جواهر الكلام

في ثوبه الجديد

أسلوب جديد في تحليل أبحاث
كتاب (جواهر الكلام)
وعرضها بمنهجية موضوعية

الجزء الرابع عشر

تحقيق
مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي

جواهر الكلام في ثوبه الجديد

جواهر الكلام

في ثوبه الجديد

أسلوب جديد في تحليل أبحاث
كتاب (جواهر الكلام)
وعرضها بمنهجية موضوعية

الجزء الرابع عشر

تحقيق
مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي

سر شناسه	: صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ۱۲۰۰ ـ ۱۲۶۶ق.، شارح.
عنوان قراردادی	: شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. شرح
عنوان و نام پدیدآور	: جواهر الکلام في ثوبه الجدید: اسلوب جدید في تحلیل ابحاث کتاب (جواهر الکلام) وعرضها بمنهجیه موضوعیه/ [محمد حسن بن باقر صاحب جواهر]؛ تحقیق مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی طبقا لمذهب اهل البیت علیهم‌السلام.
مشخصات نشر	: قم: دائره معارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البیت(ع)، ۱۴۳۲ق. = ۲۰۱۱م. = ۱۳۹۰ ـ
مشخصات ظاهری	: ج. ۱۴.
شابک	: دوره: 964-8360-86-3
شابک	: ج. ۱۴: 978-964-2730-93-3
یادداشت	: عربی.
یادداشت	: ج. ۱۴ (چاپ اول: ۱۳۹۰) (فیپا).
یادداشت	: کتاب حاضر شرحی است بر «شرایع الاسلام في مسائل الحلال والحرام» از محقق حلی.
یادداشت	: کتابنامه.
موضوع	: محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲ ـ ۶۷۶ق. شرایع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ـ نقد وتفسیر.
موضوع	: فقه جعفری.
شناسه افزوده	: محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۷۶ ـ ۶۰۲ق. شرایع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، شرح
شناسه افزوده	: موسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت(ع)
رده بندی کنگره	: ۱۳۷۹ ۴۰۲۱۶ش۳م/BP۱۸۲
رده بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۴۲
شماره کتابخانه ملی	: ۶۸۱۳ ـ ۸۰م

جمیع حقوق الطبع محفوظة للناشر

هویة الکتاب

الکتاب :	جواهر الکلام في ثوبه الجدید
الناشر :	مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي
الطبعة الاولی :	۱۴۳۲ هـ ـ ۲۰۱۱م
المطبعة :	بهمن
الکمیة :	۱۰۰۰ نسخة

ISBN 964-8360-86-3 (Vol.set)
ISBN 978-964-2730-93-3 (Vol.14)

دائرة معارف الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم‌السلام

ص . ب ۳۷۹۶ / ۳۷۱۸۵ ـ ☎ ۷۷۳۹۹۹۹

الجمهوریة الاسلامیة الایرانیة ـ قم المقدسة

وکلاء التوزیع :

- لبنان ـ بیروت ـ حارة حریك ـ شارع السید عباس الموسوی ـ بنایة الغدیر
  هاتف: ۰۱/۵۵۲۲۶۲ ـ ۰۳/۶۴۴۶۶۲ تلفاکس: ۰۱/۵۵۸۲۱۵
  ص . ب: ۲۴/۵۰ ـ الرمز البریدی: ۱۰۱۷ ـ ۲۰۱۰ ـ برج البراجنة
- العراق ـ النجف الأشرف ـ دار الغدیر للطباعة والنشر. تلفون: ۹۶۴۳۳۳۷۳۵۶۳ +

بسم الله الرحمن الرحيم

[المزارعة]:

(أمّا المزارعة فهي): لغة مفاعلة من الزرع، وشرعاً (معاملة على الأرض بحصّة من حاصلها) [١].

ولا ريب في مشروعية هذا العقد [٢].

---

[١] ولعلّ تحقق المعنى اللغوي فيه باعتبار مباشرة أحدهما وأمر الآخر به نحو ما سمعته في المضاربة.

وهل هي المخابرة؟ فيه خلاف، لا فائدة مهمّة في تحقيقه.

لكن في المسالك: «قد يعبّر عن المزارعة بالمخابرة، إمّا من الخبر وهو الأكّار، أو من الخبارة وهي الأرض الرخوة، أو مأخوذة من معاملة النبيّ صلى الله عليه وآله لأهل خيبر»[1].

وعلى كلّ حال فـ«ـالمعاملة» في تعريفها بمنزلة الجنس الشامل للإجارة والمساقاة وغيرهما، وبالأخير يخرج الأوّل؛ لعدم صحتها بحصّة من النماء، كما أنّه بالأوّل يخرج الثاني؛ لأنّها معاملة على الأُصول بحصّة منها وإن كانت الأرض تابعة.

وقد عرفت غير مرّة أنّ المراد بنحو هذا التعريف في كلامهم التصوير والتمييز في الذهن في الجملة فلا يناسب الإطناب في بيان فقده لوازم التعريف من الطرد والعكس وغيرهما كما هو واضح.

[٢] **عندنا وعند أكثر علماء الإسلام**، بل نصوصاً فيها وفي المساقاة مستفيضة أو متواترة: ١ ـ منها خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل [آخر] فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر؟ فقال: «لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقراً ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع [في] أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث، أو ما كان من شرط، ولا يسمي بذراً ولا بقراً إنّما يحرّم الكلام»[2]. ٢ ـ ونحوه خبر النضر بن سويد عن عبدالله بن سنان أنّه قال: في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر وثلث للبذر، وثلث للأرض، قال: «لا يسمّي شيئاً من الحبّ والبقر، ولكن يقول: أزرع فيها كذا وكذا إن شئت نصفاً، وإن شئت ثلثاً»[3]. ٣ ـ ومنها صحيح يعقوب عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث سألته عن الرجل يعطي الرجل أرضه وفيها رمّان أو نخل أو فاكهة، ويقول: اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج؟ قال: «لا بأس»[4]. **خلافاً للشافعي وأبي حنيفة وبعض العامّة فمنعوا منه إلّا في مواضع مخصوصة[5].**

---

(١) المسالك ٥: ٧، وفيه: «الخبير» بدل «الخبر».

(٢) الوسائل ١٩: ٤٣، ب٨ من المزارعة، ح١٠، فيه: «فإنّما» بدل «إنّما».

(٣) المصدر السابق: ٤١، ح٥.

(٤) الكافي ٥: ٢٦٨، ح٢. الوسائل ١٩: ٤٤، ب٩ من المزارعة، ح٢.

(٥) حلية العلماء ٥: ٣٧٨. المجموع ١٤: ٤٢٠.

(و) كيف كان فـ(عبارة) عقد(ها أن يقول :)الموجب ، وهو من بيده الأرض (زارعتك أو ازرع هذه الأرض أو سلّمتها إليك وما جرى مجراه مدة معلومة ، بحصة معيّنة من حاصلها) فيقول القابل : قبلت . وجريان المعاطاة فيها على ما حققناه في محلّه ، بل حققنا الحال في اعتبار مادة لفظ مخصوص وهيئته في العقد اللازم وعدمه ، وقد ذكرنا قوّة الثاني وأنّه يكفي في تأديته جميع ما يفيده من الألفاظ ولو على طريق المجاز إلّا ما لا يتعارف أيضاً في تأدية مثله من الخطاب ولو لاستهجان المجاز فيه [١] .

نعم الظاهر اعتبار القول أيضاً في قبولها ، كغيرها من العقود اللازمة [٢] .

[ولكن لا يعتبر فيه لفظ مخصوص] ، بل هو جميع ما دلّ على الرضا بالإيجاب [٣] .

---

[١] ولعلّه على هذا توسّع المصنّف هنا ، فذكر « سلّمتها وما جرى مجراه » ، وصيغة الأمر . بل في جامع المقاصد والمسالك الاستدلال على جواز الأخير [أي الأمر] الذي نسبه في الروضة هنا إلى المشهور بخبري أبي الربيع والنضر بن سويد[١] المتقدّمين[٢] ، وإن ناقشا فيه بعدم الدلالة فيهما على أنّ هذا هو العقد ، خصوصاً مع عدم التصريح بالقبول ، فيمكن أن يكون هذا من جملة القول الذي يكون بين المتعاقدين قبل العقد لتقرير الأجر بينهما ، واختارا عدم الصحة وكذا في الرياض . إلّا أنّه استدلّ عليه بخبر يعقوب السابق وضعّفه أولاً : بأنّ غايته نفي البأس ، وهو لا يدلّ على اللزوم المطلوب إثباته بالصيغة ، وثانياً : بعدم تضمّنه القبول ولو فعلاً ، وهو كاشف عن أنّ المراد من ذكر ذلك بيان ما يصحّ مساقاته ، لا صيغتها حتى يستدلّ به على ذلك[٣] . لكن لا يخفى عليك ما في الجميع بعد الإحاطة بما أسلفناه في كتاب البيع . وخبرا أبي الربيع والنضر ، إنّما هما بصيغة المضارع ، لا الأمر ، وظاهر قوله في أحدهما : « انّما يحرّم الكلام » إرادة العقد بذلك . ونفي « البأس » في خبر يعقوب بعد ظهور « القول » فيه في الصيغة دالّ على صحتها المترتّب عليه أحكامها . فإذاً الأقوى جواز ذلك كلّه لأنّ التحقيق عدم الإجمال في العقد كي يقتصر فيه على المتيقن في المادّة والهيئة .

[٢] وترك المصنّف له هنا في بيان عبارتها ؛ لعدم اعتبار لفظ مخصوص فيه .

[٣] **فما في المسالك[٤] من احتمال كون ذلك منه لبيان الاكتفاء فيه بالفعل كما اختاره العلاّمة في القواعد[٥] . في** غير محلّه ، هذا .

وفي المسالك : « واعلم أنّه قد استفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها أنّ المعقود عليه هو الأرض المملوكة المنتفع بها » إلى أن قال : « وإنّه لا تشرع المزارعة بين المتعاملين إذا لم يكن الأرض ملكاً لأحدهما كما في الأرض الخراجية ، وإن بقي من لوازمها ما يمكن اشتراكهما فيه ؛ لما قد عرفت أنّ متعلّقها والمعقود عليه [فيها] هو الأرض فلو اتّفق اثنان على المعاملة في مثل ذلك في الأرض الخراجية ، فطريق الصحّة الاشتراك في البذر »[٦] إلى تمام ما ذكره من الحيل الشرعية المفيدة للاشتراك في الحاصل ، على حسب ما يتّفقان عليه بغير طريق المزارعة .

---

(١) جامع المقاصد ٧ : ٣١٢ . المسالك ٥ : ٨ . الروضة ٤ : ٢٧٦ .

(٢) تقدّما في ص : ٧ .

(٣) الرياض ٩ : ١٠٢ ـ ١٠٣ .

(٤) المسالك ٥ : ٨ .

(٥) القواعد ٢ : ٣١١ .

(٦) المسالك ٥ : ٨ ـ ٩ .

[ويعتبر في المزارعة كون الأرض مملوكة العين أو المنفعة أو الانتفاع]، بمعنى اعتبار السلطان على الأرض للمزارع.

وقد يناقش فيه: بأنّ صيغة المزارعة التي هي زارعتك وسلّمتك ونحوهما وحقيقتها ـ التي هي المعاملة على الأرض بالحصّة من حاصلها ـ لا تقتضي اعتبار ملكيّة الأرض، لاعيناً ولا منفعة، بل يكفي فيها الأولوية الحاصلة في أرض الخراج بالإحياء أو بالتفويض، ممّن هي في يده من حاكم الجور أو الشرع أو غير ذلك.

ومن هنا جزم في الكفاية بعدم اعتبار ذلك في المزارعة[١].

وذكر جملة من النصوص الدالّة على جواز مزارعة أرض الخراج [وذلك]:

١ ـ كصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث: سئل عن مزارعة أهل الخراج بالنصف والثلث والربع؟ قال: «نعم لا بأس به، قد قبّل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر أعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخبر والخبر هو النصف»[٢].

٢ ـ وفي خبر الفيض بن المختار قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: جعلت فداك ما تقول في أرض أتقبّلها من السلطان ثمّ أُؤاجرها أُكرتي على أنّ ما أخرج الله تعالى منها من شيء كان لي من ذلك النصف أو الثلث بعد حقّ السلطان قال: «لا بأس به كذلك أُعامل أُكرتي»[٣].

٣ ـ وفي خبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام: سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمّرها ويصلحها ويؤدّي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما، قال: «لا بأس ـ إلى أن قال: ـ وسألته عن المزارعة؟ فقال: النفقة منك، والأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شيء قسّم على الشطر، وكذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وآله يهود خيبر حين أتوه فأعطاهم إيّاها على أن يعمّروها ولهم النصف ممّا أخرجت»[٤] إلى غير ذلك.

قلت: قد يقال: إنّ مراد الشهيد مالا ينافي شيئاً ممّا سمعت، وذلك لأنّه لا يكاد ينكر ظهور ما ذكروه ـ من تعريف المزارعة المزبورة ومن صيغتها المذكورة ـ في كون الأرض مملوكة العين أو المنفعة أو الانتفاع، وإلّا لم يكن وجه للمعاملة عليها بالحصّة من حاصلها التي مقتضاها تسليط العامل عليها بعوض هو الحصّة من الحاصل، فهي حينئذٍ كالإجارة بالنسبة إلى ذلك، وإن اختلفت معها في الأُجرة، بل هو معنى «زارعتك على هذه الأرض»، أو «سلّمتك إياها» أو «سلّطتك عليها بالحصّة من حاصلها»؛ إذ لا معنى له بدونه، فإنّ المعاوضات التمليكية لا يتصوّر فيها عدم ملكية العوضين، أو أحدهما بأحد الوجوه التي ذكرناها.

بل قد سمعت مافي خبر يعقوب المسؤول فيه عن المزارعة، فقال: «النفقة منك والأرض لصاحبها فما أخرج الله تعالى من شيء قسّم على الشطر»[٥].

كغيره من النصوص الظاهرة في كون الأرض في المزارعة مملوكة عيناً أو منفعة أو انتفاعاً.

---

(١) كفاية الأحكام ١: ٦٣٤ـ٦٣٥.

(٢) الوسائل ١٩: ٤٢ ب٨ من المزارعة، ح٨.

(٣) الوسائل ١٩: ٥٢ـ٥٣، ب١٥ من المزارعة، ح٣.

(٤) الوسائل ١٩: ٤٥، ب١٠ من المزارعة، ح٢، وليس فيه «يهود».

(٥) تقدّم آنفاً.

وأرض الخراج وإن كانت غير مملوكة العين ذاتاً لكنّها قد تملك منفعتها بالاستئجار من السلطان الذي قد أجرى الشارع ذلك منه مجرى سلطان العدل أو بالتقبيل أو غير ذلك ممّا يفيد تمليك المنفعة أو الانتفاع، وكذا من سبق إليها فأحياها وقلنا: إنّه بذلك يكون أحق من غيره في الانتفاع بها، فإنّه في الحقيقة مالك الانتفاع بها، ولذا يصحّ له جعل مثل هذه الأحقيّة ثمناً لمبيع وأجرة في الإجارة [١].

[ولو لم يكن لأحدهما تسلط على منفعتها، أو الانتفاع بها فلابدّ في إرادة الاشتراك في نمائها على التساوي أو التفاضل من الاشتراك في البذر كذلك أو غير ذلك من الوجوه والحيل] [٢].

نعم يبقى شيء وهو أنّ [الظاهر] [٣] عدم صحة المزارعة على الأرض المستعارة ولو للزراعة على وجه يملك المستعير الحصّة على المزارع [٤].

فإذا وقعت المزارعة منه حينئذٍ فهي في الحقيقة للمالك وإن قصد بها نفسه، فأرض الخراج التي يفوّض أمرها الجائر مثلاً إلى شخص مثلاً على أنّها له إذا زارع عليها، لا يملك الحصّة [٥].

بل تكون الحصّة حينئذ للمسلمين على فرض صحة المزارعة. نعم إذا استمر الجائر على الإباحة إلى قبض الحاصل كان الملك حينئذٍ بذلك، لا بالمزارعة. فتأمّل جيّداً (و) على كلّ حال فـ(سهو) أي عقد المزارعة (عقد لازم) [٦].

---

[١] إذ هو كالتحجير ونحوه من الحقوق المالية.

وعلى هذا ونحوه خرجت نصوص مزارعة أرض الخراج لا ما إذا لم يكن لأحدهما تسلّط على منفعتها أو الانتفاع بها، فإنّه لا خصوصية لأحدهما على الآخر على وجه يكون أحدهما مزارعاً والآخر عاملاً، بل لابدّ حينئذٍ في إرادة الاشتراك في نمائها على التساوي، أو التفاضل من الاشتراك في البذر كذلك، أو غير ذلك من الوجوه والحيل.

[٢] التي ذكرها في المسالك[1] ممّا هو منطبق على قواعد الإجارة والصلح أو غيرهما، لا المزارعة لفقد تسلّط أحدهما على الأرض الذي هو ركن في المزارعة، كي يدفعها إلى الآخر بالحصّة من حاصلها الذي قد عرفت أنّه في المعنى إجارة. وبذلك كلّه ظهر أنّه لا وجه لمناقشته بما عرفت، وبمخالفته للنصوص السابقة.

ودعوى ظهور كلامه في اعتبار ملكية العين في المزارعة مقطوع بفسادها، فإنّ القواعد والنصوص والفتاوى صريحة في خلافها، ويبعد خفاء مثل ذلك على مثل الشهيد.

[٣] [إذ] قضيّة ما ذكرنا [ذلك].

[٤] لعدم الملك عيناً ومنفعة وانتفاعاً.

[٥] ضرورة عدم ملك العين أو المنفعة أو الانتفاع بذلك.

[٦] **بلا خلاف، بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه**؛ لقاعدة اللزوم المستفادة من آية ﴿أَوْفُوا﴾[2] وغيرها.

---

(١) المسالك ٥: ٩.

(٢) المائدة: ١.

فـ(**لا ينفسخ**) حينئذٍ اختياراً (**إلّا بالتقايل**) [١] أو باشتراط الخيار ونحوه .

نعم قد ينفسخ قهراً بخروج الأرض عن الانتفاع ونحوه ، (**ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين**) كغيره من العقود اللازمة ، فإذا مات ربّ الأرض انتقل حكم العقد إلى وارثه .

وإذا مات العامل قام وارثه مقامه ، أو استؤجر من ماله ـ ولو الحصّة المزبورة ـ على إتمام العمل .

ولكن [لو شرط المالك على العامل العمل بنفسه ومات العامل بعد خروج الثمرة فالملك متزلزل] [٢] .

بل الظاهر حينئذٍ البطلان والرجوع إلى أُجرة المثل على فرض القول باحترام عمله في هذا الحال ، ولا يقسّط على الحصّة ، وإن قلنا به في الإجارة على العمل المشروط فيه المباشرة [٣] .

(**و**) كيف كان فـ(**الكلام إمّا في شروطه**) أي هذا العقد (**وإما في أحكامه**) .

(**أمّا الشروط : فثلاثة**) :

[كون النماء مشاعاً] :

(**الأوّل : أن يكون النماء مشاعاً بينهما ، تساويا فيه أو تفاضلا**) [٤] .

---

[١] المطلقة أدلّته .

[٢] [**و**] **في المسالك وغيرها أنّه ربّما استثني من ذلك ما إذا شرط المالك على العامل العمل بنفسه ، فإنّها حينئذٍ تبطل بموته ، قال : « ويشكل لو كان موته بعد خروج الثمرة ؛ لأنّه حينئذٍ قد تملّك الحصّة وإن وجب عليه بقيّة العمل ، فخروجها عن ملكه بعد ذلك بعيد ، نعم لو كان قبله اتّجه »**[1] .

قلت : قد يقال بأنّ الملك حينئذٍ وإن حصل ، لكنّه متزلزل إلى حصول تمام العمل ، نحو ملك العامل في المضاربة في بعض الأحوال .

[٣] لعدم ظهور مقابلة أجزاء العمل بأجزاء الحصّة هنا ، لا شرعاً ولا قصداً بخلافه في الإجارة ، وإلّا لاتّجه حينئذٍ ملك بعض الحصّة ببعض العمل قبل ظهور شيء من الزرع ، وهو معلوم البطلان كما هو واضح .

[٤] **بلا خلاف على مافي الرياض ، بل في الغنية الإجماع عليه**[2] ، وإنّه الحجّة مضافاً إلى قاعدة الاقتصار على المتيقّن من النصّ والفتاوى في عقد المزارعة والمساقاة ، المخالف لأصالة عدم الغرر . بل في الصحيح : « لا تقبّل الأرض بحنطة مسمّاة ، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به »[3] .

وفي المسالك في تفسير الشرط المزبور : « أي يكون مجموع النماء بينهما مشاعاً ، فيخرج بذلك مالو شرط أحدهما شيئاً معيّناً ، والباقي للآخر أولهما ، وما لو شرط أحدهما خاصّة وغير ذلك ، والوجه في بطلان الجميع منافاته لوضع المزارعة »[4] .

---

(١) المسالك ٥ : ١٠ .

(٢) الرياض ٩ : ١٠٤ . الغنية : ٢٩٠ .

(٣) الوسائل ١٩ : ٤١ ، ب٨ من المزارعة ، ح٣ .

(٤) المسالك ٥ : ١١ .

قلت : [المختار] [١] بطلان المزارعة مع عدم الإشاعة في شيءٍ منها .

(**فلو شرطه**) أي النماء (**أحدهما لم يصحّ ، وكذا لو اختص كلّ واحد منهما بنوع من الزرع دون صاحبه كأن يشترط أحدهما الهرف**) أي المتقدّم من الزرع (**والآخر الأفل**) أي المتأخّر منه (**أو ما يزرع على الجداول**) بمعنى الأنهار الصغار أو ما يجمع حولها من التراب من قطع الأرض (**والآخر ما يزرع في غيرها**) أو نحو ذلك ممّا لا إشاعة في شيء منه بينهما .

وأمّا إذا كانت الإشاعة في الجملة محققة (**و**) لكن بعد استثناء شيء معيّن كما (**لو شرط أحدهما قدراً من الحاصل وما زاد عليه بينهما**) فإنّه (**لم يصح**) أيضاً عند المصنّف [٢] ، لا (**لجواز أن لا تحصل الزيادة**) فيبقى الآخر بلا شيء [٣] .

ولعلّه [يصحّ استثناء شيء مطلق] [٤] ، خصوصاً إذا كان الاستثناء لأجنبي عنهما ، ولعلّ منه [= من الاستثناء للأجنبي] استثناء قدر معيّن لخراج السلطان .

كما أنّ من الأوّل [أي الاستثناء لأحدهما] استثناء مقدار ما يصرف على عمارتها أوّلاً ثمّ قسمة الحاصل بينهما [٥] .

---

[١] **[كما] لا خلاف ولا أشكال في [ذلك] .**

[٢] **وجماعة .**

بل ربّما قيل : إنّه المشهور[١] ، سواء كان مقدار البذر أو غيره .

[٣] إذ يمكن فرضه فيما يكون الغالب عادة حصولها ، بل لمنافاته الثابت من شرع المزارعة الذي هو كون النماء جميعه مشاعاً بينهما .

خلافاً لما عن الشيخ وجماعة من جواز اشتراط مقدار البذر[٢] .

بل عن الفاضل جواز استثناء شيء مطلقاً[٣] .

ورجّحه في الكفاية[٤] .

[٤] للعمومات والإطلاقات بعد منع ظهور ما دلّ على شرعيّة المزارعة في إشاعة جميع الحاصل بينهما ، بل ربّما كان الظاهر منه خلاف ذلك .

[٥] بل لعلّ خبر إبراهيم الكرخي كالصريح في أنّ المدار على الشرط ، قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : أُشارك العِلْج فيكون من عندي الأرض والبذر والبقر ، ويكون على العِلْج القيام والسقي و[العمل في] الزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً ، وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقّه ، ويبقى ما بقي ، على أنّ للعِلْج منه الثلث ، ولي الباقي .

---

(١) قاله في المسالك ٥ : ١٢ .

(٢) النهاية : ٤٤٠ .

(٣) المختلف ٦ : ١٩٢ .

(٤) كفاية الأحكام ١ : ٦٣٦ .

قال : « لا بأس بذلك » .

قلت : فلي عليه أن يردّ عليّ ممّا أخرجت الأرض البذر ، ويقسّم ما بقي .

قال : « إنّما شاركته على أنّ البذر من عندك ، وعليه السقي والقيام »[١] .

كظهور خبر يعقوب بن شعيب في استثناء غير ذلك قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمّرها ويصلحها ويؤدّي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما .

قال : « لا بأس »[٢] .

إلى غير ذلك من النصوص على اختلافها في الظهور والإشعار بجواز ذلك الذي هو في الحقيقة لا ينافي الإشاعة ، خصوصاً إذا كان لأجنبي ، وإن نافى كونه بينهما .

ومن الغريب بعد ذلك كلّه مافي الرياض حيث إنّه بعد أن حكى عن الكفاية ترجيح ذلك استناداً إلى قوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ ﴾[٣] .

قال : « وهو كما ترى ؛ إذ ليس المستفاد منه إلّا الجواز مع الرضا ، وهو لا يستلزم اللزوم مع فقده ولو بعدها ، كما هو المدّعى ، مع أنّه مخصّص بما مضى ، مضافاً إلى مادلّ على النهي عن التجارة المتضمّنة للغرر[٤] والجهالة ، ومنها مفروض المسألة كما مرّ إليه الإشارة ، وبه صرّح في الغنية ، فقال ، بعد الاستناد إلى الإجماع : ولعلّه لا يسلم إلّا ما قد عيّنه ، فيبقى ربّ الأرض والنخل بلا شيء وقد يعطب إلّا غلّة ما عيّنه ، فيبقى العامل بغير شيء »[٥] .

إذ لا يخفى عليك مافيه من عدم انحصار الدليل في الآية التي يكفي في المطلوب دلالتها على الجواز والمشروعية ، واللزوم يستفاد حينئذٍ من آية ﴿ أَوفُوا ﴾[٦] وغيرها وليس فيما مضى ما يصلح مخصّصاً ؛ إذ ليس إلّا دعوى شرعيتها على خلاف ذلك ، وقد عرفت منعها على مدّعيها ، وأنّ الإطلاقات والعمومات تكفي في إثبات شرعيتها على الوجه المزبور ، ولا نهي عن مطلق الغرر على وجه يشمل هذه المعاملة التي هي مبنيّة عليه .

ومافي الغنية ظاهر في استثناء قطعة من الأرض يختصّ بها العامل أو ربّ الأرض[٧] ، وهو غيرما نحن فيه من اشتراط مقدار كلّي معيّن من الحاصل لأحدهما الذي قد عرفت عدم منافاته للإشاعة حتى لو كان لأحدهما ، بناء على أنّه كاستثناء الأرطال المعلومة في بيع الثمار .

---

(١) الوسائل ١٩ : ٤٤ـ٤٥ ، ب١٠ من المزارعة ، ح١ .

(٢) المصدر السابق : ٤٥ ، ح٢ .

(٣) النساء : ٢٩ .

(٤) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ ، ب٤٠ من آداب التجارة ، ح٣ .

(٥) الرياض ٩ : ١٠٤ـ١٠٥ .

(٦) المائدة : ١ .

(٧) الغنية : ٢٩٠ .

مع أنه قد يمنع عدم جواز ذلك [استثناء قطعة من الارض يختص بها العامل أو ربّ العمل] أيضاً، إذا كان بطريق الشرط خارجاً عن أرض المزارعة [١].

ولعلّ منه مافي أيدي الناس الآن من اشتراط الشكارة المختصّة بالسركار أو الفلاح أو غيرهما [٢].

(أمّا لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصّة) من ذهب أو فضة أو غيرهما **(قيل[١])**[٣]: **(يصح)** [٤]، [و] **(قيل: يبطل، و)** على كلّ حال لا ريب في أنّ **(الاوّل أشبه)**[٥]. بل لعلّ في الحكم بالسقوط منه بحسابه في المفروض إشكالاً [٦]. وإن كان هو الأقوى مالم يعلم إرادة خلافه من الشرط. **(وتكره إجارة الأرض للزراعة)** حنطة **(بالحنطة أو)** شعيراً بـ**(بالشعير)** مع ضمان ذلك في الذمة، وأمّا إذا كان **(ممّا يخرج منها و)** يحصل فيها مشخّصاً للثمن بذلك فـ**(بالمنع أشبه)** [٧].

---

[١] [وذلك] لعموم الأدلّة وإطلاقها.

[٢] ومن ذلك كلّه يظهر الوجه فيما ذكره المصنّف بقوله [ذلك].

[٣] **والقائل المشهور.**

[٤] بل لعلّ عليه عامّة من تأخّر.

بل قد يشعر ما في المسالك ومحكي غيرها بعدم الخلاف فيه حيث لم يعلما القائل بالآخر[٢] **(و)** إن قال المصنّف [ذلك].

[٥] بأُصول المذهب وقواعده، بل في المفاتيح في بعض الأخبار عليه دلالة[٣]، قيل: **« ولعلّه ما أشار إليه في الكفاية من بعض المعتبرة عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران ويضمن له أن يعطيه في كلّ جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهماً، فربّما نقص وغرم، وربّما استفضل وزاد، قال: « لا بأس [به] إذا تراضيا[٤] »»**[٥] هذا. **ولكن في المسالك: « أنّ قراره حينئذٍ مشروط بالسلامة كاستثناء أرطال معلومة من الثمرة في البيع، ولو تلف البعض منه سقط منه بحسابه؛ لأنّه كالشريك وإن كان حصّته معيّنة »**[٦].

قلت: قد يشكل ذلك بمنافاته؛ لعموم ما دلّ على لزوم الشرط بعد فرض كونه في الذمّة، وبذلك يفرّق بينه وبين استثناء الأرطال التي هي بعض المبيع، ولا مناص عن كونه حينئذٍ كالشريك.

نعم قد يتمّ ذلك في المسألة الأُولى التي هي اشتراط قدر معيّن من الحاصل، ولعلّه المراد لثاني الشهيدين، وإن توهّم بعض من تأخّر عنه أنّ مراده الأخير وتبعه عليه[٧]، إلّا أنّه كما ترى لا وجه له.

[٦] عملاً بالشرط الموافق لتعليل المنع في المتن وغيره.

[٧] بأُصول المذهب وقواعده؛ ضرورة اعتبار ملكية الأُجرة التي هي عوض المنفعة المملوكة خارجاً أو ذمّة، ولا شيء منهما في الفرض.

---

(١) الرياض ٩: ١٠٥.
(٢)(٦) المسالك ٥: ١٢.
(٣) مفاتيح الشرائع ٣: ٩٦.
(٤) الوسائل ١٩: ٤٩، ب١٤ من المزارعة، ح١.
(٥) الرياض ٩: ١٠٥.
(٧) نقله في مفتاح الكرامة ٧: ٣٢٠.

و[المختار] [١] عدم الفرق بين تشخيص كونه منها، أو من أرض أُخرى ولا بين استئجارها بجنس ما يريد زرعه فيها وغيره [٢]. هذا كلّه إذا شخص الثمن بذلك.

أمّا لو جعله في الذمّة ولكن شرط الأداء منها أو من أرض معيّنة أُخرى فلا يبعد الجواز [٣].

ويجري عليه حكم الشرط حينئذٍ، مع احتمال البطلان فيه [٤].

وأمّا إذا لم يذكر ذلك لا مشخّصاً ولا شرطاً فلا ريب في أنّ [المختار] [٥] الجواز [٦]، من غير فرق في ذلك

---

[١] [كما] من ذلك [= مما تقدّم] يعلم [ذلك].

[٢] وإلى ما ذكرنا أشار:

١ ـ الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير: « لا تؤاجر الأرض بالحنطة والشعير ولا بالتمر ولا بالأربعاء ولا بالنطاف، ولكن بالذهب والفضّة؛ لأن الذهب والفضّة مضمون، وهذا ليس بمضمون »[(١)] بناءً على إرادة عدم إجارتها بذلك إذا كان منها حتى يصحّ التعليل فيه، بل منه يعلم كونه المراد من غيره من الأخبار[(٢)] المشتملة على النهي عن إجارتها بالحنطة والشعير من دون تعليل، خصوصاً مع ملاحظة العادة في ذلك.

٢ ـ مضافاً إلى خصوص خبر أبي بردة: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن إجارة الأرض المحدودة بالدراهم [المعلومة] ؟ فقال: « لا بأس ». قال: وسألته عن إجارتها بالطعام ؟ فقال: « إن كان من طعامها فلا خير فيه »[(٣)].

٣ ـ وخبر الفضيل بن يسار: سألت أبا جعفر عليه السلام عن إجارة الأرض بالطعام ؟ قال: « إن كان من طعامها فلا خير فيه »[(٤)] والمناقشة في السند أو الدلالة مدفوعة بالانجبار بالشهرة العظيمة.

بل لم أجد مخالفاً صريحاً إلّا ما يظهر من المصنّف في النافع[(٥)].

٤ ـ مؤيّداً ذلك كلّه بالحسن عن رجل اشترى من رجل أرضاً جرباناً معلومة بمئة كرٍّ على أن يعطيه من الأرض، قال: « حرام »[(٦)] بناءً على عدم ظهور الفرق بين ثمن المبيع والأُجرة.

[٣] للعمومات.

[٤] عملاً بما سمعته من النصوص في خصوص هذا الشرط.

[٥] [إذ] الأُصول والعمومات تقتضي [جواز ذلك].

[٦] مضافاً إلى التعليل والمفهوم من الأخبار السابقة الحاكمين على إطلاق غيرها من النصوص الذي قد عرفت مع ذلك انسياقه إلى إرادة ما يخرج منها.

---

(١) الوسائل ١٩: ٥٤، ب١٦ من المزارعة، ح٢، وفيه: «ولا بالشعير».

(٢) انظر الوسائل ١٩: ٥٣، ب١٦ من المزارعة.

(٣) المصدر السابق: ٥٦، ح٩.

(٤) المصدر السابق: ٥٥، ح٥.

(٥) انظر المختصر النافع: ١٧٢.

(٦) الوسائل ١٨: ٢٣٧، ب١٢ من بيع الثمار، ح٢، وفيه: «فقال».

بين كون الأجرة من جنس ما يزرع فيها، وغيره [١]. [ويكره إذا استأجرها بشعير في الذمة وزرعها حنطة]، بل لا يبعد القول بالكراهة في مطلق استئجارها بالطعام [٢].

(و) كذا يكره (**أن يؤجرها بأكثر ممّا استأجرها به، إلّا أن يحدث فيها حدثاً أو يؤجرها بجنس غيره**) [٣]، لكن قد أشبعنا الكلام في ذلك في كتاب الإجارة، فلاحظ وتأمّل.

---

[١] **خلافاً لبعضٍ فمنع منه مع كونها من جنس ما يزرع فيها**[١]؛ لصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «لا تستأجر الأرض بالحنطة ثمّ تزرعها حنطة»[٢].

وفيه ـ مع عدم وفائه بتمام المدّعى ـ: أنّه يمكن حمله على إرادة ما إذا كان منها، بل لعلّه لا يخلو من إيماء إليه، أو يحمل النهي فيه على الكراهة.

لكن في المسالك: «فيه نظر؛ لأنّ النهي فيه مطلق، ولا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بحمله [عليه]، والتحقيق أنّ المطلق والمقيّد متى كانا منفيّين لا يلزم الجمع بينهما، بل يحمل المطلق على إطلاقه، بخلاف المثبت وبملاحظة ذلك يخرج فساد كثير ممّا قرّرناه في مثل هذا الباب، وقد مضى مثله في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه مع ورود نصّ آخر بتحريم بيع المكيل والموزون كذلك، حيث جمع الأكثر فيهما بحمل المطلق على المقيّد، وليس بشيء وتحقيق ذلك في الأصول، مع أنّه يمكن حمل الخبر الأوّل على الإطلاق كالثاني، بأن يريد بكونه من طعامها أي من جنسه، ويؤيّده ظهور الكراهة منه، ولو كان من نفسه لكان اللازم التصريح بالمنع، فإنّ عدم الخير لا يبلغ حدّ المنع، فإنّ المباح والمكروه لا يوصف بالخير ولا يفيده، وبينه وبين الشرّ واسطة، وأمّا النهي فالأصل فيه التحريم، فحمله على الكراهة بغير دليل أمر غير حسن. وقول ابن البراج بالمنع مطلقاً لا يخلو من قوّة، نظراً إلى الرواية الصحيحة، إلّا أنّ المشهور خلاف قوله»[٣].

قلت: فيه مالا يخفى عليك؛ ضرورة كون التعارض بينهما بمفهوم الشرط الذي هو بحكم المنطوق، وقد تقدّم الكلام في مسألة بيع الطعام قبل قبضه، والجمع بما عرفت أولى ممّا ذكره من وجوه أحدها الاعتضاد بالشهرة العظيمة، وما قد تقدّم من تعليل المنع، وبالحسن المزبور، وبغير ذلك ممّا عرفته على وجه كشف عن إرادة ذلك من المطلقات أجمع، حتى الخبر المزبور، بشهادة ما في بعضها من التعليل الذي لا ينطبق إلّا على إرادة ما إذا كان منها، فلا محيص للفقيه حينئذٍ عن ذلك.

وقد ظهر من جميع ما قرّرنا وجه الحكم بالحرمة فيما إذا كان منها، بل أو من غيرها المعيّن، وعدمها فيما إذا لم يكن من جنس ما تزرع فيه، كما لو استأجرها بشعير في الذمّة وزرعها حنطة، بلا خلاف ولا إشكال، وأنّ الأصح عدمها أيضاً فيه، وإن كان هو مكروهاً للصحيح السابق[٤].

[٢] بناءً على التسامح فيها فيكفي حينئذٍ احتمال إرادته من المطلقات، والله العالم.

[٣] **عند جماعة، بل المشهور.**

---

(١) المهذب ٢: ١٠.

(٢) (٤) الوسائل ١٩: ٥٤، ب١٦ من المزارعة، ح٣.

(٣) المسالك ٥: ١٣ ـ ١٤.

[شرطية تعيين المدّة]:

الشرط (**الثاني تعيين المدّة**) [١].

بل [المختار] [٢] وجوب كون المدّة فيها ممّا يعلم فيها إدراك الزرع ولو من جهة العادة [٣].

وحينئذٍ فلا يجدي المدّة القليلة التي يعلم قصورها عن الإدراك فيها.

واحتمال التراضي بعدها مع عدم لزومه عليهما غير مجدٍ بل ومعه كما لو اشترط في عقد لازم [٤].

(**و**) كيف كان فبناءً على ما ذكرنا (**إذا شرط مدّة معيّنة بالأيام أو الأشهر**) والسنين ونحو ذلك على وجه

---

[١] بلا خلاف معتدّ به:

١ ـ بل لعلّ الإجماع عليه بناءً على عموم النهي عن الغرر[١]، وورود على أدلّة المقام ولو لرجحانه عليها؛ لكون المزارعة كالإجارة في المعنى، لا كالقراض الذي هو عقد جائز لافائدة لضرب الأجل فيه بالنسبة إلى جواز الفسخ. واحتمال المزارعة الغرر بالنظر إلى الحصّة لا يقتضي احتمالها إيّاه من غير هذه الجهة. وكون الزرع له أمد لا يكتفى به في تعيين الأجل بعد فرض اعتباره، كما في غيرها من الإجارة ونحوها.

٢ ـ مضافاً إلى خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام: سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبّلها فأيّ وجوه القبالة أحلّ؟ قال: « يتقبّل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسمّاة فيعمر ويؤدّي الخراج، فإن كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة الأرض فإنّ ذلك لا يحلّ »[٢] بناءً على إرادة المزارعة من « القبالة » فيه أو ما يشملها.

٣ ـ ومنه يعلم وجه دلالة صحيح الحلبي عنه أيضاً: « إنّ القبالة أن تأتي الأرض الخربة فتقبّلها من أهلها عشرين سنة أو أقلّ من ذلك أو أكثر فتعمّرها وتؤدّي ما خرج [عليها] فلا بأس به »[٣].

[٢] [كما] صرّح جماعة بـ[ذلك].

[٣] لأنّ إدراك الزرع هو الملحوظ في المزارعة بل هو ركنها الأعظم حتى أنّه ظنّ من جعل ذلك هو المدار من بعض النصوص عدم اعتبار المدّة في المزارعة وأنّ إدراك الزرع هو الغاية فيها. قال إبراهيم الكرخي: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أُشارك العلج فيكون من عندي الأرض والبذر والبقر ويكون على العلج القيام والسقي والعمل والزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً ويكون القسم فيأخذ السلطان حقّه ويبقى ما بقي على أنّ للعلج منه الثلث ولي الباقي، قال: « لا بأس »[٤]. وإن كان المراد منه أنّ ذلك يكون من العلج حتى يدرك الزرع الذي هو المراد من المزارعة، ولو مع ذكر المدّة التي يبلغ فيها الزرع.

[٤] لكنه خلاف المعلوم المعهود من المزارعة المشروعة. بل لعلّ ما توهّم منه الخلاف في ذلك كالمتن ونحوه ممّا أطلق فيه ذلك يمكن دعوى انسياقه إلى إرادة المدّة التي يدرك فيها الزرع من المدّة التي اعتبروها شرطاً.

نعم ذلك متّجه في الإجارة التي لم يكن مبناها ولا المقصود منها إدراك الزرع؛ لاحتمال إرادة قصيله ونحوه.

---

(١) انظر الوسائل ١٧: ٤٤٨، ب ٤٠ من آداب التجارة، ح ٣، ولكنه في مورد البيع، ولم نعثر على غيره.

(٢) الوسائل ١٩: ٦٠، ب ١٨ من المزارعة، ح ٥، وفيه: « قبالته » بدل « قبالة الأرض ».

(٣) الوسائل ١٩: ٤٧، ب ١١ من المزارعة، ح ٢.

(٤) الوسائل ١٩: ٤٤، ب ١٠ من أحكام المزارعة، ح ١، وفيه: « العمل في الزرع » و« تكون القسمة ».

يدرك فيه الزرع (صحّ) [١].

(و) أمّا (**لو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر المدّة فـ**)في الاكتفاء بذلك عنها (**وجهان ، أحدهما يصحّ ؛ لأنّ لكلّ زرع أمداً**)معتاداً (**فيبنى**) حينئذٍ (**على العادة كالقراض**) ويكتفى به عن ذكر المدّة . (**والآخر يبطل ؛ لأنّه عقد لازم فهو كالإجارة ، فيشترط فيه تعيين المدّة دفعاً للغرر ؛ لأنّ أمد الزرع غير مضبوط وهو**) [٢] (**أشبه**) [٣].

(و) على كلّ حال فـ(**لو مضت المدّة والزرع باق كان للمالك إزالته على الأشبه**) [٤].

(**سواء كان بسبب الزارع كالتفريط أو من قبل الله سبحانه كتأخّر المياه أو تغيّر الأهوية**) [٥].

---

[١] لما عرفت .

[٢] مع عدم خلاف محقق فيه .

[٣] بأصول المذهب وقواعده بعد القول باعتبار المدّة التي من المعلوم عدم الاكتفاء بمثل ذلك في جميع ما اعتبرت فيه من الإجارة وغيرها ، وقد عرفت الفرق بينها وبين القراض ، كما أنّك قد عرفت الشبه بينها وبين الإجارة .

[٤] بأصول المذهب وقواعده التي منها : ١ ـ قاعدة « تسلّط الناس على أموالها » . ٢ ـ « وعدم حلّ مال المسلم إلّا بطيب نفسه » ضرورة عدم حقّ للزارع بعد المدّة التي ذلك فائدة جعلها غاية .

[٥] وملحوظية إدراك الزرع لهما وضربهما المدّة المذكورة لزعم إدراكه فيها لا يقتضي استحقاق بقاء الزرع بعد المدّة . فما عن بعض : من أنّه ليس له الإزالة لأنه قد حصل في الأرض بحق ، فلم يكن للمالك قلعه ولأنّ للزرع أمداً معيّناً غير دائم الثبات ، فإذا الخلل لا يسقط حقّ الزارع كما لو استأجر مدّة للزرع فانقضت قبل إدراكه[1] . واضح الضعف ؛ إذ الحقّ كان إلى غاية ، فلا حقّ له حينئذٍ بعدها ، وإن كان للزرع أمد معيّن بل وإن كان قصيراً . كوضوح المنع في المقيس عليه من الإجارة التي هي أولى بالحكم ممّا هنا . اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ الغاية هنا للمزروع لا للمزارعة ، ولذا يبقى حكمها من الحصّة فيما بعد الغاية ، وحينئذٍ فالمراد أنّ الزرع الذي غايته كذا عادة متعلّق المزارعة ، وذلك كاف في رفع الجهالة ، فإذا اتّفق الخطأ بقيت المزارعة على حالها من اللزوم ، فليس له الإزالة حينئذٍ . نعم قد يقال: إنّ له الأجرة لما بقي من المدّة على ما يخصّ الزارع ، مع احتمال الأجرة للجميع ؛ لاستحقاق المالك عليه عوض المنفعة الأولى في الأرض الحصّة في الزرع ، فكلّ مقدّمة يحتاج إليها حينئذٍ الزرع تراد من العامل ، خصوصاً إذا كان التأخير منه لتقصير . وفيه: أنّه خلاف ظاهر المدّة المضروبة التي هي مساوية لمدّة الإجارة من الإتيان بها لرفع الجهالة والغرر في عقد المزارعة، هذا. **ولكن في القواعد: « الأقرب أنّ للمالك الإزالة مع الأرش أو التبقية مع الأُجرة سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله تعالى كتغيّر الأهوية وتأخير المياه »**[2] . وفيه : أوّلاً أنّ المناسب لما ذكره في الإجارة ـ من عدم جواز القلع لو تأخّر إدراك الزرع عن مدة الإجارة لا بتفريط الزارع[3] ـ عدم جواز القلع مع عدم التفريط هنا ؛ إذ المزارعة أولى؛ لأنّ الأصحّ جواز استئجار الأرض مدة لزرع لا يدرك فيها ، بخلافه هنا . وثانياً : أنّ المتّجه على الجواز اختصاص هذا القسم بوجوب الأرش دون ما إذا كان التأخير بتفريطه . وثالثاً : أنّه لا بدّ من تقييد قوله : « أو التبقية بالأُجرة » بكون ذلك مع رضا العامل ؛ لامتناع إلزامه بإثبات عوض في ذمته من دون رضاه ، وحينئذٍ لا وجه لإدخاله في حيّز « الأقرب » ؛ ضرورة كونه قطعياً على فرض رضاه .

---

(١) قربه في التذكرة ١ : ٤٠٠ ، وجزم به في جامع الشرائع : ٢٩٩ . (٢) (٣) القواعد ٢ : ٣١٢، ٣٠١ .

ثمّ إن الواجب [على تقدير إزالة المالك الزرع] هو أرش زرع العامل ، دون المالك ، فإن كان البذر منه وقلنا : إنّه ينمو على ملكهما كما هو الظاهر ، ومن ثمّ قلنا بوجوب الزكاة على كلّ منهما إذا بلغ نصيبه نصاباً ، فمقدار حصّة المالك لا يجب أرشه ، ولو قلنا بأنّه ينمو على ملك العامل فأرش الجميع ، ومنه يعلم حكم ما إذا كان البذر من المالك أو منهما . ومتى قلع المالك فالمتجه وجوب أُجرة المثل لتلك الأرض له على العامل إذا كان التأخير بتفريطه ولا نفع للعامل ؛ لتضييعه منفعة الأرض على المالك [١] .

نعم يتجه في الأوّل [أي تفريط الزارع] أُجرة المثل [٢] ، وفي الثاني [أي بقاء الزرع من قبل الله سبحانه] أرش الحاصل إن أمكن . هذا كلّه في المالك .

أمّا العامل فلا أُجرة له على المالك وإن كان التأخير من الله سبحانه وتعالى [٣] .

واعلم أنّ الأرش هو تفاوت مابين قيمته باقياً بالأجرة ، وقيمته مقلوعاً . ويحتمل أن يلحظ في القيمة استحقاقه للقلع [٤] .

(و) كيف كان فـ (لـإن اتفقا على التبقية جاز بعوض وغيره) [٥] .

(لكن إن شرط) ربّ الأرض (عوضاً) معيّناً (افتقر في لزومه) بعقد الإجارة (إلى تعيين المدّة الزائدة) .

وأمّا الصلح فيقوى جوازه وإن لم يعيّن المدّة كما أنّه تلزمه أُجرة المثل إن لم يعيّن العوض الذي قد اتفقا عليه كما هو واضح ، بل لعلّ الحكم كذلك حتى على القول بوجوب البقاء ، فإنّ الأقوى استحقاقه الأُجرة على ذلك فيتّجه حينئذٍ ما عرفت ، والله العالم .

---

[١] **قيل : « ولو أفضى تفريطه بالتأخير إلى نقص الحاصل نقصاً فاحشاً مخالفاً للعادة ، فليس ببعيد وجوب أكثر الأمرين للمالك من الحصّة وأُجرة المثل »**[١] .

قلت : يشكل انطباقه على قاعدة شرعية يعوّل عليها ، والاعتبار بمجرّده لا يصلح مدركاً .

[٢] التي هي الضابط في كلّ منفعة تفوت على مالكها والفرض عدم التمكّن من معرفة الحصّة التي كان يقتضيها عقد المزارعة .

[٣] **قيل : « إلّا إذا حكمنا بجواز القلع فإنّ المتّجه وجوب أُجرة المثل عليه ؛ لتضييع منافعه »**[٢] . مع احتمال الاكتفاء بوجوب الأرش عنها .

قلت : مضافاً إلى عدم ضمان منفعة الحرّ بمثل ذلك .

[٤] إذ المراد بالأرش عوض نقصان ماليته باعتبار حالته التي هو عليها ، ومنها كونه مستحقّ القلع بالأرش ؛ إذ ذلك من جملة أوصافه اللازمة له . **لكن في المسالك : « أنّه لا يخلو من دور »**[٣] .

وفيه : أنّه ليس المقام مقام دور ، فمع فرض مدخلية ذلك في قيمته يتّجه ملاحظته ، وإلّا كما هو الظاهر فلا ، والله العالم .

[٥] **بلا خلاف ولا إشكال** ؛ لأن الحقّ لا يعدوهما .

---

(١)(٢) جامع المقاصد ٧ : ٣١٩ .

(٣) المسالك ٥ : ١٧ .

(و) على كلّ حال فـ(**لو شرط في العقد تأخيره إن بقي بعد المدّة المشترطة بطل العقد على القول باشتراط تقدير المدّة**) [١]. بل قد يقال بالبطلان حتى مع تعيين المدّة المشروطة [٢].

نعم يمكن الصحة باشتراط البقاء مدة معيّنة على كلّ حال لإرادة الاستظهار من دون تعليق له على بقائه بعد المدة غير مدرك. كما أنّه يمكن القول بالصحّة بناءً على أنّ المانع الجهالة، لا التعليق، بتنزيل إرادة أصل ثبوت استحقاق الإبقاء ولو بالأجرة بالشرط المزبور [٣]، وإن وجب التراضي حينئذٍ بعد ذلك على تقديرها مع إرادة الإجارة الصحيحة أو أُجرة المثل أو غير ذلك، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق.

(ولو ترك الزراعة حتى انقضت المدّة لزمه أُجرة المثل، ولو كان استأجرها لزمته) بـ **(الأُجرة)** [٤].

والظاهر اختصاص المالك بها، لا أنّها تكون هي الحاصل فيجري عليه حكم ما اشترطاه في المزارعة من النصف أو الثلث [٥].

وكيف كان فهذا مع تمكين المالك له منها، وتسليمه إيّاها، وإلّا لم يستحقّ عليه شيئاً [٦]، بل قد ينساق أنّ للعامل عليه أُجرة المثل [٧].

---

[١] فإنّه لا تقدير حينئذٍ؛ إذ المدّة هي مجموع المذكور منها، والمشترط المفروض عدم تقديره، بل الظاهر كفاية الجهل في المدّة المشروطة خاصّة في بطلان العقد. لكن في المسالك: احتمال الصحّة؛ « لأن المدّة مضبوطة، وما تضمنه الشرط بمنزلة التابع ذكر احتياطاً؛ لاحتمال الحاجة، وجهالة التابع غير مضرّة كما تقدّم غير مرّة »[1]. وفيه مالا يخفى.

[٢] للتعليق والجهالة، ولو باعتبار الترديد بين المدّتين.

[٣] إذ مرجعه إلى اشتراط عدم القلع عليه، أو ما يقرب من ذلك ممّا لا إشكال في صحّته.

[٤] لوضوح الفرق بينهما، بتعذّر معرفة المسمى في الأوّل [أي المزارعة] ولذا وجب الرجوع إلى أُجرة المثل بخلافه في الأُجرة.

[٥] ضرورة أنّ ذلك في الحاصل من العمل والأرض، والفرض عدم العمل منه أصلاً، فلا وجه لاستحقاقه فيما يقابل منفعة الأرض.

[٦] لأنّ المنع من قبله.

[٧] حيث إنّه فوّت عليه المنفعة المستحقّة له. وعدم العمل منه الذي هو المقابل لمنفعة الأرض إنّما كان بتفريط المالك وتضييعه، فهو حينئذٍ كما لو استؤجر على عمل في مدّة فبذله الأجير ولم يستوفه منه المستأجر، فتأمّل. وعلى كلّ حال فحيث يلزم ضمان الأُجرة قال في المسالك: « يلزمه أرشها لو نقصت بترك الزرع كما يتفق في بعض الأرضين؛ لاستناد النقص إلى تفريطه » كما قال فيها، « وهل يفرق فيها بين ما إذا ترك العامل الانتفاع اختياراً أو غيره، ظاهرهم عدمه، ولا يبعد الفرق لعدم التقصير في الثاني خصوصاً في الأرش، ومقتضى العقد لزوم الحصّة خاصة، ولم يحصل منه تقصير يوجب الانتقال إلى مالا يقتضيه [العقد]. نعم يتوجّه الحكم مطلقاً في الإجارة؛ لأنّ حقّ المالك هو الأُجرة عوضاً عن منفعة العين تلك المدّة، فإذا فاتت المنفعة فإنّما ذهبت على مالكها، وهو المستأجر أمّا المؤجر فلا حقّ له فيها، إنّما حقّه في الأُجرة ولم تفت »[2].

---

(١) المسالك ٥: ١٧.

(٢) المسالك ٥: ١٨، وفيه: « يفرق فيهما » بدل « يفرق فيها ».

قلت :

لا إشكال في الفرق بين الإجارة والمزارعة بذلك [= من لزوم الأجرة مطلقاً في الإجارة دون المزارعة].

بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعدم وجوب أُجرة المثل حتى في صورة التفريط [١].

وكذلك الكلام فيما لو كان التقصير من صاحب الأرض بعدم تسليمها إلى المزارع ، بل عدم الضمان فيه أولى [٢].

[وكذا لا يضمن المزارع النقص الذي يلحق الأرض بعدم زرعها].

[كون الأرض ممّا يمكن الانتفاع بها]:

الشرط (**الثالث : أن تكون الأرض**) التي تقع المزارعة عليها (**ممّا يمكن الانتفاع بها**) في ذلك (**بأن يكون لها ماء**) ولو تقديراً (**إمّا من نهر أو بئر أو عين أو مصنع**) أو غير ذلك حتى الغيث فإن لم يمكن الانتفاع بها في ذلك ؛ لعدم إمكان الماء لها لم تصحّ المزارعة عليها [٣]، فحينئذٍ لو أوقعها على أرض هي كذلك حال العقد فاتفق تجدّد

---

[١] ضرورة عدم بطلان العقد بذلك ، وهو إنّما يقتضي الحصة المعدومة التي ليست بمضمونة في الذمّة كما سمعته في مسألة الإجارة بشيء معيّن من حاصلها ، ومن الممكن عدم حصولها حتى لو زرع ولم يقصّر ، فالرجوع منهما حينئذٍ إلى أُجرة المثل ممّا لا يرجع إلى قاعدة .

ضرورة عدم العدوان في يده حتى يندرج في عموم « على اليد »[1] وعدم صدق إتلاف مال الغير ؛ لأنّ عقد المزارعة جعله بحكم ماله ، لا مال الغير .

نعم إنّما يجب عليه الاستنماء وتسليم الحصة ، وذلك إنّما يترتّب عليه الإثم لا الضمان .

وقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » لا يستفاد منها الضمان ، ولكن ترفع اللزوم فيتسلّط على الخيار ، وحينئذٍ تكون كالمضاربة التي يترك العامل فيها العمل بلا فسخ لها .

[٢] لعدم صيرورة منفعة الأرض ملكاً له بعقد المزارعة حتى تكون يد المالك عليها عادية يترتّب عليها الضمان .

والضرر عليه [= المزارع] بفوات انتفاعه بنفسه مثلاً لا يقتضي الضمان ؛ لأنّ منافع الحرّ لا تضمن بذلك .

ومن ذلك كلّه يظهر لك الحال حتى في الحكم بضمان النقص الذي يلحق الأرض بعدم زرعها ، فإن ذلك من أحكام يد الضمان التي ليست هذه اليد منها ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

[٣] [وذلك]:

١ ـ للأصل .

٢ ـ بعد معلوميّة إرادة غيرها من العمومات والإطلاقات .

٣ ـ بل هي من معاملات السفه في نظر العقلاء .

---

(١) المستدرك ١٤ : ٨، ب١ من الوديعة ، ح١٢ .

قابليتها لم يجد ذلك العقد [١]. نعم قد يقال بالصحّة على الأرض التي هي حال العقد قابلة لذلك، إلّا أنّه لم يعلم المتعاقدان بها فانكشف حالها بعد ذلك [٢].

[لكن المتّجه في الأرض التي لها ماء نادراً الصحّة]، ولعلّ هذا الشرط هنا كشرط القدرة على التسليم في البيع الذي قد أطنبنا فيه في محلّه، وكثير من مباحثه تأتي هنا بأدنى التفات، فلاحظ وتأمّل [٣].

نعم إنّما الكلام في قول المصنّف وغيره: **(ولو انقطع) الماء (في أثناء المدّة فللمزارع الخيار؛ لعدم الانتفاع، هذا إذا زارع عليها أو استأجرها للزراعة وعليه أُجرة ما سلف ويرجع بـ)ـأُجرة (ما قابل المدّة المتخلّفة)**.

من وجوه أحدها: أنّ المتّجه البطلان إذا خرجت بانقطاع الماء عن قابلية إمكان الانتفاع بها للزرع لا

---

[١] واحتمال الاكتفاء بحالها في الواقع المستور علينا ممكن، إلّا أنّ الأظهر خلافه.

[٢] لكن لا يخفى عليك أنّ مقتضى ما سمعته من الدليل مانعيّة عدم قابليتها للانتفاع بذلك للصحّة لا اعتبار الإمكان، وتظهر الثمرة في المزارعة على الأرض التي لها ماء نادراً، وإن تردد في ذلك في التذكرة من عدم التمكّن من إيقاع ما وقع عليه العقد غالباً، ومن إمكان الوقوع ولو نادراً[١]، إلّا أنّ المتّجه الصحّة، بناءً على ما ذكرنا؛ للعمومات.

[٣] **هذا، ولكن في الإرشاد: « ولو زارع على مالا ماء له بطل إلّا مع علمه »**[٢].

ومقتضاه الصحة مع العلم إلّا أنّ الظاهر إرادته عدم الماء فعلاً، وإن كان يمكن بحفر بئر مثلاً لا أنّ المراد الصحّة على مالا يمكن الانتفاع بها للزرع الذي من الواضح عدم صحّة المزارعة عليها، بل لا يطابق ما اعترف به هو وغيره من الشرط الثالث.

إلّا أنّ المتّجه حينئذٍ على هذا التنزيل الخيار مع الجهل كما تسمعه منه في القواعد ومن المصنّف فيما يأتي لا البطلان.

وكأنّه لم يفهم منه ذلك في الرياض حيث إنّه بعد أن ذكر الشرط المزبور قال: « لا خلاف في اشتراطه في الجملة وإن اختلفوا في متعلّق الشرط هل هو الصحة مطلقاً كما هو ظاهر العبارة فيبطل العقد مع عدمه مطلقاً، ولو مع العلم بفقده ابتداءً أو عدمه بعد وجوده أو في صورة الجهل بعدمه حين العقد خاصّة كما هو ظاهر الفاضل في الإرشاد حيث حكم بالبطلان بعدمه إلّا مع العلم به، أو اللزوم في صورة الجهل خاصّة، فللعامل الخيار فيها بعد العلم، وأمّا صورة العلم ابتداءً بعدمه حين العقد فليس بشرط أصلاً، بل يلزم فيها كما هو صريح القواعد. ووجهه كالسابق غير واضح بعدما قرّرناه، سيّما هذا، وحمل على محامل مع بعدها لاتنطبق على شيء ممّا قدّمناه من الأدلّة »[٣].

قلت: سمعت عبارة الإرشاد، وما يمكن تنزيله عليه، وكذا عبارة القواعد التي هي: « الثالث: إمكان الانتفاع بالأرض في الزرع بأن يكون لها ماء إمّا من عين أو بئر أو نهر أو مصنع وكذا التي آجرها للزرع ولو زارعها أو آجرها له، ولا ماء لها تخيّر مع الجهالة، لا مع العلم، لكن في الأُجرة يثبت المسمى »[٤].

ضرورة استبعاد إرادته الصحّة مع العلم بعدم إمكان الانتفاع بها في ذلك، بعد أن ذكر ذلك عقيب اعترافه بالشرط الثالث.

---

(١) التذكرة ١٨: ٣٩٦.

(٢) الإرشاد ١: ٤٢٧.

(٣) الرياض ٩: ١٠٨.

(٤) القواعد ٢: ٣١٢.

الخيار [١]. [ولو انقطع الماء المعدّ لها الذي قدم عليه المزارع لا مطلق الماء حتى حفر بئر جديد لها مثلاً فلا يبطل العقد ويكون للمزارع الخيار] [٢]. كما أنّه يتّجه ضمانه في صورة تجدّد عدم قابليتها للانتفاع بالزرع أصلاً لأُجرة المثل عمّا سلف من المدّة، بناء على اقتضاء ذلك الانفساخ من الأصل، بمعنى ظهور بطلان المزارعة من أوّل الأمر [٣]. [و] أمّا إذا كانت [الزراعة] داعياً لكون الأرض معدّة لذلك ومعظم ما يراد منها ذلك فاتفق تعيّبها في الأثناء وخروجها عن القابلية لتعذّر الماء مثلاً فالمتجه الخيار أيضاً [٤].

(و) كيف كان فـ(**ـإذا أطلق المزارعة زَرَعَ**) العامل ـ الذي هو المخاطب بالزرع ومراد منه العمل ـ(**ما شاء**)

---

[١] ضرورة اتحاد المدرك لشرطه ابتداءً واستدامة. وحمله [=كلام المصنّف] على إرادة انقطاع الماء المعدّ لها الذي قدم عليه المزارع، لا مطلق الماء حتى حفر بئر جديد لها مثلاً جيّد.

[٢] ضرورة إيجاب مثله الخيار في باقي العقود اللازمة؛ لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » وغيرها.

إلّا أنّه ينافيه ما ذكر أخيراً: من وجوب الأُجرة عليه لما سلف من المدّة مع الفسخ، فإنّ ذلك لا يتّجه في المزارعة التي كان الفسخ فيها من عدم إمكان الإكمال، وليس لها أُجرة مسمّاة، بل الحصّة من الحاصل الذي تعذّر، اللهم إلّا أن يجعل ذلك في الإجارة خاصّة، بقرينة قوله: « ويرجع... إلى آخره » فإنه لا يتصوّر في المزارعة.

نعم لا يتّجه ذلك [=الحمل] **في مثل عبارة اللمعة التي هي لم يذكر فيها غير المزارعة، قال: « ولو انقطع في جميع المدّة انفسخت، وفي الأثناء يتخيّر العامل فإن فسخ فعليه بنسبة ما سلف »**[(١)]**، وكذا الإرشاد**[(٢)]. وإن أمكن توجيهه بأنّه مع فرض عدم خروجها عن قابليّة الانتفاع؛ لإمكان استنباط ماءٍ جديدٍ لها يكون إتلاف منفعة الأرض باختياره الفسخ، خصوصاً مع بذل المالك لما يأتي به الماء، فيضمنها كالإجارة وإن اختلفا في التقسيط باعتبار المسمّى، وأُجرة المثل.

[٣] لكون المنفعة في يده مضمونة، ولو بالحصّة التي مع بيان عدم إمكانها يقوم مقامها أُجرة المثل، فإنّ « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ». واحتمال إرادة الفاضل والشهيد ذلك ينافيه تصريحهم بالخيار المقتضي لوجود الصحّة فعلاً، فتأمّل، فإنّه بما ذكرنا اتضح لك الحال في جميع صور المسألة في المزارعة والإجارة للزراعة التي هي مثلها في الحكم إذا أُخذت الزراعة، مورداً لها.

[٤] لقاعدة الضرر، وإمكان الانتفاع بها في غير تلك المنفعة لا ينافيه وإن قابلت نفع الزراعة إلّا أنّه قد حصل موجب الخيار بنقص الأرض عن الحال التي أقدم عليها به، واستأجرها له، وربّما تأتي لذلك تتمّة إن شاء الله هذا. **ومن الغريب مافي جامع المقاصد من قوله: « إعلم أنّ قول المصنّف: « لا مع العلم » يريد به عدم بطلان المزارعة والإجارة للزرع مع العلم بأنّ الأرض لا ماء لها، وهو صحيح على القول بجواز التخطي إلى غير المنفعة المشروطة ممّا يكون مساوياً أو أقلّ ضرراً، وحينئذٍ فلا شيء للمالك في المزارعة؛ لعدم إمكان الانتفاع الذي حصول الحصّة المشترطة متوقف عليه، أمّا في الإجارة فيجب عليه المسمّى لصحّة الإجارة وعلى البطلان فلا يجب شيء »**[(٣)].

إذ لا يخفى عليك عدم احتمال ذلك في المزارعة التي وقع عقدها على الزرع وكذا الإجارة التي فرض موردها الزرع، وأنّ المتجه وجوب أُجرة المثل مع البطلان من رأس [في الفرض في كليهما] كما عرفت حتى في المزارعة.

---

(١)(٢) اللمعة: ١٥١، الإرشاد ١: ٤٢٧.

(٣) جامع المقاصد ٧: ٣٢٢.

من أفراد الزرع التي ينصرف إليها الإطلاق [١] [حتى لو كان البذر من صاحب الأرض] وأصرح من ذلك [إذا كان اللفظ بـ]التعميم [٢].

(و) كيف كان فـ(**ـإن عيّن**) ربّ الأرض (**الزرع**) على العامل شخصاً أو نوعاً (**لم يجز**) له (**التعدّي**) إلى الآخر قطعاً [٣]. (و) حينئذٍ فـ(**ـلو زرع ما هو أضرّ والحال هذه كان لمالكها أُجرة المثل إن شاء**) فسخ العقد

---

[١] ضرورة كون هذا المطلق كغيره من المطلقات في الانصراف إلى المعهود المتعارف إن كان، وعدمه.

فما وقع من بعض الناس هنا ممّا ينافي ذلك[١] في غير محله. **نعم في المسالك: « إنّما يتمّ ذلك ـ أي تخيير العامل ـ إذا كان البذر من عنده، أمّا لو كان من عند صاحب الأرض فالتخيير إليه بطريق أولى، لا إلى المزارع »**[٢].

وفيه: أنّه لا منافاة بينهما بعد فرض ظهور الإطلاق في ذلك، وأنّه المخاطب المأمور بالزرع.

وعلى كلّ حال فالتخيير مع الإطلاق لصلاحية كلّ فرد من الأفراد التي ينصرف إليها الإطلاق لوجوده في ضمنه.

[٢] **لكن عن التذكرة أنّه قوّى وجوب التعيين مع الإطلاق**؛ لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات[٣] فيلزم من تركه الغرر، بخلاف العموم الدال على الرضا بالأضر.

