

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



جَامِعُ الْمَلَائِكَ

فِي شَرْحِ الْمُخْصَرِ الْتَّافِعِ

تألِيفُ

الْفَقِيهِ الْبَاجِعِ

السَّيِّدِ الْحَمَدِ الْمُوسُوِيِّ الْخُوَافِيِّ قَدَّسَ اللَّهُ تَعَالَى فَضْلَاهُ

الْمُتَوَفِّ سَنَةً ١٤٥ هـ

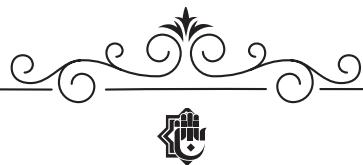
الْجَمِيعُ الْسَّادِسُ

تَحْقِيقُ

مُحَمَّدْ بَاقِرْ مَلَكِيَّانَ

مَرْجَعَةُ

مَرْكَزُ الشَّيْخِ الطُّوْبِيِّ قَدَّسَ اللَّهُ رَأْسَاتِ وَالْتَّحْقِيقِ



العتبة العباسية المقدسة

قسم الشؤون الفكرية والثقافية / شعبة المكتبة
كربيلا، المقدسة/ ص.ب. (٣٢٣٦٠)، هاتف: ٢٥١

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

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

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

مجلد ٤ سم

يتضمن ارجاعات بيلوجرافية.

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 ودارخطوطات العتبة العباسية المقدسة

فهرسة أثناء النشر



المؤلف: السيد أحمد الخوانساري.

مراجعة: مركز الشيخ الطوسي للدراسات والتحقيق.

الناشر: مكتبة ودارخطوطات العتبة العباسية المقدسة.

المطبعة: دار الكفيل / كربلاء المقدسة - العراق

التاريخ: ٢٠ ربیع 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، والصلوة 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 والدowam^(١)، ومنه نعمة راھنة، أي ثابتة دائمة، وقد ارھن في اللغة يتعدى بالهمزة، فيقال: أرھنته إذا جعلته ثابتًا، ويكون الرهن بمعنى والاصطلاح الحبس^(٢)، يقال: رهنت المتع بالدين، أي حبسته به، قال الله: ﴿كُلُّ نَفْسٍ يَمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾^(٣).

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

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

(٢) تحرير الأحكام: ١/٢٠١.

(٣) المذذر: ٣٨.

لزوم الإيجاب والقبول في الرهن

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

ويمكن أن يقال: [أوّلاً] لا نسلّم عدم اللزوم من جهة المعاطة، والإجماع غير متحقّق كما ذكر في كتاب البيع.

وثانياً: لا نسلّم عدم صحة الرهن بدون اللزوم، فلو شرط في ضمن عقد لازم رهن عين بنحو شرط النتيجة مع تعلق الخيار بالعقد، فالظاهر صحة الرهن بنظر الفقهاء وإن كان محل الإشكال مع أنه إذا فسخ العقد من جهة الخيار، فلا يبقى الرهن.

اشتراط القبض في الرهن

وأمّا اشتراط القبض، فالظاهر عدم الإشكال فيه، لوثقة محمد بن قيس: «لا رهن إلا مقبوضاً»^(٢)، المعتضدة بما رواه العياشي عن محمد بن عيسى، عن البارقي^(٣) كذلك، وظاهرها نفي الصحة بدون القبض.

وأمّا قوله تعالى: ﴿فِهِنْ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٤)، فيستشكل في دلالته على لزوم القبض في الصحة من جهة قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشِهِدُ أَشْهِيدَيْنَ مِنْ

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

(٢) تهذيب الأحكام: ٧/١٧٦، ح ٣٦، باب الرهون؛ وسائل الشيعة: ١٨/٣٨٣، أبواب كتاب الرهن، ب٣، ح ١. والتعمير عنه بالوثيق للحسن بن محمد بن سعيدة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤.

(٣) تفسير العياشي: ١/١٥٦؛ وسائل الشيعة: ١٨/٣٨٣، أبواب كتاب الرهن، ب٣، ح ٢. والرواية مرسلة.

(٤) البقرة: ٢٨٣.

﴿رِجَالٌ كُّمْ﴾^(١)، الآية، حيث إنّه لا يلزم الاستشهاد، ووحدة السياق تمنع الحمل على اللزوم، ولعلّ التعبير في المتن بالإقباض من جهة لزوم كون القبض بإذنه، والإقباض مساوٍ للقبض بإذن الراهن.

وقد يستدلّ للزوم كون القبض بإذن الراهن بقاعدة السلطة، وعدم حليّة المال إلّا عن طيب نفس المالك حيث إنّ العين المرهونة بعد لم تصر مرهونة من جهة أنها قبل القبض باقيّة باختيار الراهن، فصيورتها بدون إذن الراهن في القبض مرهونة خلاف قاعدة السلطة، وقاعدة عدم الحليّة إلّا عن طيب النفس، ولا مجال للتمسّك بما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد، لأنّه مقيد بالقاعدتين.

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

وإن كان إذنه دخيلاً في الحكم التكليفي ولكن كلامنا في الحكم الوضعي فكما أنه في السلم لا حاجة إلى إذن في تسليم المشتري الثمن إلى البائع، وإن كان للبائع رفع اليد عن العقد قبل تسليم الثمن، لعدم حصول الملكيّة بعد، فكذلك في المقام.

هذا مضافاً إلى ما يستفاد من كلام الشيخ الأنصاري رحمه الله 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 أشكال اللزوم مع أنّ 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 صحة الرهن من جهة خروج الراهن عن أهلية الإذن، ومن جهة قيام الولي مع استمرار الجنون أو الإغماء، وقيام الوارث مع الموت مقام الراهن، ومع الإفادة 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 أنّ من الأمر المركوز في ذهن العقلاء في مثل الهبة والقرض والإباحة وإن تحقق فيه الإيجاب والقبول أنها قبل تحقق 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 المكافئ (للشيخ الأنصاري): ٣ / ٤٠٨.

(٢) جواهر الكلام: ٢٥ / ١٠٥.

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

وقد يناقش فيما ذكر بالنقض ببيع الدين في الصرف، وهبة ما في الذمم، وبأن الدين كليّ وقبضه يتحقق بقبض أفراده^(٣).

وقد يحاب بأنّ القبض الذي كان معتبراً في جميع أبواب البيع الذي هو عبارة عن وصول كلّ من العوضين إلى الآخر، قد اعتبره الشارع في خصوص الصرف كونه في المجلس، وهذا ليس قبضاً حقيقة، لعدم تعلقه في الدين، فالحكم بالصحة لا بدّ أن يستند إلى دليل يقتضي تعميم القبض، وفيها نحن فيه لا بدّ من حمل القبض على معناه الحقيقى.

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

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

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

(٢) الخلاف: ٣/٢٣٨.

(٣) جواهر الكلام: ٢٥/١١٧.

(٤) مصباح الفقيه: ١٤/٥٧٦-٥٧٧.

وبهذا الاعتبار تقع عليه المعاوضة، لا مانع من تحقق القبض بالنسبة إليه. وكذلك بالنسبة إلى المنافع، فلا مانع من وقوع الرهن بالنسبة إلى الكلّي، ويتحقق القبض بقبض مصداقه كوقوع المعاوضة في الصرف بين الكلّيين، ويتحقق القبض بقبض المصدق، ويتحقق القبض في المنافع بطبع العين، فإنّ المستولي على العين مستول على المنفعة، فإن تم الإجماع وإنّما فاشترط كون الرهن عيناً خارجية مشكل.

اشترط كون الرهن مملوكاً
وأمّا اشتراط كون الرهن مملوكاً بمعنى كونه متممّلاً يبذل بإزاءه المال، فهو من جهة ما هو المسلم ظاهراً بينهم من تعلق حق للمرتهن في الرهن في استنقاذ دينه منه، وهذا لا يتصور بدون المالية.

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

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

ويمكن أن يقال: إن تم الإجماع فلا كلام، وإنّما فيشكل من جهة عدم الإطلاق الشامل للمقام، فمع احتلال مدخلية كون الرهن مملوكاً للراهن

(١) مصباح الفقيه: ٥٨٣ / ١٤

نظير اعتبار القبض فيه كيف يرتفع الشك؟ مع أنّ الأصل في المعاملات عندهم الفساد للشك في ترتيب الأثر وأصالة عدم ترتيبه.

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

وأمّا ما ذكر من التمسك بقاعدة السلطة، فيشكل من جهة أنّ قاعدة السلطة ليست مشرّعة.

وأمّا اللزوم من طرف الراهن خاصة مع أنّ مقتضى العقد اللزوم من الطرفين، فلما ادعى من الإجماع^(١) على عدم اللزوم من طرف المرتهن، واللزوم من طرف الراهن.

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

(ولوشرطه 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) المسوط: ٢/٣٦٧؛ الوسيلة: ٢٦٢؛ السرائر: ٢/٨٨؛ الجامع للشرائع: ٢٨٧؛ نزهة الناظر: ٩١؛ تذكرة الفقهاء: ١٣/٨٧، وفيه دعوى الإجماع.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ٩/١٤١.

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 التسليمة وحقيقة البيع تحتاج إلى الإيجاب والقبول ولو بالمعاطة وما يحتاج إلى السبب الخاصّ لا يتحقق بالشرط كالنكاح والطلاق.

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

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

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

والمحكي عن الشيخ في الخلاف^(١) والمبسوط^(٢) والعلامة^(٣) والفخر^(٤) وغيرهم^(٥) - قدس الله تعالى أسرارهم - عدم الدخول وهو الأظاهر، ويكتفي عدم الدليل على التبعيّة.

عدم دخول حمل الدابة وثمرة النخل والشجر

حكم ما يتجدد بعد الارتهان

(١) الخلاف: ٢٥١ / ٣.

(٢) المبسوط: ٢٣٧ / ٢.

(٣) تذكرة الفقهاء: ١٠٤ / ١٣.

(٤) إيضاح الفوائد: ٣٦ / ٢.

(٥) جامع المقاصد: ١٣٢ / ١٢؛

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

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

الوجه في ما ذكر واضح حيث لا ارتباط حتّى يجوز الإمساك، ولم لورهن رهنين يظهر وجه للتعرّض مع الوضوح، ولا إشكال أيضاً في عدم دخول زرع بدينين ثمَّ أدى عن أحدهما الأرض في الرهن مطلقاً، لعدم التبعية.

(١) الكافي: ٥/٢٣٥، ح ١٢، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٧٣، ح ٣٤، باب الرهون؛ وسائل الشيعة: ١٨/٣٩٣، أبواب أحكام الرهن، ب ٨، ح ١.

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

[الركن] (الثاني: في الحق)

(ويشترط ثبوته في الذمة مالاً كان أو منفعة، ولو رهن على مال ثم استدان آخر فجعله عليهما صحة).

ادعى الإجماع^(١) على اشتراط ثبوت الحق الذي يؤخذ الرهن عليه، اشتراط ثبوت الحق في الذمة مالاً كان ووجه بأنّ مفهوم الرهن لا يتحقق في الخارج إلاّ بأن يكون للمرتهن عند الراهن شيء كان في ذمته أو على عهده على إشكال في الأخير^(٢).

ولا يخفى صحة الاستئناق بحبس المال أو أخذ الكفيل لئلاً يسرق من أموال الحابس إذا كانت في معرض السرقة، ولا نفهم من مفهوم الرهن إلا الحبس للاستئناق.

ودعوى أنّ الإطلاقات العرفية مبنية على المساحة ممنوعة إلاّ أن يدعى عدم وجود إطلاق في خصوص الرهن، وأنّ عموم «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ»^(٣) لا يشمل للانصراف إلى العقود المتعارفة.

وقد يقال: إنّ ماهيّة الرهن يتوقف تحقّقها على ثبوت شيء يحاذيها، فلا يعقل أخذ الرهن على ما هو ثابت تحت يده من الأجنبي باحتمال أنه

(١) الخلاف: ٣/٢٢١-٢٢٢، وفيه دعوى إجماع المسلمين؛ المذهب: ٤٤/٢؛ السرائر: ٢٠٤/٢، ٤٢٦؛ تحرير الأحكام: ١/١.

(٢) مصباح الفقيه: ١٤/٦٠٧.

(٣) المائدة: ١.

سيسرقه، فحينئذ نقول: الشيء الثابت عند الراهن إما أن يكون كلياً على ذمته بمعنى الدين، فلا إشكال في جواز أخذ الرهن عليه، وإما أن يكون عيناً خارجيةً تحت يده حقيقة، أو حكمًا بأن يكون ضمانها عليه.

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

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

أما القسم الأول، فالأقوى فيه جواز أخذ الرهن عليه، لأن المستفاد من قوله تعالى: «علي اليد ما أخذت» نحو من التعهد المقتضي لخروجه عن عهدة العين بمراتبها، فهذا التعهد أمر اعتباري له نحو وجود عند العقلاء، نظير الذمة، فهذا الشبوت هو المصحح لتحقق مفهوم الرهن، وما هو ملائم صحة الرهن في الدين أعني التعهد متتحقق في المقام بنحو أكمل، وإما الضمان بالعقد.

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

وأما ضمان الدرك، فالظاهر عدم جواز أخذ الرهن عليه، لتوقف تتحققه

حكم أخذ الرهن
على الأعيان
المضمنة

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

عُرِفَ على ثبوت شيء يحاذِي الرهن للمرتهن على الراهن، وهو متوفِ في مرحلة الظاهر، نعم، بعد ظهور الاستحقاق له ذلك إلَّا أنَّه يرجع إلى الضمان باليدي، وقد يتصرَّر صحة الرهن التعليلي في الفرض لو قلنا بعدم اعتبار التجيز في مثل المورد^(١).

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

وأمَّا إذا فسَّر بمعنى أنَّ المأْخوذ مَا لَمْ يُؤَدِّ خسارته على الآخذ، فقبل توجُّه الخسارة لا شيء على الآخذ، وعلى هذا لا تعرُّض للحديث بالنسبة إلى رد العين بمراتبها، ولعلَّ هذا المعنى أظهر، بل لعلَّه المتعيَّن، لعدم مناسبة المعنى المذكور مع الغاية المذكورة حيث إنَّه بمنزلة أن يقال: صَلَّ حتى تصَلِّ، وقد سبق الكلام فيه.

وثانياً: نقول: لازم ما ذكر صحة الرهن على الشمن والمثمن الخارجيين، لكون التعهُّد بالنسبة إليهم متحققاً من جهة وجوب الوفاء بالعقد المفسَّر بالعقد المشدَّد.

والحاصل أنَّه إنْ قلنا بأنَّ القدر المتيقَّن الصحة في خصوص الدين وعدم عموم أو إطلاق يشمل غيره، فلا بدَّ من الاقتصار عليه، وإنْ تعدَّينا عن الدين فلا بدَّ من القول بصحة الرهن في كُلِّ مورد يعتبر العقلاً صحة الحبس والاستئناق فيه من دون اختصاص بما ذكر.

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

(١) مصباح الفقيه: ٦٠٩-٦١٢.

وأمّا ما ذكر في القسم الثاني من الضمان بالعقد من أنّ حكم شرعي تعبّدي بانفساخ البيع، فهو المشهور لكنه لا يخلو عن الإشكال، لإمكان حمل الروايتين في المسألة على ضمان اليد، وقد سبق الكلام في كتاب البيع.

وأمّا ما ذكر من تصوّر صحة الرهن التعليقي، فالظاهر أنّ القائلين باعتبار التنجيز يعتبرون التنجيز فيما لا دخل له في حقيقة المعاملة، فالتعليق على الملكيّة في البيع مثلاً لا يضرّ وما نحن فيه من هذا القبيل.

وأمّا جعل العين المرهونة رهناً ثانياً لما استدان بعد الدين السابق، فقد يستشكل فيه من جهة أنّ الحقّ - كما حُقّ في محلّه - مرتبة ضعيفة من الملكيّة، فكما أنّه لا يعقل كون جزئي خارجي بتمامه ملكاً لشخصين بأن يكون كلّ منها مستقلّاً في ملكيّته، وكذا توارد سبعين مستقلّين لنقل شيء واحد من شخص واحد كذلك هذا الحقّ الواحد الشخصي المتحقق لشخص واحد بسبب لا يقبل التكرّر بعد ذلك لذلك الشخص بسبب آخر إلا أن ينفّسخ الرهن الأول^(١).

وي يمكن أن يقال: ما ذكر منقوض بال الخيار الثابت للبائع والمشري، مع أنّ الخيار حقّ، فالبائع له حقّ فسخ العقد، والمشري أيضاً له الحقّ، وقد يثبت لواحد أزيد من خيار واحد، فكيف يدعى عدم المعقولة؟، وأمّا التنظير بملكية جزئي خارجي بتمامه لشخصين لعلّه في غير محلّه، لأنّ الملكيّة لشخصين غير متحققة، لعدم اعتبار العقلاء لعدم المعقولة مع أنّه لا يبعد اعتبارها كما إذا أباح مالك العين الشخصية جميع التصرّفات

جعل العين المرهونة

رهناً ثانياً

لشخصين، فإنّ المختار في جميع التصرّفات في شيء يكون مالكاً عند العقلاء كما لو أعطى أهل ملكة شخصاً جميع الاختيارات حيث يتزعزع منه السلطنة.

ومن هذه الجهة لا يبعد إن يقال في المعاطة إنّ قلنا بإفادتها الإباحة إباحة جميع التصرّفات بحصول الملكية، لأنّ الملكية ليست إلا اختيار جميع التصرّفات، غاية الأمر في البيع العقدي لا يعتبر العقلاء ملكية شيء واحد لشخصين بخلاف الولاية حيث إنّها ثابتة للأب والجدّ للأب، ولكلّ منها السلطنة التامة.

[الركن] (الثالث: في الراهن)

شرط الراهن

(ويشترط فيه: كمال العقل، وجواز التصرف، وللولي أن يرهن مصلحة المولى عليه، وليس للراهن التصرف في الرهن ياجارة ولا سكنا ولا وطء، لأنّه تعريض للإبطال، وفيه رواية بالجواز مهجورة).

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

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

وأمّا الحاكم، فتصرّفه مع اللزوم لا إشكال فيه، وأمّا مع عدم اللزوم، فيشكل للتأمّل 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.

وأمّا عدم جواز تصرّف الراهن في الرهن، فقد يقال فيه^(١): إنّ التصرّف تارةً يكون بنحو يتفع به الراهن ويضرّ بالرهن إما بخروجه عن ملكه، أو بإيجاد المانع عن التصرّف فيه بما يقتضيه الرهن كالاستيلاد، وتارةً أخرى

(١) مصباح الفقيه: ٦٤٦-٦٤٧.

بنحو ينتفع به الراهن ولا يضر بالرهن كالاستigar في زمان لا يزيد عن أجل الدين مع عدم الإضرار بالرهن، وثالثةً بنحو لا يضر بالرهن ولا يعدّ مثله انتفاعاً للراهن كالمصالحة الجارية وتقليل الرهن من مكان إلى آخر من دون أن يراعي فيه مصلحة الرهن، ورابعةً بنحو لا ينتفع به الراهن وفيه مصلحة الرهن كscopic 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.

وأمّا الصورة الثانية والثالثة، فإن بنينا على أنّ حقيقة الرهن ليس إلّا إيجاد حقّ للمرتهن بأن يستوفي دينه، فالتصرّف المنافي لحقّه لا يجوز دون غيره، فالأقوى الجواز فيما إن لم يثبت إجماع على خلافه مطلقاً حتى بيعه لو شرطبقاء حقّ المرتهن، كالعارية المرهونة، ولا نلتزم بحجّية [الـ]نبويّة المرسلة المعتمد عليها كما عن بعض: «الراهن والمرتهن منوعان من التصرّف»^(١) إلّا أنّ الظاهر للإجماع على منوعيّته من التصرّف من حيث إلّا تصرّف لا من حيث إلّا أنه مزاحم المرتهن.

ولا ضير في تأمّل بعض متأخّري المؤخّرين^(٢) في بعض أنحاء التصرّف، خصوصاً ما تضمّنه حسن الحلبي: «سألت أبا عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ عن رجل رهن

(١) مختلف الشيعة: ٤٢١ / ٥؛ جواهر الكلام: ١٩٥ / ٢٥. هذا، ولكن هذه المرسلة غير موجودة في أخبار الخاصة والعامّة وكذا في فقه القدماء.

(٢) الحدائق الناضرة: ٢٦٨ / ٢٠.

جارية عند قوم أيمحّل له أن يطأها؟ قال: إنّ الذين ارتهنوا يحيطون بينه وبينها، قلت: أرأيت إن قدر عليها خالي؟ قال: نعم، لا أرى هذا عليه حراماً^(١).

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

وأمّا إن بنينا على أنّ حقيقة الرهن إنّما هو حبس المال عن المالك وقصر يده عنه لا مجرد إحداث حقّ لمرتهن، فيكون كالعبد الجاني، ولعلّ هذا البناء هو الأظاهر من مفهوم الرهن وإن لم يظهر موافقة السيد يعني سيد مشائخه.

ويمكن أن يقال: إن تم الإجماع فلا كلام، لكنه مع ذكر المرسلة النبوية والاعتماد عليها يقرب أن يكون مدركاً للمجمعين المرسلة، فكلّ ما يعدّ تصرّفاً يكون ممنوعاً منه، ولا يبعد أن يكون التصرّف الممنوع منه نظير التصرّف المسقط للخيار للمشتري، وعلى هذا فمثل السقي للدابة خارج.

وأمّا الإجارة في زمان لا يزيد عن أجل الدين، فهي داخل، وأمّا ما ذكر من الابتناء على أنّ حقيقة الرهن ما هي، فقد سبق الكلام فيها، وأنّه لا نفهم منه إلا الحبس، وإن كان المسلم بينهم - قدّست أسرارهم - استحقاق المرتهن استيفاء دينه من العين المرهونة.

(١) الكافي: ٥/٢٣٥، ح٥، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٦٩، ح٩، باب الرهون؛ وسائل الشيعة: ١٨/٣٩٧، أبواب أحكام الرهن، ب١١، ح٢. والتعبير عنه بالحسن لإبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ١/٣١٦.

(٢) الكافي: ٥/٢٣٧، ح٢٠، باب الرهن؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٣١٤-٣١٣، ح٤١٢٠، ٣١٤-٣١٣، ح٣٩٦، أبواب أحكام الرهن، ب١١، ح١.

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

وعلى فرض التسليم لا يمنع عن التصرّفات حتّى الناقلة، كالبيع حيث إنّه لا مانع من أن يكون المشتري حاله حال الراهن، فمع عدم تأدية الدين يستوفى دينه من الرهن كما أنه يمكن جواز وطء الجارية، ومع الاستيلاد يمكن تقديم حق المترهن من جهة سبقه، ويمكن الرجوع إلى القيمة إن قلنا بتقدّم الاستيلاد وإن كان متأخّراً.

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

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

(ولو باعه الراهن وقف على إجازة المترهن، وفي وقوف العتق على إجازة المترهن تردد، وأشباهه الجواز).

لوباعه الراهن وقف
على إجازة المترهن

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 ومحاوستها مع ما يكون له ثمرة قابلة للتسبيل، لا محاوستها مع الأثمان، كما أنّهم يتذمرون ظاهراً برهنية البدل المأخذوذ من الغاصب للرهن مع التلف أو الإتلاف، لكنّه لا يخلو عن الإشكال.

[الركن] (الرابع: في المريض)

شراط المرهن

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

الأكابر^(١) عدم السفه في خصوص الراهن من بعض المدون.

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

نعم، لا مانع من اشتراط الإذن، لعدم كونه داخلاً في العقود، ولكن أحکام الوکالة لا یترتب على الإذن.

ثم إنَّه مع فرض الصحة المعروفة عدم انعزال الوكيل بعزل الراهن،

(٤٧٥) و سلسلة النجاة:

(٢) فقه القرآن: ١/٣٩٢؛ السرائر: ٢/٤٢٨؛ إصلاح الشيعة: ٢٩٠؛ تحرير الأحكام: ١/٢٠٦؛
الملمة الدمشقية: ١٣٠.

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

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

ولا يخفى الإشكال في ما ذكر من الاستدلال، فإنه لا يعتبر بعد تتحقق الوكالة والإذن التفات الموكل والأذن، فما لم يرجع الموكل عن توكيلاه ولم يعزل ولم يصل العزل إلى الوكيل يكون الوكيل باقياً على وكالته والمؤذنون يكون باقياً على إذنه، فكيف يدعى انقطاع الإذن بالموت؟

مضافاً إلى النقض بالوصيّة، وفي الوصيّة يتحقق الاستنابة عن الموصي للوصيّ والاستنابة تتعلّق بما بعد الموت، فالعمدة الإجماع إن كان متحققاً، فما ذكر من أنّ المال ينتقل إلى الورثة لا يخفى ما فيه، فإنّ الوكالة تتعلّق بها للموكل من التصرّفات والتصرّف ليس منحصراً بالأموال المنتقلة إلى الورثة، فمع انتقال المال إلى الغير في حال الحياة أيضاً تبطل الوكالة بالنسبة إليه.

وأماماً الرهانة، فلا وجه لبطلانها.

(١) غنية التروع: ٢٦٩؛ إصحاب الشيعة: ٣٢٠؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٢٩، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ تحرير الأحكام: ٢٣٢ / ١.

(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).

أمّا جواز ابتياع الرهن للمرتهن، فلأن الحق والملك غير خارجين عنهم
جواز ابتياع الرهن
للمرتهن
فباختيارهما تتحقق البيع.

وأمّا أحقيّة 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
باستيفاء دينه
أمواله بين الديان، فوجّهت بسبق حق المرتهن، وهذه الجهة مقتضية لتقديم
حقه حتّى 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
أيأخذه بهاله أو هو وسائل الديان فيه شركاء؟

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

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

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/٣١٠، ح ٤١، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٧٨، ح ٤١،
باب الرهون؛ وسائل الشيعة: 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،
باب الرهون؛ وسائل الشيعة: 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 السبق لحق لا يوجب تقدّمه على حق آخر، بل لا بد من ملاحظة الأقوى، ومع عدم الترجيح يتخيّر أو يسقط، لكن المعروف ما في المتن، وعليه فمع قصر الرهن ضرب مع الغرماء بالفاضل، هذا مع تسلیم ما هو المعروف بينهم من تعلق حق للمرتهن بالنسبة إلى العين المرهونة سوى حق الحبس.

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

أما كون الرهن أمانة في يد المرتهن، فيدل عليه قول الصادق عائلا - على المحكى - في صحيح جمیل عن رجل رهن عند رجل رهناً فضاع الرهن : « فهو من مال الراهن، ويرتجع المرتهن عليه بماله »^(١).

وفي صحيح إسحاق بن عمار الصیری في الثقة: « قلت لأبي إبراهیم عائلا: الرجل يرتهن العبد فيصيبه عور أو ينقص من جسده شيء على من يكون نقصان ذلك؟ قال: على مولاه.

قال: قلت: إن الناس يقولون: إن رهنت العبد فمرض أو انفقأت عينه فأصابه نقصان في جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد؟ فقال:رأيت لو أن العبد قتل على من تكون جنایته؟ قال: جنایته في عنقه»^(٢).

الرهن أمانة في يد المرتهن وروياته

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣/٣٥، ح ٤٠٩٤، باب الرهن؛ وسائل الشيعة: ١٨/٣٨٥، أبواب أحكام الرهن، ب٥، 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 فيصييه 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: مولاه، 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 عليهما السلام: «قضى أمير المؤمنين عليهما السلام في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدّي الفضل إلى صاحب الرهن وإن كان أقلّ من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن يسوي ما رهنه فليس عليه شيء»^(٢).

وموثق ابن بكر: «سألت أبا عبد الله عليهما السلام عن الرهن؟ فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدّي الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان أقلّ من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله، وإن كان سواء فليس عليه شيء»^(٣).

→ أحكام الرهن، بـ ٥، حـ ٤.

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

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٣/٣١٢، حـ ٤١١٥، باب الرهن؛ وسائل الشيعة: ١٨/٣٩٢، أبواب كتاب الرهن، بـ ٧، حـ ٤. والرواية صحيحة.

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

ومنها: خبر إسحاق بن عمّار: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثة درهم فهلك أ على الرجل أن يرد على صاحبه مائة درهم؟ قال: نعم، لأنّه أخذ رهناً فيه فضل وضيّعه.

قلت: فهلك نصف الرهن؟ فقال: على حساب ذلك، قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم»^(١).

الوجه حمل الروايات وقد يحمل هذه الأخبار على التقيّة من جهة موافقتها المذهب العامة^(٢)، وقد يجمع بين هذه وبين الأخبار السابقة بحمل هذه على صورة التفريط بقرينة خبر إسحاق بن عمّار حيث عبر 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 عمّار ليس ظاهراً 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، ح٥، باب الرهن يهلك عند المرتهن؛ وسائل الشيعة: ٣٩١/١٨، أبواب الرهن، ب٧، ح٣.

(١) الكافي: ٥/٩، ح٢٣٤، باب الرهن؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٣١١، ح٤١١٤، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٧٢، ح٢٠، باب الرهون؛ الاستبصار: ٣/١٢٠، ح٩، باب الرهن يهلك عند المرتهن؛ وسائل الشيعة: ١٨/٣٩١، أبواب أحكام الرهن، ب٧، ح٢. والرواية صحيحة.

(٢) رياض المسائل: ٩/٢٢٢.

(٣) جواهر الكلام: ٢٥/١٧٦.

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

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

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

(١) الكافي: ٥/٢٣٤، ح٨، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٧٢، ح١٩، باب الرهون؛ الاستبصار: ٣/١٢٠، ح٧، باب الرهن يهلك عند المرتهن؛ وسائل الشيعة: ١٨/٣٨٧، ح٣.

أبواب أحكام الرهن، ب٥، ح٧.

(٢) في الكافي: محمد بن الحسين.

(٣) الكافي: ٥/٢٣٩، ح٩، باب ضمان العارية والوديعة؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٨٠، ح٤، باب الوديعة؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٣٠٤، ح٤٠٨٩، باب الوديعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٨١، ح١.

أبواب أحكام الوديعة، ب٥، ح١.

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 مستندًا 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 المستودع والوكيل أمناء على المشهور بمعنى كونهم مأذونين من قبل الراهن والمستودع -بالكسر- والموكّل، لا بمعنى كونهم أمناء خارجًا، وبتعبير بعض الأعلام^(١): أيديهم بمنزلة أيدي أولئك، والإنسان لا يضمن ما في يده وإن لم يخل عن الإشكال، دل الدليل على ضمانهم إذا تلف العين من جهة التعدي أو التفريط، فما وجه تضمينهم مع التلف بغير التعدي والتفريط؟

وما ذكر ظهر الإشكال في ضمان العين بمجرد التصرف غير المجوز، وكذلك ضمان المنافع غير المستوفاة.

نعم، يضمن بالنسبة إلى المنفعة المستوفاة فيستحق الراهن أجراً مثل بمقتضى احترام مال المسلم.

واماً لو كان الرهن دابةً أنفق المرتهن عليها وقام بمؤونتها وتقاضّ الراهن والمرتهن إن لم يكن لأحدهما فضل على الآخر بأن كانت الأجرا

لو كان الرهن دابةً
أنفق المرتهن عليها

(١) لم نعثر عليه.

مساوية للمؤونة على ما في المتن، ولا بد من تقيد ذلك بصورة الإذن من الراهن أو من يقوم مقامه، ومع التعذر ينفق حسبة ويقصد الرجوع إليه، فإن كان المتصروف قيمياً يقابل ما عليه من الأجرة ويحصل التهاتر على المعروف، وإن كان مثلياً فلا وجه للمقابلة، بل يستحق كل من الراهن والمرتهن شيئاً على الآخر.

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

ومن السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عائلاً قال: «قال رسول الله عائلاً: الظاهر يركب إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب نفقته، والدَّرِّ يشرب إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يشرب نفقته»^(٣).

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

(١) في المصادر: «و».

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

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٣/٣٠٦، ح ٤٠٩٥، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٧٥-١٧٦، ح ٣٢، باب الرهون؛ وسائل الشيعة: ١٨/٣٩٨، أبوباب 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 وادعى الدين ولا بيّنة، فالقول قول الوارث قوله إحلافه إن أدعى عليه العلم).

جواز استيفاء الدين للمرتهن

أمّا جواز استيفاء الدين للمرتهن، فيدلّ عليه مكتبة المروزي لأبي الحسن عليه السلام: «في رجل مات وله ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالاً وأنّ عنده رهناً، فكتب عليه السلام: إن كان له على الميت مال ولا بيّنة له، فليأخذ ماله مما في يده ويردّ الباقي على ورثته، ومتى أقرّ بما عنده أخذ به وطوب بالبيّنة على دعواه وأوفي حقّه بعد اليمين، ومتى لم يقم البيّنة والورثة ينكرون فله عليهم يمين عِلْمٍ يحلفون بالله ما يعلمون على ميتهم حقّاً»^(١).

والمناقشة في سندها^(٢) - بعد الانجبار بعمل الأصحاب - لا وجه لها، وحيث علق أخذ المال مما 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 المكتبة 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 يتتحقق بمجرّد قيام الاحتمال المعتمد به عند الشخص.

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣١٠ / ٣، ح ٤١١، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ١٧٨ / ٧، ح ٤١، باب الرهون؛ وسائل الشيعة: ٤٠٦ / ١٨، أبواب أحكام الرهن، ب ٢٠، ح ١.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ١٦٢ / ٩.

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 متعلقه في الخارج كخوف الضرر والهلاك.

وأمّا 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 إلاّ في صورة اطمئنان المرتهن بعدم جحود الوارث ومع عدم الاطمئنان يكون مرجحاً 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 الميت، فمع قيام البيّنة والخلف يأخذ دينه ومع عدم البيّنة له إخلاف الوارث، وليس في المكاتبة جواز الإخلاف مقيداً بصورة دعوى العلم، وتمام الكلام في كتاب القضاء؛ إن شاء الله تعالى.

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

أمّا صحة البيع مع الإجازة، فلا إشكال فيه بناء على صحة البيع على الإجازة الفضولي، كما لا إشكال في الصحة بعد حلول أجل الدين.

وأمّا ما يظهر من التفصيل بين البيع قبل حلول الأجل وبعده وعدم جواز استيفاء الدين إذا كان البيع قبل حلول الأجل وجوازه بعده، فلعل النظر إلى أنه قبل حلول الأجل يكون الثمن رهناً كالمشمن، فلا يجوز استيفاء الدين منه، وبعده يبطل الرهن وإنّا 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 أتلفها المتلف أو تلفت في يد الغاصب يضمنها المتلف والغاصب، فالبدل يكون رهناً، وكذلك يقال بوفيقية 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 الرهنية بخلاف صورة المعاوضة بالبيع.

وأمّا العين الموقوفة، فليست ملكاً للطبقة الموجودة، بل بنحو الاختصاص، بل لها بالفعل وللطبقة المعروفة شأنها، 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» ظاهراً فيما ذكر، كما سبق الكلام فيه.

وعلى فرض التسلیم لا يتصور التعهد للضامن بالنسبة إلى ما هو خارج

عن اختياره، فإنّ الـرهنية ليست تحت اختيار الضامن، فإنّ الـرهنية تحتاج إلى الإيجاب والقبول أو الاشتراط في ضمن العقد بنحو اشتراط النتيجة إن قلنا بالصـحة بهذا النـحو، وقد سبق الإشكـال فيه، وليس في المـقام شيء مـا ذكر؛ فـتـدبر.

وأمـا العـين المـوقوفـة، فـليـسـتـ مشـترـكةـ بـيـنـ الطـبـقـاتـ،ـ وـلـذـاـ يـخـتـصـ ثـمـرـتهاـ بـخـصـوصـ المـوـجـودـينـ غـايـةـ الـأـمـرـ عـلـىـ القـوـلـ بـالـمـلـكـيـةـ تـكـوـنـ العـينـ مـمـلـوـكـةـ لـلـطـبـقـةـ الـمـوـجـودـةـ مـلـكـيـةـ مـوـقـعـةـ تـتـلـقـيـ الـطـبـقـةـ الـآـتـيـةـ بـعـدـ انـقـراـضـ الـأـوـلـىـ هـذـهـ الـمـلـكـيـةـ،ـ وـهـذـاـ لـيـسـ شـرـكـةـ.

هـذـاـ مـضـافـاـ إـلـىـ أـنـ الـعـوـضـ قدـ لاـ يـكـوـنـ قـابـلاـ لـلـوـقـفـيـةـ لـوـ كـانـ مـنـ الـأـثـمـانـ،ـ فـإـنـ الـذـهـبـ وـالـفـضـةـ الـمـسـكـوـكـيـنـ لـاـ يـقـبـلـانـ الـوـقـفـيـةـ،ـ لـأـنـ حـقـيقـةـ الـوـقـفـ تـحـبـيـسـ الـعـيـنـ وـتـسـبـيلـ الـثـمـرـةـ وـلـاـ ثـمـرـةـ هـمـاـ.

فـتـلـخـصـ مـاـ ذـكـرـ الإـشـكـالـ فـيـ رـهـنـيـةـ عـوـضـ التـالـفـ وـالتـلـفـ،ـ وـكـذـلـكـ وـقـيـيـةـ الـعـوـضـ فـيـ بـيـعـ المـوـقـوفـةـ.

مـسـائـلـ

(ويـلـحـقـ بـهـ مـسـائـلـ النـزـاعـ وـهـيـ أـرـبعـ :

الأـولـىـ:ـ يـضـمـنـ الـمـرـتـهـنـ قـيـمـةـ الـرـهـنـ يـوـمـ تـلـفـهـ،ـ وـقـيـلـ:ـ أـعـلـىـ الـقـيـمـ مـنـ

الـرـهـنـ يـوـمـ تـلـفـهـ حـيـنـ القـبـضـ إـلـىـ حـيـنـ التـلـفـ،ـ وـلـوـ اـخـلـفـاـ فـالـقـوـلـ قـوـلـ الـرـاهـنـ^(١)،ـ

وـقـيـلـ^(٢)ـ:ـ الـقـوـلـ قـوـلـ الـمـرـتـهـنـ،ـ وـهـوـ أـشـبـهـ).

(١) المقـنـعةـ:ـ ٦٢٣ـ؛ـ الـنـهـاـيـةـ:ـ ٤٣١ـ؛ـ الـمـهـذـبـ:ـ ٢ـ/ـ٦٩ـ؛ـ الـمـارـاسـمـ:ـ ١٩٣ـ؛ـ الـكـافـيـ فـيـ الـفـقـهـ:ـ ٣٣٥ـ؛ـ

الـوـسـيـلـةـ:ـ ٢٦٦ـ؛ـ غـنـيـةـ التـزـوـعـ:ـ ٢٤٦ـ.

(٢) السـرـائـرـ:ـ ٤٢١ـ/ـ٢ـ؛ـ الـرـوـضـةـ الـبـهـيـةـ:ـ ٩٢ـ/ـ٤ـ.

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

ومن قال بأن 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 فيما استدلّ به لسائر الأقوال المذكورة.

لو اختلف الراهن والمرتهن في القيمة
وأمّا لو اختلف الراهن والمرتهن في القيمة، فمقتضى القاعدة أن يكون القول قول المرتهن حيث ينكر الزيادة غالباً، لأصلالة براءة ذمته عن الزائد.

وأمّا لو ادعى الأكثر والراهن ينكره لغرض عقلائي، فالقول قول الراهن، لما ذكر إلا أن يقال: حيث أقرّ المرتهن بالأكثر يكون مأخوذاً بإقراره، لكن يعارضه إقرار الراهن بعدم الاستحقاق، فاللازم أن يدّس في مال الراهن.

ولم يظهر للقول الآخر وجه إلا ما ذكر من أنّ المرتهن خائن، فلا يؤخذ بقوله^(٢)، وفيه أنا نأخذ بقوله من جهة أنه منكر، [ذلك] مضافاً إلى أنه 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 في نهايته أيضاً. المهدّب البارع: ٤ / ٢٥٢. إلا 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 الراهن، فالقول قول الراهن، وفي رواية

القول قول المرتهن ما لم يدع زيادة عن قيمة الرهن).

مقتضى القاعدة في صورة اختلاف الراهن والمرتهن في كمية الدين أن يكون القول قول الراهن حيث يكون منكرًا للزيادة التي يدّعها المرتهن.

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

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

وفي قبala خبر السكوني عن جعفر، عن أبيه، عن علي ع: «في رهن الرواية المعارضة والجواب عنه اختلف فيه الراهن والمرتهن، فقال الراهن: هو بكذا وكذا وقال المرتهن:

(١) الكافي: ٥/٢٣٧، ح٢، باب الاختلاف في الراهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٧٤، ح٢٦، باب الرهون؛ الاستبصار: ٣/١٢١، ح١، باب أنه إذا اختلف الراهن والمرتهن في مقدار ما على الراهن؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٠٢، أبواب أحكام الراهن، ب١٧، ح١.

(٢) الكافي: ٥/٢٣٧، ح١، باب الاختلاف في الراهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٧٤، ح٢٨، باب الرهون؛ الاستبصار: ٣/١٢٢، ح٣، باب أنه إذا اختلف الراهن والمرتهن في مقدار ما على الراهن؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٠٣، أبواب أحكام الراهن، ب١٧، ح٢. والتعبير عنها بالموثقة للحسن بن محمد بن سماحة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤.

هو بأكثر؟ قال على عليه السلام: يصدق المرتهن حتى يحيط بالشمن لأنّه أمنيه^(١).

ولا مجال للأخذ به مع ضعف السند، والمخالفة للمتواتر، كما في جامع المقاصد^(٢).

(الثالثة: لو قال القابض: هو رهن، وقال المالك: هو وديعة، 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 وديعة، لأنّه منكر جهة موافقته، لأصالة عدم الارتهان، ولا يعارضها أصالة عدم الإيداع، لعدم ترتيب أثر عليها.

ويمكن الاستدلال ب الصحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجل رهن عند صاحبه رهناً فقال الذي عنده الرهن: أرهنته عندك وكذا وكم إذا اختلفا في ذلك؟ فقال: البينة على الذي عندك الرهن أنه وكذا وكذا فإن لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين»^(٤).

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣٠٨/٣، ح ٤١٠٤، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٧٥، ح ٣١،
باب الرهون؛ الاستبصار: ٣/١٢٢، ح ٤، باب أنه إذا اختلف الراهن والمرتهن في مقدار ما
على الرهن؛ وسائل الشيعة: 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؛ المهدى: ٦٩؛ فقه القرآن: ٢/٦٠؛ السرائر:
٢/٤٢١؛ مختلف الشيعة: ٥/٤٠٣.

(٤) تهذيب الأحكام: ٧/١٧٤، ح ٢٦، باب الرهون؛ الاستبصار: ٣/١٢٣، ح ٣، باب أنه إذا
اختلف نفسان في متعاع في يد واحد منها فقال الذي عنده أنه رهن وقال الآخر أنه وديعة؛ ←

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

وفي قبالي خبر عبادة ^(٢) بن صحيب، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متعاق في يد رجلين أحدهما يقول: استودعتك، والآخر يقول: هو رهن؟ فقال عليه السلام: القول قول الذي يقول: إنّ رهن عندي إلّا أن يأتي الذي ادعى أنه أودعه بشهود» ^(٣).

وموثق ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام المتقدم صدره، وفيه قال: « وإن كان الرهن أقلّ 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 الموقف في المتن للموثق المذكور ^(٥).

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

(١) لاحظ الاستبصار في ذيل الخبر.

(٢) في المصادر: عباد.

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

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

(٥) من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٤١٦، ح ٣١٢، باب الرهن؛ وسائل الشيعة: ١٨ / ٤٠٣، أبواب ←

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

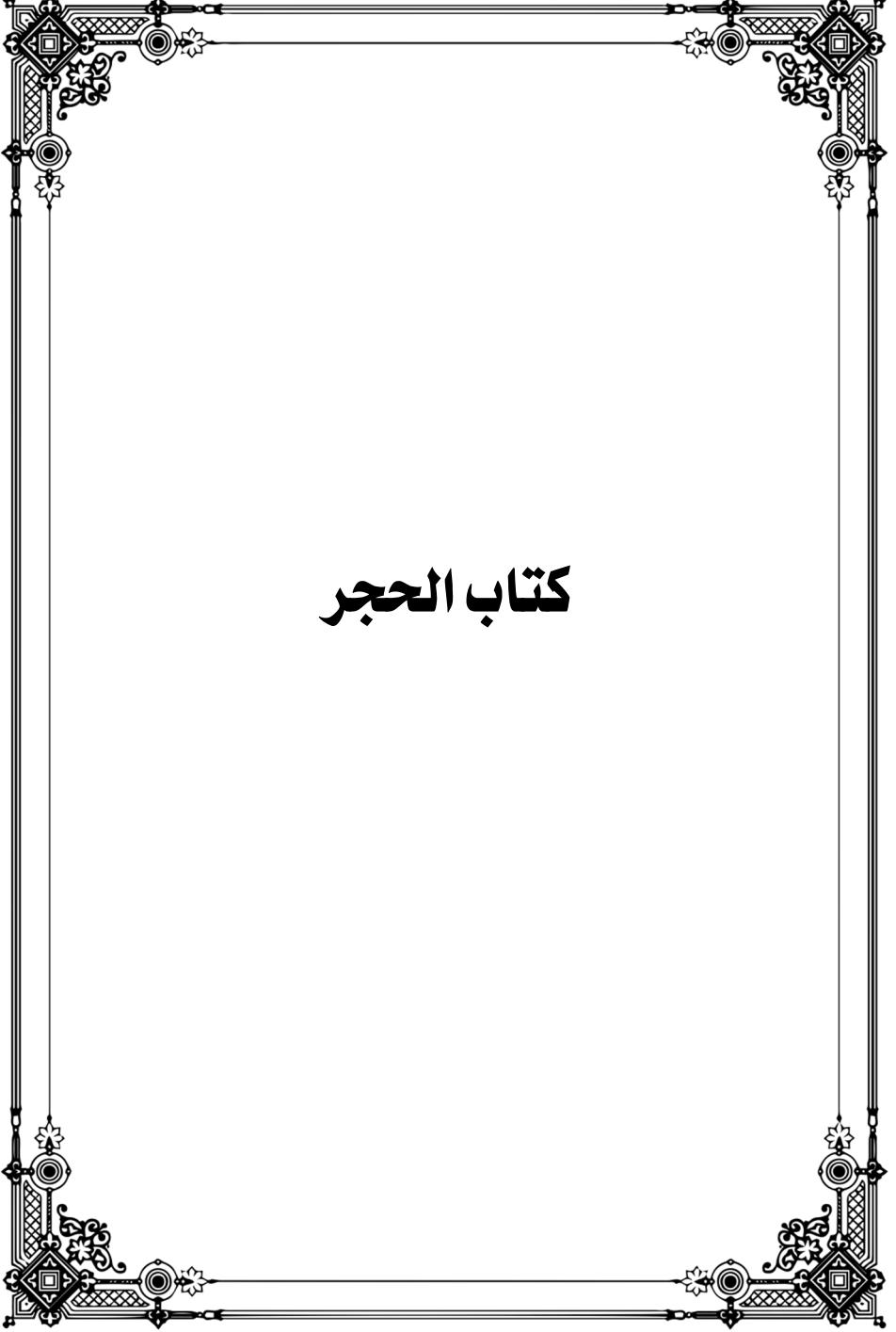
والمسألة مشكلة إلا أن يؤخذ بعموم «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»، فالعام إما مرجح أو مرجع، إلا أن يقال: يكون العام أيضاً طرفاً للمعارضة.

لواختلاف في التفريط وأمّا لو اختلفا في التفريط، فالقول قول المرتهن، لأنّه موافق للأصل، ويكون منكراً.

→ أحكام الرهن، بـ ١٧، ذيل ح ٢.

(١) المقنع: ٣٨٤.

(٢) الاستبصار: ١٢٣/٣.



كتاب الحجر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على محمد وآلہ الطاهرين.

(كتاب الحجر)

(المحجور: هو الممنوع من التصرف في ماله، وأسبابه ستة: الصغر
وأسبابه ستة والجنون والرق والمرض والفلس والسفه).

ولا يزول حجر الصغير إلا بوصفين:

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

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

وموجبات الحجر كثيرة متفرقة في تضاعيف أبواب الفقه كالرهن
والمكاتبة وغيرهما، لكن التي جرت عادة الفقهاء – قدس الله أسرارهم –
بذكرها وعقد كتاب لها ستة المذكورة.

(١) الصحاح: ٦٢٣ / ٢؛ لسان العرب: ٤ / ١٦٧. ولا حظ المسوط: ٢٨١ / ٢؛ تذكرة الفقهاء:
١٨١ / ٢؛ المهدى البارع: ٥١١ / ٤.

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

ولازم ما ذكر أنه مع القطع بعدم الوصول إلى ذلك الكمال لا يرتفع الحجر، ولا يتربّ [عليه] الآثار المترتبة على البلوغ وإن بلغ خمس عشرة سنة، ولا أظنّ أن يلتزم به، وإن التزموا بحصوله قبل البلوغ إلى هذا الحد من السنّ.
ونظير هذا ما يشاهد بالنباتات حيث إنّها قد تكون قابلة لتوليد المثل وإثمار الثمرة في مدة معينة، ومثلها لا تكون مشمرة في تلك المدة، فمع العلم بحصول البلوغ لا إشكال [فيه]، ومع الشبهة يرجع إلى العلائم.

فمنها: إنبات الشعر الخشن على العانة، ويدلّ عليه الأخبار المرويّة من طرق العامة والخاصة:

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

وما روى عن عطية القرظي قال: «عرضنا على رسول الله ﷺ يوم قريظة وكان من أنبت قتل، ومن لم ينجب خلي سبيله، فكنت مّن لم ينجب فخلي سبيلي»^(٣).

إنبات الشعر
الخشن على العانة
ورواياته

(١) جواهر الكلام: ٤ / ٢٦.
(٢) مسنّ أحمد بن حنبل: ٥ / ٣١٢؛ المستدرك: ٢ / ١٢٣.
(٣) مسنّ أحمد بن حنبل: ٤ / ٣١٠؛ سنن ابن ماجة: ٢ / ٨٤٩، ٢٥٤١؛ سنن الترمذى: ←

ومن طريق الأصحاب خبر أبي البختري عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام: «أنّ رسول الله ﷺ عرضهم يومئذ - يعنيبني قريظة - على العانات، فمن وجده أنبت قتلها، ومن لم يجده أنبت الحقه بالذراري»^(١).

وما في خبر يزيد الكناسي: «أنّ الغلام إذا زوّجه 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 للتوقف [فيه]، واستشكل [في] عمومه للإناث من جهة ظهور النصوص في خصوص الذكور^(٤).

وييمكن أن يقال: إن إنبات الشعر ليس من الأمارات التي تحتاج أماريتها إلى التعبّد، بل هي من الأمارات التي تعتبرها العقلاء، وتوجب الاطمئنان بحصول البلوغ، وما لم يردع عنه الشع يكون حجّة.

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

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

(١) تهذيب الأحكام: ٦/١٧٣، ح ١٧، باب التوارد؛ وسائل الشيعة: ١٥/١٤٧، أبواب جهاد العدو، ب٦٥، ح ٢. وأبو البختري 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 أنّ الأب إذا عقد على ابنته الصغيرة قبل أن تبلغ لم يكن لها عند البلوغ خيار؛ وسائل الشيعة: ٢٠/٢٧٨، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ب٦، ح ٩. والرواية صحيحة على كلام في الكناسي.

(٤) جواهر الكلام: ٢٦/٧.

يزيد الكناسي المذكور آنفًا، والخبر من الأخبار الحسان.

يعلم البلوغ بخروف المني ومنها: خروج المني بلا خلاف^(١)، مضافاً إلى الكتاب والسنة، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغُ الْأَطْفَالُ مِنْهُمُ الْحُلُمَ فَلَا يَسْتَدِرُوا﴾^(٢)، ﴿وَابْتَأْلُوا إِلَيْتَمَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾^(٣).

وقال الصادق ع عليهما السلام - على المحكي - في خبر هشام بن سالم: «انقطاع يتم اليتيم الاحتلام وهو أشدّه»^(٤).

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

وفي النبوّي المعروف: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتّى يختلم، وعن الجنون حتّى يفيق، وعن النائم حتّى يتبّه»^(٦)، إلى غير ما ذكر.

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

(٢) النور: ٥٩.

(٣) النساء: ٦.

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

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

(٦) مسنّ أحمد: ٦/ ١٠٠ - ١٠١؛ سنن الدارمي: ٢/ ١٧١؛ سنن أبي داود: ٢/ ٣٣٩، ح ٤٤٠؛ المستدرك: ٢/ ٥٩.

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

ويمكن استفادته من قوله تعالى: ﴿إِذَا بَلَغُوا الْتِكَاحَ﴾ الظاهر في البلوغ إلى حدّأهلية النكاح، كما أنّ التقييد بكون المنى مما يكون منه الولد المراد منه الشأنة لا الفعلية، فإنّه كثيراً لا يكون منه الولد.

ولا إشكال في اشتراك هذا بين الذكر والأئمّة، لعموم الآية الشريفـة: ﴿وَبَيْتُوا الْيَتَامَى﴾، لأنّ الأئمّة أيضاً يحصل لها الاحتلام وينخرج منها المنى.

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

ومن العلائم السنـ، المعروـفـ المشهورـ بـلوـغـ خـمسـةـ عـشـرـ سـنـةـ فـيـ الغـلامـ، الـبلـوغـ بـالـسـنـ وـبلـوغـ تـسـعـ سـيـنـيـنـ فـيـ الإـنـاثـ^(١).

ويـدلـ عليه ما رـواـهـ فـيـ الكـافـيـ عنـ حـمـزةـ بـنـ حـمـرانـ قـالـ: «سـأـلـتـ أـبـا جـعـفـرـ عـلـيـهـ الـبـابـ قـلـتـ لـهـ: مـتـىـ يـحـبـ عـلـىـ الغـلامـ أـنـ يـؤـخـذـ بـالـحدـودـ التـامـةـ وـتـقـامـ عـلـيـهـ وـيـؤـخـذـ بـهـ؟ـ قـالـ: إـذـاـ خـرـجـ عـنـهـ الـيـتـمـ وـأـدـرـكـ.

(١) المراسم: ١٦٦؛ الحالـ: ٣/٢٨٢-٢٨٣، وـفيـ دـعـوىـ الإـجـمـاعـ؛ المـهـذـبـ: ١١٩-١٢٠/٢؛ الوـسـيـلـةـ: ١ـ؛ فـقـهـ الـقـرـآنـ: ٢ـ/٧٣ـ؛ غـنـيـةـ التـزـوـعـ: ٢٥١ـ، وـفيـ دـعـوىـ الإـجـمـاعـ؛ السـرـائرـ: ٣٠٦ـ؛ الجـامـعـ لـلـشـرـائـعـ: ٣٦٠ـ.

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 وتوخذ بها وتوخذ لها؟
قال: إنّ الجارية ليست مثل الغلام، إنّ الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها
سع سنين ذهب عنه اليم، 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 اليم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة أو
يحتلم، أو يشعر أو ينبت قبل ذلك».

ورواه ابن إدريس في مستطرفات السرائر نقاًلاً من كتاب المشيخة
للحسن بن محبوب، عن حمزة بن حمران، عن أبي جعفر ع ^(١) وغير واسطة ^(٢).

وعن يزيد الكناسي، عن أبي جعفر ع ^(١) قال: «الجارية إذا بلغت سبع
سنين ذهب عنها اليم وزوجت وأقيمت عليها الحدود التامة عليها ولها» ^(٣).

والأخبار ببلوغ الجارية بالتسعة كثيرة فلا إشكال، وإنما الإشكال في
بلغ الغلام بخصوص خمس عشرة أو أقلّ.

(١) الكافي: ١٩٧/٧، ح، باب حدّ الغلام والجارية اللذين يجب عليهما الحدّ تاماً؛ تهذيب الأحكام: ٣٧/١٠، ح ٣٨-٣٧، باب حدود الزنى؛ السرائر: ٥٩٦/٣؛ وسائل الشيعة: ٤٣/١، مقدمة العبادات، ب٤، ح ٢، وفيه عبد العزيز العبدلي، 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 مقدمات الحدود، ب٦، ح ١. والرواية صحيحة على كلام في الكناسي.

الأخبار المعارضة

في المسألة

ففي قبال ما ذكر أخبار:

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

وصحىحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بلغ أئنده ثلاثة عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ما يجب على المحتملين احتمل أو لم يحتمل، وكتبت عليه السيئات وكتبت له الحسنات، وجاز له كل شيء إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً»^(٢).

وروى في الكافي والفقير عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بلغ الغلام ثلاثة عشرة سنة كتبت له الحسنة، وكتبت عليه السيئة وعقوبها، وإذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك، وذلك أئنها تحيسن لتسع سنين»^(٣).

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

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

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

وروى في التهذيب في المؤتّق عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليهما السلام قال: «سأله أبي - وأنا حاضر - عن قول الله تعالى: ﴿حَقٌّ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ﴾؟ قال: الاحتمام، فقال: يحتمل في ستّ عشرة وسبعين عشرة سنة ونحوهما؟ فقال: إذا أتت عليه ثلاثة عشرة سنة ونحوها قال: لا، إلا إذا أتت عليه ثلاثة 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 الضعف؟ قال: الأبله»^(١).

وروى في الكافي والتهذيب عن عيسى بن زيد عن أبي عبد الله عليهما السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليهما السلام: يتغير^(٢) الصبي لسبعين سنين، ويؤمر بالصلاحة لتسعة ويفرق بينهم في المضاجع، ويحتمل لأربع عشرة، ويتنهى طوله لإحدى وعشرين، ويتنهى عقله لثمان وعشرين إلا التجارب»^(٣).

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

→ مؤتّقة بالحسن بن محمد بن سعادة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤.

(١) تهذيب الأحكام: ٩/١٨٢، ح٦، باب وصيّة الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٦٣، أبواب أحكام الوصايا، ب٤٤، ح٨. والتعديل عنها بالمؤتّقة لابن فضال. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٦٤١.

(٢) أي يسقط أسنانه المقاديم. روضة المتّقين: ٦/٣٧٢.

(٣) الكافي: ٧/٦٩، ح٨، باب الوصي يدرك أيتامه فيما يمتنعون منأخذ مالهم ومن يدرك ولا يؤنس منه الرشد وحدّ البلوغ؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٣، ح١٣، باب وصيّة الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٦٤، أبواب أحكام الوصايا، ب٤٤، ح١٠. وعيسى بن زيد مهملاً.

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 السنن والصراحة بحسب الدلالة لم يعمل المشهور بها، ويمكن أن يكون الأخذ بها يقابلها من جهة الترجيح. وقد يستدل بالآية الشريفه: ﴿وَيَتَّلُوا أَلْيَسَمِ حَقَّ إِذَا بَأْغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ أَنْشَمُ مِنْهُمْ رُشْدًا فَأَدْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٢) حيث إن مفهومها عدم الدفع مع عدم إيناس الرشد المشروط ببلوغ النكاح، فمع عدم بلوغ النكاح الإيناس المذكور متنف ومع انتفاء لا يجوز الدفع.

وبعبارة أخرى تكون ﴿إِذَا﴾ للشرط وجوابها مجموع الشرط والجزاء، وهو قوله تعالى ﴿فَإِنْ أَنْشَمُ﴾، 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 أَنْشَمُ﴾، إلى آخره، متفرعاً على الامتحان إلى زمان بلوغ النكاح، وأما إن كان

(١) تهذيب الأحكام: ٢/٣٨١-٣٨٠، ح ٥، باب الصبيان متى يؤمرون بالصلاحة، الاستبصار: ١/٤٠٨، ح ٢، باب الصبيان متى يؤمرون بالصلاحة؛ وسائل الشيعة: ١/٤٥، أبواب مقدمة العبادات، ب ٤، ح ١٢.

(٢) النساء: ٦.

(٣) جواهر الكلام: ٢٦/١٨.

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

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

وإن كان المراد زمان أهلية النكاح وجواز الأمر وإقامة الحدود التامة عليه فمقتضى الأخبار المذكورة كفاية ثلاثة عشرة وأربع عشرة، وقد مضى بعض الكلام الراجح إلى مفاد الآية الشريفة في كتاب البيع.

وبالجملة بحسب الأدلة يشكل القول المشهور، لكنّه لا محisco [عنه]، والمخالفه أشكال.

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

قد يفسّر الرشد بالملكة النفسيّة المقتضية لإصلاح المال المانعة من

يزول الحجر بالرشد

تفسير الرشد

(١) النساء: ٥.

(٢) تفسير القمي: ١٣١ / ١.

(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 الباقي عليه^(٢).

ويمكن أن يقال: فرق بين الرشد وسائر الكمالات الحاصلة بالمارسة والتمرин حيث إن الرشد ضدّه السفه، وهي ترجع إلى سخافة العقل ونقصانه، والسفاهة في العقل على خلاف الطبيعة كالجنون، فلا حاجة في الرشد إلى الممارسة.

ولعلّ الأمر بالابتلاء والامتحان من جهة أنّ الصبي غالباً ناقص العقل، ويصل إلى الكمال العقلي بالتدريج، وبمجرد البلوغ لم يحرز كماله العقلي المقتضي لإصلاح المال والتجنّب عمّا لا يليق بأفعال العقلاء، وبعد التجاوز عن حدّ البلوغ يعامل معه معاملة الرشيد من جهة أصالة السلامة، كما يعامل معه معاملة العاقل يؤخذ بقراره على نفسه، ويقام عليه الحدّ، ولعلّه لهذا جرت السيرة على المعاملة مع مجهمول الحال معاملة الرشيد.

وأمّا اعتبار العدالة، فلا مجال لاحتماله، وإنّما لزم بطلان نوع [من] هل تعتبر العدالة؟ المعاملات مع المسلمين، وجميع المعاملات مع الكفار.

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

(١) قواعد الأحكام: ٢/١٣٤؛ المهدى البارع: ٢/٥١٥؛ الروضة البهية: ٤/١٠١؛ مسالك الأفهام: ٤/١٤٨؛ رياض المسائل: ٩/٢٤٥.

(٢) مجمع البيان: ٣/١٦.

بالفصل، كيف وفي الأخبار ما يدل على صحة معاملة الفساق مثل الأخبار الدالة على جواز بيع الخشب من يعمله صنماً، والعنب والتمر من يعمله خرماً، وبعد اعتبار الرشد زائداً على البلوغ يكون الحجر مع عدمه باقياً ولو طعن في السن وبلغ ما بلغ.

لوشك في الرشد وأمّا صورة الشك في الرشد، فإن كان قبل البلوغ أو بعده قبل مضي مدة، فلا بد من رفعه بالاختبار أو بشهادة البيينة.

ولا يبعد الاكتفاء بما يوجب الوثوق والاطمئنان، لاعتماد العقلاء وإمساء هذا البناء من طرف الشّرع، وقد سبق في بعض المباحث السابقة. وأمّا بعد مضي مدة من البلوغ، فالظاهر عدم الحاجة إلى ما ذكر، لقيام السيرة على المعاملة مع المجهول الحال معاملة الرشيد، ثم إنّه لم يظهر وجه لاشترط الحجر أو رفعه بحکم الحاكم، بل الإطلاق على خلافه.

وممّا ذكر ظهر ما في المتن من قوله:

(والسفيه هو الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة، فلو باع الحال هذه لم يمض بيده، وكذا لو وهب أو أقر بمال، ويصح طلاقه وظهاره وإقراره بما لا يوجب مالاً).

مع عدم الرشد لا يجوز التصرفات المالية وظاهر كلّ ما لهم أنّه مع عدم الرشد يكون الإنسان ممنوعاً من جميع التصرفات المالية وعد منها الإقرار بهال.

ولا يخفى أنّه مع علمه باشتغال ذمته بالمال لا بد 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 يصح أن يؤدّي عنه غيره، كما أنه لو جنى جنایة موجبة للدية من ماله يخرج من ماله.

ومن هنا يقع الإشكال في بيع الكلّي في الذمة، فإنه ليس تصرّفاً في ماله، بل بالبيع يعتبر الماليّة إلّا أن يكون إجماع.

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

الأخبار الواردة فمنها: رواية العياشي في تفسير قوله عزّ وجلّ: «وَلَا تُؤْتُوا السُّفهَاءَ أَمْوَالَكُمْ»^(١) الآية، عن الصادق علیه السلام قال: «هم اليتامى لا تعطوهם حتّى تعرفوا منهم الرشد، قيل: فكيف يكون أموالهم أموالنا؟ فقال: إذا كنت أنت الوارث لهم»^(٢).

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

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

(١) النساء: ٥.

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

(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 الباقي ^{عائلاً}: «الرشد العقل وإصلاح المال»^(١).

والقمي في تفسيره عنه ^{عائلاً} في هذه الآية قال: «من كان في يده مال بعض اليتامي فلا يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح ويحتمل، فإذا احتلم وجب عليه الحدود وإقامة الفرائض، ولا يكون مضيّعاً، ولا شارب الخمر، ولا زانياً، فإذا آنس منه الرشد دفع إليه المال، وأشهد عليه، وإن كانوا لا يعلمون أنه بلغ، فإنه يمتحن بريح إبطه أو بنت عانته، فإذا كان كذلك فقد بلغ، فيدفع إليه ماله إذا كان رشيداً، ولا يجوز أن يحبس ماله ويعتل عليه أنه لم يكبر بعد»^(٢)، إلى غير ما ذكر، فالنظر فيها لا يستفاد منها ما هو المعروف إلا أن يتحقق الإجماع؛ فتدبر.

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

(والملوك ممنوع من التصرفات إلا بإذن المولى، والمريض ممنوع من الوصية بما زاد على الثالث، وكذا في التبرّعات المنجزة على الخلاف).

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

(١) مجمع البيان: ٣/١٦.

(٢) تفسير القمي: ١/١٣١.

وأَمَّا المريض، فادعى الإجماع^(١) على كونه ممنوعاً من الوصيّة بما زاد على تصرفات المريض الثالث بمعنى عدم نفوذ الوصيّة بما زاد على الثالث، فإن أجاز الورثة صحت، وإن لم تجز بطلت.

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

ومنها: المرويّ عن الصادق علیه السلام - كما عن المقنع -: «أنّه سُئل عن الرجل الروايات الواردة أوصى بهاله في سبيل الله عزّ وجلّ؟ فقال: اجعله^(٤) إلى من أوصى له به وإن في المسألة كان يهودياً أو نصراوياً، فإنّ الله عزّ وجلّ يقول: ﴿فَمَنْ بَذَلَهُ وَبَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِلَهُهُ دُنْلَبٌ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ وَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلَيْهِ﴾، ثم^(٥) قال عقيب ذلك: ماله هو الثالث، لأنّه لا مال للميّت أكثر من الثالث»^(٦).

وأَمَّا خبر ابن عبدوس: «أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمد علیه السلام فكتب إليه: رجل أوصى إليّ بجميع ما خلف لك وخلف ابنتي أخت له، فرأيك في ذلك؟ فكتب إليّ: بع ما خلف وابعث به إليّ، فبعث

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

(٢) وسائل الشيعة: ١٩/٢٦٧، أبواب أحكام الوصاية، بـ ٨.

(٣) مختلف الشيعة: ٦/٣٩٣.

(٤) في المقنع: «أعطه».

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

(٦) المقنع: ٤٨١.

وبعثت به إليه، فكتب إلى: قد وصل^(١).

وكذا خبر عمّار: «الرجل أحق بهاله ما دام فيه الروح إن أوصى به كله فهو جائز»^(٢).

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

وأمّا الممنوعية في التبرّعات المنجزة في مرض الموت بالنسبة إلى الزائد على الثلث وهو محل الخلاف بين القدماء والمؤخرين، فلا بد من نقل أخبار الطرفين.

فالأخبار التي استدلّ بها على الخروج من الثلث كثيرة: منها: صحيح شعيب بن يعقوب^(٤): «عن الرجل يموت ماله من ماله؟ فقال عائشة: له ثلث ماله»^(٥).

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

(٢) الكافي: ٧/٧، ح ٢، باب أن صاحب المال أحق بهاله ما دام حيًّا من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٢، ح ٤٦٨٥، باب في أن الإنسان أحق بهاله ما دام فيه شيء من الروح؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٧، ح ٦، باب الرجوع في الوصيّة؛ الاستبصار: ٤/١٢١، ح ٩، باب أنه 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 أبي عبد الله عائشة.

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

حكم التبرّعات
المنجزة بما زاد على
الثلث

الأخبار الدالة على
الخروج من الثلث

ومنها: صحيحه علي بن يقطين: «ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: الثالث والثالث كثیر»^(١).

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

ومنها: خبر البخار: «الوصيّة على كُلّ مسلم، ثم قال: ليس للميت من ماله إِلَّا الثلث فإذا أوصى بأكثـر من الثلث رد إلى الثلث»^(٣).

ومنها: خبر [العلاء]^(٤) الوارد في الإقرار في الامرأة التي استودعت رجالاً من الأنصار ففِي ذيله: «فَإِنَّمَا لَهَا مَا لَهَا ثُلُثٌ»^(٥).

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

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

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

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

(٤) في المتن: العلا، والصحح ما أثبتناه.

(٥) الكافي: ٤٢، ح ٣، باب المريض يقر لوارث بدين؛ من لا يحضره الفقيه: ٤٢٩، ح ٤٣٥، باب إقرار المريض للوارث بدين؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٦٠، ح ٧، باب الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ٤/١١٢، ح ٧، باب الإقرار في حال المرض لبعض الورثة بدين؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٩١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٢، ح ١٦. والعلاء بياع الساپرى مهمل.

(٦) هذا متّحد مع صحيح شعيب المتقدّم.

ثلث ماله وللمرأة أيضاً^(١).

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

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

ومنها: النبوي: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثَلَاثَ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَالِكُمْ زِيادةً فِي أَعْمَالِكُمْ»^(٥).

ومنها: خبر علي بن عقبة: «في رجل حضره الموت فأعتقد مملوكاً له ليس له غيره، فأبى الورثة أن يحيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال: ما يعتقد منه إلّا ثلثه وسائر ذلك الورثة أحق بذلك، وهم ما باقي»^(٦).

(١) من لا يحضره الفقيه: ٤/١٨٥، ح ٥٤٢٢، باب مقدار ما يستحب الوصية به؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٧٢، أبواب أحكام الوصايا، ب١٠، ح ٢. والرواية صحيحة.

(٢) جامع المقاصد: ١١/٩٦.

(٣) في التهذيب: عن أحد هما.

(٤) من لا يحضره الفقيه: ٤/١٨١، ح ٥٤١٠، باب حجّة الله عزّ وجلّ على تارك الوصيّة؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٧٥، ح ١٢، باب الوصيّة ووجوهاً؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٦٣، أبواب أحكام الوصايا، باب ٤، ح ٤، وفيه أبو عبد الله زكريا المؤمن، وهو مخالط 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 الوصيّة بالثلث وأقلّ منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/١٢٠، ح ٥، باب أنه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٧٦، أبواب ←

ومنها: خبر عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام: «ثم قال: سأله عن رجل حضره الموت وأعتق مملوكاً ليس له غيره، فأبى الورثة أن يحيزوا 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 بوصيّة أخرى ألغيت^(٢) الوصيّة، وأعتقت الخادم من ثلاثة إلا أن يفضل من ثلاثة ما يبلغ الوصيّة»^(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 وسلم يقول: يستسع في ثلاثي قيمته للورثة»^(٤).

ومنها: الخبر العامي - الذي ادعى في المسالك^(٥) أنه أجود ما في الباب متناً وسندًا ومن ادعى خلاف ذلك فالسيرة ترد دعواه، وعليه اقتصر ابن

→ أحكام الوصايا، ب، ١١، ح ٤. والرواية موثقة باب فضال. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(١) تهذيب الأحكام: ٢١٩/٩، ح ١٢، ٢٢٠، باب وصيّة الإنسان لعبد 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: ١٩٧/٧، ح ٢، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ تهذيب الأحكام: ١٩٧/٩، ح ١٨، باب الوصيّة بالثلث وأقل منه وأكثر؛ وسائل الشيعة: ٢٧٦/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب، ١١، ح ٦، وفيه علي بن أبي حزنة 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: ٣٢/١٠١، كتاب العتق، ب، ٦٤، ح ٥. والرواية موثقة لأجل السكوني. راجع معجم رجال الحديث: ٣/١٠٥.

(٥) مسالك الأفهام: ٦/٣٠٩.

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

ومنها: صحيحـة زرارـة أو جـمـيل عن أـبـي عـبـد اللـه عـلـيـهـالـيـلـاـ: «في رـجـلـ أـعـتـقـ مـلـوـكـهـ عـنـ دـيـنـهـ وـكـانـ عـلـيـهـ دـيـنـ؟ـ فـقـالـ عـلـيـهـالـيـلـاـ: إـنـ كـانـ قـيـمـتـهـ مـثـلـ الـذـيـ عـلـيـهـ وـمـثـلـهـ جـازـ عـتـقـهـ إـلـاـ لـمـ يـحـزـ»^(٣).

ومنها: موثـقة ابن الجـهـمـ: «سـمـعـتـ أـبـاـ الحـسـنـ عـلـيـهـالـيـلـاـ فيـ رـجـلـ أـعـتـقـ مـلـوـكـاـ وـقـدـ حـضـرـهـ الـمـوـتـ، فـأـشـهـدـ لـهـ بـذـلـكـ وـقـيـمـتـهـ سـتـمـائـةـ وـعـلـيـهـ دـيـنـ ثـلـاثـمـائـةـ درـهـمـ وـلـمـ يـتـرـكـ شـيـئـاـ غـيرـهـ، قـالـ: يـعـتـقـ مـنـهـ سـدـسـهـ، لـأـنـهـ إـنـاـ لـهـ مـنـهـ ثـلـاثـمـائـةـ درـهـمـ، وـتـقـضـىـ عـنـهـ ثـلـاثـمـائـةـ درـهـمـ، وـلـهـ مـنـ الـثـلـثـ مـائـةـ درـهـمـ ثـلـثـهـاـ، وـلـهـ السـدـسـ مـنـ الـجـمـيعـ»^(٤).

(١) لم يعثر عليه في المختلف.

(٢) مسند أحمد: ٤٢٦/٤؛ صحيح مسلم: ٥/٩٧؛ سنن ابن ماجة: ٢/٧٨٦، ح ٢٣٤٥؛ سنن النساءى: ٤/٦٤؛ السنن الكبرى: ٦/٢٦٥؛ سنن الدارقطنى: ٤/٤٥١٥، ح ٤٥١٥.

(٣) الكافي: ٧/٢٧، ح ٢، باب من أعتق وعليه دين؛ من لا يحضره الفقيه: ٣٤٥٢، ح ١١٨/٣، باب العتق وأحكامه؛ تهذيب الأحكام: ٨/٢٢٢، ح ٧٣، باب العتق وأحكامه؛ الاستبصار: ٤/٨-٧، ح ١، باب الرجل يعتق عبده عند الموت وعليه دين؛ وسائل الشيعة: ٣٥٦/١٩، 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 الشيعة: ١٩/٣٥٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٩، ح ٤. والتعبير عنها بالمؤقة 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 ليلي وابن شبرمة؟ فقلت: بلعني أنه مات مولى لعيسي بن موسى وترك عليه ديناً كثيراً، وترك مالاً يحيط به مات بأئمته، فأعتقدهم عند الموت، إلى أن قال الإمام عليه السلام: إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على وصيته وأجيزة وصيته على وجهها، فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء، ويكون ثلثه للورثة، ويكون له السادس»^(١).

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

ومنها: خبر سباعية: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطيّة 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: ٨/٢٣٢، ح ٧٤، باب العتق وأحكامه؛ الاستبصار: ٤/٨، ح ٤، باب الرجل يعتق عبده عند الموت وعليه دين؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٥٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٩، ح ٥.

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

ثم أعلم أنّ 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 سباعية. تهذيب الأحكام: ٩/١٥٨، ح ٢٩، باب النحل والهبة.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٠، ح ١٠، باب الوصيّة للوارث؛ الاستبصار: ٤/١٢٧، ح ٢، باب عطيّة الوالد لولده في حال المرض؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٠٠، 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 عَلَيْهِ الْمَسْكُونَ عن عطية الوالد لولده ببيته؟ قال: إذا أعطاه في صحته جاز»^(١).

ومنها: خبر السكوني عن علي عَلَيْهِ الْمَسْكُونَ: «أنه كان يرد النحلة في الوصية وما أفرّ به عند موته بلا ثبت ولا ببيته ردّه»^(٢).

ومنها: خبر أبي ولاد: «سألت أبا عبد الله عَلَيْهِ الْمَسْكُونَ عن الرجل يكون لأمرأته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها؟ قال عَلَيْهِ الْمَسْكُونَ: بل تبرئه له فيجوز هبته له، ويحتسب ذلك من ثلثها»^(٣).

وقد يناقش في دلالة التسعة الأول منها بضعف الدلالة مضافاً إلى ضعف السندي بعضها من جهة أنها ظاهرة في إرادة الوصية، فإن المراد منها المال الذي للميّت بعد موته.

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

وجوه المناقشة في
الروايات المذكورة

(١) تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٠، ح ١١، باب الوصية للوارث؛ الاستبصار: ٤/١٢٧، ح ١، باب عطية الوالد لولده في حال المرض؛ وسائل الشيعة: 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 الشيعة: 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 أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٨٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ١١، ح ١١، وفيه محمد بن علي أبو سمية. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٩٤.

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

ويمكن أن يقال: لا إشكال في أنّه لو لم يتصرّف في حال الحياة معلقاً على الموت لم يعتبر له المال بعد الموت، فالنظر إلى التصرّف قبل الموت، بإطلاقها يشتمل التصرّف المعلق على الموت والمنجذب، ولا وجه لحمل المشتمل على لفظة «عند موته» على بعد الموت، بل العكس أولى.

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

ونوّقش أيضاً في دلالة الخمسة المذكورة بعدها بضعف الدلالة^(٢) مضافاً إلى ضعف السندي بأنّ ظاهرها إرادة الوصيّة بالعقل بمحلاً حظة أنّ الغالب الواقع من العقل الواقع في حال المرض هو ذلك، لا العقل المنجذب^(٣).

ولا يخفى بعد ما ذكر، فإنّ الظاهر أنّ المراد العقل المنجذب، وعلى تقدير الشمول للمتعلّق فالمnjذب المتيقّن، نعم، في خصوص خبر أبي بصير حيث عبر فيه «ثمّ أوصى بوصيّة أخرى» يوهم إرادة الوصيّة من جهة لفظة «آخرى»، ولكنّه يشكل أيضاً من جهة أنّه قال عائلاً في الجواب - على المحكي - : «ألغيت الوصيّة» ولم يقل الوصيّة الأخرى.

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

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

(٣) رسالة في منجزات المريض (للسيّد اليزدي): ١٩.

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

وثانياً: لو سلّمنا حملها على العتق المنجز يجبر 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 بالتنقّي وغيره.

وما ذكر من أنّه مع التسلّيم يجب الاقتصار على موردها لكونها على خلاف القاعدة، يشكّل بأنّ الظاهر إلغاء الخصوصيّة، ولذا لم يقل من وجّدنا كلاماً في الأخبار السابقة بالاختصاص بمواردها.

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

وأمّا الأخبار المستدلّ بها للقول بالخروج من الأصل لا الثالث وعدم الم نوعيّة: الأخبار الدالّة على الخروج من الأصل لا الثالث

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

(١) رسالة في منجزات المريض (للسيّد 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 الثالث»^(١).

ومنها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «الرجل له الولد يسعه أن يجعل ماله لقراطته؟ قال عليه السلام: هو ماله يصنع به ما يشاء إلى أن يأتيه الموت، أن^(٢) لصاحب المال أن يعمل به ما شاء ما دام حياً، إن شاء وهبها، وإن شاء تصدق بها، وإن شاء تركها إلى أن يأتيه الموت، فإن أوصى به فليس له إلا الثالث إلا أن الفضل في أن لا يضيع من يعول به، ولا يضر بورثته»^(٣).

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

(١) الكافي: ٨/٧، ح٦، باب أن صاحب المال أحق به ما دام حياً؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٨٧، ح٥٤٣٠، باب ما يجب من رد الوصية إلى المعروف وما للميّت من ماله؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٩٨، أبواب أحكام الوصايا، ب١٧، ح٦.

(٢) من هنا إلى آخره ليس في الفقيه.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٤/٤، ح٥٤٦٦، باب في أن الإنسان أحق به ما دام فيه شيء من الروح؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٨، ح٨، باب الرجوع في الوصية؛ الاستبصار: ٤/١٢١-١٢٢، ح١٢، باب أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثالث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٩٧، أبواب أحكام الوصايا، ب١٧، ح٢. والرواية مؤثقة بعد الله بن جبلة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٦٣.

(٤) الكافي: ٨/٧، ح٥، باب أن صاحب المال أحق به ما دام حياً؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٦-١٨٧، ح٢، باب الرجوع في الوصية؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٩٦، أبواب أحكام الوصايا، ب١٧، ح١. والرواية مؤثقة بعد الله بن جبلة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٦٣.

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

ومنها: موثقته الأخرى عنه عليه السلام قال: «الميت أحق بهاله ما دام فيه الروح يبين به، فإن قال بعدي فليس له إلا الثالث»، هكذا عن التهذيب وعن الفقيه روايته هكذا «فإن تعدد فليس له إلا الثالث» مكان قوله: «فإن قال بعدي»^(٢).

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

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

(١) الكافي: ٧/٨، ح٧، باب أنّ صاحب المال أحق بهاله ما دام حيًّا؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٩٩، أبواب أحكام الوصايا، ب١٧، ح٧. والرواية موثقة بعمّار الثقة الفطحي.
راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٧٩.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٤/١٨٦، ح٥٤٢٦، باب ما يجب من ردّ الوصيّة إلى المعروف وما للميّت من ماله؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٨، ح٩، باب الرجوع في الوصيّة؛ الاستبصار: ٤/١٢٢، ح١٣، باب أنه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثالث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٧٨، أبواب أحكام الوصايا، ب١٧، ح١٢. والرواية موثقة بعمّار الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٧٩.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/١٩٠، ح١٧، باب الرجوع في الوصيّة؛ الاستبصار: ٤/١٢١، ح١١، باب أنه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثالث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٠٠، أبواب أحكام الوصايا، باب ١٧، ح١٠.

(٤) الكافي: ٧/٧، ح٢، باب أنّ صاحب المال أحق بهاله ما دام حيًّا؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٢، ح٥٤٦٨، باب في أنّ الإنسان أحق بهاله ما دام فيه شيء من الروح؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٧، باب الرجوع في الوصيّة؛ الاستبصار: ٤/١٢١، ح٩، باب أنه لا تجوز الوصيّة بأكثر من ←

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

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

ومنها: خبر إبراهيم بن أبي سهال عن أبي أخبره، عن أبي عبد الله عليهما السلام قال: «الميت أحق بهاله ما دامت فيه الروح»^(٣).

ومنها: مرسلة الكليني قال: «وقد روی أنّ النبی ﷺ قال لرجل من الأنصار: أعتق مالیک له لم يكن له غيرهم فعابه النبی ﷺ وقال: ترك صبية صغاراً يتکفرون الناس»، ورواه الصدوق مسنداً إلّا أنه قال: «فأعتقهم عند موته»^(٤).

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

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

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

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

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

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

ومنها: حسته: «في رجل أوصى بأكثر من ثلاثة وأعتق ملوكه في مرضه؟
فقال: إن كان أكثر من الثالث يردد إلى الثالث وجاز العتق»^(٢).

ومنها: خبر إسماعيل بن همام: «في رجل أوصى عند موته بياله لذى
قرابته وأعتق ملوكاً وكان جميع ما أوصى يزيد على الثالث كيف نصنع في
وصيّته؟ قال يبدأ بالعتق فينفذه»^(٣).

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

(١) الكافي: ١٧/٧، ح٤، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه:
٢١٢/٤، ح٥٤٩٤، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/
١٢، باب الوصيّة بالثالث وأقل منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/٤، ح١٢٠، باب أنه لا تجوز
الوصيّة بأكثر من الثالث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٩، أبواب أحكام الوصايا، ب٦٧، ح١.

(٢) الكافي: ١٦/٧، ح١، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١٩،
ح٩، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٠٠، أبواب
أحكام الوصايا، ب٦٧، ح٤. والتعديل عنها بالحسنة لإبراهيم بن هاشم. راجع معجم
رجال الحديث: ١/٣١٦.

(٣) الكافي: ١٧/٧، ح٣، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه:
٢١٢/٤، ح٥٤٩٥، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/
١١، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ٤/٣، ح١٣٥، باب من
أوصى بحجّ وعتق وصدقة ولم يبلغ الثالث ذلك؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٠٠، أبواب أحكام
الوصايا، ب٦٧، ح٢. والرواية صحيحة.

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

(والأب والجد يليان على الصغير والمجنون، فإن فقدا فالوصي، فإن فقد فالحاكم).

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

ويدلّ 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 وبإله لهم وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال وأن يكون بينه وبينهم؟ فقال: لا بأس به من أجل أنّ أباًه أذن له في ذلك وهو حي»^(١)، ورواه الشیخان الآخران أيضاً.

وعن خالد بن بكر الطويل قال: «دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يابني اقبض مال إخوتك الصغار واعمل به، وخذ نصف الربح وأعطيهم النصف، وليس عليك ضمان، فقدّمتني أمّ ولد أبي إلى ابن أبي ليلى [فقالت:] إنّ هذا يأكل أموال ولدي قال: فاقتصرت عليه ما أمرني أبي، فقال ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثمّ أشهد على ابن أبي ليلى إن

(١) الكافي: ٧/٦٢، ح ١٩، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٤، ح ٢٢٧-٢٢٨، ٥٥٣٨، باب الرجل يوصي إلى رجل بولده ومال لهم وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال والربح بينه وبينهم؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٣٦-٢٣٧، ح ١٤، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٢٧، أبواب أحكام الوصايا، ب٢، ح ٩٢، ح ١. والتعبير عنه بالموثق لابن فضال. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

أنا حرّكته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبد الله عَلَيْهِ الْمَسْكُونَ فقصصت عليه قصّتي، ثم قلت: ما ترى؟ فقال: أمّا قول ابن أبي ليلي، فلا أستطيع ردّه، 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 التعذر 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 القيّم بهاله وكان رجلاً خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه في يبعهن إن لم يكن الميت صير إليه وصيّته، وكان قيامه بهذا بأمر القاضي لأنهن فروج.

قال [محمد]: فذكرت ذلك لأبي جعفر عَلَيْهِ الْمَسْكُونَ فقلت له: يموت الرجل من أصحابنا ولم يوص إلى أحد ويختلف جواري فيقيم القاضي رجلاً منا ليبعهن أو قال يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه، لأنهن فروج فما ترى في ذلك القيّم؟ قال: فقال: إذا كان القيّم مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس»^(٢).

(١) الكافي: ٧/٦١، ح٦٢، باب النسادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٢٨، ح٥٣٩، باب الرجل يوصي إلى رجل بولده ومال لهم وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال والربح بينه وبينهم؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٣٦، ح١٢، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٢٧، أبواب أحكام الوصايا، ب٩٢، ح٢٠. وخالد بن بكر مهمل.

(٢) الكافي: ٥/٢٠٩، ح٢، باب شراء الرقيق؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٤٠، ح٢٥، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٧/٣٦٣، أبواب عقد البيع وشروطه، ب١٦، ح٢. ←

ولم لوّثقة سِيَّاعة قال: «سأّلته عن رجل مات وله بنون [وبنات] صغار وكبار من غير وصيّه وله خدم وماليك وعقار كيف يصنعون الورثة لقسمة ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة فقاسمهم ذلك كله فلا بأس»^(١).

وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج الواردة في وصيّة أمير المؤمنين -صلوات الله عليه وعلى أولاده الطاهرين- قال: «إِنْ حَدَثَ بِالْحُسْنِ وَالْحُسْنِ حَدَثَ فِي الْآخِرِ مِنْهَا يَنْظُرُ فِي بْنِي عَلِيٍّ، فَإِنْ وَجَدَ فِيهِمْ مِنْ يَرْضَى بِهِدَاهُ وَإِسْلَامَهُ وَأَمَانَتَهُ فَإِنَّهُ يَجْعَلُهُ إِنْ شَاءَ، وَإِنْ لَمْ يَرْفَعْهُمْ بَعْضُ الَّذِي يَرِيدُ فِي إِلَيْهِ يَجْعَلُهُ إِلَيْ رَجُلٍ مِنْ آلِ أَبِي طَالِبٍ يَرْضَى بِهِ، فَإِنْ وَجَدَ آلِ أَبِي طَالِبٍ قَدْ ذَهَبَ كِبَرَاؤُهُمْ وَذُوو آرَائِهِمْ فَإِنَّهُ يَجْعَلُهُ إِلَيْ رَجُلٍ يَرْضَى بِهِ مِنْ بْنِي هَاشِمٍ»^(٢)، الحديث.

ويُمْكِنُ أَنْ يُقال: أَمّا روایة محمد بن إسماعيل، فلم يعلم نحو المائة في المناقشة في الروايات المذكورة على المحكي: «إِنْ كَانَ الْقِيمُ مِثْلُكَ»، إلى آخره، فلعل المراد المائة في الفقاہة والعلم بأحاديثهم وأحكامهم، كما في المقبولة ومشهورة أبي خديجة المستدل بها لجواز الحكومة والقضاء.

→ والرواية صحّيحة.

(١) الكافي: ٧/٦٧، ح٣، باب من مات على غير وصيّة وله وارث صغير في باع عليه؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٨، ح٥٥١١، باب فيمن لم يوص وله ورثة فيقسم بينهم أو يباع عليهم؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٤٠، ح٢٢٠، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ٦٢/٧٠، أبواب موجبات الإرث، ب٤، ح١.

(٢) الكافي: ٧/٤٩-٥٠، ح٧، باب صدقات النبي ﷺ وفاطمة والأئمة ووصاياتهم؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٤٦-١٤٧، ح٥٥، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٠١، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب١٠، ح٤.

وأمّا صحيحة عبد الرحمن، فظاهرها الإذن في الإيصاء.

وأمّا موثقة سماعة، فلا إشكال فيها من حيث الدلالة والسنن، وعلى فرض عدم الإشكال من حيث السنن يكون المأذون الرجل الثقة ولم يعتبر فيه العدالة، لكن في صحيحة إسماعيل بن سعد اشتراط العدالة، قال: «سألت الرضاعي عن رجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار أيمحّل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضي بيع ذلك، فإن تولاه قاض قد تراضا به ولم يستخلفه الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ قال الرضاعي: إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك»^(١).

ويمكن أن يكون الشرط أحد الوصفين من العدالة والوثاقة، لأنّ الظاهر أنّ العدالة لا تلازم الوثاقة، نعم، لا إشكال في أنه إذا لزم التصرف جاز على الترتيب المذكور أخذًا بالمتيقن.

(١) الكافي: ٦٦/٧، ح١، باب من مات على غير وصية وله وارث صغير فيباع عليه؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٩/٩، ح٢٠، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ٣٦٢/١٧، أبواب عقد البيع، ب١٦، ح١.

كتاب الضمان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على محمد وآلته الطاهرين.

(كتاب الضمان)

(وهو عقد شرعي للتعهد بنفس أو مال)

(وأقسامه ثلاثة:)

[القسم] (الأول: ضمان المال)

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

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

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

والقبول من طرف الضامن، ولا بدّ من رضا المحيل المضمون عنه، وفي الضمان بالمعنى الأخص الإيجاب من طرف الضامن والقبول من طرف المضمون له، ولا يحتاج إلى رضا المضمون عنه، وحيث إنّه من العقود لا بدّ فيه من الإيجاب والقبول، وقد يقال بتحقّقها بالفعل كاللفظ، واستشكل بأنه 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 الآخرين أن يضمن بدون تحريك لسانه بل بتحريك اليدين.

وبعد تحقّق عقد الضمان يتنتقل المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن على مذهب الخاصة، وتفرغ ذمة المضمون عنه، خلافاً للعامّة^(١) حيث ذهبوا إلى عدم فراغ ذمة المضمون عنه، فيصير المقام نظير تعاقب الأيدي على العين المغصوبة، وسيجيء ذكر بعض الأخبار الدالة على مذهب الخاصة، وحيث إنّ الضمان عقد لا بدّ فيه من القبول الإنساني، فما يظهر من كلامه عليه من الالكتفاء بالرضا يشكل، 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 الغراماء فقد برئت ذمة الميت»^(٢)، لكنّه لا بدّ من الحمل على الرضا الإنساني، لتقوم العقد به.

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

(٢) الكافي: ٩٩ / ٥، ح ٢، باب أنه إذا مات الرجل حلّ دينه؛ تهذيب الأحكام: ١٨٧ / ٦، ح ١٧، باب الديون وأحكامها؛ وسائل الشيعة: ٤ / ٢٢، ١٨ / ١٨، أبواب أحكام الضمان، ب ٢، ح ١.

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

وقد سبق في كتاب الحجر الإشكال في شمول الأدلة مثل 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.

وأمّا عدم اعتبار رضا المضمون عنه، فالظاهر عدم الخلاف فيه،
لا يعتبر رضا المضمون بل ادعى الإجماع عليه^(٢)، ويدلّ عليه إطلاق صحيح ابن سنان المذكور
عنـه آنفًا.

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

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

(٢) الخلاف: ٣١٣/٣؛ غنية النزوع: ٢٦١؛ السرائر: ٢/٦٩؛ إصباح الشيعة: ٣١٥؛ جامع
الخلاف والوفاق: ٣١٧؛ الجامع للشرعائ: ١/٣٠١؛ مختلف الشيعة: ٥/٤٥٦.

(٣) النهاية: ٣١٤.

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

ويتوجّه عليه أنّ مثل حديث الرفع يرفع الشرطية والمانعية، وبعد الرفع لا يبقى شكّ حتّى يتمسّك بالاستصحاب إن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية، ويشكل جريانه فيها، كما قرر في محله.

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

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

اعتبار الملاءة
في اللزوم وما استدلّ

له

وقد تمسّك^(٢) بقاعدة نفي الضرر وما عساه يشير إليه ذيل موثق ابن الجهم: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله عليّ دين وخلف ولداً رجالاً ونساء وصبياناً فجاء رجل منهم فقال: أنت في حلّ مما لا إخوتي

(١) الخلاف: ٣١٤ / ٣؛ السرائر: ٧٠ / ٢، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ جامع الخلاف والاتفاق: ٣١٨؛ تذكرة الفقهاء: ١٤ / ٣٣٩، وفيه دعوى الإجماع.

(٢) جواهر الكلام: ١٢٨ / ٢٦.

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

قلت: فإن رجع الورثة على فقالوا: أعطنا حقّنا، فقال: هم ذلك في
الحكم الظاهر، فأمّا بينك وبين الله فأنت في حلّ منها إذا كان الرجل الذي
أحلّك يضمن رضاهم.

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

قلت: فإن لم يكن لها مال؟ قال: فلا، قلت: فقد سمعتكم تقولون: إنّه
يجوز تحليلها فقال: إنّما أعني بذلك إذا كان لها مال»^(١).

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

وأمّا الرواية المذكورة، فظاهرها عدم صحة الضمان مع عدم المال،
وأمّا بعض النصوص الواردة في الحوالة، فيشكل التمسّك به مع مغایرة
الضمان في الحوالة، ولا مجال للقطع بعدم الفرق، فالعمدة الإجماع المدعى
في كلماتهم، لكن هذا مع عدم العلم بالإعسار.

(١) الكافي: ٢٥/٧، ح٧، باب من أوصى وعليه دين؛ تهذيب الأحكام: ١٦٧/٩، ح٢٨، باب
الإقرار في المرض؛ وسائل الشيعة: ٤٢٥/١٨، أبواب أحكام الضمان، ب٤، ح١. 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 احضر 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 عليهما السلام أو عبد الله بن جعفر، فقال الغرماء: عبد الله بن جعفر مليّ مطول وعلىّ بن الحسين لا مال له صدوق وهو أحبيهما 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 صحة الضمان المؤجل للدين الحالّ، لشمول الأدلة، ولم ينقل فيه خلاف، ونقل الخلاف في ضمان الحال، ففي محكي المقنعة^(٢) والنهاية^(٣) لا يصحّ ضمان نفس أو مال إلا بأجل، بل قد ادعى 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 الأدلة لا مجال للإشكال فيه.

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

(١) الكافي: ٥/٩٧، ح٧، باب قضاء الدين؛ من لا يحضره الفقيه: ٣٤٠٧، ح٩٨/٣، باب الحوالة؛ تهذيب الأحكام: ٦/٢١١، ح١٢، باب الكفالات والضمادات؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٢٦، أبواب أحكام الضمان، ب٥، ح١. والرواية ضعيفة.

(٢) المقنعة: ٨١٥.

(٣) النهاية: ٣١٥.

(٤) جواهر الكلام: ٢٦/١٣١.

مما دفع، فلو وبه^(١) المضمون له أو بأبرأه لم يرجع على المضمون عنه بشيء ولو كان يأذنه، وإذا تبع الضامن بالضمان فلا رجوع).

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

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

وفي خبر آخر: «عن رجل ضمن ضماناً ثم 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 تبرعاً أو شك في نحو سؤاله يشكل الرجوع لولا الإجماع، فإن كلام الإمام - على المحكى - بعد السؤال عن قول الناس يستفاد منه أن قرار الضمان على من أكل المال في

(١) كذلك، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «ولو وبه» بدل «فلو وبه».

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

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

الجملة، ولا يشمل ما لو تبرّع الضامن في ضمانه، فلاحظ ما ذكر من احتضار عبد الله بن الحسن وسؤاله ضمانته ببني عمّه، وهل يتحمل الرجوع عليه؟ وفي الخبر الثاني يمكن أن يكون النظر إلى أنه بعد الفراغ عن الرجوع لا يرجع عليه بأزيد مما أدى.

وأمّا قاعدة احترام مال المسلم، فلا تجري في المقام، لأنّ نظر المضمون عنه إلى التبرّع ومع الشك يشكّ في الاحترام، ولا أظنّ تحقق 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 الصلة 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 أنه لو أبراً المضمون له ذمة الضامن ليس له أن يرجع إلى المضمون عنه، وإن كان الضمان بسؤاله.

وأمّا 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) المقنعة: ٨١٤؛ النهاية: ٣١٤؛ غنية النزوع: ٢٦١؛ السرائر: ٧١، وفيه دعوى عدم ←

(ولو ضمن ما عليه صح وإن لم يعلم كميته على الأظاهر، ويثبت عليه ما تقوم به البينة لا ما يثبت في دفتر وحساب، ولا ما يقربه المضمون عنه).

يمكن التمسك لصحة الضمان مع عدم العلم بكمية المضمون بعموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد، وبالأخبار الخاصة مثل ما حكى 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 إذا ذكرته فسد عليّ ما أنا فيه، فقال: سبحان الله أو ما بلعك أنّ رسول الله عليه السلام كان يقول في خطبته: من ترك ضياعاً فعليه ضياعه، ومن ترك ديناً فعليه دينه، ومن ترك مالاً فهو لوارثه، وكفالله رسول الله عليه السلام ميتاً ككفالته حياً وكفالته حياً، كفالته ميتاً، فقال الرجل: نفست عنّي جعلني الله فداك»^(٢).

وي يمكن أن يقال: الظاهر أن الكفالة المذكورة في هذه الرواية راجعة إلى أمر آخر من قبيل المسؤولية الأخروية، ونقل حسنات المدين إلى الدائن، فلعل كفالة رسول الله عليه السلام توجب عدم المسؤولية، وعدم

→ الخلاف؛ إصلاح 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 والضمادات؛ وسائل الشيعة: ١٨/٣٣٧، أبواب الدين، ب٩، ح ٥. وعطاء مهممل.

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

ثم إنّه ثبت كمية المال المضمون بالبيبة لعموم حجيته، وأمّا ما أثبتت
في دفتر وحساب، فمع الوثوق بالصحة لا يبعد الثبوت مع الإثبات فيها،
لأنّ الوثوق من الطرق التي يتوجّه العقلاء إليها.

وأمّا الإقرارات، فقد يستشكل في حجيته بالنسبة إلى الضامن من جهة أنّ
الإقرار نافذ بالنسبة إلى المقرّ لا بالنسبة إلى الغير إلا أن يكون الإقرار
سابقاً على الضمان، ويشكل الفرق بين الإقرار السابق واللاحق، فإنّ
الإقرار السابق نافذ بالنسبة إلى نفس المقرّ، ولا يثبت به الدين والمضمون
هو الدين.

