست بملك قبل تحققها، وصحة الوصية بالثلث مع كون الثلث الموجود زمان الموت لا الموجود حال الوصية.

وإن كان المراد ما يقبل الملكية ولو بعد حين، فلا إشكال، لكنه لا يناسب الاستدلال بكون الوصية من العقود المملكة، فإن ما يملكه العاقد بعد حين لا يقع متعلق العقد.

مضافاً إلى منع كون الوصية التمليلية عقداً لمنع الحاجة إلى القبول، فالمعتبر كون الموصى به قابلاً للنقل إلى الغير ولو بعد حين عيناً

كان أو منفعة أو حقاً، ووجهه أنّه لو لم يكن كذلك لما صحّ تملكه للموصى له.

وأما اعتبار عدم كونه زائداً عن الثلث في نفوذه بلا حاجة إلى إمضاء الورثة، فيدلّ عليه أخبار كثيرة:

اعتبار عدم الزيادة
عن الثلث في نفوذ
الوصية
روايات المسألة

منها: ما رواه في التهذيب عن عليّ بن عقبة، عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً ليس له غيره فأبى الورثة أن يميزوا ذلك كيف القضاء؟ قال: لا يعتق منه إلّا ثلثه، وسائر ذلك للورثة، والورثة أحقّ بذلك ولهم ما بقي»^(١).

وهذا الخبر وإن لم يكن راجعاً إلى الوصية، لكنّه يستفاد من ذيله أحقية الورثة بالنسبة إلى ما سوى الثلث، وكون ما بقي لهم، فلا تجتمع مع نفوذ الوصية فيما زاد.

ومنها: ما عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق مملوكه في مرضه؟ فقال: إن كان أكثر من الثلث ردّ إلى الثلث وجاز العتق»^(٢).

وما عن السكوني عن جعفر، عن أبيه عليه السلام، عن عليّ عليه السلام قال: «إنّ

(١) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٩٤، ح ١٣، باب الوصية بالثلث وأقلّ منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/ ١٢٠، ح ٥، باب أنّه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٧٦، أبواب أحكام الوصايا، ب ١١، ح ٤. والرواية موثقة باب فضل الثقة الفطحي.

(٢) الكافي: ٧/ ١٦، ح ١، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢١٩، ح ٩، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٤٠٠، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٧، ح ٤. والرواية من مراسلات ابن أبي عمير.

رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره؟ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: يستسعى في ثلثي قيمته للورثة»^(١)، ودلالة هذا الخبر مبنية على اتحاد منجزات المريض مع معلقاته في الحكم.

ويمكن أن يقال: مع ثبوت الحكم في المنجز، فالمعلق أولى، وفيه تأمل.

وعن الحسين بن محمد الرازي قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: الرجل يموت فيوصي بماله كله في أبواب البرِّ وبأكثر من الثلث، هل يجوز ذلك له؟ وكيف يصنع الوصي؟ فكتب عليه السلام: تجاوز وصيته ما لم يتعد الثلث»^(٢)، إلى غير ما ذكر من الأخبار.

وحكي عن علي بن بابويه جواز الوصية بأكثر من الثلث حتى
الجميع^(٣)، واحتج في ذلك برواية عمّار الساباطي عن الصادق عليه السلام قال: «الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إن أوصى به كله فهو جائز له»^(٤).
بأكثر من الثلث

(١) تهذيب الأحكام: ٢٢٩/٨، ح ٦١، باب العتق وأحكامه؛ الاستبصار: ٧/٤، ح ٥، باب من أعتق بعض مملوكه؛ وسائل الشيعة: ١٠٢/٢٣، أبواب العتق، ب ٦٤، ح ٥. والرواية موثقة بالسكوني. راجع معجم رجال الحديث: ١٠٥/٣.

(٢) تهذيب الأحكام: ١٩٥/٩، ح ١٦، باب الوصية بالثلث وأقل منه وأكثر؛ الاستبصار: ١٢٠-١٢١، ح ٨، باب أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ٢٧٦/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١١، ح ٥. والحسين بن محمد الرازي مهمل.

(٣) مختلف الشيعة: ٣٩٣/٦.

(٤) الكافي: ٧/٧، ح ١، باب أن صاحب المال أحق بماله ما دام حياً؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٠٢/٤، ح ٥٤٦٨، باب في أن الإنسان أحق بماله ما دام فيه شيء من الروح؛ تهذيب الأحكام: ١٨٧/٩، ح ٦، باب الرجوع في الوصية؛ الاستبصار: ١٢١/٤، ح ١٩، باب أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ٢٨١-٢٨٢، أبواب أحكام ←

وأجيب بضعف الرواية ومعارضة الروايات الكثيرة لها وإمكان حملها على ما لا يخالف تلك الأخبار، فإنَّ الإنسان أحقَّ بهاله ما دام فيه الروح فإن أوصى بجميع ماله يراعى فإن أجاز الورثة تكون الوصية نافذة ومع عدم الإمضاء تردُّ إلى الثلث^(١).

جواز الوصية بأكثر من الثلث مع إمضاء الورثة
وأما الجواز مع إمضاء الورثة، فيدلُّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة - في الصحيح - عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك، فلمَّا مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به؟ قال: ليس لهم ذلك، الوصية جائزة عليهم إذا أقرّوا بها في حياته»^(٢).

وهذه الرواية لا ذكر فيها للزيادة على الثلث إلّا أنّه لمّا كان النفوذ بملاحظة إقرارهم السابق تكون محمولة على صورة الزيادة على الثلث، فإنَّ الوصية بالثلث فما نقص لا تحتاج إلى إجازتهم.

وما رواه الشيخ عن ابن رباط، عن منصور بن حازم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث وورثته شهود

→ الوصايا، ب ١١، ح ١٩. وبعض رواته مجهول.

(١) مختلف الشيعة: ٦/ ٣٩٣-٣٩٤؛ مسالك الأفهام: ٦/ ١٤٧؛ جواهر الكلام: ٢٦/ ٦٠.

(٢) الكافي: ٧/ ١٢، ح ١، باب؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٠٠، ح ٥٤٦١، باب فيمن أوصى بأكثر من الثلث وورثته شهود فأجازوا ذلك هل لهم أن ينقضوا ذلك بعد موته؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ١٩٣، ح ٧، باب الوصية بالثلث وأقلّ منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/ ١٢٢، ح ١٤، باب أنّه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٨٣، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٣، ح ١.

فأجازوا ذلك له؟ قال: جائز»، وقال ابن رباط: وهذا عندي على أنهم رضوا بذلك في حياته وأقرّوا به^(١).

وروى المشايخ الثلاثة^(٢) في الصحيح عن منصور بن حازم مثل ما عن محمد بن مسلم في الصحيح المذكور.

ولو أجاز بعض الورثة، فالمعروف أنّ الوصية نافذة في الزيادة على الثلث بمقدار حصّة المجيز في الزيادة، فالمقام كالعقد الفصولي الواقع على المال المشترك مع إجازة بعض الشركاء دون بعض آخر.

لو أجاز بعض الورثة
الوصية بأكثر من
الثلث

ويمكن أن يقال: إذا كانت الإجازة بعد موت الموصي فلا إشكال، وأمّا الإجازة في حياة الموصي وموته بعد مدّة، فلا يخلو عن الإشكال من جهة أنّ المعروف اعتبار الثلث حال الموت لا حال الوصية، فربما يتملّك الموصي أموالاً في خلال المدّة الواسطة بين الوصية والموت، فحال الوصية والإجازة من الوارث لا تملك بالنسبة إلى تلك الأموال لا للموصي ولا للورثة، فكيف يتصوّر سهم للوارث حتّى يقال: إجازة بعض الورثة نافذة بالنسبة إلى سهمه، غاية الأمر دلّ الدليل على أنّه لو أوصى الموصي

(١) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٩٣، ح ١٠، باب الوصية بالثلث وأقلّ منه وأكثر؛ الاستبصار:

٤/ ١٢٣، ح ١٧، باب أنّه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٨٤،

أبواب أحكام الوصايا، ب ١٣، ح ٢. وفيه جعفر بن محمد بن يحيى وهو مهمل.

(٢) الكافي: ٧/ ١٢، ذيل ح ١، باب؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٠٠، ذيل ح ٥٤٦١، باب فيمن

أوصى بأكثر من الثلث وورثته شهود فأجازوا ذلك هل لهم أن ينقضوا ذلك بعد موته؛

تهذيب الأحكام: ٩/ ١٩٣، ح ٨، باب الوصية بالثلث وأقلّ منه وأكثر؛ الاستبصار:

٤/ ١٢٢، ح ١٥، باب أنّه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٨٣،

أبواب أحكام الوصايا، ب ١٣، ذيل ح ١.

بالوصية التمليلية بمثل تلك الأموال وأجاز الورثة الوصية نفذت الوصية بالنسبة إلى الموصى به الزائد على الثلث.

مع عدم الإجازة لا
تنفذ إلا بمقدار
الثلث

ومع عدم الإجازة لا تنفذ إلا بمقدار الثلث، فالتمليك من الموصي تنزيلى، ولولا التنزيل لم تعتبر العقلاء تملك ما لم يملك المملك بعد، فإجازة جميع الورثة نافذة بحسب الأخبار، وأمّا إجازة البعض ونفوذها بالنسبة إلى ما يتصور سهماً له لا يشملها الأخبار.

حصول المملك
للموصى له بعد
الموت

وأمّا حصول المملك للموصى له بعد الموت، فلا إشكال فيه، لأنّ المال الموصى به قبل موت الموصي ملك له وباختياره له، أن يتصرّف فيه كيف شاء.

(وتصحّ الوصية بالمضاربة بمال ولده الأصغر، ولو أوصى بواجب وغيره أخرج الواجب من الأصل والباقي من الثلث، ولو حصل^(١) الجميع بالثلث بدئ بالواجب، ولو أوصى بأشياء تطوّعاً فإن رتبته بدئ بالأوّل فالأوّل حتّى يستوفي الثلث وبطل ما زاد، وإن جمع أخرجت من الثلث ووزّع النقص، وإذا أوصى بعق ممالكه دخل في ذلك المنفرد والمشارك).

صحّة الوصية
بالمضاربة بمال ولده
الصغار

أمّا صحّة الوصية بالمضاربة بمال ولده الصغار، فيدلّ عليها ما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الموثّق، عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال بأن يكون بينه وبينهم، فقال: لا بأس به من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك وهو حيّ»^(٢).

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «حصر» بدل «حصل».

(٢) الكافي: ٦٢/٧، ح ١٩، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٢٧-٢٢٨، ح ٥٥٣٨، باب ←

وعن خالد بن بكر^(١) الطويل قال: «دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بنيّ اقْبِضْ مالَ إخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح وأعطهم النصف وليس عليك ضمان، فقدّمْتُني أمّ ولد لأبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى فقالت له: إنّ هذا يأكل أموال ولدي، قال: فقصصت عليه ما أمرني به أبي، فقال ابن أبي ليلى: إنّ كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثمّ أشهد عليّ بن أبي ليلى إنّ أنا حرّكته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصّتي، ثمّ قلت: ما ترى؟ فقال: أمّا قول ابن أبي ليلى، فلا أستطيع ردّه، وأمّا في ما بينك وبين الله عزّ وجلّ، فليس عليك ضمان»^(٢).

ويمكن أن يقال: يستفاد من الروایتين جواز المضاربة بغير الذهب والفضّة وهو خلاف المشهور.

المناقشة في دلالة الروايات

ويمكن المناقشة في دلالة الرواية الأولى من جهة أنّه علّل عدم البأس بإذن الأب وهو حيّ، وهذا التعبير أنسب بالولاية الشرعيّة بالنسبة إلى الصغير، فكأنّه أوصى وأذن في المضاربة بهال الصغير، وربما يظهر منه أنّ

→ الرجل يوصي إلى رجل بولده ومال لهم وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال والربح بينه وبينهم؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٦-٢٣٧، ح ١٤، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ٤٢٧/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٩٢، ح ١. والتعبير عنه بالموثّق لابن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(١) في الكافي والتهذيب: بكر، وفي الفقيه: خالد الطويل.

(٢) الكافي: ٦١-٦٢، ح ١٦، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٢٨، ح ٥٥٣٩، باب الرجل يوصي إلى رجل بولده ومال لهم وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال والربح بينه وبينهم؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٦/٩، ح ١٢، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ٤٢٧/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٩٢، ح ٢. وخالد بن بكر الطويل مهمل.

الإذن في ماله الفعلي قبل موت الأب لا الوصية بالمضاربة بما يصير مالا له بعد الموت.

ونوقش في سند الرواية الثانية من جهة أن خالد بن بكير المذكور مجهول الحال^(١)، ودفعت المناقشة في السند بأن في السند ابن أبي عمير وهو ممن أجمع على تصحيح ما يصح عنه فلا يضر جهالة من بعده^(٢).

ثم إنّه حكى عن جماعة^(٣) صحة الوصية بالمضاربة من غير فرق بين مال الصغار والكبار، وبين أن يكون الربح المجهول للعامل بقدر أجرة المثل أو أزيد بقدر الثلث أو أزيد.

ووجه بإطلاق ما دلّ على تنفيذ الوصية المقيّد بالثلث إذا كانت مفوتة للمال على الوارث أو بالأعمّ من ذلك ومّا فيه ضرر عليه، أمّا إذا لم يكن كذلك بل كانت الوصية تصرفاً في المال على وجه لا تفويت فيه للمال على الوارث ولا ضرر فيه عليه، فليس في الأدلة ما يدلّ على تخصيص العمومات المعتضدة بظاهر قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾ وعموم تسلّط الناس، ومعلومية كون الوصية بعد الموت كالتنجز في حال المرض بالنسبة إلى الممنوع منها والجائز، بل الدليل فيهما متحد، ولا ريب في صحة المضاربة بأزيد من الثلث في حال المرض ولو بحصة قليلة من الربح، كما لا ريب في صحة بيع التركة بثلث المثل حال المرض^(٤).

(١) مسالك الأفهام: ١٥٦/٦.

(٢) رياض المسائل: ٣٥٦/١٠.

(٣) النهاية: ٦٠٨؛ المهذب: ١١٨/٢؛ مختلف الشيعة: ٣٩٩/٦.

(٤) جواهر الكلام: ٢٩٥/٢٨.

ويمكن أن يقال: أمّا الخبران، فلا إطلاق فيهما بالنسبة إلى أموال الكبار، فإنّ رواية محمد بن مسلم السؤال فيها عن رجل أوصى إلى رجل بولده وهذا التعبير مناسب لجعله قيماً على الصغار، ثمّ التعليل بالإذن لا يناسب بالنسبة إلى الكبار.

وأما الرواية الثانية، فمورد السؤال فيها الصغار، وأمّا بالنظر إلى عمومات الوصية، فمع تخصيصها بكون الموصى به ممّا يرضى به الله يشكل التمسك بها، فإنّ منع المالك عن التصرف في ملكه وتضرّر المالك كيف يجوز؟ وفرق واضح بين الوصية بالثلث بأن يصرف في الأمور الواجبة المربوطة بالموصي وفي المستحبات المربوطة به وبين المداخلة في أموال الغير بنحو يكون ممنوعاً من التصرفات أو يكون متضرراً حيث إنّ المضاربة وإن كانت من العقود الجائزة، لكن لازم صحة الوصية بها لزومها، وتصرف الولي في مال المولى عليه منوط بالمصلحة، أو لا أقلّ من عدم المفسدة فإنّ الله لا يحبّ الفساد.

ووجه ذلك أنّ الأوّل ليس تصرفاً في مال الغير حيث إنّ الإرث بعد الوصية بخلاف الثاني، غاية ما في الباب في خصوص مال الصغار بمقتضى الروايتين مع تمامية دلالتها نقول بصحة الوصية وإطلاقهما لصورة كون الربح المجعول للعامل أكثر من أجره المثل معارض بما دلّ على عدم جواز ما فيه الفساد، وفي هذه الصورة - أعني الوصاية بالمضاربة بهال الصغير - ليس مخالفة لقاعدة السلطنة، لأنّ الصغير محجور، والولاية للأب والجدّ.

ولم يظهر لما ذكر من عموم تسلّط الناس وجه لتصحيح ما ذكر في

المقام، فإنّ الموصي في حال حياته غير حال مرض الموت مسلّط على أمواله يتصرّف كيف شاء وفي مرض الموت كذلك إن قلنا بأنّ المنجزات يخرج من الأصل، وإن قلنا بخروجها من الثلث فحالتها حال الوصية، لكن لا سلطنة على مال الغير وفي المقام يراد إثباتها على مال الغير أعني الورثة الكبار.