وردّه في المسالك: بأنّ المالك معه راضٍ بذلك أيضاً من حيث دخوله تحت الإطلاق المفروض رضاه به قال: « وربّما فرق بينهما بأنّ الإطلاق إنّما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الأفراد، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأشدّ ضرراً من غيره؛ إذ ليس في اللفظ إشعار بذلك الوجه، ولا دلالة على الإذن فيه والرضى بزيادة ضرره؛ إذ الرضا بالقدر المشترك إنّما يستلزم بمقدار الضرر المشترك بين الكلّ، لا على الرضا بالزائد، فلا يتناول المتوسط ولا الأشدّ، بخلاف العام الدالّ على الرضا بكلّ فرد فرد »[٤].

وردّه في المسالك أيضاً بما حاصله: إنّ القدر المشترك المعنى المصدري أو نفس الحقيقة، لا اللوازم اللاحقة لها، وهو في مسألتنا الزرع الحاصل بكلّ فرد من أفراد المزروعات؛ لأنّها مشتركة في هذا المعنى، وإن لم تشترك في الضرر وغيره، سواء قلنا: إنّ المطلق هو الدالّ على الماهية بلا قيد، أو النكرة بلا صلاحية لكلّ فرد، وعلى الثاني ظاهرة وإن اختلفت في القوّة والضعف، بل وعلى الأوّل، ولهذا حكموا بأنّ الأمر بالضرب مثلاً يتحقّق امتثاله بكلّ جزئي من جزئياته، كالضرب بالعصا والسوط ضعيفاً وقويّاً ومتوسّطاً حتى قيل: إنّ الأمر به أمر بكلّ جزئيّ أو إذن في كلّ جزئيّ[٥].

قلت: لا ريب في عدم دلالة المطلق على إرادة الأفراد، بل قد يحضر في الذهن ويكون عنواناً ولا يحضر شيء منها فيه، والرضا به حينئذٍ ليس رضا بها على اختلافها فلا يجتزى به فيما يعتبر فيه المعلومية وعدم الغرر، بخلاف التكاليف التي يراد فيها نفس المطلق، والفرد إنّما هو مقدّمة ولا مدخليّة للغرر والمعلوميّة في شيء منها. نعم قد يناقش في أصل اعتبار المعلوميّة التي لا يجتزى فيها نحو المطلق هنا. ثمّ إنّه لا يخفى عليك أنّ ما ذكره من الفارق لا يقتضي عدم جواز المطلق، بل أقصاه الاقتصار على الأفراد المتساوية في مقدار الضرر، دون المتوسّطة والشديدة. اللهمّ إلّا أن يدّعى مجهوليّة ذلك فيبطل حينئذٍ من هذه الجهة، والله العالم.

[٣] لعموم الوفاء بالعقد[٦] والشرط[٧].

---

(١) انظر الرياض ٩: ١١٠.
(٢) المسالك ٥: ١٩.
(٣) التذكرة ١٨: ٤٠٧.
(٤)(٥) المسالك ٥: ٢٠ ـ ٢١ مع تقديم وتأخير.
(٦) المائدة: ١.
(٧) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور؛ ح ٤.

بالخيار [١] (أو المسمّى) إن شاء لزومه (مع الأرش) [٢] . و [المتّجه] [٣] عدم انفساخ المزارعة حينئذٍ بتعذّر المعيّن خصوصاً إذا كان شخصاً [٤] . (ولو كان) قد زرع الـ (أقلّ ضرراً جاز) [٥] .

---

[١] الحاصل له بعدم الوفاء بالشرط كالبيع والإجارة .

[٢] للنقص الحاصل في الأرض بسبب زرع الأضرّ فيها ، **كما صرّح بذلك كلّه الفاضل**(١) . **لكن أشكله ثاني المحققين والشهيدين وأتباعهما : بأنّ الحصّة المسمّاة إنّما وقعت في مقابلة زرع المعيّن ، ولم يحصل ، والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الإذن ، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة ، فوجوب أُجرة المثل حينئذٍ أقوى**(٢) . قلت : كأنّ ذلك منهم بناءً على تشخيص المزارعة بما وقع من التعيين ولو على جهة الاشتراط ، ولا ريب في فساده على التقدير المزبور . بل قد يقال بعدم تشخيصها بذلك مطلقاً ، وأنّ كلّ ما وقع فيها منه ليس إلّا على جهة الشرطيّة ، فإنّ حقيقة المزارعة ليست إلّا زرع الأرض بحصّة من حاصلها ، كائناً ما كان الحاصل ، وإنّما يذكر التعيين من الشرائط ، لا أنّه منوّع للمزارعة ، فليس هو حينئذٍ إلّا كذكر المكان في المضاربة التي قد عرفت ضمانه للمال مع بقاء المالك على حصّته لو تعدّى وخرج إلى غير ذلك المكان . إلّا أنّ الشرط لمّا كان في عقدٍ لازم ، وقد عرفت في كتاب البيع اقتضاء عدم الوفاء به الخيار لمن له الشرط ، اتّجه حينئذٍ ما ذكره المصنّف والفاضل ، فله الفسخ والمطالبة بأُجرة المثل ، وعدمه فله المسمّى من الزرع المخصوص الداخل في كلّي المزارعة ، وله الأرش عوض النقصان الحاصل بسببه ؛ لعدم الإذن فيه بالخصوص .

[٣] [إذ] من [ما تقدّم] هنا يتّجه [ذلك] .

[٤] كما أنّه ممّا ذكرنا قد يظهر الوجه أيضاً في قوله : [ولو كان ...] .

[٥] بتقريب أنّ المراد من التعيين مقدار الإذن في الانتفاع بالأرض فهو كالإجارة بالنسبة إلى ذلك ، لكنّه أشكله ثاني المحققين والشهيدين أيضاً بأنّ غرض المالك ليس منحصراً فيما يتعلّق بمصلحة الأرض . بل المقصد الذاتي له إنّما هو الانتفاع بالزرع ، ومصلحة الأرض تابعة لا مقصودة بالذات ، ولا شكّ أنّ الأغراض تختلف في أنواع المزروع ، فربّما كان غرضه بالأشدّ ضرراً من حيث نفعه والحاجة إليه وإن حصل للأرض ضرر ، ولا يتعلّق غرضه بالأخف وإن انتفعت الأرض به ، ألا ترى أنّ الأرض لو انتفعت بترك الزرع رأساً لم يكن ذلك كافياً في جواز ترك المزارع العمل ، نظراً إلى مصلحة الأرض فالأقوى عدم التعدي لما عيّن مطلقاً ، نعم مثل هذا يجري في إجارة الأرض لزرع نوع معيّن ، فإنّ عدول المستأجر إلى زرع ماهو أخفّ ضرراً منه متّجه ؛ لأنّ الغرض في الإجارة للمالك تحصيل الأُجرة ، وهي حاصلة على التقديرين ويبقى معه زيادة تخفيف الضرر عن أرضه ، وأولى منه لو ترك الزرع طول المدّة ، فإنّه لا اعتراض للمالك عليه حيث لا يتوجّه ضرر على الأرض ؛ لحصول مطلوبه ، وهو الأُجرة بخلاف المزارعة ، فإنّ مطلوبه الحصّة من الزرع المعيّن فلايدلّ على الرضا بغيره ولا يتناوله بوجه(٣) . قلت : ولعلّه كان لذا خيرة الفاضل هنا بين الفسخ وأخذه أُجرة المثل ، وأخذه المسمّى(٤) نحو ما سمعته في زرع الأضرّ إلّا أنّه لا أرش هنا لعدم النقص ، لكن الجماعة أيضاً أشكلوا [كما في زرع الأشدّ ضرراً] بما عرفت ، من عدم الوجه لأخذ المسمّى من الزرع الذي لم يدخل في عقد المزارعة ، وجوابه ما علمت ، بل لعلّ ظاهر المصنّف عدم الخيار أيضاً .

---

(١)(٤) الإرشاد ١ : ٤٢٧ . القواعد ٢ : ٣١٣ .

(٢) جامع المقاصد ٧ : ٣٢٨ـ٣٢٩ ، المسالك ٥ : ٢٢ .

(٣) العبارة مأخوذة من المسالك ٥ : ٢١ ولم نعثر عليها في جامع المقاصد .

والتحقيق في المسألة أن يقال : إن كان المقصود من التعيين تقدير الإذن في الانتفاع بالأرض فلا ريب في صحة ما ذكره المصنف [من الجواز] ، خصوصاً في صورة تعذّر الأضر الذي هو المعيّن ، وإن كان المقصود منه إرادة المعيّن فالأصح [الخيار ، فله الفسخ والرجوع بأُجرة المثل أو الإمضاء والإقتصار على المسمّى ، بلا أرش خصوصاً في صورة التعذّر ، وكذا مع اشتباه الحال] [١] .

كما أنّ المتّجه بناءً على ما ذكرناه ـ مع فرض عدم إرادة التقدير بذلك ـ الخيار ، فله الفسخ والرجوع بأُجرة المثل والإمضاء والاقتصار على المسمّى .

(ولو زارع عليها أو آجرها للزراعة ولا ماء لها) فعلاً (مع علم المزارع لم يتخيّر) [٢] .

(و) أمّا (**مع الجهالة**) فـ (**له الفسخ**) [٣] . [والظاهر أنّه لا إشكال في الصحة واللزوم لو زارع عليها أو آجرها للزراعة مع الإمكان بمعنى القابليّة فعلاً ولو بإحداث ماء لها] .

---

[١] [كـ]ما ذكره الفاضل خصوصاً في صورة التعذّر ؛ لما سمعته سابقاً من ثبوت الخيار بنحو ذلك من الشرائط ، وكذا مع اشتباه الحال . ولعلّ غرض المصنّف الأوّل ؛ ضرورة كونه في بيان الإذن في زرع ما يراد زرعه في صورة الإطلاق والتعيين ، فتأمّل جيّداً ، فإنّ المسألة غير محرّرة في كلامهم حتى مسألة الإجارة التي ذكرها المعترض ؛ ضرورة إمكان القول بلزوم المنفعة المخصوصة ، وعدم جواز الأخفّ منها ، خصوصاً على ما عساه الظاهر من كلامهم من كون ذلك مشخّصاً للإجارة وفرق واضح بين الانتفاع بالأخفّ الذي لم تحصل الإذن فيه ، وبين عدم الانتفاع أصلاً ، فإنّ ذلك ليس تصرّفاً فيها بغير إذن المالك ، بخلاف الأوّل الذي يتّجه عليه أُجرة المثل ، بناءً على ما ذكروه .

[٢] لإقدامه على ذلك .

[٣] لتضرّره بانتظار الإتيان بالماء لها بحفر بئر أو غيره ، مع احتمال عدم كفايته لها . وقد تقدّم لك تحقيق المسألة في ذلك ، وأنّه قد جزم جماعة منهم الشهيد الثاني بالبطلان[١] ؛ لفقد الشرط الذي هو إمكان الانتفاع بها بالزرع ، من غير فرق في ذلك بين العلم والجهل ، لا التخيير المزبور الذي هو فرع الصحّة ، بل لعلّ الحكم بالشرط المزبور مع التخيير المذكور من المتدافع . لكن في المسالك هنا بعد أن ذكر ذلك قال : « ربّما تكلّف للجمع بين الحكمين بحمل هذا التخيير على مالو كان للأرض ما يمكن الزرع والسقي به ، لكنّه غير معتاد من جهة المالك ، بل يحتاج معه إلى تكلّف إجراء ساقية ونحوه ، والمنع على مالو لم يكن لها ماء مطلقاً ، وهو جيّد لو ثبت أنّ مثل هذا القدر يوجب التخيير ، وأنّ الإطلاق يقتضي كون الماء معتاداً بلا كلفة ، إلّا أنّ إطلاق كلامهم يأباه فإنّهم اقتصروا في الحكم بالجواز على إمكان السقي بالماء من غير تفصيل ، وبالتخيير على عدم الإمكان ، وأيضاً فإنّ إحداث النهر والساقية ونحوهما لازم للمالك ، سواء كان معتاداً أو لا ، كما سيأتي التنبيه عليه ، ولا فرق حينئذٍ بين كون الماء معتاداً وغيره في عدم الكلفة على الزارع ، والأقوى عدم الصحّة هنا عملاً بهذا الإطلاق ، ومثله مالو استأجرها للزراعة »[٢] . قلت : لعلّ التأمّل في كلام الفاضلين واتفاقهما على القطع بالصحة في صورة العلم بلا تخيير ، وإنّما اختلفا في صورة الجهل ، ففي الإرشاد البطلان ، وفي المتن والقواعد التخيير[٣] ، يقضي بما أشرنا إليه سابقاً من أنّه لا إشكال في الصحّة واللزوم مع الإمكان ، بمعنى القابلية فعلاً ولو بإحداث ماء لها .

---

(١) (٢) المسالك ٥ : ١٨ ، ٢٣ .

(٣) الإرشاد ١ : ٤٢٧ . القواعد ٢ : ٣١٢ .

وأمّا الأرض المحتملة لتحقق القابلية بسبب احتمال إيجاد ماء صالح لزراعتها وعدمه فلا ريب في أنّه يصحّ عقد المزارعة عليها مع العلم بحالها مراعياً له، وأمّا مع الجهل فيحتمل التخيير [١].

و[يحتمل] البطلان [٢].

ولعلّ الأوّل لا يخلو من قوّة.

أو يقال: إنّ قول الأصحاب: ولا ماء لها أعمّ من عدم إمكان زرعها؛ ضرورة إمكانه بنقل الماء أو تطبيبه أو نحو ذلك، بل الظاهر بقرينة ما ذكروه من الشرط إحراز إمكان زراعتها، إلّا أنه على ذلك الوجه لا ريب في الصحّة واللزوم حينئذٍ مع العلم، والخيار مع الجهل بكون زراعتها على هذا الوجه، أو البطلان [٣].

هذا كلّه في المزارعة، وفي الإجارة أيضاً إذا كان مورد العقد فيها الزراعة.

٢٨/٢٧

(أمّا لو استأجرها مطلقاً ولم يشترط الزراعة لم يفسخ) وإن لم يكن عالماً بحالها **(لإمكان الانتفاع بها بغير الزرع)** الذي لا يشترط في صحة إجارة الأرض إمكانه [٤]. إلّا أن تكون على وجه يفهم إرادة ذلك من الإطلاق، ولو مع انضمام قرائن الأحوال وغيرها وحينئذٍ يتّجه البطلان، لا الخيار. اللهمّ إلّا أن يكون الزرع معظم المقصود منها، والداعي إلى استئجارها فإنّه لا يبعد الخيار حينئذٍ للضرر.

وعلى كلّ حال فقد بان لك أنّه لا خيار مع إطلاق الإجارة الخالي عمّا يقتضي تقييده. **(وكذا لو)** زارع أو **(اشترط الزراعة)** وجعلها مورداً لعقد إجارة الأرض **(و)** لكن **(كانت في بلاد تسقيها الغيوث عادة[1])** [٥].

(ولو استأجر للزراعة مالا ينحسر عنه الماء) وكان جاهلاً بذلك **(لم يجز؛ لعدم)** العلم بمحلّ **(الانتفاع)** من الأرض.

(ولو) علم الحال فـ**(رضي بذلك)** أي **(المستأجر)** قيل[2]: **(جاز)** [٦]. **(و)** لكن **(لو قيل)** بالفرق بينهما [= بين مالا ينحسر وبين لا ماء لها] فيحكم **(بالمنع)** هنا **(لجهالة الأرض)** بخلافه هناك **(كان حسناً)**.

---

[١] لما في الانتظار من الضرر، **كما في المتن والقواعد**؛ ولأنّه بمنزلة تخلّف الوصف في البيع[3].

[٢] **كما في الإرشاد[4]**؛ لتعارف القابليّة المحققة في الإقدام على أرض المزارعة.

[٣] كما سمعته عن الإرشاد؛ لما ذكرناه من كون المقصود غيرها للعادة.

[٤] ضرورة كونه نوعاً من أنواع الانتفاع، ولا يشترط في استئجار شيء أن يمكن الانتفاع به في جميع الوجوه، بل يكفي إمكان مطلق الانتفاع حيث تطلق، وهو هنا كذلك؛ لإمكان الانتفاع بالأرض المذكورة في وضع المتاع وجعلها مراحاً ومستراحاً وغير ذلك، وإن كان الغالب في الأرض الزراعة، إلّا أنّ مطلق الغلبة لا يقيّد الإطلاق.

[٥] لإطلاق الأدلّة وعمومها التي لا فرق فيها بين كون الماء من غيث أو زيادة نهر أو إجراء ساقية أو غير ذلك كما هو واضح.

[٦] لكونه حينئذٍ كاستئجار الأرض التي لا ماء لها للزراعة.

---

(١) في الشرائع: «غالباً».
(٢) القواعد ٢: ٣٠٠.
(٣) القواعد ٢: ٣١٢.
(٤) الإرشاد ١: ٤٢٧.

نعم لو فرض علم الأرض سابقاً أو كان الماء صافياً يمكن معرفة الأرض معه [صح] [١] بعد فرض إمكان الزرع في المقام بزرع مالا ينافي انحسار الماء أو بعلاج حسر الماء أو غير ذلك [٢].

فتتجه الصحّة بلا خيار مع العلم، وبخيار مع الجهل، نحو ماسمعته في المسألة السابقة [٣].

و[الظاهر] [٤] أنّ مراد الأصحاب في المسألتين بعد إحراز إمكان الزرع الذي صرّحوا بشرطيته، إلّا أنّه على غير الوجه المعتاد في أرض المزارع، لا أنّ المراد بما ذكروه ـ من عدم الماء أو عدم انحساره ـ الكناية عن عدم إمكان زرعها، فإنّ ذلك لا يناسبه الخيار، ولا التعليل بالجهالة، كما هو واضح بأدنى تأمّل مع حسن الظنّ بهؤلاء الفحول.

(و) على كلّ حال فـ (**إن كان**) الماء الذي لاينحسر (**قليلاً يمكن معه بعض الزرع جاز**)، ولكن يتسلّط أيضاً على الخيار مع فرض النقصان في الزرع، والجهل بحالها.

(**ولو كان الماء ينحسر عنها تدريجاً لم يصحّ؛ لجهالة وقت الانتفاع**) وإن رضا بذلك المستأجر [٥].

قلت: إن ثبت أنّ مثل هذا الجهل يقدح في الإجارة، خصوصاً بعد معلوميّة انحساره عنها في وقت صلاحيّة الزرع في الجملة، والفرض استئجارها مدّة تشتمل على ذلك، وإن لم يتشخّص أوّل وقت الانحسار أو وسطه أو آخره [٦].

---

[١] [و] اتّجه حينئذٍ تساوي المسألتين في الحكم.

[٢] ضرورة عدم الفرق في عدم استعداد الأرض للزراعة بين كونه من عدم الماء لها، أو من عدم انحسار الماء عنها.

[٣] واحتمال عدم الصحّة فيهما ـ باعتبار عدم استعداد الأرض للزراعة، فليست من أرض المزارع، بل ربّما كان استئجارها للزراعة أو المزارعة عليها على هذا الحال غير جار على قياس أفعال العقلاء ـ يدفعه عموم الأدلّة وإطلاقها. وأقصى مافي هذا الحال التسلّط على الخيار مع الجهل، وكذا احتمال البطلان حال الجهل خاصّة، الذي سمعته من الإرشاد في المسألة السابقة، فإنه لا يزيد تخلّف المعتاد على خلاف الوصف المسلّط على الخيار.

[٤] [كما] بذلك [الذي تقدم] كلّه ظهر لك [ذلك].

[٥] ضرورة عدم كفاية الرضا بفاقد شرط الصحّة فيها.

لكن في القواعد قيّد المنع بعدم رضا المستأجر، فلو رضا صحّ[1].

وفي المسالك: « هذا إنّما يتمّ فيما يكون كالعيب المنجبر بالرضى والخيار، لا في الجهالة، وعلى تقدير إلحاقه به، نظراً إلى إمكان الانتفاع في الجملة، إنّما يوجب انقطاعه تدريجاً نقصان المنفعة، فلا وجه للحكم بعدم الصحة، بل ينبغي تخيير المستأجر مع الجهل، وحينئذٍ فما أطلقه المصنّف أوضح »[2].

[٦] ولعلّ العلّامة ﷺ لحظ ذلك فحكم بالصحّة مع الرضا، أمّا حكمه بالفساد مع الجهل فلما عرفته غير مرّة، من احتمال انصراف العقد إلى الأرض المستعدّة للزرع على الوجه المعتاد، وإن كان الذي يقوى ثبوت الخيار مع ذلك، لا الفساد؛ لكون المفروض وقوع العقد على الأرض المشخّصة، فتأمّل جيّداً.

---

(١) القواعد ٢: ٣٠٠.

(٢) المسالك ٥: ٢٥.

ثمّ لا يخفى عليك جريان هذه الأحكام [التي للإجارة] في المزارعة على الأرض المذكورة [١].

(ولو شرط الغرس والزرع) في استئجاره الأرض ولم يفهم من ذلك التنصيف **(افتقر إلى تعيين مقدار كلّ واحد منهما لتفاوت ضرريهما ، وكذا لو استأجر لزرعين أو غرسين مختلفي الضرر)** [٢].

(تفريع):

[حكم ما لو استأجر أرضاً مدّة معينة ليغرس فيها]:

(لو[1] استأجر أرضاً مدّة معيّنة ليغرس فيها مايبقى بعد المدّة غالباً) صحّ مالم يكن سفهاً [٣]، بل **(قيل :**

---

[١] فكان ذكرها في بابها أولى من استطراد حكم الأجنبي أو التعميم . وربّما قيل في هاتين المسألتين : بأنّ المنع مخصوص بالإجارة ، أمّا المزارعة عليها فجائزة ، والفرق ابتناء الإجارة على المعلوميّة في الأُجرة فلابدّ من العلم بمقدار مقابلها من المنفعة ، بخلاف المزارعة التي كان العوض فيها الحصّة المجهولة فيتسامح فيما يقابلها من المنفعة بما لا يتسامح بمثله في غيرها . إلّا أنّ ظاهر الأصحاب خلافه ، وأنّه لا فرق بين المزارعة والإجارة للزرع في ذلك . واغتفار الجهل في الحصّة في المزارعة التي شرّعت على ذلك لا يقتضي اغتفار الجهل من جهة أُخرى ، والله العالم .

[٢] للغرر الحاصل من الإطلاق الذي هو بالنسبة إلى ذلك كالمجمل ، فيمكن الاقتصار معه في الأخفّ على مسمّاه . **لكن في المسالك هنا : « هذا كلّه إذا استأجر لهما مطلقاً ، أمّا لو استأجرها لينتفع بما شاء منهما صحّ وتخيّر ؛ لأنّ ذلك تعميم في الأفراد ، وقدوم على الرضا بالأضرّ »[2].**

وفيه : أنّه منافٍ لما ذكره سابقاً ـ عند قول المصنّف : « وإذا أطلق المزارعة زرع ماشاء » من أنّ المطلق كالعامّ بالنسبة إلى ذلك ، فيصحّ جعله العنوان في المزارعة والإجارة ، ويكتفي بدلالته من حيث صلاحية كلّ فرد لتحققه على الإذن لكلّ فرد من الأفراد إن تفاوت في الضرر ؛ إذ ذلك منه رضاً بالأضرّ[3].

وإن كان التحقيق خلافه ، وأنّه لا دلالة في المطلق على ذلك ، وليس هو جهة تعيين يكتفى به في ذلك ، بخلاف التعميم ، فإنّه جهة تعيين لها ولو بالعموميّة ؛ ضرورة كون العموم من عوارضها ، بخلاف الإطلاق ، فإنّه شيء خارج عن الأفراد ، ولا تحضر في الذهن بحضوره .

نعم بناءً على جواز جعله عنواناً في المزارعة مثلاً يجب الاقتصار في زرع الأفراد المتساوية في مقدار الضرر ، ولا يجوز زرع الأضرّ ، فإنّه لادلالة فيه على الإذن به ، وإن كان هو فرداً للمطلق أيضاً ، ولعلّه لذا اعتبر هنا التعيين عند ذكر الزرعين والغرسين المختلفين في الضرر ، واكتفى بالإطلاق هناك ، أو أنّه فرّق بين المزارعة والإجارة . ولو فرض عدم تساوي أفراد الزرع أجمع وعدم معرفة الأقلّ ضرراً منها اتّجه حينئذٍ عدم الاجتزاء في الإطلاق .

وبالجملة فرق واضح بين المطلق والعامّ ، كما أنّ من الواضح هنا البطلان في المقام إلّا مع فرض انسياق التنصيف ، والله العالم .

[٣] لإطلاق الأدلّة وعمومها .

---

(١) في الشرائع : « إذا » .

(٢) (٣) المسالك ٥ : ٢٦ ، ٢٠ ـ ٢١ .

يجب على المالك إبقاؤه) بالأجرة (**أو إزالته مع الأرش**) [١].

(**وقيل : له إزالته كما لو غرس بعد المدّة**) فلا أرش له [٢].

[و] (**الأوّل**) الذي هو (**أشبه**) عند المصنّف [وهو الظاهر] [٣].

(**وأمّا أحكامه فتشتمل على مسائل :**)

[حكم ما لو كان من أحدهما الأرض فقط ومن الآخر البذر وغيره] :

(**الأُولى : إذا كان من أحدهما الأرض حسب ومن الآخر البذر والعمل والعوامل صحّ بلفظ المزارعة ، وكذا لو كان من أحدهما الأرض والبذر ، ومن الآخر العمل ، أو كان من أحدهما الأرض والعمل ، ومن الآخر البذر**) وبالجملة جميع الصور المتصوّرة في هذه الأربعة كلّاً أو بعضاً بين المزارع والمزارع جائزة (**نظراً إلى**) العموم

---

[١] لأنّ المستأجر غير متعدّ بالزرع ؛ اذ الفرض كونه مالكاً للمنفعة تلك المدّة ، فله الزرع ، وذلك موجب على المالك ذلك ، لمفهوم قوله ﷺ : « ليس لعرق ظالم حق »[١] الذي حكي عن فخر المحققين إجماع الأُصوليين عليه في هذا الحديث[٢] ، وإن اختلفوا في دلالة مفهوم الوصف في غيره ، وحينئذٍ وجب الجمع بين الحقّين ، وهو إنّما يكون بما عرفت من التخيير المزبور للمالك الذي يمكن دعوى ترجيح حقّه على الآخر ، فلذلك استأثر بالتخيير المزبور .

[٢] لأنّه دخل على أن لا حقّ له بعد المدّة ؛ إذ منفعة المدّة هي المبذولة في مقابلة العوض ، فلا يستحقّ بالإجارة شيئاً .

(**و**) **هو الأقوى عند ثاني الشهيدين**[٣] **لا** [**الأوّل**] .

[٣] قال [أي ثاني الشهيدين] : « وعدم تعدي المستأجر بزرعه في المدّة لا يوجب له حقاً بعدها ، مع استناد التقصير إليه ، والمفهوم ضعيف ، ودعوى الإجماع هنا على العمل به لم تثبت ، وعلى تقدير صحّته نمنع من كونه بعد المدّة غير ظالم ؛ لأنّه واضع عرقه في أرض لا حقّ له فيها ، وإلزام المالك بأخذ الأجرة أو الأرش على خلاف الأصل ، فلا يصار إليه بمثل ذلك »[٤] .

قلت :

لكن قد يقال بعد عدم معلوميّة فساد دعوى الإجماع المزبور ـ بل هو قد عمل به فيما لو استأجر للزرع مدّة يدرك فيها غالباً ، لكن اتّفق عدم إدراكه فيها لا لتقصيره ، بل لكثرة الأمطار أو تغيّر الأهوية أو غيره ، فأوجب الجمع بين الحقّين بالإبقاء بالأُجرة ـ أنّ الظاهر من الخبر ثبوت الحقّ لمن كان له أصل وضع عرقه بحقّ ، وانتهاء الحقّ من حيث الإجارة لا ينافي ثبوته من الخبر المزبور ، بل إن لم يكن إجماع لأمكن ظهوره في استحقاق الإبقاء على وجه يجب على المالك إجابته مع دفع الأُجرة ، وليس له القلع حينئذٍ وإن بذل الأرش ، إلّا أنّ الظاهر كون التخيير المزبور بيد المالك .

وربّما زاد بعضهم في وجوه التخيير دفع قيمة الغرس ليملكه .

إلّا أنّه كما ترى ، وإن كان في بعض الأخبار نوع شهادة له ، والله العالم .

---

(١) المستدرك ١٧ : ١١١ ، ب ١ من إحياء الموات ، ح ١ .

(٢) الايضاح ٢ : ٢٧٢ .

(٣) (٤) المسالك ٥ : ٢٧ .

و(الإطلاق) ـات [١].

نعم [لو كان البذر من ثالث ، وكذا لو كان البذر من ثالث والعوامل من رابع] [٢].

[فلا يجوز إذا كانت المزارعة مركّبة من مالك أرض ومن ذي عمله ومن ذي عوامل ومن ذي بذر].

---

[١] **بلا خلاف أجده في شيء منها عندنا** ، بل ربّما ظهر من بعضهم الإجماع عليه .

[٢] [فـ]ـفي القواعد : « **في صحة كون البذر من ثالث نظر ، وكذا لو كان البذر من ثالث ، والعوامل من رابع** »[١] .

وفي المسالك وجامع المقاصد[٢] ينشأ :

١ ـ من عموم الأمر بالوفاء بالعقود[٣] .

٢ ـ والكون مع الشرط .

٣ ـ ومن توقّف المعاملة سيّما التي هي على خلاف الأصل على التوقيف من الشارع ، ولم يثبت منه مثل ذلك .

٤ ـ والأصل في المزارعة قصّة خيبر ومزارعة النبي صلى الله عليه وآله اليهود على أن يزرعوها ، ولهم شطر ما يخرج منها وله شطره الآخر[٤] ، وليس فيها أنّ المعاملة مع أكثر من واحد ، وكذلك باقي النصوص التي وردت من طرقنا .

٥ ـ ولأنّ العقد يتمّ بإثنين ، موجب وهو صاحب الأرض وقابل ، فدخول ما زاد يخرج العقد عن وضعه ويحتاج إثباته إلى دليل .

بل في الأوّل منهما [أي المسالك] : « الأجود عدم الصحة » . وأنكر عليه في الحدائق حاكياً له عن الأردبيلي أيضاً بمنافاة ذلك ؛ لإطلاق الأدلّة ، ولما يفهم من خبر قصّة خيبر ، وأنّ اليهود كانوا كثيرين ، وقد زارعهم النبي صلى الله عليه وآله ، ولما هو معلوم جوازه في باقي العقود من تعدّد الموجبين والقابلين[٥] .

إلّا أنّ الجميع كما ترى ؛ ضرورة عدم تناول الإطلاق لما هو المفروض الذي هو تركّب العقد من ثلاثة أو أربعة على وجهٍ تكون أركاناً له ، وأنّ المزارعة حينئذٍ مركّبة من مالك أرض ، ومن ذي عمل ، ومن ذي عوامل ، ومن ذي بذر ، فإنّه لم يعهد في شيء من العقود كذلك ، لا أنّ المراد عدم صحّة وقوع المزارعة من أكثر من اثنين ، بمعنى عدم جوازها من الشركاء في أرض مثلاً أو عدم جوازها لجماعة على وجه الشركة في عمل الزراعة ، فإنّ ذلك لا يتصوّر منعه ممن له أدنى دربة .

بل يمكن القطع به من ملاحظة نصوص الأُكرة[٦] والعلوج[٧] وغيرهما ، وقصّة خيبر إنّما هو من ذلك لا من محلّ الفرض الذي لا دليل على جوازه .

---

(١) القواعد ٢ : ٣١٤ .

(٢) المسالك ٥ : ٢٨ ـ ٢٩ . جامع المقاصد ٧ : ٣٣٢ .

(٣) المائدة : ١ .

(٤) انظر الوسائل ١٩ : ٤٠ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ب٨ ، ٩ ، ١٠ من المزارعة .

(٥) الحدائق ٢١ : ٣٢٤ ـ ٣٢٦ . مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ١١٨ ـ ١١٩ .

(٦) انظر الوسائل ١٩ : ٤٩ ، ب١٤ من المزارعة .

(٧) انظر الوسائل ١٩ : ٤٧ ، ب١٢ من المزارعة ، ح١٠ .

بل قد يستفاد من قول الصادق عليه السلام في خبر أبي الربيع الشامي وغيره المفروض فيه التسمية للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً : « لا ينبغي أن يسمّى بذراً ولا بقراً ، ولكن يقول لصاحب الأرض : أزرع أرضك ، ولك منها كذا وكذا نصفاً أو ثلثاً ، أو ما كان من شرط ولا يسمّ بذراً ولا بقراً ، فإنّما يحرّم الكلام »[1] عدم جواز ذلك وإلّا كان ما في هذه النصوص ساقطاً .

إذ لم أر أحداً أفتى بمضمونها سوى **ما يحكى عن ابن الجنيد قال : « ولا بأس باشتراك العمّال بأموالهم وأبدانهم في مزارعة الأرض وإجارتها إذا كان على كلّ واحد قسط من المؤنة ، وله جزء من الغلّة ، ولا يقول أحدهم ثلث للبذر ، وثلث للبقر ، وثلث للعمل ؛ لأنّ صاحب البذر يرجع إليه بذره وثلث الغلّة من الجنس ، وهذا ربا ، فإن جعل البذر ديناً جاز ذلك »**[2] .

وعن ابن البرّاج : « لا يجوز أن يجعل للبذر ثلثاً ، وللبقر ثلثاً »[3] .

ويمكن إرادتهما أيضاً ما ذكرناه ، لكن في المختلف بعد أن ذكر النصوص المشتملة على ذلك : « والوجه الكراهة ولا ربا هنا ؛ إذ الربا إنّما يثبت في البيع خاصّة »[4] .

قلت :

ينافي الكراهة التعليل في النصوص بأنّه « إنّما يحرّم الكلام » المراد منه بحسب الظاهر الحرمة والفساد مع هذه التسمية والتوزيع ، بخلاف مالو جعل الحصّة في مقابلة الزراعة ، وإن كانت هي في الواقع ملحوظة في مقابلة ذلك كما هو واضح ، وليس المراد الربا حقيقة .

بل المراد صورته أو في خصوص مالو جعله قرضاً مشترطاً ذلك ، وإلّا فلا ربا قطعاً في ثلث البقر مثلاً كما هو واضح .

ومن الغريب مافي حواشي المجلسي من أنّ قوله « للبذر ثلثاً ... إلى آخره » يحتمل وجهين :

أحدهما : أنّ اللام للتمليك ، فالنهي لكونهما غير قابلين للملك .

وثانيهما : أن يكون المعنى ثلث بإزاء البذر ، وثلث بإزاء البقر ، فالنهي لشائبة الربا في البذر[5] .

إذ هو كما ترى .

ولا ريب في أنّ الأولى حمل هذه النصوص[6] على إرادة عدم جواز توزيع المزارعة ، وإنّما شرعيّتها جعل الحصّة على عمل الزرع ، بل مقتضى ذلك عدم جواز بعض الصور التي قد سمعت أنّها مجمع عليها كتحقّق المزارعة بدفع بقرة أو بعضها أو البذر أو بعضه ، إلّا أنّ الإجماع أخرجنا عن ذلك .

---

(١) الوسائل ١٩ : ٤٣ ب٨ من « احكام المزارعة والمساقاة » ح١٠ وفيه : « ازرع في ارضك » و « لا يسمى بذراً » .

(٢) نقله في المختلف ٦ : ١٩١ .

(٣) المهذب ٢ : ١٠ .

(٤) المختلف ٦ : ١٩٢ .

(٥) مرآة العقول ١٩ : ٣٤٥ ـ ٣٤٦ .

(٦) الوسائل ١٩ : ٤٠ ، ب٨ من المزارعة .

وأمّا مافي أيدي الناس الآن من اشتراك المالك والفلّاح وصاحب البذر أثلاثاً فقد يقال : إنها بعقدين لا عقد واحد ، بمعنى أنّ المزارعة تكون بين صاحب الأرض والبذر ، ثمّ صاحب البذر الذي هو المزارع يزارع الفلّاح على النصف من حصّته مثلاً أو تكون بين صاحب الأرض والفلّاح ، ثمّ هو يزارع صاحب البذر بالنصف من حصّته مثلاً [١] .

وإلّا كانت محلّ إشكال ، اللّهم إلّا أن يجعل مثلاً ذلك سيرة كاشفة عن جواز مثل ذلك . لكن لا ريب في أنّ الأحوط خلافه ، بل لعلّ الأحوط عدم الاكتفاء في تحقّق المزارعة ، بدفع بعض العوامل ، كما يستعمله أهل القرى من إعطاء الدابّة بالسدس أو أقلّ أو أكثر .

(و) كيف كان فـ (**لو كان**) العقد على النحو المزبور بين الإثنين (**بلفظ الإجارة لم يصحّ لجهالة العوض**) الذي هو الثلث والربع ، ولا يجوز مثله في الإجارة كما ستعرف ، بخلاف المزارعة .

(**أمّا لو آجره بمالٍ معلوم مضمونٍ في الذمّة أو معيّن**) موجود (**من غيرها**) أو منها (**جاز**) ولو كان المضمون من جنس ما يزرع فيها ، كما عرفت الكلام في ذلك مفصّلاً ، بل قد عرفت أنّ الأصحّ [٢] جواز ذلك مزارعة وإن كان بلفظ الإجارة بناءً على جواز العقد بالمجاز الدالّ على المراد في العقود اللازمة ، والله العالم .

[تنازع المزارع وربّ الأرض في المدّة] :

المسألة (**الثانية : إذا تنازعا**) أي المزارع وربّ الأرض (**في المدّة فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه**) سواء كان العامل أو المالك [٣] . (**وكذا لو اختلفا في قدر الحصّة**) فادّعى المالك قلّتها وادعى العامل زيادتها (**فالقول قول صاحب البذر**) وإن كان هو مدّعي الزيادة [٤] .

---

[١] لما ستعرف من أنّ للمزارع أن يزارع .

[٢] **عندنا** .

[٣] لأصالة عدم استحقاقها لمدّعيها .

[٤] لأصالة تبعية النماء بلا خلاف أجده في شيء من الحكمين ؛ لما عرفت ، ولأنّ مدّعي الزيادة فيهما لو ترك المنازعة لترك ، فيكون مدّعياً بهذا المعنى أيضاً .

لكن في جامع المقاصد : « لولا الإجماع لأمكن أن يقال : إنّ اتفاقهما على عقد تضمّن تعيين مدّة وحصّة نقل عن الأصل المذكور .

وكلّ منهما مدّع لشيء ، ومنكر لما يدّعيه [الآخر] ، وليس إذا ترك دعوى الزيادة مطلقاً يترك ، فإنّه إذا ترك العمل طالبه به ، نعم يجيء هذا إذا وقع الاختلاف عند انتهاء الأمر ، ويجب التحالف »[1] .

وأجاب عنه في المسالك : بأنّ « العقد المتضمّن لهما إنّما أخرج عن حكم الأصل في أصل المدّة والحصّة ، أمّا في قدر معيّن منهما فلا ، فيبقى إنكار الزيادة فيهما بحاله لم يخرجه عن حكم الأصل شيء ، والمراد بـ « من يترك إذا ترك » في نفس ذلك المدعى

---

(١) جامع المقاصد ٧ : ٣٤٠ .

وهو هنا المدّة الزائدة ، [أ]و الحصّة الزائدة ، أمّا العمل فهو أمر خارج عن الدعوى ، فلا أثر للمطالبة به في هذه المنازعة »[1].

قلت :

لاريب في عدم التحالف في مسألة المدّة لو كانت الدعوى في نفس استحقاق الزائد منها من دون تعرّض في الدعوى لسببه ؛ ضرورة كون إنكارها على مقتضى الأصل .

أمّا لو كانت الدعوى في سبب استحقاقها بعد اتفاقهما على كونه عقداً مشخّصاً ووقع النزاع في كيفية تشخيصه ، فقال المالك مثلاً : إنّه بمدّة قليلة ، وقال العامل : إنه بمدّة كثيرة .

فلا ريب في أنّ المتّجه التحالف .

[وذلك :] لكون كلّ منهما مدّعياً ومنكراً ودعوى كلّ منهما مخالفة للأصل ، والقلّة والكثرة بالنسبة إلى تشخيصهما العقد ، على حدٍّ سواء في مخالفة الأصل .

إلّا أن ظاهر الأصحاب هنا تقديم قول مدّعي القلّة حتى لو كانت الدعوى على الفرض المزبور .

وأمّا الحصّة فالقول فيها قول صاحب البذر ، وإن كانت الدعوى كذلك ؛ لأصالة تبعيّة النماء .

اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ التمليك هنا لعقد المزراعة المفيد تشريكاً للعامل والمالك في نماء البذر ومنفعة الأرض ، والعمل والعوامل ، سواء كان البذر من المالك أو العامل ، فلا أثر حينئذٍ لتبعيّة النماء هنا ، فإنّه يفيد التمليك لو لم يكن ثمّ عقد مزارعة ، أمّا معه فالتمليك مستند إليه لا إلى التبعية المزبورة ، حتى بالنسبة إلى صاحبه ، وحينئذٍ يتّجه التحالف لولا ظهور اتفاق الأصحاب ، على أنّ القول قول صاحبه .

نعم لو فرض خروجه عنهما اتّجه التحالف حينئذٍ ، لكنّه كما ترى ؛ ضرورة عدم تمليك عقد المزارعة ماهو ملك للإنسان نفسه ؛ إذ النّماء جزء من الأصل .

نعم قد يقال : إذا فرض كون الدعوى في تشخيص العقد المتّفق على وقوعه بينهما فلا ريب في اقتضاء الأصل نفي كلّ منهما ، وموافقة مدّعي القلّة ـ إذا كان البذر له ـ لأصالة التبعية لا تقتضي ترجيحه على وجه يكون به منكراً ، خصوصاً مع إمكان معارضته ـ في بعض الصور ـ بأصالة عدم استحقاق منفعة الأرض مثلاً ، بما ادعاه من الحصّة لو كان البذر للعامل الذي يفرض دعواه القلّة ، بل لعلّ صاحب الأرض هو كصاحب اليد بالنسبة إلى ما يكون فيها .

وأمّا ما ذكره في المسالك في الردّ على المحقّق الثاني[2] في توجيه كونه مدّعياً بأنّه « يترك إذا ترك » فهو في محلّه ؛ ضرورة أنّه يترك مطالبته بالعمل بالنسبة إلى ما ادّعاه من الزيادة ، لا غيرها من المدّة التي اعترف بثبوتها عليه ، ولو في ضمن الزيادة التي ادعاها كما هو واضح .

هذا كلّه مع قطع النظر عن كلام الأصحاب ، وإلّا فلا محيص عن موافقتهم عليه بعد ثبوت إجماعهم عليه ، بل قد يتكلّف موافقته للقواعد أيضاً بعد التأمّل .

---

(١)(٢) المسالك ٥ : ٣٠ .

وعلى كلّ حال (**فإن أقام كلّ منهما بيّنة**) على ما ادّعاه بني الحكم على تقديم بيّنة الداخل والخارج .

والأقوى الثاني وهو فيما نحن فيه مدّعي الزيادة في المدّة والحصّة لو لم يكن له البذر وحينئذٍ متى قامت البيّنتان على مقدار الحصّة (**قدّمت بيّنة العامل**) مع فرض خروجه بكون صاحب البذر المالك (**وقيل : يرجعان إلى القرعة**) [١] .

(**و**) لا ريب في أنّ (**الأوّل أشبه**) [٢] .

[حكم ما لو اختلفا فقال الزارع: أعرتنيها وإنكار المالك]:

المسألة (**الثالثة : لو اختلفا فقال الزارع : أعرتنيها وأنكر المالك**) حلف على نفي العارية (**و**) إن (**ادّعى**) مع ذلك (**الحصّة أو الأُجرة ولا بيّنة له**) فإنّه منكر بالنسبة إلى نفي العارية على كلّ حال ، وحينئذٍ (**فالقول قول**ـه أي (**صاحب الأرض**) بالنسبة إلى ذلك .

(**و**) لكن (**تثبت له أُجرة المثل**) المساوية لما ادعاه أو الأقلّ منه لا الزائدة على ما ادعاه من الحصّة والأُجرة المسمّاة ، إلّا أنّه (**مع يمين الزارع**) على نفيهما ، حيث يحتاج إليه كما لو فرض زيادتهما عن أُجرة المثل ، أمّا مع فرض قلّتهما عن ذلك فلا حاجة إليه [٣] .

نعم لو فرض تعلّق غرض مخصوص بكون الأُجرة عيناً مشخّصة مثلاً أو لإرادة عدم الإعطاء من خصوص

---

[١] التي هي لكل أمرٍ مشكل .

[٢] بأُصول المذهب وقواعده التي منها : « البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر »[1] . وبها حينئذٍ يرتفع الإشكال الذي هو وصف موضوع حكم القرعة .

إنّما الكلام في إطلاق المصنّف تقديم قول العامل ، وكذا مافي المختلف .

قال : « لو اختلفا في الحصّة فالقول قول صاحب البذر مع يمينه ، فإن أقام كلّ بيّنة قدّمت بينّة العامل ؛ لأنّه الخارج : ولأنّ القول قول المالك فالبيّنة بيّنة العامل ، وقيل : يرجعان إلى القرعة ، وليس بجيّد »[2] .

ويمكن تنزيله على ما إذا كان المالك صاحب البذر ، أو يقال بتقديم بيّنة العامل هنا وإن كان صاحب البذر ؛ لأنّه وإن كان داخلاً بالنسبة إلى قبول قوله عند عدم البيّنة ؛ لأصالة التبعيّة ، لكنه خارج عند قيام البيّنة ، لكون صاحب الأرض هو ذو اليد على ما فيها .

والأصل عدم خروج منفعتها إلّا بقوله ، فيكون العامل حينئذٍ خارجاً ، فتأمّل جيّداً .

[٣] ضرورة وجوب ذلك عليه بيمين صاحب الأرض على نفي العارية فإنّه يثبت له الأقلّ من أُجرة المثل ، وممّا ادّعاه ؛ لأنه مع فرض زيادة أُجرة المثل عنه قد اعترف المالك أنّه لا يستحقّ أزيد ممّا ادّعاه من الحصّة والأُجرة ، وحينئذٍ يتّجه يمين الزارع على نفيهما مع فرض زيادتهما على ذلك ، أمّا مع المساواة أو القلّة فلا فائدة فيه ؛ لوجوب تأديته ذلك على كلّ حال .

---

(١) انظر الوسائل ٢٧ : ٢٣٣ ، ب٣ من كيفيّة الحكم .

(٢) المختلف ٦ : ١٩٣ .

الزارع اتّجه حينئذٍ يمينه على نفي دعوى المالك، والرجوع إلى أُجرة المثل [١].

(و) على كلّ حال فقد ظهر لك ضعف ما (**قيل**) في أصل المسألة من أنّه (**تستعمل القرعة**) لكل أمرٍ مشكل (و) لا إشكال بعد ما عرفت، فلا ريب في أنّ القول (**الأوّل أشبه**) [٢].

(و) كيف كان فـ(**للزارع تبقية الزرع إلى أوان أخذه**) [٣] (**لأنّه مأذون فيه**) باتّفاق منهما فيكون له البقاء [٤]. بل ليس للمالك المطالبة بالقلع [٥]. نعم ليس له منعه لو أراد الزارع أخذه قصيلاً [٦].

كما أنّه ليس للعامل حقّ الإبقاء بناء على جواز الرجوع بالعارية وإن كانت للزرع [٧].

هذا كلّه مع كون الدعوى على الفرض المزبور (**أمّا لو قال**) المالك في جوابه: (**غصبتنيها حلف المالك**) على نفي العارية (**وكان له إزالته والمطالبة بأُجرة المثل وأرش الأرض إن عابت، وطمّ الحفر إن كان غرساً**) [٨].

---

[١] ومن الغريب مافي الحدائق من كون المتّجه في المسألة ثبوت أُجرة المثل وإن زادت على دعوى المسمّى[١]، محتجاً بأنّ التحالف يسقط الدعوى ويبطلها، وينزلها منزّلة العدم، فلا يؤخذ المالك باعترافه بالإجارة بالأقلّ؛ إذ هو غلط فاحش؛ ضرورة اقتضاء اليمين نفي ما يكون على الحالف، لا إسقاط مقتضى حكم الإقرار في حقّ من له اليمين كما هو واضح. **وأفحش منه ما عن الأردبيلي في نظير المسألة من أنّ القول قول مدعي العارية؛ لأصالة براءة الذمّة**[٢]، ولأنّ اليمين على نفي الإجارة والمزارعة يوجب سقوط الأُجرة والحصّة، وعوضهما الذي هو أُجرة المثل لذهاب اليمين بما فيها. وفيه: أنّ أصل البراءة مقطوع بقاعدة الضمان، المستفادة من قوله: «من أتلف»[٣] و«على اليد»[٤] ونحوهما، وإلّا للزم عدم ضمان كلّ متلف لكلّ مال شخص بدعوى الهبة، بل لا يحتاج إلى الدعوى بأصالة البراءة، والتزامه واضح الفساد والفرق بين المنفعة والعين أوضح فساداً، وذهاب اليمين بما فيها إنّما هو بالنسبة إلى خصوص مانفته من الحصّة والأُجرة المسمّاة، لا غيرها كما هو واضح.

[٢] بأُصول المذهب وقواعده، بل لم نعرف القائل بالقرعة هنا بالخصوص.

[٣] **بلا خلاف ولا إشكال معتدّ به.**

[٤] بناءً على العمل بمفهوم قوله: «لا حقّ لِعرق ظالم»[٥].

[٥] إلزاماً له بدعواه الإجارة والمزارعة.

[٦] لعدم ثبوت حقّ له فيه بعد فرض يمينه على نفي المزارعة.

[٧] أخذاً له بإقراره بدعوى العارية كما هو واضح.

[٨] لكونه حينئذٍ بحكم الغاصب الذي يترتّب عليه ذلك ولم يكن ثمّ إقرار من المالك يلزم به، وليس هو من التداعي الأوّل الذي يتوجّه فيه يمين على مدعي العارية. **فما عن التذكرة من أنّه يحلف العامل على نفي الغصب**[٦] في غير محلّه، خصوصاً بعد اعترافه بترتّب الأحكام المزبورة التي يكفي فيها عدم تحقّق الإذن من المالك الحاصل بيمينه على نفي العارية التي يدّعيها الزارع كما هو واضح.

---

(١) (٦) الحدائق ٢١: ٣٣١ـ٣٣٢. التذكرة ١٨: ٤١٢.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١١٢.

(٣) انظر الوسائل ٢٧: ٣٢٧، ب١١ من الشهادات.

(٤) المستدرك ١٤: ٧ ب١ من الوديعة، ح١٢.

(٥) الوسائل ١٩: ١٥٧، ب٣٣ من الاجارة، ح٣، وفيه: «ليس لعرق ظالم حق».

[مشاركة المزارع غيره في حصته]:

المسألة (**الرابعة : للمزارع**) بالفتح (**أن يشارك غيره**) في حصّته (**وأن يزارع عليها غيره**) بحصّته أو أقلّ منها (**ولا يتوقّف**) ذلك (**على إذن المالك**) [١].

نعم ليس له تسليم الأرض إلّا بإذن المالك على الوجه الذي تسمعه في كتاب الإجارة [٢].

---

[١] **بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل عن ظاهر الغنية الإجماع عليه**[١] ؛ لانتقال المنفعة إليه بعقد المزارعة و« الناس مسلّطون على أموالهم »[٢] .

[٢] وفي موثق سماعة دلالة على ذلك في الجملة قال : سألته عن المزارعة ، قلت : الرجل يبذر في الأرض مئة جريب أو أقلّ أو أكثر طعاماً أو غيره فيأتيه رجل فيقول له : خذ منّي نصف ثمن هذا البذر الذي زرعته في الأرض ونصف نفقتك عليّ وأشركني فيه ؟ قال : « لا بأس ، قلت : وإن كان الذي بذر فيه لم يشتره بثمن ، وإنّما هو شيء كان عنده ، قال : فليقوّمه قيمة كما يباع يومئذٍ ، ثمّ ليأخذ نصف الثمن ، ونصف النفقة ويشاركه »[٣] . ولعلّه لذا **اشترط بعضهم فيما حكي عنه في جواز المزارعة والمشاركة كون البذر منه ، ليكون تمليك الحصّة منوطاً به ، قال : وبه يفرّق بينه وبين عامل المساقاة ، حيث لا يصحّ له أن يساقي غيره كما سيأتي ، ولأنّ البذر إذا كان من صاحب الأرض ، فالأصل أن لا يتسلّط عليه إلّا مالكه ، أو من أذن له ، وهو المزارع**[٤] . **واستحسنه في المسالك في المزارعة ، قال : « أمّا المشاركة فلا ؛ لأنّ المراد بها أن يبيع بعض حصّته في الزرع مشاعاً بعوض معلوم ، وهذا لا مانع منه ، لملكه لها فيتسلّط على بيعها كيف يشاء ، بخلاف ابتداء المزارعة ؛ إذ لاحقّ له حينئذٍ إلّا العمل ، وبه يستحقّ الحصّة . مع احتمال الجواز مطلقاً ؛ لأنّ لزوم عقدها اقتضى تسلّطه على العمل بنفسه وغيره وتملّكه للمنفعة والتصرّف في البذر بالزرع وإن لم يكن بنفسه ، حيث لا يشترط عليه الاختصاص ، فيجوز نقله إلى الغير كما يجوز الاستنابة ، ويضعّف بأنّ البذر حينئذٍ ليس ملكاً له ، وإنّما هو مأذون في التصرّف بالزرع فيه ، وبه يملك الحصّة . وقد يقال : إنّ هذا كاف في جواز مزارعة الغير ؛ لأنّها عبارة عن نقل حقّه في ذلك إليه وتسليطه على العمل فيجوز له كما يجوز له التوكيل فيه والاستنابة بغيرها من الوجوه » ثمّ قال : « هذا كلّه إذا لم يشترط المالك عليه العمل بنفسه ، وإلّا لم يجز المشاركة ولا المزارعة بحيث يصير العمل كلّه أو بعضه متعلّقاً بغيره ، ولا يرد أنّ ذلك يقتضي منع المالك من التصرف في ما له ، فيكون منافياً للمشروع ؛ لأنّ « الناس مسلّطون على أموالهم » ؛ لأنّ ذلك حيث لا يعارضه حقّ غيره ، وإلّا لم تتمّ الكليّة ؛ ضرورة تخلّفها في كثير كالراهن والمفلّس »**[٥] .

قلت : قد تبع بذلك كلّه أو أكثره مافي جامع المقاصد[٦] . (لكن) لا يخفى عليك مافي تفسيرهما « المشاركة » المذكورة في المتن وغيره ، خصوصاً بعد قول المصنّف وغيره [لو شرط ...] .

---

(١) حكاه في مفتاح الكرامة ٧ : ٣٢٤ . وانظر الغنية : ٢٩١ .
(٢) البحار ٢ : ٢٧٢ ، ح٧ .
(٣) الوسائل ١٩ : ٤٨ ، ب١٣ من المزارعة ، ح١ وفيه : « يبذر » بدل « بذر » .
(٤) نقله في المسالك ٥ : ٣٣ .
(٥) المسالك ٥ : ٣٣ .
(٦) جامع المقاصد ٧ : ٣٢٩ ـ ٣٣٠ .

[وأمّا قول المصنّف :] (**لو شرط المالك الزرع بنفسه لزم ولم تجز المشاركة إلّا باذنه**) [ففيه إشكال] [١].
[بل الصحيح] أنّه لا وجه للمنع من مزارعة الغير حتى مع اشتراط الاختصاص في العمل [٢].

---

[١] ضرورة أنه لا معنى لمنعها ، بناء على أنّها عبارة عن شراء بعض حصّة العامل بعد ظهورها ، وملكه إياها ؛ لعدم منافاة ذلك لاشتراط الزرع بنفسه ، حتى لو احتاجت بعد إلى العمل الذي يمكن شراء الحصّة منه ، مع المحافظة على البقاء على العمل بنفسه الذي هو في الحقيقة لحصّته وحصّة ربّ الأرض ، فليس هو مستحقاً له أجمع ، والفرض كون الشركة في حصّته .

ومن هنا أنكر الأردبيلي فيما حكي عنه على التفسير المذكور ، وقال : « إنّ ظاهر العبارات أعمّ من ذلك ، بل غير ذلك وهو شركة غيره معه بالعمل المشروط عليه ببعض الحصّة المشروطة له ، فكأنّه يرجع إلى المزارعة في البعض »[١] . وهو جيّد ، ولا ينافيه حينئذٍ ذكر المزارعة بعدها المحمول على إرادة عدم شركته معه في العمل ، بل يكون المزارع الثاني هو المستقلّ ، ويكون للأوّل من نفس منفعة الأرض مثلاً ، أو يقال : إنّ المراد الشركة معه في العمل ببعض الحصّة بطريق الصلح .

ومن التأمّل فيما ذكرنا يظهر [لك ذلك] .

[٢] إذ لا يعتبر في تحقّق المزارعة العمل من المزارع كما عرفته سابقاً ، بل يكفي فيها دفع العوامل أو بعض البذر ، بل يمكن مزارعة الغير على وجه يكون هو الأجير له في العمل .

ولعلّه لذا اقتصر المصنّف على عدم جواز المشاركة مع اشتراط الزرع بنفسه بخلافه في القواعد .

حيث قال : « وللمزارع أن يشارك غيره ، وأن يزارع عليها غيره وإن لم يأذن المالك ، نعم لو شرط الاختصاص لم تجز المشاركة ولا المزارعة »[٢] . اللهمّ إلّا أن يريد الاختصاص بالحصّة أيضاً .

لكن في صحّة هذا الشرط حينئذٍ بحث ؛ لعموم تسلّط الناس[٣] ، ولما حكي من الإجماع في كتاب البيع على عدم صحّة مثل هذا الشرط . وقياس ذلك على الراهن والمفلّس في غير محلّه . وكأنّ الذي أوقع ثاني المحققين والشهيدين في التزام ذلك تفسيرهم الشركة هنا بما سمعت[٤] . وفيه ما عرفت .

كما أنّه لا يخفى عليك مافي الوسوسة في عدم اعتبار كون البذر منه في جواز المزارعة أيضاً ؛ ضرورة كون ذلك مقتضى العمومات . والمنع في المساقاة ـ إن كان لإجماع أو غيره ـ لا يقتضي المنع هنا ، بل عن ظاهر الغنية الإجماع عليه[٥] ، بل لم نعرف القائل به بالخصوص .

عدا ما في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد من نسبته إلى عميد الدين[٦] .

ولا ريب في ضعفه ؛ لما عرفته من كفاية عقد المزارعة في تمليك الحصّة من غير حاجة إلى ملك البذر ، كالمزارع الأوّل .

والخبر الأول[٧] لا دلالة فيه على ذلك بل لعلّه خارج عمّا نحن فيه ، بكون المراد منه السؤال عن المزارعة بهذا الوجه ، أي تملّك الزرع بالطريق المذكور ، لا أنّ المراد عقد المزارعة ولا أنّ العامل باعه ما ملكه بالمزارعة ، فتأمّل جيّداً .

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ١١١ .
(٢) القواعد ٢ : ٣١٤ .
(٣) البحار ٢ : ٢٧٢ ، ح٧ .
(٤) تقدّم في ص٣٧ .
(٥) حكاه في مفتاح الكرامة ٧ : ٣٢٤ . وانظر الغنية : ٢٩١ .
(٦) لم نعثر عليه .
(٧) الوسائل ١٩ : ٤٨ ، ب١٣ من المزارعة ، ح١ .

[خراج الأرض ومؤونتها]:

المسألة (**الخامسة : خراج الأرض ومؤونتها**) كأُجرتها ونحوها (**على صاحبها**) [١] (**إلّا أن يشترطه على الزارع**) فيلزم حينئذٍ [٢].

---

[١] لأصالة براءة ذمّة العامل الذي لم يوجب عليه عقد المزارعة ذلك ونحوه ، بل في خبر سعيد الكندي : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : إنّي آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم ، قال : « أعطهم فضل ما بينهما ، قلت : أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم ، قال : إنّهم إنّما زادوا على أرضك »[١] .

وإن قال في الرياض : فيه قصور من حيث السند ، ومخالفة في المتن ؛ لقاعدة « لا تزر وازرة وزر أُخرى » ولذا قال الراوي : ما سمعت ، ثمّ قال : « ويستفاد من التعليل انسحاب الحكم في كلّ موضع يشابه مورده ، كما يتّفق كثيراً في بلادنا من الظلم على سكنة الدور بمال يكتب عليها [لا عليهم] ، فمقتضى الأصل والقاعدة براءة ذمّة أربابها وصرف الغرامة إلى السكنة ، فإنّ المظلوم من ظلم . . . ولكن الحال في السند كما ترى ، ولا أجد له جابراً ، فيشكل الحكم به هنا أيضاً »[٢] .

قلت : لعلّ ما في الخبر المزبور من الخراج الذي هو على مالك الأرض ؛ ضرورة عدم تقديره بقدر فقد يزيد السلطان فيه ، وقد ينقص ؛ لاختلاف الأزمنة .

والرجوع به على المالك إنّما هو باعتبار أخذ السلطان العوض عنه ، فكأنّه قد اشترى من السلطان ذلك .

[٢] **لكن في المسالك : « لو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الأرض** ؛ لأنّ الشرط لم يتناولها ولم تكن معلومة ، فلا يمكن اشتراطها ولو شرطا ذلك أو بعضه عليهما أو اخراجه من الأصل والباقي بينهما فهو كما لو شرط المالك زيادة على العامل ؛ لأنّه بمعناه »[٣] . وأشكله بعض الناس ، بأنّه منافٍ لما يفيده ظاهر جملة من النصوص من اغتفار مثل هذه الجهالة[٤] ، ففي صحيح داود بن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام : في الرجل تكون له الأرض يكون عليها خراج معلوم ، وربّما زاد وربّما نقص فدفعها إلى الرجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مئتي درهم في السنة ، قال : « لا بأس »[٥] . وفي صحيح يعقوب بن شعيب عنه أيضاً : سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى رجل على أن يعمّرها ويصلحها ويؤدّي خراجها ، وما كان من فضل فهو بينهما ؟ قال : « لا بأس »[٦] .

بل في الحدائق : « أنّه ورد في النصوص ما هو أعظم من ذلك وهو إجارتها أو قبالتها بما عليها من الخراج قلّ أو كثر ، قال إبراهيم بن ميمون : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قرية لأُناس من أهل الذمّة لا أدري أصلها لهم أم لا غير أنّها في أيديهم وعليهم خراج فاعتدى عليهم السلطان فطلبوا إليّ فأعطوني أرضهم وقريتهم على أن أكفيهم السلطان بما قلّ أو كثر ففضل لي بعد ذلك فضل بعد ما قبض السلطان ما قبض ؟ قال : « لا بأس بذلك ، لك ما كان من فضل »[٧] . وفي صحيح أبي بردة رجا ، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن القوم يدفعون أرضهم إلى رجل فيقولون : كلها وأدّ خراجها ؟ قال : « لا بأس [به] إذا شاؤوا أن يأخذوها أخذوها »[٨] . وخبر

---

(١) الوسائل ١٩ : ٥٦ ب١٦ من المزارعة ، ح١٠ .
(٢) الرياض ٩ : ١١٣ ـ ١١٤ .
(٣) المسالك ٥ : ٣٤ ، وفيه : « نصفه » بدل « زيادة » .
(٤) انظر كفاية الأحكام ١ : ٦٣٩ . الحدائق ٢١ : ٣٣٧ .
(٥) الوسائل ١٩ : ٥٧ ، ب١٧ من المزارعة ، ح١ .
(٦) المصدر السابق : ٤٥ ب١٠ ، ح٢ .
(٧) المصدر السابق : ٥٧ ، ب١٧ ، ح٢ .
(٨) المصدر السابق : ٥٨ ، ح٣ .

أبي الربيع قال أبو عبدالله عليه السلام : في رجل يأتي على قرية وقد اعتدى عليهم السلطان فضعفوا عن القيام بخراجها والقرية في أيديهم ، ولا يدري هي لهم أم لغيرهم فيدفعونها إليه على أن يؤدي خراجها فيأخذها منهم ، ويؤدّي خراجها ويفضل بعد ذلك شيء كثير ، قال : « لا بأس بذلك إذا كان الشرط عليهم بذلك »[1] »[2].

لكن في الرياض بعد أن ذكر صحيح ابن سرحان[3] قال : « ونحوه غيره ، وفي الدلالة ضعف ، فإنّ غايته نفي البأس الغير الملازم للزوم الذي هو المطلوب ؛ لأعمّيته منه ، فقد يجامع جواز الرجوع ، ويكون المطلوب من نفي البأس حينئذٍ بيان الجواز مع حصول التراضي ، ألا ترى إلى الصحيح - أي صحيح أبي بردة[4] - قد حكم فيه بنفي البأس عن نحو ذلك ، مع تصريحه بجواز الرجوع ، فظهر أنّ المراد من نفي البأس حيث يطلق إنّما هو بيان الجواز المطلق لا اللزوم ، إلّا أن يقال : بأنّ المقصود من التمسّك بنفي البأس إنّما هو إثبات الجواز ، دفعاً لما يتوهّم من النهي عنه الناشئ من الجهالة ، وحيث ثبت الجواز ثبت اللزوم ، حيث يذكر في العقد اللازم عملاً بما دلّ على لزومه . وهذا هو السرّ في تمسّك الأصحاب في القول بلزوم كثير من الشروط في العقود اللازمة بالنصوص التي غايتها نفي البأس عنها ، لا الحكم بلزومها .

ولكن هذا إنما يتمّ لو دلّت النصوص على نفي البأس عنها وإن ذكرت في العقد اللازم ، وإلّا فالتمسّك بها لذلك محلّ إشكال ؛ إذ المناط في نفي البأس حيث يذكر في غير العقود اللازمة هو حصول المراضاة ، والغرر والجهالة لعلّهما مغتفران معها [= المراضاة] فيما عداها ؛ لجواز الرجوع بعد ظهور الغرر دونها ؛ لعدم جوازه فيها للزومها ، ولعلّه لذا نهي عنها ، ونصوص المسألة لعلّها من هذا القبيل ؛ إذ لم يذكر فيها وقوع اشتراط ذلك في عقد لازم ، فكيف يستدلّ بها على الجواز ولو ذكر فيه ؟ إلّا أن يتمسّك بإطلاق نفي البأس الشامل لصورتي وقوع الشرط في ضمن العقد اللازم وغيره ، إلّا أنّ في الخروج بمثله عن عموم ما دلّ على النهي عن الغرر والجهالة[5] إشكالاً »[6].

قلت : لعلّ الوجه في إطلاق النصّ والفتوى صحّة هذا الشرط أنّه من اشتراط كون حقّ الخراج عليه ، نحو اشتراط حقّ الزكاة على مشتري الثمرة مع عدم العلم بمقدارها فلا يقدح جهالة ما يؤدّيه عن ذلك ؛ إذ ليس هو اشتراط قدر ، بل هو اشتراط حقّ ، وربّما لا يؤدّي عنه شيئاً ، ومرجعه إلى صيرورة الزارع كالمالك في تعلّق هذا الحقّ به ، الذي لا إشكال في صحّة اشتراطه عليه ، ولو مؤكّداً ومثل ذلك ليس من الجهالة في شيء كما هو واضح .

ولعلّه لذا أطلق المصنّف وغيره صحّة الشرط المزبور مع معلوميّة كون الخراج قد يزيد وينقص ، كما سمعت التصريح به في النصّ[7] ، واعتبار المعلوميّة إنّما وقع في كلام بعض المتأخّرين[8] ؛ وأنكره عليه بعض من تأخّر عنه[9] .

فمن الغريب ما سمعته من فاضل الرياض من التردّد في ذلك[10] .

---

(١) المصدر السابق : ح٤ ، مع اختلاف .
(٢) الحدائق ٢١ : ٣٣٧ ـ ٣٣٨ .
(٣) (٤) تقدّم في ص٣٩ .
(٥) انظر الوسائل ١٧ : ٤٤٨ ، ب٤٠ من آداب التجارة ، ح٣ .
(٦) الرياض ٩ : ١١٤ ـ ١١٥ .
(٧) الوسائل ١٩ : ٥٧ ، ب١٧ من المزارعة ، ح١ .
(٨) المسالك ٥ : ٣٤ .
(٩) الحدائق ٢١ : ٣٣٧ .
(١٠) الرياض ٩ : ١١٤ .