وإن قلت: بعد نفوذ الإقرار يكون المقرّ به بمنزلة الدين الواقعي.
قلت: كذلك الإقرار اللاحق، وبعد نفوذه يكون المقرّ به بمنزلة الدين
الواقعي، وبعبارة أخرى إن كان المقرّ به بمنزلة الموضوع، ففي الصورتين
تحقق الموضوع إلا فلا بدّ 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 والمحتال، ولا يجب قبول الحوالة ولو كان على ملي، نعم لو قبل لزمه، ولا يرجع المحتال 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 وينحرج 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 المتيقن في شمول دليل وجوب الوفاء بالعقد، ويشك في شموله للفاقد لقبول المحال عليه.

ولا يقاس المقام بالتوكيل في استيفاء ما على الغير حيث إنّه لا اعتبار برجوا الغير، لأنّ الحوالة توجب فراغ ذمة المحيل بخلاف باب التوكيل، ووجه ما ذكر من الاقتصر بالمتيقن احتمال أن يكون اللام في مثل «أوفوا

إِلَيْهِ الْقُوْدُوْدُ 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 الحال عليه، ومجّرد هذا لا يصيّره عقداً^(١).

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

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

لابيجب قبول الحوالة وأمّا عدم وجوب قبول الحوالة، فوجهه بناء على كونها عقداً واضح والسائل بكونها إيقاعاً حيث يتلزم بأنّه بعد الحوالة تفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة الحال عليه بدون وفاء ما على المحيل، لا بدّ له من اعتبار رضى المحتال، لأنّه ليس من قبيل تسليطه على المال حيث إنّه يجب عليه القبول على المعروف.

ومع قبول المحتال لزمت الحوالة، وليس له الرجوع على المحيل، ولو افتقر الحال عليه بعد الحوالة، لخبر أبي أيّوب: «سأل أبا عبد الله عائلاً 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: ٣٤٠٨، ح ٩٨ / ٣، باب الحوالة؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٢، ح ٢٠، ج ٦ / ٢٣٢، باب كيفية الحكم والقضاء؛ وسائل الشيعة: ٤٣٣ / ١٨، أبواب أحكام الضمان، ب ١١، ح ١. والرواية صحيحة.

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

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

(ويشترط ملاءته وقت الحوالة أو علم المحتال ياعسارة، ولو بان فقره رجع ويبرأ المحيل، وإن لم يبرئه المحتال، وفي روایة: 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 المقصوبة، وكباب الضمان على مذهب الجمهور حيث يقولون: الضمان

(١) الكافي: ٥/٤٠٤، ح٤، باب الكفالة والحوالة؛ تهذيب الأحكام: ٦/٢١٢، ح٣، باب الحالات؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٣٤، أبواب أحكام الضمان، ب١١، ح٣. والرواية موثقة بحميد بن زياد الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٩.

(٢) تهذيب الأحكام: ٦/٢١٢، ح٦، باب الحالات؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٣٤، أبواب أحكام الضمان، ب١١، ح٤. وعقبة بن جعفر مهملاً.

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 أحد هم عليه السلام: «في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل فيقول [له] الذي احتال: برئ 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 إنّه مع البراءة تبطل الحوالة، لأنّه مع الإبراء ليس للمحتال الرجوع إلى المحال عليه، فلا مجال لتقييد تلك الأخبار بهذا الخبر، فمع صحة 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، ح٢، باب الكفالة والحوالة؛ تهذيب الأحكام: ٦/٢١١-٢١٢، ح١، باب الحالات؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٣٣، أبواب الضمان، ب١١، ح٢. والرواية صحيحة.

(القسم الثالث: الكفالة)

تعريف الكفالة

(وهي التعهد بالنفس، ويعتبر رضا الكافل والمكفول له دون المكفول عنه، وفي اشتراط الأجل قوله، وإن اشترط أجالاً فلا بد من كونه معلوماً، وإذا دفع الكافل الغريم فقد بري).

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

هل الكفالة تعهد ويقع الإشكال في أمّها هل تعهد بالنفس خاصة أو تعم التعهد بغير النفس كالتعهد بالدابة أو العين المضمونة، وأيضاً هل هي تصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حق شرعي، والحق أعمّ من أن يكون ديناً أو لا يشترط هذا، بل يكفي استحقاق الإحضار في مجلس الشرع فتصح كفالته؟

لا يبعد أن يقال: التعهد بالنفس متيقن، وغيره غير معلوم شمول الأدلة له حيث إن الأدلة لا تشمل العقود غير المتعارفة.

وأمّا كفاية استحقاق الإحضار في مجلس الشرع، فقد يستشكل فيها على فرض تحقق الاستحقاق وعدم الشبهة فيه حيث عدّ من موارده صورة ادعاء المدعى، ويشكل من جهة أنه مع عدم ثبوت حق للمدعى كيف يستحق المدعى استحضار المنكر.

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

وهل الإحضار حق للمدّعي أو يكون من وظائف الحاكم من جهة لزوم فصل الخصومة والفصل يتوقف على إحضار المنكر للتحلّيف أو النكول، أو رد اليمين على المدّعي؟

يظهر من كلامهم أنه لو طلب الخصم من الحاكم إحضار خصميه للمرافعة وجب عليه إجابته وإحضاره، وادّعى عليه الإجماع، والظاهر أنه لا دليل عليه إلا دعوى توقف الحكم على ذلك، وأنّ الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق.

ويشكل خصوصاً قبل تحرير الدعوى وتحقق كونها مسموعة، ومع تسلیم ما ذكر لم يظهر حق للمدّعي، بل ولا للحاكم حتّى يقال: للمدّعي حق الإحضار، فيجوز أخذ الكفيل إلا أن يقال: مع وجوب الحضور على المنكر عند أمر الحاكم تكليفاً يجوز أخذ الكفيل، لكنه مع كونه من باب الأمر بالمعروف يشكل جواز أخذ الكفيل له.

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

واما اعتبار رضى الكافل والمكفول له بمعنى الإيجاب والقبول بينهما لا مجرد التراضي، فلا إشكال فيه بعد الفراغ عن العقدية، ويقع الإشكال في اعتبار رضى المكفول بمعنى المذكور حتّى يصير العقد ذات أطراف ثلاثة،

لو طلب الخصم من
الحاكم إحضار
خصمه للمرافعة

يعتبر رضى الكافل
والمكفول له

ووجه الإشكال أنّه يتحمل مدخلية رضا المكفول في تحقق العقد، فمع عدمه يشكل شمولاً للدليل له.

ولا يبعد أن يقال: الكفالة المتعارفة بين الناس في مقاصدهم لا يعتبر فيها رضى المكفول، كما لو أراد الجائز حبس إنسان ظلماً، فمع كفالة أحد برضى الجائز يتحقق عندهم الكفالة مع أنّ المكفول غير راض، بل غير مطلّع، فمع تتحقق الكفالة عند العرف تكون مشمولة للدليل، ولا إشكال في صحة الكفالة مؤجلة، وأمّا صحّتها حالتها، فقد وقع الخلاف فيها، ولم يعرف وجه لعدم الصحة إلا دعوى أنّها بلافائدة.

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

وأمّا لزوم تعين الأجل في المؤجلة، فادعى عليه إجماع^(١)، ولا يلزم تعين الأجل في المؤجلة، لعدم تماميته في غير البيع وما يحالف للتمسّك فيه بدلليل نفي الغرر، وإن تم الإجماع وإلا ففيه إشكال.

وأمّا البراءة مع دفع المكفول، فوجبه ظاهر.

(وإن امتنع كان للمكفول له حبسه حتى يحضر الغريم أو ما عليه، ولو قال: إن لم أحضره إلى كذا كان علىي كذا، كان كفياً أبداً، ولم يلزم المال، ولو قال: علىي 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.

أمّا الحبس مع الامتناع، فيدلّ عليه قول الصادق علیه السلام - على المحكي -
في خبر عمّار المؤوثق: «أَتَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ علیه السلام بِرَجُلٍ قَدْ تَكَفَّلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ
فِحْبَسَهُ وَقَالَ: اطْلُبْ صَاحِبَكَ»^(١).

يجوز للمكفول له أن
يحبس الكفيل حتى
يأتي بالغريم

وما رواه الشيخ في التهذيب عن إسحاق بن عمّار، عن جعفر، عن
أبيه عليهما السلام: «أَنَّ عَلَيْهِ علیه السلام أَتَى بِرَجُلٍ كَفْلَ بِرَجُلٍ بَعْنَاهُ فَأَخْذَ بِالْمَكْفُولِ، فَقَالَ:
أَحْبَسْوْهُ حَتَّى يَأْتِي بِصَاحِبِهِ»^(٢).

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

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

التخيير بين إحضار
الغريم أو ما عليه
من الحقّ

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

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

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٠٩ / ٦، ح ٣، باب الكفلات والضمائن؛ وسائل الشيعة: ٤٣١ / ١٨،
أبواب أحكام الضمان، ب ٩، ح ٣. والرواية مؤثّقة بغياث بن كلوب العامي الثقة. راجع
معجم رجال الحديث: ٢٣٥ / ١٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٩٥، ح ٣٤٠٠، باب الكفالة؛ وسائل الشيعة: 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، لأنّ الملزوم به في العقد نفس الإحضار، وتعلق العرض باستيفاء الحقّ لا يوجب التخيير ورفع اليد عن مقتضى العقد، والخبران لا يستفاداً منها التخيير.

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

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

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

أحدهما: خبر البقباق عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَالَةُ: «سألته عن الرجل تكفل

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣٤٠٥، ح ٩٧/٣، باب الكفالة؛ وسائل الشيعة: ٤٢٨/١٨، أبواب أحكام الضمان، ب٧، ح ٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ٤٢٩/٦، ح ٢١٠، باب الكفالات، والضمادات؛ وسائل الشيعة: ٤٢٩/١٨، أبواب أحكام الضمان، ب٧، ح ٥. والرواية صحيحة.

بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً؟ قال: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه أبداً إلا أن يبدأ بالدرارهم، فإن بدأ بالدرارهم فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أحله^(١) وهو إما 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 الدرارهم، فإن قال: عليّ خمس مائة درهم قال: يلزمك الدرارهم إن لم يدفعه إليك»^(٣).

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

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

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

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

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

جئت وإنّا فعليك»، إلى آخره، هو المكفول له، وهذا إلزام منه على الكفيل، وحيث إنّ الكفيل لم يلتزم بهذا، بل التزم بخصوص الكفالة ليس عليه إنّ أحصار المكفول من دون التزام بالدرارم بخلاف ما لو التزم بالدرارم إنّ لم يحضر المكفول.

لكن هذا التوجيه لا يصح في الخبر الأول، لأنّ الظاهر منه أنّ الكفيل هو بنفسه التزم بالدرارم على تقدير عدم المجيء به، لكن عدم المال على الكفيل فيه مشروط بالمكفول إلى الأجل، وهذا هو الظاهر.

وبين حمل قوله: «فان لم يأت به»، إلى آخره، على الاستفهام^(١).
هذا، وادعى الإجماع على ما أفتوا به، فإن تحقق وإنّا فلا بدّ من ردّ العلم في الخبرين إلى أهله.

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

ادعى عدم الخلاف^(٢) في لزوم الإعادة أو أداء ما عليه، واستدلّ^(٣) على من خلّى غريماً من الحكم بقاعدة نفي الضرر والضرار، وفحوى ما ذكروا في القاتل وبأنّه يد غريمته لزمه غصب اليد المسئولة من صاحبها فكان عليه إعادتها أو أداء الحقّ.

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

(١) جواهر الكلام: ٢٦/١٩٣.

(٢) المقنعة: ٨١٥؛ الكافي في الفقه: ٣٤٠؛ النهاية: ٣١٦؛ المراسم: ٢٠٠؛ السرائر: ٢/٧٧؛ إصلاح الشيعة: ٣١٨؛ تحرير الأحكام: ١/٢٢٥؛ غایة المرام: ٢/٢١٦، وفيه دعوى الإجماع.

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

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

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

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

والحاصل أنه إن تحقق الإجماع وإلا فإثبات الحكم المذكور بما ذكر مشكل.

وأمّا لو كان الغريم قاتلاً، فيدلّ على لزوم إعادةه الصحيح أو الحسن (١) عن أبي عبد الله عائلاً: «سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً فرفعه إلى الوالي فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه فوشب عليهم قوم فخلوا 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 عليهم الديمة يردّونها جميعاً إلى أولياء المقتول» (٢).

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

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

و ظاهر هذه الرواية تعين الإحضار لا التخيير بين الإحضار والديمة، وللديمة بعد الموت، والرواية في خصوص القتل العمدي والتعميم منوط بالقطع بعدم الفرق، ومقتضى القاعدة تعلق الديمة بمتروكات القاتل كسائر الديون، وليس في النص رجوع القوم بعد أداء الدين إلى ورثة القاتل إلّا أن يقال بعدم الديمة مع هلاك القاتل في القتل العمدي، كما نسب إلى الشيخ رحمه الله^(١).

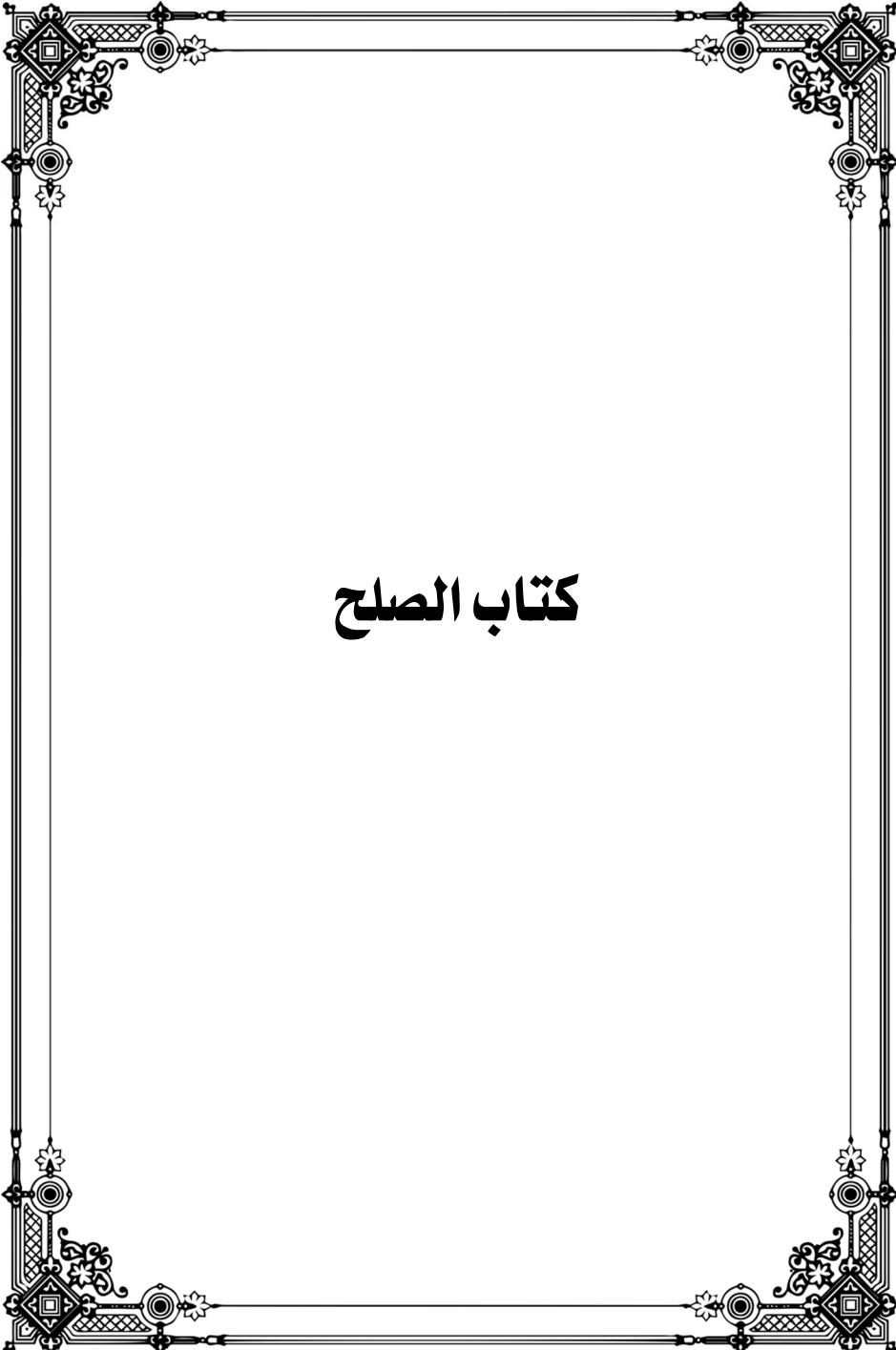
بطلان الكفالة وأمّا بطلان الكفالة بموت المكفول، فهو المشهور^(٢)، فإن قلنا بأنّ الملتزم به في عقد الكفالة خصوص إحضار الإنسان الحي، وبعد الموت يكون الموضوع متنفياً فلا معنى لبقاء الكفالة وإن كان الملتزم به إحضار البدن سواء كان حيّاً أو ميتاً لغرض - كالإشهاد عليه - فبالموت لا تبطل الكفالة، لكنّ الظاهر أنّ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

موت المكفول

→ ٤/١٠٩، ح ٥٨٠٨، باب القود ومبلغ الديمة؛ تهذيب الأحكام: ١٠/٢٢٣، ح ٨، باب ضمان النفوس وغيرها؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٣٧، أبواب أحكام الضمان، ب ١٥، ح ١.

(١) سياني الكلام فيه في كتاب الدييات؛ إن شاء الله تعالى.

(٢) الخلاف: ٣/٣٢٣؛ الوسيلة: ٢٨١؛ السرائر: ٢/٧٨؛ إصلاح الشيعة: ٣١٨؛ الجامع للشراح؛ تذكرة الفقهاء: ٤/١٤، وفيه دعوى الإجماع.



كتاب الصلاح

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

كتاب الصلح

(وهو مشروع لقطع المنازعة، ويجوز مع الإقرار والإنكار إلّا ما حرم حلالاً أو حلال حراماً، ويصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه، ومع وجوازه إلّا ما حرم حلالاً أو حلال حراماً جهازهما ديناً تنازعاً أو عيناً، وهو لازم من طفيه ويبطل بالتقابل).

الصلح هو التسامم على أمر من تمليك عين أو منفعة أو إسقاط دين أو حقٍّ وغير ذلك بعوض أو بلا عوض، المعروف أنه شرعي لقطع التجاذب والتنازع، لكنه لا يشترط فيه سبق النزاع والخصومة، وادعى الإجماع^(١) على عدم اعتبار سبق النزاع.

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

(١) المدعى للإجماع هو العلامة الحلي رحمه الله. تذكرة الفقهاء: ١٦ / ١١ . ثم أعلم أن استفادة هذا من إطلاق كلماتهم، وإنما لم نجد تصریحاً من القدماء بذلك.

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

(٣) الكافي: ٧ / ٤١٢ - ٤١٣، ح ١، باب أدب الحكم؛ من لا يحضره الفقيه: ٣٢ / ٣، ح ٢٢٦ / ٦ - ٢٢٥، ح ١، باب آداب الحكم؛ ← ح ٣٢٦٧، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٦ / ٢٢٦ - ٢٢٥، ح ١، باب آداب الحكم؛ ←

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

وما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقي عليهما السلام، ومنصور بن حازم عن الصادق عليهما السلام أنّهما قالا: «في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدرى كل منهما كم عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندني؟ 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 أنّ مفهوم الصلح ما كان مسبوقاً بالنزاع، نعم، لا تتأتّي هذه الشبهة في الرواية المنقوله عن الباقي والصادق عليهما السلام، لكن لا عموم لها.

ويمكن الاستدلال ببعض الأخبار:

كصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليهما السلام: «في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال: إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس»^(٣).

→ وسائل الشيعة: ٤٤٣ / ١٨، أبواب أحكام الصلح، ب٣، ح٢. في الكافي - ويتبعه في التهذيب - أبو المقدم ولم تثبت وثاقته. والفقير رواه مرسلاً.

(١) الكافي: ٢٥٩ / ٥، ح٥، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٨ / ٦، ح١٠، باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ٤٤٣ / ١٨، أبواب أحكام الصلح، ب٣، ح٢.

(٢) ورواه الصدوق عٌ عن محمد بن مسلم فقط. الكافي: ٢٥٨ / ٥، ح٢، باب الصلح؛ من لا يحضره الفقيه: ٣٢٦٨ / ٣، ح٣٣، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٦ / ٦، ح١، باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ٤٤٥ / ١٨، أبواب أحكام الصلح، ب٥، ح١.

(٣) تهذيب الأحكام: ٤٤٦ / ٦، ح٢٠٦، باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ٤٤٦ / ١٨، ←

وصحيحة عمر بن يزيد قال: «سألت أبا عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَالَةُ عن رجل ضمن على رجل ضمانته، ثم صالح على بعض ما صالح عليه؟ قال: ليس له إلّا الذي صالح عليه»^(١)، فإنّ الظاهر عدم سبق نزاع وخصوصية، بل المراد مجرّد التسالم والتراضي.

وأمّا جواز الصلح مع الإقرار والإنكار، ففي صورة الإقرار لا إشكال جواز الصلح مع الإقرار والإنكار، إلا أن يوجب الربا وقلنا بجريان الربا المعاوضي في الصلح كالبيع. وأمّا في صورة الإنكار، فقد يستشكل من جهة أنّه مع إنكار المنكر كيف يصحّ المعاوضة؟ وقد يقال: المراد من الصحة الصحة بحسب الظاهر، فإن كان المدعى محقّاً والمدعى عليه مبطلاً في إنكاره، فالصلح أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر، وعدم صحة الدعوى بعد ذلك إلّا أنه لا يفيد براءة ذمة المدعى عليه مما يزيد على مال الصلح مع فرض وقوع الصلح على أقلّ مما في ذمته في الواقع^(٢).

ويدلّ على ذلك صحيحة عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَالَةُ قال: «إذا كان لرجل على دين فمطله حتّى مات، ثم صالح ورثته على شيء، فالذي أخذته الورثة لهم وما بقي فهو للميّت يستوفيه منه في الآخرة، فإنّه لم يصالحهم على شيء حتّى مات ولم يقض عنه فهو كله للميّت يأخذ به»^(٣).

→ أبواب أحكام الصلح، ب٥، ح٣.

(١) الكافي: ٢٥٩/٥، ح١، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٦/٢١٠، ح٧، باب الكفالات والضمائن؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٢٧، أبواب الضمان، ب٦، ح١. والرواية موثقة على ما في الكافي بابن بكر وهو ثقة فطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٨١.

(٢) الحدائق الناصرة: ٢١/٨٨-٨٩.

(٣) الكافي: ٢٥٩/٥، ح٨، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٦/٢٠٨، ح١١، باب الصلح بين ←

ويحتمل أن يكون المدعى مبطلاً والمدعى عليه محقاً في إنكاره، وأنه بريء الذمة في الواقع، فإن الصلح وإن صحيحاً ظاهراً، لكنه لا يصح بحسب الواقع، ولا يستباح للمدعى ما دفع إليه، لأنَّه أكل للمال بالباطل.

نعم، لو كانت الدعوى مستندة إلى شبهة وقرينة تخرج بها عن الكذب المحس، كما لو وجد المدعى بخطِّ مورثته أنَّ له على فلان مالاً أو شهد له من لا يثبت الحق بشهادته شرعاً ولم يكن المدعى عالماً بالحال وتوجهت له اليمين على المدعى عليه فيصالحه على إسقاط اليمين بهال أو قطع المنازعة، فالظاهر هنا صحة الصلح في نفس الأمر، واستحقاق ما يأخذة من مال الصلح^(١).

ويمكن أن يقال: لا نعرف وجهاً لصحة الصلح ظاهراً مع عدم معلومية حق يصالح عنه بشيء في مقابلة، و مجرد جواز المرافعة وطلب اليمين من المنكر لا يثبت حقاً يقابل بالمال، وما دل على ذهاب اليمين بالحق وعدم جواز المقاومة لا يثبت صحة الصلح ظاهراً.

ولا نجد فرقاً بين صورة العلم بكذب أحد الطرفين وصورة الشبهة ووجود الخطأ أو شهادة من لا تقبل شهادته، والصحة المذكورة لا يستفاد منها صحة الصلح في الصورتين، بل هي متعرضة لصورة الاستحقاق والصلح بأقل مما في الذمة، وربما يظهر منها ما هو خلاف القواعد حيث إنَّ ما للميته يتنتقل إلى الوارث بعد الموت، فلعل المراد من مؤاخذة الميت في الآخرة من جهة حرمانه وحرمانه ورثته.

→ الناس؛ وسائل الشيعة: ١٨ / ٤٤٦، أبواب الصلح، ب٥، ح٤.

(١) إلى هنا كان من كلام صاحب الحديث.

والحاصل أنَّ الصَّحة بحسب الظاهر توجب أن يعامل مع المأْخوذ معاملة الملكيَّة بحيث يجوز للغير أن يتصرَّف فيه بإذن الآخذ من التفاوت^(١) الغير بوقوع الصلح ظاهراً، وإثبات هذا في غاية الإشكال. وما ذكر ظهر الإشكال فيما هو المعروف من أنَّ طلب البيع من المنكر إقرار بخلاف طلب الصلح حيث إنَّ صَحة الصلح العقدي منوطه بالاستحقاق، فطلب الصلح اعتراف بالاستحقاق.

إحضار الحاكم وللمنكر وإلزامه بالحلف مع عدم ثبوت حق للمدعي، فلعل الوجه فيه الاحتياط في الأموال والحقوق، ولعله من هذه الجهة يحكم بحبس الغريم حتى يتبيَّن إعساره مع أنَّه إن كان معسراً واقعاً يطالب بمال.

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

صَحة الصلح مع العلم والجهل، فلا إشكال ولا خلاف فيها في الجملة، لعموم الأدلة، وخصوص الخبرين المذكورين عن الباقي والصادق عليهما الموتى، ونحوهما الموثق، والمناقشة باحتمال كون مضمونها الإبراء

(١) كما، والأصول: «التفات» بدل «التفاوت».

(٢) الكافي: ٥/١٦٩، ح١، باب الشرط وال الخيار في البيع؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٢٠٢، ح٣٧٦٥، باب الشرط وال الخيار في البيع؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢٢، ح١٠، باب عقود البيع. وفي الجميع: المسلمين عند شروطهم. والرواية صحيحة؛ الاستبصار: ٤/٣٥، ح٦، باب المكاتب المشروط عليه إن عجز فهو رد في الرقٌ وما حد العجز في ذلك.

لا الصلح قد تدفع بفهم الأصحاب، وظهور المعاوضة فيها.

وال الأولى 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 منها.

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

وقد يستشكل^(١) في صحة الصلح واقعاً لو كان أحد الطرفين عالماً بالقدر والآخر جاهلاً به وصoliح بالأقلّ، كما يظهر من صحّيحة عمر بن يزيد المتقدّمة.

لكنّ الظاهر منها أنّ عدم براءة الذمة من جهة وقوع الصلح بالأقلّ لا من جهة الجهل، ويشكل الأخذ بظاهرها من جهة أنّ الصلح إنّ كان صحّيحاً، فلا بدّ من حصول البراءة، وإنّ كان فاسداً، فلا يجوز التصرّف في المال المصالح به إلّا بعنوان التقادص، وفي الصحّيحة لم يتعرّض للتقادص، والقول بالصحة ظاهراً لا في نفس الأمر لا نفهم وجهه.

ثمّ إنّ الظاهر صحة الصلح مع الجهل سواء أمكن رفعه بسهولة أم لا، لعموم الأدلة والأخبار المذكورة المترّضة للطعام عند الطرفين فيما ذكر في بعض الكلمات من التفرقة بين صورة تعسر المعرفة وتيسّرها، فالحكم بالصحة في الأولى دون الثانية تميّزاً بقاعدة نفي الغرر مشكّل

(١) راجع رياض المسائل: ٣٠٥ / ٩

من جهة أنَّ المُسْلِمَ من القاعدة جريانها في البين وأحقُّها الإجارة وإنَّ مجرَّد التعسُّر لا يصحِّح المعاملة، ولا فرق في ما ذكر بين العين والدين، لِإطلاقِ .

وأَمَّا اللزوم وهو مقتضى عموم «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» بعد الفراغ عن كون الصلح عقداً مستقلاً بنفسه وإن كان يفيد تارةً فائدة البيع وأخرى فائدة الهبة وثالثة فائدة أخرى، كما هو مقتضى ظاهر أدلة، ومجدد إفاده عقد فائدة عقد آخر لا يوجب فرعية أحدهما لآخر.

وأَمَّا البطلان بالتقابل وهو مقتضى دليل صحة الإقالة، بل استحبابها، وقد تكاثرت الأخبار باستحباب الإقالة:

ومنها: ما رواه الصدوق - قدس الله تعالى روحه - في المقنع مرسلاً عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَلَمُ قَالَ: «أَيَّمَا مُسْلِمٌ أَقَالَ مُسْلِمًا نَدَامَةً أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتْهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(١).

وروي: «أَنَّهُ لَمْ يَأْذِنْ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الْكَلَمُ لِحَكِيمِ بْنِ حَزَامٍ فِي تِجَارَةٍ حَتَّىٰ ضَمَنَ لِهِ إِقَالَةَ النَّادِمِ، وَإِنْظَارَ الْمُعْسَرِ، وَأَخْذَ الْحَقَّ وَافِيَاً أَوْ غَيْرَ وَافِ»^(٢).

لو اصطلاح الشريكان على أنَّ الخسران على أحدهما والربح له على أنَّ الخسران على ولآخر رأس ماله صحٌّ، ولو كان بيده اثنين درهماً فما قال أحدهما: هما أحدهما

(١) المقنع: ٢٩٩؛ من لا يحضره الفقيه: ١٩٦، ح ٣٧٣٨، باب التجارة وآدابها وفضائلها وفقهها؛ وسائل الشيعة: ٣٨٧ / ١٧، أبواب آداب التجارة، ب٣، ح ٥.

(٢) الكافي: ٥ / ١٥١، ح ٤، باب آداب التجارة؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ٥، ح ١٥، باب فضل التجارة وآدابها وغير ذلك مما ينبغي للتاجر أن يعرفه وحكم الربا؛ وسائل الشيعة: ٣٨٦-٣٨٥، أبواب آداب التجارة، ب٣، ح ١. والرواية مرسلة.

لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، فلم يدع الكل درهم ونصف، وللآخر ما بقي).

استدلّ^(١) لصحّة الاصطلاح على النحو المذكور بالعمومات وخصوص

المعتبرة:

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

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

والرابع إلا أنه قال: «كان المال عيناً وديناً»^(٥).

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

(٢) الكافي: ٥/٢٥٨، ح ١، باب الصلح؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٢٢٩، ح ٣٨٤٨، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٦/٢٠٧، ح ٧، باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٤٤، أبواب أحكام الصلح، ب٤، ح ١.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٣/٢٢٩، ح ٣٨٤٨، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٦/٢٠٧، ح ٧، باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٤٤، أبواب أحكام الصلح، ب٤، ح ١. والرواية صحيحة.

(٤) تهذيب الأحكام: ٧/٢٥، ح ٢٤، باب عقود البيع؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٤٤، أبواب أحكام الصلح، ب٤، ح ١. والرواية صحيحة.

(٥) تهذيب الأحكام: ٧/١٨٥-١٨٦، ح ٩، باب الشركة والمصاربة؛ وسائل الشيعة: ١٨/٤٤٤، ←

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

ويمكن أن يقال: حمل قوله عليه^{عليه} - على المحكى^٣ -: «إذا اشترطاً» على التراضي الواقع في عقد لازم بعيد، بل الظاهر وقوع الاشتراط في عقد الشركة، فهذا نظير أن يسأل إذا باع الإنسان هل له الفسخ، فيجب: لا الأساس إذا اشترطاً، فهل يحمل على الاشتراط في عقد آخر؟

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

وأثنا ما حكى عن الشهيد^ت من أنّ جعل ذلك في ابتداء الشركة ينافي

→ أبواب أحكام الصلح، ب٤، ح١، وفيه داود الأبزارى، وهو مهملاً.

(١) جواهر الكلام: ٢٢٠ / ٢٦.

(٢) الدروس الشرعية: ٣٣٣ / ٣.

موضوع الشركة فالأقرب المنع، فيشكل، لورود النقض بالمضاربة، فإن طبع المعاوضة يقتضي انتقال العوض إلى رب المال، وعقد المضاربة يقتضي انتقال مقدار من الربح إلى العامل، وإن وجّه في المضاربة بأنّ تمام العوض في المرتبة الأولى ينتقل إلى رب المال، وفي المرتبة الثانية ينتقل إلى العامل مقدار منه، فليوجّه في المقام بهذا النحو.

نعم، لو لم يكن النص لأمكـن الإشكـال باحتـمال المخـالفة، ولـذا يستـشكل في صـحة المضارـبة مع كـون رـأس المـال غـير الـذهب والـفضـة.

وأمـا لو كان بـيد اثـنين درـهمـان وادـعـى أحـد هـما الـكـلـ وـالـآخـر الـنـصـفـ، فـالـحـكـمـ لـمـدـعـيـ الـكـلـ بـدرـهمـ وـنـصـفـ وـلــآخـرـ بـالـنـصـفـ، لـصـحـيـحـ عـبـدـ اللهـ بـنـ الـمـغـيرـةـ، عـنـ غـيرـ وـاحـدـ مـنـ أـصـحـابـناـ، عـنـ أـبـيـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ الـسـلـامـ: «ـفـيـ رـجـلـيـنـ كـانـ مـعـهـمـاـ دـرـهمـانـ، فـقـالـ أـحـدـهـمـاـ: الـدـرـهمـانـ لـيـ، وـقـالـ الـآخـرـ: هـمـاـ بـيـنـيـ وـبـيـنـكـ، قـالـ: فـقـالـ أـبـوـ عـبـدـ اللهـ عـلـيـهـ الـسـلـامـ: أـمـاـ الـذـيـ قـالـ: هـمـاـ بـيـنـيـ وـبـيـنـكـ فـقـدـ أـقـرـ بـأـنـ أـحـدـ الـدـرـهمـيـنـ لـيـسـ لـهـ فـيـ شـيـءـ، وـأـتـهـ لـصـاحـبـهـ، وـيـقـسـمـ الـدـرـهمـ الثـانـيـ بـيـنـهـمـاـ نـصـفـيـنـ»^(١).

وـمـثـلـهـ مـرـسـلـ مـحـمـدـ بـنـ أـبـيـ حـمـزةـ^(٢) الـمـنـجـبـ إـرـسـالـهـ بـالـشـهـرـةـ، مـعـ أـنـ^(٣) فـيـ سـنـدـيـهـمـاـ اـبـنـيـ أـبـيـ عـمـيرـ وـالـمـغـيرـةـ مـنـ أـصـحـابـ الـإـجـمـاعـ.

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣٥، ح ٣٢٧٤، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٦، ح ٢٠٨، باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ١٨ / ٤٥٠، أبواب أحكام الصلح، ب ٩، ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ٦، ح ٢٩٢، باب من الزيادات في القضايا والأحكام؛ وسائل الشيعة: ١٨ / ٤٥٠، أبواب أحكام الصلح، ب ٩، ح ١.

(٣) رجال الكشي: ٥٥٦، الرقم: ١٠٥٠.

وظاهر النص والفتوى عدم الحاجة إلى اليمين، لكن في التذكرة - بعد فرض موضوع المسألة دعوى أحدهما الدرهين والآخر اشتراكهما - قال: الأقرب أنه لا بد من اليمين، فيحلف كل منها على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه، فمن نكل منها قضى به لآخر، ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسم بينهما نصفين^(١).

واستحسن في المسالك، لعموم اليمين على من أنكر، واستشكل بأنّ الرجلين كلّ منها ذو اليد بالنسبة إلى الكلّ، فيكون من باب التداعي، غایة الأمر يقع التعارض بين اليدين، فمقتضى القاعدة تنصيف ما فيه النزاع، وهو الدرهم غير المقرّبه، ولا مجال لقاعدة «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٢).

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

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

ثم نقول: لازم ما ذكر عدم ملكيّة النصف المشاع حيث إن الإضافة

(١) تذكرة الفقهاء: ١٦ / ١٣٧.

(٢) مسالك الأفهام: ٤ / ٢٦٦.

الملكيّة بالنسبة إلى كُلّ جزء جزء لا يتصوّر إلّا بحصول الإضافة إلى الكلّ.

وهذا يؤيّد ما قيل من أنَّ المال المشترك يكون لـكُلّ من الشركين فيه إضافة إلى الكلّ نظير ما يقابل الموزون حيث إنَّ البعض منه ليس مقابلاً للبعض، بل يقابل الكلّ، وما ذكر خلاف المشهور.

فإنْ قيل: الإضافة الملكية أمر اعتباري يمكن أن يتعلّق بالمردّ بخلاف الاستيلاء واليد.

يجاب بإمكان تعلّق الاستيلاء أيضاً بالمردّ، كالقدرة على أحد الأمرين لا الجمع، وأيضاً لازم ما ذكر عدم جواز تصرّف ورثة المتصرّفين في عين واحدة حيث لم يعلم الوارث بالملكية لورثه، لتعارض اليدين، ولا أظنّ أن يلتزم به.

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

ويمكن أن يقال: اليد عند العقلاء أمارة الملكية، فإذا كانت العين بيد اثنين مثلاً يكون يد كُلّ منها أمارة على الملكية وحيث إنَّ الملك الواحد لا يكون ملوكاً لمالكين في عرض واحد، وإن كان هذا محلاً للتأمّل حيث جوّزه بعض الأكابر^(١) تكون يد كُلّ منها أمارة على ملكية بمنحو الشركة، ولا يقع التعارض عندهم من جهة أنَّ يد كُلّ منها أمارة على ملكية قام العين، والملك الواحد لا يكون ملوكاً لمالكين في عرض واحد، ولذلك

(١) تكميلة العروة الوثقى: ١٢٣ / ٢.

تشتري العين منها من دون حاجة إلى إثبات الملكية لها أو لأحدهما.

لـأودعه إنسان دـرهـمـيـن وـآخـر دـرهـمـاً فـامـتـزـجـت لـأـعـن تـفـرـيـط

دـرهـمـيـن وـآخـر دـرهـمـاً وـتـلـف وـاحـد فـاصـاحـب الـاثـنـيـن دـرـهـمـ وـنـصـف ، وـلـآخـر مـا بـقـيـ).

فـامـتـزـجـت

وجه الحكم المذكور يظهر مما ذكر حيث إنّ الذي الدرهمين درهماً منها

لا احتمال فيه والآخر محتمل لكلّ منها ولا مرّجح، فالعدل والإنصاف
يتقتضيان التقسيم بينهما.

ويؤكّد هذه القاعدة خبر السكوني عن الصادق ع: «في رجل

استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها، فقال:
يعطي صاحب الدينارين ديناراً ويقتسمان الدينار الباقى بينهما نصفين»^(١).

ويمكن أن يقال: إن كان الخبر المذكور مجبوراً وإلاً فيشكل العمل
بالقاعدة المذكورة مع عدم طيب النفس من المتدعين، لا احتمال جريان
قاعدة القرعة، ولذا قيل بها في النزاع في زوجيّة المرأة بعد سقوط البيّتين
بالنکول عن الحلف من المتدعين، لعمومات القرعة.

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

لـوكـان لـواـحـد ثـوب بـعـشـرـيـن دـرـهـمـاً وـلـآخـر ثـوب بـثـلـاثـيـن فـاشـتـبـهاـ،

فـإنـ خـيـرـ أحـدـهـما صـاحـبـهـ فقدـ أـنـصـفـهـ وـإـلـاـ يـبعـاـ وـقـسـمـ الثـمـنـ بـيـنـهـما

وـلـآخـر ثـوب بـثـلـاثـيـن

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣٧ / ٣، ح ٣٢٧٨، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٢٠٨ / ٦، ح ١٤،

باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ٤٥٢ / ١٨، أبواب أحكام الصلح، ب ١٢، ح ١.

والرواية مؤثقة 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 عمّار عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يبضنه الرجل ثلاثة درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب، فبعث بالثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه؟ قال: ياع الشوبان فيعطي صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والآخر خمسي الثمن.

قلت: فإنّ صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر أيّها شئت؟

قال: قد أنصفه^(٢) المنجبر بالشهرة، مع احتمال صحة سندها في طريق الصدوق، بل والشيخ، فإنّ كان المراد الصلح بالنحو المذكور مع تراضي الطرفين فلا إشكال، وإنّ كان المراد تعين العمل بالنحو المذكور حتى مع عدم تراضي الطرفين، لإمكان أن يكون ثمن الثوب المشترى بعشرين أزيد من ثمن الثوب الآخر، فيكون من باب التعمّد يقتصر على مورده.

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

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

بطلان الصلح مع ظهور استحقاق أحد العوضين

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

(٢) الكافي: ٤٢١/٧، ح٢، باب التوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٣٦/٣، ح٣٢٧٧، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٤٥١/١٨، ح٢٠٨، باب الصلح بين الناس؛ وسائل الشيعة: ٤٥١/١٨، أبواب أحكام الصلح، ب١١، ح١. والرواية صحيحة على ما في التهذيب. وفي طريق الصدوق روى موسى بن سعدان، وهو ضعيف.

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

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

وأمّا ما ذكر من أنَّ المقصود غير واقع، إلى آخره، فهو إشكال ذكر في صورة تخلّف الوصف، كما لو اشتري العبد الموصوف بالكتابة مع كون المبيع شخصاً خاصاً فبان غير كاتب، وكذا في صورة اشتراط شرط خالف للكتاب أو السنة، فإنْ قيل بالصحّة فيها ذكر، أمكن القول بالصحّة 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 أنه عبد حشي فيبان حماراً وحشياً، والظاهر تسلّم البطلان فيه.

(١) جواهر الكلام: ٢٢٩-٢٢٨/٢٦.

كتاب الشركة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على محمد وآلہ الطاهرين.

(كتاب الشركة)

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

تعريف الشركة الظاهر أن الشركة تطلق على معنيين:

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

وعلى هذا، فالمشاركة العقدية في المعاملة في المال المشتركة لا في نفس المال، فلا يرد أن الشركة في العمل ليست مدلولة حتى يتحقق بالإنشاء، ولا يتوجه أن هذا يتحقق بمجرد الإذن من الطرفين، فلا حاجة إلى العقد، ألا ترى أن صحة تصريحات غير المالك بمجرد الإذن من المالك لا تنافي صحتها بالوكالة الحاصلة بالعقد، فالشركة العقدية موقوفة على الشركة بالمعنى الأول.

وقد يقال: بعد تسلّم كون الشركة داخلة في العقود أنّ المنشأ بقول:
اشتركتنا تحقيق الشركة وصيروة كلّ من المالين بينهما على الإشاعة إلّا أنه
يشترط في صحة ذلك تحقق المزج بعده إن لم يكن، فهو حينئذ شرط كاشف
أو ناقل، ومتي حصل مزج بقصد إنشاء الشركة من دون قول تحقق،
وكانت كالمعاطة.

أمّا المزج القهري المجرد عن قصد إرادة إنشاء الشركة، فلا يتربّط عليه
ملك كلّ منها الحصة المشاعبة في نفس الأمر، وإنّما يفيد الاشتباه في كلّ من
أجزاء المال إلّا أنّ الشارع حكم ظاهراً بكونه بينهما من الصلح القهري.
ولو سلم إفادة المزج القهري الملك في الواقع كما هو ظاهر كلمات
الأصحاب، أمكن أن يقال: لا مانع من صيروته جزء السبب مثلاً إذا
جيء به لإنعام عقد الشركة، بل ومن صيروته سبيلاً تاماً في ذلك إذا قصد
الإنشاء به في المعاطة^(١).

ويمكن أن يقال: إن كان المنشأ بقول اشتراكنا تحقيق الشركة، فلا معنى
له إلّا نقل حصة مشاعبة من ماله إلى الشريك بحصة مشاعبة من ماله، كما لو
ملكا بالوراثة أو بالاشراء، فأي حاجة إلى المزج وجعله شرطاً في صحة
الشركة، ولا إشكال في أنه مع الإذن يتربّط أحکام الشركة حيث إنّه مع
المعاملة يكون الربح بينهما والخسران عليهم.

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

المنج القهري المجرد
عن قصد إرادة
إنشاء الشركة

(١) جواهر الكلام: ٢٨٩-٢٨٨ / ٢٦

من أصحابه فقال: يا فلان أنقد عنّي ثمن هذه الدابة والربح بيّني وبيّنك فنقد عنه فنفقت الدابة؟ قال: ثمنها عليهما، لأنّه لو كان ربح لكان بينهما^(١).

كما أنّه مع المزج القهري مع الإذن تترتب أحكام الشركة مع المعاملة ويكون الربح بينهما والخسران عليهما، سواء قلنا بالشركة الواقعية أو الظاهريّة والصلح القهري، فأيّ حاجة إلى إنشاء الشركة حتّى يصير المزج جزء السبب.

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

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

(١) تهذيب الأحكام: ٤٣/٧، ح ٧٢، باب بيع المضمون؛ وسائل الشيعة: ٥/١٩، أبواب أحكام الشركة، ب١، ح ٢. والرواية صحيحة على الظاهر، اذ رجحها ثقات إماميون.

(٢) تهذيب الأحكام: ١٨٥/٧، ح ٣، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ٥/١٩، أبواب أحكام الشركة، ب١، ح ١.

(٣) الكافي: ٢٨٦/٥، ح ١، باب مشاركة الذمي؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٣، ح ٢٢٩، ٣٨٤٩، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ١٨٥/٧، ح ١، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ٨/١٩، أبواب أحكام الشركة، ب٢، ح ١.

عدم صحة شركة

الأبدان

وأمّا عدم صحة شركة الأبدان، وقد فسّرت^(١) بالشركة في الأعمال بأن يكون كلّ منها عاملًا ماثلاً لعمل الآخر، أو مخالفًا لعمله، ويكون الحاصل بينهما، سواء كان الصنعة في مال مملوك أو في تحصيل مال مباح، كالاصطياد والاحتاش والاحتطاب.

فالمعلوم أنّه مجمع عليه^(٢)، ولو لا الإجماع لم يمنع مانع، لاختصاص الغرر المنهيّ عنه بالبيع، وليس الشركة بيعاً، ولذا قال المحقق الأردبيلي^{رحمه الله}: «ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع، فإن كان فهو وإنّا فلا مانع، فإنه يرجع إلى الوكالة في بعض الأمور، وتليك مال في البعض الآخر، وبذل نفس وعمل في مقابلة عوض ولا مانع منه في العقل والشرع»^(٣).

ونوّقش في كلامه بأنّه خروج عن محل النزاع إذا فرض كون المقصود لها المعنى الصحيح وإن سُمّوه باسم الفاسد، ولا ينفي البطلان، إذا أراد تأثير عقد الشركة الذي أوقعاه ذلك، وإن اتفق في بعض الأحوال اتحاد مصداقه مع مصداق مفهوم الصحيح الذي لم يكن مقصوداً لها^(٤).

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

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

(٢) الانتصار: ٤٧٢، وفيه دعوى الإجماع؛ الخلاف: ٣٣٠/٣، وفيه دعوى الإجماع؛ الوسيلة: ٢٦٣؛ غنية النزوع: ٢٦٣؛ السرائر: ٢/٣٩٩؛ إصلاح الشيعة: ٢٥٩؛ الجامع للشرايع: ٣١٣؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٢١؛ تذكرة الفقهاء: ١٦/٣١٢، وفيه دعوى الإجماع.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ١٠/١٩٣.

(٤) جواهر الكلام: ٢٦/٣٠٠.

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

هذا ولكن كيف يمكن التخطي عما ذهب إليه الأكابر، فمع البطلان كان لكلّ منها أجرة عمله.

وأمّا شركة الوجه والمفاوضة المفسّرة أو لاهما باشتراك وجهين لا مال تعريف شركة لهم بعقد لفظي على أنّ ما يبتعاه كلّ واحد منها يكون بينهما، فيبتعان الوجه ويبتعان ويؤديان الأثمان وما فضل فهو لهم.

وقيل: أن يبتع وجيء في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل ويشرط أن يكون الربح بينهما^(٢).

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

(١) 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، ب٥، ح ١. والرواية صحيحة.

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

(٣) المصدر نفسه.

وقيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له^(١).

تعريف شركة المفاوضة
والمفسّرة ثانيتها باشتراك شخصين في ما يغتنان من ربح وإرث ولقطة وركاز وغير ذلك ويغ Manson من أرش وجناية وضمان غصب وقيمة متلف وغير ذلك مطلقاً فيها، كما عن بعض^(٢)، أو باستثناء قوت اليوم وثياب البدن والخادم وبذل الخلع والصداق والجناية على الحر^(٣)، فادعى الإجماع^(٤) على فسادهما، والكلام السابق يجري فيها.

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

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

وأمّا لو شرط أحدهما في الربح أزيد مما يستحقه، فقد يقال بالجواز والصحّة، لأنّه ليس شرطاً مخالفًا للكتاب والسنة ولله لك اختيار ماله^(٥).

الربح والخسران بالنسبة مع عدم الشرط

لو شرط أحدهما في الربح أزيد مما يستحقه

(١) الوجيز: ١٨٧ / ١؛ الوسيط: ٣٦٢ / ٣.

(٢) تذكرة الفقهاء: ١٦ / ٣١١.

(٣) الروضۃ البھیۃ: ٤ / ١٩٩.

(٤) المسوط: ٢ / ٣٤٧؛ الوسیلة: ٢٦٢؛ غنية التزوع: ٢٦٣؛ السرائر: ٢ / ٣٩٩؛ إصلاح الشيعة: ٣١٢؛ الجامع للشرايع: ٣٢٠؛ تذكرة الفقهاء: ١٦ / ٣١٧، ٢٥٩
وفيه دعوى الإجماع.

(٥) المسوط: ٢ / ٣٤٩؛ غنية التزوع: ٢٦٤، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ٢ / ٤٠٠؛ الجامع للشرايع: 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 التمليل المجاني من دون ملاحظة كون الزيادة بعنوان ربح المال.

وأمّا 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 بأنّ الشرط الفاسد مفسد للعقد تفسد الشركة العقدية الموجبة لصحة تصرّفات الطرفين، وإن لم نقل فالشركة باقية على الصحة.

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

أمّا أنه ليس لأحد، إلى قوله: وهي جائزة، فلحرمة التصرف في مال الغير وحيث لا ميز يقع التصرف على ماله ومال الشرك، ولا ينافي صحة العقد الفضولي، لأنّه لا يعدّ مجرد العقد تصرفاً وترتّب الأثر موقوف على الإجازة.

وأمّا جواز الشركة من الطرفين، فالظاهر أنّه مجمع عليه^(١)، وعلّل بأمّها جواز الشركة من

الطرفين

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

بمنزلة التوكيل^(١)، ولعل النظر في قوله تعالى: «وَكَذَا إِذْن» إلى الشركة غير الشركة العقدية.

(وليس لأحد الشركاء الامتناع من القسمة عند المطالبة إلا أن يتضمن الامتناع من

ضرراً).

القسمة

يمكن التمسك لاستحقاق المطالبة وعدم جواز امتناع الشريك من القسمة بقاعدة السلطة، فيكون مسلطاً على إفراز ماله، ومع تضمنه للضرر على الشريك من جهة القسمة يجوز الامتناع، لما هو المعروف من حكومة دليل نفي الضرر على سائر الأدلة، لكنه قد يتضرر المالك من جهة عدم الإفراز، فتقع المواجهة بين الضررين، ولا يبعد تقديم أقوى الضررين.

(ولا يلزم أحد الشركين إقامة رأس المال، ولا ضمان على أحد الشركاء ما لم يكن بتعذر أو تفريط، ولا تصح مؤجلة، وتبطل بالموت، وتكره مشاركة الذمي وإبضاعه وإيداعه).

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

وأماماً عدم الضمان بالنسبة إلى التالف، فلأنّ مال الشركة أمانة والأمانة غير مضمونة إلا بالتعدّي أو التفريط في الاحتفاظ.

عدم صحة الشركة مؤجلة يلزم البقاء عليها إليه، بل لكل من الطرفين رفع اليد عنها، فل تكون الشركة

مؤجلة

(١) جواهر الكلام: ٢٩٨/٢٦.

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

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

وأمّا البطلان بالموت، فرجع الشركة العقدية معنى إلى الوكالة في بطلان الشركة بالموت التصرّف في المال المشترك، فكلّ ما تبطل به الوكالة تبطل به الشركة، فمن تأمّل في بطلان الوكالة بالموت وغيره، لعدم دليل عليه غير الإجماع يتأمّل في المقام.

وأمّا كراهة مشاركة الذمي وإبعاده وإيادعه، فيدلّ عليها صحيحة ابن رئب المتقدّمة قال: «قال أبو عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ: لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي، ولا يبضعه، ولا يودعه وديعة»^(١).

(١) الكافي: ٥/٢٨٦، ح١، باب مشاركة الذمي؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٢٢٩، ح٣٨٤٩، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٨٥، ح١، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ٨/١٩، أبواب أحكام الشركة، ب٢، ح١.

كتاب المضاربة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على محمد وآلہ الطاهرين.

(كتاب المضاربة)

(وهي أن يدفع الإنسان إلى غيره مالاً ليعمل فيه بحصة من ربحه، وكل منهما الرجوع سواء كان المال ناصحاً أو مشتغلاً، ولا يلزم فيها اشتراط الأجل، ويقتصر على ما تعين له من التصرف).

تعريف المضاربة وجه التعبير بالمضاربة يمكن أن يكون ضرب العامل في الأرض للتجارة وابتغاء الربح، ويمكن أن يكون ضرب كل من صاحب المال والعامل في الربح بينهما، ويمكن أن يكون ضرب المال وتقليله وهي لغة أهل العراق، وأما أهل الحجاز، فيسمون بالقراض من القرض بمعنى القطع، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها للعامل.

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

(١) تذكرة الفقهاء: ١٧ / ٥.

فكذلك إلّا أنّ للعامل أجرة المشل»^(١).

وظاهر كلامهما - كلام المصنف^(٢) - تقوّم المضاربة بالدفع خارجاً على خلاف سائر العقود حيث تتحقق بالإنشاء اللفظي، ويقوم الإنشاء الفعلي مقامه إلّا أن يراد الأعمّ من الدفع الإنسائي الحاصل باللفظ، والمعنى المقصود به الإنشاء.

وبعد تحقق بناء العقلاء على الاكتفاء بالفعل من الطرفين كالمعاطاة في البيع، وعدم الردع من طرف الشارع، بل الإ مضاء، كما يظهر من حسنة الكاهلي عن أبي الحسن موسى^(٣): «في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة فجعل له شيئاً من الربح مسمى فابتاع المضارب متاعاً فوضع فيه؟ قال: على المضارب من الوضيعة بقدر ما جعل له من الربح»^(٤).

وموثقة إسحاق بن عمار عن أبي الحسن^(٥) قال: «سألته عن مال المضاربة؟ قال: الربح بينهما والوضيعة على المال»^(٦).

لا مجال للإشكال في المقام بأنّ عموم مثل «أوفوا»^(٧) 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 الخسارة شيء؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٢، أبواب أحكام المضاربة، ب ٣، ح ٦. والتعبير عنها بالحسن لعله 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 الخسارة شيء؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢١، أبواب أحكام المضاربة، ب ٣، ح ٥. والتعبير عنها بالموثقة للحسن بن محمد بن سماعة وعبد الله بن جبلة الثقين الواقفين. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤ و ٥٦٣.

(٤) المائدة: ١.

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

بل لا يبعد التمسك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) حيث تقع حصة من الربح في مقابل عمل العامل، وحيث إن المضاربة من العقود الجائزه حيث ادعى الإجماع على عدم لزومها وجوازها من الطرفين، فلكل منها الرجوع، سواء كان المال ناضجاً أو مشتغلاً، لكن قد يقال: مع عدم حصول الربح ورفع اليد عن العقد مقتضى قاعدة احترام عمل المسلم استحقاق العامل أجرة 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 يستحق العامل أجرة المثل.

وأمّا مع كون العمل بمقتضى عقد المضاربة الذي من شأنه جواز رفع اليد متى شاء كيف يستحق الأجرة؟ ألا ترى أنه لو عمل في أرض باعتقاد أنها أرضه فبانت أنها ملك الغير فهل يستحق الأجرة من قاعدة الاحترام؟

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

(١) النساء: ٢٩.

(٢) جواهر الكلام: ٢٦ / ٣٤٠.

(٣) المصدر نفسه: ٢٦ / ٣٤١.

الأجل، وعدم لزومه عند العقلاة، والمضاربة المتعارفة بينهم كانت مضادة عند الشرع، كالوكالة ونحوها.

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

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

وأمّا الحكم بالصحة مع عدم إحراز المخالففة، فلتقرير المذكور في أمثال المقام حيث إنّ 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 إنّ الشاك في زيادة الركوع يجري في حقه أصالة عدم الركوع الزائد، فإن كان المعتبر الركوع بقيد الوحدة لزم البطلان، لعدم إثبات الأصل إلّا أن يدعى الانصراف في دليل الاستصحاب عن أمثال المقام.

ولا يتوجّه الإشكال بأنّه بعد ما كان الشرط تابعاً للعقد، فمع عدم لزوم العقد كيف يلزم الشرط من جهة أنّ 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): ٥/١٥٩.

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

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

وأمّا لزوم الاقتصار على ما عين، فوجده واضح مع كون التعين من لزوم الاقتصار على ما عين، قبل رب المال، لأنّه المسلط على ماله.

وأمّا لو كان التعين من قبل العامل بأن يشرط العامل على رب المال، فمع إجازة رب المال لا إشكال في صحة المعاملة، لكن الظاهر أنّه ليست المعاملة مرتبطة بعمل المضاربة بحيث يكون الربح بينهما، بل الربح راجع إلى رب المال فمع التبرّع في عمل العامل لا يستحق شيئاً، ومع عدم التبرّع يستحق أجرة العمل مع كون العمل بأمر رب المال.

(ولو أطلق تصرّف في الاستثمار كيف شاء، ويشرط 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 يشرط له، ولا يشتري العامل إلا بعين المال، ولو اشتري في الذمة وقع الشراء له والربح له).

لو أطلق رب المال لا إشكال في أنه مع الإطلاق يتصرّف العامل كيف شاء، لكن يشرط يتصرف العامل في الاستثمار كيف شاء

(١) المقنة: ٦٣٣؛ النهاية: ٤٢٨؛ غنية التزوع: ٢٦٧.

أن لا يخرج عن شأن المضاربة، لأنّ 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 لكنه لا يبعد خروجه عن عنوان المضاربة، ولمّا كان وضع المضاربة على الاشتراك في الربح الحاصل من التصرف، فلا تصح المضاربة مع اشتراط تمام الربح لربّ المال أو للعامل، فلو شرط كذلك تبطل المضاربة، وقد عمل العامل وعمله محترم، فلا يبعد استحقاقه أجرة المثل إلا أن يستشكل من جهة أنّ العمل ليس بأمر ربّ المال، بل العمل وقع بتخييل صحة المضاربة، كما لو عمل الأجير في الإجارة الفاسدة بتخييل لزوم الوفاء بالعقد الواقع.

وأمّا 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).

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

إنفاق العامل في السفر من الأصل

(١) الكافي: ٢٤١ / ٥، ح، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضيعة؛ تهذيب الأحكام: ١٩١ / ٧، ح، ٣٣، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ٢٤ / ١٩، أبواب أحكام المضاربة، ب٦، ح١.

(٢) ورواه الصدوق عليه السلام مرسلاً. الكافي: ٢٤١ / ٥، ح٩، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضيعة؛ من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٣، ح٢٢٩، ٣٨٤٦، باب البيوع؛ وسائل الشيعة: ٢٤ / ١٩، أبواب أحكام المضاربة، ب٦، ح١. الرواية مؤثثة لأجل السكوني. راجع معجم ←

قد يقال: المراد بالسفر هنا السفر العرفي لا الشرعي الذي يجب فيه المراد بالسفر هنا القصر، فلو كان السفر قصيراً أو أقام في الطريق وأتم الصلاة فنفقة تلك المدة من أصل المال إلا أنه يجب الاقتصار 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، وهذا استشكل في وجوب القصر في المسافة الملفقة من أقل من أربعة فراسخ ذهاباً وأزيد منها بمقدار النقص إياباً، 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 مخالفًا للسنة بأن يقال: الحكم بالخروج نظير الحكم بلزوم العقد لو خلي وطبعه حيث لا ينافي مع الخيار المشترط في العقد.

ولا يخلو عن الإشكال إلا ترى أن مثل شرط عدم التسرّي 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 يتراءى مخالفته لعام أو مطلق من السنة أنه ليس مخالفًا.

ومن الممكن أن يكون المقام من هذا القبيل، ومع الشك يرجع إلى أصلالة 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) الحدائق الناضرة: ٢١١ / ٢١.

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

لزوم اشتاء العامل وأمّا لزوم اشتاء العامل بعين المال ووقوع الشراء والربح له لو اشتري في الذمة، فلزم اشتاء العامل بعين المال لا في الذمة لعله المشهور^(١).

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

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

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

(١) حكم الشهرة السيد اليزيدي رحمه الله. العروة الوثقى (مع تعلقيات عدّة من الفقهاء): ٥ / ١٦٧ .

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

نعم، بحسب الظاهر حيث لم يصرّح في المعاملة بمن له الاشتراء يؤخذ العامل به كصورة التوكيل، لكن الكلام في الواقع بحسب الواقع، وذلك لأنّ الكلي في الذمة ما لم ينسب إلى ذمة خاصة لم تشغله به، فمع قصد العامل ذمة رب المال أو ما يرجع إليها كيف تشغله ذمة العامل؟

ثم إنّ ما قلنا من أنّ العامل إذا اشتراه في الذمة يؤخذ به بحسب الظاهر حيث لم يصرّح بأنّ الاشتراء لرب المال يشكل بالنسبة إلى من ظهر من حاله أنه عامل، وكذا الكلام فيمن ظهر من حاله أنه وكيل.

(ولو أمر بالسفر إلى جهة فقصد غيرها ضمن، ولو رجع كان الربح بينهما بمقتضى الشرط، وكذلك لو أمره بابتياع شيء فعدل إلى غيره، وموت كل عينه المالك واحد يبطل المضاربة).

مقتضى القاعدة الإشكال في صحة المعاملة مع النهي عن السفر إلى جهة، بل مع الأمر إلى السفر إلى جهة فعل العامل إلى غيرها مع النهي أو مع المصادقة إلا أن يكون بنحو تعدد المطلوب، لكن في المقام نصوص تدلّ على الصحة:

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

(١) الكافي: ٥/٢٤٠، ح٢، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضيعة؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٨٩، ح٢٢، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٥، أبواب أحكام المضاربة، ب١، ح١.

وفي صحيح الحلبـي عن الصادق عـلـيـهـالـيـلـاـ: «في الرجل يعطـيـ لـلـرـجـلـ الـمـالـ فـيـقـوـلـ: أـئـتـ أـرـضـ كـذـاـ وـكـذـاـ وـلـاـ تـجـاـوزـهـاـ وـاشـتـرـتـ مـنـهـاـ؟ـ قـالـ: إـنـ جـاـوزـهـاـ وـهـلـكـ الـمـالـ فـهـوـ ضـامـنـ،ـ وـإـنـ اـشـتـرـىـ فـوـضـعـ فـيـهـ فـهـوـ عـلـيـهـ،ـ وـإـنـ رـبـحـ فـهـوـ بـيـنـهـماـ»^(١).

فـفـيـ خـبـرـ أـبـيـ بـصـيرـ عـنـهـ عـلـيـهـالـيـلـاـ أـيـضاـ: «فيـ الرـجـلـ يـعـطـيـ الرـجـلـ مـالـ مـضـارـبـةـ وـيـنـهـاـ أـنـ يـخـرـجـ بـهـ إـلـىـ الـأـرـضـ الـأـخـرـىـ فـعـصـاهـ؟ـ قـالـ: هـوـ لـهـ ضـامـنـ وـالـرـبـحـ بـيـنـهـماـ إـذـاـ خـالـفـ شـرـطـهـ وـعـصـاهـ»^(٢).

وـخـبـرـ أـبـيـ الصـبـاحـ: «سـأـلـتـ أـبـاـ عـبـدـ اللـهـ عـلـيـهـالـيـلـاـ عـنـ المـضـارـبـةـ يـعـطـيـ الرـجـلـ الـمـالـ يـخـرـجـ بـهـ إـلـىـ أـرـضـ وـيـنـهـىـ أـنـ يـخـرـجـ بـهـ إـلـىـ أـرـضـ أـخـرـىـ فـعـصـىـ فـخـرـجـ بـهـ إـلـىـ أـرـضـ أـخـرـىـ فـعـطـبـ الـمـالـ؟ـ فـقـالـ: هـوـ ضـامـنـ،ـ فـإـنـ سـلـمـ فـرـبـحـ فـالـرـبـحـ بـيـنـهـماـ»^(٣).

وـفـيـ صـحـيـحـ الـحـلـبـيـ مـنـهـ أـيـضاـ: «قـالـ: الـمـالـ الـذـيـ يـعـمـلـ بـهـ مـضـارـبـةـ لـهـ مـنـ الـرـبـحـ،ـ وـلـيـسـ لـهـ الـوـضـيـعـةـ شـيـءـ إـلـاـ أـنـ يـخـافـ أـمـرـ صـاحـبـ الـمـالـ،ـ فـإـنـ

(١) الكافي: ٥/٢٤٠، ح١، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضيعة؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٨٩، ح٢١، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٥-١٦، أبواب أحكام المضاربة، ب١، ح٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ٧/١٨٧، ح١٣، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٨، أبواب أحكام المضاربة، ب١، ح١٠. والرواية مؤثثة بالحسن بن محمد بن سماعة الواقفي الثقة. راجع رجال التجاشي، الرقم: ٨٤.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٣/٣٨٤٢، ح٢٢٧، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٨٩، ح٢٣، ٦. باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٧، أبواب أحكام المضاربة، ب١، ح٦. والرواية صحيحة على كلام في محمد بن الفضيل. راجع معجم رجال الحديث: ١٤٩/١٧.

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

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

ولا يخفى أنه لو لا هذه الأخبار لأشكل تصحیح المعاملة، لأنَّه كثيراً ما يكون نظر ربِّ المال بنحو وحدة المطلوب، فيكون المقام نظير نفوذ عمل الوكيل المعزول قبل بلوغ العزل إليه.

وأمّا إبطال موت كلَّ واحد للمضاربة، فهو المعروف^(٣)، وقد عللْ بأئمَّها في معنى الوكالة التي هي كغيرها من العقود الجائزه، ونحو الوديعة منهم والجنون والعارية تفسخ بالموت والجنون والإغماء^(٤).

فإن تم الإجماع وإلا فللإشكال فيه مجال، لمنع بطلان الإذن من المالك بالموت، نعم، مع خروج المال عن الملك لا إشكال، وأمّا مع بقاء المال على ملكه كما لو عين ثلث ماله للمضاربة، فيشكل، ألا ترى أنَّ الوصيَّة استثناء للوصيَّ في العمل بعد الموت، ولا تبطل بالجنون والإغماء والموت،

(١) تهذيب الأحكام: ١٩١/٧، ح ٢٩، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ١٧/١٩، أبواب أحكام المضاربة، ب١، ح ٧.

(٢) تهذيب الأحكام: ١٩٠/٧، ح ٢٤، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ١٦/١٩، أبواب أحكام المضاربة، ب١، ح ٥.

(٣) شرائع الإسلام: ١١١/٢؛ الجامع للشرع: 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 تصح بالعرض، ولو قوم عروضاً وشرط للعامل حصة من ريحه كان الربح للمالك وللعامل الأجرة، ولا يكفي مشاهدة رأس مال المضاربة مالم يكن معلوم القدر، وفيه قول بالجواز).

أمّا اشتراط كون مال المضاربة عيناً دنانير أو دراهم، فادعى عليه الإجماع^(١)، لكن المصنف تردد في الشرائع^(٢) في القراض بالنقرة، أي القطعة المذابة من الذهب والفضة، مع أنها ليست من الدرادم والدنانير.

ولا يبعد أن يقال: المضاربة معاملة متعارفة بين العقلاة مضادة لها أحكام خاصة، والقدر المتيقّن منها ما كانت بالدرادم والدنانير وإن أمكن الخدشة بشمول: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ»^(٣).

وأمّا ما في المتن من أنه لو قوم عروضاً وشرط للعامل حصة من ربحه، إلى آخره، فيشكل بما ذكر سابقاً من أن عمل المسلم محترم، لكن استحقاق العامل الأجرة على صاحب المال منوط بكون العمل بأمره،

يشترط كون مال المضاربة عيناً دنانير أو دراهم

أو دراهم

لو قوم عروضاً وشرط للعامل حصة من ريحه

(١) الخلاف: ٤٥٩/٣، وفيه دعوى الإجماع؛ المذهب: ١/٤٦٠؛ فقه القرآن: ٢/٦٧؛ السرائر: ٤٠٧/٢؛ تحرير الأحكام: ١/٢٧٥.

(٢) شرائع الإسلام: ٢/١١٢.

(٣) النساء: ٢٩.

وأماماً لو كان العمل مبنياً على صحة المضاربة الفاسدة، فكيف يستحق الأجرة؟

وأماماً لزوم العلم بمال المضاربة، فقد يعلل بـلزوم الغرر مع الجهل، لـلزوم العلم بـمال المضاربة وبعدم معرفة الربح من رأس المال^(١).

ويشكل بأنّ المُسلِّم بـطـلـانـ الـبـيـعـ وـالـإـجـارـةـ الـمـلـحـقـةـ بـهـ مـنـ جـهـةـ الـغـرـرـ،ـ وـيمـكـنـ مـعـرـفـةـ الـرـيـحـ بـالـعـلـمـ بـمـالـ الـمـضـارـبـةـ بـعـدـ عـقـدـ الـمـضـارـبـةـ،ـ وـلاـ مـانـعـ مـنـ شـمـولـ (إـلـآـ أـنـ تـكـوـنـ تـجـرـةـ عـنـ تـرـاضـ)،ـ وـكـافـيـةـ الـمـشـاهـدـةـ مـحـكـيـةـ عـنـ السـيـدـ الـمـرـتـضـىـ^(٢)ـ،ـ وـأـحـدـ قـوـلـيـ الشـيـخـ^(٣)ــ قـدـسـ أـسـرـاـرـهـماــ.

(ولو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل مع يمينه، ويملك العامل نصيبيه من الربح بظهوره وإن لم ينض، ولا خسران على العامل إلا عن تعدد أو تفريط، قوله مقبول في التلف، ولا يقبل في الرد إلا ببيانة على الأشباه).

وجه تقدّم قول العامل أصلّة عدم وصول الزائد الذي يدعى به المالك إليه، وعدم دخوله تحت سلطانه وأصلّة عدم اشتغال ذاته به مع تحقق الضمان ببعد أو تفريط.

وقد يستشكل في صورة ظهور الربح حيث إنّ النزاع يرجع إلى استحقاق

(١) كشف الرموز: ٢/١٤-١٥؛ رياض المسائل: ٩/٣٤٩.

(٢) قال الفاضل الآبي^{الله}: حكى ذلك شيخنا عن المرتضى في الدرس، وما وقفت عليه. كشف الرموز: ٢/١٤.

(٣) الميسوط: ٣/١٩٩.

العامل أزيد مما يقرّ به المالك، ومقتضى الأصل كون جميع المال الموجود للهالك إلّا ما أقرّ به للعامل، ومع التلف والضمان لا بدّ أن يغرس المقدار الذي للهالك^(١).

ويمكن أن يقال: الشك في استحقاق المالك أزيد مما هو المتسالم بينهما مسبب عن الشك في مقدار رأس المال، فإن بنينا على عدم لزوم انتقال العوض إلى مالك المعوض في البيع، بل يصح أن يتنتقل العوض إلى المالك والعامل في عرض واحد كما التزم به بعض الأكابر^(٢)، فكيف يكون جميع المال بمقتضى الأصل ملكاً للهالك إلّا المقدار المقرّ به؟

وإن قلنا بمقالة المشهور وأنه لا بدّ من انتقال العوض إلى المالك أولاً ثمّ ينتقل إلى العامل من جهة عقد المضاربة، فمقتضى أصالة عدم الريادة عدم استحقاق المالك أزيد مما يقرّ به العامل بمعنى أنه لا يستقرّ له ملكيّة الزائد على ما يقرّ به العامل والشك في بقاء ملكيّة الزائد مسبب عنها، فلا تجري أصالة بقاء الملكية للهالك فيكون المالك والعامل متداعين بالنسبة إلى ملكيّة الزائد.

تملك العامل نصبيه من الربح بظهوره وإن لم ينض، فهو المشهور، بل ادعى ظهور الإجماع عليه^(٣).

(١) العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ٢٣٦-٢٣٨ / ٥.

(٢) العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ٢٤٧ / ٥.

(٣) المدعى للإجماع هو السيد اليزيدي رحمه الله. في العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ١٩٦ / ٥.

واستدلّ^(١) عليه بـأنه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما، وبـأنه مملوك وليس للملك فيكون للعامل، وبال الصحيح: «رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم؟ فقال: يقوم، فإذا زاد درهماً واحداً اعتق واستسع في مال الرجل»^(٢) إذ لو لم يكن مالكاً لحصته لم ينعتق أبوه.

وحكى عن فخر المحققين عن والده قيل أنّ في المسألة أربعة أقوال:
الأقوال الأربع في المسألة والمناقشة
أحدها: ما ذكر.

فيها
الثانية: أنّه يملك بالإنضاض، لأنّه قبله ليس موجوداً خارجياً، بل مقدر موهو.

الثالث: أنّه يملك بالقسمة، لأنّه لو ملك قبله لا اختص بربحه ولم يكن وقاية لرأس المال.

الرابع: أنّ القسمة كافية عن الملك سابقاً، لأنّها توجب استقراره.
وردّ القول الثاني بمنع كون القيمة أمراً وهميّاً، بل الملك 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 بـأنه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث على

(١) العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ١٩٦ / ٥.

(٢) الكافي: ٤١ / ٥، ح ٨، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضيعة؛ من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٣، ح ٢٢٨، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ١٩٠، ح ٢٧، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٥، أبواب أحكام المضاربة، ب ٨، ح ١.

الشیاع، إذ یجوز أن يكون مالکاً ويكون ما یملکه وقاية لرأس المال،
فيكون الملك متزلزاً، واستقراره مشروط بالسلامة.

ومن ضعف القول الثاني والثالث ظهر ضعف القول الرابع لكونه
متفرّعاً^(١).

وييمكن أن یقال: قد ذكروا في باب الخمس أن ترقى القيمة السوقية لا
توجب تعلق الخمس، لعدم صدق الفائدة، وعدم صدق التکسب.

نعم، إذا اشتري المtau بقصد التجارة فارتفاع القيمة السوقية یوجب
الخمس بعد البيع أو قبل البيع، فمع منع صدق الفائدة هناك كيف یسلم
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 المعین، كما أنه لم یظهر الفرق في باب الخمس بين اشتراء
الشيء بقصد التجارة وارتفاع قيمته وبين الاشتراء بقصد الاقتناء وارتفاع
قيمته في صدق الفائدة.

وأماماً الوجوه المذكورة للقول المشهور، فيمكن المناقشة فيها بمنع
صدق الربح قبل الانضاض كما منع في باب الخمس، والالتزام بكون
العين المملوكة قبل الانضاض ملکاً للهالك وبعد الانضاض يصير حصة
العامل ملکاً له، والخبر الدال على انعتاق الأب يؤخذ به من باب التعبد،
ولعله من جهة الاكتفاء في الانعتاق بالقابلية لأن یملک العامل.

وبعبارة أخرى الاستدلال بهذا الخبر مبني على التمسك بالعموم مع

المناقشة في الوجوه
المذكورة للقول
المشهور

(١) إيضاح الفوائد: ٣٢٢-٣٢٣ / ٢

معلومية الحكم في فرد فيقال في المقام بعد قيام الدليل على أنه لا عتق إلا في ملك وقيام الدليل على انتهاق العبد أصالة العموم يقتضي كون الأب المنعقول ملكاً وإلا لزم تخصيص ذلك العام.

واستشكل فيه بمنع استقرار بناء العقلاء على التمسك بالعام مع العلم بالمراد وموارد التمسك الشك في المراد.

وأما عدم الخسran على العامل، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(١)، لأنّه العامل أمين ومن المسّلمات 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 الاشتراك لرفع حاجة البائع ومن جهة الأمانة ادعى 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 «البيّنة على المدعي» فهذا الوجه متتحقق في دعوى التلف مع إمكان إقامة البيّنة إلا أن يكون إجماع على القبول في دعوى التلف.

وكيف كان يمكن استفادة عدم الضمان والخسارة من الأخبار الخاصة في المقام.

لو اشتري العامل أباه فظاهر فيه ربح عتق نصيب العامل وسعى العبد

فظاهر فيه ربح

(١) النهاية: ٤٢٨؛ الوسيلة: ٢٦٣؛ السرائر: ٤٠٩؛ الجامع للشرايع: ٣١٦؛ قواعد الأحكام: ٣٤٧ / ٢.

في باقي ثمنه، ومتى فسخ المالك المضاربة صحّ، وكان للعامل أجرته إلى ذلك الوقت، ولو ضمن صاحب المال العامل صار الربح له).

قد ظهر من الصحيح المذكور آنفًا انتقال 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) بالسرaya والتقويم على العامل الموسر، لأنّه فعل السبب الموجب لها جمًعاً بين الأدلة، ومتى فسخ المالك صحّ فسخه، لكون المضاربة من العقود الجائزة صحّ فسخها للمالك والعامل، فمع وجود الربح يأخذ العامل حصة، ولا شيء له غيرها، ومع عدم الربح يستحق العامل أجرة المثل لعمله عند المصنف^٢، لأنّه عمل عملاً من غير تبرع وعمله محترم.

ويشكل من جهة أنّ العامل أقدم على العمل بانياً على أنّه مع الربح يأخذ حصة منه، ومع عدم الربح لا يأخذ شيئاً مع أنّ 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، وإن دادهما على الربح المترتب عليه، والفرض احتماله، فالفسخ تقوت الحصة، ولكنّ 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: ٣٨٩-٣٨٨/٢٦.

ويشكل من جهة أن العمل قبل إتمامه وبعده من شؤون عقد المضاربة، ويجتمع ضمان العامل للملك مع استحقاق الربح، وقد سبق ضمانه في صورة المسافرة مع النهي من المالك أو مخالفته لما شرط عليه.

أما لو كان النظر إلى شرط الضمان لرأس المال ولعله الظاهر من المتن أو شرط الخسارة على العامل، ففي صحة الشرط إشكال من جهة أنه وإن لم يكن منافياً لمقتضى العقد، بل لإطلاقه، لكنه 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 أن ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، وشبهة عدم استحقاق العامل الربح حيث إن استحقاقه متربّ على صحته، بل شبهة عدم استحقاق أجرة المثل، لأنّه عمل عملاً باعتقاد صحة العقد لا بأمر المالك وقد يفسّر ما في المتن بأنه 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: «أن علياً عليه السلام قال: من ضمّن تاجرًا فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء»^(١).

(١) الكافي: ٥ / ٢٤٠، ح ٣، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضيعة؛ من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٢٢٨، ح ٣٨٤٣، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ٢٥، ح ١٩٠، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٢، أبواب المضاربة، ب٤، ح ١. والرواية صحّيحة على ما في الكافي والفقيـه، وموثقة على ما في التهذيبـين بالحسنـ بن محمدـ بن سماعةـ الثقة ←

وروبي: «من ضمن مضاربة»^(١) فمع اضطراب المتن يشكل حمله على ما ذكر إلّا أن يكوننا روایتين.

ويحتمل على الرواية الأولى أن يكون المراد من التضمين الإقراض حيث إنّه تمليك على وجه التضمين، ويشكل الحمل على تضمين المضارب مع المخالفة للقاعدة.

(ولا يطأ المضارب جارية القراض ولو كان المالك أذن له، وفيه رواية بالجواز متروكة^(٢)، ولا تصح المضاربة بالدين حتّى يقبض).

لا إشكال في عدم جواز وطء المضارب أي العامل للجارية المشتراء بمال المضاربة بدون التحليل من المالك، ومعه يجوز بناء على جواز تحليل أحد الشركين صاحبه وطء الجارية المشتركة إذا كان بعد حصول الربح وقبله بلا إشكال.

وأمّا الإذن من المالك قبل عقد المضاربة أو بعده قبل الاشتراك، فالمشهور على عدم الجواز^(٣)، لأنّ التحليل إمّا تمليك أو عقد وكلاهما لا يصلحان قبل الاشتراك.

لا يجوز للعامل وطء
الجارية المشتراء
بمال المضاربة

→ الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤.

(١) تهذيب الأحكام: ١٨٨/٧، ح ١٦، باب الشركة والمضاربة؛ الاستبصار: ١٢٦-١٢٧/٣، ح ٣، باب أنّ المضارب يكون له الربح بحسب ما يشترط وليس عليه من الخسران شيء؛ وسائل الشيعة: ٢٣/١٩، أبواب المضاربة، ب٤، ح ٢. والرواية موثقة بالحسن بن محمد بن سعيدة النقمة 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 يقوّى الجواز - كما عن الشيخ^(١) - لمنع كون التحليل أحد الأمرين، بل هو إباحة وتجوز الإباحة قبل الشراء، كما إذا قال: اشتري بمالٍ طعاماً ثم كل منه.

مضافاً إلى خبر الكاهلي عن أبي الحسن عائلاً قلت: «رجل سألهي أن أسألك أنّ رجلاً أعطاه مالاً مضاربة يشتري ما يرى من شيء وقال له: اشتري جارية تكون معك والخارية إنما هي لصاحب المال إن كان فيها وضيعة فعليه وإن كان فيها ربح فله فللمضارب أن يطأها؟ قال عائلاً: نعم»^(٢).

ويمكن تأييد هذا بما ورد في باب الخمس من تحليلهم الغنائم التي منها الإمام للشيعة لتطييب ولادتهم وإن أمكن أن يكون المراد من التحليل في تلك الأخبار التمليك، ولذا يجوز بيعها واشتاؤها وإن أشكل الأمر فيها حيث إن المباح والمباح لهم معذومون والإباحة لا تصحّ البيع والاشتاء عند المشهور، والمسألة مشكلة، والرواية مع عدم عمل المشهور بها يشكّل الأخذ بها وإن قيل^(٣): إنّها موثقة.

وأمّا عدم صحة المضاربة بالدين حتّى يقبض، فيدلّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة عن السكوني، عن أبي عبد الله عائلاً قال: «قال أمير المؤمنين عائلاً 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 موثقة بالحسن بن محمد بن سياعة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٤.

(٣) مفتاح الكرامة: ٢٠/٥٩٨؛ جواهر الكلام: ٢٦/٤٠٤.

فيقول عندك مضاربة قال: لا يصح حتى يقتضيه^(١)، ولا يضر ضعف السند مع عمل الأصحاب به.

لو كان في يده مضاربة فمات، فإن عينها الواحد بعينه أو عرفت منفردة وإلا تخاص في الغرماء.

يدل عليه ما رواه الشيخ في التهذيب عن السكوني، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام، عن آبائه، عن علي - صلوات الله عليهم - أَنَّه كَانَ يَقُولُ: «مَنْ يَمُوتُ وَعِنْدَهُ مَالٌ مَضَارِبَةً، قَالَ: إِنْ سَمَّاهُ بَعِينَهُ قَبْلَ مَوْتِهِ فَقَالَ: هَذَا لِغَلَانٍ، فَهُوَ لَهُ وَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يُذَكَّرْ فَهُوَ أَسْوَهُ الْغَرَمَاءِ».

ورواه الصدوق مرسلاً^(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.

وأمّا إن كانت ممتزجة مع جملة ماله مع العلم بكونها موجودة، فالغرماء بالنسبة إلى جميع التركية كالشريك إن وسعت التركية أموالهم أخذوها، وإن قصرت تخاصّوا.

(١) الكافي: ٥ / ٢٤٠، ح٤، باب ضمان المضاربة وما له من الربح وما عليه من الوضيعة؛ من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٣٨٤٥، ح٢٢٨، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ١٩٢، ح٣٤، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٣، أبواب أحكام المضاربة، ب٥، ح١. والرواية موثقة لأجل السكوني. راجع معجم رجال الحديث: ٣ / ١٠٥.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٣٨٤٧، ح٢٢٩، باب البيوع؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ١٩٢، ح٣٧، باب الشركة والمضاربة؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٩، أبواب أحكام المضاربة، ب١٣، ح١. والرواية موثقة لأجل السكوني. راجع معجم رجال الحديث: ٣ / ١٠٥.

كتاب المزارعة والمساقاة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على محمد وآلـه الطاهرين.

(كتاب المزارعة والمساقاة)

(أما المزارعة، فهي معاملة على الأرض بحصة من حاصلها، وتلزم تعريف المزارعة المتعاقدين، لكن لو تقايلاً صَحَّ، ولا تبطل بالموت).

(وشروطها ثلاثة):

الأول: (أن يكون النماء مشاعًّاً تساوياً فيه أو تفاضلاً).

الثاني: (أن تقدر لها مدة معلومة).

الثالث: (أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها).

لعل التعبير بالمزارعة مع أن الزرع فعل أحدهما وهو خلاف ظاهر باب المفاعة من جهة كون صاحب الأرض سبباً.

وكيف كان تكون المزارعة من العقود الالزمة المحتاجة إلى الإيجاب والقبول سواء كانت باللفظ الظاهر في المراد ولو بالقرينة وبنحو المجاز أو بالفعل بأن تبنيا عليها ثم سلم صاحب الأرض إلى من يقبلها، فيشملها عموم ما دل على لزوم العقد والأخبار الخاصة الواردة في خصوص المقام، ومع التقایل ينفسخ، لعموم ما دل على صحة التقایل كما ذكر في كتاب البيع.

عدم بطلان المزارعة
بموت أحدهما
وأمّا عدم بطلانها بموت أحد هما، فلعدم وجوب له بعد الواقوع
صحيحاً كسائر العقود الالزمة 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
خاصّ حيث قالوا هناك: لو زرع الزارع غير ما اشترط عليه تخير المالك بين
الفسخ والإمساء، فإن صحة هناك بتعدي المطلوب فلم لا يقال في المقام
إلا أن يكون في المقام إجماع؟

يشترط أن يكون
النماء مشاعاً
وأمّا اشتراط أن يكون النماء مشاعاً، فالظاهر عدم الخلاف فيه، بل
ادعى عليه الإجماع^(١).

واستدلّ^(٢) عليه بقاعدة الاقتصار على المتيقن من النصّ والفتوى في
عقد المزارعة والمسافة المخالف لأصلّة عدم الغرر، وال الصحيح: «لا تقبل
الأرض بحنتة مسمّاة ولكن بالنصف والثالث والرابع، والخامس لا بأس
به»^(٣) وفسّر الشرط المزبور بكون مجموع النماء بينهما مشاعاً.

ويخرج بذلك ما لو شرط لأحد هما شيئاً معيناً والباقي للأخر أو لهما،

(١) المقنية: ٦٣٦؛ المراسيم: ١٩٤؛ الخلاف: ٥١٥/٣، وفيه دعوى الإجماع؛ المذهب: ٩/٢
الوسيلة: ٢٧٠؛ غنية التزوع: ٢٩٠، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ٤٤١/٢؛ إصباح الشيعة:
٢٧١؛ الجامع للشرائع: ٢٩٨؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٥٨؛ تحرير الأحكام: ٢٥٦/١.
(٢) جواهر الكلام: ٨/٢٧.

(٣) الكافي: ٥/٢٦٧، ح٣، باب قبالة الأرضين والمزارعة بالنصف والثالث والرابع؛ تهذيب
الأحكام: ٧/١٩٧، ح١٧، باب المزارعة؛ الاستبصار: ٣/١٢٨، ح٣، باب ما يكره به
إجارة الأرضين؛ وسائل الشيعة: ٤١/١٩، أبواب المزارعة والمسافة، ب٨، ح٣.

ومال لو شُرط لأحد هما نوع خاصٌ من الزرع دون صاحبه وفي بعض الصور وقع الخلاف كما لو شُرط أحد هما قدرًا من الحاصل وما زاد عليه بينهما، ففي الشرائع نفي الصحة بجواز أن لا تحصل الزيادة، فيبقى الآخر بلا شيء^(١)، وحكي عن الشيخ رحمه الله^(٢) وجماعة^(٣) جواز اشتراط مقدار البذر، وعن الفاضل^(٤) جواز استثناء شيء مطلقاً ورجحه في الكفاية^(٥).

ويمكن أن يقال: إن تم الإجماع على الشرط المذكور بالنحو المفسّر، فلا كلام وإلا فيشكل من جهة أن المستفاد من الصحيح المذكور لزوم الإشاعة في الجملة لا في جميع ما يزرع.

وما ذكر من الاقتصر على المتيقّن من النصّ والفتوى يتمّ لو تمّت قاعدة نفي الغرر في المقام، فمع وجود العام مثل ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودُ﴾ يشكل الحكم بالبطلان إلا أن يدعى أن وضع المضارعة المتعارفة بين الناس على الإشاعة في جميع ما يزرع، والعمومات منصرفة إلى ما هو المتعارف بينهم، لكنه مع التسلیم يكون كذلك مع عدم الاشتراط كأن بناء البيع على اللزوم ومع اشتراط الخيار لا لزوم.

وممّا ذكر يظهر قوّة ما عن الشيخ والفاضل، وقد يستفاد صحة بعض الصور من خبر إبراهيم الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشارك

(١) شرائع الإسلام: ١١٩ / ٢.

(٢) النهاية: ٤٤٠ .

(٣) المهدى: ١٢ / ٢؛ السرائر: ٤٤٤ / ٢.

(٤) مختلف الشيعة: ١٩٢ / ٦ .

(٥) كفاية الأحكام: ٦٣٦ / ١ .

العلج^(١) ويكون من عندي الأرض والبذر والبقر ويكون على العلج القيام والسقي والزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً وتكون القسمة فيأخذ السلطان حظه^(٢) ويبقى ما بقي على أن للعلج منه الثالث وللي الباقي؟ فقال: لا بأس بذلك، قلت: فلي عليه أن يرد على ممّا أخرجت الأرض من البذر ويقسم ما بقي؟ قال: إنما شاركته على أن يكون البذر من عندك وعليه السقي والقيام^(٣).

وخبر يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبد الله عائلاً عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما؟ قال: لا بأس»^(٤).

ويشكل الاستفادة من هذين الخبرين فإنّ ما يأخذه السلطان بحق أو بغير حق ليس شيئاً قابلاً لأن يقسم بين المالك والزارع بحيث يحتاج إلى الاشتراط، بل يؤخذ مع الإشاعة من ملك الطرفين، نعم يمكن أن يشترط أن ينقص من حصة أحد هما، وهذا غير مذكور في الخبرين.

(١) العلج: الرجل الضخم من كفار العجم، وبعضهم يطلقه على الكافر مطلقاً، والجمع علوج وأعلاج كحمول وأحال. مجمع البحرين: ٣١٩/٢.

(٢) في المصادر: «حقه».

(٣) الكافي: ٥/٢٦٧-٢٦٨، ح١، باب مشاركة الذمي وغيره في المزارعة والشروط بينهما؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٢٤٧، ح٣، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ١٩٨/٧، ح٢١، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ٤/٤٤-٤٥، أبواب المزارعة والمساقاة، ب١٠، ح١. والرواية صحيحة على كلام في إبراهيم الكرخي. راجع معجم رجال الحديث: ١٩٥/١.

(٤) الكافي: ٥/٢٦٨، ح٢، باب مشاركة الذمي وغيره في المزارعة والشروط بينهما؛ تهذيب الأحكام: ١٩٨/٧، ح٢٢، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ٤٥/١٩، أبواب المزارعة والمساقاة، ب١٠، ح٢. والرواية صحيحة.

وأماماً إخراج مقدار البذر، فلعل الظاهر من الخبر الأول عدم الجواز إخراج مقدار البذر حيث يظهر منه أن البذر في مقابل السقي والقيام فكيف يرد.

اشترط أن تقدر المزارعة مدة معلومة، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(١)، واستدل^(٢) عليه بخبر أبي الريبع الشامي^(٣) عن أبي عبد الله عليهما السلام: «سألت عن أرض يريد رجل أن يتقبلها فأيّ وجوه القبالة أحلّ؟ قال: يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسماة، فيعمر ويؤدي الخراج، قال: فإن كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة الأرض»^(٤).

وصحيح الحلبي عنه عليهما السلام أيضاً: «أن القبالة أن تأتي الأرض الخربة فتقبّلها من أهلها عشرين سنة أو أقلّ من ذلك أو أكثر، فنعتمرها 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؛ الملاسم: ١٩٤؛ النهاية: ٤٤؛ المهدى: ٢/١١؛ الوسيلة: ٢٧٠؛ غنية التزوع: ٢٩٠؛ السرائر: ٢/٤٤١؛ الجامع للشرايع: ٢٩٨؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٥٩؛ تحرير الأحكام: ١/٢٥٧.

(٢) جواهر الكلام: ٢٧/١٤.

(٣) إسناد الصدوق يختلف عما في التهذيب فليرجع إلى ذلك.

(٤) من لا يحضره الفقيه: ٣/٢٤٧، ح ٣٨٩٩، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢٠١، ح ٣٣، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٦٠، أبواب أحكام المزارعة، ب ١٨، ح ٥. والرواية حسنة بأبي الريبع الشامي الممدوح. راجع معجم رجال الحديث: ٧٠/٧.

(٥) الكافي: ٥/٢٦٨، ح ٣، باب مشاركة الذمي وغيره في المزارعة والشروط بينهما؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٩٧، ح ٢٠، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٦-٤٧، أبواب أحكام المزارعة ب ١١، ح ٢.

وقد يقال بكفاية تعين المزروع من غير ذكر المدة، فإنّ لكلّ مزروع مدة يدرك فيها بحسب الغالب، وغايتها إدراك المزروع^(١).

وربما يستظهر من خبر إبراهيم الكرخي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشارك العلاج فيكون من عندي الأرض والبذر والبقر ويكون على العلاج القيام والسقي والعمل والزرع حتّى يصير حنطة أو شعيراً ويكون القسم فيأخذ السلطان حقّه ويبقى ما بقي على أن للعلاج منه الثالث ولي الباقي؟ قال: لا بأس»^(٢).

وحملت هذه الرواية على أن يكون عمل العلاج إلى صيرورة الزرع حنطة أو شعيراً لأن يكون الصيرورة غاية للمشاركة والمزارعة^(٣).

ويمكن أن يقال: إذا احتمل كلام الراوي لصورة جعل الغاية المذكورة غاية للمزارعة أيضاً، ومع هذا قال: لا بأس، فلا يبعد القول بالصحة إن لم يشكل الأخذ بها من جهة السند.

وربما يستشكل الأخذ بظاهر الروايتين السابقتين حيث إنّ السنة في لسان العرب محمولة على القمرية والمعتبر في الزارعة العام الشمسي، فمع اشتراط زمان ادراك الزرع، بل يقال: هو بمنزلة الركن كيف يكتفى بالعام القمري وحمل السنة على الشمسيّة من جهة ذكر تقبّل الأرض بعيداً إلا أن يقال: اللازم تعين مدة يدرك فيه الزرع بحسب الغالب، سواء كان بالسنة

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ١٢٨ / ١٠.

(٢) قد تقدّم تخرّيجه آنفًا.

(٣) جواهر الكلام: ٢٧ / ١٥.

القمريّة أو الشمسيّة، والاختلاف اليسير لا يضرّ، فإنّه مع تعين السنة الشمسيّة أيضًا قد لا يدرك الزرع ويحييء فيه البحث عن حكمه هل للملك إلزام الزارع بقلعه أو للزارع إيقاؤه حتّى يدرك مع الأجرة أو بلا أجراة.

وأمّا اشتراط كون الأرض مما يمكن الانتفاع بها، فوجده واضح، بل يكون عقد المزارعة مع عدم القابلية خارج عن أفعال العلاء، نعم، ربما تكون الأرض غير قابلة لنوع الغالب، ويتمكّن شخص خاص من تسوية الأرض وتسطيحها وحفر البئر وإجراء الماء أو كانت الأرض غير قابلة واتفق القابلية بطرق 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، وخرج 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 لحجّة المطلق كسائر المطلقات إلا أن يكون انصراف في البين، فهو بمثابة التقييد، وأمّا مع عدم الإطلاق - بل الإهمال -، فيشكل لا من جهة الغرر حتّى يقال: لا دليل على نفي الغرر في المزارعة، بل من جهة عدم وقوع العقد على الخاص حتّى يجوز التصرف، ويملك المالك حصّته مع كون البذر للعامل، أو يملك الزارع حصّته مع كون البذر للملك إلا أن يكون في البين قدر متيقّن، فلا إشكال لتعلق العقد حتّى مع الإهمال.

وأمّا ما يقال من التفرقة بين التعميم والإطلاق، فمع التعميم لا إشكال حتّى مع اختيار الزارع زرعاً تضرّر به الأرض بخلاف الإطلاق،

فلا مجال له حيث إن المطلوب بمنزلة العام، ومع الاشتراط لا بد من ملاحظة الشرط.

ومع الاشتراط تارة يكون بنحو تعدد المطلوب، فلو لم ي العمل بالشرط لم يمنع عدم العمل من العمل بمقتضى المزارعة بخلاف صورة وحدة المطلوب حيث إن لازمه استحقاق المالك أجرة الأرض دون حصة من الزرع.

خرج الأرض وأمّا الخراج، فإن كان على الأرض فمع عدم الشرط يكون على صاحبها.

وتفصيل ذلك أن الأرض تارة تكون من الأراضي التي فتحت عنوة والسلطان العادل أو غيره يقبلها أحداً ويأخذ منه الخراج، وهذا نظير الإجارة، فالمتقبل كأنه يعطي أجرة الأرض.

وتارةً أخرى ليست من تلك الأرضي، 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 مالكاً للأرض أو زارعاً حيث لا استحقاق في البين.

وهذا وإن كان مقتضى القاعدة في الأرضي التي فتحت عنوة إذا تصدّى أمرها غير الحاكم الشرعي إلا أنه 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 يُستظہر منه
اللزوم على الزارع
بالشرط

وفي المقام أخبار ربها يُستظہر 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 ويؤدي 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 مهمل.

(٢) رياض المسائل: ٣٧٨/٩.

(٣) الكافي: ٥/٢٦٥، ح ٥، باب ما يجوز أن يؤجر به الأرض وما لا يجوز؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٢٤٤، ح ٣٨٩٠، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٩٦، ح ١٤، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٥٧، أبواب المزارعة والمساقاة، ب ١٧، ح ١.

(٤) الكافي: ٥/٢٦٨، ح ٢٢، 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.

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 مما حصل من الزرع، ولأن يكون من الثمن بعد بيعه.

نعم، مع احتمال كليهما حكم بالصحة، لكن لا يستفاد 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 عمال السلطان ظلماً منهم لا من قبل السلطان.

ويمكن أن يقال: في خصوص الأراضي الخراجية أعني التي فتحت عنوة بعد ما أجيزة تقبلها من قبل السلاطين مثل العباسين، فجواز تصرّف المتقبل مجاناً وبلا أجرة، مع أنّ الأرضي ملك المسلمين بعيد.

واحتمال أن تكون ذمة المتقبل بعد أخذ عمال السلطان الخراج مشغولة من جهة عدم أهلية الأخذ بعيد أيضاً، فلا يبعد أن يكون الخراج لازماً على المتقبل، ويتعين بأخذ الأخذ وإن لم يجز للأخذ أن يتصرف فيه، فالخراج اللازم على المتقبل على المتقبل لا على الزارع إلا مع الشرط، ولعله لا خلاف فيه، والزيادة حالها حال أصل الخراج إلا أن يكون راجعاً إلى العمال 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، فيدل عليه ما رواه في الفقيه والكافى عن محمد بن عيسى، عن بعض أصحابه قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن لنا أكرة فنزار عهم فيجيئون ويقولون لنا: قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا، فأعطوناه ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحزر، فقال: وقد بلغ؟ قلت: نعم، قال: لا بأس بهذا.