ولو أوصى بواجب وغيره يجب خروج الواجب المالي سواء كان مشوباً بالبدني كالحجّ أو لم يكن مشوباً كالزكاة والكفّارات من أصل المال، أوصى به أو لم يوص بلا خلاف ظاهراً، والأخبار بوجوب إخراج الواجب المالي من الأصل متكاثرة ذكرت في كتاب الحجّ والزكاة والخمس وكتاب الديون:

وجوب خروج
الواجب من أصل
المال لو أوصى
بواجب وغيره

فمنها: ما رواه الشيخ بإسناده عن موسى بن القاسم، عن صفوان، عن معاوية بن عمّار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات فأوصى أن يحجّ عنه؟ قال: إن كان ضرورة فمن جميع المال، وإن كان تطوعاً فمن ثلثه»^(١).

الروايات الواردة
في المقام

ومنها: ما روى محمد بن يعقوب عن عليّ بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن معاوية بن عمّار، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل توفّي وأوصى أن يحجّ عنه؟ قال: إن كان ضرورة فمن جميع المال، إنّه بمنزلة الدين الواجب، وإن كان قد حجّ فمن ثلثه، ومن مات ولم يحجّ حجة

(١) تهذيب الأحكام: ٢٢٨/٩، ح ٤٥، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ٦٦/١١، أبواب وجوب الحجّ، ب ٢٥، ح ١. والرواية صحيحة.

الإسلام ولم يترك إلّا قدر نفقة الحملولة وله ورثة فهم أحقّ بما ترك، فان شاؤوا أكلوا، وإن شاؤوا حجّوا عنه»^(١).

ومنها: ما رواه الشيخ بإسناده عن موسى بن القاسم، عن صفوان، عن معاوية بن عمّار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ولم يحجّ حجة الإسلام ويترك مالا؟ قال: عليه أن يُحجّ من ماله رجلاً ضرورة لا مال له»^(٢).

ومنها: ما رواه الشيخ بإسناده عن عليّ بن الحسن، عن عمرو بن عثمان، عن الحسن بن محبوب، عن عبّاد بن صهيب، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل فرط في إخراج زكاته في حياته، فلمّا حضرته الوفاة حسب جميع ما فرط فيه ممّا لزمه من الزكاة ثمّ أوصى أن يخرج ذلك فيدفع إلى من تجب له، قال: فقال: جائز، يخرج ذلك من جميع المال إنّما هو بمنزلة الدين لو كان عليه، ليس للورثة شيء حتّى يؤدّي ما أوصى به من الزكاة، قيل^(٣) له: فإن كان أوصى بحجّة الإسلام؟ قال: جائز يحجّ عنه من جميع المال»^(٤).

وأما الواجب البدني -كالصلاة والصوم-، فظاهر المتن خروجه أيضاً

(١) الكافي: ٤/ ٣٠٥، ح ١، باب الرجل يموت ضرورة أو يوصي بالحج؛ وسائل الشيعة: ١١/ ٦٧، أبواب وجوب الحج وشرائطه، ب ٢٥، ح ٤. والرواية صحيحة.

(٢) تهذيب الأحكام: ٥/ ١٥، ح ٤٢، باب وجوب الحج؛ وسائل الشيعة: ١١/ ٧١، أبواب وجوب الحج ب ٢٨، ح ١. والرواية صحيحة.

(٣) من هنا إلى آخره ليس في الكافي.

(٤) الكافي: ٣/ ٥٤٧، ح ١، باب قضاء الزكاة عن الميت؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ١٧٠، ح ٣٩، باب الإقرار في المرض؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٥٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٠، ح ١. والرواية موثقة بعبّاد بن صهيب الثقة العامّي. راجع معجم رجال الحديث: ٩/ ٢١٤.

من الأصل ولو لم يوص به، ويشكل من جهة أنّ الدليل على خروج الدين من أصل التركة وشموله لمثل الصلاة وإن أطلق الدين عليها في لسان الأخبار مشكل، وإن وجب على من اشتغل ذمته بالواجب الوصية بقضائه في صورة التقصير، بل مع عدم التقصير كمن فات صلاته للغفلة أو النوم ولم يتمكن من قضائها، لكن يتمكن من القضاء بتوسط النائب بعد موته.

الوصية غير الواجبة

يخرج من الثلث

وأما غير الواجب، فيخرج من الثلث، ولا محذور في زيادة المجموع على الثلث، لأنّ الواجب يخرج من الأصل أوصى به أو لم يوص به، وغير الواجب لا يزيد على الثلث، ولو حصر الجميع في الثلث بدأ بالواجب ثمّ بغير الواجب الأوّل فالأوّل، والواجب يبدأ به وإن كان متأخراً في الإيصاء به.

ولعل وجه أهمية الواجب من جهة أنّ المجموع من جهة الوصية ولزوم تنفيذها يجب قضاؤها والواجب يكون مقدماً في مقام التزام لمزية فيه من جهة وجوبه في نفسه مع قطع النظر عن الوصية.

وقد يستدلّ عليه بصحيح معاوية بن عمار قال: «امرأة من أهلي ماتت وأوصت إليّ بثلاث مالها وأمرت أن يعتق ويتصدق ويحجّ عنها فنظرت فيه فلم يبلغ؟ فقال: ابدأ بالحجّ، فإنّه فريضة من فرائض الله - سبحانه -، ويجعل ما بقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة»^(١)، فإنّه

(١) الكافي: ١٩/٧، ح ١٤، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه:

٤/٢١١، ح ٥٤٩١، باب الوصية بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٢١،

ح ١٩، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ٤/١٣٥، ح ٢، باب من

أوصى بحجّ وعتق وصدقة ولم يبلغ الثلث ذلك؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٦، أبواب أحكام ←

يستفاد من التعليل المذكور تقدّم الواجب^(١).

ولا يخفى أنّ مورد الوصية عدم الترتيب في الموصى به، فلا مجال للاستدلال بها في صورة الترتيب.

ولا يخفى الإشكال فيما ذكر، لتقديم الواجب ولو كان مؤخراً في الإيصاء حيث إنّ الوصية بالأوّل نافذة، وكذا بالثاني، وهكذا حتّى يبلغ الثلث، فبعد البلوغ إلى الثلث لا محلّ للوصية حتّى يجب تنفيذها ويكون مقدّماً.

نعم، لو كان من قبيل الديون يجب قضاؤه أوصى به أو لم يوص، ولو أوصى بأشياء تطوّعاً بدأ بالأوّل فالأوّل حتّى يبلغ الثلث إن كانت مرتّبة، وبعد البلوغ إلى الثلث تبقى مراعاة، فإن أمضى الورثة وإلا بطلت، ووجه التقديم ما ذكر.

ويدلّ عليه خبر حُمران عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجل أوصى عند موته وقال: أعتقوا فلاناً وفلاناً حتّى ذكر خمسة فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المالك الخمسة الذين أمر بعتقهم؟ قال: ينظر الذين سمّاهم، وبدأ بعتقهم فيقومون وينظر إلى ثلثه فيعتق منه أوّل شيء ذكر، ثمّ الثاني، ثمّ الثالث، ثمّ الرابع، ثمّ الخامس، وإن عجز الثلث كان ذلك في الذي سمّي أخيراً، لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك»^(٢).

→ الوصايا، ب ٦٥، ح ١.

(١) رياض المسائل: ٣٦٠/١٠؛ جواهر الكلام: ٣٠١/٢٨.

(٢) الكافي: ١٩/٧، ح ١٥، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٢، ←

بل لولا النصّ كان الوجه المذكور كافياً، ويمكن أن يقال: مقتضى القاعدة الفرق بين كون المفعول بهم مع التعدّد واحداً كأن يقول: فلاناً وفلاناً وفلاناً أعتق وبين كون المفعول بهم كثيراً، ففي الصورة الأولى تعلّقت الوصيّة بالمجموع في مرتبة واحدة، وإن كان الأفراد بينها ترتيب لفظي بخلاف الصورة الثانية.

ونظير هذا ما يقال في النحو الحروف المشبّهة بالفعل: «إنّ، وأنّ»، إلى آخره، فالخبر ليس كلّ واحد من الحروف المذكورة، بل الخبر المجموع، ولعلّ الرواية المذكورة ناظرة إلى الصورة الثانية لا الأولى.

وحكي عن الشيخ^(١) والإسكافي^(٢) تقديم العتق وإن تأخّر، للموثّق عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصيّة وكان أكثر من الثلث؟ قال: يمضي عتق الغلام، ويكون النقصان فيما بقي»^(٣).

القول بتقديم العتق
وإن تأخّر

→ ح ٥٤٩٣، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ١٩٧/٩، ح ٢٠، باب الوصيّة بالثلث وأقلّ منه وأكثر؛ وسائل الشيعة: ٣٩٨/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٦، ح ١، وفيه أبو جميلة الضعيف عند النجاشي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٢.

(١) المبسوط: ٤٨/٤، وفيه دعوى الإجماع.

(٢) مختلف الشيعة: ٤٢٩/٦.

(٣) الكافي: ١٧/٧، ح ٤، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٢، ح ٥٤٩٤، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٩٤، ح ١٢، باب الوصيّة بالثلث وأقلّ منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/١٢٠، ح ٤، باب أنّه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ٣٩٩/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٧، ح ١. والرواية موثّقة على ما في التهذيبين بابن فضال الثقة الفطحي، ولكن صحيحة على ما في ←

وأجيب بظهوره في التنجيز المتقدم على الوصية بلا خلاف ولا إشكال
لا الوصية التي هي محل البحث^(١).

وحكي عن ابن حمزة^(٢) جعل الوصية المتأخرة المتباعد زمانها عن
الأولى ناسخة لها، للضعيف: «إنَّ أبي أوصى بثلاث وصايا فبأيَّهنَّ أخذ؟
فقال: خذ بآخرهنَّ، قلت: فإنَّها أقلُّ؟ قال: وإن قلت»^(٣).

الوصية المتأخرة
ناسخة للوصية
الأولى

وأجيب بضعف الرواية، ولا بأس بحمله على صورة الوصايا
المتضادة^(٤).

ويمكن أن يقال: أمَّا ما ذكر في جواب الشيخ من تقديم المنجز
على الوصية بلا خلاف ولا إشكال لم يظهر وجهه، فإن قلنا بخروج
التصرّفات المنجزة في مرض الموت من مثل الهبة والصلح الحباثي والعق
من الثلث، فما الفرق بينها وبين الوصية؟ إلا أن يكون في المقام نصّ
أو إجماع والنصّ في خصوص العتق، ولم نعر عليه في غير العتق
من المنجزات.

وأما ما ذكر في الجواب عن ابن حمزة، فالإشكال من جهة ضعف

→ غيره. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(١) جواهر الكلام: ٣٠٣/٢٨.

(٢) حكى عنه ذلك صاحب الجواهر رحمته الله. جواهر الكلام: ٣٠٣/٢٨.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/ ١٩٠، ح ١٨، باب الرجوع في الوصية؛ وسائل الشيعة: ٣٠٥/ ١٩،

أبواب أحكام الوصايا، ب ١٨، ح ٧، وفيه علي بن أبي حمزة البطائني، وهو واقفي. راجع

رجال النجاشي، الرقم: ٦٥٦.

(٤) جواهر الكلام: ٣٠٣/٢٨.

الرواية في محلّه، لكن يبقى السؤال عن الفرق بين الوصايا المتضادة ومقامنا، فإنّ التضاد تارةً بالصراحة كما لو قال: أعطوا زيداً ثلث مالي، ثمّ قال: أعطوا ثلث مالي عمراً، وتارةً بنحو آخر كأن يقول: أعطوا زيداً كذا درهماً، وعمراً كذا إلى أن تتجاوز الثلث، فإنّ الوصية للأخير إذا تجاوزت عن الثلث تضادّ الوصية لزيد، فالأولى المراجعة إلى القرائن فقد يستكشف عدم عدول الموصي عن الوصية الأولى، وتوهم كفاية ثلث ماله لمن أوصى له، وأخرى يستكشف عدوله كمن توجه بمقدار ثلث ماله وأنّه لا يجوز الوصية بأزيد من الثلث ومع ذلك قال: أعطوا فلاناً كذا وفلاناً كذا وهكذا وتجاوزت عن الثلث، ففي هذه الصورة كيف لا يحكم بالعدول وصرف النظر عن السابقة؟ فمع قطع النظر عن الرواية يستظهر العدول وإن لم يكن تضادّ بالصراحة.

وقد يقال: إنّ موضوع هذه المسألة التي يبدأ بالأوّل فالأوّل فيها تعدّد الوصايا مع عدم التضادّ بينها، وإن امتنع العمل بها جميعاً لقصور الثلث أو المال بخلاف المسألة الأخرى التي يقال فيها بأنّ تعدّد الوصايا يكون رجوعاً، فإنّ موضوعها تضادّ الوصايا بحيث لا يمكن جمعها في الخارج في حدود ذواتها لا للقصور.

ثمّ بعد كلام يستقرب ما وقع للمحقّق الكركي رحمته الله ^(١) في المقام من أنّ الأصل في الوصية أن تكون نافذة، فيجب حملها على ما يقتضي النفوذ بحسب الإمكان، وإنّما تكون الثانية نافذة إذا كان متعلّقها الثلث الذي

كلام المحقّق الكركي
في المقام

يجوز للمريض الوصية به، فيجب حملها عليه، كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه حملاً للبيع على معناه الحقيقي.

وحينئذ فيتحقق التضاد في مثل ما لو قال: أوصيت بثلث لزيد وبثلث لعمرو، فيكون الثاني ناسخاً للأول، فيقدم، وأولى منه ما لو قال: ثم مالي، ثم فرّع عليه أنه لو أوصى لزيد بثلث وعمرو بربع ولخالد بسدس وانتفتت القرائن أن تكون الوصية الأخيرة رافعة للأولى مع اعترافه بأنه مخالف لما صرح به الأصحاب^(١).

ويورد على كلام المحقق بأن الإطلاق في الوصية وغيرها من العقود ما يرد على المحقق
إنما يقتضي إرادة ما تعلّق به العقد، لكن إذا صادف ذلك ما يمكن نفوذه الكركي
فيه نفذ لوجود المقتضي وارتفاع المانع، وإن لم يصادف ذلك كان عقداً موصوفاً بالصحة القابلة للنفوذ، وعدمه بسبب رفع المانع أو تحقق الشرط الشرعي وعدمهما، ففي البيع إذا علّقه على النصف من غير تعرّض لكون المستحق له أو المشاع بينه وبين شريكه اقتضى نقل النصف في نفسه، وله محلّ ينفذ فيه باعتبار استحقاق العاقد المخاطب بالوفاء بعقده نصفاً، فينفذ وينزل عليه تنزيلاً شرعياً لا قصدياً بمعنى كون العاقد قد قصد ذلك.

وكذا ما نحن فيه، فإن الموصي إذا أوصى لزيد بثلث لم يقصد إلا تملك الثلث في نفسه إلا أنه لما كان يمكن تنفيذه باعتبار استحقاق الموصي ثلثاً نفذت الوصية به، فإذا أوصى بعد ذلك بثلث أيضاً لم يصادف ذلك محلاً ينفذ فيه، لسبق السبب الأول، وإنما صادف محلاً ينفذ فيه مع الإجازة،

فيتعلّق حيثنّ ذلك على حسب ما صادف، ولا يسمّى مثله باطلاً، بل هو صحيح خصوصاً بعد بناء الأصحاب في المقام من كون الإجازة تنفيذاً لا ابتداء عطية فتصرّف الموصي يقع في ماله، فلا دلالة في الوصية الثانية على الرجوع عن الأولى، لعدم التضادّ بخلاف ما لو علّقها بما علّق الأولى، فإنّه يحصل التضادّ، فليس إلّا النسخ، ويكون الثاني كالوارد على الأوّل فينسخه كالدليل الوارد على الأصل^(١).

ويمكن أن يقال: ما ذكر من أنّ بيع نصف الدار مثلاً لا يقيّد بنصفه المختصّ، بل هو باق بإطلاقه، ولكن لما صادف محلاً قابلاً للنفوذ وقع البيع على نصفه المستحقّ دون نصف الشريك لا من جهة قصده، بل بحكم الشرع، لا نسلمه بل بملاحظة أنّ البائع يريد وقوع البيع بنحو يترتب عليه الأثر بلا توقّع أمر آخر من إجازة الشريك يقع البيع بحسب القصد على نصفه المملوك له من جهة الانصراف، فإنّ إطلاق كلّ من الفعل والمتعلّق قد يقيّد بالآخر.