ثمّ إنّ المراد بالمؤنة [١] [مع الإطلاق ، تعارف ماهو على المالك أو على العامل].

وقد يقال : إنّ المراد بمؤنة الأرض -بقرينة ذكرهم لها مع الخراج - ما كان مثله من أُجرة الأرض عوض قبالتها ، ونحو ذلك ممّا هو سبب في الاستيلاء على كون الأرض بيده ، إجارة وزراعة وغيرهما ، ولعلّ هذا أقرب عند التأمّل ، والله العالم .

[الموضع الذي يحكم فيه بطلان المزارعة]:

المسألة (السادسة : **كلّ موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة تجب لصاحب الأرض أُجرة المثل**) إن كان البذر من العامل الذي يكون منه الحاصل حينئذٍ ، كما أنّه لصاحبها إن كان البذر منه ، ولكن عليه أُجرة مثل العامل والعوامل .

ولو كان البذر منهما فالحاصل بينهما على النسبة ، ولكلّ منهما على الآخر أُجرة مثل ما يخصّه على نسبة مالاآخر فيه من الحصّة ، فإذا كان البذر بينهما مثلاً رجع المالك بنصف أُجرة أرضه ، والعامل بنصف أُجرة عمله وعوامله وآلاته ، وعلى هذا القياس باقي الأقسام ، ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له ، وعليه أُجرة مثل الزرع وباقي الأعمال وآلاتهما [٢] .

[وقد يقال بعدم الفرق في ثبوت الأُجرة لمن ليس له البذر على الآخر في مقابلة أرضه أو عمله بين أنّ هناك حاصل أم لا] .

وهو كذلك مع فرض شغل الأرض بالبذر والعمل من العامل ، أمّا مع فرض عدم استعمال العامل الأرض

---

[١] على ما استظهره في المسالك : « ما يتوقّف عليه الزرع ، ولا يتعلّق بنفس عمله وتنميته كإصلاح النهر والحائط ونصب الأبواب إن احتيج إليها ، وإقامة الدولاب وما لا يتكرّر كلّ سنة ، كما فصّلوه في المساقاة ، والمراد بالعمل الذي على الزارع مافيه صلاح الزرع وبقاؤه ممّا يتكرّر كلّ سنة كالحرث والسقي وآلاتهما وتنقية النهر من الحمأة وحفظ الزرع وحصاده ونحو ذلك »[(١)] ، ثمّ قال : « فكلامهم في هذا المحلّ قاصر جداً ؛ هذا كلّه إذا لم يشترط ذلك على الزارع ، فإن شرط عليه لزم إذا كان القدر معلوماً ، وكذا لو شرط بعضه معيّناً أو مشاعاً مع ضبطه » .

قلت :

لا إشكال في كون المرجع فيما ذكره مع الإطلاق تعارف ماهو على المالك أو العامل ، وإلّا أُشكل الحال .

[٢] **بلا خلاف في شيء من ذلك أجده ، كما اعترف به في الرياض**[(٢)] .

ووجهه ما تقدّم غير مرة [من أنّه نماء ملكه فيتبعه في إضافة المالك والضمان بالإستيفاء] وخصوص ما في قاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » .

بل في الرياض هنا : أنّ « إطلاق العبارة كغيرها يقتضي عدم الفرق في ثبوت الأُجرة لمن ليس له البذر على الآخر في مقابلة أرضه أو عمله بين أن يكون هناك حاصل أم لا »[(٣)] .

---

(١) المسالك ٥ : ٣٤.

(٢)(٣) الرياض ٩ : ١١٨.

لإقدام منه على مخالفة عقد المزارعة الذي بان فساده أو لعلمه بالبطلان أو غير ذلك فقد يشكل ضمانه الأُجرة حينئذٍ [١]، مع فرض عدم منع المالك منها، خصوصاً مع علمه بالبطلان اللهم إلّا أن يفرض كونها في يده التي هي يد ضمان [٢]، فتبقى الأرض حينئذٍ في يده بحكم الغصب. لكن مع ذلك لا يخلو من نظر وتأمّل.

كما أنّه لا يخلو إطلاقهم، الأُجرة ـ الشامل لصورتي علمهما وجهلهما، وعلم أحدهما خاصّة ـ من تأمّل [٣].

[حكم خرص صاحب الأرض على الزارع]:

المسألة (**السابعة: يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع، والزارع بالخيار في القبول والردّ، فإن قبل كان استقرار ذلك مشروطاً بالسلامة، فلو تلف الزرع بآفة سماوية أو أرضيّة لم يكن عليه شيء**) كما أوضحنا ذلك كلّه مع باقي فروع المسألة في بيع الثمار، فلاحظ وتأمّل، هذا. ولكن بقي هنا أُمور لم يذكرها المصنّف:

منها: أنّ البذر مع إطلاق المزارعة من العامل أو المالك؟ [٤]

قلت: لا كلام مع فرض انصرافٍ للإطلاق، فإنّه المتّبع حينئذٍ، من غير فرق بين البذر وغيره، وأمّا مع عدمه فيحتمل التعيين وإلّا بطل العقد [٥]، وأن يكون على العامل [٦].

ومنها: أنّ الحبّ الثابت في الأرض في العام الآخر الذي هو غير عام المزارعة إن كان لأحدهما كان النماء له، وعليه أُجرة الأرض إن كان لغير مالكها، وإن كان من مال المزارعة كان بينهما على حسب النسبة، ويخصّه من الأُجرة مقدار نصيبه.

---

[١] بأصالة براءة الذمة.

[٢] ضرورة عدم الإذن في ذلك؛ لفرض انحصارها في العقد المفروض بطلانه.

[٣] خصوصاً بعدما تسمعه منهم في المساقاة من التصريح بعدم الأُجرة للعامل مع العلم ببطلانها؛ لكونه حينئذٍ متبرّعاً، والمسألة من وادٍ واحد، ولو لا ذلك لأمكن توجيه الإطلاق هنا بأنّه لا ملازمة بين العلم بالبطلان والمجانيّة، بعد فرض كون دفع الأرض والعمل بعنوان تلك المزارعة الباطلة، فتبقى حينئذٍ على قاعدة «احترام مال المسلم وعمله» كما صرّح به بعضهم في غير المقام، كالبيع الفاسد والإجارة الفاسدة.

وكذا لا يخلو الإطلاق المزبور من إشكال بعد تقييدهم له في المساقاة بما إذا لم يكن البطلان من اشتراط عدم الحصّة، وإلّا كان متبرّعاً، فإن نظيره هنا أيضاً آت. وإن كان يمكن أن يقال: إنّ رضاه بعدمها إنّما كان بعنوان العقد الذي قد فرض فساده، فلا إذن حينئذٍ، فيبقى تحت القاعدة التي ذكرناها، فلاحظ وتأمّل.

[٤] **صرّح الفاضل في القواعد بالأوّل، وعن بعض العامة الثاني وظاهر موضع من التذكرة وجوب التعيين**[1].

[٥] للغرر.

[٦] لقوله عليه السلام في جواب السؤال عن المزارعة: «النفقة منك، والأرض لصاحبها»[2] فيكون حينئذٍ كالأصل الشرعي في ذلك.

---

(١) القواعد ٢: ٣١٤. الشرح الكبير ٥: ٥٨٧. انظر التذكرة ١٨: ٤٠٧.

(٢) الوسائل ١٩: ٤٥ ب١٠ من «المزارعة والمساقاة» ح٢.

لكن مع فرض كون الحبّ من الذي هو معرض عنه على وجه يجوز للملتقط التقاطه فهل هو كذلك ؟ [١] أو أنّه يكون لصاحب الأرض ؟ [٢] [فيه] وجهان [٣].

ومنها : أنّ ما جاء في النصوص[١] هنا من قبالة الأرض بشيء معلوم سنين معلومة وعليه خراجها وعمارتها أو قبالتها بخراجها وعمارتها أو بغير ذلك ممّا تضمنته أخبار المقام هل هو عقد برأسه وإن أفاد فائدة المزارعة والإجارة والصلح في بعض الموارد أو أنّ المراد من لفظ « التقبيل » هنا ما ينطبق على ذلك المورد من العقود المعهودة ولو الصلح ؟ وجهان أو قولان ، أقواهما الثاني كما أوضحناه في مسألة الخرص في بيع الثمار [٤].

ومنها : أنّه حيث يستحقّ المالك قلع الزرع فهل يضمن الزكاة لمستحقها لو فرض بلوغه حدّ تعلّقها إذا قلعه ، وجهان [٥]. هذا كلّه في المزارعة .

[المساقاة]:

(وأمّا المساقاة فهي) جائزة [٦].

---

[١] لأنّه لا يزول عن الملك بالإعراض ، بل به مع الاستيلاء ، والفرض عدمه إلى أن صار زرعاً ، والفرض عدم الإعراض عنه في هذا الحال .

[٢] لأنّه من توابعها ونمائها ، بل لعلّ كونه فيها نوع استيلاء من المالك عليه .

[٣] **إلّا أنّه جزم في التذكرة بأنّه بينهما على كلّ حال ، خلافاً لبعض العامّة**[٢].

[٤] لعدم إفراد الأصحاب باباً للقبالة على وجه يعرف به كونها من العقود المتعارفة في ذلك الزمان ، ولم يتعرضوا لألفاظ هذا العقد ، ولا لشرائطه ولا لأحكامه ولا لموارده . وذلك كلّه قرينة على أنّهم فهموا من لفظ « التقبيل » ما ذكرناه ، فالتعبير به حينئذٍ كالتعبير بالأخذ والتناول ونحوهما ممّا يعلم عدم إرادة كونه عقداً برأسه .

ودعوى عدم صلاحية جميع العقود لبعض مواردها فيدلّ على أنّها عقد برأسه قد أوضحنا فسادها في مسألة الخرص من بيع الثمار ، فلاحظ وتأمّل .

[٥] **بل قولان ؛ لأنّ ظاهر المحكي عن ابن الجنيد الأوّل**[٣]**، وظاهر الفاضل في المختلف الثاني**[٤] والله العالم .

[٦] **بالإجماع من علمائنا وأكثر العامّة .**

خلافاً لأبي حنيفة وزفر فأنكراها[٥] ؛ للجهالة والغرر . ولا ريب في ضعفه ؛ للنصوص المرويّة من الطرفين في قصّة خيبر وغيرها[٦] ، بل لعلّها من طرقنا متواترة أو مقطوع بمضمونها .

نعم ليس في شيء منها تصريح بلفظ المساقاة ، إلّا أنّها دالّة صريحاً أو ظاهراً على مشروعية [ذلك].

---

(١) انظر الوسائل ١٩ : ٤٦، ٥٩، ب١١، ١٨ من المزارعة والمساقاة .

(٢) لكنه قال في التذكرة (١٨ : ٤١١) فهو لصاحب البذر عند علمائنا ، ولم نعثر على غيره . الأنصاف ٥ : ٤٨٧ .

(٣) نقله في المختلف ٦ : ١٩٢ .

(٤) المختلف ٦ : ١٩٢ .

(٥) المغني (لابن قدامة) ٥ : ٥٥٥ .

(٦) انظر الوسائل ١٩ : ٤٠، ٤٣، ٤٤ ب٨، ٩، ١٠ من المزارعة . سنن البيهقي ٦ : ١١٤ .

[و] (معاملة [مشروعة] على) سقي (أُصول ثابتة) بالثاء المثلثة أو بالنون كالنخل والشجر (بحصّة من حاصلها[١]) ولا نعني بالمساقاة إلّا ذلك [١].

---

[١] بل أطنب بعض الأفاضل[٢] في أنّ تسمية هذه المعاملة بالمساقاة اصطلاح جديد حدث بعد زمان الشارع، بل قال: إنّه بعد زمان الصحابة والتابعين، فإنّ المساقاة في اللغة كما صرّح به في القواعد وغيره مفاعلة من «السقي»[٣]، كما يقتضيه اشتقاق الصيغة ولم يذكر أحد من اللغويين ورود المساقاة في اللغة بالمعنى الذي ذكره الفقهاء، ولا وجدنا ذلك في استعمالات العرب، ولو كان ثابتاً لذكره أهل اللغة، كما ذكروا المزارعة وغيرها من ألفاظ المعاملات الثابتة في اللغة ونقلها إلى هذا المعنى في عرف الشارع أو الأئمة عليهم السلام غير ثابت؛ إذ لا ذكر للمساقاة في الكتاب والسنّة، ولا في الأحاديث المرويّة عن أهل البيت عليهم السلام.

ولذا لم يعقد أحد من أصحاب الحديث كالكليني والصدوق باباً للمساقاة، وإنّما أوردوا الأحاديث المتعلّقة بها في باب المزارعة، والنقل إلى المعنى فرع الاستعمال فيه فما لم يثبت الاستعمال لم يثبت النقل، وثبوته عند الفقهاء إنّما يقتضي الحقيقة الشرعيّة على القول بثبوتها لو ثبت استعمال الشارع إياها في المعنى المعروف، لا مطلقاً؛ إذ لا ريب في أنّ للفقهاء والمتكلّمين والأُصوليين إصطلاحات كثيرة، ليست بحقائق شرعيّة، فلا يلزم من كون المساقاة حقيقة في هذا المعنى في عرف المتشرعة أن تكون حقيقة فيه عند الشارع، وذلك ظاهر، وقولهم: سمّيت بذلك لأنّ أكثر حاجة أهل الحجاز إلى السقي؛ لأنّهم يسقون من الآبار لا إشعار فيه بتعيين زمان الوضع أصلاً؛ لاحتمال تجدّد الوضع بعد الشارع بهذه العلّة، ونسبة القول بها إلى الصحابة والتابعين، ودعوى الإجماع عليها من السلف لا يقتضي تسميتها بالمساقاة عندهم؛ لجواز أن يكون المراد أنّهم قالوا بصحّة المعاملة المسمّاة عند الفقهاء بهذا الإسم، وأجمعوا عليها، وإن وقع التعبير عنها في زمانهم بلفظ آخر، وما ذكره الفقهاء من أنّ الإيجاب لابدّ أن يكون بلفظ المساقاة وما يؤدّي معناها وأنّ أظهر الصيغ في هذا العقد ساقيتك، أو عقدت معك عقد المساقاة محمول على العقود الواقعة في زمانهم، أعني زمان النقل. وليس المراد جواز العقد بلفظ المساقاة ولو في عصر الشارع، حتى يجب القول بوضعه فيه، حذراً من لزوم استعمال الألفاظ الغير الصريحة في العقود. لا يقال: قول الأصحاب: «المساقاة شرعاً معاملة... إلى آخره» يقتضي كون هذا المعنى هو معنى اللفظ في الشرع، وكفى بقولهم هذا دليلاً على النقل.

لأنّا نقول: قد ذكر الإشكال فيما ذكره الفقهاء من ألفاظ المعاملات من أنّها لغة كذا، وشرعاً كذا، وأنّ هذا القول بظاهره لا يستقيم في الأكثر، وأنّ بعض المتأخّرين حمل التحديدات الشرعيّة في المعاملات على تحديدها بحسب عرف المتشرّعة دون الشارع، فإن صحّ ذلك، وإلّا أمكن الحمل على إرادة المعنى الثابت شرعاً، وإن كان الواضع فيه غير الشارع، وعلى كلّ حال فلا ريب في إرادة أحد المعنيين هنا إن لم يتعيّن ذلك في غيره؛ لما عرفت من عدم ورود المساقاة في الكتاب والسنّة ولا في أحاديث الأئمة عليهم السلام والحقيقة لا تثبت بدون الاستعمال قطعاً. واحتمال ثبوت الاستعمال في عصر الشارع أو الأئمّة عليهم السلام مع عدم النقل إلينا خلاف الأصل[٤].

---

(١) في الشرائع: «ثمرتها».

(٢) وهو السيد بحر العلوم.

(٣) القواعد ٢: ٣١٦.

(٤) إلى هنا تم ما قاله بحر العلوم في المصابيح: ٥٨٨ (مخطوط) وإن كانت العبارة إلى آخر الصفحة الآتية موجودة في المصابيح أيضاً.

وكيف كان فهي معاملة كغيرها من عقود المعاوضات، لكنّها على أُصول لا كالمزارعة التي هي معاملة على رزع، بل ينبغي أن تكون أُصولاً ثابتة بالثاء المثلّثة، لا كالخضروات ولا كالودي غير المغروس ونحو ذلك، بل لابدّ أن تكون أيضاً بحصّة مشاعة من ثمرها كالإجارة التي يعتبر فيها أن تكون بأُجرة معلومة معيّنة أو مضمونة. نعم يراد من

وإن كان هذا كلّه منه قليل الجدوى بعد فرض عدم وجود لفظ «المساقاة» عنواناً لحكم في شيء ممّا وصل إلينا من النصوص، مضافاً إلى ما فيه من إمكان المناقشة في جملة ممّا ذكره، وإلى ما في صحيح يعقوب بن شعيب[1] من تضمّن الإيجاب بلفظ «اسق» لكن قال: «إنّه أمر من السقي، دون المساقاة، والمراد منه المعنى اللغوي دون العرفي»[2].

وفيه ما عرفت من أنّه لا وجه لإنشائيّة الإيجاب بلفظ الأمر مراداً منه المعنى اللغوي، بل لابدّ من ملاحظة المعنى الشرعي فيه، كما تقدّم نظيره في المضاربة، وإذا جاز العقد بلفظ الأمر في ذلك الزمان، جاز بلفظ «ساقيتك» بطريق أولى، بل هو مقتضٍ لوضع مبدأ الاشتقاق بالمعنى المتشرّعي؛ إذ لا وجه لإرادة معنى من المشتق دون المشتَق منه. ومن ذلك وغيره يظهر عدم انحصار فائدة البحث عن معنى «المساقاة» في كلام الأصحاب ومعاقد إجماعاتهم ونحو ذلك، دون استنباط أحكام المساقاة من الخطابات الشرعيّة كما ذكره الفاضل المزبور، هذا. وربّما ظهر من كلام بعض أنّ المزارعة تطلق في الأخبار على ما يشمل المساقاة، فيمكن استفادة أحكام المساقاة منها.

وفيه: منع كونه حقيقة؛ إذ غايته ثبوت الاستعمال الذي هو أعمّ، خصوصاً بعد أن كان المفهوم عرفاً من المزارعة المعاملة على الأرض بحصّة من حاصلها، وقد صرّح أهل اللّغة بأنّ ذلك هو معنى المزارعة[3]، وإن أُريد الإطلاق ولو على سبيل المجاز فهو مسلّم، لكن يتبع وجود القرينة الصارفة عن إرادة الخصوصية، ودعوى ثبوتها في جميع موارد استعمال المزارعة في الروايات غير مسلّم، بل مقطوع بفساده. نعم قد ذكر بعض الفقهاء أنّ المخابرة المتكرّرة في الأخبار من المعاملة مع أهل خيبر[4] قال ابن الأعرابي: أهل المخابرة من خيبر؛ لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله كان أقرّها في أيدي أهلها على النصف فقيل خابرهم أي عاملهم في خيبر، وهي بهذا المعنى تعمّ المساقاة قطعاً.

لكن فيه: أنّ تفسير المخابرة بذلك ليس بثابت أيضاً، فإنّ أبا عبيدة نصّ على أنّ المخابرة من الخبير[5] وهو الأكّار. وفي الصحاح: الخبير الأكّار، ومنه المخابرة، وهي المزارعة[6]. وعن المصباح المنير: خبرت الأرض شققتها للزراعة، فأنا خبير، ومنه المخابرة، وهي المزارعة[7].

وقيل: هي من الخبرة وهي النصيب[8]، وقيل: من الخبار، وهي الأرض اللّينة[9]، وقيل: المخابرة المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من العامل، والمزارعة هي هذه والبذر من المالك[10]. والمشهور أنّهما بمعنى واحد، وحينئذٍ فلا يصحّ الاستدلال بالمخابرة على المساقاة التي قد عرفت فساد دعوى دخولها في مفهوم المزارعة.

---

(١) الوسائل ١٩: ٤٤، ب٩ من المزارعة، ح٢.
(٢) المصابيح: ٥٨٩ (مخطوط).
(٣) مجمع البحرين ٢: ٧٧٠ـ٧٧١.
(٤) المسالك ٥: ٧.
(٥) نقله عنه في غريب الحديث للهروي ١: ٢٣٢ـ٢٣٣.
(٦) (١٠) الصحاح ٢: ٦٤١. التذكرة ١٨: ٣٨٢.
(٧) المصباح المنير ١: ١٩٧.
(٨) المغرب: ١٣٧.
(٩) مجمع البحرين ١: ٤٩٠.

« الثمرة » هنا مطلق نماء الشجر ، فيدخل فيه ما يقصد ورده وورقه ، بناء على جواز المساقاة عليه [١] . نعم الكلام في صحة المعاطاة فيها [كما هي كذلك] على حسب ما سمعته في البيع بناءً على إلحاقها به [٢] . نعم بناءً على ما اخترناه من الإباحة في البيع ففي جريانها في المقام ونظائره نظر ، ولعلّ الجواز لايخلو من قوّة [٣] .

(و) على كلّ حال فتمام (**النظر فيه**[1]) أي في هذا الكتاب (**يستدعي فصولاً**) :

[العقد في المساقاة] :

(الأوّل : في العقد) :

(و) لا ريب [٤] في صحّة (**صيغة الإيجاب**) لهذا العقد بـ(**إن يقول : ساقيتك أو عاملتك أو سلّمت إليك أو ما أشبهه**) في الصراحة في المعنى المزبور ، ولو بضميمة القيود التي ليست قرائن مجاز [٥] .

---

[١] وإن كان ستسمع تردّد المصنّف فيه ، هذا . ولكن ظاهر المصنّف وغيره أنّ هذه المعاملة بهذه القيود لا تكون إلّا مساقاة . وقد يناقش بإمكان دعوى جريان الصلح فيها وقيامه مقامها ، بناءً على قبوله لمثل هذا العوض ، إلّا أنّه يسهل الخطب أنّ المراد من أمثال هذه التعريفات التصوير في الجملة كما ذكرناه غير مرّة . ثمّ إنّه قد يتوهّم من قول المصنّف وغيره هنا « معاملة » عدم كونها بمعنى العقد المزبور ، بل هي لما يشمله والمعاطاة كما عن التذكرة التصريح به[2] .

ولكنه ليس كذلك ، لذكره نحو ذلك في المزارعة ، ولقوله بعد ذلك متصلاً به : « الأوّل في العقد » .

[٢] ضرورة عدم الفرق بينها وبينه والإجارة وغيرهما ، حتى بالنسبة إلى دعوى السيرة القطعية الدالّة على مشروعية المعاطاة . **لكن في المسالك تبعاً لجامع المقاصد استبعاد جريان المعاطاة في هذا العقد ؛ لما فيه من الغرر وجهالة العوض بخلاف البيع والإجارة ، فينبغي الاقتصار فيه على موضع اليقين**[3] .

إلّا أنّه كما ترى ؛ إذ الاشتمال على الغرر ليس قادحاً في جواز المعاطاة بعد قيام الدليل ، كما في المساقاة العقدية .

[٣] مع فرض قيام السيرة الصالحة لإثبات مثل ذلك .

[٤] **بل ولا خلاف [في ذلك]** .

[٥] لعدم تعيين الشارع في المساقاة لفظاً بخصوصه . نعم ناقش بعض الناس في مساواة هذه الألفاظ للفظ المساقاة بأنّ المعاملة والعمل والتسليم أعمّ منها ، لا مساوية لها . ودفعه : بأنّ المراد مساواتها لها بعد ذكر المتعلّقات والقيود ، وليس هذا من المجاز في شيء ؛ إذ المفروض أنّ الألفاظ مستعملة في معانيها الحقيقية ، وأنّ الخصوصية مرادة من القيود لا منها[4] . وإن كان قد يناقش أوّلاً : بأنّ إطلاقهم العقد بهذه الألفاظ شامل للعقد بها على الوجهين . وثانياً : بأنّها حال العقد بها لابدّ من استعمالها في إنشاء معنى خصوص ذلك العقد منها ، والقيود كلّها قرينة على ذلك ، وإلّا لم يكن وجه لعقد ذلك العقد بها مع استعمالها في المعنى الأعمّ منها المراد منه الخصوص ، كما هو واضح بأدنى تأمّل . ومنه يظهر النظر في دعوى الإجماع على عدم جواز استعمال المجاز ، وإن كان صريحاً في عقد العقد اللازم .

---

(١) في الشرائع : « فيها » .

(٢) انظر التذكرة ١٨ : ٤٢٣ ، وفيه : « ولا يفكي التراضي ولا المعاطاة » .

(٣) المسالك ٥ : ٣٨ . جامع المقاصد ٧ : ٣٤٥ .

(٤) مصابيح الأحكام ٣ : ٥٩١ (مخطوط) .

وعلى كلّ حال فقد [يقال باعتبار الماضوية] [١] . [لكن الظاهر عدم اعتبارها فيها بل يمكن القول بذلك أيضاً في المزارعة] .

---

[١] [كما] يظهر من قول المصنّف وغيره : « أو ما أشبهه » اعتبار الماضوية في الصيغة هنا كما صرّح به ثاني المحقّقين والشهيدين[١] .

بل قال الأخير منهما : « لا وجه لإخراج هذا العقد اللازم من بين نظائره ، وقد نوقش في الاكتفاء في المزارعة بلفظ الأمر مع الاستناد فيها إلى النصّ ، وهو منتفٍ هنا » .

وإن كان فيه مالا يخفى .

إذ قد عرفت فيما تقدّم أنّ الموجود في النصّ في المزارعة لفظ المضارع ، وأمّا لفظ الأمر فهو في المساقاة في صحيح يعقوب بن شعيب[٢] .

وحمله على المقاولة السابقة على المعاملة تكلّف من غير ضرورة .

ولعلّه لذا جزم في التذكرة بتحقّق عقد المساقاة بلفظ « تعهّد نخلي بكذا » ، أو « إعمل فيه بكذا »[٣] ، دون المزارعة ؛ لورود النصّ فيها دونها .

فإنّ الأخبار الواردة في المزارعة كما عرفت إنّما دلّت على الوقوع بصيغة المضارع ، وهو خلاف المقصود ، إلّا أنّه لما كان قوله : « ازرع هذه الأرض بكذا » صريحاً فيها أيضاً مع معلوميّة اتحاد أحكام المزارعة والمساقاة أمكن القول به فيها أيضاً ، إلّا أنّه قطع به في المساقاة ؛ لما عرفت .

بل قوّاه الفاضل الطباطبائي في مصابيحه أيضاً ، قال : « لأنّ قول القائل : اسق هذا النخل ولك نصف الحاصل مثلاً صريح في إنشاء المساقاة ، والقصد إلى إيقاع المعاملة بنفس هذا اللفظ كقوله : ساقيتك وعاملتك ، بخلاف مثل قوله : بعني مثل هذا أو صالحني أو آجرني .

فإنّ المفهوم من ذلك طلب البيع والصلح والإجارة مثلاً ، دون إنشاء وقوعها ، ومثل ذلك مالو قال : ساقني أو عاملني على هذا النخل ، فإنّه لا يقع العقد به ؛ لأنّ مقتضاه طلب المساقاة دون وقوعها ، ولا يلزم من وقوع العقد بصيغة الأمر في الجملة وقوعه بكلّ أمر ، ولا من الجواز في المساقاة الجواز في كلّ عقد ؛ إذ المدار على صراحة الصيغة في إنشاء المعاملة المقصودة لا على خصوص صيغة معيّنة ؛ لعدم الوضع الشرعي ، وانتفاء ما يقتضي التعيين ، فمتى تحققت الصراحة المطلوبة صحّ العقد وإن كان بغير الماضي ، وإن انتفت كان العقد فاسداً وإن كان بصيغة الماضي .

ألا ترى أنّ الفقهاء صرّحوا في الرهن بجواز مثل هذا وثيقة أو رهن مع اشتراطهم الماضوية في العقود ، وليس إلّا لصراحة الصيغة في عقد الرهن ، وأنّ المطلوب في العقود صراحة الألفاظ ، وإنّما اعتبرت الماضوية فيها لقرب الماضي من الانشاء ، وبعده عن

---

(١) جامع المقاصد ٧ : ٣٤٥ ، المسالك ٥ : ٣٨ .

(٢) الوسائل ١٩ : ٤٤ ، ب ٩ من المزارعة ، ح ٢ .

(٣) التذكرة ١٨ : ٤٢٣ .

احتمال الوعد والطلب، كما في المستقبل والأمر على ما صرّح به غير واحد منهم، فإذا فرض مساواتها للماضي في الصراحة صحّ فيها كما صحّ هو أيضاً»[١].

وإن كان لا يخفى عليك مافي هذا الكلام إذا أحطت خبراً بما ذكرناه في غير موضع من هذا الكتاب من أنّه إن لم يكن إجماع جاز عقد جميع العقود لازمها وغيره بجميع ما يدلّ على ذلك من حقيقة أو مجاز بصيغة الماضي وغيرها، وتكفي الصراحة الحاصلة من قرائن المجاز، كالقرائن المشخّصة للمشترك المعنوي والصراحة في الماضي الحاصلة بالقرينة المخرجة له عن احتمال الخبر، كالقرائن المخرجة لاحتمال الطلب، والوعد في الأمر والمضارع، فإنّ جميعها عند إرادة العقد بها تخرج عن إرادة الفعلية والزمانية منها.

وبذلك يظهر لك مافي دعوى الصراحة في «إسق» و«إزرع» فإنّ غايتها الصراحة في المعنى اللغوي، وهو غير معنى العقدية المساوي لحال ساقيت عند إرادته، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

ومن الغريب غفلته رحمه الله عن ذلك.

وأغرب منه ما وقع للمحقق الثاني هنا: من أنّ صيغ العقود اللازمة حيث كانت محتاجة إلى التوقيف من الشارع، وقد وضع لها الشارع صيغة الماضي لكونها أصرح صيغ الإنشاء، وجب الاقتصار عليها في هذه المعاملة المشتملة على الغرر والجهالة، عملاً باليقين[٢].

إذ هو كما ترى مجرّد دعوى خالية عن الدليل، فإنّه ليس في الأدلّة الشرعيّة ما يقتضي الوضع، بل فيها ما يقضي بخلافه في كثير من المواضع التي منها ما سمعته في المزارعة والرهن وغير ذلك.

وكذا دعوى ثاني الشهيدين من عدم صراحة الأمر في الإنشاء، وعدم النصّ[٣].

وبالجملة كلام الجميع في المقام غير تامّ، كما لا يخفى على من تفضّل الله عليه في أحكامه بنوعٍ من الإلهام، بل ممّا ذكرنا يظهر لك النظر في مواضع أُخر لم يذكرها في مصابيح العلامة الطباطبائي وغيرها، هذا.

وفي القواعد: «لو قال: استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط مدّة كذا بنصف حاصله لم يصحّ، على إشكال ينشأ من اشتراط العلم بالأُجرة إذا قصدت.

أمّا إذا تجوّز بلفظها عن غيرها فلا»[٤].

والظاهر أنّ مراده الإشكال في عدم صحّة هذا القول حال عدم العلم بحال قائله، من جهة احتمال إرادته المساقاة بلفظ «آجرتك». وحينئذٍ يكون صحيحاً؛ لعدم اعتبار العلم بالعوض فيها، وظاهره حينئذٍ جواز عقد المساقاة بالمجاز مع قرينة، وهو مؤيّد لما ذكرناه سابقاً.

---

(١) مصابيح الأحكام ٣: ٥٩١ (مخطوط).

(٢) جامع المقاصد ٧: ٣٤٥.

(٣) المسالك ٥: ٣٨.

(٤) القواعد ٢: ٣١٧.

[ولو قال: استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله فالظاهر الصحة إن أراد المساقاة].

نعم الأقوى فيه الفساد [١]، وحينئذٍ يكون إجارة فاسده لا مساقاةً صحيحة [٢].

(و) على كلّ حال فـ(هي لازمة كالإجارة) [٣].

[لكن] الظاهر عدم اعتبارها فيها بل يمكن القول بذلك أيضاً في المزارعة].

٧٨/٧٥

(و) كيف كان فلا إشكال [٤] في أنّ المساقاة (تصحّ قبل ظهور الثمرة) [٥]، كما أنّها لا تصحّ [٦] بعد ظهورها وكمالها بحيث لم تحتج بعد إلى عمل تزيد به كمّاً أو كيفاً وإن احتاجت إلى عمل كالجذاذ والنقل والحفظ من السارق ونحو ذلك [٧].

---

[١] حملاً للّفظ على حقيقته، والصحّة لا تكون قرينة على إرادة غيره.

[٢] وبذلك يظهر ما في كلام الكركي حيث قال: إنّه لا دلالة لعدم اشتراط العلم مع التجوّز بلفظ الإجارة في المساقاة على صحّة المساقاة بلفظ الإجارة. ثمّ احتمل في العبارة معنى آخر، وهو أن يكون قوله: «ولو قال: استأجرتك» مراداً به الإجارة، وقوله: «أمّا إذا قصدت» شرطاً للحكم في ذلك بعدم الصحّة على إشكال، وقوله «ينشأ من اشتراط العلم بالأُجرة»، بياناً لأحد وجهي الإشكال مع ترك الأُخر لظهوره، ومعنى قوله: «إذا تجوّز بلفظها عن غيرها فلا» أنّ الإشكال في عدم الصحّة إذا قصد بالإجارة معناها، فإذا قصد بها التجوّز في غيرها وهو المساقاة فلا إشكال في عدم الصحّة؛ لامتناع المجازات في العقود اللازمة[1]. فانّه كما ترى.

[٣] **بلا خلاف أجده فيه عندنا، بل إجماع علمائنا، وأكثر العامّة على ذلك؛ للأصل وعموم قوله تعالى: ﴿أوفُوا﴾[2].**

خلافاً للمحكي عن أحمد في إحدى الروايتين من القول بالجواز[3].

قياساً على المضاربة، ولما روي أنّ اليهود لمّا سألوا رسول الله ﷺ أن يقرّهم بخيبر على أن يعمّروها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها، قال لهم: «نقرّكم على ذلك ما شئنا»[4] ولو كان لازماً لوجب تحديد المدّة، ولم يجز التقدير بالمشيئة. والقياس باطل عندنا، مع أنّه ليس بأولى من قياسها على الإجارة كما أومأ إليه المصنف، والرواية غير ثابتة، ولو صحّت فليس فيها ما يدلّ على التقدير في المشيئة في متن العقد، فيحمل على المراضاة قبله كما عن التذكرة التصريح به[5]، أو على اشتراط الخيار في مدّتها متى شاء، والله العالم.

[٤] **كما لا خلاف نصّاً وفتوىً.**

[٥] **بل الإجماع بقسميه عليه.**

[٦] **كذلك [= لا إشكال فيه ولا خلاف نصّاً وفتوىً بل الاجماع بقسميه عليه].**

[٧] لعدم موضوع شرع المساقاة حينئذٍ.

---

(١) جامع المقاصد ٧: ٣٤٦ـ٣٤٧.
(٢) المائدة: ١.
(٣) المغني لابن قدامة ٥: ٥٦٨.
(٤) سنن البيهقي ٦: ١١٤.
(٥) التذكرة ١٨: ٤٦٧.

(**وهل تصحّ بعد ظهورها**) مع بقاء عمل كسقي أو حرث وغيرهما ممّا تزيد به الثمرة كمّاً أو كيفاً؟ (**فيه تردد**) [١]. [و] (**الأظهر**) عند المصنّف [٢] (**الجواز بشرط أن يبقى للعامل عمل وإن قلّ مما تستزاد به الثمرة**) وإن كان لا يخفى عليك ما فيه [٣].

فالأولى والأحوط مع إرادة ذلك [=المساقاة] الرجوع إلى الصلح أو الإجارة، خصوصاً فيما لو كان العمل بحيث لولاه لاختلّ حال الثمرة إلّا أنّه لا تحصل به زيادة [٤] [حتى ولو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمره لكن لا يحصل به زيادة كحفظها من فساد الوحش ونحوه]، وإن حصل بعمله نفسه نموّ لها في الكمّ أو الكيف فضلاً عن مثل هذا الفرض، والله العالم.

(**و**) على كلّ حال فـ(**لا تبطل**) المساقاة (**بموت المساقي ولا بموت العامل على الأشبه**) [٥].

---

[١] من أصالة الفساد ـ بعد الشكّ في تحقّق موضوع شرع المساقاة؛ لعدم إطلاق أو عموم بالخصوص فيها يتمسّك به في تنقيح موردها، بل قد يشك في تناول ﴿**أَوفُوا بِالعُقُودِ**﴾[١] و﴿**إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ**﴾[٢] لذلك، على وجه يقضى بشرعيّة الفرد المشكوك فيه من العقد المخصوص الذي قد فرض عدم ما يصلح شارعاً فيه بالخصوص لجميع أفراده من عموم أو إطلاق؛ ضرورة احتمال إرادة بيان اللزوم خاصّة من الآية الأولى في العقود المتعارفة.

كاحتمال إرادة بيان شرعيّة التجارة المعروفة في الخروج عن أكل المال بالباطل، لا أنّ المراد بيان شرعيّة كلّ عقد وكلّ تجارة على وجهٍ يشمل المقام، والإجماع إنّما هو على شرعيّة المساقاة في الجملة، لا كلّ ما يصدق عليه ذلك، وصحيح ابن شعيب[٣] وقصّة خيبر[٤] ظاهران فيما قبل الخروج [فلا يصحّ]. ومن أنّ المفروض أولى بالمشروعية من غير الخارج لكونه أبعد عن الغرر بالوثوق بالثمرة، ولحصول حكمة مشروعية المساقاة وفائدتها في المفروض [ثانياً فيصح].

ولعلّه لذا (و) نحوه كان [الأظهر عند المصنّف].

[٢] **وغيره [الجواز...]**.

[٣] بعد الإحاطة بما ذكرناه.

[٤] **وإن قال في جامع المقاصد: إن أمكن تحقّق هذا الفرض ينبغي القول بالصحّة؛ لأنّه لم يتحقّق تناهي بلوغ الثمرة، فتحققت الزيادة؛ لأنّ كمال البلوغ ونهاية الإدراك زيادة فيها[٥]. لكن في المسالك بعد أن فرضه [= العمل] في مثل حفظها من فساد الوحش ونحوه قال: «مقتضى القاعدة عدم الجواز»**[٦] وهو كذلك.

بعد الإحاطة بما عرفت ممّا يشكل معه تحقّق المساقاة بعد ظهور الثمرة.

[٥] بأُصول المذهب وقواعده التي منها استصحاب صحّة العقد ولزومه كغيره من العقود اللازمة التي قد عرفت ذلك في المزارعة منها.

---

(١) المائدة: ١.
(٢) النساء: ٢٩.
(٣) الوسائل ١٩: ٤٤، ب٩ من المزارعة، ح٢.
(٤) انظر الوسائل ١٩: ٤٠، ٤٣، ٤٤، ب٨، ٩، ١٠ من المزارعة.
(٥) جامع المقاصد ٧: ٣٥٢.
(٦) المسالك ٥: ٤٠.

كما أنّك قد عرفت الحكم هناك فيما لو كان الشرط عليه العمل بنفسه مع ظهور الثمرة وبعده فلاحظ [وهو البطلان والرجوع إلى أجرة المثل] [١].

[حكم ما يساقى عليه]:

الفصل (**الثاني: في ما يساقى عليه**):

(**وهو كلّ أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه**) لا نحو البطيخ والباذنجان وقصب السكّر والقطن ونحوهما ممّا هو ملحق بالزرع، فإنّ هذه وما شابهها ليست كذلك وإن تعدّدت اللقطات، بل وإن بقي القطن أزيد من سنة، لكن أُصول هذه لابقاء لها غالباً، واضمحلالها معلوم عادة [٢].

وعلى كلّ حال (**ف**) قد بان لك أنّه (**تصحّ المساقاة على النخل والكرم و**) باقي (**شجر الفواكه**) [٣].

نعم (**فيما لا ثمرة له**) من الأشجار (**إذا كان له ورق ينتفع به كالتوت**) بالتاء المثناة (**والحنّاء على تردّد**) [٤].

ولو قيل بالتفصيل [فيه] بين المساقاة على هذه تبعاً لغيرها من أشجار الفواكه فيجوز ومستقلّة فلا يجوز لكان وجهاً، كالتفصيل في التوت بين كونه في بلاد يكون ورقه ثمرة وغيرها، فيجوز في الأوّل دون الثاني كما في بلادنا الآن، والمراد منه الذكر لا الأُنثى الذي له ثمر معلوم، والله العالم.

---

[١] فإنّ المسألتين من وادٍ واحد، مع أنّه سيأتي بعض ذلك أيضاً في مسألة مالو هرب العامل. **خلافاً للمحكي عن الشيخ من البطلان بالموت كالإجارة**(١). وفيه: بعد تسليم ذلك في المقيس عليه أنّه غير جائز عندنا.

[٢] ولا دليل على جواز عقد المساقاة عليها؛ إذ ليس هو إلّا ما وقع من النبيّ صلى الله عليه وآله في خيبر(٢) وصحيح يعقوب بن شعيب(٣)، ولا عموم فيهما، سيّما بالنسبة إلى ذلك و﴿ **أَوفُوا بِالعُقُودِ** ﴾(٤) و﴿ **إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ** ﴾(٥) لا يثبت بهما شرعيّة الأفراد المشكوكة من المعاملة المعهودة التي لها أفراد متعارفة، وإنّما المراد من الأوّل بيان اللزوم، ومن الثاني عدم أكل المال بالباطل إذا كان بالتجارة المتعارفة. لا أنّ المراد شرعيّة كلّ عقد وكلّ تجارة يقع الاتفاق عليها من المتعاقدين، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

فما عن الشيخ من جواز المساقاة على ما يجزّ مرّة بعد أُخرى(٦). واضح الضعف.

[٣] بل ذلك هو الثابت ممّا وصل إلينا من نصوص مشروعيتها التي ليست في شيء منها إطلاق يقتضي شرعيّة كلّ فرد منها، وقياسها على المزارعة أ (و) استنباط حكمها منه لا يخفى عليك مافيه خصوصاً بعد الإحاطة بما ذكرنا.

[٤] من كونها من الأشجار، وغلبة الظنّ بوجوده في خيبر، بل في جامع المقاصد: «كاد يكون معلوماً»(٧)، ومساواة الورق لغيره في كونه ثمرة، وفي بعض الأخبار: أنّ النبي صلى الله عليه وآله عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج [منها] من النخل والشجر(٨). وما من أدوات العموم [فيصحّ]. وممّا عرفت من أنّ هذه المعاملة على خلاف الأصل وفيها من الغرر ماليس في غيرها [فلا يصحّ، وعلى كل حال] فالمتجه الاقتصار فيها على المتيقن، خصوصاً بعد ما عرفت من عدم الإطلاق.

---

(١) المبسوط ٣: ٢١٦.
(٢) انظر الوسائل ١٩: ٤٠، ٤٣، ٤٤، ب٨، ٩، ١٠ من المزارعة.
(٣) الوسائل ١٩: ٤٤، ب٩ من المزارعة، ح٢.
(٤)(٥) المائدة: ١. النساء: ٢٩.
(٦) الخلاف ٣: ٤٧٦.
(٧) جامع المقاصد ٧: ٣٤٩.
(٨) المستدرك ١٣: ٤٦٥، ب٦ من المزارعة، ح٥، وفيه: «ثمر أو زرع».

(و) كيف كان فـ [ـالمختار] [١] أنّه (**لو ساقى على وديّ**) أي غير المغروس من فسيل النخل أو الصغار (**أو**) على (**شجر غير ثابت لم يصحّ**) [٢] (**اقتصاراً**) في المعاملة المخالفة للأُصول (**على موضع الوفاق**) [٣]. (**أما لو ساقاه على وديّ مغروس إلى مدّة يحمل مثله فيها غالباً**) [**قال المصنّف :**] (**صحّ وإن**[1] **لم يحمل فيها**) [٤] قلت : لاريب في أنّ الموافق للضوابط الشرعيّة الانفساخ بعدم خروج الثمرة [٥]. بل قد يقال : بالبطلان بالتلف السماوي لها بعد الظهور قبل الإدراك [٦]. [ولا يجب عليه إكمال تمام العمل عليه تمام المدّة مع عدم خروج الثمرة] [٧].

---

[١] [كما] قد ظهر لك مما ذكرناه.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه بيننا.**

[٣] وعلى الثابت من النصوص التي قد عرفت.

[٤] قيل : « لأنّ مبنى المساقاة على تجويز ظهور الثمرة ، وظنّه بحسب العادة ، فإذا حصل المقتضي صحّ ، وإن تخلّف كما لو ساقاه على الشجر الكثير واتفق عدم ثمرة ، بل لا أُجرة له على عمله ؛ لأنه أقدم على ذلك »[2]. **بل في المسالك : « أنّه يجب عليه إتمام العمل في باقي المدّة ، وإن علم بالانقطاع قبلها ، ومثله مالو تلفت الثمار كلّها أو أكلها الجراد أو غصبها غاصب ، فإنّه في جميع ذلك يجب على العامل إكمال العمل ، ولا أُجرة له وإن تضرّر ، كما يجب على عامل القراض إنضاض المال وإن ظهر الخسران ، بل هنا أقوى ؛ للزوم العقد ووجوب العمل. واحتمل في التذكرة انفساخ العقد لو تلف الثمار بأسرها ، واستشكل الحكم في القراض ، فارقاً بينهما بأنّ المباشر للبيع والشراء في القراض العامل ، فكان عليه إنضاض المال ، بخلاف عامل المساقاة ، ويندفع بأنّ المساقاة عقد لازم فلا يؤثّر فيه تلف العوض ، بخلاف القراض فإذا وجب على عامل القراض مع جوازه ، وكون تغييره للمال باذن المالك ، فهنا أولى. ويمكن أن يقال : إنّ تلف الثمرة هنا يكون كتلف العوض المعيّن قبل القبض المقتضي للبطلان في البيع ونحوه ، وفيه نظر »**[3].

[٥] لا اعتبار العوض في هذه المعاملة ، وقدانكشف عدمه. وجواز الإقدام ظاهراً اعتماداً على المعتاد لا يقتضي الصحّة ، فضلاً عن اللزوم بعدالانكشاف ، وليس العوض فيها الثمرة من حيث كونها مظنونة ، بل العوض فيها الحصّة من الثمرة واقعاً. وعدم بطلان البيع في بعض الصور الخاصّة بعدم خروج الثمرة مع القول به بدليل خاصّ ، كالتعليل في بعض النصوص بأنّه إن لم يخرج في هذه السنة يخرج في السنة الأُخرى[4] وغيره.

[٦] بناء على أنّ العوض الثمره مدركة ، وبالجملة لا ينكر أصالة ذلك في عقود المعاوضة التي من المعلوم عدم كون القراض منها ، وإن كان هو شبه المعاوضة في المعنى مع حصول الربح ، لا أنّه عقد معاوضة قد لوحظ فيه معنى التعاوض والمقابلة.

[٧] ولعلّه لذا احتمل في التذكرة ما سمعت[5] ، بل في جامع المقاصد ـ في فرع ذكره في أثناء مسألة مالو ظهر استحقاق الأُصول الجزم بعدم وجوب إكمال تمام العمل عليه تمام المدّة مع عدم خروج الثمرة[6].

---

(١) في الشرائع : « ولو » بدل « وإن ».

(٢) الحدائق ٢١ : ٣٥٩.

(٣) المسالك ٥ : ٤٤.

(٤) الوسائل ١٨ : ٢١٠، ٢١٥، ب١ من بيع الثمار، ح٢، ٨.

(٥) التذكرة ١٨ : ٤٩٤.

(٦) جامع المقاصد ٧ : ٣٨٣.

إنما الكلام في أنّه انفساخ من حينه أو انكشاف، وجهان [ولعلّ الأوّل هو الظاهر] [١].

وعلى كلّ حال فالظاهر عدم استحقاقه [العامل] الأُجرة [٢]. هذا كلّه فيما يحمل مثله عادة.

(و) أمّا (**إن قصرت المدّة المشترطة عن ذلك غالباً**) عادة (**أو كان الاحتمال على السواء لم يصحّ**) [٣]، حتى لو اتّفق حصول الثمرة فيها في تلك المدّة على خلاف العادة مع فقد الوثوق بالحصول.

نعم لا إشكال في الصحّة فيما لو ساقاه مثلاً عشر سنين وكانت الثمرة لا تتوقّع في العادة إلّا في العاشرة [٤].

[المدّة المعتبرة في المساقاة]:

الفصل (**الثالث: في المدّة**):

و[المختار] [٥] اعتبارها فيها.

(**ويعتبر فيها**) أي المدّة (**شرطان**) أحدهما: (**أن تكون مقدّرة بزمان لا يحتمل الزيادة والنقصان**) كقدوم الحاجّ وإدراك الغلّة وإن كانت هي الغلّة المعامل عليها [٦].

و[قد قيل] [٧] بتقديرها بالثمرة المساقى عليها [٨].

والأجود الأوّل وإن كان [الثاني] [٩] لا يخلو من وجه.

---

[١] ولعلّ أوّلهما هو الظاهر من الحكم بالصحّة في المتن وغيره من كتب الأصحاب، مع احتمال إرادة الحكم بها ظاهراً.

[٢] لإقدامه على ذلك نحوإقدام عامل القراض.

مع احتمال الأُجرة على الثاني [اي القراض].

[٣] لأصالة الفساد، بعدما عرفت من عدم إطلاق أو عموم يقتضي الصحّة في نحو الفرض.

[٤] لصيرورة الثمرة حينئذٍ فيها مقابلة للعمل في جميع المدّة.

ولا يقدح خلوّ غيرها من السنين، فإنّ المعتبر حصول الثمرة في مجموع المدّة، لا في جميعها كما هو مقتضى السيرة وغيرها، والله العالم.

[٥] **[كما] لا خلاف معتدٍ به أجده بـ[ـذلك].**

[٦] **على المشهور كما في المسالك**(١).

وقوفاً ـ فيما خالف الأصل، واحتمال الغرر والجهالة ـ على موضع اليقين.

[٧] **[كما] اكتفى ابن الجنيد**(٢) **[بها].**

[٨] نظراً إلى أنّه بالنسبة إلى ثبوته عادة كالمعلوم؛ ولأنّ المقصود منها هو العمل إلى إكمالها، ولأنّ العقد مبنيّ على الغرر والجهالة، فلا يقدحان فيه.

[٩] [الوارد في] كلامه [= ابن الجنيد].

---

(١) المسالك ٥: ٤٥.

(٢) نقله في المختلف ٦: ١٩٨.

واعلم إنّ الاتفاق على تقديرها في الجملة كما قرّرناه، وأمّا تركها رأساً فيبطل العقد [١].

(و) على كلّ حال فالشرط الثاني (**أن تكون**) المدّة المذكورة في المساقاة (**ممّا تحصل فيه الثمرة غالباً**) وإن قلّت كما إذا ساقاه في آخر العمل بحيث يبقى منه يسير ممّا فيه مستزاد للثمرة يكفي فيه الشهر مثلاً، وعلى هذا المدار في جانب القلّة، وقد تقدّم في المزارعة البحث فيما دون ذلك [٢]. أمّا الكثرة فلا حدّ لها [٣].

وقد تقدّم الكلام أيضاً في المزارعة فيما لو فرض اتفاق قصور المدّة عن الإدراك على غير الأسباب العادية

---

[١] قولاً واحداً، ولأنّ عقد المساقاة لازم كما تقدّم، ولا معنى لوجوب الوفاء به دائماً، ولا إلى مدّة غير معلومة، ولا إلى سنة واحدة؛ لاستحالة الترجيح بلا مرجّح.

نعم من قال من العامّة بأنّها عقد جائز لا يعتبر عنده تعيين المدّة[1]؛ لانتفاء المحذور الذي ذكرنا.

قلت: مضافاً إلى مافي قصّة خيبر[2] من ظهور ذكر المدّة باعتبار كون المحكي منها أنّ الواقع قدكان مزارعة ومساقاة بعقد واحد، وعلى كيفية واحدة، وقد عرفت هناك النصوص الدالّة على اعتبار المدّة في المزارعة[3]، فيكون الواقع منه عليه السلام مذكوراً فيه المدّة، والأصل عدم مشروعية غيره، مع مافيه وفي غيره من إيماء كونهما على كيفية واحدة بالنسبة إلى ذلك وغيره، إلّا أنّ تلك بحصّة من الزرع، وهذه من الشجر والنخل، بل وظهور كونهما بمعنى الإجارة المعلوم فيها اعتبار ذلك. والإنصاف أنّ العمدة الإجماع الذي سمعته، وإلّا فلزومها لا ينافي عدم اعتبار ذكر المدّة فيها، فيكون المساقى له استحقاق في الثمرة أبداً، ويستحقّ عليه الأعمال المشروطة أو المتعارفة خصوصاً وصحيح يعقوب بن شعيب الذي هو دليل مشروعية المساقاة مع قصة خيبر خالٍ عن ذكر المدّة قال فيه: سألته ـ أي الصادق عليه السلام ـ عن الرجل يعطي الرجل أرضه [و] فيها الرمان والنخل والفاكهة، فيقول: اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما خرج، قال: «لا بأس»[4]. بل لعلّ ذلك هو الظاهر من الاسكافي لا ماحكاه هو [= المسالك] وغيره عنه، فإنّ الذي عثرنا عليه من كلامه في المختلف أنّه قال: «ولا بأس بمساقاة النخل وماشاكله سنة وأكثر من ذلك إذا حصرت المدّة أو لم تحصر»[5] فإنّ مراده نفي البأس في المساقاة عن السنة والأكثر مع ذكر المدّة، وعنها مع عدم ذكر مدّة أصلاً، ولا تعرّض فيه لبلوغ ثمرة وغيرها، فيمكن قوله: بلزومها والاستحقاق دائماً وأبداً مع عدم حصر المدّة، إلّا أن يكون هناك تعارف ينزله على سنة العقد خاصّة. نعم لا إشكال بل ولا خلاف معتدّ به باعتبار تقديرها مع التعرّض لها بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، كما في كلّ عقد جيء بها فيه، من غير فرق بين ماكانت معتبرة في صحّته كالإجارة، وبين غيره كمهر النكاح وثمن البيع ونحوهما، فتأمّل جيّداً.

[٢] مع إمكان دعوى الفرق بين المقام وبينها وبين الإجارة للزرع، بالقول: أنّ الثابت من شرعيتها ذلك دون غيره، مع عدم إطلاق أو عموم يقتضيه بخلافه فيهما.

[٣] **عندنا، خلافاً للشافعي حيث شرط أن لا تزيد على ثلاثين سنة**[6]. وهو تحكّم.

---

(١) المغني (لابن قدامة) ٥: ٥٦٨.

(٢) انظر الوسائل ١٩: ٤٠، ٤٣، ٤٤، ب٨، ٩، ١٠ من المزارعة.

(٣) انظر الوسائل ١٩: ٤٦، ٥٩، ب١١، ١٨ من المزارعة.

(٤) التهذيب ٧: ١٩٨ ح٨٧٦. الوسائل ١٩: ٤٤، ب٩ من المزارعة، ح٢.

(٥) المختلف ٦: ١٩٨.

(٦) المجموع ١٤: ٤٠٨.

فلاحظ وتأمّل، بل منه يعلم الحال أيضاً فيما لو اتّفق عدم خروج الثمرة أصلاً في المدّة. الذي قد [قيل] [١] فيه هنا بأنّه لا شيء له، لا أُجرة مثل ولا غيرها، حتى لو خرجت الثمرة بعد المدّة على غير المتعارف، والله العالم.

[حكم العمل]:

الفصل (**الرابع: العمل**):

الذي لا يعتبر فيه أن يكون سقياً وإن كان قد يتوهّم من لفظ «المساقاة» المراد منها الأعمّ من ذلك ومن غيره، فيجوز عقدها حينئذٍ على مالا حاجة إلى السقي [٢]. [قال المصنّف:] إنّ (**إطلاق المساقاة يقتضي قيام العامل**) بكلّ ما يتكرّر كلّ سنة (**بما فيه زيادة النماء**) في الكمّ أو الكيف (**من الرفق**) بحرث الأرض وحفرها المحتاج إليه وما يتوقّف عليه من الآلات والعوامل من البقرة وخشبة الحرث والسكّة والمساحي ونحو ذلك [٣] (**واصلاح الأجاجين**) أي الحفر التي يقف الماء فيها في أُصول الشجر (**وإزالة الحشيش المضرّ بالأُصول وتهذيب الجرائد**) بقطع ما يحتاج إلى القطع منها، وكذا زباد الكرم وتهذيب الشجر، من غير فرق في ذلك بين الجزء اليابس وغيره (**والسقي**) ومقدّماته المتكررة في كلّ سنة كالدلو والرشا وإصلاح طريق الماء وتنقيتها من الحمأة ونحوها، واستقاء الماء وفتح رأس الساقية وسدّها عند الفراغ على ما تقتضيه الحاجة (**والتلقيح والعمل بالناضح وتعديل الثمرة**) بإزالة ما يضرّ بها من الأغصان والورق ليصل إليها الهواء وما تحتاج إليه من الشمس، وليتيسّر قطعها عند الإدراك، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صوناً لها عن الشمس المضرّة بها ورفعها عن الأرض كذلك، (**واللقاط**) للثمرة بحسب نوعها ووقتها ممّا يؤخذ للزبيب، يقطعه عند حلاوته في الوقت الصالح له، وما يعمل دبساً فكذلك، وما يؤخذ يابساً فعند يبسه (**وإصلاح موضع التشميس**) المحتاج إليه (**ونقل الثمرة إليه**) وتقليبها فيه (**وحفظها**) على أُصولها (**و**) في بيدرها، وطريق إيصالها إلى المالك إن لم يكن هو المتولي إلى غير ذلك ممّا ذكروه بالنسبة إلى العامل، كما أنّهم قد ذكروا أيضاً أنّ إطلاقها أيضاً يقتضي (**قيام صاحب الأصل ببناء الجدار وعمل ما يستقى به من دولاب أو دالية وإنشاء النهر**) والبئر ونحو ذلك ممّا لا يتكرّر في كلّ سنة فإنّه الضابط فيه أيضاً وإن عرض له التكرّر في بعض الأحوال [٤].

---

[١] [كما] صرّح بعضهم[١].

[٢] **كما قد صرّح به غير واحد، نعم قد ذكر غير واحد من العامّة (و) الخاصّة [ذلك].**

[٣] **بل في جامع المقاصد: «لا نعلم في وجوب ذلك خلافاً هنا وفي المزارعة»**[٢].

[٤] **نعم في القواعد: «في البقر التي تدير الدولاب تردّد»**[٣].

ولعلّه من أنّها مال لا عمل، ولا يتكرّر كلّ سنة، ومن أنّها تراد للعمل، فأشبه بقر الحرث، ولأنّ الإدارة واجبة على العامل، فتجب مقدّمته.

وعن الشيخ والفاضل في المختلف الأوّل[٤]**، وعن ابن إدريس الثاني، وتوقف فيه في جامع المقاصد**[٥].

---

(١)(٢) جامع المقاصد ٧: ٣٥٥، ٣٦٠.
(٣) القواعد ٢: ٣١٩.
(٤) المبسوط ٣: ٢١٠. المختلف ٦: ١٩٥.
(٥) السرائر ٢: ٤٥١. جامع المقاصد ٧: ٣٦٣.

(و) كذا الكلام في (**الكش للتلقيح و**) نحوه فانّه (**قيل**) [١] : (**يلزم ذلك العامل ، وهو حسن**) عند المصنّف (**لأنّ به يتمّ التلقيح**) [٢] . [وفيه إشكال] .

فالمتّجه حينئذٍ الرجوع في مثل ذلك إلى المتعارف في إطلاق عقد المساقاة ممّا يجب على العامل والمالك . وأمّا غيره فيتبع الشرط ، وإلّا كان عليهما إذا أراداه [٣] .

أو أنّ الأصل فيه وجوبه على العامل [٤] ، فليس على المالك حينئذٍ إلّا دفع الأصول ، كما أنّه ليس على المزارع إلّا دفع الأرض ، اللّهم إلّا أن يكون هناك تعارف أو شرط .

(و) على كلّ حال فـ (**لو شرط**) المالك (**شيئاً من ذلك**) ممّا عليه مع الإطلاق أو جميعه (**على العامل صحّ بعد أن يكون معلوماً**) على وجهٍ يرتفع معه الغرر المنافي للعقد [٥] .

(و) أمّا (**لو شرط العامل على ربّ الأُصول**) جميع (**عمل العامل له بطلت المساقاة ؛ لأنّ الفائدة لا تستحقّ إلّا بالعمل**) [٦] .

بل الظاهر من الثابت منها اعتبار ما له مدخليّة في زيادة الثمرة أو صلاحها من العمل في استحقاق الحصّة .

(و) من هنا (**لو أبقى العامل**) عليه (**شيئاً من عمله**) الذي له المدخليّة المزبورة (**في مقابلة الحصّة من الفائدة وشرط**

---

[١] **كما عن ابن إدريس**[١] .

[٢] **وقيل : على المالك كما عن الأكثر ؛ لأنّه ليس من العمل** ، وإنّما هو من الأعيان التي تصرف إلى مصلحة الثمرة[٢] .

وكذا تردّدوا في بناء ثلم الجدران ووضع الشوك عليه في أنّه على المالك ، أو على العامل ، إلى غير ذلك من كلماتهم التي قد يشكل الفرق فيها بين عوامل الحرث وعوامل الاستقاء ، بل بينها وبين الكش أيضاً ، فإنّ الجميع مال من العامل ، بل قد يشكل الحكم بوجوب ما لا مدخليّة له في زيادة الثمرة ولا في إصلاحها كالحفظ والنقل ونحوهما .

وأمّا ما ذكروه من الضابطين فلا أثر له في شيء من الأدلّة .

[٣] لأنّ المال مشترك بينهما .

[٤] لنحو ما سمعته في المزارعة من صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام الذي فيه : سألته عن المزارعة ؟ فقال : « النفقة منك والأرض لصاحبها ، فما أخرجَ الله من شيء قسّم على الشطر ، وكذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر حين أتوه ، فأعطاهم إيّاها على أن يعمّروها ، ولهم النصف ممّا أخرجت »[٣] .

فإنّ ظاهر تشبيهه عليه السلام يقتضي كون وضع المساقاة على الوجه المزبور .

[٥] لعموم « المؤمنون عند شروطهم »[٤] .

[٦] ولعدم ما يدلّ على صحّتها على هذا الوجه .

---

(١) السرائر ٢ : ٤٥١ .

(٢) المسالك ٥ : ٤٩ .

(٣) الوسائل ١٩ : ٤٥ ، ب١٠ من المزارعة ، ح٢ .

(٤) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب٢٠ من المهور ، ح٤ .

الباقي على ربّ الأُصول جاز) [١].

نعم لو أبقى العامل مالا تحصل به مستزاد الثمرة كالحفظ لم يصحّ [٢]، كما لو ساقاه وقد بقي من العمل ذلك، لكن لو أرادا ذلك وجعلاه معقد الإجارة مثلاً جاز.

فتحصّل ممّا ذكرناه أنّه مع الشرط يعمل عليه إلّا إذا كان منافياً لمقتضى العقد، لكن أنّ هذا كلّه في اشتراط المخالف لمقتضى الإطلاق، أمّا إذا شرط ما اقتضاه كان تأكيداً، ولو شرط بعضه كان تأكيداً له، بل ربّما كان له ثمرة من حيث الاشتراط، ووجب الإتيان بالباقي الذي تقتضيه الإطلاق.

اللّهمّ إلّا أن يفهم من نفس الاشتراط أو من قرينة أُخرى إرادة عدم الالتزام بغير المشروط [٣].

[فإن لم يفت وقته فللمالك إجباره على العمل وله الخيار بعدم الوفاء به].

[ولو حصل على الأصل أو الثمرة بسبب التقصير نقص بعدم الشرط وما اقتضاه الإطلاق ففي إلزام العامل بدفع أُجرة المثل القائمة مقام العمل نظر].

---

[١] للعموم المذكور. **خلافاً للمحكيّ عن المبسوط من عدم الجواز**؛ معلّلاً له بأنّه خلاف وضع المساقاة[١]، وهو ممنوع مع أنّه منقوض؛ لما اعترف بجوازه فيما سيأتي، من اشتراط عمل غلام المالك معه الذي هو بمنزلة عمله.

[٢] لمنافاته وضع المساقاة الثابت من الشرع.

[٣] **هذا، وفي جامع المقاصد: « أنّه متى أخلّ العامل بالعمل المشروط عليه تخيّر المالك بين فسخ العقد، والتزامه بأُجرة مثل العمل، نصّ عليه في التحرير، فإن فسخ قبل عمل شيء فلا شيء له، وإن كان بعده قبل الظهور فالأُجرة له، وإن كان بعد ظهور الثمرة، فكذلك قضية للاشتراط. ولو أخلّ بالأعمال الواجبة مع الإطلاق أو ببعضها فعلى ماسبق في الإجارة يتّجه أنّ للمالك الفسخ في الجميع.**

وهل يضمن له أُجرة مثل ما عمل، يحتمل ذلك، ويحتمل العدم، وفي البعض إن أتى بشيء وله الإلزام بالأُجرة، ولم أظفر بتصريح في ذلك يعتدّ به »[٢]. ونحوه في المسالك مع زيادة: أنّه لو حصل على الأرض نقص بسبب التقصير لزمه الأرش، والظاهر أنّ الثمرة كذلك[٣].

قلت: لا يخفى عليك مافي إلزام العامل بأُجرة مثل العمل المشروط مع فرض فوات محلّه، وكذا في صورة الإطلاق، وفي صورة اشتراط العامل على المالك، وصورة الإطلاق بالنسبة إليه، فإنّ جميع ذلك مبني على تمليك الشرط العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله، وهو ممنوع، فإنّ أقصاه التزام من عليه الشرط بالعمل، واجباره عليه والتسلّط على الخيار بعدم الوفاء به، لا كونه مالاً له، خصوصاً مع اشتراكهما في فائدة الشرط كما هنا.

بل لا يخفى عليك أيضاً محلّ النظر في غير ذلك من الكلام المزبور، حتى مافي المسالك[٤] من ضمان النقص الحاصل في الثمرة وفي الأرض بعدم فعل الشرط، وما اقتضاه الإطلاق مع دفع أُجرة المثل القائمة مقام العمل.

---

(١) المبسوط ٣: ٢١١.

(٢) جامع المقاصد ٧: ٣٥٩، وفيه: «والزامه باجرة».

(٣) (٤) المسالك ٥: ٤٨، وفيه: «الأصل» بدل «الأرض».

وحينئذٍ فالمتّجه عدم اختصاص المالك بها [١].

فلابدّ من ملاحظة ما يخصّه منه ، إمّا بمراعاة نسبة حصّة العامل إلى حصّته أو بغير ذلك ، كما أنّ أرش نقصان الثمرة لا يختصّ به [٢] ، بل يقتصر على أرش حصّته ، نحو ما سمعته في المزارعة .

فيتّجه حينئذٍ الاستغناء بذلك عن أُجرة مثل العمل ، فتأمّل جيّداً ، فإنّ المسألة محتاجة إلى تنقيح .

(و) كيف كان فـ[ـالمختار] [٣] أنّه (**لو شرط**) العامل (**أن يعمل غلام المالك معه جاز**) [٤] ، و(**لأنّه**) في الحقيقة (**ضمّ مال إلى مال**) [٥] .

نعم لو شرط عليه قيام غلامه بجميع العمل كانت المساقاة باطلة .

(**أمّا لو شرط أن يعمل الغلام لخاصّ العامل**) بمعنى عمله في الملك المختصّ بالعامل (**لم يجز**) .

(و) لكن (**فيه تردّد**) [٧] .

(و) من هنا كان (**الجواز أشبه**) [٨] .

---

[١] ضرورة كونها عوض العمل الذي يعود نفعه إليهما .

[٢] لكونها مشتركة بينهما .

[٣] [كما] قد بان لك [ذلك] ممّا ذكرناه .

[٤] لأنّه أولى من عمل المالك معه .

[٥] نحو اشتراط عامل القراض على المالك دفع راحلته مثلاً لحمل مال القراض .