قلت: فإنه يجيء بعد ذلك فيقول لنا: إن الحزر لم يجئ كما حزرتُ وقد نقص، قال: فإذا زاد يرد عليكم؟ قلت: لا، قال: فلكم أن تأخذوه ب تمام الحزر، كما أنه إذا زاد كان له، كذلك إذا نقص كان عليه»^(١).

ويمكن استفادة جواز الخرص من صحاححة الحلبين عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن أباه عليه السلام حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خير بالنصف أرضها ونخلها، فلما أدركت الشمرة بعث عبد الله بن رواحة فقوم عليهم قيمة، فقال لهم: إما أن تأخذوه وتعطوني نصف الشمن وإما أن أعطيكم نصف الشمن وأخذه، فقالوا: بهذا قامت السموات والأرض»^(٢) حيث إن التقويم لا يكون بغير الخرص.

(١) الكافى: ٥/٢٨٧، ح ١، باب حزر الزرع؛ وسائل الشيعة: ١٨/٢٣٣، أبواب بيع الشمار، ب ١٠، ح ٢.

(٢) الكافى: ٥/٢٦٦، ح ١، باب قبالة الأرضين والمزارعة بالنصف والثالث والرابع؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٩٣، ح ١، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٨/٢٣٢، أبواب بيع الشمار، ب ١٠، ح ٢.

وقد صرّح الأصحاب بأنّ محلّ الخرص بعد بلوغ الغلة 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 والمساقى.

وأمّا اشتراط سلامة الزرع، فالظاهر عدم الخلاف فيه إلّا ما عن ابن إدريس^(١)، قال في المسالك - بعد أن ذكر أنّ المشهور أنّ 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.

ووُجّه الاشتراط في كلام المحقق الأردني^(٣) بأنّه بمنزلة معاملة مشترطة بقبض العوض ووصوله إلى [يد] صاحبه [الجديد]، فلو لم يسلّم لم يحصل ذلك كالمبيع إذا تلف قبل القبض^(٤).

ويمكن أن يقال: إن كان بطلان البيع بتلف المبيع قبل القبض كما هو المسلم بينهم من جهة النصّ، فيشكل تسرية ذلك الحكم في المقام، لعدم الدليل على كون التقييل بيعاً، وإن كان وجہ البطلان في البيع بناء العقلاء نظير ردّ المعيب إلى صاحبه حيث إنّ بناء العقلاء على أنّ المعيب مردود بأن يقال: التقييل بمقدار ممّا حصل من الزرع معاملة متعارفة بين العقلاء أمضاها الشرع، وهذه المعاملة مشروطة بالسلامة، فإذا

(١) السرائر: ٤٥٠ / ٢.

(٢) مسالك الأفهام: ٣٥ / ٥.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ١١٦ / ١٠.

أمضها الشرع صحت بالنحو المتعارف بين العقلاء، هذا غاية ما يمكن أن يوجّه به ما هو المشهور.

ثبوت أجرة المثل في كلّ موضع تبطل فيه المزارعة، فلقاء عدة 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 أجرة المثل.

ومع كون البذر من صاحب الأرض قد يقال: عليه أجرة المثل لعمل العامل^(١)، وفيه الإشكال المذكور، نعم، إذا عمل بأمر صاحب الأرض لا باعتقاد صحة المزارعة، فمقتضى القاعدة لزوم أجرة المثل.

(وتكره إجارة الأرض للزارعة بالحنطة أو الشعير، وأن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث فيها حدثاً، أو يؤجرها بغير الجنس الذي استأجرها به).

إجارة الأرض للزارعة بالحنطة أو الشعير تارة تكون مع ضمان الأجرة في الذمة وأخرى مع الضمان مما يخرج من تلك الأرض ويحصل فيها.
حكم إجارة الأرض للزارعة بالحنطة أو الشعير قد يقال^(٢): مورد الكراهة الأولى والثانية من نوعة، ضرورة اعتبار ملكيّة الأجرة التي هي عوض المنفعة المملوكة خارجاً أو ذمة، ولا شيء منها في الفرض، ومن ذلك عدم الفرق بين تشخيص كونه منها أو من أرض أخرى، ولا بين استيجارها بجنس ما يريد زراعتها فيها أو غيره.

(١) تحرير الأحكام: ٢٥٧ / ١.

(٢) جواهر الكلام: ٢٧ / ١١ - ١٢.

وإلى ما ذكر أشار الصادق عليه السلام بقوله عليه السلام في خبر أبي بصير: «لا تؤاجر الأرض بالخطة ولا بالشعير ولا بالتمر ولا بالأربعاء ولا بالنطاف، ولكن بالذهب والفضة، لأن الذهب والفضة مضمون وهذا ليس بمضمون»^(١) بناء على إرادة عدم إجارتها بذلك إذا كان منها حتى يصح التعليل فيه.

مضافاً إلى خصوص خبر أبي بُرْدَةَ: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن إجارة الأرض المحدودة بالدرارهم؟ 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 من نوع، لورود النقض ببيع الشمار قبل ظهورها مع أنه على ما ذكر لا فرق بين كون إجارتها بطعمها أو طعام غيرها، وفي الروايتين وقع التقييد بكونه منها.

(١) تهذيب الأحكام: ١٩٥ / ٧، ح ٧، باب المزارعة؛ الاستبصار: ٣ / ١٢٨-١٢٧، ح ١، باب ما يكره به إجارة الأرضين؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٥، أبواب المزارعة، ب ٢، ح ٢. والرواية مؤثثة بعد الكريمية الخشمي الثقة الواقفي. راجع معجم رجال الحديث: ٦٥ / ١٠.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢٠٩ / ٧، ح ٦٣، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٥٦، أبواب المزارعة والمساقاة، ب ٦، ح ٩. وأبو بردة مجھول، إلا أن صفوان يروي عنه.

(٣) الكافي: ٥ / ٢٦٥، ح ٦، باب ما يجوز أن يؤاجر به الأرض وما لا يجوز؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ١٩٥، ح ١٠، باب المزارعة؛ الاستبصار: ٣ / ١٢٨، ح ١٠، باب ما يكره به إجارة الأرضين؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٥٥، أبواب المزارعة والمساقاة، ب ٦، ح ٥. والرواية مؤثثة بموسى بن بكر الواقفي، على كلام صالح بن السندي. راجع معجم رجال الحديث: ٩ / ٦٩، ح ٢٨.

ورواية أبي بصير لا ظهور لها في خصوص الحنطة والشعير من الأرض المؤجرة.

والشاهد عليه أنّ شرط في الخبرين كون الطعام منها، ومع الظهور فيما ذكر لم يتحت إلى الشرط، فالأولى الحمل على الكراهة مطلقاً، لرواية أبي بصير المذكورة وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «لا تستأجر الأرض بالحنطة ثم تزرعها حنطة»^(١).

وأمّا الروايتان، فلا يستفاد منها الحرمة، لعدم ظهور «فلا خير فيه» في الحرمة، نعم، يمكن الجمع بينهما وما فيه النهي المطلق بأشدّيّة الكراهة في مورد الخبرين.

وما ذكر من تفسير المضمون في خبر أبي بصير بالمملوك لا يخفي بعده، مع أنّ الظاهر أنّ النظر إلى أصل الحقيقة، فالذهب بحسب الحقيقة مضمون، وكذلك الفضة دون الحنطة والشعير إلى آخر ما ذكر.

ولا يبعد كون النظر إلى وقوع الذهب والفضة أثناًان في البيع وأجرة في الإجارة بخلاف ما ذكر وأمثاله، ووجه حمل رواية أبي بصير والصحيحة على الكراهة - مع أنّ ظاهر النهي التحرير الوضعي - اشتراط عدم الخير في الروايتين بصورة كون الطعام منها، فلو أردنا تقيد خبر أبي بصير والصحيحة بهذه الصورة يلزم كون البالغي تحت المطلق أقلّ من المخرج؛ فتأمل.

(١) الكافي: ٥ / ٢٦٥، 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: ٧ / ١٩٥، ح ٩، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٥٤، أبواب المزارعة والمساقاة، ب ٦، ح ٣.

وأماماً كراهة أن يؤجر الأرض بأكثر، إلى آخره، فموكول بكتاب الإجارة؛ إن شاء الله تعالى.

تعريف المساقاة (وأماماً المساقاة، فهي معاملة على الأصول بحصة من ثمرها، ويلزم المتعاقدين كالإجارة، ويصبح قبل ظهور الثمرة وبعدها إذا بقي للعامل عمل فيه المستزاد، ولا تبطل بموت أحدهما على الأشبه إلا أن يشترط تعين العامل).

المساقاة معاملة متعارفة عند العقلاء قد أمضتها الشرع، ويدلّ على صحتها النصوص:

الروايات الواردة في الباب منها: صحيحية يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام وفيها قال: «سألته عن الرجل يعطي الرجل أرضاً وفيها الرمان والنخل والفاكهه ويقول: استق هذا من الماء وأعمره ولك نصف ما خرج؟ قال: لا بأس»^(١).

وصححه الحلبين عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّ أباه حدّثه أنّ رسول الله عليه السلام أعطى خير بالنصف أرضها ونخلها»^(٢)، الحديث.

والظاهر عدم لزوم لفظ خاص في تحقق المعاملة، بل تتحقق بما يفيد، بل بالفعل بأن يسلم صاحب البستان إلى المساقى ويقبل هو.

(١) الكافي: ٥/٢٦٨، ح٢، باب مشاركة الذمّي وغيره في المزارعة والشروط بينهما؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٤٤، ح٢٤٤، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٩٨، ح٢٢، باب المزارعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٤، أبواب أحكام المزارعة والمساقاة، ب٩، ح٢.

(٢) تقدم تخرّيجها آنفًا.

وقد اعتبر فيه الوقوع على الأصول، فلا تصح على ما لا أصل ثابت له، بل يضمحل غالباً بانقضاء السنة كأصل اليقطين والبطيخ وأمثالها.

واعتبر أيضاً كونها مثمرة كالنخل والرمان ونحوهما لا مثل الخلاف مما لا ثمرة له، ووقع الخلاف في مثل التوت والحناء، وقد يستدلّ على ذلك بأنّ المعاملة غررية، فلا بدّ من الاقتصار على المتيقن^(١).

والأولى أن يقال: لا بدّ في صحة المعاملة وترتّب الآثار [عليها] من إمضاء الشرع، ويشكّ في بعض المعاملات إمضاء الشارع حيث إنّ المطلقات والعمومات منصرفة إلى المعاملات المتعارفة دون غيرها إلاّ أن يتمسّك في مورد الشكّ بعموم حديث الرفع في رفع اعتبار شيء جزءاً أو قياداً، كما يتمسّك في الشكّ في كون الشرط مخالفًا إلى الأصل، والمسألة لا تخلو عن شوب الإشكال.

وأمّا لزومها على الطرفين، فلشمول ما دلّ على اللزوم للمقام، ولا إشكال في صحتها قبل ظهور الثمرة.

وأمّا بعد ظهور الثمرة، فقد يقع فيه التردّد والإشكال للشكّ في شمول مثل ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾، ودعوى أنّ صحيح ابن شعيب وقصة خير ظاهران في ما قبل الخروج، واحتمال أولوية الصحة بعد الظهور، لأنّ المفروض أبعد من الغرر.

وييمكن أن يقال: لا يبعد الأخذ بترك الاستفصال في خبر يعقوب بن شعيب حيث لم يستفصل فيه أنّ المعاملة قبل ظهور الثمرة أو بعدها، كما

(١) غاية المراد: ٣٣٤-٣٣٥.

أن قصّة خير إن كانت ظاهرة في بيان الحكم وأنّ المعاملة الواقعة مماثلة لما وقعت صحيحة بدون ذكر خصوصيّة أخرى من أنها وقعت قبل ظهور الشمرة أو بعدها، لا يبعد الأخذ بظهورها حيث يستفاد منه الإطلاق.

نعم، لا بدّ من مدخلية عمل المساقى في الشمرة، والمعروف لزوم مدخليته في الاستزادة، ولا يبعد كفاية المدخلية في إدراك الشمرة 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، فلأنّه لا وجه للبطلان إلا أنّ المعروف أنه مع اشتراط المباشرة للعامل المساقى تبطل، وقد سبق الإشكال فيه مع كونه بنحو تعدد المطلوب.

نعم، لا وجه لإلزام ورثة العامل بالعمل إلا أن يقال: عمل العامل بمنزلة الدين عليه، فكما يجب أداء دينه من ماله المتروك، كذلك يجب إتام العمل على من يجب عليه إخراج الدين مما ترك إلا أن يتبرّع متبرّع، فيستحقّ الوارث ما يستحقّه العامل من حصّته من الشمرة.

شروط المسافة (وتصحّ على كلّ أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه، ويشترط فيها المدة المعلومة التي يمكن حصول الثمرة فيها غالباً، ويلزم العامل من العمل ما فيه مستزاد الثمرة، وعلى المالك بناء الجدران وعمل النواضج وخارج الأرض إلا أن يشترط على العامل).

قد سبق الكلام في اعتبار وقوع المسافة على كلّ أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه.

وأمّا اشتراط المدّة المعلومة، فاستدلّ^(١) عليه بالإجماع^(٢) فإن تمّ وإلا يشترط المدّة المعلومة فالوجوه المذكورة لاعتبار تعين المدّة كالوقوف على ما هو المتيقن فيما خالف الأصل واحتمل الغرر والجهل وإنّ عقد المساقاة لازم، ولا معنى لوجوب الوفاء به دائمًا، ولا إلى مدة غير معلومة، ولا إلى سنة واحدة، لاستحالة الترجيح بلا مرجح.

وما في قصة خير من ظهور ذكر المدّة باعتبار كون المحكي منها أنّ الواقع قد كان مزارعة ومساقاة بعقد واحد، وعلى كيفية واحدة بالنسبة إليهما، ومن المعلوم اعتبار ذكر المدّة في المزارعة غير تامة، لإمكان أن يقال: لا مانع من الأخذ بترك الاستفصال في خبر يعقوب بن شعيب، واستفادة الإطلاق من صحة الحلبين، غاية الأمر علمنا من دليل آخر اعتبار تعين المدّة في خصوص المزارعة ومع وجود الإطلاق وترك الاستفصال لا وجه للوقوف على ما هو المتيقن.

وأمّا ما ذكر من أنه لا معنى لوجوب الوفاء، إلى آخره، فلا يوجب تعين المدّة بال نحو المعروف، بل بنحو آخر، لأنّ يعيّن بإدراك الثمرة في سنة واحدة مع الاختلاف بحسب اختلاف السنين، أو عيّن 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: ٢/٧٠؛ غنية النزوع: ٢٩٢؛ السرائر: ٤٥١/٢؛ الجامع للشراح: ٢٩٩؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٦٠؛ مختلف الشيعة: ٦/١٩٨، وفيه نسبته إلى المشهور ونقل الخلاف عن ابن الجنيد. والمدعى للإجماع هو الشهيد الثاني عليه السلام. مسالك الأفهام: ٤٥/٥.

المسافة من دون تعين مدة تنتهي بخروج الأصول عن الإشمار، فلا موضوع حتى يقال: لا معنى لوجوب الوفاء دائمًا.

لزوم العمل على العامل وأمّا لزوم العمل على العامل، فلأن استحقاق الحصة من الشمرة يكون في مقابل العمل، فمع لزوم المعاملة يجب على الطرفين الوفاء، لكن في اعتبار تأثير العمل في استزادة الشمرة بالخصوص تأمل، بل لا يبعد مدخليته في إدراك الشمرة إلا أن يدعى الملازمة بينهما.

بناء الجدران وعمل النواضح وأمّا ما ذكر من لزوم بناء الجدران وعمل النواضح، فمع توقف الإشمار وإدراك الشمرة عليه لا إشكال، ومع عدم التوقف بالنسبة إلى إدراك الشمرة وإن كان دخيلاً في كماله، فلا دليل على لزومه على المالك. وأمّا خراج الأرض، فالكلام فيه هو الكلام المذكور في المزارعة بلا اشتراط على العامل ومع الاشتراط عليه.

(ولا بد أن تكون الفائدة مشاعة، فلو احتضن بها أحدهما لم يصح، وتملك بالظهور، وإذا احتل أحد شروط المسافة كانت الفائدة لمالك وللعامل الأجرة، ويكره أن يشرط المالك مع الحصة شيئاً من ذهب أو فضة، ويجب الوفاء به لو شرط ما لم تتلف الشمرة).

اعتبار إشاعة الفائدة وأمّا اعتبار إشاعة الفائدة بينهما، فلأن المشروع من المسافة كانت بهذا النحو، وما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود منصرف إلى النحو المتعارف دون غيره.

وأمّا تملك الفائدة بالظهور من دون انتظار إدراك الشمرة، فالظاهر أنه

لا خلاف فيه^(١)، ويترسّع عليه تعلق الزكاة بها مع تمامية الشرائط، فلو لا شبهة الإجماع لأمكن التأمين 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 للملك، لأنّها تابعة للأصل.

وأمّا 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 مقدم على أن لا يكون له شيء، فلا يستحقّ في الصورتين شيئاً من الأجرة^(٢).

ويمكن أن يقال: مجرد العلم بالبطلان لا يوجب سلب الاحترام عن العمل وإلا لزم عدم الضمان في البيع الفاسد بالنسبة إلى المقبوض من الثمن والمثمن.

وأمّا الصورة الثانية، فإن رأى العامل نفسه ملزماً بالعمل بحيث لو لا الإلزام بتخييل لزوم العقد ما كان يعمل بلا عوض كيف أحضر نفسه حين العمل للعمل بلا عوض.

وأمّا كراهة اشتراط المالك شيئاً من ذهب أو فضة زائداً على الحصة، كراهة اشتراط

المالك شيئاً زائداً

(١) تذكرة الفقهاء: ٤٧٦ / ١٨؛ وفيه دعوى الإجماع؛ جامع المقاصد: ٧ / ٣٧٦، وفيه دعوى عدم الخلاف.

(٢) جامع المقاصد: ٧ / ٣٨٠؛ مسالك الأفهام: ٥ / ٥٦؛ رياض المسائل: ٩ / ٤٠.

فالظاهر عدم الخلاف فيها بعد الفراغ عن جواز الاشتراط ووجوب العمل بالشرط.

وأمّا الجواز، فلعدم كونه مخالفًا لمقتضى العقد، وعدم مخالفته للشرع بناء على أصالة عدم المخالفة فيما يشك في مخالفته للشرع، وأمّا وجوب العمل، فلعموم: «المؤمنون عند شروطهم».

وأمّا تقييد واجب الوفاء بالشرط بصورة عدم تلف الثمرة كما في المتن وكذا إذا لم تخرج الثمرة، فعلل بأنّه مع التلف أو عدم الخروج لا يستحق المالك على العامل ما شرط، لأنّه أكل للهال بالباطل، لامتناع استحقاق أحد العوضين أو بعضه بدون ما يقابلها من العوض الآخر، فإنّ الشرط جزء من العوض، نعم، لو اشترط العامل على المالك شيئاً سوى الحصة من الثمرة لا يتوجّه ما ذكر، لأنّ عمله في مقابلة^(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 بأنّ 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، فإنّ 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 الشمرة 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 أجراً عمله على ما تسلموا عليه من آنه مع بطلان المعاملة يستحق العامل أجراً المثل لعمله.

(١) مسالك الأفهام: ٥ / ٥٥.

كتاب الوديعة والعارية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على محمد وآلہ الطاهرين.

(كتاب الوديعة والعارية)

(أما الوديعة، فهي استنابة في الاحتفاظ، وتفتقر إلى القبول، قوله كان تعريف الوديعة أو فعلاً، ويشترط فيهما الاختيار، وتحفظ كل وديعة بما جرت به وشروطها العادة، ولو عين المالك حرزاً اقتصر عليه، ولو نقلها إلى أدون أو أحرز ضمن إلا مع الخوف).

أما الافتقار إلى القبول، فلكون الوديعة من العقود والعقد لا بد فيه من تفتقر الوديعة إلى الإيجاب والقبول، ويكتفي في المقام الإعطاء والأخذ بقصد الإيداع والقبول كالمعاطاة في البيع، لتحقق الوديعة المترتب عليها آثارها.

وأما اعتبار الاختيار، فل الحديث الرفع، نعم، لو رضي المكره فالقائلون بكمالية الرضا اللاحق في البيع يلزمهم القول بكمالية 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 لا أن رضاه ووضع يده المتجددين 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

ونكاـهـ، بل قد يقال بعدم صحتـهـ حتـىـ مع القصد المـبـورـ، لأنـ العـقدـ الأولـ بعد حـصـولـ الـارـتـباطـ فيهـ بينـ الإـيجـابـ والـقـبـولـ إـمـاـ أنـ يـجازـ فـيـصـحـ، أوـ لاـ فـيـبـطـلـ هوـ وإـيجـابـهـ، ولاـ يـجـدـيـ القـبـولـ المـتجـددـ، وـتـظـهـرـ الشـمـرـةـ فيـ الصـمـانـ بـالـتـفـرـيـطـ السـابـقـ وـغـيرـهـ^(١).

ويمـكـنـ أنـ يـقـالـ: عـلـىـ القـوـلـ بـالـصـحـةـ منـ جـهـةـ الرـضـاـ الـلـاحـقـ لـوـ رـضـيـ المستـودـعـ بـالـفـتـحـ بـنـفـسـ الإـيدـاعـ مـنـ دـوـنـ تـوـجـّـهـ إـلـىـ العـقـدـ الـوـاقـعـ بـنـحـوـ الإـكـراهـ، وـلـاـ بـقـصـدـ آـنـهـ قـبـولـ لـلـإـيجـابـ السـابـقـ، فـلـاـ مـانـعـ مـنـ صـيـرـورـةـ الرـضـاـ الـإـنـشـائـيـ قـبـولـاًـ لـلـإـيجـابـ السـابـقـ وـلـوـ لـمـ يـقـصـدـهـ؛ فـتـأـمـلـ.

وـأـمـاـ ماـ ذـكـرـ مـنـ قـوـلـهـ: لأنـ العـقدـ الأولـ، إـلـىـ آخرـهـ، فـيـشـكـلـ، لأنـهـ مـعـ عدمـ الإـجـازـةـ لـاـ يـبـطـلـ، بلـ بـطـلـانـ يـحـصـلـ بـالـرـدـ وـلـاـ رـدـ فـيـ المـقـامـ، وـمـعـ عدمـ الرـدـ لـاـ وـجـهـ لـبـطـلـانـ الإـيجـابـ بـحـيثـ لـاـ يـرـتـبـطـ بـهـ القـبـولـ الـلـاحـقـ.

وـأـمـاـ ماـ ذـكـرـ مـنـ ظـهـورـ الشـمـرـةـ، فـهـوـ فـرـعـ القـوـلـ بـالـكـشـفـ فـيـ صـورـةـ لـحـوقـ الرـضـاـ بـعـدـ الـكـراـهـةـ وـلـاـ دـلـيلـ عـلـيـهـ وـإـنـ قـلـنـاـ بـهـ فـيـ الـمـعـاـمـلـاتـ الـفـضـولـيـةـ بـالـدـلـلـيـلـ الـخـاصـ.

وجـوبـ حـفـظـ الـوـدـيـعـةـ
وـأـمـاـ وـجـوبـ حـفـظـ الـوـدـيـعـةـ، فالـظـاهـرـ عـدـمـ الـخـلـافـ فـيـهـ^(٢)، وـقـدـ يـسـتـدـلـ عـلـيـهـ بـمـاـ دـلـلـ عـلـىـ وـجـوبـ رـدـ الـأـمـانـةـ^(٣).

(١) جواهر الكلام: ٢٧/١٠٠.

(٢) المقنعة: ٦٢٦؛ الكافي في الفقه: ٢٣١؛ المراسim: ١٩٣؛ غنية النزوع: ٢٨٣؛ المهدب: ٤٢٢/١؛ غنية النزوع: ٢٨٣؛ إصلاح الشيعة: ٣٠٧؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٤٨؛ قواعد الأحكام: ٢/١٨٩.

(٣) الحدائق الناضرة: ٢١/٤٠٣؛ رياض المسائل: ٩/٤١٢؛ جواهر الكلام: ٢٧/١١٩.

ويشكل من جهة أنّه لو لم يحفظ الوديعة وبقيت بدون الحفظ فرّدت إلى أهلها لم يخالف المستودع تكليفه لأداء ما هو عليه، وعلى ما هو المعروف من وجوب الحفظ عصي وخالف لترك الواجب.

ونظير هذا ما يقال في وجوب حفظ العورة عن الناظر المحترم: أنّ الواجب نفس الحفظ بحيث لو كشف عن العورة في محل يكون معرضاً لرؤيه 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 الدلاله، المعروف أنّ الحفظ بها جرت به العادة كما هو الضابط في كلّ ما لا حدّ له في الشرع على وجه لا يعدّ الوديعي مضيقاً ومفرطاً خائناً.

ويمكن أن يقال: إن قلنا بوجوب الحفظ مقدمة لردّ الأمانة إلى أهلها أو قلنا بالوجوب النفسي، فاللازم مراعاة ما هو حفظ بنظر الوديعي، فإنه كثيراً مّا لا تتوجه العامة وتقع أموالهم في معرض النهب والسرقة، ويتوجه الفطن الذكي، ولا يقع ماله في معرض النهب والسرقة فكيف يكتفي مثل هذا بالحفظ المتعارف بين العامة، إلّا أن يقال: وجوب الحفظ مدركه بالإجماع، ولا دليل على وجوب غير ما ذكر.

وأمّا لزوم الاقتصار على الحرز الذي عينه المالك، ومع النقل إلى الأدون أو الأحرز يضمن إلّا مع الخوف، فاستدلّ عليه بأصلالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، فمع النقل ضمن، لأنّه عاد، ومع خوف التلف يجوز النقل حسبة.

(١) الحدائق الناضرة: ٢١/٤٠٣؛ رياض المسائل: ٩/٤١٣.

ويمكن أن يقال: تارة لا يرضى المالك كون الوديعة عند المستودع إلا بالنحو المذكور، فلا إشكال؛ وأخرى يرضي المالك بكون الوديعة عنده ولو خالف ما عين، لكن له مطلوب آخر بنحو تعدد المطلوب، فلا مجال للتمسّك بأصالة حرمة التصرّف في مال الغير، بل لا بدّ من إقامة الدليل على وجوب ما عينه، ففي الصورة الأولى يحکم 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 ترتيب الضمان، ولو ردّ الوديعة إلى المحل المعين، ويشكل من جهة أنه مع عدم بطلان الوديعة وكون اليد أمانة ما وجه الضمان؟ وقد يتأمّل في صدق الإحسان بمجرد الخوف خصوصاً إذا كان الخوف شخصياً بحيث لا يتحقق لنوع الناس.

(وهي جائزة من الطرفين، وتبطل بموت كلّ واحد منهمما، ولو كانت دائبة وجّب علفها وسقيها، ويرجع به على المالك، والوديعة أمانة لا يضمّنها المستودع إلا مع التفريط أو العداون).

ادّعي بالإجماع^(١) على جواز عقد الوديعة من الطرفين والمعروف أنّ الوديعة جائزة من الطرفين العقود الجائزة من شأنها أن تبطل بالموت والجنون والإغماء.

فإن تمّ الإجماع على البطلان بها ذكر وإنّا أمكن الخدشة فيما علل به من أنّ المال ينتقل عن المودع، ولا عقد مع وارث الوديعي، فلا يجوز بقاوه على

(١) المبسوط: ٢/٣٦٧؛ الوسيلة: ٢٧٥؛ السرائر: ٢/٤٣٤؛ شرائع الإسلام: ٢/١٢٩؛ الجامع للشرع: ١/٣٢٩؛ تحرير الأحكام: ١/٢٦٦.

حكم الوديعة، ومن أَنَّه مع الجنون مثلاً ونحوه ينتقل ولاية التصرف إلى غيره ولا عقد مع غير الودعي، لإمكان أن يقال: لا مانع من أن يعيَّن الميت ثلث ماله بالوصيَّة ويدعه عند من يختار حتَّى يصرف في وقت معين مصرفه، ولا دليل على لزوم ولاية التصرف حدوثاً وبقاء.

مضافاً إلى النقض بالهبة الجائزة حيث إنَّها مع القبض لا تبطل بموت الواهب، والنقض بالإجارة مع القول بعدم بطلامها بموت المؤجر، فإنَّها باقية مع أَنَّ المال انتقل إلى الوارث، ولا عقد مع الوارث.

وما قد يقال من أَنَّه لو لم تكن الوديعة عقداً بل كانت إذناً من الوديع والإذن مع موت الأذن أو جنونه أو إغماهه واضح البطلان^(١)، لا نفهم وضوحاً، فإنَّ الوصيَّة العهديَّة حقيقتها استنابة، وإذن من الموصي ولا تبطل بوحد من هذه الأمور، فالعمدة الإيجاع إنْ تمَّ، نعم، مع تعين المستودع بنحو وحدة المطلوب لا مجال لبقاء الوديعة.

وأَمَّا وجوب العلف والسقي مع كون الوديعة دابة، فهو من لوازمه وجوب الحفظ على المستودع على ما هو المسلم بينهم.

الوديعة دابة وأَمَّا الرجوع به على المالك مع عدم قصد التبرُّع، فاستدلَّ^(٢) عليه بأَنه حيث لا يحب على المستودع الإنفاق من ماله لأَصالحة براءة ذمته وللضرر المنفي في الشرع، يرجع على المالك، فوجوب البذل يكون بالترتيب المذكور في كلماتهم وهو التوصل إلى ذلك باستيدان المالك أو وكيله فيه، فإنْ تعذر رفع

(١) جواهر الكلام: ٢٧/١٠٦-١٠٧.

(٢) تذكرة الفقهاء: ١٦/١٩٠.

أمره إلى الحاكم ليأمره به إن شاء، أو يستدین عليه أو يبيع بعضه للنفقة، أو ينصب أميناً عليه، فإن تعذر الحاكم أنفق هو، وأشهد عليه ويرجع مع نيته.

ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع والقول قوله في مقدار النفقة، كما أن القول قول المالك في مقدار زمانها، فإن تم الإجماع وإلاً أمكن الخدشة بأن يقال: إذا كان الحفظ واجباً على المستودع وجبت مقدماته، فإذا وجبت المقدمات فلا يرفع وجوبها قاعدة نفي الضرر، كما في سائر الواجبات.

مضافاً إلى أن المستودع مع قبول المستبع لوجوب الحفظ كأنه أقدم على ضرره، ونظير هذا الكلام يجيء فيما لو أوجب رد الوديعة إلى صاحبها مع وجوبه إنفاقاً على المستودع إلا أن يقال: الواجب على المستودع الإنفاق الجامع مع المجانية والغرامة، وقد وجب على المالك الإنفاق على دوابه كما ذكر في النفقات الواجبة.

ولازم هذا جواز مطالبة أجراً المكان والعمل اللازم عليه لحفظ كل وديعة وإن باشره بنفسه ومقتضى ما هو المذكور في سائر المقامات أنه مع تعذر الرجوع إلى الحاكم يرجع إلى عدول المؤمنين، وتقدم قوله في مقدار النفقة محل تأمل.

وأما عدم الضمان في الوديعة مع عدم التعدي والتفريط، فهو من المسلمات، بل القدر المتيقن من الأمانة الخارجة عن قاعدة اليد الوديعة حيث إنها مأذون فيها وتكون لمصلحة الوديعي، المستودع محسن و﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَيِّلٍ﴾^(١).

عدم الضمان في
الوديعة مع عدم
التعدي والتفريط

وأمّا الضمان مع التفريط أو العداون، فعلى بصدق الخيانة المقابلة للإيتمان المجعل في النصوص سبباً أو عنواناً، لعدم الضمان والنصوص المذكورة في باب الرهن والمضاربة المشتملة على الضمان بالتعدي والاستهلاك بعد معلومية اشتراك الجميع في الحكم باعتبار كونها أمانة^(١).

وما في بعض النصوص من عدم ضمان الثوب المرهون إذا تلف بترك نشره^(٢) محل الإعراض عن العمل به.

هذا مضافاً إلى مكاتبة محمد بن الحسن^(٣) أبا محمد عائيل^{عليه السلام}: «رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها من ملكه؟ فوق عائيل^{عليه السلام}: هو ضامن إن شاء الله»^(٤).

ويمكن أن يقال: لا نسلم صدق الخيانة مع التفريط فهل ترى أن من

(١) جواهر الكلام: ٢٧/١٢٨.

(٢) في الصحيح عن النضر بن عبد الملك عن أبي عبد الله عائيل^{عليه السلام} قال: «سألته عن رجل رهن عنده آخر عدين فهلك أحدهما أيكون حقه في الآخر؟ قال: نعم. قلت: أو داراً فاحتربت أيكون حقه في التربة؟ قال: نعم، قلت: أو داتين فهلكت إحداهما أيكون حقه في الأخرى؟ قال: نعم. قلت: أو متاعاً فهلك من طول ما تركه أو طعاماً ففسد أو غلاماً فأصابه جدرى فعمي أو ثياباً تركها مطوية ولم يتعاوهدا ولم ينشرها حتى هلكت؟ فقال: هذا ونحوه واحد يكون حقه عليه». من لا يحضره الفقيه: ٣١١/٣، ح ٤١١٣، باب الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٧٥، ح ٣٠، باب الرهون؛ الاستبصار: ٣٨٩/١٨، كتاب الرهن، ب ٦، ح ١.

(٣) في الكافي: محمد بن الحسين. وال الصحيح ما في المتن.

(٤) الكافي: ٥/٢٣٩، ح ٩، باب ضمان العارية والوديعة؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٨٠، ح ٤، باب الوديعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٨١، أبواب أحكام الوديعة، ب ٥، ح ١. والرواية صحيحة.

ترك نشر الثوب لحفظه لعدم القدرة يكون خائناً معدوراً من جهة عدم القدرة أو ترى الفرق بين صورة القدرة وعدتها في صدق الخيانة.

وما أشير إليه من بعض النصوص التعرض لعدم ضمان الثوب قد ذكر منه صحيحه الفضل بن عبد الملك، عن أبي عبد الله عائشة قال: «سألته عن رجل رهن عنده آخر عبدين، فهلك أحدهما أيكون حقه في الآخر؟ قال: نعم.

قلت: أو داراً فاحتربت 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 جدرى فعمي أو ثياباً تركها مطوية لم يتعاوهها ولم ينشرها حتى هلكت؟ قال: هذا نحو واحد يكون حقه عليه»^(١)، قيل^(٢): ونحوها غيرها.

والظاهر أن محل الاستشهاد قوله: «أو ثياباً تركها»، إلى آخره، وهذا فرع لزوم النشر على المرتهن، ولا دليل عليه، بل يمكن أن يكون حفظ المتع راجعاً إلى الراهن مع إذن المرتهن، وغيرها من الأخبار لا بد من ملاحظتها.

ثم على فرض وجوب الحفظ على المرتهن يتوقف الاستشهاد على صحة التهاتر بأن يقال: قوله عائشة - على المحكي -: «هذا على نحو واحد يكون حقه عليه» يدل على عدم الضمان، لأنّه مع كون التلف على المرتهن من جهة التفريط يقابل حقه على الراهن مع حق الراهن على المرتهن، والتهاتر

(١) تقدم تخريمها آنفاً.

(٢) الخدائق الناضرة: ٤٣١ / ٢١.

مشكل لا بدّ من إقامة الدليل عليه، وإن لم يبعد استفادته من بعض الأخبار، وقد سبق بعض الكلام فيه في بعض المباحث السابقة.

وأمّا المكاتبة المذكورة، فعلى فرض عدم الإشكال فيها من جهة السند يكون الضمان المذكور فيها متربّاً على مخالفة أمر المودع، فلا يتم الاستدلال بها لصورة التفريط، نعم، لا يبعد أن يستدلّ على الضمان من جهة التفريط والتعدي بنصوص واردة في الرهن والمضاربة إن حصل القطع بالاشراك في الحكم.

وأمّا الضمان بالعدوان، فهو المسلم بينهم، وعلل بأنّه خيانة، ويندرج الضمان بالعدوان العادي عن كونه أميناً، وعدم الضمان مرتب على الأمانة^(١).

وقد يستدلّ^(٢) بالمكاتبة المذكورة، نعم يقع الإشكال في صدق التعدي 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 اليـد الأمانـية، فـمع الشك يؤخذ بالعموم إلـّا أن يتـصدق عليه المحسن وما على المحسـنين من سـبيل في الصـورة الأولى.

وفي الصورة الثانية الضمان، لعدم جواز تسلیط الغير على الوديعة من دون إجازة المالك إلـّا أن يستـظـهرـ منـ جـهـةـ أـخـرىـ، كماـ كانـ المـعـلـومـ منـ حالـ المستـودـعـ عدمـ تـكـّـنهـ بـنـفـسـهـ حـفـظـ الـودـيـعـةـ، كماـ لوـ وـكـلـ شـخـصـاـ ليسـ منـ شأنـهـ أنـ يـباـشـرـ الـأـمـرـ المـوـكـلـ فـيـهـ.

(١) رياض المسائل: ٤٤٧/٩.

(٢) رياض المسائل: ٤٢٣/٩؛ جواهر الكلام: ١٢٨/٢٧.

(ولو تصرف فيها باكتساب ضمن، وكان الرجح للمالك، ولا يبرأ بردها إلى الحرز، وكذا لو تلفت في يده بتعذر أو تفريط فرد مثلها إلى الحرز، بل لا يبرأ إلا بالتسليم إلى المالك أو من يقوم مقامه).

المشهور^(١) بينهم أنه إذا اتّجر الوديعي بالوديعة ضمن والربح للمالك، وهذا مشكل بحسب القواعد حيث إن التجارة إن كانت بعين الوديعة، فهي معاملة فضوليّة إن أمضاها المالك صحيحة وإن ردّها بطلت فما يظهر من الصحة بدون حاجة إلى الإمساء مشكل، وإن كانت بالكلي في الذمة مع دفع الوديعة عمّا في الذمة، فمقتضى القاعدة استرداد الوديعة مع الإمكان، وغرامة المثل أو القيمة مع عدم الإمكان وكون الربح للوديعي إلا أن تستشكل في صحة مثل هذه التجارة لقصد أداء ما في الذمة وإن كان المالك أذن في التصرف مع الضمان، فمقتضى القاعدة صحة التجارة، وكون الربح للوديعي التاجر، ولا مجال للشبهة من جهة قصد أداء ما في الذمة بحال الغير.

وقد ذكر في المقام رواية، وهي رواية رواها في التهذيب والفقیه عن مسمع قال: «قلت لأبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنِّي كُنْتُ أَسْتَوْدِعُتُ رِجْلًا مَالًا فَجَحَدَنِيهِ وَحَلَفَ لِي عَلَيْهِ ثُمَّ إِنَّهُ جَاءَنِي بَعْدَ ذَلِكَ بِسْتِينَ بِالْمَالِ الَّذِي كُنْتُ أَسْتَوْدِعُهُ إِلَيْاهُ فَقَالَ: هَذَا مَالُكُ فَخَذَهُ وَهَذِهِ أَرْبَعَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ رَبَحْتَهَا فِي مَالِكٍ فِيهَا فَهِيَ لَكَ مَعَ مَالِكٍ وَاجْعَلْنِي فِي حَلٍّ، فَأَخْذَتُ الْمَالَ مِنْهُ وَأَبَيْتُ

لو تصرف الوديعي في
الوديعة باكتساب
ضمن والربح للمالك

(١) المقنعة: ٦٢٦؛ النهاية: ٤٣٧؛ المراسيم: ١٩٣؛ الكافي في الفقه: ٢٣٠؛ الجامع للشرايع:

أن آخذ الربح منه، وأوقفت المال الذي كنت استودعه وأتيت حتى
أستطلع رأيك فيما ترى؟

قال: فقال: خذ نصف الربح، وأعطه النصف وحلّله، إنّ هذا رجل
تايب، والله يحبّ التوابين»^(١)، والشيخ رحمه الله أفتى بما تضمنه الرواية في الدين^(٢).
ويمكن أن يكون أمر الإمام عثيمان رحمه الله بالأخذ - على المحكى - أمراً بإمضاء
المعاملات الواقعية، وإعطاء النصف إيماناً إليه مع وقوع التجارة
بالعين، وأمراً بأخذ نصف الربح مع كونها بما في الذمة من باب قبول
الإحسان الواقع من طرف الوديعي.

وأمّا ما ذكر في المتن من عدم البراءة بردّ الوديعة إلى الحرز، فاستدلّ عليه
بالأصل^(٣)، ويمكن أن يستدلّ عليه بأنه 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 الأمانية عن عموم «على اليد»؟ وما
دلّ على الضمان في خصوص المقام لا يشمله.

وأمّا صورة التلف بتعدي 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 استثنان في البين.

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣٠٥ / ٣، ح ٤٠٩١، باب الوديعة؛ تهذيب الأحكام: ١٨٠ / ٧، ح ٦، باب
الوديعة؛ وسائل الشيعة: ٨٩ / ١٩، أبواب أحكام الوديعة، ب، ١٠، ح ١. والرواية ضعيفة.

(٢) النهاية: ٣٠٧.

(٣) جواهر الكلام: ١٤٥ / ٢٧.

نعم، في خبر الخثعمي عن الصادق علیه السلام: «قلت له: الرجل يكون
عنه المال وديعة يأخذ منه بغير إذن صاحبه؟ فقال: لا يأخذ إلا أن يكون
له إذن.

قال: أرأيت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه،
الذي يضمنه يأخذ منه؟ قال: نعم»^(١).

وفي خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى علیه 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 يردها بغير إذن أصحابها؟
قال: إن كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذها ويرده»^(٢) إلا أنه لم نجد عاملاً
بشيء منها، لمنافاتها أصول المذهب، لعدم اقتضاء عقد الوديعة الوكالة في
القرض والاستيفاء، ويبعد كون الإذن منه علية من باب الولاية.

(ولا يضمنها لوقهره عليها ظالم، لكن إن أمكنه الدفع وجب، ولو
أحلفه أنها ليست عنده حلف موريأ، ويجب^(٣) إعادتها إلى المالك مع
المطالبة، ولو كانت غصباً منه وتوصل في وصولها إلى المستحق).

المشهور^(٤) عدم الضمان مع الإكراه، وعلل بضعف المباشر، وقوّة

عدم الضمان مع
الإكراه

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣٠٤ / ٣، ح ٤٠٩٠، باب الوديعة؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ١٨٠، ح ٥، باب

الوديعة؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٨٦، أبواب أحكام الوديعة، ب ٨، ح ١. والرواية صحيحة.

(٢) قرب الإسناد: ٢ / ١١٩؛ السرائر: ٣ / ٥٧٣؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٨٦، أبواب أحكام
الوديعة، ب ٨، ح ٢. والرواية ضعيفة.

(٣) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «وتجب» بدل «ويجب».

(٤) غنية النزوع: ٢ / ٤٣٥؛ السرائر: ٢ / ٢٨٣؛ إصلاح الشيعة: ٣٠٧؛ جامع الخلاف والوفاق: ←

السبب، وللضرر بترك التسليم، فيباح له شرعاً، ويكون مندرجأً في حديث
الرفع المقتضي لرفع الحكم تكليفاً ووضعاً^(١).

والمحكى عن أبي الصلاح^(٢) الضمان، لكونه متلفاً، فيشمله عموم «من
أتلف»، واستشكل في تناول الأدلة مثل القرض مع كون الوديعي محسناً^(٣).

ويمكن أن يقال: لازم هذا عدم الضمان لو اضطرّ الوديعي إلى إتلاف
الوديعة من دون قهر قاهر؛ كما لو توقف حفظ حياته على أكل أو شرب ولا
أظنّ أن يلتزم به.

وأمّا التقييد بعدم إمكان الدفع ووجوبه مع الإمكان، فإن كان النظر فيه
إلى إمكان الدفع بدون توجّه ضرر عليه، فلا إشكال فيه، وإن كان النظر إلى
إمكان الدفع مع توجّه الضرر أو خوفه، فالظاهر ارتفاع الحكم التكليفي،
وأمّا الوضعي - أعني الضمان -، فالكلام فيه الكلام المذكور.

وأمّا صورة الإحلاف، فالظاهر جواز الحلف فيها في الجملة، ومقتضى
لو أحلفه أنها ليست
القاعدة لزوم التورية، لوجود المندوحة، ولعله يمكن استفادة الجواز بدون
عند حلف مورياً
التورية عن بعض الأخبار في غير هذا المقام، فلا حظ قضية عمّار وإكراه
المشركين إياه على إساءة الأدب بالنسبة إلى رسول الله ﷺ.
وأمّا وجوب إعادة الوديعة إلى المالك، فلا شبهة فيه: **﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ**

وَجُوبُ إِعادَةِ الْوَدِيعَةِ إِلَى الْمَالِكِ
إلى المالك

→ ٣٤٨؛ مختلف الشيعة: ٦/٥٩، وفيه نسبة إلى المشهور.

(١) مسالك الأفهام: ٥/١١٧.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٣٠.

(٣) مسالك الأفهام: ٥/١١٧.

آن تُؤدُّوا الْأَمْنَاتِ إِلَى أَهْلِهَا^(١)، ولا كلام فيه، إنما الكلام فيما قالوا من وجوب المبادرة وعدم جواز التأخير، وأنه هل يكون الوديعي 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 وضاماً؟

ولا يبعد أن يقال: أمّا الأعذار العرفية، فلا تزاحم التكليف برد الأمانة إلّا في صورة الحرج، وأمّا الأعذار الشرعية، فمع المراحمة فيها يلاحظ الأهم، ومع عدم الترجيح يخّير، هذا في الحكم التكليفي.

وأمّا الحكم الوضعي - أعني ترتيب الضمان من جهة التأخير -، فيشكل رفعه بدليل نفي الحرج، ودليل تقدّم العذر الشرعي مع عدم كون اليد أمانة مالكيّة، إلّا أن يقال: مع تقدّم العذر الشرعي أو لزوم الحرج تكون اليد أمانة شرعية، كما لو مات المالك ولم يتمكّن الوديعي من الرد إلى الورثة.

لو كان مال الموعود غصباً، فلا بدّ من ردّه إلى مالكه إن عرف، وإن جهل فالمعلوم أنه عرّف سنة، ثم جاز التصديق بها عن المالك.

ويتضمن المتصدّق إن كره صاحبه، خبر حفص بن غياث المنجبر ضعفه بعمل الأكثر: «سألت أبا عبد الله عائلاً عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متعاعاً واللصّ مسلم فهل يرد عليه؟ قال: لا يردّه، فإن أمكنه أن يرد إلى صاحبه فعل وإنّما كان في يده بمنزلة اللقطة يصيّبها

.(١) النساء: ٥٨

فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردها عليه وإن تصدق بها، فإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله، وإن اختار الغرم غرم له، فكان الأجر له»^(١).

وقوله علي المحتي - على المحكي -: «يصيبها»، إلى آخره، يمكن أن يكون شرحاً للمنزلة باشتراك المال الذي أودعه اللص مع اللقطة في جميع ما ذكر. ويعده أن المفروض عدم إمكان الرد إلى صاحبه، فحاله حال اللقطة التي حصل اليأس من وجdan صاحبها، ولا مجال لاحتمال وجوب التعريف حولاً مع القطع بعدم وجدان صاحبه إلا أن يحمل على عدم إمكان الرد في هذا الخبر على عدم التمكن بدون التعريف حولاً.

ويمكن أن يكون المراد أن الدرادم أو المتابع بمنزلة اللقطة التي عرفت حولاً في التصدق والتخير بين الأجر والغرم، فلا يتاتي الإشكال المذكور، لكن يتوجّه عليه أنه على هذا الاحتمال لا يجب التصدق، كما يظهر من كلامهم، بل يجوز أن يتملك 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 الرد على صاحبه عدم إمكان الرد بدون التعريف حولاً، وممّا ذكر ظهر قوّة ما في المتن.

(١) الكافي: ٥/٣٠٨، ح ٢١، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٢٩٨، ح ٤٠٦٥، باب ما يكون حكمه حكم اللقطة؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٨٠، ح ٧، باب الوديعة؛ الاستبصار: ٣/١٢٤، ح ٢، باب وجوب رد الوديعة إلى كل أحد؛ وسائل الشيعة: ٢٥/٤٦٣، أبواب اللقطة، ب ١٨، ح ١، وفيه القاسم بن محمد الأصفهاني. وفي إسناد الكافي إرسال أيضاً.
راجع معجم رجال الحديث: ١٤/٤٦.

(ولو جهله عرّفها كاللقطة حولاً، فإن وجده وإن لا تصدق بها عن المالك
إن شاء، ويضمن إن لم يرض، ولو كانت مختلطة بمال المودع ردّها عليه
إن لم يتميّز).

لكن بقي ما ذكر من أنّ لازم الأخذ بظاهر الخبر المذكور عدم وجوب
التصدق وجواز التملك كما في اللقطة، والظاهر عدم التزامهم به.

لواختلط بمال وأمّا صورة الاختلاط بمال المودع الغاصب، فمع إمكان تمييز المالين لا
إشكال في لزوم ردّ مال الغاصب إليه، والعمل بمال المغصوب ما ذكر مع
عدم الاختلاط.

وأمّا مع عدم إمكان التمييز، فالمعروف^(١) بينهم لزوم الرد على الغاصب
تقديماً لحقه المعلوم صاحبه على الحق المجهول صاحبه.

ولا يخفى ما في هذا إذا كان الغاصب غير تائب وكان بناؤه على التصرف
نحو التصرف في مال نفسه.

وأمّا مع توبته وبنائه على الرد إلى صاحبه، فلا أولوية إلى الغير، فمع
معرفة المالك يرد عليه، ومع عدم المعرفة إمّا أن يعامل معاملة اللقطة،
أو يعامل معاملة المجهول المالك ويتصدق به سواء كان المباشر للتصدق
الحاكم أو عدول المؤمنين أو من بيده.

نعم، حيث إنّه مع الاختلاط لا تميّز لا بدّ في التقسيم والتمييز من

(١) المقنعة: ٦٢٧؛ الكافي في الفقه: ٢٣٢؛ النهاية: ٤٣٦؛ غنية النزوع: ٢٨٤، وفيه دعوى
الإجماع؛ السرائر: ٤٣٦/٢؛ إصلاح 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 يرده إلى الغير، ويسلطه على المال وإن كان هو مثله في الأمانة، وإن كان الغاصب حاله قبل الإيداع حال المستودع من جهة عدم جواز تسلیط الغير على مال الغير، ومع عدم الرد على الغاصب، لعدم الأهلية يعامل المستودع تلك المعاملة، ولا بد في التقسيم من المراجعة إلى الحاكم أو غيره بالنحو المذكور.

(إذا أدعى المالك التفريط، فالقول قول المستودع مع يمينه، ولو اختلفا في مال هل هو وديعة أو دين؟ فالقول قول المالك مع يمينه أنه لم يodus، إذا تعذر الرد أو تلف العين).

المشهور قبول قول الوديعي في التلف بغير تفريط^(١)، ويمكن أن يستدل عليه بالمرسل في المقنع عن الصادق ع: «عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال: نعم ولا يمين عليه»^(٢).

وبأنه أمين محسن قابض لمصلحة المالك فهو أولى من المضارب الذي قد يظهر من جملة من النصوص المفروغية من تصديقه، ويقول أبي جعفر ع: «لم يختك الأمين ولكن ائتمنت الحائنان»^(٣) بناء على أن المراد من هذا وشبهه

(١) الكافي في الفقه: ٢٣١؛ الوسيلة: ٢٧٥؛ غنية النزوع: ٢٨٤؛ غنية النزوع: ٢٨٤؛ الجامع للشراح: ٣٢٨؛ تبصرة المتعلمين: ١١٠.

(٢) المقنع: ٣٨٦؛ وسائل الشيعة: ١٩/٨٠، أبواب الوديعة، ب٤، ح٧.

(٣) الكافي: ٢٩٩/٥، ح٤، باب نادر؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢٣٢، ح٣٣، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٨٨، أبواب أحکام الوديعة، ب٩، ح٤. والرواية صحيحة.

الحكم شرعاً بعدم خيانة كلّ أمين لك، وأنّه متى اثتمنته كان غير خائن، ولكن إذا خوّنته فاللّوم عليك حيث إنّك اثتمنت الخائن بزعمك.

وبقول الصادق عليه السلام في خبر مساعدة: «ليس لك أن تأمن من خانك ولا تتهّم من اتّهمت»^(١).

وخبر مساعدة بن زياد عنه، عن أبيه: «أنّ رسول الله عليه السلام قال: ليس لك أن تتهّم من قد اتّهمت، ولا تأمن الخائن وقد جرّبه»^(٣).

وي يمكن أن يقال: تارة يشكّ المالك في التفريط والتلف معه، فمقتضى الأخبار المذكورة مع عدم الإشكال فيها من جهة السنّد لأنّه أخذ الفقهاء بها تصديق المودع.

وأمّا مع دعوى المودع المالك القطع بالتفريط كيف يصدق؟ وليس المقام مما يجب السكوت فيه حتّى مع القطع كسكوت من شاهد الزنى حيث إنّه ليس له القذف وإن كان النظر إلى الحاكم حيث إنّه بعد مراجعة المالك إليه ودعوى القطع بالتلف عن تفريط يكون شاكّاً، ومقتضى المرسل المذكور في المقنع قبول قول المودع بالنسبة إلى الحاكم فله وجه.

لكن يبعد من جهة أنّ حكم الحاكم في الموضوعات من عدم القطع بلا

(١) في قرب الإسناد: «غشّك».

(٢) قرب الإسناد: ١/٣٥؛ وسائل الشيعة: ١٩/٨١، أبواب أحكام الوديعة، ب٤، ح٩.
والرواية موثقة بمسعدة. راجع معجم رجال الحديث: ١٨/١٣٧.

(٣) قرب الإسناد: ١/٤١؛ الكافي: ٥/٢٩٨، ح١، باب نادر؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢٣٢، ح٣١، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٨١، أبواب أحكام الوديعة، ب٤، ح٩.
والرواية موثقة بمسعدة. راجع معجم رجال الحديث: ١٨/١٣٧.

بَيْنَهُ وَلَا يَمِينَ غَيْرَ مَعْهُودٍ، وَفَرْقٌ بَيْنَ مَقَامِ الْحَجْجَةِ وَبَيْنَ مَقَامِ فَصْلِ الْخُصُومَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْيَدَ حَجَّةً، وَلَا يَفْصِلُ بِهِ الْخُصُومَةُ، هَذَا مَضَافًا إِلَى مَا سَبَقَ مِنَ الْإِشْكَالِ فِي صَدْقِ الْخِيَانَةِ فِي صُورَةِ التَّفْرِيطِ، وَالْخُبْرُ الْمَذْكُورُ صَرِيحٌ فِي عَدْمِ الْيَمِينِ إِلَّا أَنْ لَا يُؤْخَذُ بِهِذَا الْجَزْءِ مِنَ الْخُبْرِ.

وَأَمَّا التَّمْسِكُ بِأَنَّهُ أَمِينًا مُحْسِنًا، فَهُوَ مُنَاسِبٌ لِمَقَامِ الشَّكِّ دُونَ القَطْعِ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَخْبَارِ الْمَذْكُورَةِ وَبَعْضُهَا لَا نَفْهَمُ دَلَالَتِهِ عَلَى الْمَقْصُودِ، فَإِنَّ قَوْلَ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ الْأَسْنَادَ - عَلَى الْمُحْكَمِ -: «لَمْ يَخْنُكَ الْأَمِينُ»، إِلَى آخِرِهِ، ظَاهِرٌ فِي أَمْرٍ آخَرٍ؛ كَمَا لَا يَخْفَى.

وَأَمَّا مَا ذُكِرَ مِنْ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلَ الْمَالِكِ فِي صُورَةِ الْاِخْتِلَافِ فِي الْوَدِيعَةِ وَالدِّينِ، فَيَدِلُّ عَلَيْهِ مَا رَوَاهُ الْكَلِينِيُّ وَالشِّيْخُ وَالصَّدُوقُ فِي الْمُوَثَّقِ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ الْأَسْنَادَ عَنْ رَجُلٍ اسْتَوْدَعَ رِجْلًا أَلْفَ دِرْهَمٍ فَضَاعَتْ فَقَالَ الرَّجُلُ كَانَتْ عَنِي وَدِيعَةٌ وَقَالَ الْآخَرُ: إِنَّمَا كَانَتْ عَلَيْكَ قَرْضًا؟ قَالَ: الْمَالُ لَا زَمْ لَهُ إِلَّا أَنْ يَقِيمَ الْبَيْنَةَ أَنَّهَا كَانَتْ وَدِيعَةً»^(١).
وَمَا رَوَاهُ الْكَلِينِيُّ وَالشِّيْخُ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ أَيْضًا، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ الْأَسْنَادَ: «فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ: لِي عَلَيْكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَقَالَ الرَّجُلُ: لَا وَلَكُنَّهَا وَدِيعَةٌ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الْأَسْنَادُ: الْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْمَالِ مَعَ يَمِينِهِ»^(٢).

(١) الكافي: ٥/٢٣٩، ح٨، باب ضمان العارية والوديعة؛ من لا يحضره الفقيه: ٣٠٥/٣، ح٤٠٩٢، باب الوديعة؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٧٩، ح١، باب الوديعة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٨٥، أبواب أحكام الوديعة، ب٧، ح١. والتعبير عنه بالموثق لتسويه كون إسحاق فطحيًا. راجع معجم رجال الحديث: ٦٣/٣.

(٢) الكافي: ٥/٢٣٨، ح٣، باب الاختلاف في الرهن؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٧٦، ح٣٤، باب ←

هذا مضافاً إلى أصالة عدم الوديعة الذي يدّعىه الطرف في مقابل المالك ليترتب عليها عدم الضمان من جهة تعدد الرد أو تلف العين، وهذا الأصل وإن لم يثبت به الدين حتى يتربّط عليه الغرامة من المثل أو القيمة إلا أن قاعدة احترام مال المسلم كافية في إثبات الغرامة من المثل أو القيمة.

بل يمكن التمسّك بقاعدة اليد بأن يقال: عموم القاعدة تشمل كل يد وتجب الضمان خرج عنها اليد الأمانة، وليس الباقي اليد غير الأمانة حتى يستشكل بأنّ أصالة عدم الوديعة لا تثبت القيد، لأنّ من الأفراد الباقية يد ولم تكن في البين وديعة بنحو التركيب لا التقييد.

(ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه، وقيل: القول قول المستودع وهو أشبه، ولو اختلفا في الرد فالقول قول المستودع).

لو اختلفا في القيمة
والاقوال في المسألة

في المسألة الأولى قوله: أحدهما: أنّ القول قول المالك^(١)، واستدلّ^(٢) عليه ببطلان الأمانة بالخيانة، فلا يكون قوله مسماً، وبما نقل عن أبي الصلاح أنه قال: وروي: «أنّ اليمين في القيمة على المودع»^(٣)، فتكون هذه الرواية دليلاً للشيوخين فهي. وأجيب بأنّ قبول قول الوديع ليس من جهة أمانته، بل من جهة كونه منكرًا للزيادة، والخبر المذكور لم يثبت على وجه تقوم به الحجّة^(٤).

→ الرهون؛ وسائل الشيعة: ١٨ / ٤٠٤، أبواب أحكام الرهن، ب١٨، ح١. والرواية صحيحة.

(١) المقنعة: ٦٢٦؛ النهاية: ٤٣٧.

(٢) مختلف الشيعة: ٦٢ / ٦.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٣١.

(٤) الخدائق الناضرة: ٤٦٩ / ٢١.

واستدلّ^(١) للقول الثاني^(٢) بكونه موافقاً لقاعدة المدعى والمنكر حيث يكون الوديعي منكراً للزيادة، لكن لا يخفى الإشكال، فإنّ الشيختين ^{يبقى مع توجّههما إلى كون الوديعي منكراً أخذها بالقول الأول، فيكون أخذهما موجباً لقوّة الخبر المشار إليه.}

وفي المسألة الثانية وقع الإشكال من جهة أنّ الوديعي مدّع للردّ وهو خلاف الأصل، فالقول قول المالك، ومن آنه أمين محسن يقبل قوله.

ويمكن أن يقال: إن أخذ بما ذكر في مسألة الاختلاف في التفريط، فلا مجال للإشكال في هذه المسألة، بل المتعيّن تصديق الوديعي، فإنّ مرسل المقنع يشمل المقام وإن لم يشمل الأخبار الآخر، لعدم ارتباط الردّ بالخيانة.

(ولومات المودع وكان الوارث جماعة دفعها إليهم أو إلى من يرتضونه، لومات المودع وكان الوارث جماعة ولو دفعها إلى البعض ضمن حصة^(٣) (الباقين)).

لا خلاف ولا إشكال فيه كما هو واضح.

(وأما العارية، فهي الإذن في الانتفاع بالعين تبرّعاً، وليس لازمة لأحد المتعاقدين، ويشترط في المغير كمال العقل وجواز التصرف، وللمستعير الانتفاع بما جرت به العادة، ولا يضمن التلف ولا النقصان لواتفاق بالانتفاع، بل لا يضمن إلا مع تفريط أو عدوان أو اشتراط، إلا أن تكون العين ذهباً أو فضة، فالضممان يلزم وإن لم يشترط).

(١) مختلف الشيعة: ٦٢ / ٦.

(٢) الوسيلة: ٢٧٥؛ السرائر: ٤٣٦؛ مختلف الشيعة: ٦٢ / ٦؛ اللمعة الدمشقية: ١٤٨.

(٣) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «حصص» بدل «حصة».

العارية من العقود

ظاهر المتن - لو لا قوله بعده: «لأحد المتعاقدين» - كون العارية من الإيقاعات لا العقود، وظاهر الشرائع^(١) كونها من العقود الجائزه، ولم تظهر ثمرة بين الاحتيالين، فإن جواز التصرف المترتب على العارية محفوظ ولو لم يكن قبول المستعير وليس العارية كاهبة التي لا تترتب الملكية فيها بدون القبول والقبض.

وما يقال من أن جواز التصرف من اللوازم والاشتراك في اللازم لا يرفع المباینة^(٢)، وبهذا يحاب عن النقض الوارد على تعريف الشرائع بأنّها عقد ثمرته التبرّع بالملفعة بالسكنى والعمرى والحبس والوصيّة بالمنفعة، وحاصل الجواب بأنّها متباینة مفهوماً وتشترك في اللازم، يشكل بأنّ ما ذكر يتمّ على تقديم الحاجة إلى إنشاء معنى خاص باللفظ أو الفعل.

وأمّا إذا اكتفى بكل لفظ أو فعل في مقام الإنشاء، فلا تتحقق البينونة إلا بالإطلاق والتقييد، ولا زام ما ذكر من كون العارية من العقود عدم جواز التصرف إذا قال المعير: «أعرتك» ولم يقبل المستعير بقوله: «قبلت» لعدم تتحقق العارية المحتاجة إلى القبول.

وكيف كان، المعروف بأنّها ليست لازمة، بل ادعى عليه الإجماع^(٣) إلا بالعرض كإعارة العين للرهن، وإعارة الأرض لدفن الميت، وإعارة اللوح للسفينة في لجة البحر المستلزم رجوعه للغرق للأنفس.

(١) شرائع الإسلام: ١٣٥ / ٢ .

(٢) مسالك الأدفهان: ١٣٢ / ٥ ؛ جواهر الكلام: ١٥٨ / ٢٧ .

(٣) المبسوط: ٣٦٧ / ٢ ؛ الوسيلة: ٢٧٥ / ٢ ؛ السرائر: ٨٨ / ٢ ؛ الجامع للشرائع: ٢٥٧ ؛ تذكرة الفقهاء: ١٦ / ٢٥١ ، وفيه دعوى الإجماع.

وقد يمنع^(١) في هذه الموارد وأمثالها لزوم العارية، بل الجواز باق بحاله غاية الأمر منع مانع عن رد العين خارجاً، كما لو فرض في بعض أمثلة الإجارة التي فسخت بتقايل أو خيار، فإنه لا إشكال في تحقق الفسخ حينئذ وإن منع مانع خارجي من رد العين إلى مالكها.

ولازم هذا المنع جواز النبش في صورة الدفن، خصوصاً بعد انتقال الأرض إلى الوارث وجواز أخذ أجرة الأرض مع عدم النبش، ولا أظنّ أن يلتزم به مع أنّ لازم ما ذكر أنه 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 بأنه ملك الغير، فإنّ الظاهر عدم الإشكال في جواز النبش.

وييمكن أن يقال بعد فرض كون العارية من العقود تكون مشمولة لما دلّ على لزومها، والإجماع المدعى على عدم اللزوم غير متحقق في الموارد المذكورة وأمثالها، إلا أن يقال: لو كانت مشمولة لما دلّ على لزوم الوفاء ما احتج إلى التشبيث بالجهات الخارجية، فطروه هذه الطوارئ نظير اشتراط اللزوم بالعرض.

وأما اشتراط كمال العقل وجواز التصرف، فلا كلام فيه ولا إشكال، اشتراط كمال العقل تكون الإعارة تصرفاً مالياً، فمع عدم كمال العقل أو السفه أو المحجورية وجواز التصرف بجهة أخرى لا يتربّ أثر على الإعارة سواء كانت عقداً أو إيقاعاً.

نعم، وقع الإشكال في المقام حيث قال في الشرائع: «ولو أذن الولي» جاز

(١) جواهر الكلام: ٢٧/١٥٩.

للصبي مع مراعاة المصلحة^(١)، كالمحكي عن الإرشاد: «ولو أذن الولي للطفل صح أن يغير مع المصلحة»^(٢)، كالمحكي عن غيرهما^(٣).

وظاهر هذه العبارات أنه مع الإذن من قبل الولي يجوز للصبي الإعارة لا بنحو آلية الصبي بحيث يكون الآذن الولي، وهذا خلاف ما يظهر من كلماتهم فيسائر العقود كالبيع والإجارة والصلح من عدم نفوذ تصرف الصبي مع الإذن من الولي إلا أن يكون الصبي آلة، وفي الحقيقة طرف المعاملة ليس غير الولي.

والظاهر أن المستفاد من أدلة الحجر ليس إلا عدم النفوذ بالاستقلال لا مع إذن الولي، والمذكور في المقام ليس مخالفًا للدليل حجر الصبي، وما ذكروا في مثل البيع والإجارة من عدم النفوذ حتى مع الإذن، بل الصحة منحصرة بصورة آلية الطفل يشكل استفادته من الأدلة إلا أن مخالفه 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 وبينسائر المطلقات، فإذا أغار لحافا فالعادة اقتضت الانتفاع به بالتغطية وأمّا الافتراض به، فهو خارج عن العادة، لكن كون الإذن منصرفًا عنه، كما لو قيد بالقيد اللغطي مشكل.

(١) شرائع الإسلام: ١٣٥ / ٢.

(٢) إرشاد الأذهان: ٤٣٩ / ١.

(٣) اللمعة الدمشقية: ١٤٩، وفيه: ويجوز إعارة الصبي بإذن الولي.

لوأوجب التصرف في النقص في العين أو التلف مع كون التصرّف 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 فإذا 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:

أحد هما: ما كان النقص والتلف الواقعان بسبب الاستعمال المعتمد ولو من جهة الالتفاق في مثل تلك العين، كما لو استعار دابة للركوب أو الحمل ولم يزد على المعتمد والتفق 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 إلا مع التصريح، ولعلّ الضمان فيه وجيه^(٣).

(١) الكافي: ٥/٢٣٩، ح٥، باب ضمان العارية والوديعة؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٨٢، ح٤، باب العارية؛ الاستبصار: ٣/١٢٤-١٢٥، ح٣، باب أنّ العارية غير مضمونة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٩٢، أبواب أحكام العارية، ب١، ح٣.

(٢) الروضة البهية: ٤/٢٦٣؛ مسالك الأفهام: ٥/١٣٨.

(٣) جواهر الكلام: ٢٧/١٦٤.

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 الشك يكون الضمان مقتضى الأصل في الأموال؛ فتأمّل.

ومع الإطلاق لا نجد فرقاً بين المقامين، والصورتان مشمولتان للنصّ المذكور.

لو تلفت العين وأمّا صورة التفريط والعدوان، فلا إشكال في الضمان في الجملة، أمّا التفريط بعدم حفظ المال مع أنه أمانة مالكية فالظاهر تسلّم الضمان مع النقصان أو التلف المستندين إليه، وقد مرّ الكلام فيه في الوديعة.

وأمّا العدوان، فالتلف والنقصان المستندان إلى خصوصه، فلا إشكال في ضمانها، وأمّا لو كانا مستندين إلى المجموع من التصرّف 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 تمثّلاً 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، فإنه إذا توجّه 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، إلا أن

(١) جواهر الكلام: ٢٧٢ / ٢٧.

يقال: هذا مع التفات المغير، ومع عدم التفاته يحتاط المستuir، لكن هذا فرع لزوم الاحتياط.

وأمّا الضمان مع الاشتراط، فهو منصوص فيه، وكذلك عارية الذهب والفضة، ويدلّ على ما ذكر صحيح زراراً: «قلت لأبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ العارية مضمونة؟ فقال: جميع ما استعرته فتوى^(١) فلا يلزمك تواه، إلّا الذهب والفضة، فإنّها يلزمان إلّا أن تشرط أَنَّه متى تَوَى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك»^(٢).

ورواية إسحاق بن عمّار عنه أيضًا و[عن] أبي إبراهيم عَلَيْهِ السَّلَامُ ليس على مستعيرها ضمان إلّا ما كان من ذهب أو فضة، فإنّها مضمونان اشترطا أو لم يشترطا»^(٣).

وقد يظهر من بعض الأخبار اختصاص الضمان بالذهب والفضة بالدنانير والدرارهم وهو صحيح ابن سنان عنه عَلَيْهِ السَّلَامُ أيضًا: «لا تضمن العارية إلّا أن يكون اشترط فيها ضمان إلّا الدنانير، فإنّها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً»^(٤).

(١) توى: أي هلك. الصحاح: ٦/٢٢٩٠.

(٢) الكافي: ٥/٢٣٨، ح٣، باب ضمان العارية والوديعة؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٨٣، ح٩، باب العارية؛ وسائل الشيعة: ١٩/٩٦، أبواب العارية، ب٣، ح٢.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٣/٣٠٢، ح٤٠٨٣، باب العارية؛ تهذيب الأحكام: ٧/١٨٣ - ١٨٤، ح١٠، باب العارية؛ وسائل الشيعة: ١٩/٩٧، أبواب أحكام العارية، ب٣، ح٤. والرواية صحيحة.

(٤) الكافي: ٥/٢٣٨، ح٢، باب ضمان العارية والوديعة؛ الاستبصار: ٣/١٢٦، ح٨، باب أن العارية غير مضمونة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٩٦، أبواب أحكام العارية، ب٣، ح١.

ومثله خبر ابن مسakan^(١).

وخبر عبد الملك بن عمرو عنه أيضاً: «ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يشترط صاحبها إلا الدرهم، 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 منها، 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 الكلّ لا يوجب نفي الحكم عن الأفراد الأخرى؛ فتأمل.

لو استعار من الغاصب مع العلم ضمن، وكذلك لو كان جاهلاً، لكن يرجع على المعتبر 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 المعتبر.

أمّا الضمان سواء كان عالماً أو جاهلاً فللليد.

(١) تهذيب الأحكام: ٧/١٨٣، ح ٧، باب العارية؛ وسائل الشيعة: ٩٦/١٩، أبواب أحكام العارية، ب ٣، ذيل ح ١. والرواية صحيحة.

(٢) تهذيب الأحكام: ٧/١٨٤، ح ١١، باب العارية؛ وسائل الشيعة: ٩٦/١٩، أبواب أحكام العارية، ب ٣، ح ٣. والرواية حسنة لعبد الملك بن عمرو المدوح.

وأمّا رجوع المستعير فيما اغترم إلى المعير مع الجهل، فلكونه مغروراً، رجوع المستعير فيما اغترم إلى المعير والمغرور يرجع إلى من غرّه.

ويمكن أن يقال: تارة لا يكون المستعير قاصداً للتصرّف في العين المستعارة إلّا بنحو الاستعارة، والتصرّف بلا أجرة للفائدة المستوفاة، فأعارة الغاصب فلا إشكال في صدق الغرور.

وآخر يكون قاصداً للتصرّف مع الأجرة، فيعيده الغاصب ويقول: تصرّف مجاناً، ففي هذه الصورة يشكل صدق الغرور، لأنّ الغرر إن كان بمعنى الخطـر - كما عن الصلاح^(١) والمصباح^(٢) والأساس^(٣) وغيرها^(٤) - فلا خطـر في البين، بل لو فسـر بالجهل أيضاً يشكل صدقـه في بعض الموارد، كما لو استأذن المالك في التصرـف في العين فأذن له المالك بقصدـأخذ الأجرة وتخـيل المستـأذن الإذـن في التـصرـف مجانـاً فـهل يمكن القـول بعدم استـحقاقـ الأجرـة من جهةـ أنـ الآذـن ما صـرـح بـمقصـودـه فهو غـارـ والمغرور يرجع إلى من غـرـه؟

ولو كان المراد من الغاصب المتصرـف بغير حقـ ولو مع الجـهل بالـموضوعـ، فلا وجـهـ للرجـوعـ إـلـيـهـ بـوجـهـ، بل قـرارـ الضـمـانـ عـلـىـ منـ تـلـفـ عـنـدـهـ، كـماـ قـرـرـ فـيـ تـعـاقـبـ الـأـيـديـ عـلـىـ الـعـيـنـ مـعـ دـعـمـ الـاستـحقـاقـ، هـذـاـ فـيـ مـنـافـعـ الـعـيـنـ الـمـسـتـعـارـةـ.

(١) الصـاحـاجـ: ٧٦٨/٢، ٧٦٩، غـرـ.

(٢) المصـبـاحـ الـمـنـيرـ: ٤٤٥، غـرـ.

(٣)أسـاسـ الـبـلـاغـةـ: ٣٢٢، غـرـ.

(٤) المـفـرـدـاتـ: ٦٠٤؛ لـسانـ الـعـربـ: ١٣/٥، غـرـ.

الكلام في نفس**العين المستعارة**

وأمّا 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 الجهاتين، 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 يتربّ على الشرط فيها إلّا على كونها ذهباً أو فضة ضمان من هذه الجهة، بل ترتب الضمان بقاعدة اليد وعموم من أتلف، فرجوع المعير على المستعير بقيمة العين باعتبار صيرورتها عوضاً شرعاً عمّا أداه عنها برجوع المالك عليه، والفرض عدم الغرور منه بخلاف ما لو رجع المالك على المستعير، فإنّه لا يرجع إلى المعير، لأنّ التلف في يد المستعير علّة لاستغفال ذمته بالقيمة بخلاف المعير المخاطب في الحقيقة برد العين أو قيمتها من هي في يده، إذ لا وجه لخطابها والبدليلية المشخصة بالخيار لا دليل عليها، فالقيمة في ذمة من تلف في يده والأخر مخاطب بإرجاع ذلك منه وإلّا فالغرامة عنه، فإذا أداه صار ما في ذمته عوضاً شرعاً، إذ لا وجه لملك الغاصب، فقام الإذن الشرعي بالأداء عنه مقام الإذن منه بذلك، بخلاف ما لو أدى هو فإنه يؤدّي عن نفسه، وبذلك اتّضح وجه الرجوع على من حصل التلف في يده من ذوي الأيدي المتعاقبة دونه إلّا إذا كان مغروراً^(١).

(١) جواهر الكلام: ٢٧/١٦٨.

ويمكن أن يقال: لا نسلّم صدق الغرور مع الاشتراط أو كون العين المستعارة ذهباً أو فضةً أو درهماً أو ديناراً مع إقدام المستعير على الضمان.

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 نصاً دالاً على رجوع من لم تتلف العين في يده إلى من تلفت في يده إذا أخذ المالك القيمة أو المثل منه حتى يقال مع عدم ملك الغاصب قام الإذن الشرعي بالأداء عنه مقام الإذن منه بذلك، فإن المستفاد من الحديث المعروف ضمان كل من أخذ من غير فرق بين من تلف عنده ومن لم يتلف عنده.

فما ذكر من أن القيمة في ذمة من تلف عنده الظاهر في الاختصاص به والآخر مخاطب براجح ذلك منه وإلا فالغرامة عنه لم يظهر وجهه، ولا دليل على العوضية الشرعية، وعدم رجوع السابق إلى اللاحق لا يوجب ملكية الغاصب حتى يدفع بأنه لا وجه لملك الغاصب، لإمكان أن يكون ما نحن فيه من قبيل الواجبات الكفائية تسقط بفعل أحد المأمورين بها، ومن قبيل الضمان عند الجمهور خلافاً لمذهب الخاصة.

وغاية ما يمكن أن يستفاد من الحديث أن الآخذ ليس ضامناً لخصوص المالك بالنسبة إلى العين ومنافعها، بل ضامن خسارة كل من توجّهت عليه الخسارة، ولذا يقال في العين المرهونة: إذا غصبت يكون الغاصب ضامناً للراهن والمرتهن.

وعلى هذا، فالشخص الأول بعد أخذه مال الغير ضامن بمقتضى «على

اليد» لنفس المالك ليس غير والشخص الثاني الآخر منه ضامن لشخصين: المالك للعين والشخص الأول المغترم بعدأخذ الغرامة منه، وقيمة العين أو المثل وصل إلى المالك بأخذه من الشخص الأول، وتبقى الغرامة المأخوذة منه، فلا بدّ من جبرانها بمقتضى «على اليد».

وهكذا الكلام بالنسبة إلى الأيدي المتأخرة عن هاتين اليدين، ولا يستشكل بأنّ الخسارة المذكورة تحقّقت بـ«على اليد» فكيف يمكن أن يشملها لإمكان أن يكون «على اليد» متعرضاً للحكم نحو القضية الطبيعية باصطلاح أكابر علماء العصر لا باصطلاح المنطقين.

هذا غاية ما يمكن أن يقال بعد تسلّم رجوع المتقدّم إذا أخذ منه الغرامة إلى المتأخر، واستقرار الضمان على من تلف عنده إلّا أن يكون المتأخر مغروراً وإلّا فللقائل أن يمنع ظهور «على اليد» في لزوم غرامة غير العين المأخوذة، فلو غصب العين المرهونة وتلفت عند الغاصب وأبراً 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.

وأمّا ما ذكر من أنّ كُلّ ما يصحّ الانتفاع به، إلى آخره، فإن كان النظر فيه إلى عدم الصحة فيها لا يمكن الانتفاع به إلّا بالإتلاف، 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 محلّة قابلة لتوّجه العقلاء، كان الأنسب التعبير بأنّ كُلّ ما يجوز الانتفاع به، إلى آخره، والأمر سهل.

كلّ ما يصحّ الانتفاع
به مع بقائه تصحّ
عارته

وأَمَّا الاقتصر على ما يؤذن له، فلا إشكال فيه إِلَّا أَنَّه لا يلزم التصريح،
بل الإطلاق كاف إِلَّا أن يكون في البين انصراف.

لواختلاف ولو اختلف المعير والمستعير في التفريط فالمعرف أن القول قول المستعير، لكونه أميناً، وفي صحيح الحلبـي عن الصادق عليه السلام: «صاحب العارية والوديعة مؤمن»^(١)، ونحوه غيره^(٢)، ومقتضى الأمانة قبول قوله، كما سبق في الوديعة.

لواختلاف في رد العارية ولو اختلفا في رد العارية فالمعروف أن القول قول المعير، لقاعدة (البينة على المدعى واليمين على من أنكر)، والإيمان لا يقتضي تصديقه في الرد وقبوله في الوديعة، للنصـ.

ويشكل التفرقة حيث إن المذكور في باب الوديعة قول الصادق عليه السلام -على المحكـي- في خبر مساعدة: «ليس لك أن تأمن من خانك»^(٣)، ولا تـهم من ائتمنت»^(٤).

وخبر مساعدة بن زياد عنه، عن أبيه: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ليس لك أن تـهم من قد ائتمنته، ولا تـمن الخائن وقد جرـبه»^(٥).

(١) تهذيب الأحكام: ٧/١٨٢، ح، باب العارية؛ الاستبصار: ٣/١٢٤، ح١، باب أن العارية غير مضمونة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٩٣، أبواب أحكام العارية، ب١، ح٦.

(٢) راجع وسائل الشيعة: ١٩/٩١-٩٤، أبواب أحكام العارية، ب١.

(٣) في قرب الإسناد: «غشـك».

(٤) قرب الإسناد: ١/٣٥؛ وسائل الشيعة: ١٩/٨١، أبواب أحكام الوديعة، ب٤، ح٩. والرواية موثـقة بمسـاعدة. راجع معجم رجال الحديث: ١٨/١٣٧.

(٥) قرب الإسناد: ١/٤١؛ الكافي: ٥/٢٩٨، ح١، باب نادر؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢٣٢، ح٣١، ←

فإن أمكن استفادة قبول قول الأمين منها في مقام الداعي، ففي كلام 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 مرتنهن^(٢) بماله على الراهن).

الظاهر تعين الأخذ بقول الغارم مع يمينه إلا أن تقوم البينة، لأصالة براءة ذمته من الزيادة، وما قد يقال من أن «الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال»^(٣) فلا نعرف له مدركاً.

وأما استعارة الرهن بدون إذن المالك، فلا يصح بدون الإجازة، وللهلك انتزاع العين، وأما مع الإجازة، فإن قلنا بصحة الفضولي في المعاملات على القاعدة، فلا مانع من تصحيح العارية بالإجازة.

لو اختلفا في القيمة

لو استعار الرهن من
غير إذن المالك

→ باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٨١، أبواب أحكام الوديعة، ب٤، ح ١٠ . والرواية صحيحة.

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «ورهن» بدل «الرهن».

(٢) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «مرتهن» بدل «مرتهن».

(٣) إيضاح الفوائد: ٢ / ١٨

كتاب الإجارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على محمد وآلہ الطاهرين.

كتاب الإجارة)

(وهي تملیک منفعة معلومة بعوض معلوم، ويلزم من الطرفين، تعريف الإجارة وتنفسخ بالتقايل، ولا تبطل بالبيع ولا بالعتق، وهل تبطل بالموت؟ قال الشیخان: نعم^(۱)، وقال المرتضى: لا تبطل^(۲)، وهو أشبه).

يمكن أن تكون حقيقة الإجارة تملیک المنفعة بعوض، ويمكن أن حقيقة الإجارة يكون التسلیط على العین ليتفع بها في مقابل العوض. ویؤید الثاني تعلق الإجارة بنفس العین بدون تقدير المضاف.

ویؤید الأول عدم صحة التسلیط في إجارة الأحرار حيث إن الحر غير قابل لهذا المعنى ولذا لو حبس الحر لا يضمن منافعه، بخلاف حبس العبد أو التسلط على الأعيان الخارجية فإن الاستيلاء عليها موجب الضمان، واختلاف الحقيقة باختلاف المتعلق بعيد.

ولكل من المعنين اعتبار عقلائي، لكن المعروف في حقيقتها المعنى الأول.

(۱) المقنعة: ۶۴۰؛ النهاية: ۴۴۴.

(۲) المسائل الناصريات: ۴۳۸.

وكيف كان، الظاهر أنّ معلوميّة المنفعة والغرض من شرائط الصحة شرعاً كشروط صحة البيع، لأن تكون من مقومات الحقيقة.

وأماماً اللزوم من الطرفين، فلا خلاف فيه^(١)، ويدلّ عليه عموم «أقوفوا بالعقود»، وعموم «المؤمنون عند شروطهم» بناء على عدم كون الشرط الإجارة لازمة من الطرفين التزاماً في ضمن التزام آخر.

وما عن عليّ بن يقطين في الصحيح قال: «سألته - يعني أبي الحسن عليه السلام - عن الرجل يكتري السفينة سنة أو أقلّ أو أكثر؟ قال: الكراء لازم إلى الوقت الذي اكتراه إليه، وال الخيار 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 أبي الحسن موسى عليه السلام عن الرجل يتكارى من الرجل البيت والسفينة سنة أو أقلّ أو أكثر؟ قال: كراه لازم إلى الوقت الذي تكاراه إليه»^(٣)، الحديث.

(١) المبسوط: ٢/٣٦٧؛ الوسيلة: ٢٦٢؛ غنية النزوع: ٢٨٧؛ فقه القرآن: ٦٤؛ السرائر: ٢/٨٨؛ إصلاح الشيعة: ٢٧٦؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٥٣؛ تحرير الأحكام: ٤١.

(٢) الكافي: ٥/٥، ح١، باب الرجل يتكارى البيت والسفينة؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٩٢، ح١، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ٢٥١/٣، ح٣٩١٠، باب الإجرات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١١٠، أبواب أحكام الإجارة، ب٧، ح١.

(٣) الكافي: ٥/٢٩٢، ح٢، باب الرجل يتكارى البيت والسفينة؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢١٠، ح٣، باب الإجرات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١١٠، أبواب أحكام الإجارة، ب٧، ح١.

والرواية صحيحة على كلام في محمد بن سهل. راجع معجم رجال الحديث: ١٦٧/١٦٧.

وأَمَّا الانفاسخ بالتقايل، فيدلّ عليه عموم ما دلّ على مشروعِيْته، انفساخ الإجارة بالتقايل واستحباب إقالة النادم.

وأَمَّا عدم البطلان ببيع العين المستأجرة، فلعدم تنافي العقددين من جهة اختلاف المتعلق، المعروف أنَّ المشتري مع جهله بوقوع الإجارة قبلًا ببيع العين المستأجرة يتخيّر بين الصبر إلى انتهاء الإجارة وبين الفسخ.

نعم، لا بدّ من التقييد بصورة احتفاظ المالية بعد انقضاء مدة الإجارة، ولو كانت مدة الإجارة طويلة بحيث لا مالية للعين المستأجرة بعد انقضائها لم يصحّ البيع، لعدم المالية للعين.

ويدلّ على صحة إجارة البيع ما رواه في الفقيه عن أبي همّام: «أنَّه كتب إلى أبي الحسن عَلَيْهِ الْكَفَافُ في رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المؤجر تلك الضيعة بحضور المستأجر ولم ينكر المستأجر البيع وكان حاضرًا له مشاهدًا فهات المشتري وله ورثة هل يرجع ذلك الشيء في ميراث الميت أم يثبت في يد المستأجر إلى أن ينقضي إجارته؟ فكتب عَلَيْهِ الْكَفَافُ: 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 عَلَيْهِ الْكَفَافُ قال: «سألته عن رجل جعل داراً سكنى لرجل أيام حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده [هل هي له ولعقبه] كما شرط؟ [قال: نعم].

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣٩١٤، ح ٢٥٢ / ٣، باب المزارعة والإجارة؛ وسائل الشيعة: ١٣٤ / ١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب٤، 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 أنَّ الذي يشتريه لا يملك ما اشتري حتى ينقضى السكنى على ما شرط والإجارة.

قلت: فإن ردَّ على المستأجر ماله وجميع ما لزمه من النفقة والعمارة فيها استأجره؟ قال: على طيبة النفس ورضا المستأجر بذلك لا بأس^(١)، وكذلك العتق على حسب القاعدة لا يوجب بطلان الإجارة.

هل تبطل الإجارة
بالموت؟
وأما البطلان بالموت، فقد وقع فيه الخلاف وختلفوا على أقوال ثلاثة:
فقيل بأنَّ الإجارة تبطل بموت كلِّ من المؤجر والمستأجر، ونسبة في الشرائع^(٢) إلى المشهور^(٣).

وقيل بأنَّها لا تبطل بموت واحد منها، وهو المشهور بين المتأخرين^(٤).

وقيل: إنَّها تبطل بموت المستأجر دون المؤجر^(٥).

(١) الكافي: ٣٨/٧، ح، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والمبة والسكنى والعمرى والرقبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤٠١، ح، ٥٥٩٥، باب السكنى والعمرى والرقبي؛ تهذيب الأحكام: ٩٤١، ح، ٤٠، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤٠٤، ح، ٤، باب السكنى والعمرى؛ وسائل الشيعة: ١٩١، ح، ١٣٥، كتاب الإجارة، ب، ٢٤، ح.^٣

(٢) شرائع الإسلام: ٢/٤٠.

(٣) المقنعة: ٦٤٠؛ المراسم: ١٩٦؛ الخلاف: ٣/٤٩٠-٤٩١، وفيه دعوى الإجماع؛ المهدى: ١/٥٠١؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٥٣.

(٤) قال الشهيد الثاني^{عليه السلام}: الأقوى ما اختاره المصنف^{عليه السلام} -أي لا تبطل بموت أحد هما- وعليه المتأخرون أجمع. مسالك الأفهام: ٥/١٧٥.

(٥) قال الشيخ^{عليه السلام} في المسوط: الموت يفسخ الإجارة سواء كان الميت المؤجر أو المستأجر عند ←

واحتاج للقول الأول بأن استيفاء المنفعة يتعدّر بالموت، لأنّه استحقّ دليل القول الأول بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر، فإذا مات زال ملكه عن العين وانتقلت إلى الورثة فالمนาفع تحدث على ملك الوارث، فلا يستحقّ المستأجر استيفاءها، لأنّه ما عقد على ملك الوارث، وإذا مات المستأجر لم يكن إيجاب الأجرا في تركته^(١).

ولا يخفى ما فيه، فإنّ المنتقل إلى الورثة الملك المسلط المنفعة في طرف المؤجر، وفي طرف المستأجر إن كانت الأجرا عيناً خارجية، فهي ملك المؤجر أو وارثه، ولا تربط بورثة المستأجر، وإن كانت ديناً تنتقل تركة المستأجر إلى الوارث بعد خروج الدين.

واحتاج^(٢) للقول الثاني بأنّ الإجارة من العقود اللاحمة ومن شأنها أن لا تبطل بالموت، ولعموم الأمر بالوفاء بالعقود، وبما رواه في التهذيب عن إبراهيم الهمданى قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الإجارة في كل سنة عند انقضائها لا يقدم 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. المسوط: ٣/٤٢٤.

وقال ابن البراج^{رحمه الله}: الموت 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. المهدى: ١/٥٠١-٥٠٢.

(١) مختلف الشيعة: ٦/٤٤.

(٢) مسالك الأفهام: ٥/١٧٥.

بعدها هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجارة إلى الوقت أم تكون الإجارة
منتقضية بموت المرأة؟

فكتب عليه: إن كان لها وقت مسمى لم تبلغ فوات فلورتها تلك
الإجارة، وإن لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه
فيعطي ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله تعالى^(١).

وبهذا المضمون أيضاً رواية إسحاق بن أحمد الأبهري عن أبي
الحسن عليه السلام^(٢).

الكلام حول هذه الرواية لا يخفي أنّ الرواية على فرض تمامية دلالتها تكون أخصّ من المدعى، لأنّها متعرّضة لخصوص موت المؤجر، وتقرّيب دلالتها على عدم بطلان الإجارة بالموت بأن يكون المراد من قوله عليه السلام - على المحكيي -: «وقت مسمى لم تبلغه» على ما في بعض النسخ أو «لم تبلغ» على نسخة أخرى مدة الإجارة بقرينة ذكر الوقت في كلام السائل حيث قال: «هل يجب على ورثتها» إلى آخره، ويكون قوله عليه السلام - على المحكيي - «وإن لم تبلغ ذلك» بياناً للشرطية الأولى لا مقابلاً لها، ويكون المراد من قوله: «فيعطي ورثتها بقدر ما بلغت» بنسبة ما بلغت، فإنّ المعطى حينئذ بقدر ما لم تبلغ لا بقدر ما بلغت.

(١) الكافي: ٥/٢٧٠، ح ٢، باب من يؤاجر أرضاً ثم يبعها 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، ب٢٥، ح ١. والرواية صحيحة.

(٢) وسائل الشيعة: ١٩/١٣٦، أبواب أحكام الإجارة، ب٢٥، 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 أنّ وقت الإجارة مفروض في السؤال، فلا يقبل التشكك والاحتمال حتّى يحتاج إلى الاشتراط، وكذا عدم بلوغها ذلك الوقت، بل قيل: إنّ على هذا التقدير لا يلزم تفكيك في الوقت، فإنّ المتكرر منه معنى واحد بخلاف الأوّل، فإنّ الوقت في قول السائل أوّلاً «ما لم يمض الوقت» هو وقت دفع الأجرة لا وقت الإجارة، وكذا قوله عليهما المحكي -: «إن كان لها وقت مسمى» فإنّ مدة الإجارة ليس لها، وإنّما عليها إمضاوها بخلاف وقت الأجرة.

وكذا حسن المقابلة بين الشرطيتين، فإنّ المراد من الأولى حينئذ موتها عند انتهاء النجم قبل أخذ الأجرة، والمراد من قول «لم تبلغه» أنها لم تبلغها أجرته، ومن الثانية موتها في أثناءه في الثلث أو النصف أو غيرهما، ويكون قوله عليهما المحكي -: «فيعطي ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت» على ظاهره، وهو أنّ الورثة يعطون مقدار الأجرة الماضية دون الباقي، وعلى هذا المعنى تكون الرواية دالة على بطلان الإجارة بموت المؤجر^(١).

ولا يخفى أنّ ما ذكر لتقرير المعنى الثاني ليس بحيث يوجب الظهور في المعنى الثاني، بل في مصابيح العلامة الطباطبائي عليهما المحكي^(٢): أنّ الظاهر هو المعنى الأوّل، وقوله عليهما المحكي: «إن كان لها وقت [مسمى] لم تبلغه» كالتصريح

(١) جواهر الكلام: ٢٠٩ / ٢٧.

(٢) حكى عنه صاحب الجواهر^{رحمه الله}. جواهر الكلام: ٢٠٩ / ٢٧.

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 الموجبة للحمل على إعطاء الورثة بنسبة ما بلغت مع أنّ المعطى حيئتذ بقدر ما لم تبلغ لا بقدر ما بلغت^(١).

ويمكن أن يقال: على فرض عدم ظهور الرواية في المعنى الأول لا أقلّ من الإجماع، ومعه لا مجال لرفع اليد عمّا دلّ على لزوم العقد وبقاءه.

وقد يقال: إنّ الرواية ظاهرة على التقدير الأول أيضاً في الفسخ بأن يكون المراد إن كان للإجارة وقت مسمى ولم تبلغ المرأة، أي لم تبلغ شيئاً منه بقرينة الشرطية الثانية على معنى أنها آجرت إلى مدة معلومة فهامت حال الإجارة قبل أن تبلغ شيئاً من المدة، فالحكم فيه أنّ لورثتها تلك الإجارة على معنى أنّ لهم إمضاءها أو فسخها بناء على أنّ 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 الأول من

(١) جواهر الكلام: ٢٧/٢٠٩-٢١٠.

الموقوف عليهم، وانتقل إلى البطن الثاني بموت الأُولين في أثناء الإجارة، فإنّ لهم الخيار في إنفاذ الإجارة الأولى وفسخها، وإن أبيت فيمكّن أن يكون المراد أنّ الورثة إن شاؤوا أجروا وإن شاؤوا لم يؤجروا^(١).

ويمكّن أن يقال قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ - على المحكي -: «فلورتها تلك الإجارة» ليس ظاهراً في ما ذكر من أنّ لهم إمضاءها أو فسخها، نعم، هو قابل لأن يحمل عليه، لكن يعارضه ما بعده: «فيعطي ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت» مع رجوع الضمير في بلغت إلى الورثة حيث إنّه ظاهر في تعينه.

(وكلّ ما تصحّ إعارته تصحّ إجارته، وإجارة المشاع جائزة، والعين أمانة لا يضمنها المستأجر ولا النقص^(٢) منها إلا مع تعدّ أو تفريط).

قد فسر هذه العبارة -أعني «كلّ ما يصحّ إعارته تصحّ إجارته»- بأنّ كلّ ما يصحّ إعارته من الأعيان للاستفادة بالمنفعة التي لا تكون عيناً تصحّ إجارته أيضاً، لأنّ الإجارة تمليك المنفعة بعوض، والعارية بدون العوض^(٣).

ووجه قيد «التي أن لا تكون عيناً» أنه نقل الإجماع على عدم صحة الإعارة إذا كانت المنفعة المتنقلة مثل لبن الشاة وثمر البستان، وقد منع الاتفاق على عدم صحة إعارة الشاة للبنها، بل ادعى الاتفاق على جوازها وهي المنحة.

(١) لم نعثر على قائله وإن حكى ذلك عنه صاحب الجوواهري^{رحمه الله}. جواهر الكلام: ٢٧ / ٢١٠.

(٢) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «ما ينقص» بدل «النقص».

(٣) مجمع الفائد و البرهان: ١٠ / ٦٧.

وقيّد القاعدة المذكورة بعض الفقهاء - قدس الله أسرارهم -^(١)
بما صَحَّ إعارةه بحسب الأصل لا مطلقاً، فإنَّ المنحة وهي الشاة
المعارة للانتفاع بلينها مما يصحُّ إعاراتها مع أنَّه لا يصحُّ إجاراتها إلَّا أنَّ
هذا الحكم [إنَّما] ثبت فيها على خلاف الأصل، وبعضهم^(٢) حمل الكلية
على الغالب.

جواز إجارة المشاع وأمّا جواز إجارة المشاع، فلعموم: «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» وخصوص إطلاقات
الإجارة، واستيفاء منافع العين المشتركة ممكن، كاستيفاء المنافع للمالك
مع اشتراك العين المشتركة، نعم، لا بدَّ في تسليم العين من إذن الشريك
سواء كان المستأجر عالماً بالإشاعة أو جاهلاً، كما لو آجر العين المشتركة
ولم يجز الشريك في سهمه.

العين المستأجرة
أمانة لا يضمُّ منها
المستأجر
وأمّا كون العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلَّا مع التفريط أو
التعدي، فلكون العين مأذون التصرف، وبناؤهم على أنَّ كلَّ ما أذن
التصريف فيه يكون أمانة سواء كان الإذن من قبل الشَّرع، فيكون أمانة
شرعية، أو من قبل المالك فيكون أمانة مالكية، ولكن اشتهر في المقوض
بالسُّوم كونه مضموناً، وكذلك الطبيب والبيطار، بل قد يقال: المصدق
العرفي للأمانة خصوص الوديعة^(٣).

ويدلُّ على عدم الضمان في باب الإجارة صحيح عليٍّ بن جعفر، عن
أخيه عليٍّ: «سألته عن الرجل استأجر دابة فأعطها غيره فنفقت في ما عليه؟

(١) مسالك الأنفاس: ٥/١٧٥.

(٢) جامع المقاصد: ٧/٨٧.

(٣) حكي ذلك عن الجواهر إلَّا أنَّه لم نعثر عليه. الإجارة (للأصفهاني): ٣٣.

قال: إن كان اشترط ألا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء^(١).

وصحيح الحلبـي: «سألت أبا عبد الله عائلاً عن رجل تکاري دابة إلى مكان معلوم فنفت^(٢) الدابة؟ قال: إن كان جاز الشرط فهو ضامن وإن دخل وادياً ولم يوثقها فهو ضامن، وإن سقطت في بئر فهو ضامن، لأنّه لم يستوثقها»^(٣)، إلى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك.

وظهر مما ذكر حكم صورة التعدي والتفريط ولزوم الضمان، بإعطاء الغير مع اشتراط أن لا يركب غيره تعدد، وعدم استيثاقها تفريط، وقد حكم في كلّ منها بالضمان، وربما يظهر من هذا الصحيح الضمان بمجرد التفريط ولو في غير باب الإجارة كاللوديعة والعارية.

شرائط الإجارة

(وشرائطها خمسة:)

(الأول: أن يكون المتعاقدان كاملين جائزـي التصرف).

[الثاني:] وأن تكون الأجرة معلومـة كيلاً أو وزناً، وقيل: تكفي المشاهدة ولو كان مما يکال أو يوزن، وتملك الأجرة بنفس العقد

(١) الكافي: ٥/٢٩١، ح٧، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحدّ أو يردها قبل الانتهاء إلى الحدّ؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢١٥، ح٢٤، باب الإجارات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١١٨، أبواب أحكام الإجارة، ب٦، ح١٦.

(٢) في الفقيه: «فضيـع».

(٣) الكافي: ٥/٢٨٩-٢٩٠، ح٣، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحدّ أو يردها قبل الانتهاء إلى الحدّ؛ من لا يحضره الفقيـه: ٣/٢٥٥، ح٣٩٢٢، باب ضمان من حمل شيئاً فادعـي ذهابـه؛ تهذيب الأحكـام: ٧/٢١٤، ح٢١، باب الإجارات؛ وسائل الشـيعة: ١٩/١٢١، أبواب أحكـام الإجارة، ب١٧، ح٣. والرواية صحيحة على ما في الفقيـه، وأمـا في غيره فمرسلـ.