ولذا يقال: إذا قال: لا تضرب أحداً إنّ إطلاق أحد يقيّد بظهور الضرب في المؤلم فيتعلّق بمن يتألّم دون غيره، فيصحّ ما في كلام المحقّق من أنّ الأصل في الوصية أن تكون نافذة، فنفوذ الثانية يكون إذا كان متعلّقها الثلث الذي يصحّ للموصي أن يوصي به، فيتحقّق التضادّ خصوصاً إذا كان الموصي قاطعاً بعدم إجازة الورثة للتالي فيه، فيدور الأمر بين كون الوصية لغواً محضاً، أو يكون ناسخة للأولى.

ولقائل أن يقول: إن كان قابليّة المحلّ ملحوظة فيقع العقد أو الوصيّة على المحلّ القابل، فبعد الوصيّة الأولى بالنسبة إلى الثلث المطلق ما المانع في تعلّق الوصيّة الثانية بالثلث المطلق وهو قابل لنفوذ الوصيّة الثانية فيه بنسخ الوصيّة الأولى كما تقولون في صورة التضادّ؟ وكيف يقال بأنّ التقييد ليس بحسب القصد، بل بحكم الشرع، والحال أنّ حكم الشرع المقدّس إمضاء لما قصد؟

وأما صورة الجمع وعدم الترتيب، فالمعروف فيها الأخذ بالوصيّة بحكم صورة الجمع وعدم الترتيب بالنسبة إلى المجموع والتوزيع من جهة النقص.

ويمكن استفادته ممّا رواه الصدوق بإسناده عن محمّد بن أبي عمير، عن معاوية بن عمّار قال: «أوصت إليّ امرأة من أهل بيتي بثلث مالها وأمرت أن يعتق عنها ويحجّ ويتصدّق فلم يبلغ ذلك، فسألت أبا حنيفة فقال: يجعل ذلك أثلاثاً: ثلثاً في الحجّ، وثلثاً في العتق، وثلثاً في الصدقة، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له: إنّ امرأة من أهلي ماتت وأوصت إليّ بثلث مالها وأمرت أن يعتق عنها ويحجّ ويتصدّق فنظرت فيه فلم يبلغ؟ فقال: ابدأ بالحجّ، فإنّه فريضة من فرائض الله عزّ وجلّ واجعل ما بقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة، فأخبرت أبا حنيفة بقول أبي عبد الله عليه السلام فرجع عن قوله وقال بقول أبي عبد الله عليه السلام».

ورواه الكليني عن عليّ بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير مثله ^(١).

(١) الكافي: ١٩/٧، ح ١٧، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه:

٤/٢١١، ح ٥٤٩١، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٢١، ←

وعن معاوية بن عمّار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في امرأة أوصت بهال في عتق وحبّ وصدقة فلم يبلغ، قال: ابدأ بالحبّ، فإنّه مفروض، فإن بقي شيء فاجعل في الصدقة طائفة وفي العتق طائفة»^(١).

والمستفاد ممّا ذكر تقديم الحبّ معللاً بأنّه فريضة، فيحتمل أن يكون الحبّ المذكور في الوصيّة حجة الإسلام بالخصوص، لكن يبعد أن السائل لم يذكر الخصوصية، فكيف يحمل الجواب على الخاصّ؟

ويحتمل أن يكون الحبّ أعمّ من حجة الإسلام والمندوب، ووجه التقديم أنّ الحبّ في الأصل فريضة من فرائض الله تعالى، ولعلّ هذا أقرب، وعلى هذا فالقول بالتوزيع حتّى في صورة كون الحبّ المندوب جزء مصرف الثلث مشكل.

لو أوصى بعتق مماليكه
ولو أوصى بعتق مماليكه دخل في ذلك المنفرز والمشارك على ما في المتن، فإن كان في المقام نصّ فلا إشكال وإلاّ فيشكل من جهة أنّ المملوك المشترك لا ينسب إلى أحد الشريكين بالخصوص، بل ينسب إليهما، ولا أقلّ من الشكّ في شمول الوصيّة للمملوك المشترك خصوصاً مع نقصان سهم الموصي عن سهم الآخر.

→ ح ١٩، باب وصيّة الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ١٣٥/٤، ح ٢، باب من أوصى بحبّ وعتق وصدقة ولم يبلغ الثلث ذلك؛ وسائل الشيعة: ٣٩٦/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٥، ح ١. والرواية صحيحة.

(١) الكافي: ١٨/٧، ح ٨، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حبّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٢١٤/٤، ح ٥٥٠، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحبّ؛ تهذيب الأحكام: ٢١٩/٩، ح ٨، باب وصيّة الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ١٣٥/٤، ح ١، باب من أوصى بحبّ وعتق وصدقة ولم يبلغ الثلث ذلك؛ وسائل الشيعة: ٣٩٧/١٩، أبواب الوصايا، ب ٦٥، ح ٢. والرواية صحيحة.

ولعلّ في المقام رواية وهي: «عن الرجل تحضره الوفاة وله ممالك
لخاصّة نفسه وممالك في شركة رجل آخر فيوصي في وصيّة: ممالك
أحرار، ما حال^(١) ممالكه الذين في الشركة؟ فقال: يقومون عليه إن كان
ماله يحتمل ثم هم أحرار»^(٢).

ويمكن أن يقال: حمل الرواية على التبعّد والحكم بشمول كلامه
للذين هم في الشركة ولو لم يكن لكلامه ظهور في الشمول بعيداً وإن
كان النظر إلى الاستظهار من كلامه فمع عدم الاستظهار في العرف كيف
يحكم بالحرية؟ ويمكن أن يكون نظر السائل إلى الفراغ عن الشمول ولو
بالقرينة وكيفية حرّيتهم مع الشركة، وقد ضعّف الرواية من جهة السند.

(الثاني: في المبهمة).

(من أوصى بجزء من ماله، كان العشر، وفي رواية السبع، وفي أخرى سبع
الثلث، ولو أوصى بسهم كان ثمناً، ولو كان بشيء كان سدساً، ولو أوصى
بوجوه فنسي الوصي وجهاً صرف في البرّ وقيل: يرجع ميراثاً، ولو أوصى
بسيوف وهو في جفن وعليه حلية دخل الجميع في الوصيّة على رواية يجبر
ضعفها الشهرة، ولو أوصى بصندوق وفيه مال، دخل المال في الوصيّة،
وكذا قيل: لو أوصى بسفينة وفيها طعام استناداً إلى فحوى رواية، ولا

(١) في الفقيه: «ما خلا».

(٢) الكافي: ٢٠/ ٧، ح ١٧، باب من أوصى بعنق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه:
٢١٣/ ٤، ح ٥٤٩٧، باب الوصيّة بالعنق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٢٢٢/ ٩،
ح ٢٢، باب وصيّة الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ٤٠٧/ ١٩، أبواب
أحكام الوصايا، ب ٧٤، ح ٢، وفيه أحمد بن زياد، وهو مهمّل إلا أنّ البنظري يروي عنه.

يجوز إخراج الولد من الإرث ولو أوصى الأب، وفيه رواية مطرحة).

حكم من أوصى بجزء

من ماله

روايات الباب

أما الوصية بجزء، فقد ورد أخبار فيها:

منها: ما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن أو الصحيح^(١) في الأول والصحيح في الثاني عن عبد الرحمن بن سيابة^(٢) -وهو مجهول- قال: «إن امرأة أوصت إليّ وقالت: ثلثي تقضي به ديني، وجزء منه لفلانة، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى؟ فقال: لا أرى لها شيئاً، ما أدري ما الجزء؟

فسألت عنه أبا عبد الله عليه السلام بعد ذلك وخبرته كيف قالت المرأة وما قال ابن أبي ليلى، قال: كذب ابن أبي ليلى لها عشر الثلث، إن الله تعالى أمر إبراهيم عليه السلام فقال: ﴿اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُمْ جُزْأً﴾ وكانت الجبال يومئذ عشرة، والجزء هو العشر من الشيء»^(٣).

ومنها: ما رواه المشايخ الثلاثة في الموثق أو الحسن^(٤) الذي لا يقصر عن الصحيح، عن معاوية بن عمّار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله؟ قال: جزء من عشرة، قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُمْ جُزْأً﴾ وكانت الجبال عشرة»^(٥).

(١) التريديد لأجل إبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.

(٢) ورواه في الاستبصار بلا واسطته.

(٣) الكافي: ٣٩/٧، ح ١، باب من أوصى بجزء من ماله؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٨/٩، ح ١، باب الوصية المبهمة؛ الاستبصار: ١٣١/٤، ح ١، باب من أوصى بجزء من ماله؛ وسائل الشيعة: ٣٨٠-٣٨١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٤، ح ٢.

(٤) التريديد لأجل إبراهيم بن هاشم، والتعبير عنه بالموثق لابن فضال الفطحي الثقة. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.

(٥) الكافي: ٤٠/٧، ح ٢، باب من أوصى بجزء من ماله؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٠٥/٤، ←

ومنها: ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن^(١)، عن أبان بن تغلب قال: «قال أبو جعفر عليه السلام: الجزء واحد من عشرة، لأنّ الجبال كانت عشرة»^(٢).

ما يظهر منه تفسير

وفي قبالها ما يظهر منه التفسير بالسبع:

الجزء بالسبع

فمنه ما رواه في الصحيح عن البزنطي قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله؟ فقال: واحد من سبعة إن الله تعالى يقول: ﴿لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِّكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَّقْسُومٌ﴾».

قلت: رجل أوصى بسهم من ماله فقال: السهم واحد من ثمانية، ثم قرأ: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾^(٣)، إلى آخر الآية^(٤).

وعن إسماعيل بن همام الكندي عن الرضا عليه السلام: «في الرجل أوصى بجزء من ماله ولم يعيّن فاختلف الوارث بعده في ذلك، فقصى عليهم بإخراج السبع من ماله وتلا قوله تعالى: ﴿لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِّكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَّقْسُومٌ﴾»^(٤)، إلى غير ما ذكر.

→ ح ٥٤٧٦، باب الوصية بالشيء من المال والسهم والجزء والكثير؛ تهذيب الأحكام:

٢٠٨/٩، ح ٢، باب الوصية المبهمة؛ الاستبصار: ١٣٢/٤، ح ٢، باب من أوصى بجزء من

ماله؛ وسائل الشريعة: ٣٨١/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٤، ح ٣.

(١) الترديد لأجل إبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.

(٢) الكافي: ٤٠/٧، ح ٣، باب من أوصى بجزء من ماله؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٩/٩، ح ٣، باب

الوصية المبهمة؛ الاستبصار: ١٣٢/٤، ح ٣، باب من أوصى بجزء من ماله؛ وسائل الشريعة:

٣٨٠/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٤، ح ١.

(٣) تهذيب الأحكام: ٢٠٩/٩، ح ٥، باب الوصية المبهمة؛ الاستبصار: ١٣٢/٤، ح ٥، باب من

أوصى بجزء من ماله؛ وسائل الشريعة: ٣٨٤/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٤، ح ١٢.

(٤) تهذيب الأحكام: ٢٠٩/٩، ح ٦، باب الوصية المبهمة؛ الاستبصار: ١٣٢/٤، ح ٦، باب ←

ثم إنه يقع الإشكال في أن مثل الجزء والسهم لا إجمال في مفهومهما، فمقتضى القاعدة الاكتفاء بما يصدق عليه الكلّي، غاية الأمر أنه لا يكتفى بكل ما يصدق عليه الكلّي، للانصراف إلى ما يكون قابلاً للتوجه، فلعلّ التعيين في كلام المعصوم عليه السلام من جهة أن المرتبة المنصرفه إليها لها عرض عريض يقع الخلاف من جهته بين الورثة والموصى له.

وربما يؤيد هذا ما رواه الصدوق في معاني الأخبار ^(١) في الصحيح عن صفوان والمفيد في الإرشاد قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى بسهم من ماله ولم يبيّنه، فاختلف الورثة في معناه، فقضى بينهم بإخراج الثمن من ماله، وتلا عليهم: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾، الآية» ^(٢).

لكن يبعد هذا أن لسان الأخبار لسان الفتوى لا الحكومة، مع أن الحكومة في الشبهات الحكميّة ترجع إلى الفتوى، غاية الأمر يكون المحكوم عليه ملزماً بقبولها ولو كان نظر الحاكم مخالفاً لنظره، كما لو كان الاختلاف بين الورثة وغيرهم في منجزات المريض وقلنا فيها بالتخير

→ من أوصى بجزء من ماله؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٣٨٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٤، ح ١٢. والرواية صحيحة. ثم اعلم أن ما ذكره السيّد المؤلّف رحمته الله مروي عن إرشاد المفيد رحمته الله عن أمير المؤمنين عليه السلام مرسلاً، وخبر اسماعيل بن همام هكذا: «في رجل أوصى بجزء من ماله قال: الجزء من سبعة يقول: ﴿لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ﴾». والسيّد المؤلّف رحمته الله ذكر إسناد خبر ثم ذكر متن خبر آخر. راجع جواهر الكلام: ٢٨ / ٣١٩.

(١) لم نثر على هذا الخبر في معاني الأخبار. نعم، في معاني الأخبار رواية صحيحة بهذا المضمون إلا أنه ليس فيه قضاء أمير المؤمنين عليه السلام. معاني الأخبار: ٢١٦، ح ٢.

(٢) الإرشاد: ١ / ٢٢١؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٣٨٨، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٥، ح ٧.

الأصولي من جهة تعارض الأخبار فاختر الورثة الأخذ بالأخبار الدالة على الخروج من الثلث، والآخر أخذ بالأخبار الدالة على الخروج من الأصل، والحاكم أخذ بإحدى الطائفتين من الأخبار لرفع الخصومة بين الطرفين، كما أنه في الحكومة في الموضوعات لا بدّ للمحكوم عليه من قبول الحكم إذا حكم الحاكم بحسب الموازين المقررة وإن كان قاطعاً بخلافه إلا في بعض الموارد، كما لو حكم الحاكم بزوجة المرأة لرجل وكانت المرأة قاطعة بعدم زوجيتها له.

وقد يحمل الأخبار على صورة العلم بعدم إرادة الموصي المكلف مسمى الجزء لكون الوصية سفهية، كما أنه لا حدّ معلوم في العرف لأقل ما يصدق به في امثال الوصية فكشفه عليه السلام كما كشف أقل مسمى الركوع^(١).

ويمكن أن يقال: بعد انصراف الجزء إلى ما يكون قابلاً للتوجه يخرج الوصية عن كونها سفهية، كما لو قال السيد لعبده: أعط زيدا جزءاً من هذا المال أو سهماً فيصرف الجزء إلى ما يكون قابلاً للتوجه، وكذلك السهم، ولا يقاس بمثل الركوع، فإنه جزء عبادي لا بدّ أن يعين من قبل الشارع، ولو كان الانصراف في الجزء والسهم بحسب القرائن إلى ما زاد عما عيّن في الأخبار يشكل الردّ إلى ما عيّن من جهة تبديل الوصية، فلا بدّ من قبول ما وصل إلينا من الأخبار مع قطع النظر عن الإشكال الأخير.

فنقول: لا يبعد في المقام التخيير - أعني التخيير الفقهي لا الأصولي، غاية الأمر ظهور الأخبار في التعيين يرفع من جهة النصّ في الاجزاء،

ويشهد لهذا أنّ ظاهر الأخبار أنّ الحكم من جهة قول الله -تبارك وتعالى- والمفروض ذكر الجزء في الآيتين، وإن أبيت فلا يبعد التخيير -أعني التخيير الأصولي لا الفقهي- ويقع التعارض.

ولو أوصى بسهم كان ثمناً عند الأكثر^(١).

حكم من أوصى
بسهم

ويدلّ عليه صحيح البنظي: «سأل أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بسهم من ماله؟ فقال: السهم واحد من ثمانية، ثم قرأ: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ﴾»^(٢).

وكذا حسن صفوان^(٣)، وموثّق السكوني^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام.

وعن إرشاد المفيد نسبة ذلك إلى قضاء أمير المؤمنين -صلوات الله عليه-^(٥).

(١) المقنعة: ٦٧٤؛ النهاية: ٦١٣؛ المراسم: ٢٠٤؛ جواهر الفقه: ١٥٠؛ متشابه القرآن ومختلفه:

٢/٢١٥؛ السرائر: ٣/١٨٧؛ مختلف الشيعة: ٦/٣٥٠-٣٥١.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٩، ح ٥، باب الوصية المبهمة؛ الاستبصار: ٤/١٣٢، ح ٥، باب من أوصى بجزء من ماله؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٨٥، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٥، ح ١.