[٦] **عند الشافعي**[١] ؛ لصيرورة عمل الغلام حينئذٍ مقابلة لعمله ، فتصير الفائدة له بلا عمل .

[٧] من ذلك [الذي تقدم] . ومن عدم منافاة ذلك للمساقاة ؛ إذ هو شرط خارج عنها .

[٨] **بأُصول المذهب وقواعده وعن فخر المحققين : أنّ المراد بما في العبارة اشتراط كون عمل الغلام للعامل يختصّ به**[٢] . وردّه في جامع المقاصد بأنّه حينئذٍ « لم يحتج إلى قوله : « لخاصّ العامل » بل كان يكفي عنه قوله : « للعامل » ، على أنّه لا محصّل له فإنّ عمل غلام المالك في بستان المالك كيف يشترط كونه للعامل وكيف يشترط مال شخص لآخر ، وأيّ فائدة لهذا الشرط »[٣] .

قلت : قد يريد الفخر أنّ عمل الغلام للعامل بمعنى كونه قائماً مقامه في العمل عنه ، على وجه لو لم يعمل العامل وعمل الغلام وحده كان جائزاً ، وحينئذٍ يكون وجه البطلان واضحاً .

ولعلّ قول المصنّف « إنّ الجواز حينئذٍ أشبه » لأنّ الفرض كون عمل الغلام معه ، فلا يقدح كون عمل الغلام له ، على معنى أنّه لو كان له حصّة كان للعامل ، لا للمالك ؛ إذ هو لا يزيد على عمل المالك معه ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

---

(١) المجموع ١٤ : ٤١٠ .

(٢) استفهم من كلامه جامع المقاصد ٧ : ٣٦٥ . وانظر الإيضاح ٢ : ٢٩٣ ـ ٢٩٤ .

(٣) جامع المقاصد ٧ : ٣٦٥ .

(**وكذا**) في كون الجواز أشبه بأُصول المذهب وقواعده (**لو شرط**) العامل (**على المالك**[١]) مثلاً (**أُجرة الأُجراء**) الذين يعينونه على العمل مع فرض كونها معيّنة (**أو شرط خروج أُجرتهم صحّ منهما**) معاً إذا كان مع ذلك للعامل عمل مقابل الحصّة من الفائدة [١]. [ولو اشترط العامل على المالك الأُجرة على جميع العمل على وجه لا يبقى للعامل إلّا الاستعمال والسمسرة فهو فاسد] [٢]. نعم لا بأس باشتراط العامل ذلك على أن تكون الأُجرة منه بمعنى اشتراط عدم مباشرة العامل [٣]. حتى مع اشتراط عمل المالك بأُجرة منه عنه، فضلاً عن غيره [٤].

[فائدة المساقاة]:

٧١/٢٧

الفصل (**الخامس : في الفائدة**) :

أي الثمرة (و) [المختار] [٥] أنّه (**لابدّ أن يكون للعامل جزء منها مشاعاً**) بينه وبين المالك مساوٍ أو مفاضل على نحو ماسمعته في المزارعة [٦].

(**فلو أضرب عن ذكر الحصّة بطلت المساقاة**) حينئذٍ قطعاً.

(**وكذا لو شرط أحدهما الانفراد بالثمرة**) مطلقاً أو سنة (**لم تصحّ المساقاة**) [٧].

بل [الظاهر] [٨] أنّه (**كذا**) لك تبطل المساقاة (**لو شرط لنفسه شيئاً معيّناً وما زاد بينهما**).

بل (**وكذا لو قدّر لنفسه أرطالاً**) معلومة (**وللعامل مافضل، أو عكس**)، بل (**وكذا لو جعل حصّة ثمرة نخلات بعينها**) له (**وللآخر ما عداها**) إلى غير ذلك ممّا ينافي الإشاعة في مجموع الفائدة الحاصلة من الأُصول التي وقع

---

[١] **خلافاً للمحكي عن الشيخ من البطلان**[٢] ؛ لمنافاته موضوع المساقاة الذي هو ليس إلّا دفع الأُصول من المالك، وفيه منع واضح ؛ ضرورة عدم ما يدلّ على اعتبار ذلك حتى بالشرط ونحوه.

وأمّا تفسير العبارة وما شابهها : بأنّ المراد اشتراط العامل على المالك الأُجرة على جميع العمل، على وجه لا يبقى للعامل إلّا الاستعمال والسمسرة، ففيه : أنّ المتّجه في مثله الفساد، لا الجواز.

[٢] ضرورة عدم ما يدلّ على الصحّة بعد أن كان مثل ذلك خارجاً عن عمل المساقاة المعتاد.

ودعوى كونه عملاً تدعو الحاجة إليه، فإنّ المالك قد لا يهتدي إلى الدهقنة واستعمال الأُجراء.

ولا يجد من يباشر الأعمال أو لا يأتمنه، فيحتاج إلى مساقاة من يعرف ذلك لينوب عنه في الاستعمال كما ترى.

[٣] فإنّ ذلك لا يمنع صحّة المساقاة.

[٤] ضرورة عدم اشتراط المباشرة في المساقاة، والله العالم.

[٥] **[كما] لا خلاف في [ذلك]**.

[٦] لأنّ ذلك هو الثابت من مشروعيتها دون غيره.

[٧] التي هي خلاف الأصل المقتصر فيما ينافيه على المتيقّن، وليس ذلك منه، بلا خلاف (و) لا إشكال.

[٨] [كما هو] قضية ما سمعته سابقاً في المزارعة من جماعة.

---

(١) في الشرائع : «عليه» بدل «على المالك».

(٢) المبسوط ٣: ٢١٧ ـ ٢١٨.

عقد المساقاة عليها [١]. اللهمّ إلّا أن يؤخذ على طريق الشرطيّة [٢].

(و) كيف كان فـ [ـالمختار] [٣] أنّه (**يجوز أن يفرد كلّ نوع بحصّة مخالفة للحصّة من النوع الآخر**) كالنصف من ثمرة النخل، والربع من الكرم مثلاً [٤]، لكن (**إذا كان العامل عالماً بمقدار كلّ نوع**) من النوعين [٥].

(**ولو شرط مع الحصّة من النماء**) ملك (**حصّة من الأصل الثابت لم يصحّ؛ لأنّ**) الثابت من (**مقتضى المساقاة جعل الحصّة من الفائدة**) خاصّة دون غيرها [٦].

---

[١] **الذي صرّح في المسالك باعتباره هناك**(١)، وإلّا لأمكن خلوّ أحدهما عنها مع عدم حصول غير المعيّن. لكن قد عرفت البحث فيه سابقاً على وجهٍ لا يخفى عليك جريانه في المقام، بناء على اتّحاد المزارعة والمساقاة بالنسبة إلى ذلك.

نعم يمكن الفرق بينهما بأنّ في النصوص السابقة هناك ما ينافي اعتباره بالمعنى المذكور بخلافه هنا، فإنّه ليس في أدلّة مشروعيتها إلّا الإشاعة في الجميع عدا قوله تعالى: ﴿ **أَوفُوا** ﴾(٢) و﴿ **إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ** ﴾(٣).

وقد عرفت سابقاً الإشكال في إثبات شرعيّة الفرد المشكوك فيه من المعاملة المتعارفة المعلوم شرعيّة غيره من أفرادها.

[٢] كي يستدلّ حينئذٍ على مشروعيته بأدلّة الشرائط، لا على وجه الجزئيّة في عقد المساقاة كما أومأنا إليه في المزارعة، فلاحظ وتأمّل.

[٣] **[كما] لا خلاف ولا إشكال فيـ [ـه]**.

[٤] لعدم منافاته للإشاعة في مجموع الفائدة.

[٥] حذراً من الغرر والجهالة، فإنّ المشروط فيه أقلّ الأمرين قد يكون أكثر الجنسين.

لكن لا يخفى عليك تحقق الجهالة أيضاً مع عدم إفراد كلّ نوع بحصّة، بل كانت فيي الجميع متحدة.

فما عساه يظهر من العبارة من اختصاص اشتراط ذلك في صورة الإفراد خاصّة لا يخلو من نظر.

اللهمّ إلّا أن يدّعى باستفادة اغتفار الجهالة في الثاني، دون الأوّل من الأدلّة، إلّا أنّه كما ترى.

أو يقال: إنّ الجهل الناشئ من الأفراد غير الجهل بأصل الحديقة، فقد يعلم بها من حيث المساقاة عليها بالنصف من حاصلها أجمع، وإن لم يعلم مقدار كلّ نوع منها، بخلاف مالو أفرد كلّ نوع بحصّة مخالفة للحصّة من الآخر فتأمّل فإنّه لا يخلو من دقّة، والله العالم.

[٦] الباقي على أصالة عدم المشروعيّة، مضافاً إلى أنّ الحصّة من الأصول تدخل في ملكه حينئذٍ، فلا يكون العمل المبذول في مقابلة الحصّة واقعاً في ملك المالك، ولا واجباً بالعقد؛ إذ لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه.

وهو المحكي عن الأكثر(٤) **كالطوسيّ والحلّي**(٥) **وغيرهما، بل في الرياض: « لم أقف على مخالف صريحاً ولا ظاهراً »**(٦).

---

(١) المسالك ٥: ٥٣ ـ ٥٤.

(٢) المائدة: ١.

(٣) النساء: ٢٩.

(٤)(٦) الرياض ٩: ١٤٠.

(٥) المبسوط ٣: ٢١٨. السرائر ٢: ٤٥٥.

قلت : (و) لكن الإنصاف مع ذلك (**فيه تردّد**) [١] . والتحقيق البطلان مع أخذ الحصّة من الأصول عوضاً على حسب الحصّة من الفائدة [٢] .

من غير فرق بين الحصّة من الأصول ، والذهب والفضّة وغيرهما .

أمّا لو أُخذ على جهة الشرطيّة التي هي سبب أيضاً في التمليك ، فالظاهر الصحّة [٣] .

(ولو ساقاه بالنصف) مثلاً **(إن سقى بالناضح وبالثلث إن سقى بالسانح بطلت المساقاة ؛ لأنّ الحصّة لم تتعيّن)** مع الترديد والتعليق (و) لكن **(فيه تردد)** [٤] ، ولكن لا يخفى عليك أنّ الأشبه [٥] الأوّل [٦] . **(ويكره أن يشترط ربّ الأرض على العامل مع الحصّة شيئاً من ذهب أو فضّة)** [٧] فيجوز حينئذٍ و **(يجب الوفاء بالشرط)** . هذا (و) [المختار] [٨] أنّه **(لو تلفت الثمرة)** أجمع بآفة سماويّة أو أرضيّة **(لم يلزم)** الوفاء به ، وكذا إذا لم تخرج وإلّا كان

---

[١] ممّا عرفت ، ومن عموم ﴿ **أَوفُوا** ﴾[(١)] و « المؤمنون عند شروطهم »[(٢)] ونحو ذلك الذي جزموا بصحّة اشتراط الذهب والفضّة وغيرهما كما ستعرفه .

واحتمال الفرق بينهما ـ بأنّه في الفرض قد جعل الحصّة من النماء في مقابل العمل بجميع المال المعقود عليه ، ومع فرض صيرورة جزء من المال له بالشرط لم يكن العمل بجميع المال المملوك للمالك فلم يستحقّ مجموع الحصّة المشترطة له ؛ لإخلاله بالشرط وهو العمل بالجميع ، فيبطل العقد ـ يدفعه أنّ الاشتراط المزبور كالاستثناء من العمل بجميع المال ، بل هو بيان لاستحقاق الحصّة بالعمل فيما يخصّ المالك ، والباقي بتبعيّة النماء للملك .

[٢] لعدم ثبوت شرعيّة المساقاة على هذا الوجه ، ولا صلاحيتها لتمليك عوض غير الحصّة من الفائدة .

[٣] لعموم الأدلّة الذي لا فرق فيه بين ذلك وبين اشتراط الذهب والفضّة ، ولعلّه بذلك يلتئم الكلام أجمع ، والله العالم .

[٤] من ذلك [= التعليق] ، ومن أنّها معيّنة على كلّ من تقديرين ، فهي كالإجارة على خياطة الثوب بدرهم إن كان روميّاً ، وبدرهمين إن كان فارسياً ، بل المساقاة في الحقيقة قسم من الإجارة .

[٥] بأُصول المذهب وقواعده .

[٦] لعدم كون ذلك تعييناً رافعاً للجهالة ، بل ولا جزماً ، وجوازه في الإجارة لو قلنا به لدليل خاصّ لا يقتضي الجواز هنا ، بعد حرمة القياس ، ومعلوميّة استقلال عقد المساقاة عن عقد الإجارة كما هو واضح ، والله العالم .

[٧] **بلا خلاف أجده ، كما اعترف به غير واحد .**

ولعلّ مثل ذلك كافٍ في ثبوتها المتسامح فيه .

(لكن) لا إشكال في أصل الجواز عندنا ، فلا ينبغي التوقّف فيه ؛ لعموم « المؤمنون »[(٣)] مع عدم كونه منافياً لمقتضى العقد ولا للشرع .

[٨] **[كما] قد ذكر غير واحد من الأصحاب .**

---

(١) المائدة : ١ .

(٢) (٣) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

أكل مال بالباطل[١]. [وكذا العكس وهو شرط العامل على ربّ الأرض شيئاً من ذهب أو فضة في الفرض المذكور، وأمّا تلف البعض وعدم خروج البعض][٢]، [فيكون من تبعّض الصفقة في المساقاة فيسقط من الشرط بحسابه].

---

[١] لامتناع استحقاق أحد العوضين أو بعضه بدون ما يقابله من العوض الآخر، فإنّ الشرط جزء من العوض. لكن في جامع المقاصد: أنّ الحكم في الصورة المفروضة واضح، أمّا العكس - وهو الشرط من العامل على المالك - فظاهر إطلاق عبارة التذكرة والتحرير أنّه كذلك، وفيه نظر؛ لأنّ العوض من قبل العامل وهو العمل قد حصل، والشرط قد وجب بالعمل، فكيف يسقط بغير مسقط، فإنّ تلف أحد العوضين لايوجب سقوط البعض الآخر مع سلامة العوض الآخر[١]. وتبعه في المسالك[٢]. قلت: قد يقال: إنّ المدرك لذلك هو بطلان المساقاة الذي يتبعه بطلان الشرط باعتبار فوات الفائدة التي هي ركن في المساقاة، وعدم بطلان البيع في بعض الصور الخاصّة بعدم خروج الثمرة لدليل مخصوص، لا يقتضي الجواز هنا، كما أنّ الإقدام عليه معدوماً للعادة لا يقتضي الصحّة مع تخلّفها. وربّما شهد لذلك في الجملة ما اعترف به في جامع المقاصد في فرع ذكره في مسألة هرب العامل: أنّه لا يجب عليه إكمال العمل تمام المدّة مع عدم خروج الثمرة أو تلفها[٣]. كما عن التذكرة احتماله أيضاً[٤]؛ إذ لا وجه له إلّا انفساخها بذلك، وإلّا لوجب الإكمال. كما هو خيرة المسالك ظاهراً مشبهاً له بعامل القراض الذي لم يربح مع وجوب الإنضاض عليه. إلّا أنّه احتمل أخيراً كونه كتلف العوض المعيّن في البيع قبل قبضه الموجب للانفساخ، ثمّ قال: «وفيه نظر»[٥]. قلت: بل النظر في غيره؛ ضرورة قصد المعاوضة في المساقاة بخلافه في المضاربة التي يراد منها الحصّة من الربح الذي قد يحصل وقد لا يحصل، بخلاف المقام المعتبر فيه الطمأنينة بحصول الثمرة، ولا يكفي الاحتمال عندهم، وحينئذٍ فلا إشكال في الحكم المزبور، إنّما الكلام في تلف البعض.

[٢] فقد يظهر من المصنّف عدم سقوط شيء من الشرط به؛ لظهور كلامه في اعتبار تلف الجميع في السقوط. **لكن في القواعد: «وفي تلف البعض أو قصور الخروج إشكال»**[٦]. وفي جامع المقاصد: «ينشأ من أنّ الشرط محسوب من أحد العوضين، ولا ريب في أنّ مجموع أحد العوضين مقابل بمجموع الآخر فيقابل الأجزاء بالأجزاء، فإذا تلف بعض أحد العوضين وجب أن يسقط مقابله من العوض الآخر، ومن ثمّ لو لم تخرج الثمرة أصلاً أو تلف جميعها سقط المشروط كلّه، ومن أنّ مقابلة الأجزاء بالأجزاء في عوض المساقاة منتفية؛ لأنّ الفائت والتالف عند حصول التلف أو نقصان الخروج غير معلوم، فلو تحقّقت المقابلة لم يكن الساقط في مقابله معلوماً، ولذلك لو تلف بعض الثمرة أو نقص الخروج عن العادة لم يسقط شيء من العمل أصلاً، ولأنّ العامل يملك حصّته من الثمرة بالظهور، فإذا تلف بعضها تلف في ملكه بعد استحقاقه إيّاه بالمعاوضة، فلا يسقط بتلفه شيء من العوض الآخر. لا يقال: فعلى هذا إذا تلف الجميع يجب أن لا يسقط الشرط لعين ماذكر. لأنّا نقول: ذلك ضرر فينتفي بالحديث[٧]. واعلم إنّ الإشكال في قصور الخروج لا وجه له أصلاً لأنّ العوض هو ما يخرج قليلاً كان أو كثيراً لا ما يتوقّع خروجه بحسب العادة، فكيف يعقل سقوط شيء من المشروط بتخلّف العادة، أمّا تلف البعض فإنّ الإشكال فيه وإن كان لا يخلو من وجه إلّا أنّ عدم سقوط شيء أقوى، لما قررناه، ويؤيّده عموم ﴿أَوفُوا بِالعُقُودِ﴾ و«المؤمنون عند شروطهم»»[٨]. وتبعه على ذلك كلّه في المسالك[٩]. قلت: لعلّه أيضاً مبنيّ على ما عرفت من بطلان المساقاة في خصوص الفائت، فيكون من تبعّض الصفقة في المساقاة.

---

(١)(٨)(٣) جامع المقاصد ٧: ٣٧٠-٣٧١، ٣٨٣.
(٤)(٦) التذكرة ١٨: ٤٩٤. القواعد ٢: ٣٢٠.
(٢)(٥)(٩) المسالك ٥: ٥٥، ٤٤.
(٧) الوسائل ١٨: ٣٢، ب١٧ من الخيار، ح٣-٥.

وبالجملة إنّ فائت الفائدة لو كان معلوم الحال وقت العقد لم تكن المساقاة عليه صحيحة [١].

نعم هذا كلّه في عدم الخروج مثلاً، أمّا التلف بعده فقد يقال: إنّ مبناه اعتبار الإدراك في الفائدة [٢] وعدمه، فعلى الأوّل يتجه البطلان بخلاف الثاني. وعلى كلّ حال فليس للعامل في مقابلة عمله إلّا ما حصل من الفائدة كما أنّه ليس له شيء مع فرض عدمها أصلاً [٣].

[أحكام المساقاة]:

الفصل (**السادس: في أحكامها**) أي المساقاة:

[حكم كلّ موضع تفسد فيه المساقاة]:

(**وهي مسائل: الأولى: كلّ موضع تفسد فيه المساقاة**) أي يعلم فساد أصل انعقادها (**فللعامل أُجرة المثل**) [٤]. (**والثمرة لصاحب الأصل**) المملوك له فيتبعه نماؤه مع فرض عدم الناقل له شرعاً عنه، من غير فرق في ذلك بين العلم بالفساد والجهل به، وبين كون الفساد من اشتراط كون الثمرة للمالك وغيره [٥].

---

[١] والجهل بحاله من أوّل لا يصير سبباً للصحّة في الواقع.

[٢] التي هي ركن في المساقاة؛ لعدم النفع بها دونه.

[٣] لإقدامه على ذلك، فتأمل جيّداً، والله العالم.

[٤] لأصالة احترام عمل المسلم الواقع بالإذن ممّن استوفاه.

[٥] **كما هو مقتضى إطلاق المصنّف وغيره، بل في المسالك: « نسبته إلى الأكثر »**[1]. ووجهه ما عرفت من أصالة احترام عمل المسلم، بعد العلم بعدم كون ذلك من المتبرّع المسقط للأُجرة له، أو الشكّ فيه، والرضا بالعقد الفاسد أو بالعقد المتضمّن لعدم الأُجرة، ليس رضاً بالعمل بلا أُجرة، فإنّ الحيثيّة ملاحظة، بمعنى كون المتشخّص منه في الخارج الرضا بالعقد الذي لا يترتّب عليه ذلك. والعمل الصادر منه إنّما هو من حيث إنّه مقتضى العقد الفاسد، لا أنّه رضا منه بالعمل في حدّ ذاته وفي نفسه بلا عوض، فمع فساد العقد الذي قد وقع العمل على مقتضاه معاملاً معاملة الصحيح، يبقى احترام العمل بنفسه. **فما في المسالك تبعاً لجامع المقاصد: من تقييد إطلاق المصنّف وغيره بما إذا لم يكن العامل عالماً بالفساد، وبما إذا لم يكن الفساد باشتراط كون الثمرة أجمع للمالك**[2].

[مستدلاً له:] لكونه في الصورتين متبرّعاً لا يستحقّ على عمله شيئاً كما ترى، لا يخلو من نظر. وأولى منه في ذلك ما عن الشهيد امن أنّ الواجب له حيث يجب له أقلّ الأمرين من الحصّة وأُجرة المثل؛ لإقدامه على التبرّع بما زاد عليها مع نقصانها عن أُجرة المثل[3]؛ إذ لا يخفى أنّ إقدامه على العقد المقتضي لذلك بعد فرض فساده لا يقتضي إلزامه وترتيب حكمه عليه، فيبقى احترام عمله في نفسه على ما تقتضيه الضوابط الشرعيّة، من ضمانه بأُجرة المثل كما هو واضح بأدنى تأمّل، والله العالم.

---

(١) المسالك ٥: ٥٧.

(٢) المسالك ٥: ٥٦. جامع المقاصد ٧: ٣٧٨، ولكن في الثاني التقييد بالأول فقط.

(٣) الظاهر هو الشهيد الأوّل، ولكن لم نعثر عليه، نعم قاله الثاني في المسالك ٥: ٥٧.

[حكم ما لو استأجر الأجير للعمل بحصة من الثمرة]:

المسألة (**الثانية : إذا استأجر أجيراً للعمل بحصّة منها**) أي الثمرة (**فإن كان**) قبل ظهورها لم يجز [١]، وإن كان (**بعد بدوّ الصلاح جاز**) [٢].

(**وإن كان بعد ظهورها**) ونموّ لها مقطوعة (**وقبل بدوّ الصلاح بشرط القطع صحّ إن استأجره بالثمرة أجمع**) [٣]. (**ولو استأجره ببعضها قيل : لا يصحّ لتعذّر التسليم**) [٤]. (**والوجه الجواز**) [٥].

قلت : مع فرض كون الشريك المستأجر يتجه حينئذٍ الصحّة ؛ للتمكّن من اشتراط القطع عليه برضاه ، والتزامه به .

أمّا إذا كان غيره وقلنا بعدم جواز القسمة بالخرص والتخمين وعدم جواز الإجبار على القطع قبل الإدراك لما فيه من الضرر يشكل الجواز حينئذٍ ، بعدم إحراز الشرط المعتبر في الصحّة ، بناءً على اعتباره ، وإن كان قد عرفت قوّة عدمه إلّا إذا أُريد به الكناية عمّا ذكرنا .

وقد تقدّم لنا في بيع الثمار ما ينفع ملاحظته في المقام ، خصوصاً في الفرق بين النخل وغيره من

---

[١] قولاً واحداً ؛ لكونها معدومة .

وجواز جعلها عوضاً في المساقاة للدليل لايقتضي الجواز هنا بعد حرمة القياس .

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال** ؛ لعموم الأدلّة وإطلاقها السالمين عن معارضة ما يقتضي المنع .

[٣] قيل[١] : بناءً على اعتبار ذلك في البيع الذي قد عرفت قوّة جواز ذلك فيه ، بدون الشرط المزبور الذي يمكن إرادة الكناية به عن ملاحظتها نفسها حال العقد ، لا حال بدوّ صلاحها الآتي مثلاً ، وإلّا فاشتراط القطع من حيث كونه اشتراطاً ، لا مدخلية له في ماليّته على وجه يصلح كونه مبيعاً وأُجرة .

فلا بأس حينئذٍ مع شرط القطع أو شرط البقاء مدّة معلومة .

ولا يكون بذلك مبيعاً أو أُجرة حال إدراكه الذي هو معدوم الآن ، وإنّما يكون حالاً طارئاً على ملكه .

وبذلك يظهر أنّ مدرك الجواز الأُصول والقواعد لا القياس على البيع الممنوع عندنا .

ولعلّه لذا لم يذكر المصنّف الجواز مع الضميمة ، أو العامين كما ذكره في البيع ، فإنّه مع فرض المنع بدون اشتراط القطع إلّا مع الضميمة أو العامين يختص البيع بالجواز ؛ لدليله ، ولا يقاس عليه ما هنا مع احتماله .

بل جزم به في المسالك قال : وتركه المصنّف اتكالاً على ما ظهر من ذكر الجواز بشرط القطع من اتحاد الحكم في المقامين[٢] .

[٤] لإمكان عدم إذن الشريك ، فيتعذّر القطع المعتبر اشتراطه في الصحّة .

[٥] **كما في المسالك** قال : « **لإمكان القطع والتسليم بالإذن ، كما في كلّ مشترك ، ولو فرض امتناع الشريك تمكّن باذن الحاكم** »[٣] .

---

(١) انظر المسالك ٥ : ٥٨ . مفتاح الكرامة ٧ : ٣٨٤ .

(٢) (٣) المسالك ٥ : ٥٨ ، نقلاً بالمعنى في المورد الأوّل .

الأشجار [١].

[حكم ما لو قال: ساقتيك بكذا على أن أُساقيك على الآخر بكذا]:

المسألة (**الثالثة : إذا قال : ساقيتك على هذا البستان بكذا ، على أن أُساقيك على الآخر بكذا قيل**) [٢] : (**يبطل**) [٣].

(**و**) لكن لا يخفى أنّ (**الجواز أشبه**) [٤]. [وكذا لو أوقع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرّقة بعضها أشقّ من بعض] فالتحقيق الجواز في الصورتين ، والله العالم .

[حكم هروب العامل ما لو كانت الأُصول لاثنين ثمّ قالا لو احد: ساقيناك]:

المسألة (**الرابعة**) : (**لو كانت الأُصول لاثنين**) مثلاً (**فقالا لواحد**) مثلاً : (**ساقيناك**) على أنّ لك النصف مثلاً ، صحّ ، وإن لم يعلم نصيب كلّ واحد منهما [٥].

كباقي الصور المتصوّرة في المقام بالنسبة إلى اتحاد المالك والعامل وتعدّدهما . نعم لو قالا له : (**على أنّ لك من حصّة فلان النصف ، ومن حصّة الآخر الثلث صحّ**) أيضاً . ولكن (**بشرط أن يكون عالماً بقدر نصيب كلّ واحد**

---

[١] مع أنّ المصنّف لم يشر إلى شيء من ذلك ، وكان غرضه المعظم الفرق بين المساقاة والإجارة من جواز الأُولى بحصّة منها قبل الظهور ، لكونها مشروعة على ذلك ، بخلاف الثانية التي هي باقية على مقتضى القواعد من اعتبار المعلوميّة في الأُجرة . ولذا اقتصر على اشتراط القطع دون الضميمة والعامين ، المحتمل كون جوازهما في البيع ؛ للدليل الخاصّ من الإجماع أو غيره ، والله العالم .

[٢] **والقائل الشيخ**(١) **فيما حكي عنه .**

[٣] لأنّه كالبيعين في بيع ، ولعدم لزوم هذا الشرط الذي هو بمنزلة الوعد ، والفرض أنّه سبب في زيادة العوض أو نقصانه ، ولم يعرف مقدار ذلك فيتجهّل ويبطل . وكذا الكلام في بعتك هذا العبد بكذا ، على أن تبيعني عبدك بكذا ، نعم لو ساقاه على الحديقتين صفقة صحّ وإن اختلفت الحصّة .

[٤] بأُصول المذهب وقواعده .

ضرورة عدم كونه من ذلك المفسّر بالبيع بثمنين إلى أجلين مثلاً ، أو على تقديرين ، وتناول ﴿ **أَوفُوا بِالعُقُودِ** ﴾(٢) التي منها المشتملة على الشرائط للمفروض ، مضافاً إلى عموم « المؤمنون عند شروطهم »(٣) فيجب الوفاء حينئذٍ به ، وإن سلّم كونه وعداً لم يقدح ، وإن صار داعياً لزيادة العوض أو نقصانه كما هو واضح .

وأضعف منه ما عن ابن الجنيد حيث قال : « لا أختار إيقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرّقة بعضها أشقّ عملاً من بعض ، إلّا أن يعقد ذلك ويشترط في العقد العقد على الأُخرى »(٤) .

إذ هو كما ترى أيضاً لا دليل عليه .

[٥] لعدم مدخليّة ذلك في العلم بحصّته ، وليس إلّا تعدّد المالك ، وهو غير مانع .

---

(١) المبسوط ٣ : ٢١١ .

(٢) المائدة : ١ .

(٣) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٤) نقله في المختلف ٦ : ١٩٧ ، وفيه : « ولا » بدل « إلّا » .

منهما و)حينئذٍ (**لو كان جاهلاً بطلت المساقاة لتجهيل الحصّة**) [١].

[هروب العامل]:

المسألة (**الخامسة :**) (**إذا هرب العامل**) غير المعيّن في أثناء العمل (**لم تبطل المساقاة**) قطعاً [٢]، بل [الظاهر] [٣] بقاؤها على اللزوم (**ف**) ليس للمالك الفسخ بمجرّد ذلك ، خصوصاً (**إن بذل العمل عنه باذل**) ، وإنّما يرفع أمره إلى الحاكم فيطلبه ويجبره على العمل ، فإن تعذّر ذلك استأجر من ماله من يعمل عنه ، أو بأُجرة مؤجّلة إلى وقت الثمرة ، ومع فرض ظهورها وبدوّ صلاحها استأجر بحصّته أجمع أو بعضها ، أو بالاقتراض عليه ، (**أو دفع إليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه**) ، ولو على جهة القرض عليه أو بغير ذلك من الصور التي يحصل بها الحقّ ممّن عليه إلى من هو له [٤]،وحينئذٍ متى حصل أحدهما (**فلا خيار**) للمالك [٥]. ولكن قد يقال [بثبوت الخيار من غير مراجعة إلى الحاكم] [٦]. نعم لو لم يختر الفسخ رفع أمره إلى الحاكم في تحصيل حقّه ، كما أنّه قد يمنع وجوب فعل الصور المزبورة على الحاكم [٧].

(**و**) على كلّ حال فقد ذكروا هنا أنّه (**إن تعذّر**) فعل شيء من (**ذلك**) الذي قدّمنا ذكره ، بل ولو لعدم إمكان إثبات الحقّ عند الحاكم [٨]، أو لعدم إمكان الوصول إليه (**كان له الفسخ ؛ لتعذّر العمل**) حينئذٍ عليه فينحصر دفع ضرره بذلك. (**ولو لم يفسخ وتعذّر الوصول إلى الحاكم**) ولو على الوجه المزبور (**كان له أن يُشهد أنّه يستأجر عنه و**)

---

[١] كما هو واضح ، هذا .

وقد ذكر في المسالك بعض الصور لبيان كيفيّة القسمة بينهم للتدريب[١] لا فائدة في ذكرها ، والله العالم .

[٢] لأصالة صحّتها .

[٣] [كما أنّ] ظاهر الأصحاب هنا [ذلك].

[٤] لأنّه وليّ كلّ ممتنع ؛ لقوله تعالى : ﴿ **إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا** ﴾[٢].

[٥] لعدم الضرر عليه مع أصالة اللزوم .

[٦] [إذ] إنّه منافٍ لما يستفاد منهم في غير المقام ،كالخيار بعدم الوفاء بالشرط ،وكالخيار بتأخير الثمن ، وبالامتناع عن العمل وتسليم العين المستأجرة ، ونحو ذلك من ثبوت الخيار بمجرّد حصول شيء من ذلك ، من غير مراجعة إلى الحاكم . بل ظاهرهم أنّه متى حصل من أحد المتعاقدين بعقد لازم ما ينافي استحقاق الآخر عليه من حيث اللزوم ، شرع له الشارع الفسخ ، وكان العقد في حقّه جائزاً . دفعاً لضرره بذلك ؛ لقاعدة : « لا ضرر ولا ضرار »[٣].

[٧] وإن ظهر ذلك من عباراتهم ؛ ضرورة كون قيام الحاكم في هذه الأُمور من باب الحسبة والإحسان الذي لا يجب عليه مراعاته .

[٨] على ما في المسالك[٤]

---

(١) (٤) المسالك ٥ : ٦٠ـ٦١.

(٢) المائدة : ٥٥.

(٣) الوسائل ١٨ : ٣٢، ب١٧ من الخيار ، ح٣ـ ٥.

حينئذٍ له أن (**يرجع عليه**) [١] ، لكن (**على تردد**) [٢] .

(**و**) على كلّ حال (**لو لم يشهد لم يرجع**) إذا أنكره العامل [٣] . نعم قد يقال بذلك [= الرجوع مطلقاً] بناءً على ثبوت ولايته عنه في ذلك في هذا الحال [٤] . كما أنّه قد يقال : إنّ مراد المصنّف بالإشهاد الذي جزم بعدم الرجوع مع عدم إحضار عدول المؤمنين على ذلك [٥] . بل قد ذكرنا في غير المقام إمكان ثبوت أمثال هذه الولايات التي هي من الحسب والإحسان لفسّاق المؤمنين مع تعذّر العدول ، فلاحظ وتأمّل ، هذا كلّه في العامل غير المعيّن . أمّا هو فالمتّجه ثبوت الخيار بمجرّد تعذّر مباشرته وإن وجد المتبرّع ، بل لو تبرّع عنه متبرّع لم يقع العمل له ، ولم يستحقّ بذلك الحصّة وإن قصد إتمام العمل عنه ، بخلاف غير المعيّن ، فإنّ الظاهر كونه على حصّته مع إتمام المتبرّع وإن لم يقصد العمل عنه [٦] ، كما لو استغنى بماء المطر عن السقي [٧] .

---

[١] لكونه كالحاكم في الولاية عنه بالنسبة إلى ذلك ؛ إذ ﴿ **المُؤمِنُونَ بَعضُهُم أَولِيَاءُ بَعضٍ** ﴾[(١)] .

[٢] ممّا عرفت ، ومن الشكّ في ثبوت الولاية له على الوجه المزبور في هذا الحال .

[٣] للأصل ، والفرض عدم البيّنة على الاستئجار عنه ، بل لعلّ ظاهر العبارة عدم الرجوع حتى لو صدّقه العامل ، بل وحتى لو كان الإشهاد متعذّراً ؛ لكونه ـ أي الإشهاد ـ حينئذٍ بمنزلة الحاكم . **بل في المسالك أنّه أحد الأقوال في المسألة** ، والثاني : لا يرجع مع التمكّن منه ، والثالث : الرجوع مطلقاً . وأشكله تبعاً للكركي[(٢)] ؛ بأنّه لا مدخليّة للإشهاد في ثبوت الحقّ في نفسه ، ولو لإرادة المقاصّة ، وإنّما أقصاه توقّف الإثبات عليه ، لا الثبوت ، ومن هنا كان الأقوى الثالث ، بل احتمل قبول قوله بيمينه ؛ لأنّ الأصل عدم تبرّع الإنسان بعمل يحصل فيه غرامة عن الغير[(٣)] . وإن كان هو كما ترى ؛ ضرورة عدم كون ذلك أصلاً أصيلاً .

[٤] لما عرفت .

[٥] لأنّ الولاية لهم مع عدم الحاكم .

[٦] لأنّ عقد المساقاة ملّكه الحصّة مع حصول العمل منه أو من غيره .

[٧] **كما صرّح بذلك في جامع المقاصد**[(٤)] . لكن قد يناقش في الثاني بعدم استحقاقه الحصّة التي هي عوض العمل منه أو عنه ، فأمّا إذا لم يكن منه ولا عنه لم يستحقّها ، نحو من استأجر على عمل فاتّفق حصوله من غيره لا بقصد النيابة عنه . وتدفع بأنّ عقد المساقاة اقتضى كون العمل في ذمّته ، فمتى وقع كان عنه وله ؛ لعدم تصوّر كونه عمّن ليس في ذمّته ، على أنّ المساقاة لا ريب في بقائها على الصحّة التي معناها ترتّب الأثر الذي هو ملك الحصّة . وتكليف العامل بأُجرة المثل للمالك مع حصول العمل له تامّاً لا وجه له ، فليس حينئذٍ إلّا ما ذكرنا . لكنّ الإنصاف مع ذلك كلّه عدم خلوّ الحكم عن إشكال ، باعتبار عدم ظهور الفرق بينه وبين من استؤجر على عمل فاتّفق حصوله من غيره ، كقلع الغرس فانقلع لنفسه ، وكالاستئجار على إزالة قمامة فاتّفق إطارة الريح لها ، ونحو ذلك . واحتمال الالتزام بالأُجرة فيها صعب . اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ وضع المساقاة والمزارعة ومشروعيتهما على ذلك ، فإنّ المراد حصول الزرع والثمرة الصالحة كمّاً وكيفاً ، فمع احتياج ذلك إلى العمل فعله العامل ، وإن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط عنه ، واستحقّ حصّته بخلاف الإجارة ، فإنّ المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أو عنه ، والله العالم .

---

(١)(٣) التوبة : ٧١ . المسالك ٥ : ٦٢ .

(٢)(٤) جامع المقاصد ٧ : ٣٨٣ ـ ٣٨٤ .

[حكم ما لو ادعى المالك خيانة العامل]:

المسألة (**السادسة: إذا ادّعى**) المالك (**أنّ العامل خان أو سرق أو أتلف أو فرّط فتلف**) أو نحو ذلك، (**وأنكر**) العامل (**ف**) لا ريب في أنّ (**القول قوله**) أي العامل (**مع يمينه**) [١]، سواء كان أميناً له أم لا. نعم ضمانه بالتفريط يتوقّف على أمانته، فلا تتوجّه الدعوى به إلّا في صورة كونه أميناً له، وعلى كلّ حال فالقول قوله أيضاً في عدمه [٢].

(**و**) كيف كان فـ(**بتقدير ثبوت الخيانة**) بالبيّنة أو بغيرها (**هل ترفع يده أو يستأجر من يكون معه من أصل الثمرة؟**) [٣]. و(**الوجه**) [٤] (**أنّ يده لا ترفع عن حصّته من الربح**) أي الثمرة [٥].

(**و**) لكن (**للمالك رفع يده عمّا عداه**)، بل له أيضاً ذلك مع عدم الخيانة، (**و**) حينئذٍ فـ(**لو ضمّ**) أي (**المالك اليه**[١] **أميناً**) لحفظ ما يرجع إليه (**كانت أُجرته على المالك خاصّة**) [٦].

---

[١] لأنّه منكر بموافقته؛ للاصل.

[٢] للأصل، وكان ظاهر المتن وغيره سماع الدعوى بذلك مع الجهل بالمقدار؛ لعموم قوله عليه السلام: «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر»[٢]. **لكن في التذكرة: لم تسمع دعواه حتى يحرّرها ببيان المقدار**[٣]، **مع أنّ المحكي عنه في باب القضاء سماع الدعوى المجهولة**، ويأتي إن شاء الله التحقيق في ذلك.

[٣] ظاهر المصنّف احتمال الأوّل. ولعلّه لأنّ إثبات يده على حصّته، يستدعي إثباتها على حصّة المالك التي له دفع يده عنها. وفيه: منع توقّفه على ذلك؛ لإمكان وضع المالك أميناً لحفظ ما يرجع إليه معه، إلّا أنّي لم أجده قولاً لأحدٍ من أصحابنا، بل ولا غيرهم. **نعم عن المزني: يستأجر عليه من يعمل معه**[٤]. **وفي موضع آخر: يضمّ إليه أمين يشرف عليه، وهو المحكي عن مالك**[٥]. **وفي الإسعاد شرح الإرشاد**[٦] **للشافعية: يلزمه الحاكم بأُجرة مشرف يراقبه ولا تزال يده؛ لأنّه** مستحقّ للعمل، ويمكن استيفاؤه منه بهذا الطريق، فتعيّن جمعاً بين الحقين.

[٤] المطابق لأُصولنا.

[٥] لعموم «تسلّط الناس على أموالها»[٧].

[٦] **كما في القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك**؛ لرجوع مصلحته إليه[٨]. لكن قد يشكل مع فرض كون الحفظ على العامل، بأنّه من الأعمال الواجبة عليه الذي يتجه الاستئجار عليه، مع فرض عدم قيامه به. وقد يدفع لمنع كون ذلك من عمل المساقاة وإن وجب الحفظ عليه إذا كان أمانة في يده، وإن سلّم فالمراد به الحفظ من الغير. وأمّا الحفظ منه فهو من تحريم الخيانة والسرقة، لا من حيث المساقاة. على أنّه بثبوت الخيانة منه في الجملة لا دليل على عدم قبول الحفظ منه مع بذله له.

---

(١) في الشرائع: «إليه المالك» بدل «المالك إليه».

(٢) انظر الوسائل ٢٧: ٢٣٣، ب٣ من كيفيّة الحكم. و٢٩٣، ب٢٥، ح٣.

(٣) التذكرة ١٨: ٤٩٥.

(٤)(٥) الحاوي الكبير ٧: ٣٨٢. العزيز شرح الوجيز ٦: ٧٤.

(٦)(٧) لا يوجد لدينا، البحار ٢: ٢٧٢، ح٧.

(٨) القواعد ٢: ٣٢٣. التذكرة ١٨: ٤٩٦. جامع المقاصد ٧: ٣٨٧. المسالك ٥: ٦٣.

وعلى كلّ حال فلو لم يمكن الحفظ منه ولو مع الحافظ [من رفع يده من الثمرة وإلزامه أُجرة عامل أو لا][١] [فللتوقف في الموضعين مجال].

[حكم ما لو ساقاه على أُصول ثمّ تبيّن أنّها مستحقة]:

المسألة (**السابعة: إذا ساقاه على أُصول**) جاهلاً بحالها (**فبانت**) بأحد الطرق الشرعيّة أنّها (**مستحقّة بطلت المساقاة**) مع عدم إجازة المالك، (**و**) لا ريب في أنّ (**الثمرة للمستحق**)[٢]، (**وللعامل الأُجرة على المساقي**) الذي هو غارّ له، بدفع عوض لم يسلم له عن عمله (**لا على المستحقّ**). نعم لو كان عالماً بالحال لم يرجع[٣].

(**ولو اقتسما**) ها مثلاً أي (**الثمرة وتلفت كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع**)[٤].

(**و**) لكن (**يرجع الغاصب على العامل بما حصل له**) من الحصّة التي بان عدم استحقاقه إيّاها، فهو ضامن لها

---

[١] **ففي القواعد: «الأقرب رفع يده من الثمرة وإلزامه بأُجرة عامل»**[(١)]. **واختاره في المسالك**[(٢)]. ولعلّ الأوّل لأنّ للمالك أن يحفظ ماله قطعاً، ولا يتمّ إلّا برفع يد العامل؛ لأنه الفرض. والثاني أنّ العمل واجب عليه وقد تعذّر فعله بنفسه، فيكون كما لو هرب، مضافاً إلى قاعدة الضرر، وحينئذٍ يتجه الفسخ مع التعيين، ومع غيره إذا لم يمكن الاستئجار عنه على حسب ما سمعته في الهارب. **كما صرّح به الشهيد في حواشي القواعد**[(٣)]. **وهو الذي صرّح به في الإسعاد والإرشاد من كتب الشافعية**[(٤)]. لكن قد يناقش بما في جامع المقاصد: «من أنّ الحقّ الثابت لشخص إذا كان لا يتمّ إلّا بإسقاط حقّ شخص آخر وإزالة يده عن ملكه، فلا دليل على سقوط ذلك وإزالة يده، وبعدم تعذّر العمل منه؛ لأنّ مجرّد الخيانة غير كافٍ في ذلك، بل لو جوّزنا رفع يده عن الجميع بسببها أمكن أن يقال: إنّ التعذّر حينئذٍ بسبب المالك، فلا يجب على العامل شيء»، ولذا قال في جامع المقاصد: «للتوقّف في الموضعين مجال»[(٥)]. وهو في محلّه، والله العالم.

[٢] لأنّها نماء ملكه، ولم يحصل ما يقتضي نقلها عنه.

[٣] بناءً على عدم غروره مع علمه، بل هو إقدام منه على ذلك.

والفرق بين ظهور استحقاق الثمرة، وبين عدم خروجها أو هلاكها حيث تثبت أُجرة للعامل في الأوّل دون الثاني أنّ الاستحقاق يوجب فساد العقد، حيث لم يجز المالك. وأصالة احترام عمل المسلم بعد فساد العقد تقتضي الرجوع إلى الأُجرة على حسب ما عرفته سابقاً، بخلاف هلاك الثمرة وعدم خروجها وما شاكلهما، فإنّ العقد معهما صحيح، فلا يستحقّ العامل سوى الحصّة وإن فاتت؛ لأنّ ذلك مقتضى عقد المساقاة على تقدير صحّته. ولا ينافي ذلك ما ذكرناه سابقاً من الانفساخ بذلك، فإنّه انفساخ من حينه؛ للاكتفاء في الصحّة بالاستعداد المزبور حتى يتبيّن الحال. بل لو قلنا بالانفساخ من أصل العقد أمكن الفرق بين ما بناء المساقاة عليه من أمثال هذه الأُمور، وبين الاستحقاق، ونحوه من الأُمور المقتضية لفساده، فتأمّل، والله العالم. وعلى كل حال فمع وجود الثمرة وبقائها عنده دفعت إلى مستحقّها.

[٤] بناءً على أنّ غصبه العين يقتضي ثبوب يده على ثمرتها، وإن كان قد نقلها عنه، لكن ذلك من يده عليها.

---

(١) القواعد ٢: ٣٢٣.
(٢) المسالك ٥: ٦٣.
(٣)(٤) لا يوجدا لدينا.
(٥) جامع المقاصد ٧: ٣٨٧ـ٣٨٨.

لمستحقها [١]، (و) لذا كان (**للعامل على الغاصب أُجرة عمله**) كما عرفت [٢].

وكيف كان فلا يخفى أنّ ذلك كلّه مقيّد بما إذا لم يبق الغاصب ظاهراً مقرّاً على دعوى الملكيّة ، وإلّا لم يكن له الرجوع على العامل [٣]. كما أنّ رجوع العامل بالأُجرة مقيّد بنحو ذلك ، وإلّا لم يصحّ له الرجوع بعد اعترافه بخطأ البيّنة ، وأنّ الغاصب ظاهراً هو المالك فهو حينئذٍ مالك للحصّة وإن ظلم وأُخذت منه لكن لا يظلم غيره [٤]. ولو اختلفا في ذلك جرى على كلّ منهما حكم إقراره وأُخذ به ، ولا يلتزم به الآخر [٥]. وعلى كلّ حال فـ [المختار] [٦] أنّ للمالك الرجوع على الغاصب (**أو يرجع على كلّ واحد منهما بما حصل له**) من الثمرة التي قد تلفت في يده [٧]. ولا رجوع لأحدهما على الآخر في ذلك إلّا للعامل بالأُجرة مع جهله . (**وقيل : له**) [= للمالك] أيضاً (**الرجوع على العامل بالجميع إن شاء لأنّ يده عادية**) [٨].

ولكن يرجع هو حينئذٍ على الغاصب بما حصل له ، على نحو ما تقدّم (**والأوّل**) أي الاقتصار على الرجوع على الغاصب أو على كلّ منهما بحصّته (**أشبه**) [٩] عند المصنّف (**إلّا بتقدير أن يكون العامل عالماً به**).

---

[١] لعموم « من أتلف »[1] والفرض أنّ يده عليها كانت يد ضمان ؛ لأنّها عوض العمل .

[٢] لا أنّها يد مجّانٍ بغرور من الغاصب ، فهو في الحقيقة الضامن لها ؛ لأنّ التلف قد كان في يده . وإن جاز للمالك مطالبة الغاصب بالأداء عنه بسبب غصبه ، وليس هو في ذمّته ؛ إذ لا وجه لشغل ذمتين بمال واحد ولو على البدل ، فمع فرض دفع العوض عنها [= الحصة] له صارت له ؛ لعدم ملك المالك العوض والمعوّض ، وعدم استحقاق لها ، وليس هو من التبرّع بوفاء الدين كي تبرأ ذمّة العامل ، ولا يستحقّ الغاصب الرجوع عليه ، بل هو من التكليف الشرعي للغاصب بالأداء عن العامل مع مطالبة المالك ، وذلك يقوم مقام الإذن ممّن عليه الحقّ بالأداء .

وبالجملة هو [= رجوع المالك على الغاصب والغاصب على العامل] من المعاوضات الشرعيّة المستقلّة بنفسها التي لا تدخل في صلح عقدي أو حوالة أو نحوهما . ولعلّ دليل ذلك الإجماع منهم ، كما يظهر من إرسالهم إرسال المسلّمات ، ولولاه لأشكل رجوع الغاصب عليه بعد براءة ذمّته من مال المالك بالدفع عنه من الغاصب ، ولو للخطاب الشرعي ؛ إذ انتقال المال ـ الذي قد كان في ذمّته للمالك ـ للغاصب يحتاج إلى ناقل من النواقل المعهودة ، والفرض عدمه ، فليس حينئذٍ إلّا المعاوضة الشرعيّة .

[٣] مؤاخذةً له بإقراره واعترافه بكونه مظلوماً بأخذ المالك منه ذلك ، والمظلوم لا يظلم غيره .

[٤] لما عرفت .

[٥] كما هو معلوم من القواعد الشرعيّة .

[٦] [كما] قد بان لك [مما تقدم] الوجه في [ذلك].

[٧] [وذلك] لحصول سبب الضمان من كلّ منهما .

[٨] و« على اليد ما أخذت حتى تؤدّي »[2] .

[٩] بأُصول المذهب وقواعده .

---

(١) انظر الوسائل ٢٧ : ٣٢٧ ، ب ١١ من الشهادات .

(٢) المستدرك ١٤ : ٨ ، ب ١ من الوديعة ، ح ١٢ .

ولكن لا يخفى عليك ما فيه [١].

فالثاني هو الأشبه لا الأوّل ، من غير فرق [في تلف الثمرة] بين تلفها بالاقتسام أو بآفة أو بغيرهما [٢].

[مساقاة العامل لغير المعيّن]:

المسألة (**الثامنة : ليس للعامل**) غير المعيّن فضلاً عنه (**أن يساقي غيره**) ، بخلاف المزارعة والإجارة [٣] ، (**لأنّ المساقاة**) على خلاف القواعد باعتبار الغرر والجهالة ، والثابت من الأدلّة أنّها (**إنّما تصحّ على أصل مملوك**) عيناً أو وكالةً أو ولاية (**للمساقي**) دون ما عداه [٤].

ولا فرق فيما ذكرنا بين حالي ظهور الثمرة وعدمه .

نعم له الإجارة على القيام بعمله المراد منه أو الصلح بشيءٍ من الثمرة أو غيره [٥].

---

[١] ضرورة عدم مدخليّة الجهل والعلم في صدق ثبوت اليد وعدمه ؛ إذ العامل من حيث كونه عاملاً إن لم يكن له يد على الثمرة وإنّما هو مراع لها ونائب عن المساقي ، فهو كذلك مع علمه أيضاً ، وإلّا كان ذا يدٍ في الحالين . والظاهر الثاني ، خصوصاً مع كون بعض أعماله كالتلقيح والتركيس ونحوهما متعلّقاً بها . ولكن هذه اليد لا ترفع يد المساقي الغاصب أيضاً ، ولذا كان له الرجوع على كلّ منهما بالجميع وبما حصل له ، كما هو واضح بأدنى تأمّل .

[٢] لأنّ المسألة من توارد اليد على العين المغصوبة ، والله العالم .

[٣] لا لما أطنب فيه في المسالك تبعاً للمحقق الثاني[١] ممّا لا حاصل له ، أو مخالف للضوابط الشرعيّة بل [لذلك].

[٤] إذ ليس في شيء من نصوصها إطلاق يرجع إليه ، و﴿ **أَوفُوا بِالعُقُودِ** ﴾[٢] و﴿ **إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ** ﴾[٣] لا يصلح لإثبات مشروعيّة مثل ذلك .

[٥] وبذلك ونحوه يظهر لك فساد ما أطنب به في المسالك من الفرق بين المزارعة والمساقاة وغيره[٤] ؛ إذ كون المساقاة معاملة على الأُصول لا تقتضي عدم جوازها من المساقي بعد معلوميّة إرادة سقيها ، ونحو ذلك من المعاملة عليها ، فهي حينئذٍ كالأرض في المزارعة والحصّة قد استحقّها بالعقد . فلا ريب حينئذٍ في أنّه لا مانع من ذلك بحسب القواعد الشرعيّة لو كان هناك مقتض للصحّة من إطلاق ونحوه . وعلى تقديره فلا محيص عنه كما يحكى عن بعض أفاضل متأخّري المتأخّرين[٥] . **بل لعلّه ظاهر المحكي عن الاسكافي أيضاً في الجملة ، قال : « لو شارك المساقي غيره جاز إذا لم يكن شرط عليه أن يتولّى العمل بنفسه ، وكان شريكاً للمساقي بجزء من حصّته لا بجزء من الأصل إذا عملا جميعاً ، فإن تفرّد المساقي الثاني بالعمل كلّه ، ولم يكن ربّ المال جعل إلى المساقي أن يساقي غيره ولا فوّض ذلك إليه ، لم يكن للمساقي الأوّل أن يأخذ جزء من الغلّة وكان له أجر مثله ، فإن عمل فيها جاز »**[٦] . لكن فيه : أنّه لا أجر له مع فرض عدم العمل منه ، بل عليه أُجرة المثل للمساقي الثاني لغروره إيّاه . اللّهم إلّا أن يكون بذلك يستحقّ الأُجرة على المالك ؛ لصيرورة العمل له بأداء الأُجرة عنه .

---

(١) انظر المسالك ٥ : ٦٦ـ٦٧ . جامع المقاصد ٧ : ٣٩١ـ٣٩٢ .

(٢) المائدة : ١ .

(٣) النساء : ٢٩ .

(٤) المسالك ٥ : ٦٦ـ٦٧ .

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ١٤٢ .

(٦) نقله في المختلف ٦ : ١٩٩ .

إلّا أنّ المتّجه استحقاقه الحصة [١] لا الأجرة [٢].

---

[١] لحصول العمل ولو من أجيره.

[٢] ولذا قال ابن البراج فيما حكي عنه: « إذا دفع إنسان إلى غيره نخلاً معاملة هذه السنة بالنصف، وقال له: إعمل فيه رأيك أو لم يقل ذلك ودفعه العامل إلى آخر فعامله بعشرين وسقاً ممّا يخرج من الثمرة فعمل على هذا كان الخارج بين الأوّل ومالك النخل نصفين، وللآخر على الأوّل أجر عمله، ولو كان الشرط في المعاملة الأُولى عشرين وسقاً لأحدهما بعينه وفي الثانية النصف كان الخارج لمالك النخل، وللآخر على الأوّل أجر عمله، وللأوّل على صاحب النخل أُجرة ما عمل الآخر، ولا ضمان عليه في ذلك وكان الوجه بطلان المساقاة، فالنماء كلّه للماك، إلّا أنّه على الأوّل أُجرة عمل الثاني، فيستحقّها حينئذٍ الأوّل على صاحب النخل »[١].

ولكن في المختلف بعد أن حكى ما سمعت عن ابني الجنيد والبراج قال: « والتحقيق أنّ المالك إن أذن للأوّل في مساقاة الثاني صحّت، وكان الأوّل كالوكيل لاحصّة له في النماء، وإن لم يأذن فالثمرة للمالك وعليه أُجرة المثل للثاني، ولا شيء للأوّل »[٢].

وفيه: أنّه لا وجه لوجوبها عليه له، مع فرض عدم الإذن منه في عمله، وعدم شيء للأوّل.

اللهمّ إلّا أن يريد لا شيء له في مستقرّ الأمر، بمعنى رجوع الثاني على الأوّل، والأوّل على صاحب النخل، ففي الحقيقة الأُجرة للثاني، ولا شيء للأوّل، فتأمّل.

وعلى كلّ حال فكلامه في خصوص ما سمعته من ابن البرّاج، لا في أصل المسألة؛ ضرورة أنّه لا وجه للإذن مع فرض عدم مشروعيّة المساقاة من المساقي الأوّل وكونه كالوكيل بالنسبة إلى ذلك لا معنى له مع فرض كون مساقاته للمساقي الثاني في مساقاته المستحقة عليه.

لكن في جامع المقاصد[٣] بعد أن ذكر الوجه في عدم جواز المساقاة للمساقي والفرق بينها وبين المزارعة قال: « وهذا إذا لم يأذن المالك، فإذا أذن للعامل في المساقاة صحّ وكان الثاني هو العامل، والأوّل وكيل عن المالك »[٤].

وفيه مالايخفى بعد لزوم عقد المساقاة للأوّل الذي لا يصلح مع ذلك للنيابة عنه فيما أوجبه عليه نفسه عقد المساقاة.

كما أنّ من ذلك يعلم أنّ عدم جواز المساقاة للعامل؛ لعدم حصول الشرط شرعاً أو لعدم مقتضى الصحّة، لا لعدم حصول الإذن من المالك، في تصرّف غير العامل الأوّل، كما عساه يظهر من جامع المقاصد والمسالك[٥]؛ ليتوهّم الصحّة بفرض الإذن.

نعم لو أنّ المانع من المساقاة عدم جواز التصرّف لغير الأوّل أمكن حينئذٍ ارتفاع ذلك بالإذن حينئذٍ، ولا يكون وكيلاً، بل هو مساق حقيقة وتجري عليه أحكام المساقاة كما هو واضح.

---

(١) المهذب ٢: ١٧.

(٢) المختلف ٦: ٢٠٠.

(٣) جامع المقاصد ٧: ٣٩٢.

(٤) جامع المقاصد ٧: ٣٩١ـ٣٩٢.

(٥) انظر المسالك ٥: ٦٦ـ٦٧.

[خراج الأرض في المساقاة]:

المسألة (**التاسعة : خراج الأرض**) مغروسة وغير مغروسة (**على المالك**) [١] (**إلّا أن يشترط على العامل أو بينهما**) فيجب حينئذٍ على حسب الشرط [٢].

ولكن يجري عليه حكم الشرائط ، بل قد سمعت في المزارعة اعتبار معلوميّة مقداره في صحّة اشتراطه ، وقد سلف منّا هناك ماله نفع في المقام ، فلاحظ وتأمّل ، كما أنّه تقدّم آنفاً حكم الشرائط مع عدم خروج الثمرة أو تلفها ، والفرق أيضاً بين المذكور شرطاً وجزءً للعقد مع الحصّة ، والله العالم .

[حكم ملك فائدة المساقاة بين العامل وربّ الأُصول]:

المسألة (**العاشرة : الفائدة تملك**) بين العامل وربّ الأُصول (**بالظهور**) [٣].

(**و**) حينئذٍ فـ[قد قال المصنّف :] (**تجب الزكاة فيها على كلّ واحد منهما إذا بلغ نصيبه نصاباً**) [٤]، [ولكن فيه إشكال].

---

[١] للغرس الكائن فيها بسبب انتفاعه بها في ذلك ، وحقّ المسلمين فيها وإن ضرب على الشجر الذي فيها ، فإنّما هو بواسطتها ، والعامل إنّما يستحقّ الحصّة بواسطة عمله ، فلا إشكال حينئذٍ في أنّ الخراج على المالك .

[٢] لعموم « المؤمنون »[١] .

[٣] **بلا خلاف أجده فيه ، بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا[٢] ، بل في المسالك الإجماع على عدم تأخّر ملك العامل إلى بلوغ الثمرة وإدراكها[٣] .**

قلت : فليس حينئذٍ إلّا الملك بينهما بالظهور ، مضافاً إلى أنّ ذلك هو مقتضى تبعيّة النماء في الملك ، والمشروع من عقد المساقاة المقتضي لملك العامل الحصّة ، وملك ربّ الأُصول العمل عليه .

فما عن بعض العامّة ـ من عدم ملك العامل إلّا بالقسمة[٤] ، قياساً على عامل القراض ـ واضح الفساد حتى في المقيس عليه عندنا ، كما تقدّم في محلّه ، مع وضوح الفرق بينهما ، بأنّ الربح هناك وقاية لرأس المال ، فلا ربح حينئذٍ إلّا بعد وصول رأس المال إلى المالك بخلاف الثمرة هنا .

[٤] **كما هو المشهور** ؛ لتحقق سبب الوجوب وهو النماء على ملكهما مع فرض بلوغ النصاب .

خلافاً لابن زهرة هنا ، وفي المزارعة فأوجبها على مالك البذر والأُصول خاصة[٥] ؛ لأنّه نماء ملكه ، وما يأخذه المزارع والمساقي كالأُجرة عن عمله ، **قال : « ولا خلاف أنّ الأُجرة لا تجب فيها الزكاة وكذا إن كان البذر للمزارع ؛ لأنّ ما يأخذه مالك الأرض كالأُجرة عن أرضه ، فإن كان البذر منهما فالزكاة على كلّ واحد منهما إذا بلغ مقدار سهمه النصاب »[٦] .**

---

(١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٢) التذكرة ١٨ : ٤٧٦ .

(٣) المسالك ٥ : ٦٨ ، ٦٩ .

(٤) انظر المغني (لابن قدامة) ٥ : ٥٧٦ . الشرح الكبير ٥ : ٥٧٤ .

(٥) الغنية : ٢٩١ .

(٦) الغنية : ٢٩١ ـ ٢٩٢ .

وبالغ ابن ادريس في التشنيع عليه ، وقال : « إني راجعته في هذا الحكم وكاتبته إلى حلب ونبّهته على فساده ، فلم يقبل وتعذّر بأعذار [غير] واضحة ، وأبان بها أنّه ثقل عليه الردّ ، ولعمري أنّ الحقّ ثقيل كلّه ومات رحمه الله وهو على ماقاله »[١] ، ووافقه على ذلك جميع من تأخّر عنه .

نعم في المختلف بعد أن استجود قول ابن إدريس قال : « قول ابن زهرة ليس بذلك البعيد من الصواب »[٢] .

لكن في الحدائق : الظاهر أنّ الحامل له على ذلك كثرة تشنيع ابن إدريس عليه ، وإلّا فهو في غاية البعد من الصواب[٣] . ونحوه في المسالك بعد أن قال : « ضعفه ظاهر ؛ لأنّ الحصّة قد ملكت هنا بعقد المعارضة في وقت يصلح لتعلّق الزكاة بها لا بطريق الأُجرة . ثم لو سلّم كونها كالأُجرة فمطلق الأُجرة لا تمنع من وجوب الزكاة ، بل إذا تعلّق الملك بها بعد الوجوب ؛ إذ لو استأجره بزرع قبل بدوّ صلاحه أو آجر المالك الأرض بالزرع كذلك لوجبت الزكاة على مالك الأُجرة ، كما لو اشترى الزرع كذلك . نعم لو كان يذهب إلى أنّ الحصّة لا يملكها من لابذر له بالظهور ، بل بعد بدوّ صلاح الثمرة ونحوه أمكن ترتّب الحكم ، لكنّه خلاف إجماع الأصحاب ، ومع ذلك لا يتمّ تعليله بالأُجرة ، بل بتأخّر ملكه عن الوجوب »[٤] .

وفي جامع المقاصد بعد أن حكى ما سمعته من المختلف قال : « وهو أعلم بما قال ، والظاهر عندنا أنّه لا وجه له أصلاً إلّا على القول بأنّ استحقاقه وتملّكه إنّما يكون بعد بدوّ الصلاح وتعلّق الزكاة ، وهذا خلاف ما نقله المصنّف عن علمائنا ، فكيف يكون خلافه قريباً من الصواب ؟

ولعلّه يريد أنّ ذلك محتمل وغير مقطوع ببطلانه ، فلا يأتي على قائله كلّ ما ذكره ابن إدريس من التشنيع »[٥] .

قلت : لعلّ ابن زهرة لحظ عدم الوجوب في الأُجرة عن العمل باعتبار عدم استحقاق تسلّمها إلّا بعد تمام العمل ، والزكاة يعتبر فيها التمكّن من التصرّف في المال المملوك ، أو أنّه لحظ وجوبها بعد المؤونة ، والفرض كون العمل في مقابلها ، فهو حينئذٍ مؤونته ، ولذا أو للأوّل نفى الخلاف عن عدم وجوبها على الأُجرة .

ومنه يعلم مافي المسالك من وجوبها فيما لو آجر أرضاً بزرع[٦] إذا أراد عدم احتساب مقدار أُجرة المثل من المؤونة ، وكذلك أُجرة مثل العمل ، وبذلك يظهر الفرق بين المقام وبين عمل المالك لثمرته .

مع أنّه ربّما قيل أيضاً باحتساب أجر فعله مؤنة ، وكذا ما يتلفه من ثياب ونحوها في ذلك .

وإن كنّا لم نوافق عليه ، لكنّ المقام في العمل المقابل بعوض وهو الزرع .

ودعوى الفرق بين العوض في المساقاة والمزارعة وبين الأُجرة ، واضح الفساد .

ولعلّه إلى ذلك [= اللحاظين] ونحوه أومأ الفاضل في المختلف بنفي البعد عن الصواب[٧] ، لا ما سمعته من جامع المقاصد والمسالك والحدائق ، ويقال : ممّا لا يناسب حمل مثله عليه .

---

(١) السرائر ٢ : ٤٤٣ .
(٢)(٧) المختلف ٦ : ١٨٣ .
(٣) الحدائق ٢١ : ٣٩١ .
(٤)(٦) المسالك ٥ : ٦٩ .
(٥) جامع المقاصد ٧ : ٣٧٨ .

وحينئذٍ فالمتّجه سقوط زكاتها عنهما معاً [١].

(**تتمّة**) :

(**إذا دفع أرضاً إلى رجل ليغرسها على أنّ الغرس بينهما كانت المغارسة باطلة**) [٢].

(**و**) حينئذٍ فـ(**ـالغرس لصاحبه**) [٣].

(**ولصاحب الأرض إزالته**) بعد بطلان المعاملة [٤].

(**وله الأُجرة**) عوضاً عمّا مضى من منفعة الأرض (**لفوات ما حصل**) له (**الإذن بسببه**) من الشركة في الغرس [٥]

(**و**) لكن (**عليه أرش النقصان**) الحاصل على الغرس (**بـ**) ـسبب (**القلع**) وإن استحق له [٦].

---

[١] لخروجها بالظهور عن ملك ربّ الأرض والأُصول، وعدم تمامية الملك للعامل، أو كونها بمقابلة العمل صارت من جملة المؤن، والزكاة إنّما هي على العفو أي الزائد؛ لقول الله تعالى: ﴿ **وَيَسأَلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ العَفوَ** ﴾[1] وغيره ممّا تقدّم في محلّه.

بل لو أنّ السيّد يرى ملك العامل بعد بدوّ الصلاح أو بالقسمة فالمتّجه أيضاً عدم الوجوب على المالك، فضلاً عن العامل؛ لأنّه من جملة المؤن، وإن لم ينثلم النصاب بها.

نعم لو لم نقل باستثناء المؤن اتجه وجوب الزكاة عليه، كما في المسالك قال: « لأنّ انتقالها عن ملكه حصل بعد تعلّق الوجوب، كما تجب الزكاة على البائع لو باع الثمرة بعد بدوّ الصلاح »[2].

لكن قد يشكل بالفرق بينهما بالخروج عن ملكه قهراً مجّاناً في الأوّل [أي مورد الكلام]، بخلاف الثاني [أي وجوب الزكاة على البائع لو باع الثمرة بعد بدوّ الصلاح]، على أنّ تماميّة الملك معتبرة في الزكاة وهي هنا منتفية بتعلّق حقّ العامل المانع له عن التصرّف، وإن لم نقل بملكه.

[٢] **عندنا**؛ لأنّ الأصل الفساد.