معجلة مع الإطلاق أو اشتراط التعجيل، ويصح تأجيلها نجوماً أو إلى
أجل واحد).

أمّا شرطية كون المتعاقدين كاملين جائزي التصرف، فقد سبقت
في كتاب البيع، لعدم الاختصاص بالبيع فلا حاجة إلى التعرّض.
وأمّا اعتبار معلومة الأجراة في الجملة، فالظاهر أنّه لا خلاف فيه،
وإثما الكلام في أنّه هل يعتبر المعلومة بالتحو المعتبر في البيع، ففي ما كان
الأجراة ممّا يقال 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 الجهة والغرر بها عرفاً
لا في مثل الموزون والمكيل، ضرورة عدم كفاية المشاهدة فيها وفي
المعدود، وإلا لكتفى في البيع المعلوم اعتبار عدمها فيه على وجه يرتفع فيه
النزاع والخطر، ويتحقق به صدق البيع المعلوم لا المجهول^(١).

وي يمكن أن يقال: قد اعتبار في البيع الكيل والوزن والعدّ في صحة بيع
المكيل والموزون والمعدود من جهة عدم ارتفاع الغرر المنهيّ [عنـه] في
البيع إلاّ بها أو من جهة الأخبار الخاصة، والخبر الدالّ على اعتبار عدم
الغرر في الباب ولو بعمومه لم يثبت اعتباره، والدليل الخاص بالمقام غير
موجود، وليس في المقام إلاّ اعتبار عدم كون المعاملة جزافية، كما لو لم
تكن مشاهدة في البين.

(١) جواهر الكلام: ٢١٩-٢٢٠.

والشاهد عليه اكتفاء بعض من يدعى اتفاقهم في المقام بالمشاهدة وتردد بعض آخر، فعن الشيخ^(١) والمرتضى^(٢) الاكتفاء، واستحسنه في الشرائع^(٣)، واستشكل في الإرشاد^(٤)، وظاهر المحقق الأردبيلي^(٥) الميل إليه، فليس في المقام إلا الشهرة.

ثم إنّه بعد تحقّق عقد الإجارة تتحقّق الملكيّة بالنسبة إلى الأجرة، فمع الإطلاق أو اشتراط التأجيل يستحقّ المؤجر مطالبتها، ويصبح تأجيلها نجوماً أو إلى أجل واحد، كل ذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم».

ويمكن أن يقال: إذا اقتضى الإطلاق استحقاق المؤجر المطالبة فما معنى اشتراط التعجيل؟ فإنّ الشرط في ضمن العقد التزام في ضمن الالتزام العقدي، فإذا اقتضى الالتزام العقدي استحقاق المطالبة بلا انتظار مدة ما معنى الالتزام الآخر في ضمنه؟ وليس المقام من قبيل الوجوب المتصور فيه المراتب، وكون مرتبة أشدّ من مرتبة أخرى، فإنّ إطلاق العقد يقتضي استحقاق المطالبة، فاقتضاء الشرط الاستحقاق من قبيل تحصيل الحصول، والاستحقاق ليس ذا مراتب.

ومع الإشكال من هذه الجهة لا مجال لأن يقال: فائدة الشرط استحقاق المؤجر الخيار من جهة تختلف الشرط.

(١) الميسوط: ٣/٢٢٣.

(٢) المسائل الناصرية: ٣٧٠.

(٣) شرائع الإسلام: ٢/١٤١.

(٤) إرشاد الأذهان: ١/٤٢٤.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: ١٠/٢٥-٢٦.

(ولو استأجر من يحمل له متابعاً إلى موضع في وقت معين بأجرة معينة، فإن لم يفعل نقص من أجرته شيئاً معيناً، صح ما لم يحط بالأجرة).

لو استأجر لحمل
متاع إلى موضع في
وقت معين

هذا هو المشهور بين الأصحاب - قدس الله أسرارهم -^(١)، واستدلّ^(٢) عليه بالصحيح أو الموثق أو الخبر^(٣) المنجبر بالعمل عن محمد الحلبي قال: «كنت قاعداً عند قاض من القضاة وعنه أبو جعفر عَلَيْهِ الْمَسْكُنُ حالس، فأتاه رجلان فقال أحدهما: إني تکاريتك إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن، واشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا، لأنّها سوق أخنوف أن تفوتي فـإن احتبسـت عن ذلك حطّطـت من الكري لـكـلـ يوم احتبسـهـ كـذـاـ وـكـذـاـ، وـإـنـهـ جـبـسـنيـ عنـ ذـلـكـ الـوقـتـ كـذـاـ وـكـذـاـ يـوـمـاـ، فـقالـ القـاضـيـ: هـذـاـ شـرـطـ فـاسـدـ، وـفـهـ كـراـهـ، فـلـمـاـ قـامـ الرـجـلـ أـقـبـلـ إـلـيـ أـبـوـ جـعـفـرـ عـلـيـهـ الـمـسـكـونـ فـقالـ: شـرـطـ هـذـاـ جـائـزـ مـاـ لـمـ يـحـطـ بـجـمـيعـ كـراـهـ»^(٤).

قيل^(٥): ول الصحيح محمد بن مسلم، قال: «سمعت أبا جعفر عَلَيْهِ الْمَسْكُنُ يقول:

(١) النهاية: ٤٤٨؛ شرائع الإسلام: ١٤٢ / ٢؛ تحرير الأحكام: ١ / ٢٤٥. ونقله العالمة عَلَيْهِ الْمَسْكُنُ عن ابن البراج أيضاً في مختلف الشيعة: ٦ / ١٥٤.

(٢) مختلف الشيعة: ٦ / ١٥٥؛ المهدى البارع: ٣ / ٢٢؛ مجمع الفائدة والبرهان: ١٠ / ٤٥. جواهر الكلام: ٢٧ / ٢٣٠.

(٣) الترديد لأجل منصور بن يونس المرمي في بعض الكلمات بالوقف. راجع معجم رجال الحديث: ١٩ / ٣٨٢، رقم: ١٢٧١٦.

(٤) الكافي: ٥ / ٢٩٠، ح ٥، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحد أو يردها قبل الانتهاء إلى الحد؛ من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٣٥، ح ٣٢٧٣، باب الصلح؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ٢١٤، ٢٢، باب الإجرارات؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ١١٦، أبواب أحكام الإجارة، بـ ١٣، ح ٢.

(٥) مختلف الشيعة: ٦ / ١٥٥؛ الحدائق الناصرة: ٢١ / ٥٦٦.

إني كنت عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما:
إني اكتريت من هذا دابة ليبلغني عليها من كذا وكذا إلى كذا وكذا وإنّه لم يفعل قال: ليس له كرى، قال: فدعوه فقلت: يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه وقلت للأجير: ليس لك أن تأخذ كلّ الذي عليه، اصطلاحاً، فترادّاً بينكما»^(١).

وأورد بأنّه غير محلّ الفرض وهو اشتراط النقصان فيه إن لم يوصله فيه، وليس فيه تعرض لما عدا اليوم المعين بالأجرة ولا لغيرها، بل في حواشي ثاني الشهيدين ثاني الشهيدين^(٢) لأنّ ما تضمنه من الحكم مخالف للقواعد الشرعية، لأنّ اللازم من تعينه اليوم المعين والسكوت عن غيره أنه لا يستحق في غيره الأجرة كما قال ذلك القاضي إلا بفرض اطلاقه اطلاعه^(٣) على ما يوجب بطلان الإجارة، فحكم عليهما بالاصطلاح، لأنّ الثابت أجرة المثل وهي خارجة عن المعين^(٤).

وي يمكن أن يقال: أمّا ما ذكر من أنّ الحكم مخالف للقواعد، فهو مبنيّ على كون التعين والتقييد في الاقتداء بنحو وحدة المطلوب، وأمّا مع تعدد المطلوب ولعلّه الغالب، فلا مخالفة فيه للقواعد الشرعية.

نعم، كان بعض الأكابر أكابر^(٤) يفرق في مثل البيع بين أن يقع على

(١) الكافي: ٥/٢٩٠، ح٤، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحدّ أو يردها قبل الانتهاء إلى الحدّ؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢١٤، ح٢٣، باب الإجرات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١١٦، أبواب أحكام الإجارة، ب٢، ح١٣.

(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 سلم المشتري في الصورة الثانية العين الفاقدة للوصف سلم المبيع، وللباائع خيار تخلف الوصف، بخلاف الصورة الأولى، فلو سلم الفاقد للوصف فيها سلم شيئاً مبانياً للمبيع، ولو كان بنحو تعدد المطلوب، ولعله يظهر من هذه الرواية الصحيحة خلافه.

وأما ما ذكر من أنه غير محل الفرض، فهو حق لكنه يستفاد من الخبرين أنه مع شرط الإيصال أو التقييد ينقص من الكري شيء، وليس بحيث لا يستحق المكارى شيئاً.

وأما ما في كلام ثان الشهيدين من أنه مع بطلان الإجارة يثبت أجرة المثل، فيشكل حيث إنه مع وحدة المطلوب ومتباينة ما وقع لما تعاقدا عليه كيف يستحق أجرة المثل إلا أن يثبت بالتعبد؟

وكيف كان، ففي الرواية الأولى كفاية، وقد يستشكل في الصحة من جهة التعليق والجهالة والإبهام، وأنه كالبيع بثمنين نقداً ونسية، ومن هنا كان خيرة المحقق الثاني^(١) وغيره^(٢) من المؤخرين 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: التكاري المذكور في الرواية مع الاشتراط المذكور يتصور على نحوين:

أحدهما: أن يكون الكري على تقدير إدخال الرجل المعدن يوم كذا المقدار المعين، وعلى تقدير التأخير مقداراً آخر، ولا إشكال في أنه نظير البيع بثمنين أو أزيد.

والنحو الآخر: أن يكون الكري معيناً ليس غير وشرط براءة ذمته على تقدير التأخير، وهذا ليس كالبيع بثمنين أو أزيد، وليس تعليقاً في المعاملة، ولا مانع من صحته، فإن بنينا على حفظ القواعد وعدم التخصيص فيها، فلا بد من حمل الرواية على التحو الثاني أو الحمل على الجعالة وإن كان الحمل على الجعالة بعيداً جداً، وإن قلنا بأنه لا مانع من تخصيص القواعد بالنص المعتبر، فلا مانع من الصحة في كلتا الصورتين.

(الثالث: وأن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر أو من يؤجر عنه، وللمستأجر أن يؤجر إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه).

اعتبار كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو من يؤجر عنه، فمن جهة أن المعاوضة لا تتحقق بدون الملكية من غير فرق بين أن يكون المؤجر مالكاً للعين وبالتالي مالكاً للمنفعة، أو يكون مالكاً للمنفعة بالاستقلال، كما لو

(١) جواهر الكلام: ٢٢٢ / ٢٧

استأجر العين بدون اشتراط استيفاء المنفعة بنفسه أو اشتراط أن لا يؤجر غيره، فالمالك يؤجر لنفسه، والمتولّي للوقف والحاكم والوليّ والوصيّ يؤجرون للغير، والفضولي يؤجر للغير، والنفوذ يحتاج إلى الإجازة إن قلنا بصحة الفضولي في الإجارة.

وقد يقال: إن المراد بالملكية في المقام صحة 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 بد من الالتزام بالملكية، غاية الأمر في الوقف على مثل الأولاد أو صنف خاص من الإنسان يكون المالك الأشخاص أو الكلّي، وفي الوقف على الجهات يكون المالك الجهة، ووقف أرض على أن يصرف منافعها في المسجد.

وإن كان النظر إلى نفس العين الموقوفة، ففي مثل المساجد والمدارس والخانات الظاهر خروجها عن المملوكيّة، فلا يصح بيعها، وفي العين الموقوفة على الأولاد أو صنف خاص إن صح بيعها لظرف بعض الطوارئ، فلا محicص عن اعتبار المملوكيّة لها، لأن البيع لا يتحقق بدون الملكية حيث إن مبادلة مال بهال، والمبادلة في الملكية.

وما أفيد من كفاية مجرد السلطنة لازمه جواز إجارة العين المستعاره إذا لم تكن العارية بنحو تكون السلطنة مختصة بنفس المستعير، وجواز بيع الضيف ما أبيح له من الطعام والغذاء.

(١) الحدائق الناضرة: ٥٤٩ / ٢١

وأمّا إيجار المستأجر، فمع عدم الاشتراط لا إشكال فيه، ومع للمستأجر أن يوجر الاشتراط لا مانع من الإجارة بمعنى تملك المستأجر المنفعة مستأجر آخر لأن يشترط عليه مع حفظ المباشرة واستيفاء المستأجر الأول المنفعة، كما لو أباح المستأجر الثاني المنفعة للمستأجر الأول، أو ملّكه بعوض، نعم، مع اشتراط أن لا يؤجر غيره وقلنا بصحة هذا الشرط، ليس له أن يؤجر غيره بناء على أن الشرط المذكور يجب سلب سلطنته.

([الرابع:] وأن يكون^(١) المنفعة مقدرة بنفسها كخياطة الثوب المعين، أو بالملدة المعينة كسكنى الدار، وتملك المنفعة بالعقد، وإذا مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر استقرّ الأجرة ولو لم ينتفع).

ادعى الاتّفاق على اعتبار تقدير المنفعة بالنحو المذكور^(٢)، وقد يعلّل اعتبار كون المنفعة مقدرة بنفسها بلزوم الغرر لولا التقدير، وكأنّه وقع الاتّفاق على اشتراط عدم الغرر في الإجارة^(٣).

نعم، لو كانت للعين منافع متعدّدة قابلة للاستيفاء على البدل، فقد يقال بعدم لزوم تعين 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؛ إصلاح الشيعة: ٢٧٥؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٥١؛ تحرير الأحكام: ٢٤٧/١.

(٣) التقىح الرائع: ٢٦٧/٢؛ رياض المسائل: ١٠. ٢٨/١٠.

(٤) رياض المسائل: ٢٨/١٠.

ويمكن أن يقال: تملّك الجميع غير صحيح، لعدم إمكان الاستيفاء، وتملّك البعض غير المعين تملّك لأحد الفردين، والظاهر عدم التزامهم بالصحة فيه.

نعم، يمكن أن يلاحظ القدر المشترك بين المنافع، فيتخيّر في الاستيفاء، لكن لو كان المعتبر عدم حصول الغرر يشكّل، لعدم الاكتفاء بالجامعة في البيع، فلو باع الجامع بين النوعين لم يحکم بالصحة وإن كانوا متساوبي القيمة. والحاصل أنّ 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 تملّيكه في الإجارة.

وأمّا الجامع بين الأنواع أو الأصناف في الأعيان، فمع عدم جواز بيعه معللاً بحصول الغرر يشكّل تملّيكه في المنافع في الإجارة إنّ كان المعتبر عدم الغرر فيها وإن قلنا بكافية الخروج عن المعاملة الجزافية، فلا إشكال.

وأمّا استقرار الأجرة مع مضي المدة القابلة لاستيفاء منفعة العين فيها ولو لم يتتفّع المستأجر، فلأنّ اللازم على المؤجر تسلیط المستأجر على العين لاستيفاء وقد حصل، وقد فوّت المستأجر على نفسه، وليس على المؤجر شيء. ويدلّ عليه خبر ابن يقطين: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكتري السفينة سنة أو أقلّ أو أكثر؟ قال: الكرى لازم إلى الوقت الذي اكتراه إليه، والخيار فيأخذ الكرى إلى ربه إن شاء أخذ وإن شاء ترك»^(١).

استقرار الأجرة إذا
مضت مدة يمكن
استيفاء المنفعة

(١) الكافي: ٥/٢٩٢، ح١، باب الرجل يكتاري البيت والسفينة؛ من لا يحضره الفقيه: ←

ونحوه خبر علي ابنه^(١)، وخبر سهل^(٢)، وخبر أبي بصير^(٣).

والخبر الآخر: «سألت أبا عبد الله عائلاً عن رجل استأجر من رجل أرضاً، فقال: آجرنيها بكم إذا زرعتها أو لم أزرعها أعطيتك ذلك، فلم يزرعها الرجل؟ قال له: أن يأخذ بهاله إن شاء ترك وإن شاء لم يترك»^(٤).

(إذا عين 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 انهم المسكن تخير المستأجر في الفسخ، ولو إلزام المالك بإصلاحه، ولا يسقط مال الإجارة لو كان الهدم بفعل المستأجر).

→ ٣٩١٠، ح ٢٥١، باب المزارعة والإجارة؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢٠٩-٢١٠، ح ٢،
باب الإجرات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١١٠، أبواب أحكام الإجارة، ب ٧، ح ١.
والرواية صحيحة.

(١) وأعلم أنَّ هذا الخبر هو خبر ابن يقطين، وليس في المقام خبران أحدهما عن ابن يقطين والآخر عن علي بن يقطين. والظاهر أنَّ السيد المصنف^١ تبع صاحب الجواهر^٢ ووقع فيما وقع.

(٢) الكافي: ٥/٢٩٢، ح ٢، باب الرجل ينکاري البيت والسفينة؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢١٠، ح ٣، باب الإجرات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١١٠، أبواب أحكام الإجارة، ب ٧، ذيل ح ١.
والرواية صحيحة على كلام في محمد بن سهل. راجع معجم رجال الحديث: ١٦٧/١٦.

(٣) تهذيب الأحكام: ٧/٢١٠، ح ٤، باب الإجرات؛ 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 إلا ضمن

أما عدم جواز التعدي، فلأنه تصرف في ملك الغير غير مجاز.
وأما الضمان، فلما سبق من الأخبار:

ومنها: صحيح أبي ولاد، وفيه: «أرأيت إن عطب البغل أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فإن أصحاب البغل كسر أو دبر^(١) أو غمز^(٢)? فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه»^(٣).

وفي صحيح الحلبي: «سألت أبا عبد الله عن رجل تکارى دابتة^(٤) إلى مكان معلوم فنفقت الدابة؟ قال: إن كان جاز الشرط فهو ضامن»، الحديث^(٥).

وأما بطلان الإجارة بتلف العين قبل القبض أو امتناع المؤجر 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.

تبطل الإجارة بتلف
العين قبل القبض

(١) الدبر: كاجراحة تحدث من الرجل ونحوه. جمع البحرين: ٢٩٩/٣.

(٢) في التهذيبين ووسائل الشيعة: «عقر». وغمزت الدابة: مالت من رجلها.

(٣) الكافي: ٥/٢٩٠، ح٦، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحد أو يردها قبل الانتهاء إلى الحد؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢١٥-٢١٦، ح٢٥، باب الإجرارات؛ الاستبصار: ٣/١٣٣، ح٢، باب من اكترى دابة إلى موضع فجاز ذلك الموضع كان عليه الكراء وضمان الدابة؛ وسائل الشيعة: ٢٥/٣٩٠، أبواب الغصب، ب٧، ح١.

(٤) في المصادر: «الدابة».

(٥) الكافي: ٥/٢٨٩-٢٩٠، ح٣، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحد أو يردها قبل الانتهاء إلى الحد؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢١٤، ح٢١، باب الإجرارات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٢١، أبواب أحكام الإجارة، ب١٧، ح٣. والرواية مرسلة في الكافي والتهذيب.

ويمكن أن يقال: إن قلنا في البيع بانفساحه من جهة تلف المبيع فهو من جهة النصّ، ولا وجه لمقاييسه بباب الإجارة بباب البيع، نعم، لو كانت العين غير قابلة لاستيفاء المنفعة أمكن القول ببطلان العقد أصلًاً من جهة عدم صحة المعاوضة، بخلاف ما لو كانت قابلة فاتفق التلف السماوي من غير فرق بين ما كان قبل القبض أو بعد القبض، لكن الحكم المذكور كأنه من المسلمات بينهم، وظاهر كلما هم أنّ الأجرة من حين العقد مملوكة للمؤجر بتمامها، وبالتالي قبل القبض أو بعده أو في أثناء المدّة ترجع إلى المستأجر كلاًّ أو بعضاً من حين البطلان، كما في تلف المبيع قبل القبض.

وقد يفرق بين تلف المبيع قبل القبض والتلف في باب الإجارة حيث إنّ المبيع قبل القبض مال موجود قوبل بالعرض، وبالتالي يعرض البطلان، فلو تصرف البائع في الثمن قبل البطلان تصرف في ملكه، وتلف العين المستأجرة كاشف عن عدم كون المؤجر مالكاً للمنفعة إلى تمام المدّة، فلم يتقل ما يقابلها إليه، فتصرفه في ما يقابلها تصرف 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 مالية الدابة بالقابلية للركوب أو الحمل، فإذا كانت في علم الله غير قابلة فلا مالية لها، وما لا مالية له لا يقابل بالمال، فلم

(١) الحدائق الناصرة: ٢١ / ٥٨٥

يصحّ البيع من أول الأمر، وفي صورة امتناع المؤجر من التسليم إلى انقضاء مدة الإجارة، فالمعروف بطلاق الإجارة بمعنى انفساخ العقد قهراً تزيلاً 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، فالظهور عدم الفرق بين منع المؤجر 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 المؤجر أو الظالم، وسواء كان قبل القبض أو بعد القبض، لكنّ المشهور خلاف ما ذكر.

وأمّا صورة انهدام المسكن، فمع عدم القابلية للبقاء مقتضى القاعدة بطلاق العقد من أول الأمر، لعدم المنفعة حتّى يقابل مع الأجرة، وأمّا مع القابلية وطروء الانهدام لأفة سماوية، ففي الشرائع^(١) - كما في المتن - اختيار الفسخ للمستأجر، ومع إعادة المسكن بفعل المؤجر أو بإلزام المستأجر لا خيار إلّا من جهة التأخير وتخلّ 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 بطلاق 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.

وأمّا صورة إعادة المسكن أو إصلاحه، فلقاءل 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 يجوز.

وقد يقال: مع الانهدام وفوت أصل الانتفاع وعدم إمكان الإعادة تنفسخ الإجارة، لتعذر المستأجر عليه، فله من المسمى حينئذ بنسبة ما فات من المنفعة، وإن لم يفت أصل الانتفاع وأمكن إزالته كان للمستأجر فسخ الإجارة مع فوات بعض المنفعة للتعيّب بالتبعيض إلا أن يعيد صاحبه ويمكّنه منه^(١).

ويتوّجّه عليه ما ذكر حيث إنّه إن كان تعذر الانتفاع بمنزلة عدم الانتفاع لعدم القابلية، فمقتضى القاعدة بطلان العقد ولو بالنسبة إلى البعض، ويكون تصرّف المؤجر في ما يقابله من الأجراة تصرّفاً في ملك الغير، وهذا غير الانفساخ.

وما ذكر من الخيار من جهة التبعيض 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.

(١) جواهر الكلام: ٣١٠ / ٢٧

عدم سقوط مال الإيجارة لو كان بفعل المستأجر، فللحصول
التلف بفعله، فحاله حال الظالم المانع بعد القبض فكما لا يسقط هناك مال
الإيجارة 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 إتلافين:
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 متهدية ولم تكن مستأجرة لأحد ضامناً غارماً للعين
ولتلك المنفعة، ولا أظنّ 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 رد المتلف المثل
هل يمكن أن يتلزم بلزم ردة قيمة المنفعة المتصورة للعين في سنين
متهدية؟ وهذا الكلام يجري في صورة إتلاف الغير للعين المستأجرة.

([الخامس:] وأن تكون المنفعة مباحة، فلو أجراه ليحمل الخمر
وليعلمه الغناء لم تنعقد، ولا تصح إجارة الآبق، ولا يضمن صاحب
الحمام الثياب إلا أن يودع فيشترط^(١)، ولو تنازعوا في الاستيجار فالقول
قول المنكر مع يمينه).

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «فيشرط» بدل «يشترط».

أما اشتراط كون المنفعة مباحة، فقد تقدم الكلام فيه في المكاسب المحرّمة.

وأمّا عدم صحة استيجار الآبق، فقد علل بالسفة، ولا يفيد ضمّ شيء إلا إلى، كالبيع لحرمة القياس^(١).

وي يمكن 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 أول الأمر، لعدم استيفاء المنفعة.

وأمّا عدم ضمان صاحب الحمام الثياب، فلا خلاف فيه^(٢) ولا إشكال، لعدم ما يوجب الضمان، وفي المرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام: «إنه أتي بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمّنها؟ وقال: إنّما هو أمين»^(٣).

وفي خبر السكوني^(٤) عن جعفر، عن أبيه: «أنّ علياً عليه السلام كان يقول: لا

(١) الحدائق الناضرة: ٢١/٥٥٤؛ رياض المسائل: ١٠/٣٧.

(٢) النهاية: ٤٤٩؛ المهدى: ٥٧٩/٢؛ السرائر: ٤٧٠/٢؛ شرائع الإسلام: ١٤٩/٢؛ 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 فادعى ذهابه؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢١٨-٢١٩، ح ٣٦، باب الإجرات؛ 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).

وأماماً مع استياد الشياب عنده، فحكمه حكم الوديعة، فمع التفريط
أو التعدّي يضمن وبدون التعدّي والتفرط لا ضمان.

ولو تنازع 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
فإنما أن يكون المدعى للإجارة المالك أو المتصرف.

فإن كان المالك وحلف المنكر انتفت ووجبتأجرة المثل، فإن كانت
أزيد من المسما 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 المسما
على أجرا المثل كان للمنكر المطالبة بالزيائد 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 بكافية مجرد الإذن في عدم الضمان.

(١) تهذيب الأحكام: ٦ / ٣١٤، ح ٧٦، باب من الزيادات في القضايا والأحكام؛ وسائل
الشيعة: ١٩ / ١٤٠، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٨، ح ٣. والرواية مؤثقة بغياث بن
إبراهيم. راجع معجم رجال الحديث: ١٣ / ٢٣١.

وأمّا ما ذكر من كون أجراً المثل أزيد من المسّمي أو كون المسّمي أزيد، ففي صورة كون المسّمي من الأثمان.

وأمّا مع فرض كون المسّمي من غير الأثمان ولو كان بحسب القيمة أزيد أو أنقص، فلا يتأتى ما ذكر، بل لا بدّ من ردّ المسّمي في صورة الدفع ودفع أجراً المثل، وهذا لو لم يكن الدفع بعنوان الأجرا بمنزلة الإقرار بتحقيق الإجارة.

ثم إنّه على فرض كون المسّمي من الأثمان وكان تالفاً وكان مقبوضاً لا بعنوان أجراً المثل، يحسب أجراً المثل إن صحّ التهاتر، كما لعلّه المشهور، وإن أشكّل التهاتر فلا بدّ من التردد، وإن كان المدعى للإجارة المتصرّف فحلف المالك استحقّ أجراً المثل، وله المطالبة إذا لم يكن قبض قدرها، وإن زادت عن المسّمي بزعم المتصرّف

وإن كان المسّمي أكثر فليس له المطالبة في الزائد وإن وجّب على المتصرّف إيصاله إليه، ولو كان المتصرّف أقبض المسّمي وكان أزيد من أجراً المثل فليس له المطالبة بالزائد، لاعترافه بعدم استحقاقه وإن وجّب على المالك إيصاله إليه، والعين مضمونة إذا كان المالك منكراً، لأصل الإذن وإنّا فلا ضمان إن قلنا بكافية مجرّد الإذن في عدم الضمان، والكلام السابق من جهة التهاتر يجري في المقام.

(ولو اختلفا في ردّ العين فالقول قول المالك مع يمينه، وكذا) لو اختلفا (في قدر الشيء المستأجر، ولو اختلفا في قدر الأجرا فالقول قول المستأجر مع يمينه، وكذا) الوادع عليه التفريط، وتثبت أجراً المثل في

كلّ موضع تبطل فيه الإجارة).

أما صورة الاختلاف في رد العين، فلا إشكال في أن القول قول المالك، لأصالة عدم الرد.

لواختلافا في قدر الشيء المستأجر وأما صورة الاختلاف في قدر الشيء المستأجر، فالقول قول من يدعى الأقل سواء، كان هو المالك أو المستأجر، ولعل التعبير في المتن بقوله: وكذا، إلى آخره، من جهة الغلبة، وذلك لأصالة عدم الزيادة على ما اتفقا عليه، ومن هذه الجهة يقدّم قول المستأجر لواختلافا في قدر الأجرا.

لواذع المؤجر على المستأجر التفريط وأماماً لو ادعى المؤجر على المستأجر التفريط، ففيه خلاف، قد يقال^(١) بعد الصبان من جهة قاعدة الأمانة، وصحيح معاوية بن عمّار، عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الصباغ والقصّار؟ قال: ليس يضمنان»^(٢).

وخبر بكر بن حبيب: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أعطيت جبة إلى القصّار فذهبت بزعمه قال: إن اتهمته فاستحلفه وإن لم تتهمنه فليس عليه شيء»^(٣).

(١) جواهر الكلام: ٣٤٣ / ٢٧

(٢) تهذيب الأحكام: ٧ / ٢٢٠، ح ٤٦، باب الإجرات؛ 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 الإجرات؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ١٤٦، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٩، ح ١٦. وبكر بن حبيب مهملاً. راجع معجم رجال الحديث: ٣٤٣ / ٣

وخبره الآخر عنه أيضاً: «لا يضمن القصار إلّا ما جنت يداه، وإن اتّهمته أحلفته»^(١).

وخبر أبي بصير المروي عنده أيضاً: «لا يضمن الصانع ولا القصار ولا الحائط إلّا أن يكونوا متّهمين فيخوّف بالبيّنة»^(٢) ويستحلف لعلّه يستخرج منه شيئاً^(٣).

الأخبار المعارضة

وفي قبالتها أخبار أخرى:

كحسن الحلبي عنه أيضاً: «في الغسال والصباغ ما سرق منها من شيء فلم يخرج منه على أمر بىّن 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 ادعى عليه فقد ضمه إن لم يكن له بيّنة على قوله»^(٤).

(١) تهذيب الأحكام: ٢٢١/٧، ح ٤٩، باب الإجرارات؛ الاستبصار: ١٣٣/٣، ح ١٢، باب الصانع يعطي شيئاً ليصلحه فيفسد هل يضمن أم لا؛ وسائل الشيعة: ١٤٦/١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٩، ح ١٧.

(٢) في الفقيه: «فيجيئون بالبيّنة فيخوّف».

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٣٩٢٨، ح ٢٥٧، باب ضمان من حمل شيئاً فادعى ذهابه؛ تهذيب الأحكام: ٢١٨/٧، ح ٣٣، باب الإجرارات؛ وسائل الشيعة: ١٤٤/١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٩، ح ١١. والرواية صحيحة.

(٤) الكافي: ٢٤٢/٥، ح ٢، باب ضمان الصناع؛ من لا يحضره الفقيه: ٣/٣، ٢٥٤-٢٥٥، باب ضمان من حمل شيئاً فادعى ذهابه؛ تهذيب الأحكام: ٢١٨/٧، ح ٣٤، باب الإجرارات؛ وسائل الشيعة: ١٤١/١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب ٢٩، ح ٢. والوجه في التعبير عنه بالحسن لإبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ١/٣١٦.

وخبر أبي بصير عنه أيضاً: «سألته عن قصار دفعت إليه ثوباً فزعم أنه قد سرق من بين متاعه؟ فقال: عليه أن يقيم البينة أنه قد سرق من بين متاعه وليس عليه شيء وإن سرق متاعه كلّه فليس عليه شيء»^(١).

وحسن الحلبي عنه أيضاً: «أنّه سُئل عن رجل جمّال استكرى منه إبلًا وبعث معه بزيت إلى أرض، فزعم أنّ بعض زقاق الزيت انخرق فأهرّاق ما فيه؟ فقال: [إنّه] إن شاء أخذ الزيت، وقال: إنّه انخرق، ولكن لا يصدق إلا ببينة عادلة»^(٢)، ونحوه خبر زيد الشحام^(٣).

وي يمكن أن يقال: أمّا قاعدة الأمانة، فتماميتها منوطـة بإثبات أنّ ما أذن التصرّف فيه أمانة، وقد استشكل فيه في مثل المقبوض بالسوم وغيره.

وأمّا 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، ح٤، باب ضمان الصناع؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٥٦/٣، ح٣٤٢٥، باب ضمان من حمل شيئاً فادعى ذهابه؛ تهذيب الأحكام: ٢١٨/٧، ح٣٥، باب الإجرارات؛ وسائل الشيعة: ١٤٢/١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب٢٩، ح٥. والرواية مرسلة على ما في الكافي وفي غيره صحيحة.

(٢) رواه الصدوق مرسلاً. الكافي: ٢٤٣/٥، ح١، باب ضمان الجمال والمكارى وأصحاب السفن؛ من لا يحضره الفقيه: ٣٩٢٠، ح٢٥٥، باب ضمان من حمل شيئاً فادعى ذهابه؛ تهذيب الأحكام: ٢١٨-٢١٧/٧، ح٣٢، باب الإجرارات؛ وسائل الشيعة: ١٤٨/١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب٣٠، ح١. والتعديل عنه بالحسن لإبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.

(٣) تهذيب الأحكام: ١٢٩/٧، ح٣٥، باب الغرر والمجازفة وشراء السرقة وما يجوز من ذلك وما لا يجوز؛ وسائل الشيعة: ١٤٨/١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب٣٠، ذيل ح١، وفيه أبو جليلة وقد ضعّفه النجاشي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٢.

إلى العين كضمان المأخذ بغير إذن، ولا يثبت به سباع قوله في عدم التفريط، وإن كان مع التشديد يثبت المطلوب، لكنه لم يحرز.

هذا مضافاً إلى أنَّ الكلام في العين المستأجرة، ولا تعرُّض لما فيه لنا نحن فيه، وكذا سائر الروايات.

هذا مضافاً إلى أنَّ هذه الروايات ناظرة إلى قبول قول مثل الصائغ والقصّار ونحوهما بالنسبة إلى مالك العين لا بالنسبة إلى الحاكم لو ادعى المالك التعدي أو التفريط إلَّا أن يستفاد منها أنَّ المذكورين يقبل قولهم في دعواهم متى شئَّ فيها.

وأمّا الأخبار المذكورة في قبال ما ذكر، مع كثرتها، بل لعلَّها بلغت إلى حدَّ التواتر، وظهورها، بل صراحتها في ثبوت الضمان مع احتمال التعدي أو التفريط بلا حاجة إلى يمين المالك، فالمشهور لم يعملوا بها، ومن بعيد تضمّين من لم يحرز خيانته أو تفريطه بمجرد الاحتمال احتياطاً ورعاياً لحفظ الأموال.

والفرق بين الاحتياط في المقام والاحتياط في حبس من يدعى الإعسار ولم يحرز إعساره حتَّى يتبيَّن إعساره غير خفيٍّ، ولعلَّ الأولى حملها على التقية، لموافقة مضامينها لما ذهب إليه جماعة من فقهاء العامة.

وأمّا ثبوت أجرا المثل فيها تبطل فيه الإجارة، فقد علل باحترام عمل المسلم^(١)، وقد سبق الإشكال في إطلاقه. فيما يتعلَّق فيه

الإجارة وقد يقال: مع علم العامل ببطلان الإجارة وكذا مع علم صاحب

(١) جواهر الكلام: ٢٧/٧٦

العين المستأجرة بالبطلان قد هتك احترام ماله، فلا يثبت أجرة المثل^(١)، وقد سبق الإشكال فيه.

(ولو تعددت بالدابة المسافة المشترطة ضمن، ولزمه في الزائد أجرة المثل، وإن اختلافاً في قيمة الدابة أو أرش نقصها، فالقول قول الغارم، وفي روایة: القول قول المالك).

يدل على الضمان بالنسبة إلى الدابة صحيحة أبي ولاد المذكورة في الكافي
لو تعددت بالدابة المسافة المشترطة ضمن
قال: «اكتريت بغالاً 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 فاتّبعته فلما ظفرت به وفرغت مما يبني وبينه رجعت إلى الكوفة
وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذرني
وأردت أن أتحلل منه مما صنعت وأرضيه فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى
أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة.

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 كرٍي بغلي فقد حبسه خمسة عشر يوماً، فقال: لا أرى لك حقاً، لأنك
اكتري إلى قصر ابن هبيرة فخالفت وركبه إلى النيل وإلى بغداد فضمن قيمة
البغل وسقط الكرى فلما رَدَ الرجل البغل سليماً وقبضته لم يلزمك الكرى.

قال: فخر جنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع فرجنته بما أتفى

به أبو حنيفة وأعطيته شيئاً وتحللت منه، وحجبت في تلك السنة، فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما 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 أنّ 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 توفّيه إياه.

قال: فقلت: جعلت فداك إنّي قد علفته بدر اهم ولي عليه علفه قال: لا، لأنك غاصب.

فقلت: أرأيت 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 ترده عليه.

قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو إنما أن يخلف هو على القيمة فتلزمك، وإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة فيلزسك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود ويشهدون أن قيمة البغل حين كراه كذا وكذا فيلزسك.

قلت: إنّي كنت أعطيته دراهم ورضي بها وحللني فقال: إنما رضي بها وأحلّك حين قضى عليه أبو حنيفة بالظلم والجور، ولكن ارجع إليه وأخبره بما أفتتكم به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد هذا.

فقال أبو ولاد: فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكارى فأخبرته بما أفتاني به أبو عبد الله عليه السلام وقلت له: قل ما شئت أعطيكه، فقال:

قد حبّيت إلى جعفر بن محمد عليهما السلام وقع في قلبي له التفضيل، وأنت في حلّ، وإن أحببت أن أرد 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 أجرة المثل مع أن العين المستأجرة مع عدم التعدي غير مضمونة، ويستفاد من قوله فيها - على المحكي -: «إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك» أن القول قول المالك في الاختلاف في القيمة، مع أن مقتضى الأصل براءة ذمة 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 أن المشهور في تضمين القيميات قيمة يوم التلف، ولعل قوله تعالى: «وفي الرواية إشارة» إلى ما في هذه الصحيحة.

(ويستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجرة ويجب إيفاؤه عند فراغه، ولا يعمل أجير الخاص لغير المستأجر).

أمّا استحباب مقاطعة استعمال الأجير قبل أن يقاطع، فاستدلّ^(٢) عليه بخبر مساعدة بن صدقه

استحباب مقاطعة

أجرة الأجير

(١) الكافي: ٢٩٠/٥، ح٦، باب الرجل بكتري الدابة فيجاوز بها الحد أو يردها قبل الانتهاء إلى الحد؛ تهذيب الأحكام: ٢١٥-٢١٦، ح٧، باب الإجرارات؛ الاستبصار: ٣٤١-٣٥١، ح٢، باب من اكتفى دابة إلى موضع فجاز ذلك الموضع كان عليه الكراء وضمان الدابة؛ وسائل الشيعة: ١١٩/١٩، أبواب أحكام الإجازة، ب١٧، ح١.

(٢) الروضة البهية: ٤/٣٥٤؛ الحدائق الناضرة: ٢١/٥٧٦؛ رياض المسائل: ١٠/٤٨.

عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ: «من كان يؤمّن بالله واليوم الآخر، فلا يستعمل أجيراً حتى يعلمه ما أجره»^(١).

وصحّيغ سليمان بن جعفر الجعفري: «أَنَّ مولانا الرضا عَلَيْهِ الْكَفَافُ ضرب غلمانه وغضب غضباً شديداً حيث استعنوا برجل في عمل وما عينوا له أجرته، فقال له سليمان: جعلت فداك لم تدخل على نفسك؟ فقال عَلَيْهِ الْكَفَافُ: نهيتهم عن مثل هذا غير مرّة، واعلم أَنَّه ما من أحد يعمل لك شيئاً من غير مقاطعة، ثم زدته على ذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إِلَّا ظنَّ أَنَّك قد نقصت أجرته، فإذا قاطعته، ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبة عرق ذلك لك، ورأى أَنَّك قد زدته»^(٢).

وقد حمل على الكراهة^(٣)، ولو لا الخبر الأوّل لأمكن منع استفادة الكراهة الشرعية من الصحيح المذكور، لإمكان أن يكون النظر إلى الإرشاد إلى عدم الوقوع في المحذور المذكور.

وقد يستشكل في جواز ذلك من جهة لزوم تعين الأجرة في الإجارة حتى في الإجارة المعاطاتية^(٤).

(١) الكافي: ٢٨٩/٥، ح٤، باب كراهة استعمال الأجير قبل مقاطعته على أجرته وتأخير إعطائه بعد العمل؛ تهذيب الأحكام: ٢١١/٧، ح٢١٢-٢١٢، باب الإجرارات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٥٥، أبواب أحكام الإجارة، ب٣، ح٢. والرواية موثقة بمسعدة. راجع معجم رجال الحديث: ١٨/١٣٧.

(٢) الكافي: ٢٨٨/٥، ح١، باب كراهة استعمال الأجير قبل مقاطعته على أجرته وتأخير إعطائه بعد العمل؛ تهذيب الأحكام: ٧/٢١٢، ح١٤، باب الإجرارات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٠٤، أبواب أحكام الإجارة، ب٣، ح١.

(٣) الحدائق 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 أجيـز في بعض الأخبار الوارد فيـمن وجد سفرة فيها كذا وكذا التقويم والأكل، مع أنه قد لا تكون القيمة حال التصرف معلومة، وهذا نظير اقتراض القيـمـات مع أنـ الـقيـمة لـمال الـاقـتـراـض لـيـسـتـ مـعـلـومـةـ لـلـطـرـفـينـ.

وجوب إيفاءه عند فراغه

وأـمـاـ وـجـوبـ الإـيـفاءـ،ـ فـهـوـ مـقـتضـىـ الـعـاـمـلـةـ الإـجـارـيـةـ سـوـاءـ كـانـتـ بالـصـيـغـةـ أـوـ بـالـمعـاطـةـ،ـ فـمـعـ دـمـرـ المـقـاطـعـةـ يـرـجـعـ إـلـىـ أـجـرـةـ المـثـلـ،ـ وـمـعـ المـقـاطـعـةـ وـحـصـولـ الـعـاـمـلـةـ لـاـبـدـ مـنـ الإـيـفاءـ عـلـىـ نـحـوـ الـذـيـ قـاطـعـواـ عـلـيـهـ سـوـاءـ كـانـ أـقـلـ مـنـ أـجـرـةـ المـثـلـ أـوـ أـكـثـرـ أـوـ مـسـاوـيـاـًـ وـيـجـبـ عـلـىـ الـأـجـيرـ أـيـضـاـ الإـيـفاءـ بـخـلـافـ صـورـةـ دـمـرـ المـقـاطـعـةـ حـيـثـ إـنـ الـعـاـمـلـ لـاـ يـكـونـ مـلـزـماـ بـشـيـءـ،ـ وـكـذـلـكـ صـاحـبـ الـعـيـنـ لـاـ يـكـونـ مـلـزـماـ بـتـسـلـيمـ الـعـيـنـ لـلـانتـفـاعـ.

وأـمـاـ الـأـجـيرـ الـخـاصـ وـهـوـ الـذـيـ يـسـتأـجـرـ مـدـدـةـ مـعـيـنـةـ لـلـعـمـلـ بـنـفـسـهـ عـلـىـ وـجـهـ الـاسـتـغـرـاقـ وـالـتـقـيـيدـ لـلـعـمـلـ لـاـ الشـرـطـيـةـ،ـ قـيـلـ:ـ وـمـنـهـ أـيـضـاـ مـنـ يـسـتأـجـرـ لـعـمـلـ مـعـيـنـ أـوـلـ زـمـانـهـ الـيـوـمـ الـمـعـيـنـ بـحـيـثـ لـاـ يـتوـانـيـ فـيـهـ^(١).

وقد يفسـرـ^(٢) بـمـنـ آـجـرـ نـفـسـهـ عـلـىـ وـجـهـ يـكـونـ جـمـيعـ مـنـافـعـهـ لـلـمـسـتأـجـرـ فـيـ مـدـدـةـ مـعـيـنـةـ أـوـ عـلـىـ وـجـهـ تـكـوـنـ مـنـفـعـتـهـ الـخـاصـةـ كـالـخـيـاطـةـ مـثـلاـ لـهـ،ـ أـوـ آـجـرـ نـفـسـهـ لـلـعـمـلـ مـبـاـشـرـةـ مـدـدـةـ مـعـيـنـةـ وـكـانـ اـعـتـيـارـ الـمـبـاـشـرـةـ أـوـ كـوـنـهـاـ فـيـ تـلـكـ الـمـدـدـةـ أـوـ كـلـيـهـاـ عـلـىـ وـجـهـ الـشـرـطـيـةـ لـاـ الـقـيـديـيـةـ،ـ فـلـاـ يـجـبـ أـنـ يـعـمـلـ لـغـيـرـهـ بـالـإـجـارـةـ

(١) الروضة البهية: ٤ / ٣٤٣-٣٤٤؛ رياض المسائل: ٤٩ / ١٠.

(٢) العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ٥ / ٨١.

أو الجعالة أو التبرّع، ولا لنفسه عملاً ينافي حق المستأجر إلا مع إذنه، ومثل تعين المدة تعين أول 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.

وادعى عدم الخلاف فيه، بل لعله مجمع عليه^(١)، مضافاً إلى خبر إسحاق بن عمّار: «سألت أبا إبراهيم عطشياً عن الرجل يستأجر الرجل بأجر معلوم فيبعثه في ضياعة فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول: اشتراها 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 القابلية لأن تملك جميعاً في عرض واحد لا يتعلّق بها عقد الإجارة، فلا بدّ من تعلّق العقد بالقدر الجامع المشترك بينه الشمول لمراتب الانتفاء، فيملك المستأجر ما كان المؤجر مالكاً له، ويتخير في استيفاء أيّ مرتبة شاء في ضمن أيّ الأنواع، فمع تحقق الإجارة بالنحو المذكور.

فالمعرف أنّه لو عمل الأجير لنفسه في تمام المدة أو بعضها فللمستأجر أن يفسخ ويسترجع تمام الأجرة المسماة أو بعضها، أو تبقيتها ويطلب عوض الفائت من المنفعة ببعضاً أو كلاً، وكذا إن عمل للغير تبرّعاً.

(١) المسوط: ٢٤٢/٣؛ السرائر: ٤٧٠/٢؛ شرائع الإسلام: ١٤٣/٢؛ تحرير الأحكام: ١٦٢/١.

(٢) الكافي: ٢٨٧/٥، ح ١، باب إجارة الأجير وما يجب عليه؛ تهذيب الأحكام: ٢١٣/٧، ح ١٧، باب الإجارات؛ وسائل الشيعة: ١١٢/١٩، أبواب أحكام الإجارة، ب ٩، ح ١. والرواية صحيحة.

ولا يجوز له على فرض عدم الفسخ مطالبة الغير المتبرّع له بالغرض، لأنّ المؤجر هو الذي أتلف المنفعة عليه دون الغير، وإن كان عمل للغير بعنوان الإيجارة فلللمستأجر أن يحيى ذلك ويكون له الأجرة المسماة في تلك الإيجارة، وله الإبقاء ومطالبة عوض المقدار الذي فات، كما أنّ له الفسخ والرجوع إلى الأجرة المسماة، وإن كانت الإيجارة على الوجه الآخر وهو أن تكون منفعته الخاصة للمستأجر فحاله كالوجه الأول إلّا إذا كان العمل للغير على وجه الإيجارة لم يكن من نوع العمل المستأجر عليه، فإنه ليس للمستأجر إيجارة ذلك، فيكون مخيّرًا 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 ملكًا للمستأجر، بل يمكن أن يكون الاستيجار راجعًا إلى منفعة خاصة تضادًّ مع عمل آخر للغير، ومن هذه الجهة احتاج إلى الإذن. وأمّا بالنظر إلى القواعد، فقد سبق أن تمليك جميع المنافع المتصوّرة لا يصحّ، لعدم القابلية 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 بصحة مثل ذلك بل لا بدّ من التعين.

(١) العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء): ٥ / ٨١ - ٨٣.

وعلى فرض الصحة المستأجر لا يملك خصوصيات المنافع وقيمة الجامع وأجرته غير أجرة الخاصة وقيمتها، فالإجارة لا يملك أجراً لها، وعلى فرض التسليم ما وجه كون تعين المنفعة الخاصة بيد المستأجر دون المؤجر، ولذا يقولون في بيع الكلّي في المعين: اختيار التعين بيد البائع دون المشتري.

ثم نقول: على فرض تسليم ما ذكر فلو عمل للغير بعنوان الإجارة ولم يجز المستأجر الأول الإجارة الثانية ولم يفسخ وأخذ عوض التالفة من العامل، يلزم كون العمل للغير بلا عوض حيث إنّه مع عدم الإجارة لم يستحقّ المستأجر الأول، وحيث إنّ المؤجر لم يكن مالكاً لم يستحقّ أيضاً وكذلك على الوجه الثاني حيث إنّ المستأجر الأول لا يملك تلك المنفعة المخالفه لنوع المنفعة المملوكة بالإجارة، وليس له الإجازة.

وليس المقام من قبيل تعاقب الأيدي على العين المغصوبة حيث يكون فيه قرار الضمان على من تلف عنده، اللهم إلا أن يدعى الاتفاق على جواز الاستيجار بالنحو المذكور، ويعبر عن الأجير فيه بالأجر الخاص، ويترتب عليه ما ذكر.

كتاب الوكالة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على محمد وآلـه الطاهرين.

(كتاب الوكالة)

(وهي تستدعي فصولاً:)

[الفصل] [الأول: الوكالة]

تعريف الوكالة

(وهي) عبارة عن الإيجاب والقبول الدالّين على الاستنابة في وشروطها التصرف، ولا حكم لوكالة المتبرع، ومن شرطها: أن تكون^(١) منجزة، فلا تصح معلقة على شرط ولا صفة، ويجوز تنجيزها وتأخير التصرف إلى مدة، ولنست لازمة لأحدهما).

إن كانت الوكالة من العقود، فالعقد مسبب عن الإيجاب والقبول، ويكون باقياً لازماً إن كان من العقود اللاحزة، أو جائزأ إن كان من العقود الجائزه.

ثم إنّ الظاهر أنّ ما يترتب على الوكالة من جواز التصرفات لغير من له التصرف مستقلاً يترتب على الإذن من له التصرف للغير، والإذن من الإيقاعات لا يحتاج إلى القبول، وعلى هذا فما الحاجة إلى القبول؟

(١) كما، 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 التفويف^(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 ترتيب بعض الأحكام المترتبة على الوكالة بمجرد الإذن، فإن المستفاد من بعض الأخبار عدم انعزال الوكيل بعزل الموكل ما لم يصل العزل إلى الوكيل، فنفوذ تصرف المأذون بمجرد الإذن محل الشك في هذه الصورة.

وقد يستشهد على عدم الاعتبار بأهمهم ذكروا أنه لو قال: وكلتك في بيع داري فإنه صحيح بيعه، والظاهر ذلك وإن غفل عن قصد النيابة، وعن كونه قبولاً لإيجابه مع أنها لو كانت من العقود لزم عدم صحة بيعه، لعدم تمامية الوكالة قبله، والرضى الباطني لا يكفي في القبول^(٢).

ويمكن أن يقال: إن كان الإذن الضمني في قوله: «وكلتك» كافياً، فلا إشكال من جهة حصول البيع مأذوناً فيه، وإن لم يكن كافياً، فلا يبعد تحقق القبول والبيع الموكل فيه بنفس البيع، نظير بيع صاحب الخيار العين المبيعة حيث قالوا: بنفس البيع يتحقق الفسخ والبيع مع أن نفوذ البيع مترب على الفسخ.

(١) مجمع البحرين: ٤٩٤ / ٥.

(٢) تكميلة العروة الوثقى: ١١٩ / ١.

وأمّا الصحة مع عدم الالتفات إلى النيابة، فمشكلة جدًا، بل النيابة من الأمور القصدية، ونظير هذا معاملة الطهارة مع مستصحب النجاسة في صورة قيام البيئة على التطهير، وعدم التفات المعامل بقيام البيئة وكون البيئة على خلاف الواقع.

وممّا ذكر ظهر عدم تحقق الوكالة مع التبرّع، فالتعبير بعدم الحكم للوكلة مع التبرّع لا يخلو عن مسامحة.

وأمّا اشتراط التجيز وعدم الصحة مع التعليق على شرط أو صفة، فقد أدعى الإجماع^(١) عليه كسائر العقود، وليس وجه الاشتراط منافاة الإنشاء مع التعليق، كما قرر في محله، نعم، من لا يتوجّه إلى الإجماعات التالية يشكل عليه والاشتراط^(٢) في العقد.

وأمّا الإذن الإيقاعي، فلا مانع فيه، ولذا قد يقال بصحة العمل الموكّل فيه مع التعليق بملاحظة الإذن الضمني فيه، والمعروف أنه لا مانع من التوكيل بنحو التجيز وتأخير التصرّف إلى مدة، فتارة يقول الموكّل: إن جاء رأس الشهر فأنت وكيل، وأخرى يقول: أنت وكيل بدون التعليق، ولا تصرّف إلى رأس الشهر، ففي الصورة الأولى لا تصح للتعليق وفي الثانية تصح، فالصورة الأولى نظير الوجوب المشروط، والثانية نظير الوجوب المعلّق، ومن استشكل في الوجوب المعلّق 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) كما، والأصول: «الاشتراط» بدل «والاشتراط».

جواز الوكالة من الطرفين
وأمّا جواز الوكالة من الطرفين: الموكّل والوكيل، فالظاهر عدم
الخلاف فيه، قال في التذكرة العقود أربعة أضرب:

أقسام العقود الأربعة في التذكرة
[الأول]: عقد لازم من الطرفين لا ينفسخ بفسخ أحد المتعاقدين،
وهو البيع، والإجارة، والصلح، والخلع، والنكاح.

الثاني: عقد جائز من الطرفين، وهو الوكالة، والشركة، والمضاربة،
والجعالة، فلكلّ منها فسخ العقد في هذه.

الثالث: عقد لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر كالرهن، فإنه
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 والرمایة إن قلنا: إنّما إجارة
كان لازماً، وإن قلنا: إنّما جعالة كان جائزاً، ولا نعلم خلافاً من
العلماء في أنّ الوكالة عقد جائز من الطرفين^(١)؛ انتهى كلامه رفع
مقامه.

(ولا ينزع مالم يعلم العزل وإن أشهد بالعزل على الأصح، وتصرّفه
قبل العلم ما يُقْصَد على الموكّل، وتبطل بالموت والجنون والإغماء وتلف ما
يتعلّق به).

هل ينزع الموكّل بمجرد عزله؟
إذا عزل الموكّل الوكيل ففيه اختلاف، فذهب جماعة إلى أنه لا ينزع
إلا بإعلامه بالعزل مشافهة أو إخبار ثقة، ومع عدم إمكان الإعلام

(١) تذكرة الفقهاء: ١٤٩/١٥٠.

يكفي الإشهاد على ذلك^(١)، والمشهور بين المتأخرين أنه لا ينزعز إلّا
بـالإعلام^(٢)، وقيل: ينزعز بمجرد العزل^(٣).

الأخبار الواردة في المسألة:

منها: ما عن العلاء بن سيابة قال: «سألت أبا عبد الله عاشراً عن امرأة في المسألة
وكلت رجلاً بأن يزوجها من رجل قبل الوكالة وأشهدت له بذلك
فذهب الوكيل فزوجها، ثم إنها 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 يزوج
فالوكلة باطلة والتزويج باطل، وإن عزلته وقد زوجها فالتزويج
ثبت 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 وكاتته ولا تعلم بالعزل؟ فقلت:
نعم، يزعمون أنها لو وكلت رجلاً وأشهدت في الملاء وقال في الملاء: إنني قد
عزلته بطلت وكاتته بلا أن تعلم العزل، وينقضون جميع ما فعل الوكيل في
النكاح خاصة، وفي غيره لا يبطلون الوكالة إلّا أن يعلم الوكيل بالعزل،
ويقولون: المال منه عوض لصاحب، والفرج ليس منه عوض إذا وقع منه

(١) النهاية: ٣١٨؛ الوسيلة: ٢٨٣؛ غنية النزوع: ٢٦٩؛ السرائر: ٩٢/٢؛ إصلاح الشيعة: ٣٢٠.

(٢) تحرير الأحكام: ٢٥٦/٢؛ الدر المنضود: ١٦٨؛ الحدائق الناضرة: ١٨/٢٢.

(٣) نسب الشيخ إلى هذا الوجه إلى بعض روایات أصحابنا. الخلاف: ٣٤٢/٣. ولكن قال
العلامة: لم نظر بالرواية التي نقلها الشيخ في الخلاف. مختلف الشيعة: ٢٨/٦.

ولد، فقال: سبحان الله ما أجر هذا الحكم وأفسد إِنَّ النكاح أخرى وأجدر أن يحتاط فيه، وهو فرج منه يكون الولد.

إِنَّ علَيَّ صَلواتُ اللَّهِ عَلَيْهِ - أتته امرأة مستعدية على أخيها فقالت: يا أمير المؤمنين وَكَلَّتْ هَذَا أَنْ يَزُوْجَنِي رَجُلًا فَأَشَهَدْتُ لَهُ ثَمَّ عَزْلَتْهُ مِنْ ساعته ذلك، فذهب وزوْجِي ولي بَيْنَهُ أَنِّي قَدْ عَزَّلْتَهُ قَبْلَ أَنْ يَزُوْجَنِي فَأَقَامَتِ الْبَيْنَةُ، وَقَالَ الْأَخُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، إِنَّهَا وَكَلَّتْنِي وَلَمْ تَعْلَمْنِي أَنَّهَا عَزَّلَتْنِي عَنِ الْوَكَالَةِ حَتَّى زَوَّجَتْهَا كَمَا أَمْرَتْنِي بِهِ، فَقَالَ لَهَا: مَا تَقُولِينِ؟ فَقَالَتْ: قَدْ أَعْلَمْتُهُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ، فَقَالَ لَهَا: أَلَكَ بَيْنَهُ بَذَلَكَ؟ فَقَالَتْ: هُؤُلَاءِ شَهُودِي يَشْهُدُونَ، قَالَ لَهُمْ: مَا تَقُولُونَ؟ قَالُوا: نَشَهِدُ أَنَّهَا قَدْ قَالَتْ: اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ عَزَّلْتُ أَخِي فَلَانًا عَنِ الْوَكَالَةِ بِتَزْوِيجِي فَلَانًا، وَأَنِّي مَالِكَةُ لِأَمْرِي مِنْ قَبْلِ أَنْ يَزُوْجَنِي فَلَانًا، فَقَالَ: أَشْهِدُكُمْ عَلَى ذَلِكَ بِعِلْمٍ مِنْهُ وَمَحْضِرٍ؟ قَالُوا: لَا، قَالَ: فَتَشْهِدُونَ أَنَّهَا أَعْلَمْتُهُ الْعَزْلَ كَمَا أَعْلَمْتُهُ الْوَكَالَةَ؟ قَالُوا: لَا، قَالَ: أَرَى الْوَكَالَةَ ثَابِتَةً وَالنَّكَاحُ وَاقِعًا، أَيْنَ الزَّوْجُ؟ فَجَاءَ فَقَالَ: خذْ بِيدهَا باركَ اللَّهُ لَكَ فِيهَا، فَقَالَتْ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَحْلَفُ أَنِّي لَمْ أَعْلَمْهُ الْعَزْلَ، وَأَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ بِعَزْلِي إِيَّاهُ قَبْلَ النَّكَاحِ، قَالَ: وَتَحْلِفُ؟ قَالَ: نَعَمْ، يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ فَحَلَفَ وَأَثْبَتَ وَكَالَتْهُ وَأَجَازَ النَّكَاحَ»^(١).

وَمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ، عَنْ هَشَامِ بْنِ سَالِمٍ - وَطَرِيقُهُ إِلَى ابْنِ أَبِي

(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، ب٢ ح ١. والرواية على ما في الفقيه صحيحه أو موثقة بأبayan، وأماماً في التهذيب فيه على بن حسان، وهو مشترك بين الثقة والضعيف. راجع معجم رجال الحديث: ١/١٦٧.

عمير صحيح - عن أبي عبد الله عَلِيِّهِ الْمُصَدِّقَةِ: «في رجل وَكُلُّ آخر على وكالة في إمضاء أمر من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر، فقال: أشهدوا أني قد عزلت فلاناً عن الوكالة، فقال: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وَكَلَ فيه قبل العزل عن الوكالة، فإنَّ الأمر ماض على إمضاء الوكيل كره الموكَل أم رضي.

قلت: فإنَّ الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة، فالأمر على ما أمضاه؟ قال: نعم، قلت: فإن بلغه العزل قبل أن يمضي ثم ذهب حتى أمساه لم يكن ذلك بشيء؟ قال: نعم، إنَّ الوكيل إذا وَكَلَ ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً، والوكلة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشاهده بالعزل عن الوكالة»^(١).

ومقتضى إطلاق الخبر الثاني وترك الاستفصال في الخبر الأول عدم الفرق بين التمكّن من إبلاغ العزل إلى الوكيل وعدم التمكّن منه، فلا مجال للتفصيل المذكور.

وأئما القول الأخير، فلم يعتر بمدرك له إلَّا ما قيل من وجود روایة بذلك^(٢)، ومجرّد هذا لا يوجب رفع اليد عمّا ورد في المقام مع أنه قد عمل به من لم يعمل إلَّا بالقطعيات من الأخبار.

وأمّا بطلان الوكالة بالموت والجنون والإغماء من غير فرق بين بطلان الوكالة
بالموت والجنون
والإغماء

(١) من لا يحضره الفقيه: ٣٣٨٥، ح ٨٦ / ٣، باب الوكالة؛ تهذيب الأحكام: ٢١٣ / ٦، ح ٢،
باب الوكالات؛ وسائل الشيعة: ١٦٢ / ١٩، أبواب أحكام الوكالة، ب ٢، ح ١.

(٢) قد سبقت الإشارة إليه آنفاً.

عروضها للموكل أو للوكيل، فادعى الإجماع عليه^(١)، وهو العمدة، وأمّا الوجوه المذكورة للبطلان مع قطع النظر عن الإجماع، فغير ناهضة.

فاستدلّ للبطلان بموت الموكل بأنّ جواز تصرف الوكيل منوط بالإذن وبالموت يرتفع الإذن^(٢).

وفيه: أله كيف يرتفع الإذن وقد يصحّ تقرب الميت إلى الله تعالى بالعبادات المأتّي بها نيابة عنه برضاه في عالم الآخرة، مع أنه لم يصدر منه عمل لا بال مباشرة ولا بالتبسيب.

وبأنّ المال الموكل فيه بعد الموت ينتقل إلى الوارث^(٣).

وفيه: أله لا مانع في الثالث الذي يكون راجعاً إليه، نعم، مع عروض الجنون لما خرج الموكل أو الوكيل عن الأهلية للتصرف ببطل الوكالة وعودها بعد الإفادة 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، ثم تستعاد العين إن كانت موجودة، ومثلها إن كانت مفقودة، أو قيمتها إن لم يكن لها مثل، وكذا لو تعذر استعادتها).

(١) الميسوط: ٣٦٨/٢؛ غنية النزوع: ٢٦٩، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ السرائر: ٢/٨٩؛ إصباح الشيعة: ٣٢٠-٣٢١؛ جامع الخلاف والاتفاق: ٣٢٩، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ شرائع الإسلام: ١٥٢/٢؛ تحرير الأحكام: ١/٢٣٣.

(٢) رياض المسائل: ١٠/٦٢.

(٣) المصدر نفسه.

وجه تقديم قول الموكّل أنّه موافق لأصالة عدم التوكيل على لوباع الوكيل بثمن فأنكر الموكّل الإذن النحو الذي يدّعى الوكيل، ويشكل من جهة ادعّاء الموكّل الخيانة في بعض الصور، كأن يدّعى أنّ الوكيل مع التفاته إلى عدم الإذن بذلك القدر باع به والوكل أمين، بل لا يبعد التمسّك بأصالة الصحة في فعل الوكيل.

لا يقال: بيع الوكيل لا يكون باطلًا، بل يكون فضوليًّا يحتاج إلى الإجازة، والبيع الفضولي صحيح، فدعوى الموكّل ليس مخالفًا لأصالة الصحة.

لأنّه يقال: أصالة الصحة ثبت الآثار المترتبة على البيع بلا انتظار أمر، والبيع الفضولي لا أثر له، بل هو قابل لأن يترتب عليه الأثر بالإجازة، إلا ترى أنّه لو غسل أحد الثوب المتنجّس بالبول بالماء القليل وشكّ في غسله مرّة أو مررتين هل يستشكل في طهارته بأنّ الأصل عدم تحقق الغسلة الثانية؟ ولا ينافي هذا أصالة الصحة، وكذا لو تصدّى أحد تغسيل الميت وشكّ في أنه غسله بالقرابح أو اكتفى بالغسل بماء السدر وبماء الكافور بأن يقال: الأصل عدم تتحقق الغسل الأخير.

ولا ينافي هذا مع أصالة الصحة إلا أن يقال: لما كان مصب الدعوى التوكيل على النحو الذي يدّعيه الوكيل، فالقول قول الموكّل، للأصل، والمسألة لا تخلو عن شوب الإشكال.

ثم إنّه بعد تصديق الموكّل والحكم بفساد البيع لعدم الوكالة فيه وعدم إمساء المالك إن كانت العين موجودة تستعاد، وإن كانت تالفة فإن كانت

مثليّة يؤخذ المثل بدل التالفة، وإن كانت قيمّة 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 بالشمن إن دفعه إليه.

وإن صدّقه فقد يقال: يرجع المشتري إلى الوكيل بالشمن إن دفعه إليه، فإن كانت قيمة العين أقلّ من الشمن يأخذ بمقدار قيمة العين بعنوان التقاص والباقي يجب ردّه إلى الموكل باعتقاد الوكيل وإقراره، ولا يجوز للملك أخذه، لإقراره بعدم وقوع ما وقع مطابقاً لما وُكّل فيه، فلا بدّ للوكيل من الدسّ في ماله، وإن كانت أكثر من الشمن يأخذ الشمن بقصد التقاص، والزائد عليه مال للمشتري على الملك محروم منه^(١).

ويمكن أن يقال: إذا حلف الملك وأخذ المال فمقتضى بعض الأخبار في باب القضاء سقوط الحقّ الدنيوي، فلا مجال للتقصّص، فكيف يجوز للوكيل دفع الشمن وأخذ المشتري الشمن بعنوان التقاص؟ هذا في صورة اعتراف المشتري بوكلة الوكيل.

لوأنكر المشتري الوكالة
وأمّا لو أنكر المشتري الوكالة وبنى على أنّ الوكيل باع ملك نفسه من دون وكالة، فقد يقال بأنّه ليس للملك الرجوع إلى المشتري، وإن كانت العين موجودة عنده في صورة عدم البينة والاكتفاء باليمين من طرف الملك، ويرجع الملك إلى خصوص الوكيل بالمثل أو القيمة لحيلولته بين الملك والعين الموجودة عند المشتري إلّا أن يدعّي الملك على المشتري

.٣٧٠-٣٦٩ / ٢٧ .(١) جواهر الكلام:

علمه بوكالة البائع، فله إلحاده على عدم العلم، واعتراف الوكيل بالوكلة لا يضرّ لعدم نفوذه في حق المشتري.

ويمكن أن يقال: أمّا لو كان إنكار المشتري الوكالة مع اعتراف البائع حين البيع بالوكلة، فلا أثر له، لأنّه مع سلب البائع الملكيّة عن نفسه لا تكون يده أمارة الملكيّة، ومع سكوته وعدم كونه ممّن شغله الوكالة حيث إنّه حينئذ يشكل كون يده أمارة للملكية لنفسه يكون يده أمارة الملكيّة نفسه، وإقراره بالملكية للموكل لا يكون حجّة على المشتري، لكنّه بعد ما كان ملكيّة المشتري مستندة إلى يد الغاها الشارع عن الاعتبار من جهة حلف الموكل كيف تكون معتبرة عند الشارع؟ بل يقع التعارض بين الحكم بعدم الوكالة والحكم بملكية العين للمشتري لو لم نقل بتقدّم الأوّل لسببيّته لبني الثاني.

وتنظير المقام بباب الإقرار حيث يلتزمون في صورة الإقرار لشخصين كما لو أقرّ لزید مثلاً بعين ثمّ أفرّ بها لعمرو بأخذ العين لزید وأخذ البدل لعمرو، لحيلولة المقرّ بين عمرو وملکه فرع قبول ما ذكر في باب الإقرار، وبيالي في المقام للمحقّق الأردبيلي فليت تصريح أو إشارة إلى إشكال في ما ذكر في باب الإقرار.

إلا أن يقال: إن لم نسلّم في باب الإقرار ما هو المشهور من نفوذ الإقرار بالنسبة إلى المقرّ لها، فلا إشكال في نفوذه بالنسبة إلى المقرّ له أوّلاً، ففي المقام لا إشكال في أنّ يد البائع أمارة الملكيّة نفسه، وإقراره بعد ذلك بالوكلة 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 وترتّب الحلف عليه كالإقرار لعمرو في المثال المذكور.

تعذر استعادة العين وأمّا صورة تعذر استعادة العين بحيث لو لا التعذر تستعاد العين بلا مانع، فمع عدم التمكّن من عودها، الظاهر عدم الإشكال في استحقاق المالك مطالبة البدل من المثل أو القيمة، واستحقاق الوكيل أو المشتري إجباره لتخلص الذمة والعهدة، ومع التمكّن 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 ب مباشر معين كالبيع والنكاح، وتصحّ الوكالة في الطلاق للغائب والحاصل على الأصحّ، ويقتصر الوكيل على ما عينه الموكل، ولو عمّم الوكالة صحّ إلّا ما يقتضيه الإقرار).

لو علم بعدم تعلّق غرض الشارع ب مباشر معين، فلا إشكال.

وأمّا مع الشكّ، فقد يقال: الأصل صحة النيابة، لأنّ الأصل عدم اشتراط المباشرة وإن كان الفعل مطلوباً من ذلك الشخص، لأنّ هذا أعمّ من اشتراط المباشرة، وقد يتمسّك بها دلّ على عدم الانزال إلّا بإعلامه بالعزل^(١).

واستشكل بأنّ أصالة عدم اشتراط المباشرة لا تنفع إلّا بعد وجود عموم يدلّ على الصحة، وليس، ولا يمكن إثباتها بالأصل، وحيثند فلا بدّ من الرجوع إلى أصالة عدم ترتيب الأثر على فعل الغير، وما دلّ على عدم الانزال مسوق لطلب آخر، وهو عدم الانزال إلّا بالإعلام^(٢).

ويمكن أن يقال: إن قلنا: إنّ حديث الرفع يستفاد منه رفع الجزئية

(١) حكاية السيد اليزيدي رحمه الله عن قائل، ولم يسمّه. تكميلة العروة الوثقى: ١/١٣١.

(٢) تكميلة العروة الوثقى: ١/١٣١.

والشرطية لا خصوص المؤاخذة، فلا يعد التمسك به لرفع الشرطية، ومعه لا مجال لأصالة عدم ترتب الأثر على فعل الغير، لتقدم الأصل السببي.

هذا ولا يخفى المساحة في التعبير حيث عَبَر «بأنّ أصالة عدم اشتراط المباشرة إلّا بعد»، إلى آخره، فإنّه من المعلوم بعد وجود العموم لا أصل حتّى ينفع.

وقد يتمسّك بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(١) ونحوه بدعوى شموله للوكالة بناءً على أن المراد بالوفاء بها العمل بمقتضاه إن لازماً فلazماً وإن جائزًا فجائزًا^(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 يتمسّك بالعمومات الخاصة في كلّ مورد بدعوى أنّ العقد الصادر من الوكيل حيث إنّه بإذن الموكل كأنّه عقد صادر منه، فيشمله عموم ما دلّ على صحته^(٣).

ويمكن أن يقال: في الأوامر الصادرة من المولى العرفية بالنسبة إلى من دونهم، وكذلك الالتماس والاستدعاء بين الناس ما لم يقيّد بال المباشرة يكتفى بالإتيان بتوسيط الوكيل والمأذون، وكذلك في مقام الخبر يناسب إلى

(١) المائدة: ١.

(٢) تكميلة العروة الوثقى: ١/١٣١.

(٣) تكميلة العروة الوثقى: ١/١٣١-١٣٢.

الموكل والأذن مع عدم الصدور بال المباشرة، وهذا بناء من العقلاء، فعدم الردع كاف في الإمضاء حيث إنّ 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 بتقرير بعض الأكابر بيان.

ويؤيده أنه لو فعل ما يخالف نظر الولي بإذن منه يكون الأذن مؤاخذاً على الفعل وليس إلا من جهة أنّ الفعل الصادر بإذن الأذن يعدّ فعل الأذن، ومن هذه الجهة قد يقوى صحة معاملات الصبي غير البالغ إذا كانت بإذن الولي أو إذن المالك حيث إنّ المعاملة معاملة الولي أو المالك، وعلى هذا، فلا بدّ من قيام الدليل على اعتبار المباشرة، وقد ذكروا موارد مسلمة اعتبار المباشرة فيها:

منها: الصلوات الواجبة على الحيّ ولو بمثل النذر والعهد إلا في ما يعتبر فيه المباشرة ركعتي الطواف الواجب مع العجز عن المباشرة، بل ظاهر جماعة عدم جواز النيابة في النوافل إلا في ركعتي الطواف المندوب مع العجز وإلا 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 الاستئناف إلا بإذن المستأجر، لأنّ الظاهر من المستأجرين اعتبار المباشرة، ويمكن المنع حيث إنّ الفعل في حدّ ذاته قابل للنيابة، فمع عدم التقيد لا مانع كما لو استأجر بغير الصلاة والصوم، وأما الوكالة في البيع والنكاح، فلا إشكال ولا خلاف في صحتها.

الوکالة فی الطلاق وأمّا الطلاق، فالظاهر عدم الإشكال في قبوله للوکالة، ولعلّ التعبير في قوله عليه السلام: «على الأصحّ» من جهة أنّ الطلاق للحاضر قد وقع الخلاف فيه، فالمحكى عن الشیخ^(١) والقاضی^(٢) والتقطی^(٣) المنع، لقوله عليه السلام: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»^(٤)، وإطلاق خبر زرارة: «لا تجوز الوکالة في الطلاق»^(٥).

والرواية الأولى محمولة على أنّ أمر الطلاق مباشرة أو وكالة إلى الآخذ بالساق.

والرواية الثانية لا مجال للأخذ بها، وتقيد ما دلّ على جواز الوکالة في الطلاق بالغائب لقصور السند، ولزوم كون الباقي تحت العام أو المطلق أكثر من الخارج؛ فتدبر.

فالظاهر عدم الإشكال في صحة الوکالة للغائب على الطلاق، وال الحاجة إلى شروط صحته كالحاجة إلى شروط صحة البيع مما تكون غير مملوكة للبائع والمشتري.

(١) المبسوط: ٥/٣١؛ النهاية: ٣١٩.

(٢) المهدى: ٢/٢٧٧.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٣٧.

(٤) سنن ابن ماجة: ١/٦٧٣، ح ٢٠٨١؛ السنن الكبرى: ٧/٣٦٠، ح ٣٣٤؛ مجمع الزوائد: ٤/٤، المعجم الكبير: ١١/٢٣٩، ح ٢٠٨١؛ كنز العمال: ٩/٦٤٠، ح ٣٦٠.

(٥) الكافي: ٦/١٣٠، ح ٦، باب الوکالة في الطلاق؛ تهذيب الأحكام: ٨/٣٩، ح ٣٩، باب أحكام الطلاق؛ الاستبصار: ٣/٢٧٩، ح ٦، باب الوکالة في الطلاق؛ وسائل الشيعة: ٢٢/٩٠، أبواب مقدمات الطلاق، ب ٣٩، ح ٥. والرواية موثقة بحميد بن زياد الفقيه الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٩.

وأمّا لزوم الاقتصر على ما عين الموكل، فوجهه واضح، نعم، لا يلزم التعيين بالتصريح والعموم الوضعي، بل يكفي الإطلاق المعتبر الذي يؤخذ به فيسائر الموارد، ومع التعميم صح إلا ما يتضمنه الإقرار، ولعل نظره في الاستثناء إلى ما ذكره في الشرائع من أنه لو وكله بقبض دينه من غريم له فأقرّ الوكيل بالقبض وصدقه الغريم وأنكر الموكل، فالقول قول الموكل، وفيه تردد^(١).

ولا يخفى أنه ليس وكالة في الإقرار، ومع كون طرف الدعوى الغريم لا الوكيل لا دليل على اعتبار إقرار الوكيل حتى يكون القول قول الغريم إلا أن يقال: لازم هذا أن يحکم بجواز أخذ كل دين يشاك في تأديته، ويلزم من هذا عدم اعتبار إقرار المضارب في باب المضاربة بأخذ أثمان الأجناس المبيعة، والالتزام به مشكل.

[الفصل] (الثالث: الموكّل)

شروط الموكّل

(ويشترط كونه مكلفاً جائز التصرّف، ولا يوكل العبد إلا بإذن موّله ولا الوكيل إلا أن يؤذن له، وللحاكم أن يوكل عن السفهاء والبلّه، ويكره لذوي المروءات^(١) أن يتولّوا المنازعة بنفسهم).

أما اشتراط التكليف، فلما دلّ على عدم جواز الأمر قبل البلوغ، اشتراط التكليف لكن لو بنينا على أنه مع إذن الولي يجوز بيعه وشراؤه لا ب نحو الآلة، فلا مانع من أن يأذن الولي بالتصّرف، وحيث إنه لا يعتبر المباشرة يوكل الغير في التصرّف وفي الحقيقة إذن الولي في التصرّف الجامع بين ما كان بال مباشرة والتسبيب، وهذا ليس تصرّفاً بالاستقلال حتى يكون م نوعاً.

وأيضاً مقتضى ما دلّ على جواز بعض التصرّفات كالوصيّة للأرحام والعتق والصدقة والطلاق للبالغ عشرًا جواز توكيله.

أما اشتراط جواز التصرّف، فهو واضح، فالمحجور لسفه أو فلس أو غيرهما لا يجوز له التصرّف، فكيف يجوز له التوكيل؟ نعم، لو وكل السفيه فيما لا تعلق له بالمال كالطلاق ونحوه أو المفلس في التصرّف بعد الحجر، فلا مانع من صحته، وكذا العبد في طلاق زوجته.

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «المروءات» بدل «المروءات».

وقد يقال: بمقتضى اشتراط جواز التصرف أن يكون الموكل حال التوكيل مالكاً للتصرف في العمل الموكل فيه، فلا يصح التوكيل في طلاق امرأة سينكحها أو تزويج امرأة بعد انقضاء عدتها أو طلاقها زوجها، ولا دليل عليه، والشاهد عليه صحة المضاربة مع أن المضارب في الحقيقة وكيل، ويتصرف بالوكالة في الأموال التي لم يتملك بعد رب المال.

ودعوى الاتفاق في المسألة مشكلة، مع أنهم يحوزون التوكيل في حال الحيض في الطلاق بعد الطهر، ويحوزون التوكيل في تطليق المرأة ثلاثة مع أن الزوج لا يملك الرجوع قبل الطلاق^(١).

وأما عدم جواز توكيل الوكيل عن الموكل، فلخروجه عمماً وكل فيه إلا أن يكون توكيله بنحو العموم أو الإطلاق يشمله.

وأما توكيله عن نفسه فيما وكل فيه، فلم أعرف وجهاً لعدم جوازه، ففي ما كان الوكيل متربعاً عن المباشرة أو عاجزاً وكان الموكل متوجهاً إلى حاله لا إشكال، وفي غير هاتين الصورتين مقتضى ما سبق من أنّ الأصل جواز الوكالة في ما لم يثبت فيه اعتبار المباشرة جواز التوكيل، بل جوازه لوكيل الوكيل.

واما جواز توكيل الحاكم عن السفهاء والبله، فلو لايته بالخصوص أو كونه المتيقن في التصدّي لأمور القصر، وترفعه أو عجزه عن المباشرة، أو للأصل المذكور.

عدم صحة توكيل
الوكيـل عن الموـكـل

الـتوكـيل عـن نـفـسـه
فيـما وـكـلـ فـيـه

جوـاز توـكـيل الـحاـكـم
عـن السـفـهـاء وـالـبـلـه

(١) تكمـلة العـروـة الوـثـقـى: ١٣٥ / ١.

أمّا كراهة تولي المنازعة لذوي المروّات بنفسهم، فلما روي عن عليٍ كراهة تولي المنازعة - صلوات الله وسلامه عليه-: «إِنَّ لِلخُصُومَاتِ قُحْمًا، وَإِنَّ الشَّيْطَانَ لذوي المروّات ليحضرها، وَإِنَّ لِأَكْرَهِ أَنْ أَحْضُرَهَا»^(١)، بل يستفاد منه عموم الكراهة.

وأمّا مخاصمة النبي ﷺ مع صاحب الناقة إلى رجل من قريش^(٢) ومخاصمة عليٍ - صلوات الله عليه- في درع طلحة إلى شريح^(٣) ومخاصمة عليٍ بن الحسين عليه السلام مع زوجته الشيبانية لما طلقها وادعّت عليه المهر إلى قاضي المدينة^(٤)، فلعلّها كانت لخصوصيّة ارتفعت معها الكراهة.

(١) السنن الكبرى: ٦/٨١، وفيه: عن علي عليه السلام أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصوصة فقال: «إِنَّ لِلخُصُومَةِ قُحْمًا». قال أبو عبيد: قال أبو زياد: القحم المهالك.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٣/١٠٥-١٠٦، ح ٣٤٢٥، باب ما يقبل من الدعاوى بغير بينة؛ وسائل الشيعة: ٢٧/٢٧٤، أبواب كيفية الحكم، ب ١٨، ح ١. والرواية ضعيفة.

(٣) الكافي: ٧/٣٨٥، ح ٥، باب شهادة الواحد ويimin المدعي؛ وسائل الشيعة: ٢٧/٢٦٥-٢٦٦، أبواب كيفية الحكم، ب ١٤، ح ٦. والرواية صحيحة.

(٤) الكافي: ٥/٣٥١، ح ١٤، باب مناكحة النصاب والشكّاك؛ تهذيب الأحكام: ٧/٣٠٣، ح ٣٠، باب من يحرم نكاحهنّ بالأسباب دون الأنساب؛ الاستبصار: ٣/١٨٣-١٨٤، ح ٣، باب تحرير نكاح الناصبة المشهورة بذلك؛ وسائل الشيعة: ٢٣/٢٠٠، أبواب الأبيان، ب ٢، ح ١. والرواية موّقعة بabin 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 تردد، والذمي يتوكّل على الذمي للمسلم والذمي، ولا يتوكّل على مسلم، والوكيلاً أمين لا يضمن إلا مع تعدد أو تفريط).

وجه اشتراط كمال العقل المندرج فيه البلوغ ما ذكر في وجه اشتراطه في الوكيل، والكلام السابق آتٌ هنا، وقد قوى بعض الأكابر صحة نية الصبي الممِيز في مجرد 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 التولّي لعقد النكاح وسائر العقود، والظاهر أن التخصيص بالذكر لمخالفة الشافعي.

كما لا إشكال في توكل المسلم للمسلم على المسلم والذمي، وفي المتن تردد في وكالة المسلم للذمي على المسلم، ولا ينبغي الإشكال في جوازها، على المسلم والذمي لأنّ المدرك في نفي الوكالة للذمي على المسلم أو للكافر على المسلم ليس

(١) تكميلة العروة الوثقى: ١٣٧.

إلا آية نفي السبيل - أعني قوله تعالى: ﴿أَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(١) - وما قيل من الإجماع، وهذا ليس مشمولاً للأية، ولا للاتفاق المذكور في كلماتهم.

وأمّا وكالة الذمي والكافر على المسلم، فإن تم الإجماع على عدم جوازها وإلا فلا يتم التمسك بالأية الشريفة، لعدم كون الوكالة على المسلم سبيلاً له على المؤمن وإن لزم عدم جواز مطالبة الموكّل الكافر، ولا مجال للتخصيص لإباء الآية الشريفة التخصيص.

مع آنّه 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 عنهم الله، إنّ الذي لا يسهو هو الله الذي لا إله إلا هو.

قال: وقلت: يا ابن رسول الله ﷺ وفيهم قوم يزعمون أنّ الحسين عليهما 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 - ويحتجّون بهذه الآية، فقال: كذبوا وعليهم غضب الله ولعنه، وكفروا بتکذيبهم النبي ﷺ في إخباره بأنّ الحسين عليهما السلام سيقتل.

والله لقد قتل الحسين، وقتل من كان خيراً من الحسين^(٢) أمير المؤمنين والحسن بن علي عليهما السلام وما منا إلا مقتول، وإنّ الله لم يقتل بالسم باغتيال

. ١٤١) النساء:

(٢) في الأصل: «عن الحسين» بدل «من الحسين»، وما في المتن أثبتناه من المصدر.

من يغتالني أعرف ذلك بعهد معهود إلى من رسول الله ﷺ، أخبره به جبرئيل عن رب العالمين، فأماما قوله عز وجل: «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ»، الآية، فإنّه يقول لن يجعل الله لكافر على مؤمن حجّة، ولقد أخبر الله تعالى عن كفار قتلوا النبيين بغير الحقّ، ومع قتلهم إياهم لن يجعل الله لهم على أنبيائهم سبيلاً من طريق الحجّة»^(١).

وأمّا كون الوكيل أميناً لا يضمن إلاّ ببعد أو تفريط، فهو المعروف^(٢)، الوكيل أمين لا يضمن وفسّر بكونه مقبول القول^(٣).

والظاهر أنه لا خلاف فيه، وإذا كان الموكّل اتّمن الوكيل يشمله ما دلّ من الأخبار على عدم جواز اتهامه من غير فرق بين كون الوكالة بجعله وبدونه، ولا بين كون ما يدعى الوكيل بسبب ظاهر أو خفي.

وقد يقرب عدم الضمان لا من جهة الأمانة حتّى يستشكل بأنه نمنع صدقها في غير الوديعة، بل من جهة أنّ يد الوكيل يد الموكّل، فلا يوجب يده الضمان^(٤).

وقد سبق الكلام فيه في كتاب الرهن، ومع التعدي والتفريط يتحقق الضمان، كما سبق.

(١) عيون أخبار الرضا باقية: ١/٢٢٠، ح ٥، وفيه أحمد بن علي الأنصاري، وهو مهمّل.

(٢) المسوط: ٢/٣٦٣؛ جواهر الفقه: ٧٨؛ غنية النزوع: ٢٦٩؛ السرائر: ٢/٨٥؛ إصلاح الشيعة: ٣٢١؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٢٨؛ شرائع الإسلام: ٢/١٦١؛ الجامع للشريعات: ٣٢٢؛ قواعد الأحكام: ٢/٣٦٢.

(٣) الحدائق الناضرة: ٢٢/١٠٨؛ جواهر الكلام: ٢٧/٤٣١.

(٤) متنهى المطلب: ٨/١٤٩.

[الفصل] (الخامس: في الأحكام)

أحكام الوكالة

(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 بائع بمثله أو أكثر صحيحاً إلا أن يتعلق بالأجل غرض، ولو أمره ببيعه^(٢) في موضع فباع في غيره بذلك الثمن صحيح، ولا كذا لو أمره ببيعه من إنسان فباع من غيره، فإنه يقف على الإجازة ولو بائع بأزيد).

بعد الفراغ عن لزوم اقتصار الوكيل على مورد الإذن، فقد يستظهر من كلام الموكل أنّ ما عينه لا نظر به فيه بالخصوص، بل المذكور أحد الأفراد، كما لو أمر السيد أحد عبيده ولم يلتفت والتفت الآخر منهم، فإنّ الظاهر لزوم الامتثال، فالمدار الاستظهار من كلام الموكل ولو بمعونة القرائن، فييمكن 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: «تصح» بدل «يصح».

(٢) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «بالبيع» بدل «ببيعه».

(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 الرد فقولان: أحدهما: القول قول الموكل مع يمينه، والثاني: القول قول الوكيل مالم يكن يجعل، وهو أشبه).

إذا اختلفا في الوكالة لا إشكال في أنه بعد ما كانت الوكالة أمراً حادثاً، فمع الشك فيها مقتضى الأصل عدمها، فالقول قول المنكر مع يمينه من غير فرق بين ما لو تصرف في ملك المالك بدعوى الوكالة وبين ما لو اشتري شيئاً مثلاً فادعى أحد أن 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 أن المستفاد من بعض الأخبار أنه مع الاتهام لا يجوز للمؤمن أن يتهم المؤمن - بالفتح -.

ووهذا مع الشك دون ما لو ادعى القطع بالتفريط إلا أن يدعى أنه كما لا يجوز للموكل أن يتهمه كذلك لا يجوز للحاكم أن يتهمه، لكن لا يلزم التوكل مع الاتهام، 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 ادعى الوكيل تلف متعلق الوكالة والموكل منكر، فمع فرض الاتهام يكون القول قول الوكيل بالتقريب المذكور ومع عدمه يشكل .

لو اختلفا في الرد وأماماً صورة الاختلاف في الرد، 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 وليس وكالته لمصلحة نفسه **﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَيِّلٍ﴾**^(١) مشكلة، فإنه لا يستفاد من الآية الشريفة إلا أنه لا غرامة على المحسن، وهذا غير لزوم تصديقه في الرد خرج خصوص الوديع عن القاعدة الكلية كل 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 يتّم.

(الثالثة: إذا زوجه مدعياً وكالته فأنكر الموكل، فالقول قول المنكر مع يمينه، وعلى الوكيل مهرها، وروي: نصف مهرها، لأنّه ضيع حقها، وعلى الزوج أن يطلقها سراً إن كان وكل).

أما أن القول قول المنكر فلا إصالة عدم التوكيل.
وكالته فأنكر الموكل
وأمّا لزوم المهر على الوكيل وإن كان مقتضى الأصل عدم المهر، لعدم ثبوت الوكالة، فلخبر محمد بن مسلم عن الباقي عليه السلام: «في رجل زوجته امه لم يقبل؟ فقال: إن المهر لازم»^(٢).

(١) التوبية: ٩١.

(٢) الكافي: ٥/٤٠١، ح ٤٠٢، باب الرجل يهوى امرأة ويهوى أبواه غيرها؛ تهذيب الأحكام: ٧/٣٧٦، ح ٨٦، باب المهر والأجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ←

وعن الشيخ^(١) وأتباعه^(٢) العمل به وعلى ظاهره لزوم تمام المهر.

ويتمكن الجمع بينه وبين ما يدلّ على لزوم نصف المهر، وهو خبر عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَام قال: «سألته عن رجل قال لآخر: اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاولت 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 وسائلوه، فلما رجع إليه أنكر ذلك كله قال: يغرم لها نصف الصداق عنه، وذلك أنه هو الذي ضيع حقها، فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له وحل لها أن تتزوج ولا تحلل للأول فيها وبين الله عزّ وجلّ إلا أن يطلقها، لأنّ الله تعالى يقول: ﴿فِإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيفٌ بِإِلْحَسْنٍ﴾ فإن لم يفعل فإنه مأثره فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ وكان الحكم الظاهر حكم الإسلام، وقد أباح الله عزّ وجلّ لها أن تتزوج»^(٣).

وصحيح أبي عبيدة عنه أيضاً: «في رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة من أهل البصرة منبني تميم، فزوّجه امرأة من أهل الكوفة منبني تميم، قال: خالف أمره وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة ولا عدّة عليها ولا

→ ينعقد؛ وسائل الشيعة: ٢٠/٢٨١، أبواب عقد النكاح، ب٧، ح٣، وفيه إسماعيل بن سهل، وهو ضعيف. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٦.

(١) النهاية: ٤٦٨.

(٢) المهدّب: ٢/١٩٦.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٣/٨٥، ح٣٨٤، باب الوكالة؛ تهذيب الأحكام: ٦/٢١٣-٢١٤، ح٣، باب الوكالات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٦٥، أبواب أحكام الوكالة، ب٤، ح٤. 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 إنّ كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر لأهل المرأة، وإن لم تكن بيّنة، فإنّ الصداق على المأمور لأهل المرأة، ولا ميراث بينهما، ولا عدّة، ولها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقاً، وإن لم يكن سمي 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 إنّما يكون على الزوج لا على الوكيل إلا أنه يجب العمل بها تعبيداً، وحكمه الحكم ما أشير إليه في بعضها من تقصير الوكيل في ترك الإشهاد على وكالته أو غيره.

ثم إنّ هذا إذا ذكر لها مهراً، وأمّا إذا زوجها بدون ذكر المهر، فلا شيء لها ثمّ لها أن تتزوج إذا لم تعلم بالوكالة، وعلى الزوج طلاقها مع صدق الوكيل وإلا فهو آثم، وليس للمرأة أن تتزوج مع علمها بصدق الوكيل، وهل يجوز للحاكم الشرعي حيئذ إجبار الزوج على الطلاق؟ والظاهر عدمه، نعم، لا يبعد جواز طلاقه عنه ولاية، ويتحمل أن يكون لها الفسخ.

وأمّا وجوب الصبر إلى موت الزوج، فمشكل، ومقتضى إطلاق

(١) من لا يحضره الفقيه: ٤١٩ / ٣، ح ٤٤٥٩، باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ من النكاح وما حرم منه؛ تهذيب الأحكام: ٧ / ٤٨٣، ح ١٥٢، باب من الزيادات في فقه النكاح؛ وسائل الشيعة: ٣٠٢ / ٢٠، أبواب عقد النكاح، ب ٢٦، ح ١.

الأخبار جواز التزويج مطلقاً، والأحوط مع امتناع الزوج من الطلاق فسخها وفسخ الحاكم وطلاقها ولایة^(١).

ويمكن أن يقال: حمل روایات المسألة على خصوص صورة شك المرأة في التوكيل بعيد جدّاً، بل لعلّ الغالب القطع أو الاطمئنان بالوكالة، وتجويز النكاح لها بدون الطلاق مع القطع بالزوجية أو الاطمئنان ليس كالتجويز مع الشك حتّى يقال: لا مانع له، وما ذكر من «أنّ الأحوط مع امتناع الزوج»، إلى آخره، يشكل حيث إنّه لا يلتزمون بما ذكر في مثل المقام، كما لو امتنع الزوج عن الطلاق مع مفارقه للزوجة بحيث لا يرجى اجتماعهما كما لو كان الزوج محبوساً أبداً.

والحمد لله تعالى أولاً وأخرأً، وصلّى الله على محمد وآلـه الطاهرين
ونسأل التوفيق على تتميم ما بقي.

كتبه العبد الآثم

أحمد ابن السيد العلامة يوسف الموسوي الخوانساري ١٣٨٨ هـ

(١) تكميلة العروة الوثقى: ١٥٥-١٥٦.

**كتاب الوقوف
والصدقات والهبات**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلوة والسلام على محمد وآلہ الطاهرين.

(كتاب الوقوف والصدقات والهبات)

أما الوقف، فهو تحبيس 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 والجد للأب أو الوصي، ولو وقف عليه الأب أو الجد صحيحاً؛ لأنّه مقبوض بيده).

حقيقة الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة أو الثمرة، وليس المراد من المنفعة ما يقابل العين، فإنّ مياه القنوات أعيان ومع ذلك تعدّ منافع، ويصحّ الوقف باعتبار تسبيلها.

ولعلّ التعبير بالتسبييل أولى من الإطلاق حيث إنّ التسبيل المراد منه جعل الشيء في سبيل الله وهو المناسب بجعل الوقف من الصدقات المعتبر فيها قصد القربة.

(١) كذلك، وفي بعض نسخ المختصر المطبوعة: «مصلحة»، وفي بعضها الآخر: «على مصلحة» بدل «المصلحة».

اعتبـار الـفـاظ
الصـريح الدـال عـلـى
الـتـائـيد

وظاهر كلماتهم - قدّست أسرارهم - اعتبار اللفظ الصريح أو ما يقوم مقامه مما كان مقرروناً بالقرينة الدالة على التأييد، وتقريب هذا بأنّ العين الموقوفة لا بدّ من خروجها عن ملك الواقف، فكُلّ ما يحتمل مدخلية في تحقّق الوقف لا بدّ من إحرازه.

ويمكن أن يقال: بعد صدق الصدقة مع عدم اللفظ كما لو بني مسجداً بقصد المسجدية أو بني قنطرة لعبور المسلمين أو بني مدرسة لطلاب العلوم الدينية يكون ما صدق عليه مشمولاً لما دلّ على ترتب المثوبة، وهو لازم الصحة ومع فرض كون الوقف عقداً محتاجاً إلى الإيجاب والقبول، يكون مشمولاً لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾^(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 الوقفية بالنسبة إلى المساجد والمدارس والشاهد الشريفة، وما يصرف في عماراتها بمجرد البناء والعمارة بقصد الوقفية مع عدم الإنشاء اللغطي الصريح أو ما يقوم مقامه.

وأمّا التأييد في الحبس، فالظاهر أنه مجمع عليه^(٢)، ولو لا الإجماع لاشكـل إثبات لزومـه بما استدلـلـ به من الأخـبار المتضمنـة لأـوقـافـ الأـئـمةـ صـلوـاتـ اللهـ عـلـيـهـمـ،ـ لإـمـكـانـ أنـ يـكـونـ التـائـيدـ المـذـكـورـ فـيـهاـ قـيـداـ منـ

(١) المائدة: ١.

(٢) الخلاف: ٣/٥٤٨، وفيه دعوى الإجماع؛ المهدّب: ٢/٨٧؛ غنية النزوع: ٢٩٨، وفيه دعوى الإجماع؛ شرائع الإسلام: ٢/١٦٥؛ جامع الخلاف والوفاق: ٦١٨؛ تذكرة الفقهاء: ٢٠/١٦٢.

دون المدخلية في حقيقة الوقف، كما أنّ التأييد غير مأْخوذ في حقيقة الوقف المفسّر بالتحييس.

وهل يكون الوقف من العقود يعتبر فيه القبول مطلقاً أو لا يعتبر فيه كون الوقف من العقود مطلقاً فيكون من الإيقاعات أو يفصل بين الوقف على الجهات العامة كالمساجد والمقابر ونحوهما، والوقف على العناوين الكلية كالوقف على القراء، وبين الوقف الخاص كالوقف على الذرّية؟

يمكن أن يقال: إن احتمل 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 الوقفيّة.

وإن لم يتحمل 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 تمسّكاً بحديث الرفع في أمثال المقام ينفي الاعتبار.

ويبعّد اعتبار القبول أنّ 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، فإنّ الناظر ليس طرفاً للعقد ولا ولّياً 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 الهمة بدون قبول الموهوب لهم أو قبول وكيلهم أو أوليائهم؟ وفي الوقف الخاص المعروف كفاية قبول الموجودين بأنفسهم أو وكيلهم أو أوليائهم مع أنّ الطرف ليس خصوص الموجودين، ولا ولایة للموجودين على الطبقة اللاحقة المدعومين.

ولا يبعد قيام السيرة على معاملة الواقعية على المساجد والمقابر والمدارس مع عدم تحقق القبول، بل لا يبعد استفاداة عدم الاعتبار من الأخبار الواردة في أوقاف الأئمة - صلوات الله عليهم أجمعين -، والاحتياط لا ينبغي تركه.

وأمّا اعتبار القبض، فالظاهر أنه لا خلاف فيه^(١)، واستدلّ^(٢) عليه بما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن صفوان بن يحيى، عن أبي الحسن عائلاً قال: «سألته عن الرجل يقف الضيعة، ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً؟ فقال: إن كان وقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لها قيماً 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 يسلّمها إليهم ولم ينخاصموا حتى يحوزوها عنه، فله أن يرجع فيها، لأنّهم لا يحوزونها عنه وقد بلغوا»^(٣).

(١) الخلاف: ٥٣٩/٣، وفيه دعوى الإجماع؛ المذهب: ٨٨/٢؛ فقه القرآن: ٢٩٢/٢؛ إصلاح

الشيعة: ٣٤٧؛ شرائع الإسلام: ١٧١/٢؛ تحرير الأحكام: ١/٢٨٥.

(٢) مسالك الأدلة: ٣٥٩-٣٥٨/٥؛ رياض المسائل: ٩٧/١٠.