(٣) الكافي: ٧/٤١، ح ٢، باب من أوصى بسهم من ماله؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١٠، ح ١٠، باب الوصية المبهمة؛ الاستبصار: ٤/١٣٣، ح ٢، باب من أوصى بسهم من ماله؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٨٥، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٥، ح ٢. والتعبير عنه بالحسن لإبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ١/٣١٦.

(٤) الكافي: ٧/٤١، ح ١، باب من أوصى بسهم من ماله؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٤، ح ٥٤٧٤، باب الوصية بالشيء من المال والسهم والجزء والكثير؛ تهذيب الأحكام:

٩/٢١٠، ح ٩، باب الوصية المبهمة؛ الاستبصار: ٤/١٣٣، ح ١، باب من أوصى بسهم من

ماله؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٨٦، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٥، ح ٣.

(٥) تقدّم تخرجه آنفاً.

وفي قبال ما ذكر خبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه: «من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة»^(١).

وما أرسله الصدوق من: «أنّ السهم واحد من ستّة»^(٢)، والظاهر أنّ الصدوقين^(٣) والشيخ^(٤) وابن زهرة^(٥) عملوا بالمرسل المذكور. وأمّا خبر طلحة، فقد عدّ من الشواذّ.

وأما المرسل، فمع عمل مثل الصدوقين والشيخ - قدّس الله أسرارهم - يشكل ترك العمل به، فلا بدّ من الترجيح أو التخيير.

ولو أوصى بشيء كان سدساً، لخبر أبان عن عليّ بن الحسين عليه السلام: **حكم من أوصى بشيء** «أنّه سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله؟ فقال: الشيء في كتاب عليّ من ستّة»^(٦).

والكلام السابق يجيء في المقام، فإنّه إذا كان شيء بحسب العرف أو

(١) تهذيب الأحكام: ٢١١/٩، ح ١١، باب الوصيّة المبهمة؛ الاستبصار: ١٣٤/٤، ح ٣، باب من أوصى بسهم من ماله؛ وسائل الشيعة: ٣٨٧/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٥، ح ٤. والرواية موثقة بطلحة بن زيد. راجع معجم رجال الحديث: ١٦٣/٩.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٢٠٤/٤، ح ٥٤٧٥، باب الوصيّة بالشيء من المال والسهم والجزء والكثير؛ وسائل الشيعة: ٣٨٧/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٥، ح ٥.

(٣) المقنع: ٤٧٨؛ مختلف الشيعة: ٣٥٠/٦.

(٤) الخلاف: ٤/١٤٠-١٤١، وفيه دعوى الإجماع.

(٥) غنية النزوع: ٣٠٨، وفيه دعوى الإجماع.

(٦) الكافي: ٧/٤٠، ح ٢-١، باب من أوصى بشيء من ماله؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٠٤/٤، ح ٥٤٧٣، باب الوصيّة بالشيء من المال والسهم والجزء والكثير؛ تهذيب الأحكام: ٢١١/٩، ح ١٢-١٣، باب الوصيّة المبهمة؛ وسائل الشيعة: ٣٨٨/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٦، ح ١. والرواية معتبرة.

القرائن منصرفاً إلى ما يزيد عمّا عيّن في الأخبار، يشكل الأخذ بمضمون الأخبار لشبهة تبديل الوصيّة.

لو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجهاً منها، فالأكثر^(١) أنّه يصرف في وجوه البرّ، لخبر محمد بن ريان قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن إنسان أوصى بوصيّة فلم يحفظ الوصيّ إلاّ باباً واحداً كيف يصنع بالباقي؟ فوقّع عليه السلام: الأبواب الباقية اجعلها في البرّ»^(٢).

والظاهر أنّ مستند المشهور هذا الخبر لا بعض الوجوه القابل للخدشة، مثل ما قيل: إنّ المال خرج عن الوارث بالوصيّة النافذة أولاً، لأنّه المفروض، فعوده إلى ملك الوارث يحتاج إلى دليل، وجهالة مصرفه تصيّره بمنزلة المال المجهول المستحقّ، فيصرف في وجوه البرّ، وإنّه لو رجع إلى الوارث لزم تبديل الوصيّة بخلاف البرّ، لأنّه عمل بمقتضاها غايته جهالة المصرف، فيصرف فيما يصرف فيه المال المجهول المالك، وإنّ الموصي ربّما أراد بوصيّة القربة مخصوصة، فإذا فات الخصوص بالنسيان بقي العموم، فيكون أقرب إلى مراد الموصي^(٣).

ويمكن أن يقال: إن انجبر ضعف سند الرواية بعمل المشهور بأن كان مستند فتواهم هذا الخبر فلا كلام، وإلاّ فيشكل.

(١) المقنعة: ٦٧٤؛ المقنعة: ٦٧٤؛ السرائر: ٢٠٨/٣؛ إصباح الشيعة: ٣٦١.

(٢) الكافي: ٥٨/٧، ح ٧، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٨-٢١٩، ح ٥٥١٣، باب الرجل يوصي بوصية فينساها الوصي ولا يحفظ منها إلاّ باباً واحداً؛ تهذيب الأحكام: ٢١٤/٩، ح ٢١، باب الوصيّة المبهمة؛ وسائل الشيعة: ٣٩٣/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦١، ح ١، وفيه سهل بن زياد. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٩٠.

(٣) مسالك الأفهام: ٦/١٨٠-١٨١.

نعم لو كان الموصى له إنساناً مردّداً بين أشخاص غير محصورين لو كان الموصى له
أمكن القول بالتصدّق، كما لو علم المكلف باشتغال ذمّته لرجل مردّد بين
أفراد غير محصورين بناء على ما سبق من عدم لزوم قبول الموصى له في
الوصيّة التملكيّة، فيكون مشمولاً لما دلّ على التصدّق في المال المجهول
المالك ولو كان الأفراد محصورين، فلا يبعد التقسيم بينهم أو القرعة.

ولو كان طرف الشبهة مصرفاً آخر، كبناء المسجد أو المدرسة أو القنطرة
لعبور المسلمين، فلا يكون مشمولاً لما ذكر، ولا يبعد - مع الإشكال في
العمل بالرواية - القرعة.

وقد يؤيّد^(١) الخبر المذكور بأخبار واردة في بعض الوصايا، كما ورد
في جملة منها: «أنّ من أوصى للكعبة بمال أو غلام أو جارية أو أهدي لها
نحو ذلك، فإنّه يصرف المال ويبيع الغلام والجارية ويصرف ثمنها في
المنقطعين من الحاجّ»^(٢) معللاً بأنّ الكعبة لا تأكل ولا تشرب وما أهدي
لها فهو لزوّارها.

ومن ذلك ما روى المشايخ الثلاثة - نور الله تعالى ضرائحهم - عن عليّ
بن فرقد^(٣) صاحب السابري، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل يتضمّن:
«أنّه أوصى رجل بتركته إلى عليّ المذكور، فأمره أن يحجّ عنه وكان التركة لا

(١) الحقائق الناضرة: ٢٢/٤٦٧.

(٢) الكافي: ٤/٢٤٢-٢٤٣، ح ٤، باب ما يهدى إلى الكعبة؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١٣، ح ١٩،
باب الوصيّة المبهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٢، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٠، ح ١.
والرواية مرسلة.

(٣) هكذا في الكافي وفي غيره: علي بن مزيد صاحب السابري.

تبلغ ذلك، فسأل الفقهاء فأفتوه بالصدقة بها، فتصدق بها، ثم لقي أبا عبد الله عليه السلام فسأله وأخبره بما فعل، فقال: إن كان لا يبلغ أن يحجّ به من مكة، فليس عليك ضمان وإلا فأنت ضامن^(١)، وقد قرّره عليه السلام على الصدقة مع عدم بلوغ الحجّ به من مكة ولم يحكم ببطلان الوصية والرجوع ميراثاً. ومن ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة - قدّست أسرارهم - عن مثني قال: «سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً؟ قال: اطلب لها وارثاً أو مولى فادفعها إليه.

قلت: فإن لم أعلم له وارثاً؟ قال: اجهد على أن تقدر له على وليّ، فإن لم تجده وعلم الله منك الجهد فتصدق بها»^(٢)، ومما ذكر ضعف القول بالرجوع ميراثاً.

ولو أوصى بسيف وهو في جفن، فإنّه يدخل الجفن والحلية في الوصية. ويدلّ عليه ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي جميلة قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل أوصى لرجل بسيف فقال الورثة: إنّما لك

لو أوصى بسيف
وهو في جفن
روايات الباب

(١) الكافي: ٢١/٧، ح ١، باب أنّ الوصي إذا كانت الوصية في حقّ غيرها فهو ضامن؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٠٧/٤، ح ٥٤٨٢، باب ضمان الوصي لما يغيره عما أوصى به الميت؛ تهذيب الأحكام: ٢٢٨/٩، ح ٤٦، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشريعة: ٤٢١/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٧، ح ٢. وعليّ بن فرق - أو مزيد - مهمل.

(٢) الكافي: ١٣/٧، ح ٣، باب من أوصى بوصية فمات الموصى له قبل الموصي أو مات قبل أن يقبضها؛ من لا يحضره الفقيه: ٢١١/٤، ح ٥٤٩٠، باب الموصى له يموت قبل الموصي أو قبل أن يقبض ما أوصى له به؛ تهذيب الأحكام: ٢٣١/٩، ح ٣، باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصي؛ الاستبصار: ١٣٨/٤، ح ٣، باب الموصى له يموت قبل الموصي؛ وسائل الشريعة: ٣٣٤/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٠، ح ٢. والرواية صحيحة.

الحديدية وليس لك الحلية ليس [لك] ^(١) غير الحديدية؟ فكتب إليّ: السيف له والحلية ^(٢).

وما رواه المشايخ الثلاثة عن أبي جميلة، عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حلية، فقال له الورثة: إنّها لك النصل وليس لك المال، قال: فقال: لا بل السيف بما فيه له.

قال: فقلت: رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال؟ فقال الورثة: إنّما لك الصندوق وليس لك المال؟ قال: فقال أبو الحسن عليه السلام: الصندوق بما فيه له ^(٣).

ومن هذه الرواية يستفاد حكم الوصية بالصندوق، ويدلّ عليه أيضاً ما رواه في التهذيب عن عليّ بن عقبة، عن أبيه قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لرجل بصندوق وكان في الصندوق مال فقال الورثة: إنّما لك الصندوق وليس لك ما فيه؟ فقال: الصندوق بما فيه له ^(٤).

(١) ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

(٢) الكافي: ٤٤ / ٧، ح ٣، باب: تهذيب الأحكام: ٢١٢ / ٩، ح ١٦، باب الوصية المبهمة؛ وسائل الشريعة: ٣٩٠ / ١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٧، ح ٢. وأبو جميلة ضعيف عند النجاشي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٢.

(٣) الكافي: ٤٤ / ٧، ح ١، باب: من لا يحضره الفقيه: ٢١٧ / ٤، ح ٥٥٠٩، باب الرجل يوصي لرجل بسيف أو صندوق أو سفينة؛ تهذيب الأحكام: ٢١١ / ٩، ح ١٤، باب الوصية المبهمة؛ وسائل الشريعة: ٣٩٠ / ١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٧، ح ٢. وأبو جميلة ضعيف عند النجاشي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٢.

(٤) الكافي: ٤٤ / ٧، ح ٤، باب: تهذيب الأحكام: ٢١٢ / ٩، ح ١٧، باب الوصية المبهمة؛ ←

وعن عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل قال: هذه السفينة لفلان ولم يسم ما فيها، وفيها طعام أعطاها الرجل وما فيها؟ قال: هي للذي أوصى له بها إلا أن يكون صاحبها متّهماً وليس للورثة شيء»، ورواه الصدوق إلا أنّه قال: «إلا أن يكون صاحبها استثنى ما فيها»^(١).

ومن هذه الرواية ظهر حكم الوصية بالصندوق.

حكم الوصية

بالصندوق

ثم يقع الشبهة من جهة أنّه قد يحمل هذه الروايات على التبعّد بمعنى أنّه لو أوصى بهذه الأشياء يدخل في الوصية ما ذكر بالتبع، ولو لم يردّ الموصي الوصية بها، وهذا الحمل بعيد، فإنّ لازمه أنّه يدخل في الوصية، ولو صرح بإرادة خصوص السيف والصندوق والسفينة، ولا أظنّ أن يلتزم به.

ويشهد له ما في رواية الصدوق من قوله: «إلا أن يكون»، إلى آخره، وإن حملت على الاستظهار، فمع عدم الاستظهار في مثل الصندوق والسفينة يشكل الأمر وإن كان الظاهر في السيف تبعيّة جفنه، ويمكن أن يكون ذلك بحسب العرف السابق، فمع عدم مساعدة غير العرف السابق يشكل.

→ وسائل الشيعة: ١٩ / ٣٩٠، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٨، ح ١. وفي عقبة بن خالد كلام.

راجع معجم رجال الحديث: ١١ / ١٥٢.

(١) الكافي: ٧ / ٤٤، ح ٢، باب؛ من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٢١٧، ح ٥٥١٠، باب الرجل يوصي لرجل بسيف أو صندوق أو سفينة؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ٢١٢، ح ١٥، باب الوصية المبهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٣٩١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٩، ح ١. في عقبة بن خالد كلام. راجع معجم رجال الحديث: ١١ / ١٥٢.

ولو أوصى العبد بإخراج الولد من الإرث لم يصحّ وفاقاً للمشهور^(١)، لو أوصى العبد بإخراج الولد من الإرث ورد فيه: «أنّه من الكبائر»^(٢)، ولقوله عليه السلام: «ما أبالي أضررت بورثتي أو سرقتهم ذلك المال»^(٣).

وأما الرواية المشار إليها، فهي رواية عليّ بن السري قال: «قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إنّ عليّ بن السري توفّي فأوصى إليّ فقال: رحمه الله، قلت: وإنّ ابنه جعفرأ وقع على أمّ ولد له فأمرني بأن أخرجه عن الميراث، قال: فقال: أخرجته وإن كنت صادقاً فسيصيبه خبل، قال: فرجعت فقدمني إلى أبي يوسف القاضي فقال له: أصلحك الله أنا جعفر بن عليّ بن السري وهذا وصيّ أبي، فمره فليدفع إليّ ميراثي من أبي، فقال لي أبو يوسف القاضي: ما تقول؟ قلت: هذا جعفر بن عليّ السري وأنا وصيّ عليّ بن السري قال: فادفع إليه ماله، فقلت: أريد أن أكلمك فأذن لي، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي فقلت: هذا وقع على أمّ ولد لأبيه، فأمرني أبوه وأوصى إليّ أن أخرجته من الميراث، ولا أورثه شيئاً، فأتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فأخبرته

(١) من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٢٠؛ النهاية: ٦١١؛ المهذب: ٢/ ١٠٧؛ السرائر: ٣/ ٢٠٠؛

شرائع الإسلام: ٢/ ١٩٤؛ مختلف الشيعة: ٦/ ٣٧٥، وفيه نسبه إلى المشهور.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٤/ ١٨٤، ح ٥٤٢٠، باب في أنّ الحيف في الوصية من الكبائر؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٦٨، أبواب أحكام الوصايا، ب ٨، ح ٣. والرواية موثقة بمسعدة. راجع معجم رجال الحديث: ١٨/ ١٣٧.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٤/ ١٨٣، ح ٥٤١٨، باب ما جاء في الإضرار بالورثة؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ١٧٤، ح ١٠، باب الوصية ووجوبها؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٢٦٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥، ح ١. والرواية موثقة بالسكوني. راجع معجم رجال الحديث: ٣/ ١٠٥.

٥٠٠ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

وسألته، فأمرني أن أخرجه عن الميراث، ولا أورثه شيئاً، فقال: الله إن أبا الحسن أمرك؟ قال: فقلت: نعم فاستحلفني ثلاثاً ثم قال لي: أنفذ ما أمرك أبو الحسن عليه السلام به فالقول قوله^(١).

ويقع الإشكال من جهة قذف الولد، وليس في الرواية نهي الإمام عليه السلام عنه، وكان للراوي السؤال بنحو الفرض من دون رمي شخص خاص، وحكي عن الصدوقين^(٢) والشيخ^(٣) العمل بها في موردها، فمع العمل بمضمونها يقتصر على موردها الولد الذي أحدث ذلك الحدث.

(الطرف الثالث: في أحكام الوصية).

في أحكام الوصية

(وفيه مسائل:)

(الأولى: إذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة لها عمل بالآخيرة، ولو لم يضادها عمل بالجميع).

إذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة

لا إشكال في نسخ الوصية الثانية الأولى مع الالتفات، كما لو أوصى لزيد بعين ثم أوصى بها لعمرو.

وأما مع عدم الالتفات إلى الوصية السابقة، فظاهر كلماتهم وإن كان النسخ للسابقة، لكنه لا يخلو عن الإشكال، كما يلاحظ في سائر الموارد،

(١) الكافي: ٦١/٧، ح ١٥، باب النوادر؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٥/٩، ح ١٠، باب من الزيادات؛ الاستبصار: ١٣٩/٤، ح ٢، باب أن من كان له ولد أقر به ثم نفاه لم يلتفت إلى نفيه ولا إلى إنكاره؛ وسائل الشريعة: ٤٢٤/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٩٠، ح ٢. ووصي علي بن السري مهمل.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٢٢٠/٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ٢٣٥/٩؛ الاستبصار: ١٤٠/٤.

مثلاً لو وعد في الساعة المعيّنة زيارة زيد وغفل عن الوعد ووعد زيارة عمرو في تلك الساعة مع التضاد بين الزيارتين فمثل هذا الشخص إذا التفت إلى وعده السابق ربّما يرجع عن الوعد اللاحق وظاهر أنّ هذا لم ينصرف عن الوعد السابق.

وهذا كما لو وعد إعطاء عين معيّنة زيداً ثم غفل وبنى على إعطائها عمراً، ثم التفت إلى وعده السابق فربّما يعتذر من ترك الإعطاء لما سبق من وعده، فكيف يقال: انصرف عن الوعد السابق؟ وقد سبق الكلام في أنّه كثيراً ما تكون الوصية اللاحقة مضادة، ولو لم تكن بالصراحة، وإن كان ظاهر كلماتهم الأخذ بالأوّل فالأوّل حتّى تبلغ إلى ما لا يجوز الوصية. وقد ظهر الحال ممّا ذكر في قوله:

(فإن قصر الثالث بدأ بالأوّل فالأوّل حتّى يستوفي الثالث).

الثانية: تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين، وبشهادة أربع نساء، وبشهادة الواحدة في الربع، وفي ثبوتها بشاهد ويمين تردّد، أمّا الولاية، فلا يثبت^(١) إلاّ بشهادة رجلين).

أما ثبوت الوصية بالمال بشهادة رجلين عدلين، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(٢)، واستدلّ عليه بعموم ما دلّ على حجّيتها.

وروى الشيخ عن أحمد بن محمد بن محمد عن محمد بن إسماعيل، عن محمد بن

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «تثبت» بدل «يثبت».

(٢) المبسوط: ٧/٢٤٨؛ الوسيلة: ٢٢٢؛ السرائر: ٢/١١٥؛ الجامع للشرائع: ٥٤٢؛ تحرير الأحكام: ١/٣٠٤؛ إيضاح الفوائد: ٢/٦٣٥، ظاهره دعوى الإجماع.

الفضيل، عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله عز وجل: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ﴾ قال: هما كافران، قلت: ذوا عدل منكم؟ قال: مسلمان».

ورواه الصدوق بإسناده عن محمد بن الفضيل مثله ^(١).

ثبوت الوصية
بشهادة أربع نساء
وأما الثبوت بشهادة أربع نساء، فلا خلاف فيه من غير فرق بين مقام الوصية وغيرها في ما يتعلق بالمال ^(٢).

واختص الوصية بثبوت الربع بشهادة واحدة منهن.

ويدل عليه الأخبار:

روايات المسألة
منها: قول الصادق عليه السلام - على المحكي - في خبر ربعي: «في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي ليس معها رجل؟ فقال: يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها» ^(٣).

(١) الكافي: ٤/٧ - ح ١، باب الإشهاد على الوصية؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٢، ح، باب الإشهاد على الوصية؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٧٩، ح ٣، باب الإشهاد على الوصية؛ وسائل الشريعة: ١٩/٣٠٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٢٠، ح ٢. وفي محمد بن الفضيل كلام. راجع معجم رجال الحديث: ١٧/١٤٩.

(٢) أحكام النساء: ٥١؛ الخلاف: ٢/٦٠٩، وفيه دعوى الإجماع؛ المهذب: ٢/٥٥٩؛ الوسيلة: ٢٢٢؛ السرائر: ٢/١٣٨، وفيه دعوى الإجماع؛ إصباح الشيعة: ٥٢٨؛ الجامع للشرائع: ٥٤٣؛ جامع الخلاف والوافق: ٦٠٣.

(٣) الكافي: ٤/٧، ح ٤، باب الإشهاد على الوصية؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٢، ح ٥٤٣٥، باب الإشهاد على الوصية؛ تهذيب الأحكام: ٦/٢٦٨، ح ١٢٣، باب البيئات؛ الاستبصار: ٢٨/٣، ح ٢١، باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز؛ وسائل الشيعة: ٢٧/٣٥٥، ←

ومنها: قول أبي جعفر عليه السلام - على المحكي -: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وصية لم يشهد بها إلا امرأة أن تجوز شهادتها في ربع الوصية إذا^(١) كانت مسلمة غير مريية»^(٢).

وفي قبال ما ذكر خبر عبد الرحمن: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة يضرها الموت وليس عندها إلا امرأة تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهادة النساء في العذرة والمنفوس وقال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجل»^(٣).

ومضمّر عبد الله^(٤): «سألته عن امرأة حضرها الموت وليس عندها إلا امرأة أتمجوز شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها إلا في المنفوس والعذرة»^(٥).

ومكاتبة أحمد بن هلال إلى أبي الحسن عليه السلام: «امرأة شهدت على وصية

→ أبواب الشهادات، ب ٢٤، ح ١٦. والرواية صحيحة.

(١) ومن هنا إلى آخره ليس في المصادر.

(٢) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٦٧-٢٦٨، ح ١٢٢، باب البيّنات؛ الاستبصار: ٣/ ٢٨، ح ٢٠، باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز؛ وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٥٥، أبواب الشهادات، ب ٢٤، ح ١٥. والرواية صحيحة.

(٣) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٧٠، ح ١٣٣، باب البيّنات؛ الاستبصار: ٣/ ٣٠، ح ٣٢، باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز؛ وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٥٦، أبواب الشهادات، ب ٢٤، ح ٢١، وفيه القاسم بن محمّد الجوهري وفيه كلام.

(٤) في الاستبصار: عبد الله بن سليمان، وفي التهذيب ووسائل الشيعة: عبد الله بن سنان.

(٥) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٧٠، ح ١٣٦، باب البيّنات؛ الاستبصار: ٣/ ٣١، ح ٣٧، باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز؛ وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٥٧، أبواب الشهادات، ب ٢٤، ح ٢٤. والرواية صحيحة أو موثقة على كلام في أبان. راجع معجم رجال الحديث: ١/ ١٦٧.

رجل لم يشهدا غيرها وفي الورثة من يصدقها ومنهم من يتهمها؟ فكتب:
لا إلّا أن يكون رجل وامرأتان، وليس بواجب أن تنفذ شهادتهما^(١).

لكنّ الأصحاب لم يعملوا بهذه الأخبار، فلا حاجة إلى بعض
التوجيهات.

وأما ثبوت الوصيّة بالمال بشاهد ويمين، فقد نسب المنع فيه إلى قطع
الأصحاب^(٢)، ولعلّه من جهة عدم الدليل في المقام، وانحصار قبولهما
بحسب الأدلّة في الحقوق الماليّة إلّا أن يدعى القطع بعدم الفرق في دعوى
الاستحقاق بين كون وجه الاستحقاق غير الوصيّة أو الوصيّة، فلا بدّ من
ملاحظة دليل الثبوت في غير مقام الوصيّة.

وأما ولاية الوصيّ على التصرفات، فلا تثبت إلّا بشهادة رجلين عدلين،
لعدم الدليل على ثبوتها بغيرها، وعدم الدليل كاف في عدم الحجّية.

وقد يناقش بأنّ الولاية قد تتضمّن المال كما إذا أراد الوصيّ
أخذ الأجرة والأكل بالمعروف، وبأنّ الولاية وإن لم تكن مالاً لكنّها
متعلّقة به كبيعته وإجارته^(٣)، ولا يخفى أنّ مجرد ما ذكر لا يكفي في شمول
الدليل.

(الثالثة: لو أشهد عبيدين له على أنّ حمل المملوكة منه، ثمّ ورثهما

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٦٨، ح ١٢٤، باب البيّنات؛ الاستبصار: ٣/ ٢٨، ح ٢٢، باب ما
يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز؛ وسائل الشيعة: ٢٧/ ٣٦٠، أبواب الشهادات، ب ٢٤،
ح ٣٤. والرواية معتبرة على كلام في أحمد بن هلال. راجع معجم رجال الحديث: ٢/ ٣٥٥.

(٢) المهذب البارع: ٣/ ١٤٠.

(٣) مسالك الأفهام: ٦/ ٢٠٦؛ جواهر الكلام: ٢٨/ ٣٥٤.

ثبوت الوصيّة
بالمال بشاهد
ويمين

ولاية الوصي على
التصرفات

غير الحمل فأعتقا فشهد الحمل بالبنوة صحّ وحكم له ، ويكره له
تملكهما .

الرابعة: لا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصيّ فيه ، وتقبل للموصي في
غير ذلك).

أما ما ذكر في الثالثة فيدلّ عليه الصحيح: «في رجل مات وترك جارية
ومملوكين فورثهما أخ له فأعتق العبدین وولدت الجارية غلاماً، فشهدا بعد
العتق أنّ مولاهما كان أشهدهما أنّه كان يقع على الجارية، وأنّ الحمل منه؟
قال: يجوز شهادتهما، ويردّان عبيدين كما كانا»^(١).

والموتق: «عن رجل كان في سفر ومعه جارية وله غلامان مملوكان
فقال لهما: أنتما حرّان لوجه الله، واشهدا أنّ ما في بطن جاريتي هذه منّي،
فولدت غلاماً فلمّا قدموا على الورثة أنكروا ذلك واسترقّوهم، ثمّ إنّ
الغلامين أعتقا بعد ذلك، فشهدا بعد ما أعتقا أنّ مولاهما الأوّل أشهدهما
على أنّ ما في بطن جاريته منه، قال: قال: تجوز شهادتهما للغلام، ولا
يسترقّهما الغلام الذي شهدا له، لأنّهما أثبتا نسبه»^(٢).

(١) تهذيب الأحكام: ٦/ ٢٥٠، ح ٤٧، باب البيّنات؛ الاستبصار: ٣/ ١٧، ح ١٠، باب شهادة
المملوك؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٤٠٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٧١، ح ٢.

(٢) الكافي: ٧/ ٢٠، ح ٢٠، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢١١،
ح ٢، باب الوصية بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٢٢، ح ٢٠، باب وصية
الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ٤/ ١٣٦، ح ٢، باب من خلف جارية حلي
ومملوكين فشهدا على الميت أنّ الولد منه؛ وسائل الشريعة: ١٩/ ٤٠٣، أبواب أحكام
الوصايا، ب ٧١، ح ١. والتعبير عنه بالموتق لابن فضال الفطحي الثقة. راجع رجال
النجاشي، الرقم: ٧٢.

ثمَّ إنَّه لم يظهر كون الخصوصيّات المذكورة في الخبرين من كلام الإمام عليه السلام حتّى يقال: لها مدخلية في الحكم المذكور، فإنَّه كثيراً ما يسأل السائل ويذكر في سؤاله خصوصيّات لا مدخلية لها في الحكم، وعلى هذا فلا ينافي الخبران قبول شهادة العبد وإن لم يعتق، وكذلك قبول شهادته وإن لم يوص إليه السيّد بالشهادة، ولعلّ ذكر الفقهاء الخصوصيّات للتبعية لمضمون الخبرين وإن كان المذكور في كلمات بعضهم مدخلية بعض الخصوصيّات.

كراهة استرقاقهما وأمّا كراهة استرقاقهما، فربما يستفاد من التعليل المذكور حيث إنّ المناسب لإحسانهما عدم استرقاق الغلام المشهود له بالانتساب وإن كان ظاهر الكلام الحرمة، ولم يظهر مراد القائل بالحرمة هل هو انعاقهما عليه قهراً أو وجوب إعناق الغلام إياهما بحيث لو لم يعتقهما كانا باقين على الرقيّة.

عدم قبول شهادة الوصي في ما هو وصيّ فيه وأمّا عدم قبول شهادة الوصي في ما هو وصيّ فيه، وهو المشهور بين الأصحاب، ومقتضى المكاتبه الصحيحة الصريحة قبولها، وهي المكاتبه المروية في الفقيه في باب شهادة الوصي للميت وعليه دين وفيها: «كتب إليه - يعني الصفار -: أيجوز للوصي أن يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً بحق له على الميت أو على غيره وهو القابض للوارث الصغير وليس الكبير بقابض؟ فوق عليه السلام: نعم، وينبغي للوصي أن يشهد بالحق، ولا يكتم شهادته»^(١)، وظاهر الصدوق العمل بها.

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٧٣، ح ٣٣٦٢، باب شهادة الوصي للميت وعليه دين؛ وسائل ←

واستشكل في العمل بها من جهة أنه يرجع إلى كونه مدّعياً باعتبار ثبوت حق له فيما شهد به، فهو كشهادة المرتهن على المال المرهون أنه ملك للراهن مثلاً، وكشهادة الشريك لشريكه، وغرماء المفلس بهال له، وأمّا المكاتبه، فمع إعراض المعظم لا يعمل بها^(١).

ويمكن أن يقال: لا نسلم كون الوصاية حقاً للوصيّ، ألا ترى أنّ عدول المؤمنين يتصدّون أمور صغار الميّت مع عدم الوصي له، ولا يثبت لهم حقّ؟ بل ولا يهتم نظير ولاية الحاكم، فالوصيّ مكلف بإنفاذ وصيّة الموصي، والقيام بأمور صغاره مع قيمومته من قبل الموصي نظير تكليف عدول المؤمنين، وعدم العمل بالمكاتبه إن كان بملاحظة هذه الجهة لا يضرّ بحجّيتها، بل مع قطع النظر عن المكاتبه يكفي عموم ما دلّ على قبول شهادة العدل، بل لعله تجب الشهادة لإحقاق الحقّ.

(الخامسة: إذا أوصى بعق عبده أو أعتقه عند الوفاة وليس له سواه انعتق ثلثه، ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال أعتق الباقي من ثلثه، ولو أعتق مماليكه عند الوفاة أو أوصى بعقّهم ولا مال سواهم أعتق ثلثهم بالقرعة، ولورّتبهم أعتق الأوّل فالأوّل حتّى يستوفى الثلث وبطل ما زاد).

إذا أوصى بعق عبده وليس له غيره انعتق ثلثه، لعدم نفوذ الوصيّة في أوصى بعق عبده وليس له غيره الزائد عن الثلث إلّا مع إمضاء الورثة.

→ الشيعة: ٢٧ / ٣٧١، أبواب الشهادات، ب ٢٨، ح ١.

(١) جواهر الكلام: ٢٨ / ٣٥٧.

وأما صورة الإعتاق عند الوفاة وعدم ما سوى العبد، فاعتقاق خصوص الثلث مبنّي على خروج منجزات المريض من الثلث، وأما على الخروج من الأصل، فينعتق الكلّ.

لو أعتق ثلثه وله مال أعتق الباقي من ثلثه للسراية التي هو - أعني العتق - كان سببها، ولو أعتق مماليكه عند الوفاة أو وصى بعتقهم ولا مال سواهم، ففي صورة الوصية ينعتق ثلثهم بالقرعة، وكذلك لو أعتقهم منجزاً بناء على خروج المنجزات من الثلث ويخرج الثلث بالقرعة.

روايات الباب ويدلّ عليه المرسل عن النبي ﷺ: «في ستة عبيد أعتقهم مولاهم عند موته ولم يكن له غيرهم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم»^(١).

والصحيح عن أبي جعفر عليه السلام: «في الرجل يكون له المملوك فيوصي بعتق ثلثهم؟ قال: كان عليّ عليه السلام يسهم بينهم»^(٢).

والخبر الذي رواه المشايخ الثلاثة عن موسى بن جعفر عليه السلام قال: «إنّ أبي ترك ستين مملوكاً وأعتق ثلثهم فأقرعت بينهم وأخرجت عشرين وأعتقتهم»^(٣)، ولو استلزمت التعديل التجزئة في العبد أعتق ذلك الجزء

(١) مستند أحمد: ٤/٤٢٦؛ صحيح مسلم: ٥/٩٧؛ سنن الترمذي: ٢/٤٠٩؛ سنن النسائي: ٤/٦٤؛ السنن الكبرى: ١/٢٨٠.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٣/٩٤، ح ٣٣٩٦، باب الحكم بالقرعة؛ تهذيب الأحكام: ٨/٢٣٤، ح ٧٥، باب العتق وأحكامه؛ وسائل الشريعة: ٢٣/١٠٣، أبواب العتق، ب ٦٥، ح ١.