وما عساه يظهر من بعض النصوص محمول على وقوع ذلك بعقد صلح أو إجارة جامعة للشرائط، لا على مشروعيّة هذا العقد على نحو عقد المزارعة، فإنّ الإجماع بقسميه على بطلانه.

[٣] لعدم حصول ما اقتضى نقله عنه.

[٤] فإنّ « الناس مسلّطون على أموالهم »[3].

[٥] باعتبار فساد المعاملة، والفرض عدم دفعه الأرض مجّاناً.

[٦] فإنّ استحقاقه لا يرفع ضمانه لما يحصل بفعله، بعد أن لم يكن الغارس ظالماً، كي لا يكون لعرقه حقّ، وإنّما أقصاه فساد المعاملة التي وقع التراضي منهما بها.

---

(١) البقرة: ٢١٩.
(٢) المسالك ٥: ٧٠.
(٣) البحار ٢: ٢٧٢، ح٧.

ولكن الكلام في كيفيّة تأريشه [١].

[وفيه وجوه].

ولكن يضمن أرش نقصانه الحاصل بالقلع ،بمعنى أنّه إذا لحقه من حيث القلع نفسه نقصان ضمنه له ، وحيث لا يلحقه لم يضمن له شيئاً [٢].

وبالجملة فالمراد ضمانه النقص الحاصل من حيث القلع إن حصل ، من غير ملاحظة للبقاء ،بمعنى أنّ هذه الشجرة لمّا قلعت نقصت بسبب القلع عن حال قيامها لا من حيث بقائها [٣].

وكيف كان فكما يجب على المالك أرش النقصان الحاصل بالقلع ،كذلك يجب على العامل أرش نقصان الأرض وطمّ الحفر وقلع العروق المتخلّفة من المقلوع .

---

[١] ففي المسالك : « أنّ المراد به هنا تفاوت ما بين قيمته في حالتيه ، على الوضع الذي هو عليه ، وهو كونه حال غرسه باقياً بأُجرة ومستحقاً للقلع بالأرش ، وكونه مقلوعاً لأنّ ذلك هو المعقول من أرش النقصان ، لا تفاوت ما بين قيمته قائماً مطلقاً ، ومقلوعاً ؛ إذ لا حقّ له في القيام كذلك ليقوّم بتلك الحالة ، ولا تفاوت مابين كونه قائماً بالأُجرة ، ومقلوعاً لما ذكرنا من أنّ استحقاقه للقلع بالأرش من جملة أوصافه ، ولا تفاوت مابين كونه مستحقّاً للقلع ومقلوعاً لتخلّف بعض أوصافه أيضاً كما بيّناه ، ولا بين كونه قائماً مستحقّاً للقلع بالأرش ومقلوعاً لتخلّف وصف القيام بالأُجرة ، وهذه الوجوه المنفيّة ذهب إلى كلٍ منها بعض » إلى أن قال : « والأوّل مع سلامته ممّا فيها لا يخلو من دور ؛ لأنّ معرفة الأرش فيه متوقّفة على معرفته ، حيث أُخذ في تحديده ، والظاهر أنّ القيمة لا تختلف باعتباره ، وأنّ تقديره كذلك كتقديره مقلوعاً وقائماً بأُجرة فلا يضرّ مثل هذا الدور ، ولهذا الأرش نظائر كثيرة تقدّم بعضها »[1].

قلت :

قد يقال : إنّها أو أكثرها مبنيّة على ملاحظة بقائه إلى منتهى عمره في قيمته ولذا لاحظ البقاء بالأُجرة .

مع أنّه لا يخفى عليك عدم استحقاق بقائه أصلاً لا مجّاناً ولا بالأُجرة وإنّما ذلك يتبع التراضي بينهما ، فقد يرضى معه المالك بالأُجرة أو بالمجّانيّة ، فليس هو من أوصاف قيمته .

نعم لو قلعه غير المالك المستحقّ لقلعه أمكن حينئذٍ تقويمه عليه بنحو ذلك ، أمّا هو فقلعه له باستحقاقه .

[٢] وهو المراد للمصنّف وللشهيد في اللمعة : « ولو نقص بالقلع ضمن أرشه »[2].

لا أنّ المراد تقويمه من حيث بقائه الذي هو غير مستحقّ له أصلاً .

ومن الغريب ملاحظة كونه مستحقاً للقلع بالأرش في أرشه ، مع أنّه لا يكاد يحصل له معنى محصّل بالنسبة إلى قلع المالك له .

[٣] ومن ذلك يظهر لك مافي جملة من كتب الأساطين ، فلاحظ وتأمّل .

---

(١) المسالك ٥ : ٧١ـ٧٢ .

(٢) اللمعة : ١٥٤ ، وفيه : « نقصت » .

ثمّ إنّه [لا فرق في جميع ذلك بين العلم بالبطلان والجهل] [١].

ولو كان الغرس من مالك الأرض فله [=للعامل] الأُجرة عليه [=على المالك] بعد فساد المعاملة.

ولو ركّب الغارس فيه نوعاً آخر ـ كما في شجر التوت ونحوه ـ فإن كان المركّب للغارس نفسه فنماؤه له مدّة بقائه، وعليه أُجرة تركيبه على الأصل الذي لصاحب الأرض، وله إزالته مع الأرش على حسب ما مرّ [٢].

(و) على كلّ حال فـ(لو دفع) مالك الأرض (القيمة) للغارس (ليكون الغرس له لم يجبر الغارس) [على التبقية] [٣]، (وكذا لو دفع الغارس الأُجرة لم يجبر صاحب الأرض على التبقية) [٤].

---

[١] [إذ] لم يفرق الأصحاب كما في المسالك وغيرها في جميع ما سمعت بين العلم بالبطلان والجهل به[1]، بل تعليلهم كالصريح في ذلك.

وهو مؤيّد لما قلناه سابقاً في المساقاة الباطلة مع العلم بالفساد.

وكأنّ ثاني الشهيدين رجع عمّا ذكره هناك، حيث إنّه بعد أن اعترف بما سمعت قال هنا: «ولا يبعد الفرق بينهما، فلا أُجرة لصاحب الأرض مع علمه، ولا أرش لصاحب الغرس مع علمه، أمّا الأوّل فللإذن في التصرّف فيها بالحصّة مع علمه بعدم استحقاقها، وأما الثاني فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه» ثمّ قال: «ويمكن دفعه بأنّ الأمر لمّا كان منحصراً في الحصّة أو الأُجرة لم يكن الإذن من المالك تبرّعاً فله الأُجرة لفساد المعاملة، والغرس لمّا كان بإذن المالك، وإن لم يكن بحصّة معروفة فعرقه ليس بظالم، فيكون مستحقّاً للأرش»[2].

قلت: وهو قريب لما ذكرنا سابقاً من أنّهما بنيا المعاملة على الضمان، وإن علما بفسادها وعدم ترتّب ما تضمّنته. لكن مثل ذلك لا يقضي بالتبرّع كما هو واضح.

[٢] ضرورة عدم الفرق في الغرس بين كونه في أرضه أو في شجرته والله العالم.

[٣] ١ ـ للأصل.

٢ ـ وعموم «تسلّط الناس على أموالها»[3].

[٤] لما عرفت أيضاً.

وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[4] لا تقتضي الجبر في الأفراد التي فيها هدم القواعد الشرعيّة، والله العالم.

---

(١)(٢) المسالك ٥: ٧٢.

(٣) البحار ٢: ٢٧٢، ح٧.

(٤) الوسائل ١٨: ٣٢، ب١٧ من الخيار، ح٣ـ٥.

(كتاب الوديعة)

واحدة الودائع ، قال الكسائي على ما في الصحاح : يقال : أودعته مالاً أي دفعته إليه يكون وديعة عنده ، وأودعته أيضاً : إذا دفع إليك مالاً يكون وديعة عندك فقبلتها ، وهو من الأضداد[1].

(و) كيف كان فـ(النظر) في هذا الكتاب يقع (في أُمور ثلاثة) :

[عقده] :

(الأوّل : في العقد) :

(وهو) لفظ يقتضي (استنابةً في الحفظ) والظاهر كون لفظ « الوديعة » كلفظ « البيع » و« الصلح » و« الإجارة » ونحوها ، فيأتي البحث حينئذٍ في أنّها أسماء للعقود أو لآثارها وغاياتها المترتّبة عليها ، أو للمعنى الصادر من الموجب ، وهو النقل في البيع والاستنابة في الحفظ هنا . وقد تقدم لك التحقيق في محلّه ، وأنّ الأصحّ الأخير ، أو أنّ مرجع الجميع إلى معنى واحد [١] . [وفي وقوعها بغير العقد بحث] . وإن كان قد يقال : بل يقوى أنّ ما يقع بغير ما ذكروه من عقدها المتوسّع فيه وفي غيره من العقود الجائزة أمانة لا وديعة ، بحيث يجري عليه حكمها المختصّ بها ، كقبول دعوى الردّ فيها ونحوه [٢] .

ثمّ إنّ الظاهر من تعريفهم العقد اختصاص مسمّاه بالألفاظ ، دون الأفعال والمركّب منها ومن الأقول [٣] .

وعلى كلّ حال فـ[المختار] [٤] اعتبار انشائيّة الربط بين الإيجاب والقبول في الوديعة مثلاً ، سواء كانت

٩٦/٢٧

---

[١] نعم قد ذكرنا هناك أنّ بعضهم ادعى حصول هذه الأسماء بواسطة العقد وغيره ، فالبيع مثلاً يحصل بالعقد وبغيره ، وهو المسمى في عرفهم بالمعاطاة . والظاهر أنّ الأمر هنا عنده كذلك ، لاشتراكها في دعوى السيرة القطعية على وقوعها بغير العقد ، على أنّها وديعة .

[٢] وإن كان يطلق عليه اسم الوديعة تسامحاً ، أو لعدم تمييز بين العنوانات الشرعيّة ، نحو إطلاقهم اسم البيع على إباحة العين من كلّ وجه بعوض عنها كذلك .

[٣] **لكن قد يظهر من المصنّف وجماعة ، بل هو صريح بعضهم تحقّق العقد الجائز بالإيجاب اللفظي والقبول الفعلي**[2] .

ولم نجد له شاهداً ، فإنّ المتعارف من لفظ « العقد » تركيبه من الإيجاب القولي والقبول القولي ، وألفاظهما هي المسماة بصيغ العقود ، نعم لا ينكر تحقّق إسم الأمانة مثلاً بالمفروض وبغيره من الفعلين ، وذلك لا يقتضي تحقّق اسم العقد ، بل ولا إسم الوديعة .

[٤] [كما] لا خلاف ممّن يعتد به ولا إشكال في [ذلك] .

---

(١) الصحاح ٣ : ١٢٩٦ .

(٢) انظر التذكرة ١٦ : ١٤٤ .

بالأقوال أو الأفعال، بناءً على تحقّقها بها، نحو البيع والصلح والإجارة وغيرها من العقود لا أنّها من الإذن والإباحة التي لم يلحظ فيها الربط بين القصدين، والرضا من الطرفين، نحو إباحة الطعام. وتظهر الثمرة في أُمور:

منها: انفساخ الوديعة بفسخ كلّ منهما، فليس له الرجوع إليها بدون تجديد، بخلاف الإذن، فإنّ له الرجوع إليها مالم تظهر تقييدها، وإن رفع يداً عنها أوّلاً؛ إذ لا فسخ بالنسبة إليها، ولم يحصل ما يقتضي رفع الأثر الحاصل منها كما هو واضح [١].

(و) على كلّ حال فلا إشكال في أنّه (**يفتقر إلى إيجاب وقبول**) كما في كلّ عقد، بل قد عرفت أنّ ما هو كالمعاطاة فيها بناءً على مشروعيّته محتاج إلى معنى الإيجابيّة والقبوليّة المقصود فيهما الإنشاء من الطرفين، مع ربط رضا كلّ منهما وقصده بالآخر، فضلاً عن العقد.

(و) لكن ينبغي أن يعلم أنّ عقدها هنا (**يقع بكلّ عبارة دلّت على معناه**) حقيقة أو مجازاً سواء ذلك في الإيجاب والقبول [٢]، بل ذكر المصنّف [٣] أنّه (**يكفي الفعل الدالّ على القبول**) [٤]. لكن قد عرفت ما فيه [من عدم كفاية الفعل في تحقق العقد] [٥].

---

[١] ثمّ إنّ تعريف المصنّف العقد بما سمعت فيه مالا يخفى.

نعم يمكن أن يكون تعريفاً للوديعة كما في النافع لا عقدها[(١)].

اللهمّ إلّا أن يريد لفظاً يقتضي استنابة في الحفظ كما سمعته منّا في تعريفه. ولا يرد عليه أنّه ينبغي ضمّ القبول معه حينئذٍ، وذلك لمعلوميّة توقّف تحقّق الاستنابة على النيابة، نحو تعريفهم البيع بالنقل. كما أنّه لا يرد عليه الوكالة على بيع شيء في يد الوكيل مثلاً، لكون المراد هنا الاستنابة بالذات، بخلاف الوكالة التي يقصد فيها شيء آخر، ويتبعه الحفظ لكونه أمانة.

[٢] وذلك للتوسّع فيها عندهم، بل قد تقدم لنا بيان قوّة الاكتفاء بذلك في العقود اللازمة، فضلاً عن الجائزة.

[٣] (و) غيره هنا.

[٤] وظاهرهم الاكتفاء به في تحقّق العقديّة. قالوا: لكونه أصرح من اللفظ، ويجب به الحفظ والضمان مع سببه بخلاف القول.

[٥] **وأغرب من ذلك ما عن بعضهم[(٢)] من الاكتفاء بنحو ذلك في طرف الإيجاب قياساً على الوكالة** التي لم يثبت فيها ذلك.

وربّما يحتمل ذلك في قول المصنّف بعد ذلك «ولو طرح... إلى آخره» كما تسمعه في شرحه.

نعم يمكن دعوى تحقّق الوديعة بالفعلين من الجانبين، فضلاً عن أحدهما، بناءً على تحقّق البيع وغيره بذلك، فضلاً عنها [= الوديعة] لا تحقّق العقد الذي هو اصطلاحاً المركّب من الإيجاب والقبول اللفظيين. وإن كان قد عرفت ما فيه أيضاً من تحقّق الإباحة والأمانة بذلك، لا البيع والوديعة. كما أنّه يمكن إرادة المصنّف في المقامين ذلك لا عقدها، وإن كان خلاف ظاهره في القبول، فيكون حاصله تحقّق الوديعة بالعقد الذي يكفي في إيجابه وقبوله كلّ عبارة، وتقع بالأفعال من الجانبين، وبالمركّب منهما، وإن لم يسمّ ذلك عقداً إصطلاحاً. وهذا وإن كان أهون من الأوّل إلّا أنّ فيه ما تقدّم.

---

(١) المختصر النافع: ١٥٤.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢٧٣، كفاية الأحكام ١: ٦٩١.

وكيف كان فقال : (**ولو طرح**) العين التي يريد جعلها (**وديعة عند**) من قصد استيداعها منـ(**ـه لم يلزمه حفظها إذا لم يقبلها**) قولاً ولا فعلاً [بناء على صحة الوديعة بالمعاطاة] [١] ، فلو تركها حينئذٍ وذهب لم يكن عليه ضمان [٢] .

أمّا إذا قبلها كذلك جرى عليها حكم الوديعة من وجوب الحفظ وغيره [٣] .

---

[١] لعدم تحقق الوديعة التي لا إشكال في اعتبار القبول أو مافي معناه فيها ، سواء كانت بعقد أو بغيره ممّا في حكم المعاطاة بناء على مشروعيّتها فيها .

[٢] للأصل .

لكن في المسالك : « يأثم إن كان ذهابه بعد ما غاب المالك ؛ لوجوب الحفظ من باب المعاونة على البرّ وإعانة المحتاج ، فيكون واجباً على الكفاية »[(١)] .

وفيه مالا يخفى .

[٣] بل قد يحتمل من المسالك ضمانها لو تركها حينئذٍ والمالك حاضر ، فإنّه بعد أن حكى عن التذكرة أنّ ذلك ردّ للوديعة[(٢)] .

قال : « ويشكل تحقّق الردّ بمجرّد الذهاب عنها مع حضور المالك ؛ لأصالة بقاء العقد ، وكون الذهاب أعمّ منه مالم ينضم إليه قرائن تدلّ عليه »[(٣)] .

وإن كان قد يناقش حينئذٍ بأنّه وإن كان الذهاب أعمّ من ذلك إلّا أنّ الظاهر عدم ضمانه بالذهاب المزبور ؛ لعدم صدق التفريط ، والأصل براءة الذمّة .

ولعلّه لا يريد الضمان ، وإنّما يريد عدم انفساخ العقد بذلك .

ثمّ لا يخفى ظهور العبارة [أي عبارة المتن] المحكي مثلها عن التذكرة والإرشاد والتحرير واللمعة والروضة في تحقق الوديعة بالطرح المزبور مع القبول فعلاً أو قولاً[(٤)] .

نعم لا دلالة فيها على تحقّق العقد بذلك .

فما في المسالك من إنكار ذلك [=كونها وديعة] ـ باعتبار أنّ وجوب الحفظ المترتّب على القبول أعمّ من كونه بسبب الوديعة ؛ لأنّه قد يكون بسبب التصرّف في مال الغير[(٥)] ـ في غير محلّه ؛ ضرورة ظهور العبارة في تحقق الوديعة بالقبول ، ويتبعه وجوب الحفظ .

نعم لا دلالة فيها على كون ذلك عقداً وهو متّجه ، بناءً على تحقّقها بدونه ، على قياس معاطاة البيع والصلح والإجارة وغيرها التي هي منها .

---

(١)(٣)(٥) المسالك ٥ : ٨٠ .

(٢) التذكرة ١٦ : ١٤٧ .

(٤) التذكرة ١٦ : ١٤٦ . الإرشاد ١ : ٤٣٧ . التحرير ٣ : ١٩٢ . اللمعة : ١٤٧ . الروضة ٤ : ٢٣٠ .

هذا كلّه في الطرح بعنوان الاستيداع.

أمّا إذا كان مجرّداً عن ذلك فلا تتحقّق الوديعة مع القبول قولاً أو فعلاً [١]، وإن وجب عليه الحفظ في الثاني إذا كان قد قبضه [٢].

بل الظاهر وجوب ضمانه عليه [٣]، و[كذا الظاهر] [٤] الحكم في جميع صور المقام [٥].

و[لكن الظاهر] [٦] حينئذٍ اعتبار القبض في ترتّب أحكام الوديعة من الحفظ وغيره.

بل الظاهر عدم وجوب القبض عليه ولو شرطياً، مع احتمال كون الشرط القبض والفسخ، كما تسمعه إن شاء الله في نظيره، بل قد يتوقّف في جواز القبض بدون الإذن من المالك وإن حصل العقد بينهما مع احتماله لحصول الإذن منه بالعقد.

ولكن قد يشكل بناءً على اشتراطه في الصحّة بعدم اقتضاء ذلك؛ إذ هو حينئذٍ كالقبض في الهبة.

نعم لو قلنا بعدم كونه شرطاً في ذلك اتّجه عدم الإذن فيه [٧].

(وكذا لو أكره) المودع أو غيره المستودع **(على قبضها)** وديعة **(لم تصر وديعة)** بذلك [٨]، **(و)** حينئذٍ فـ **(لا يضمنها لو أهمل)** حفظها.

---

[١] لعدم تحقّق إيجابها المتوقّف عليه تأثير القبول.

[٢] لعموم « على اليد »[1].

[٣] لعدم تحقّق الإذن له في قبضه.

[٤] [كما] مما ذكرنا يظهر لك [ذلك].

[٥] وإن أطنب فيها في المسالك[2] لكن مع تشويش في كلامه في الجملة.

وربّما ظهر منه اعتبار التلفّظ بما يدلّ على إرادة الإيداع مع الطرح في تحقّق الوديعة.

ولا ريب في فساده بناء على صدقها مع دلالة غيره من الإشارة المفهمة والكتابة وغيرهما وإن لم يتحقّق بذلك عقدها، لكن يتحقّق معاطاتها كما سمعته سابقاً، فلاحظ وتأمّل، هذا.

وقد يحتمل في عبارة المتن إرادة بيان عدم وجوب الحفظ على المستودع وإن حصل عقد الوديعة إذا لم يقبل قبضها؛ لمعلوميّة عدم لزوم العقد، كي يترتّب عليه بعد حصوله ذلك. وربّما يومئ إطلاق لفظ « الوديعة » المقتضى تحقّق الوصف فيها بإجراء عقدها فيما بينهما.

[٦] [كما] من ذلك ينقدح [ذلك].

[٧] ولم أجد تحريراً في كلام أحد لذلك، وربّما يأتي له تتمة عند قوله: « وإذا استودع... إلى آخره ».

[٨] لمعلوميّة اعتبار الاختيار في قبولها.

---

(١) المستدرك ١٤: ٨، ب١ من الوديعة، ح١٢.

(٢) المسالك ٥: ٨٠.

نعم لو رضا بذلك بعد الإكراه على وجه الإجازة للأوّل صارت وديعة، بناءً على تأثير إجازة المكره، لا أنّ رضاءه ووضع يده المتجدّدين يكون قبولاً جديداً [١].

وإن كان هو ممكناً أيضاً، لكن مع قصده، لامع حصول الرضا بما وقع سابقاً على نحو بيع المكره ونكاحه.

وتظهر الثمرة في الضمان بالتفريط السابق وغيره، بل قد يقال بعدم صحّته حتى مع القصد المزبور [٢].

بل [الظاهر] [٣] الحكم أيضاً فيما لو كان المودع والمستودع مكرهين، وإن وجب على المستودع حينئذٍ

---

[١] باعتبار عدم اعتبار مقارنة هذا القبول للإيجاب، **كما في المسالك**[١].

[٢] وذلك لأنّ العقد الأوّل بعد حصول الارتباط فيه بين الإيجاب والقبول، إمّا أن يجاز فيصحّ، أو لا فيبطل هو وإيجابه، ولا يجدي القبول المتجدّد.

وعلى كلّ حال فمّما ذكر يظهر لك الحال **فيما في المسالك حيث قال: « يجب تقييد مافي المتن بما إذا لم يضع يده عليها بعد زوال الإكراه مختاراً، فإنّه حينئذٍ يجب عليه الحفظ باليد الجديدة، وإن لم يجب بالإكراه، وهل تصير بذلك وديعة أم أمانة شرعيّة؟ يحتمل الأوّل؛ لأنّ المالك كان قد أذن له، واستنابه في الحفظ، غايته أنّه لم يتحقّق معه الوديعة؛ لعدم القبول الاختياري، وقد حصل الآن والمقارنة بين الإيجاب والقبول غير لازمة، ومن إلغاء الشارع ما وقع سابقاً فلا يترتّب عليه أثره.**

ويشكل بأنّ إلغاءه بالنظر إلى القابض، لا بالنظر إلى المالك.

ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختياراً بنيّة الاستيداع وعدمه، فيضمن على الثاني دون الأوّل، إعطاءً لكل واحد حكمه الأصلي »[٢].

مضافاً إلى مافي ذيل كلامه ممّا يظهر منه كون المفروض أوّلاً مجرّد وضع يدٍ جديدة بعد زوال الإكراه، ومن المعلوم عدم تحقّق الوديعة بذلك؛ لما علمت من اعتبار القبول فيها، وهو غير متحقّق بذلك قطعاً.

بل ومنه أيضاً يعلم مافي الرياض الذي قد تبع فيه المسالك، بل ظاهره الحكم بالضمان باليد الجديدة حتى لو قلنا بكونه وديعة.

قال فيه: « وكذا لو أكره على القبض لم يضمن مطلقاً إلّا مع الإتلاف، أو وضع يده عليه بعد ذلك مختاراً فيضمن حينئذٍ جداً؛ لعموم الخبر المتقدّم، وهل تصير بذلك حينئذٍ وديعة لا يجب ردّها إلّا مع طلب المالك أو من يقوم مقامه أو أمانة شرعيّة يجب إيصالها إلى المستحقّ فوراً وبدونه يضمن مطلقاً؟ وجهان ».

ثمّ ذكر ما سمعته من المسالك من الاحتمال، **إلى أن قال: « والأوّل لا يخلو من وجه، وإن كان الثاني أوجه »**[٣].

وكأنّه منافٍ لما سمعته سابقاً من الضمان حتى على تقدير كونه وديعة، فلاحظ وتأمّل.

[٣] [كما] ممّا ذكرنا يظهر لك [ذلك].

---

(١)(٢) المسالك ٥: ٨١.

(٣) الرياض ٩: ١٤٥.

الحفظ باعتبار استيلاء اليد ، لا لكونها وديعة كما هو واضح .

بل قد يقال بوجوب الحفظ عليه من هذه الحيثيّة ، حتى في صورة إكراه المستودع أو المودع ، خصوصاً مع كون المكره أجنبيّاً ، وخصوصاً مع كون وجوب حفظ مال الغير من المعاونة على البرّ ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

(**وإذا استودع**) وقبل ذلك (**وجب عليه الحفظ**) [١] .

(و) كيف كان فـ (**لا يلزمه**) أي المستودع (**دركها لو تلفت من غير**) تعدّ فيها ولا (**تفريط أو أُخذت منه قهراً**) [٢] . نعم لو كان هو الساعي في أخذها قهراً منه توجّه الضمان حينئذٍ [٣] .

---

[١] **بلا خلاف أجده** ، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه .

مضافاً إلى مافي عدمه من الخيانة المحرّمة كتاباً ، وعقلاً ، وسنّةً متواترةً ، وإجماعاً بقسميه .

وإلى كونه مقدمة لوجوب أداء الأمانة ، وردّها إلى مالكها ، ولا ينافي ذلك جواز الوديعة ، فإنّ المراد ما دام مستودعاً ، أو التخيير بينه وبين الردّ إلى المالك .

إنّما الكلام فيما في المسالك : « من أنّ قبول الوديعة الذي يتفرّع عليه حكم الحفظ قد يكون واجباً ، كما إذا كان المودع مضطراً إلى الاستيداع ، فإنّه يجب على كلّ قادر عليها واثق بالحفظ قبولها منه كفاية . ولو لم يوجد غير واحد تعيّن عليه الوجوب ، وفي هذين الفردين وجوب الحفظ واضح . وقد يكون مستحبّاً مع قدرته وثقته من نفسه بالأمانة ، وكون المودع غير مضطرّ ؛ لما فيه من المعاونة على البرّ الذي أقلّ مراتب الأمر به الاستحباب ، وقضاء حوائج الإخوان وقد يكون محرّماً كما إذا كان عاجزاً عن الحفظ أو غير واثق من نفسه بالأمانة ؛ لما فيه من التعرّض للتفريط في مال الغير ، وهو محرّم . ومثله مالو تضمّن القبول ضرراً على المستودع في نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين ونحو ذلك ، وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه »[(١)] .

وفيه : أنّ الحفظ إلى أن يردّه على المالك على كلّ حال واجب حتى في الصورة المحرّمة التي لا تقتضي فساد عقد الوديعة باعتبار كونها لأمر خارج ، مع أنّه قد يناقش في أصل الوجوب فيما فرضه ؛ لأصالة براءة الذمّة من وجوب حفظ مال الغير .

كما أنّه قد يناقش في الحرمة في صورة عدم الوثوق بنفسه ؛ ضرورة تكليفه بعدم الخيانة ، كما هو واضح ، والله العالم .

[٢] **بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه** ، مضافاً إلى الأصل .

وقاعدة الائتمان المعلوم من الكتاب والسنّة[(٢)] والاجماع والعقل عدم استتباعها الضمان .

[٣] لصدق الخيانة والتفريط معه .

بل ربّما ظهر من ثاني المحققين الضمان بمجرّد إخباره بها وإن لم يكن على وجه السعاية[(٣)] **. ومن آخر**[(٤)] **ذلك أيضاً بإخبار اللص ، وإن لم يعيّن له مكانها ، إلّا إذا صادفها اللص مصادفة .**

خلافاً لمحكيّ التذكرة فلم يضمنه مع عدم تعيين المكان ، بخلاف ما إذا عيّنه[(٥)] .

---

(١) (٤) المسالك ٥ : ٨١ ـ ٨٢ .

(٢) انظر الوسائل ١٩ : ٧٩ ، ب ٤ من الوديعة .

(٣) جامع المقاصد ٦ : ٣٥ ـ ٣٦ .

(٥) التذكرة ١٦ : ٢٠٥ .

والتحقيق الحكم ببراءة ذمّة الأمين، وخصوصاً الودعي مع الشكّ في تحقّق سبب الضمان [١].

ثمّ لا فرق في الأخذ قهراً بين أن يتولّى أخذها من يده، وبين أن يأمره بدفعها إليه بنفسه، فيدفعها له كُرهاً؛ لصدق الإكراه وعدم التفريط فيهما، ولا ضمان عليه فيهما، وإنّما ضمان المال على الظالم، فليس للمالك حينئذٍ مطالبته بوجه [٢].

نعم لا إشكال في رجوعه لو أمره بمباشرة إتلافه بنفسه، ولو على جهة الانتفاع به [٣].

---

[١] ولو للشكّ في الاندراج تحت ما جعلوه عنواناً له من التعدّي والتفريط؛ لأنّ عموم «على اليد»[١] ونحوه مخصّص بقاعدة الائتمان.

وبذلك حينئذٍ ظهر لك المعيار الذي يرجع إليه في جميع هذه الأفراد، وهو المراد من الفقيه تحريره، لا خصوص الجزئيات التي لا انضباط لمشخّصاتها الحالية وغيرها.

[٢] **وفاقاً للأشهر، بل المشهور.**

وخلافاً للمحكي عن أبي الصلاح وأبي المكارم والفاضل في التذكرة ومحكي التحرير من جواز رجوع المالك عليه مع مباشرته الدفع بنفسه إلى من أمره الظالم[٢]؛ لأنّه باشر تسليم مال الغير بيده، فيشمله عموم «على اليد»[٣] وإن كان قرار الضمان على الظالم.

إلّا أنّه كما ترى منافٍ؛ لإطلاق ما دلّ على عدم ضمانه[٤] ممّا عرفت.

بل ولقاعدة الإحسان وغيرها التي قد عرفت تحكيمها على قاعدة اليد.

[٣] لقاعدة الإتلاف التي لم يثبت تخصيصها بقاعدة الائتمان لكن من جهة قوّة السبب هنا على المباشر كان قرار الضمان عليه، لا أصل جواز الرجوع.

وما عساه يقال بأنّه مناف لقاعدة عدم ضمان الأمين بغير التعدّي والتفريط، وخصوصاً الوديعة.

قال زرارة في الصحيح: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن وديعة الذهب والفضة؟ قال: فقال: «كلّ ما كان من وديعة ولم تكن مضمونة لا تلزم»[٥].

بناءً على إرادة غير المشروط ضمانها من قوله: «مضمونة» أو الأعمّ منه ومن التعدّي والتفريط.

يدفعه: أنّ ذلك كلّه منزّل على التلف في غير الفرض.

ومن ذلك يظهر حينئذٍ قوّة قول الفاضل[٦] بناءً على أنّ تسليمها إلى الظالم من أقسام الإتلاف أيضاً: فتأمّل.

وعلى كلّ حال فقد ظهر لك الوجه في عدم الضمان بالأخذ منه قهراً.

---

(١) (٣) المستدرك ١٤: ٨، ب١ من الوديعة، ح١٢.

(٢) الكافي: ٢٣٠. الغنية: ٢٨٣. التذكرة ١٦: ٢٠٥. التحرير ٣: ١٩٥.

(٤) انظر الوسائل ١٩: ٧٩، ب٤ من الوديعة.

(٥) الوسائل ١٩: ٧٩، ب٤ من الوديعة، ح٤.

(٦) التذكرة ١٦: ٢٠٥.

(نعم لو تمكّن من الدفع) اللائق به (وجب) [١]، (و) حينئذٍ (لو لم يفعل) ذلك مع قدرته عليه (ضمن) [٢].

وكذا لو أمكن الدفع ببعضها فلم يفعل، لكن الظاهر ضمانه ما يزيد على ما يندفع به منها، لا الجميع [٣].

ولو توقف الدفع على بذل شيء من ماله فلا إشكال في جوازه.

بل [قد قيل] [٤] [بوجوب مصانعة الظالم بشيء ويرجع به على المالك وفيه إشكال].

ولو سلّم [وجوب الحفظ على جهة الإطلاق] فالمتجه وجوب بذل ما لا يضرّ بحاله من المال كغيره من تكاليفه المطلقة، ولا يرجع به على المالك [٥].

نعم لو فرض الضرر الكثير لم يجب عليه [٦].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه**؛ لأنّه مقدّمة للحفظ المأمور به على جهة الإطلاق.

[٢] لأنّه تفريط حينئذٍ.

[٣] وإن احتمل للتفريط، إلّا أنّه واضح الضعف؛ لأنّ مقدار المدفوع واجب على التقديرين.

ومافي الرياض: من الفرق بينهما ـ بكونه بأمر الشارع على الأوّل [وهو ما إذا دفعها ببعضها ولم يفرّط] وبدونه على الثاني [وهو ماإذا فرط ولم يدفعها ببعضها فذهب الجميع]، وهو فرق واضح وإن هي إلّا كما لو فرط فيها فتلف بغيره، وقالوا فيها بضمانها، مع أنّها ذاهبة على التقديرين، فتأمّل[1].

يدفعه: أنّها عند الشارع كالوديعتين التي أراد الظالم أخذهما، وكان يمكن دفعه بإعطاء أحدهما فلم يفعل، فإنّه لا ريب في ضمانه الثانية، فإنّ الأُولى ذاهبة على كلّ حال منضّمة إلى الأُخرى أو مستقلّة، فالتفريط حينئذٍ في الثانية لا فيهما معاً، كما هو واضح.

[٤] [قاله] **في جامع المقاصد: أنّه لا يبعد القول بوجوب مصانعة الظالم بشيء يرجع به على المالك**[2].

وربّما مال إليه في الرياض: لوجوب الحفظ، فيجب ما لا يتم إلّا به، والضرر يندفع بنيّة الرجوع على المالك مع فرض عدم التمكن من استئذانه أو وليه[3].

قلت: لم أقف في النصوص على ما يدلّ على وجوب الحفظ على جهة الإطلاق وإن صرّح به في المسالك[4].

اللّهمّ إلّا أن يكون إجماعاً ولم نتحققه والأمر بأداء الأمانة يراد منه عدم الخيانة، كما لا يخفى على من لاحظ نصوصه، فهو حينئذٍ بالنسبة إلى المال واجب مشروط؛ للأصل.

[٥] لأنّ دفعه حينئذٍ مقدّمة لامتثال تكليفه، نحو غيره من الأفعال التي يفعلها مقدّمة للحفظ، ولا يرجع بأُجرة المثل في شيء منها.

[٦] لسقوط باب المقدّمة حينئذٍ لقاعدة نفي الضرر.

---

(١) الرياض ٩: ١٦٢.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٣٩.

(٣) الرياض ٩: ١٦١.

(٤) المسالك ٥: ٨٣.

مع إمكان القول حينئذٍ باندفاعها بالدفع بنيّة الرجوع مع عدم التمكّن من استئذان المالك ؛ لكونه ولياً حينئذٍ بالنسبة إلى ذلك . وهل التمكّن من الحاكم يقوم مقام التمكّن منه ؟ وجهان ، أحوطهما الأوّل .

(و) كيف كان فـ [ـالمختار] [١] أنّه (**لا يجب تحمّل الضرر الكثير بالدفع كالجرح وأخذ المال**) الجزيل الذي لا يرجع به على المالك ، وغيرهما ممّا يختلف باختلاف الأشخاص شرفاً وضعة وغيرهما [٢] .

ولكن يتّجه حينئذٍ تقييد المال بكونه مضرّاً بالحال ، بل لو قلنا باندفاع ضرره بالرجوع على المالك وجب حينئذٍ دفع الكثير منه [٣] .

قلت : قد يقال : إنّ الوديعة إن كانت عيناً كفرس وكتاب ونحوهما يمكن تعلّق غرض المودع بها عيناً ، فلا ريب في أنّ المتّجه جواز الرجوع ، وإن بذل تمام القيمة . أمّا إذا لم تكن كذلك فلعلّ المدار على عدم المفسدة على المودع ، لا اعتبار المصلحة ، فيرجع حينئذٍ على التقديرين بتمام ما بذل وإن كان مستوعباً ، ولو توقّف حفظها على الكذب جاز بل وجب ، وإلّا كان ضامناً .

نعم لو تمكّن من التورية المخرجة له عن الكذب عند المخاطب وجب أيضاً [٤] ، وإلّا ورّى بما يخرج به عنه في نفسه ، بأن يقصد نفي الوديعة مثلاً يوم كذا أ (و) في مكان كذا .

بل (**لو أنكرها فطولب باليمين ظلماً جاز الحلف**) ولو بالبراءة أو يمين الصادق المعروفة ، بل وجب ، فإن لم يفعل ضمن . ولكن يحلف (**موريّاً بما يخرج به عن الكذب**) على الوجه الذي عرفته مع الإمكان ؛ لعدم حرمته

---

[١] **[كما] لا خلاف ولا إشكال فيه [ـه] .**

[٢] إلّا أنّ ما عساه يظهر من المصنّف من كون مطلق أخذ المال وإن قلّ ضرراً كثيراً ، واضح المنع ، وإلّا لسقط في غير هذه المقدّمة ، وهو معلوم العدم .

نعم قد عرفت سابقاً إمكان القول بأنّه لم يثبت وجوب الحفظ على الإطلاق ، بحيث يشمل بذل المال ، والأمر بأداء الأمانة الذي هو بمعنى عدم خيانتها لا يقتضي ذلك . اللهمّ إلّا أن يكون مستنده الإجماع الذي قد عرفته سابقاً .

[٣] **هذا ، وفي المسالك : « ثمّ إن كان المطلوب الذي لا يندفع عنها بدونه بقدرها لم يجب بذله قطعاً لانتفاء الفائدة ، لكن لو بذله بنيّة الرجوع به هل يرجع ؟ يحتمله ؛ لأنّ الوديعة لولاه ذاهبة فيكون بذل قدرها كبذلها ، وعدمه ؛ لأنّ القدر المأذون فيه شرعاً ما يترتّب عليه مصلحة المالك وهو هاهنا منتفٍ ، فلا يكون شرعياً ، وعلى هذا فيمكن عدم الرجوع بجميعه لما ذكر ، وبجزء منه ليقصر عنها وتترتّب الفائدة ؛ إذ الفرض عدم إمكان ما قصر عنه ، ويبعد كونه يرجع بمقدار ما ينقص عن قدرها بدرهم مثلاً . ولا يرجع بشيء أصلاً ممّا يساويها ، فإنّ غير المأذون في المساوي إنّما هو القدر الذي تنتفي الفائدة معه ، لا جميع المبذول ، ولم أقف في هذا الحكم على شيءٍ فينبغي تحريره »**[1] .

[٤] لتمكّنه من امتثال التكليفين .

---

(١) المسالك ٥ : ٨٣ـ٨٤ .

حينئذٍ، فلا إشكال فيه من أصله [١]. (و) كيف كان (هي) أي الوديعة (عقد جائز من طرفيه) [٢]. وحينئذٍ فـ(يبطل بموت كلّ واحد منهما وبجنونه) وإغمائه، ونحو ذلك ممّا يخرج به ماله عن ملكه، أو ولايته عنه كما هو الشأن في نحوه من العقود الجائزة [٣]. (و) على كلّ حال مع البطلان (تكون) العين حينئذٍ في يد الودعي أو في يد مَنْ وضع يده عليها حسبة (أمانة) شرعية [٤].

وحينئذٍ يلحقها حكم غيرها من الأمانات الشرعيّة من نحو وجوب ردّها إلى مالكها، أو وليّ أمره، أو إعلامه على القولين فوراً على وجه لو لم يبادر لا لعذر شرعي ضمن، ولم يبق لها شيء من أحكام الوديعة حتى قبول قول صاحبها في ردّها فإنّه لا يقبل [٥]. نعم لو كان تأخيرها مثلاً في صورة موت المودع؛ لعدم العلم بانحصار الوارث المعلوم كونه وارثاً، أو للشكّ في كونه وارثاً، ولم يكن حاكم يرجع إليه [٦]. [فيمكن الحكم بالضمان].

---

[١] ضرورة اقتضاء باب المقدّمة وجوبه، لا أنّه في هذا المقام محرّم جاز للمقدّمة، وكان ذلك هو الوجه في اقتصارهم على الكذب دون غيره من المحرّمات، وإلّا فمن المعلوم سقوط مقدّمة كلّ واجب مع فرض توقّفها على المحرّم. وخصوصاً إذا كان محرّماً أصلياً، والمعارض له واجب مقدّمي كما هو واضح. ومن هنا لم يذكروا إباحة غيره من المحرّمات مع توقّف حفظ الوديعة عليها، من غير فرق بين كونها متعلّقة بالخالق أو المخلوق.

[٢] **بلا إشكال ولا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه**. وهو الحجّة في تخصيص الآية[1] وغيرها من أدلّة اللزوم.

[٣] **للإجماع**، أو لأنّه بالموت ينتقل المال عن المودع، كما أنّه لا عقد مع وارث الودعي، فلا يجوز بقاؤه على حكم الوديعة، وبالجنون مثلاً ونحوه تنتقل ولاية تصرّفه إلى غيره، ولا عقد مع غير الودعي. فلعلّه لذلك كانت الأهلية معتبرة فيهما في الابتداء والاستدامة.

[٤] لعدم إذن المالك الصوري، وحصول الإذن من المالك الحقيقي في الاستيلاء عليها للردّ حسبة.

[٥] لما عرفت من انفساخ عقد الوديعة.

[٦] **ففي المسالك: « الأقوى عدم الضمان، خصوصاً مع الشكّ في كون الموجود وارثاً؛ لأصالة عدمه، وأمّا مع العلم بكونه وارثاً فالأصل أيضاً عدم استحقاقه جميع المال، والعلم بكونه مستحقّاً في الجملة لا يقتضي انحصار الحقّ فيه، وأصالة عدم وارث آخر معارض بالأصل المزبور؛ فيبقى الحكم في القابض، ووجوب البحث عن المستحقّ كنظائره من الحقوق، ومثله يأتي فيما لو أقرّ بمال لمورّث زيد، فإنّه لا يؤمر بتسليم جميع المقرّ به إليه إلّا بعد البحث، حتى لو ادّعى انحصار حقّ الإرث في الموجود مع الجهل، ففي جواز تمكينه من دفعه إليه وجهان، من اعترافه بانحصار الحقّ فيه فيلزم بالدفع إليه، ومن أنّه إقرار في حقّ الغير حيث يمكن مشاركة غيره له فيه » إلى أن قال: « ولو أخّر تسليم الوديعة إلى الوارث ليبحث عن وصيّة الميّت أو إقراره بدين ونحوه فالأقرب الضمان لأصالة عدمه، بخلاف الوارث »**[2]. لكنّه كما ترى، خصوصاً ما ذكره في الإقرار الذي لا ريب في حجّيته على المقرّ الذي هو مخاطب بإيصال المال. والبحث فيه وفي سابقه مع عدم حصول العلم به لا يجعل به الأصل حينئذٍ حجّة، والامتناع بعده يقتضي تعطيل المال عن مستحقّه.

---

(١) المائدة: ١.

(٢) المسالك ٥: ٨٥.

نعم له التروّي والبحث [عن الوارث] [١].

١٠٨/٢٧ **(وتحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها)** به **(كالثوب والكتب في الصندوق والدابّة في الاصطبل، والشاة في المراح، أو ما يجري مجرى ذلك)** في الحرز لمثلها في العادة، كما هو الضابط في كلّ مالا حدّ له في الشرع الذي منه ما نحن فيه [٢]. ولا فرق فيما ذكرنا بين علم المودع بوجود حرز مثلها عند الوديع أو لا [٣]، بل عليه تحصيل الحرز لها مقدمّة للحفظ الواجب عليه.

نعم الظاهر اختلافه باختلاف الأزمنة والأمكنة، كاستيداع الدابّة في البادية عند أهلها ونحو ذلك، كما أنّ من المعلوم إرادة الحفظ لها في الأماكن المخصوصة، إذا فرض كونها حرزاً لها في العادة، فلا يكفي الصندوق المشترك بينه وبين غيره من دون قفل ونحوه.

بل هو أيضاً لا يكفي إذا كان في بيت كذلك، مع فرض عدم كونه حرزاً في نفسه لمثلها.

(ويلزمه سقي الدابّة) وكلّ حيوان محترم خصوصاً الآدمي **(وعلفها)** [٤] **(أمره)** المالك **(بذلك أو لم يأمره)** كغيره من المقدّمات المتعلّقة بالوديعة من حيث كونها وديعة، فلو قصّر حينئذٍ في شيء من ذلك ضمن [٥]، بل هو كذلك، وإن عاد إلى القيام به، كما تسمعه فيما يأتي. وأمّا وجوب بذل عين النفقة من الماء المحتاج إلى قيمة والعلف كذلك فـ[الظاهر] [٦] المفروغية من وجوب بذلها عليه [٧].

لكن على هذا الترتيب وهو التوصّل إلى ذلك باستئذان المالك أو وكيله فيه، فإن تعذّر رفع أمره إلى الحاكم، ليأمره به إن شاء أو يستدين عليه أو يبيع بعضه للنفقة، أو ينصب أميناً عليه، فإن تعذّر الحاكم أنفق هو، وأشهد عليه، ويرجع مع نيّته. ولو تعذّر الإشهاد اقتصر على نيّة الرجوع، والقول قوله في مقدار النفقة، كما أنّ القول قول

---

[١] دفعاً لضرر الغرامة عن نفسه، لا لمعارضة أصالة عدم وارث آخر بأصالة عدم استحقاقه الجميع؛ ضرورة وروده [= عدم وارث آخر] عليه [= أصالة عدم استحقاقه الجميع] وانقطاعه به. على أنّه لم يتّضح لنا الفرق بين احتمال الوارث، واحتمال الوصيّة الذي ذكره أخيراً، فالمدار والمدرك حينئذٍ ما عرفت، ولا عبرة بالاحتمالات الخارجة عن مذاق العقلاء كما هو واضح، والله العالم.

[٢] ضرورة كون الوديعة استنابة في الحفظ، وليس له في الشرع حدّ مخصوص، فلامناص عن الرجوع فيه إلى العادة في حفظ مثل هذه الوديعة على وجه لا يعدّ الوديع مضيّعاً ومفرطاً وخائناً ومهملاً ومتعدّياً.

[٣] فإن العلم بالعدم لا يقتضي الإذن له في الوضع بغير حرزها.

[٤] **بلا خلاف ولا إشكال**، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بمعنى عرض ذلك عليها على حسب العادة؛ لأنّه من مقدّمات الحفظ المأمور به.

[٥] للتفريط.

[٦] **[كما] ظاهر الأصحاب.**

[٧] كما في المسالك[١] وغيرها، بل حكى بعضهم الإجماع عليه تارة، ونفى الخلاف عنه أخرى[٢]، ولعلّه كذلك.

---

(١) المسالك ٥: ٨٧.

(٢) الرياض ٩: ١٥٤ـ١٥٥.

المالك في مقدار زمانها . والكلام في اعتبار الإشهاد في وجوب الرجوع وعدمه تقدّم في باب المزارعة ، هذا [١] .

(و) على كلّ حال فـ(**يجوز أن يسقيها بنفسه وبغلامه اتباعاً للعادة**) القائمة مقام إذن المالك فيه مع عدم صدق التعدّي والتفريط ، وليس هو من إيداع الوديعة غيره عرفاً كما هو واضح [٢] .

---

[١] **وفي المسالك : « وفي حكم الحيوان الشجر الذي يفتقر إلى السقي وغيره من الخدمة ، وفي حكم النفقة على الحيوان ما يفتقر إليه من الدواء لمرض »**[(١)] .

وظاهره بل صريحه كغيره الوجوب من حيث الوديعة ، فيضمن حينئذٍ مع التقصير فيه .

إلّا أنّه إن لم يكن إجماعاً أمكن المناقشة فيه بعدم اقتضاء إطلاق الوديعة الحفظ بنحو ذلك .

وكونه حيواناً محرّماً لا يسوغ إتلافه بغير الوجه المأذون فيه لا يقتضي ترتّب الضمان المتوقّف على التعدّي والتفريط في الوديعة من حيث كونها وديعة ، بمعنى التقصير فيما اقتضاه إطلاق عقدها ، لا التقصير في الحكم الشرعي الثابت عليه وإن لم يكن ودعيّاً .

على أنّه لا يتمّ فيما سمعته من المسالك من إلحاق الشجر الذي هو ليس بذي نفس محترمة ، ولو قلنا بوجوب حفظ كلّ مال في نفسه على المالك وغيره ، إلّا أنّ ذلك لا يقتضي الضمان مع التقصير فيه .

ضرورة كون الحفظ من جهته من مقتضى إطلاق عقدها ، اللّهمّ إلّا أن يعدّه التقصير فيه باعتبار كون المال في يده خيانة ، وأنّه هو المتلف للمال ، لكنه كما ترى .

[٢] **لكن في المسالك : « أنّ مقتضى العادة جواز تولّي الغلام سواء كان المستودع حاضراً عنده أم غائباً ، وسواء كان الغلام أميناً أم لا ، وليس كلّ ذلك جائزاً هنا ، بل إنّما يجوز تولّي الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده ، فيطّلع على قيامه بما يجب ، أو مع كونه أميناً ، وإلّا لم يجز ، ولا فرق في ذلك بين وقوع الفعل في المنزل وخارجه .**

فلو توقّف سقيها على نقلها ولم يكن أميناً فلابدّ من مصاحبته في الطريق ، وإنّما تظهر الفائدة في نفس مباشرة الغلام لذلك .

وكذا لا فرق في ذلك كلّه بين الغلام وغيره ممّن يستنيبه المستودع ، وعبارة المصنّف لا تنافي ما قيّدنا ؛ لأنّه لم يجوّز إلّا تولّي السقي ، وهو أعمّ من كونها مع ذلك في يد المستودع وعدمه . والعام لا يدلّ على الخاصّ ، فيمكن تخصيصه إذا دلّ عليه الدليل ، وهو هنا موجود بما أطبقوا عليه ، من عدم جواز إيداع الودعيّ مع الإمكان ، وهذا في معناه .

وربّما قيل : بأنّ ذلك فيمن يمكن مباشرته لذلك الفعل عادةً ، أمّا مالا يكون كذلك ، فيجوز له التولية كيف كان ، وهو ضعيف »[(٢)] .

وفيه : أنّ ذلك لا يعدّ إيداعاً ، بل هو قيام بالعمل الذي يراد من الوديع الذي لا يجب عليه مباشرته فيما دلّت القرائن مباشرة غيره له ؛ لرفعة شأنه أو عجزه أو نحو ذلك ، وخصوصاً فيما قضت به العادة ممّا هو ليس بتعدٍّ ولا تفريط .

---

(١) المسالك ٥ : ٨٨ .

(٢) المسالك ٥ : ٨٨ ، وفيه : « من لا يكون » بدل « ما لايكون » .

ومنه يعلم ما في قول المصنّف أيضاً: (**ولا يجوز إخراجها من منزله لذلك، إلّا مع الضرورة، كعدم التمكّن من سقيها أو علفها في منزله أو شبه ذلك من الأعذار**) [١]، [بل يجوز إخراجها من منزله لذلك إذا اقتضت العادة، وينبغي في حال الضرورة مع كون الطريق مخوفاً مراعاة أقلّ الضررين] [٢].

و[المختار] هو أنّ المدار في حفظها وفي حرزها على المعتاد الذي لا يعدّ عرفاً مع مراعاته مفرطاً ومتعدّياً، بل قد سمعت قيام العادة مقام الإذن من المالك في ذلك، والله العالم.

(**ولو قال المالك: لا تعلفها أو لا تسقها لم يجز القبول**) [٣] (**بل يجب عليه سقيها وعلفها**) مراعاة لحق الله تعالى شأنه، وإن أسقط الآدمي حقّه. بل مع امتناع المالك ورفع الأمر إلى الحاكم وأمره بالنفقة من ماله يتّجه الرجوع له عليه. وكذا لو كان بأمر عدول المؤمنين أو به [= بأمر عدول المؤمنين] مع الإشهاد أو بدونه [= بدون الإشهاد] مع نيّة الرجوع على حسب ما تقدم سابقاً.

(**نعم لو أخلّ بذلك والحال هذه أثم ولم يضمن؛ لأنّ المالك أسقط الضمان بنهيه كما لو أمره بالقاء ماله في البحر**) [٤].

---

[١] ضرورة عدم الفرق بين ذلك وبين ما تقدّم، مع فرض قضاء العادة به، ولم يكن ثمّ مايقتضي التفريط بها. ومن الغريب أنّه في المسالك وافق هنا على ذلك[١]. مع أنّه قد سمعت منه ما مضى فإنّه بعد أن ذكر هنا عدم الفرق في المنع من إخراجها لذلك بين كون الطريق أمناً وعدمه؛ لأنّ النقل تصرّف فيها وهو غير جائز مع إمكان تركه، وعدم الفرق بين كون العادة مطّردة بالإخراج لذلك وعدمه؛ لما ذكر، وعدمه أيضاً بين كونه متولّياً لذلك بنفسه، وغلامه مع صحبته له وعدمه؛ لاتّحاد العلّة في الجميع.

قال: « واستقرب في التذكرة عدم الضمان لو أخرجها، مع أمن الطريق وإن أمكن سقيها في موضعها، محتجّاً باطّراد العادة بذلك، وهو حسن مع إطّرادها بذلك »[٢] لا مطلقاً.

ثمّ إنّه لا يخفى عليك ما في إطلاق الجواز للضرورة وإن كان الطريق مخوفاً، الذي وجهه كون ذلك من ضروريات الحيوان. فالضرر اللاحق بتركه أقوى من خطر الطريق فإنّه قد يشكل في بعض الصور بما إذا كان التأخير إلى وقت آخر أقلّ ضرراً أو خطراً من إخراجها حين الحاجة، ونحو ذلك، فينبغي مع اشتراكهما في الضرر مراعاة أقلّ الضررين.

[٢] اللّهمّ إلّا أن يقال بعدم إرادة هذه الصورة من الإطلاق المزبور، والأمر سهل بعد ظهور الحال لك في أصل المسألة.

[٣] لكونه ذا كبد حرّاء ونفس محترمة وواجب النفقة على المالك.

[٤] **خلافاً لبعض فأجرى حكم الوديعة مع النهي**[٣]، فضلاً عن غيره حتى في غير الحيوان. إلّا أنّه كما ترى؛ للأصل بعد انصراف دليل الضمان إلى غيره، وخصوصاً فيما لو كانت الوديعة غير حيوان، كشجرٍ وبناءٍ ونحوهما.

بل في المسالك: الأقوى عدم وجوب حفظه، فضلاً عن عدم الضمان؛ لأنّ حفظ المال إنّما يجب على مالكه، لا على غيره، وإنّما وجب الإنفاق في الحيوان لكونه ذا روح، فيأثم بالتقصير في حقّه، فيجب دفع ألمه[٤].

---

(١)(٢) المسالك ٥: ٨٩.

(٣) انظر الرياض ٩: ١٥٤ـ١٥٥.

(٤) المسالك ٥: ٩٠، وفيه: «ويتألّم» بدل «فيأثم».

نعم يبقى إشكال في أصل صحّة الوديعة على هذا الوجه المقتضي سفاهة المالك، فيصير المال حينئذٍ في يده أمانة شرعيّة يجب ردّها إلى المالك أو وليّه.

اللهمّ إلّا أن يفرض في وجه لا سفه فيه، أو يقال: إنّ السفه لا يؤثّر فساداً بدون تحجير الحاكم.

نعم قد يقال: إنّ الإشكال في صحّة الوديعة المأذون فيها بالتفريط مطلقاً، أو في شيء خاصّ.

كما أنّه قد يقال بوجوب الحفظ على من في يده المال، وإن أذن المالك بإتلافه، كما قد أشرنا إليه سابقاً، والله العالم.

(ولو عيّن له موضع الاحتفاظ اقتصر عليه) [١]، **(و)** حينئذٍ فـ**(لو نقلها)** عنه **(ضمن)** [٢].

(إلّا) إذا كان النقل **(إلى أحرز)** بل **(أو مثله على قول)** قويّ إذا فهم إرادة المثال ممّا عيّنه، ولو بقرينة ظهور كون الغرض له الاحتفاظ كتعيين الزرع والراكب ونحوهما في المزارعة والإجارة.

أمّا إذا لم يفهم ذلك فالأقوى الضمان حتى في النقل إلى الأحرز، فضلاً عن المساوي، سواء فهم إرادة الخصوصيّة منه، أو أطلق ولم يكن قرينة على الإرادة المزبورة [٣]. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ الإيداع كان يقتضي التخيير في أفراد الحرز، وتعيين موضع الاحتفاظ إنّما يقتضي عدم الإذن في الأدون. أمّا غيره فيبقى على مقتضى الإطلاق الذي لم يتقيّد بالتعيين المذكور، بعد فرض عدم ظهوره في إرادة التقييد.

نعم لو فرض أنّ حصول الإيداع قد كان بتعيين موضع الاحتفاظ اتجه حينئذٍ الاقتصار عليه مالم يظهر إرادة المثال [٤]. وعلى كلّ حال فلا ريب في أنّه متجه بناءً على أنّ ذلك من موضوع الإطلاق والتقييد [٥] فـ**(لا يجوز**

---

[١] لأصالة حرمة التصرّف في مال الغير بغير إذنه.

[٢] لأنّه عادٍ.

[٣] لتحقق المخالفة حينئذٍ.

[٤] ودعوى حصول مفهوم الموافقة في الأحرز واضحة المنع، مع أنّه قد يمنع ذلك أيضاً، بدعوى ظهور التقييد بتعيين موضع الاحتفاظ، كما في غيره من أفراد المطلق والمقيّد. ولعلّه لذا **جزم في المسالك بعدم جواز التخطّي في الفرض حتى إلى الأحرز**[1]. **بل حكاه جماعة منهم الشهيد في حواشيه على القواعد**[2]، بل احتمل في النسبة إلى القول التي في المتن والقواعد ـ المشعرة بالتوقف، وأنّ القول الآخر بخلافه ـ رجوعها إليهما معاً، لا خصوص الأخير. بل في المفتاح[3] نسبته إلى ظاهر النهاية والتبصرة، وموضع من السرائر والغنية، وصريح النافع، والكركي والأردبيلي، وميل التحرير وإيضاح النافع. وبذلك يظهر لك مافي دعوى الإجماع على الجواز في الأحرز، وأنّ الخلاف إنّما هو في المساوي دون الأحرز.

[٥] كما يشهد له قول المصنّف (و) غيره [ذلك].

---

(١) المسالك ٥: ٩١.

(٢) نقله في المسالك ٥: ٩١.

(٣) مفتاح الكرامة ٦: ٢٩. وانظر النهاية: ٤٣٧. تبصرة المتعلمين: ١٠٥. السرائر ٢: ٤٣٥. الغنية: ٢٨٣. المختصر النافع: ١٧٤. جامع المقاصد ٦: ٢٩ ـ ٣٠. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢٩٨. التحرير ٣: ١٩٥. ولا يوجد لدينا إيضاح النافع.

نقله[١] إلى ما دونه، ولو كان حرزاً إلّا مع الخوف من إبقائها فيه) [١].

ولا ريب في عدم الفرق حينئذٍ [= على التقييد] بين ما دونه وما فوقه، مع فرض عدم قرينة تدلّ على ذلك.

كما أنّه لا إشكال في ظهور ذلك حال كونه حرزاً لمثلها، أمّا مع فرض عروض الخوف عليها فيه فلا تقييد للإطلاق، وحينئذٍ يجوز نقلها إلى غيره، وإن كان أدون مع فرض كونه حرزاً.

بل [الظاهر] [٢] جواز النقل إليه، وإن تمكّن من المساوي والأحرز [٣].

وكيف كان فالمتجه عدم الضمان، حيث يجوز له النقل، سواء تلف بانهدامه أو بغيره [٤].

(و) على كلّ حال فـ [ـالمختار] [٥] أنّه **(لو قال: لا تنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل، كيف كان)** إلى مساوٍ أو أحرز [٦] **(إلّا أن يخاف تلفها فيه)** فيجوز له حينئذٍ النقل حسبة إلى المساوي والأحرز، وإلّا فالأدون [٧] أو إلى حرز مثلها مطلقاً كما هو الأقوى على ما عرفته سابقاً في نظيره.

---

[١] **بل في المسالك: « الإجماع على عدم جواز نقلها إلى ما دونه »[٢].**

وما ذاك إلّا لفهم التقييد من التعيين المزبور.

[٢] **[كما هو] مقتضى إطلاق العبارة وغيرها.**

[٣] ولعلّ وجهه حينئذٍ بقاء الإطلاق على حاله في الفرض، وهو يقتضي التخيير المزبور.

خلافاً لثاني الشهيدين فأوجب المساوي فما فوق مع التمكّن وإلّا فالأدنى[٣]، مع أنّ مذهبه عدم ظهور المثال في التعيين المزبور.

[٤] لما عرفت من أنّ مبنى الجواز حصول الإذن من المودع، وهو يقتضي عدم الضمان.

فما عن بعض من الحكم بالضمان مع جواز النقل إلى الأحرز والمساوي[٤]، وعن آخر من الفرق بين التلف بالنقل كالانهدام مثلاً وغيره فيضمن في الأول دون الثاني. لا يخلو من نظر.

ولعلّ وجه الأوّل أنّ جواز النقل إليهما إنّما هو من الفحوى التقديرية التي يجوز بها الإقدام، ولكن لا ترفع الضمان الحاصل من المخالفة.

و[وجه] الثاني بأنّ انتفاء الضمان معه وإن جاز النقل إليه مراعى بعدم ظهور الخطأ في كونه مساوياً أو أحرز، فمع فرض ظهور عدمه بالانهدام يتحقّق الضمان، أمّا التلف بغيره فلم يتبيّن له ظهور الخطأ.

إلّا أن الجميع كما ترى.

[٥] [كما] قد بان لك مما ذكرنا [ذلك].

[٦] لتحقّق التعدي فيها حينئذٍ بالمخالفة؛ لنهيه المقتضي عدم جواز ذلك له إجماعاً.

[٧] **كما في المسالك[٥].**

---

(١) في الشرائع: «نقلها».

(٢) (٣) (٥) المسالك ٥: ٩٠، ٩١، ٩٢.

(٤) التحرير ٣: ١٩٥.

وعلى كلّ حال يجوز ذلك له (**ولو**) كان قد (**قال :**) لاتنقلها عن هذا المكان (**وإن تلفت**) فيه [١].

ولكن لا يخفى عليك عدم بقائها حينئذٍ في يده وديعة ، بل هي أمانة شرعيّة [٢].

فيضمنها حينئذٍ بعدم الردّ إلى المالك أو وليّه فوراً أو الإعلام ، كما أنّه لا يخفى عدم وجوب ذلك عليه ، وإنّما هو جائز له [٣].

هذا كلّه بناءً على سقوط حرمة نهي المالك في الفرض ، وربّما يناقش فيها [٤].

وبعد التسليم [بالسقوط] ففي تصديقه بحصول ما يقتضي جواز مخالفة النهي أو وجوبه وجهان لا يخلو ثانيهما [= عدم الجواز] من قوّة [٥].

---

[١] لعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقي ، بل حرم عليه إضاعة المال وإتلافه في غير وجهه . ومن ذلك النهي عن التبذير[١] . وعن تمكين السفهاء من الأموال التي جعلها لنا قواماً[٢] .

[٢] لعدم الاستنابة من المالك في ذلك .

[٣] **فما في المسالك من وجوب النقل :** « لأنّ الحفظ واجب عليه ، ولا يتمّ إلّا بالنقل ، وللنهي عن إضاعة المال فلا يسقط هذا الحكم بنهي المالك ، وإن صرّح بقوله : « وإن تلفت » ، لكن هنا لو ترك نقلها أثم ولاضمان ؛ لإسقاط المالك له عنه كما مرّ »[٣] . لا يخفى مافيه ، بناءً على أنّه بناه على بقاء حكم الوديعة ، ولذا وجب الحفظ ؛ ضرورة أصالة براءة الذمّة منه ، مع قطع النظر عنها ؛ إذ هو إن سلّم فعلى المالك لا غيره ؛ ضرورة عدم الإذن من المالك في ذلك ، بل الفرض نهيه .

وربّما قيل : إنّ وجهه دعوى كون المراد للمالك بالنهي المزبور للاستظهار في حفظه ، بزعم كون المكان المزبور أنّه أحرز . إلّا أنّه بان خطاؤه أو تجدّد ما نافى ظنّه الذي هو في الحقيقة مقيّد ببقاء ذلك المكان حرزاً له .

وفيه : أنّ المتّجه على هذا التقدير ضمانها بعدم النقل ، مع الخوف للتفريط كما عن الشيخ في المبسوط[٤] ، مع أنّك قد عرفت تصريحه بعدمه وإن أثم .

نعم قد يقال : إنّ عدم ضمانه بذلك ؛ للأصل المقتصر في خلافه على التفريط الذي لم يأمر المالك به ، وأمّا الإثم بعدم النقل ، فباعتبار وجوب حفظ مافي يده من مال غيره عليه وحرمة إضاعته عليه ، وإن قلنا بعدم وجوب حفظ مال الغير ـ الذي لم يكن في يده ـ عليه ، وهذا الوجوب والحرمة لا يستعقب ضماناً ، وإنّما هي حرمة شرعيّة ، نحو الحرمة على المالك .

[٤] بعموم « تسلّط الناس على أموالهم »[٥] .

و[لكن] ليس هو من السفه والتبذير مع فرض احتمال غرض معتدّ به في ذلك وقت نهيه ، وخصوصاً مع حضوره في البلد ، وإمكان مراجعته أو مراجعة الحاكم ، أو عدول المؤمنين .

[٥] لعموم « البيّنة على المدعي »[٦] . بعد الشكّ إن لم يكن الظنّ في اندراجه تحت الأمين المصدّق في ذلك .

---

(١) الاسراء : ٢٦ .
(٢) النساء : ٥ .
(٣) المسالك ٥ : ٩٢ .
(٤) المبسوط ٤ : ١٤٠ .
(٥) البحار ٢ : ٢٧٢ ، ح٧ .
(٦) انظر الوسائل ٢٧ : ٢٣٣ ، ب٣ من كيفيّة الحكم .

فلا يبعد حينئذٍ الحكم بضمانه حتى تقوم البيّنة على حصوله [= ما يقتضي المخالفة] [١].

و[احتمال الرجوع بأُجرة النقل لو نقلها إلى غير المعيّن مع نيّة الرجوع]. لعلّه لا يخلو من وجه لو كان باذن الحاكم أو عدول المؤمنين، والله العالم.

(ولا تصحّ وديعة الطفل ولا المجنون) [٢]، من غير فرق بين ماليهما وغيرهما ودعوى الإذن وعدمها، بل لا يصحّ حتى لو علم الإذن لهما [٣].

نعم لو علم الإذن اكتفى في الوديعة حينئذٍ بفعل المرسل لهما في أيديهما، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك فيها [٤]، وإلّا فإنشاء عقد الوديعة منهما سواء كان عنهما أو عن غيرهما باطل.

(و) لا يجوز وضع اليد عليها بل **(يضمن القابض)** لذلك منهما [٥].

(ولا يبرأ بردّها إليهما) للحجر عليهما، وإنّما يبرأ بالردّ إلى وليّهما الخاصّ، أو العامّ مع تعذّره، بل [الظاهر] [٦] ذلك وإن كان قد فعل ذلك حسبة للخوف من التلف ونحوه [٧].

---

[١] بل قد يحتمل الضمان مع قيامها أيضاً في كلّ مال مقبوض بلا إذن من المالك، فضلاً عن النهي. وإن كان خلاف المشهور بين من تعرض له؛ لعموم على اليد[١]. والحسبة والإحسان يجوّزان الإقدام ولا يرفعان الضمان الحاصل من خطاب الوضع. ونفي السبيل على المحسن إنّما هو بالنسبة إلى ما فعله من الإحسان، فليس له الاعتراض عليه في ذلك.

ولعلّه عليه يبني ما عن التذكرة من أنّه لو نقلها إلى غير المعيّن وتوقّف النقل إليه على أُجرة لا يرجع بها؛ لأنّه متبرّع بها[٢].