(٣) الكافي: ٣٦، ح ٣٧، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والمبة والسكنى والعمري والرقبي 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 الأستدي عن محمد بن عثمان، عن صاحب الزمان عليه السلام - ورواه الطبرسي في الاحتجاج عن أبي الحسين محمد بن جعفر الأستدي، عن محمد بن عثمان، عن صاحب الزمان عليه السلام - قال: «وأَمَّا مَا سُئِلَتْ عَنْهُ مِنْ الْوَقْفِ عَلَى نَاحِيتَنَا وَمَا يَجْعَلُ لَنَا ثُمَّ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ صَاحِبُهُ فَكُلُّ مَا لَمْ يُسَلِّمْ فَصَاحِبُهُ بِالخِيَارِ، وَكُلُّ مَا سَلَّمَ فَلَا خِيَارٌ فِيهِ لِصَاحِبِهِ احْتَاجَ أَوْ لَمْ يَحْتَاجْ، افْتَرَ إِلَيْهِ أَوْ اسْتَغْنَىْ .

إِلَى أَنْ قَالَ: وَأَمَّا مَا سُئِلَتْ مِنْ أَمْرِ الرَّجُلِ الَّذِي يَجْعَلُ لَنَا نِحْيَتَنَا ضِيَعَةً يُسَلِّمُهَا لَمَنْ يَقُومُ فِيهَا وَيَعْمَرُهَا وَيُؤْدِيُّ مِنْ دُخُولِهَا خَرَاجَهَا وَمَؤْوِنَتِهَا وَيَجْعَلُ مَا بَقِيَ مِنَ الدُّخُولِ لَنَا نِحْيَتَنَا، فَإِنَّ ذَلِكَ جَائزٌ لِمَنْ جَعَلَهُ صَاحِبَ الضِيَعَةِ قِيمًا عَلَيْهَا، إِنَّمَا لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِهِ»^(١).

ويمكن الاستدلال بخبر عبيد بن زراة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا؟ قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذي يلي أمره، وقال عليه السلام: لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله»^(٢).

→ الاستبصار: ٤ / ١٠٢، ح ٨، باب من تصدق على ولده الصغار ثم أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ١٨٠، أبواب أحكام الوقف والصدقات، ب٤، ح ٤.

(١) إكمال الدين: ٥٢٠؛ الاحتجاج: ٤٧٩ / ٢؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ١٨١ أبواب أحكام الوقف والصدقات، ب٤، ح ٤. والرواية صحيحة ظاهراً.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٢٤٧، 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 عمّا 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 بها في بعضها من التعليل، فإن قوله عليه السلام - على المحكي - في الصحيح عن صفوان: «لأنهم لا يحوزونها وقد بلغوا» لعله يستظهر منه أن الحيازة معتبرة في تمامية الوقف من دون الاختصاص بخصوص المورد.

→ ٩/١٣٧، ح ٢٤، باب الوقف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠٢، ح ٦، باب من تصدق على ولده الصغار ثم أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٨٠، أبواب أحكام الوقف والصدقات، ب٣، ح ٥، وفيه القاسم بن سليمان، وهو لم يوثق صريحاً.

راجع معجم رجال الحديث: ١٤/٢١.

(١) مسالك الأفهام: ٥/٣٥٩.

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 القناطير يتحقق بعبور المارّين، فمع كون الناظر خارجاً كيف يكتفى بقبضه؟

نعم، لو وقف أرضاً مثلاً على أن يصرف منافعها لجهة المسجد بأن تصرف للهاء اللازم للوضوء والسراج والخادم مثلاً، فالظاهر كفاية قبض المأولى للمسجد، ومع عدم المأولى يتصدى الحاكم أو عدول المؤمنين.

ولو كان الوقف على الطفل بقبض ولية من الأب والجد والوصي، والمراد منه الذي جعله الأب الولي أو الجد للأب قيمة على الطفل، والدليل على كفاية قبض الولي صحيح صفوان وخبر عبيد بن زرار، وعلى كفاية قبض القيم ما دلّ على كونه قائماً مقام الولي الشرعي.

ولو وقف الأب أو الجد للأب كفى كون العين الموقوفة بيده في القبض، لكن الظاهر اعتبار قصد كونها بيده بعنوان كونها راجعة إلى المأولى عليه، فمع الغفلة وعدم التوجّه يشكل الكفاية، وهذا بمحصلة التعليل المذكور في بعض الأخبار بأنه يلي أمره.

(والنظر إما في الشروط أو اللواحق).

لواحقة (والشروط أربعة أقسام:)

(الأول: في الوقف).

(ويشترط فيه التنجيز، والدوام، والإقباض، وإخراجه عن نفسه، ولو

كان إلى أمد كان جبساً، ولو جعله من ينقرض غالباً صحيحاً، ويرجع بعد موته الموقوف عليه إلى ورثة الواقف طلاقاً، وقيل: ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه، والأول مروي، ولو شرط عوده عند الحاجة فقولان أشبههما البطلان).

أما اشتراط التجيز، فهو المشهور، بل ادعى الإجماع عليه، فإن تم وإلا فلا دليل عليه من الأخبار.

وفي الحدائق: لم أقف عليه في جملة من كتب المتقدمين^(١).

وقد يقال: ظاهر ما دلّ على تسييب 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 تحقق القبض
فيما يعتبر فيه القبض لا يترتب عليهما الأثر بهذا المعنى حال وقوعهما.
وإن كان المراد ما يترتب عليهما من حيث الجزئية، فالأثر بهذا المعنى
غير مخالف 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 متعلق عليه
شرعًا وعند العقلاء، فلو علق البيع على الملكية والوقف على الملكية،
فالظاهر عدم الإشكال فيه، كما لو علق الطلاق على الزوجية، لأنّ التعليق
في أمثال هذه محقّ.

(١) الحدائق الناضرة: ١٤٢ / ٢٢.

(٢) جواهر الكلام: ٦٢ / ٢٨.

وأمّا اشتراط الدوام، فقد سبق الكلام فيه.

وأمّا اعتبار الإقباض الظاهر في كونه بإذن الواقف، فلا يكتفى اعتبار الإقباض في الوقف بالقبض بدون إذن فهو المشهور.

وقد يستدلّ^(١) عليه بما ورد عن صاحب الزمان -أرواحنا له الفداء- وفيه: «فكّل ما لم يسلّم فصاحبـهـ بالـخـيـارـ، وكـلـ مـاـ سـلـمـ فـلاـ خـيـارـ»^(٢).

لكن في صحيح صفوان: «فله أَنْ يرْجِعَ فِيهَا، لَأَنَّهُمْ لَا يَحْوزُونَهَا»^(٣)، وظاهره كفاية الحيازة، ولو لم يكن بإذن الواقف.

ومع التعارض لا يبعد التمسّك بعموم ما دلّ على ترتب المثوبة على الصدقة الجارية حيث أن ترتيبها فرع الصحة؛ فتأمل.

وقد يعلّل لزوم الإذن بـأنـهـ بدونـإـذـنـ تـصـرـفـ فيـ مـالـغـيـرـ بدونـإـذـنـ وهو حرام^(٤).

ويرد عليه أولاً: أَنَّهُ أَخْصٌ مِنَ الْمَدْعَى، لِمَكَانٍ أَنْ يَكُونَ الْعَيْنُ الموقوفة بـيدـ المـوقـوفـ عـلـيـهـ بـعـنـوانـ العـارـيـةـ أوـ الـوـدـيـعـةـ، أوـ يـكـونـ المـوقـوفـ عـلـيـهـ وـكـيـلاـ مـجاـزاـ فـيـ التـصـرـفـ، وـإـذـنـ فـيـ ضـمـنـ العـارـيـةـ أوـ الـوـدـيـعـةـ أوـ الـوـكـالـةـ غـيرـ مـرـبـوـطـ بـإـذـنـ بـعـنـوانـ الـوـقـفـيـةـ.

وثانياً: أَنَّهُ مـعـ فـرـضـ الـحـرـمـةـ التـكـلـيفـيـةـ نـقـولـ: لـاـ منـافـاةـ بـيـنـ هـذـهـ الـحـرـمـةـ

(١) الحدائق الناضرة: ٢٢ / ١٤٧.

(٢) قد تقدم تخرّيجه آنفًا.

(٣) قد تقدم تخرّيجه أيضًا.

(٤) تكميلة العروة الوثقى: ١ / ١٨٨.

ويبين صحة الوقف وضعاً، وقد سبق نظير هذا الكلام في القبض المعتبر في
الرهن في كتاب الرهن.

اعتبار إخراجه عن نفسه وأمّا اعتبار إخراجه عن نفسه، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(١) إلّا ما
حكي عن ابن الجنيد^(٢).

واستدلّ^(٣) عليه بمحاتبة عليّ بن سليمان إلى أبي الحسن عليهما السلام: «جعلت
فداك ليس لي ولد ولني ضياع ورثتها عن أبي وبعضها استفادتها ولا آمن
الحدثان، فإن لم يكن لي ولد وحدث بي حديث مما ترى جعلت فداك لي لأن
أقف بعضها على فقراء إخوانى والمستضعفين أو أبيعها وأتصدق بثمنها
عليهم في حياتي، فإني أتخوف أن لا ينفذ الوقف بعد موتي، فإن وفتها في
حياتي فلي أن أكل منها أيام حياتي أم لا؟»

فكتب عليهما السلام: فهمت كتابك في أمر ضياعك، فليس لك أن تأكل منها
من الصدقة، فإن أنت أكلت منها لم تنفذ، إن كان لك ورثة فبع وتصدق
بعض ثمنها في حياتك، وإن تصدقت أمسكت لنفسك ما يقوتك مثل ما
صنع أمير المؤمنين عليهما السلام^(٤).

(١) الخلاف: ٣/٥٤٩؛ الوسيلة: ٣٧٠؛ غنية التزوع: ٢٩٧؛ السرائر: ٣/١٥٥، وفيه دعوى
الإجماع؛ إصلاح الشيعة: ٣٤٦؛ شرائع الإسلام: ٢/١٧٠؛ الجامع للشرايع: ٣٧٠؛ قواعد
الأحكام: ٢/٣٨٨؛ الدروس الشرعية: ٢/٢٦٧.

(٢) مختلف الشيعة: ٦/٣١٥.

(٣) مختلف الشيعة: ٦/٣١٥؛ كفاية الأحكام: ٢/١١؛ الحدائق الناضرة: ٢٢/١٥٦-١٥٨.

(٤) الكافي: ٧/٣٧، ح ٣٣، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى
والعمري والرقمي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤، ٢٣٨ ←

وخبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ عن أبيه: «أَنَّ رَجُلًا تَصَدَّقَ بِدَارِهِ وَهُوَ سَاكِنٌ فِيهَا، فَقَالَ عَلَيْهِ الْكَفَافُ: الْحَينَ أَخْرَجَ مِنْهَا»^(١).

ونوقيش بأن الخبرين مع عدم وفائهما بجميع صور المسألة يمكن المناقشة في دلالة الروايتين الخدشة في دلالتها.

أما الخبر، فواضح، إذ ليس مقتضاه إلّا وجوب الخروج عن الدار بعد أن وقفها على غيره، ولا دلالة فيه على عدم جواز الوقف على نفسه.

وأمّا المكاتبة، فالظاهر أَنَّهُ أَيْضًا كذلِكَ، فالمراد أَنَّهُ إِذَا 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).

وييمكن أن يقال: لعلّ نظر المستدلّ بالخبر المذكور إلى أَنَّهُ مع صدق العنوان الموقوف عليه على الواقف ليس له أن تسكن فيها، فإِنَّه مع كون الوقف على الغير لا شبهة في كون الواقف أجنبياً ليس له التصرّف، ولا أقلّ من شمول مورد السؤال إن كان سؤال في البين، لما ذكر من صدق

→ ح ٥٧٠، باب الوقف والصدقة والتحل؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٢٩، ح ١، باب الوقف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٧٦، أبواب الوقف والصدقات، ب ٣، ح ١. وعلى بن سليمان مهملاً.

(١) تهذيب الأحكام: ٩/١٣٨، ح ٢٩، باب الوقف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠٣، ح ٢، باب من تصدق بمسكن على غيره يجوز له أن يسكن معه أم لا؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٧٨، أبواب أحكام الوقف والصدقات، ب ٣، ح ٤. والرواية مؤثثة بطلحة بن زيد العامي. راجع معجم رجال الحديث: ٩/١٦٣.

(٢) تكميلة العروة الوثقى: ١/١٩٧.

العنوان على نفس الواقف، فإذا لم يجوز له التصرّف في هذه الصورة، فلعلّ صورة الوقف على نفسه بالاستقلال لا تصحّ بطريق أولى.

وأمّا المكاتبـة، فلعلّ نظر المكاتبـ إلى أنه مع الوقف على المستضعفـين وكون نفسهـ منهم يجوزـ له أنـ يأكلـ منهـ أمـ لاـ، فأجيبـ بعدمـ الجوازـ وإلاـ فالـوقفـ علىـ الإـخـوانـ كـيفـ يـجـوزـ لـالـوـاقـفـ الـخـارـجـ أـنـ يـأـكـلـ مـنـهـ حتـىـ يـحـتـاجـ إـلـىـ السـؤـالـ وـلـاـ أـقـلـ مـنـ اـحـتـماـلـ كـوـنـ نـظـرـ السـائـلـ إـلـىـ مـاـ ذـكـرـ؟ـ فـالـجـوابـ بـالـمـنـعـ مـعـ هـذـاـ الـاحـتـماـلـ يـشـمـلـ هـذـهـ الصـورـةـ وـإـلـاـ لـلـزـمـ السـؤـالـ عـنـ مـرـادـ السـائـلـ.

ثمّ إنّه بعد الفراق عن اعتبار التأييد في الوقف، فلو جعله إلى أمد كان حبسـاـً ولاـ يـكـونـ باـطـلاـًـ -ـ كـمـاـ قـيـلـ -ـ لـكـفـاـيـةـ قـصـدـ حـقـيقـةـ الـحـبـسـ وـهـوـ مـتـحـقـقـ،ـ وـتـخـيـلـ آـنـهـ وـقـفـ يـتـرـتـبـ عـلـيـهـ آـثـارـ الـوـقـفـيـةـ لـاـ يـضـرـ،ـ وـلـمـ يـؤـخـذـ فـيـ مـفـهـومـ الـوـقـفـ التـأـيـدـ حتـىـ يـقـالـ:ـ مـعـ قـصـدـ الـوـقـفـ فـيـ الـإـنـشـاءـ كـيـفـ يـتـحـقـقـ مـاـ هـوـ مـبـاـيـنـ لـهـ؟ـ

وـلـاـ مجـالـ أـيـضاـ لـدـعـوىـ التـبـاـيـنـ مـنـ جـهـةـ آـنـ مـقـتضـيـ الـوـقـفـ الـخـرـوجـ عـنـ مـلـكـ الـوـاقـفـ وـالـدـخـولـ فـيـ مـلـكـ الـمـوـقـوفـ عـلـيـهـ،ـ وـمـقـتضـيـ الـحـبـسـ عـدـمـ الـخـرـوجـ عـنـ مـلـكـ الـحـابـسـ،ـ لـآـنـ الـخـرـوجـ عـنـ مـلـكـ الـوـاقـفـ فـيـ الـوـقـفـ مـنـ جـهـةـ التـأـيـدـ وـهـوـ مـنـتـفـ.

وـيـمـكـنـ آـنـ يـقـالـ:ـ مـاـ ذـكـرـ مـنـ آـنـهـ إـذـاـ جـعـلـهـ إـلـىـ أـمـدـ يـكـونـ حـبـسـاـًـ فـيـ مـاـ يـكـونـ قـابـلاـ لـلـبـقاءـ،ـ وـأـمـاـ مـاـ لـاـ يـكـونـ قـابـلاـ لـلـبـقاءـ وـذـاـ مـنـفـعـةـ،ـ فـلـاـ مـانـعـ مـنـ كـوـنـهـ إـلـىـ أـمـدـ يـكـونـ مـتـهـىـ مـالـيـتـهـ،ـ وـكـوـنـهـ ذـاـ مـنـفـعـةـ،ـ فـلـاـ مـانـعـ مـنـ

كونه وقفًا مع ذكر الأمد وخروجه عن ملك الواقف حيث إنّه كما أنّ الحبس الأبدي لا يلائم مع بقاء الملكية والماليّة للواقف عند العقلاء كذلك لو حبس ما لعمره أمد إلى آخر عمره لا يلائم حبسه كذلك مع بقائه على الملكية والماليّة للحابس.

نعم، لو وقف مثل بستان أو دار ونحوهما مما له عنوان خاص 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 الماليّة مع حفظ الدوام.

وأمّا لو جعله لمن ينقرض غالباً، فالمشهور^(١) أنه صحيحة وقفًا، ومقتضى الوقف لمن ينقرض القاعدة بقاوته 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 يفرق بين الوقف والحبس في المقام حيث إنّه على الوقف يخرج عن ملك الواقف بخلاف القول بكونه حبسًا، لكن مع ذلك إن قلنا بأنه بعد الانقراض ينتقل إلى ملك ورثة الواقف حين موته لا تظهر ثمرة. وإن قلنا بالانتقال إلى ورثته حين انقراض الموقوف عليه تظهر الثمرة،

(١) المقنية: ٦٦٥؛ الخلاف: ٣/٥٤٣؛ المراسيم: ١٩٨؛ المهدّب: ٢/٩١؛ السرائر: ٣/١٦٥. تذكرة الفقهاء: ٢٠/١٦٣-١٦٢.

(٢) الوسيلة: ٣٧٠؛ الدروس الشرعية: ٢/٢٦٤؛ مسائل الأفهام: ١/٣٥٥.

لكن الحق أنّه لا دليل على انتقال العين الموقوفة إلى الموقوف عليه، غاية الأمر في الوقف المؤيد حيث إنّه لا أدلّ له لا يعتبر العقلاء الملكيّة للواقف، ولا يوجّب 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 الصحة - وإن كان حبسًا في الواقع - بصحيحة ابن مهزيyar «قلت له: روی بعض مواليك عن آبائك : إنّ كُلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة، وكلّ وقف إلى غير وقت جهل مجھول، فهو باطل مردود على الورثة، وأنت أعلم بقول آبائك عَلَيْهِمْ؟ فكتب عَلَيْهِمْ: هو كذلك عندي»^(٢).

وقد يقال^(٣): إنّ المراد من التوثيق و عدمه فيه هو ذكر الموقوف عليه و عدمه بقرينة صحيح الصفار: «كتبت إلى أبي محمد عَلَيْهِمْ أسأله عن الوقف الذي يصحّ كيف هو؟ فقد روی أنّ الوقف إذا كان غير موقّت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان موقتاً فهو صحيح مضى، وقال قوم: إنّ الموقّت هو الذي يذكر فيه أنّه وقف على فلان وعقبه، فإذا انقرضوا فهو

(١) الخدائق الناضرة: ٢٢ / ١٣٥؛ رياض المسائل: ١٠ / ١٠٥.

(٢) الكافي: ٣٦ / ٧، ح ٣١، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهببة والسكنى والعمري والرقيبي 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 وقفًا لم يذكر الموقوف عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩٢ / ١٩، أبواب أحكام الوقف والصدقات، ب ٧، ح ١.

(٣) جواهر الكلام: ٢٨ / ٥٤.

للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، قال: وقال آخرون: هو موقّت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر في آخره الفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، والذي هو غير موقّت أن يقول: هذا وقف ولم يذكر أحداً، فما الذي يصح من ذلك والذي يبطل؟

فوقع علیه: الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله^(١).

وأورد على هذا القائل أولاً: أن كلاً منها - يعني الخبرين - خبر مستقل، ولا وجه بجعل أحدهما قرينة على الآخر، بل اللازم الأخذ بمفاد كل منها.

وثانياً: أنه يمكن حمل الثاني أيضاً على إرادة المدة من التوقيت فيه، ويكون ذكر الموقوف عليه على الوجه المذكور لبيان المدة، وحاصل السؤال أن الموقّت فسر بوجهين: أحدهما: مع التأييد، والآخر: بدونه، فأيهما الصحيح؟ ومقتضى قوله علیه: «الوقف» إلى آخره صحة كل منها^(٢).

ويمكن أن يقال: إن ما ذكر من الإيراد أولاً على قول القائل يشكل من جهة أنه يظهر أن الوقف الموقّت وغير الموقّت كانا معروفين، ويريد السائل السؤال عن المراد بعد معلومية اختلاف حكمهما، فالظاهر أن الوقف الموقّت بكل المعنين صحيح، وإن كان ما لم يذكر فيه التأييد حبساً حقيقة في مقابل الوقف المؤبد.

(١) تهذيب الأحكام: ٩/١٣٢، ح٩، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠٠، ح٢، باب من وقف وقفًا ولم يذكر الموقف عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٩٢، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب٧، ح٢.

(٢) تكملة العروة الوثقى: ١/١٩٣.

اشترط العود إلى

نفسه عند الحاجة

وأمّا شرط العود إلى نفسه عند الحاجة، فالمحكي عن الأكثـر^(١) صحّـته،
وعن جماعة البطلان^(٢).

واستدلّ^(٣) للقول بالبطلان بخبر إسماعيل بن الفضل، عن أبي عبد الله عائضـاً: «عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير وقال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له، وقد جعله الله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة؟ قال عائضاً: يرجع ميراثاً على أهله»^(٤).

ونقله في المسالك وقال: «إن احتجت إلى شيء من مالي أو من غلّته فإني أحق به أله ذلك وقد جعله الله؟ وكيف يكون حاله إذا هلك الرجل أيرجع ميراثاً؟» إلى آخر^(٥).

وخبره الآخر عنه عائضاً أيضاً: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت

(١) الانتصار: ٢٢٦، وفيه دعوى الإجماع؛ المقنعة: ٦٥٢؛ النهاية: ٥٩٥؛ المراسم: ١٩٧؛ المذهب: ٩٣ / ٢؛ مختلف الشيعة: ٢٩١ / ٦.

(٢) المبسوط: ٣٠٠ / ٣؛ الوسيلة: ٣٧٠؛ السرائر: ٣ / ١٥٦.

(٣) مختلف الشيعة: ٢٩١ / ٦؛ المذهب البارع: ٥٥ / ٣؛ مسالك الأفهام: ٣٦٥ / ٥؛ الحدائق الناضرة: ١٦٥ / ٢٢.

(٤) تهذيب الأحكام: ١٣٥ / ٩، ح ١٤٦ / ٩٤، ح ٥٤، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٧٧ / ١٩، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب ٣، ح ٣. وأعلم أنّ الشيخ محمد نقل الرواية في موضعين أشرنا إلى تحریجهما. فما في المتن، فيه محمد بن سنان. وأمّا الآخر، فهو - مع اختلافه اليسير مع الأول كما سيأتي الإشارة إليه من المسالك - صحيح أو موثق على كلام في أبان. راجع معجم رجال الحديث: ١ / ١٦٧.

(٥) مسالك الأفهام: ٣٦٥ / ٥.

إليها فأنا أحق بها، ثم مات الرجل فإنّها ترجع إلى الميراث^(١)، فإن حكمه بالرجوع إلى الميراث بعد السؤال عن صحة هذا الشرط وعدمها، وعن رجوعه ميراثاً وعدمه إذا شرط هذا الشرط في الخبر الأول، وبالرجوع إليه في الخبر الثاني بقول مطلق من غير سبق سؤال، ظاهر في بطلانه.

ويمكن أن يقال: إن الخبر الأول ظاهر في أن المتصدق هل له أن يشترط الشرط المذكور مع أنه جعله الله فكأن صحة التصدق مفروغ عنها والسؤال عن صحة الشرط وفسادها؟ فأجيب ظاهراً بصحّة الشرط المذكور، وقرر على صحة التصدق، فالخبر دليل على الصحة 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 أقل من الإجمال، ومعه لا مجال لرفع اليد عن ظهور الخبر الأول في الصحة.

(الثاني: في الموقوف).

(ويشترط أن يكون عيناً مملوكة ينتفع بها مع بقائها اتفاعاً محللاً، ويصح إقباضها مشاعة كانت أو مقسمومة).

إذا كان حقيقة الوقف تحبس الأصل وتسبيل المنفعة - كما يظهر من اشتراط أن يكون بعض الأخبار - فلا بد أن يكون الموقوف عيناً لها منفعة، واعتبار عيناً مملوكة

(١) تهذيب الأحكام: ٩/١٥٠، ح ٥٩، باب الوقف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٧٧، أبواب أحكام الوقف والصدقات، بـ٣، ح ٣. والخبر صحيح أو موثق على كلام في أبان. راجع معجم رجال الحديث: ١/١٦٧.

المملوکية بمعنى كونها تحت سلطنة الواقف، لأنّه مع عدم السلطنة ليس للواقف التحبيس والتسبيل، فما كان الانتفاع به بإتلافه لا يصحّ وقفه.

وعلى هذا فلا مانع من وقف الدين والكلي في الذمة مع القابلية للبقاء والانتفاع بالمنافع، لكن ادعى الإجماع على عدم الصحة، فإن تم الإجماع وإلا فلا مانع حيث يصحّ الإقباض، وبقاء العين والانتفاع بالمنفعة، والظاهر أنّ الإجماع في خصوص الكلي في الذمة لا الكلي في المعين، فإنّ الظاهر أنّ حاله حال المشاع الذي لا إشكال في صحة وقفه.

وما يقال: من أَنَّ المستفاد من قوله عليه السلام: «حبس الأصل [و] سبّل الشمرة»^(١) وما وقع من وقوف المقصودين اعتبار فعلية التهيؤ للمنفعة في الأصل الذي يراد حبسه، ولا ريب في انعدام التهيؤ فعلاً للكلي المسلم فيه مثلاً^(٢) من نوع.

وأمّا اعتبار كون المنفعة المقصودة محلّلة، فلا شبهة فيه حيث إنّ الشارع لم يجُوز الانتفاع بالمنافع غير المحلّلة، فكيف يمضي الوقف الذي يكون النظر فيه إلى المنافع المحرّمة كوقف الدابة لحمل الخمر مثلاً؟

مضافاً إلى التعبير بالصدقة في لسان الأخبار، وبعد اعتبار الإقباض لا بدّ من صحة الإقباض، فلا يصحّ وقف الطير في الهواء، ولا وقف العبد الآبق ولو مع الضميمة مع اليأس عن العثور عليه.

نعم، لو قدر الموقوف عليه على القبض مع إذن الواقف، فالظاهر الصحة،

يعتبر كون المنفعة
المقصودة محلّلة

(١) سنن النسائي: ٦/٢٣٣؛ السنن الكبرى: ٦/١٦٢.

(٢) جواهر الكلام: ٢٨/١٥.

بل لا يبعد الصحة مع احتمال التمكّن إذا حصل التمكّن، ولا إشكال ولا خلاف في صحة وقف العين المشاعة وقبضها كقبض العين المبعة.

(الثالث: في الواقع).

(ويشترط فيه: البلوغ، وكمال العقل، وجواز التصرف، وفي وقف من بلغ عشرًا تردد، المروي جواز صدقته، والأولى المنع، ويجوز أن يجعل الواقع النظر لنفسه على الأشبه، وإن أطلق، فالنظر لأرباب الوقف).

لا إشكال في عدم صحة تصرّفات غير البالغ بالاستقلال، ومع إجازة اشتراط البلوغ في الواقع المشهور عدم الصحة، وإثباته بحسب الأدلة مشكل، وقد مر الكلام فيه في كتاب البيع.

وأمّا البالغ عشر سنين، فقد اختلفوا في صحة وقفه، والمشهور^(١) عدم صحته، لعموم ما دلّ على عدم صحة تصرّفات غير البالغ، وعن المفيد^(٢) صحة وقفه^(٢)، ولعله للأخبار الواردة في جواز صدقته بناء على أنّ المراد منها ما يشمل الوقف أيضًا.

ففي خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «إذا أتى على الغلام عشر سنين، فإنه يجوز في ماله ما أعتقد أو تصدق أو أوصى على حدّ معروف وحقّ فهو جائز»^(٣).

(١) المراسم: ٢٠٣؛ السرائر: ٢٠٦؛ تذكرة الفقهاء: ٢/١٢٤-١٢٥.

(٢) المقنعة: ٦٦٦-٦٦٧. واعلم أنه صرّح كثير من الفقهاء المتقدّمين بأنّ الغلام إذا بلغ عشر سنين يجوز صدقته إذا كان بالمعروف، فحيث إنّ الوقف عندهم صدقة، فيظهر منهم صحة وقف الغلام اذا بلغ عشر سنين. النهاية: ٦١١؛ المهدى: ٢/١١٩؛ الوسيلة: ٣٢٣؛ إصلاح الشيعة: ٣٥٤؛ الجامع للشرع: ٤٩٣.

(٣) الكافي: ٧/٢٨، ح ١، باب وصية الغلام والجارية التي لم تدرك وما يجوز منها وما لا يجوز؛ ←

وفي موثقة جميل بن دراج عن أحد همأة عليه السلام: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، وصدقته ووصيته وإن لم يحتمل»^(١).

وفي موثقة الحلبـي و محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام: «سئل عن صدقة الغلام ما لم يحتمل؟ قال عليه السلام: نعم إذا وضعها في موضع الصدقة»^(٢).

وقد يستشكل بأنه يمكن أن يقال: إن المراد من الصدقة في هذه الأخبار الصدقـات الجزئـية الصادرة منه لا مثل الوقف، ولا أقل من الشك، فالأخـرى عدم الصـحة^(٣).

ولم يظهر وجه للاشكـال إلـا دعوى الانـصرف وهي مـنوعـة خـصوصـاً مع ذكر العـتق والـوصـيـة، وعلى أيـ تـقـيـر الـظـاهـر عدم الإـشـكـال في صـحة وـصـيـتـه، لـلـأـخـبـارـ الـمـعـمـولـ بـهـاـ، فـإـذـاـ أـوـصـىـ بـالـوـقـفـ صـحـ عنـهـ وـقـفـ الـوـصـيـ.

وأـمـاـ اـشـرـاطـ كـمـالـ الـعـقـلـ وـجـواـزـ التـصـرـفـ، فـإـنـ كـانـ النـظرـ فـيـهـ إـلـىـ

اشـرـاطـ كـمـالـ الـعـقـلـ
وـجـواـزـ التـصـرـفـ فـيـ الـوـاقـفـ

→ من لا يحضره الفقيـه: ٤/١٩٧، حـ ٥٤١، بـابـ الحـدـ الذـيـ إـذـاـ بـلـغـهـ الصـبـيـ جـازـتـ وـصـيـتـهـ؛ تـهـذـيبـ الـأـحـكـامـ: ٨/٢٤٨، حـ ١٣١، بـابـ العـتـقـ وـأـحـكـامـهـ؛ وـسـائـلـ الشـيـعـةـ: ١٩/٢١١، أـبـوـابـ أـحـكـامـ الـوـقـفـ وـالـصـدـقـاتـ، بـ ١٥، حـ ١، وـالـرـاوـيـةـ مـوـثـقـةـ بـمـوـسـىـ بـنـ بـكـرـ الثـقـةـ الـوـاقـفـيـ. رـاجـعـ مـعـجمـ رـجـالـ الـحـدـيـثـ: ١٩/٢٨.

(١) تـهـذـيبـ الـأـحـكـامـ: ٩/١٨٢، حـ ٨، بـابـ وـصـيـةـ الصـبـيـ وـالـمـحـجـورـ عـلـيـهـ؛ وـسـائـلـ الشـيـعـةـ: ١٩/٢١٢، أـبـوـابـ أـحـكـامـ الـوـقـفـ وـالـصـدـقـاتـ، بـ ١٥، حـ ٢. وـالـتـعبـيرـ عـنـهـاـ بـالـمـوـثـقـةـ لـابـنـ بـكـرـ الثـقـةـ الـفـطـحـيـ. رـاجـعـ رـجـالـ النـجـاشـيـ، الرـقمـ: ٥٨١.

(٢) تـهـذـيبـ الـأـحـكـامـ: ٩/١٨٢، حـ ٩، بـابـ وـصـيـةـ الصـبـيـ وـالـمـحـجـورـ عـلـيـهـ؛ وـسـائـلـ الشـيـعـةـ: ١٩/٢١٢، أـبـوـابـ أـحـكـامـ الـوـقـفـ وـالـصـدـقـاتـ، بـ ١٥، حـ ٣. وـالـتـعبـيرـ عـنـهـاـ بـالـمـوـثـقـةـ لـابـنـ فـضـالـ الثـقـةـ الـفـطـحـيـ. رـاجـعـ رـجـالـ النـجـاشـيـ، الرـقمـ: ٧٢.

(٣) تـكـمـلـةـ الـعـرـوـةـ الـوـثـقـىـ: ١/٢٠٨.

إخراج المجنون، فوجهه واضح، وإن كان النظر إلى إخراج السفيه،
فمن جهة منوعيّته بالنسبة إلى أمواله، وأمّا تصرّفاته بالنسبة إلى مال الغير
ـ كما لو وَكَله الغير أو كان وصيًّاـ، فلا مانع له.

جواز جعل الواقع **وأمّا جواز جعل النظر لنفسه**، فالظاهر عدم الإشكال فيه، واستدلّ عليه
بما دلّ على وجوب الوفاء بالشروط إلّا ما أحّل حراماً أو حرّم حلالاً^(١).

ولا يبعد التمسّك بما في التوقيع الخارج من الناحية المقدّسة: «وأمّا
ما سألت من أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيّعة يسلّمها من قد يقوم
بها ويعمّرها ويؤدّي من دخلها خراجها ومؤونتها، ويجعل ما يبقى
من الدخل لناحيتنا، فإنّ ذلك لمن جعله صاحب الضيّعة قبيحاً عليها إنّما
لا يجوز ذلك لغيره»^(٢)، الحديث بملحوظة ذيله: «فإنّ ذلك لمن
جعله»، إلى آخره، فإنه يشمل نفسه إلّا أن يقال: لم يعلم كون الضيّعة
وقدّما، ولعلّها كانت حبسًا فلم يخرج عن ملك الحابس، ومن المعلوم أنّ
الاختيار للهالك.

وأمّا التمسّك 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.
ثم إنّ ظاهر ما دلّ على وجوب الوفاء أنّ ما شرط على نفسه يجب

(١) مختلف الشيعة: ٦ / ٣٠٠.

(٢) إكمال الدين: ٥٢٠؛ الاحتجاج: ٤٨٠ / ٢؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ١٨١، أبواب أحكام
الوقف والصدقات، ب٤، ح٨. والرواية صحيحة.

الوفاء به وليس كون النظر لنفسه أو لغيره ممّا شرط على نفسه حتّى يجب الوفاء، نعم، إن كان مفاد الأدلة لزوم كلّ شرط كلزم العقد، أمّا الاستدلال به مع قطع النظر عمّا ذكر.

وي يمكن التمسّك لصحة جعل التولية للغير بحكایة صدقة الكاظم علیه السلام^(١) بأرضه وقد جعل -على المحکي- الولاية فيها إلى الرضا علیه السلام وابنه إبراهيم، ثمّ على من بعدهم على الترتيب المذكور في الخبر.

وأمّا التمسّك بها ورد من: «أنّ الوقوف على [حسب] ما يوقفها أهلها»^(٢)، فلا يخلو عن الإشكال، لأنّ تعيين الناظر ليس من كيفية الوقف، ولا أقل من الشكّ.

هذا مع التعيين، وأمّا 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 وقفًا لا حبسًا، تكون الواقف في الصورة الأولى أجنبيًّا، وكذلك في الصورة الثانية، لأنّ

(١) الكافي: ٥٤-٥٣/٧، ح، باب صدقات النبي ﷺ وفاطمة والأئمة ووصاياتهم؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٤، ح ٢٤٩-٥٥٩، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٤٩-١٥٠، ح ٥٧، باب الوقف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٠٢، كتاب الوقف والصدقات، ب ١٠، ح ٤. والرواية صحيحة.

(٢) الكافي: ٣٧/٧، ح ٣٤، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبّة والسكنى والعمري والرقمي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٣٧، ح ٥٥٦٧، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٢٩-١٣٠، ح ٢، باب الوقف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٧٥-١٧٦، كتاب الوقف والصدقات، ب ٢، ح ٢-١. والرواية صحيحة.

الملكية بهذا النحو لا توجب حقاً للملك بالنسبة إلى زمان الحبس، أو الوقف، ألا ترى أن المؤجر لا حق له بالنسبة إلى المنافع الراجعة إلى المستأجر، وقد يدفع احتمال كون التولية راجعة إلى الموقوف عليهم بأنهم بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة أجنبيون.

ويشكل بأنّ هذا يوجب سلب سلطتهم بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة دون الطبقة الموجودة، وإذا كان منافع العين الموقوفة راجعة إلى صنف خاص بنحو التشريك كالوقف على الأولاد، ففي الحقيقة تكون المنفعة مشتركة بين أشخاص وهم مسلطون على أمواهم، فلا حاجة إلى تولي غيرهم من الحاكم أو عدول المؤمنين إلا مع قصورهم، كما لو كانوا صغاراً أو مجانين أو سفهاء، ومع عدم التشريك كما لو كان الموقوف عليهم غير مخصوصين، فلا مانع من كون الموقوف عليهم حا لهم حال من أبيح لهم الأنفال حيث لا يكون تصرّفهم محتاجاً إلى إذن الغير وتعيينه كوقف المعابر والقناطر والمقابر.

وممّا ذكر ظهر أنّه على فرض عدم الملكية للموقوف عليهم وكونهم مصرفاً أيضاً لا إشكال.

وممّا ذكر يظهر حال الوقف على الجهات العامة.

والحاصل أنّه لم يظهر وجه للزوم مداخلة الحاكم أو عدول المؤمنين من جهة تصرف الموقوف عليهم، أو تصرف الناس في الوقف على الجهات.

نعم، إذا احتاج العين الموقوفة إلى الإصلاح والعمارة يتولى الحاكم أو عدول المؤمنين أو غيرهم.

(الرابع: في الموقف عليه).

(ويشترط وجوده، وتعيينه، وأن يكون ممّن يملك، وأن لا يكون الوقف عليه محّماً، ولو وقف على من سيوجد لم يصحّ، ولو وقف على موجود وبعده على من يوجد صحّ، والوقف على البريصرف 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 الحريي ولو كان رحّاماً، ويقف على الذمي ولو كان أجنبياً).

أما اشتراط وجود الموقف عليه، ففي الجملة لا إشكال فيه، فمع عدم القابلية للوجود بعد ذلك، كما لو وقف داراً سكناً زيد فتبيّن موته، فلا إشكال في بطلانه، لعدم اعتبار العقلاء.

وأما صورة القابلية للوجود، كالوقف على من سيوجد ويوجد بعد الوقف، فادعى الإجماع على بطلانه^(٢).

وعلى بأنّ الملكيّة صفة وجوديّة تستدعي محلاً موجوداً^(٣)، فإن تمّ الإجماع وإلا فالوجه المذكور لا يثبت المدعى، لأنّه من المسلم صحة الوقف على الطبقة الموجودة، والطبقة اللاحقة المعروضة في زمان الطبقة الموجودة، والقواعد العقلليّة غير قابلة للتخصيص.

اشترط وجود
الموقف عليه

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «إلى الفقراء» بدل «على الفقراء».

(٢) النهاية: ٥٩٦؛ المهدّب: ٨٨/٢؛ غنية النزوع: ٢٩٧، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ١٥٦/٣، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ إصباح الشيعة: ٣٤٦؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٦٦
إرشاد الأدهان: ٤٥٢/١.

(٣) تكميلة العروة الوثقى: ٢٠٨/١.

ويرد النقص بتمليك الثمرة المعدومة، والظاهر عدم الإشكال في صحة الوقف على الحجّاج والزّوار وإمام مسجد خاصٌ مع عدم وجودهم بالعناوين المذكورة في الوقف.

وأمّا لزوم تعيين الموقوف عليه، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(١) فلا يصحّ مع عدم التعيين، فإن تم الإجماع عليه وإلا فالوجه العقلي، وإن الملكية عليه صفة وجوديّة تحتاج إلى محلّ معين لا يتمّ، كما في طرف المملوك حيث يصحّ الوصيّة بأحد العبددين.

وأمّا اشتراط القابلية للتملّك، فهو مبنيٌ على كون منافع العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم، ويترفرّع عليه عدم صحة الوقف على المملوك على القول بعدم أهلية للتملّك، ولا على الحربي على القول بعدم تملّكه لما في يده حيث إنّ ماله فيء لل المسلمين، ولا على المرتدّ الفطري حيث إنّ أمواله لورثته، ويشكّل بمنع كون الوقف بقول مطلق تملّكاً للمنفعة.

وثانياً: لا نسلّم عدم التملّك للمذكورين، فإن الحقّ أنّ العبد يملك، غایة الأمر أنه محجور، ولا نسلّم عدم تملّك الحربي، والمرتدّ الفطري يقسم أمواله التملّكة في زمان إسلامه بين ورثته، وأمّا أمواله التي حصلت له بعد الارتداد، فلا يستفاد من الأدلة انتقالها إلى ورثته.

وأمّا اشتراط أن لا يكون الوقف عليه محّرماً - كمعونة الزناة اشتراط عدم كون الوقف عليه محّرماً

(١) النهاية: ٥٩٦؛ المهدّب: ٨٧/٢؛ غنية النزوع: ٢٩٧؛ الوسيلة: ٣٧٠؛ تذكرة الفقهاء:

والشاربين للخمر وشراء الكتب المحرّفة من التوراة والإنجيل -، فالظاهر
عدم الخلاف فيه^(١).

وعلى بُأَنَّه إعانة على المحرّم فمع اعتبار قصد القربة في الوقف لا
إشكال ومع عدم اعتباره أيضاً^(٢).

وييمكن أن يقال: إذا كان منهياً عنه، فهو غير ماضٍ شرعاً، كما يظهر مما
ورد في نكاح العبد بغير إذن المولى من أنه ما عصى الله وإنما عصى سيدها،
فما كان معصية لله - تبارك وتعالى - لا يصحّ، ولا ينافي هذا صحة وقف
الكافر البيع والكنائس، لأنّهم مقرّون على مذاهبهم مع تحقق الشرائط،
كصحة بيع الخمر والخنزير بينهم.

حكم الوقف على من سيوجد، وقد
سبق الإشكال فيه لو لا الإجماع، وأماماً الوقف على موجود وبعده على من
يوجد، فلا إشكال في صحته.

الوقف على البرّ يصرف على الفقراء ووجه القرب.
وقد ظهر مما ذكر عدم جواز الوقف على البيع والكنائس للمسلم وإن
جاز للكافر من جهة كونه مقرّاً على مذهبـه.

(١) غنية التروع: ٢٩٧، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ٣/١٥٦، وفيه دعوى الإجماع؛ إصلاح الشيعة: ٣٤٦؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٦٦؛ تذكرة الفقهاء: ٢٠/١٣٤-١٣٧، وفيه دعوى عدم الخلاف.

(٢) تكميلة العروة الوثقى: ١/٢١٣.

(٣) قد مر تخرّيج القائلين بالبطلان، فراجع.

وأمّا وقف المسلم للحربى، ففيه أقوال^(١)، والظاهر عدم الإشكال، لما وقف المسلم للحربى دلّ على جواز الصدقة عليه، وللآية الشريفة: ﴿لَا يَنْهَاكُرُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقْتَلُوكُرُ فِي الْأَيَّامِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُرُ مَنْ يَرِكُرُ أَنْ تَبْرُوهُمْ وَقُسِّطُوا إِلَيْهِمْ﴾^(٢).

وأمّا قوله تعالى: ﴿لَا يَحْمُدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ بُوَادُونَ مَنْ حَادَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَقَاتَلَ أَنُوْءَ ابْنَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ﴾^(٣)، فلا يظهر منه المنع، لعدم الملازمة بين التصدق على الكافر والإحسان إليه وبين الموادة، فإنّ 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 الموادة من حيث كونها محادّة لا مطلقاً، فلا تدلّ على المنع في المقام^(٤).

ويشكل من جهة أنّه إذا قال المولى لعبد: لا تعاشر الفاسق، فلا يستفاد منه النهي عن معاشرة الفاسق من حيث فسقه، بل يظهر منه النهي عن المعاشرة مطلقاً.

نعم، الظاهر من الآية السابقة ﴿لَا يَنْهَاكُرُ اللَّهُ﴾ إلى آخرها التقييد بعدم كون الكافر ممن يقاتل في الدين، وممّن 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 وقف المسلم على

الفقراء

(١) لاحظ تذكرة الفقهاء: ١٣٧-١٣٨/٢٠.

(٢) المحتسبة: ٨.

(٣) المجادلة: ٢٢.

(٤) تكميلة العروة الوثقى: ١/٢١٤.

كافرًا انصرف إلى فقراء نحته، والمسلمون من صلى إلى القبلة،
والمؤمنون الاثنا عشرية وهم الإمامية، وقيل: مجتبى الكبار خاصة،
والشيعة: الإمامية والجارودية. والزيدية: من قال بإمامية زيد،
والفطحية: من قال بالأفطح، والإسماعيلية: من قال بإسماعيل بن
جعفر طليلاً، والناؤوسية: من وقف على جعفر بن محمد عليهما السلام،
والواقفية: من وقف على موسى بن جعفر عليهما السلام، والكيسانية: من قال
بإمامية محمد بن الحنفية، ولو وصفهم بنسبة إلى عالم كان بمن دان^(١)
بمقالته كالحنفية، ولو نسبهم إلى أب، كان من انتسب بالأبناء دون
البنات على الخلاف، كالعلوية والهاشمية، ويتساوى فيه الذكور
والإناث، وقومه أهل لغته، وعشيرته الأدنون في نسبة، 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 من لا يفرق بين الفقراء ويكون نظره إلى إعانة الضعيف كائناً
من كان.

وعلى فرض التسليم لا يبعد الانصراف إلى أهل مذهبة، وما ذكر في
تفسير بعض العناوين يشكل الأخذ به بنحو الإطلاق، لاختلاف الأعصار،
فلا بدّ من ملاحظة عرف الواقف، ففي عرفنا لا يختصّ المؤمن بمجتبى
الكتاب، ولعلّ الشيعة خصوص الاثني عشرية، ولا أقلّ من الانصراف.

(١) كذلك، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «ملن 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 أنَّ الإيمان مركب من الإقرار باللسان والاعتقاد بالجناح والعمل بالأركان^(١)، ويستفاد من بعضها أنَّه الإقرار باللسان والتصديق بالجناح^(٢)، وقد يجمع بحمل المطلق على المقيد^(٣).

ولا يخفى الإشكال فيه، فإنَّ مقام التحديد والتعريف لا يناسب الإطلاق وضرب القانون حتى يقيِّد، [و] الأولى حمل ما دلَّ على مدخلية العمل بالأركان على المرتبة الكاملة.

ويؤيُّد ما ذكر ما روي في مقاتلَة أصحاب أمير المؤمنين-صلوات الله عليه- مع أصحاب معاوية من ذكر الآية الشريفة: ﴿وَلَنْ طَأْفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَفْتَسَلُوا﴾^(٤)، الآية^(٥).

وعلى فرض التسلیم الحمل على المعنى المذكور في الأخبار مبنيٌ على توجُّه 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: ٢٧/٢، ح ١، باب آخر منه وفيه أنَّ الإسلام قبل الإيمان.

(٢) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحد همایة قال: «الإيمان إقرار وعمل والإسلام إقرار بلا عمل». الكافي: ٢٤/٢، ح ٢، باب أنَّ الإسلام يحقن به الدم وتوئى به الأمانة وأنَّ 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
وأمّا 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.

واستدلل بأخبار:

الروايات الواردة في المقام
منها: الصحيح أو الحسن^(٤) عن جحيل، عن أبي جعفر ع ع قال: «حدّ الجوار أربعون داراً من كُلّ جانب من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماليه»^(٥).

ومنها: الخبر عن عمرو بن عكرمة عن أبي عبد الله ع ع قال: «قال رسول الله ع ع كل أربعين داراً جيران من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماليه»^(٦).

والأخبار محمولة على ترتب الآثار الشرعية، مثل تأكيد استحباب حضور المسجد بحاره، واستحباب حسن الجوار، ولا توجب حمل كلام الناس عليه، كما لو أمر السيد عبده بإضافة جيرانه.

(١) شرائع الإسلام: ١٦٩ / ٢؛ مختلف الشيعة: ٦ / ٣١٤.

(٢) المقنعة: ٦٥٣؛ الكافي في الفقه: ٣٢٦؛ المراسم: ١٩٨؛ النهاية: ٥٩٩؛ الوسيلة: ٣٧١؛ غنية التزوع: ٢٩٩، وفيه دعوى الإجماع؛ إصلاح الشيعة: ٣٤٧؛ جامع الخلاف والاتفاق: ٣٦٩.

(٣) الحدائق الناصرة: ٢٢ / ٢١١.

(٤) التردید من جهة إبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ١ / ٣١٦.

(٥) الكافي: ٢ / ٦٦٩، ح ٢، باب حدّ الجوار؛ وسائل الشيعة: ١٢ / ١٣٢، أبواب أحكام العشرة، ب ٩٠، ح ١.

(٦) الكافي: ٢ / ٦٦٩، ح ١، باب حدّ الجوار؛ وسائل الشيعة: ١٢ / ١٣٢، أبواب أحكام العشرة، ب ٩٠، ح ٢. وعمرو بن عكرمة مهملاً.

وأمّا الوقف على من انتسب إلى أبيه، فالمشهور الاختصاص بأولاده
الأبناء، كما ذكر في كتاب الخمس، ومن قال هناك بعدم الاختصاص يقول
انتسب إلى أبيه في المقام.

(لو وقف على مصلحة فبطلت، قيل: يصرف إلى البر، وإذا
شرط إدخال من يوجد مع الموجود صحيحاً، ولو أطلق الوقف وأق卜ض
لم يصح إدخال غيرهم معهم، أولاداً كانوا أو أجانب، وهل له ذلك
مع أصاغر أولاده؟ فيه خلاف، والجواز مرويٌّ، أمّا النقل عنهم،
فغير جائز).

لو وقف على مصلحة فبطلت، حكى عن الشيخ^(١) وجماعة^(٢) أنه لو وقف على مصلحة
فبطلت يصرف في وجوه البر.

وعلى أن الملك خرج عن ملك الواقف بالوقف الصحيح أو لا، فلا
يعود إليه، والقرية الخاصة وإن تعذر فإنّه يصرف إلى غيرها من القرب،
لا شراك الجميع في أصل القرية^(٣).

ويرد عليه ما ذكره في المسالك من أنه: لا يلزم من قصده القرية
الخاصة قصد القرية المطلقة^(٤).

(١) النهاية: ٦٠٠.

(٢) المقنعة: ٦٥٤؛ المهدب: ٩٢-٩٣؛ الوسيلة: ٣٧١؛ غنية التزوع: ٢٩٩؛ إصلاح الشيعة:
٣٤٧؛ الجامع للشرايع: ٣٧٠؛ تحرير الأحكام: ١/٢٨٨.

(٣) مسالك الأفهام: ٥/٣٤٦-٣٤٧.

(٤) مسالك الأفهام: ٥/٣٤٧.

وقد يقال: إن المسألة وإن كانت غير منصوصة إلا أن لها نظائر في الشرع قد ورد الحكم فيها بما ذكره الأصحاب، ويرجع الجميع إلى أنه مع تعذر ما عينه المالك من وصيّة أو نذر أو نحو ذلك مما يجب إنفاذها شرعاً، فإنه مع تعذر المصرف المخصوص يصرف في وجوه البر، ولا يرجع إلى الورثة^(١).

فمن ذلك ما أوصى بأبواب عديدة من الموصي فنسي الوصي باباً أو أبواباً، فإنه يصرف في وجوه البر، كما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن ريان: «أنه كتب إلى أبي الحسن محمد بن علي عليهما السلام يسأله عن إنسان أوصى بوصيّة فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحداً منها، كيف يصنع في الباقي؟ فوق عليهما السلام: الأبواب الباقية اجعلها في البر»^(٢).

ومن ذلك ما رووه عن علي بن مزيد صاحب السابري عن أبي عبد الله عليهما السلام في حديث طويل يتضمن: «أنه أوصى رجل بتركته إلى علي المذكور وأمره أن يحج بها عنه، قال: فنظرت فإذا هو شيء يسير لا يكفي للحج فسألت الفقهاء من أهل الكوفة، فقالوا تصدق بها عنه فتصدق به، ثم لقي بعد ذلك أبي عبد الله عليهما السلام فأخبره بما فعل، فقال: إن كان لا يبلغ أن يحج به من مكة فليس عليك ضمان، وإن كان يبلغ ما

(١) المدائق الناضرة: ٢٢/٢١٨.

(٢) الكافي: ٧/٥٨، ح ٢١٩-٢١٨، ٥٥١٣، باب التوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٩، ح ٢١٤، باب الوصيّة المبهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٣، أبواب أحكام الوصايا، ب٦١، ح ١، وفيه سهل بن زياد. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٩٠.

يحجّ به فأنت ضامن^(١)، والتقريب أنه قرره على الصدقة إذا لم يبلغ الحجّ به من مكّة، ولم يحكم بكونه ميراثاً.

ويمكن أن يقال: مع بطلان المصلحة لا يتحقق الوقف المؤبد، ومع عدم التحقق لا يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف، وليس هذا رجوعاً عن الواقفية إلى الملكية، بل من أول الأمر ما خرج من ملكه نظير إجارة الدار مدة معينة مع عدم قابلية الدار بحيث تنهدم قبل بلوغ المدة حيث يقال ببطلان الإجارة من أول الأمر بالنسبة إلى بعض المدة، فالمقام من قبيل الوقف على ما ينفرض، فسواء سمي وقفاً منقطع الآخر أو حبسأً، لا وجه لخروج الملك عن ملك الواقف، وبعد موته يرجع إلى ورثته.

ولا وجه لتنظير المقام بباب الوصيّة مع نسيان الوصي المصرف، لصحة الوصيّة وخروج الملك عن الصلوح للوراثة، فمع النسيان يصرف بحكم الشرع في وجوه البرّ.

نعم، روایة عليّ بن مزيد المذکورة - إن تم سندها - تؤيد مقالة المشهور إن حصل القطع بعدم الفرق بين الوصيّة والوقف.

وقد يقال: إنه إن كان يظهر من حال الواقف الإعراض عن المال

(١) الكافي: ٢١/٧، ٢٢-٢١، ح١، باب أنّ الوصي إذا كانت الوصيّة في حقّ غيرها فهو ضامن؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٧-٢٠٨، ٥٤٨٢، باب ضمان الوصي لما يغيره عما أوصى به الميت؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٢٨، ح٤٦، باب وصيّة الإنسان لعبدة وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٤٩، أبواب أحكام الوصايا، ب٣٧، ح٢. وعلىّ بن مزيد صاحب السابري مهملاً.

الذي وقفه أبداً وبالمرة بحيث لو سئل: إذا لم يمكن الصرف في كذا كيف يصنع به؟ يقول: يصرف فيسائر الخيريات، فالحكم هو الصرف في وجوه البرّ الأقرب إلى ذلك فالأقرب، وإن لم يظهر من حاله ذلك بطل، ورجوع إلى الواقف أو وارثه^(١).

ويمكن أن يقال: محل الكلام ما لو وقف على مصلحة واتفق بطلانها مع القابلية لعدم البطلان، ففي هذا النظر لا إعراض عن المال.

نعم، يتصور الإعراض التقديرى بحيث لو سئل عن صورة بطلان المصلحة يقول كذا، وكفاية الإعراض على تقديره محل إشكال.

ثم إنّه لا وجه مع الإعراض للصرف في وجوه البرّ الأقرب فالأقرب، بل حال سائر الأموال المعرض عنها يتصرف من أراد.

وأمّا 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.

وقد يتمسّك بعموم «الوقف»، إلى آخره^(٢)، ويشكل من جهة أنّ الظاهر أنه ليس في مقام مشروعية الوقف بأيّ نحو أراد الواقف حيث إنّ لازمه جواز شرط الخيار وشرط إخراج الموقوف عليهم وإدخال غيرهم مقامهم.

(١) تكميلة العروة الوثقى: ٢٥٠ / ١.

(٢) رياض المسائل: ١٥٧ / ١٠.

وببيان آخر: هذه الرواية وإن وردت بعد السؤال عن الوقف الموقّع وغير الموقّع وعن صحة الوقف، لكنه 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 كل أحد أو يكون مختاراً بالنسبة إلى ما سئل عنه؟ فتدبر.

وأضيف أيضاً خبر أبي طاهر البلايلي المروي عن كمال الدين قال:
«كتب جعفر بن حمدان: استحللت بجارية - إلى أن قال: - ولني ضياعة قد
كنت قبل أن تصير إلى هذه المرأة سبّلتها على وصاياتي وعلى سائر ولدي
على أنّ الأمر في الزيادة والنقصان منه إلى أيام حياتي وقد أتت هذه بهذا
الولد فلم ألحقه في الوقف المتقدم المؤيد، وأوصيت إن حدث بي حدث
الموت أن يجري عليه ما دام صغيراً فان كبر أعطي من هذه الضياعة جملة
مائتي دينار غير مؤيد، ولا يكون له ولا لعقبه بعد إعطائه ذلك في الوقف
شيء، فرأيك أعزك الله تعالى؟»

فورد جوابها - يعني عن صاحب الزمان-: أَمّا الرَّجُلُ الَّذِي اسْتَحْلَلَ
بِالْجَارِيَةِ -إِلَى أَنْ قَالَ: - وَأَمّا إِعْطَاوَهُ الْمَائِيَّ دِينَارٍ وَإِخْرَاجِهِ مِنَ الْوَقْفِ،
فَالْمَالُ مَالُهُ فَعَلَّ فِيهِ مَا أَرَادَ^(١).

وهذه الرواية ليست ظاهرة في كون الضيعة بتمامها موقوفة، بل لعل بعضها موقوف وبعضها متعلق الوصية، ومتعلق الوصية يكون

(١) كمال الدين: ٥٠٠؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ١٨٤، أبواب أحكام الوقف والصدقات، ب٥، ح٢. وأبو طاهر البلالي مهمل.

اختياره بيد الموصي ما دام الحياة، فإن الوقف منجز قبل الموت، والوصية معلقة على الموت، هذا مضافاً إلى أنه لم يظهر تصحيح أو توثيق من جهة السند.

وما ذكر ظهر حال ما لو أطلق الوقف وتحقق القبض، فلا يصح إدخال غير الموقوف عليه، لأن الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

الوقف على أولاده وعن الشيخ في النهاية أنه إذا وقف على أولاده الأصاغر جاز أن يشترط معهم من يتجدد له من الأولاد وإن لم يشترط ذلك في العقد^(١)، وعن القاضي موافقة الشيخ بشرط عدم تصرّفه بإرادة الاختصاص بالسابقين^(٢).

واستدل^(٣) على ما ذهب إليه الشيخ بجملة من الأخبار:

منها: صحيح علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام: «عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدوا له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده؟ قال عليه السلام: لا بأس بذلك»^(٤).

ومنها: خبر محمد بن سهل عن الرضا عليه السلام: «عن الرجل يتصدق على

(١) النهاية: ٥٩٦.

(٢) المهدى: ٨٨-٨٩/٢.

(٣) مختلف الشيعة: ٦/٣٠١؛ التنجيح الرابع: ٢/٣٢٢؛ رياض المسائل: ١٠/١٦٠؛ جواهر الكلام: ٢٨/٨٢.

(٤) 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، ب٥، ح ١.

كتاب الوقف والصدقات والهبات ٣٣٧

بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه؟ قال عليهما السلام:
لابأس^(١).

ومنها: صحيح ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليهما السلام: «في الرجل يجعل بعض^(٢) ولده شيئاً وهم صغار ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده؟ قال عليهما السلام: لا بأس»^(٣).

ومنها: خبر علي بن جعفر عليهما السلام: «عن رجل تصدق على ولده بصدقة، ثم بدا له أن يدخل معه غيره فيه مع ولده أىصح ذلك؟ قال: نعم، يصنع الوالد بما ولده ما أحبّ، والهبة من الوالد بمنزلة الصدقة من غيره»^(٤).

والمشهور منعوا ذلك، وأعرضوا عن العمل بهذه الأخبار عملاً بمقتضى القاعدة.

(١) تهذيب الأحكام: ٩/١٣٦، ح ٢١، باب الوقف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠١، ح ٤،
باب من تصدق على ولده الصغار ثم أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة:
١٩/١٨٣، أبواب أحكام الوقف والصدقات، ب٥، ح ٢. والرواية صحيحة على كلام في
محمد بن سهل. راجع معجم رجال الحديث: ١٦٧/١٦.

(٢) «البعض» ليس في المصادر.

(٣) الكافي: ٧/٩، ح ٣١، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمري
والرقمي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٣٥-١٣٦، ح ١٩،
باب الوقف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠٠، ح ١، باب من تصدق على ولده الصغار
ثم أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٨٣، أبواب أحكام الوقف
والصدقات، ب٥، ح ٣.

(٤) قرب الإسناد: ٢/١١٩؛ وسائل الشيعة: ١٤/١٨٤، أبواب الوقف والصدقات، ب٥،
ح ٥، وفيه عبد الله بن الحسن وهو مهملاً. راجع قاموس الرجال: ٦/٣١٨.

ول الصحيح آخر لابن يقطين عن أبي الحسن عليهما السلام: «عن الرجل يتصدق بعض ماله على بعض ولده ويبيّنه لهم أنه أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أباهم بصدقة؟ قال عليهما السلام: ليس له ذلك إلا أن يشرط أنه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له»^(١).

المؤيد بخبر جميل: «قلت لأبي عبد الله عليهما السلام: الرجل يتصدق على ولده بصدقة وهم صغار أنه أن يرجع فيها؟ قال عليهما السلام: لا الصدقة لله عزّ وجّل»^(٢).

وقد يقوى ما هو المشهور من جهة أن الأخبار المذكورة بعضها ضعيف السند مع عدم الجابر، وبعضها ضعيف الدلالة ك الصحيح 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: ٩/١٨٣، أبواب أحكام الوقف والصدقات، ب ٥، ح ١.

(٢) الكافي: ٧/٣١، ح ٥، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمري والرقبي 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: ٩/١٧٩، أبواب الوقف والصدقات، ب ٤، ح ٢. والرواية صحيحة.

(٣) تكميلة العروة الوثقى: ١/٢٤٥.

من جهة ترك الاستفصال، بل الفرد الغالب الوقف، وبذلك يستشكل في الحمل على صورة عدم تحقق القبض، وأمّا الحمل على مجرّد العزم والإرادة، فلا مجال له أصلًا، وأمّا عدم عمل المشهور، فلم يحرز أَنَّه من جهة الإعراض أو من جهة الأخذ بالطرف الآخر ترجيحاً أو تخيراً.

ولا يبعد أن يقال: بعد معارضته الأخبار المذكورة مع الصحيح الثاني لابن يقطين يرجع إلى عموم «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» من جهة كونه مرجحًا.

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 التغيير، وأمّا على حمل الخبر على صحة 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 الأعلون والأدنون.

الثالثة: إذا وقف على أولاده اشترك أولاده البنون والبنات الذكور والإإناث بالسوية).

إذا وقف في سبيل الله يصرف في كلّ ما يكون وصلة إلى الشواب، الوقف في سبيل الله والقول بالاختصاص بالجهاد - كما عن ابن حمزة^(١) -، أو بقسمته أثلاثاً:

(١) الوسيلة: ٣٧١

ثلث للقراء، 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 حتى يقولوا على الحجّ والجهاد»^(٢).

إذا 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 صحته والصرف عليهما أو صحته لأحد هما، وكذا الكلام لو أتى بالفرد، وقد يفصل بين الإتيان بلفظ الجمع وبين الإتيان بلفظ المفرد أقوالٌ مبنية على أنّ لفظ «المولى» مشترك معنوي، كما يظهر من المحكي عن الوقف على المولى

(١) قال في المبسوط: إذا وقف وقفًا وشرط أن يصرف في سبيل الله وبسبيل الثواب وبسبيل الخير، صرف ثلثه إلى الغزارة والحجّ والعمرة وثلثه إلى القراء والمساكين، ويبداً بأقاربها وهو سبيل الثواب، وثلثه إلى خمسة أصناف من الذين ذكرهم الله في آية الصدقة. المبسوط: ٢٩٤ / ٣.
وقال في الخلاف: إذا وقف وقفًا وشرط أن يصرف منفعته في سبيل الله جعل بعضه للغزارة المطروعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان، وبعضه في الحجّ والعمرة، لأنّهما من سبيل الله. ثمّ قال: دليلنا إجماع الفرقة. الخلاف: ٥٤٥ / ٣.

(٢) تفسير القمي: ١ / ٢٩٩؛ وسائل الشيعة: ٩ / ٢١١، أبواب المستحقين للزكاة، ب١، ح٧.
والرواية مرسلة.

الشيخ ^{رحمه الله}^(١) حيث جعله كلفظ الأخ الصادق على الأخ من الآبوبين ومن الأب و من الأم، أو مشترك لفظي.

وعلى الثاني هل يجوز استعمال المشترك في أكثر من معنى مطلقاً، أو استعمال المشترك في أكثر من معنى يجوز في الجمع دون المفرد، أو لا يجوز مطلقاً؟

فعلى الأوّل يصرف عليهما، وكذا على الثاني، وكذا على الثالث إذا كان بلفظ الجمع دون المفرد، فيبطل للإجمال أو يصح في أحدهما، وعلى الرابع أيضاً يبطل أو يصح 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 يصح بالنسبة إلى أحدهما، ويعين بالقرعة، أو يقسم بينهما على وجه الصلح القهري، ثمّ المناط في صحة الاستعمال وعدمها مذهب الواقف لا الحاكم والمفتى ^(٢).

ويمكن أن يقال: على فرض كون الاشتراك لفظياً، لا مانع من جواز الاستعمال في أكثر من معنى مع صحته عند أهل اللسان، وما ذكر من وجہ الاستحالۃ محل إشكال، لكنّ الظاهر أنّه خلاف الظاهر يحتاج إلى القرينة وهذا كاف في عدم الحمل على الصنفين.

ومع فرض الاستحالۃ يتصور الجامع بين الصنفين بأن يراد المسمى باسم المولى كما قيل في لفظ «الزیدین» يراد فرداً من المسمى بلفظ «زید»،

(١) الخلاف: ٥٤٦/٣

(٢) تكملة العروة الوثقى: ٢٢٣/١

لكنه خلاف الظاهر في المقام، فجواز الحمل وعدم جوازه ليس مبنياً على صحة الاستعمال وعدمها، ومع عدم القرينة والإجمال يشكل القرعة، ألا ترى أنه لو علم بدين عليه إما لزيد أو لعمر وهل يعين بالقرعة؟

وأماماً ما ذكر من أن المناط في صحة الاستعمال وعدمها مذهب الواقع، إلى آخره، فيشكل بأن مجرد الصحة لا يوجب الظهور.

وثانياً: مع عدم صحة الاستعمال بنظر المفتى أو الحاكم يخرج اللفظ عن سinx الألفاظ المستعملة في المحاورات، فمع الحاجة إلى اللفظ المستعمل بالنحو الصحيح كيف يصح الوقف؟

وأماماً 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 متعدد كالعلوية والهاشمية والتميمية، ولا يجب تتبع من دون توزيع إلا أن يكون مع عدم الخصر انصرف والفقراء غير مخصوصين، ودعوى انصرافهم إلى فقراء بلد الوقف مشكلة.

إذا وقف على الفقراء
انصرف إلى فقراء
البلد

المعروف أنه مع كون الموقوف عليهم مخصوصين لا بد من توزيع منافع العين الموقوفة عليهم وتشريكيهم، ومع عدم الخصر تصرف في البعض من دون توزيع إلا أن يكون مع عدم الخصر انصرف والفقراء غير مخصوصين، ودعوى انصرافهم إلى فقراء بلد الوقف مشكلة.

نعم، قد يستظهر من مكتبة علي بن محمد بن سليمان النوفي قال: «كتب إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدي 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 مصرفًا له، ولا ينافي 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، وإن المراد أن المصرف من حضر لا أنه يجب الدفع إلى كل من حضر^(٣).

ويمكن أن يقال: مع عدم القرينة يشكل فهم المراد من جهة أن ظاهر الجمع المحل 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 مصرفًا كالفقراء في باب الزكاة ولا ترجيح، والمكاتبة المذكورة يشكل الأخذ بها من جهة ضعف السنده، 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 والعمري والرقيبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ وسائل الشيعة: ١٩٣/١٩ - ١٩٤، أبواب الوقف والصدقات، ب٨، ح ١. وعلى بن محمد بن سليمان التوفيق مهمل.

(٢) الحدائق الناصرة: ٢٢/١٩٨.

(٣) تكميلة 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 للتوجّه، كما أنه لو وقف على المحصورين نسلاً بعد نسل، فانحصر 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

لا يجوز إخراج الوقف

يؤدي إلى فساده على تردد).

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، وادعى عليه الإجماع^(١).

وقد يقال: عدم جواز البيع وسائر النواقل وما في معرض النقل كالرهن داخل في حقيقة الوقف، إذ هو تحبس الأصل وتسبيل المنفعة^(٢).

(١) المقنعة: ٦٥٢؛ الكافي في الفقه: ٣٢٥؛ المراسم: ١٩٧؛ النهاية: ٥٩٩؛ المهدى: ٩٢/٢؛ الوسيلة: ٣٧٠؛ السرائر: ١٥٣/٣؛ الجامع للشرايع: ٣٧٢. ثم أعلم أن بعض عباراتهم صريحة في جوازه بشرط إلا أنهم اتفقوا في عدم جواز بيع الوقف إجمالاً.

(٢) تكميلة العروة الوثقى: ٢٥٢/١.

ويمكن أن يقال: هذا مسلّم، لكن لا بدّ من لزوم التحبيس وإلا فمثل المبة غير الالزمة حقيقتها النقل إلى الغير.

ما استدلّ به على

واسدلّ^(١) على عدم جواز أيضًا بجملة من الأخبار:

عدم الجواز

منها قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»^(٢).

ومنها قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة 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 مما ذكر، أمّا الخبر الأول، المناقشة في ما ذكر

(١) رياض المسائل: ١٠ / ١٧١، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري): ٤ / ٣٣.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٤، ٥٥٦٧، ح ٢٣٧، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ٩-١٢٩، ح ٢، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤ / ١٠٠، ح ٢، باب من وقف وفناً ولم يذكر الموقوف عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ١٩٢، أبواب أحكام الوقف والصدقات، ب ٧، ح ٢. والرواية صحيحة.

(٣) الكافي: ٧ / ٣٧، ح ٣٥، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والمبة والسكنى والعمري والرقي ومتى 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 الوقف والصدقات؛ الاستبصار: ٤ / ٩٧، ح ١، باب أنه لا يجوز بيع الوقف؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ١٨٥، أبواب أحكام الوقف والصدقات، ب ٦، ح ١. والرواية صحيحة.

(٤) الكافي: ٧ / ٣٩، ح ٤٠، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والمبة والسكنى والعمري والرقي ومتى 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 الوقف والصدقات. والرواية معتبرة بأسانيد مختلفة.

فلان الاستدلال به مبني على أن يكون المراد أنه يجب إيقاؤها 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 والصحّة، كما يستفاد من «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ» اللزوم والصحّة، 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 الموقّت وغير الموقّت المذكورين في كلام الراوي.

والخبر الثاني لا مانع من الأخذ بإطلاقه، وتكفي في المقام رواية صفوان بن يحيى المذكورة في صدر الكتاب حيث إنّ فيها قول السائل: «ثُمَّ يَبْدُلُهُ أَنْ يَحْدُثُ فِي ذَلِكَ شَيْئاً» ولعلّه يشمل ما لو بدا للواقف تبديل العين الموقوفة؛ فتدبر.

وأما بيع الوقف، وبعد الفراغ عن عدم جوازه في الجملة لما ذكر استثنى موارد:

أحدها: ما لو زال عنوان لاحظه الواقف في وقفه، كما إذا وقف بستانًا

مستثنيات بيع

الوقف

(١) تكميلة العروة الوثقى: ٢٥٣ / ١

ملاحظة في وقفه البستانية أو الدار ملاحظاً فيها الدارية فمع الخروج عن العنوان، بطل كونها وقفاً.

واستشكل في البطلان بأنه إن أريد بالعنوان ما جعل مفعولاً في قوله: «وقفت هذا البستان» فلا شك في أنه كقوله: «بعث 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: بعث هذا البستان بمنزلة بعث هذا الشيء، بخلاف ما إذا جعل عنواناً، كما هو المفروض^(٢).

ويمكن أن يقال: ما ذكر في الجواب يشكل من جهة أنّ البيع والموهوب - على ما ذكر - البستان بها هو شيء من الأشياء، لا بما هو بستان حيث إنه جعل مورداً للبيع والهبة.

ولازم هذا أنه لو باع حيواناً بما هو عبد حبشي فبان حماراً وحشياً لزم صحة البيع، لأنّ البيع وقع على الموجود الخارجي بما هو شيء لا بعنوان كونه عبداً، ومثله لو باع الحنطة فبانت شعيراً، ولا أظنّ أن يتلزم به.

ويمكن الفرق بين باب البيع والهبة وبين باب الوقف مع اشتراك الأبواب في مدخلية العنوان بانتقال مجموع المادة والصورة إلى المشتري والموهوب له، وبعد ارتفاع صورة النوعية تكون المادة وما بمنزلتها بحالها السابقة باقية بملك المشتري والموهوب له بخلاف العين الموقوفة، فإنهما

(١) كتاب المكاسب (للسيد الأنصاري): ٤ / ٧٥.

(٢) تكميلة العروة الوثقى: ١ / ٢٥٤.

محبوسة ما دامت قابلة للانتفاع بها، فمع ارتفاع القابلية تبطل الوقفيّة، ولا معنى لوقفيّة العين التي انسلخت منها الصورة التي بها تكون قابلة لانتفاع الموقوف عليه بها.

وممّا ذكر ظهر الإشكال فيما لو أتلف متلف العين الموقوفة وكانت قيمية، فإنّ القيمة المأخوذة من المتلف كيف تلتزم بوقفيتها مع أنها لا منفعة لها، وما الدليل على لزوم صرفها في مثل تلك العين الموقوفة؟ وفي المقام أيضاً القائل بجواز البيع يتلزم ببيع أرض البستان مثلاً واشتراء بستان آخر ويطالب بإقامة الدليل.

نعم، لو قلنا بأنّ العين الموقوفة تنتقل إلى الموقوف عليهم بنحو الملكيّة الموقّطة حيث إنّها تنتقل إلى الطبقة المتأخرة في مثل الوقف على الأولاد نسلاً بعد نسل صحيح ما ذكر، لكنّ آنئـة لنا إثبات هذا؟!

وقوع الخلف المؤدي إلى الفساد

وأمّا صورة وقوع الخلف المؤدي إلى الفساد، فاستدلّ^(١) على جواز البيع فيها بخبر عليّ بن مهزيار قال: «كتبت إلى أبي جعفر ع: أنّ فلاناً ابـات ضـيعة فأوقفـها وجعلـ لكـ فيـ الـوقـفـ الخـمـسـ وـسـائـ عنـ رـأـيكـ فيـ بـيعـ حـصـتكـ منـ الأـرـضـ أوـ تـقوـيمـهاـ عـلـىـ نـفـسـهـ بـمـاـ اـشـتـراـهـ أـوـ يـدـعـهـ مـوـقـفـةـ؟ـ فـكـتبـ عـلـيـهـ إـلـيـهـ:ـ أـعـلـمـ فـلـانـاـ أـنـ آـمـرـهـ بـيـعـ حـصـتيـ (٢)ـ مـنـ الضـيـعـةـ وـإـيـصالـ ثـمـنـ ذـلـكـ إـلـيـهـ،ـ وـأـنـ ذـلـكـ رـأـيـيـ إـنـ شـاءـ اللـهـ،ـ أـوـ يـقـوـمـهـ عـلـىـ نـفـسـهـ إـنـ كـانـ ذـلـكـ أـرـفقـ لـهـ.

قال: وكتبت إليه أنّ رجلاً ذكر أنّ بين من وقف عليهم هذه الضيّعة

(١) مختلف الشيعة: ٦/٢٨٨؛ رياض المسائل: ١٠/١٧٣.

(٢) في المصادر: «حقي».

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 إلى بخطه: وأعلمك أن رأيي له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأنسس 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 عملاً أو ظناً على وجه لا يمكن الانتفاع به أصلاً، أو كانت منفعته قليلة ملحة بالعدم، سواء كان لأجل الاختلاف بين أربابه أو لغيره، فإن الأقوى جواز بيعه وشراء عوضه بعوضه، لأنصراف أدلة المنع، فإن إبقاءه مناف لغرض الواقف.

وأيضاً إذا دار الأمر بين سقوط الانتفاع به أصلاً وبين سقوط الانتفاع بشخصه مع بقاء نوعه، كان الأولى الثاني مع أن بقاءه تضييع للمال، واللازم تأخير البيع إلى آخر أزمنة إمكان البقاء.

وثانياً: لعدم ظهوره في الوقف المؤبد الذي هو محل البحث، لعدم ذكر الأعاقب فيه.

(١) الكافي: ٣٦/٧، ح٣٠، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والمبة والسكنى والعمري والرقيبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٤٠، ح٥٥٧٥، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تمذيب الأحكام: ٩/١٣٠، ح٤، باب الوقف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/٩٨، ح٥، باب أنه لا يجوز بيع الوقف؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٨٧-١٨٨، أبواب أحكام الوقف والصدقات، ب٦، ح٦-٥. والرواية صحيحة.

وثالثاً: لاحتمال 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: أنّ الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين مع أنه مناف لحقّ البطون اللاحقة، ولقول المجوزين، فإنّهم يقولون بجواز البيع وشراء عوض الوقف بثمنه^(١).

الجواب عن الإشكالات ويمكن أن يقال: أمّا ما استشكل أولاً، فيشكل من جهة عدم انتظام ما في الخبر مع الصورة المذكورة من جهة عدم ارتباط ما ذكر مع تلف الضيعة الموقوفة، وسقوطها عن حيز الانتفاع، بل الظاهر أنّ المراد تلف مال آخر خصوصاً مع ملاحظة أنّ الأرض غير قابلة للتلف، والتعبير عن تلف الضيعة بتلف الأموال لا يناسب.

وعلى فرض إتلاف الضيعة بمعنى سقوطها عن حيز الانتفاع مستنداً إلى بعض الموقف عليهم أو كلّهم يكون المقام داخلاً فيما لو أتلف متلف العين الموقوفة، فإنّ قلنا هناك بالتغيير والضمان نقول في المقام بالضمان بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة، ولا مجال للاكتفاء بثمن العين الساقطة عن حيز الانتفاع إلا أن يكون بحيث لا يمكن أخذ الغرامа.

وثانياً: لم يظهر وجه جواز البيع في الصورة المذكورة إلا من جهة الإحسان، ولا زمه جواز بيع مال الغائب إذا بلغ هذا الحدّ.

(١) تكميلة العروة الوثقى: ٢٥٦-٢٥٧.

نعم، قد يستظهر من بعض الأخبار المعرّضة لمن وجد سفرة فيها حم وغیره جواز التقويم والتصرّف، وكذا من وجد الشاة في الغلة.

ثم إنّه 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، ولو لا شبهة الإجماع لأمكن القول بالبقاء على ملكيّة الواقف كحبس العين مدة قابلة للانتفاع بها، فالأظهر حمل الرواية على صورة عدم تماميّة الوقف.

والشاهد عليه أمر الإمام عائشة - على ما في الرواية - ببيع حصّته أو التقويم على نفسه إلا أنّه يشكل من جهة أنّه مع عدم تماميّة الوقف لم يخرج عن ملك الواقف بمجرد إنشاء الوقف، وعدم القبض، فكيف يؤمر ببيع الحصّة أو التقويم على نفسه؟

هذا مع أنّ حصّة الإمام عائشة كيف جوّز بيعها مع أنها من الوقف، فلا يبعد أن يكون أمر الإمام عائشة بالبيع وتقسيم الثمن بين الموقوف عليهم بعنوان الولاية المخصوصة به عائشة فتحصل الإشكال في الأخذ بظاهر الرواية مع حفظ الأصول والقواعد، ولعلّه لما ذكر تردد في المتن.

(السادسة: إطلاق الوقف يقتضي التسوية، فإن فضل لزم.

السابعة: إذا وقف على القراء وكان منهم جازأ يشركهم).

لا إشكال في أنّ الإطلاق مع عدم ما يوجب خلافه يقتضي التسوية، إطلاق الوقف يقتضي التسوية لكنّه قد يتّفق أنّه مع إطلاق اللفظ لا يفهم التسوية، كما لو قال المولى لعبدة: أكرم جيري، 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،
لأنّ الموقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

إذا وقف على الفقراء وكان منهم
فقراء البلد المحسورين، فالظاهر عدم جواز شركته معهم إن كان منهم،
أو دخل فيهم، لصدق الوقف على نفسه المنوع شرعاً.

وأمّا لو لم يكن كذلك كالوقف على غير المحسورين، فقد يقرب الجواز
بأنّ الموقوف عليه هو العنوان، كما لو وقف على الفقراء والملحوظ جهة
النقد، والقياس على الزكاة التي للقراء ولا يجوز للفقير أن يأكل زكاة
نفسه، لا وجه له، إذ فيها يجب الإعطاء، ومع أكله نفسه لا يصدق إيتاء
الزكاة، فلا يدخل تحت عنوان الوقف على النفس^(١).

وي يمكن أن يقال: لازم ما ذكر جواز دخول الواقف لو وقف على فقراء
البلد مع كونهم محسورين وكونه منهم، ومجدد كون الوقف على العنوان مع
كون الواقف مشمولاً له لا يوجب عدم صدق الوقف على النفس.

وما ذكر في باب الزكاة من أنّ الزكاة يجب إعطاؤها يتمّ على فرض
إفادة الحصر ووجوب الإعطاء في كلّ زكاة، فلا يبعد المنع، كما حكي عن
ابن إدريس^(٢) والعلامة رحمه الله في المختلف^(٣) والتذكرة^(٤)، وإن حكى عن
المشهور الجواز.

(١) تحملة العروة الوثقى: ٢٠١ / ١.

(٢) السرائر: ١٥٥ / ٣.

(٣) مختلف الشيعة: ٢٩٧ / ٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: ١٢٨ / ٢٠.

وأمّا الأوقاف العامّة مثل المساجد والقنطر والخانات للزّوار والحجّاج، فالظاهر عدم الإشكال في جواز انتفاع^(١) الواقف بها، لقيام السيرة.

(من اللواحق: مسائل السكني والعمري)

(وهي تفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض، وفائدة هما التسلیط على استيفاء المنفعة تبرعاً مع بقاء المالك، وتلزم لو عين المدة 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 مدة ولا عمراً تخير المالك في إخراجه مطلقاً).

لا شبهة في مشروعية السكني والعمري والرقيبي، ويدلّ عليه الأخبار الكثيرة:

منها: ما رواه المشايخ الثلاثة – قدس الله تعالى أرواحهم – عن حمران الأخبار في مشروعية السكني والعمري والرقيبي، قال: سأله عن السكني والعمري «قال: إن الناس فيه عند شرطهم، إن كان شرطه حياته [سكن حياته]^(٢)، وإن كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفونا، ثم يرد 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 والهبّة والسكني والعمري والرقيبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٥٣، ح ٩٤، باب السكني والعمري والرقيبي؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٣٩، ح ٣٤، باب ← ح ٥٩٨، باب السكني والعمري والرقيبي.

ومنها: ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: «سُئِلَ عَنِ السُّكْنِيِّ وَالعُمُرِ؟ فَقَالَ: إِنْ كَانَ جَعَلَ السُّكْنِيِّ فِي حَيَاةِ فَهُوَ كَمَا شَرَطَ، وَإِنْ كَانَ جَعَلَهَا لَهُ وَلِعَقْبِهِ مِنْ بَعْدِهِ حَتَّى يَفْنِي عَقْبَهُ، فَلِيُسْ لَهُمْ أَنْ يَبِيعُوا وَلَا يَوْرُثُوا، ثُمَّ تَرْجِعُ الدَّارَ إِلَى صَاحْبِهَا الْأَوَّلِ»^(١).

ومنها: ما رواه المشايخ الثلاثة عن أحمد بن عمر الحلبي، عن أبيه في الموثق، عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: «سُئِلَ عَنِ رَجُلٍ أَسْكَنَ رَجُلًا دَارَهُ حَيَاةً؟ قَالَ: يَحْبُزُ لَهُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْرُجَهُ، قَلْتَ: فَلِهِ وَلِعَقْبِهِ؟ قَالَ: يَحْبُزُ، وَسُئِلَ عَنِ رَجُلٍ أَسْكَنَ رَجُلًا وَلَمْ يَوْقُتْ لَهُ شَيْئًا؟ قَالَ: يَخْرُجُهُ صَاحِبُ الدَّارِ إِذَا شَاءَ»^(٢).

→ الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠٣، ح١، باب السكنى والعمرى؛ وسائل الشيعة: ٢١٨/١٩، أبواب أحكام السكنى والحبس، ب٢، ح٢. والرواية معتبرة.

(١) الكافي: ٧/٣٣-٣٤، ح٢٢، باب ما يجوز من الوقوف والصدقة والنحل والملبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٥٣، ح٥٩٩، باب السكنى والعمرى والرقبى؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٤٠، ح٣٥، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠٤، ح٢، باب السكنى والعمرى؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٢٠، أبواب أحكام السكنى والحبس، ب٣، ح١. والرواية معتبرة. والرواية صححة على كلام في محمد بن الفضيل. راجع معجم رجال الحديث: ١٤٩/١٧.

(٢) الكافي: ٧/٣٤، ح٢٤، باب ما يجوز من الوقوف والصدقة والنحل والملبة والسكنى والعمرى والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٥٣، ح٥٩٧، باب السكنى والعمرى والرقبى؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٤٠، ح٣٦، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢١٩، أبواب أحكام السكنى والحبس، ب٢، ح٣. 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 عَلَيْهِ الْكَفَافُ: «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 يوقّت؟ قال: جائز، وله أن يخرجه 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 لاعتبار القبض إلا الإجماع إلا أن يقال: يفهم من قوله: «اسكن» أو: «يسكن» الإقباض، وخالف 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 التوثيق وصورة عدمه، ففي التفصيل في بعض الأخبار بين صورة الأولى حكم باللزوم، وفي الثانية حكم بعدم اللزوم. التوثيق وعدمه ويعق الإشكال من جهة أنه بعد ما كانت الفائدة التسلية على الانتفاع

(١) التردid لأجل إبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ١/٣١٦.

(٢) ما بين المعقودين أثبتناه من المصدر.

(٣) الكافي: ٧/٣٤، ح ٢٥، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والمبة والسكنى والعمري والرقبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٤٠، ح ٣٧، باب الوقف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠٤، ح ٣، باب السكنى والعمري؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢١٩، أبواب أحكام السكنى والحبس، ب٤، ح ٢٢٢-٢٢١، ١٩/٢، ح ٤، ب ١.

تبرّعاً من دون اعتبار قصد القربة، ولذا يجوز إخراج الساكن مع عدم التوقيت، لا نجد فرقاً بين المقام وبين العارية، مع أنه لا شبهة في أنه للمعير الرجوع واسترداد العين المستعاره من المستعير من غير فرق بين صورة التوقيت وغيرها.

ولا يبعد التفرقة بين المقامين بإباحة منافع العين المستعاره في العارية من دون حصول الملكية للمستعير، بخلاف المقام، فلا يبعد القول بحصول الملكية للمعمر والساكن، فمع اللزوم مع التوقيت لا يعتبر العقلاه مالك العين ملكية المنفعة، ولا ينافي هذا مع عدم استحقاق المعمر والمسكن غير ما عين له، فإن الحال حال من استأجر عيناً وعيّن له استيفاء منفعة خاصة بنحو خاصٍ.

ولازم ما ذكر أنه لو غصب الغاصب كان ضامناً للمعمر والمسكن بالنسبة إلى المنافع دون المالك، ولا يبعد ما ذكر في صورة عدم التوقيت كاهبة الجائزه، وقد يستظهر ما ذكر من قوله عليه السلام - على المحكي - في خبر أبي الصباح الكناني: «ثم ترجع الدار إلى صاحبها الأول» وكذا خبر حمران المذكورين؛ وفيه تأمل.

بقاء الملك محل السكنى على ملكه
وأمّا بقاء الملك محل السكنى على ملك مالكه، فوجهه واضح، لعدم ما يوجب زوال الملكية إلا أنه قد تكون المدة طويلاً بحيث لا قابلية للمعمر، كما لو أعمره داراً تكون نباتها ملكاً للمعمر - بالكسر - دون الأرض، ولا يكون البناء قابلاً للبقاء بعد انقضاء المدة، نظير إجارة بعض الأعيان مدة يكون انقضاؤها مساوياً لاضمحلال العين المستأجرة، فاعتبار الملكية للعين مشكل.

إلا أن يقال: يكفي في الاعتبار أنه لو أتلف متلف العين يكون ضامناً، لكنه لا يخلو عن الإشكال حيث إن كان ضامناً لمالك المنفعة كيف يضمن قيمة العين مع زيادة قيمة المنفعة لقيمة العين أو تساويها؟

وأما اللزوم مع تعين المدة وإن مات المالك وكذا لو عين بعمر المعمر - بالفتح -، فلما ذكر في الأخبار المذكورة، وإن الناس عند شروطهم، وفي الصورة الثانية بموت الساكن ينقضي، كما أنه لو عين بحياة المالك لا ينقضي بموت الساكن لبقاء المدة، لكنه يشكل إذا عين بسكت شخص خاص كيف يتقل إلى وارثه.

نعم ادعى عدم الخلاف^(١) فيه، وقد يتمسك بخبر محمد بن قيس الصحيح عن أبي جعفر^{عليه السلام} عن أمير المؤمنين^{عليه السلام}: «أنه قضى في العمر أئتها جائزة لمن أعمراها فمن أعمرا شيئاً ما دام حياً فإنّه لورثته إذا توفى»^(٢).

ولا يخفى أنه مع احتمال رجوع الضمير إلى العمر - 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 المحقق^{رحمه 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، ح٤٢، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠٥، ح٦، باب السكنى والعمرى؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٢٨، أبواب أحكام السكنى والحيثى، ب٨، ح٢.

(٣) نكت النهاية: ٣/١٣٠-١٣١.

وعدم البطلان لا يخلو عن مسامحة، ألا ترى أنه لو انقض مدة الإجارة لا يقال: بطلت الإجارة.

لولم تتعين المدة ولا
عمر أحدهما
وأمّا صورة عدم تعين المدة ولا عمر أحدهما، فالمالك خير فيها بين إخراج الساكن وإبقاءه، كما دلّ عليه صحيح الحلبي أو حسن المذكور.

(لو مات المالك والحال هذه كان المسكن ميراثاً لورثته وبطلت السكنى، ويسكن الساكن معه من جرت العادة به كالولد والزوجة والخدم، وليس له أن يسكن معه غيره إلا بإذن المالك، ولو باع المالك الأصل لم تبطل السكنى إن وقّت بأمداد عمر^(١)، ويجوز حبس الفرس والبعير في سبيل الله، والغلام والجارية في خدمة بيوت العبادة، ويلزم ذلك ما دامت العين باقية).

أمّا انتقال المسكن إلى ورثته، فهو على القاعدة، لكونه ملكاً لورثتهم.
وأمّا بطلان السكنى، فلا يخلو عن الإشكال، لأنّه مع احتمال حصول الملكيّة 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، والتفرقة بين الموقّت والمطلق بتحقّق الملكيّة في الأوّل دون الثاني مشكل جدّاً.

وأمّا جواز إسكان الساكن معه من جرت العادة به، فلانفهمه من الإطلاق بحيث لو لم يرد المسكن لكان عليه البيان والتخصيص لا بمعنى

لومات المالك
كان المسكن ميراثاً
وبطلت السكنى

جواز إسكان الساكن
معه من جرت
العادة به

(١) كذلك، 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 السكني، كما أنه في صورة الدعوة للضيافة يشكل ورود الأتباع مع عدم ورود المدعو.

وأمّا عدم جواز إسكان الغير بدون إذن المالك، فلعدم الشمول، وليس المقام كباب الإجارة مع الإطلاق، ومع إذن المالك لا مانع.

وأمّا عدم بطلان السكني ببيع المالك الأصل في صورة اللزوم وعدم جواز إخراج الساكن، فوجهه واضح، لأنّه باع شيئاً يكون مسلوب المنفعة مدة، كما لو باع العين المستأجرة، نعم، يعتبر أن يكون للعين مالية بعد انقضاء المدة.

ويتأتى الإشكال في صورة الإطلاق وعدم التوثيق، فهل تبطل السكني كما قيل في صورة موت المسكن ووراثة الورثة أو لا تبطل ويكون إخراج الساكن بيد المشتري أو يبطل البيع على القول بالملكية للغرر، لعدم تعين المدة بوجه من الوجوه وإن أمكن الصالح عنه، لعدم إضرار الجهل به؟

وأمّا 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 كلامهم الخروج عن ملك المالك وإن كانت عبارة المتن توهم خلاف هذا.

(١) المقنية: ٦٥٦؛ النهاية: ١٦٠؛ المراسم: ١٩٩؛ المهدّب: ٢/٩٣؛ الوسيلة: ٣٨٠؛ السرائر: ٣/١٦٩؛ إصباح الشيعة: ٣٥١؛ شرائع الإسلام: ٢/١٧٨؛ تحرير الأحكام: ١/٢٩١؛ الدروس الشرعية: ٢/٢٨٢.

ولعله 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 الله -تعالى شأنه العزيز-، لعدم اعتبار قصد القربة.

والظاهر أنّ حال الحبس حال الوقف، فلا حاجة فيه إلى الإيجاب والقبول اللفظيين، بل يكتفى بالفعل، للسيرة، ولعله من هذا القبيل ثوب الكعبة المعظمة الذي قد تضمنّت 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 ليل فقضى لرجل جعل لبعض قرابته غلة داره ولم يوقّت وقتاً فمات الرجل فحضر ورثته عند [ابن] أبي ليل وحضر قرابته التي جعل لها غلة الدار، فقال ابن أبي ليلي: أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال له محمد بن مسلم الثقفي: أما إنّ عليّ بن أبي طالب عليهما السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟ فقال: سمعت أبا جعفر محمد بن علي عليهما السلام يقول: قضى عليّ بن أبي طالب عليهما السلام برد الحبس وإنفاذ المواريث، فقال ابن أبي ليلي: هذا عندك في كتاب؟ قال: نعم، قال: فأرسل إليه وائتبني به، فقال محمد بن مسلم: على أن لا تنظر في الكتاب إلا في ذلك الحديث، فقال: لك ذلك، فأحضر الكتاب وأراه الحديث عن أبي جعفر عليهما السلام فرد قضيته»^(١).

(١) الكافي: ٧/٣٤، 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 ليلٍ في مواريث لنا ليقسمها وكان فيها حبيس وكان يدافعني، فلما طال شكته إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال: أ و ما علم أنَّ رسول الله عليه السلام أمر برد الحبس وإنفاذ المواريث؟ قال: فأتيته ففعل كما يفعل، فقلت: شكتك إلى جعفر بن محمد عليهما السلام فقال لي: كيت كيت، قال: فحلبني ابن أبي ليلٍ أَنَّه قد قال ذلك، فحلفت له، فقضى لي بذلك»^(٢).

ومકاتبة عليّ 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 أو قهقهة عليهم عشر سنين ثمّ 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 يباعوه 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: ٩/٤٠، ح ٣٨، باب الوقف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٢٣، أبواب أحكام السكنى والحبس، ب٥، 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: ٩/٤١، ح ٣٩، باب الوقف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٢٤، أبواب أحكام السكنى والحبس، ب٥، ح ٢. وعبد الرحمن الخثعمي مهمل.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٤/٤٥، ح ٥٥٨٠، باب الوقف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٣٨، ح ٢٨، باب الوقف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٢١، أبواب أحكام السكنى والحبس، ب٣، ح ٣. وعلى 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 فتأبق الأمة قبل أن يموت بخمس سنين أو ست، ثم يجدها ورثته أهلمن أن يستخدموها قدر ما أبقيت؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت»^(٢).

الكلام في دلالة هذه الروايات
ولا يخفى أنّ مقتضى هذه الأخبار عدم خروج المحبوس عن الملكيّة، فيشكل ما يظهر من كلمات الفقهاء من الخروج عن الملكيّة، 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، فإنه بعد رد المحبوس يتصرف فيه، فالوجه الذي ذكر من عدم اعتبار الملكيّة مع عدم التغيير والتصرف بوجه لا يتم، وأيضاً لا يظهر على ما ذكر فرق بين الوقف والحبس.

(١) تهذيب الأحكام: ٩/١٤٣، ح ٤٤، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٢٥، أبواب أحكام السكنى والحبس، ب ٦، ح ١. والرواية صحيحة.

(٢) الكافي: ٧/٣٤، ح ٢٣، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمري والرقيبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٤٣، ح ٤٣، باب الوقوف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٢٥، أبواب أحكام السكنى والحبس، ب ٦، ح ٢. والرواية صحيحة.

تعريف الصدقة (وأما الصدقة، فهي التطوع بتمليك العين بغير عوض، ولا حكم لها ما لم تقبض بإذن المالك، وتلزم بعد القبض وإن لم يعوض عنها، وأحكامها ومفروضها محروم علىبني هاشم إلا صدقة أمثالهم أو مع الضرورة، ولا بأس بالمندوبة).

الصدقة تملك بلا عوض مع قصد القرابة، وبهذا القيد تمتاز عن الهبة والهدية، هذا هو المعروف.

ويشكل من جهة صدق الصدقة على العين الموقوفة باعتبار الوقف مع أنّ الواقف لا يقصد تملك الموقوف عليهم، بل قصده التحبيس والتسبيل، ومن قال بحصول الملكية الموقّطة 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، وأماماً عدم صحتها بدون القبض، فادعى عليه الإمام^(١)، وقد يستدلّ على اعتباره بعض 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 التمسّك بخبر عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ: «في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا؟ قال: إذا لم يقتصروا حتى يموت فهو

(١) الكافي في الفقه: ٣٢٤؛ المبسوط: ٣١٤/٣، وفيه دعوى الإمام؛ السرائر: ١٧٢/٣؛ شرائع الإسلام: ١٧٦/٢؛ الجامع للشرع: ٣٦٧؛ تحرير الأحكام: ٢٩١/١.

(٢) رياض المسائل: ١٠/١٩٨؛ جواهر الكلام: ١٢٨/٢٨.

ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأنّ الوالد هو الذي يلي أمره، وقال عَلَيْهِ الْكَلَمُ الْمُبِينُ: لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله عزّ وجلّ^(١).

والظاهر أنّ القائلين باعتبار القبض نظرهم إلى اعتباره في الصحة، وهو الظاهر من قوله مَنْ يَرَى فِي الْمُتْنِ: «وَلَا حُكْمُهَا» وإن كان قوله: «وتلزم بعد القبض» يومئذى مدخلته في اللزوم دون الصحة.

وأمّا حرمة مفروضها على بنى هاشم، فيدلّ عليها الأخبار في الجملة: منها: قول الصادق عَلَيْهِ الْكَلَمُ الْمُبِينُ - على المحكي - في صحيح العิص قال فيه: «إنّ أنساً من بنى هاشم أتوا رسول الله عَلَيْهِ الْكَلَمُ الْمُبِينُ فسأله أن يستعملهم على صدقات المواشي، وقالوا: يكون لنا هذا السهم الذي جعله الله عزّ وجلّ للعاملين عليها، فنحن أولى به، فقال رسول الله عَلَيْهِ الْكَلَمُ الْمُبِينُ: يا بنى عبد المطلب إنّ الصدقة لا تخلّ لي ولا لكم، ولكن قد وعدت الشفاعة»^(٢)، إلى آخره.

ويظهر من بعض الأخبار اختصاص الحرمة بالزكاة المفروضة، كما عن أبي أسامة زيد الشحام، عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَلَمُ الْمُبِينُ قال: «سألته عن الصدقة التي

حرمة الصدقة
المفروضة على بنى
هاشم

اختصاص الحرمة
بالزكاة المفروضة

(١) من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٤٧، ح ٥٥٨٥، باب الوقوف والصدقة والنحل؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٣٧، ح ٢٤، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠٢، ح ٦، باب من تصدق على ولده الصغار ثم أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ٩/١٩٠، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب٤، ح ٥. والرواية صحيحة.

(٢) الكافي: ٤/٥٨، ح ١، باب الصدقة لبني هاشم ومواليهم وصلتهم؛ تهذيب الأحكام: ٤/٥٨، ح ١، باب ما يحيل لبني هاشم ويحرم من الزكاة؛ وسائل الشيعة: ٩/٢٦٨، أبواب المستحقين للزكاة، ب٢٩، ح .