(٣) الكافي: ٧/١٨، ح ١١، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حج؛ من لا يحضره الفقيه:

٣/١١٩، ح ٣٤٥٤، باب العتق وأحكامه؛ تهذيب الأحكام: ٨/٢٣٤، ح ٧٦، باب العتق

وأحكامه؛ وسائل الشريعة: ٢٣/١٠٣، أبواب العتق، ب ٦٥، ح ٢، وفيه محمد بن مروان ←

والسعي في الباقي، ولولا النصّ كان مقتضى القاعدة تعلّق الوصيّة بثلاث كلّ منهم، وكذلك العتق المنجز بناء على خروج المنجز من الثلث، وذلك كما لو أوصى بثلاث ماله بلا تعيين لكن المتعيّن حصول العتق بالنحو المذكور في الأخبار.

ويمكن أن يقال: لا يستفاد من الأخبار المذكورة التعيّن، غاية الأمر الرخصة في العمل بالنحو المذكور في الأخبار، فما الوجه في رفع اليد عن مقتضى القاعدة إلّا أن يقال: عتق المملوك ظاهر في عتق كلّ، فمع حفظ هذا الظهور لا بدّ من تعيين الثلث بالقرعة، وهذا كما لو قال المولى لعبده: أضف أو أطعم ثلث هؤلاء، فإنّه لا بدّ بين تعيين الثلث بالاختيار أو القرعة، وإن كان فرق بين المقام والمثال، لكن المقصود الاستظهار.

وأما صورة الترتيب، فالمعروف الابتداء بالأوّل فالأوّل حتّى يبلغ الثلث، لما سبق، ولخصوص النصّ: «في رجل أوصى عند موته أعتق فلاناً وفلاناً وفلاناً وفلاناً فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المالك الخمسة الذين أمر بعتقهم [قال: ينظر إلى الذين سمّاهم وبدأ بعتقهم] فيقومون وينظرون إلى ثلثه فيعتق أوّل شيء، ثمّ الثاني، ثمّ الثالث، ثمّ الرابع، ثمّ الخامس، فإن عجز الثلث كان الذي سمّى أخيراً، لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك»^(١).

→ وهو مهمل.

(١) الكافي: ١٩/٧، ح ١٥، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه:

٤/٢١٢، ح ٥٤٩٣، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٢١، ←

فإن كان النظر إلى مقتضى القاعدة، فقد سبق الإشكال فيه، فإنَّ الترتيب تارة يكون في الوصية بأن يوصي أولاً بكذا ثم يوصي بغيره، وكذا في العتق المنجز كأن يعتق أولاً عبداً، ثم عبداً آخر وهكذا، وأخرى بالنحو المذكور في النصّ المذكور بالترتيب اللفظي مع الواو، مع أنَّ المعروف أنَّ الواو لمطلق الجمع، ففي الصورة الأولى لا كلام فيها.

وأما في الصورة الثانية، فإن تمَّ النصّ سنداً وقلنا بلزوم الأخذ تعبداً فلا كلام أيضاً، ومع عدم تمامية السند ولم يعلم استناد المشهور إليه واستبعاد كون الحكم تعبدياً من دون استظهار من كلام الموصي، يشكل ما ذكر.

(السادسة: إذا أوصى بعتق رقبة أجزأ الذكر والأنثى الصغير والكبير، ولو قال: مؤمنة لزم، فإن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب، ولو ظنها مؤمنة فأعتقها، ثم بانث بخلافه أجزأت.

السابعة: إذا أوصى بعتق رقبة بثمن معين، فإن لم يجد توقع، وإن وجد بأقلَّ أعتقها ودفع إليها الفاضل).

إذا أوصى بعتق رقبة أجزأ الذكر والأنثى الصغير والكبير، فلإطلاق المتبع عند العقلاء.

مضافاً إلى خبر الحضرمي: «قلت له - أي لأبي عبد الله عليه السلام -: إنَّ

→ ح ١٧، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشريعة: ٣٩٨/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٦، ح ١، وفيه أبو جميلة، وهو ضعيف عند النجاشي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٢.

علقمة بن محمد أوصاني أن أعتق عنه رقبة فأعتقت امرأة أفيجزئه أو أعتق عنه من مالي؟ قال: يجزئه، ثم قال: إن فاطمة أم ابني أوصت أن أعتق عنها رقبة فأعتقت عنها امرأة^(١).

وأما صورة التقييد بالإيمان، فلا بدّ فيها من امتثال ما أوصى به.

وأما أجزاء عتق من لا يعرف بنصب مع عدم وجدان المؤمن، فلخبر عليّ بن أبي حمزة المنجبر ضعفه بالشهرة قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا، فلم يوجد بذلك؟ قال: يشتري من الناس فيعتق»^(٢).

وما رواه ثقة الإسلام في الكافي عن عليّ بن أبي حمزة قال: «سألت عبداً صالحاً عن رجل هلك فأوصى بعتق نسمة مسلمة بثلاثين ديناراً فلم توجد له بالذي سمّي قال: ما أرى لهم أن يزيدوا على الذي سمّي، قلت: فإن لم يجدوا؟ قال: يشترون من عُرض الناس ما لم يكن ناصباً»^(٣).

(١) الكافي: ١٧/٧، ح ٥، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٢١٤/٤، ح ٥٤٩٨، باب الوصية بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٢٢٠/٩، ح ١٥، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ٤٠٤/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٧٢، ح ١. والرواية صحيحة على كلام في أبي بكر الحضرمي. راجع معجم رجال الحديث: ٢٩٦/١٠.

(٢) الكافي: ١٨/٧، ح ٩، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٢١٤/٤، ح ٥٥٠١، باب الوصية بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٢٢٠/٩، ح ١٣، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ٤٠٥/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٧٣، ح ١. وعليّ بن أبي حمزة واقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٦٥٦.

(٣) الكافي: ١٨/٧، ح ١٠، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ وسائل الشيعة: ٤٠٥/١٩، ←

وما رواه المشايخ الثلاثة إلى عليّ بن أبي حمزة قال: «سألت أبي الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك؟ قال: يشتري من الناس فيعتق»^(١).

ولا يخفى أنّ خبر عليّ بن أبي حمزة واحداً كان أو أزيد بناء على حجّيته من جهة الانجبار بالشهرة يستفاد منه عدم كونه ناصبياً لا عدم المعروفة بالنصب، كما في المتن، فلا بدّ من الإحراز، إلّا أن يقال: يحرز بالأصل حيث إنّ النصب صفة عارضة ومقتضى الأصل عدمه.

وأما صورة الظنّ بالإيمان مع تبيّن الخلاف، فاستدلّ^(٢) على الإجزاء فيها بقاعدة الإجزاء، والصحيح: «عن رجل أوصى بنسمة مؤمنة عارفة فلما أعتقناه بان أنّها لغير رشدة؟ فقال: قد أجزأ عنه، إنّما^(٣) مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحية على أنّها سميّة فوجدها مهزولة»^(٤).

ويمكن أن يقال: أمّا قاعدة الإجزاء، فلا يخفى أنّها لا تنطبق على ما

→ أبواب أحكام الوصايا، ب ٧٣، ح ٢. وعليّ بن أبي حمزة واقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٦٥٦.

(١) الكافي: ١٨/٧، ح ٩، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢١٤، ح ٥٥٠١، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٢٠، ح ١٣، باب وصيّة الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٤٠٥، أبواب أحكام الوصايا، ب ٧٣، ح ١. وعليّ بن أبي حمزة واقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٦٥٦.

(٢) رياض المسائل: ١٠/ ٣٨٥؛ جواهر الكلام: ٢٨/ ٣٦١.

(٣) من هنا إلى آخره ليس في التهذيب.

(٤) الكافي: ٧/ ٦٢، ح ١٧، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٣٢، ح ٥٥٥٢، باب نوادر الوصايا؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٣٦، ح ١٣، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٤٣١ - ٤٣٢، أبواب أحكام الوصايا، ب ٩٥، ح ٢-٣.

نحن فيه، وأمّا الرواية، فلعلّ المراد من قول القائل «فبان»، إلى آخره، تبين عدم طهارة المولد، فلا مجال للاستدلال به على مقامنا.

وأمّا الوصية بعق رقبة بثلثين معين، فمع عدم الوجدان بالثلثين المعين إذا أوصى بعق رقبة لا بدّ من التوقع، ومع الوجدان بأقلّ، فالمعروف أنّه يشتري بأقلّ من بثلثين معين الثمن الذي أوصى به، ويدفع الباقي إليها.

واستدلّ^(١) عليه بموثّق سماعه: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة من ثلثه بخمسمائة درهم، فاشترى الوصيّ بأقلّ من خمسمائة درهم وفضلت فضلة فما ترى في الفضلة؟ قال: تدفع إلى النسمة من قبل أن تعتق، ثمّ تعتق عن الميت»^(٢).

ولا يخفى أنّ تعيين القيمة في كلام الموصي أو الموكل ليس بمعنى عدم الإجازة في الاشتراء بأقلّ حتّى يقال في المقام بأنّ الرواية محمولة على صورة التعذر، ومع عدمه يكون تبديلاً للوصية، نعم، إذا كان نظر الموصي لغرض إلى خصوص الثمن المعين، فلا بدّ من الصبر وتوقع ما أوصى به.

(الثامنة: تصرفات المريض إن كانت مشروطة بالوفاء فهي الكلام في تصرفات المريض من الثلث، وإن كانت منجزة وكان فيها محاباة أو عطية محضة

(١) مسالك الأفهام: ٦/ ٢١٣؛ الحدائق الناضرة: ٢٢/ ٥١٣؛ رياض المسائل: ١٠/ ٣٨٦.

(٢) الكافي: ٧/ ١٩، ح ١٣، باب من أوصى بعق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢١٥، ح ٥٥٠٥، باب الوصية بالعق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/ ٢٢١، ح ١٨، باب وصية الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٤١٠، أبواب أحكام الوصايا، ب ٧٧، ح ١. والتعبير عنه بالموثّق لساعة المرمي بالوقف. راجع معجم رجال الحديث: ٨/ ٢٩٧.

فقولان: أشبههما أنها من الثلث).

تصرّف المريض إن كان بنحو الوصية، فلا إشكال في نفوذه من الثلث وقد سبق الكلام فيه، وألحق بها التدبير والنذر المؤجل بالموت وادّعي الإجماع عليه.

وأما التصرفات المنجزة، ففي حال الصحة لا إشكال فيها.

وأما ما وقع منها في مرض الموت من قبيل الصلح الجبائي أو عطية محضة أو عتق ونحوها مما يوجب نقصان التركة وتضرر الورثة، ففيها الخلاف، وقد سبق الكلام فيها في كتاب الحجر.

(أما الإقرار للأجنبي، فإن كان متهماً على الورثة، فهو من الثلث وإلا فهو من الأصل وللوارث من الثلث على التقديرين، ومنهم من سوى بين القسمين).

التاسعة: أرش الجراح ودية النفس يتعلّق بهما الديون والوصايا كسائر أموال الميت).

أما الإقرار، فمقتضى القاعدة فيه نفوذه مطلقاً بالنسبة إلى الأجنبي والوارث، لكن ورد في المقام أخبار لا بدّ من الجمع بينها وبين عموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»:

حكم من أقر للأجنبي

منها: صحيحة منصور بن حازم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً؟ فقال: إن كان الميت مرضياً، فأعطه الذي أوصى له»^(١).

الروايات الواردة
في المقام

(١) الكافي: ٧/ ٤١-٤٢، ح ٢، باب المريض يقرّ لوارث بدين؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٢٢٩، ←

ومنها: موثقة أبي أيوب عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً؟ فقال: إن كان الميت مرضياً، فأعطه الذي أوصى له»^(١).

ومنها: صحيحة ابن مسكان عن العلاء يبيع السابري قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالاً فلما حضرها الموت قالت له: إن المال الذي أودعته إليك لفلانة وماتت المرأة وأتى أولياؤها الرجل فقالوا له: إنه كان لصاحبتنا مال ولا نراه إلا عندك فاحلف لنا ما لنا قبلك شيء أم يحلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونة فيحلف لهم وإن كانت متهمّة، فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه»^(٢).

ومنها: صحيحة إسماعيل بن جابر قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقرّ لوارث له وهو مريض بدين؟ قال: يجوز عليه إذا أقرّ به دون الثلث»^(٣).

→ ح ٥٥٤٢، باب إقرار المريض للوارث بدين؛ تهذيب الأحكام: ١٥٩/٩، ح ٢، باب الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ١١١/٤، ح ٢، باب الإقرار في حال المرض لبعض الورثة بدين؛ وسائل الشريعة: ٢٩١/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٦، ح ١.

(١) تهذيب الأحكام: ١٦٠/٩، ح ٣، باب الإقرار في المرض؛ وسائل الشريعة: ٢٩٤/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٦، ح ٨. والتعبير عنها بالموثقة لابن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٢) الكافي: ٤٢/٧، ح ٣، باب المريض يقرّ لوارث بدين؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٢٩/٤، ح ٥٥٤٣، باب إقرار المريض للوارث بدين؛ تهذيب الأحكام: ١٦٠/٩، ح ٧، باب الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ١١٢/٤، ح ٧، باب الإقرار في حال المرض لبعض الورثة بدين؛ وسائل الشريعة: ٢٩١/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٦، ح ٢.

(٣) الكافي: ٤٢/٧، ح ٤، باب المريض يقرّ لوارث بدين؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٢٨/٤، ح ٥٥٤٠، باب إقرار المريض للوارث بدين؛ تهذيب الأحكام: ١٦٠/٩، ح ٥، باب الإقرار ←

وجه الجمع بين هذه
الصحيحة وبين
صحيحة منصور
والموثقة

فنقول: قد يجمع بين هذه الصحيحة وبين صحيحة منصور والموثقة بتقييدها بصورة التهمة^(١).

وفيه إشكال حيث إنّ صورة التهمة نادرة أو يكون غير غالبية، فكيف يحمل المطلق الوارد في مقام البيان بنحو القانون على النادر أو غير الغالبة، وإن قيّد صحيحة منصور والموثقة بهذه الصحيحة لزم عدم نفوذ الإقرار بالنسبة إلى الوارث في صورة عدم كون المقرّ مريضاً لا بالنسبة إلى الأصل، ولا بالنسبة إلى الثلث.

وهذا مناف لما رواه في الكافي والشيخ في التهذيب في الصحيح عن أبي ولّاد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مريض أقرّ عند الموت لوارث بدين له عليه؟ قال: يجوز له ذلك، قلت: فإن أوصى لوارث بشيء؟ قال: جائز»^(٢)، فإن عومل في صحيحة إسماعيل بن جابر وصحيحة منصور والموثقة معاملة المتعارضين يكون المقيّد لصحيحة أبي ولّاد أحد المتعارضين المأخوذ به، ويكون هو المقيّد لصحيحة أبي ولّاد، فالمقيّد لها إما صحيحة منصور بن حازم والموثقة أو صحيحة إسماعيل بن جابر.

إلا أن يقال: القيد المذكور في صحيحة منصور والموثقة كون المقرّ

→ في المرض؛ الاستبصار: ١١٢/٤، ح ٥، باب الإقرار في حال المرض لبعض الورثة بدين؛ وسائل الشيعة: ٢٩٢/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٦، ح ٣.

(١) مسالك الأفهام: ٩٦/١١؛ الحدائق الناضرة: ٦١٥/٢٢؛ رياض المسائل: ٣٩٢-٣٩٣.

(٢) الكافي: ٤٢/٧، ح ٥، باب المريض يقرّ لوارث بدين؛ تهذيب الأحكام: ١٦٠/٩، ح ٦، باب

الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ١١٢/٤، ح ٦، باب الإقرار في حال المرض لبعض الورثة

بدين؛ وسائل الشيعة: ٢٩٢/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٦، ح ٤.

مرضياً وهذا غير كونه متّهماً، فلا مانع من أن يقال جمعاً بين الطرفين: إذا كان مرضياً بمعنى كونه عدلاً أو ما يقرب منه يعطى المقرّ به وإن زاد عن الثلث، وإن كان غير مرضيٍّ ولعلّه الغالب يعطى ما لا يزيد عن الثلث بناء على تفسير دون الثلث بهذا، فلا يلزم المحذور المذكور على تقدير إرادة غير المتّهم من المرضي، ولا مانع من تقييد صحيحة أبي ولّاد في صورة عدم كون المقرّ مرضياً بالثلث، هذا في صورة الإقرار للوارث.