واستحسنه في المسالك، لكنّه احتمل أيضاً مع ذلك الرجوع مع نيّته لإذن الشارع له في ذلك، فتقدّم على إذن المالك، ولأنّ فيه جمعاً بين الحقّين، مع مراعاة حقّ الله تعالى في امتثال أمره بحفظ المال[٣].

[٢] لاعتبار الكمال في طرفي عقدها كغيرها من العقود بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه.

[٣] لقصور عبارتهما عن مباشرة العقد كما هو واضح.

[٤] لعدم اعتبار مقارنة القبول فيها للإيجاب.

[٥] لعموم «على اليد ما أخذت»[٤] وغيره.

[٦] [كما هو] مقتضى إطلاق العبارة وغيرها.

[٧] وهو مؤيّد لما ذكرناه سابقاً من أنّ الإحسان لا يرفع الضمان.

لكن في المسالك وعن غيره: «الأقوى أنّه لو قبضها منهما مع خوف هلاكها بنيّة الحسبة في الحفظ لم يضمن؛ لأنّه محسن، وما على المحسنين من سبيل، لكن يجب عليه مراجعة الولي في ذلك فإنّ تعذّر قبضها، وترتّب الحكم»[٥]. وفيه ما عرفت.

---

(١) المستدرك ١٤: ٨، ب١ من الوديعة، ح١٢.
(٢) التذكرة ١٦: ١٩٦.
(٣)(٥) المسالك ٥: ٩٢، ٩٣.
(٤) المستدرك ١٤: ٨، ب١ من الوديعة، ح١٢.

(وكذا لا يصحّ أن يستودعا، و) إن كان (لو أُودعا لم يضمنا بالإهمال) [١] (لأنّ المودع لهما) في الحقيقة هو الـ(ـمتلف ماله) [٢].

نعم لو أتلفا المال مباشرة بأكل ونحوه، أو تسبيباً بإحراق ونحوه اتّجه ضمانهما مع تمييزهما [٣].

والتحقيق أن يقال: إنّ اليد بغير إذن شرعيّة، من أسباب الضمان قطعاً، من غير فرق بين المكلّف وغيره.

فلو أودع صبي صبياً أو مجنوناً أو مجنون صبياً أو مجنوناً فتلف هي في يدهما كانا ضامنين لذلك.

والفرق بينهما وبين الدابّة أنّ لهما ذمّة وملكاً وغيرهما بخلافها [٤].

---

[١] وفاقاً للمشهور.

[٢] بايداعه مثلهما الذي لم يجب عليهما الحفظ وأداء الأمانة، فسببيته في الإتلاف أقوى من تفريطهما فيه، ولا دليل على ضمانهما بذلك، بعد ظهور قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[١] في غير الفرض، بسبب تفريط المالك. لا مافي المسالك «من أنّ «على» ظاهرة في وجوب الدفع والتكليف بالردّ، فيكون مختصّاً بالمكلّف»[٢] لما ستعرفه.

[٣] وأطلق في المسالك وغيرها.

قال: لعموم «من أتلف»[٣] الشامل للمكلّف وغيره، فيؤدّى حينئذٍ من مالهما إن كان وإلّا تخلّصا منه بعد التكليف[٤].

وفيه مالايخفى من أنّ السبب هنا أقوى من المباشر الذي هو كالحيوان بالجنون وعدم التمييز، ولذا يحكى عن بعضهم عدم الضمان مطلقاً[٥].

كما لا يخفى مافي الذي ذكره سابقاً في اليد؛ ضرورة أنّ قوله: «على اليد» أيضاً من خطاب الوضع الشامل للمكلّف وغيره من حيث تسبيب الضمان، وإن وجب الأداء بعد البلوغ.

ولفظ «على» إنّما يراد منها الإثبات في الذمّة، لا تقييد موضوع ذلك بما إذا كان مكلّفاً.

نعم ربّما فرق بين المميّز وغيره، فحكم بضمان الأوّل، دون الثاني الملحق بالمجنون؛ لعدم قصد غيره إلى الإتلاف، فكان كالدابة.

لكن نظر فيه في المسالك: «بأنّ المقتضي ـ وهو الإتلاف ـ موجود، والمانع غير صالح للمانعية، أمّا القصد فلا مدخل له في الضمان وعدمه، كما يعلم من نظائره، وأمّا تسليط المالك فإنّه إنّما وقع على الحفظ، لا على الإتلاف، غاية ما في الباب أنّه عرّض ماله له بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ، وهو غير كافٍ في سقوط الضمان عنهما لو باشراه، بخلاف مالو تركا الحفظ، والأقوى الضمان مطلقاً»[٦].

قلت: لا يخفى مافيه بعد الإحاطة بما ذكرناه.

[٤] وأيّ فرق في أسباب الوضع بين ذلك وبين الجناية والحدث وغيرهما.

---

(١) المستدرك ١٤: ٨، ب١ من الوديعة، ح١٢.
(٢) المسالك ٥: ٩٣.
(٣) الوسائل ٢٧: ٣٢٧ ب١١ من «الشهادات».
(٤)(٦) المسالك ٥: ٩٤.
(٥) التحرير ٢: ٥٣٩.

نعم في الفرض [أي فيما أودع عند غير المميّز] قد يتوقف في ضمانهما [١].

وحينئذٍ فالميزان ذلك وهو الحكم بضمانهما باليد إلّا أن يحصل من المالك مباشرة تلف أو تسبيب أقوى من تفريطهما، ولعلّه يختلف باختلاف التمييز ونحوه ممّا له مدخليّة في علّة التلف وإيجاده [٢].

خصوصاً فيما يأخذانه بأنفسهما من دون علم من المالك بسرقة ونحوهما، كما لا يخفى على من له أدنى خبرة بفقه أهل البيت عليهم السلام: والله الموفّق والعالم. وأمّا العبد إذا استودع فأتلف فالأقرب أنّه يتبع به بعد العتق، وإن كان الاستيداع بإذن مولاه [٣]. وإن كان بالإهمال مع فرض عدم كون القبول بإذن المولى [٤]. كما لو كان القبول بإذن المولى، ولا رجوع بوجه على المولى حتى بالنسبة إلى كسب العبد [٥].

نعم لو كان تفريط العبد من المولى، ولو بمنعه من الحفظ فالضمان عليه [٦]. **(وإذا ظهر للمودع أمارة الموت وجب الإشهاد بها) [٧].**

ومن هنا يتجه القول بوجوب ما يرفع ذلك [=استحقاق الغير للوديعة] ونحوه عنها، من غير تخصيص

---

[١] بالإهمال، لا لعدم ضمانهما باليد، بل من حيث حصول التلف للمال بسببين: أحدهما من المالك، وهو أقوى من الواقع من أحدهما، خصوصاً مع عدم التمييز، فيقوم ذلك مقام الإتلاف منه في أيديهما، كما أومأ إليه المصنّف.

بخلاف ما لو باشرا التلف مع تمييزهما فإنّه لا إشكال في أنّ ما وقع منهما في إيجاد التلف في الخارج أقوى ممّا وقع منه، الذي هو إيداعهما، لا تسليطهما على تلفه.

[٢] **لا ما ذكره ثاني الشهيدين من عدم ضمانهما باليد؛ لعدم الدليل**[١]، الذي قد عرفت إمكان دعوى القطع بفساده.

[٣] إذ هي لا تقتضي التزام المولى بذلك حتى في كسب العبد؛ للأصل وغيره.

[٤] **فعن بعضهم لا شيء للمالك؛ لعدم جواز قبولها وعدم وجوب الحفظ عليه، فالتضييع للمال من المالك**[٢].

وفيه ما عرفت من اقتضاء اليد الضمان، فيتجه حينئذٍ اتباعه به بعد العتق، **كما عن التذكرة والتحرير التصريح به**[٣].

[٥] إذ هو أولى من صورة الإتلاف التي قد عرفت أنّ الحكم فيها ذلك.

[٦] **كما عن بعضهم التصريح به**[٤]، والله العالم.

[٧] **كما صرّح به غير واحد، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم.**

نعم في القواعد إبدال ذلك بالوصيّة بها[٥]، ولعلّه يريد ذلك؛ ضرورة انحصار وجه وجوب ذلك في لزوم الحفظ، وحرمة التفريط بها، وترك ذلك [الإشهاد] يقتضي ذلك، فإنّ الوارث بدونه يستحقّ بإرثه جميع ما كان يده عليه، وكذا الدّيان، والوصيّة بها مع عدم الإشهاد لا يرفع ذلك، فلا محيص حينئذٍ عن إرادة معنى الإشهاد عليها من الوصية بها كالعكس.

بل هما بمعنى [واحد] عند التأمّل بعد معلوميّة انتفاء المعنى المعلوم من الوصيّة الراجعة إلى الثلث ونحوه.

---

(١) المسالك ٥: ٩٣.

(٢)(٤) جامع المقاصد ٦: ١١.

(٣) التذكرة ١٦: ١٥٠ـ١٥١. التحرير ٣: ١٩٢.

(٥) القواعد ٢: ١٨٥.

بالإشهاد ونحوه . نعم هو قد يجب في الجملة وذلك حيث يتوقّف رفع ذلك عليه ، وإلّا كان مخيّراً بينه وبين غيره [١] . وعلى كلّ حال فمتى أخلّ بما وجب ممّا يتوقّف عليه الحفظ من ذلك ضمن [٢] .

فالمتّجه حينئذٍ تحقق الضمان بأوّل أزمنة التفريط ، وإن أشهد بعد ذلك .

هذا كلّه بناءً على جواز بقائها وديعة عنده مع ظنّ الوفاة ، وإلّا فقد يقوى وجوب الردّ على المالك مع الإمكان وإلّا فالحاكم ، وإلّا فعدول المؤمنين ، ومع فرض التعذّر يشهد عليها حينئذٍ ويوصي بردّها [٣] ، ولو لم تظهر له أمارة الموت بل مات فجأة مثلاً لم يكن عليه ضمان قطعاً [٤] .

نعم حيث يخشى عليها التلف على وجه جارٍ مجرى العقلاء كما إذا ظهرت أمارة الموت اتّجه حينئذٍ وجوب

---

[١] ومن ذلك يعرف ما في بعض كتب الأصحاب خصوصاً مافي المسالك[١] .

[٢] **لكن في التذكرة والمسالك : لا يستقرّ الضمان إلى أن يموت ، فيعلم التفريط في أوّل زمان ظهر فيه أمارة الموت ، سواء كان ذلك في ابتداء المرض ، أم في أثنائه**[٢] .

وفيه : أنّه يقتضي سقوط الضمان بالإشهاد في آخر الأزمنة وإن فرّط في أوّلها ، وهو منافٍ لما تسمعه إن شاء الله من ضمان المفرط بتفريطه ، وإن عاد بعد ذلك إلى ما يراد منه من الحفظ . ودعوى عدم تحقق التفريط إلّا بترك الإشهاد في جميع الزمان إلى حصول الموت ، يقتضي عدم الضمان حينئذٍ في أوّل الأزمنة . بل بالأخير منها الذي تحقق به التفريط ، وهو خلاف ما ذكره .

[٣] وذلك لإطلاق وجوب ردّ الأمانة إلى أهلها ، والخطابات المطلقة تضيّق بظنّ الوفاة ؛ لعدم الوثوق حينئذٍ بزمان غيره لامتثالها . والتضيّق بالمطالبة لا ينافي التضيق بذلك . ودعوى اشتراط أصل الوجوب بالمطالبة ، يدفعها إطلاق أدلّة التأدية والردّ[٣] ونحوهما ، مؤيّداً بمعلوميّة انفساخ أمانته بموته ، وصيرورة المال في يد غيره ، ولم يأذن المالك إلّا بوضعه في يديه ، ومباشرة حفظه بنفسه ، والإشهاد والوصية لا ترفع ذلك . بل قد يؤيّده أيضاً إيجاب الردّ عند السفر ، ولا ريب في أولوية المقام منه .

ولعلّه لذا وغيره حكى عن التذكرة وأكثر الشافعية ذلك أو ما يقرب منه[٤] . **لكن قيل : إنّه رجع عنه بعد ذلك إلى الاكتفاء بالوصية**[٥] . وظنّي أنّه ليس رجوعاً ، بل كان ذلك منه لبيان الاكتفاء في الجملة ولو في بعض الأحوال . ومنه يعلم عدم منافاة ما ذكرنا لإطلاق الأصحاب : وجوب الإشهاد المحمول على إرادة بيان القضيّة المهملة للقطع بعدم إرادة تعيين ذلك على كلّ حال ، فإنّك قد عرفت عدم انحصار الطريق فيه . ولعدم الدليل على وجوبه تعبّداً كما هو واضح بأدنى تأمّل . ومنه يعلم ما في المسالك[٦] وغيرها من كتب الأصحاب ، بل لعلّ ما فيها لا يخلو من تناف ، فلاحظ وتأمّل .

[٤] لعدم التفريط ، **خلافاً للمحكي عن إيضاح الفخر من الحكم به أيضاً** ؛ لأنّ الوصيّة والإشهاد سبب في منع الوارث من جحودها . وفي وجوب أدائها ظاهراً إن علم بها ، وفي نفس الأمر إن لم يعلم ، وذلك كلّه سبب للحفظ ، فتركه ترك سبب الحفظ ، ولا معنى للتفريط إلّا ذلك[٧] . وفيه منع كونه مع ذلك سبباً عقلاً أو شرعاً أو عرفاً ، وإلّا لوجب الإشهاد على الوديعة من أوّل قبضها كي لا يكون مفرطاً ضامناً ، وهو معلوم البطلان ، والاحتمال إذا لم يكن جارياً مجرى العقلاء لا يلتفت إليه ، كما هو واضح بأدنى تأمّل .

---

(١) المسالك ٥ : ٩٤ .
(٢) التذكرة ١٦ : ١٧٦ ، المسالك ٥ : ٩٤ ـ ٩٥ .
(٣) انظر الوسائل ١٩ : ٦٧ ، ٧١ ، ب ١ ، ٢ من الوديعة .
(٤) التذكرة ١٦ : ١٧٦ ـ ١٧٧ . المجموع ١٤ : ١٨٤ .
(٥) (٦) المسالك ٥ : ٩٥ .
(٧) الايضاح ٢ : ١١٥ ـ ١١٦ .

الإشهاد والإيصاء الذي يكون به حفظ الوديعة ، من غير فرق بين الوارث والأجنبي ولا عبرة بغيره كالإيصاء إلى فاسق ، أو بلا إشهاد أو نحو ذلك . كما لا عبرة بالإيصاء بها بلا تعيين لها ولا لمكانها كقول : « عندي وديعة » ، أو « لفلان » ، أو ذكر الجنس وأبهم الوصف ، كما لو قال : « عندي ثوب لفلان » [١] .

فيتّجه حينئذٍ ضمانه لها مع فرض معلوميتها عنده إلى الموت وأنّ كيفيّة إشهاده بها كانت كذلك [٢] من غير فرق مع ذكره الجنس ، بين أن لا يوجد في تركته ذلك الجنس ، أو يوجد متعدّداً أو متحداً [٣] .

فالتحقيق حينئذٍ الحكم بالضمان مع العلم بترك الإشهاد في الوديعة التي هي عنده حال الموت الذي هو التعريض لتلفها ، وبعدمه [= عدم الحكم بالضمان] مع قيام احتمال التلف بغير تفريط ولو بعد الإقرار بها عند قيام ١٢٢/٢٧

---

[١] ضرورة عدم حفظها بشيء من ذلك .

[٢] إذ هو حينئذٍ كما إذا لم يشهد .

[٣] لحصول التقصير بترك البيان على كلّ حال ، والوجود في التركة لا يقتضي كونه الوديعة ، وأصالة بقائها لا تقتضي كونها المشخّصة ، كي يكون شريكاً مع التعدّد ومختصاً به مع الاتحاد . **وبذلك يظهر لك مافي المسالك « من أنّه على تقدير التعدّد فهو بمنزلة خلطها بماله حيث لا يتميّز ، فيكون تفريطاً يوجب الضمان » ثمّ قال : « ولا يكون الموصى له شريكاً في الثياب الموجودة ؛ لأصالة عدم استحقاقه شيئاً في تركة الودعي ، وإن كان ضامناً لحقّه ، فيرجع إلى المثل أو القيمة ، ويحتمل كونه شريكاً لأصالة البقاء وإن حكم بالضمان ، كما لو مزجه بماله ولو وجد ثوب واحد ففي الحكم به للمالك وجهان ، مأخذهما أصالة بقاء حقّه الثابت بالإقرار ، فيستصحب إلى أن يعلم التلف حملاً لإطلاقه على الموجود ؛ لأصالة عدم غيره ، وأنّ الموجود محكوم به تركة ظاهراً وتقصيره في التمييز اقتضى ضمانها ، أمّا كونها الموجود فلا . ولاحتمال أن يكون هو الوديعة ـ فلا يحكم بها مع قيام الاحتمال ، وترك العمل بظاهر اليد . وعلى تقدير عدم الحكم له به هل يحكم بضمان وديعته ؟ قيل : لا ؛ لجواز تلفها بغير تفريط قبل الموت ، والإقرار به لا ينافيه ، وقيل : نعم ؛ لأصالة البقاء »**[1] . إذ لا يخفى عليك مافيه ؛ ضرورة عدم صلاحية الأُصول للتشخيص . على أنّ الاحتمال في الصورة الأخيرة آتٍ في الصورتين الأوّلتين اللتين جزم بالضمان فيهما ، بل جعله في أوّلهما ظاهراً . بل قد يقتضي التأمّل في أطراف كلامه أنّه غير محرّر لموضوع المسألة ، وأنّه الوديعة المعلومة عنده إلى حال الموت ، لكنّه ترك الإشهاد بها أصلاً ، أو ترك المثمر منه ، لا الوديعة في الجملة ، فإنّ ذلك لا يقتضي الضمان بأصالة بقائها ، وأصالة عدم الإشهاد بها ، فيكفي حينئذٍ في ضمان كلّ وديعة ادّعى بها على ميّت وأُقيمت البيّنة على أصل استيداعه ، وإن احتمل الردّ والتلف بغير تعدٍّ ولا تفريط ، ونحو ذلك ، بدعوى أنّ ذلك هو مقتضى أصالة بقائها ، وأصالة عدم ردّها ، وأصالة عدم الإشهاد فيتنقح حينئذٍ كونه مفرطاً ضامناً ، وهو كما ترى لا ينبغي صدوره ممّن له أدنى مسكة ؛ ضرورة توقّف إثبات هذه الأُصول ذلك على وسائط تقتضي الأُصول عدمها . على أنّ التفريط من الأُمور الوجودية التي لا يمكن إثباته بالأُصول ، وإن تقوم بعض أفراده بالعدم ، ولكنّه ليس هو إلّا تعريض المال للتلف ، ولو بعدم فعل ما يقتضي حفظه كما هو واضح .

---

(١) المسالك ٥ : ٩٦ .

أمارة الموت ، بناءً على أنّ الضمان إنّما يكون بترك الإشهاد إلى حال الموت [١] . فـ(**لو لم يشهد وأنكر الورثة كان القول قولهم ، ولا يمين عليهم إلّا أن يدّعي عليهم العلم**) كما هو الضابط في الحلف على نفي فعل الغير ، سواء كان المراد إنكار أصل الوديعة ، أو التفريط بترك الإشهاد ؛ لاحتمال تلفها بغير تفريط [٢] . (**و**) كيف كان فـ(**تجب إعادة الوديعة على المودع**) أووليّه أو وكيله (**مع المطالبة**) في أوّل أوقات الإمكان [٣] . نعم لا ريب في اعتبار الإمكان عقلاً بل وشرعاً [٤] . نعم قد يتعارض وجوب الردّ مع الواجبات فيفزع إلى ترجيح ، وربّما يرجّح ردّ الوديعة فيما لو كان قد نذر الاعتكاف مثلاً سنة في مكان مخصوص ؛ للضرر على المودع بحبس ماله عليه [٥] .

---

[١] ويمكن أن يكون عدمه [= عدم الحكم بالضمان] لحصول التلف بغير تفريط ؛ لأنّ الأصل البراءة .

(و) بذلك [الذي تقدّم] بان لك الوجه في قول المصنّف [ذلك] .

[٢] **كما اعترف به في المسالك هنا ، قال : « لو أقرّ الورثة بالوديعة ولكن لم توجد في التركة ، وادعى المستودع أنّه قصّر في الإشهاد وقال الورثة : لعلّها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير فالقول قولهم ، عملاً بظاهر براءة الذمة » .**

وقال أيضاً : « يمكن أن يكون المراد إنكار الورثة وجودها في التركة حيث لم يشهد عليها ، ولعلّها تلفت قبل حصول ما يوجب الإشهاد فادّعى المالك بقاءها وتقصيره في الإشهاد ، والحكم في المسألتين واحد[1] » . وهو صريح فيما ذكرنا من أن عدم الاشهاد مع العلم بوجود أصل الوديعة لا يقتضي الضمان ؛ لاحتمال كونه للتلف بغير تفريط .

[٣] **بلا خلاف ، بل الإجماع بقسميه عليه .** مضافاً إلى ما دلّ من الكتاب[2] والسنّة[3] على الأمر بأداء الأمانة إلى أهلها .

وإلى عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير إذنه ، والفرض عدمها هنا ؛ لانقطاع الأولى بالمطالبة .

[٤] ضرورة عدم التكليف أصلاً في الأوّل ، بل والثاني ؛ لأنّ المانع شرعاً كالمانع عقلاً إذا فرض رجحان مراعاته على وجوب ردّ الوديعة . **بل في المسالك : « والمراد بالإمكان ما يعمّ الشرعي والعقلي والعادي ، فلو كان في صلاة واجبة أتمها أو بينها وبينه حائل من مطر مانع ونحوه صبر حتى يزول ، أو في قضاء حاجة فإلى أن ينقضي الضروري منها » إلى أن قال : « وهل يعدّ إكمال الطعام والحمّام وصلاة النافلة وانقطاع المطر غير المانع عذراً ؟ وجهان ، واستقرب في التذكرة العدم ، مع حكمه في باب الوكالة بأنّها أعذار في ردّ العين ، وينبغي أن يكون هنا أولى ، وهل التأخير ليشهد عليه عذر ؟ قيل : نعم ؛ ليدفع عن نفسه النزاع واليمين لو أنكر الردّ ، وقيل : لا ؛ لأنّ قوله في الردّ مقبول فلا حاجة إلى البيّنة ، ولأنّ الوديعة مبنيّة على الاخفاء غالباً ، وفصّل آخرون تفصيلاً جيّداً ، فقالوا : إن كان المالك وقت الدفع قد أشهد عليه بالإيداع فله مثله ؛ ليدفع عن نفسه التهمة ، وإن لم يكن أشهد عليه عنده لم يكن له ذلك »[4] .** قلت : لم أجد في شيء من النصوص اعتبار الإمكان كي يرجع في صدقه إلى العرف ولا العذر حتى يكون الأمر فيه أيضاً كذلك ، وقد عرفت عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير إذنه .

[٥] اللهمّ إلّا أن يقال بترجيح كلّ ما سبق تعلّقه عليه . وفيه منع ؛ لأنّ السبق لا يقتضي تأخير امتثال الخطاب الآخر الذي هو مطلق . ولا تخصيصه بذلك ، فتأمل .

---

(١) المسالك ٥ : ٩٧ .

(٢) النساء : ٥٨ .

(٣) انظر الوسائل ١٩ : ٦٧ ، ٧١ ، ب ١ ، ٢ من الوديعة .

(٤) المسالك ٥ : ٩٧ ـ ٩٨ .

كما أنّه قد يقال : إنّ إطلاق الأمر بالتأدية يرجع فيه إلى المتعارف في ردّ الودائع ، فلا يجب عليه شدّة الإسراع بركض ونحوه ، وإن اقترحه عليه المالك ، وكذا قطع الأكل والحمّام والنافلة ونحوها . ولعلّه لذا ونحوه يراد الفورية العرفية لا العقلية في نفس التأدية .

وبذلك يظهر لك أنّ الميزان ما ذكرناه ، لا الرجوع إلى صدق الإمكان والعذر بعد أن لم يوجدا عنواناً في شيء من الأدلّة .

وتظهر الثمرة في الضمان وعدمه مع التأخير الجائز له وغير الجائز .

وكيف كان يجب الردّ (**ولو كان**) المودع (**كافراً**) [١] .

---

[١] لإطلاق الأدلّة ، وخصوص خبر الصيقل[١] وغيره من النصوص المستفيضة والمتواترة المأمور فيها بردّ الأمانة على صاحبها ، وإن كان قاتل عليّ أو الحسنين عليهم السلام أو أولاد الأنبياء أو مجوسيّاً أو شاميّاً أو حروريّاً[٢] ، المعمول بها بين الأصحاب . **عدا ما يحكى عن أبي الصلاح من أنّه إذا كان المودع حربيّاً وجب على الودعي أن يحمل ما أودعه إلى سلطان الإسلام**[٣] .

ورماه بعضهم بالشذوذ[٤] ، لكن ينبغي النظر في مثل الفرض المزبور ـ بعد معلوميّة جواز تملّك مال الحربي ، وأنّه فيء للمسلمين ، وأنّه كالأموال المباحة وأنّ له التوصّل إليه بكلّ طريق من الربا والسرقة وغيرهما ـ أنّه لا يجوز للودعي تملكه في هذا الحال ، فيكون ذلك خارجاً من الرخصة في تملّكه . أو أنّه وإن جاز له ذلك إلّا أنّه يجب عليه ردّه له وإن ملكه ، عملاً بالدليلين معاً ، إلّا أنّه لا يخفى صعوبة الالتزام بكلّ منهما .

بل قد يتأمّل في دلالة أدلّة المقام على مثل ذلك ، وإنّما هي مساقة لبيان وجوب ردّ الوديعة على البرّ والفاجر والمسلم والكافر الذي يمكن تنزيله على محترم المال ، نحو النصوص في المقام أيضاً الدالّة على احترام أموال المخالفين ؛ معلّلة بأنّا معهم في دار هدنة إلى أن يظهر صاحب الأمر عليه السلام[٥] . فالمراد حينئذٍ وجوب ردّ الوديعة حينئذٍ على كلّ محترم المال في الدنيا للهدنة فيها وإن كان كافراً لا أنّ المراد وجوب ردّها حتى على غير محترم المال من الكافر الحربي ونحوه ممّا جاز تملّك ماله أو ممّن كان للودعي عنده مال غاصب له وأراد المقاصّة من وديعته أو نحو ذلك ممّا تطابقت عليه الأدلّة على جوازه ، ولا أقلّ من التعارض في الأدلّة من وجه . ولا ريب في رجحان أدلّة المقاصّة وأدلّة حلّية مال الكافر الحربي مثلاً ، خصوصاً بعد ظهور التعليل في بعض أدلّة المقام « بأنّا معهم في دار هدنة » في محترمي المال . وبعد إمكان حمل ما هنا على الكراهة من حيث الائتمان ، بخلاف تلك الأدلّة .

بل قد يشكل ردّ المال على الحربي بكونه محكوماً بأنّه فيء للمسلمين ، وملك لهم .

ولعلّه لذا سمعت الرجوع فيه إلى سلطان العدل من أبي الصلاح .

وبالجملة قد ظهر لك من ذلك كلّه أنّه إن لم يكن إجماع على وجوب الردّ حتى على الحربي وحتى على من عليه حقّ المقاصّة وغيرهم ، أمكن المناقشة فيه بما عرفت ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

---

(١) أمالي الصدوق : ٢٠٤ ، ح ٥ . الوسائل ١٩ : ٧٢ ، ب ٢ من الوديعة ، ذيل الحديث ٢ .

(٢)(٥) انظر الوسائل ١٩ : ٧١ ، ب ٢ من الوديعة .

(٣) الكافي : ٢٣١ .

(٤) الرياض ٩ : ١٦٣ .

[ولكن] هل يجب الردّ على غير محترم المال مثل الكافر الحربي وغيره ؟]

[قد يناقش في ذلك إن لم يكن إجماع على وجوب الردّ عليه ، وكذا على من عليه حقّ المقاصة وغيرهم] .

نعم لا إشكال في وجوب الردّ على من لم يكن كذلك (**إلّا أن يكون المودع غاصباً لها فـ**) بأنّه لا يجب ، بل لا يجوز ردّها عليه ؛ لعدم الوديعة شرعاً .

بل (**يمنع منها ولو مات فطلبها وارثه وجب الإنكار**) مع توقّف الحفظ .

(ويجب إعادتها على المغصوب منه إن عرف ، وإن جهل عرّفت سنة ، ثمّ جاز التصدّق بها عن المالك ، ويضمن المتصدّق إن كره صاحبها) [١] .

---

[١] لخبر حفص بن غياث ـ المنجبر ضعفه بعمل الأكثر « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللّص مسلم فهل يردّ عليه ؟ قال : « لا يردّه ، فإن أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل ، وإلّا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرّفها حولاً ، فإن أصاب صاحبها ردّها عليه ، وإلّا تصدّق بها ، وإن جاء بعد ذلك خيّره بين الأجر والغرم ، فإن اختار الأجر فله ، وإن اختار الغرم غرم له ، فكان الأجر له »[١] .

خلافاً للحلبي والحلّي فأوجبا ردّها إلى إمام المسلمين ، ومع التعذّر يبقى أمانة ثمّ يوصي بها إلى عدل إلى حين التمكّن من المستحق[٢] ، **وعن الفاضل في المختلف أنّه قوّاه** ؛ لأنّه أحوط ، ولضعف الخبر[٣] الذي قد عرفت انجباره .

وللمفيد والديلمي فأوجبا إخراج الخمس قبل التصدّق[٤] ، ولم يذكرا التعريف .

وللفاضل في الإرشاد ، وتبعه الشهيد الثاني فخيّر بين الصدقة بها ـ بعد اليأس والتعريف ـ مع الضمان ، وإبقائها أمانة[٥] . بل لعلّه ظاهر المصنّف .

إلّا أنّ الجميع كما ترى ، خصوصاً بعد ما سمعت من الخبر[٦] المعمول به بين الأصحاب الموافق للمعلوم من حكم مجهول المالك الذي ما نحن فيه فرد منه .

ولا ينافيه التعريف سنة الذي هو حكم اللقطة ، لا مجهول المالك الذي حدّ التعريف به اليأس لا السنة ؛ لإمكان حمل الخبر المزبور على إرادة حصول اليأس بذلك غالباً ، أو على إرادة بيان أنّ الفرض مثل اللقطة التي عرّفت حولاً في أصل التصدّق بها والضمان بقرينة قوله : « وإلّا » المراد منه عدم إمكان ردّه على صاحبه ، حتى بالتعريف لحصول اليأس منه . ولعلّ ذلك على سبيل الوجوب ، للأمر به ، وكونه طريقاً من طرق الإيصال .

اللهمّ إلّا أن يكون المراد بالأمر الرخصة في ذلك ؛ لأنّه في مقام توهّم الحظر ؛ ولأنّ الأمر به على حسب الأمر به في اللقطة ، المخيّر فيها بينه وبين إبقائها أمانة ، ولأنّ في الوجوب ضرراً عليه ، باحتمال الغرم .

ولعلّه لذا كان خيرة الفاضل وثاني الشهيدين ما عرفت .

---

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٦٤ ، ب١٨ من اللقطة ، ح١ ، مع اختلاف .
(٢) الكافي : ٢٣١ ـ ٢٣٢ . السرائر ٢ : ٤٣٦ .
(٣) المختلف ٦ : ٦٠ ـ ٦١ .
(٤) المقنعة : ٦٢٦ ـ ٦٢٧ . المراسم : ١٩٤ .
(٥) الإرشاد ١ : ٤٣٨ . المسالك ٥ : ٩٩ .
(٦) الوسائل ٢٥ : ٤٦٤ ، ب١٨ من اللقطة ، ح١ ، مع اختلاف .

ولعلّ الأولى من ذلك دفعه إلى إمام المسلمين أو نائبه [١].

ثمّ إنّ الضمان على تقديره هل هو بمعنى ردّه على صاحبه لو جاء ولم يُجز أو بمعنى كونه كسائر الديون، فيجب الإيصاء به، ويجب على الورثة ؟ وجهان [٢].

(و) على كلّ حال فـ(لو كان الغاصب مزجها بماله ثمّ أودع الجميع فإن أمكن المستودع تمييز المالين ردّ عليه ماله ومنع الآخر) [٣].

(وإن لم يكن تمييزهما ولو بالقسمة الإجبارية [قال المصنّف]: (وجب إعادتهما على الغاصب) [٤].

قلت : لعلّ المتّجه أوّلاً قيام عدول المؤمنين مقام الحاكم مع تعذّره ووكيله، فإن تعذّروا فالودعي أو غيره ممّن يقوم مقامهم في الحسب.

كما أنّ المتّجه الرجوع إلى الحاكم في صورة عدم العلم بالقدر.

بل لعلّها أولى من الأولى [٥].

وربّما يكون المتّجه حينئذٍ ضمان الغاصب له بالمثل أو القيمة أو الرجوع إلى الصلح معه من الحاكم أو من يقوم مقامه مع تعذّر المالك [٦].

---

[١] الذي هو وليّ من لا وليّ له ليسلم به من الضمان، وهو الذي لمحه الحلبي والحلّي[1]، ولا مانع منه على إرادة الجواز أمّا الوجوب فهو منافٍ لظاهر أمر من في يده بالصدقة به.

[٢] أوّلهما أنسب بأصل البراءة، وثانيهما أنسب بقاعدة « على اليد » و « من أتلف » و « عدم إجازة الفضولي ».

[٣] بلا خلاف ولا إشكال.

[٤] [كما] عند الأصحاب على ما نسبه إليهم غير واحد.

بل عن الغنية والسرائر الإجماع عليه[2]، تقديماً لاحترام المال المعلوم مالكه على غيره الذي لا يمكن معرفته ليردّ على صاحبه. لكن في المسالك وتبعه عليه غيره: « أنّ الأوفق بالقواعد ردّه على الحاكم مع إمكانه ليقسمه ويردّ على الغاصب ماله، ومع تعذّره يحتمل قوياً جواز تولّي الودعي القسمة إن كان مثلياً، وقدّر حقّ الغاصب معلوماً جمعاً بين الحقّين، والقسمة هنا إجبارية؛ للضرورة، تنزيلاً للودعي منزلة المالك، حيث قد تعلّق بضمانه، وللحسبة. ولو امتزج على وجه لا يعلم القدر أصلاً ففيه إشكال، ويتوجّه حينئذٍ ما أطلقه الأصحاب إن لم يمكن مدافعة الغاصب على وجه يمكن معه الاطلاع على الحقّ، ويحتمل عدم جواز الردّ مطلقاً مع إمكانه، إلى أن يعترف الغاصب بقدر معيّن، أو يقاسم لاستحالة ترجيح حقّه على حقّ المغصوب منه، مع تعلّق الودعي بالحقين »[3].

[٥] التي يمكن دعوى خروجها عن موضوع كلام الأصحاب المفروض فيه عدم إمكان التمييز حتى بالقسمة بعدم العلم بالقدر.

[٦] وحينئذٍ يكون هو الوجه في الأمر بردّ الجميع على المالك، مضافاً إلى الإجماع المزبور.

---

(١) الكافي : ٢٣١. السرائر ٢ : ٤٣٦.

(٢) الغنية : ٢٨٤. السرائر ٢ : ٤٣٦.

(٣) المسالك ٥ : ١٠٠.

[موجبات الضمان] :

الأمر (الثاني : في موجبات الضمان) :

(وينظّمها قسمان : التفريط والتعدّي) بل قسم واحد ، وهو التقصير [١] و(أمّا التفريط) [٢] (أن[١] يطرحها فيما ليس بحرز) ويذهب عنها ولم يبق مراعياً لها بعينه التي هي حرز أيضاً ، ولا ريب في أنّه وجودي .

نعم قوله : (أو يترك سقي الدابّة أو علفها أو) يترك (نشر الثوب) مثلاً (الذي يفتقر إلى النشر) قد يتوهّم منه ذلك [= كونه عدمياً] ، لكن المراد استهلاكه وتضييعه بترك ذلك ؛ لا أنّ مجرد عدم ذلك ولو لإكراه ونحوه تفريط منه ، فيكون حينئذٍ وجودياً .

---

[١] وإن حصرها بعضهم[٢] في ستة : الانتفاع بها ، والإيداع ، والتقصير في دفع المهلكات ، والمخالفة في كيفية الحفظ ، والتضييع بأن يلقيها في مضيعة ، والجحود .

والأمر سهل بعد معلومية عدم ضمانها بدونهما ، إجماعاً بقسميه ، ونصوصاً .

والضمان مع كلّ منهما كذلك لصدق الخيانة المقابلة للائتمان المجعول في النصوص[٣] سبباً أو عنواناً ؛ لعدم الضمان .

ولصدق الإتلاف والتضييع في الأوّل منهما ، والنصوص المتقدّمة في باب الرهن والمضاربة[٤] المشتملة على الضمان بالتعدّي والاستهلاك ، بعد معلوميّة اشتراك الجميع في الحكم المزبور ، باعتبار كونها أمانة .

ومافي بعض النصوص من عدم ضمان الثوب المرهون إذا تلف بترك نشره[٥] ، معرض عنه ، وإن أفتى به بعضهم[٦] . لكنّه شاذ مع إمكان حمله على ما إذا لم يكن تفريطاً ، أو كان بنهي المالك عنه ، أو غير ذلك ممّا لا بدّ منه ؛ للجمع بين النصوص التي لا خلاف معتدّ به في الفتوى بها بالنسبة إلى ضمان كلّ أمانة بهما .

مضافاً إلى مكاتبة محمد بن الحسن أبا محمد عليه السلام : رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه ؟ فوقّع عليه السلام : « هو ضامن لها إن شاء الله »[٧] .

وكيف كان فقد فرّق بينهما في المسالك بأنّ التعدّي فعل مالا يجوز فعله كلبس الثوب ونحوه .

[٢] فـ[في المسالك أنّ التفريط] أمر عدمي ، وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ ونحوه[٨] .

قلت : قد عبّر عنه في نصوص الرهن بالاستهلاك والتضييع[٩] ونحو ذلك ممّا هو أمر وجودي أيضاً ، وإن تقوّم بعض أفراده بالعدم ، فلا يكفي حينئذٍ في إثباته بالأصل كما أشرنا إليه سابقاً .

ولذا جعل المصنّف وغيره من أمثلته [ذلك] .

---

(١) في الشرائع : « فكأن » .
(٢) القواعد ٢ : ١٨٤ .
(٣) انظر الوسائل ١٩ : ٧٩ ، ب ٤ من الوديعة .
(٤) الوسائل ١٩ : ١٥ ، ب ١ من المضاربة . و١٨ : ٣٩٠ ، ب ٧ من الرهن .
(٥) الوسائل ١٨ : ٣٨٩ ، ب ٦ من الرهن ، ح ١ .
(٦) المقنع : ٣٨٣ ـ ٣٨٤ .
(٧) الوسائل ١٩ : ٨١ ، ب ٥ من الوديعة ، ح ١ .
(٨) المسالك ٥ : ١٠١ .
(٩) انظر الوسائل ١٨ : ٣٩٠ ، ب ٧ من الرهن .

ولعلّ الأمر في ذلك كلّه سهل بعد الاتفاق على عدم قبول دعوى المودع عليه [= على المستودع] بذلك من دون بيّنة [١].

وكيف كان فهو [التفريط] سبب من أسباب الضمان [٢].

فلا تفاوت حينئذٍ بين التلف به أو بغيره كيد العدوان التي هي سبب فيه وإن تلف بآفة سماوية، وليس ذلك لانفساخ الوديعة، بل هي باقية [٣].

إنّما الكلام في اقتضاء ذلك الضمان منه، حتى لو كان الجهل باحتياج الوديعة لذلك أو نسيان أو إكراه أو نحو ذلك ممّا يكون المودعي معذوراً فيه شرعاً، وجهان [٤].

لكن الانصاف إمكان ما يقضي بتسبيب مباشرة الإتلاف ونحوه، ممّا يصحّ النسبة معه حتى مع الغفلة

---

[١] ولو لأنّه [= المستودع] أمين يصدّق في دعوى عدم التفريط، أو لأنّ قوله موافق لأصالة البراءة من الضمان الذي هو غير محتاج إلى واسطة، بخلاف عدم نشر الثوب الذي هو واسطة في إثبات الضمان.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه.**

[٣] للأصل.

وعدم المنافاة بذلك في الأثناء لها، نحو ما سمعته في مال المضاربة الذي قد تعدّى فيه العامل، فإنّه يقتضي الضمان وإن بقي العامل على مضاربته، وتسبيبه الضمان على هذا الوجه، إمّا للإجماع، أو للخيانة، أو للمكاتبة المزبورة[١] أو لنصوص الرهن والمضاربة[٢] المشتملة على الضمان به وبالتعدّي، من غير تقييد بالتلف في خصوص ما صدر منه من التفريط والتعدّي.

واختصاص المورد في بعض النصوص لا يقتضي تخصيص الوارد.

[٤] **وفي القواعد: « ولو ضيّع بالنسيان فالأقرب الضمان »[٣].**

كما عن التحرير والإيضاح وجامع المقاصد[٤].

وهو متجه لو ثبت تسبيبه على وجه يشمل الغافل والناسي ونحوهما ممّن هو غير مكلّف، وبذلك يفرّق بين الإتلاف وبينه، بناء على ثبوت من أتلف أو نحوه ممّا يشمل هؤلاء أجمع.

ودعوى اقتضاء إطلاق « على اليد »[٥] ذلك، إنّما خرج الوديع الذي لم يقع منه ذلك ولو نسياناً.

يدفعها: أنّه ليس بأولى من القول بأنّ إطلاق ما دلّ على عدم ضمان الأمين[٦] يقتضي العموم، وأقصى ما خرج منه العامد الآثم، دون غيره.

ولعلّ هذا أولى، ولا أقلّ من الشكّ، والأصل البراءة.

---

(١) (٢) تقدّم في ص١٠٦.

(٣) القواعد ٢: ١٨٨.

(٤) التحرير ٣: ١٩٤. الايضاح ٢: ١١٨. جامع المقاصد ٦: ٣٦.

(٥) المستدرك ١٤: ٨، ب١ من الوديعة، ح١٢.

(٦) انظر الوسائل ١٩: ٧٩، ب٤ من الوديعة.

والنسيان.

ولعلّ هذا هو المدار في التفريط والتعدّي، فما كان من أفرادهما كذلك ضمن حتى مع النسيان، وإلّا فلا، والله العالم.

وكيف كان فلا إشكال في الضمان في الجملة بما سمعت من أمثلة التفريط (**أو يودعها من غير ضرورة ولا إذن**) فإنّه كذلك [ضامن] [١].

من غير فرق بين الزوجة والعبد والخادم ونحوهم، مع فرض عدم قرائن حاليّة أو مقالية تقتضي الإذن بذلك ولا بين الثقة وغيره، ولا بين أن يجعل ذلك الغير مستقلّاً بها وشريكاً في الحفظ بحيث يغيب عن نظره [٢].

قلت: لعلّه [=استحفاظ من يثق به عند مفارقته لضروراته مغتفر] كذلك فيه وفي كلّ ما جرت العادة به في الودائع التي يمكن دعوى بناء العقد على ذلك وعلى فهمها من الإطلاق، والأمر سهل، إنّما الكلام في الضرورة [٣] [وهو كما لو خاف عليها من سرق أو حرق أو نهب أو أراد سفراً وتعذّر ردّها إلى المالك أو وكيله دفعها إلى الحاكم ولا يسمى ذلك ابداعاً، فإن تعذر أودعها العدل] [٤].

ثم إنّه مع تعذّر الحاكم ينبغي الرجوع إلى عدول المؤمنين القائمين مقامه في الحسب ليكون علم الردّ للمالك

---

[١] للخبر السابق[١]، وللتعدي فيها.

[٢] **وفي المسالك: «هو موضع وفاق، ولأنّه تصرّف في مال الغير بغير إذنه؛ لأنّ المالك لم يرض بيد غيره وأمانته».**

بل قال: «وفي حكم مشاركة غيره في الوديعة وضعها في محلّ مشترك في التصرّف، بحيث لا يلاحظه في سائر الأوقات، سواء كان خارجاً عن داره أم غير خارج، نعم لو كان عند مفارقته لضروراته يستحفظ من يثق به.

ويلاحظ المحرز في عوداته رجّح في التذكرة اغتفاره لقضاء العادة به، ولأنّه إيداع عند الحاجة»[٢].

[٣] **التي ذكرها المصنف.**

[٤] **قال في المسالك: «لو حصل ضرورة إلى الإيداع بأن خاف عليها من سرق أو حرق أو نهب أو أراد سفراً وتعذّر ردّها إلى المالك أو وكيله دفعها إلى الحاكم، ولا يسمى ذلك إيداعاً، فإن تعذّر أودعها العدل، وهذا هو الخارج بالقيد، فلا يجوز إيداعها للضرورة ابتداءً، بل على الوجه الذي فصّلناه، وسيأتي في كلامه التنبيه عليه»[٣].** إلى غير ذلك من كلامهم الظاهر في جعل الضرورة عنواناً لجواز الإيداع.

لكن ليس في شيءٍ من النصوص ذلك كي يرجع في مصداقها إلى العرف، وأنّ السفر للدنيا أو للآخرة أو للنزاهة ونحوها منها أو لا.

---

(١) الوسائل ٢٥: ٤٦٤، ب١٨ من اللقطة، ح١.

(٢) المسالك ٥: ١٠٢.

(٣) المصدر السابق.

لا إيداعاً للضرورة [١].

وليس هذا وديعة إصطلاحاً ؛ إذ هي استنابة من المالك في الحفظ ، وإنّما هو وضع منه لحفظها في يد غيره [٢].

وهل يكون الوديع الثاني حينئذٍ وديعاً للمالك فلا ينفسخ بموت الوديع الأوّل مثلاً أو أنّه وديع له لا للمالك ؟

ثمّ إنّه هل يحكم بالضمان مثلاً بمجرد الإيداع حتى يعلم الضرورة أو الإذن أو يحكم بالبراءة حتى يعلم عدم الضرورة والإذن ؟ وجهان :

وفي تصديق الأمين في دعوى الضرورة والإذن وجه ، وإن كان يقوى خلافه في الأخير .

كما أنّه قد يقوى الحكم بالضمان بمجرّد الإيداع مثلاً أو السفر بها مع عدم ثبوت الضرورة والإذن ولو بدعواه ذلك ، بناء على تصديقه لموت ونحوه ، فتأمّل .

وعلى كلّ حال فقد ظهر لك أنّ من التفريط أو التعدّي أن يودعها على الوجه المزبور (**أو يسافر بها كذلك**) بلا ضرورة ولا إذن (**مع خوف الطريق و**[1]**أمنه**) [٣].

والبحث في الضرورة والإذن على نحو ما سمعته في الإيداع ، حتى بالنسبة إلى الردّ على المالك أو وكيله أو

---

[١] **كما سمعته من المسالك .**

واحتمال إرادته ذلك من إيداع العدل ، يدفعه قوله : إن هذا هو الخارج بالقيد ... إلى آخره .

على أنّه مع تسليمه قد يناقش بعدم كونه إيداعاً عرفاً أيضاً مع فرض عدم إذن المالك له ، ورخصة الشارع له فيه لا تصيّره وديعة عرفاً .

ودعوى حصول الإذن من المالك له في هذا الحال واضحة المنع .

فليس حينئذٍ إلّا القول بأنّه مخاطب بحفظها من جهتين : إحداهما من حيث كونه وديعة ، والأُخرى من حيث إنّها مال محترم ، فمع فرض الضرورة يتعيّن عليه ملاحظة الجهة الثانية ، فيودعها لذلك .

[٢] لأنّ له ولاية عليها بالنسبة إلى حفظها وإن لم يكن له ولاية على مالكها .

فاستثناء الضرورة حينئذٍ من عدم جواز الإيداع بهذا المعنى ، لا أنّ المراد جواز الايداع من حيث كونه وديعة ، لكن حال الضرورة على معنى صيرورة الإيداع حالها من أفراد الحفظ الذي قد استفيد الإذن فيها من عقد الوديعة ، فتأمّل جيّداً فإنّه يترتّب على ذلك ثمرات .

وبه يظهر الفرق بين حالي الضرورة والإذن الذي مرجعه إلى الرخصة من المالك في حفظ الوديعة بهذا الفرد الذي لم يفهم من الإطلاق .

[٣] **بلا خلاف أجده فيه** ؛ لعدم تناول إطلاق العقد السفر الذي هو نوع تغرير بها ، إلّا مع القرينة ، كما لو أودعه في حال السفر أو نحو ذلك .

---

(١) في الشرائع : « ومع » .

الحاكم [١].

لكن هل يجب عليه الإقامة حينئذٍ مع عدم كون السفر ضرورياً له أو يجوز له السفر بها ضامناً لها ؟ [٢].

قلت : قد يقال : إنّ المتّجه الأوّل [٣].

لكن الإنصاف أنه ينبغي التقييد بما إذا لم يتمكّن من حفظها في محلّها وإن سافر عنها ، على وجه لا يعدّ كونه مفرطاً فيها ومضيّعاً لها ، وإلّا جاز له السفر مع ذلك .

بل قد يقال بأنّ له مصاحبتها في سفره حافظاً لها مع فرض عدم إمكان حفظها مع السفر عنها ، ولا تجب الإقامة معها ، ولا ضمان عليه ؛ إذ السفر إن لم يكن ضرورياً له حال ضرورة تجوّز له مصاحبتها ، كما جوّزت له إيداعها من الثقة الذي قد عرفت عدم جوازه إلّا مع الإذن أو الضرورة التي منها إرادة السفر وإن لم يكن ضرورياً ، فتأمّل .

ومن ذلك يعلم أنّه لو فرض كون السفر ضرورياً له أو ضرورياً لها سافر بها حينئذٍ ، ولا ضمان عليه [٤].

---

[١] بل في التذكرة : « لو سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الأمين ضمن عند علمائنا أجمع ، سواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف » .

بعد أن صرّح بعدم لزوم المقام عليه لحفظ الوديعة ؛ لأنّه متبرّع بإمساكها ، وإنّما يلزمه حينئذٍ الردّ إلى المالك أو الوكيل أو الحاكم أو الأمين[١] .

كما أنّه في محكي المبسوط نفي الخلاف عن عدم الضمان بالردّ إلى الحاكم أو العدل إذا أراد السفر ، قال : « لأنّ السفر مباح ، فلو قلنا : ليس له ردّها لمنعناه من المباح الذي هو السفر »[٢] .

نعم في المسالك هنا : « فإن تعذّر أودعها العدل ، فإن فقد فلا يخلو إمّا أن يخاف عليها مع إبقائها في البلد أو لا ، فإن خاف جاز السفر بها كما سيأتي ، وهو الموافق لمفهوم العبارة هنا ، وإن لم يخف عليها ، فمفهوم قوله : «كذلك» أي كالسابق ، وهو عدم الضرورة والإذن أنّه لا يجوز السفر بها حينئذٍ ، وهو كذلك ؛ لأنّ الإذن مع الإطلاق إنّما يتناول الحفظ في الحضر عملاً بالعادة ، ولأنّ السفر لا يخلو من خطر في الجملة ، وللخبر »[٣] إلى آخره .

والخبر هو قوله عليه السلام : « إنّ المسافر وماله لعلى تلف إلّا ما وقى الله »[٤] .

[٢] والمحكي عن التذكرة بل والتحرير التخيير بين الأمرين : الإقامة ، أو السفر بها ضامناً لها[٥] .

[٣] للمقدّمة .

وإليه يرجع ما في المسالك : حيث إنّه بعد أن حكى عن التذكرة ما سمعت قال : « والأجود المنع »[٦] .

[٤] قال في التذكرة : « لو اضطر إلى السفر بالوديعة بأن يضطر إلى السفر وليس في البلد حاكم ولا ثقة ولم يجد

---

(١) التذكرة ١٦ : ١٧١ ، ١٦٩ .
(٢) المبسوط ٤ : ١٣٣ .
(٣) المسالك ٥ : ١٠٣ .
(٤) كشف الخفاء (للعجلوني) ١ : ٢٢٥ ، ح ٧٨٠ . و ٢ : ١٤٣ ، ١٨٣ ، ح ٢١٠ ، ٢٢٨٧ ، مع اختلاف .
(٥) انظر التذكرة ١٦ : ١٧٢ ـ ١٧٣ . التحرير ٣ : ١٩٧ .
(٦) المسالك ٥ : ١٠٤ .

. . . . . .

المالك ولا وكيله أو اتّفق جلاء لأهل البلد أو وقع حريق أو غارة أو نهب ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل سافر بها ولا ضمان إجماعاً؛ لأنّ حفظها حينئذٍ في السفر بها، والحفظ واجب، فإذا لا يتمّ إلّا بالسفر بها كان السفر واجباً، ولا نعلم فيه خلافاً»[1].

وفي محكي المبسوط: «إذا كان البلد مخوفاً بفزع من النهب والحريق فله أن يسافر بها، ولا ضمان عليه بلا خلاف»[2].

ولعلّ المحصّل من كلامهم مسائل:

منها: أنّ له السفر وإن لم يكن ضرورياً له، ولا يحرم عليه السفر من جهتها كما سمعته من المبسوط والتذكرة، إلّا أنّه يجب عليه الردّ المزبور.

وقد يناقش فيه إن لم يكن إجماعاً بأنّه مخالف للسيرة المستمرّة في جميع الأعصار والأمصار على السفر من الوديعين بدون ذلك، والاكتفاء ببقائها في حرزها اللائق بها في داره التي بيد زوجته وأولاده وعياله.

وليس ذلك إيداعاً لها عندهم.

بل هو نحو اللبث أياماً عديدة لما دون المسافة للاعتكاف وغيره، والوديعة في حرزها بيد الناظر لها ولداره من عياله وغيرهم.

ومع التسليم يتجه وجوب القيام عليه مقدّمة للحفظ الواجب عليه.

واحتمال أنّ له فسخها في كلّ وقت، باعتبار كونها عقداً جائزاً فيردّها حينئذٍ إلى المالك أو وكيله أو الحاكم، أو يودعها إلى الأمين.

يدفعه ما تسمعه من المصنّف وغيره من عدم جواز دفعها إلى الحاكم مع عدم العذر، وأنّه يضمن بذلك.

وما تقدّم سابقاً من عدم جواز إيداعها إلى الثقة إلّا لضرورة، والفرض عدمها مع عدم كون السفر ضرورياً له.

ومنها: وجوب السفر بها مع الخوف عليها مقدّمة للحفظ الواجب عليه.

وقد يناقش بعدم ثبوته على الإطلاق، كي يكون ذلك واجباً عليه للمقدّمة.

ولعلّه لذا جزم فخر الإسلام فيما حكي عنه بعدمه، قال: **«لا يجب السفر عليه لأجلها وإن خاف تلفها بدونه. بل إن اختار السفر وجب عليه استصحابها فلا يكون السفر واجباً، وإنّما يجب مصاحبتها لو اختاره»**[3].

بل لعلّه ظاهر كلّ من عبّر بجواز السفر كالمصنّف فيما يأتي وغيره.

ودعوى إرادة الأعم من الوجوب ممنوعة فتأمّل جيّداً، وربّما يأتي لذلك تتمّة إن شاء الله.

ومنها: التخيير بين السفر بها ضامناً لها أو لا والإقامة مع تعذّر النفقة، وقد عرفت الحال فيه.

---

(١) التذكرة ١٦: ١٧٢.

(٢) المبسوط ٤: ١٣٣، وفيه: «ففزع» بدل «بفزع».

(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٦: ١٧.

(و) من التفريط أو التعدّي أيضاً (**طرح الأقمشة**) أو الكتب ونحوهما (**في المواضع التي تعفّنها**) أو تفسدها مدّة تكون به كذلك عادة [١].

(**وكذا**) يضمن (**لو ترك سقي الدابّة و**[1]**علفها مدّة لا تصبر عليها**) مثلها (**في العادة فماتت به**) [٢].

بخلاف موتها قبل ذلك [٣].

نعم لو اتّفق بقاؤها وعدم فوتها بذلك كانت داخلة في ضمانه، كما أنّه لو نقصت بالترك المزبور ضمن النقص [٤].

---

[١] **بل في المسالك: «يمكن اعتبار كونه ضرراً لها مطلقاً، فلا يجوز وضع الثوب في موضع يعفّنه وإن عزم على نقله قبل الفساد، نظراً إلى أنّه ليس بحرز له عادة»**[٢].

وإن كان هو كما ترى؛ ضرورة ملاحظة طول المكث وقصره في الحرز عادة كما هو واضح.

[٢] لتحقّق التفريط حينئذٍ.

[٣] فإنّه لم يتحقّق التفريط، والأصل البراءة من الضمان.

[٤] **قال في التذكرة: «لو امتنع المستودع من ذلك وعن السقي والعلف حتى مضت مدّة تموت مثل تلك الدابّة في مثل تلك المدّة نظر، إن ماتت ضمنها، وإن لم تمت دخلت في ضمانه، وإن نقصت ضمن النقصان... فإن ماتت قبل مضي تلك المدّة لم يضمنها»**[٣].

ومرجعه إلى ما ذكرناه من عدم تحقّق التفريط قبل مضيّها، كما أنّ مرجع ما ذكره المصنّف إلى ذلك، لا إلى إرادة اختصاص الضمان بالموت به، كي يكون منافياً للمعلوم المقطوع به عندنا، من ضمان ما تحقّق به التفريط إن تلفت بأيّ سبب يكون. وبذلك يعرف مافي المسالك، فإنّه بعد أن ذكر ذلك قال: «فتعليق المصنّف الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مدّة لا تصبر عليه عادة، إن أُريد به هذا المعنى، فلا إشكال من هذه الحيثيّة. لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها، مع أنّها قد صارت مضمونة بالتفريط، ومن شأن المضمون أن لا يفترق الحال بين تلفه ونقصه بذلك السبب وغيره وسيأتي له نظائر كثيرة في كلامه، وإن أراد به معنى آخر أخصّ ممّا ذكرناه كما هو الظاهر، أُشكل الحكم ممّا سبق، ومن توقّف الضمان على ترك هذه المدّة، مع أنّ الواجب القيام بالمعتاد منه وبتركه يتحقّق التفريط»[٤].

إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه، من أنّ مراد المصنّف العلم بتحقّق التفريط بذلك؛ إذ ترك المعتاد مع فرض عدم التعريض به لتلف مثل هذه الدابّة لا يعدّ تفريطاً قطعاً، وإن قلنا بوجوبه عليه للعادة ثمّ قال: «وفي عبارة العلّامة ماهو أبلغ ممّا هنا، فإنّه قال في التذكرة» وحكى ما حكيناه ثم قال: «هذه عبارته، وقد علّق الضمان فيها كما ترى على ترك ذلك مدّة يموت فيها عادة، لا تأخيره زيادة على المعتاد، ولا زيادة على ما تصبر عليه عادة»[٥]، مع أنّك قد عرفت معنى عبارة المصنّف وأنّ مرجعها إلى ماذكرناه من عدم تحقق التفريط بدونه، وعدم الضمان بالموت قبله.

---

(١) في الشرائع: «أو».

(٢) المسالك ٥: ١٠٤.

(٣) التذكرة ١٦: ١٨٨.

(٤)(٥) المسالك ٥: ١٠٥.

(**القسم الثاني :**) في (**التعدّي**) : الذي قد عرفت تسبيبه الضمان وهو (**مثل أن يلبس الثوب**) مثلاً للانتفاع به أو بلا قصد لا أن يلبسه لحفظه (**أو يركب الدابّة**) كذلك (**أو يخرجها من حرزها لينتفع بها**) .

(**نعم لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرّد النيّة**) [١] .

أمّا لو نوى الغصب في استدامة القبض صار ضامناً وغاصباً [٢] .

---

[١] للأصل .

وعدم صدق الخيانة بالعزم على الانتفاع بها فيما يأتي من الزمان ، ولكن لم يفعل ، ولم يغيّر نيّته في قبضه عن المالك .

[٢] لكونه كما لو قبضها من أوّل الأمر على وجه الخيانة لا الأمانة ، **على ما اعترف به في المسالك**[١] .

إلّا أنّه قال بعد ذلك : « وفي تأثير النيّة في استدامة الأخذ كما يؤثر في ابتدائه وجهان ، من ثبوت اليد في الموضعين مقترناً بالنيّة الموجب للضمان ، ومن أنّه لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة ، والشكّ في تأثير مجرّد القصد في الضمان .

وتردّد في التذكرة ، ويتحقق ذلك في صور : منها : أن ينوي الأخذ ولم يأخذ أو الاستعمال ولم يستعمل أو أن لا يردّ الوديعة بعد طلب المالك ولم يتلفّظ بالجحود ، وغير ذلك فقد جزم المصنف فيما سبق بأنّه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النيّة »[٢] .

قلت :

لا يخفى عليك انفساخ الوديعة بتجديد النية في استدامة القبض أنّه له لا للمالك ، فإنّ قبول الوديعة كإيجابها محتاج إلى استدامة النية السابقة .

ولذلك قال الفاضل في القواعد في كتاب الغصب : « إنّ المودع إذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود والعزم غاصب »[٣] . **ووافقه عليه غيره .**

مع أنّك ستسمع في الضمان بالجحود ما يؤكّد ذلك .

كما أنّه ممّا ذكرنا ظهر لك الفرق بين نيّة الانتفاع بمعنى العزم عليها فيما يأتي من غير تغيير في استدامة القبض عن المالك ، وبينها مع التغيير المزبور .

وبه يجمع بين كلام الفاضل في الغصب الذي سمعته وكلامه هنا ، وهو : **« لو نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ به لم يضمن ، بخلاف الملتقط الضامن بمجرّد النية ؛ لأنّ سبب أمانته مجرّد النيّة ، وكذا ـ أي يضمن ـ لو جدّد الإمساك لنفسه ، أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع »**[٤] .

ولعلّه أولى ممّا ذكره الشهيد في المحكي[٥] عن حواشيه من الجمع بينهما إن لم يرد ما قلناه ، فلاحظ وتأمّل فيه . بل وفي ما ذكره الفاضل من الفرق بين اللقطة والوديعة ، والأمر سهل بعد معرفة التحقيق في أصل المسألة .

---

(١) المسالك ٥ : ١١٠ .

(٢) المسالك ٥ : ١١١ .

(٣) (٤) القواعد ٢ : ٢٢٢ ، ١٨٤ .

(٥) حكاه في جامع المقاصد ٦ : ٢٠٩ .

(و) على كلّ حال فـ(لو طلبت منه فامتنع من الردّ) في أوّل أوقات الإمكان الذي هو بمعنى التمكين منها (مع القدرة) عقلاً وشرعاً وعرفاً على الوجه الذي تقدّم سابقاً (ضمن) [١]. (وكذا) يضمنها (لوجحدها) بعد طلبه منها (ثمّ قامت عليه بيّنة أو اعترف بها) [٢].

ولو جحدها ابتداءً أو عند سؤال غيره فـ[قد قيل] [٣] [لم يضمن]. وهو كذلك مع العلم بأنّ جحوده لها لذلك [=كونه أقرب إلى الحفظ].

أمّا إذا علم كونه لإرادة غصبها فالمتجه الضمان [٤]، بل قد يقال بذلك بجحوده الذي لا يعلم حاله [٥]، ولعلّه [=عدم الضمان هو] الأقوى.

ولو لم يطلبها المالك لكن سأله عنها أو قال: لي عندك وديعة فأنكر ففي الضمان قولان: أحدهما: العدم [٦]، والثاني: ثبوته [٧] فيضمن [٨].

وقد عرفت فيما مضى قوّته وأنّه لذلك يكون غاصباً، ولو أظهر بجحوده عذراً بنسيان ونحوه لم يضمن إن صدّقه المالك، وإلّا ضمن [٩].

نعم لو كان الجحود لمصلحة الوديعة بأن يقصد به دفع ظالم أو متغلّب ونحو ذلك لم يضمن [١٠].

---

[١] لانقطاع الإذن بالاستنابة في حفظها، وتغيير يد الائتمان حينئذٍ بيد العدوان كما عرفته فيما مضى مفصّلاً.

[٢] لما عرفت من انقطاع الإذن ببقائها بالطلب، فهي حينئذٍ في يده مضمونة عليه.

مضافاً إلى خيانته بجحوده.

[٣] [قاله] في المسالك: «لم يضمن؛ لأنّ الوديعة مبنيّة على الإخفاء، فإنكاره لها بغير طلب يوجب الردّ أقرب إلى الحفظ»[(١)].

[٤] لانقطاع قبولها وديعة حينئذٍ.

[٥] أخذاً بظاهره، إلّا أنّ أصالة البراءة واستصحاب الأمانة وغيرهما يقتضي العدم.

[٦] كما عن التذكرة؛ لأنّه لم يمسكها لنفسه[(٢)]، ولم يقرّ يده عليها بغير رضا المالك، حيث لم يطلبها ومجرّد السؤال لا يبطل الوديعة، ولا يرفع الأمانة بخلاف الطلب.

[٧] لأنّ جحوده يقتضي كون يده ليست عن المالك؛ لأنّ نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث هو لازمه، فلا يكون أميناً عنه.

[٨] كما عن الفخر والكركي[(٣)].

[٩] عملاً بظاهر الحال، وأصالة عدم النسيان، وستسمع في المسألة السابعة في اللواحق ما يؤكّد ذلك.

[١٠] ضرورة بقاء يده على الأمانة، وزيادة الإحسان في الفرض، والله العالم.

---

(١) المسالك ٥: ١٠٦، وفيه: «لم يضرّ» بدل «لم يضمن».
(٢) التذكرة ١٦: ٢٠٦ـ٢٠٧.
(٣) الايضاح ٢: ١١٩. جامع المقاصد ٦: ٣٩.

(**ويضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميّز**) [١] ، سواء كان بأجود أو مساو أو أردأ ، بل لو خلطها بمال للمودع كذلك ضمن أيضاً ، سواء كان وديعة أيضاً عنده أو أمانة أو غصباً [٢] .

نعم [قد قيل] [٣] [لا يضمن مع تمييز المالين إن لم يستلزم المزج تصرفاً آخر غير المزج منهياً عنه ، كما لو كان المال في كيس مختوم ونحو ذلك ، فالضمان المنفي على تقدير الإمتياز من حيث المزج ، وإن أوجبنا الضمان من حيثية أُخرى] ولعلّه كذلك [٤] إن لم نقل بتحقق العدوان في نفس الخلط والمزج ، باعتبار كونه تصرّفاً في الوديعة غير ماهو نائب فيه ، ولا من مقدّماته ، وإلّا ففيه إشكال .

(**وكذا**) يضمن (**لو أودعه مالاً في كيس مختوم**) أو في صندوق مقفل أو مدفوناً (**ففتح ختمه**) وقفله ونبشه وإن لم يكن بقصد أخذ شيء منه .

وكذا ما أشبه الختم في الدلالة على قصد المالك الإخفاء كالخياطة ونحوها [٥] .

هذا كلّه في الختم من المالك .

---

[١] **بلا خلاف أجده ؛ للتعدّي بالتصرّف الذي لا إذن فيه .**

[٢] ومنه يعلم أنّ سبب الضمان العدوان لا الشركة .

[٣] **[قاله] في المسالك وغيرها عدم الضمان مع تمييز المالين : « إن لم يستلزم المزج تصرّفاً آخر غير المزج منهياً عنه ، كما لو كان المال في كيس مختوم ونحو ذلك ، فالضمان المنفي على تقدير الامتياز من حيث المزج ، وإن أوجبنا الضمان من حيثيّة أُخرى »**[1] .

[٤] للأصل .

[٥] **نعم في المسالك ومحكي التذكرة عدم الضمان في حلّ ما يقصد به المنع من الانتشار وإن كان للأخذ ولم يأخذ**[2] . مع إمكان المناقشة فيه ، بأنّهما معاً تصرّف غير مأذون فيه ، فهو تعدّ عمّا هو نائب فيه ، فيضمن أيضاً كما اعترف به في جامع المقاصد[3] .

اللهمّ إلّا أن يقال بكون العدوان الذي يتبعه الضمان خصوص ما يصدق عليه الخيانة عرفاً من التصرّف ، لا مطلقاً وإن أثم به ، باعتبار عدم الإذن فيه .