حرّمت عليهم؟ فقال: هي الزكاة المفروضة، ولم يحرّم علينا صدقة بعضاً
على بعض»^(١).

وما عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: «سألت أبا عبد الله عائلاً عن
الصدقة التي حرّمت علىبني هاشم؟ فقال: هي الزكاة، قلت: أفتحلّ
صدقة بعضهم على بعض؟ قال: نعم».

ورواه الصدوق مرسلاً في المقنع^(٢).

وفي قبال ما ذكر بعض الأخبار كما نقل الشيخ بن حنبل بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار، عن أحمد بن محمد، عن بعض أصحابنا رفع الحديث قال: «فالنصف له - يعني نصف الخمس للإمام عائلاً - خاصّة، والنصف لليتامى والمساكين وأبناء السبيل من آل محمد الذين لا تحل لهم الصدقة ولا الزكوة، عوضهم الله تعالى مكان ذلك بالخمس، فهو يعطّيهم على قدر كفايتهم»^(٣)، إلى آخره.

(١) تهذيب الأحكام: ٤/٥٩، ح٤، باب ما يحلّ لبني هاشم ويحرم من الزكوة؛ الاستبصار: ٢/٣٥، ح٣، باب ما يحلّ لبني هاشم من الزكوة؛ وسائل الشيعة: ٩/٢٧٤، أبواب المستحقين للزكوة، ب٢٢، ح٤، وفيه المفضل بن صالح الضعيف عند النجاشي بن حنبل. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٢.

(٢) الكافي: ٤/٥٩، ح٥، باب الصدقة لبني هاشم ومواليهم وصلتهم؛ المقنع: ١٧٧؛ تهذيب الأحكام: ٤/٥٨-٥٩، ح٣، باب ما يحلّ لبني هاشم ويحرم من الزكوة؛ الاستبصار: ٢/٣٥، ح٢، باب ما يحلّ لبني هاشم من الزكوة؛ وسائل الشيعة: ٩/٢٧٤، أبواب المستحقين للزكوة، ب٣٢، ح٥. والرواية معترفة.

(٣) تهذيب الأحكام: ٤/١٢٦-١٢٧، ح٥، باب تمييز أهل الخمس ومستحقّه من ذكر الله في القرآن؛ وسائل الشيعة: ٩/٥١٤، أبواب قسمة الخمس، ب١، ح٩.

ومرسلة أحمد المضمرة قال فيها: «فالنصف له خاصة، والنصف للิตامي والمساكين وأبناء السبيل من آل محمد ﷺ الذين لا تحل لهم الصدقة ولا الزكاة عوضهم الله تعالى مكان ذلك بالخمس»^(١) المنجبرة بفتوى الأصحاب، ولا يبعد كونها رواية واحدة.

وكيف كان، لو لا هذه المرسلة تعين اختصاص الحرمة بالزكاة المفروضة، لحكومة ما دلّ على الاختصاص بالزكاة المفروضة على الأخبار المطلقة، لكنه يشكل من جهة ما في المرسلة من عطف الزكاة على الصدقة إن لم يكن إشكال فيها دلّ على الاختصاص من جهة السندي، ومع التعارض لا يبعد الأخذ بعموم ما دلّ على التحرير، لرجعيته أو مرجححيته؛ فتأمل.

وأماماً حلية في المعطاة من أمثلهم أو مع الضرورة، فقد سبق الكلام فيه في كتاب الزكاة، ويدلّ عليها في خصوص المعطاة من أمثلهم ما عن حمّاد بن عيسى، عن بعض أصحابنا، عن العبد الصالح عليه السلام في حديث طويل قال: « وإنما جعل الله هذا الخمس خاصة لهم - يعنيبني عبد المطلب - عوضاً لهم من صدقات الناس تنزيهاً من الله لهم، ولا بأس بصدقات بعضهم على بعض»^(٢).

وقد سبق أيضاً حلية الصدقات المندوبة، ويدلّ عليها ما في خبر عبد

(١) الرواية متّحدة مع سابقها سنداً ومتناً.

(٢) الكافي: ١/٥٣٩-٥٤٠، ح٤، باب الفيء والأنفال وتفسير الخمس وحدوده وما يحب فيه؛

تهذيب الأحكام: ٤/١٢٨-١٢٩، ح٢، باب قسمة الغنائم؛ وسائل الشيعة: ٩/٥١٣،

أبواب قسمة الخمس، ب١، ح٨.

كتاب الوقوف والصدقات والهبات ٣٦٧

الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «لو حرمت علينا الصدقة لم يحل أن نخرج إلى مكة، لأن كل ما بين مكة والمدينة فهو صدقة»^(١).

الصدقة سرًا أفضل منها جهراً إلا أن يتهم).

أماماً أفضليّة الصدقة سرًا فيدلّ عليها ما روى محمد بن النعيم
في المقنعة قال: «قال عليه السلام في قوله تعالى: ﴿إِن تُبْدِلُ الْصَّدَقَاتِ فَنَعِمَّا هِيَ﴾؟ قال؟ فنزلت في الفريضة، ﴿وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفَقَارَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُم﴾ قال: ذلك في النافلة»^(٢)، قال: «وقال أبو عبد الله عليه السلام: صدقة السرّ تطفئ غضب ربّ»^(٣).

قال: «وقال عليه السلام: صدقة الليل تطفئ غضب ربّ، وتحوّل الذنب العظيم، وتهون الحساب، وصدقة النهار تزيد في العمر وتنمي المال»^(٤).

وعن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: «لو أن 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: ٤/٤، ح ٦١، باب ما يحلّ لبني هاشم ويحرم من الزكاة؛ وسائل الشيعة: ٩/٢٧٢، أبواب المستحقين 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: ٢/٣، ح ١٥٧٤، باب علة وجوب الزكاة؛ وسائل الشيعة: ٩/١٠، أبواب ما يجب 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 أخذًا بإطلاق قوله عليه السلام - على المحكى - في الخبر المذكور: «صدقه السرّ تطفئ غضب ربّ» إلّا أنه روى في الحسن: «كُلَّ ما فرض الله تعالى عليك فإعلانه أفضل من إسراره، وكُلَّ ما كان تطْوِيْعاً فإسراره أفضل من إعلانه، فلو أَنَّ رجلاً حمل زكاة ماله على عاتقه علانية كان ذلك حسناً جميلاً»^(١).

وأمّا لو كان المتصدق معرضاً للاتهام بالإسرار، فالمعروف حسن الإعلان، ولعله لما هو المعروف من حسن الاتقاء من مواضع التهم أو كراهة الوقع فيها.

وعلى فرض استفادة الكراهة الشرعية لا الإرشاد تقع المزاحمة بين الحكمين، ولا موجب لنفي الأفضلية؛ فتأمّل.

(وأمّا الهبة، فهي تمليك العين تبرّعاً مجرّداً عن القرية، ولا بدّ فيها من الإيجاب والقبول والقبض، ويشترط إذن الواهب في القبض).

وأمّا الهبة، فهي تمليك العين بلا عوض مقابل للعين مجرّداً عن قصد القرية، وبهذا تمتاز عن الصدقة.

ولما جمال لدعوى صدق ما ذكر على الوقف، لعدم حصول الملكية للموقوف عليهم كما مرّ في كتاب الوقف.

تعريف الهبة
شروط صحتها

(١) الكافي: ٣/٥٠١، ح ١٦، باب فرض الزكاة وما يجب في المال من الحقوق؛ تهذيب الأحكام: ٤/٤، ح ٣١، باب من الزيادات في الزكاة؛ وسائل الشيعة: ٩/٣٠٩، أبواب المستحبّين للزكاة، ب ٥٤، ح ١. والتعبير عنه بالحسن لإبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ١/٣١٦.

وعلى فرض التسليم والقول بالملكيّة الموقّتة لـكُلّ طبقة من الموقوف عليهم تمتاز بعدم التماميّة، وعدم جواز التصرّف في العين بغير منفعتها، بخلاف الملكيّة في المقام.

وقد عَبَرَ بعض الأعلام^(١) عنها بتمليك مال طلقاً منجّزاً 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 فيها لو وهب الزوج ما استحقّ على الزوجة المنكوبة بالنكاح المنقطع، وعلى هذا فلا حاجة إلى القبول، بل يكفي في هبة ما في الذمة الإنساء من طرف الواهب، ونتيجة براءة الذمة من طرف الموهوب له.

ويشهد لهذا ما في بعض الأخبار، وهو ما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة في المؤوث قال: «سألته عن رجل ضرب ابنته وهي حبل فأسقطه سقطاً ميتاً فاستعدى زوج المرأة عليه فقالت لزوجها: إن كان لهذا السقط دية ولي فيه ميراث فإنّ ميراثي منه لأبي؟ قال: يجوز لأبها ما وهبت له»^(٢).

(١) تكميلة العروة الوثقى: ١٥٩ / ١.

(٢) الكافي: ٣٤٦ / ٧، ح ١٤، باب دية الحنين؛ من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٣١٩، ح ٥٦٨٩، باب ميراث القاتل ومن يرث من الديّة 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 بالمؤوث لزرعة الواقع في الثقة في الفقيه والتهذيب وعثمان بن عيسى في الكافي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٦٦ و ٨١٧.

احتياج الهبة في العين إلى الإيجاب والقبول من طرف المتهب، سواء كان إنشاء والقبول بالقول أو بالفعل كالمعاطاة في البيع حيث إن سيرة العقلاط في المقام قائمة كباب البيع، وبعد صدق الهبة بالمعاطاة يتتّبّع عليها الآثار.

ومن العجب دعوى الإجماع^(١) على الاحتياج إلى إنشاء القولي، وقد اضطربت كلمات الأعلام في المقام.

وقد يقال: لازم القول بالملكية الجائزة في صورة تحقق الهبة بالمعاطاة وعدم تحقق اللزوم إلا بالتصريح، جواز رجوع الواهب حتى لو كانت لذي رحم أو معوّضة ما دام لم تلزم بالتصريح^(٢).

ويشكل القول بالجواز مع ملاحظة ما دلّ على اللزوم في الصورتين، والتمسّك بالإجماع في أمثال المقام كما ترى، وقد سبق الكلام فيه في كتاب البيع.

ثم إن الموهوب قد يكون عيناً شخصية، وقد يكون جزءاً مشاعاً من عين، وقد يكون كلياً في المعين، كصاع من صبرة معينة، وقد يكون كلياً في ذمة الواهب، ولا يبعد صحة الهبة في جميع هذه، لبناء العقلاط وعدم الردع، بل لا يبعد التمسّك بمثل ما دلّ على لزومها في صورة كون المتهب ذار رحم أو كانت معوّضة.

(١) قال الشهيد الثاني الله: ظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة، فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه المذهب من غير لفظ يدلّ على إيجابها وقبولها لا يفيد الملك بل مجرد الإباحة. مسالك الأفهام: ٦ / ١٠.

(٢) تكميلة العروة الوثقى: ١ / ١٦٠.

ولا إشكال في إمكان القبض، والقبض في العين الشخصية والجزء المشاع والكلي في المعين يتحقق بتسليط الواهب، واستيلاء المتهب على الموهوب، وفي الكلي في الذمة لا حاجة إلى شيء، بل يتحقق بالنسبة إلى من عليه الدين لأنّ ما عليه بمنزلة المقبوض.

لو كانت الهبة راجعة إلى غير من عليه الدين، فالمشهور عدم صحتها، لأنّه كلي لا وجود له في الخارج، فلا يمكن قبضه.

عليه الدين وأجيب بأنّ قبض الكلي بقبض أحد أفراده، لأنّ الكلي عين الأفراد، فإذا أذن له الواهب في قبضه فقبضه صحت، وكذا لو قبضه الواهب ثمّ أقبضه أو أذن له في القبض ثمّ القبض لنفسه^(١).

ويمكن الاستدلال عليه بصحيحة صفوان عن الرضا عليه السلام: «عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده، فذكر له الرجل المال الذي له عليه؟ فقال: إنّه ليس فيه عليك شيء في الدنيا والآخرة يطيب ذلك له وقد كان وله لولد له؟ قال عليه السلام: نعم يكون وهبه ثمّ نزعه فجعله لهذا»^(٢) حيث إنّ الظاهر أنّ المال الذي على الرجل دين، فإنه لو كان عيناً يعبر بلفظ «عنه» لا «عليه» ولا أقلّ من ترك الاستفصال.

ويظهر من كلام الإمام عليه السلام - على المحكي -: «نعم يكون وهبه ثمّ نزعه» آنّه لو لا النزع كانت الهبة صحيحة، ولا مجال للإشكال من جهة أنّ الهبة لذى رحم لازمة لا يجوز الرجوع فيها، لعدم حصول القبض.

(١) تكميلة العروة الوثقى: ١٦١/١.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/١٥٧، ح ٢٦، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ٤/١٠٦، ح ٤، باب من وهب لولده الصغار؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٣٠، أبواب أحكام الهبات، ب ٢، ح ١.

**لزوم القبض
واشتراطه في صحة
الهبة**
وأمّا لزوم القبض واحتراطه 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 عائلاً:
«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 عائلاً: 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: مجرد الأقربية لا يكفي، لأنّه إذا كان المتكلّم الحكيم في مقام
البيان لا يلقي على المخاطب كلاماً يحتمل معنيين أحدهما أقرب وهو يريد
المعنى الأبعد إلا أن يكون قرينة معينة، ووجه دلالة الموثق المذكور أنه لو

(١) الكافي في الفقه: ٣٢٢؛ السرائر: ٣/١٧٣، وفيه نسبة إلى الأئمّة؛ الجامع للشراح: ٣٦٥؛
تذكرة الفقهاء: ٢٠/٢٧-٢٨، وفيه دعوى الإجماع؛ إيضاح الفوائد: ٤١٢/٢، وفيه
دعوى الإجماع.

(٢) المقنعة: ٦٥٨؛ المبسوط: ٣/٣٠٣؛ المراسم: ١٩٩؛ المهدّب: ٩٥؛ الوسيلة: ٣٧٨؛ جامع
الخلاف والوفاق: ٣٧٠.

(٣) تهذيب الأحكام: ١٥٩/٩، ح ٣١، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ٤/١٠٧، ح ١، باب
الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٣٤، أبواب أحكام الهبات، ب٤، ح ٧، وفيه أبان بن
عثمان المرمي بالناؤوسية. راجع معجم رجال الحديث: ١٦٧/١.

(٤) تهذيب الأحكام: ١٥٧/٩، ح ٢٥، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ٤/١٠٧، ح ٣، باب
الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٣٥، أبواب أحكام الهبات، ب٥، ح ٢. والتعبير عنها
بالموثقة لداود بن الحصين الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٢١.

كانت الهبة صحيحة غير لازمة كان الوارث بالخيار، ولم يتعين كون المال الموهوب ميراثاً.

واستدلّ^(١) للقول الثاني بصحّيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليهما السلام: «الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض، قسمت أو لم تقسم، والنحل لا تجوز حتى تقبض الآخر والمناقشة فيه وإنما أراد الناس ذلك فأخذوا»^(٢).

وخبر عبد الرحمن بن سيابة عنه عليهما السلام أيضاً: «إذا تصدق الرجل بصدقه أو هبة قبضها صاحبها أو لم يقبضها علمت أو لم تعلم فهي جائزة»^(٣).

وأجيب بأنّ هذين الخبرين لا يقاومان ما دلّ على اشتراط القبض في الصحة للاعتضاد بعمل المشهور، ولأنّ 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 إلاّ بعد القبض، ودعوى أنّ مقتضى العمومات حصوها مدفوعة بأنّ مقتضاهما حصول الملكية الازمة، 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) تكميلة العروة الوثقى: ١/١٦٣-١٦٤.

ويمكن أن يقال: إن مجرّد عمل المشهور لا يوجب الوهن إلا 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، كالمبة المغوضة، والمبة لذى رحم، بل لعله لا يستفاد منها إلا الجواز بمعنى الصحة في مقابل عدم الجواز بمعنى البطلان، مضافاً إلى أن تحصيل الإجماع في مثل المقام مشكل جداً.

وما ذكر من أن مقتضى الأصل عدم حصول الملكية يشكل من جهة الإشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية.

مضافاً إلى أنه لا يبعد التمسك بحديث الرفع في رفع شرطية القبض في الصحة، ومع هذا لا مجال لجريان الاستصحاب، وإلى أن العمومات لا مانع من الأخذ بها، ولم يظهر منها اللزوم إلا مثل **﴿أَوْفُوا بِالْمُؤْمِنِينَ﴾** والظاهر خروج المبة عنها وفي غيره غنى وكفاية.

هذا مضافاً إلى أنه 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 قالا: «سألنا أبا عبد الله عائلاً عن الرجل يهب المبة أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: تجوز المبة لذوي القرابة، والذي يثاب عن هبته، ويرجع في غير ذلك إن شاء»^(١).

(١) تهذيب الأحكام: ٩/١٥٥، ح ١٣، باب النحل والمبة؛ الاستبصار: ٤/١٠٨-١٠٩، ح ٨، باب المبة المقبوسة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٣٧، أبواب أحكام المبات، ب ٦، ح ١. والرواية صحيحة أو موئقة على كلام في أبان. راجع معجم رجال الحديث: ١/١٦٧.

ثم إنّ ربّا يظهر من بعض الأخبار عدم الحاجة في الهبة للصبي إلى القبض، وهو ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبان، عمن 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: سأله هل لأحد أن يرجع في صدقته وهبته؟ قال: إذا تصدقت الله فلا، وأمّا النحل والهبة، فيرجع فيها حازها أو لم يحوزها، وإن كان لذى قرابة»^(١).

ويمكن أن يكون النظر إلى أنّه يلي أمره، فكأنّه مقبوض للصبي، لكنّه ليس كُلّ صبي في حجر إنسان مولى عليه للإنسان، والظاهر أنّه لا بدّ للولي من قصد أن يكون ما بيده بعنوان المقبوضة للمولى عليه، وظاهر الرواية عدم الحاجة إلى القبض في النحل والهبة للصبي الذي في حجره.

وأمّا اشتراط كون القبض بإذن الواهب، فهو المشهور^(٢)، وعن اشتراط كون المسالك أنّه لا خلاف فيه^(٣)، وفي الجوادر أنّ عليه الإجماع^(٤)، لأصلالة القبض بإذن الواهب 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: ٩/١٥٥، ح ١٤، باب النحل والهبة؛ أورد صدره في وسائل الشيعة: ١٩/٢٣٢، ح ٤، ب ٤، وذيله في ١٩/٢٣٨، ب ٦، ح ٣.

(٢) المسوط: ٣/٣٠٤؛ المهدّب: ٢/٩٥؛ غنية النزوع: ١/٣٠١، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ السرائر: ٣/١٧٣؛ إصلاح الشيعة: ٣٤٩؛ الجامع للشرايع: ٣٦٥؛ جامع الخلاف والاتفاق: ٣٧٢، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ إرشاد الأذهان: ١/٤٥٠.

(٣) مسالك الأفهام: ٦/٢١.

(٤) جواهر الكلام: ٢٨/١٧٢.

واستشكل فيه بوجود الإطلاق، ومنع عدم الوثوق، وأصالة عدم شرطية الإذن والقدر المتيقن اعتبار وصول المال إلى يد المتّهّب، ولذا لو كان بيده كفى^(١).

واستدلّ أيضًا على اشتراط الإذن بأنّ المفروض أنّ المال بعد باق على ملكيّة الواهب، ولا يجب عليه إقباضه، فيحرم قبضه من دون إذنه، وأورد عليه أنّ الحرمة مطلقاً منوعة 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 المردّ بين الأقل والأكثر، المعروف أنه مع الإجمال بهذا النحو يرجع إلى العام أو المطلق، لأنّه لا يرفع اليد عن الحجّة إلا بالحجّة، والمقيّد مع الإجمال ليس حجّة في الجهة الزائدة.

ومع التشكيك في الإطلاق يرجع إلى الأصل، المعروف عند الفقهاء -رضوان الله تعالى عليهم- أنّ مقتضى الأصل الفساد، لاستصحاب عدم حصول الملكيّة وإن بنينا على اعتبار القبض في اللزوم، فمقتضى الأصل عندهم استصحاب عدم اللزوم وقد سبق أنّ الاستصحاب في الشبهات الحكميّة محلّ إشكال.

ومع قطع النظر عن هذا لا مانع من الرجوع إلى حديث الرفع في

(١) تكمّلة العروة الوثقى: ١٦٥ / ١.

(٢) نقل الاستدلال والإيراد السيد اليزيدي^ت. تكمّلة العروة الوثقى: ١٦٥ / ١.

الشك في الشرطية، ومعه لا مجال للرجوع إلى الاستصحاب، وإن بنينا على حججته في الشبهات الحكمية.

وأماماً ما ذكر من حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه، ففيه: أنه لا مانع من ترتب الحكم الوضعي على ما يكون حراماً بالحرمة التكليفية.

ويؤيده أن المشهور كفاية كون الموهوب في يد المتهب من دون حاجة إلى قبض جديد بالاسترداد، ثم القبض سواء كان اليد يد أمانة أو ضمان حتى لو كانت يد غصب، وقد مرّ نظير هذا في كتاب الرهن، هذا كلّه ولكن خالفة المشهور مشكلة.

(لو وهب الأب أو الجد للولد الصغير لزم؛ لأنّه مقبوض بيد الولي، وهمة المشاع جائزة كالمسوم، ولا يرجع في الهمة لأحد الوالدين بعد لزم القبض، وفي غيرهما من ذوي الرحم على الخلاف).

أما عدم الحاجة في هبة الأب أو الجد للأب للصغير المولى عليه إلى القبض الجديد فيدل عليه الصحيح المتقدم عن أبي بن عبد الله عليه السلام، وموثق داود بن الحسين عنه عليه السلام أيضاً: «النحلة واهبة ما لم تقபض حتى يموت صاحبها؟ قال عليه السلام: هي ميراث فإن كانت لصبي في حجره فأشهد عليه فهو جائز»^(١).

ويمكن الاستدلال برواية محمد بن مسلم: «وإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، فإن والده هو الذي يلي أمره»^(٢)، فإن مقتضى

(١) تقدم تخرجه آنفًا.

(٢) الكافي: ٣١ / ٧، ح ٧، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمري ←

التعليق فيها أنّ من يلي الأمر قبضه كاف، فالقبض اللازم في الهبة حصل بقبض الولي، ولازم هذا قصد الولي، لأنّ مجرد كون الموهوب بيد الولي ليس قبضاً للمولى عليه.

وحمل هذه الأخبار على التنزيل بأن يقال: كون الموهوب أو الصدقة بيد الولي بلا قصد بمنزلة القبض بعيد، ولا يناسب التعليل المذكور، ولا بدّ من الاقتصار على ما كان الموهوب بيد الواهب، ولا مجال للأخذ بإطلاق الخبرين، لعارضتهما مع ما دلّ على اعتبار القبض.

وهو ما رواه الشيخ تقي في التهذيب في القوي عن أبي عبد الله عَلَيْهِمَا قَالَ: «الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقتصها، والصدقة جائزة عليه»^(١)، إلّا أن يستشكل من جهة ضعف السنّد مع انصراف الخبرين عن صورة خروج الموهوب عن يد الولي؛ فتأمل.

جواز هبة المشاع وأمّا 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

→ والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٣٥، ح ١٦، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠١، ح ٣، باب من تصدق على ولده الصغار ثم أراد أن يدخل معهم غيرهم؛ وسائل الشيعة: ١٩/١٧٨، أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب٤، ح ١. والرواية صحيحة.

(١) تهذيب الأحكام: ٩/١٥٩، ح ٣١، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ٤/١٠٧، ح ١، باب الهبة المقوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٣٤، أبواب أحكام الهبات، ب٤، ح ٧. والتعبير عنه بالقوى لعله موسى بن عمر. راجع معجم رجال الحديث: ١٩/٦٠.

(٢) الخلاف: ٣/٥٥٧؛ غنية التزوع: ٣٠١، وفيه دعوى الإجماع؛ إصلاح الشيعة: ٣٤٩؛ الجامع للشرايع: ٣٦٥؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٧١؛ تحرير الأحكام: ١/٢٨٢.

عبد الله عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدق 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 الكلام في كيفية قبضه لا حاجة إلى إذن الشريك، إذ هي لا تستلزم التصرف في العين المشتركة.

وأمّا في ما يحتاج قبضه إلى النقل والتحويل، فلا يجوز بدون إذن الشريك، فإن إذن فهو وإن امتنع منه فللمتّهب توكيده في القبض عنه، وإن امتنع منه يرفع الأمر إلى الحاكم، ومع عدم التمكّن من الرجوع إليه يرجع إلى عدول المؤمنين، ومع عدمهم قيل: إنّه يكفي التخلية^(٢).

واستشكل بعدم صدق القبض بمجرد التخلية، فلا يتحقق القبض^(٣).

ويمكن أن يقال: فيما يكتفى فيه بمجرد التخلية كيف يكتفى بـ التخلية الواهب مع عدم تخلية الشريك فيحتاج إلى المراجعة إلى الشريك.

وذلك لأنّه إذا كان مثل الدار مشتركة بين شخصين فإذا كانوا متصرّفين لأن يكونا ساكنين فيها فهي بأيديهما، وإن كان أحدهما ساكناً فيها مع خروج الآخر، فهي بيده، ومجرد خروج أحدهما ليس قبضاً بالنسبة إلى الثالث إلا أن يسكن الثالث مقامه، أو يخرج الشريك وينتقل الدار للثالث.

(١) الكافي: ٧/٣٤، ح ٢٤، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمري والرقمي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ٩/٣٦، ح ١٤٠، باب الوقف والصدقات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٤٦، أبواب أحكام الهبات، ب١٢، ح ١، والرواية موثّقة باتفاق فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٢) مختلف الشيعة: ٦/٢٨٢.

(٣) تكميلة 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 إقاض الموهوب له سهمه.

وأمّا عدم الرجوع في الهبة لأحد الوالدين، فيدلّ عليه صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر ع: «الهبة والنحله يرجع فيها إن شاء حيزت أو لم تجز إلا لذى رحم»^(١).

**عدم الرجوع
في الهبة لأحد
الوالدين**

وصحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله وعبد الله بن سليمان^(٢)، عن أبي عبد الله ع: «عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال ع: 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 أنه لو أوصى بشيء للأقارب والأرحام يشكل شموله للأبوين أو الأولاد إلا أن يقال: مقتضى المناسبة بين الحكم والموضع الشمولي، وادعى الإجماع وكذا في هبة الأبوين للأولاد هنا،

(١) الكافي: ٣١/٧، ح٧، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والحبة والسكنى والعمري والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٣٥، ح١٦، باب الوقوف والصدقات؛ الاستبصار: ٤/١٠٨، ح٤، باب الهبة المقوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٣٧، أبواب أحكام الهبات، ب٦، ح٢.

(٢) في الاستبصار: عبد الله بن سنان.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/١٥٥، ح١٣، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ٤/١٠٨-١٠٩، ح٨، باب الهبة المقوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٣٧، أبواب أحكام الهبات، ب٦، ح١.

ومقتضي الصحيحين عدم جواز الرجوع بالنسبة إلى غير الأبوين والأولاد من الأرحام.

ولكن عن جماعة^(١) جواز الرجوع فيهم، لرسالة أب ابن عن أبي عبد الله عائلاً: «هل لأحد أن يرجع في صدقته وهبته؟ قال عائلاً: إذا تصدق الله فلا، وأمّا النحل، فيرجع فيها حازها أو لم يحوزها وإن كان لذي قرابة»^(٢).

وأجيب بعدم مقاومة المرسلة واحتمال أن يكون قوله عائلاً - على المحكى -: «وان كان»، إلى آخره، قيداً لقوله عائلاً: «أو لم تحزها»^(٣).

ويمكن أن يقال: إن كان عدم المقاومة من جهة الإرسال، وبعد أخذ الفقهاء بها يشكل الإشكال من جهة السنن.

وأمّا 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 صحيفة 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: ٥٦٧ / ٣؛ السرائر: ١٧٥ / ٣.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩ / ١٥٥، ح ١٤، باب النحل والهبة.

(٣) رياض المسائل: ١٠ / ٢١٨؛ تكملة العروفة الوثقى: ١ / ١٧١.

ومنها: صحيح زراره: «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 تجز، ولا يرجع الرجل فيها وهب لامرأته»^(١)، إلى غير ما ذكر.

وفي قبالتها ما يظهر منه عدم الجواز:

الأخبار الدالة على عدم الجواز

منها: خبر إبراهيم بن عبد الحميد، عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنت بالخيار في الهمة ما دامت في يدك، فإذا خرجمت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها، قال^(٢) رسول الله عليه السلام: من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه»^(٣).

ومنها: خبر أبي بصير: «عن الرجل يشتري المبيع^(٤) فيوهب له الشيء وكان الذي اشتري لؤلؤاً فوهب له لؤلؤاً فرأى المشتري أن يردّ، أي ردّ ما ووهب له؟ قال عليه السلام: الهمة ليس فيها رجعة، وقد قبضها إنما سبile على البيع، فإن ردّ المبتاع المبيع^(٥) لم يردّ معه الهمة»^(٦).

(١) الكافي: ٣٠/٧، ح٣، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهمة والسكنى والعمري والرقبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٥٢، ح١، باب النحل والهمة؛ الاستبصار: ٤/١١٠، ح١٧، باب الهمة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٣١، أبواب أحكام الهمبات، ب٣، ح١.

(٢) من هنا إلى آخره ليس في الاستبصار.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/١٥٨، ح٣٠، باب النحل والهمة؛ الاستبصار: ٤/١٠٧، ح٢، باب الهمة المقبوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٤٤، أبواب أحكام الهمبات، ب١٠، ح٤، وفيه عبد الرحمن بن حماد، وهو ضعيف. راجع معجم رجال الحديث: ٩/٣٢٢.

(٤) في المصادر: «البيع».

(٥) في المصادر: «البيع».

(٦) تهذيب الأحكام: ٧/٢٣١، ح٢٨، باب من الزiyادات؛ وسائل الشيعة: ١٨/٣٣-٣٤، أبواب الخيار، ب١٩، ح١، وفيه بشير وهو مهملاً.

ومنها: خبر محمد بن عيسى: «كتبت إلى عليّ بن محمد عليهما السلام رجل جعل لك - جعلني الله فداك - شيئاً من ماله ثم احتاج إليه أياً خذه لنفسه أو بيعث به إليك؟ قال: هو بالخيار في ذلك ما لم يخرجه عن يده، ولو وصل إلينا رأينا أن نواسيه [به] وقد احتاج إليه»^(١).

ومنها: خبر الجراح المدائني عن أبي عبد الله عليهما السلام قال: «قال رسول الله عليهما السلام: 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 الحجّية مع قطع النظر عن المعارضة، يشكل ما ذكر من جهة عموم **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**^(٤) فهو مر جح أو مرجع.

وحمل الأخبار المذكورة على الكراهة^(٥) بعيد جدًا، والتعبير بأنه «الراجع في قيئه» لا يؤيد الكراهة، لأنّه 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، ٤٥٥٤، ح، باب نوادر الوصايا؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٣٤، أبواب أحكام الهبات، ب٤، ح٨. والرواية صحيحة.

(٢) الاستبصار: ٤/١٠٩، ح١١، باب المبة المقوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٤٣-٢٤٤، أبواب أحكام الهبات، ب١٠، ح٣. وفي جراح المدائني كلام. راجع معجم رجال الحديث: ٤/٤٠١.

(٣) الحدائق الناصرة: ٢٢/٣٢٦-٣٢٧؛ تكميلة العروة الوثقى: ١/١٧٠.

(٤) المائدة: ١.

(٥) المصدر نفسه.

(ولو وهب أحد الزوجين الآخر ففي الرجوع تردد، أشبهه الكراهة،
ويرجع في هبة الأجنبي ما دامت العين باقية مالم يعوض عنها،
وفي الرجوع مع التصرف قولان أشبههما الجواز).

أمّا رجوع أحد الزوجين فيما وهب للآخر، فمقتضى صحيحه زرارة
المحكمة المذكورة عدم جوازه.

حكم رجوع أحد
الزوجين فيما وهب
للآخر

ويدلّ عليه أيضاً صحيحه زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «إِنَّ الصَّدْقَةَ
مُحَدَّثَةٌ إِنَّمَا كَانَ النَّاسُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامِ يَنْحَلُونَ وَيَبْرُونَ، وَلَا
يَنْبَغِي لَمَنْ أَعْطَى اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ شَيْئًا أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ، قَالَ: وَمَا لَمْ يُعْطِ اللَّهَ
وَفِي اللَّهِ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ فِيهِ نَحْلَةً كَانَتْ أَوْ هَبَةً، حِيزْتَ أَوْ لَمْ تَحِزْ، وَلَا يَرْجِعُ
الرَّجُلُ فِيهَا يَهْبَ لَأْمَرَاتِهِ وَلَا الْمَرْأَةُ فِيهَا تَهْبَ لِزَوْجِهَا حِيزْ أَوْ لَمْ يَحِزْ،
أَلِيَسَ اللَّهُ - تَبَارَكَ وَتَعَالَى - يَقُولُ: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ
شَيْئًا﴾ وَقَالَ: ﴿فَإِنْ طَلَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُنَّ فَلْكُوْهُ هَيْئًا مَرِيعًا﴾ وَهَذَا يَدْخُلُ
فِيهِ الصَّدْقَةَ وَالْهَبَةَ»^(١).

والمشهور^(٢) على الجواز مع الكراهة، لصحيح محمد بن مسلم عن
أحد همّا عليهما السلام: «أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ كَانَتْ لَهُ الْجَارِيَةُ فَآذَتْهُ امْرَأَتُهُ فِيهَا؟

(١) الكافي: ٣٠ / ٧، ح٣، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمري
والرقبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ١٥٢، ح١، باب
النحل والهبة؛ الاستبصار: ٤ / ١١٠، ح١٧، باب الهبة المقبوضة؛ وسائل الشيعة:
١٩ / ٢٣١، أبواب أحكام الهبات، ب٣، ح١.

(٢) المبسوط: ٣٠٩ / ٣، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ٣ / ١٧٣؛ شرائع الإسلام: ٢ / ١٨٠؛
الجامع للشرع: ٣٦٦؛ قواعد الأحكام: ٢ / ٤٠٨.

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 القرابة، مع أن الصحيحه موافقة للكتاب بناء على أن المراد بـ«مَا أَتَيْتُمُوهُنَّ» أعم من الصدقة والهبة، لقوله عليهما السلام في آخره^(٢).

ويمكن أن يقال: إذا قصد الصدقة التي أخذ فيها قصد القرابة، فلا حاجة إلى قول الله، فيظهر من الرواية أنه ما قصد حيث لم يقل، فالإعطاء بقصد القرابة يجوز الرجوع فيه، وبدون الإعطاء لا يصدق الرجوع، والإعطاء بلا قصد القرابة هبة، فبقرينة ذكر الرجوع يفهم تحقق الإعطاء.

ويمكن الاستدلال للمشهور بصحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله وعبد الله بن سليمان^(٣) عن أبي عبد الله عليهما السلام: «عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال عليهما السلام: تجوز الهبة لذوي القرابة والذي يثاب من هبته، ويرجع في غير ذلك [إن شاء]»^(٤) فيدور الأمر بين التخصيص

(١) الكافي: ١٢/٧، ح ٣٢، باب ما يجوز من الوقف والصدقة والنحل والهبة والسكنى والعمري والرقبى وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ٩/٩، ح ٥، ١٥٣-١٥٤، باب النحل والهبة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٤٠، أبواب أحكام الهبات، ب٧، ح ٢.

(٢) تكملة العروة الوثقى: ١/١٧٢.

(٣) في الاستبصار: عبد الله بن سنان.

(٤) تهذيب الأحكام: ٩/١٥٥، ح ١٣، باب النحل والهبة؛ الاستبصار: ٤/١٠٨-١٠٩، ح ٨، باب الهبة المقوضة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٣٧، أبواب أحكام الهبات، ب٦، 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، لكنه ذكر الواجب والمستحب، وكذا الحرام والمكرور ليس بعزيز، والمسألة لا تخلو عن الإشكال، والاحتياط بعدم الرجوع.

وأمّا الرجوع في الهبة للأجنبي في الجملة، فقد سبق الكلام فيه.

حكم الرجوع في الهبة لوعوضت
وأمّا صورة التعويض، فاذعى الإجماع فيها على اللزوم وعدم الرجوع^(١)، ويدلّ عليه ما رواه الشيخ عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله في الصحيح المتقدّم، وما روی في الصحيح أو الحسن^(٢) عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله علیه 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 إيماناً بعد شهر أو سنة^(٤).

ويشكل لا من جهة عدم صدق العوض على نفس الشيء، لعدم

(١) الاستبصار: ١٠٨ / ٤؛ الكافي في الفقه: ٣٢٨، المذهب: ٩٩ / ٢؛ السرائر: ١٧٣ / ٣؛ إصباح الشيعة: ٣٤٩؛ التنقح 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 والعمري والرقبي 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 المبات، ب ٩، ح ١.

(٤) تكميلة العروة الوثقى: ١٧٤ / ١.

العاوضة في الموهوب، بل المعاوضة بين التملיקين هبة وهمة أخرى عوضها، بل من جهة الانصراف، وعدم صدق الهمة للذى يثاب من هبته كما في الصحيح الأول.

وما يقال من أنه لا بد أن يكون برضاء الواهب مع قصد العوضية^(١) مشكل، لإطلاق الدليل، ولا مانع من جواز الهمة أولاً، وبعد إعطاء العوض يبدل الجواز باللزوم.

لو تصرف في العين وأمّا صورة التصرف في العين الموهوبة للأجنبي، ففيه أقوال:
الموهوبة للأجنبي أحدها: سقوط الجواز، وعدم جواز الرجوع مطلقاً^(٢).
الثاني: عدم السقوط مطلقاً^(٣).

الثالث: التفصيل بين مثل البيع والصلح والهمة من التصرفات الناقلة للملك ومثل الاستيلاد المانع للرد، ومثل الطحن والنجر والخياطة ونحوها مما يكون مغيراً للصورة، وبين ما لا يكون كذلك كالسكنى، وركوب الدابة وتعليفها، ولبس الثوب ونحوها مما لا يكون مغيراً للصورة^(٤).

والمدرك في المسألة ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن^(٥)

(١) تكميلة العروة الوثقى: ١/١٧٤.

(٢) المقنعة: ٦٥٨؛ النهاية: ٦٠٣؛ المهدى: ٩٥/٢؛ السرائر: ٢٩٩، وفيه دعوى عدم الخلاف.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٢٨؛ المراسم: ١٩٩.

(٤) الوسيلة: ٣٧٩؛ الدروس الشرعية: ٢/٢٨٧؛ جامع المقاصد: ٩/١٦٠.

(٥) الترديد لأجل إبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ١/٣١٦.

عن الحلبي وجيل، عن أبي عبد الله عائلاً قال: «إذا كانت المبة 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 والمبة مع لزومها، الظاهر أنه عند العرف ليست العين قائمة بعينها، لكنه مع حصول الإقالة أو الفسخ يشكل صدق عدم القيام بعينها، لأنها بنظر العرف من قبيل إعادة المدوم، ومثل الاستيلاد ليس عند العرف موجباً لعدم القيام بعينها، بل المنع من قبل الشع، فعلله من باب تراحم الحكمين، والظاهر أنّ ما يكون مغيراً للصورة كالطحن والنجر ونحوهما مناف للقيام بعينها دون مثل السكنى والركوب والتعليق.

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 المستثناء، لما هو المقرر في الأصول من الرجوع إلى العام أو المطلق عند إجمال المخصوص أو المقيد، والدوران بين الأقل والأكثر.

فالحق 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 والمبة والسكنى والعمري والرقيبي وما لا يجوز من ذلك على الولد وغيره؛ تهذيب الأحكام: ١٥٣/٩، ح ٤، باب النحل والمبة؛ الاستبصار: ٤/١٠٨، ح ٦، باب المبة المقبوسة؛ وسائل الشيعة: ٢٤١/١٩، أبواب أحكام المبتات، ب، ٨، ح ١.

كتاب الوصايا

(كتاب الوصايا)^(١)

(وهي تستدعي فضولاً:)

[الفصل] (الأول: الوصية).

(هي] تملّيك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف بعد الوفاة،
ويفتقر^(٢) إلى الإيجاب والقبول).

تعريف الوصية الوصية إما تملّيكية 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 التملّيكية أيضاً غایة الأمر رد الموصى له مانع^(٣).
والازم هذا أنه لو لم يقبل الموصى له ولم يردّ كان الموصى به ملكاً له، ويكون نهأه المتّصل والمنفصل له، ولا يلتزمون به، بل ظاهر كلماتهم أنه مع عدم القبول والرد والامتناع يجبر، للاحظة حال الورثة.
والإنصاف أنه لا دليل على اعتبار القبول بمالحظة الأخبار، بل الظاهر من بعضها حصول الملكيّة 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 صحيحه زرارة عن أبي جعفر عائلاً: «في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه وأخوالي؟ فقال: لأعمامه الشثان، ولا أخواله الثالث»^(١).

وما في التهذيب عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «سألت أبي عبد الله عائلاً عن المرأة قالت لأمها: إن كنت بعدي فجارتي لك، فقضى أن ذلك جائز، وإن ماتت^(٢) الابنة بعدها فهي جاريتها»^(٣).

إلا أن يقال في الصحيح: لعل نظر السائل إلى كيفية تقسيم الموصى به بين الأعمام والأحوال بعد الفراغ عن تمامية الوصية، ولا تعرض لها لنحو تمامية الوصية، وهذا نظير سؤال السائل: رجل باع داره من دون ذكر لقبول المشري.

ولا يبعد التمسك بها رواه العباس بن عامر^(٤) في الصحيح قال: «سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً؟ قال: أطلب له وارثاً أو مولى نعمة فادفعها إليه.

قلت: فإن لم أعلم له وليناً؟ قال: أجهد على أن تقدر له على وليناً، فإن لم تجده وعلم الله منك الجد فتصدق بها»^(٥).

(١) الكافي: ٤٥/٧، ح٣، باب من أوصى لقراباته ومواليه كيف يقسم بينهم؛ من لا يحضره الفقيه: ٥٤٨٣، ح٢٠٨، باب الوصية للأقرباء والموالي؛ تهذيب الأحكام: ٢١٤/٩، ح٢٢، باب الوصية المبهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٣، أبواب أحكام الوصايا، ب٦٢، ح١.

(٢) في التهذيب: «كانت».

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٠، ح٧، باب الوصية للوارث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٨٩، أبواب أحكام الوصايا، ب١٥، ح١١، وفيه القاسم بن محمد الجوهرى وفيه كلام. راجع معجم رجال الحديث: ٤٨/١٤.

(٤) في الكافي كما في المتن، وفي غيره: «العباس بن عامر عن مثنى قال: سأله».

(٥) الكافي: ٧/١٣، ح٣، باب من أوصى بوصية فمات الموصى له قبل الموصى 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.

والمحكى عن المختلف - بعد نقل الأقوال -: «والمعتمد أن نقول: كلام العلامة الحلى الوصية إن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين، ومن لا يمكن حصرهم في المختلف - كبني هاشم - أو على مصلحة - كمسجد أو قنطرة، أو حجّ أو مدرسة أو غير ذلك - لم يفتقر إلى القبول، ولزمهت بمجرد الموت، لتعذر اعتبار القبول من جميعهم، فسقط اعتباره كالوقف عليهم».

وإن كانت لمعين افتقرت إلى القبول، ولا يحصل الملك قبله، لأنّ القبول يعتبر فتحاً للملك له قبل قبوله لا وجه له مع اعتباره، ولأنّه تملّك عين لمعين، فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود، ولأنّ الموصى له لو ردّ الوصية بطلت، ولو كان قد ملك بمجرد الإيصاء لم يزل الملك بالردّ كما بعد القبول، ولأنّ الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل، لامتناع تقدّم المشرط على شرطه»^(١).

ويمكن أن يقال: إن كانت الوصية التمليليكية عقداً وكلّ عقد يحتاج إلى الإيجاب والقبول بخلاف الإيقاع، فكيف يقال في الوصية لغير معين أو

→ يقظها؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١١، ح ٥٤٩٠، باب الموصى له يموت قبل الموصى أو قبل أن يقبح ما أوصى له به؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٣١، ح ٣، باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصى؛ الاستبصار: ٤/١٣٨، ح ٣، باب الموصى له يموت قبل الموصى؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٣٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٠، ح ٢.

(١) مختلف الشيعة: ٦/٣٤٠.

على المصلحة: لا حاجة إلى القبول؟ و مجرد تعذر القبول لا يصحّ، وإن منعنا كون الوصيّة عقداً، فلا نجد الفرق بين الوصيّة لمعين وبين غيرها.

وممّا يؤيّد 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.

وأمّا ما ذكر من امتناع تقدّم المشروط على شرطه، فيمكن الجواب عنه بأنّ الرد كاشف عن عدم تحقّق الملكيّة من الأوّل، فالمقام نظير عزل مقدار من تركة الميت بمالحظة الحمل، فإن ولد حياً يرث سهمه من التركة وإلا فهو ميراث للورثة.

والحاصل أنّه إن تحقّق الإجماع على الحاجة إلى القبول فهو وإنّ المرجع عموم أو إطلاق أدلة صحة الوصيّة ونفوذها.

ومع الخدشة المرجع الأصل، فإنّ بنينا على أنّ الأصل في أمثال المقام الفساد من جهة استصحاب عدم تحقّق الملكيّة بدون القبول يحكم بالفساد، وإن قلنا بأنّ حديث الرفع لا مانع من جريانه في أمثال المقام يحكم بالصحة.

ولا يخفى أنه إن كان الأصل الفساد من جهة عدم العموم والإطلاق، فمجرّد ما ذكر لعدم لزوم القبول في الوصيّة لغير المعين وللمصلحة لا يوجب الصحة، بل لا بدّ من تحقّق القبول ولو من بعض كافية قبض البعض في الوقف على عنوان كعنوان القراء أو الحاكم إن قلنا بولايته في أمثال المقام.

ومع عدم الدليل على الولاية بهذا النحو يشكل الحكم بالصحة، لعدم تمامية 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 تعين الوصي أو موته، لكن الظاهر تسلّمهم على عدم الحاجة إلى القبول.

وقد يقال: إن الوصية في هذه الصورة ليست تملיקية، 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 تسلّموا عليه.

وقد علل كونها عهدية بعدم صحة تملّك غير المعين أو الجهة، ولا يخفى الإشكال فيه.

(وتكتفي الإشارة الدالة على القصد، ولا تكتفي الكتابة ما لم تنضم القرينة الدالة على الإرادة، ولا يجب العمل بما يوجد بخط الميت، وقيل: إن عمل الورثة ببعضها لزمهما 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 كفاية الإشارة الدالة فيها، واستدلل^(٢) بصحيح الحلبـي^(٣) عن أبي عبد الله عـلـيـهـ: «إن أباه حدثه عن على القصد

(١) جواهر الكلام: ٢٨ / ٣٩٠.

(٢) نهاية المرام: ٢ / ٢٥٠.

(٣) أعلم أن السيد المصنف رحمه الله وإن نسب هذه الرواية إلى الحلبـي إلا أن هذا المتن من روایة ←

أبيه^(١) أنّ أمامة بنت أبي العاص بن الربيع وأمّها زينب بنت رسول الله ﷺ كانت تحت عليٍّ - صلوات الله عليه - بعد فاطمة عليها السلام فخلف عليها بعد عليٍّ عليها السلام مغيرة بن نوفل، فذكر أمّها وجعت وجعاً شديداً حتّى اعتقل لسانها وأتاهها الحسن والحسين ابنا عليٍّ - عليهم الصلاة والسلام - وهي لا تستطيع الكلام، فجعلها يقولان لها - والمغيرة كاره لما يقولان -: أعتقدت فلاناً وأهله فجعلت تشير برأسها: لا^(٢)، وكذا وكذا فجعلت تشير برأسها: نعم ، لا تفصح بالكلام فأجازا ذلك لها^(٣).

وخبر عليٍّ بن جعفر عن أخيه المروي عن قرب الإسناد: «سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهاليها يسائله أعتقدت فلاناً وفلاناً؟ في يومئ برأسه أو تومنئ 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 التصدق عنده أو الإقرار بهما، المعروف أنه يكتفي بالإشارة مع العجز عن النطق، ولا

→ أخرى تشابه صحيحة الحلبي في أكثر ألفاظها وفقراتها. من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٨، ٥٤٥٥، باب الوصية بالكتب والإيماء؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٤١، ح ٢٨، باب من الزiyادات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٧٣، أبواب أحكام الوصايا، ب٤٩، ح ١.

(١) في المصادر: «أنّ أباه حدثه أنّ أمامة».

(٢) في المصادر: «نعم».

(٣) تهذيب الأحكام: ٨/٢٥٨، ح ٢٦٩، باب العتق وأحكامه؛ وسائل الشيعة: ٢٣/٨٠، كتاب العتق، ب٤٤، ح ١.

(٤) قرب الإسناد: ٢/١١٩؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٧٤، أبواب أحكام الوصايا، ب٤٩، ح ٢، وفيه عبد الله بن الحسن، وهو مهملاً. راجع قاموس الرجال: ٦/٣١٨.

يبعد اعتبارها حتى مع التمكّن، لاكتفاء العقلاء في مقاصدhem بالإشارة، ولم يقم دليل على لزوم التلفظ يوجب الردع إلا أن المشهور عدم اعتبارها مع التمكّن، فإن تم الإجماع وإلا فلا وجه له، ولعله لهذا صرّح في المتن بالكافية من دون تقييد العجز، وكذا الكتابة مع قصد الإنماء بها.

وفي خبر سدير عن أبي جعفر ع قال: «دخلت على محمد بن الحنفية وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصيّة فلم يجب، فأمرت بطبست، فجعل فيه الرمل، فوضع فقلت: خط بيديك، فخط وصيّته بيده في الرمل ونسخته أنا في صحيفه»^(١).

ولم يظهر من هذا الخبر مدخلية العجز في اعتبارها، بل لعل العدول إلى الكتابة بعد العجز عن النطق من جهة أسهلية النطق.

وأمّا ما كتب الميت بخطه، فظاهر المتن عدم وجوب العمل به، ولم يظهر وجهه مع كفاية الكتابة في الوصيّة، وبناء العقلاء على العمل في مقاصدhem، واكتفاء المأمورين إذا صدر من أمرائهم أوامرهم في الأمور الخطيرة، بل بناء الفقهاء في الأحاديث بما كتب في الكتب، والنصوص الناهية عن أن يبيت الإنسان إلا ووصيّته تحت رأسه^(٢)، ومن المعلوم أنّ الغرض العمل بها إذا مات، ولعل نظر المانعين إلى صورة عدم حصول

(١) من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٧، ٥٤٤، باب الوصيّة بالكتب والإيماء؛ تهذيب الأحكام: ٩/٤٤١، 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 ﷺ: «ما ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليلة إلا ووصيّته تحت رأسه». المقنعة: ٦٦٦؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٥٨، أبواب أحكام الوصايا، ب ١، ح ٧.

القطع أو الاطمئنان بأنه خط الميت أو إرادة الوصيّة.

عدم صحة الوصيّة وأمّا عدم صحة الوصيّة بمعصية بمعنى صرف المال في المعصية، فلا إشكال فيه ولا خلاف ولا يمكن تنفيذها.

ويدلّ عليه الخبر: «عن قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ وَبَعْدَ مَا سَعَاهُ﴾، الآية، قال: نسختها التي بعدها: ﴿فَمَنْ حَافَ مِنْ مُؤْصِنْ جَنْفًا أَوْ إِثْمًا﴾ قال: يعني الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصى [في ثلثه]^(١) فيها أوصى به إليه مما لا يرضى الله تعالى من خلاف الحقّ، فلا إثم على الموصى إليه أن يبدل إلى الحقّ، وإلى ما يرضى الله تعالى به من سبيل الخير»^(٢).

ونحو المرسل المضرم عنه: «أَنَّه تَعَالَى أَطْلَقَ لِلْمَوْصِيِّ إِلَيْهِ أَنْ يَغِيرَ الْوَصِيَّةَ إِذَا لَمْ تَكُنْ بِالْمَعْرُوفِ وَكَانَ فِيهَا جَنْفًا، وَيَرْدِدُهُ إِلَى الْمَعْرُوفِ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ حَافَ مِنْ مُؤْصِنْ جَنْفًا أَوْ إِثْمًا فَأَضْلَلَهُ بَيْنَهُمْ 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، فبدل الوصيّ في عمارة المسجد، لعدم الدليل عليه غير الخبرين، وإثبات مثل هذا الحكم بها مشكل.

(١) ليس في الكافي والوسائل.

(٢) الكافي: ٢١/٧، ح ٢، باب أَنْ مِنْ حَافَ فِي الْوَصِيَّةِ فَلَلْمَوْصِيُّ أَنْ يَرْدِدَهَا إِلَى الْحَقِّ؛ 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 أَنْ مِنْ حَافَ فِي الْوَصِيَّةِ فَلَلْمَوْصِيُّ أَنْ يَرْدِدَهَا إِلَى الْحَقِّ؛ وسائل الشيعة: ٣٥٢/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٨، ح ٢.

[الفصل] (الثاني: في الموصي).

في الموصي وشروطه

(ويعتبر فيه: كمال العقل والحرّية، وفي وصيّة من بلغ عشرًا في البرتّرداد، والمروي الجواز، ولو جرح نفسه بما فيه هلاكها ثمّ أوصى لم تقبل، ولو أوصى ثمّ جرح قبلت، وللموصي الرجوع في الوصيّة متى شاء).

أمّا اعتبار كمال العقل بمعنى عدم كون الموصي مجنونًا أو سكرانًا لا يعقل أو سفيهاً، فالعدم نفوذ تصرّفاته مع هذه الأوصاف.

وأمّا اعتبار الحرّية، فوجّهه أنَّ العبد محجور في تصرّفاته وإن قلنا بأنَّه يملك.

وأمّا وصيّة من بلغ عشر سنين وإن كان مقتضى القاعدة عدم نفوذها لكونه محجورًا في تصرّفاته، لكنَّه ورد أخبار تدلُّ على صحتها 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 وصيّته»^(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: ٢٩-٢٨، ح٣، باب وصيّة الغلام والخارية التي لم تدرك وما يجوز منها وما لا يجوز؛ من لا يحضره الفقيه: ٤١٦، ح٥٤٥٠، باب الحد الذي إذا بلغه الصبي جازت وصيّته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٦٢، أبواب أحكام الوصايا، ب٤، ح٤.

وما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم عن زرارة، عن أبي جعفر ع عليهما السلام قال:
 «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق، أو تصدق،
 أو أوصى على حدّ معروف وحقّ فهو جائز»^(١).

وما رواه الشيخ في التهذيب في الموثق عن منصور بن حازم، عن أبي عبد الله ع عليهما السلام قال: «سألته عن وصيّة الغلام هل يجوز؟ قال: إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيّته»^(٢).

وعن أبي بصير وأبي أيوب في الموثق، عن أبي عبد الله ع عليهما السلام: «في الغلام ابن عشر سنين يوصي؟ قال: إذا أصاب موضع الوصيّة جازت»^(٣).

وما رواه المشايخ الثلاثة - عطر الله مراقدهم - في الصحيح عن محمد بن مسلم قال: «سمعت أبا عبد الله ع عليهما السلام يقول: إنّ الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيّته لأولي الأرحام، ولم تخز لغيرباء»^(٤).

(١) الكافي: ٢٨/٧، ح ١، باب وصيّة الغلام والجارية التي لم تدرك وما يجوز منها وما لا يجوز؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٧، ح ٥٤١، باب الحد الذي إذا بلغه الصبي جازت وصيّته؛ تهذيب الأحكام: ٨/٢٤٨، ح ١٣١، باب العتق وأحكامه؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢١١؛ أبواب أحكام الوقوف والصدقات، ب١٥، ح ١، والرواية موثقة بموسى بن بكر الواقفي.
 راجع معجم رجال الحديث: ١٩/٢٨.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/١٨٢، ح ٥، باب وصيّة الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٦٣، أبواب أحكام الوصايا، ب٤٤، ح ٧. والتعبير عنه بالموثق لأن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/١٨١، ح ٢، باب وصيّة الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٦٣، أبواب أحكام الوصايا، ب٤٤، ح ٦. والتعبير عنه بالموثق لأن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٤) الكافي: ٧/٢٨، ح ٢، باب وصيّة 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 وصيّة البالغ عشر سنين في الحق، والمعروف بعد تقييد ما هو مطلق بالمقيد، بل نفوذ وصيّة ابن سبع سنين في اليسير من ماله في حق، ثم إن هذا في الوصيّة بالاستقلال بدون المراجعة إلى الولي، وأماماً إن قلنا بنفوذ تصرّفات غير البالغ بإجازة الولي، فلا مانع من التصرّف بالوصيّة، وهذا الكلام في وصيّة السفيه والعبد إن قلنا بملكية يجري.

وأمّا لو جرح نفسه بما فيه هلاكها، فالمصرّح به في كلام الفقهاء وصيّة من جرح نفسه بما فيه هلاكها - قدس الله أسرارهم -^(٢) عدم قبول وصيّته.

ويدلّ عليه صحيحة أبي ولاد المرويّة بطرق المشايخ الثلاثة - قدست

→ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٧، ح ٥٤٥٣، باب الحد الذي إذا بلغه الصبي جازت وصيته؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨١، ح ٣، باب وصيّة الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٦٠، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٤، ح ١.

(١) الكافي: ٤/٢٩، ح ٤، باب وصيّة الغلام والجارية التي لم تدرك وما يجوز منها وما لا يجوز؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٧، ح ٤٥٢، باب الحد الذي إذا بلغه الصبي جازت وصيته؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٢، ح ٧، باب وصيّة الصبي والمحجور عليه؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٦١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٤٤، ح ٢. والرواية صحيحة على ما في الفقيه، وأماماً في غيره فموقعة.

(٢) المقنعة: ٦٧٢؛ الكافي في الفقه: ٣٦٤؛ النهاية: ٦١٠؛ المهدّب: ٢/١٠٧؛ إصباح الشيعة: ٣٥٤؛ الجامع للشرع: ٤٩٥؛ تبصرة المتعلّمين: ١٢٨؛ كنز الفوائد: ٢/١٩٨، وفيه نسبة 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 بوصيّة، ثم قتل نفسه متعمداً من ساعته تنفذ وصيّته؟ قال: فقل: إن كان أوصى قبل أن يُحدث حدثاً في نفسه من جراحته أو فعل لعله يموت أجيزة وصيّته في الثالث، وإن كان أوصى بوصيّة بعد ما أحدث في نفسه من جراحته أو فعل لعله يموت لم تجز وصيّته»^(١).

ولا مانع في الأخذ بهذه الصريحة إلا ما قد يستشكل من لزوم تحصيص الكتاب الكريم^(٢)، ولا إشكال فيه، كما في كثير من أبواب المعاملات.

جواز رجوع الموصي عن وصيّته جواز رجوع الموصي عن وصيّته
وأمّا جواز رجوع الموصي عن وصيّته متى شاء، فالظاهر أنّه لا خلاف فيه^(٣)، ويدلّ 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 وصيّته إن كان في صحة أو مرض»^(٤).

(١) الكافي: ٤٥، ح ١، باب من لا تجوز وصيّته من البالغين؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٢، ٥٤٧٠، باب وصيّة من قتل نفسه متعمداً؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٧، ح ١، باب وصيّة من قتل نفسه أو قتله غيره؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٧٨، أبواب أحكام الوصايا، ب٢، ٥٢، ح ١.

(٢) السرائر: ٣/١٩٧-١٩٨.

(٣) المقنعة: ٦٦٩؛ الانتصار: ٣٧٧؛ المراسم: ٢٠٤؛ المذهب: ٢/١٠٦؛ غنية التزوع: ٦/٣٠٦؛ السرائر: ٣/١٩٥، الجامع للشرايع: ٤٩٤؛ جامع الخلاف والتفاق: ٣٨١؛ تحرير الأحكام: ١/٢٩٢.

(٤) الكافي: ١٢/٧، ح ١، باب الرجل يوصي بوصيّة ثم يرجع عنها؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٩، ح ٥٤٥٨، باب الرجوع عن الوصيّة؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٩-١٩٠، ح ١٣، ←

وعن بريد بن معاوية في الموثق، عن أبي عبد الله عائلاً قال: «لصاحب الوصيّة أن يرجع فيها ويحدث في وصيّته ما دام حياً»^(١).

وعن محمد بن مسلم في الصحيح، عن أبي عبد الله عائلاً^(٢): «المدبر من الثالث، وقال: للرجل أن يرجع في ثلثه إن كان أوصى في صحة أو مرض»^(٣)، إلى غيرها من الأخبار.

→ باب الرجوع في الوصيّة؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٣٠٣، أبواب أحكام الوصايا، ب، ١٨، ح ٣.
والرواية موثقة بابن بكير الفطحي الثقة. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٨١.

(١) الكافي: ٧ / ١٢، ح ٢، باب الرجل يوصي بوصية ثم يرجع عنها؛ من لا يحضره الفقيه: ٤ / ١٩٩، ح ٥٤٧، باب الرجوع عن الوصيّة؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ١٩٠، ح ١٤، باب الرجوع في الوصيّة؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٣٠٣، أبواب أحكام الوصايا، ب، ١٨، ح ٤.

والرواية موثقة بابن فضال الفطحي الثقة. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٢) في الفقيه: عن أحد همatics.

(٣) الكافي: ٧ / ٢٢، ح ٣، باب أن المدبر من الثالث؛ من لا يحضره الفقيه: ٣ / ١٢١، ح ٣٤٦١، باب التدبير؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ٢٢٥، ح ٣٣، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٣٠٧، أبواب أحكام الوصايا، ب، ١٩، ح ١.

[الفصل] (الثالث: في الموصى له).

في الموصى له

(ويشترط وجوده، فلا تصح لمعدوم، ولا من ظن بقاوته وقت الوصية وشروطه فبان ميتاً، وتصح الوصية للوارث كما تصح للأجنبي، وللحمل بشرط وقوعه حياً؛ وللذمي ولو كان أجنبياً وفيه أقوال).

أما اشتراط وجود الموصى له حال الوصية، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(١)، وقد ذكر في وجه عدم الصحة أن الموصى به إما عين أو منفعة، الموصى له حال الوصية والمعدوم غير قابل لأن يتملّك العين أو المنفعة^(٢).

وأورد عليه بالنقض بالوقف حيث إنّه يصح الوقف على المعدوم بتبع الموجود وكذا يصح بيع الثمرة مع أنها معدومة حال البيع، ولا فرق بين تملّك المعدوم وتمليك المعدوم^(٣).

ولا يخفى أنّ الصحة وعدم الصحة في الأمور الاعتبارية يدوران مدار اعتبار العقلاء، ولا شك في صحة الاعتبار، [وذلك] مضافا إلى أنّ الملكية تتحقق بعد الموت لا بمجرد الوصية، فالعمدة الإجماع إن تم.

وقد يستدل على عدم الصحة بعدم شمول الأدلة، والظاهر عدم

(١) بل العلامة ابن القاسم ادعى عليه الإجماع. تذكرة الفقهاء: ٢١ / ٧٣.

(٢) مسالك الأفهام: ٦ / ٢١٥؛ جواهر الكلام: ٢٨ / ٣٦٢ - ٣٦٣.

(٣) جامع المقاصد: ١٠ / ٤١.

الإشكال في الإطلاق، ولذا يؤخذ به في الأمور التي لا تعرّض في الأخبار لها، فإنَّ الوصيَّة لِلحمل حتَّى قبل ولوج الروح المعروف صحتها، والظاهر عدم نصٍّ بالخصوص فيها فلا بدُّ من التمسِّك بالإطلاقات.

صحة الوصية وأمّا صحة الوصيّة للوارث، فالظاهر عدم الخلاف^(١) فيها خلافاً للجمهور حيث إن أكثرهم^(٢) على عدم جوازها للوارث، ورروا في ذلك عنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَاٰلِهٖ وَسَلَّمَ أنه قال: «لا وصيّة لوارث»^(٣).

ويدل على ما ذكره الأصحاب قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ الْحَدْمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكُ خَيْرًا أَوْصِيَةً لِلْوَالِدَيْنَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(٤).

وقيل: هذه الآية منسوبة بآية الفرائض^(٥)، وقد روى العيّاشي في تفسيره عن ابن مسakan، عن أبي جعفر ع: «في قوله تعالى: ﴿كُتُبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتَ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا أَوْصِيَةً لِلْوَالِدَيْنِ وَلِأَقْرَبِينَ﴾ قال: هي منسوبة نسختها آية الفرائض التي هي المواريث^(٦):

(١) المقنعة: ٦٧٠؛ الانتصار: ٥٩٧، وفيه دعوى الإجماع؛ الكافي في الفقه: ٢٣٥؛ الخلاف: ٤/١٣٥، وفيه دعوى الإجماع؛ المذهب: ٢/١٠٨-١٠٩، وفيه عوى الإجماع؛ فقه القرآن: ٢/٢٩٩؛ السرائر: ٣/١٨٦، وفيه دعوى الإجماع؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٨٢؛ تحرير الأحكام: ١/٢٩٩، وفيه دعوى الإجماع.

(٢) المجموع: ١٥ / ٣٩٩ و ٤٢٢، المغني: ٦ / ٤٤٩ - ٤٥٠؛ المحلّي: ٣١٦ / ٩؛ المسوّط: ٢٧ / ٢٧٣؛ بدایة المجهد: ٢ / ١٧٥.

(٣) مسند أحمد: ٤؛ سنن ابن ماجة: ٢/٩٠٥، ح ٢٧١٣؛ سنن أبي داود: ١/٦٥٦، ح ٢٨٧٠؛
سنن الترمذى: ٣/٢٩٣، ح ٢٢٠٣؛ سنن النسائي: ٦/٢٤٧.

(٤) البِقَة: ١٨٠

(٥) تفسير القمسي: ٦٥ / ١؛ جامع السان: ٢ / ٧٠.

(٦) تفسير العياش: ١/٧٧؛ وسائل الشيعة: ١٩، ٢٩٠، أبواب أحكام الوضوء، بـ ١٥، ←

وجملة من الأصحاب حملوا هذه الرواية على التقى^(١)، واحتمل حمل النسخ فيها على نسخ الوجوب^(٢)، وهذا الاحتمال قريب من جهة أن 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 عَلَيْهِ الْكَلَمُ عَنِ الْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ؟ فَقَالَ: تَجُوزُ»^(٣).

وما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن أبي ولاد الحنّاط قال: «سألت أبا عبد الله عَلَيْهِ الْكَلَمُ عَنِ الْمَيِّتِ يُوصِي لِلْوَارِثِ بِشَيْءٍ؟ قَالَ: نَعَمْ، أَوْ قَالَ: جَائِزٌ لَهُ»^(٤).

وما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الصحيح، عن أبي جعفر عَلَيْهِ الْكَلَمُ قال: «الوصيّة لـلوارث لا بأس بها»^(٥)، إلى غير ما ذكر.

وأمّا الوصيّة للحمل، فالظاهر عدم الخلاف في صحتها بشرط وقوعه صحة الوصيّة للحمل حيًّا وإن لم تخلّه الحياة^(٦).

→ ح ١٥ . والرواية مرسلة.

(١) وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٩٠ .

(٢) وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٩٠ .

(٣) الكافي: ٧ / ٩ ، ح ١ ، باب الوصيّة لـلوارث؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٨٧ ، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٥ ، ح ٣ . والرواية صحيحة.

(٤) الكافي: ٧ / ٩ ، ح ٢ ، باب الوصيّة لـلوارث؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ٢٠٠ ، ح ٨ ، باب الوصيّة لـلوارث؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٨٧ ، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٥ ، ح ١ .

(٥) الكافي: ٧ / ٩ ، ح ٣ ، باب الوصيّة لـلوارث؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٢٨٨ ، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٥ ، ح ٤ .

(٦) المقنعة: ٦٧٥ ؛ الكافي في الفقه: ٣٦٥ ؛ المسوط: ٤ / ١٢ ؛ المهدّب: ٢ / ١٠٨ ؛ غنية النزوع: ←

واستدلّ عليها بعموم ما دلّ على جوازها مع عدم العثور بنصّ دالّ على الصحة في خصوص الحمل، لكن لا تستقرّ إلّا بانفصاله حيًّا كالإرث بمعنى أنه إذا انفصل حيًّا ينكشف صحة الوصية، فلو وضعته ميتاً انكشف بطلان الوصية وإن كان قد حلّته الحياة في بطن أمّه^(١).

ولازم ما ذكر أنه إذا مات الموصي انتقل الموصى به إلى الحمل وإن لم تخلّه الحياة، وكان النماء المتخلّل يتبع العين في ذلك وظاهرهم عدم اعتبار القبول، لتعذرّه حيث لم يعلم ولاية الأب والجد بالنسبة إليه، كما قيل بسقوطه اعتبار القبول في الوصية للجهات العامة.

حكم الوصية للذمي وأمّا جواز الوصية للذمي، فهو مختار جماعة^(٢)، واستدلّ^(٣) عليه بقوله عزّ وجلّ: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الْأَذْيَنَ لَمَّا يُقْتَلُوكُمْ فِي الْأَذْيَنِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْرُوْهُمْ﴾^(٤) والوصية برّ.

وما رواه المشايخ الثلاثة - قدس الله تعالى أرواحهم - عن محمد بن مسلم في الصحيح قال: «سألت أبا عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ عن رجل أوصى بيده في سبيل الله؟ فقال: أعطه من أوصى به وإن كان يهودياً أو نصراانياً، إنَّ

→ (١) السرائر: ١٨٦/٣؛ إصلاح الشيعة: ٣٥٣؛ الجامع للشائع: ٤٩٤؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٨٣؛ تحرير الأحكام: ١/٣٠٠، وفيه دعوى الإجماع.

(٢) جواهر الكلام: ٣٨٦/٢٨.

(٣) الخلاف: ١٥٣/٤، وفيه دعوى عدم الخلاف؛ المقنعة: ٦٧١؛ السرائر: ١٨٦/٣؛ مختلف الشيعة: ٣٤٥/٦.

(٤) تذكرة الفقهاء: ١٠٦/٢١؛ مسالك الأفهام: ٦/٢١٨؛ جواهر الكلام: ٢٨/١٣١.

(٥) المتنفذة: 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 أحد هم ملائكة مثله بأدنى تفاوت^(٢).

وما رواه المشايخ الثلاثة عن يونس بن يعقوب: «إن رجلاً كان به مدان ذكر أن أباه مات وكان لا يعرف هذا الأمر، فأوصى بوصيّة 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 أنّي أضع في يهودي أو نصراوي لوضعته فيهما، إن الله عز وجل يقول: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ، بَعْدَ مَا سَمِعَهُ، فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ فانظروا إلى من يخرج إلى هذا الوجه - يعني بعض الشغور - فابعوا به إليه»^(٣).

(١) الكافي: ٧/١٤، ح ١، باب إنفاذ الوصيّة على جهتها؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٠، ٢٠٠، ح ٥٤٦٢، باب وجوب إنفاذ الوصيّة والنهي عن تبديلها؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٣، ح ٥، باب الوصيّة لأهل الضلال؛ الاستبصار: ٤/١٢٩، ح ٥، باب الوصيّة لأهل الضلال؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٣٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٢، ح ١.

(٢) الكافي: ٧/١٤، ح ٢، باب إنفاذ الوصيّة على جهتها؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠١، ح ١، باب الوصيّة لأهل الضلال؛ الاستبصار: ٤/١٢٨، ح ١، باب الوصيّة لأهل الضلال؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٣٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٢، ح ١.

(٣) الكافي: ٧/١٤، ح ٤، باب إنفاذ الوصيّة على جهتها؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٠، ٢٠٠، ح ٥٤٦٣، باب وجوب إنفاذ الوصيّة والنهي عن تبديلها؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٢، ح ٢، باب الوصيّة لأهل الضلال؛ الاستبصار: ٤/١٢٨، ح ٢، باب الوصيّة لأهل الضلال؛ وسائل الشيعة: 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 استلزم الوصية المودّة، وهي محّمة بالنسبة إلى الكافر، لقوله تعالى: ﴿لَا يَحِدُّ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُؤَدِّونَ مَنْ حَادَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا أَبْلَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ﴾ وهي متناولة للأرحام وغيرهم^(١).

وأجيب بمعارضته بقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُوكُمُ اللَّهُ﴾، الآية، وبما تقدم من الأخبار وبقوله عليه السلام: «في كلّ كبد حرّى أجر»^(٢)، وبالنقض بجواز هبة إطعامه ومنع كون مطلق الوصية موادّة، لأنّ الظاهر أنّ المراد منها موادّة المحادّة من حيث هو محادّة بقرينة ما ذكر من جواز صلته^(٣).

وأورد^(٤) عليه بأنّ 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 محّماً يأثم عليه وإن وجب تنفيذه على الوصيّ، وذكر أخبار في قبال الخبر النبوّي: «في كلّ كبد حرّى أجر»: منها: ما روى ثقة الإسلام في الكافي عن أبي يحيى، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عائشة قال: «من أشبع مؤمناً وجبت له الجنة، ومن أشبع كافراً كان حّقاً على الله أن يملاً جوفه من الزّقّوم مؤمناً كان أو كافراً»^(٥).

(١) تذكرة الفقهاء: ٢٠ / ١٣٥.

(٢) مسند أحمد: ٢ / ٢٢٢؛ صحيح البخاري: ٧ / ٧٧؛ سنن ابن ماجة: ٢ / ١٢١٥، ح ٣٦٨٦؛ سنن أبي داود: ١ / ٥٧٥، ح ٢٥٥٠.

(٣) مسائل الأئمّة: ٦ / ٢١٩.

(٤) الحدائق 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 ذهبت، 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 فأطعنه وسقاوه، من فعل ذلك فقد خرج عن الإسلام»^(١).

وعن معلى بن خنيس، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: «من أشبع عدوّاً لنا فقد قتل ولیّاً لنا»^(٢).

ففي وصيته عليه السلام المنقوله في كتاب مجالس الشيخ: «يا أبا ذر، لا يأكل طعامك إلا تقيٌ - 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 الريدية؟ فقال: لا تصدق عليهم بشيء، ولا تسقهم من الماء إن استطعت، وقال: الريدية هم النصاب»^(٥)، إلى غير ذلك من الأخبار.

(١) معاني الأخبار: ١٨١؛ وسائل الشيعة: ٤/٢٤-٢٧٣، أبواب آداب المائدة، ب١٩، ح٢.

(٢) معاني الأخبار: ٣٦٥؛ وسائل الشيعة: ٤/٢٤، أبواب آداب المائدة، ب١٩، ح٣، وفيه أبو سميّة الضعيف. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨٩٤.

(٣) في المصدر: «تحبّه» بدل «يحبّ».

(٤) الأمالي (للشيخ الطوسي): ٥٣٥؛ وسائل الشيعة: ٤/٢٤، أبواب آداب المائدة، ب١٩، ح٤. والرواية ضعيفة.

(٥) تهذيب الأحكام: ٤/٥٣، ح١٢، باب مستحق الزكاة للفقر والمسكنة من مجلة الأصناف؛ ←

ويتمكن أن يقال: لا ينفي إباء هذه الأخبار عن التقيد والتخصيص، فكيف يجوز للوصي العمل بالوصية، مع أنه المباشر للعمل؟ وما في هذه الأخبار مناف لما هو المعروف من معاملة المقصومين مع أعدائهم، بل مع معاملة النبي ﷺ مع الكفار، ومناف مع الآية الشريفة: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الْأَذْنِينَ﴾، الآية، فلا بد من رد العلم بها إلى أهله، ونمنع كون الوصيّة والعمل بها للوصي موادٌ من غير حاجة إلى صرف النهي عن الموادة إلى الموادة لمن حاد الله ورسوله من جهة محادته.

ولا تصح للحربى ولا لملوك غير الموصى ولو كان مدبراً أو أمّ ولد، نعم،
لو أوصى لمكاتب قد تحرر بعضه مضت الوصية في قدر نصيبه من
الحرية، وتصح لعبد الموصى ومدبره ومكاتبته وأمّ ولده، ويعتبر ما
يوصى به لملوكه بعد خروجه من الثالث، فإن كان بقدر قيمته أعتقد،
وكان الموصى به للورثة، وإن زاد أعطى العبد الزائد، وإن نقص عن
قيمتها سعى في الباقي، وقيل: إن كانت قيمتها ضعف الوصية بطلت،
وفي المستند ضعف).

أما عدم صحة الوصيّة للحربى، فهو مبني على كون الوصيّة موادّة للحربى المحاذ الله تعالى ورسوله ﷺ، وقد عرفت المنع ودلالة الأخبار المذكورة على لزوم إنفاذ الوصيّة حتّى بالنسبة إلى اليهودي والنصراني مع كون النصارى غالباً حربيّين في عصر صدور الأخبار المذكورة، وعدم عمل الأصحاب بالأخبار الدالّة على حرمة إشباع الأعداء وإطعامهم وسقيهم.

عدم صحة الوصية

للحربي

→ وسائل الشيعة: ٩ / ٢٢٢، أبواب المستحقين للزكاة، ب٥، ح٥. والرواية صحيحة على الأصح.

وقد يتمسّك بعدم قابلية الحري للتملّك^(١)، ولا يخفى منعه، وما ورد من أئمّهم وما لهم فيء للمسلمين^(٢) يؤيّد تملّكهم وإلا لزم عدم جواز تملّك ما أخذوا من المسلمين بالبيع والاشتاء.

عدم صحة الوصيّة
لمملوك غير الموصي

وأمّا عدم صحة الوصيّة لمملوك غير الموصي ولو كان مدبرًا أو أمّ ولد، فهو المشهور^(٣) لا من جهة عدم القابلية للتملّك، لما سبق في كتاب البيع من القابلية والتملّك، غاية الأمر أنّه يكون محجورًا عليه، ولا لرواية عبد الرحمن بن الحجاج عن أحد همأة علیهم 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 - قدس الله تعالى أرواحهم - في الصحيح عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر علیه السلام في مكاتب قال: «قضى أمير المؤمنين - صلوات الله عليه - في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصيّة فقال أهل الميراث: لا نجيز وصيّتها له، إنّه مكاتب لم يعتق ولا يرث، فقضى أنّه يرث بحساب ما أعتق منه، ويجوز له من الوصيّة

(١) مفتاح الكرامة: ٢٣/١٤٨.

(٢) وسائل الشيعة: ١٥/١١٦، أبواب جihad العدو، ب٤٣، ح١.

(٣) الخلاف: ٤/١٦٥-١٦٦، وفيه دعوى الإجماع؛ المهدّب: ٢/١٠٧؛ السرائر: ٣/١٩٩.

شرع الإسلام: ٢/١٩٩؛ تذكرة الفقهاء: ٢١/٧٩، وفيه دعوى الإجماع.

(٤) تهذيب الأحكام: ٩/٢١٦، ح٢، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛

الاستبصار: ٤/١٣٣، ح٢، باب من أوصى لمملوكه بشيء؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤١٢،

أبواب أحكام الوصايا، ب٧٩، ح٣. والرواية صحيحة.

بحساب ما أعتق منه، وقضى في مكاتب أوصى له بوصيّة وقد قضى نصف ما عليه، فأجاز له نصف الوصيّة، وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصيّة، فأجاز ربع الوصيّة، وقال في رجل حرّ أوصى لمكاتبه وقد قضت سدس ما كان عليها، فأجاز بحساب ما أعتق منها»^(١).

وأمّا صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر ع عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين-صلوات الله عليه- في مكاتب قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيّته بحساب ما أعتق منه، وقضى في مكاتب قضى نصف ما عليه فأوصى بوصيّة فأجاز نصف الوصيّة، وقضى في مكاتب قضى ثلث ما عليه وأوصى بوصيّة فأجاز ثلث الوصيّة»^(٢)، وغيرها، فهي راجعة إلى وصيّة المملوك، ولا دلالة لها لما نحن فيه.

وجه الاستدلال بالصحيحة المذكورة تقرير المعصوم أهل الميراث عدم جواز الوصيّة له من جهة أنه لم يعتق، واختصاص الإرث، وجواز الوصيّة له بحساب ما أعتق منه.

ونوّقش في السنّد من جهة اشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيره^(٣)،

(١) الكافي: ٢٨/٧، ح ١، باب الوصيّة للمكاتب؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٤، ح ٢١٦، ٥٥٠٦، باب الوصيّة للمكاتب وأم الولد؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٢٣، ح ٢٤، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤١٣، أبواب أحكام الوصايا، ب ٨٠، ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/٢٢٣، ح ٢٦، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: 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 تلقي الرواية بالقبول مع نقلها في الكتب المذكورة، وبهذه الرواية تستدلّ على مضيّ الوصيّة بالنسبة إلى المكاتب المحرّر بعضه بقدر ما تحرّر.

وأمّا صحة الوصيّة لعبد الموصي ومدّبّره ومكاتبته وأمّ ولده، فادعى صحة الوصيّة لعبد الموصي ومدّبّره ومكاتبته وأمّ ولده، فادعى^(٢) الإجماع عليها.

واستدلّ^(٣) عليها بالصححين في أحدهما: «رجل أوصى بثلث ماله لمواليه ولموالياته الذكر والأنثى فيه سواء، أو للذكر مثل حظ الأنثيين من الوصيّة؟ فوقع: جائز للميّت 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 موالى أبيه»^(٥).

ونوقش في الاستدلال بهما باشتراك لفظ «المولى» بين العبد وغيره،

(١) رياض المسائل: ١٠/٢٨٧-٢٨٨؛ جواهر الكلام: ٣٦٩-٣٧٠.

(٢) الخلاف: ٤/١٦٥، وفيه دعوى الإجماع؛ المذهب: 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 لقربائه ومواليه كيف يقسم بينهم؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٥٤٨٥، ح ٢٠٩، باب الوصيّة للأقرباء والمولاي؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١٥، ح ٩، باب الوصيّة المبهمة؛ 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.

ولعله المراد دون الأوّل، بل لعلّ القرينة على إرادة الغير للظهور في إعطاء الثالث للموصى له بأن يسلّم إليه دون أن يعتقد منه بحسابه، وقد يستظهر إرادة العبد من المولى بقرينة إسقاط الوصيّة في الثاني لموالي أبيه^(١).

ويمكن أن يقال: لعلّ إسقاط الوصيّة لموالي أبيه في الصحيح الثاني من جهة عدم بلوغ الثالث، وصرف الثالث في ما قدّم في الوصيّة.

وأمّا المناقشة باشتراك لفظ «المولى»، فيمكن أن تدفع بأنّ الإمام علیه السلام يسأل ما المراد من المولى فيشمل الجواب ما لو أراد العبد أو غيره، بل لا مانع من التمسّك بعموم أو إطلاق أدلة الوصيّة والخارج بالدليل مملوك غير الموصى؛ فتدبر.

وأمّا ما ذكر من أنّ القرينة على إرادة الغير، إلى آخره، فيمكن منعه بمنع عدم تملّك العبد أو لاً ومنع ظهور اللام في التسلیم إلى العبد.

وأمّا اعتبار كون ما يوصى به بعد خروجه من الثالث، فلما هو المسلم من خروج الوصيّة من الثالث، وعدم نفوذ الوصيّة في الزائد عليه إلاّ مع إمضاء الورثة.

اعتبار كون ما يوصى به بعد خروجه من الثالث

وأمّا ما ذكر من إعتاق المملوک إن كان الموصى به بقدر الثالث، وكون الموصى به للورثة، إلى آخره، فاستدلّ^(٢) له بخبر الحسن بن الصالح عن أبي عبد الله علیه السلام: «في رجل أوصى لمملوک له بثلث ماله؟ قال: فقال: يقوّم المملوک بقيمة عادلة، ثم ينظر ما بلغ ثلث الميت، فإن كان الثالث أقلّ من

(١) رياض المسائل: ٢٩٠ / ١٠.

(٢) كشف الرموز: ٢ / ٧٣؛ مختلف الشيعة: ٦ / ٣٧٠؛ جواهر الكلام: ٢٨ / ٣٧٢.

قيمة العبد بقدر ربع القيمة استساعى 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 لملوكه بثلث ماله قوم الملوك قيمة عادلة فإن كانت قيمته أكثر من الثلث»^(٢)، والمتيقّن من الخبر المذكور الوصيّة بالثلث المشاع.

وأمّا الوصيّة بالمعين، فقد يقال^(٣) ببطلانها إن قلنا بعدم تملّك الوصيّة بالمعين العبد، وإن قلنا بتملّكه فإعتاقه والاستساع خلاف الوصيّة، ونسب هذا التفصيل إلى جماعة.

ولا يبعد الأخذ بإطلاق الخبر، ألا ترى أنّ الأخبار المتعرّضة لمقدار ما ينفذ فيه الوصيّة تكون بنحو التعبير المذكور في هذا الخبر، ولا اختصاص لها بالجزء المشاع، وكذا ما دلّ على أنّ الوصيّة بما دون الثلث أفضل حتّى أنها بالربع أفضل من الثلث، وبالخمس أفضل من الربع، ويبعد الجمود والقول بأنّ الاستساع مخصوص بخصوص ما في الخبر من كون الثلث أقلّ من قيمة العبد بقدر ربع القيمة، لأنّ الظاهر أنّ الإمام عليه السلام بصدق بيان جميع الصور، ولذا تعرّض صورة كون الثلث أكثر من قيمة العبد، فالظاهر أنّ ذكر الربع من باب المثال، ففي صورة تساوي الثلث مع قيمة

(١) تهذيب الأحكام: ٩/٢١٦، ح ١، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤١٢، 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 مقابلته مع العبد المملوك لهم بمقتضى الإرث، وإن زاد تكون الزيادة للعبد حسب الوصيّة، ومع النقصان يستسعي العبد ويكون ما بقي من قيمته للورثة، وعلى ما ذكر لا فرق بين كون القيمة ضعف الوصيّة أو أقل أو أكثر.

والقائلون ببطلان الوصيّة - مع كون القيمة ضعف الوصيّة يجعلون ما في الخبر مثالاً لما لم يبلغ النصف من الأقل، ولعله لأصله بطلان الوصيّة للعبد، والإشعار بعض الأخبار الوارد فيمن أعتقد عبده وكان عليه دين المشتمل على التعليل بتهمة الموصى على الورثة وعدمها مع بلوغ الثلث النصف وعدمه.

أمّا الأصل المذكور، فالاطلاقات على خلافه بعد الفراغ عن قابلية المملوك للتملّك، وأمّا الإشعار المذكور، فسيجيء الكلام فيه؛ إن شاء الله تعالى.

(ولو أعتقده عند موته وليس غيره وعليه دين، فإن كان قيمته بقدر الدين مرّتين صح العتق وإلا بطل، وفيه وجه آخر ضعيف، ولو أوصى لأم ولده صح، وهل تعتقد من الوصيّة أو من نصيب الولد؟ قوله، فإن أعتقدت من نصيب الولد كان لها الوصيّة، وفي رواية أخرى: تعتقد من الثلث ولها الوصيّة).

لأعتقد عبده عند موته وليس غيره وعليه دين

اللازم ذكر ما ورد من الأخبار:

الأخبار الواردة في المقام

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 ليل وابن

شبرمة؟ فقلت: بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى وترك عليه ديناً كثيراً وترك مالياً يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت، فسألها عيسى بن موسى عن ذلك، فقال ابن شبرمة: أرى أن يستسعهم في قيمتهم، فيدفعها إلى الغرماء، فإنه قد أعتقهم عند موته، فقال ابن أبي ليل: 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 يحيزنون عتقه إذا كان عليه دين كثير، فرفع ابن شبرمة يده إلى السماء فقال: سبحان الله يا ابن أبي ليل، متى قلت بهذا القول؟ والله ما قلته إلا طلب خلافي، فقال أبو عبد الله عليه السلام: فمن رأي أيّها خرج الرجل؟ قال: قلت: بلغني أنه أخذ برأي ابن أبي ليل وكان له هوى في ذلك فباعهم وقضى دينه قال: فمع أيّها من قبلكم؟ قلت له: مع ابن شبرمة وقد رجع ابن أبي ليل إلى رأي ابن شبرمة بعد ذلك فقال: أما والله إن الحق لفبي الذي قال ابن أبي ليل وإن كان قد رجع فيه.

قلت: هذا ينكسر عندهم في القياس، فقال: هات قايسني، فقلت أنا أقيسك؟ فقال: لتنقولن بأشدّ ما يدخل فيه من القياس.

قلت له: رجل ترك عبداً لم يترك مالاً غيره وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه خمسين درهم، فأعتقه عند الموت كيف يصنع؟ قال: يباع العبد ويأخذ الغرماء خمسين درهم، ويأخذ الورثة مائة درهم.

قلت: أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم عن دينه؟ فقال: بلى، قلت: أليس للرجل ثلاثة يصنع به ما شاء؟ قال: بلى، قلت: أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه؟ فقال: إن العبد لا وصية له، إنما

ماله لمواليه، فقلت له: فإذا كانت قيمة العبد ستمائة درهم ودينه أربعين درهم؟ قال: كذلك يباع العبد فیأخذ الغرماء أربعين درهم، ویأخذ الورثة مائين، فلا يكون للعبد شيء.

قلت له: فإن قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثة درهم فضحك، وقال: من هاهنا أتى أصحابك، فجعلوا الأشياء شيئاً واحداً ولم يعلموا السنة، إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على وصيته، وأجيزت وصيته على وجهها، فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء، ويكون ثلثة للورثة، ويكون له السادس»^(١).

ومارواه في الكافي عن زرارة في الحسن أو الصحيح^(٢)، عن أحد هماعلىهم السلام: «في رجل أعتق ملوكه عند موته وعليه دين؟ قال: إن كان قيمته مثل الدين الذي عليه وملوكيه جاز عتقه وإلا لم يجز»^(٣).

ورواه الشيخ في التهذيب في الصحيح أو الحسن عن زراراة الحديث مقطوعاً^(٤).

(١) الكافي: ٢٦/٧، ح١، باب من أعتق وعليه دين؛ تهذيب الأحكام: ٢١٧/٩، ح٤، باب وصية الإنسان لعبد وعنته له قبل موته؛ الاستبصار: ٨/٤، ح٤، باب الرجل يعتق عبداً عند الموت وعليه دين؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٥٤، أبواب أحكام الوصايا، ب٣٩، ح٥.

(٢) التردید لأجل ابراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ٣١٦/١.

(٣) الكافي: ٢٧/٧، ح٢، باب من أعتق وعليه دين؛ من لا يحضره الفقيه: ٣٤٥٢، ح٣، باب العتق وأحكامه؛ تهذيب الأحكام: ٢١٨/٩، ح٦، باب وصية الإنسان لعبد وعنته له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٥٦، أبواب أحكام الوصايا، ب٣٩، ح٦.

(٤) تهذيب الأحكام: ٢١٨/٩، ح٦، باب وصية الإنسان لعبد وعنته له قبل موته، وفيه: ←

وما رواه في الاستبصار عن حفص بن البختري في الصحيح، عن أبي عبد الله عائشة قال: «إذا ملك الملوك سدسه استسعي وأجيز»^(١).

وَمَا رَوَاهُ فِي الْإِسْبَرَارِ أَيْضًاً عَنْ زِرَارَةِ فِي الصَّحِيفَةِ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «إِذَا تَرَكَ الَّذِي عَلَيْهِ وَمِثْلُهِ أَعْتَقَ الْمَمْلُوكَ وَاسْتَسْعِي»^(٢).

وَمَا رَوَاهُ فِي الْكَافِي عَنْ الْحَسْنِ بْنِ الْجَهْمِ فِي الْمُوْثَقِ قَالَ: «سَمِعْتُ أَبَا^١
الْحَسْنِ لِيَقِيلًا يَقُولُ فِي رَجُلٍ أَعْتَقَ مَلْوَكًا^٢ لَهُ وَقَدْ حَضَرَهُ الْمَوْتُ وَأَشَهَدَ لَهُ
بِذَلِكَ وَقِيمَتِهِ سَتَّائِهِ دَرْهَمٌ، وَعَلَيْهِ دِينٌ ثَلَاثَائِهِ دَرْهَمٌ، وَلَمْ يَتَرَكْ شَيْئًا^٣
غَيْرَهُ؟ قَالَ: يَعْتَقُ مِنْهُ سَدْسَهُ، لَأَنَّهُ إِنَّمَا لَهُ مِنْهُ ثَلَاثَائِهِ دَرْهَمٌ، وَيَقْضِي مِنْهُ
ثَلَاثَائِهِ دَرْهَمٌ، فَلِهِ مِنَ الثَّلَاثَائِهِ دَرْهَمٌ ثُلُثَاهَا وَهُوَ السَّدْسُ مِنَ الْجَمِيعِ»^(٤).

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن الحلبـي في الصحيح، عن أبي عبد الله عائشـة: «أنـه قال في رجل يقول: إنـ متـ فعـبـدـيـ حـرـ، وـعـلـىـ الرـجـلـ

→ وزارة عن أحد هم على الإمامية؛ إلا أنّ المحدث الكاشاني رحمه الله نقله هكذا: عن وزارة الحديث
مقطوعاً. الواقف: ٦٢١ / ١٠.

(١) تهذيب الأحكام: ٩، ١٦٩، ح ٣٥، باب الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ٤/٨، ح ٣، باب الرجل يعتق عبداً عند الموت وعليه دين؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٥٣، أبواب أحكام الوضوء، ب ٣٩، ح ١.

(٢) لم نعثر عليه في الاستبصار. تهذيب الأحكام: ١٦٩، ح ٣٤، باب الإقرار في المرض؛ وسائل الشيعة: ١٩/ ٣٥٣، أبواب أحكام الوضايم، ب ٣٩، ح ٢.

(٣) الكافي: ٢٧، ح ٣، باب من أعتق وعليه دين؛ تهذيب الأحكام: ١٦٩، ح ٩، باب الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ٤، ح ٨، ٢، باب الرجل يعتق عبده عند الموت وعليه دين؛ وسائل الشيعة: ١٩، ح ٣٥٤، أبواب أحكام الوضايا، ب ٣٩، ح ٤. والتعبير عنه بالموثق لابن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

دين قال: ثم إنّه توفي وعليه دين قد أحاط بثمن العبد بيع العبد، وإن لم يكن أحاط بثمن العبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه وهو حرّ إلّا وفاه»^(١).

ثم إنّه لا شبهة في اشتراط عتق العبد بكون قيمته مثل الدين أو أكثر بحسب الأخبار المذكورة مع تقيد 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 وصيّته، والتصرّف المنجز كالملعّق، فمن هذه الجهة قال جماعة^(٢) باشتراط هذا في الوصيّة للعبد.

ويظهر أيضًا من التعليل المذكور في رواية الحسن بن الجهم أنّه ليس له إلّا الثالث، 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 والموثق المذكور والأخبار الدالة على خروج التصرّفات المنجزة من الأصل دون الثالث، فمن أخذ بالأخبار الدالة على الخروج من الأصل ترجيحاً أو تخيراً ليس له العمل بهذا الصحيح والموثق المذكور، بل لعلّه يشكل العمل بسائر أخبار الباب حيث إنّه يستفاد من الصحيح المذكور والموثق أنّ علة الحكم ما ذكر.

(١) من لا يحضره الفقيه: ١١٩ / ٣، ٣٤٥٣، ح، باب العتق وأحكامه؛ تهذيب الأحكام: ٢٣٢ / ٨، ح ٧٢، باب العتق وأحكامه؛ الاستبصار: ٤ / ٩، ح ٥، باب الرجل يعتق عبده عند الموت وعليه دين؛ وسائل الشيعة: 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 بال الصحيح 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.

حكم الوصية لأم 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 عائلاً عن رجل كانت له أم ولد وله منها غلام، فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو بأكثر للورثة أن يسترقوها؟ قال: فقال: لا بل تعتق من ثلث الميت 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 جحيل بن صالح، عن أبي عبيدة، عن أبي الحسن عائلاً: «في رجل أوصى لأم ولد وألفي درهم، فقال: تعتق من ثلث الميت، ويعطى ما أوصى لها، وفي كتاب العباس»^(٣)، إلى آخره.

(١) المبسوط: ١٨٧/٦؛ المهدّب: ١٠٩/٢؛ السرائر: ١٩٩/٣؛ شرائع الإسلام: ٢/٢٠٠؛ الجامع للشرايع: ٤٩٥؛ تذكرة الفقهاء: ٩٢/٢١، و فيه دعوى الإجماع.

(٢) الكافي: ٢٩/٧، ح٤، باب الوصيّة لأمهات الأولاد؛ من لا يحضره الفقيه: ٢١٦/٤، ح٥٥٧، باب الوصيّة للمكاتب وأم الولد؛ تهذيب الأحكام: ٢٢٤/٩، ح٣٠، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ٤١٦/١٩، أبواب أحكام الوصايا ب٨٢، ح٤.

(٣) غاية المراد: ٤٧٥/٢، 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 أخي له وترك أم ولد له ليس لها ولد، فأوصى لها بألف هل تجوز الوصية؟ وهل يقع عليها عتق؟ وما حالهارأيك فدتك نفسى في ذلك؟ فكتب عليه السلام: تعنق من الثالث ولهما الوصية»^(١).

وإثنا الكلام في أمّها هل تعنق من الوصية إذا وفت بقيمتها أو من نصيب ولدها أو على التخيير أو من ثلث الميت غير ما أوصى به؟ قد يقوّي العتق من نصيب الولد لعموم ما دلّ من النصّ وغيره، مضافاً إلى قاعدة انتقام الأبوين بحصول سبب ملك الولد لها^(٢).

وي يمكن أن يقال: لا مانع من الأخذ بالعموم والقاعدة المذكورين، والأخبار المذكورة كما في نظائره، فمع سبق أحد الموجبين يكون المسبّب مستندًا إليه، وفي المقام الوصية مقدمة لما في الآية الشريفة: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(٣)، وما نقل من كتاب العباس بمجرد وجوده في الكتاب المذكور لا مجال للاستدلال به كما قال في المسالك^(٤)، وبعد وجود النصّ لا مجال للإشكال بأنّ العتق من الثالث هنا لا يظهر له وجه.

هل تعنق من
الوصية إذا وفت
بقيمتها أو من
نصيب ولدها؟

→ نقل المحقق البحرياني رحمه الله ذلك عن شرح الإرشاد كما في المتن. الحدائق الناضرة: ٥٤٣ / ٢٢.

(١) الكافي: ٢٩ / ٧، ح ١، باب الوصية لأمهات الأولاد؛ من لا يحضره الفقيه: ٥٥٠٨، ح ٢١٧ / ٤، باب الوصية للمكاتب وأم الولد؛ تهذيب الأحكام: ٢٢٤ / ٩، ح ٢٧، باب وصية الإنسان لعبده وعنته له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ٤١٥ / ١٩، 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 المسلم عدم نفوذ الوصيّة مع الزيادة على الثلث إلّا بإمضاء الورثة، ولعلّ ما ذكر في كلماتهم من إعراض الأصحاب عن العمل بأخبار الباب مبنيٌّ على هذا، ولكن خالفة الأصحاب مع إعراضهم مشكلة.

ولا مجال لحمل النصّ على ما أوصى بعتقها أو على ما لو كان نصيب ولدها بقدر الثلث، وإن أبيت ومنعت سبق علة موجبة للعتق، قلنا نأخذ بالنصّ وقلنا بتخصيص العموم الدالّ على انتقام الأمّ من نصيب الولد. وعلى ما ذكر لا إشكال في إعطائهما الوصيّة، وأمّا على القول بانتعاقها من نصيب الولد، فلا يستفاد ممّا ذكر إعطاؤها الوصيّة، بل في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج المذكور نفي الوصيّة للعبد إلّا أن يقوم بالإجماع.

(إطلاق الوصيّة تقتضي التسوية مالم ينّصّ على التفضيل، وفي الوصيّة لأحواله وأعمامه رواية بالفضيل كالميراث، والأشبه التسوية، وإذا أوصى لقرابته فهم المعروفون بنسبة، وقيل: لمن يتقرّب إليه بأقارب في الإسلام، ولو أوصى لأهل بيته دخل الأولاد والآباء، والقول في العشيرة والجيران والسبيل والبر والفقراء كما مرّ في الوقف).

إن كان الموصي في مقام البيان وأوصى لجماعة مخصوصين، فلا إشكال تقتضي 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

الموصي^(١) مشكل، لعدم العثور على ما يدلّ على التسوية تعبّداً.