وأما صورة الإقرار للأجنبي، فمقتضى صحيحة ابن مسكان المذكورة التفصيل بين المأمونة والمتّهمة، فإن كانت الموصية مأمونة بمعنى عدم إرادة الإضرار بالورثة فأقرارها نافذ في المقرّ به وإن كانت زائدة عن ثلثها، وإن كانت متّهمة، فالظاهر من آخر الرواية نفوذه في الثلث حيث إنّه لا يكون باختيارها إلا ثلث متروكاتها.

وأما تعلّق الديون والوصايا بأرّش الجراح ودية النفس، فیدلّ عليه ما رواه محمد بن يعقوب عن أبي عليّ الأشعري، عن محمد بن عبد الجبار، عن صفوان بن يحيى، عن يحيى الأزرق^(١)، عن أبي الحسن عليه السلام: «في رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالاً، فأخذ أهله الدية من قاتله عليهم أن يقضوا دينه؟ قال: نعم، قلت: وهو لم يترك شيئاً؟ قال: إنّما أخذوا الدية، فعليهم أن يقضوا دينه»^(٢).

(١) في الفقيه: صفوان بن يحيى الأزرق.

(٢) الكافي: ٢٥ / ٧، ح ٦، باب من أوصى وعليه دين؛ من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٢٢٥-٢٢٦،

ح ٥٥٣٢، باب قضاء الدين من الدية؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ١٦٧، ح ٢٧، باب الإقرار في ←

وما رواه الشيخ بإسناده عن الصفار عن يعقوب بن يزيد، عن غياث بن كلوب، عن إسحاق بن عمار، عن جعفر عليه السلام: «أن رسول الله ﷺ قال: إذا قبلت دية العمد فصارت مالاً فهي ميراث كسائر الأموال»^(١).

والمستفاد من الرواية أنّ من يأخذ الدية عليه أن يقضي الدين، وحيث إنّ الدين مقدّم على الإرث يكون القضاء مقدّماً، والمستفاد من الثانية أنّ الدية كسائر الأموال المتروكة فيكون الدين والوصيّة مقدّمين على الإرث من غير فرق بين دية الجراح أو القتل.

→ المرض؛ وسائل الشيعة: ٣٦٤ / ١٨، أبواب الدين والقرض، ب ٢٤، ح ١. والرواية صحيحة.
 (١) تهذيب الأحكام: ٣٧٧ / ٩، ح ١٦، باب ميراث المرتد ومن يستحقّ الدية من ذوي الأرحام؛
 وسائل الشيعة: ٤١ / ٢٦، أبواب موانع الإرث، ب ١٤، ح ١. والرواية موثقة بغياث بن
 كلوب الثقة العامّي. راجع معجم رجال الحديث: ٢٣٥ / ١٣.

فهرس المحتويات

كتاب الرهن

الركن الأول: في الرهن / ٧

٧	الرهن في اللغة والاصطلاح
٨	لزوم الإيجاب والقبول في الرهن
٨	اشتراط القبض في الرهن
١١	اشتراط كون الرهن عيناً
١٢	اشتراط كون الرهن مملوكاً
١٢	حكم رهن مال الغير
١٤	بطلان الشرط والرهن
١٤	عدم دخول حمل الدابة وثمره النخل والشجر
١٤	حكم ما يتجدد بعد الارتهان
١٥	تكون الفائدة للراهن
١٥	لو رهن رهنين بدينين ثم أدى عن أحدهما

الركن الثاني: في الحق / ١٧

١٧	اشتراط ثبوت الحق في الذمة مالا كان أو منفعة
----	---

٥٢٠ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

حكم أخذ الرهن على الأعيان المضمونة ١٨

جعل العين المرهونة رهناً ثانياً ٢٠

الركن الثالث: في الراهن / ٢٣

شروط الراهن ٢٣

رهن الولي لمصلحة المولى عليه ٢٣

عدم جواز تصرف الراهن في الرهن ٢٣

لوعا الراهن وقف على إجازة المرتهن ٢٦

الركن الرابع: في المرتهن / ٢٧

شروط المرتهن ٢٧

جواز اشتراط الوكالة في الرهن ٢٧

يشترط كمال العقل وجواز التصرف ٢٧

بطلان الوكالة بموت الموكل ٢٨

جواز ابتياع الرهن للمرتهن ٢٩

المرتهن أحقّ من غيره باستيفاء دينه ٢٩

الرهن أمانة في يد المرتهن ورواياته ٣٠

الروايات المتعارضة ٣١

وجوه حمل الروايات المعارضة ٣٢

لو كان الرهن دابةً أنفق المرتهن عليها ٣٤

جواز استيفاء الدين للمرتهن ٣٦

بيع الرهن متوقف على الإجازة ٣٧

فهرس المحتويات ٥٢١

مسائل ٣٩

يضمن المرتهن قيمة الرهن يوم تلفه ٣٩

لو اختلف الراهن والمرتهن في القيمة ٤٠

لو اختلفا فيما على الرهن وروايات الباب ٤١

الرواية المعارضة والجواب عنه ٤١

لو اختلفا في أن المال رهن أو وديعة ٤٢

لو اختلفا في التفريط ٤٤

كتاب الحجر

معنى الحجر وأسبابه الستة ٤٧

يزول الحجر بالبلوغ ٤٨

إنبات الشعر الخشن على العانة ورواياته ٤٨

يعلم البلوغ بخروج المنى ٥٠

البلوغ بالسن ٥١

روايات الباب ٥١

الأخبار المعارضة في المسألة ٥٣

يزول الحجر بالرشد ٥٦

تفسير الرشد ٥٦

هل تعتبر العدالة؟ ٥٧

لو شك في الرشد ٥٨

٥٢٢ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج٦

مع عدم الرشد لا يجوز التصرفات المالية ٥٨

الأخبار الواردة في المقام ٥٩

تصرفات المملوك ٦٠

تصرفات المريض ٦١

الروايات الواردة في المسألة ٦١

حكم التبرعات المنجزة بما زاد على الثلث ٦٢

الأخبار الدالة على الخروج من الثلث ٦٢

وجوه المناقشة في الروايات المذكورة ٦٨

الأخبار الدالة على الخروج من الأصل لا الثلث ٧٠

أوصياء الصغار والمجانين وروايات الباب ٧٥

المناقشة في الروايات المذكورة ٧٧

كتاب الضمان

القسم الأول: ضمان المال / ٨١

تعريف الضمان ٨١

شروط ضمان المال ٨١

الفرق بين الضمان والحوالة ٨١

لا يعتبر رضا المضمون عنه ٨٣

في مال لو أنكر المضمون عنه ٨٣

اعتبار الملاءة في اللزوم وما استدلل له ٨٤

فهرس المحتويات ٥٢٣

يرجع الضامن على المضمون عنه ٨٧

ما يرد عليه ٨٧

لا يرجع مع عدم سؤال المضمون عنه ٨٨

لو لم يعلم الضامن ما على المضمون عنه ٨٩

القسم الثاني: الحوالة / ٩١

تعريف الحوالة وشروطها ٩١

لا بدّ في الحوالة من الإنشاء ٩١

لا يجب قبول الحوالة ٩٢

يشترط ملاءته وقت الحوالة ٩٣

براءة المحيل وإن لم يبرئه المحتال ٩٣

القسم الثالث: الكفالة / ٩٥

تعريف الكفالة وشروطها ٩٥

هل الكفالة تعهّد بالنفس خاصّة؟ ٩٥

كفاية استحقاق الإحضار في مجلس الشرع ٩٥

لو طلب الخصم من الحاكم إحضار خصمه للمرافعة ٩٦

يعتبر رضى الكافل والمكفول له ٩٦

يلزم تعيين الأجل في المؤجّلة ٩٧

يجوز للمكفول له أن يجبس الكفيل حتّى يأتي بالغريم ٩٨

التخير بين إحضار الغريم أو ما عليه من الحقّ ٩٨

من خلّى غريباً من يد غريمه لزمه الإعادة أو أداء ما عليه ١٠١

٥٢٤ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج٦

بطلان الكفالة بموت المكفول ١٠٣

كتاب الصلح

تعريف الصلح وجوازه إلا ما حرّم حلالاً أو حلّ حراماً ١٠٧

جواز الصلح مع الإقرار والإنكار ١٠٩

إحضار الحاكم للمنكر وإلزامه بالحلف ١١١

صحّة الصلح مع العلم والجهل ١١١

لو اصططح الشريكان على أنّ الخسران على أحدهما ١١٣

لو أودعه إنسان درهمين وآخر درهماً فامتزجت ١١٩

لو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً وللآخر ثوب بثلاثين ١١٩

بطلان الصلح مع ظهور استحقاق أحد العوضين ١٢٠

كتاب الشركة

تعريف الشركة ١٢٥

المرج القهري المجرد عن قصد إرادة إنشاء الشركة ١٢٦

عدم صحّة شركة الأبدان ١٢٨

تعريف شركة الوجوه ١٢٩

تعريف شركة المفاوضة ١٣٠

الربح والخسران بالنسبة مع عدم الشرط ١٣٠

لو شرط أحدهما في الربح أزيد ممّا يستحقّه ١٣٠

مع الامتزاج ليس لأحد الشركاء التصرف إلا بالإذن ١٣١

فهرس المحتويات ٥٢٥

- ١٣١ جواز الشركة من الطرفين
- ١٣٢ ليس لأحد الشركاء الامتناع من القسمة
- ١٣٢ عدم صحة الشركة مؤجلة
- ١٣٣ بطلان الشركة بالموت
- ١٣٣ كراهة مشاركة الذمي وإبضاعه وإيداعه

كتاب المضاربة

- ١٣٧ تعريف المضاربة
- ١٣٧ الفرق بين القراض والقرض والبضاعة في المضاربة
- ١٣٩ لا يلزم في المضاربة اشتراط الأجل
- ١٤١ لزوم الاقتصار على ما عيّن
- ١٤١ لو أطلق ربّ المال يتصرّف العامل في الاستثمار كيف شاء
- ١٤٢ إنفاق العامل في السفر من الأصل
- ١٤٣ المراد بالسفر هنا
- ١٤٤ لزوم اشتراء العامل بعين المال
- ١٤٤ وقوع الشراء للعامل وكون الربح له
- ١٤٥ لو عدل العامل عمّا عيّنه المالك
- ١٤٥ الروايات الواردة في المقام
- ١٤٧ تبطل المضاربة بموت كلّ واحد منهما والجنون والإغماء
- ١٤٨ يشترط كون مال المضاربة عيناً دنانير أو دراهم

٥٢٦ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

- لو قوّم عروضاً وشرط للعامل حصّة من ربحه ١٤٨
- لزوم العلم بهال المضاربة ١٤٩
- لو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل ١٤٩
- تملّك العامل نصيبه من الربح بظهوره ١٥٠
- الأقوال الأربعة في المسألة والمناقشة فيها ١٥١
- المناقشة في الوجوه المذكورة للقول المشهور ١٥٢
- عدم الخسران على العامل ١٥٣
- لو اشترى العامل أباه فظهر فيه ربح ١٥٣
- لا يجوز للعامل وطء الجارية المشتراة بهال المضاربة ١٥٦
- عدم صحّة المضاربة بالدين حتّى يقبض ١٥٧
- لو كان في يده مضاربة فمات ١٥٨

كتاب المزارعة والمساقاة

- تعريف المزارعة وشروطها ١٦١
- عدم بطلان المزارعة بموت أحدهما ١٦٢
- يشترط أن يكون النماء مشاعاً ١٦٢
- إخراج مقدار البذر ١٦٥
- اشتراط أن تقدّر للمزارعة مدّة معلومة ١٦٥
- اشتراط كون الأرض ممّا يمكن الانتفاع بها ١٦٧
- له أن يزرع الأرض بنفسه وبغيره ومع غيره ١٦٧

فهرس المحتويات ٥٢٧

خراج الأرض	١٦٨
ما يستظهر منه اللزوم على الزارع بالشرط	١٦٩
لصاحب الأرض أن يحرص على الزارع	١٧١
يشترط سلامة الزرع	١٧٢
ثبوت أجرة المثل في موضع تبطل فيه المزارعة	١٧٣
حكم إجارة الأرض للزراعة بالحنطة أو الشعير	١٧٣
تعريف المساقاة	١٧٦
الروايات الواردة في الباب	١٧٦
شروط المساقاة	١٧٨
يشترط المدة المعلومة	١٧٩
لزوم العمل على العامل	١٨٠
بناء الجدران وعمل النواضح	١٨٠
اعتبار إشاعة الفائدة	١٨٠
يستحق العامل الأجرة	١٨١
كراهة اشتراط المالك شيئاً زائداً	١٨١

كتاب الوديعة والعارية

تعريف الوديعة وشروطها	١٨٧
تفتقر الوديعة إلى القبول	١٨٧
اعتبار الاختيار في الوديعة	١٨٧

٥٢٨ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج٦

- وجوب حفظ الوديعة ١٨٨
- لزوم الاقتصار على الحرز الذي عيّنه المالك ١٨٩
- الوديعة جائزة من الطرفين ١٩٠
- وجوب العلف والسقي مع كون الوديعة دابة ١٩١
- عدم الضمان في الوديعة مع عدم التعدي والتفريط ١٩٢
- الضمان بالعدوان ١٩٥
- لو تصرف الودعي في الوديعة باكتساب ضمن والربح للمالك ١٩٦
- عدم البراءة بردّ الوديعة إلى الحرز ١٩٧
- عدم الضمان مع الإكراه ١٩٨
- وجوب إعادة الوديعة إلى المالك ١٩٩
- لو أحلفه أنّها ليست عنده حلف مورّياً ١٩٩
- لو كان مال المودع غصباً ٢٠٠
- لو اختلط بمال المودع الغاصب ٢٠٢
- إذا ادّعى المالك التفريط فالقول قول المستودع ٢٠٣
- تقديم قول المالك في صورة الاختلاف في الوديعة والدين ٢٠٥
- لو اختلفا في القيمة والأقوال في المسألة ٢٠٦
- لو اختلفا في الرد ٢٠٧
- لو مات المودع وكان الوارث جماعة ٢٠٧
- تعريف العارية وشروطها ٢٠٧
- العارية من العقود ٢٠٨

فهرس المحتويات ٥٢٩

- ٢٠٩ اشتراط كمال العقل وجواز التصرف
- ٢١١ لو أوجب التصرف النقص في العين أو التلف
- ٢١١ لو تلفت العين بالاستعمال
- ٢١٢ لو تلفت العين بتفريط أو عدوان
- ٢١٣ اشتراط المعير ضمان العين المستعارة
- ٢١٤ لو استعار من الغاصب ضمن
- ٢١٥ رجوع المستعير فيما اغترم إلى المعير
- ٢١٦ الكلام في نفس العين المستعارة
- ٢١٧ رجوع من لم يتلف العين في يده إلى من تلفت في يده
- ٢١٨ كل ما يصح الانتفاع به مع بقاءه تصح إعارته
- ٢١٩ لو اختلف المعير والمستعير في التفريط
- ٢١٩ لو اختلفا في ردّ العارية
- ٢٢٠ لو اختلفا في القيمة
- ٢٢٠ لو استعار الرهن من غير إذن المالك

كتاب الإجارة

- ٢٢٣ تعريف الإجارة
- ٢٢٣ حقيقة الإجارة
- ٢٢٤ الإجارة لازمة من الطرفين
- ٢٢٥ انفساخ الإجارة بالتقاييل