ولعلّه لذا جزم الأردبيلي فيما حكي عنه بأنّه لا ضمان في شيء من ذلك ، حتى في فتح الختم ؛ للأصل ، وعدم التصرف والتقصير في الحفظ ، ولم يثبت كون هتك الحرز موجباً للضمان ، ولا بدّ له من دليل[4] . وهو جيّد إن لم يكن دليله الإجماع على الضمان بالتعدّي الذي هو التجاوز عمّا يقتضيه إطلاق عقد الوديعة ، وإن لم يصدق به الخيانة أو أنّها تتحقّق به .

مضافاً إلى ما يمكن دعوى استفادته من نصوص الرهن والمضاربة[5] من الضمان بالتعدّي مطلقاً .

---

(١) المسالك ٥ : ١٠٨ .
(٢) المسالك ٥ : ١٠٨ . التذكرة ١٦ : ١٥٩ .
(٣) جامع المقاصد ٦ : ١٨ .
(٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٣٣١ .
(٥) انظر الوسائل ١٨ : ٣٩٠ ، ب٧ من الرهن . و١٩ : ١٥ ، ب١ من المضاربة .

أمّا إذا كان من الوديع ففتحه لم يضمن [١]، إلّا إذا كان بأمر المالك بعد الاستيداع أو قبله، فانّه كختم المالك [٢]، وأمّا الظرف ففي ضمانه وجهان [٣].

(**وكذا**) [المختار الضمان] [٤] أيضاً فيما (**لو أودعه كيسين فمزجهما**) بآخر حتى مع اتحاد المالك [٥].

هذا كلّه إذا كان الكيسان للمودع، أمّا إذا كانا للوديع فلا ضمان مع بقاء التمييز؛ لأنّ له نقل الوديعة من محلّ إلى غيره، وله تفريغ ملكه، ولا يتعيّن عليه الحفظ فيما وضع فيه أوّلاً.

ولو أتلف بعض الوديعة المتّصل ضمن الباقي، كما لو قطع يد العبد وبعض الثوب ولو كان منفصلاً أو الإتلاف خطأ فـ [ـقد قيل] [٦] [ضمنه خاصّة].

وقد يشكل مع صدق الاتحاد عرفاً بتحقق الخيانة.

---

[١] **على ما صرّح به غير واحد.**

[٢] **ومن ذلك يعلم الحال فيما قيل: من أنّ المراد بالضمان في المتن وغيره ضمان المظروف[١]، كما صرّح به جماعة.**

[٣] **واستقرب في التذكرة العدم؛ لأنّه لم يقصد الخيانة في الظرف[٢]، مع أنّه حكي عنها التوقّف في الضمان بعدّ الدراهم الغير المختومة أو وزنها أو ذرع الثوب من أنّه تصرّف في الوديعة، ومن أنّه لم يقصد الخيانة[٣] وردّ بأنّ المعتبر في الضمان التعدّي بالتصرف في الوديعة بما لا يقتضيه إطلاق عقدها لا قصد الخيانة.** ولا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرنا وجه الكلام في المسألة.

ومنه يعلم ما عن المبسوط والتذكرة والتحرير[٤]، وفي المسالك من أنّه « لو خرق الكيس فإن كان الخرق تحت موضع الختم فهو كفضّ الختم، وإن كان فوقه لم يضمن إلّا نقصان الخرق »[٥].

[٤] [كما] يعلم منه [= ممّا تقدّم] الحال [في ذلك].

[٥] **بل في المسالك: « يمكن إرادة تعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج لاستلزامه التصرّف في المالين بغير إذن المالك، حيث اقتضى إخراج أحدهما من كيسه وصبّه على الآخر. والظاهر أنّه يضمن المخرج مطلقاً، وأمّا الأخير فإن كان مختوماً ضمنه، وإلّا فلا مع بقاء التمييز؛ لأنّه لم يحدث فيه تصرّفاً ممنوعاً منه مع احتمال الضمان [مطلقاً]. وهو قول لبعض الأصحاب »[٦].**

قلت: قد عرفت الوجه في جميع ذلك، وربّما كان في كلامه هنا منافاة لما ذكره سابقاً في الخلط.

[٦] **[قاله] في القواعد: « ضمنه خاصة كما لو أخرج بعض الدراهم »[٧].**

---

(١)(٥) المسالك ٥: ١٠٨.

(٢)(٣) التذكرة ١٦: ١٥٩.

(٤) المبسوط ٤: ١٣٥. التذكرة ١٦: ١٥٩. التحرير ٣: ١٩٤.

(٦) المسالك ٥: ١٠٩.

(٧) القواعد ٢: ١٨٤.

بل قد يدّعى أنّ المدار في الاتحاد إيداع الجميع بعقد واحد، إلّا أنّه لا يخلو من بحث، والله العالم.

(وكذا) يضمن الأمين على الدابّة مثلاً (لو أمره بإجارتها لحمل[1] أخفّ فآجرها لأثقل أو لأسهل فآجرها لأشقّ كالقطن والحديد) [١].

(ولو جعلها المالك في حرز مقفّل ثمّ أودعها ففتح المودع الحرز وأخذ بعضها ضمن الجميع) [٢].

(ولو لم تكن مودعة في حرز أو كانت مودعة في حرز للمودَع) بفتح الدال (فأخذ بعضها ضمن ما أخذ) خاصّة بأخذه وإن لم يصرفه [٣].

لكن قد تقدّم ما يعلم منه البحث في ذلك، كما أنّه قد تقدّم ما يعلم منه حكم الشدّ بأمر المالك بعد الاستيداع وقبله، وحكم نيّة الأخذ من الوديعة في الأثناء والابتداء [٤].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال**؛ لصدق التعدّي والخيانة.

بل في المسالك: احتمال تحققه بمجرّد العقد لتسليطه على الانتفاع العدواني فيخرج عن كونه أميناً كما يضمن بجحوده، بل بمجرّد نيّته على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان[2]. وإن كان لا يخفى عليك مافيه بعد الإحاطة بما ذكرناه سابقاً. كما أنّه لا يخفى عليك ما ذكره أيضاً فيها من أنّ «المضمون على تقدير المخالفة هو الجميع على التقديرين؛ لتحقق العدوان في ذلك الانتفاع، مع احتمال التقسيط خصوصاً في حمل الأثقل؛ لأنّ القدر المأذون فيه ليس بمضمون، وإنّما التعدّي بالزائد فيقسط الزائد عليهما، وعلى هذا فيعتبر في الآخر ما يساوي المأذون من الضرر، مع احتمال ضمان الجميع هنا وإن قلنا به ثمّ؛ لأنّ مجموع الحمل مغاير للمأذون، بخلاف الأثقل إذا كان الثقل مستنداً إلى زيادة المقدار مع اتّحاد الجنس، كما لو أذن له في حمل قفيز فآجرها لقفيزين»[3]؛ ضرورة كون مراد المصنّف ضمان نفس العين التي لا ينبغي التوقّف في ضمانها أجمع بالتعدّي المزبور. وأمّا المنفعة فللبحث فيها مقام آخر، والله العالم.

[٢] لصدق التعدّي والخيانة بذلك، بل قد عرفت تحققهما بالفتح وإن لم يكن للأخذ.

بل ربّما قيل بذلك بنيّة الأخذ.

[٣] لصدق التعدّي والخيانة فيه دون غيره، والفتح إنّما هو في ملكه، ولا أقلّ من الشكّ، والأصل بمعانيه عدم الضمان.

[٤] **لكن في المسالك هنا: «أنّه لو نوى التصرّف في الوديعة عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مطلقاً؛ لأنّه لم يقبضها على وجه الأمانة، بل على سبيل الخيانة، وفي تأثير النيّة في استدامة الأخذ كما تؤثّر في ابتدائه وجهان، من ثبوت اليد في الموضعين مقروناً بالنيّة الموجب للضمان، ومن أنّه لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة، والشكّ في تأثير مجرّد القصد في الضمان، وتردّد في التذكرة، ويتحقق ذلك في صور.**

منها: أن ينوي الأخذ ولم يأخذ أو الاستعمال ولم يستعمل، أو أن لا يردّ الوديعة إذا طلب المالك، ولم يتلفّظ بالجحود وغير ذلك، وقد جزم المصنّف فيما سبق بأنّه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرّد النيّة»[4].

---

(١) في الشرائع: «بحمل».

(٢)(٣) المسالك ٥: ١٠٩ـ١١٠.

(٤) المسالك ٥: ١١٠ـ١١١.

قلت : لكن قد عرفت الفرق بين العزم على الانتفاع مع بقاء القبض عن المالك وبينه مع نيّة كون القبض له ، [فيضمن في الثاني دون الأوّل] [١].

(و) على كلّ حال (**لو أعاد بدله لم يبرأ**) إلّا مع إجازة المالك [٢] (و) حينئذٍ فـ(**لو أعاده ومزجه بالباقي ضمن ما أخذه**) خاصّة مع التمييز ، بل الجميع في وجه تقدّم سابقاً .

(و) أمّا (**لو أعاد بدله ومزجه ببقية الوديعة مزجاً لا يتميّز ضمن الجميع**) قطعاً [٣]. ولو أعاد عين المأخوذ لم يزل الضمان عنه ، كما لم يزل بالرجوع عن كلّ تفريطٍ وتعدٍّ ، ولا يتعدّى إلى الباقي وإن مزجه بحيث لا يتميّز [٤].

وعلى هذا لو كان الجميع عشرة دراهم وأخذ منها درهماً ثمّ ردّه إليها وتلف [الجميع] بغير تفريط لم يلزمه إلّا درهم ، ولو تلف منها خمسة لزمه نصف درهم ، وهكذا [٥] ، هذا .

والظاهر أنّه لا فرق في جميع ما ذكرنا بين الأخذ بقصد العدوان وبينه بقصد القرض بعد فرض عدم جوازه له ؛ لعدم الإذن ولو فحوى [٦].

---

[١] ضرورة تحقق الغصب في الثاني ، كما اعترف به في القواعد وجامع المقاصد[1] وغيرهما ، بخلاف الأوّل .

[٢] لعدم صيرورته بدلاً بدون قبض المالك .

[٣] لما سمعته من تحقق التعدّي بذلك .

[٤] لأنّ الجميع مال المالك ، غايته أنّ بعضه مضمون ، وبعضه غير مضمون ؛ ولأنّ هذا الاختلاط كان حاصلاً قبل الأخذ .

[٥] قلت : قد يتوقّف في تنقيح قاعدة تقتضي ذلك ، اللّهمّ إلّا أن تكون هي قاعدة الاشتراك في الملك بالمزج القهري ، وفي العين بقيام الاحتمال لكلّ منهما [= احتمال كون التلف من الودعي والمستودع] مع عدم الترجيح وإلّا فقاعدة « على اليد » تقتضي ضمان المأخوذ حتى يعلم أداؤه إلى مالكه ، فيلزمه حينئذٍ ضمان الدرهم مع تلف الخمسة أيضاً ؛ لعدم العلم بالأداء مع دفع الباقي إلى المالك .

[٦] لكن في خبر الخثعمي عن الصادق عليه السلام : قلت له : الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن صاحبه ، فقال : « لا يأخذ إلّا أن يكون له إذن ، قال : قلت : أرأيت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه ؟ قال : نعم »[2] .

وفي خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام المروي عن قرب الإسناد ومستطرفات السرائر : سألته عن رجل كانت عنده وديعة لرجل فاحتاج إليها هل يصلح له أن يأخذ منها وهو مجمع أن يردّها بغير إذن صاحبها ؟ قال : « إذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذه ويردّه »[3] إلّا أنّه لم أجد عاملاً بشيء منهما ؛ لمنافاتهما أُصول المذهب ؛ ضرورة عدم اقتضاء عقد الوديعة الوكالة في القرض والاستيفاء ، فلا محيص عن طرحهما أو حملهما على الفحوى أو نحو ذلك ، والله العالم .

---

(١) القواعد ٢ : ١٨٤ . جامع المقاصد ٦ : ١٣ .

(٢) الوسائل ١٩ : ٨٦ ، ب٨ من الوديعة ، ح١ ، وفيه : « له وفاء » بدل « له إذن » .

(٣) قرب الإسناد : ٢٨٤ ، ح١١٢٤ . السرائر ٣ : ٥٧٣ ـ ٥٧٤ . الوسائل ١٩ : ٨٦ ، ب٨ من الوديعة ، ح٢ ، وفيه : « يأخذ » بدل « يأخذه » .

[لواحق الوديعة]:

الأمر (**الثالث : في اللواحق**) :

(**وفيه مسائل**) :

[حكم السفر بالوديعة إذا خيف تلفها]:

(**الأُولى : يجوز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامة**) وقد تعذّر الردّ إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو الإيداع إلى الأمين ، أو لا يرتفع الخوف عليها به [بالرد فيجوز السفر أيضاً] [١].

(**ثمّ**) إنّه على كلّ حال (**لا يضمن**) لعدم كونه متعدّياً ومفرطاً في هذا الحال ، (**و**) لكن (**لا يجوز السفر بها**) حينئذٍ (**مع ظهور أمارة الخوف**) [٢].

(**و**) حينئذٍ فـ(**لو سافر والحال هذه ضمن**) [٣]. نعم لو فرض كونه في هذا الحال أحرز لها من البقاء ارتفع الضمان حينئذٍ .

المسألة (**الثانية : لا يبرأ المودع إلّا بردّها إلى المالك أو وكيله**) العامّ أو الخاصّ (**فإن فقدهما فإلى الحاكم**) الذي هو وليّ الغائب في حفظ ماله .

لكن (**مع العذر**) للوديع كالعجز عن حفظها ، أو عرض له خوف يفتقر معه إلى السير المنافي لرعايتها ، أو خاف عليها من السرق أو الحرق أو النهب أو نحو ذلك من الضروريات . (**ومع عدم العذر**) لم يجز له دفعها ، فلو دفعها حينئذٍ (**يضمن**) [٤].

ولكن قد يقال : إن لم يكن اجماعاً بعد جواز فسخ الوديعة له في كلّ وقت ، وحينئذٍ تكون أمانة شرعية في يده يجب ردّها على المالك أو وكيله أو وليّه وهو الحاكم وإن لم يكن ضرورة ، بل قد عرفت سابقاً [٥] جواز السفر

---

[١] **بل قيل : إنّه يجب عليه السفر بها حينئذٍ**[1] ، وقد عرفت البحث فيه سابقاً .

[٢] ضرورة عدم كونه حفظاً لها ؛ إذ السفر في نفسه مخاطرة ، كما قال النبي صلى الله عليه وآله : « المسافر وماله على تلف إلّا أن يشاء الله »[2] .

[٣] للتعدّي والتفريط .

[٤] لأنّ المالك لم يرض ببيد غيره ، والفرض عدم الضرورة لإخراجها من يده ، فيجب عليه حينئذٍ حفظها إلى أن يجد المالك ، أو يتجدّد له عذر .

وفي المسالك : « هكذا ذكره الأصحاب ولا نعلم فيه خلافاً بينهم ، ووافقهم جماعة من العامّة »[3] .

[٥] [وذلك] من إطلاق كلامهم بل هو صريح بعضهم[4] .

---

(١) المسالك ٥ : ١١٢ ـ ١١٣ .

(٢) كشف الخفاء (للعجلوني) ١ : ٢٢٥ ، ح ٧٨٠ ، و ١٤٣ ، ١٨٣ ، ح ٢١٠ ، ٢٢٨٧ ، مع اختلاف .

(٣) المسالك ٥ : ١١٤ .

(٤) التذكرة ١٦ : ١٦٩ .

عنها وإن لم يكن لضرورة إلّا أنّه يدفعها إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو العدل [١].

[ردّ المودع وبراءته]:

وعلى كلّ حال فحيث يجوز دفعها إلى الحاكم هل يجب عليه القبول ؛ لأنّه وليّ الغائب ومنصوب للمصالح أو لا ؟ [٢]. ولعلّ الأوّل أقوى.

وكذا لو حمل إليه المديون الدين مع غيبة المدين والمغصوب ونحو ذلك.

(ولو فقد الحاكم وخشي تلفها) مثلاً **(جاز إيداعها من ثقة ولو تلفت لم يضمن)** لعدم صدق التعدّي والتفريط في الفرض الذي هو أحد أفراد الحفظ المأمور به في هذا الحال.

لكن قد عرفت فيما مضى أنّ ذلك فسخ للوديعة والدفع إلى العدل باعتبار قيامه مقام الحاكم في الحسب ، أو أنّها باقية على الوديعة عنده ولكن جاز له إن وجب عليه حفظها بهذا الطريق في هذا الحال وإن لم يجز اختياراً. وكذا الكلام في :

[لو دفعها إلى الثقة مع قدرته على الحاكم]:

المسألة (**الثالثة :**) التي هي **(لو قدر على الحاكم فدفعها إلى الثقة ضمن)** [٣].

[حكم ما لو أراد السفر فدفنها]:

المسألة (**الرابعة :**) وهي **(إذا أراد السفر فدفنها)** في حرز أو غيره أعلم بها العدل أو لا [قال المصنّف :] **(ضمن إلّا أن يخشى المعاجلة)** [٥].

---

[١] بل قد عرفت أيضاً غير ذلك ممّا يظهر بعد التأمل في ملاحظة ما في كلام الأصحاب من التشويش في جملة من الأُمور ، فلاحظ وتأمّل.

[٢] للأصل.

[٣] ضرورة مرجع الجميع إلى وجوب هذا الترتيب ، وقد قدّمنا سابقاً ما يستفاد منه التوقّف في وجوب ردّها مع السفر على الوجه المزبور ، وأنّ السيرة والطريقة على خلاف ذلك ، بل قد يقال حتى لو كان المالك حاضراً ولم يطلبها.

وما يستفاد منه أيضاً عدم اعتبار كون السفر ضرورياً ، وأنّ الردّ إلى العدل مع فرض عدم كونه لقيامه مقام الحاكم ، كما هو صريح ما سمعته سابقاً من المسالك بل وغيرها. لا دليل على وجوب تعيّنه.

ضرورة كونه حينئذٍ أحد أفراد الحفظ المخيّر فيها في هذا الحال بعد فرض جواز السفر له ، بل ربّما يتفق الأحرز منه وبهذا يظهر لك النظر في [المسألة الرابعة الآتية].

[٤] **كما في القواعد والإرشاد**(١) ؛ ضرورة ابتناء ذلك على ما سمعته من وجوب الردّ على الترتيب المزبور ، والدفن مناف له ، والاعلام ليس ردّاً ولا إيداعاً.

وفيه ما عرفت من عدم الدليل على إيداع العدل بخصوصه ، بل هو أحد أفراد الحفظ.

---

(١) القواعد ٢ : ١٨٥ . الإرشاد ١ : ٤٣٨ .

[ولكن لا دليل على إيداع العدل بخصوصه، بل هو أحد أفراد الحفظ أيضاً فلا يضمن].

كما أنّه لو خشي المعاجلة، أي خاف عليها من معاجلة السارق والظالم لم يضمن حينئذٍ بالدفن المراعى مقدار ما يتمكّن منه من الحرزية والإعلام ونحوهما؛ لا نحصار طريق حفظها حينئذٍ بذلك. وكذا لو كان السفر ضرورياً له وخاف معاجلة الرفقة فدفنها مراعياً ماسمعت بعد تعذّر ما وجب عليه من الردّ على الوجه المزبور.

ولكن قد تقدّم لك ما يعرف منه وجه النظر في ذلك، والله العالم.

[حكم ما لو أعاد الوديعة بعد التفريط]:

المسألة (**الخامسة: إذا أعاد الوديعة بعد التفريط**) أو التعدي بأن لبس الثوب ثمّ نزعه (**إلى الحرز لم يبرأ**) من الضمان [١].

(**ولو جدّد المالك له الاستئمان**) بأن فسخ العقد السابق ورجع المال إلى يده ثمّ أودعه جديداً أو قلنا بكفاية تجديد العقد وإن لم يرجع المال إلى يده على حسب ماسمعته في رهن المغصوب (**برأ**) من الضمان أيضاً بلا إشكال. وأمّا لو قال: أذنت لك في حفظها أو أودعتكها أو استأمنتك عليها أو نحو ذلك مع عدم فسخ العقد الأوّل فالأقوى عدم البراءة من الضمان [٢].

(**وكذا [برأ] لو أبرأه من الضمان**) ولكن فيه إشكال [٣].

---

[١] للأصل وغيره.

[٢] للأصل، وعدم صيرورته وديعة جديدة بذلك؛ إذ هو بالتفريط السابق لم ينفسخ عقد أمانته، ولم يرتفع الإذن له في حفظها، وإنّما صارت به وديعة مضمونة. فما في المسالك من توجيه عدم الضمان بأنّه إنّما كان لحق المالك وقد رضا بسقوطه بإحداثه ما يقتضي الأمانة[1] لا يخفى ما فيه، كما أنّ قوله فيها أيضاً: «ويمكن بناء ما نحن فيه على مسألة أنّ الغاصب إذا استودع هل يزول الضمان عنه أم لا؟». كذلك أيضاً؛ لما عرفت من عدم انفساخ العقد الأوّل المقتضي لبقائها وديعة مضمونة بالسبب الذي اقتضى الضمان، لا الفسخ. بل وكذا ما ذكره فيها أخيراً من أنّ الأقوى هنا زوال الضمان؛ لأنّ المستودع نائب عن المالك، فكان يده كيده وقبضه لمصلحته في الحفظ، فكان المال في يده بمنزلة ما إذا كان في يد المالك، بخلاف الرهن؛ ضرورة اتحاد الرهن والوديعة من حيث النيابة عن المالك في الحفظ فالمتجه حينئذٍ ما عرفت، إلّا أن يراد بذلك البراءة من الضمان، وحينئذٍ يكون ذلك من القسم الثالث الذي أشار إليه المصنف بقوله: [وكذا...].

[٣] بعدم دليل صالح لقطع أصالة الضمان؛ ضرورة عدم ثبوت مال في الذمّة يكون مورداً للإبراء، فإنّ المراد من الضمان اشتغال ذمّته لو تلفت بالمثل أو القيمة. فهو كما لو قال للغاصب: أبرأتك من ضمان المال المغصوب في يدك ونحوه ممّا هو إبراء عمّا لم يجب بعد. ودعوى كون المراد من الإبراء إسقاط الحقّ الذي هو تأهّل الذمة للاشتغال على تقدير التلف. يدفعها: منع سقوطه بذلك؛ للأصل، ولظاهر ما دلّ على سببيّة الضمان الشامل لصورة الإسقاط السالم عن معارضة ما يقتضي صحّة هذا الإسقاط على وجه يترتّب عليه السقوط لمثل ما نحن فيه، المحتمل كونه كحقّ التحجير ونحوه، والله العالم.

---

(١) المسالك ٥: ١١٦.

(و) كيف كان فـ(لو أُكره على دفعها إلى غير المالك دفعها ولا ضمان) [١].

[حكم ما لو أنكر الوديعة ثمّ ادعى التلف ولا بيّنة]:

المسألة (السادسة: إذا أنكر الوديعة أو اعترف وادّعى التلف أو ادّعى الردّ ولا بيّنة فالقول قوله) [٢]، سواء أسنده إلى سبب أو لا، وسواء كان ظاهراً كالغرق والحرق، أو خفياً كالسرقة ونحوها [٣].

---

[١] **وفاقاً للمشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً**؛ لضعف المباشرة وقوّة السبب، ولأصالة البراءة، وللضرر بترك التسليم، فيباح له شرعاً، ويكون مندرجاً في نبويّ الرفع[١]، المقتضي رفع الحكم وضعاً وتكليفاً إلّا ما خرج. **خلافاً للمحكي عن أبي الصلاح فأوجب الضمان**[٢]. لكونه متلفاً؛ إذ الفرض أنّه باشر الدفع بنفسه، لا أنّ المكره باشر الأخذ فيشمله عموم من أتلف[٣]، ونحوه، وإن كان له الرجوع على المكره باعتبار قوّته، فقرار الضمان عليه. لكن قد يشكّ في تناول الأدلّة لمثل الفرض الذي هو فيه من المحسنين الذين لم يجعل الله عليهم سبيلاً، فضلاً عن الضرر البيّن حال عدم التسلّط على المكره، وقد تقدّم سابقاً الكلام في المسألة في الجملة، والله العالم.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال في الأوّل**؛ لعموم «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر». وعلى المشهور في الثاني شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً.

[٣] **بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا**[٤]، **بل لم يحك الخلاف فيه إلّا من الشيخ في المبسوط، فلم يقبل قوله إلّا بالبيّنة في التلف بأمر ظاهر**[٥]؛ لعموم البيّنة. لكن رماه بعضهم بالشذوذ[٦]، والعموم المزبور يجب تخصيصه بالإجماع الظاهر، أو المحقق المحكي أو المحصّل. والمرسل في المقنع عن الصادق عليه السلام: عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال: «نعم ولا يمين عليه»[٧]. ولأنّه أمين محسن، قابض لمصلحة المالك فهو أولى من المضارب الذي قد يظهر من جملة من النصوص المفروغيّة من تصديقه في ذلك، ولذا احتيل للاستيثاق بجعل المال بعضه قرضاً. مضافاً إلى قول أبي جعفر عليه السلام: «لم يخنك الأمين، ولكن ائتمنت الخائن»[٨]. بناء على أنّ المراد من هذا وشبهه الحكم شرعاً بعدم خيانة كلّ أمين لك، وأنّه متى ائتمنته كان غير خائن لك شرعاً، ولكن إذا خوّنته فاللوم عليك حيث إنك ائتمنت الخائن بزعمك. وإلى قول الصادق عليه السلام في خبر مسعدة بن صدقة: «ليس لك أن تأتمن من خانك، ولا تتّهم من ائتمنت»[٩]. وخبر مسعدة بن زياد عنه عن أبيه، أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «ليس لك أن تتّهم من قد ائتمنته، ولا تأتمن الخائن وقد جرّبته»[١٠] فتأمّل. بل عن أبي علي وأبي الصلاح: أنّه لا يمين عليه إلّا مع التهمة[١١]؛ للمرسل: «لا يمين عليه إذا كان ثقة غير مرتاب»[١٢]. **بل عن الصدوق والشيخ في النهاية وابن حمزة: أنّه لا يمين عليه مطلقاً**[١٣]. بل في الفقيه: قضى مشايخنا رضا الله عنهم على أنّ قول المودع مقبول فإنّه مؤتمن ولا يمين عليه[١٤]. ولكن الأقوى الأوّل؛ لقاعدة انحصار ثبوت الدعوى بالبيّنة واليمين.

---

(١) انظر الوسائل ١٥: ٣٦٩، ب٥٦ من جهاد النفس.
(٢) (٦) الكافي: ٢٣٠. الرياض ٩: ١٦٦.
(٣) انظر الوسائل ٢٧: ٣٢٧، ب١١ من الشهادات.
(٤) (٥) التذكرة ١٦: ٢١٢. المبسوط ٤: ١٤١.
(٧) المقنع: ٣٨٦. الوسائل ١٩: ٨٠، ب٤ من الوديعة، ح٧.
(٨) الوسائل ١٩: ٨٨، ب٩ من الوديعة، ح٤.
(٩) (١٠) الوسائل ١٩: ٨١، ب٤ من الوديعة، ح٩، ١٠.
(١١) نقله عن أبي علي في المختلف ٦: ٦١. الكافي: ٢٣١.
(١٢) أورده في الغنية: ٢٨٤.
(١٣) نقله في المختلف ٦: ٦١. النهاية: ٤٣٦. الوسيلة: ٢٧٥.
(١٤) الفقيه ٣: ٣٠٥، ذيل الحديث ٤٠٩٢.

[ولكن الأقوى مع اليمين في دعوى التلف].

وكذا يصدّق لو ادّعى الردّ إلى المالك أو وكيله [١].

نعم لا يقبل قوله في ذلك في الردّ على الوارث ؛ لأنّه لم يأتمنه.

(و) على كلّ حال فـ (**للمالك**) حينئذٍ (**إحلافه على الأشبه**) [٢].

(**أمّا لو دفعها إلى غير المالك وادّعى الإذن**) من المالك في ذلك (**فأنكر**) المالك فلا ريب (**فـ**) ـي أنّ (**القول قول المالك مع يمينه**) [٣]. ثمّ المدفوع إليه إن كذّبه فالقول قوله أيضاً [٤]، وإن صدّقه ردّت العين إن كانت باقية، وإن كانت تالفة كان المالك بالخيار بين الرجوع على من شاء منهما.

(**ولو صدّقه**) أي المالك (**على الإذن**) وأنكر التسليم فكدعوى الردّ الذي عرفت الحال فيه [٥]. وأمّا لو صدّقه على التسليم أيضاً لمن أذن له (**لم يضمن**) الوديع بإنكار المأذون (**وإن ترك الإشهاد على الأشبه**) [٦].

[حكم ما لو أقام المالك البيّنة على الوديعة بعد الإنكار فصدّقها ثمّ ادعى التلف قبل الإنكار]:

المسألة (**السابعة : إذا أقام المالك البينة على الوديعة بعد الإنكار**) لأصل الإيداع (**فصدّقها ثمّ ادّعى التلف قبل الإنكار لم تسمع دعواه**) المنافية لإنكاره الأوّل [٧]. ١٤٩/٢٧

ولا يتوجّه له يمين ولا إقامة بيّنة بعد أن كذّبها بإنكاره الأوّل و (**لأ**)نّه قد حصل منه بانكاره سبب ا (**شتغال ذمّته بالضمان**) فلا تسمع دعواه [٨].

---

[١] **على المشهور ، بل عن جماعة الإجماع عليه** ، بل أرسلوه في غير المقام إرسال المسلّمات ، وهو الحجّة . مضافاً إلى كونه أميناً ، وإلى غير ذلك ممّا سمعته في دعوى التلف ممّا يمكن إجراؤه هنا .

فما في القواعد[1] **وغيرها من النظر في ذلك** ، في غير محلّه .

[٢] بأُصول المذهب وقواعده .

[٣] لعموم قوله : « البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر » الذي هو المالك هنا ؛ لأنّه هو الموافق للأصل .

[٤] لأن الأصل عدم الدفع .

[٥] ضرورة كونه حينئذٍ وكيلاً ، ودعوى الردّ عليه كدعوى الردّ على الموكّل .

[٦] بأُصول المذهب وقواعده ، حتى لو قلنا به بالنسبة إلى وفاء الدين ؛ لأنّ مبنى الوديعة على الإخفاء .

وفي المسالك عن بعضهم الضمان في الدين والوديعة ، كما عن آخر نفيه فيهما[2] .

ولعلّه لا يخلو من قوّة ؛ لعدم تحقق التفريط ، والله العالم .

[٧] الذي هو بمنزلة الإقرار بالنسبة إلى ذلك في حقه فيتناقض حينئذٍ كلاماه .

[٨] لكونه كالإقرار منه بالضمان ثمّ الرجوع عنه .

---

(١) القواعد ٢ : ١٩٠ .

(٢) المسالك ٥ : ١١٩ ـ ١٢٠ .

ولكن في المتن (**ولو قيل : تسمع دعواه وتقبل بيّنته كان حسناً**) [١] [وفيه إشكال].

---

[١] لعموم قوله : « البيّنة على المدّعي » ، ولجواز استناده إلى النسيان ، **بل عن الفاضل في التذكرة اختياره**[١] . **كما عنه في المختلف : أنّه لا تسمع يمينه ، ولا تقبل بيّنته ، لكن له إحلاف الغريم**[٢] ، وهو نوع من سماع دعواه . فيكون في المسألة أقوال ثلاثة ، إلّا أنّه لا يخفى عليك مافي الأخيرين المنافيين لأصالة عدم النسيان .

وفي المسالك : « أنّ فيها قولاً رابعاً ، وهو أنّه إن أظهر لإنكاره تأويلاً كقوله : ليس لك عندي وديعة يلزمني ردّها أو ضمانها ونحو ذلك ، قبلت دعواه ، وسمعت بيّنته ، وإن لم يظهر له تأويلاً لم يقبل»[٣] . **وعن الشهيد الأول اختياره**[٤] .

ولكن فيه أنّه خروج عن مفروض المسألة بناء على إرادة إبراز دعواه بالعبارة المزبورة ، وإن كان المراد إظهار التأويل بعد أن ذكر العبارة التي ظاهرها إنكار أصل الإيداع لم يسمع ذلك منه ، عملاً بظاهر كلامه . **ومن هنا قال في المسالك بعد أن ذكر الأقوال أجمع : « هذا كلّه إذا كان الجحود بإنكار أصل الإيداع ، أمّا لو كانت صورته : لا يلزمني شيء أو لا يلزمني تسليم شيء إليك ، أو مالك عندي وديعة أو ليس لك عندي شيء فقامت البيّنة بها فادعى التلف أو الردّ سمعت دعواه وبيّنته ؛ لعدم التناقض بين كلاميه »**[٥] .

ونحوه ما في القواعد قال : « وإن أُقيمت عليه البيّنة فادّعى الردّ أو التلف من قبل ، فإن كان صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بيّنة ، ولا معها على الأقوى ؛ لتناقض كلاميه ، وإن كان صيغة الجحود « لا يلزمني شيء » قبل قوله في الردّ والتلف مع البيّنة ، وبدونها في الأخير ، وفي الأوّل على رأي ، ولو أقرّ ربّها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان ، وفي سماع بيّنته بذلك إشكال ، نعم تقبل لو شهدت بالإقرار »[٦] . والظاهر أنّ قوله : « وفي سماع » تكرار لما ذكره أوّلاً .

وقال في الإرشاد في باب الوكالة : « ولو ادّعى على الوكيل قبض الثمن فجحد فأقام بيّنة على القبض فادّعى تلفاً أو ردّاً قبل الجحود لم يقبل قوله ؛ لخيانته ، ولا بيّنته ، لعدم سماع دعواه . ولو ادّعى بعد الجحود ردّاً سمعت دعواه ، ولا يصدّق لخيانته وتسمع بيّنته ، ولو ادّعى التلف صدّق للبراءة من العين ، ولكنّه خائن فيلزمه الضمان »[٧] . وهو جيّد جدّاً إلّا في الأخير المبنيّ على تصديق الغاصب في تلف العين ، وقد ذكرنا البحث فيه سابقاً . وعلى كلّ حال فمن التأمّل فيما ذكرناه يظهر لك **ما في المسالك فانّه قال : « وحيث قلنا بقبول بيّنته إن شهدت بتلفها قبل الجحود برئ من الضمان ، وإن شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود ، ومنع المالك عنها »**[٨] . إذ ظاهره أنّ دعواه التلف بعد الجحود من المسألة السابقة بالنسبة إلى قبول بيّنته وعدمها . ولا يخفى عليك خروجها عن ذلك ؛ إذ لا إشكال في قبولها بالردّ والتلف كما سمعته من الإرشاد بل هو واضح ، والله العالم .

---

(١) التذكرة ١٦ : ٢٠٧ .
(٢) المختلف ٦ : ٦٨ .
(٣) (٥) (٨) المسالك ٥ : ١٢١ .
(٤) نقله في الروضة ٤ : ٢٤٩ ، والمسالك ٥ : ١٢١ .
(٦) القواعد ٢ : ١٨٨ ـ ١٨٩ .
(٧) الإرشاد ١ : ٤٢٠ .

[لو اودع ولم يعين له حرزاً مخصوصاً]:

المسألة (**الثامنة**) : إذا أودع ولم يعيّن له حرزاً مخصوصاً وجبت المبادرة إلى حرزها المعتاد المتعارف .

و(**إذا عيّن له حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادرة إليه بما جرت العادة**) في المسارعة للوصول إليه ، مع فرض عدم القرينة الدالّة على خلاف ذلك [١] .

وحينئذٍ (**فإن أخّر**) عن ذلك (**مع التمكّن**) عقلاً وشرعاً بل وعادة ، على معنى مراعاة المبادرة إليه عادة نحو ما سمعته في فورية أدائها عند طلب المالك لها (**ضمن**) [٢] بالتعدّي بالوضع في غير ما عيّنه له المالك ، بل الأقوى بقاؤه على الضمان وإن وضعه بعد ذلك بالحرز .

مع احتمال عدمه حينئذٍ [٣] .

كما أنّه قد يقوى الضمان في كلّ فرد شكّ في تحقّق المبادرة به [٤] .

مع احتمال عدمه [٥] .

(**ولو سلّمها إلى زوجته**) على وجه الاستقلال بها أو الشركة أو ولده أو خادمه أو غيرهم (**لتحرزها**) ولو في ذلك المكان إلّا أن تكون كالآلة للمشاهدة منه ونحوها (**ضمن**) [٦] .

اللهمّ إلّا أن يكون هناك قرائن حالية أو مقالية تدلّ على ذلك [٧] .

[حكم ما لو اعترف بالوديعة ثمّ مات وجهلت عينها]:

المسألة (**التاسعة : إذا اعترف بالوديعة ثمّ مات و**) لكن قد (**جهلت عينها**) بالخصوص لتعدّد أفرادها (**قيل : تخرج**) الوديعة قيمةً أو مثلاً (**من أصل التركة**[1]) [٨] .

(**و**) حينئذٍ فـ(**لو كان له غرماء وضاقت**[2] **التركة حاصّهم المستودع و**) . لكن [٩] [تقدم] عند قوله : « **وإذا**

---

[١] لعدم الإذن في وضعها في غيره زائداً على ذلك .

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال .**

[٣] **بل عن بعضهم القول به**[3] .

إلّا أنّ استصحاب الضمان بالسبب الأوّل شاهد للأوّل .

[٤] لعدم معلوميّة الإذن معه .

[٥] للأصل .

[٦] لعدم الإذن له في ذلك .

[٧] والتوكيل عنه في ذلك مع عدم الإذن من المالك في وضع يد الغير عليها لا وجه له .

[٨] على نحو غيرها من الديون ؛ لتحقق ضمانها بعدم تعيّنها المصيّر لها بمنزلة التالفة .

[٩] [كما] لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه سابقاً .

---

(١)(٢) في الشرائع : « تركته » ، « فضاقت » .

(٣) لم نعثر عليه .

ظهر للمودع أمارة الموت » ما (فيه) من (تردّد) وبحث ونظر [١].

[حكم ما لو كان في يده وديعه فادعاها اثنان]:

المسألة (**العاشرة : إذا كان في يده وديعة فادعاها اثنان فإن صدّق أحدهما قبل**) وأُحلف للآخر على البت . كما أنّه يحلف المقرّ له أيضاً ، فيستقرّ حينئذٍ ملكه على العين .

وإن نكل الودعي عن اليمين أُحلف المدعي إن لم يقض بالنكول وأغرم له المثل أو القيمة وقت الإقرار أو وقت الحلف على الأقوى ، بناء على أنّ اليمين المردودة كالإقرار أو أصل برأسه [٢].

ولو أقرّ بها لهما على سبيل الاشتراك فقد كذّب كلّ واحد منهما في دعوى الجميع وصدّقه في البعض فيقسّم بينهما ، ويكون حكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة إلى الودعي وبالنسبة إليهما ، ويبقى النزاع بينهما في النصف ، فإن حلفا أو نكلا قسّم بينهما ، وإن حلف أحدهما خاصّة قضي له به ، ولا خصومة للناكل مع الودعي .

---

[١] إذا كان المراد من المتن وما شابهه الحكم بالضمان بمجرّد الاعتراف بها ، من احتمال الردّ إلى المالك والتلف بلا تعدٍ ولا تفريط وغير ذلك ؛ لأصالة البقاء وعدم التلف وغير ذلك من المحتملات ، فيتحقق بقاؤها بل ضمانها بعدم الإشهاد على شخصها ، كما حكي عن الأكثر[١] أو المشهور[٢] بين الأصحاب ، وإن كنّا لم نتحقّقه .

بل لعلّ الظاهر خلافه عند من تأمّل كلامهم ، خصوصاً الفاضل في القواعد وغيره .

فإنّك قد عرفت عدم صلاحية ما ذكروه لإثبات الضمان الذي مقتضى أصل البراءة بلا واسطة عدمه ، وعلى اليد[٣] مخصوص بالأمانة المستصحب حكم عدم الضمان فيها ، بل هو مقتضى إطلاق الدليل .

وخبر السكوني[٤] مع أنّه في مال المضاربة قد عرفت الحال فيه سابقاً ، وأنّه ظاهر في المعلوم بقاؤه في التركة ، ولم يثبت تقصيره بعدم الإشهاد ، خصوصاً مع ملاحظة حال المسلم المحمول على الوجه الصحيح فعلاً وتركاً .

ومع التسليم فالمتّجه الشركة أو القرعة أو الصلح القهري في وجه ، أو نحو ذلك ممّا يتقدّم به على الغريم الذي حقّه متعلّق بتركة وديعه ، لا مال الغير المشتبه بمال الوديع .

وبالتأمّل فيما ذكرنا هنا وهناك بل وفي باب المضاربة يظهر لك التشويش في كلام جملة من الأعلام ، وعدم تنقيح موضوع ما حكموا به من الضمان على إشكال ، وعدمه كذلك في أصله أو في كيفيته ، فلاحظ وتدبّر .

[٢] **بل في المسالك الحكم بذلك وإن قلنا بكونها كالبينة**[٥] ؛ إذ هي في حقّ المتداعيين الذي اقتضى تغريم المثل أو القيمة بسبب حيلولته بالإقرار الأوّل ، لا في حقّ الثالث .

وفيه بحث يظهر من تفريعهم مسألة ردّ الوكيل على البيع اليمين على مدّعي الفسخ مثلاً بالنسبة إلى الرجوع بالثمن على الموكّل أو الوكيل على كونه كالإقرار أو البيّنة ، والموكّل ثالث عنهما .

---

(١)(٢) جامع المقاصد ٦ : ٢٤ . المسالك ٥ : ١٢٣ .

(٣) المستدرك ١٤ : ٨ ، ب١ من الوديعة ، ح١٢ .

(٤) الوسائل ١٩ : ٢٩ ، ب١٣ من المضاربة ، ح١ .

(٥) المسالك ٥ : ١٢٤ .

(**وإن أكذبهما**) معاً (**فكذلك**) في انتفاء دعواهما [١]، ولكلّ منهما إحلافه على البت أيضاً، فإن نكل عن اليمين ردّت عليهما، وصارا في الدعوى سواء [٢].

فإن حلفا أو نكلا قسّمت بينهما، وإن حلف أحدهما خاصّة اختصّ بها، وإن قال: هي لأحدهما ولا أدري من هو على التعيين فإن صدّقاه في نفي العلم فلا خصومة لهما معه، وتبقى الخصومة بينهما والحكم كالسابق.

لكن هنا يحتمل جعلهما بمنزلة ذي اليد لا الخارج، بخلاف الأوّل [٣].

ويحتمل مساواته للأوّل [٤]، بل لعلّه الأقوى.

وتظهر فائدة اليد وعدمها عند تعارض البيّنات على ما سيأتي إن شاء الله.

وإن كذّباه في عدم العلم فادعى كلّ واحد منهما علمه بالمالك فالقول قوله مع يمينه، لكن الحلف هنا على عدم العلم، ويكفي يمين واحدة في وجه [٥].

وقيل: يحلف لكلّ منهما يميناً، فإن كلّ منهما مدع [٦].

ولعلّه الأقوى [٧].

وعلى كلّ حال فإذا حلف لهما بقيت المنازعة بينهما، واختلف هنا:

فقيل: يقرع بينهما، فمن خرج اسمه وحلف سلّمت إليه.

وقيل: يوقف حتى يصطلحا [٨]، إلّا أنّه قد يتوقّف في اليمين على من خرج اسمه.

بل لعلّ الأقوى أنّهما يحلفان، ويقسّم بينهما [٩].

---

[١] لأن اليد له.

[٢] لأنّ يدهما خارجة.

[٣] والفرق عدم اليد لأحدهما، في الأوّل حتى بالنسبة إلى اعتراف الودعي، فهما خارجان عنها على التقديرين بخلافه هنا، فإنّ ذا اليد يعترف بأنّ اليد لأحدهما وليس أحدهما أولى من الآخر على تقدير الاشتباه.

[٤] لعدم ثبوت اليد لأحدهما.

[٥] لأنّ المدعى شيء واحد، وهو علمه بكون المال لمعيّن، بخلاف السابق فإنّه ينفي استحقاق كلّ واحد فيحلف له.

[٦] فيدخل في عموم الحديث السابق.

[٧] **خلافاً للمسالك في الأوّل**[1].

[٨] **والقولان محكيان عن الشيخ**[2].

[٩] لتكافؤ الدعويين وتساويهما في الحجّة وهو يقتضي القسمة كذلك، ولا يكون الأمر مشكلاً، والإيقاف حتى يصطلحا ضرر والاصطلاح غير لازم.

---

(١) المسالك ٥: ١٢٥.

(٢) حكاه في المسالك ٥: ١٢٥. انظر المبسوط ٤: ١٥٠ ـ ١٥١. الخلاف ٤: ١٧٨.

ولو نكل عن اليمين وحلفا على علمه أُغرم القيمة مع العين [١].

وهل يقسّم بينهما بحلفهما كذلك أو توقّف حتى يصطلحا ؟ القولان [٢].

(وإن قال : لا أدري) أهي لكما أم لأحدكما أم لغيركما وادعيا عليه العلم فالقول قوله في نفيه كما مرّ ، فإذا حلف **(أُقرّت في يده حتى يثبت لها مالك)** وليس لأحدهما تحليف الآخر [٣].

(وإن ادّعيا أو أحدهما علمه بصحّة الدعوى كان عليه اليمين).

ولو نكل عن اليمين ففي تسليمها إليهما مع حلفهما على الاستحقاق وغرامته لهما القيمة لو حلفا على علمه احتمال [٤]. ويحتمل العدم [٥].

[ثمّ إنّ الإقرار في يده في القسمين المشتملين على عدم علمه بخصوص المالك جيّد في الأخير] [٦].

وأما إقرار يده في القسم الأوّل [٧] [فمشكل] [٨].

نعم يتّجه [٩] ردّ الأمر إلى الحاكم [١٠].

---

[١] لأن يمينيهما اقتضتا أن يكون عالماً بالعين لكلّ واحد بخصوصه ، وبإنكاره حصلت الحيلولة بين المستحق وحقّه ، فوجب أن يغرم القيمة ، ولمّا كانا سواء في اليمين لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر ، فيجعل العين والقيمة معاً في أيديهما .

[٢] **وفي المسالك : « يمكن أن يقال هنا : بأنّ القسمة بينهما يتوقّف على حلفهما ثانياً بالاستحقاق ؛ لأنّ اليمين الأُولى لم تتناوله ، وإنّما أثّرت غرمه القيمة لهما ، ولو كان حلفهما ابتداءً على الاستحقاق قسّمت العين بينهما فقط »**[١].

[٣] لأنّهما لم يثبت لهما ولا لواحد منهما عليها يد ، ولا استحقاق بخلاف الصورة السابقة .

[٤] لانحصار الحقّ فيهما ظاهراً ولا منازع لهما الآن .

[٥] لعدم حصر ذي الحقّ فيهما . ثمّ إنّ ما في المتن من الإقرار في يده قيل : إنّه شامل للقسمين[٢] المشتملين على عدم علمه بخصوص المالك ، وهو جيّد في الأخير .

[٦] لأنّ يده يد أمانة ، ولم يتعيّن لها مالك يجب الدفع إليه ، والحقّ ليس منحصراً فيهما ، حتى يتوهّم سقوط أمانته بمطالبتهما .

[٧] **فعن الشيخ أنّه كذلك أيضاً ؛ لعدم تعيّن المالك**[٣] . لكن قد يشكل بانحصار الحقّ فيهما ، ومطالبتهما معاً إيّاه .

[٨] **ولذا حكي عن الشيخ أيضاً القول بانتزاعها منه**[٤] . ولكن ضعّفه في المسالك : « بأنّ المطالبة المقتضية للعزل هي التي يجامعها التسليم ، وهنا ليس كذلك ، فلا يترتّب عليه دفع الأمانة »[٥] . وفيه منع واضح .

[٩] **[كما عن المختلف من [أنّه ذلك]**[٦] .

[١٠] **واستحسنه في المسالك**[٧] ، والله العالم .

---

(١)(٢) المسالك ٥ : ١٢٦ .

(٣)(٤) انظر المبسوط ٤ : ١٥٠ ، الخلاف ٤ : ١٧٨ .

(٥) المسالك ٥ : ١٢٦ـ١٢٧ .

(٦) المختلف ٦ : ٧٠ .

(٧) المسالك ٥ : ١٢٧ .

[حكم ما لو فرط واختلفا في القيمة]:

المسألة (**الحادية عشر**[١] **: إذا فرّط**) أو تعدّى وتلف المال (**واختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه**) [١]. (**وقيل : القول قول الغارم مع يمينه**[٢] **، وهو أشبه**) [٢].

[حكم الوديعة فيما لو مات المودع]:

المسألة (**الثانية عشر**[٣] **: إذا مات المودع ، سلّمت الوديعة إلى الوارث ، فإن كانوا جماعة سلّمت إلى الكلّ ، أو إلى من يقوم مقامهم**) بوكالة أو ولاية (**ولو سلّمها إلى البعض ، من غير إذن ضمن حصص الباقين**) [٢].

---

[١] لخروجه عن الأمانة المقتضية لسماع قوله وللمرسل[٤].

[٢] بأُصول المذهب وقواعده ؛ لأصالة البراءة والخروج عن الأمانة لا يخرجه عن حكم المنكر ، ولذا كان الحكم كذلك في الغاصب أيضاً ، ولم يثبت خبر صالح لمعارضته لقاعدة المدّعي والمنكر كما هو واضح ، والله العالم .

[٣] **بلا خلاف ولا إشكال** ، والله العالم . والحمد لله أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً .

---

(١) (٣) في الشرائع في الموضعين : «عشرة» .

(٢) في الرياض (٩ : ١٦٩) إنّه أشهر .

(٤) الوسائل ١٩ : ٨٠، ب ٤ من الوديعة ، ح ٧.

(كتاب العارية)

بتشديد الياء وقد تخفّف نسبته إلى العار؛ أي العيب، أو العارة مصدر ثانٍ لأعرته[١].

[عقده]:

(و) على كلّ حال فـ(**هي عقد**) يعتبر فيه إنشاء الربط بين الإيجاب والقبول، لا إيقاع يكفي الإذن في الانتفاع من المالك؛ إذ هو حينئذٍ من الإباحة التي منها الانتفاع بظروف الهدايا بالأكل ونحوه، ممّا جرت السيرة بـه، وانـتفاع الضيف في الدار والفرش والأواني ونحوها، لا العارية المزبورة.

اللهمّ إلّا أن يقصد بذلك لضيف مخصوص، ويقبله فعلاً أو قولاً بهذا العنوان.

نعم هي على حسب ما سمعته فـي العـقود اللازمـة تـقع بـالإيجاب والقـبول اللـفظيين وهـما العـقد بـالمعنى الأخص، وربّما قبل: منه أيضاً ما إذا كان القبول فعليّاً، وأما إذا كانا فعليّين أو كان الإيجاب فعلياً فهو مـن المـعاطاة، بناء على مشروعيتها فيها بدعوى السيرة والمستمرّة بعنوان العارية.

وإن كان الأقوى أنّها إباحة لا بعوض كما سمعته مراراً[٢].

والإذن فى الانتفاع بأعيان الصديق المفهوم من فحوى الإذن شرعاً بالأكل من بيته مع التسليم ليس من العارية قطعاً، وإنّما هو من الإباحة الشرعية على حسب الحال في غيره من البيوت[٣]. وعلى كلّ حال فقد ذكر المـصنّف

---

[١] وعن بعض مأخوذة من عار يعير إذا جاء وذهب، ومنه قيل للبطّال عيّار؛ لتردّده في بطالته، فسمّيت عارية لتحوّلها من يد إلى يد[١]. وعن آخر أنّها مأخوذة من التعاور والاعتوار، وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم[٢].

[٢] وأمّا احتمال أنّها من العقد فلا ينبغي أن يصغى إليه، فمن الغريب دعوى بعضهم أنّ الانتفاع بظروف الهدايا من العارية؛ لأنّه انتفاع بملك الغير باذنه وإن لم يكن لفظ، بل بشاهد الحال[٣]؛ ضرورة عدم الاكتفاء بذلك في تحقّق العارية من دون إنشاء قصدها من الطرفين وجواز الانتفاع بالإذن أعمّ منها كما هو واضح، وخصوصاً مالو كان بطريق الفحوى القطعية أو بشاهد الحال.

ومن ذلك يظهر لك ما في التذكرة والروضة والرياض[٤] وغيرها خصوصاً الأخير منها.

[٣] التي قد تضمّنتها الآية[٥]. نعم قد يستفاد من ذلك التسامح فى عقد العارية التي ثمرته إباحة المنفعة التي اكتفي فيها بشاهد الحال ونحوه، **كما أومأ إليه الفاضل في التذكرة**[٦] فلاحظ وتأمّل.

---

(١) حكاه في التذكرة ١٦: ٢٣١.
(٢) نقله في المصدر السابق.
(٣) التذكرة ١٦: ٢٤٦.
(٤) انظر التذكرة ١٦: ٢٤٦ـ٢٤٧. الروضة ٤: ٢٥٥. الرياض ٩: ١٧٥ـ١٧٦.
(٥) النور: ٦١.
(٦) انظر التذكرة ١٦: ٢٤٦ـ٢٤٧.

في تعرفها : أنّها عقد (**ثمرته التبرّع بالمنفعة**) [١] . [وهو يشبه التعاريف اللغوية] .

---

[١] **ويقرب منه ما وقع لغيره** . ولكن قد ذكرنا غير مرة أنّ أكثر التعاريف للأصحاب في أكثر المعاملات يشبه التعاريف اللغوية التي يراد منها التمييز في الجملة لا تمام الإطراد والانعكاس . فمن الغريب نقض طرد تعريف المصنّف هنا بالسكنى والعمرى والحبس والوصية بالمنفعة ، وأغرب منه التزام الجواب عن ذلك بأنّها في معنى العارية ، وإن كانت لازمة وغايته انقسام العارية إلى جائزة ولازمة كالإعارة للرهن ؛ ضرورة كون هذه العقود في الاصطلاح متباينة مختلفة اللوازم والصيغ ، فإدخال بعضها في بعض بمجرّد المشاركة في بعض الخواص اصطلاح مردود ، هذا . **لكن في المسالك بعد أن ذكر ذلك ، قال : « ولو أُضيف إلى ذلك قيد الجواز فقيل : ثمرته التبرّع بالمنفعة مع بقاء الجواز ونحوه خرجت هذه العقود ، وبقيت السكنى المطلقة ، فإنّه يجوز الرجوع فيها متى شاء السكنى كما سيأتي إن شاء الله . وقد يلتزم فيها بأنها عارية لتحقق المعنى فيها مطلقاً ، ولا يقدح الصيغة ؛ لأن العارية لا تختص بالفظ . بل كلّ ما دلّ على تسويغ الانتفاع بالعين تبرّعاً والسكنى المطلقة تقتضي ذلك ؛ ولكن تبقى العارية اللازمة خارجة ، فيحتاج إدخالها إلى قيد آخر أو التزام جواز الرجوع فيها بالنسبة إلى المستعير وإن لم يؤثّر بالنسبة إلى المرتهن ، وتظهر الفائدة في وجوب السعي على الراهن وتحصيلها بما أمكن ، ووجوب المبادرة إلى ردّها عند الفكّ على الفور بالمطالبة السابقة ، ولو قلنا : إنّه لا أثر لها وأنّها لازمة من طرفه مطلقاً انتفت هذه اللوازم ، والأوّل ليس ببعيد من الصواب »**[1] . وهو كما ترى من غرائب الكلام ، خصوصاً بعد اعترافه بالمباينة بين هذه العقود مفهوماً ، والجواز واللزوم إنّما هما أمران خارجان ، ومن المعلوم أنّ مفهوم الرقبى والسكنى والعمرى واحد ، وأنّ الاختلاف إنّما هو في التقييد والإطلاق ، فلا فرق في المباينة بين السكنى وغيرها ، خصوصاً على القول باقتضائها الملك للمنفعة كما عن الشيخ التصريح به[2] ، على أنّ التحقيق في الفرق بين كثير من أفراد مفاهيم المعاملات بالقصد الذي هو المشخص في اندراج الفرد في مفهومه ، نحو تشخيصه الفعل المشترك ؛ إذ ليس فرق في العقد بين الصلح عن العين الجامعة لشرائط البيع مثلاً ، وبين بيعها بالنسبة إلى إنشاء قصد النقل بعوض معلوم في كلّ منهما إلّا بقصد الصلحيّة أو البيعيّة المدلول عليها بذكر الصيغة أو غيره من القرائن . وكذا بالنسبة إلى الفرق بين الصلح على المنفعة التي تتعلّق بها الإجارة ، وبين عقد الإجارة ، وكذا ما نحن فيه ، فإنّ قصد السكنى والعارية كاف في تشخيص كلّ منهما بعد تباينهما ذاتاً كتباين الصلح والبيع . فالتزام كون السكنى عارية لمشاركتها لها في الجواز لا ينبغي صدوره من مثله . كما لا ينبغي صدور الجواب عما أورده على نفسه من العارية اللازمة الذي لا يتمّ في نحو عارية الدين ، وإنّما التحقيق فيه أنّ بناءها على الجواز الذي لا ينافيه عروض اللزوم من جهة أُخرى كتعلّق حقّ الغير ونحوه ، كما لا ينافي لزوم البيع عروض الجواز له بسبب من أسباب الخيار . وبذلك وغيره ممّا ذكرناه هنا وفي غير المقام تعرف ما في جملة من كلام الأعلام حتى ما أورده بعضهم هنا على التعريف بأنّه ينتقض بأعرتك حماري مثلاً لتعيرني فرسك[3] ؛ لعدم التبرّع فيه ؛ إذ هو كما ترى ؛ ضرورة أنّه إذا فرض إرادة العوضيّة فيه على وجه ينافي التبرّع لم يكن عارية صحيحة ، وإلّا فلا ينافي التبرع .

(و) ستسمع تحقيق الحال فيه إن شاء الله في آخر كتاب العارية ، كما أنّ منه [= مما ذكرنا هنا] أيضاً ظهر لك [ذلك] .

---

(١) المسالك ٥ : ١٣٢ .
(٢) المبسوط ٣ : ٥٦ .
(٣) جامع المقاصد ٦ : ٥٧ .

[والمختار] أنّ عقدها (**يقع بكلّ لفظ يشتمل على الإذن في الانتفاع**)بعنوان العارية من طرف الموجب ، ويدلّ على قبول ذلك من طرف القابل .

وأمّا معاطاتها فبغير ذلك ، إلّا في صورة فعليّة القبول ولفظيّة الإيجاب ، فقد عرفت احتمال كونها من العقد أيضاً [١] .

(**و**) كيف كان فهذا العقد (**ليس بلازم لأحد المتعاقدين**) [٢] .

من غير فرق بين الموقّت وغيره [٣] .

---

[١] وتقدّم في الوديعة ما يزيدك تحقيقاً في المقام .

[٢] **بلا خلاف معتدّ به أجده ، بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه .**

[٣] **خلافاً للمحكي عن ابن الجنيد من الحكم باللزوم من طرف المعير في إعارة الأرض القراح مدة للغرس أو البناء**[1] .

ولا ريب في ضعفه .

نعم قد اُستثني من ذلك مواضع : منها : العارية للرهن التي قد تقدّم بعض الكلام فيها آنفاً وفي كتاب الرهن . ومنها : عارية الأرض لدفن الميّت المسلم ومن في حكمه التي سيذكرها المصنّف . ومنها : ما يترتّب على الرجوع بها ضرر لا يستدرك كعارية اللوح للسفينة في لجّة البحر المستلزم رجوعه للغرق للأنفس والأموال . ومنها : عارية الحائط لوضع طرف الخشبة عليه المثبت طرفها الآخر في ملك المستعير مثلاً . ومنها : عارية الأرض للزرع . ومنها : عاريتها للبناء والغرس مدة معلومة .

إلّا أنّ الجميع كما ترى ؛ ضرورة عدم اقتضاء امتناع فسخ الارتهان الواقع بإذن المالك ، وحرمة النبش والإضرار بالغير برجوع العين لزوم العقد ؛ ضرورة إمكان بقاء العقد على الجواز ، وتحقق الانفساخ وإن منع مانع خارجي من ردّ العين إلى مالكها ، كما لو فرض في بعض أمثلة الإجارة التي فسخت بتقايل أو خيار أو نحو ذلك فإنّه لا إشكال في تحقق الفسخ حينئذٍ ، وإن منع من ردّ العين مانع آخر ، وربّما ترتّب له الإجارة في بعض الأفراد .

وبالجملة أنّ دعوى لزوم عقد العارية في الأمثلة المزبورة ـ على وجه تكون به كغيره من العقود اللازمة لهذه التعليلات المذكورة في كلامهم من عدم فسخ عقد الرهن وحرمة النبش والإضرار ونحو ذلك ممّا لا مدخليّة له بعد التسليم في البعض ، إلّا في عدم ردّ العين ـ واضحة الفساد .

ولعلّه لذا أطلق المصنّف وغيره جواز هذا العقد من غير استثناء لهذه الأفراد حتى من معقد الإجماع مع ذكر المصنّف حكم هذه الأفراد فيما يأتي ، لكن لا بعنوان دعوى لزوم عقد العارية فيها ، فلاحظ وتأمّل ؛ إذ يمكن إرادة مدّعى اللزوم فيها أو في بعضها عدم السلطنة على استرداد العين وتفريغها ممّا فيه ؛ لوجود المانع منه ، لا إرادة لزوم نفس العقد ، وبهذا الاعتبار استثناه ، بل لعلّ ذلك مقطوع به ؛ إذ احتمال أنّ لهم دليلاً على اللزوم لم يصل إلينا في غاية البعد ، خصوصاً بعد تصريحهم بالاستدلال على اللزوم بما عرفت ممّا لا يقتضي لزوم العقد ، والله العالم .

---

(١) نقله في المختلف ٦ : ٧٨ .

(و) كيف كان فـ (الكلام في فصول أربعة :)

[الكلام في المعير] :

(الأوّل : في المعير) :

(**ولا بد أن يكون مكلّفاً جائز التصرّف فلا يصحّ إعارة الصبي ولا المجنون**) لمالهما [١] . وكذا لا يصحّ إعارة المحجور عليه لفلس أو سفه ، بناء على عدم جواز مثل هذا التصرّف لهما [٢] .

إنّما الكلام في قول المصنّف : (**ولو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة**) [٣] ، فإنّ الإذن لا تجعل المسلوب غير مسلوب [٤] .

ولكن ينبغي حينئذٍ اختصاص ذلك بإذن الولي في عارية ماله مثلاً ، أمّا توليتها عن غيره فلا يجوز [٥] . (**وكما لا يليها**) أي العارية (**عن نفسه كذا لا يصحّ ولايته عن غيره**) [٦] .

---

[١] لسلب عبارتهما وفعلهما في المعاملات .

[٢] وكان الأولى الاستغناء بجواز التصرّف عن التكليف الذي اقتصر المصنّف في التفريع عليه ، والأمر سهل .

[٣] **كالمحكي عن الإرشاد : « وإنّما تصحّ من جائز التصرّف ، ولو أذن الولي للطفل صحّ أن يعير مع المصلحة »**[1] . **وفي التحرير واللمعة وغيرهما : يجوز للصبي أن يعير إذا أذن له الولي . وعن التحرير تقييده بالمميز**[2] .

[٤] كما هو مفروغ منه في غير المقام ، وكون العارية من العقود الجائزة لا يقتضي ذلك ، وإلّا لجازت مضاربته ووكالته بإذن الولي .

ودعوى كون الإذن من المالك بمنزلة الإيجاب منه ؛ لأنّ المدار في العارية على رضا المالك ، وهو الولي هنا .

يدفعها : عدم الفرق حينئذٍ بين المميز وغيره ، بل وبينه وبين المجنون ، بل بين هذا العقد وغيره من العقود الجائزة ، بل وبينه وبين المعاطاة في البيع وغيره ؛ ضرورة رجوع ذلك إلى كون الصبيّ حينئذٍ آلة والإيجاب والإنشاء بفعل الولي الذي هو الإذن وإرسال الصبي ونحو ذلك . نعم ينبغي اعتبار قصد الولي إنشاء الإيجاب بذلك .

وهو خلاف ظاهر العبارات السابقة المبني على اختصاص العارية بهذا الحكم ، ولو بجعل إذن الولي وأمره فعل الصبيّ فعلاً للولي ، كما جعل أمره له بأفعال الحجّ موجباً للصحّة في الجملة ، إلّا أنّ ذلك متوقّف على دليل اختصاص العارية بذلك ، ولعلّه للسيرة المعتضدة بهذه الكلمات من الأصحاب ، وإرسالهم إرسال المسلّمات .

[٥] ولعلّه لذا أطلق المصنّف متصلاً بما سمعته من الكلام السابق [بقوله ذلك] .

[٦] لما عرفت من سلب قوله وفعله في ذلك حتى مع إذن الغير الذي هو المالك ، بل ومع الإذن من الولي أيضاً ، بناءً على اختصاص السيرة بعارية ماله بإذن الولي دون مال غيره .

اللّهمّ إلّا أن ينزّل ذلك من المصنّف بقرينة ما تقدم له على حال عدم الإذن من الولي ، أمّا معها فلا فرق ، وحينئذٍ يتجه تعميم الحكم .

---

(١) الإرشاد ١ : ٤٣٩ .

(٢) التحرير ٣ : ٢١٠ ، ولكن لم يقيد المميز بالإذن . اللمعة : ١٤٩ .

لكن الإنصاف عدم خلو المسألة من إشكال حتى في الأوّل [وهو إذن ولي الصبي لإعارة ماله].

[الكلام في المستعير]:

الفصل (**الثاني: في المستعير**):

ولا بدّ أن يكون مكلّفاً فلا يصحّ استعارة الصبيّ والمجنون [١]، فلو استعارا ففي ضمانهما ما تقدّم في الوديعة، بل لابدّ أن يكون معيّناً أيضاً، فلو قال: أعرت أحد هذين لم يصحّ [٢].

نعم لو أُريدا من ذلك وقبلا معاً أمكن الصحّة، كما لو قال: أعرت كتابي هذا لهؤلاء العشرة وقبلوا جميعاً فإنّه يصحّ بالنسبة إلى كلّ منهم، بمعنى أنّ له الانتفاع مستقلاً [٣]، إلّا أن يصرّح بإرادة الإجتماع، وهكذا في غيره من العقود التي تقبل ذلك.

نعم في مثل البيع والإجارة ونحوهما ممّا لا يقبل ثمرته الانتقال لكلّ منهما ـ لعدم معقولية ملك كلّ منهما لتمام المبيع وتمام المنفعة ـ ينزّل على الشركة، بخلاف مانحن فيه.

وعلى كلّ حال فلا إشكال في صحة العارية في الفرض [٤].

(**و**) كيف كان فـ(**له**) أي المستعير (**الانتفاع بما جرت العادة به في الانتفاع بالمعار**) فإنّها المرجع في نوعه وقدره وصفته، فلو أعاره بساطاً اقتضت فرشه أو لحافاً التغطية به أو حيواناً للحمل اقتضت تحميله القدر المعتاد بالنسبة إلى ذلك الحيوان وذلك المحمول، وذلك الزمان، وذلك المكان.

---

[١] لما عرفت من سلب عبارتهما وفعلهما.

[٢] للأصل بعد قصور تناول الأدلّة لمثل ذلك.

[٣] إذ لا مانع من إجراء حكم المستعير على كلّ منهم، فإنّ العارية قسم من الإباحة الصالحة لذلك فيحمل عليه.

[٤] لعموم الأدلة.

بل في التذكرة: تصحّ العارية لغير المحصور من العدد نحو كلّ الناس وأيّ أحد من الأشخاص، ومن دخل الدار؛ لأنّ الكلّي معيّن، وإن لم يكن عاماً كأيّ رجل وأيّ داخل، بخلاف أحد الشخصين أو الأشخاص فإنّه مجهول[١].

وإن كان قد يناقش بمنع تحقق العقدية أو مافي حكمها من المعاطاة بمثل ذلك؛ ضرورة عدم قصد الربط بين الإيجاب والقبول من الجانبين، وليست العارية حينئذٍ إلّا إباحة.