هذا مع عدم ذكر ما يدلّ على التفضيل، ومعه لا إشكال في العمل بنحو الوصيّة، ويكتفي في التفضيل ظهور الكلام ولو لم يكن بالصراحة، لحجّية الظهور، كما أتّه مع عدم الحصر في الموصى له لا بدّ من الصرف، كما في صرف الزكاة في الفقير.

الوصيّة للأحوال والأعمام

وأمّا الوصيّة للأحوال والأعمام، فإنّ الشیخ عليه السلام^(٢) وجماعة^(٣) ذهبوا إلى أنّ للأعمام الثلين وللأحوال الثالث استناداً إلى ما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم - وفيها الصحيح والحسن والموثق^(٤) - عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه وأحواله؟ فقال: لأعمامه الثلثان ولأحواله الثالث»^(٥).

وقد يؤيّد الخبر المذكور ما روي عن سهل، عن أبي محمد عليه السلام - في حديث - قال: «وكتبت إليه: رجل له ولد ذكور وإناث وأقرّ لهم بضيعة أتّها لولده ولم يذكر أتّها بينهم على سهام الله عزّ وجلّ وفرايشه، الذكر

(١) جواهر الكلام: ٢٨/٣٨٢.

(٢) النهاية: ٦١٤.

(٣) هو محكي عن القاضي ابن البرّاج وابن الجنيد. راجع مختلف الشيعة: ٦/٣٨٤؛ المهدّب البارع: ٣/١١١.

(٤) الصحيح بناءً على ما في الفقيه والحسن على ما في الكافي لإبراهيم بن هاشم والموثق على ما في التهذيب للحسن بن سعاعة الثقة الواقفي. راجع معجم رجال الحديث: ١/١٣٦.

(٥) الكافي: ٧/٤٥، ح٣، باب من أوصى لقرباته ومواليه كيف يقسم بينهم؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٨، ح٥٤٨٣، باب الوصيّة للأقرباء والموالي؛ تهذيب الأحكام: ٩/٣٢٥، ح٨، باب ميراث الأعمام والعمات والأحوال والحالات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٣، أبواب أحكام الوصايا، ب٦٢، ح١.

والأنثى فيه سواء؟ فوقع علّيَّ: ينفذون فيها وصيّة أبيهم على ما سُمِّي، فإن لم يكن سُمِّي شيئاً ردّوها إلى كتاب الله عزّ وجلّ إن شاء الله تعالى»^(١).

ويمكن أن يقال: يستبعد جدّاً كون الموصي في مقام البيان ولم يذكر التفرقة والتفضيل، ومع ذلك فضل بعض على بعض تعبداً، بل لولا النصّ يعده هذا من تبديل الوصيّة، فلا بدّ من حمل الرواية على صورة الإهمال، فيكون هذا نظير الحكم بصرف الوصيّة في وجوه البر عند نسيان الوصيّ مصرف الوصيّة، ولعلّ رواية سهل التي رواها المشايخ الثلاثة المذكورة ناظرة إلى ما ذكر.

وأمّا الوصيّة للقرابة، فهي للمعروفين بنسبه قال أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنُ أَبِي الْوَصِيّةِ لِلْقَرَابَةِ نَصْرٌ: «نَسَخَتْ مِنْ كِتَابِ بَخْطَأِ أَبِي الْحَسَنِ عَلَيْهِ: رَجُلٌ أَوْصَى لِقَرَابَتِهِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَلَهُ قَرَابَةٌ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأَمْمَهُ يُعْطَى مِنْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَرَابَةٌ أَوْ لَهَا حَدٌّ يَتَّهَىءُ إِلَيْهِ؟ فَرَأَيْكَ فَدْتَكَ نَفْسِي، فَكَتَبَ عَلَيْهِ: إِنْ لَمْ يُسْمَّ أَعْطَاهَا قَرَابَتَهُ»^(٢).
وكذا عن الحميري إلّا أنه قال: «أَعْطَى أَهْلَ بَيْتِ قَرَابَتِهِ»^(٣) من غير فرق بين الوراث وغيره، والمسلم والكافر والذكر والأنثى.

(١) الكافي: ٤٥، ح ١، باب من أوصى لقرباته ومواليه كيف يقسم بينهم؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٨-٢٠٩، ح ٥٤٨٤، باب الوصيّة للأقرباء والموالي؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١٤، ح ٢٢، باب الوصيّة المبهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٥، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٤، ح ٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/٢١٥، ح ٢٥، باب الوصيّة المبهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٠١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٨، ح ١.

(٣) في المصادر: «أَهْلَ قَرَابَتِهِ».

(٤) قرب الإسناد: ٣/١٧٢؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٠١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٨، ح ١.

والرواية صحيحة.

وحكى عن الشيخ رحمه الله أنّ الموصى به ممن يتقرّب إليه إلى آخر أب وأم له في الإسلام ولا يرتقي إلى آباء الشرك وإن عرفوا بقربابته عرفاً^(١)، واستدلّ^(٢) عليه بقوله عليه السلام: «قطع الإسلام أرحام الجاهلية»^(٣). وقوله تعالى لنوح عن ابنه: ﴿إِنَّمَا لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ﴾^(٤).

والجواب أنه تنزيل لا دليل على شموله لمثل المقام، والشاهد عليه قوله تعالى: ﴿لَا يَحْدُدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُؤَدِّونَ مَنْ حَادَ اللَّهَ﴾^(٥) الآية، حيث نهى عن الموادة مع حفظ الأبوة والبنوة، ولا زم ما ذكر عدم القرابة ممن يكون مسلماً وقربابته بواسطة كافر وهو كما ترى.

الوصيّة لأهل بيته وأمّا الوصيّة لأهل بيته، فيدخل فيهم الآباء والأولاد وإن نزلوا، والأجداد وإن علو، وحكى^(٦) عن ثعلب أنه [قال]: أهل البيت عند العرب آباء الرجال وأولادهم للأجداد والأعمام وأولادهم، ويستوي الذكور والإإناث، ولعله عليه جرى قوله عليه السلام: «إِنَّ أَهْلَ الْبَيْتِ لَا تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ»^(٧).

والقول في العشيرة، إلى آخره، كما مر في الوقف.

(وإذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ما كان إلى ورثته مالم يرجع

(١) النهاية: ٦١٤.

(٢) كشف الرموز: ٢٧٧؛ جامع المقاصد: ١٠/٥٨؛ مسالك الأفهام: ٦/٢٣٢؛ الحداائق الناضرة: ٢٢/٥٤٩.

(٣) لم نشر عليه في الكتب المعتمدة إلى الآن.

(٤) هود: ٤٦.

(٥) المجادلة: ٢٢.

(٦) المغني لابن قدامة: ٦/٥٨٢-٥٨٣.

(٧) دعائم الإسلام: ١/٢٥٨.

الموصى على الأشهر، ولو لم يختلف وارثاً رجعت إلى ورثة الموصى، 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 الموصى يقوم الوارث إذا مات الموصى له، فمع اعتبار القبول في الوصية التملحية يقبل ويلمك مقام الموصى له، فمع اعتبار القبول في الوصية التملحية يقبل ويلمك الوارث مقامه بعد موت الموصى، 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 ع عليهما السلام قال: «قضى أمير المؤمنين ع في رجل أوصى لآخر الموصى له غائب، فتوفي الذي أوصى له قبل الموصي؟ قال: الوصية لوارث الذي أوصى له».

قال: ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفي الموصى له قبل الموصي، فالوصية لوارث 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) المقنعة: ٦٧٧؛ المراسم: ٤؛ الخلاف: ٢٠؛ إصلاح الشيعة: ٣٦٠؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٨١؛ تحرير الأحكام: ١/٣٠٢.

(٢) مختلف الشيعة: ٤٠٩؛ مسالك الأفهام: ٦/١٢٨.

(٣) الكافي: ١٣/٧، ح ١، باب من أوصى بوصية فمات الموصى له قبل الموصى أو مات قبل أن يقبضها؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٤، ح ٥٤٨٩، ٢١٠، ح ٢٣٠، باب الموصى له يموت قبل الموصى أو قبل أن يقبض ما أوصى له به؛ تهذيب الأحكام: ٩/٩، ح ١٣٨-١٣٧، باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصى؛ الاستبصار: ٤/١٣٨-١٣٧، ح ١، باب الموصى له يموت قبل الموصى؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٣٤-٣٣٣، أبواب أحكام الوصايا، ب، ٣٠، ح ١.

وغيره^(١)، لأنّ الأصحاب بالخبر، مضافاً إلى الظنّ بكونه الثقة بقرينة روایة عاصم بن حميد عنه.

الروايات المعارضة وفي قوله صحيح أبى بصير و محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليهما السلام قالا: «سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى؟ قال: ليس بشيء»^(٢).

وفي المؤتّق عن منصور بن حازم، عن أبى عبد الله عليهما السلام قال: «سألته عن رجل أوصى لرجل بوصيّة إن حدث به حدث فمات الموصى له قبل موته الموصى؟ قال: ليس بشيء»^(٣).

ونوّقش في دلالتها على بطلان الوصيّة بإجمالها، لاحتمال أن يكون المراد أنّ موته الموصى له قبل موته الموصى ليس بشيء يوجب البطلان، لأنّ الوصيّة ليست بشيء يعتدّ بها فتكون باطلة معه^(٤).

ويمكن أن يقال: الاحتمال الأول الظاهر أنّه مرجوح، والحكيم إذا كان في مقام البيان لا يلقي الكلام على السائل وهو يريد المرجوح، ولا يبعد حملها على التقيّة، لما حكى أنّ القول بالبطلان مذهب أكثر العامة.

(١) مسالك الأفهام: ١٢٨/٦.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/٢٣١، ح٤، باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصى؛ الاستبصار: ٤/١٣٨، ح٤، باب الموصى له يموت قبل الموصى؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٣٥، أبواب أحكام الوصايا، ب٣٠، ح٤.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/٢٣١، ح٥، باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصى؛ الاستبصار: ٤/١٣٨، ح٥، باب الموصى له يموت قبل الموصى؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٣٥، أبواب أحكام الوصايا، ب٣٠، ح٥. والتعبير عنه بالمؤتّق لأنّ فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٤) مسالك الأفهام: ٦/١٣٠.

لولم يكن وارث وأمّا لو لم يكن وارث سوى الإمام عليه السلام مع غيبته، فإن قلنا بلزم القبول في الوصيّة، فالظاهر أن يرجع الموصى به إلى ورثة الموصى، لعدم القبول إلى قوله عليه السلام في زمان الغيبة، وإن قلنا بعدم اعتبار القبول، بل الردّ على قبوله عليه السلام مبنيّاً على وجاهة لبطلان والرجوع إلى ورثة الموصى.

وقد يحتمل وجوب التصدق بها، لصحيحه العباس بن العامر^(١) قال: «سألته عن رجل أوصى له بوصيّة فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً؟ قال: اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه، قلت: فإن لم أعلم له وليناً؟ قال: اجهد على أن تقدر له على ولية فإن لم تجده وعلم الله منك الجدّ فتصدق 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، فلعلّ الأمر بالتصدق في الصحيحه 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.

وأمّا إذا قال: أعطوا فلاناً، فحيث لا صراحة فيه في التملّيك وأمكن أن يكون نظر الموصى في الموصى به إلى التملّيك وأن يكون نظره إلى كون

(١) هكذا في الكافي وفي غيره: العباس بن عامر عن مثنى.

(٢) الكافي: ٧/١٣، ح ٣، باب من أوصى بوصيّة فمات الموصى له قبل الموصى أو مات قبل أن يقبضها؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١١، ح ٥٤٩٠، باب الموصى له يموت قبل الموصى أو قبل أن يقبض ما أوصى له به؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٣١، ح ٣، باب الموصى له بشيء يموت قبل الموصى؛ الاستبصار: ٤/١٣٨، ح ٣، باب الموصى له يموت قبل الموصى؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٣٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٠، ح ٢.

فلان المعطى مختاراً في أمر الموصى به يتملّك أو يتصدّق به، أو يهب لغيره تعرّض المصنف للحكمه وإلا فلو كان صريحاً في تملّك الموصى به لم يكن وجه لتعرّضه، وكان نظير أن يقال للمشتري: لك أن تتصرّف في الشمن تصنع ما شئت، ويكون من قبيل توضيح الواضح.

استحباب الوصيّة لذوي القرابة
لذوي القرابة

وأمّا استحباب الوصيّة لذوي القرابة، فلما رواه الكليني بإسناده عن ابن أبي عمير عن إبراهيم بن عبد الحميد، عن سالمه مولاًة أبي عبد الله ع قال: «كنت عند أبي عبد الله ع حين حضرته الوفاة فأغمي عليه، فلمّا أفاق قال: أعطوا الحسن بن عليّ بن الحسين - وهو الأفطس - سبعين ديناً، وأعطوا فلاناً كذا وكذا، وفلاناً كذا وكذا، فقلت: أتعطي رجلاً حمل عليك بالشفرة؟ فقال: ويحك أma تقرأين القرآن؟ قلت: بلى، قال: أma سمعت قول الله ع: ﴿وَالَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمْرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوَصَّلَ وَمَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوءَ أَحْسَابٍ﴾^(١)»، وروى الشيخ والصدقون بإسنادهما عن محمد بن أبي عمير مثله.

وما رواه الشيخ بإسناده عن السكوني، عن جعفر بن محمد، عن أبيه: «من لم يوص عنده مorte لذوي قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصية»^(٢).

(١) الكافي: ٥٥، ح ١٠، باب صدقات النبي صلوات الله عليه وسلم وفاطمة والأئمة ووصاياتهم؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٣١، ح ٥٥١، باب نوادر الوصايا؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٤٦، ح ٤٧، باب من الزiyادات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤١٧، أبواب أحكام الوصايا، ب٨٣، ح ١. وسالمه مولاًة أبي عبد الله ع مهملة

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٤/١٨٢-١٨٣، ح ٥٤١٥، باب ما جاء فيمن لم يوص عنده مorte لذوي قرابته ممن لا يرثه بشيء من ماله قل أو كثراً؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٧٤، ح ٨، باب الوصيّة ووجوبها؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤١٨، أبواب أحكام الوصايا، ب٨٣، ح ٣. والرواية موثقة لأجل السكوني. راجع معجم رجال الحديث: ٣/١٠٥.

[الفصل] (الرابع : في الأوصياء).

في شروط الأوصياء

(ويعتبر التكليف والإسلام، وفي اعتبار العدالة تردد أشبه أنها لا تعتبر، أما لو أوصى إلى عدل ففسق بطلت وصيته، ولا يوصى إلى الملوك إلا بإذن مولاه، وتصح^(١) إلى الصبي منضماً إلى كامل لا منفرداً، ويتصرف الكامل حتى يبلغ الصبي، ثم يشتركان وليس له نقض ما أنفذه الكامل بعد بلوغه).

الظاهر أنّ المراد الاحتراز عن وصاية الصبي والجنون لعدم التكليف، فمع قطع النظر عن التسلّم عندهم يشكل اشتراطه، لأنّ ما دلّ على عدم نفوذ تصّرفات الصبي يكون ناظراً إلى عدم استقلاله، وأما مع إذن الولي فلا، فحاله حال الملوك حيث جوّزوا وصايتها مع إذن سيده.

هذا مضافاً إلى أنّ اللازم نفوذ التصرّف بعد موت الموصي لا نفوذه وقت الوصيّة، فلو أوصى إلى صبي يبلغ بعد موت الموصي، فلا مجال للاستدلال فيه بعد نفوذ تصّرفاته، وكذا الجنون بعد إفاقته.

ويمكن الاستدلال للمنع بما ورد من جواز انضمامه مع البالغ العاقل قال عليّ بن يقطين: «سألت أبا الحسن عائلاً عن رجل أوصى إلى امرأة

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «ويصح» بدل «وتصح».

وأشرك في الوصيّة معها صبياً؟ فقال: يجوز ذلك وتنهي المرأة الوصيّة، ولا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير، فإن له أن يرده 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 وصيّته ويقضوا دينه لمن صح على الميت بشهود عدول قبل أن يدرك الأووصياء الصغار؟ فوقع عليه السلام: نعم، على الأكابر من الولدان أن يقضوا دين أبيهم، ولا يحبسوه بذلك»^(٢).

وجه الاستدلال أنه لو جاز تصرف الصبي في الرواية الأولى والأولاد الصغار في جواب الكتاب لما وقع التعبير بالانتظار والحبس، فإن منوعية الصغير والصبي مفروغ عنها، لكن المفروغ عنه التصرف بالاستقلال لا ما كان بنظر الولي كالمملوك.

عدم صحة وصاية المجنون
وأمام المجنون، فمع إفاقته لا مانع من وصايته كالتكاليف المتوجّهة إليه، ولا دليل على بطلان الوصاية من جهة طرق الجنون بعد شمول

(١) الكافي: ٤٦/٧، ح ١، باب من أوصى إلى مدرك وأشرك معه الصغير؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٩، ح ٥٤٨٦، باب الوصيّة إلى مدرك وغير مدرك؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٤، ح ١٨٥، باب الأووصياء؛ الاستبصار: ٤/١٤٠، ح ١، باب أنه يجوز أن يوصى إلى امرأة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٧٥، أبواب أحكام الوصايا، ب٥٠، 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: ٤/٢٠٩، ح ٥٤٨٧، باب الوصيّة إلى مدرك وغير مدرك؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٥، ح ٢، باب الأووصياء؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٧٥، أبواب أحكام الوصايا، ب٥٠، ح ١. والرواية صحيحة.

الإطلاقات، كما أنه لا مانع من التمسك بها لو أوصى إلى الصبي، وقلنا بعدم نفوذ تصرّفاته قبل البلوغ لا بالاستقلال، ولا بإجازة الولي، والقول بنفوذ تصرّفاته بعد البلوغ من دون انضمام الكبير حال الإيصاء.

وأمّا اعتبار الإسلام، فالظاهر عدم الخلاف فيه في الوصية للMuslim^(١)، واستدلّ^(٢) عليه بقصوره عن منصب الولاية على المسلم، إذ المؤمنون بعضهم أولياء بعض، قال الله تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أُولَئِكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٣)، وقال - جل شأنه - ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سِيلًا﴾^(٤).

ولولا شبهة الإجماع لأمكن الخدشة في الاستدلال بما ذكر، لأنّا لا نجد الفرق بين الوصية والوكالة، فلو وكل المسلم الكافر فيأخذ ماله على الكافر المدين وصرفه في مصرف معين فهل يمكن منع صحة الوكالة لما في الآيات الشريفة؟ فلو لم يكن في الوصية أزيد مما ذكر كيف يمكن منعها لما ذكر؟ فغاية الأمر منع قيمومة الكافر.

وأمّا الوصية بالنسبة إلى غيرها، فلا مجال للاستدلال على منعها بما ذكر ولا مجال أيضاً للاستدلال بما يذكر، لاعتبار العدالة، لعدم تماميته إلا أن يكون الإجماع في المسألة.

(١) المقنعة: ٦٦٨؛ المراسم: ٢٠٢؛ النهاية: ٦٠٥؛ الوسيلة: ٣٧٣؛ غنية النزوع: ٦؛ وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ١٨٨/٣؛ إصباح الشيعة: ٣٥٥؛ الجامع للشرع: ٤٩٢.

(٢) جواهر الكلام: ٢٨/٤٠٤.

(٣) آل عمران: ٢٨.

(٤) النساء: ١٤١.

اعتبار العدالة

في الوصي

وأمّا اعتبار العدالة، فهو المشهور^(١)، واستدلّ عليه بأنّ الفاسق لا أمانة له، لوجوب التثبّت عند خبره، وأنّه ظالم لا ير肯 إليه، وأنّ الوصاية قد تكون ولایة على الطفل أو على أداء حقّ واجب أو نحو ذلك مما لا ينبغي فيه إيمان غير العدل، وأنّ الوصاية إثبات الولاية بعد الموت الذي به ترفع ولایة الموصي، ويصير التصرّف متعلّقاً بحقّ غير المستنيب من طفل أو مجنون أو فقير وغيرهم، فتكون أولى باعتبار العدالة من وكيلاً 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 المتعلقة بحقّ الموكّل والمودع المسلمين شرعاً على إتلاف ما هما فضلاً عن تسليط غير العدل عليه، والموصي إنّما يسلط على حقّ الغير، لخروجه عن ملكه بالموت مطلقاً مع آنّا نمنع عدم اشتراط العدالة في الوديعي والوكيل إذا كانوا على مثل ذلك^(٢).

وي يمكن أن يقال: لازم ما ذكر اعتبار العدالة في الأب والجدّ للأب بالنسبة إلى أولادهما الصغار وأموالهم، فنقول: لا دليل على اعتبار الأمانة في الوصيّ، وقد يكون أميناً مع فسقه، ووجوب التثبّت في خبره لا يوجب منع وصايتها مع أنّ الفاسق إذا كان ثقة في إخباره يقبل قوله كما قرّر في محلّه.

(١) المقنية: ٦٦٨؛ الكافي في الفقه: ٢٣٥؛ المراسم: ٢٠٢؛ النهاية: ٦٠٥؛ فقه القرآن: ٢/٣٠٩.

غنية النزوع: ٣٠٦، وفيه دعوى الإجماع؛ السرائر: ٣/١٨٤؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٨١.

(٢) جواهر الكلام: ٢٨/٣٩٢.

والنهي عن الركون إلى الذين ظلموا لا يشمل المقام، لعدم كون الإيصاء إلى الفاسق ركوناً وليس كُلَّ فاسق ظالماً بالظلم المراد من الآية الشريفة، ونمنع كون الوصاية ولایة بالنسبة إلى ما ذكر.

وأمّا القيمة، فلا دليل على اعتبار العدالة فيها مطلقاً، لانتقاد اعتبار العدالة في القيمة بولاية الأب والجُدُّ، وما ذكر من خروج المال عن ملك الموصي بموته منوع، فإنّه وإن لم يعتبر للميت الملكية نحو ملكية الأحياء، لكنه لا مانع من الملكية نحو الملكية الجهة، لاعتبار العقلاء، كيف وإلا لزم أن لا يكون للثلاث الموصى به مالك لو أوصى بصرفه في مثل الصدقات، وهو كما ترى.

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 المصلي زيد فبان عمراً، فلا يصحّ الاقتداء، وأخرى يقتدي بهذا المصلي ويعتقد أنّه زيد فيصحّ الاقتداء.

إنما الإشكال في أنه في الصورة الأولى ما ووجه بطلان وصايتها بالمرة بحيث لو عاد وصف العدالة لم يكن له التصديق لأمر الوصاية، فإنّ هذا كما لو وقف على إمام المسجد وكان شخص إماماً ثمّ خرج عن وصف الإمامة، ثمّ عاد وصف الإمامة فهل يتلزم بعدم كونه موقوفاً عليه؟

الكلام في وصاية

المملوك

وأمّا وصاية المملوك، فالظاهر عدم الخلاف في عدم جوازها في الجملة بدون إذن مولاه^(١)، واستدلّ عليه بمنعosity المملوك عن التصرّفات بدون إذن المولى^(٢).

وي يمكن أن يقال: لا دليل على الحجر بنحو تكون أقواله وأفعاله كأن لم تكن، كيف وقد دلّ الدليل على صحة نكاحه كالعقد الفضولي المصحّح بالإجازة، بل لعلّه يستفاد من بعض الأخبار كفاية سكت المولى، ولا دليل على عدم جواز تصرّفاته حتّى الأقوال بحيث لو سأّل سائل: أين الطريق إلى دار زيد كان اللازم عليه الاستيذان من المولى في المداية، فلو أوصى إلى المملوك بوقف داره المكتفي فيه «وقفت دار زيد» مثلاً وقلنا بعدم الحاجة في الوقف على الجهات العامة إلى أزيد من الوقف والقبض، يشكل القول بالبطلان، لمنعosity المملوك، ونظير هذا توكيه في إجراء صيغة النكاح أو الطلاق.

هذا مضافاً إلى أنّ تمكن المملوك وقت تنفيذ الوصيّة لا وقت الإيصاء إليه لازم، وعلى المنع لا نجد الفرق بين إيصاء الغير إيه وبين إيصاء السيد، لأنّ المملوك في زمان حياة المولى لا عمل له وبعد الموت يكون ملكاً للورثة إلا أن يجعل السيد 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: ١٨٤ / ٣؛ جامع الخلاف والوفاق: ٣٨١.

(٢) المقنعة: ٦٦٨؛ النهاية: ٦٠٥.

وقد يتمسّك^(١) لنفي القابلية بقوله عَلَيْهِ الْأَنْعَامُ - على المحكي - في صحيح ابن الحجاج: «لا وصية لمملوك»^(٢).

ولا يخفى أنه لا جامع قريب بين عدم الوصية للمملوك بمعنى عدم تملّكه لما أوصى له به وعدم قابلته لأن يوصى إليه بالوصية العهديّة، وذلك لأن الوصيّة التملكيّة والعهديّة وإن أمكن الجمع بينهما إذا كانا بمعنى الوصل أو بمعنى العهد إلا أن التملكيّة تتعدّى باللام والعهديّة إلى فلا مجال لكون اللام بمعناها وبمعنى إلى، وفي بعض الأخبار المذكورة نفي ملكيّته للموصى به، فالقدر المتيقّن عدم تملّكه، لو لم يعارضه ما دلّ على صحة تملّكه، غاية الأمر يكون محجوراً، وللمولى أن يتصرّف في ماله بل في بعض الموارد، ليس للمولى أخذ ماله، كما ورد فيها لو أعطاه شيئاً ليرضي عنه به من جهة إيزاده إياه، ثم إنّه لا إشكال في جواز الإيصاء إلى المملوك مع إذن المولى لنفوذ تصرّفاته مع الإذن.

جواز وصاية الصبي وأمّا جواز وصاية الصبي منضماً إلى الكبير ونفوذ تصرّفاته بعد البلوغ وعدم جواز نقضه لما فعل الكبير، فالدليل عليه الخبر المذكور والمكاتبة المذكورة.

(ولا تصحّ الوصيّة من المسلم إلى الكافر وتصحّ من مثله، وتصحّ الوصيّة إلى المرأة، ولو أوصى إلى اثنين وأطلق أو شرط الاجتماع، فلي sis

(١) جواهر الكلام: ٣٩٩ / ٢٨.

(٢) تهذيب الأحكام: ٢١٦ / ٩، ح ٢، باب وصيّة الإنسان لعبدٍ وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ٤ / ١٣٤، ح ٢، باب من أوصى لمملوكه بشيء؛ وسائل الشيعة: ٤١٢ / ١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٧٩، ح ٣.

لأحدهما الانفراد، ولو تشاھا لم يمض إلّا ما لا بدّ منه لمؤونة^(١) اليتيم، وللحاكم جبرهما على الاجتماع، فإن تعذر جاز الاستبدال، ولو التمسا القسمة لم يجز، ولو عجز أحدهما ضم إلّييه، أما لو شرط لهما الانفراد^(٢) تصرف كلّ واحد منهما وإن انفرد، ويجوز أن يقتسما).

قد مر الكلام في اعتبار الإسلام في الوصيّ.

صحة الوصيّة
للكافر إلى مثله
وأمّا صحة الوصيّة للكافر إلى مثله، فإن كان المدرك في عدم صحة وصيّة المسلم إلى الكافر الإجماع، فلا إشكال في المقام، لعدم الإجماع، وإن كان المدرك غيره مما ذكر فالفرق بين المقامين مشكل، نعم، لو كان المدرك للمنع ما ذكر من الآيات الشريفة يحصل الفرق.

صحة الوصيّة
إلى المرأة
علي بن يقطين المذكور.
وأمّا صحة الوصيّة إلى المرأة، فلإطلاق أدلة الوصيّة وخصوص خبر

حكم الوصيّة
إلى اثنين
وأمّا لو أوصى إلى اثنين وأطلق أو شرط الاجتماع، فلا إشكال في الصحة، لإطلاق الأدلة، كما لا إشكال في لزوم الاجتماع مع الشرط في نفوذ التصرّفات.

وأمّا مع الإطلاق، فالمشهور^(٣) عدم النفوذ إلّا مع الاجتماع أخذًا بالمتيقّن.

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «كمؤونة» بدل «مؤونة».

(٢) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «هم الانفراد» بدل «لهم الانفراد».

(٣) الخلاف: ٤/١٦٠-١٦١؛ الوسيلة: ٣٧٣؛ السرائر: ٣/١٩٠؛ شرائع الإسلام: ٢/٢٠٢؛ الجامع للشرايع: ٤٩٢؛ تحرير الأحكام: ١/٣٠٣.

واستدلّ^(١) أيضاً بظاهر الصحيح: «في رجل مات وأوصى إلى رجلين أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف؟ فوَقْع عَلَيْهِ: لا ينبغي لهم أن يخالف الميت، ويعملان على حسب ما أمر بهما إن شاء الله»^(٢) المؤيد بالرضوي: «إذا أوصى رجل إلى رجلين فليس لهم أن ينفرد كلّ منهما بنصف التركة، وعليهما إنفاذ الوصيّة على ما أوصى الميت»^(٣).

وبخبر صفوان بن يحيى: «سألت أبي الحسن عن رجل كان لرجل عليه مال فهلك وله وصيّان فهل يجوز أن يدفع المال إلى أحد الوصيّين؟ فقال: لا يستقيم إلا أن يكون السلطان قد قسّم المال، فوضع على يد هذا النصف وعلى يد هذا النصف أو يجتمعان بأمر السلطان»^(٤) بناء على أنّ المراد سلطان العدل.

ولا مجال للمناقشة في دلالة الصحيح المذكور من جهة لفظ «لا ينبغي»، لأنّ مخالفة الميت لا يجوز بلا إشكال، لأنّه تبديل الوصيّة.

(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 كُلّ واحد منها ببعض التركة؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٣، ح ٥٤٧١، باب الرجلين يوصى إليهم فينفرد كُلّ واحد منها بنصف التركة؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٥، ح ٣، باب الأوصياء؛ الاستبصار: ٤/١١٨، ح ١، باب من أوصى إلى نفسيّن هل يجوز أن ينفرد كُلّ واحد منها بنصف المال أم لا؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٧٦، أبواب أحكام الوصايا، ب١، ح ٥١، ح ١.

(٣) فقه الرضا عَلَيْهِ الْمَرْضَى: ٢٩٩.

(٤) تهذيب الأحكام: ٩/٢٤٣، ح ٣٤، باب من الزيادات؛ الاستبصار: ٤/١١٩، ح ٣، باب من أوصى إلى نفسيّن هل يجوز أن ينفرد كُلّ واحد منها بنصف المال أم لا؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٧٧، أبواب أحكام الوصايا، ب١، ح ٥١، ح ٢. والرواية صحيحة.

ولا ينافي الصحيح الموثق^(١): «أنّ رجلاً مات وأوصى إلى رجلين فقال أحدهما لصاحبه: خذ نصف ما ترك وأعطني نصف ما ترك، فأبى عليه الآخر، فسألنا أبا عبد الله عائلاً عن ذلك؟ فقال: ذلك له»^(٢).

وجه عدم المنافاة إجمالاً لهذا الموثق، لأنّ 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).

ويتمكن أن يقال: يبعد جداً أن يكون وجوب الاجتماع مع الإطلاق حكمًا تعديياً على خلاف قصد الموصي، بل يستظهر من الصحيح المذكور

(١) الصحيح الموثق أو الموثق كالصحيح هو ما يكون كُلّ واحد من رواة سلسلته ثقة ولم يكن الكل إمامياً وكان غير الإمامي ممن يقال في حقه: أجمعوا العصابة على تصحيح ما يصحّ عنه كأبان بن عثمان، أو واقعاً بعد مَن يقال في حقه ذلك. لب الباب: ٨٨.

(٢) الكافي: ٤٧/٢، ح٢، باب من أوصى إلى اثنين فينفرد كُلّ واحد منها ببعض التركة؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٣، ح٥٤٧٢، باب الرجلين يوصى إليهما فينفرد كُلّ واحد منها بنصف التركة؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٥، ح٤، باب الأووصياء؛ الاستبصار: ٤/١١٨، ح٢، باب من أوصى إلى نفسيين هل يجوز أن ينفرد كُلّ واحد منها بنصف المال أم لا؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٧٧-٣٧٨، أبواب أحكام الوصايا، ب١، ح٥١، ح٣. والتعبير عنه بالصحيح الموثق لابن فضال وهو من أصحاب الإجماع على قول. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٣) التنقح الرائع: ٢/٣٩٠؛ مسائل الأئمّة: ٦/٢٥٠.

(٤) في الكافي والتهذيبين: «ذلك»، وفي الفقيه: «ذاك».

أنه لا ينبغي من جهة مخالفة الميت، 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 منها مستقلّاً، فمع تصرّف أحدّها لا يبقى موضوع لفعل الآخر.

وأخرى يستظهر اجتماعهما، كما كانا حاضرين في مجلس واحد فقال: افعلا 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 والأمور الراجعة إلى الغير يحتاج إلى الإجازة، والقدر المتيقن 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 فتجافي الوصي بالنسبة إلى بعضها، فقد خالف الميت، وعلى هذا فلا نظر إلى الاستقلال والانضمام.

أمّا خبر صفوان المذكور، ففيه الاحتمال المذكور، مع أنه يشكل الأخذ بظاهره، لأنّ السلطان المذكور في لسان الأخبار يشمل الأشخاص المنصوبين، فإن كان منصوباً من قبل الجائز فحاله معلوم، وإن كان منصوباً من قبل المعصوم عليه السلام فمع كون التقسيم مخالفة وتبييلاً للوصية كيف يقسم؟!

وأمّا صورة تشاّح الوصيّين مع لزوم اجتماعهما، فلم يمض فيها عمل لوتشارّ الوصيّان أحدهما، للزوم كون العمل بنظرهما، واستثناء ما لا بدّ منه، كمؤونة اليتيم مع لزوم اجتماعهما

لم يظهر وجهه، بل الظاهر مراجعة الحاكم حيث إنّ أحد الوصيّين بدون الانضمام لا اختيار له، فيرجع إلى الحاكم ويستأذن منه، وتصرّف الحاكم بدون نظر أحدهما أيضاً مشكلاً ، ومع التعذر يرجع إلى عدول المؤمنين، بل لا يبعد عدم لزوم الترتيب، وقد سبق الكلام في هذا في بعض الكتب.

جبر الحاكم إياهما على التوافق

وأمّا جبر الحاكم إياهما على التوافق، فيشكّل من جهة أنّه إذا رأى كلّ منها المصلحة في جهة لم يكن مخالفة للأخر منكره حتّى يجب النهي عنها، وعلى فرض النكارة النهي لا يختص 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 رأيه، بل يشكّل الحكم برأيه، لأنّه ليس راجعاً إلى الشبهة الحكميّة حيث يحكم الحاكم بحكمه، وإن كان على خلاف ما يكون حجّة بنظر المحكوم عليه، ومن المحتمل سقوط الانضمام، لعدم الإمكانيّة فيكون كما لو مات أحدهما فيكون كما لو تعذر حيث يجوزون الاستبدال، للزوم العمل بالوصيّة، واللازم حينئذ الاستبدال، أو يعمل بنظر الحاكم، ومع التعذر عدول المؤمنين، ومع التعذر فساقهم، لأنّه أمر لا بدّ منه، ولا يرضي الشارع بتركه، كحفظ مال اليتيم.

وعلى أيّ تقدير لو أرادا القسمة وتصرّف كلّ بالاستقلال في قسم لم يجز، كما دلّ عليه الصحيح المذكور.

لو عجز أحد الوصيّين

وأمّا صورة عجز أحد الوصيّين، ففي المتن ضمّ الغير إليه، ولم يظهر وجهه، فإنّ العجز تارة من جهة عدم التمكّن من مباشرة العمل، وأخرى من ضعف الرأي والنظر وسخافة العقل، ففي الصورة الأولى ما المانع في

التوكيل، لأنّ القاعدة في باب الوكالة صحة 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 الوصيّ، ولا دليل على ضمّ الغير، لأنّه بمنزلة جعل الوصيّ، ولا دليل على صحته.

وأماماً صورة قصد الموصي استقلال كلّ منها، فلا إشكال في تصرف لوقد الموصي كلّ بالاستقلال إنما الإشكال في التقسيم إن كان بمعنى أنه بعد التقسيم لا استقلال كلّ منها يجوز لأحد منها التصرف في ما يكون راجعاً إلى الآخر، وإن كان بمعنى الرخصة، فلا إشكال حيث لم يخالفنا نظر الموصي ولعلّ النظر إلى الثاني.

(وللموصي تغييرالأوصياء، وللموصى إليه ردّ الوصيّة، ويصحّ إن بلغ الرّدّ
ولومات الموصي قبل بلوغه لزّمت الوصيّة، وإذا ظهر من الوصيّ خيانة
استبدل به، والوصيّ أمين لا يضمن إلّا مع تعدّ أو تفريط، ويجوز أن يستوفي
دينه ممّا في يده، وأن يقّوم مال اليتيم على نفسه وأن يقتربه إذا كان ملياً).

الجواز الأخبار: إن الموصي تغيير الأوصياء، فالظاهر عدم الخلاف في جوازه للموصي، لأنّ الموصيّة سواء كانت عقداً أو إيقاعاً بالنسبة إلى الموصي جائز، ويدلّ على الأوصياء

منها: ما رواه علي بن إبراهيم عن أبيه، عن ابن أبي عمر، عن ابن روايات المسألة
بكير، عن عبيد بن زرار قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: للموصي أن
يرجع في وصيته إن كان في صحة أو مرض»^(١).

(١) الكافي: ١٢/٧، ح١، باب الرجل يوصي بوصية ثم يرجع عنها؛ من لا يحضره الفقيه: ←

وما روي عن بريد العجي عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ قال: «الصاحب الوصيّة
أن يرجع فيها، ويحدث في وصيته ما دام حيًّا»^(١).

وأخبار الباب وإن لم يتعرّض لتغيير الوصيّ إلا أن يستفاد منها جواز
التغيير بأيّ نحو كان.

وأمّا الموصى إليه، فله ردّ الوصيّة، ويصحّ إن بلغ الرد إلى الموصى بلا
خلاف^(٢) ظاهراً في الجملة.

واستدلّ^(٣) عليه بما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن مسلم في
الصحيح، عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ قال: «إن أوصى [رجل] إلى رجل وهو
غائب فليس له أن يردّ وصيته، فإن أوصى إليه وهو بالبلد فهو بال الخيار إن
شاء قبل وإن شاء لم يقبل»^(٤).

→ ٤/١٩٩، ح ٥٤٥٨، باب الرجوع عن الوصيّة؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٩ - ١٩٠، ح ١٣،
باب الرجوع في الوصيّة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٠٣، أبواب أحكام الوصايا، ب ١٨، ح ٣.
والرواية موثقة بابن بكير. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٥٨١.

(١) الكافي: ٧/١٢، ح ٢، باب الرجل يوصي بوصية ثم يرجع عنها؛ من لا يحضره الفقيه:
٤/١٩٩، ح ٥٤٥٧، باب الرجوع عن الوصيّة؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٩٠، ح ١٤، باب
الرجوع في الوصيّة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٠٣، 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: ٣/١٩١؛
جامع الخلاف والوفاق: ٣٨٦؛ تحرير الأحكام: ١/٣٠٣.

(٣) مختلف الشيعة: ٦/٣٣٧؛ مسالك الأفهام: ٦/٢٥٧؛ الحدائق الناصرة: ٢٢/٥٧٤.

(٤) الكافي: ٧/٦، ح ١، باب الرجل يوصي إلى آخر ولا يقبل وصيته؛ من لا يحضره الفقيه:
٤/١٩٥، ح ٥٤٤٥، باب الامتناع من قبول الوصيّة؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٥، ح ١، باب
قبول الوصيّة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٢٣، ح ١.

وما رواه في الكافي والفقير عن فضيل بن يسار في الصحيح، عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ: «في رجل يوصى إليه؟ قال: إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها»^(١)، الحديث.

وعن منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ قال: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب، فليس له أن يردد عليه وصيته، لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»^(٢).

فنقول: مقتضى إطلاق صحيح محمد بن مسلم عدم جواز الرد مع غيبته وإن بلغ ردّه إلى الموصي، وجواز الرد مع حضوره في البلد وإن لم يبلغ الرد إلى الموصي، والمستفاد من ذيل روایة منصور أنّ المدار تمكّن الموصي من طلب الغير للوصاية.

وعلى هذا، فلو بلغ الرد إلى الموصي ولم يتمكّن من طلب الغير لمفاجأة الموت قبلًا، فلا أثر للرد، 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 يشك في رد الغائب وقبوله، جاز له الرد، ولو لم يبلغ الخبر إلى

(١) الكافي: ٦/٧، ح٢، باب الرجل يوصي إلى آخر ولا يقبل وصيته؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٥، ح٥٤٤٦، باب الامتناع من قبول الوصيّة؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٥، ح٢، باب قبول الوصيّة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٢٠، أبواب أحكام الوصايا، ب٢٣، ح٢.

(٢) الكافي: ٦/٧، ح٣، باب الرجل يوصي إلى آخر ولا يقبل وصيته؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٦، ح٥٤٤٩، باب الامتناع من قبول الوصيّة؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٦، ح٣، باب قبول الوصيّة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٢٠، أبواب أحكام الوصايا، ب٢٣، ح٣. والرواية صحيحة على الأصحّ.

الموصي في حال حياته، ولا يلتزم المشهور بهذا التفصيل، بل لعله يستفاد من صحيح ابن يسار عن أبي عبد الله عليهما السلام: «في رجل يوصى إليه فقال: إذا بعث إليه من بلده ليس له ردّها، وإن كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك إليه»^(١) حيث يستفاد منه أن المدار تمكن الموصي من الإيصاء إلى الغير.

وربما يشهد له الصحيح أو الحسن^(٢) عن هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليهما السلام: «في الرجل يوصى إلى الرجل بوصية فأبى أن يقبلها؟ فقال أبو عبد الله عليهما السلام: لا يخذه له على هذه الحال»^(٣) حيث حمل الخبر على وجوب القبول.

وقد يقال بعدم جواز الرد إذا كان الموصي أباً للموصى إليه، لمكتبة علي بن الريان إلى أبي الحسن عليهما السلام: «رجل دعاه والده إلى قبول وصيته هل له أن يمتنع من قبول وصيته؟ فوقع عليهما السلام: ليس له أن يمتنع»^(٤) ومقتضى القاعدة عدم جواز الرد في خصوصه وإن أمكن إبلاغ الرد^(٥).

(١) تقدم تخرجه آنفًا.

(٢) الترديد 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:

باب الامتناع من قبول الوصية؛ تهذيب الأحكام: ٤ / ٩، ١٩٦، ح ٥٤٤٨، باب

قبول الوصية؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ١٩، ٣٢١، أبواب أحكام الوصايا، ب٣، ح ٤.

(٤) الكافي: ٧ / ٧، ح ٦، باب الرجل يوصي إلى آخر ولا يقبل وصيته؛ من لا يحضره الفقيه:

باب الامتناع من قبول الوصية؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ٢٠٦، ح ٤، ١٩٥، ح ٥٤٤٧،

وسائل الشيعة: ١٩ / ١٩، ٣٢٢، أبواب أحكام الوصايا، ب٢٤، ح ١، وفيه سهل

بن زياد. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٩٠.

(٥) المقنع: ٤٧٩؛ الحدائق الناصرة: ٢٢ / ٥٧٩.

واستشكل بأنّه لا يقاوم المطلقات الدالّة على جواز الردّ مع الإبلاغ^(١).

ويمكن أن يقال: المطلقات لا تشمل هذه الصورة، غاية الأمر لوم يكن هذه المكاتبة أمكن دعوى القطع بعدم الفرق، وأمكن الأخذ بإطلاق صحيح فضيل بن يسار المذكور.

وأمّا 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 التقيد وإن كان المقيد واحداً إلّا أن يكون المطلقات بحيث يبعد تقييدها.

ولو مات الموصي قبل بلوغ الردّ لزمت الوصيّة بلا خلاف ظاهراً^(٢)، فإن كان المدرك ما ذكر من الأخبار، فقد عرفت الإشكال في صورة تمكّن الموصي من الإيصاء إلى الغير بمقتضى التعليل المذكور.

وأمّا استبدال الوصي مع الخيانة، فلا يخلو عن الإشكال، لأنّ اللازم العمل بالوصيّة كما أوصى الموصي، فإن كان التكليف متوجّهاً إلى خصوص الوصيّ، فاللازم نهيء، كما فيسائر التكاليف، والنهي لا ينحصر بالحاكم، بل التكليف بالنهي متوجّه إلى جميع المكلّفين، 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: ١٩١ / ٣؛ إصحاب الشيعة: ٣٥٦؛ جامع الخلاف والاتفاق: ٣٨٢.

العمل واجباً لا على خصوص الوصيّ، فاللازم العمل لا عزل الوصيّ، وجعل شخص آخر مقامه، ويمكن استظهار بقاء وصايتها من الصحيح الآتي ذكره.

الوصي أمين لا يضمن إلا مع التعدّي أو التفريط، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(١)، فإن كان المدار في الأمانة الإذن الشرعي والمالكي، فلا إشكال لاجتماعها في الوصاية، وإن كان المدار مراعاة مصلحة المؤمن كما في الوديعة، فلا بدّ من أن يكون قبول الوصيّة لمصلحة الموصي.

وأمّا لو كان لمصلحة الوصيّ كما لو قبل الوصيّة لاستيفاء دينه أو للاستقرار إذا كان جائزًا، فيشكل، ألا ترى أنّ كثيراً من الفقهاء قائلون بضمان المقبوض بالسوم مع حصول الإذن من المالك، وأمّا مع التعدّي 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 بستمائة درهم من ثلاثة فانطلق الوصي فأعطى الستمائة درهم رجلاً يحجّ بها عنه؟ فقال: أرى أن يغرم الوصي من ماله ستمائة درهم، ويجعل الستمائة فيها أوصى به الميت من نسمة»^(٢).

(١) المبسوط: ٤/٥٩؛ السرائر: ٢/٨٥؛ إصلاح الشيعة: ٣٦٢؛ شرائع الإسلام: ٢/٢٠٣؛

الجامع للشروع: ٤٩٣؛ قواعد الأحكام: ٢/٥٦٥؛ الدروس الشرعية: ٢/٣٢٦.

(٢) الكافي: ٧/٢٢، ح٣، باب أنّ الوصي إذا كانت الوصيّة في حقّ فغيرها فهو ضامن؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٧، ح٥٤٨١، باب ضمان الوصي لما يغيّره عما أوصى به الميت؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٢٦، ح٣٧، باب وصيّة الإنسان لعبدة وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٤٨، أبواب أحكام الوصايات، ب٣٧، ح١.

وربما كان فيه إيماء إلى عدم انعزل الوصي مع التعدي حيث إنّه لو كان الوصي منعزلاً، لما كان جعل الستّائة فيما أوصى به الموصي مربوطاً به، بل كان هو أجنبياً ليس له القيام بأمر الوصاية.

وأمّا جواز استيفاء دينه مما في يده، فنقول: إن أريد الجواز بينه وبين ربّه وقد أوصى الموصي بتأدية ديونه، فلا إشكال فيه.

وأمّا لو أريد الجواز بمعنى أنّه ليس حال هذا الدائن الوصي حال غير الوصي الذي يدعى الدين على الميت حيث إنّه لا بدّ له من إقامة البينة والخلف، فلا بدّ من قيام الدليل عليه، وتخصيص الدليل الدال على لزوم إقامة البينة على المدعى والخلف، وطرف الدعوى في هذا المقام الورثة، وغاية ما يقرب لعدم الحاجة إلى البينة واليمين.

وبعبارة أخرى عدم الحاجة إلى الحجّة أنّ الحجّة لاحتمال الكذب بالنسبة إلى المدعى والمفروض عدمه، كما أنّ المفروض وصايتها على الوفاء على وجه له التخيير في جهات القضاء، فلم يكن إشكال في استيفائه ضرورة أولويّته مما حكى الاتفاق عليه من جواز إيقائه ما يعلمه من دين الأجنبي كذلك.

ولا يشكل بالأصل وموثقة بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْمُبَارَكَةُ:

«قلت له: إنّ رجلاً أوصى إليّ فسألته أن يشرك معي ذا قرابة له ففعل، وذكر الذي أوصى إليّ أنّ له قبل الذي أشركه في الوصيّة خمسين ومائة درهم وعنه رهن بها جام من فضة، فلما هلك الرجل أنشأ الوصي يدعى أنّ له قبله أكرار حنطة؟ قال: إن أقام البينة وإلا فلا شيء له.

قال: قلت له: أيميل له أن يأخذ ممّا في يده شيئاً؟ قال: لا يميل له، قلت: أرأيت 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 الموثق عن الفرض باعتبار الاشتراك في الوصية على وجه ليس لأحدهما الاستقلال بالتصريف من دون إذن الآخر الذي ليس له إجازة هذا الأخذ من دون إثبات، مع أنه لم يعلم الوصاية فيه على وفاء الدين.

ويمكن أن يقال: تارةً أوصى الموصي إلى أحد: تصريف في ثلث مالي مثلاً، وأدّ ديني منه، وإذا زاد الثلث اصرفه في مصرف كذا مثلاً بحيث لا يربط لهذا الثلث بالورثة سواء كان الدين على الميت أو لم يكن، فلا إشكال في التقريب المذكور.

وتارةً أخرى يوصي له بأداء دينه وما زاد يرجع إلى الورثة، ففي هذه الصورة للورثة إنكار الدين الذي لم يعلم ثبوته لغير الوصي، لأنّه بزيادة الدين ونقصانه يتتحقق الزبادة والنقصان في الإرث، ولعلّ جهة الفرق المذكور في الخبر ليس منحصراً فيها ذكر من الاشتراك في الوصاية، بل كان هذه الجهة أيضاً فارقة.

نعم، قد يرتفع المنع من الجهتين كما لو كان الشريك في الوصاية عالمًا

(١) الكافي: ٥٧/٧، ح١، باب التوارد؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٣٤، ح٥٦٠، باب نوادر الوصايا؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٣٢، ح٣، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٢٨. أبواب أحكام الوصايا، ب١، ح٩٣، ح١. والتعبير عنها بالموثقة لابن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

بثبوت الدين أو كان الوصيّ الواحد بدون الشريك في الوصاية قيّماً على الورثة الصغار، والظاهر أنّ مورد الموقفة غير ما ذكر.

جواز تقويم الوصيّ مال اليتيم على نفسه واقترافه مع كونه مليّاً، فقد يقرّب جواز التقويم والاشتاء لنفسه بأنّه ولّ على المال الذي يريد شراءه بالوصاية، ولا مانع إلّا من جهة اتحاد الموجب والقابل، ولا إشكال من هذه الجهة، لكافية المغايرة الاعتباريّة، كما في تزويج الجدّ للأب بنت ابنه لابن الآخر.

مضافاً إلى إمكان التوكيل، وإلى الخبر المنجبر قصوره بعمل الأكثر وفيه: «هل للوصيّ أن يشتري [شيئاً من] مال الميت إذا بيع فيمن زاد يزيد ويأخذ لنفسه؟ فقال: يجوز إذا اشترى صحيحاً»^(١).

ويمكن أن يقال: إن تمّ الخبر من جهة السنّد باعتماد الأكثر والعمل به، فلا إشكال في خصوص شراء مال الميت، 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 -أعني الوكيل- أو صرف المال في نفسه أو ينصرف إلى الغير إلّا أن ينصّ بالتفصيم؟

(١) الكافي: ٥٩/٧، ح ١٠، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٩، ح ٥٥١٤، باب الوصي يشتري من مال الميت شيئاً إذا بيع فيمن زاد؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٣٣، ح ٦، باب من الزيدات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٢٣، أبواب أحكام الوصايا، ب ٨٩، ح ١، وفيه الحسن بن إبراهيم بن محمد الهمданى وهو مهملاً.

ولعل الفرق بين المقام والوكالة بافتراء الولاية عن الوكالة، لا يوجب الفرق، لأن الولاية محدودة بالحد الذي عين 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.

ومما ذكر ظهر حال الاقراظ، وأنه لا مانع منه إذا كان حاله حال التقويم ويكون مشمولاً للآلية الشريفة: ﴿وَلَا تَقْرِبُوا مَالَ الْيَتَيْمِ إِلَّا يَأْتِيَهُ أَحَسْنُ﴾^(١).

(وتختص ولاية الوصي بما عين له الموصي عموماً كان أو خصوصاً، ويأخذ الوصي أجراً المثل، وقيل: قدر الكفاية، هذا مع الحاجة، وإذا أذن له في الوصية جاز، ولو لم يؤذن فقولان، أشبههما أنه لا يصح، ومن لا وصي له فالحاكم وصي تركته).

أمّا اختصاص الولاية بما عين الموصي، فوجهه واضح، لأن اختياره تحقق بالوصاية، ولا معنى لتحقق الاختيار بالنسبة إلى غير ما عين كالوكيل، مضافاً إلى قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾^(٢)، الآية، في بعض الصور.

وأمّا جوازأخذ أجراً المثل أو قدر الكفاية أو أقل 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 عين الموصي

هل يأخذ الوصي
أجرة المثل أو قدر
الكفاية؟

روايات المسألة

(١) الأئمّة: ١٥٢.

(٢) البقرة: ١٨١.

تولى مال اليتيم ما له أن يأكل منه؟ قال: ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم، فليأكل بقدر ذلك»^(١).

ومنها: موثق سماحة في تفسير الآية الشريفة ﴿فَلَيأكُلْ بِالْمَعْرُوف﴾^(٢) عن أبي عبد الله عائلاً: «من كان يلي شيئاً لليتامى وهو محتاج، ليس له ما يقيمه فهو يتناهى أموالهم ويقوم في ضياعتهم، فليأكل بقدر ولا يسرف، فإن كان ضياعهم لا تشغله عمّا يعالج نفسه، فلا يرزأن»^(٣) من أموالهم شيئاً^(٤).

ومنها: صحيح عبد الله بن سنان عنه عائلاً أيضاً: «أَنَّه سُئلَ - وَأَنَا حاضر - عَنِ القيّمِ لِلْيَتَامَى وَالشَّرَاءِ وَالبَيْعِ فِي مَا يَصْلَحُهُمْ أَلَّا يَأْكُلُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ؟ فَقَالَ: لَا بَأْسَ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ أَمْوَالِهِمْ بِالْمَعْرُوفِ، كَمَا قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿فَلَيأكُلْ بِالْمَعْرُوف﴾ وَهُوَ الْقُوَّةُ»^(٥).

ومنها: خبر أبي الصباح عنه عائلاً أيضاً فيها: «إِنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ يُحْبَسُ نَفْسَهُ عَنِ الْمَعِيشَةِ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْكُلَ بِالْمَعْرُوفِ إِذَا كَانَ يَصْلَحُ لَهُمْ أَمْوَالِهِمْ

(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 محلّ 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 بالموثق لعثمان بن عيسى الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٨١٧.

(٥) تهذيب الأحكام: ٩/٢٤٤، ح ٤٢، باب من الزiyادات؛ 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 سَمَاعَة^(٢)، وخبر أبي أَسْأَمَة^(٣) المرويَّان عن تفسير العياشي
عنه عَلَيْهِ أَيْضًا.

ومنها: خبر أبي بصير عنه عَلَيْهِ أَيْضًا المرويَّ 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 والدرارِم التي عنده
موضوعة»^(٤).

ثم إنَّه قد يقال بجواز أخذ أجرة المثل من غير فرق بين الغنيّ
والفقير وبين الوصيّ والحاكم وأمينه وعدول المؤمنين ما لم يوجد المتربي
الجامع للشرط، لأنَّه المعروف، ولعلَّه إلى ذلك أو مأْصِحَّ حُشَّام
المذكور^(٥).

جواز أخذ أجرة المثل
من غير فرق بين
الغنيّ وغيره وبين
الوصيّ وغيره

ويُمْكِن أن يقال: أمّا التقييد بعدم وجود من يتبرّع، فيشكُّل، لإطلاق
قوله تعالى: **﴿فَلَيَأْكُلُ بِالْمَعْرُوفِ﴾**، أمّا الأخذ بإطلاق قوله تعالى

(١) الكافي: /٥، ح٥، باب ما يحلّ لقيم مال اليتيم منه؛ تهذيب الأحكام: ٣٤١/٦، ح٧٣،
باب المكاسب؛ وسائل الشيعة: ٢٥١/١٧، أبواب ما يكتسب به، ب٧٢، ح٣. والرواية

صحيحة على كلام في محمد بن الفضيل.

(٢) تفسير العياشي: ١/٢٢١، ح٣٠.

(٣) تفسير العياشي: ١/٢٢١، ح٢٩.

(٤) تفسير العياشي: ١/٢٢٢، ح٣١؛ وسائل الشيعة: ١٧/٢٥٢-٢٥٣، أبواب ما يكتسب به،

ب٧٢، ح٩.

(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 يقيمها، وما في خبر أبي الصباح المذكور: «إِنْ كَانَ قَلِيلًا فَلَا يَأْكُلُ مِنْهُ شَيْئًا»، 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 مكروراً لإباء قاعدة الاحترام عن التخصيص وأقوائياً ظهور ما في الأخبار من التعليل، لكن بشرط أن يكون له عمل له قيمة، ولعل ما في ذيل موثقة سماعة من قوله عليهما السلام - على المحكي -: «وَإِنْ كَانَ، إِلَى آخِرِهِ، نَاظِرٌ إِلَى هَذِهِ الْجَهَةِ».

ولا يخفى أنّ وجوب التصدّي لأمور اليتيم من جهة وجوب تنفيذ الوصيّة لا ينافي جواز الأكل بالمعروف، لأنّ الواجب الجامع بين ما يؤخذ من جهة الأجرة وما لا يؤخذ، فظاهر ما ذكر أنّ المجوز أجرة المثل من غير فرق بين كون المتولّي محتاجاً أو غير محتاج.

وأمّا لو أذن الموصي للوصي أن يوصي، فالظاهر عدم الخلاف^(١) في أن اللوصي أن يوصي، فإذا قال الموصي للوصي: أوص عند وفاتك للغير، فالظاهر لزوم الإيصاء على الوصي، للزوم تنفيذ الوصيّة، ففي التعبير بالجواز مسامحة إلا أن يكون المراد أنه جعل الوصي مختاراً في الإيصاء إلى الغير، فله ترك الإيصاء.

(١) المقنعة: ٦٧٥-٦٧٦؛ الكافي في الفقه: ٣٦٦؛ الخلاف: ٤/١٦٢-١٦٣؛ المذهب: ٢/١١٧.
السراج: ٤٩٢؛ الجامع للشراح: ٤٩٢؛ مختلف الشيعة: ٦/٣٩٦.

وقد يستدلّ على [عدم] صحة الإيصاء بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ وَبَعْدَ 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 مشروعية كلّ ما يوصى به إلّا ما خرج.

إلا أنّه ربما يظهر من بعض الأخبار استفادة المشروعية من قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ وَبَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾، الآية، ومكتبة الصفار في الصحيح إلى أبي محمد عائلاً: «رجل كان وصيّ رجل فمات فأوصى إلى رجل آخر هل يلزم الوصيّ وصيّ الرجل الذي كان هذا وصيّه؟ فكتب عائلاً: يلزمته بحقّه إن كان له قبله حقّ إن شاء الله»^(٢)، و«الحقّ» في الجواب فسر بحقّ الإيمان على معنى أنّه يلزمته الوفاء بحقّه 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 الوصيّ إلى الوصيّ الأول بمعنى أنّ الوصيّة تلزم الوصيّ الثاني بحقّ الأول إن كان للأول قبله - يعني قبل الوصيّ الأول - حقّ بأن يكون قد أوصى إليه وأذن له أن يوصي، فقد

. ١٨١ . (١) البقرة: ١٨١

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٤/٤، ٢٢٦-٢٢٧، ح ٥٥٣٥، باب ما يجب على وصي الوصي من القيام بالوصيّة؛ تهذيب الأحكام: ٩/٩، ح ٢١٥، باب الوصي يوصي إلى غيره؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٠٢، أبواب أحكام الوصايا، ب ٧٠، ح ١.

صار له قبله حق الوصية، فإذا أوصى بها لزمت الثاني، وعلى كلا الاحتمالين يصح مع الإذن إيقاض الوصي إلى وصي آخر.

وأما مع عدم الإذن، فالأكثر على المنع، لعدم ثبوت ولایة له بعد الموت على ذلك، بل قيل^(١): إن المبادر من استنابته مباشرته بنفسه أو بوكيله دون الإيقاض إلى الغير المشتمل على الولاية بعد موته الذي يكفي في عدم جوازه عدم ثبوت الإذن من الموصي الأول خلافاً للشيخ^(٢) وابني الجنيد^(٣) والبراج^(٤)، فجوز الإيقاض إليه له، لأن الاستنابة من جملة التصرفات التي يملكها حياً بالعموم، كما يملكها بالخصوص، ولأن الموصي أقامه مقام نفسه، فيثبت له من الولاية ما يثبت له، وملكاته الصغار المذكورة.

ويشكل بمنع كون الاستنابة من جملة التصرفات التي يملكها حياً بالعموم ومنع إقامة الموصي إياها مقامه في كل ما يثبت له.

وأما المكatabة، فهي مجملة، فمع أرجحية الاحتمال غير المناسب للمقام أو التساوي، لا مجال للاستدلال بها.

ويمكن أن يقال: إن استفدنا من بعض الأخبار أنه مع الشك في مشروعية وصيّة يجوز التمسك بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾، الآية، لمشروعيتها، فما المانع من التمسك به في المقام؟ ولذا قد يستدل على صحة الإيقاض للوصي مع إذن الموصي الأول بها.

(١) جواهر الكلام: ٤٢٤ / ٢٨.

(٢) النهاية: ٦٠٧.

(٣) مختلف الشيعة: ٣٩٧ / ٦.

(٤) المهدى: ١١٧ / ٢.

فلاحظ ما رواه الكليني تَبَرُّع عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن الريان بن شبيب قال: «أوصت ماردة لقوم نصارى فراشين بوصيّة، فقال أصحابنا: أقسم هذا في فقراء المؤمنين من أصحابك، فسألت الرضا عَلَيْهِ السَّلَامُ فقلت: إنّ أخي أوصت بوصيّة لقوم نصارى وأردت أن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا مسلمين؟ فقال: أمض الوصيّة على ما أوصت به، قال الله تعالى: ﴿فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(١).

والمنقول من كتاب الحسين بن سعيد بسنده إلى محمد بن مسلم قال: «سألت أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ عن رجل أوصى بهاله في سبيل الله؟ قال: أعطه لمن أوصى له وإن كان يهودياً أو نصراوياً، إنّ الله تعالى يقول: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ وَبَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(٢).

وعن الحسين بن سعيد في حديث آخر عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ، قال: «قال: لو أنّ رجلاً أوصى إليّ أن أضع في يهودي أو نصراوی لوضعت فيهم، إنّ الله يقول: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ وَبَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾، الآية^(٣).

فنقول: الظاهر في الرواية الأولى أنّ السائل كان شاكاً في صحة الوصيّة بال نحو المذكور، فيـن الإمام -علي المحكيـ - صحته، وذكر قوله تعالى استشهاداً، وكذا يستفاد من الخبرين الآخرين، فمع هذا لو أوصى

(١) الكافي: ١٦/٧، ح ٢، باب آخر منه؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٢، ح ٣، باب الوصيّة لأهل الصالـ؛ الاستبصار: ٤/١٢٩، ح ٣، بـاب الوصيّة لأـهل الضـلال؛ وسائل الشـيعة: ١٩/٣٤٣، أبواب أـحكـامـ الـوصـاياـ، بـ ٣٥ـ، ح ١ـ. والـرواـيـةـ صـحـيـحةـ.

(٢) وسائل الشـيعةـ: ١٩/٣٤٥ـ، أبوابـ أـحكـامـ الـوصـاياـ، بـ ٣٥ـ، ح ٥ـ. والـرواـيـةـ ضـعـيـفةـ.

(٣) وسائل الشـيعةـ: ١٩/٣٤٥ـ، أبوابـ أـحكـامـ الـوصـاياـ، بـ ٣٥ـ، ح ٦ـ. والـرواـيـةـ ضـعـيـفةـ.

الوصي إلى شخص آخر بدون إذن الموصي الأول فما المنافع من التمسك بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ وَبَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾، الآية، لنفوذ وصيته؟

ولعلك تقول: يستفاد من بعض الأخبار تخصيص قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ وَبَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾ بقوله عز وجل: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُّوْصِي جَنَّفَا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْتَهُمْ فَلَا إِثْمَرَ عَلَيْهِ﴾، فلاحظ ما رواه محمد بن يعقوب رض بإسناده عن محمد بن سوقة قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله -تبارك وتعالى-: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ وَبَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ قال: نسختها الآية التي بعدها قوله عز وجل: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُّوْصِي جَنَّفَا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْتَهُمْ فَلَا إِثْمَرَ عَلَيْهِ﴾ قال: يعني الموصي إليه إن خاف جنفاً من الموصي فيما أوصى به إليه مما لا يرضى الله -عز ذكره- من خلاف الحق ﴿فَلَا إِثْمَرَ عَلَيْهِ﴾ أي على الموصي إليه أن يرده إلى الحق، وإلى ما يرضى الله عز وجل فيه من سبيل الخير^(١).

والظاهر أن المراد من النسخ التخصيص، وبعد التخصيص يشك في المقام أنه داخل في العام أو في المخصوص، لكنه على مسلك من يتمسك في أمثال المقام -كالشك في مخالفة الشرط للكتاب أو السنة- بالاستصحاب يتمسك في المقام أيضاً، وعلى الإشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية يشكل.

(١) الكافي: ٧/٢١، ح ٢، باب أن من حاف في الوصيّة فللوصي أن يردها إلى الحق؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٦، ح ٥، باب الأووصياء؛ 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: فسر كلام الله بما لا يرضي به الله عز وجل، فمع الشك في أنه مما لا يرضي الله به كيف يتمسك بالعام؟ إلا أن يقال: الظاهر أن يكون المراد كون الموصى به لا يرضي 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.

الحاكم وصي من لا وصي له وأمّا كون الحاكم وصي من لا وصي له في تركته، ففي صورة الحاجة كما لو كان للميت أطفال صغار أو مجانين الظاهر عدم الخلاف في أن النظر للحاكم الشرعي، ووقع الخلاف لو لم يكن ثمة حاكم فهل لعدول المؤمنين تولي ذلك أم لا؟ فالأكثر على الأول^(١)، وقال ابن إدريس بالثاني^(٢).

ويمكن أن يقال: إن كان النظر في صورة التمكّن من المراجعة إلى الحاكم في لزوم الرجوع إليه بالخصوص من جهة الولاية العامة، فمع التأكّل في ثبوتها له لا نسلّم تعين الرجوع إليه، نعم، مع الشك في تعينه في الوصيّة أو التخيير بينه وبين عدول المؤمنين يكون هو المتيقّن، واللازم ذكر الأخبار الواردة في المقام:

فمنها: ما رواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزي

الروايات الدالة على

جواز وصيّة الموصى

إليه

(١) النهاية: ٦٠٨؛ المذهب: ١١٨/٢؛ شرائع الإسلام: ٢٠٣/٢؛ تحرير الأحكام: ١/٣٠٤.

(٢) السرائر: ١٩٢/٣. وبه قال المفيد عليه السلام أيضاً. المقنة: ٦٧٥.

قال: «مات رجل من أصحابنا ولم يوص، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة، فصيّر عبد الحميد بن سالم القيم بهاله وكان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيتهنّ، إذ لم يكن الميت صيّر إليه وصيّته، وكان قيامه بهذا بأمر القاضي، لأنّهنّ فروج».

قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر ع عليه السلام فقلت له: يموت رجل من أصحابنا ولم يوص إلى أحد وينزلف 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 علي بن رئاب في الصحيح في بعض طرقه قال: «سألت أبا الحسن موسى ع عليه السلام عن رجل بياني وبينه قرابة مات وترك أولاداً صغاراً وترك ماله وغلمان وجواري ولم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية يتّخذها أم ولد؟ وما ترى في بيتهنّ؟ قال: إن كان لهم ولد يقوم بأمرهم باع عليهم، ونظر لهم كان مأجوراً فيهم».

قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية يتّخذها أم 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: ٥/٢٠٩، ح٢، باب شراء الرقيق؛ تهذيب الأحكام: ٧/٦٩، ح٩، باب ابتياع الحيوان؛ وسائل الشيعة: ١٧/٣٦٣، أبواب عقد البيع وشروطه، ب٦، ح٢.

(٢) الكافي: ٧/٦٧، ح٢، باب من مات على غير وصيّة 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 وصيّة وترك أولاً ذكراناً^(١) وغلمناً صغاراً وترك جواري وماليك هل يستقيم أن تباع الجواري؟ قال: نعم.

وعن الرجل يصاحب الرجل في سفره فيحدث به حدث الموت ولا يدرك الوصيّة كيف يصنع بمتاعه وله أولاد صغار أو كبار؟ أيجوز أن يدفع متاعه ودوابه إلى ولده الأكابر أو إلى القاضي؟ فإن كان في بلدة ليس فيها قاض كيف يصنع؟ وإن كان دفع المال إلى ولده الأكابر ولم يعلم به فذهب ولم يقدر على ردّه كيف يصنع؟ قال: إذا أدرك الصغار وطلبوه فلم يجد بدّاً من إخراجه إلا أن يكون بأمر السلطان.

وعن الرجل يموت بغير وصيّة وله ورثة صغار وكبار أهل شراء خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضي بيع ذلك، فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس به إذا رضي الورثة بالبيع، وقام عدل في ذلك»^(٢).

→ يحضره الفقيه: ٤/٢١٨، ح ٥٥١٢، باب فيمن لم يوص وله ورثة فيقسم بينهم أو يباع عليهم؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٣٩، ح ٢١، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٧/٣٦١، أبواب عقد البيع، ب ١٥، ح ١.

(١) في الكافي: «ذكراناً وإناثاً».

(٢) الكافي: ٧/٦٦، ح ١، باب من مات على غير وصيّة وله وارث صغير فيباع عليه؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٣٩، ح ٢٠، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٧/٣٦٢، أبواب عقد ←

وما رواه المشايخ الثلاثة عن سماحة في المؤتّق قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيّة وله خدم ومالٍ 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 الحصول من الإمام -عليه الصلاة والسلام- في الموارد الخاصة، لأنّه كثيراً ما سأله السائل من دون نظر إلى واقعة خاصة، بل نظره إلى فرض الصورة، فالجواب يشمل الصورتين.

وعلى فرض كونه إذناً من باب الولاية يكون شاملًا للصور المفروضة، بل الظاهر أنه لبيان الحكم الشرعي، ويستفاد من بعضها جواز التصدّي للعدل، وللثقة من البعض الآخر، فلا يبقى الإشكال في صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع من جهة عدم معلوميّة الماثلة من جهة الأهلية للحكومة الشرعية أو العدالة أو الوثاقة، فاللازم تحقّق أحد الوصفين من العدالة والوثاقة، والوثاقة إن كان المراد منها الوثاقة في الدين تكون ملزمة للعدالة، وعلى هذا فالرجوع إلى عدول المؤمنين

→ البيع وشروطه، ب١٦، ح١.

(١) العقد جمع عقدة وهي الضياعة. الوافي: ٢٤ / ١٧٨.

(٢) الكافي: ٧ / ٦٧، ح٣، باب من مات على غير وصيّة وله وارث صغير فيباع عليه؛ من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٢١٨، ح٥١١، باب فيمن لم يوص وله ورثة فيقسم بينهم أو يباع عليهم؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ٢٤٠، ح٢٢، باب من الزيادات؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٤٢٢، أبواب أحكام الوصايا، ب٨٨، ح٢. والتعبير عنه بالمؤتّق لزرعة الثقة الواقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٦٦.

ليس متأخراً عن الرجوع إلى الحاكم الشرعي، لكنه مخالف للمشهور.
ثم إنّه قد يلزم القيام بأمر ولا طريق إلى الحاكم ولا إلى العدول لحفظ
البيتيم والجنون والمريض القاصرين مع توقف حفظهم على التصرف في
أموالهم، فلا إشكال في جواز تصرف غيرهم.

[الفصل] (الخامس: في الموصى به).

في أحكام وشروط
الموصى به

(وفيه أطراف:)

(الأول: في متعلق الوصيّة، ويعتبر فيه الملك فلا تصح بالخمر 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 كلها اعتبر الملكية، فإن كان المراد الملكية الفعلية لا تجوز الوصيّة بما لا يملك فيشكل من جهة صحة الوصيّة بثمرة البستان، مع أنها ليست بملك قبل تحققها، وصحة الوصيّة بالثلث مع كون الثلث موجود زمان الموت لا يوجد حال الوصيّة.

وإن كان المراد ما يقبل الملكية ولو بعد حين، فلا إشكال، لكنه لا يناسب الاستدلال بكون الوصيّة من العقود المملّكة، فإنّ ما يملكه العاقد بعد حين لا يقع متعلق العقد.

مضافاً إلى منع كون الوصيّة التملكيّة عقداً لمنع الحاجة إلى القبول، فالمعتبر كون الموصى به قابلاً للنقل إلى الغير ولو بعد حين عيناً

كان أو منفعة أو حقاً، ووجهه أنه لو لم يكن كذلك لما صح تملיקه
للموصى له.

وأماماً اعتبار عدم كونه زائداً عن الثالث في نفوذه بلا حاجة إلى إمضاء
الورثة، فيدل عليه أخبار كثيرة:

منها: ما رواه في التهذيب عن علي بن عقبة، عن أبي عبد الله عليهما السلام: «عن
رجل حضره الموت فأعتق ملوكاً ليس له غيره فأبى الورثة أن يحيزوا ذلك
كيف القضاء؟ قال: لا يعتق منه إلا ثلثه، وسائر ذلك للورثة، والورثة
أحق بذلك ولهم ما باقى»^(١).

وهذا الخبر وإن لم يكن راجعاً إلى الوصيّة، لكنه يستفاد من ذيله أحقيّة
الورثة بالنسبة إلى ما سوى الثالث، وكون ما باقى لهم، فلا تجتمع مع نفوذ
الوصيّة فيما زاد.

ومنها: ما عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليهما السلام: «في رجل أوصى
بأكثر من الثالث وأعتق ملوكه في مرضه؟ فقال: إن كان أكثر من الثالث رد
إلى الثالث وجاز العتق»^(٢).

وما عن السكوني عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام، عن علي عليهما السلام قال: «إن

(١) تهذيب الأحكام: ٩/١٩٤، ح ١٣، باب الوصيّة بالثالث وأقل منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/٤، ح ٥، باب أنه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثالث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٧٦،
أبواب أحكام الوصايا، ب ١١، ح ٤. والرواية موثقة بابن فضال الثقة الفطحي.

(٢) الكافي: ٩/١٦، ح ١، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١٩،
ح ٧، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٠٠، أبواب
أحكام الوصايا، ب ٦٧، ح ٤. والرواية من مرسولات ابن أبي عمير.

اعتبار عدم الزيادة
عن الثالث في نفوذ
الوصيّة
روايات المسألة

رجالاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره؟ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: يسع في ثلثي قيمته للورثة^(١)، دلالة هذا الخبر مبنية على اتحاد منجزات المريض مع معلقاته في الحكم.

ويمكن أن يقال: مع ثبوت الحكم في المنجز، فالمعلم أولى، وفيه تأمل.

وعن الحسين بن محمد الرازي قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليل^{عليه السلام}: الرجل يموت فيوصي بيده كلّه في أبواب البرّ وبأكثر من الثالث، هل يجوز ذلك له؟ وكيف يصنع الوصي؟ فكتب عليل^{عليه السلام}: تجاز وصيّته ما لم يتعدّ الثالث^(٢)، إلى غير ما ذكر من الأخبار.

وحكي عن عليّ بن بابويه جواز الوصيّة بأكثر من الثالث حتى القول بجواز الوصيّة
الجميع^(٣)، واحتج في ذلك برواية عمّار السباطي عن الصادق عليل^{عليه السلام} قال:
«الرجل أحق بيده ما دام فيه الروح إن أوصى به كلّه فهو جائز له»^(٤).

(١) تهذيب الأحكام: ٨/٢٢٩، ح ١١، باب العتق وأحكامه؛ الاستبصار: ٤/٧، ح ٥، باب من أعتق بعض مملوكه؛ وسائل الشيعة: ٢٣/٢٣، أبواب العتق، ب ٦٤، ح ٥. والرواية مؤثثة بالسكوني. راجع معجم رجال الحديث: ٣/١٠٥.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩/١٩٥، ح ١٦، باب الوصيّة بالثلث وأقلّ منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/١٢١-١٢٠، ح ٨، باب أنه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثالث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٧٦، أبواب أحكام الوصايا، ب ١١، ح ٥. والحسين بن محمد الرازي مهمّل.

(٣) مختلف الشيعة: ٦/٣٩٣.

(٤) الكافي: ٧/٧، ح ١، باب أنّ صاحب المال أحق بيده ما دام حياً؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٥٤٦٨، ح ٢٠٢، باب في أنّ الإنسان أحق بيده ما دام فيه شيء من الروح؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٨٧، ح ٦، باب الرجوع في الوصيّة؛ الاستبصار: ٤/١٢١، ح ١٩، باب أنه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثالث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٨١-٢٨٢، أبواب أحكام ←

وأجيب بضعف الرواية ومعارضة الروايات الكثيرة لها وإمكان حملها على ما لا يخالف تلك الأخبار، فإنّ الإنسان أحقّ بهاته ما دام فيه الروح فإنّ أوصى بجميع ماله يراعي فإنّ أجاز الوراثة تكون الوصيّة نافذة ومع عدم الإمضاء ترد إلى الثالث^(١).

وأمّا الجواز مع إمضاء الوراثة، فيدلّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة -في الصحيح- عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله علیه السلام: «في رجل أوصى بوصيّة وورثته شهود فأجازوا ذلك، فلمّا مات الرجل نقضوا الوصيّة هل لهم أن يرددوا ما أقرّوا به؟ قال: ليس لهم ذلك، الوصيّة جائزة عليهم إذا أقرّوا بها في حياته»^(٢).

وهذه الرواية لا ذكر فيها للزيادة على الثالث إلا أنّه لمّا كان النفوذ بملاحظة إقرارهم السابق تكون محمولة على صورة الزيادة على الثالث، فإنّ الوصيّة بالثالث فما نقص لا تحتاج إلى إجازتهم.

وما رواه الشيخ عن ابن رباط، عن منصور بن حازم قال: «سألت أبي عبد الله علیه السلام عن رجل أوصى بوصيّة أكثر من الثالث وورثته شهود

→ الوصايا، ب١١، ح١٩. وبعض رواته مجھول.

(١) مختلف الشيعة: ٦/٣٩٤-٣٩٣؛ مسالك الأفهام: ٦/١٤٧؛ جواهر الكلام: ٢٦/٦٠.

(٢) الكافي: ٧/١٢، ح١، باب؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٠٠، ح٥٤٦١، باب فيمن أوصى بأكثر من الثالث وورثته شهود فأجازوا ذلك هل لهم أن ينقضوا ذلك بعد موته؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٩٣، ح٧، باب الوصيّة بالثالث وأقل منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/١٢٢، ح١٤، باب أنه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثالث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٨٣، أبواب أحكام

الوصايا، ب١٣، ح١.

جواز الوصيّة بأكثر
من الثالث مع إمضاء
الورثة

فأجازوا ذلك له؟ قال: جائز»، وقال ابن رباط: وهذا عندي على أئمّهم
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.

لو أجاز بعض الورثة، فالمعلوم أنَّ الوصيَّة نافذة في الزيادة
على الثلث بمقدار حِصَّة المحيز في الزيادة، فالمقام كالعقد الفضولي
الوصيَّة بأكثُر من
الثلث الواقع على المال المشترك مع إجازة بعض الشركاء دون بعض آخر.

ويمكن أن يقال: إذا كانت الإجازة بعد موت الموصي فلا إشكال،
وأمّا الإجازة في حياة الموصي وموته بعد مدَّة، فلا يخلو عن الإشكال من
جهة أنَّ المعروف اعتبار الثلث حال الموت لا حال الوصيَّة، فربما يتطلَّب
الموصي أموالًا في خلال المدَّة الواسطة بين الوصيَّة والموت، فحال الوصيَّة
والإجازة من الوارث لا تملك بالنسبة إلى تلك الأموال للاموصي ولا
للورثة، فكيف يتصرَّر سهم للوارث حتَّى يقال: إجازة بعض الورثة نافذة
بالنسبة إلى سهمه، غاية الأمر دلَّ الدليل على أنَّه لو أوصى الموصي

(١) تهذيب الأحكام: ٩/١٩٣، ح ١٠، باب الوصيَّة بالثلث وأقلَّ منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/٢٣، ح ١٧، باب أنَّه لا تجوز الوصيَّة بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٨٤،
أبواب أحكام الوصايا، ب ١٣، ح ٢. وفيه جعفر بن محمد بن يحيى وهو مهملاً.

(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 هم أن ينقضوا ذلك بعد موته؟
تهذيب الأحكام: ٩/١٩٣، ح ٨، باب الوصيَّة بالثلث وأقلَّ منه وأكثر؛ الاستبصار:
٤/١٢٢، ح ١٥، باب أنَّه لا تجوز الوصيَّة بأكثر من الثلث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٨٣،
أبواب أحكام الوصايا، ب ١٣، ذيل ح ١.

بالوصيّة التمليليّة بمثيل تلك الأموال وأجاز الورثة الوصيّة نفذت الوصيّة بالنسبة إلى الموصى به الزائد على الثلث.

مع عدم الإجازة لا تنفذ إلا مقدار الثلث، فالتمليل من الموصى تنفيذ إلا بمقدار الثلث، ولو لا التنزيل لم تعتبر العقلاً تمليل ما لم يملك الملك بعد، فإجازة جميع الورثة نافذة بحسب الأخبار، وأمّا إجازة البعض ونفوذهما بالنسبة إلى ما يتصور سهلاً له لا يشملها الأخبار.

حصـولـ الملـكـ للمـوصـىـ لـهـ بـعـدـ الموـتـ وأمّا حصول الملك للموصى له بعد الموت، فلا إشكال فيه، لأنّ المال الموصى به قبل موت الموصى ملك له وباختياره له، أن يتصرف فيه كيف شاء. (وتصحّ الوصيّة بالمضاربة بمال ولده الأصاغر، ولو أوصى بواجب وغيره أخرج الواجب من الأصل والباقي من الثلث، ولو حصل^(١) الجميع بالثلث بدئ بالواجب، ولو أوصى بأشياء تطوعاً فإن رتبه بدئ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث وبطل ما زاد، وإن جمع أخرى من الثلث وزع النقص، وإذا أوصى بعقد مماليكه دخل في ذلك المنفرز والمشتراك).

صـحةـ الـوصـيـةـ بـالـمضـارـبـةـ بـمـالـ وـلـدـهـ الصـغـارـ أمّا صحة الوصيّة بالمضاربة بمال ولده الصغار، فيدلّ عليها ما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم في المؤوثق، عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سُئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبهال لهم وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال بأن يكون بينه وبينهم، فقال: لا بأس به من أجل أن آباء قد أذن له في ذلك وهو حيٌّ»^(٢).

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «حصار» بدل «حصل».

(٢) الكافي: ٤/٢٢٧-٢٢٨، ح ٥٥٣٨، باب التوارد؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٢٧-٢٢٨، ح ٦٢، باب ←

وعن خالد بن بكر^(١) الطويل قال: «دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يابني اقتص مال إخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح وأعطهم النصف وليس عليك ضمان، فقدّمتني أم ولد لأبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى فقالت له: إن هذا يأكل أموال ولدي، قال: فقصصت عليه ما أمرني به أبي، فقال ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجراه، ثم أشهد عليّ بن أبي ليلى إن أنا حرّكته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قضيّي، ثم 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 الروايتين جواز المضاربة بغير الذهب المناقشة في دلالة الروايات والفضة وهو خلاف المشهور.

ويمكن المناقشة في دلالة الرواية الأولى من جهة أنه علل عدم البأس بإذن الأب وهو حيّ، وهذا التعبير أنساب بالولاية الشرعية بالنسبة إلى الصغير، فكانه أوصى وأذن في المضاربة بمال الصغير، وربما يظهر منه أن

→ الرجل يوصي إلى رجل بولده ومال لهم وأذن له عند الوصيّة 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 بالمؤتّق لابن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(١) في الكافي والتهذيب: بكير، وفي الفقيه: خالد الطويل.

(٢) الكافي: ٧/٦١-٦٢، ح ١٦، باب التوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٤، 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 الطويل مهمّل.

الإذن في ماله الفعلي قبل موت الأب لا الوصيّة بالمضاربة بها يصير مالاً له بعد الموت.

ونوّقش في سند الرواية الثانية من جهة أنّ خالد بن بكير المذكور مجهول الحال^(١)، ودفعت المناقشة في السند بأنّ في السند ابن أبي عمير وهو من أجمع على تصحيح ما يصحّ عنه فلا يضرّ جهالة من بعده^(٢).

القول بصحة الوصيّة
بالمضاربة

ثم إنّه حكي عن جماعة^(٣) صحة الوصيّة بالمضاربة من غير فرق بين مال الصغار والكبار، وبين أن يكون الربح المجهول للعامل بقدر أجراه مثل أو أزيد بقدر الثلث أو أزيد.

ووجه بإطلاق ما دلّ على تنفيذ الوصيّة المقيد بالثلث إذا كانت مفروضة للهـال على الوارث أو بالأعمّ من ذلك وما فيه ضرر عليه، أمّا إذا لم يكن كذلك بل كانت الوصيّة تصرّفاً في المال على وجه لا تفويت فيه للهـال على الوارث ولا ضرر فيه عليه، فليس في الأدلة ما يدلّ على تخصيص العمومات المعتمدة بظاهر قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَأَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾ وعموم تسلط الناس، ومعلومية كون الوصيّة بعد الموت كالتنجيز في حال المرض بالنسبة إلى الممنوع منها والجائز، بل الدليل فيها متّحد، ولا ريب في صحة المضاربة بأزيد من الثلث في حال المرض ولو بحصة قليلة من الربح، كما لا ريب في صحة بيع التركة بثمن المثل حال المرض^(٤).

(١) مسالك الأفهام: ١٥٦/٦.

(٢) رياض المسائل: ٣٥٦/١٠.

(٣) النهاية: ٦٠٨؛ المهدّب: ١١٨/٢؛ مختلف الشيعة: ٦/٣٩٩.

(٤) جواهر الكلام: ٢٩٥/٢٨.

ويمكن أن يقال: أمّا الخبران، فلا إطلاق فيها بالنسبة إلى أموال الكبار، فإنّ رواية محمد بن مسلم السؤال فيها عن رجل أوصى إلى رجل بولده وهذا التعبير مناسب بجعله قيّما على الصغار، ثمّ التعليل بالإذن لا يناسب بالنسبة إلى الكبار.

وأمّا الرواية الثانية، فمورد السؤال فيها الصغار، وأمّا بالنظر إلى عمومات الوصيّة، فمع تخصيصها بكون الموصى به مما يرضى به الله يشكل التمسّك بها، فإنّ منع المالك عن التصرّف في ملكه وتضرر المالك كيف يجوز؟ وفرق واضح بين الوصيّة بالثلث بأن يصرف في الأمور الواجبة المربوطة بالوصي وفي المستحبّات المربوطة به وبين المداخلة في أموال الغير بنحو يكون من نوعاً من التصرّفات أو يكون متضرراً حيث إنّ المضاربة وإن كانت من العقود الجائزه، لكن لازم صحة الوصيّة بها لزومها، وتصرّف الولي في مال الولي عليه منوط بالمصلحة، أو لا أقلّ من عدم المفسدة فإنّ الله لا يحبّ الفساد.

ووجه ذلك أنّ الأوّل ليس تصرّفاً في مال الغير حيث إنّ الإرث بعد الوصيّة بخلاف الثاني، غاية ما في الباب في خصوص مال الصغار بمقتضى الروايتين مع تمامية دلالتهما نقول بصحّة الوصيّة وإطلاقهما لصورة كون الربح المجنول للعامل أكثر من أجرا المثل معارض بما دلّ على عدم جواز ما فيه الفساد، وفي هذه الصورة - أعني الوصاية بالمضاربة بمال الصغير - ليس مخالفة لقاعدة السلطة، 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 مسلط على أمواله يتصرّف كيف شاء وفي مرض الموت كذلك إن قلنا بأنّ المنجزات يخرج من الأصل ، وإن قلنا بخروجها من الثلث فحالها حال الوصيّة، لكن لا سلطنة على مال الغير وفي المقام يراد إثباتها على مال الغير أعني الورثة الكبار.

ولو أوصى بواجب وغيره يجب خروجه الواجب المالي سواء كان مشوباً بالبدني كالحجّ أو لم يكن مشوباً كالزكاة والكافارات من أصل المال، أوصى به أو لم يوص بلا خلاف ظاهراً، والأخبار بوجوب إخراج الواجب المالي من الأصل متکاثرة ذكرت في كتاب الحجّ والزكاة والخمس وكتاب الديون:

فمنها: ما رواه الشيخ بإسناده عن موسى بن القاسم، عن صفوان، عن معاوية بن عمّار قال: «سألت أبا عبد الله عَلَيْهِ الْكَلَمُونَ عن رجل مات فأوصى أن يحجّ عنه؟ قال: إن كان صرورة فمن جميع المال، وإن كان تطوعاً فمن ثلثه»^(١).

ومنها: ما روى محمد بن يعقوب عن عليّ بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن معاوية بن عمّار، عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَلَمُونَ: «في رجل توفي وأوصى أن يحجّ عنه؟ قال: إن كان صرورة فمن جميع المال، إنه بمنزلة الدين الواجب، وإن كان قد حجّ فمن ثلثه، ومن مات ولم يحجّ حجّة

وجوب خروجه
الواجب من أصل
المال وأوصى
بواجب وغيره

الروايات الواردة
في المقام

(١) تهذيب الأحكام: ٢٢٨/٩، ح ٤٥، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ٦٦/١١، أبواب وجوب الحجّ، ب ٢٥، ح ١. والرواية صحيحة.

الإسلام ولم يترك إلّا قدر نفقة الحمولة وله ورثة فهم أحقّ بها 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 عَلَيْهِ الْكَلَمَ عَنِ الرَّجُلِ يَمُوتُ وَلَمْ
يَحِجِّ حَجَّةُ الْإِسْلَامِ وَيَتَرَكْ مَالًا؟ قَالَ: عَلَيْهِ أَنْ يُحِجِّ مِنْ مَالِهِ رَجَلًا صَرُورَةً
لَا مَالَ لَهُ»^(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 عَلَيْهِ الْكَلَمَ: «في رجل
فرّط في إخراج زكاته في حياته، فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما فرّط فيه
مما لزمه من الزكوة 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 الزكوة، قيل^(٣) له: فإن كان
أوصى بحجّة الإسلام؟ قال: جائز يحجّ عنه من جميع المال»^(٤).

وأمّا الواجب البدني - كالصلاحة والصوم -، فظاهر المتن خروجه أيضاً

(١) الكافي: ٤/٣٠٥، ح١، باب الرجل يموت صرورة أو يوصي بالحج؛ وسائل الشيعة: ١١/٦٧، أبواب وجوب الحج وشرائطه، ب٤٢، ح٢٥. والرواية صحيحة.

(٢) تهذيب الأحكام: ٥/١٥، ح٤٢، باب وجوب الحج؛ وسائل الشيعة: ١١/٧١، أبواب وجوب الحج ب٢٨، ح١. والرواية صحيحة.

(٣) من هنا إلى آخره ليس في الكافي.

(٤) الكافي: ٣/٥٤٧، ح١، باب قضاء الزكوة عن الميت؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٧٠، ح٣٩.
باب الإقرار في المرض؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٥٧، أبواب أحكام الوصايا، ب٤٠، ح١.
والرواية مؤثّقة بعثّاد بن صهيب الثقة العامي. راجع معجم رجال الحديث: ٩/٢١٤.

من الأصل ولو لم يوص به، ويشكل من جهة أنّ الدليل على خروج الدين من أصل التركة وشموله مثل الصلاة وإن أطلق الدين عليها في لسان الأخبار مشكل، وإن وجب على من اشتغل ذمّته بالواجب الوصيّة بقضاءه في صورة التقصير، بل مع عدم التقصير كمن فات صلاته للغفلة أو النوم ولم يتمكّن من قصائه، لكن يتمكّن من القضاء بتوسّط النائب بعد موته.

الوصيّة غير الواجبة
يخرج من الثالث

وأمّا غير الواجب، فيخرج من الثالث، ولا محذور في زيادة المجموع على الثالث، لأنّ الواجب يخرج من الأصل أو وصى به أو لم يوص به، وغير الواجب لا يزيد على الثالث، ولو حصر الجميع في الثالث بدأ بالواجب ثمّ بغير الواجب الأوّل فال الأوّل، والواجب يبدأ به وإن كان متّأخرًا في الإيصاء به.

ولعلّ وجه أهميّة الواجب من جهة أنّ المجموع من جهة الوصيّة ولزوم تنفيذها يجب قصاؤها والواجب يكون مقدّماً في مقام التزاحم لمرتبة فيه من جهة وجوبه في نفسه مع قطع النظر عن الوصيّة.

وقد يستدلّ عليه بصحيحة معاوية بن عمّار قال: «امرأة من أهلي ماتت وأوصت إلى بثلث مالها وأمرت أن يعتق ويتصدق ويحجّ عنها فظررت فيه فلم يبلغ؟ فقال: ابدأ بالحجّ، فإنّه فريضة من فرائض الله - سبحانه -، ويُجعل ما بقي طائفه في العتق وطائفه في الصدقة»^(١)، فإنّه

(١) الكافي: ١٩/٧، ح ١٤، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٢٢١/٩، ح ٥٤٩١، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٤/٢١١، ح ١٩، باب وصيّة الإنسان لعبده وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ٤/١٣٥، ح ٢، باب من أوصى بحجّ وعتق وصدقة ولم يبلغ الثالث ذلك؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٦، أبواب أحكام ←

يستفاد من التعليل المذكور تقدّم الواجب^(١).

ولا يخفى أنّ مورد الوصيّة 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 الوصيّة بالأول نافذة، وكذا بالثاني، وهكذا حتّى يبلغ الثالث، وبعد البلوغ إلى الثالث لا محلّ للوصيّة حتّى يجب تنفيذها ويكون مقدّماً.

نعم، لو كان من قبيل الديون يجب قضاوته أو وصى به أو لم يوصى، ولو أوصى بأشياء تطوّعاً بدأ بالأول فالأخير حتى يبلغ الثالث إن كانت مرتبة، وبعد البلوغ إلى الثالث تبقى مراعاة، فإن أمضى الورثة وإنّما بطلت، ووجه التقديم ما ذكر.

ويدلّ عليه خبر حُمَرَان عن أبي جعفر ع: «في رجل أوصى عند موته وقال: اعتقو فلاناً وفلاناً حتّى ذكر خمسة فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة الماليك الخمسة الذين أمر بعتقهم؟ قال: ينظر الذين سماهم، وببدأ بعتقهم فيقومون وينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكر، ثمّ الثاني، ثمّ الثالث، ثمّ الرابع، ثمّ الخامس، وإن عجز الثالث كان ذلك في الذي سمي أخيراً، لأنّه اعتق بعد مبلغ الثالث ما لا يملك»^(٢).

→ الوصايا، بـ ٦٥، حـ ١.

(١) رياض المسائل: ٣٦٠ / ١٠؛ جواهر الكلام: ٢٨ / ٣٠١.

(٢) الكافي: ٤ / ٢١٢، حـ ١٩، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٢١٢، ←

بل لو لا النصّ كان الوجه المذكور كافياً، ويمكن أن يقال: مقتضى القاعدة الفرق بين كون المفعول بهم مع التعُدُّد واحداً كأن يقول: فلاناً وفلاناً اعتق وبين كون المفعول بهم كثيراً، ففي الصورة الأولى تعلقت الوصيّة بالمجموع في مرتبة واحدة، وإن كان الأفراد بينها ترتيب لفظي بخلاف الصورة الثانية.

ونظير هذا ما يقال في النحو الحروف المشبّهة بالفعل: «إنْ، وأنْ»، إلى آخره، فالخبر ليس كُلّ واحد من الحروف المذكورة، بل الخبر المجموع، ولعل الرواية المذكورة ناظرة إلى الصورة الثانية لا الأولى.

وحكى عن الشيخ^(١) والإسکافي^(٢) تقديم العتق وإن تأخر، للموئّق عن أبي عبد الله عائلاً: (سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصيّة وكان أكثر من الثالث؟ قال: يمضي عتق الغلام، ويكون النقصان فيها بقي)^(٣).

القول بتقديم العتق
وان تأخر

→ ح ٥٤٩٣، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ١٩٧/٩، ح ٢٠، باب الوصيّة بالثالث وأقل منه وأكثر؛ وسائل الشيعة: ٣٩٨/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب٦، ح ٣٣٢، وفيه أبو جحيله الضعيف عند النجاشي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٨.

(١) المسوط: ٤/٤٨، وفيه دعوى الإجماع.

(٢) مختلف الشيعة: ٦/٤٢٩.

(٣) الكافي: ٧/١٧، ح ٤، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٤٢١٢، ح ٥٤٩٤، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٩٤، ح ٤، باب الوصيّة بالثالث وأقل منه وأكثر؛ الاستبصار: ٤/٤٢٠، ح ٤، باب أنه لا تجوز الوصيّة بأكثر من الثالث؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٩، أبواب أحكام الوصايا، ب٦، ح ١. والرواية موئّقة على ما في التهذيبين باب فضائل الثقة الفطحي، ولكن صحيحة على ما في ←

وأجيب بظهوره في التنجيز المتقدم على الوصيّة بلا خلاف ولا إشكال
لا الوصيّة التي هي محل البحث^(١).

وحكى عن ابن حمزة^(٢) جعل الوصيّة المتأخرة المتباعدة زمناً عن
الأولى ناسخة لها، للضعف: «إِنَّ أَبِي أَوْصَى بِثَلَاثٍ وَصَارَا فَبِأَيِّهِنَّ آخَذْ؟
فَقَالَ: خُذْ بِآخِرِهِنَّ، قَلْتَ: فَإِنَّهَا أَقْلَ؟ قَالَ: وَإِنْ قَلْتَ»^(٣).

وأجيب بضعف الرواية، ولا بأس بحمله على صورة الوصايا
المتضادة^(٤).

ويمكن أن يقال: أمّا ما ذكر في جواب الشيخ من تقديم المنجز
على الوصيّة بلا خلاف ولا إشكال لم يظهر وجهه، فإن قلنا بخروج
التصرّفات المنجزة في مرض الموت من مثل الهبة والصلاح الحبائي والعتق
من الثالث، فما الفرق بينها وبين الوصيّة؟ إلا أن يكون في المقام نصّ
أو إجماع والنصّ في خصوص العتق، ولم نعثر عليه في غير العتق
من المنجزات.

وأمّا ما ذكر في الجواب عن ابن حمزة، فالإشكال من جهة ضعف

→ غيره. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(١) جواهر الكلام: ٢٨/٣٠٣.

(٢) حكى عنه ذلك صاحب الجواهير^{رحمه الله}. جواهر الكلام: ٢٨/٣٠٣.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/١٩٠، ح ١٨، باب الرجوع في الوصيّة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٥٥،
أبواب أحكام الوصايا، ب ١٨، ح ٧، وفيه علّي بن أبي حمزة البطائني، وهو واقفي. راجع
رجال النجاشي، الرقم: ٦٥٦.

(٤) جواهر الكلام: ٢٨/٣٠٣.

الرواية في محله، لكن يبقى السؤال عن الفرق بين الوصايا المتضادّة ومقامها، فإنّ التضاد تارةً بالصراحة كما لو قال: أعطوا زيداً ثلث مالي، ثمّ قال: أعطوا ثلث مالي عمرًا، وتارةً بنحو آخر كأن يقول: أعطوا زيداً كذا درهماً، وعمرًا كذا إلى أن تجاوز الثلث، فإنّ الوصيّة للأخير إذا تجاوز عن الثلث تضادّ الوصيّة لزيد، فالأولى المراجعة إلى القرائن فقد يستكشف عدم عدول الموصي عن الوصيّة الأولى، وتوهّم كفاية ثلث ماله من أوصى له، وأخرى يستكشف عدوله كمن توجّه بمقدار ثلث ماله وأنّه لا يجوز الوصيّة بأزيد من الثلث ومع ذلك قال: أعطوا فلاناً كذا وفلاناً كذا وهكذا وتجاوز 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 بالأول فالأول فيها تعدد الوصايا مع عدم التضاد بينها، وإن امتنع العمل بها جيّعاً لقصور الثلث أو المال بخلاف المسألة الأخرى التي يقال فيها بأنّ تعدد الوصايا يكون رجوعاً، فإنّ موضوعها تضادّ الوصايا بحيث لا يمكن جمعها في الخارج في حدود ذواتها لا للقصور.