٥٣٠ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

٢٢٥ عدم بطلان الإجارة ببيع العين المستأجرة

٢٢٦ هل تبطل الإجارة بالموت؟

٢٢٧ دليل القول الأوّل

٢٢٧ دليل القول الثاني

٢٢٨ المناقشة في الدليل الثاني

٢٣١ كلّ ما تصحّ إعارته تصحّ إجارته

٢٣٢ جواز إجارة المشاع

٢٣٢ العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر

٢٣٣ شرائط الإجارة

٢٣٤ كون المتعاقدين كاملين جائزي التصرف

٢٣٤ اعتبار معلوميّة الأجرة

٢٣٦ لو استأجر لحمل متاع إلى موضع في وقت معيّن

٢٣٩ اعتبار كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو لمن يؤجر عنه

٢٤١ للمستأجر أن يؤجر إلّا أن يشترط عليه

٢٤١ اعتبار كون المنفعة مقدّرة بنفسها

٢٤٢ استقرار الأجرة إذا مضت مدّة يمكن استيفاء المنفعة

٢٤٤ لا يجوز للمستأجر التعديّ وإلّا ضمن

٢٤٤ تبطل الإجارة بتلف العين قبل القبض

٢٤٨ عدم سقوط مال الإجارة لو كان بفعل المستأجر

فهرس المحتويات ٥٣١

٢٤٩	عدم صحّة استيجار الآبق
٢٤٩	عدم ضمان صاحب الحمام الثياب
٢٥٠	لوتنازعا في الاستيجار
٢٥٢	لو اختلفا في ردّ العين
٢٥٢	لو اختلفا في قدر الشيء المستأجر
٢٥٢	لو ادعى المؤجر على المستأجر التفريط
٢٥٣	الأخبار المعارضة
٢٥٥	ثبوت أجرة المثل فيما تبطل فيه الإجارة
٢٥٦	لو تعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمن
٢٥٨	استحباب مقاطعة أجرة الأجير
٢٦٠	وجوب إيفاءه عند فراغه

كتاب الوكالة

الفصل الأول: الوكالة / ٢٦٧

٢٦٧	تعريف الوكالة وشروطها
٢٦٩	اشتراط التنجيز وعدم الصحّة مع التعليق
٢٧٠	جواز الوكالة من الطرفين
٢٧٠	أقسام العقود الأربعة في التذكرة
٢٧٠	هل ينزل الوكيل بمجرد عزله ؟
٢٧١	الأخبار الواردة في المسألة

٥٣٢ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

بطلان الوكالة بالموت والجنون والإغماء ٢٧٣

لو باع الوكيل بضمن فأنكر الموكل الإذن ٢٧٥

لو أنكر المشتري الوكالة ٢٧٦

تعذر استعادة العين ٢٧٨

الفصل الثاني: ما تصح فيه الوكالة / ٢٧٩

ما يعتبر فيه المباشرة ٢٨١

الوكالة في الطلاق ٢٨٢

لزوم الاختصار على ما عين الموكل ٢٨٣

الفصل الثالث: الموكل / ٢٨٥

شروط الموكل وأقسام الموكلين ٢٨٥

اشتراط التكليف ٢٨٥

اشتراط جواز التصرف في الموكل ٢٨٥

عدم صحة توكيل الوكيل عن الموكل ٢٨٦

التوكيل عن نفسه فيما وكل فيه ٢٨٦

جواز توكيل الحاكم عن السفهاء والبله ٢٨٦

كراهة تولي المنازعة لذوي المروآت ٢٨٧

الفصل الرابع: الوكيل / ٢٨٩

اشتراط كمال العقل في الوكيل ٢٨٩

توكل المسلم للمسلم على المسلم والذمي ٢٨٩

وكالة الذمي والكافر على المسلم ٢٩٠

فهرس المحتويات ٥٣٣

الوكيل أمين لا يضمن ٢٩١

الفصل الخامس: في الأحكام / ٢٩٣

إذا اختلفا في الوكالة ٢٩٤

لو اختلفا في العزل ٢٩٤

لو اختلفا في التفريط ٢٩٤

لو اختلفا في التلف ٢٩٤

لو اختلفا في الرد ٢٩٤

إذا زوجه مدّعياً وكالته فأنكر الموكل ٢٩٥

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

تعريف الوقف ٣٠١

اعتبار اللفظ الصريح الدال على التأيد ٣٠٢

كون الوقف من العقود ٣٠٣

اعتبار القبض في الوقف ٣٠٤

الشروط واللواحق ٣٠٧

والشروط على أربعة أقسام ٣٠٧

الأول: في الوقف ٣٠٧

اشتراط التنجيز في الوقف ٣٠٨

اعتبار الإقباض في الوقف ٣٠٩

اعتبار إخراجه عن نفسه ٣١٠

٥٣٤ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

المناقشة في الأدلة ٣١١

الوقف لمن ينقرض غالباً ٣١٣

اشتراط العود إلى نفسه عند الحاجة ٣١٦

الثاني: في الموقوف ٣١٧

اشتراط أن يكون عيناً مملوكة ٣١٧

يعتبر كون المنفعة المقصودة محللة ٣١٨

الثالث: في الواقف ٣١٩

اشتراط البلوغ في الواقف ٣١٩

اشتراط كمال العقل وجواز التصرف في الواقف ٣٢٠

جواز جعل الواقف النظر لنفسه ٣٢١

الرابع: في الموقوف عليه ٣٢٤

اشتراط وجود الموقوف عليه ٣٢٤

لزوم تعيين الموقوف عليه ٣٢٥

اشتراط القابلية للتملك ٣٢٥

اشتراط عدم كون الوقف عليه محرماً ٣٢٥

حكم الوقف على من سيوجد ٣٢٦

الوقف على البر ٣٢٦

وقف المسلم للحربي ٣٢٧

وقف المسلم على الفقراء ٣٢٧

فهرس المحتويات ٥٣٥

تفسير المؤمن	٣٢٩
تحديد الجيران في العرف والأخبار	٣٣٠
الروايات الواردة في المقام	٣٣٠
الوقف على من انتسب إلى أب	٣٣١
لو وقف على مصلحة فبطلت	٣٣١
شرط إدخال من يوجد مع الموجود	٣٣٤
الوقف على أولاده الأصاغر	٣٣٦
لواحق كتاب الوقف	٣٣٩
الوقف في سبيل الله	٣٣٩
الوقف على الموالى	٣٤٠
استعمال المشترك في أكثر من معنى	٣٤١
إذا وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد	٣٤٢
لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه ولا بيعه	٣٤٤
ما استدلل به على عدم الجواز	٣٤٥
المناقشة في ما ذكر	٣٤٥
مستثنيات بيع الوقف	٣٤٦
وقوع الخلف المؤدى إلى الفساد	٣٤٨
الجواب عن الإشكالات	٣٥٠
إطلاق الوقف يقتضي التسوية	٣٥١

٥٣٦ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

- إذا وقف على الفقراء وكان منهم ٣٥٢
- افتقار السكنى والعمرى إلى الإيجاب والقبول والقبض ٣٥٣
- الأخبار في مشروعية السكنى والعمرى والرقبي ٣٥٣
- التفصيل في بعض الأخبار بين صورة التوقيت وعدمه ٣٥٥
- بقاء الملك محلّ السكنى على ملك مالكه ٣٥٦
- اللزوم مع تعيين المدة وإن مات المالك ٣٥٧
- لو لم تتعَيَّن المدة ولا عمر أحدهما ٣٥٨
- لو مات المالك كان المسكن ميراثاً وبطلت السكنى ٣٥٨
- جواز إسكان الساكن معه من جرت العادة به ٣٥٨
- عدم بطلان السكنى ببيع المالك الأصل ٣٥٩
- جواز حبس الفرس والبعير في سبيل الله ٣٥٩
- الروايات الواردة في المقام ٣٦٠
- الكلام في دلالة هذه الروايات ٣٦٢
- تعريف الصدقة وأحكامها ٣٦٣
- لا بدّ في الصدقة من الإنشاء ولو بالفعل ٣٦٣
- حرمة الصدقة المفروضة على بني هاشم ٣٦٤
- اختصاص الحرمة بالزكاة المفروضة ٣٦٤
- الأخبار المعارضة ٣٦٥
- الصدقة سرّاً أفضل منها جهراً ٣٦٧

فهرس المحتويات	٥٣٧
تعريف الهبة وشروط صحتها	٣٦٨
احتياج الهبة في العين إلى الإيجاب والقبول	٣٧٠
لو كانت الهبة راجعة إلى غير من عليه الدين	٣٧١
لزوم القبض واشترائه في صحة الهبة	٣٧٢
ما استدللّ به للقول الآخر والمناقشة فيه	٣٧٣
اشتراط كون القبض بإذن الواهب	٣٧٥
لو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير لزم	٣٧٧
عدم الحاجة في هبة الأب أو الجدّ للصغير إلى القبض	٣٧٧
جواز هبة المشاع	٣٧٨
الكلام في كيفية قبضه	٣٧٩
عدم الرجوع في الهبة لأحد الوالدين	٣٨٠
الأخبار الدالة على الجواز	٣٨١
الأخبار الدالة على عدم الجواز	٣٨٢
حكم رجوع أحد الزوجين فيما وهب للآخر	٣٨٤
حكم الرجوع في الهبة لو عوّضت	٣٨٦
لو تصرف في العين الموهوبة للأجنبي	٣٨٧

كتاب الوصايا

الفصل الأول: الوصية / ٣٩١

تعريف الوصية وافتقارها إلى الإيجاب والقبول	٣٩١
--	-----

٥٣٨ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

كلام العلامة الحلي في المختلف ٣٩٣

كفاية الإشارة الدالة على القصد ٣٩٥

حكم ما كتب الميت بخطه ٣٩٧

عدم صحة الوصية بمعصية ٣٩٨

الفصل الثاني: في الموصي / ٣٩٩

ما يشترط في الموصي ٣٩٩

وصية من بلغ عشر سنين ٣٩٩

وصية من جرح نفسه بما فيه هلاكها ٤٠١

جواز رجوع الموصي عن وصيته ٤٠٢

الفصل الثالث: في الموصى له / ٤٠٥

ما يشترط في الموصى له ٤٠٥

اشتراط وجود الموصى له حال الوصية ٤٠٥

صحة الوصية للوارث ٤٠٦

صحة الوصية للحمل ٤٠٧

حكم الوصية للذمي ٤٠٨

القول بعدم صحة الوصية للذمي ٤١٠

عدم صحة الوصية للحربي ٤١٢

عدم صحة الوصية لمملوك غير الموصي ٤١٣

صحة الوصية لعبد الموصي ٤١٥

فهرس المحتويات ٥٣٩

٤١٦	اعتبار كون ما يوصى به بعد خروجه من الثلث
٤١٧	الوصية بالمعين
٤١٨	لو أعتق عبده عند موته وليس غيره وعليه دين
٤١٨	الأخبار الواردة في المقام
٤٢٣	حكم الوصية لأم ولده
٤٢٤	هل تعتق من الوصية إذا وفّت بقيمتها أو من نصيب ولدها؟
٤٢٥	إطلاق الوصية تقتضي التسوية
٤٢٦	الوصية للأحوال والأعمام
٤٢٧	الوصية للقربة
٤٢٨	الوصية لأهل بيته
٤٢٩	إذا مات الموصى له قبل الموصي يقوم الوارث مقامه
٤٣٠	الروايات المعارضة في المقام
٤٣١	لو لم يكن وارث سوى الإمام عليه السلام مع غيبته
٤٣٢	استحباب الوصية لذوي القربة

الفصل الرابع: في الأوصياء / ٤٣٣

٤٣٣	ما يشترط في الأوصياء
٤٣٣	عدم صحة وصاية الصبي
٤٣٤	عدم صحة وصاية المجنون
٤٣٥	اعتبار الإسلام في الوصي
٤٣٦	اعتبار العدالة في الوصي

٥٤٠ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

- ٤٣٧ اعتبار العدالة في القimore
- ٤٣٧ لو أوصى إلى عدل ففسق
- ٤٣٨ الكلام في وصاية المملوك
- ٤٣٩ جواز وصاية الصبي منضماً إلى الكبير
- ٤٤٠ صحّة الوصية للكافر إلى مثله
- ٤٤٠ صحّة الوصية إلى المرأة
- ٤٤٠ حكم الوصية إلى اثنين
- ٤٤٣ لو تشاح الوصيان مع لزوم اجتماعهما
- ٤٤٤ جبر الحاكم إياهما على التوافق
- ٤٤٤ لو عجز أحد الوصيين
- ٤٤٥ لو قصد الموصي استقلال كلّ منهما
- ٤٤٥ للموصي تغيير الأوصياء
- ٤٤٥ روايات المسألة
- ٤٤٦ للموصي إليه ردّ الوصية
- ٤٤٩ لو مات الموصي قبل بلوغ الردّ
- ٤٤٩ جواز استبدال الوصي مع الخيانة
- ٤٥٠ الوصي أمين لا يضمن إلا مع التعدي
- ٤٥١ جواز استيفاء دينه ممّا في يده
- ٤٥٣ جواز تقويم الوصي مال اليتيم على نفسه واقتراضه إذا كان مليّاً
- ٤٥٤ هل يأخذ الوصي أجره المثل أو قدر الكفاية؟

فهرس المحتويات ٥٤١

- ٤٥٤ اختصاص الولاية بما عيّن الموصي
- ٤٥٤ روايات المسألة
- ٤٥٦ جواز أخذ أجرة المثل من غير فرق بين الغني وغيره وبين الوصي وغيره
- ٤٥٧ لو أذن الموصي للوصي أن يوصي
- ٤٦٢ الحاكم وصي من لا وصي له
- ٤٦٢ الروايات الدالة على جواز وصية الموصى إليه
- ٤٦٥ الكلام في دلالة هذه الروايات

الفصل الخامس: في الموصى به / ٤٦٧

- ٤٦٧ في أحكام وشروط الموصى به
- ٤٦٧ لا تجوز الوصية بما لا يملك
- ٤٦٨ اعتبار عدم الزيادة عن الثلث في نفوذ الوصية
- ٤٦٨ روايات المسألة
- ٤٦٩ القول بجواز الوصية بأكثر من الثلث
- ٤٧٠ جواز الوصية بأكثر من الثلث مع إمضاء الورثة
- ٤٧١ لو أجاز بعض الورثة الوصية بأكثر من الثلث
- ٤٧٢ مع عدم الإجازة لا تنفذ إلا بمقدار الثلث
- ٤٧٢ حصول الملك للموصى له بعد الموت
- ٤٧٢ صحة الوصية بالمضاربة بهال ولده الصغار
- ٤٧٣ المناقشة في دلالة الروايات
- ٤٧٤ القول بصحة الوصية بالمضاربة

٥٤٢ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج ٦

- وجوب خروج الواجب من أصل المال لو أوصى بواجب وغيره ٤٧٦
- الروايات الواردة في المقام ٤٧٦
- الوصية غير الواجبة يخرج من الثلث ٤٧٨
- القول بتقديم العتق وإن تأخر ٤٨٠
- الوصية المتأخرة ناسخة للوصية الأولى ٤٨١
- كلام المحقق الكركي في المقام ٤٨٢
- ما يرد على المحقق الكركي ٤٨٣
- حكم صورة الجمع وعدم الترتيب ٤٨٥
- لو أوصى بعتق مملكته ٤٨٦
- حكم من أوصى بجزء من ماله ٤٨٨
- روايات الباب ٤٨٨
- ما يظهر منه تفسير الجزء بالسبع ٤٨٩
- حكم من أوصى بسهم ٤٩٢
- الروايات المعارضة ٤٩٣
- حكم من أوصى بشيء ٤٩٣
- لو أوصى بوجه فنسي الوصي وجهاً منها ٤٩٤
- لو كان الموصى له مردداً بين غير محصورين ٤٩٥
- لو أوصى بسيف وهو في جفن ٤٩٦
- روايات الباب ٤٩٦
- حكم الوصية بالصندوق ٤٩٨

فهرس المحتويات ٥٤٣

لو أوصى العبد بإخراج الولد من الإرث	٤٩٩
في أحكام الوصية	٥٠٠
إذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة	٥٠٠
ثبوت الوصية بالمال بشهادة رجلين عدلين	٥٠١
ثبوت الوصية بشهادة أربع نساء	٥٠٢
روايات المسألة	٥٠٢
الروايات المعارضة وما يرد عليها	٥٠٣
ثبوت الوصية بالمال بشاهد ويمين	٥٠٤
ولاية الوصي على التصرفات	٥٠٤
لو أشهد عبيد له على أن حمل المملوكة منه	٥٠٥
كراهة استرقاقهما	٥٠٦
عدم قبول شهادة الوصي في ما هو وصي فيه	٥٠٦
أوصى بعق عبده وليس له غيره	٥٠٧
لو أعتق ثلثه وله مال أعتق الباقي	٥٠٨
روايات الباب	٥٠٨
لو أوصى بعق جملة ممتلكه	٥٠٩
إذا أوصى بعق رقبة أجزأ الذكر والأنثى	٥١٠
إذا أوصى بعق رقبة بثمان معين	٥١٣
الكلام في تصرفات المريض	٥١٣
حكم من أقر للأجنبي	٥١٤

٥٤٤ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج٦

الروايات الواردة في المقام ٥١٤

وجه الجمع بين هذه الصحيحة وبين صحيحة منصور والمؤتقة ٥١٦

تعلق الديون والوصايا بأرشف الجراح ودية النفس ٥١٧

فهرس المحتويات ٥١٩