كلام المحقق الكركي في المقام

ثمّ بعد كلام يستقرب ما وقع للمحقق الكركي فتح^(١) في المقام من أنّ الأصل في الوصيّة أن تكون نافذة، فيجب حملها على ما يقتضي النفوذ بحسب الإمكان، وإنّما تكون الثانية نافذة إذا كان متعلّقها الثلث الذي

يجوز للمرتضى **الوصيّة** به، فيجب حملها عليه، كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه **حملًا للبيع** على معناه الحقيقي.

وحيثئذ فيتتحقق التضاد في مثل ما لو قال: أوصيت بثلث لزيد وبثلث لعمرو، فيكون الثاني ناسخاً للأول، فيقدم، وأولى منه ما لو قال: ثم مالي، ثم فرع عليه أنه لو أوصى لزيد بثلث ولعمرو بربع وخلال بسدس وانتفت القرائن أن تكون **الوصيّة الأخيرة** رافعة للأولى مع اعترافه بأنه مخالف لما صرّح به الأصحاب^(١).

ويورد على كلام المحقق بأن الإطلاق في **الوصيّة** وغيرها من العقود ما يرد على المحقق إنما يقتضي إرادة ما تعلق به العقد، لكن إذا صادف ذلك ما يمكن نفوذه فيه نفذ لوجود المقتضي وارتفاع المانع، وإن لم يصادف ذلك كان عقداً موصوفاً بالصحة القابلة للنفاذ، وعدمه بسبب رفع المانع أو تحقق الشرط الشرعي وعدمهما، ففي البيع إذا علّقه على النصف من غير تعرض 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 شرعاً 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 **الوصي** ثلثاً نفذت **الوصيّة** به، فإذا أوصى بعد ذلك بثلث أيضاً لم يصادف ذلك **حملًا** ينفذ فيه، لسبق السبب الأول، وإنما صادف محلّاً ينفذ فيه مع الإجازة،

(١) جواهر الكلام: ٢٨ / ٣٠٤ - ٣٠٥.

فيتعلق حينئذ كذلك على حسب ما صادف، ولا يسمى مثله باطلًا، بل هو صحيح خصوصاً بعد بناء الأصحاب في المقام من كون الإجازة تنفيذاً لا ابتداء عطية فتصرّف الموصي يقع في ماله، فلا دلالة في الوصيّة الثانية على الرجوع عن الأولى، لعدم التضاد بخلاف ما لو علقها بما علق الأولى، فإنه يحصل التضاد، فليس إلّا النسخ، ويكون الثاني كالوارد على الأولى 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 المستحق دون نصف الشريك لا من جهة قصده، بل بحكم الشرع، لا نسلمه بل بمحاجة أنّ البائع يريد وقوع البيع بنحو يتربّب عليه الأثر بلا توقع أمر آخر من إجازة الشريك يقع البيع بحسب القصد على نصفه المملوك له من جهة الانصراف، فإنّ إطلاق كلّ من الفعل والمعنى قد يقيّد بالآخر.

ولذا يقال: إذا قال: لا تضرب أحداً إنّ إطلاق أحد يقيّد بظهور الضرب في المؤلم فيتعلق بمن يتأنّم دون غيره، فيصحّ ما في كلام المحقق من أنّ الأصل في الوصيّة أن تكون نافذة، فنفوذ الثانية يكون إذا كان متعلّقاً بالثالث الذي يصحّ للموصي أن يوصي به، فيتتحقق التضاد خصوصاً إذا كان الموصي قاطعاً بعدم إجازة الورثة للتالي فيه، فيدور الأمر بين كون الوصيّة لغوياً محسضاً، أو يكون ناسخة للأولى.

(١) جواهر الكلام: ٢٨ / ٣٠٧.

ولقائل أن يقول: إن كان قابلية المحل ملحوظة فيقع العقد أو الوصية على المحل القابل، وبعد الوصية الأولى بالنسبة إلى الثالث المطلق ما المانع في تعلق الوصية الثانية بالثالث المطلق وهو قابل لنفاذ الوصية الثانية فيه بنسخ الوصية الأولى كما تقولون في صورة التضاد؟ وكيف يقال بأن التقييد ليس بحسب القصد، بل بحكم الشرع، والحال أن حكم الشرع المقدّس إمضاء لما قصد؟

وأمّا صورة الجمع وعدم الترتيب، فالمعروف فيها الأخذ بالوصية حكم صورة الجمع وعدم الترتيب بالنسبة إلى المجموع والتوزيع من جهة النقص.

ويمكن استفادته مما رواه الصدوق بإسناده عن محمد بن أبي عمير، عن معاوية بن عمّار قال: «أوصت إلى امرأة من أهل بيتي بثلث ما لها وأمرت أن يعتق عنها ويحج ويتصدق فلم يبلغ ذلك، فسألت أمّا 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 إلى بثلث ما لها وأمرت أن يعتق عنها ويحج ويتصدق فنظرت فيه فلم يبلغ؟ فقال: ابدأ بالحجّ، فإنّه فريضة من فرائض الله عزّ وجلّ واجعل ما بقي طائفه في العتق وطائفه في الصدقة، فأخبرت أمّا 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 عمر 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 الوصية بالعتق والصدقة والحجّ، تهذيب الأحكام: ٩/٢٢١، ←

وعن معاوية بن عمّار، عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ قال: «في امرأة أوصت بمال في عتق وحجّ وصدقة فلم يبلغ، قال: ابدأ بالحجّ، فإنّه مفروض، فإنّ بقي شيء فاجعل في الصدقة طائفة وفي العتق طائفة»^(١).

والمستفاد مما ذكر تقديم الحجّ معللاً بأنّه فريضة، فيحتمل أن يكون الحجّ المذكور في الوصيّة حجّة الإسلام بالخصوص، لكن يبعده أنّ السائل لم يذكر الخصوصيّة، فكيف يحمل الجواب على الخاصّ؟

ويحتمل أن يكون الحجّ أعمّ من حجّة الإسلام والمندوب، ووجه التقديم أنّ الحجّ في الأصل فريضة من فرائض الله تعالى، ولعلّ هذا أقرب، وعلى هذا فالقول بالتوزيع حتّى في صورة كون الحجّ المندوب جزءاً مصرف الثالث مشكل.

لو أوصى بعتق ماليكه دخل في ذلك المنفرز والمشترك على ما في المتن، فإن كان في المقام نصّ فلا إشكال وإنّما فيشكل من جهة أنّ المملوك المشترك لا ينسب إلى أحد الشركين بالخصوص، بل ينسب إليهما، ولا أقلّ من الشكّ في شمول الوصيّة للملوك المشترك خصوصاً مع نقصان سهم الموصي عن سهم الآخر.

→ ح ١٩، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ٤/١٣٥، ح ٢، باب من أوصى بحجّ وعتق وصدقة ولم يبلغ الثالث ذلك؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٦، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٥، ح ١. والرواية صحيحة.

(١) الكافي: ٧/١٨، ح ٨، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٤، ح ٥٥٠٠، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١٩، ح ٨، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ٤/١٣٥، ح ١، باب من أوصى بحجّ وعتق وصدقة ولم يبلغ الثالث ذلك؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٧، أبواب الوصايا، ب ٦٥، ح ٢. والرواية صحيحة.

ولعل في المقام رواية وهي: «عن الرجل تحضره الوفاة وله ماليك خاصة نفسه وماليك في شركة رجل آخر فيوصي في وصيّة: ماليكي أحرار، ما حال^(١) ماليكيه الذين في الشركة؟ فقال: يقوّمون عليه إن كان ماله يحتمل ثم هم أحرار»^(٢).

ويمكن أن يقال: حمل الرواية على التعبّد والحكم بشمول كلامه للذين هم في الشركة ولو لم يكن لکلامه ظهور في الشمول بعيد جدًا، وإن كان النظر إلى الاستظهار من کلامه فمع عدم الاستظهار في العرف كيف يحكم بالحرّية؟ ويمكن أن يكون نظر السائل إلى الفراغ عن الشمول ولو بالقرينة وكيفية حرّيتهم مع الشركة، وقد ضعف الرواية من جهة السنّد.

(الثاني: في المبهمة).

(من أوصى بجزء من ماله، كان العشر، وفي رواية السبع، وفي أخرى سبع الثالث، ولو أوصى بسهم كان ثمناً، ولو كان بشيء كان سدسأً، ولو أوصى بوجوه ف nisi الوصي وجهاً صرف في البرّ، وقيل: يرجع ميراثاً، ولو أوصى بسيف وهو في جهن وعليه حلية دخل الجميع في الوصيّة على رواية يجبر ضعفها الشهادة، ولو أوصى بصناديق 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 بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٤، ح ٥٤٩٧، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٢٢٢/٩، ح ٢٢، باب وصيّة الإنسان لعبدة وعنته له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ٤٠٧/١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٧٤، ح ٢، وفيه أحمد بن زياد، وهو مهمّل إلّا أنّ البرنطي يروي عنه.

يجوز إخراج الولد من الإرث ولو أوصى الأب، وفيه رواية مطروحة).

حكم من أوصى بجزء
من ماله
روايات الباب

أما الوصيّة 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 سيّابة^(٢) - وهو مجھول - قال: «إنّ
امرأة أوصت إلى وقالت: ثلثي تقضي به ديني، وجزء منه لفلانة، فسألت
عن ذلك ابن أبي ليل؟ فقال: لا أرى لها شيئاً، ما أدرى ما الجزء؟»

فسألت عنه أبا عبد الله عائلاً بعد ذلك وخبرته كيف قالت المرأة وما
قال ابن أبي ليل، قال: كذب ابن أبي ليل لها عشر الثلث، إنّ الله تعالى أمر
إبراهيم عائلاً فقال: «أَجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِّنْهُنَّ جُوْزًا» وكانت الجبال يومئذ
عشرة، والجزء هو العشر من الشيء^(٣).

ومنها: ما رواه المسمايخ الثلاثة في الموثق أو الحسن^(٤) الذي لا يقصّر
عن الصحيح، عن معاوية بن عمّار قال: «سألت أبا عبد الله عائلاً عن رجل
أوصى بجزء من ماله؟ قال: جزء من عشرة، قال الله تعالى: «فُمَّا أَجْعَلْ عَلَى
كُلِّ جَبَلٍ مِّنْهُنَّ جُوْزًا» وكانت الجبال عشرة»^(٥).

(١) الترديد 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
الوصيّة المهمّة؛ الاستبصار: ٤ / ١٣١، ح ١، باب من أوصى بجزء من ماله؛ وسائل الشيعة:
٣٨١-٣٨٠ / ١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٤، ح ٢.

(٤) الترديد 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: ٤ / ٢٠٥ ←

ومنها: ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح أو الحسن^(١)، عن أبيان بن تغلب قال: «قال أبو جعفر ع: الجزء واحد من عشرة، لأنّ الجبال كانت عشرة»^(٢).

ما يظهر منه تفسير
الجزء بالسبعين
فمنه ما رواه في الصحيح عن البزنطي قال: «سألت أبا حسن ع عن
رجل أوصى بجزء من ماله؟ فقال: واحد من سبعة إن الله تعالى يقول:
﴿لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَأْبِي مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ﴾.
قلت: رجل أوصى بسهم من ماله فقال: السهم واحد من ثانية، ثم
قرأ: **﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ﴾**، إلى آخر الآية^(٣).
وعن إسماعيل بن همام الكندي عن الرضا ع: «في الرجل أوصى
بجزء من ماله ولم يعيّنه فاختلف الوارث بعده في ذلك، فقضى عليهم
بإخراج السبع من ماله وتلا قوله تعالى: **﴿لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَأْبِي مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ﴾**»^(٤)، إلى غير ما ذكر.

→ ح ٤٧٦، باب الوصية بالشيء من المال والسهم والجزء والكثير؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٨، ح ٢، باب الوصية المبهمة؛ الاستبصار: ٤/١٣٢، ح ٢، باب من أوصى بجزء من ماله؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٨١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٤، ح ٣.

(١) الترديد لأجل إبراهيم بن هاشم. راجع معجم رجال الحديث: ١/٣١٦.

(٢) الكافي: ٧/٤٠، ح ٣، باب من أوصى بجزء من ماله؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٩، ح ٣، باب الوصية المبهمة؛ الاستبصار: ٤/١٣٢، ح ٣، باب من أوصى بجزء من ماله؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٨٠، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٤، ح ١.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٩، ح ٥، باب الوصية المبهمة؛ الاستبصار: ٤/١٣٢، ح ٥، باب من أوصى بجزء من ماله؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٨٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٤، ح ١٢.

(٤) تهذيب الأحكام: ٩/٢٠٩، ح ٦، باب الوصية المبهمة؛ الاستبصار: ٤/١٣٢، ح ٦، باب ←

ثم إنّه يقع الإشكال في أنّ مثل الجزء والسهم لا إجمال في مفهومهما، فمقتضى القاعدة الاكتفاء بما يصدق عليه الكلّي، غاية الأمر أنه لا يكتفى بكلّ ما يصدق عليه الكلّي، للانصراف إلى ما يكون قابلاً للتوّجّه، فلعلّ التعين في كلام المعصوم عليه السلام من جهة أنّ المرتبة المنصرفة إليها لها عرض عريض يقع الخلاف من جهةه بين الورثة والموصى له.

وربّما يؤيّد هذا ما رواه الصدوق في معاني الأخبار^(١) في الصحيح عن صفوان والمفيدي 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 الْصَّدَقَةُ لِلْفَقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ﴾، الآية»^(٢).

لكن يبعّد هذا أنّ لسان الأخبار لسان الفتوى لا الحكومة، مع أنّ الحكومة في الشبهات الحكميّة ترجع إلى الفتوى، غاية الأمر يكون المحكوم عليه ملزماً بقبوّلها ولو كان نظر الحاكم مخالفًا 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، ب٤، ٥٤ ح ١٢ . والرواية صحيحة. ثم اعلم أنّ ما ذكره السيد المؤلّف رحمه الله مروي عن إرشاد المفيد رحمه 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﴾». والسيد المؤلّف رحمه الله ذكر إسناد خبر ثم ذكر متن خبر آخر. راجع جواهر الكلام: ٢٨ / ٣١٩ .

(١) لم نعثر 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، ب٤، ٥٥ ح ٧ .

الأصولي من جهة تعارض الأخبار فاختار الورثة الأخذ بالأخبار الدالة على الخروج من الثالث، 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 بد للمحكوم عليه من قبول الحكم إذا حكم الحاكم بحسب الموازين المقررة وإن كان قاطعاً بخلافه إلا في بعض الموارد، كما لو حكم الحاكم بزوجية 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 لابن كما كشف أقل مسمى الركوع^(١).

ويمكن أن يقال: بعد انصراف الجزء إلى ما يكون قابلاً للتوجّه يخرج الوصية عن كونها سفهية، كما لو قال السيد لعبدة: أعط زيداً جزءاً من هذا المال أو سهماً فينصرف الجزء إلى ما يكون قابلاً للتوجّه، وكذلك السهم، ولا يقاس بمثل الركوع، فإنه جزء عبادي لا بدّ أن يعيّن من قبل الشارع، ولو كان الانصراف في الجزء والسهم بحسب القرائن إلى ما زاد عمّا عيّن في الأخبار يشكل الرد 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 النص في الأجزاء،

ويشهد لهذا أن ظاهر الأخبار أن الحكم من جهة قول الله - تبارك وتعالى - والمقروض ذكر الجزء في الآيتين، وإن أبيت فلا يبعد التخيير - أعني التخيير الأصولي لا الفقهي - ويقع التعارض.

ولو أوصى بسهم كان ثمناً عند الأكثـر^(١).

حكم من أوصى

بسهم

ويدلّ عليه صحيح البزنطي: «سأل أبو الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بسهم من ماله؟ فقال: السهم واحد من ثمانية، ثم قرأ: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ﴾»^(٢).

وكذا حسن صفوان^(٣)، وموثق السكوني^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام.

وعن إرشاد المفید نسبة ذلك إلى قضاء أمير المؤمنين - صلوات الله

عليه-^(٥).

(١) المقنية: ٦٧٤؛ النهاية: ٦١٣؛ المراسم: ٢٠٤؛ جواهر الفقه: ١٥٠؛ متشابه القرآن و مختلفه: ٣٥٠-٣٥١ / ٦؛ مختلف الشيعة: ١٨٧ / ٣؛ السرائر: ٢١٥ / ٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ٩ / ٩، ح ٥، باب الوصيّة 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 ٤١، باب من أوصى بسهم من ماله؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ٢١٠، ح ١٠، باب الوصيّة 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 الوصيّة بالشيء من المال والسهم والجزء والكثير؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ٢١٠، ح ٩، باب الوصيّة المبهمة؛ الاستبصار: ٤ / ١٣٣، ح ١، باب من أوصى بسهم من ماله؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٣٨٦، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٥، ح ٣.

(٥) تقدم تخریجه آنفاً.

وفي قبال ما ذكر خبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ عن أبيه: «من الروايات المعارضة أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة»^(١).

وما أرسله الصدوق من: «أن السهم واحد من ستة»^(٢)، والظاهر أن الصدوقيين^(٣) والشيخ^(٤) وابن زهرة^(٥) عملوا بالمرسل المذكور. وأمّا خبر طلحة، فقد عدّ من الشوادّ.

وأمّا المرسل، فمع عمل مثل الصدوقيين والشيخ - قدس الله أسرارهم - يشكل ترك العمل به، فلا بدّ من الترجيح أو التخيير.

حكم من أوصى ولو أوصى بشيء كان سدساً، لخبر أباز عن علي بن الحسين عَلَيْهِ الْكَفَافُ: «أنه سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله؟ فقال: الشيء في كتاب علي من ستة»^(٦).

والكلام السابق يجيء في المقام، فإنه إذا كان شيء بحسب العرف أو

(١) تهذيب الأحكام: ٩/٢١١، ح ١١، باب الوصية المبهمة؛ الاستبصار: ٤/١٣٤، ح ٣، باب من أوصى بسهم من ماله؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٨٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٥، ح ٤. والرواية موثقة بطلحة بن زيد. راجع معجم رجال الحديث: ٩/١٦٣.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٤/٥٤٧٥، ح ٢٠٤، ٢٠٤، باب الوصية بشيء من المال والسهم والجزء والكثير؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٨٧، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٥، ح ٥.

(٣) المقعن: ٤٧٨؛ مختلف الشيعة: ٦/٣٥٠.

(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: ٤/٢٠٤، ح ٥٤٧٣، باب الوصية بشيء من المال والسهم والجزء والكثير؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١١، ح ١٢-١٣، باب الوصية المبهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٨٨، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٦، ح ١. والرواية معتبرة.

القرائن منصرفاً إلى ما يزيد عما عين في الأخبار، يشكل الأخذ بمضمون
الأخبار لشبهة تبديل الوصيّة.

لو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجهاً منها، فالأكثر^(١) أنه يصرف في
وجوه البر، لخبر محمد بن ريان قال: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن
إنسان أوصى بوصيّة فلم يحفظ الوصيّ إلا باباً واحداً كيف يصنع بالباقي؟
فوق^{عليه السلام}: الأبواب الباقيّة اجعلها في البر»^(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
تصيره بمنزلة المال المجهول المستحقّ، فيصرف في وجوه البر، وإنّه لو
رجع إلى الوارث لزم تبديل الوصيّة بخلاف البر، لأنّه عمل بمقتضاه
غايته جهة المصرف، فيصرف فيها يصرف فيه المال المجهول المالك، وإنّ
الوصيّ ربما أراد بوصيّته القرية مخصوصة، فإذا فات الخصوص بالنسبيان
بقي العموم، فيكون أقرب إلى مراد الوصي^(٣).

ويمكن أن يقال: إن انجبر ضعف سند الرواية بعمل المشهور بأن كان
مستند فتواهم هذا الخبر فلا كلام، وإلا فيشكل.

(١) المقنية: ٦٧٤؛ المقنية: ٦٧٤؛ السرائر: ٢٠٨/٣؛ إصباح الشيعة: ٣٦١.

(٢) الكافي: ٧/٥٨، ح٧، باب التوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٨-٢١٩، ح٥١٣، باب
الرجل يوصي بوصيّة فينساها الوصي ولا يحفظ منها إلا باباً واحداً؛ تهذيب الأحكام:
٩/٢١٤، ح٢١، باب الوصيّة المبهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٣، أبواب أحكام الوصايا،
ب٦١، ح١، وفيه سهل بن زياد. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٤٩٠.

(٣) مسالك الأفهام: ٦/١٨٠-١٨١.

نعم لو كان الموصى له إنساناً مردداً بين أشخاص غير مخصوصين لوكان الموصى له
امكن القول بالتصدق، كما لو علم المكلف باشتغال ذمته لرجل مردداً بين
أفراد غير مخصوصين بناء على ما سبق من عدم لزوم قبول الموصى له في
الوصية التمليكية، فيكون مشمولاً لما دلّ على التصدق في المال المجهول
المالك ولو كان الأفراد مخصوصين، 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 يؤيد^(١) الخبر المذكور بأخبار واردة في بعض الوصايا، كما ورد
في جملة منها: «أنّ من أوصى للküبَة بمال أو غلام أو جارية أو أهدي لها
نحو ذلك، فإنّه يصرف المال وييّسّع الغلام والجارية ويصرف ثمنها في
المنقطعين من الحاج»^(٢) معللاً بأنّ küبَة لا تأكل ولا تشرب وما أهدي
لها فهو لزوّارها.

ومن ذلك ما روى المشايخ الثلاثة - نور الله تعالى ضرائحهم - عن علي^(٣)
بن فرقان^(٤) صاحب السابري، عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ في حديث طويل يتضمن:
«أنّه أوصى رجل بتركة إلى علي المذكور، فأمره أن يحجّ عنه وكان التركة لا

(١) الحدائق الناضرة: ٤٦٧/٢٢

(٢) الكافي: ٤/٢٤٢-٢٤٣، ح٤، باب ما يهدى إلى küبَة؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١٣، ح١٩.
باب الوصية المبهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٢، أبواب أحكام الوصايا، ب٦، ح١.
والرواية مرسلة.

(٣) هكذا في الكافي وفي غيره: علي بن مزيد صاحب السابري.

تبليغ ذلك، فسأل الفقهاء فأفتوه بالصدقة بها، فتصدق بها، ثم لقي أبا عبد الله عليه السلام فسألته وأخبره بما فعل، فقال: إن كان لا يبلغ أن يحج به من مكة، فليس عليك ضمان وإلا فأنت ضامن»^(١)، وقد قرر ربه عليه السلام على الصدقة مع عدم بلوغ الحجّ به من مكة ولم يحكم ببطلان الوصيّة والرجوع ميراثاً.

ومن ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة - قدّست أسرارهم - عن مثنى قال: «سألته عن رجل أوصى له بوصيّة 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 ولي، فإن لم تجده وعلم الله منك الجهد فتصدق بها»^(٢)، وما ذكر ضعف القول بالرجوع ميراثاً.

ولو أوصى بسيف وهو في جهنم، فإنه يدخل الجهنم والحلية في الوصيّة. 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: إنما لك

**لـأوصى بـسيف
وهو في جهنـم
روايات الـباب**

(١) الكافي: ٧/٢١، ح ١، باب أن الوصي إذا كانت الوصيّة في حقّ فغيرها فهو ضامن؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٥٤٨٢، ح ٢٠٧، باب ضمان الوصي لما غيره عما أوصى به الميت؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٢٨، ح ٤٦، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٢١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٧، ح ٢. علي بن فرقان - أو مزيد - مهمّل.

(٢) الكافي: ٧/١٣، ح ٣، باب من أوصى بوصيّة 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 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 الشيعة: ١٩/٣٣٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٣٠، ح ٢. والرواية صحيحة.

الحديدة وليس لك الخلية ليس [لك]^(١) غير الحديدية؟ فكتب إلى السيف له والخلية»^(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: إنما لك النصل وليس لك المال، قال: فقال: لا بل السيف بما فيه له.

قال: فقلت: رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال؟ فقال الورثة: إنما لك الصندوق وليس لك المال؟ قال: فقال أبو الحسن عليه السلام: الصندوق بما فيه له»^(٣).

ومن هذه الرواية يستفاد حكم الوصية بالصندوق، ويدل عليه أيضاً ما رواه في التهذيب عن علي بن عقبة، عن أبيه قال: «سألت أبي عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لرجل بصندوق وكان في الصندوق مال فقال الورثة: إنما لك الصندوق وليس لك ما فيه؟ فقال: الصندوق بما فيه له»^(٤).

(١) ما بين المقوفين أثبتناه من المصدر.

(٢) الكافي: ٧/٤٤، ح ٣، باب تهذيب الأحكام: ٩/٢١٢، ح ١٦، باب الوصية المهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٠، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٧، ح ٢. وأبو جميلة ضعيف عند النجاشي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٢.

(٣) الكافي: ٧/٤٤، ح ١، باب من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٧، ح ٥٥٠٩، باب الرجل يوصي لرجل بسيف أو صندوق أو سفينة؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢١١، ح ١٤، باب الوصية المهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٩٠، أبواب أحكام الوصايا، ب ٥٧، ح ٢. وأبو جليلة ضعيف عند النجاشي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٣٣٢.

(٤) الكافي: ٧/٤٤، ح ٤، باب تهذيب الأحكام: ٩/٢١٢، ح ١٧، باب الوصية المهمة؛ ←

وعن عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل قال: هذه السفينة لفلان ولم يسمّ ما فيها، وفيها طعام أيعطاها الرجل وما فيها؟ قال: هي للذى أوصى له بها إلّا أن يكون صاحبها متّهمًا وليس للورثة شيء»، ورواه الصدوق إلّا أنه قال: «إلّا أن يكون صاحبها استثنى ما فيها»^(١).

ومن هذه الرواية ظهر حكم الوصيّة بالصندوق.

حكم الوصيّة بالصندوق
ثمّ يقع الشبهة من جهة أنه قد يحمل هذه الروايات على التعبّد بمعنى أنه لو أوصى بهذه الأشياء يدخل في الوصيّة ما ذكر بالتّبع، ولو لم يرد الموصي الوصيّة بها، وهذا الحمل بعيد، فإنّ لازمه أنه يدخل في الوصيّة، ولو صرّح بإرادة خصوص السيف والصندوق والسفينة، ولا أظنّ أن يلتزم به.

ويشهد له ما في رواية الصدوق من قوله: «إلّا 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، ب٥٨، ح١. وفي عقبة بن خالد كلام.

راجع معجم رجال الحديث: ١١ / ١٥٢.

(١) الكافي: ٧ / ٤٤، ح٢، باب؛ من لا يحضره الفقيه: ٤ / ٢١٧، ح٥١٠، باب الرجل يوصي لرجل بسيف أو صندوق أو سفينة؛ تهذيب الأحكام: ٩ / ٢١٢، ح١٥، باب الوصيّة المبهمة؛ وسائل الشيعة: ١٩ / ٣٩١، أبواب أحكام الوصايا، ب٥٩، ح١. في عقبة بن خالد كلام. راجع معجم رجال الحديث: ١١ / ١٥٢.

ولو أوصى العبد بإخراج الولد من الإرث لم يصح وفاقاً للمشهور^(١)، لأنّ الوصيّة مخالفة للكتاب والسنة، ولأنّه من الحيف في الوصيّة الذي ورد فيه: «أَنَّهُ مِنَ الْكَبَائِرِ»^(٢)، ولقوله عليه السلام: «مَا أَبَلَّ أَضَرَّتْ بِوَرَثَتِي أَوْ سَرَقْتُهُمْ ذَلِكَ الْمَالُ»^(٣).

وأمّا الرواية المشار إليها، فهي رواية عليّ بن السري قال: «قلت لأبي الحسن موسى عليهما السلام: إِنَّ عَلَيَّ بْنَ السَّرِيِّ تَوْفِيقٌ فَأَوْصَى إِلَيَّ فَقَالَ: رَحْمَةُ اللَّهِ، قَلَتْ: وَإِنَّ ابْنَهُ جَعْفَراً وَقَعَ عَلَى أُمٍّ وَلَدَهُ فَأَمْرَنِي بِأَنْ أَخْرُجَهُ عَنِ الْمِيرَاثِ، قَالَ: فَقَالَ: أَخْرُجْهُ وَإِنْ كُنْتَ صَادِقاً فَسَيَصِيبُهُ خَبَلٌ، قَالَ: فَرَجَعْتُ فَقَدْمِنِي إِلَى أَبِي يُوسُفَ الْقَاضِيِّ فَقَالَ لِهِ: أَصْلَحْكَ اللَّهُ أَنَا جَعْفَرُ بْنُ عَلَيَّ بْنِ السَّرِيِّ وَهَذَا وَصِيَّ أَبِي، فَمَرَهُ فَلَيْدَفَعُ إِلَيَّ مِيرَاثِي مِنْ أَبِي، فَقَالَ لِي أَبُو يُوسُفَ الْقَاضِيِّ: مَا تَقُولُ؟ قَلَتْ: هَذَا جَعْفَرُ بْنُ عَلَيَّ السَّرِيِّ وَأَنَا وَصِيَّ عَلَيَّ بْنِ السَّرِيِّ قَالَ: فَادْفَعْ إِلَيْهِ مَالَهُ، فَقَلَتْ: أَرِيدُ أَنْ أَكَلِّمَكَ فَأَذْنِ لِي، فَدَنَوْتُ حِيثُ لَا يَسْمَعُ أَحَدٌ كَلَامِي فَقَلَتْ: هَذَا وَقَعَ عَلَى أُمٍّ وَلَدَ لِأَبِيهِ، فَأَمْرَنِي أَبُوهُ وَأَوْصَى إِلَيَّ أَنْ أَخْرُجَهُ مِنِ الْمِيرَاثِ، وَلَا أُورِثُهُ شَيْئاً، فَأَتَيْتُ مُوسَى بْنَ جَعْفَرَ عليهما السلام بالمدينة فَأَخْبَرْتَهُ

(١) من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٢٠؛ النهاية: ٦١١؛ المهدى: ٢/١٠٧؛ السرائر: ٣/٢٠٠؛ شرائع الإسلام: ٢/١٩٤؛ مختلف الشيعة: ٦/٣٧٥، وفيه نسبته إلى المشهور.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٤/١٨٤، ح ٥٤٢٠، باب في أن الحيف في الوصيّة من الكبائر؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٦٨، أبواب أحكام الوصايا، ب٨، ح ٣. والرواية موثقة بمسعدة. راجع معجم رجال الحديث: ١٣٧/١٨.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ٤/١٨٣، ح ٥٤١٨، باب ما جاء في الإضرار بالورثة؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٧٤، ح ١٠، باب الوصيّة ووجوبها؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٦٤، أبواب أحكام الوصايا، ب٥، ح ١. والرواية موثقة بالسكوني. راجع معجم رجال الحديث: ٣/١٠٥.

وسائله، فأمرني أن أخرجه عن الميراث، ولا أورّشه شيئاً، فقال: الله إنّ أبا الحسن أمرك؟ قال: فقلت: نعم فاستحلبني ثلاثة ثم قال لي: أنفذ ما أمرك أبو الحسن عليه به فالقول قوله»^(١).

ويقع الإشكال من جهة قذف الولد، وليس في الرواية وهي الإمام عائلا 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 الوصيّة.

في أحكام الوصيّة

(وفي مسائل:)

إذا أوصى بوصيّة ثم عقبها بمضادّة لها عمل بالأخرية، ولو لم يضادّها عمل بالجميع).

إذا أوصى بوصيّة ثم عقبها بمضادّة

لا إشكال في نسخ الوصيّة الثانية الأولى مع الالتفات، كما لو أوصى لزيد بعين ثم أوصى بها لعمرو.

وأمّا مع عدم الالتفات إلى الوصيّة السابقة، فظاهر كلامهم وإن كان النسخ للسابقة، لكنّه لا يخلو عن الإشكال، كما يلاحظ في سائر الموارد،

(١) الكافي: ٧/٦١، ح ١٥، باب النواود؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٣٥، ح ١٠، باب من الزيدات؛ الاستبصار: ٤/١٣٩، ح ٢، باب أنّ من كان له ولد أقر به ثم نفاه لم يلتفت إلى نفيه ولا إلى إنكاره؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٢٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٩٠، ح ٢. ووصيّ عليّ بن السري مهمّل.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٢٠.

(٣) تهذيب الأحكام: ٩/٢٣٥؛ الاستبصار: ٤/١٤٠.

مثلاً لو وعد في الساعة المعينة زيارة زيد وغفل عن الوعد ووعد زيارة عمرو في تلك الساعة مع التضاد بين الزوارتين فمثل هذا الشخص إذا التفت إلى وعده السابق ربما يرجع عن الوعد اللاحق وظاهر أنَّ هذا لم ينصرف عن الوعد السابق.

وهذا كما لو وعد إعطاء عين معينة زيداً ثم غفل وبنى على إعطائها عمراً، ثم التفت إلى وعده السابق فربما يعتذر من ترك الإعطاء لما سبق من وعده، فكيف يقال: انصرف عن الوعد السابق؟ وقد سبق الكلام في أنه كثيراً ما تكون الوصيَّة اللاحقة مضاداً، ولو لم تكن بالصراحة، وإن كان ظاهر كلامهم الأخذ بالأول فالأول حتى تبلغ إلى ما لا يجوز الوصيَّة.

وقد ظهر الحال مما ذكر في قوله:

(فإن قصر الثالث ببدأ بالأول فالأول حتى يستوفى الثالث).

الثانية: ثبتت الوصيَّة بالمال بشهادة رجلين، وبشهاده أربع نساء، وبشهاده الواحدة في الربع، وفي ثبوتها بشاهد ويمين تردد، أمَّا الولاية، فلا يثبت^(١) إلا بشهادة رجلين).

أمَّا ثبوت الوصيَّة بالمال بشهادة رجلين عدلين، فالظاهر عدم الخلاف فيه^(٢)، واستدلَّ عليه بعموم ما دلَّ على حجَّيتها.

وروى الشيخ عن أحمد بن محمد عن محمد بن إسماعيل، عن محمد بن

(١) كذا، وفي نسخ المختصر المطبوعة: «ثبتت» بدل «يثبت».

(٢) المبسوط: ٢٤٨ / ٧؛ الوسيلة: ٢٢٢؛ السرائر: ١١٥ / ٢؛ الجامع للشرايع: ٥٤٢؛ تحرير الأحكام: ٣٠٤ / ١؛ إيضاح الفوائد: ٦٣٥ / ٢، ظاهره دعوى الإجماع.

الفضيل، عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عائلاً قال: «سألته عن قول الله عزّ وجلّ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَدَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةُ أُثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ أَخْرَانِ مِنْ عَيْرِكُمْ﴾ قال: هما كافران، قلت: ذوا عدل منكم؟ قال: مسلمان».

ورواه الصدق بإسناده عن محمد بن الفضيل مثله^(١).

وأماماً ثبوت بشهادة أربع نساء، فلا خلاف فيه من غير فرق بين مقام الوصيّة وغيرها في ما يتعلّق بالمال^(٢).

واختصّ الوصيّة بثبوت الرابع بشهادة واحدة منهـنـ.

ويدلّ عليه الأخبار:

روایات المسألة منها: قول الصادق عائلاً - على المحكي - في خبر ربعي: «في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي ليس معها رجل؟ فقال: يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها»^(٣).

(١) الكافي: ٤/٤، ح ١، باب الإشهاد على الوصيّة؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٢، ح، باب الإشهاد على الوصيّة؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٧٩، ح ٣، باب الإشهاد على الوصيّة؛ وسائل الشيعة: ١٩/٣٠٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٢٠، ح ٢. وفي محمد بن الفضيل كلام. راجع معجم رجال الحديث: ١٧/٤٩.

(٢) أحكام النساء: ٥١؛ الخلاف: ٢/٦٠٩، وفيه دعوى الإجماع؛ المذهب: ٢/٥٥٩؛ الوسيلة: ٢٢٢؛ السائر: ٢/١٣٨، وفيه دعوى الإجماع؛ إصلاح الشيعة: ٥٢٨؛ الحامع للشريعة: ٥٤٣؛ جامع الخلاف والوفاق: ٦٠٣.

(٣) الكافي: ٤/٤، ح ٤، باب الإشهاد على الوصيّة؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/١٩٢، ح ٥٤٣٥؛ باب الإشهاد على الوصيّة؛ تهذيب الأحكام: ٦/٢٦٨، ح ١٢٣، باب البيّنات؛ الاستبصار: ٣/٢٨، ح ٢١، باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز؛ وسائل الشيعة: ٢٧/٣٥٥ ←

ومنها: قول أبي جعفر عَلَيْهِ الْكَفَافُ - على المحكي -: «قضى أمير المؤمنين عَلَيْهِ الْكَفَافُ في وصيّة لم يشهدها إِلَّا امرأة أن تجوز شهادتها في ربع الوصيّة إِذَا^(١) كانت مسلمة غير مريبة»^(٢).

وفي قبال ما ذكر خبر عبد الرحمن: «سألت أبا عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ عن امرأة يحضرها الموت وليس عندها إِلَّا امرأة تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهادة النساء في العُذرَة والمنفوس وقال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجل»^(٣).

ومضمر عبد الله^(٤): «سأله عن امرأة حضرها الموت وليس عندها إِلَّا امرأة تتجاوز شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها إِلَّا في المنفوس والعذرَة»^(٥).

ومكاتبة أحمد بن هلال إلى أبي الحسن عَلَيْهِ الْكَفَافُ: «امرأة شهدت على وصيّة

→ أبواب الشهادات، بـ ٢٤، ح ١٦ . والرواية صحيحة.

(١) ومن هنا إلى آخره ليس في المصادر.

(٢) تهذيب الأحكام: ٦/٢٦٧-٢٦٨، ح ١٢٢، باب البَيِّنَاتُ؛ الاستبصار: ٣/٢٨، ح ٢٠، باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز؛ وسائل الشيعة: ٢٧/٣٥٥، أبواب الشهادات، بـ ٢٤، ح ١٥ . والرواية صحيحة.

(٣) تهذيب الأحكام: ٦/٢٧٠، ح ١٣٣، باب البَيِّنَاتُ؛ الاستبصار: ٣/٣٠، ح ٣٢، باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز؛ وسائل الشيعة: ٢٧/٣٥٦، أبواب الشهادات، بـ ٢٤، ح ٢١ ، وفيه القاسم بن محمد 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 البَيِّنَاتُ؛ الاستبصار: ٣/٣١، ح ٣٧، باب ما يجوز شهادة النساء فيه وما لا يجوز؛ وسائل الشيعة: ٢٧/٣٥٧، أبواب الشهادات، بـ ٢٤، ح ٢٤ . والرواية صحيحة أو موثقة على كلام في أبان. راجع معجم رجال الحديث: ١/١٦٧ .

رجل لم يشهدها غيرها وفي الورثة من يصدقها ومنهم من يتهمها؟ فكتب:
لا إلّا أن يكون رجل وامرأتان، وليس بواجب أن تنفذ شهادتها^(١).

لكن الأصحاب لم يعملا بهذه الأخبار، فلا حاجة إلى بعض
التوجيهات.

ثبتت الوصيّة
بالمال بشاهد
ويمين
وأمّا ثبوت الوصيّة بالمال بشاهد ويمين، فقد نسب المنع فيه إلى قطع
الأصحاب^(٢)، ولعله من جهة عدم الدليل في المقام، وانحصر قبوليها
بحسب الأدلة في الحقوق المالية 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.

ولادة الوصي على
التصّرفات
وأمّا ولادة الوصيّ على التصرّفات، فلا تثبت إلّا بشهادة رجلي 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
متعلقة به كبيمه وإيجارته^(٣)، ولا يخفى أنّ مجرّد ما ذكر لا يكفي في شمول
الدليل.

(الثالثة: لواشهد عبدين له على أنّ حمل المملوكة منه، ثمّ ورثهما

(١) تهذيب الأحكام: ٦/٢٦٨، ح ١٢٤، باب البينات؛ 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) المهدى البارع: ٣/١٤٠.

(٣) مسالك الأفهام: ٦/٢٠٦؛ جواهر الكلام: ٢٨/٣٥٤.

غير الحمل فأعتقا فشهد الحمل بالبنوة صَحْ وحكم له، ويكره له تملّكهما.

الرابعة: لا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه، وتقبل للموصي في غير ذلك).

أمّا ما ذكر في الثالثة فيدلّ عليه الصحيح: «في رجل مات وترك جارية وملوكيـن فورـثـها أخـ لـه فأـعـتـقـ العـبـدـينـ وـولـدتـ الـجـارـيـةـ غـلامـاًـ،ـ فـشـهـداـ بـعـدـ العـتـقـ أـنـ مـوـلـاهـماـ كـانـ أـشـهـدـهـماـ أـنـهـ كـانـ يـقـعـ عـلـىـ الـجـارـيـةـ،ـ وـأـنـ الـحـمـلـ مـنـهـ؟ـ قالـ:ـ يـجـوزـ شـهـادـتـهـماـ،ـ وـيـرـدـانـ عـبـدـيـنـ كـماـ كـانـاـ»^(١).

والموثّق: «عن رجل كان في سفر ومعه جارية وله غلامان ملوكان فقال لهم: أنتما حرّان لوجه الله، وشهادا أنّ ما في بطن جاريتي هذه منّي، فولدت غلاماً فلما قدموا على الورثة أنكروا ذلك واسترقوا هم، ثم إنّ الغلامين أعتقا بعد ذلك، فشهادا بعد ما أعتقا أنّ مولاهما الأول أشهادهما على أنّ ما في بطن جاريته منه، قال: قال: تجوز شهادتها للغلام، ولا يسترقّها الغلام الذي شهد لها، لأنّهما أثبتنا نسبة»^(٢).

(١) تهذيب الأحكام: ٦/٢٥٠، ح٤٧، باب البيّنات؛ الاستبصار: ٣/١٧، ح١٠، باب شهادة الملوك؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٤، أبواب أحكام الوصايا، ب٧١، ح٢.

(٢) الكافي: ٧/٢٠، ح، باب من أوّصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١١، ح، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٤/٩، ح٢٢، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ الاستبصار: ٤/١٣٦، ح٢، باب من خلف جارية حبل وملوكيـنـ فـشـهـداـ عـلـىـ الـمـيـتـ أـنـ الـوـلـدـ مـنـهـ؛ـ وـسـائـلـ الشـيـعـةـ:ـ ١٩/٣ـ٤ـ،ـ أـبـوـابـ أـحـكـامـ الوـصـاياـ،ـ بـ٧ـ١ـ،ـ حـ١ـ.ـ وـالـتـعبـيرـ عـنـهـ بـالـمـوـثـقـ لـابـنـ فـضـالـ الـفـطـحـيـ الثـقـةـ.ـ رـاجـعـ رـجـالـ النـجـاشـيـ،ـ الرـقمـ:ـ ٧ـ٢ـ.

ثم إنّه لم يظهر كون الخصوصيّات المذكورة في الخبرين من كلام الإمام عَلَيْهِ السَّلَام حتّى يقال: لها مدخلية في الحكم المذكور، فإنّه 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 إلى السيد بالشهادة، ولعل ذكر الفقهاء الخصوصيّات للتبعيّة لضمون الخبرين وإن كان المذكور في كلمات بعضهم مدخلية بعض الخصوصيّات.

كرابة 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 انعتاقهما عليه قهراً أو وجوب إعتاق الغلام إياهما بحيث لو لم يعتقهما كانوا باقين على الرقية.

عدم قبول شهادة الوصي في ما هو وصي فيه وأمّا عدم قبول شهادة الوصي في ما هو وصي فيه، وهو المشهور بين الأصحاب، ومقتضى المكابحة الصحيحة الصرحية قبولاً، وهي المكابحة المرويّة 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 عَلَيْهِ: 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 مدعياً باعتبار ثبوت حق له فيما شهد به، فهو كشادة المرتهن على المال المرهون أنه ملك للراهن مثلاً، وكشادة الشريك لشريكه، وغرماء المفلس بمال له، وأمّا المكاتبة، فمع إعراض معظم لا يعمل بها^(١).

ويمكن أن يقال: لا نسلم كون الوصاية حقاً للوصي، ألا ترى أن عدول المؤمنين يتصدرون أمور صغار الميت مع عدم الوصي له، ولا يثبت لهم حق؟ بل ولا يتهم نظير ولاية الحاكم، فالوصي مكلف بإنفاذ وصيّة الموصي، والقيام بأمور صغاره مع قيمومته من قبل الموصي نظير تكليف عدول المؤمنين، وعدم العمل بالمكاتبة إن كان بمحاجة هذه الجهة لا يضر بحجيتها، بل مع قطع النظر عن المكاتبة يكفي عموم ما دلّ على قبول شهادة العدل، بل لعله تجب الشهادة لإنفاق الحق.

(الخامسة: إذا أوصى بعتق عبده أو اعتقه عند الوفاة وليس له سواه انعتق ثلاثة، ولو أعتق ثلاثة عند الوفاة وله مال أعتق الباقي من ثلاثة، ولو أعتق مماليكه عند الوفاة أو أوصى بعتقهم ولا مال سواهم أعتق ثلاثة بالقرعة، ولو ربّهم أعتق الأول فالأول حتى يستوفى الثالث وبطل ما زاد).

إذا أوصى بعتق عبده وليس له غيره انعتق ثلاثة، لعدم نفوذ الوصيّة في أوصى بعتق عبده وليس له غيره الزائد عن الثالث إلا مع إمضاء الورثة.

→ الشيعة: ٣٧١ / ٢٧، أبواب الشهادات، بـ ٢٨، ح ١.

(١) جواهر الكلام: ٣٥٧ / ٢٨.

وأمّا صورة الإعتاق عند الوفاة وعدم ما سوى العبد، فانعتاق خصوص الثالث مبني على خروج منجزات المريض من الثالث، وأمّا على الخروج من الأصل، فينعتق الكل.

ولو أعتق ثلثه وله مال أعتق الباقى من ثلثه للسرayaة التي هو -أعني العتق- كان سببها، ولو أعتق ماليكه عند الوفاة أو أوصى بعتقهم ولا مال سواهم، ففي صورة الوصيّة ينعتق ثلثهم بالقرعة، وكذلك لو أعتقهم منجزاً بناء على خروج المنجزات من الثالث ويخرج الثالث بالقرعة.

روايات الباب ويدل عليه المرسل عن النبي ﷺ: «في ستة عبيد أعتقهم مولاهم عند موته ولم يكن له غيرهم فجزّأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم»^(١).

وال الصحيح عن أبي جعفر ع: «في الرجل يكون له المملوكون فيوصي بعتق ثلثهم؟ قال: كان علي ع يسهم بينهم»^(٢).

والخبر الذي رواه المشايخ الثلاثة عن موسى بن جعفر ع قال: «إن أبي ترك ستين ملوكاً وأعتق ثلثهم فأقرع بينهم وأخرجت عشرين وأعتقهم»^(٣)، ولو استلزم التعديل التجزئية في العبد أعتق ذلك الجزء

(١) مستند أحمـد: ٤/٤؛ صحيح مسلم: ٥/٩٧؛ سنن الترمذـي: ٢/٤٠٩؛ سنن النسائي: ٤/٦٤؛ السنـن الكـبرـى: ١/٢٨٠.

(٢) من لا يحضره الفقيـه: ٣/٩٤، حـ ٣٣٩٦، بـاب الحـكم بالـقرـعة؛ تـهـذـيبـ الأـحـکـامـ: ٨/٢٣٤، حـ ٧٥، بـابـ العـتقـ وـأـحـکـامـهـ؛ وـسـائـلـ الشـیـعـةـ: ٢٣/١٠٣، أـبـوـابـ العـتقـ، بـ ٦٥، حـ ١.

(٣) الكـافـيـ: ٧/١٨، حـ ١١، بـابـ منـ أـوـصـىـ بـعـتـقـ أـوـ صـدـقـةـ أـوـ حـجـ؛ منـ لـاـ يـحـضـرـهـ الفـقـيـهـ؛ ٣٤٥٤، حـ ١١٩، بـابـ العـتقـ وـأـحـکـامـهـ؛ تـهـذـيبـ الأـحـکـامـ: ٨/٢٣٤، حـ ٧٦، بـابـ العـتقـ وـأـحـکـامـهـ؛ وـسـائـلـ الشـیـعـةـ: ٢٣/١٠٣، أـبـوـابـ العـتقـ، بـ ٦٥، حـ ٢، وـفـيـهـ مـحـمـدـ بـنـ مـرـوـانـ ←

والسعي في الباقي، ولو لا النصّ كان مقتضى القاعدة تعلق الوصية بثلث كلّ منهم، وكذلك العتق المنجز بناء على خروج المنجز من الثالث، وذلك كما لو أوصى بثلث ماله بلا تعين لكن المتعين حصول العتق بالنحو المذكور في الأخبار.

ويمكن أن يقال: لا يستفاد من الأخبار المذكورة التعين، غاية الأمر الرخصة في العمل بالنحو المذكور في الأخبار، فما الوجه في رفع اليد عن مقتضى القاعدة إلا أن يقال: عتق المملوك ظاهر في عتق كلّه، فمع حفظ هذا الظهور لا بدّ من تعين الثالث بالقرعة، وهذا كما لو قال المولى لعبدة: أضعف أو أطعم ثلث هؤلاء، فإنه لا بدّ بين تعين الثالث بالاختيار أو القرعة، وإن كان فرق بين المقام والمثال، لكن المقصود الاستظهار.

وأمّا صورة الترتيب، فالمعروف الابتداء بالأول فالأخير حتى يبلغ الثالث، لما سبق، ولخصوص النصّ: «في رجل أوصى عند موته أعتق فلاناً مماليكه وفلاناً وفلاناً وفلاناً فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة الماليك الخمسة الذين أمر بعتقهم [قال: ينظر إلى الذين سماهم وبدأ بعتقهم] فيقوّمون وينظرون إلى ثلثه فيعتق أول شيء، ثمّ الثاني، ثمّ الثالث، ثمّ الرابع، ثمّ الخامس، فإن عجز الثالث كان الذي سمى أخيراً، لأنّه أعتق بعد مبلغ الثالث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك»^(١).

→ وهو مهمّل.

(١) الكافي: ١٩/٧، ح ١٥، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٢، ح ٥٤٩٣، باب الوصية بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٢١، ←

فإن كان النظر إلى مقتضى القاعدة، فقد سبق الإشكال فيه، فإنّ الترتيب تارة يكون في الوصيّة بأن يوصي أولاً بكتاشم يوصي بغيره، وكذا في العتق المنجز كأن يعتق أولاً عبداً، ثمّ عبداً آخر وهكذا، وأخرى بالنحو المذكور في النص المذكور بالترتيب اللفظي مع الواو، مع أنّ المعروف أنّ الواو مطلق الجمع، ففي الصورة الأولى لا كلام فيها.

وأمّا في الصورة الثانية، فإن تم النص سنداً وقلنا بلزم الأخذ تعبداً فلا كلام أيضاً، ومع عدم تمامية السند ولم يعلم استناد المشهور إليه واستبعاد كون الحكم تعبيدياً من دون استظهار من كلام الموصي، يشكل ما ذكر.

(السادسة: إذا أوصى بعتق رقبة أجزاء الذكر والأنثى الصغير والكبير، ولو قال: مؤمنة لزم، فإن لم يجد أعتقد من لا يعرف بنصب، ولو ظنّها مؤمنة فأعتقدها، ثمّ بانت بخلافه أجزاءت.

السابعة: إذا أوصى بعتق رقبة بثمن معين، فإن لم يجد توقع، وإن وجد بأقلّ أعتقدها ودفع إليها الفاضل).

إذا أوصى بعتق رقبة
أجزاء الذكر والأنثى الصغير والكبير، فللإطلاق المتّبع عند العقلاء.

مضافاً إلى خبر الحضرمي: «قلت له - أبا عبد الله عليه السلام -: إنّ

→ ح ١٧، باب وصيّة الإنسان لعبد وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ٣٩٨ / ١٩، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦٦، ح ١، وفيه أبو جليلة، 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 أمّ ابني أوصت أن
أعتق عنها رقبة فأعتقت عنها امرأة»^(١).

وأمّا صورة التقيد بالإيمان، فلا بد فيها من امثال ما أوصى به.

وأمّا إجزاء عتق من لا يعرف بمنصب مع عدم وجdan المؤمن، فلخبر
عليّ بن أبي حمزة التجبر 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
عبدًا صالحًا عن رجل هلك فأوصى بعتق نسمة مسلمة بثلاثين ديناراً فلم
توجد له بالذي سمي قال: ما أرى لهم أن يزيدوا على الذي سمي، قلت:
فإن لم يجدوا؟ قال: يشترون من عرض الناس ما لم يكن ناصباً»^(٣).

(١) الكافي: ٧/١٧، ح٥، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه:
٤/٢١٤، ح٥٤٩٨، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٢٠،
١٥، باب وصيّة الإنسان لعبدة وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ٤٠٤/١٩، أبواب
أحكام الوصايا، ب٧٢، ح١. والرواية صحيحة على كلام في أبي بكر الخضرمي. راجع
معجم رجال الحديث: ١٠/٢٩٦.

(٢) الكافي: ٧/١٨، ح٩، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢١٤،
٥٥٠، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٢٠، ح١٣، باب
وصيّة الإنسان لعبدة وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٠٥، أبواب أحكام الوصايا،
ب٧٣، ح١. وعلىّ بن أبي حمزة وافقني. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٦٥٦.

(٣) الكافي: ٧/١٨، ح١٠، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٠٥، ←

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 المعروفيّة بالنسب، كما في المتن، فلا بدّ من الإحراز، إلّا أن يقال: يحرز بالأصل حيث إنّ النصب صفة عارضة ومقتضى الأصل عدمه.

وأمّا صورة الظنّ بالإيمان مع تبيّن الخلاف، فاستدلّ^(٢) على الإجزاء فيها بقاعدة الإجزاء، وال الصحيح: «عن رجل أوصى بنسمة مؤمنة عارفة فلماً اعتقناه بان أنها لغير رشدة؟ فقال: قد أجزأ عنه، إنّها^(٣) مثل ذلك مثل رجل اشتري أضحية على أنها سمينة فوجدها مهزولة»^(٤).

ويمكن أن يقال: أمّا قاعدة الإجزاء، فلا يخفى أنها لا تنطبق على ما

→ أبواب أحكام الوصايا، ب٧٣، ح٢. وعليّ بن أبي حمزة واقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٦٥٦.

(١) الكافي: ١٨/٧، ح٩، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٤، ٢١٤، ح١، ٥٥٠، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/٩، ٢٢٠، ح١٣، باب وصيّة الإنسان لعبدة وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٥٠، أبواب أحكام الوصايا، ب٧٣، ح١. وعليّ بن أبي حمزة واقفي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٦٥٦.

(٢) رياض المسائل: ١٠/٣٨٥؛ جواهر الكلام: ٢٨/٢٨؛ ٣٦١.

(٣) من هنا إلى آخره ليس في التهذيب.

(٤) الكافي: ٧/٦٢، ح١٧، باب النوادر؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٤، ٢٣٢، ح٥٥٢، باب نوادر الوصايا؛ تهذيب الأحكام: ٩/٢٣٦، ح١٣، باب من الزيدات؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤٣١ - ٤٣٢، أبواب أحكام الوصايا، ب٩٥، ح٢-٣.

نحن فيه، وأمّا الرواية، فلعلّ المراد من قول القائل «فبان»، إلى آخره، تبيّن عدم طهارة المولد، فلا مجال للاستدلال به على مقامنا.

وأمّا الوصيّة بعتق رقبة بثمن معين، فمع عدم الوجдан بالثمن المعين لا بدّ من التوقيع، ومع الوجدان بأقلّ، فالمعروف أّنه يشتري بأقلّ من الثمن الذي أوصى به، ويدفع الباقى إليها.

واستدلّ^(١) عليه بموثق سباعية: «سألت أبا عبد الله عَلِيهِ الْكَلَمُ عَنْ رَجُلٍ أَوْصَى أَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ نَسْمَةً مِنْ ثَلَاثَةِ خَمْسَائِهِ دِرْهَمًا، فَاسْتَرَى الْوَصِيُّ بِأَقْلَى مِنْ خَمْسَائِهِ دِرْهَمًا وَفَضَلَّتْ فَضْلَةً فِيمَا تَرَى فِي الْفَضْلَةِ؟ قَالَ: تَدْفَعُ إِلَى النَّسْمَةِ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَعْتَقَ، ثُمَّ تَعْتَقُ عَنِ الْمَيِّتِ»^(٢).

ولا يخفى أنّ تعين القيمة في كلام الموصي أو الموكّل ليس بمعنى عدم الإجازة في الاشتراك بأقلّ حتّى يقال في المقام بأنّ الرواية محمولة على صورة التعدّر، ومع عدمه يكون تبديلاً للوصيّة، نعم، إذا كان نظر الموصي لغرض إلى خصوص الثمن المعين، فلا بدّ من الصبر وتوقع ما أوصى به.

(الثامنة: تصرفات المريض إن كانت مشروطة بالوفاة فهي الكلام في تصرفات المريض من الثالث، وإن كانت منجزة وكان فيها محاباة أو عطية محضره

(١) مسالك الأفهام: ٦/٢١٣؛ الحدائق الناضرة: ٢٢/٥١٣؛ رياض المسائل: ١٠/٣٨٦.

(٢) الكافي: ٧/١٩، ح ١٣، باب من أوصى بعتق أو صدقة أو حجّ؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٤، ح ٥٥٠٥، باب الوصيّة بالعتق والصدقة والحجّ؛ تهذيب الأحكام: ٩/٤١٥، ح ٢٢١، باب وصيّة الإنسان لعبدة وعتقه له قبل موته؛ وسائل الشيعة: ١٩/٤١٠، ح ١٨، باب أحكام الوصايا، ب ٧٧، ح ١. والتعبير عنه بالموثق لمساعدة المرمي بالوقف. راجع معجم رجال الحديث: ٨/٢٩٧.

فقولان: أشبههما أنها من الثالث).

تصرّف المريض إن كان بنحو الوصيّة، فلا إشكال في نفوذه من الثالث وقد سبق الكلام فيه، وألحق بها التدبير والنذر المؤجل بالموت وادعى الإجماع عليه.

وأمّا التصرّفات المنجزة، ففي حال الصحة لا إشكال فيها.
وأمّا ما وقع منها في مرض الموت من قبيل الصلح الحبائي أو عطيّة محضة أو عتق ونحوها مما يوجب نقصان التركة وتضرر الورثة، ففيها الخلاف، وقد سبق الكلام فيها في كتاب الحجر.

(أمّا الإقرار للأجنبي، فإن كان متّهماً على الورثة، فهو من الثالث وإنّه من الأصل وللوارث من الثلث على التقديرتين، ومنهم من سوى بين القسمين).

التاسعة: أرش الجراح وديبة النفس يتعلق بهما الديون والوصايا
كسائر أموال الميت).

أمّا 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»:

منها: صحيحه منصور بن حازم قال: «سألت أبا عبد الله عَلَيْهِ الْأَنْوَارُ عن رجل أوصى ببعض ورثته أنّ له عليه ديناً؟ فقال: إن كان الميت مريضاً، فأعطه الذي أوصى له»^(١).

حكم من أقر للأجنبي

الروايات الواردة

في المقام

(١) الكافي: ٧/٤١-٤٢، ح٢، باب المريض يقر لوارث بدين؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٢٩، ←

ومنها: موثقة أبي أيوب عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل أوصى لبعض ورثته أنّ له عليه ديناً؟ فقال: إن كان الميت مريضًا، فأعطيه الذي أوصى له»^(١).

ومنها: صحيحه ابن مسakan عن العلاء بياع السابري قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالاً فلما حضرها الموت قالت له: إنّ المال الذي أودعته إياك لفلانة وماتت المرأة وأتى أولياؤها الرجل فقالوا له: إنه كان لصاحبنا مال ولا نراه إلا عندك فاحلف لنا ما لنا قبلك شيء أيمحلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونة فيحلف لهم وإن كانت متهمة، فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلاثة»^(٢).

ومنها: صحيحه إسماعيل بن جابر قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين؟ قال: يجوز عليه إذا أقر به دون الشأن»^(٣).

→ ح ٥٤٢، باب إقرار المريض للوارث بدين؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٥٩، ح ٢، باب الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ٤/١١١، ح ٢، باب الإقرار في حال المرض لبعض الورثة بدين؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٩١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦، ح ١.

(١) تهذيب الأحكام: ٩/١٦٠، ح ٣، باب الإقرار في المرض؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٩٤، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦، ح ٨. والتعير عنها بالموثقة لابن فضال الثقة الفطحي. راجع رجال النجاشي، الرقم: ٧٢.

(٢) الكافي: ٧/٤٢، ح ٣، باب المريض يقر لوارث بدين؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٢٩، ح ٣٤٥، باب إقرار المريض للوارث بدين؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٦٠، ح ٧، باب الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ٤/١١٢، ح ٧، باب الإقرار في حال المرض لبعض الورثة بدين؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٩١، أبواب أحكام الوصايا، ب ٦، ح ٢.

(٣) الكافي: ٧/٤٢، ح ٤، باب المريض يقر لوارث بدين؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/٢٢٨، ح ٥٥٤، باب إقرار المريض للوارث بدين؛ تهذيب الأحكام: ٩/١٦٠، ح ٥، باب الإقرار ←

وجه الجمع بين هذه
الصحيحة وبين
صحيحة منصور
والموثقة

فنقول: قد يجمع بين هذه الصريحة وبين صريحة منصور والموثقة
بتقديدها بصورة التهمة^(١).

وفيه إشكال حيث إنّ صورة التهمة نادرة أو يكون غير غالبة، فكيف
يحمل المطلق الوارد في مقام البيان بنحو القانون على النادر أو غير الغالبة،
وإن قيّد صريحة منصور والموثقة بهذه الصريحة لزم عدم تفوذ الإقرار
بالنسبة إلى الوراث في صورة عدم كون المقرّ مرضيًّا لا بالنسبة إلى الأصل،
ولا بالنسبة إلى الثالث.

وهذا مناف لما رواه في الكافي والشيخ في التهذيب في الصحيح عن أبي
ولّاد قال: «سألت أبي عبد الله عَلَيْهِ الْمُصَلَّى عن رجل مريض أقرّ عند الموت لوارث
بدين له عليه؟ قال: يجوز له ذلك، قلت: فإن أوصى لوارث شيء؟ قال:
جائز»^(٢)، فإن عملا في صريحة إسماعيل بن جابر وصريحة منصور
والموثقة معاملة المعارضين يكون المقيد لصريحة أبي ولّاد أحد
المعارضين المأخذ به، ويكون هو المقيد لصريحة أبي ولّاد، فالمقيد لها إما
صريحة منصور بن حازم والموثقة أو صريحة إسماعيل بن جابر.

إلا أن يقال: القيد المذكور في صريحة منصور والموثقة كون المقرّ

→ في المرض؛ الاستبصار: ٤/١١٢، ح٥، باب الإقرار في حال المرض لبعض الورثة بدين؛
وسائل الشيعة: ١٩/٢٩٢، أبواب أحكام الوصايا، ب١٦، ح٣.

(١) مسالك الأفهام: ١١/٩٦؛ الخدائق الناصرة: ٢٢/٦٥، رياض المسائل: ١٠/٣٩٢-٣٩٣.

(٢) الكافي: ٧/٤٢، ح٥، باب المريض يقرّ لوارث بدين؛ تهذيب الأحكام: ٩/٦٠، ح٦، باب
الإقرار في المرض؛ الاستبصار: ٤/١١٢، ح٦، باب الإقرار في حال المرض لبعض الورثة
بدين؛ وسائل الشيعة: ١٩/٢٩٢، أبواب أحكام الوصايا، ب١٦، ح٤.

مُرْضِيًّاً وَهَذَا غَيْرُ كُونِهِ مَتَّهِمًا، فَلَا مَانعٌ مِنْ أَنْ يُقَالَ جَمِيعًا بَيْنَ الْطَّرَفَيْنِ: إِذَا كَانَ مَرْضِيًّا بِمَعْنَى كُونِهِ عَدْلًا أَوْ مَا يَقْرُبُ مِنْهُ يُعْطَى الْمَقْرَرُ بِهِ وَإِنْ زَادَ عَنِ الْثَّلَاثَ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَرْضِيًّا وَلَعِلَّهُ الْغَالِبُ يُعْطَى مَا لَا يَزِيدُ عَنِ الْثَّلَاثَ بِنَاءً عَلَى تَفْسِيرِ دُونِ الْثَّلَاثِ بِهَذَا، فَلَا يَلْزَمُ الْمَحْذُورُ الْمُذَكُورُ عَلَى تَقْدِيرِ إِرَادَةِ غَيْرِ الْمَتَّهِمِ مِنَ الْمَرْضِيِّ، وَلَا مَانعٌ مِنْ تَقْيِيدِ صَحِيحَةِ أَبِي وَلَادٍ فِي صُورَةِ عَدْمِ كُونِ الْمَقْرَرِ مَرْضِيًّا بِالْثَّلَاثِ، هَذَا فِي صُورَةِ الإِقْرَارِ لِلْوَارِثَ.

وَأَمَّا صُورَةُ الإِقْرَارِ لِلْأَجْنَبِيِّ، فَمَقْتَضِيُّ صَحِيحَةِ ابْنِ مُسْكَانِ الْمُذَكُورَةِ التَّفَصِيلُ بَيْنَ الْمَأْمُونَةِ وَالْمَتَّهِمَةِ، فَإِنْ كَانَتِ الْمَوْصِيَّةُ مَأْمُونَةً بِمَعْنَى عَدْمِ إِرَادَةِ الْإِضْرَارِ بِالْوَرَثَةِ فَإِقْرَارُهَا نَافِذٌ فِي الْمَقْرَرِ بِهِ وَإِنْ كَانَتِ زَائِدَةً عَنِ ثَلَاثَهَا، وَإِنْ كَانَتِ مَتَّهِمَةً، فَالظَّاهِرُ مِنْ آخِرِ الرِّوَايَةِ نَفْوُهُ فِي الْثَّلَاثِ حِيثُ إِنَّهُ لَا يَكُونُ بِالْخَيْرِ لِلْمُتَّهِمَةِ إِلَّا ثَلَاثَ مَتَّهِمَاتٍ.

وَأَمَّا تَعْلِقُ الْدِيُونِ وَالْوَصَايَا بِأَرْشِ الْجَرَاحِ وَدِيَةِ النَّفْسِ، فَيَدِلُّ عَلَيْهِ مَا رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي عَلَيِّ الْأَشْعَرِيِّ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ، وَالْوَصَايَا بِأَرْشِ الْجَرَاحِ وَدِيَةِ النَّفْسِ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَىِّ، عَنْ يَحْيَىِّ الْأَزْرَقِ^(١)، عَنْ أَبِي الْحَسْنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فِي رَجُلٍ قُتِلَ وَعَلَيْهِ دِينٌ وَلَمْ يَتَرَكْ مَالًاً، فَأَخْذَ أَهْلَهُ الْدِيَةَ مِنْ قَاتِلِهِ عَلَيْهِمْ أَنْ يَقْضُوا دِينَهُ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَلْتَ: وَهُوَ لَمْ يَتَرَكْ شَيْئًا؟ قَالَ: إِنَّهَا أَخْذُوا الْدِيَةَ، فَعَلَيْهِمْ أَنْ يَقْضُوا دِينَهُ»^(٢).

(١) فِي الْفَقِيهِ: صَفْوَانَ بْنَ يَحْيَىِّ الْأَزْرَقِ.

(٢) الْكَافِي: ٧/٢٥، ح٦، بَابُ مِنْ أَوْصَى وَعَلَيْهِ دِينٌ؛ مِنْ لَا يَحْضُرُهُ الْفَقِيهِ: ٤/٢٥-٢٢٦، بَابُ قَضَاءِ الدِّينِ مِنَ الدِّيَةِ؛ تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ: ٩/١٦٧، ح٧، ٢٧، بَابُ الإِقْرَارِ فِي ← ح٥٣٢.

وما رواه الشيخ بإسناده عن الصفار عن يعقوب بن يزيد، عن غياث بن كلوب، عن إسحاق بن عمّار، عن جعفر عَلِيُّهُ عَلَيْهِ الْمَدْحُورَ قال: «أنّ رسول الله ﷺ قال: إذا قبلت دية العمد فصارت مالاً فهـي ميراث كسائر الأموال»^(١).

والمستفاد من الرواية أنّ من يأخذ الديـة عليه أن يقضـي الدين، وحيث إنّ الدين مقدم على الإرث يكون القضاء مـقدماً، والمستفاد من الثانية أنّ الـديـة كـسائر الأـموـال المـتروـكة فـيـكونـ الدـينـ والـوـصـيـةـ مـقـدـمـينـ عـلـىـ الإـرـثـ من غير فرق بين دية الجراح أو القتل.

→ المرض؛ وسائل الشيعة: ١٨ / ٣٦٤، أبواب الدين والقرض، ب٢٤، ح١. والرواية صحيحة.
(١) تهذيب الأحكام: ٩ / ٣٧٧، ح١٦، باب ميراث المرتد ومن يستحق الـديـةـ من ذوي الأـرـاحـ؛ وسائل الشيعة: ٢٦ / ٤١، أبواب مواـنـعـ الإـرـثـ، ب١٤، ح١. والـروـاـيـةـ موـثـقـةـ بـغـيـاثـ بـنـ كـلـوبـ الثـقةـ العـامـيـ. راجـعـ معـجمـ رـجـالـ الحـدـيثـ: ١٣ / ٢٣٥.

فهرس المحتويات

كتاب الرهن

الركن الأول: في الرهن ٧/

الرهن في اللغة والاصطلاح	٧
لزوم الإيجاب والقبول في الرهن	٨
اشتراط القبض في الرهن	٨
اشتراط كون الرهن عيناً	١١
اشتراط كون الرهن مملوكاً	١٢
حكم رهن مال الغير	١٢
بطلان الشرط والرهن	١٤
عدم دخول حمل الدابة وثمرة النخل والشجر	١٤
حكم ما يتجدد بعد الارتهان	١٤
تكون الفائدة للراهن	١٥
لو رهن رهنين بدينين ثم أدى عن أحدهما	١٥
الركن الثاني: في الحق ١٧/	
اشتراط ثبوت الحق في الذمة مالاً كان أو منفعةً	١٧

٥٢٠ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج٦

حكم أخذ الرهن على الأعيان المضمونة ١٨

جعل العين المرهونة رهناً ثانياً ٢٠

الركن الثالث: في الراهن / ٤٣

شرط الراهن ٢٣

رهن الولي لمصلحة المولى عليه ٢٣

عدم جواز تصرف الراهن في الرهن ٢٣

لو باعه الراهن وقف على إجازة المرتهن ٢٦

الركن الرابع: في المرتهن / ٤٧

شرط المرتهن ٢٧

جواز اشتراط الوكالة في الرهن ٢٧

يشترط كمال العقل وجواز التصرف ٢٧

بطلان الوكالة بموت الموكّل ٢٨

جواز ابتعاد الراهن للمرتهن ٢٩

المرتهن أحق من غيره باستيفاء دينه ٢٩

الرهنأمانة في يد المرتهن ورواياته ٣٠

الروايات المتعارضة ٣١

وجوه حمل الروايات المعارضة ٣٢

لو كان الراهن دائبة أنفق المرتهن عليها ٣٤

جواز استيفاء الدين للمرتهن ٣٦

بيع الراهن متوقف على الإجازة ٣٧

فهرس المحتويات

٥٢١	مسائل
٣٩	يضمـن المرتهـن قيمة الرهـن يوم تـلفـه
٤٠	لو اختلفـ الراـهن والـمرـتهـن فيـ الـقيـمة
٤١	لو اختلفـا فـيهـا عـلـى الرـهـن وـرـواـيـات الـبـاب
٤١	الـرواـيـة الـمـارـضـة وـالـجـواب عـنـه
٤٢	لو اختلفـا فـي أـنـ المـال رـهـن أوـ دـيـعـة
٤٤	لو اختلفـا فـي التـفـريـط

كتاب الحجر

٤٧	معنى الحجر وأسبابه السـتـة
٤٨	يـزـوـلـ الحـجـرـ بـالـبـلـوغ
٤٨	إـنـبـاتـ الشـعـرـ الخـشـنـ عـلـى العـانـةـ وـرـواـيـاتـه
٥٠	يـعـلـمـ الـبـلـوغـ بـخـرـوجـ الـمـنـيـ
٥١	الـبـلـوغـ بـالـسـنـ
٥١	روـايـاتـ الـبـاب
٥٣	الـأـخـبـارـ الـمـارـضـةـ فـي الـمـسـأـلـة
٥٦	يـزـوـلـ الحـجـرـ بـالـرـشـد
٥٦	تـفـسـيرـ الرـشـد
٥٧	هلـ تـعـتـبـرـ الـعـدـالـةـ؟
٥٨	لوـ شـكـ فـيـ الرـشـد

٥٢٢ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج٦

٥٨.....	مع عدم الرشد لا يجوز التصرّفات المالية.....
٥٩.....	الأخبار الواردة في المقام.....
٦٠.....	تصرّفات الملوك.....
٦١.....	تصرّفات المريض
٦١.....	الروايات الواردة في المسألة
٦٢.....	حكم التبرّعات المنجزة بما زاد على الثلث
٦٢.....	الأخبار الدالة على الخروج من الثلث
٦٨.....	وجوه المناقشة في الروايات المذكورة.....
٧٠.....	الأخبار الدالة على الخروج من الأصل لا الثلث
٧٥.....	أوصياء الصغار والمجانين وروايات الباب
٧٧.....	المناقشة في الروايات المذكورة.....

كتاب الضمان

٨١/ القسم الأول: ضمان المال

٨١.....	تعريف الضمان
٨١.....	شروط ضمان المال
٨١.....	الفرق بين الضمان والحوالة
٨٣.....	لا يعتبر رضا المضمون عنه
٨٣.....	في ما لو أنكر المضمون عنه
٨٤.....	اعتبار الملاعة في اللزوم وما استدلى به

٥٢٣	فهرس المحتويات
٨٧	يرجع الضامن على المضمون عنه
٨٧	ما يرد عليه
٨٨	لا يرجع مع عدم سؤال المضمون عنه
٨٩	لولم يعلم الضامن ما على المضمون عنه
٩١	القسم الثاني: الحالة /
٩١	تعريف الحالة وشروطها
٩١	لابد في الحالة من الإنشاء
٩٢	لا يجب قبول الحالة
٩٣	يشترط ملاءته وقت الحالة
٩٣	براءة المحيل وإن لم يبرئه المحتال
٩٥	القسم الثالث: الكفالة /
٩٥	تعريف الكفالة وشروطها
٩٥	هل الكفالة تعهد بالنفس خاصة؟
٩٥	كفاية استحقاق الإحضار في مجلس الشرع
٩٦	لو طلب الخصم من الحكم إحضار خصمه للمرافعة
٩٦	يعتبر رضى الكافل والمكفول له
٩٧	يلزم تعين الأجل في المؤجلة
٩٨	يجوز للمكفول له أن يحبس الكفيل حتى يأتي بالغريم
٩٨	التخيير بين إحضار الغريم أو ما عليه من الحق
١٠١	من خلي غريباً من يد غريميه لزمه الإعادة أو أداء ما عليه

١٠٣ بطلان الكفالة بموت المكفول

كتاب الصلح

١٠٧ تعريف الصلح وجوازه إلّا ما حرم حلالاً أو حلّ حراماً

١٠٩ جواز الصلح مع الإقرار والإنكار

١١١ إحضار الحاكم للمنكر وإلزامه بالخلاف

١١١ صحة الصلح مع العلم والجهل

١١٣ لو اصطلاح الشريكان على أن الخسران على أحد هما

١١٩ لو أودعه إنسان درهرين وأخر درهماً فامتزجت

١١٩ لو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً ولآخر ثوب بثلاثين

١٢٠ بطلان الصلح مع ظهور استحقاق أحد العوضين

كتاب الشركة

١٢٥ تعريف الشركة

١٢٦ المزج القهري المجرد عن قصد إرادة إنشاء الشركة

١٢٨ عدم صحة شركة الأبدان

١٢٩ تعريف شركة الوجوه

١٣٠ تعريف شركة المفاوضة

١٣٠ الربح والخسران بالنسبة مع عدم الشرط

١٣٠ لو شرط أحد هما في الربح أزيد مما يستحقه

١٣١ مع الامتزاج ليس لأحد الشركاء التصرف إلّا بالإذن

فهرس المحتويات

٥٢٥	فهرس المحتويات
١٣١	جواز الشركة من الطرفين
١٣٢	ليس لأحد الشركاء الامتناع من القسمة
١٣٢	عدم صحة الشركة مؤجلة
١٣٣	بطلان الشركة بالموت
١٣٣	كراهة مشاركة الذمّي وإياضاعه وإيداعه

كتاب المضاربة

١٣٧	تعريف المضاربة
١٣٧	الفرق بين القراض والقرض والبضاعة في المضاربة
١٣٩	لا يلزم في المضاربة اشتراط الأجل
١٤١	لزوم الاقتصرار على ما عين
١٤١	لو أطلق رب المال يتصرف 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 عينه المالك
١٤٥	الروايات الواردة في المقام
١٤٧	تبطل المضاربة بموت كل واحد منها والجنون والإغماء
١٤٨	يشترط كون مال المضاربة عيناً دناراً أو دراهم

٥٢٦ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج٦

١٤٨.....	لو قوّم عروضاً وشرط للعامل حصة من ربحه
١٤٩.....	لزوم العلم بهال المضاربة
١٤٩.....	لو اختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل
١٥٠.....	تملك العامل نصيبيه من الربح بظهوره
١٥١.....	الأقوال الأربع في المسألة والمناقشة فيها
١٥٢.....	المناقشة في الوجوه المذكورة للقول المشهور
١٥٣.....	عدم الخسران على العامل
١٥٣.....	لو اشتري العامل أباه ظهر فيه ربح
١٥٦.....	لا يجوز للعامل وطء الجارية المشترأ بهال المضاربة
١٥٧.....	عدم صحة المضاربة بالدين حتّى يقبض
١٥٨.....	لو كان في يده مضاربة فمات

كتاب المزارعة والمساقاة

١٦١.....	تعريف المزارعة وشروطها
١٦٢.....	عدم بطلان المزارعة بموت أحدهما
١٦٢.....	يشترط أن يكون النماء مشاعاً
١٦٥.....	إخراج مقدار البذر
١٦٥.....	اشتراط أن تقدر للمزارعة مدة معلومة
١٦٧.....	اشتراط كون الأرض مما يمكن الانتفاع بها
١٦٧.....	له أن يزرع الأرض بنفسه وبغيره ومع غيره

فهرس المحتويات

٥٢٧	فهرس المحتويات
١٦٨	خراج الأرض
١٦٩	ما يستظهر منه اللزوم على الزارع بالشرط
١٧١	لصاحب الأرض أن ينجز على الزارع
١٧٢	يشترط سلامة الزرع
١٧٣	ثبوت أجراة المثل في موضع تبطل فيه المزارعة
١٧٣	حكم إجارة الأرض للزارعة بالحنطة أو الشعير
١٧٦	تعريف المساقاة
١٧٦	الروايات الواردة في الباب
١٧٨	شروط المساقاة
١٧٩	يشترط المدّة المعلومة
١٨٠	لزوم العمل على العامل
١٨٠	بناء الجدران وعمل النواضح
١٨٠	اعتبار إشاعة الفائدة
١٨١	يستحق العامل الأجراة
١٨١	كرابة اشتراط المالك شيئاً زائداً

كتاب الوديعة والعارية

١٨٧	تعريف الوديعة وشروطها
١٨٧	تفتقر الوديعة إلى القبول
١٨٧	اعتبار الاختيار في الوديعة

١٨٨.....	وجوب حفظ الوديعة
١٨٩.....	لزوم الاقتصار على الحرز الذي عينه المالك
١٩٠.....	الوديعة جائزة من الطرفين
١٩١.....	وجوب العلف والسكنى مع كون الوديعة دائمة
١٩٢.....	عدم الضمان في الوديعة مع عدم التعدي والتفريط
١٩٥.....	الضمان بالعدوان
١٩٦.....	لو تصرّف الودعي في الوديعة باكتساب ضمن والربح للمالك
١٩٧.....	عدم البراءة براءة الوديعة إلى الحرز
١٩٨.....	عدم الضمان مع الإكراه
١٩٩.....	وجوب إعادة الوديعة إلى المالك
١٩٩.....	لو أحلفه أنها ليست عنده حلف موريأً
٢٠٠.....	لو كان مال الموعظ غصبًاً
٢٠٢.....	لو اخترط به الموعظ الغاصب
٢٠٣.....	إذا أدعى المالك التفريط فالقول قول المستودع
٢٠٥.....	تقدير قول المالك في صورة الاختلاف في الوديعة والدين
٢٠٦.....	لو اختلفا في القيمة والأقوال في المسألة
٢٠٧.....	لو اختلفا في الرد
٢٠٧.....	لو مات الموعظ وكان الوارث جماعة
٢٠٧.....	تعريف العارية وشروطها
٢٠٨.....	العارية من العقود

فهرس المحتويات

٥٢٩	اشتراط كمال العقل وجواز التصرّف
٢٠٩	لو أوجب التصرّف النقص في العين أو التلف
٢١١	لو تلفت العين بالاستعمال
٢١٢	لو تلفت العين بتغريط أو عدوان
٢١٣	اشتراط المعير ضمان العين المستعارة
٢١٤	لو استعار من الغاصب ضمن
٢١٥	رجوع المستعير فيها اغترم إلى المعير
٢١٦	الكلام في نفس العين المستعارة
٢١٧	رجوع من لم يتلف العين في يده إلى من تلفت في يده
٢١٨	كلّ ما يصحّ الانتفاع به مع بقائه تصحّ إعارته
٢١٩	لو اختلف المعير والمستعير في التغريط
٢١٩	لو اختلفا في ردّ العارية
٢٢٠	لو اختلفا في القيمة
٢٢٠	لو استعار الرهن من غير إذن المالك
<hr/>	
<h3><u>كتاب الإجارة</u></h3>	
٢٢٣	تعريف الإجارة
٢٢٣	حقيقة الإجارة
٢٢٤	الإجارة لازمة من الطرفين
٢٢٥	نفساخ الإجارة بالتقايل

٦ ج المخصر النافع في شرح المدارك ٥٣٠	جامع المدارك في شرح المخصر النافع ج٦
٢٢٥ عدم بطلان الإجارة ببيع العين المستأجرة	عدم بطلان الإجارة ببيع العين المستأجرة ٢٢٥
٢٢٦ هل تبطل الإجارة بالموت؟	هل تبطل الإجارة بالموت؟ ٢٢٦
٢٢٧ دليل القول الأول	دليل القول الأول ٢٢٧
٢٢٧ دليل القول الثاني	دليل القول الثاني ٢٢٧
٢٢٨ المناقشة في الدليل الثاني	المناقشة في الدليل الثاني ٢٢٨
٢٣١ كلّ ما تصحّ إعارته تصحّ إجارته	كلّ ما تصحّ إعارته تصحّ إجارته ٢٣١
٢٣٢ جواز إجارة المشاع	جواز إجارة المشاع ٢٣٢
٢٣٢ العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر	العين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر ٢٣٢
٢٣٣ شرائط الإجارة	شرائط الإجارة ٢٣٣
٢٣٤ كون المتعاقدين كاملين جائز التصرف	كون المتعاقدين كاملين جائز التصرف ٢٣٤
٢٣٤ اعتبار معلومية الأجرة	اعتبار معلومية الأجرة ٢٣٤
٢٣٦ لو استأجر حمل متاع إلى موضع في وقت معين	لو استأجر حمل متاع إلى موضع في وقت معين ٢٣٦
٢٣٩ اعتبار كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو من يؤجر عنه	اعتبار كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو من يؤجر عنه ٢٣٩
٢٤١ للمستأجر أن يجر إلا أن يشرط عليه	للمستأجر أن يجر إلا أن يشرط عليه ٢٤١
٢٤١ اعتبار كون المنفعة مقدّرة بنفسها	اعتبار كون المنفعة مقدّرة بنفسها ٢٤١
٢٤٢ استقرار الأجرة إذا مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة	استقرار الأجرة إذا مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة ٢٤٢
٢٤٤ لا يجوز للمستأجر التعدي وإلا ضمن	لا يجوز للمستأجر التعدي وإلا ضمن ٢٤٤
٢٤٤ تبطل الإجارة بتلف العين قبل القبض	تبطل الإجارة بتلف العين قبل القبض ٢٤٤
٢٤٨ عدم سقوط مال الإجارة لو كان بفعل المستأجر	عدم سقوط مال الإجارة لو كان بفعل المستأجر ٢٤٨

فهرس المحتويات ٥٣١

عدم صحة استيجار الآبق ٢٤٩
عدم ضمان صاحب الحمام الثياب ٢٤٩
لو تنازع في الاستيجار ٢٥٠
لو اختلفا في رد العين ٢٥٢
لو اختلفا في قدر الشيء المستأجر ٢٥٢
لو أدعى المؤجر على المستأجر التفريط ٢٥٢
الأخبار المعارضة ٢٥٣
ثبوت أجرا المثل فيما تبطل فيه الإجارة ٢٥٥
لو تعدد بالدابة المسافة المشترطة ضمن ٢٥٦
استحباب مقاطعة أجرا الأجير ٢٥٨
وجوب إيقاعه عند فراغه ٢٦٠

كتاب الوكالة

الفصل الأول: الوكالة ٦٧٦/

تعريف الوكالة وشروطها ٢٦٧
اشتراط التنجيز وعدم الصحة مع التعليق ٢٦٩
جواز الوكالة من الطرفين ٢٧٠
أقسام العقود الأربع في التذكرة ٢٧٠
هل ينزع الوكيل بمجرد عزله؟ ٢٧٠
الأخبار الواردة في المسألة ٢٧١

٥٣٢ جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج٦

٢٧٣ بطلان الوكالة بالموت والجنون والإغماء
٢٧٥ لوباع الوكيل بثمن فأنكر الموكل الإذن
٢٧٦ لوأنكر المشتري الوكالة
٢٧٨ تعذر استعادة العين

الفصل الثاني: ما تصح فيه الوكالة / ٤٧٩

٢٨١ ما يعتبر فيه المباشرة
٢٨٢ الوكالة في الطلاق
٢٨٣ لزوم الاقتصار على ما عين الموكل

الفصل الثالث: الموكل / ٤٨٥

٢٨٥ شروط الموكل وأقسام الموكلين
٢٨٥ اشتراط التكليف
٢٨٥ اشتراط جواز التصرف في الموكل
٢٨٦ عدم صحة توكيل الوكيل عن الموكل
٢٨٦ التوكيل عن نفسه فيما وکل فيه
٢٨٦ جواز توكيل الحاكم عن السفهاء والبله
٢٨٧ كراهة تویي المنازعة لذوي المرؤوات

الفصل الرابع: الوكيل / ٤٨٩

٢٨٩ اشتراط كمال العقل في الوكيل
٢٨٩ توکل المسلم للمسلم على المسلم والذمی
٢٩٠ وكالة الذمی والكافر على المسلم

فهرس المحتويات ٥٣٣

الوکیل أمن لا یضمن ٢٩١

الفصل الخامس: في الأحكام / ٤٩٣

إذا اختلفا في الوکالة ٢٩٤

لو اختلفا في العزل ٢٩٤

لو اختلفا في التفريط ٢٩٤

لو اختلفا في التلف ٢٩٤

لو اختلفا في الرد ٢٩٤

إذا زوجه مدعياً وكالته فأنكر الوکيل ٢٩٥

كتاب الوقف والصدقات والهبات

تعريف الوقف ٣٠١

اعتبار اللفظ الصريح الدال على التأييد ٣٠٢

كون الوقف من العقود ٣٠٣

اعتبار القبض في الوقف ٣٠٤

الشروط واللواحق ٣٠٧

والشروط على أربعة أقسام ٣٠٧

الأول: في الوقف ٣٠٧

اشترط التنجيز في الوقف ٣٠٨

اعتبار الإقباض في الوقف ٣٠٩

اعتبار إخراجه عن نفسه ٣١٠

٥٣٤	جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج٦
المناقشة في الأدلة.....	٣١١.....
الوقف لمن ينقرض غالباً	٣١٣.....
اشترط العود إلى نفسه عند الحاجة.....	٣١٦.....
الثاني: في الموقوف	٣١٧.....
اشترط أن يكون عيناً مملوكة	٣١٧.....
يعتبر كون المنفعة المقصودة محلاً	٣١٨.....
الثالث: في الواقف.....	٣١٩.....
اشترط البلوغ في الواقف.....	٣١٩.....
اشترط كمال العقل وجواز التصرف في الواقف	٣٢٠.....
جواز جعل الواقف النظر لنفسه	٣٢١.....
الرابع: في الموقوف عليه.....	٣٢٤.....
اشترط وجود الموقوف عليه	٣٢٤.....
لزوم تعيين الموقوف عليه	٣٢٥.....
اشترط القابلية للتملك	٣٢٥.....
اشترط عدم كون الوقف عليه محراً	٣٢٥.....
حكم الوقف على من سيوجد	٣٢٦.....
الوقف على البر	٣٢٦.....
وقف المسلم للحربى	٣٢٧.....
وقف المسلم على الفقراء	٣٢٧.....

فهرس المحتويات

٥٣٥	فهرس المحتويات
٣٢٩	تفسير المؤمن
٣٣٠	تحديد الجiran في العرف والأخبار
٣٣٠	الروايات الواردة في المقام
٣٣١	الوقف على من انتسب إلى أب
٣٣١	لو وقف على مصلحة فبطلت
٣٣٤	شرط إدخال من يوجد مع الموجود
٣٣٦	الوقف على أولاده الأصغر
٣٣٩	لواحق كتاب الوقف
٣٣٩	الوقف في سبيل الله
٣٤٠	الوقف على المولى
٣٤١	استعمال المشترك في أكثر من معنى
٣٤٢	إذا وقف على القراء انصرف إلى فقراء البلد
٣٤٤	لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه ولا بيعه
٣٤٥	ما استدلّ به على عدم الجواز
٣٤٥	المناقشة في ما ذكر
٣٤٦	مستثنيات بيع الوقف
٣٤٨	وقوع الخلف المؤدي إلى الفساد
٣٥٠	الجواب عن الإشكالات
٣٥١	إطلاق الوقف يقتضي التسوية

٥٣٦	جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج٦
٣٥٢	إذا وقف على الفقراء وكان منهم
٣٥٣	افتقار السكنى والعمرى إلى الإيجاب والقبول والقبض
٣٥٣	الأخبار في مشروعية السكنى والعمرى والرقبي
٣٥٥	التفصيل في بعض الأخبار بين صورة التوقيت وعدمه
٣٥٦	بقاء الملك محل السكنى على ملك مالكه
٣٥٧	اللزموم مع تعيين المدة وإن مات المالك
٣٥٨	لو لم تعيّن المدة ولا عمر أحدهما
٣٥٨	لو مات المالك كان المسكن ميراثاً وبطلت السكنى
٣٥٨	جواز إسكان الساكن معه من جرت العادة به
٣٥٩	عدم بطلان السكنى ببيع المالك الأصل
٣٥٩	جواز حبس الفرس والبعير في سبيل الله
٣٦٠	الروايات الواردة في المقام
٣٦٢	الكلام في دلالة هذه الروايات
٣٦٣	تعريف الصدقة وأحكامها
٣٦٣	لا بد في الصدقة من الإنشاء ولو بالفعل
٣٦٤	حرمة الصدقة المفروضة على بنى هاشم
٣٦٤	اختصاص الحرمة بالزكاة المفروضة
٣٦٥	الأخبار المعارضة
٣٦٧	الصدقة سرّاً أفضل منها جهراً

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 واشتراطه في صحة الهبة
٣٧٢	ما استدلّ به للقول الآخر والمناقشة فيه
٣٧٣	اشتراط كون القبض بإذن الواهب
٣٧٥	لو وهب الأب أو الجد للولد الصغير لزم
٣٧٧	عدم الحاجة في هبة الأب أو الجد للصغير إلى القبض
٣٧٨	جواز هبة المشاع
٣٧٩	الكلام في كيفية قبضه
٣٨٠	عدم الرجوع في هبة لأحد الوالدين
٣٨١	الأخبار الدالة على الجواز
٣٨٢	الأخبار الدالة على عدم الجواز
٣٨٤	حكم رجوع أحد الزوجين فيما وهب للأخر
٣٨٦	حكم الرجوع في الهبة لو عوّضت
٣٨٧	لو تصرّف في العين الموهوبة للأجنبي

كتابوصايا

الفصل الأول: الوصية

٣٩١	تعريف الوصيّة وافتقارها إلى الإيجاب والقبول
-----------	---

جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج٦ ٥٣٨

٣٩٣ كلام العلّامة الحلي في المختلف

٣٩٥ كفاية الإشارة الدالّة على القصد

٣٩٧ حكم ما كتب الميت بخطه

٣٩٨ عدم صحة الوصيّة بمعصية

الفصل الثاني: في الموصي / ٣٩٩

٣٩٩ ما يشترط في الموصي

٣٩٩ وصيّة من بلغ عشر سنين

٤٠١ وصيّة من جرح نفسه بما فيه هلاكها

٤٠٢ جواز رجوع الموصي عن وصيّته

الفصل الثالث: في الموصى له / ٤٠٥

٤٠٥ ما يشترط في الموصى له

٤٠٥ اشتراط وجود الموصى له حال الوصيّة

٤٠٦ صحة الوصيّة للوارث

٤٠٧ صحة الوصيّة للحمل

٤٠٨ حكم الوصيّة للذمّي

٤١٠ القول بعدم صحة الوصيّة للذمّي

٤١٢ عدم صحة الوصيّة للحربى

٤١٣ عدم صحة الوصيّة لملوك غير الموصى

٤١٥ صحة الوصيّة لعبد الموصى

٥٣٩	فهرس المحتويات
٤١٦	اعتبار كون ما يوصى به بعد خروجه من الثالث
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 تعقد من الوصية إذا وفت بقيمتها أو من نصيب ولدها؟
٤٢٥	إطلاق الوصية تقتضي التسوية
٤٢٦	الوصية للأحوال والأعما
٤٢٧	الوصية للقرابة
٤٢٨	الوصية لأهل بيته
٤٢٩	إذمات الموصى له قبل الموصي يقوم الوارث مقامه
٤٣٠	الروايات المعارضة في المقام
٤٣١	لولم يكن وارث سوى الإمام <small>عليه السلام</small> مع غيبته
٤٣٢	استحباب الوصية لذوي القرابة
٤٣٣ /	الفصل الرابع: في الأوصياء
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 ج٦
٤٣٧	اعتبار العدالة في القيمة ٤٣٧
٤٣٧	لو أوصى إلى عدل ففسق ٤٣٧
٤٣٨	الكلام في وصاية المملوك ٤٣٨
٤٣٩	جواز وصاية الصبي منضماً إلى الكبير ٤٣٩
٤٤٠	صحّة الوصيّة للكافر إلى مثله ٤٤٠
٤٤٠	صحّة الوصيّة إلى المرأة ٤٤٠
٤٤٠	حكم الوصيّة إلى اثنين ٤٤٠
٤٤٣	لو تشاّح الوصيّان مع نزوم اجتماعهما ٤٤٣
٤٤٤	جبر الحاكم إياهما على التوافق ٤٤٤
٤٤٤	لو عجز أحد الوصيّين ٤٤٤
٤٤٥	لو قصد الموصي استقلال كلّ منها ٤٤٥
٤٤٥	للموصي تغيير الأوصياء ٤٤٥
٤٤٥	روايات المسألة ٤٤٥
٤٤٦	للموصى إليه ردّ الوصيّة ٤٤٦
٤٤٩	لو مات الموصي قبل بلوغ الرّد ٤٤٩
٤٤٩	جواز استبدال الوصيّ مع الخيانة ٤٤٩
٤٥٠	الوصيّ أمين لا يضمن إلّا مع التعدي ٤٥٠
٤٥١	جواز استيفاء دينه مما في يده ٤٥١
٤٥٣	جواز تقويم الوصيّ مال اليتيم على نفسه واقتراضه إذا كان ملياً ٤٥٣
٤٥٤	هل يأخذ الوصيّ أجراً مثل أو قدر الكفاية؟ ٤٥٤

٥٤١	فهرس المحتويات
٤٥٤	اختصاص الولاية بما عين الموصي
٤٥٤	روايات المسألة.....
٤٥٦	جواز أخذ أجرة المثل من غير فرق بين الغنيّ وغيره وبين الوصيّ وغيره
٤٥٧	لو أذن الموصي للوصيّ أن يوصي
٤٦٢	الحاكم وصيّ من لا وصيّ له
٤٦٢	الروايات الدالة على جواز وصيّة الموصى إليه
٤٦٥	الكلام في دلالة هذه الروايات
٤٦٧ /	الفصل الخامس: في الموصى به
٤٦٧	في أحکام وشروط الموصى به
٤٦٧	لا تجوز الوصيّة بما لا يملك
٤٦٨	اعتبار عدم الزيادة عن الثلث في نفوذ الوصيّة
٤٦٨	روايات المسألة.....
٤٦٩	القول بجواز الوصيّة بأكثر من الثلث
٤٧٠	جواز الوصيّة بأكثر من الثلث مع إمضاء الورثة
٤٧١	لو أجاز بعض الورثة الوصيّة بأكثر من الثلث
٤٧٢	مع عدم الإجازة لا تنفذ إلّا بمقدار الثلث
٤٧٢	حصول الملك للموصى له بعد الموت
٤٧٢	صحّة الوصيّة بالمضاربة بمال ولده الصغار
٤٧٣	المناقشة في دلالة الروايات
٤٧٤	القول بصحة الوصيّة بالمضاربة

جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج٦	٥٤٢
وجوب خروج الواجب من أصل المال لو أوصى بواجب وغيره	٤٧٦
الروايات الواردة في المقام	٤٧٦
الوصية غير الواجبة يخرج من الثالث	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 الجموع وعدم الترتيب	٤٨٥
لو أوصى بعتق ماليكه	٤٨٦
حكم من أوصى بجزء من ماله	٤٨٨
روايات الباب	٤٨٨
ما يظهر منه تفسير الجزء بالسبعين	٤٨٩
حكم من أوصى بسهم	٤٩٢
الروايات المعارضة	٤٩٣
حكم من أوصى بشيء	٤٩٣
لو أوصى بوجه فنسني 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 الوصيّة
٥٠٠	إذا أوصى بوصيّة ثم عقبها بمضادّة
٥٠١	ثبوت الوصيّة بالمال بشهادة رجلين عدلين
٥٠٢	ثبوت الوصيّة بشهادة أربع نساء
٥٠٢	روايات المسألة
٥٠٣	الروايات المعارضة وما يرد عليها
٥٠٤	ثبوت الوصيّة بالمال بشاهد ويعين
٥٠٤	ولاية الوصيّ على التصرّفات
٥٠٥	لو أشهد عبدين له على أنّ حمل المملوكة منه
٥٠٦	كرأة استرقاقها
٥٠٦	عدم قبول شهادة الوصيّ في ما هو وصيّ فيه
٥٠٧	أوصى بعتق عبده وليس له غيره
٥٠٨	لو أعتق ثلثه وله مال أعتق الباقى
٥٠٨	روايات الباب
٥٠٩	لو أوصى بعتق جملة ماليكه
٥١٠	إذا أوصى بعتق ربة أجزأ الذكر والأئشى
٥١٣	إذا أوصى بعتق ربة بثمن معين
٥١٣	الكلام في تصرّفات المريض
٥١٤	حكم من أقرّ للأجنبي

٥٤٤	جامع المدارك في شرح المختصر النافع ج٦
٥١٤	الروايات الواردة في المقام
٥١٦	وجه الجمع بين هذه الصحيحة وبين صحيحة منصور والموثقة
٥١٧	تعلق الديون والوصايا بأرش الجراح ودية النفس
٥١٩	فهرس المحتويات