على أنّه قد صرّح في موضع منها بالفرق بين من بسط بساطاً مخصوصاً لضيف مخصوص، وبين من كان له بساط معدّ لمن يأتيه من الضيوف[٢].

فجعل الأوّل عارية، والثاني إباحة؛ لعدم قصد انتفاع شخص بعينه.

وعدم اعتبار المقارنة بين الإيجاب والقبول في العارية لا يقتضي جواز ذلك في الوكالة والوديعة وغيرهما على جهة تحقق عقدها بذلك.

---

(١) التذكرة ١٦: ٢٣٧.

(٢) التذكرة ١٦: ٢٤٦ـ٢٤٧.

ولو تعدّدت منفعة العين ولم يكن ثمّ انصراف إلى بعضها فإن عيّن نوعاً منها تعيّن ، وإن عمّم جاز الانتفاع بجميع الوجوه ، بل لعلّه كذلك مع الإطلاق أيضاً على الأقوى [١] . (**ولو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال من غير تعدّ لم يضمن**) وإن كان هو مباشر التلف أو كان سبباً فيه (**إلّا أن يشترط ذلك في العارية**) بناءً على اعتبار مثل هذا الشرط [٢] . قلت : لعلّ التأمّل الجيّد يقتضي أنّ هنا مقامين : أحدهما : النقص والتلف الواقعان بسبب

---

[١] **وفاقاً للمسالك**[١] ، ما لم تكن قرينة على خروج البعض .

[٢] للنصّ والإجماع على ما يشبهه كما تعرفه إن شاء الله . ولعلّ الوجه في ذلك واضح ؛ لأنّه استعمال مأذون فيه ، وبناء العارية على النقص بالاستعمال . وقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سنان المسؤول فيه عن العارية : « لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً »[٢] . **ولعلّه لذا قطع به المصنّف من دون نقل قول هذا . ولكن في المسالك : « ما قطع به المصنّف هو أصحّ القولين ، وفيه وجه آخر ، وهو ضمان المتلف في آخر حالات التقويم ؛ لأنّ الظاهر عدم تناول الإذن للاستعمال المتلف ، وإن كان داخلاً في الإطلاق . نعم لو كان قد شرط الضمان في العارية ضمن ، وسيأتي الكلام فيه »**[٣] . **ونحو ذلك وقع له في الروضة عند شرح قول الشهيد في اللمعة : « ولو نقصت بالاستعمال لم يضمن »**[٤] . **قال : « وتقييده بالنقص قد يفهم منها أنّها لو تلفت به ضمنها وهو أحد القولين في المسألة ؛ لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفاً ، وإن دخل في الإطلاق ، فيضمنها آخر حالات التقويم ، وقيل : لا يضمن أيضاً كالنقص ؛ لما ذكر من الوجه ، وهو الوجه »**[٥] . **والظاهر أنّ الذي أوقعه في ذلك المحقق الثاني**[٦] **، فإنّ الفاضل في القواعد قال : « ويجب ردّ العين مع الطلب والمكنة ، فإن أهمل ضمن ، ولو تلف بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فإشكال ، ينشأ من استناد التلف إلى مأذون فيه ، ومن انصراف الإذن غالباً إلى استعمال غير متلف ، فإن أوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم ، وكذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثمّ تلفت أو استعملها ثمّ فرط فإنه يضمن القيمة يوم التلف ، فإنّ النقص غير مضمون على إشكال ، وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة ، فلو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال فلا ضمان إلّا أن يشترط ذلك في العارية »**[٧] . **فقال في شرحه : « لا يخفى أنّ هذا مناف لما سبق في كلامه من الإشكال في كلّ من المسألتين ... ولو حملت العبارة السابقة على استعمال غير مأذون فيه ، وهذه على مأذون فيه لم يتجه الإشكال ، بل يتعيّن الضمان قطعاً ، ولو حملت هذه العبارة على أنّ الباء التي في قوله : « بالاستعمال » بمعنى « مع » ، فيكون التلف لا بسبب الاستعمال لاندفع التنافي ، إلّا أنّه بعيد عن الظاهر »**[٨] . **وقال في شرح العبارة السابقة : « الذي يقتضيه النظر أنّ الاستعمال المتلف متى كان بحيث يتناوله عقد العارية لا يستعقب ضماناً ، واختاره في التحرير ، وفيه قوة . نعم لو شكّ في تناول اللفظ إيّاه فالضمان قويّ ، ولا أستبعد أن يكون من صور الثاني مالو أذن له بلبس الثوب ولم يزد ، بخلاف مالو أذن في كلّ لبس ، أو في لبسه دائماً ؛ لأنّ إذنه في لبسه في الجملة لا تقتضي الإذن في كلّ لبس »**[٩] .

---

(١) (٣) المسالك ٥ : ١٣٨ .
(٢) الوسائل ١٩ : ٩٢ ، ب١ من العارية ، ح٣ .
(٤) اللمعة : ١٤٩ .
(٥) الروضة ٤ : ٢٦٣ ـ ٢٦٤ .
(٦) جامع المقاصد ٦ : ٨٢ .
(٧) القواعد ٢ : ١٩٦ ـ ١٩٧ .
(٨) جامع المقاصد ٦ : ٨٣ ـ ٨٤ .
(٩) جامع المقاصد ٦ : ٨٢ .

الاستعمال المعتاد، ولو من جهة الاتفاق في مثل تلك العين، كما لو استعار دابّة للركوب أو الحمل، ولم يزد على المعتاد واتفق تلفها بنفس ذلك الاستعمال؛ لعثرة أو نحوها، وهذا هو المناسب للقطع بعدم الضمان فيه [١].

الثاني: التلف بالاستعمال بسبب استدامته واستمراره المقتضي لاستيفاء عمره بالنسبة إلى ذلك العين، وهذا هو المناسب للإشكال في الضمان به باعتبار اقتضاء إطلاق عقد العارية تناوله وعدمه، إلّا مع التصريح، ولعلّ الضمان به حينئذٍ وجيه [٢]. (و) كيف كان فيعتبر في المستعير إثبات سلطنته على العين المستعارة فـ(**لا يجوز للمحرم أن يستعير من محلّ صيداً؛ لأنّه ليس له إمساكه**) بل يجب عليه إرساله. (و) حينئذٍ فـ(**لو**) أثم و (**أمسكه**) ثمّ أرسله (**ضمنه وإن لم يشترط عليه**) ذلك في العارية [٣].

(**ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحلّ**) أي أخذه بصورة العارية (**جاز**) أخذه للمُحلّ [٤] و(**لأنّ ملك المحرم زال عنه بالإحرام**) فأخذه حينئذٍ منه (**كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك**) فيملكه حينئذٍ بالاستيلاء أو مع نيّة الملك على الوجهين في تملّك المباح [٥]. (**ولو استعار**[1]) مستعير (**من الغاصب وهو لا يعلم**) بغصبه (**كان**) قرار

---

[١] للنص والفتوى.

[٢] كما أوضحه المحقق الثاني، وبذلك ظهر لك الفرق بين المقامين. ووجه الجزم من المصنّف والفاضل وغيرهما بعدم الضمان في الأوّل منهما[2]، بخلاف الثاني الذي قد ذكر مثاله الفاضل بقوله: «كثوب انمحق باللبس»[3] فتأمّل جيّداً، فإنّ التحقيق في المسألة ذلك، وإن أبيت عن قبول تنزيل بعض العبارات عليه، والله العالم.

[٣] ووجوب ذلك عليه لا ينافي ضمانه لمالكه، وإن أقدم على إعارته لمن يكون تكليفه إتلافه بالإرسال، فإنّ ذلك لا يقتضي ذهاب حرمة ماله، كما لا يقتضي إبطال سببية الضمان الحاصلة من عموم قوله: «من أتلف مال غيره فهو له ضامن» وعدم الضمان بالعارية الفاسدة لقاعدة عدمه في الصحيح منها مع تسليمها في صورة العلم إنّما تتمّ في التلف بغير تفريط لا الإتلاف. ودعوى عدمه [= عدم الضمان] في المقام أيضاً ـ باعتبار كون تكليفه ذلك ـ يمكن منعها أوّلاً؛ لإمكان دعوى وجوب تسليمه إلى صاحبه، ترجيحاً لحقّ المخلوق على حقّ الخالق. وثانياً بعد تسليمها بمنع ما دلّ على عدم ضمان العارية في الفرض، لا أقلّ من الشكّ، فيبقى عموم من أتلف، وأصالة احترام المال بحاله. وعلى كلّ حال فمن ذلك ظهر لك أنّه لا وجه للإشكال في الجزم بالضمان من المصنّف والفاضل وغيرهما بعدم الدليل عليه؛ لقاعدة «مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده». ضرورة كون المراد الضمان في الفرض المزبور، لا ما إذا تلفت في يده من غير تفريط فيه، كي يتوجّه عليه الإشكال المزبور، وإن كان إطلاقهم يوهم ذلك، لكن من المعلوم إرادتهم الفرد الذي ذكرناه، فإنّه الموافق لذكر مسألة «المحرم» بخصوصه.

[٤] للأصل.

[٥] وحرمة الدفع إلى المحلّ على المحرم لتعيّن الإرسال عليه لا ينافي جواز الأخذ للمحلّ، وليس هو من الإعانة على المحرم قطعاً، وإن وجب الفداء على المحرم مع التلف في يد المحلّ. وبذلك يرتفع دعوى التساهل في عبارة المصنّف، مع أنّ الأمر سهل بعد وضوح المقصود، وهو إرادة الفرق بين صورة العارية من المحلّ للمحرم، وبالعكس كما هو واضح، والله العالم.

---

(١) في الشرائع: «استعاره».

(٢) (٣) القواعد ٢: ١٩٧، ١٩٦.

(الضمان) للمنفعة الفائتة **(على الغاصب)** [١]، **(و)** إن كان **(للمالك)** أيضاً **(إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعة)** أو فاتت في يده [٢]. **(و)** لكن **(يرجع)** المستعير **(على الغاصب ؛ لأنّه أذن له في استيفائها بغير عوض)** [٣]. **(والوجه)** عند المصنّف [٤] **(تعلّق الضمان بالغاصب حسب)** [٥]. **(وكذا لو تلفت العين في يد المستعير)** ولم تكن مضمونة عليه، بل [له أن يرجع على المستعير أيضاً] [٦]. **(أمّا لو كان عالماً كان ضامناً، ولم يرجع على الغاصب)**

---

[١] لغروره.

[٢] لعموم « من أتلف »[(١)] و « على اليد »[(٢)] كما هو المشهور بين الأصحاب في المقام، وفي الغصب عند ذكر حكم الأيادي المترتّبة على يد الغاصب.

[٣] وعلى ذلك أقدم فهو غارّ حينئذٍ له، فيرجع حينئذٍ عليه لقاعدة « المغرور يرجع على من غرّه ».

[٤] **والفاضل**[(٣)].

[٥] فليس له حينئذٍ رجوع على المستعير ؛ لأنّه أقوى في الإتلاف وإن حصل في يد غيره، إلّا أنّه لمّا كان جاهلاً مغروراً والغاصب عالماً غارّاً صار هو أولى في نسبة الإتلاف.

[٦] [و] قيل : إنّ الرجوع عليه ظلم محض[(٤)] ؛ لأنّه جاهل إلّا أنّ ذلك كما ترى لا يقتضي عدم الرجوع على المستعير ؛ لقاعدة اليد، والإتلاف، وقول عليّ عليه السلام في المرسل[(٥)]. وخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام، وأبي إبراهيم عليه السلام : « إذا استعيرت عارية بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن »[(٦)]. وإنّما يتوجّه له الرجوع بقاعدة الغرور، وهو لا ينافي أصل ضمانه. اللهمّ إلّا أنّ يقال : إن قاعدة « مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » تقتضي ذلك، ولعلّها المدرك للمصنّف وغيره في الحكم بعدم الضمان، لا مافي المسالك من الأوّل[(٧)]. ومن الغريب ما فيها من موافقته على جريانها في المقام حتى استدلّ بجزء الإثبات منها على ضمان الجاهل في العارية المضمونة مع إنكاره على المصنّف الحكم بعدم الضمان. نعم يمكن الردّ على المصنّف بإنكار الدليل عليها في المقام ؛ إذ من المعلوم أنّ المسلّم من هذه القاعدة ما وافق الأدلّة منها ؛ ضرورة عدم دليل بالخصوص عليها، وليس الفاسد من حيث كونه فاسداً يترتّب عليه ما يترتّب على الصحيح، بل مقتضى فساده عدم ترتّب أثر الصحيح عليه، كما هو واضح، وليس في الأدلّة ما يوافق مضمونها. بل قد عرفت أنّ قاعدة اليد وعموم من أتلف والمرسل والخبر الضمان، وإن اقتضت قاعدة الغرور الرجوع على الغاصب. ودعوى الإجماع عليها معلومة الفساد في المقام إذ المشهور بين الأصحاب الضمان هنا مع الجهل، وإن رجع بقاعدة الغرور كدعوى عموم مادلّ على عدم الضمان بالعارية للمقام ؛ لأنّها إسم للاعم من الصحيح والفاسد ؛ ضرورة تخصيص العموم بالخبر والمرسل السابقين المعتضدين بالشهرة بين الأصحاب التي هي المرجّحة أيضاً ـ لعموم « من أتلف » و « على اليد » ـ عليه. بل قد يدعى انسياق الصحيح من أكثر هذه الأحكام فلا تعارض حينئذٍ. ومن ذلك وغيره يعلم عدم كون المقام فرداً من القاعدة المزبورة، أو خارجاً عنها، كحال العلم للمستعير الذي أشار إليه بقوله : [أمّا لو كان...].

---

(١) انظر الوسائل ٢٧ : ٣٢٧، ب ١١ من الشهادات.

(٢) المستدرك ١٤ : ٨، ب ١ من الوديعة، ح ١٢.

(٣) (٧) القواعد ٢ : ١٩٧. المسالك ٥ : ١٤١.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٣٨٠.

(٥) لم نعثر على المرسل، والظاهر أنّه مأخوذ من الحدائق ٢١ : ٤٩٩ نقله عن الفقيه. ولكن الموجود في الفقيه ٣ : ٣٠٢، ذيل الحديث ٤٠٨٣. المنقول عن أبي عبد الله أو أبي إبراهيم عليهما السلام.

(٦) الوسائل ١٩ : ٩٧ ـ ٩٨ ب ٤ من العارية، الحديث ١ وذيله.

بشيء [١]. بل (**لو أغرم**) المالك (**الغاصب**) المعير ـ حيث إنّ له الرجوع عليه ـ (**رجع**) هو (**على المستعير**) الذي استقرّ الضمان عليه بحصول التلف عنده مع عدم غروره . بل الظاهر أنّه يرجع عليه أيضاً بقيمة العين لو رجع عليه المالك وإن كان جاهلاً ؛ إذ كان قد أقدم على العارية مضمونة باشتراط الضمان أو كانت ذهباً أو فضة [٢]. بل هو كذلك لو صدر منه ما يقتضي الضمان من تعدّ أو تفريط . نعم لا يرجع بعوض المنافع التي استوفاها المستعير بعنوان العارية لو رجع عليه المالك [٣]، بل هو يرجع على المعير الغاصب لو رجع المالك عليه بها [٤].

---

[١] لعدم غروره (و) لأنّه غاصب .

[٢] لعدم غروره حينئذٍ .

[٣] لإقدامه عليها مجاناً .

[٤] لقاعدة الغرور ، لكن قد يناقش بما عرفت من ظهور أدلّة ضمان العارية المشترط فيها الضمان وإذا كانت ذهباً أو فضّة في الصحيح منها ، أمّا الفاسدة فلا يترتّب على الشرط فيها ولا على كونها ذهباً وفضّة ضمان من هذه الجهة ، وإنّما يترتّب الضمان بقاعدة اليد ، والخبرين السابقين . وحينئذٍ رجوع المعير عليه بقيمة العين باعتبار صيرورتها عوضاً شرعاً عمّا أدّاه عنها برجوع المالك عليه ، والفرض عدم الغرور منه . لا يقال : إنّ ذلك يقتضي رجوع المستعير على المعير أيضاً لو رجع عليه المالك في العارية المضمونة ـ وإن لم يكن ثمّ غرور لكنّه بأدائه قيمة العين المضمونة عليه للمالك ، نحو ما سمعته في رجوعه عليه ـ للفرق الواضح بينهما ، بحصول التلف في يده الذي هو سبب في شغل ذمته بالقيمة للمالك ، بخلاف الأوّل المخاطب في الحقيقة بردّ العين أو قيمتها ممّن هي في يده ؛ إذ لا وجه لخطابهما بقيمتين . والبدلية المتشخّصة بالخيار لا دليل عليها ، بل ظاهر الأدلّة خلافها ، فليس حينئذٍ إلّا ما ذكرنا من كون القيمة في ذمّة من حصل التلف في يده ، والآخر مخاطب بإرجاع ذلك منه ، وإلّا فبالغرامة عنه ، فإذا أدّى صار ما في ذمّته له عوضاً شرعيّاً ؛ إذ لا وجه لملك الغاصب ، فقام الإذن الشرعي بالأداء عنه مقام الإذن منه بذلك . بخلاف ما لو أدى هو فإنّما يؤدّي عن نفسه . وبذلك اتضح وجه الرجوع على من حصل التلف في يده من ذي الأيدي المتعاقبة دونه ، إلّا إذا كان مغروراً ، فإنّه يستحقّ الرجوع بما يغرمه بقاعدة « المغرور يرجع على من غرّه » . وبذلك اتضح لك هنا رجوع المعير على المستعير العالم لو رجع عليه دونه ، وكذا الجاهل بالقيمة إذا كانت العين مضمونة عليه ؛ إذ المسألة فرد من أفراد مسألة تعاقب الأيدي ، فتأمّل جيّداً ، فإنّك لا تجد تحقيق ذلك في غير هذا الكتاب ، بل هو التحقيق في أطراف المسألة . ومنه يعلم التشويش في جملة من كلماتهم ، خصوصاً ما يحكى عن تذكرة الفاضل في تذنيب ذكره من أنّه : « لو استعار من غير المالك عالماً أو جاهلاً ضمن ، واستقرّ الضمان عليه ؛ لأنّ التلف حصل في يده ، ولا يرجع على المعير ، ولو رجع المالك على المعير كان للمعير الرجوع على المستعير »[1] . إذ هو كما ترى مناف لقاعدة الغرور في الجاهل . وكذا ما حكاه في المسالك عنها وعن القواعد في مسألة المستعير من المستعير ، من إطلاق الإشكال في رجوع المستعير على المعير لو رجع المالك عليه مطلقاً ، وفي رجوع المعير على المستعير الجاهل ، مع حكمه في المستعير من الغاصب بخلاف ذلك[2] فإنّه لا يخفى عليك مافي ذلك ، ولا مافي الذي ذكره في المسالك وغيرها هنا من الدليل ، بعد الإحاطة بما ذكرناه الذي هو من فصل الخطاب المودع عند أئمّة أُولي الألباب ، والله الهادي إلى الصواب .

---

(١) التذكرة ١٦ : ٢٧٨ .

(٢) المسالك ٥ : ١٥٢ . انظر القواعد ٢ : ١٩٩ . التذكرة ١٦ : ٣٠١ .

[العين المستعارة]:

الفصل (الثالث : في العين المستعارة[١]) :

وضابطها : [١] (هي كلّ ما يصحّ الانتفاع به) شرعاً (مع بقاء عينه) منفعة معتدّاً بها عند العقلاء ، ولو غير معتادة من تلك العين (كالثوب والدابة) والدار والدراهم للتزيّن بها ، أو لإرهانها ونحوها لا مثل الأطعمة والأشربة ونحوهما لإرادة الانتفاع بها بالأكل والشرب ونحوهما ، ممّا يكون منفعة بإتلاف عينه ، ولا مثل أواني الذهب والفضّة ؛ للأكل والشرب ، وكلب الصيد للّهو والطرب ، والجواري للاستمتاع بهنّ [٢] .

نعم قد يتوقف في ضمانه من غير تعد ولا تفريط [٣] .

ولعلّ [الضمان] [٤] هو الأقوى في النظر .

(و) كيف كان فلا إشكال في أنّه (تصحّ استعارة الأرض للزراعة والغرس والبناء و) لكن (يقتصر المستعير

---

[١] [كما هو] المستفاد من الفتوى ومعقد الإجماع ونفي الخلاف (و) الاقتصار على المتيقن من إطلاق النصّ عدا ما خرج من المنحة بدليله .

[٢] بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك .

نعم في الرياض : « إلّا في المقصود بقولهم : لا يجوز إعارة مالا يمكن الانتفاع به إلّا بإتلافه فإنّه غير واضح إن ظهر من المعير الرضا بإتلاف العين بقوله : « أعرتكه » مع القرينة ، فإنّ المعيار في جوازه هو رضاه به ، وقد حصل في محلّ الفرض ، وإن هو إلّا كالهبة والإباحة ، وإن عبّر عنهما بلفظ العارية ، ولا مدخل للفظ الفاسد معناه في اللّغة والعرف .

نعم حيث لا يعلم الرضا بالإتلاف إلّا به اتّجه ما ذكروه ؛ لاشتراط استفادته منه بدلالته عليه ، ولو بالالتزام ، ودلالة لفظ « العارية » بمجرّده على الإتلاف فاسدة ؛ لعدم استنادها إلى عرف أو لغة ؛ لأنّ وضع العارية فيها بحكم الوضع ، والتبادر إنّما هو لما لا يتمّ الانتفاع به إلّا مع بقاء عينه ، ولعلّ هذا مراد الأصحاب »[٢] .

قلت :

يمكن أن يكون مرادهم ترتّب الضمان على الإتلاف المزبور ، وإن كان بالإذن ، إلّا أنّها بعنوان العارية ، زعماً منه عموم موضوعها أو تشريعاً .

ودعوى كونه هبة أو إباحة وإن كان الدفع بهذا العنوان واضحة البطلان ، إلّا أن ينصب قرينة على إرادتهما من اللفظ المزبور .

وقد ذكرنا سابقاً أنّ كثيراً من أفراد العقود يميّزها القصد ، فمتى وقع منه بهذا العنوان والفرض عدم كونه فرداً منه لم يجر عليه شيء من حكمه ، بل يجري عليه ما تقتضيه القواعد في مثله .

[٣] من قاعدة « مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » .

ومن خروجه عن أصل موضوع العارية حتى الفاسد .

[٤] [الذي هو] الأخير .

---

(١) في الشرائع : « المعارة » .

(٢) الرياض ٩ : ١٨٣ ـ ١٨٤ .

على القدر المأذون فيه) [١]، فلا يجوز التعدّى إلى الأدنى فضلاً عن المساوي . (**وقيل**) [٢]: (**يجوز أن يستبيح ما دونه في الضرر**) لا ما فوقه (**كأن يستعير أرضاً للغرس فيزرع**) فيها لا العكس [٣].

(**و**) لكن لا ريب في أنّ (**الأوّل أشبه**) [٤]. نعم لو أُريد من التعيين التقدير في الإذن في المنفعة ولو بالقرينة اتجه حينئذٍ التخطّي ، وإلّا فلا ، من غير فرق بين المساوي والأدنى [٥]. نعم قد يعلم من الفحوى الإذن في بعض المنافع ، لكن ذلك لا يدخلها في العارية إلّا إذا كانت ولو بالقرينة من حيث الإعارة للمنفعة المعيّنة في العقد على إشكال ، بخلاف الفحوى من غير ذلك [٦]. هذا كلّه مع الإطلاق ، وإلّا فلا إشكال في عدم الجواز مع النهي . وعلى كلّ حال فلو تعدّى وفعل الأضرّ فعليه الأُجرة للمالك تامّة على الأقوى ، بمعنى أنّه لا يسقط منها ما قابل قدر المأذون فيه من المنفعة [٧]، من غير فرق في ذلك بين المخالفة للنهي أو للإطلاق المفروض عدم تناوله [٨].

---

[١] **كما هو صريح المسالك والروضة**(١) **وغيرهما ، وظاهر الدروس واللمعة**(٢) ؛ لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه .

[٢] **كما عن المبسوط والغنية والسرائر**(٣) .

[٣] **بل عن الأوّل نفي الخلاف فيه**(٤) ، **بل في القواعد وعن التذكرة والتحرير التصريح بجواز المساوي أيضاً**(٥) ، **بل عن جامع المقاصد ظاهر كلامهم أنّ الحكم بذلك إجماعي**(٦) .

[٤] بأُصول المذهب وقواعده المقتضية عدم جواز التعدي عن غير المأذون ، وإن كان أدون أو مساوياً بعد فرض عدم حضوره في الذهن عند الإذن . ودعوى الانتقال إليه من الإذن في المعيّن للمساواة أو الأولويّة واضحة المنع ، فإنّ المساواة في الانتفاع بالنسبة إلى الأرض أو الدون لا تقتضي المساواة في الإذن كما هو واضح .

[٥] **فما في الرياض من الفرق بينهما بالأولوية في الثاني دون الأوّل**(٧) واضح المنع .

[٦] إذ هو حينئذٍ كغيره من الأعيان المتناولة بالفحوى ، وكان هذا هو السرّ في اشتباه بعض الأعلام في المقام . والله الحافظ من زلل الأقدام والأقلام .

[٧] للأصل السالم عن المعارض .

[٨] **لكن في القواعد : « ولو أذن في زرع الحنطة تخطّى إلى المساوي والأدون لا الأضرّ ، ولو نهاه حرم ، وعليه الأُجرة لو فعله ، والأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهي ، لا الإطلاق »**(٨) وفيه : أنّ التخطّي في الحالين غير مأذون فيه ، أقصاه أنّه في إحداهما نصّ على المنع وفي الأُخرى جاء المنع من أصل الشرع ، فهو كمن استوفى منفعة ملك غيره بغير إذنه ، أو مع نهيه بالنسبة إلى استحقاق الأُجرة . اللّهمّ إلّا أن يقال : إنّه مع النهي يحصل تقييد المنفعة المأذون بغير المنهيّ عنها ، أمّا مع الإطلاق فله استيفاؤها في ضمن أيّ فرد ، ولو ما لا يدخل في المطلق ، إلّا أنّه يضمن حينئذٍ الزائد عليها ، لكنّه كما ترى .

---

(١) المسالك ٥ : ١٤٣ . الروضة ٤ : ٢٦٠ .
(٢) انظر الدروس ٣ : ٣٨٩ . اللمعة : ١٤٩ .
(٣) المبسوط ٣ : ٥٣ . الغنية : ٢٧٦ . السرائر ٢ : ٤٣٣ .
(٤) (٦) المبسوط ٣ : ٥٣ . جامع المقاصد ٦ : ٨٧ .
(٥) القواعد ٢ : ١٩٨ . التذكرة ١٦ : ٢٥٥ . التحرير ٣ : ٢١٢ .
(٧) الرياض ٩ : ١٨٥ .
(٨) القواعد ٢ : ١٩٨ .

نعم لو أذن له في تحميل دابّة قدراً معيّناً فزاد عليه ضمن أُجرة الزائد قطعاً، وتسقط أُجرة قدر المأذون [١].

ومثله لو زرع المأذون وغيره، وما لو ركبها وأردف غيره، مع أنّ السقوط [أي سقوط قدر المأذون] لا يخلو أيضاً من نظر [٢].

فيستحق حينئذٍ أُجرة الجميع، والأولى جعل المدار على ما يفهم من العبارة، ولعلّه مختلف، والأصل اختصاص الغرامة بالزائد [٣].

(وكذا يجوز استعارة كلّ حيوان له منفعة كفحل الضراب) وإن استلزم إتلاف عين مائه، إلّا أنّه من التوابع للنزو وإدخال الفرج ونحوهما التي لا تقدح، أو علم [٤] جوازها، **(والكلب والسنوّر)** وغيرهما من الحيوانات المملوكة وإن لم يكن لها منفعة يصح التكسّب بها [٥] **(والعبد للخدمة، والمملوكة ولو كان المستعير أجنبياً منها)** وكانت شابّة جميلة [٦].

نعم قيل: يكره إعارتها للأجنبي، وتتأكّد إذا كانت حسناء؛ خوف الفتنة، بل [الظاهر] [٧] تأكّدها في الشابة لمن لا يوثق به، كما [٨] [يكره] استعارة الأبوين للخدمة وبالاستحباب للرفاهية، والأمر سهل.

(و) [المختار] [٩] أنّه **(يجوز استعارة الشاة للحلب وهي)** المسماة بـ**(المنحة)** [١٠].

---

[١] **كما صرّح به غير واحد، بل قطع به بعضهم**(١).

[٢] ضرورة ظهور تقييد الإذن في الأقلّ بعدم دخوله في ضمن الأكثر.

[٣] **وهو مراد الجماعة**، والله العالم.

[٤] بـ[دليل] السيرة.

[٥] ضرورة وضوح الفرق بين سفه التكسّب والإباحة بلا عوض.

[٦] **بلا خلاف أجده فيه عندنا.**

خلافاً لبعض العامة، فمنع عارية الشابة الجميلة لمن لا يوثق به(٢)؛ لبعض الوجوه الاستحسانية التي ليست من مدارك الأحكام الشرعية عندنا.

[٧] **[كما] عن التذكرة**(٣) **وغيرها.**

[٨] **[حيث] صرّح غير واحد بكراهة [ذلك].**

[٩] **[و] لا خلاف ظاهراً ـ كما اعترف به بعضهم**(٤) **ـ في [ذلك].**

[١٠] **بل عن بعض متأخّري المتأخّرين الإجماع عليه**(٥).

---

(١) المسالك ٥: ٢٤٥.

(٢) المجموع ١٤: ٢٠٢.

(٣) التذكرة ١٦: ٢٤٥.

(٤) كفاية الأحكام ١: ٧٠٦.

(٥) مجمع الفائدة ١٠: ٣٦٨.

ولعلّه قسم من الإباحة ،وحينئذٍ يتجه التعدي إلى غير الشاة ، كما هو المتعارف في هذا الزمان في البقر ، وإلى غير اللبن كالصوف والشعر والوبر .

أمّا على العارية فلا وجه للتعدّي المزبور مع مخالفته للضابط السابق ؛ كما لا يتعدّى من جوازه عارية إلى جوازه إجارة بعد اتّحادها مع العارية في الضابط السابق .

وهو إن تمّ كان الحجّة في مخالفة الضابط السابق [من صحة الانتفاع به شرعاً مع بقاء عينه] ، لا الأصل المقطوع بما سمعت .

ولا تسلّط الناس على أموالها الذي لا يقتضي مشروعيّة العارية .

ولا كونه كالوكالة في الانتفاع .

ولا الحاجة إليها كي يناسب شرعها سهولة الملّة وسماحتها .

ولا غير ذلك ممّا ذكر في كلام بعض[١] متأخّري المتأخّرين ممّا لا يصحّ لإثبات مشروعيتها عارية المنافي للضابط السابق ، بناء على أنّ المنفعة إذا كانت عيناً لا تدخل ، وإن سمّيت منفعة وصحّ تسبيلها في الوقف ، إلّا أنّ مورد الإجارة والعارية ماليس بعين من المنافع إلّا ما خرج بالدليل ؛ للإجماع بحسب الظاهر على ذلك ، ولأنّه المتيقن من النصّ والفتوى ، وحينئذٍ فلا بدّ لعارية المنحة من دليل ، وليس إلّا الإجماع إن تم ؛ إذ لم نجد في شيء من نصوصنا الدالة عليها .

نعم في التذكرة[٢] الاستدلال عليها بما عن النبي صلى الله عليه وآله « العارية مؤدّاة ، والمنحة مردودة ، والدين يقضى ، والغريم غارم »[٣] .

وهو مع أنّه من طرق العامّة لا دلالة فيه إلّا على مشروعيّة المنحة التي يمكن استفادتها من السيرة المستقيمة أيضاً ، وهو لا يقتضي كونها عارية ، بل لعلّه ضرب من الإباحة ، بل لعلّ الخبر المزبور ظاهر في كونها ليست من العارية .

وأغرب من ذلك الاستدلال عليه بحسن الحلبي عن الصادق عليه السلام : في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سنة شيئاً معلوماً أو دراهم معلومة من كلّ شاة كذا وكذا .

قال : « لا بأس بالدراهم ولست أُحبّ أن يكون بالسمن »[٤] .

وصحيح ابن سنان : سأله أيضاً عن رجل دفع إلى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومة لكلّ شاة كذا وكذا في كلّ شهر ، قال : « لا بأس بالدراهم ، وأمّا السمن فما أُحبّ ذلك إلّا أن تكون حوالب فلا بأس بذلك »[٥] .

بتقريب أنّه إذا جاز مع العوض فبدونه أولى ؛ إذ هو كما ترى لا يقتضي الجواز عارية ، كما أنّ جوازه مع العوض إمّا لكونه قسماً من الصلح أو أنّ ذلك بخصوصه مشروع .

وعلى كلّ حال فلا دليل سوى الإجماع المدعى إن تمّ ، وظنّي أنّه مأخوذ من معلومية مشروعيّة المنحة من الفتاوى والسيرة المستمرة ، لكنّه كما عرفت لا يقتضي الجواز عارية .

---

(١) مجمع الفائدة ١٠ : ٣٦٦ـ٣٦٧ .

(٢) التذكرة ١٦ : ٢٤١ .

(٣) المستدرك ١٣ : ٣٩٣ ، ب ٤ من الدين والقرض ، ح ٤ .

(٤) الوسائل ١٧ : ٣٥٠ ، ب ٩ من عقد البيع وشروطه ، ح ١ .

(٥) المصدر السابق : ٣٥٠ـ٣٥١ ، ح ٤ .

وربّما تختص الإجارة بالجواز للرضاع في الإنسان بخلاف العارية ، فلا يجوز استعارة الأمة له حينئذٍ ، وإن جاز استئجارها [١] ، هذا .

وفي بعض نسخ الكتاب (**ولا يستباح وطء الأمة بالعارية وفي استباحتها بلفظ الإباحة تردّد ، والأشبه الجواز**[١]) وتعرف الكلام فيه إن شاء الله تعالى في كتاب النكاح عند تعرّض المصنّف له ، والله العالم .

(و) كيف كان فـ [ـالمختار] [٢] أنّها (**تصحّ الإعارة مطلقة ومدّة معيّنة**) [٣] .

لكنّ المراد بصحّتها مدّة عدم الإذن فيما بعدها ، لا لزومها إليها نحو ما سمعته في عقد القراض . (و) حينئذٍ فـ (**ـللمالك**) في الحالين (**الرجوع**) بها [٤] .

(و) من ذلك ما (**لو أذن له في البناء أو الغرس**) مطلقاً أو إلى مدّة (**ثمّ أمره بالإزالة وجبت الإجابة**) [٥] .

[الأرض المستعارة]:

(**وكذا**) الكلام (في) عارية الأرض لـ (**ـالزرع**) فإنّ له الرجوع (**ولو قبل إدراكه على الأشبه**) [٦] . والذي

---

[١] **وأغرب من ذلك ما عن الغنية في باب الهبة : « ومن منح غيره بقرة أو ناقة أو شاة لينتفع بلبنها مدة لزمه الوفاء بذلك ، إذا قصد بها وجه الله تعالى شأنه »**[٢] .

إذ هو كما ترى لا يدخل في الهبة قربة إلى الله تعالى لتجدّد الحلب آناً فآناً .

كما لا دليل على لزومها منحة أو عارية مالم يكن ملزم خارجي من عهد أو نذر أو يمين أو اشتراط في عقد لازم كما هو واضح .

[٢] **[كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك]** .

[٣] لإطلاق الأدلّة .

[٤] لما عرفت من كونها عقداً جائزاً .

[٥] **خلافاً للمحكي عن أبي علي فلم يوجبها قبل انقضائها في خصوص عارية الأرض القراح للغرس والبناء**[٣] .

بل في محكي المبسوط : إذا أذن له ـ أي في الغرس إلى سنة ـ ورجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف[٤] .

إلاّ أنّه مع عدم كونه خلافاً في جواز العارية ؛ لما عرفته سابقاً من أعمّية عدم وجوب القلع لذلك ؛ ضرورة تحقق انفساخها بالفسخ وإن لم يلزمه الإجابة ، لكن تتعيّن عليه الأُجرة مثلاً .

[٦] بأُصول المذهب وقواعده التي منها معلوميّة جواز عقد العارية الذي منه محلّ البحث .

خلافاً للمحكي عن الشيخ وابن إدريس من وجوب الوفاء على المعير في الزرع إلى حين إدراكه[٥] ؛ لأنّ له وقتاً ينتهي إليه . وظنّي أنّ مرجع كلامهما إلى عدم وجوب الإزالة ، لا إلى عدم جواز العارية ، وبينهما فرق واضح .

---

(١) أورده في الشرائع (٢ : ١٧٣) عن بعض النسخ .
(٢) نقله في المختلف ٦ : ٧٨ .
(٣) الغنية : ٣٠١ .
(٤) المبسوط ٣ : ٥٥ .
(٥) المبسوط ٣ : ٥٦ . السرائر ٢ : ٤٣٣ .

يقتضيه النظر في المسألة أنّه لا ينبغي التأمّل في جواز عقد العارية هنا [١].

إنّما الكلام في حكم الغرس والبناء والزرع بعد فسخها؛ ضرورة رجوع الأمر حينئذٍ إلى تزاحم الحقوق [٢] ومن هنا قال المصنّف [٣]: (**وعلى الآذن الأرش**) [٤].

كما أنّه [المختار] [٥] عن تقديمه على المستعير وإن بذل الأُجرة [٦].

---

[١] لعموم ما دلّ عليه، وعموم « تسلّط الناس على أموالها » وأنّها قسم من الإباحة والبرّ والإحسان وغير ذلك.

[٢] إذ المستعير ليس ظالماً في عرقه، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار جارية في المقام بالنسبة إليهما معاً.

[٣] وغيره.

[٤] فاحتمال تسلّط المعير على الإزالة مطلقاً بلا أرش ـ للأصل، ولأنّ المستعير هو الذي أدخل الضرر على نفسه بإقدامه على العارية التي يجوز فسخها في كلّ وقت ـ لا يخفى عليك مافيه؛ لانقطاع الأصل بما عرفت من القاعدة، والإقدام على العارية أعمّ من الإقدام على الضرر المبني على اقتضاء التسلّط بفسخها على ذلك، وهل هو إلاّ مصادرة؟ ومن هنا نفى الخلاف بعضهم عن وجوب الأرش في المقام[١]، وإن استشكل فيه بعضهم[٢]، إلاّ أنّ الإشكال ليس خلافاً.

[٥] [إذ] يمكن نفيه [= الخلاف] أيضاً عن [ذلك].

[٦] ولعلّ ذلك كافٍ في ترجيحه على الآخر عند المزاحمة لو أراد بذل الأجرة للبقاء، أو القيمة للأرض، ولذا كان المتّجه فيهما التراضي لدفع صاحب الأرض قيمة الغرس. أمّا موثق محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: في رجل اكترى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك، فقال: « عليه الكرى ويقوّم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل، فيعطيه الغارس إن كان استأمره في ذلك، وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكرى وله الغرس والزرع ويقلعه ويذهب به حيث شاء »[٣]. فلم أجد عاملاً به، عدا ما عن المبسوط من إجبار الغارس على القبول مع دفع القيمة[٤] مع أنّه مضطرب؛ لأنّه على ما في الكافي ـ بعد قوله: فيعطيه الغارس ـ: « وإن كان استأمره فعليه الكرى وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء »[٥].

وحينئذٍ يكون دالّاً على أنّ لصاحب الأرض المغصوبة تملّك ما زرعه الغاصب فيها وغرسه كما عن أبي علي رحمه الله[٦].

ولا ريب في منافاته حينئذٍ لأُصول المذهب وقواعده.

ويأتي إن شاء الله تمام الكلام في ذلك في كتاب الغصب، ولكن لا كلام هنا في ترجيح جانب المعير على حسب ما عرفت، والله العالم.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٣٨١.

(٢) انظر مفتاح الكرامة ٦: ٦٢.

(٣) الوسائل ١٩: ١٥٦، ب٣٣ من الاجارة، ح ١.

(٤) انظر المبسوط ٣: ٥٥.

(٥) الكافي ٥: ٢٩٧، ح ٢. الوسائل ١٩: ١٥٧ ب٣٣ من الاجارة، ذيل الحديث ١.

(٦) نقله في المختلف ٦: ١٣١ ـ ١٣٢.

إنّما الكلام في أمرين: أحدهما: عدم التسلّط على الإزالة إلّا بعد دفع الأرش، ولعلّه الظاهر من قول المصنّف: (وليس له المطالبة بالإزالة من دون الأرش) [١].

[بمعنى عدم استحقاق الإزالة بدون استحقاق الأرش لا بدون سبق دفع الأرش] [٢].

ثانيهما: أنّ المراد بالأرش على ما [قيل:] [٣] هو تفاوت ما بين كونه منزوعاً من الأرض وثابتاً [٤].

[ولا وجه لاعتبار البقاء مجاناً أو بالأجرة].

---

[١] بل جزم به في المسالك وظاهره الإجماع عليه، قال: «لا تجب إجابته إلى القلع قبل دفعه وإن بذله؛ لاحتمال تعذّر الرجوع عليه بإفلاس أو غيبة ونحوهما، فيضيّع حقّ المستعير ويلزم الضرر، بخلاف مالو دفع أوّلاً، فإن غايته أن يهرب المستعير أو يتعذّر مباشرته للقلع، فيباشره المعير بإذن الحاكم مع إمكانه، أو لا معه مع تعذّره، وتعذّر إذن المالك، فلا يحصل الضرر».

ثمّ قال: «لكن هذا الدفع نوع من المعاوضة، ومن شأنها أنّهما مع الاختلاف يجبران على التقابض معاً من غير أن يسبق أحدهما الآخر، وإنّما حكم هنا بسبق دفع الأرش؛ لأن المعيّة غير ممكنة، وفي بسط الدفع على الأجزاء حرج وعسر، والضرر عن الدافع مندفع، بخلاف العكس، فلذلك حكموا بتقدّمه[١]».

قلت: يمكن إرادة المصنّف عدم السلطنة له على المطالبة بإزالته مجاناً، وليس هو بصدد سبق الدفع وتأخّره ومقارنته؛ ضرورة كون ذلك من الأحكام لا المعاوضات، بمعنى تسلّط المعير على طلب الإزالة من المستعير، وعليه الأرش، فلكلّ منهما حقّ على الآخر لا مدخلية له فيه، وعصيان أحدهما فيه لا يقتضي الجواز للآخر.

وكلام المصنّف وما شابهه إنّما هو في عدم استحقاق الإزالة بدون استحقاق الأرش، لا بدون سبق دفع الأرش.

[٢] الذي لم يقم عليه دليل معتبر.

بل لعلّ ظاهر الأدلّة خلافه، والأمور الاعتبارية مع أنّها غير تامّة لا تصلح لأن تكون مدركاً شرعيّاً، والله العالم.

[٣] [قاله] في المسالك[٢].

[٤] قال: «وهل يعتبر فيه مجّاناً أو بأُجرة؟ كلام الشيخ صريح في الأوّل، وهو الظاهر من كلام المصنّف والجماعة، مع احتمال اعتبار الثاني». بل اختاره بعد ذلك، وحكاه عن التذكرة[٣]. قال: «لأنّ جواز الرجوع في العارية لا معنى له، إلّا أن تكون منفعة الأرض ملكاً لصاحبها لا حقّ لغيره فيها، وحينئذٍ فلا يستحقّ الإبقاء فيها إلّا برضاه بالأُجرة، وحق المستعير يجبر بالأرش، كما أنّ حقّ المعير يجبر بالتسلّط على القلع، وبأخذ الأُجرة لو اتفقا على إبقائها»[٤]. قلت: قد أطنبنا سابقاً في نظير المسألة وقلنا: إنّه لا وجه لاعتبار البقاء مجّاناً أو بالأُجرة في التقويم بعد فرض عدم استحقاق شيء منهما لذي الغرس أو البناء، بل هو في بعض الأفراد كمال الضرر على المعير، خصوصاً مع ملاحظة البقاء مجّاناً في التقويم.

---

(١) المسالك ٥: ١٤٨.

(٢)(٤) المسالك ٥: ١٤٧.

(٣) التذكرة ١٦: ٢٥٩.

فالمتجه حينئذٍ أنّ المراد بالأرش هو تفاوت حالي الشجرة بالقلع وعدمه إن كان، ونقص آلات البناء بسبب الهدم، بمعنى ضمان نقصها الحاصل بالقلع والهدم من حيث كونه قلعاً وهدماً، من غير ملاحظة البقاء مغروساً ومبنيّاً، الذي هو غير مستحق للمستعير لا مجّاناً ولا بأُجرة [١].

هذا [في العارية المطلقة والموقتة قبل انقضاء وقتها وهو واضح] [٢].

أمّا ثبوته في الموقّتة بعد انقضاء الوقت فقد يشكل [٣]، [إلّا أنّ الظاهر عدم ثبوت الأرش حتى فيما إذا لم يدرك الزرع لا لتقصير من المستعير، بل لهبوب الرياح وقصور الماء ونحوهما] [٤].

---

[١] **ولعلّه المراد فيما حكي عن المبسوط[١] وغيره من أنّه التفاوت بين كونها مقلوعة وقائمة من غير مراعاة للبقاء.** بل يكون المعير حينئذٍ مع استحقاقه القلع كالغاصب في الغرامة، بل ربّما استغرقت القيمة بملاحظة ذلك، خصوصاً مع المجانية أضعاف قيمة الأرض، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

[٢] وقد يتوهّم من إطلاق المصنّف عدم الفرق فيما ذكره من الأرش بين انقضاء الوقت في الموقّتة وبين الرجوع قبله، ووجهه في الثاني واضح؛ ضرورة كون الرجوع قبل الوقت كالرجوع في المطلقة.

[٣] بأنّ فائدة التوقيت ذلك. **ومن هنا جزم في القواعد ومحكي التحرير وجامع المقاصد بأنّ له الإلزام بالقلع مجّاناً[٢]. لكن عن التذكرة: أنّ فائدة التوقيت تجديد الغرس للمستعير في كلّ يوم إلى انقضاء المدّة، إلى أن قال: «ثم للمالك الرجوع في العارية قبل انقضاء المدّة بالأرش وبعدها مجّاناً إن شرط المعير القلع، أو نقص البناء بعد المدّة، أو شرط عليه القلع متى طالبه به عملاً بالشرط، فإنّ فائدته سقوط الغرم، فلا يجب على صاحب الأرض ضمان ما نقص الغرس بالقلع... وإن لم يكن شرط القلع واختاره المستعير كان له ذلك... وإن لم يختر القلع وأراده المعير فلابدّ من الأرش»[٣].** إلّا أنّه لا يخفى عليك مافيه من منافاته؛ لأصالة براءة الذمّة السالمة عن المعارض؛ ضرورة عدم حقّ له بعد انتهاء المدّة، ولا مدخليّة لاشتراط القطع وعدمه، كما لو استأجر منه أرضاً لذلك مدّة فانتهت، وأراد المالك تفريغ أرضه. نعم قد يتوقّف فيما لو أعاره للزرع مدة معيّنة فانقضت ولمّا يدرك، لا لتقصير منه بل لهبوب الرياح وقصور الماء ونحوهما ممّا هو ليس من تقصير المستعير.

[٤] **بل عن التذكرة الجزم باستحقاق الأرش كالعارية المطلقة[٤]. ولعلّه باعتبار أنّ له مدة تنتظر فلا يعتد بالتأقيت القاصر عنها.** لكن لا ريب في أنّ المتّجه أيضاً عموم: «تسلّط الناس على أموالهم»[٥]. و«أنّ المؤمنين عند شروطهم»[٦]. ولم يصدر الإباحة من المالك إلّا إلى الأمد المخصوص الذي قد دخل المستعير على القلع عند انقضائه. **كما عن المحقق الثاني اختياره، بل قال: «ضعف الأوّل ظاهر»، كما أنّه قال: «لا يخفى أنّ موضع الإشكال إذا لم يكن عدم الإدراك مستنداً إلى تقصير المستعير فإن أخّر باختياره حتى ضاق الوقت وجب القلع مجّاناً قطعاً»[٧]، والله العالم.**

---

(١) المبسوط ٣: ٥٥.
(٢) القواعد ٢: ١٩٦. التحرير ٣: ٢١٦. جامع المقاصد ٦: ٧٦.
(٣) التذكرة ١٦: ٢٦٤.
(٤) التذكرة ١٦: ٢٦٧.
(٥) البحار ٢: ٢٧٢، ح٧.
(٦) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب٢٠ من المهور، ح٤.
(٧) جامع المقاصد ٦: ٧٧.

(**ولو أعاره أرضاً للدفن**) لميّت محترم فدفنه فيها (**لم يكن له إجباره على قلع الميّت**) ونبشه وإخراجه إلى أن يطمئن باندراسه بالنسبة إلى تلك الأرض على وجه لا ينافي احترامه [١]، لا أنّ المراد عدم جواز فسخها، فإنّ له ذلك باعتبار كونه عقداً جائزاً.

وتظهر الثمرة فيما لو اتّفق نبشه من نابش فإنّ إعادته حينئذٍ تحتاج إلى إذن جديدة، أو بالأجرة بناء على استحقاقها في مثله وفي غير ذلك.

لكن من المعلوم أنّ ذلك بعد تحقّق الدفن الذي يحرم معه النبش.

أمّا الرجوع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميّت فلا كلام في ترتّب حرمة الدفن حينئذٍ عليه [٢]، [وكذلك بعد الوضع قبل المواراة على احتمال].

هذا كلّه إذا لم يكن للمستعير جهة جواز للنبش، وإلاّ لاتجه إلزامه به، ولو للنقل إلى المشاهد المشرّفة بناء على جوازه لها.

(**وللمستعير أن يدخل إلى الأرض**) التي استعارها للغرس والبناء والزرع للتنزّه ولغيره، (**و**) لأن (**يستظلّ بشجرها**) في نوم ويقظة [٣].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه.**

ولعلّ ذلك هو المراد ممّن حكاه على لزومها.

[٢] **بل صرّح غير واحد من الأصحاب بأنّه كذلك بعد الوضع قبل المواراة**، لعدم صدق النبش حينئذٍ.

اللهمّ أن يقال: إنّه وإن كان كذلك إلاّ أنّه يمكن دعوى مساواته له؛ لما في الإخراج من هتك الحرمة، ولذا أمروا بقرض نجاسة الكفن فيه إذا لم يمكن غسلها.

بل قيل: لم يجوّزوا نقله إلى قبر آخر[١].

لكنّ الإنصاف عدم الاكتفاء بذلك دليلاً لمثل ذلك.

بل لولا الإجماع هنا على حرمة النبش لأمكن القول بجوازه، لعموم «تسلّط الناس»[٢] ولأولويته من جملة من الأُمور التي جوّزوا النبش لها.

مع أنّه لا إطلاق ولا عموم على حرمته كي يتمسّك بهما، إلّا الإجماع الذي لولا اعتضاده بما هنا لأمكن المناقشة في تناول معقده لما هنا.

[٣] لأنّ ذلك كلّه ونحوه من توابع مثل هذه العارية في العادة، وقد سمعت سابقاً أنّ له الانتفاع بما جرت العادة به.

فما عن المبسوط وغيره من عدم الجواز[٣]. في غير محلّه.

---

(١) مفتاح الكرامة ٦: ٦١.

(٢) البحار ٢: ٢٧٢، ح٧.

(٣) المبسوط ٣: ٥٥ـ٥٦.

. . . . . .

وإن وافقه عليه في الجملة في التذكرة[١] والقواعد[٢] وجامع المقاصد[٣] والمسالك[٤] والروضة[٥] فلم يجوّزوا دخوله للتفرّج ؛ لأنّ الاستعارة وقعت لمنفعة معيّنة فلا يتعدّاها .

وإنّما يجوز الدخول له لسقي الشجر ومرمّة الجدر ونحوهما ممّا فيه مصلحة المال وصونه عن التلف .

إلاّ أنّه كما ترى ، بل لا يبعد أن يكون ذكر المصنّف لذلك تعريضاً بما سمعته عن المبسوط .

ومنه يعلم مافي المسالك فإنّه قد أطنب في بيان انفراد المصنّف في ذكر هذا الحكم للمستعير على ما وجده في النسخ .

قال : « وحقّه أن يقول للمعير على ما وجدته في سائر كتب الفقه التي تعرّضوا فيها لهذه المسألة من كتبنا وكتب غيرنا والنكتة بالنسبة إلى المعير واضحة ، كما ذكرناه ، وأمّا المستعير فعلى تقدير جواز استظلاله لانكتة في تخصيصه من بين الوجوه التي ينتفع بها »[٦] ـ ثمّ ساق جملة ممّا وجده من عبارات الأصحاب ـ إلى أن قال : « نعم ذكر الشهيد في اللمعة جواز استظلال كلّ منهما بالشجر ، وهو أجود من الاقتصار على المستعير ، إلاّ أن يجعل نكتة الاقتصار عليه بيان الفرد الأخفى »[٧] .

قلت : قد عرفت أنّ غرض المصنّف والشهيد التعريض بمن لم يجوّز ذلك للمستعير ، واختصاصه بالمعير ، باعتبار كونه مالكاً للأرض .

فله الدخول إليها والاستظلال بما فيها ؛ لعدم كونه تصرّفاً بغير أرضه ، كالاستظلال بحائط الغير ، وإنّما يمنع من التصرّف بالبناء أو الغرس ، بخلاف المستعير الذي ليس له التصرّف إلّا في المنفعة التي أباحها المالك له ، وهي الغرس والبناء والزرع وتوابعها ممّا يصلحها ويحرسها عن التلف .

ولا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه وجه النظر في ذلك بل وفي انتفاع المعير في البناء والغرس من دون إذن المالك ، بناء على أنّ مثله تصرّف ، كما جزم به بعض مشايخنا فأبطل الصلاة تحت السقف المغصوب[٨] ، كما ذكرناه في كتاب الصلاة ، ولكن قد منعنا كونه تصرّفاً صلاتياً ، نعم هو انتفاع به حال الصلاة .

ولعلّ كلام الأصحاب هنا مؤيّد لما قلناه .

بل ظاهرهم عدم حرمة ذلك مطلقاً على المعير ؛ إذ ليس هو إلّا تصرّفاً في أرضه ، وإن قارن ذلك انتفاع له على نحو الاستضاءة بنار الغير ، وهو جالس في ملكه .

---

(١) التذكرة ١٦ : ٢٦٢ .
(٢) القواعد ٢ : ١٩٦ .
(٣) جامع المقاصد ٦ : ٧٤ .
(٤) المسالك ٥ : ١٤٩ ـ ١٥٠ .
(٥) الروضة ٤ : ٢٦٦ .
(٦) المسالك ٥ : ١٤٩ .
(٧) المسالك ٥ : ١٥٠ .
(٨) كشف الغطاء ٣ : ٥٠ .

إلّا أنّه [هل يجوز للمعير التصرف أو الانتفاع في بناء وغرس المستعير؟] الإنصاف عدم خلوّ ذلك من إشكال، مع فرض قصد استيفاء منفعة الاستظلال بالسقف دفعاً للمطر والحرّ ونحوهما [١].

(و) كيف كان فقد تقدّم في كتاب الصلح من المصنّف أنّه (**لو أعار جداره**[1] **لطرح خشبة فـ**)ـوضعها و(**طالبه**) بعد ذلك (**بإزالتها**) لم يكن له ذلك؛ لأنّ المراد به التأييد ثم استحسن الجواز.

وقد ذكرنا هناك ما عندنا [من أنّ له الرجوع والقلع مجاناً].

لكن قال هنا: (**كان له ذلك إلاّ أن تكون أطرافها الأُخر مثبتة في بناء المستعير فـ**) ـليس له إلزامه بالإزالة، وإن بذل الأرش؛ لأنّه (**يؤدي إلى خرابه، و**) إلى (**إجباره على إزالة جذوعه عن ملكه**) أي المستعير [٢]. (**و**) لكن (**فيه تردّد**) [٣].

نعم لمّا لم يكن ظالماً في وضعه جبّره الشارع بالأرش [٤].

بل لو بذل الأُجرة لم يلزم صاحب الجدار إجابته، ترجيحاً لحقّ صاحب الجدار عليه [٥].

(**ولو أذن له في غرس شجرة**) مثلاً فغرسها وبقيت مدّة (**فـ**) ـاتفق أنّها ماتت أو (**انقلعت**) لهواء خارق ونحوه (**جاز**) عند بعض (**أن يغرس غيرها استصحاباً للإذن الأوّل**) التي لم يتعقّبها رجوع.

---

[١] إذ هو إن لم يكن تصرّفاً فيه فلا ريب في كونه انتفاعاً به على وجه يضمن أُجرته للمالك، هذا.

وربّما ظهر من بعضهم أنّ موضوع الحكم هنا ما إذا رجع المعير في العارية، وأنّ المراد بيان أنّ له قبل دفع الأرش وحصول القلع الدخول إلى أرضه والتصرّف فيها، وإن استلزم الاستظلال ونحوه بغرس الغير وبنائه، وليس للمستعير الدخول إلّا لمصلحة ماله وحفظه من سقي ومرمّة بناء ونحوهما.

بل ربّما ظهر من بعضهم التوقّف في ذلك من دون استئذان أوّلاً.

ولكن لا يخفى عليك أنّه مخالف لظاهر أكثر عبارات الأصحاب، وإن كان الحكم في حدّ ذاته ممكناً، والأمر سهل بعد فرض معلومية الحكم على كلّ حال.

[٢] **وهو المحكي عن مبسوط الشيخ والسرائر والدروس**[2].

[٣] [ينشأ] من ذلك.

ومن معلومية جواز عقد العارية المقتضي لوجوب تفريغ ملك المعير، وإن توقّف على تخريب ملكه.

بل قيل: إنّه الذي أقدم على ذلك بإقدامه على العارية، فهو في الحقيقة الذي أدخل الضرر على نفسه[3].

[٤] ودعوى لزوم هذه العارية باعتبار بنائها على التأبيد والدوام لا ترجع إلى محصّل، يجوّز الاعتماد عليه شرعاً.

[٥] لفحوى ما سمعته في الغرس، والبناء الذي قد وافق الخصم عليه هناك، هذا.

وقد تقدم في كتاب الصلح ماله نفع في المقام فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

---

(١) في الشرائع: «أعاره حائطاً» بدل «أعار جداره».

(٢) المبسوط ٣: ٥٦. السرائر ٢: ٤٣٣ ـ ٤٣٤. الدروس ٣: ٣٤٣.

(٣) جامع المقاصد ٦: ٧٠.

(وقيل : يفتقر إلى إذن مستأنف ، وهو أشبه) [١] .

(و) لا إشكال [٢] في أنّه **(لا يجوز إعارة العين المستعارة إلاّ باذن المالك)** [٣] .

(و)كذا (**لا**) يجوز له (**إجارتها**) ، بل هو أولى منه [٤] .

فلا ريب في عدم جوازه ولا غيره من النواقل أو المبيحة (**لـ)** ـما عرفت من (**أنّ المنافع ليست مملوكة للمستعير وإن كان له استيفاؤها**)بنفسه أو وكيله على وجه يعود الانتفاع له ، مع كون العين في يده أو في يد الوكيل بإذن المالك ، وليس هو من الإعارة .

ثمّ إنّ الظاهر كون الإعارة الثانية مع فرض إذن المالك إنّما هي من الأوّل مع فرض كون الإذن على هذا الوجه ، فإنّه يصير حينئذٍ وكيلاً ونائباً ، فلا يقدح حينئذٍ جنونه ونحوه في بقائها . نعم إذا أذن له في الإعارة لنفسه اتجه حينئذٍ كون الإعارة منه [٥] . إنّما الكلام فيما يستفاد من إطلاق الإذن ، ولعلّ العارية من المستعير نفسه أظهر الفردين منه .

ولعلّ منه عارية الدار مثلاً على أن يدخل فيها من شاء من عياله وغيرهم ، فإنّ الإعارة لهم منه ، لا من المعير . أو يقال : إنّ من انتفاعه انتفاعهم على نحو انتفاع دوابّه ، والأمر سهل . وكيف كان فلو خالف وأعار الغير فلا ريب في فساد العارية ، ولكن الكلام ـ في رجوع المالك على من شاء منهما بالعين والمنفعة مع ضمان العين وعدمها ـ ما سمعته في العارية من الغاصب [وهو جواز الرجوع على كل منهما] [٦] .

---

[١] بأُصول المذهب وقواعده المقتضية حرمة التصرّف في مال الغير بغير إذنه ؛ إذ الأُولى قد انتهت بحصول مقتضاها ، وغرس الشجرة الأُخرى شيء جديد ، بل إن لم يكن ثمّ قرينة يشكل إعادة غرسها ؛ إذ الظاهر أنّ الإذن في الغرس كالأمر به تتحقّق بالمرّة . **نعم في التذكرة : « لو انقلع القسيل المأذون له في زرعه في غير زمنه المعتاد أو سقط الجذع كذلك وقصر الزمان جدّاً فالأولى أنّ له أن يعيده بغير تجديد الإذن »**[1] . ولعلّه لأنه من الإذن الأُولى ؛ لعدم تحقّق مقتضاها المأذون فيه ، كما هو واضح . بل هذه المسائل ونحوها ممّا لاحظّ للفقيه فيها ؛ لاختلافها باختلاف القرائن الحالية ، فضلاً عن غيرها .

[٢] **كما لا خلاف عندنا [فيه]** .

[٣] ضرورة اقتضاء عقد العارية الإباحة لخصوص المستعير لا تمليكه إياها .

[٤] **خلافاً لما عن بعض العامّة من جوازه**[2] قياساً على الإجارة ، وهو مع بطلانه في نفسه مع الفارق .

[٥] واحتمال عدم مشروعية هذا القسم باعتبار اشتراط كون المعير مالكاً . يدفعه إطلاق الأدلّة ، والمسلّم منه مع عدم إذن المالك ، فيكون بالشرط حينئذٍ مالكاً أو مأذوناً . وقد سمعت التسامح في العارية التي ذكر فيها المصنّف صحّة العارية من الصبيّ بإذن وليّه . وستسمع إن شاء الله في الوكالة بإذن الموكّل أنّها تقع على وجهين : الوكالة عن الموكّل ، والوكالة عن الوكيل نفسه ، نحو ما سمعته في العارية هنا ، ولعلّ مثله يأتي في الوديعة ، وقد تقدّم منا سابقاً بحث فيه .

[٦] **وما عن الفاضل من الفرق بينهما في الجملة**[3] لا يخلو من إشكال ، كما أوضحنا ذلك كلّه هناك ، فتأمّل ، والله العالم .

---

(١) التذكرة ١٦ : ٢٦٨ .

(٢) فتح العزيز ١١ : ٢١٠ ـ ٢١١ .

(٣) انظر القواعد ٢ : ١٩٧ ، ١٩٩ .

[الأحكام المتعلّقة في العارية]:

الفصل (**الرابع: في الأحكام المتعلّقة بها**):

(**وفيه مسائل**):

[العارية أمانة]:

(**الأُولى**): [المختار] [١] أنّ (**العارية أمانة**) [٢]. وحينئذٍ فهي كغيرها من الأمانات (**لاتضمن إلّا بالتفريط في الحفظ أو التعدّي أو**) بـ(**ـاشتراط الضمان**) زيادة على الوديعة [٣].

(**و**) كذا تزيد على الوديعة بأنّها (**تضمن إذا كانت ذهباً أو فضّة وإن لم يشترط**) الضمان [٤] [ولا كلام في الدراهم والدنانير]، إنّما الكلام في غيرهما من المصوغ وغيره [٥].

---

[١] **[و] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].**

[٢] كما قال الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي: « صاحب العارية والوديعة مؤتمن »[١] ونحوه غيره.

[٣] **للإجماع بقسميه**، والنصوص. ولا ينافي ذلك بناؤها على التبرّع حينئذٍ، كما لا ينافي كونه شرطاً في عقد جائز؛ إذ هو كالاجتهاد في مقابلة النص.

[٤] **بلا خلاف أجده فيه في الدراهم والدنانير منهما، بل الإجماع بقسميه عليه والنصوص.**

[٥] الذي هو كذلك أيضاً. في صريح اللمعة والمهذب وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان[٢] على ما حكي عن بعضها. وفي ظاهر المتن والنافع وغيرهما ممّن عبّر كعبارته، كما عن المقنع والنهاية والمبسوط وفقه الراوندي، والتحرير والإرشاد والمختلف وقواعد الشهيد[٣]. بل لعلّه ظاهر الوسيلة والتبصرة المعبّر فيهما بالثمن[٤] المراد منه مطلق الذهب والفضة، كما في تعريف الصرف، أو الورق والعين المعبّر بهما في محكي المقنعة والمراسم والكافي والغنية والسرائر[٥]، بناء على إرادة الفضة من أوّلهما كما عن القاموس والنهاية وكتب التفسير[٦]، أو هي مع الدراهم المضروبة كما عن مجمع البحرين، والدينار والذهب من ثانيهما كما عن القاموس[٧] أيضاً. نعم عن الصحاح تفسير العين بما ضرب من الدينار والورق بما ضرب من الدراهم[٨]. ولعلّه لذا نسب الحكم في المختلف إلى الشهرة بين الأصحاب[٩]، وإلاّ فلم أجد خلافاً صريحاً قبله، وإنما هو من الفخر والقطيفي والكفاية والرياض على ما حكي عن بعضها[١٠].

---

(١) الوسائل ١٩: ٩٣، ب ١ من العارية، ح ٦.

(٢) حكاه عن اللمعة والمهذب في مفتاح الكرامة ٦: ٧٠. جامع المقاصد ٦: ٧٨، ٧٩. المسالك ٥: ١٥٧ـ١٥٨. الروضة ٤: ٢٦٤. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٣٧٥.

(٣) المختصر النافع: ١٧٥. المقنع: ٣٨٦. النهاية: ٤٣٨. المبسوط ٣: ٤٩. فقه القرآن ٢: ٦٣. التحرير ٣: ٢١٧. الإرشاد ١: ٤٣٩. المختلف ٦: ٧١. القواعد والفوائد ٢: ٢٧٢.

(٤) الوسيلة: ٢٧٦. تبصرة المتعلمين: ١٠٦.

(٥) المقنعة: ٦٣٠. المراسم: ١٩٤. الكافي: ٣٢٩. الغنية: ٢٧٦. السرائر ٢: ٤٣٠.

(٦) القاموس المحيط ٣: ٤١٧. النهاية ٥: ١٧٥. التبيان ٧: ٢٣. مجمع البيان ٣: ٤٥٧.

(٧) مجمع البحرين ٣: ١٩٢٧. القاموس المحيط ٤: ٣٥٦.

(٨) الصحاح ٤: ١٥٦٤.

(٩) المختلف ٦: ٧١.

(١٠) الايضاح ٢: ١٣٠. وعن القطيفي في مفتاح الكرامة ٦: ٧٠. كفاية الأحكام ١: ٧١٠. الرياض ٩: ١٨١.

وعلى كل حال فـ[ـالضمان] هو الأقوى [١].

---

[١] لصحيح زرارة: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: العارية مضمونة، فقال: «جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك تواه، إلاّ الذهب والفضة، فإنّهما يلزمان إلاّ أن تشترط أنّه متى توى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، والذهب والفضّة لازم لك وإن لم يشترط عليك»[١]. وإسحاق بن عمّار عنه أيضاً أو عن أبي إبراهيم عليه السلام: «العارية ليس على مستعيرها ضمان، إلاّ ماكان من ذهب أو فضّة، فإنّهما مضمونان اشترطا أو لم يشترطا»[٢]. ولا ينافي ذلك صحيح ابن سنان عنه أيضاً: «لا تضمن العارية إلّا أن يكون قد اشترط فيها ضمان، إلّا الدنانير فإنّها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً»[٣] الذي مثله خبر ابن مسكان[٤]. ولا خبر عبدالملك بن عمرو عنه أيضاً: «ليس على صاحب العارية ضمان، إلّا أن يشترط صاحبها، إلاّ الدراهم فإنّها مضمونة اشترط صاحبها أو لم يشترط»[٥]. بعد ظهور اتحاد المستثنى منه في جميعها في كون المراد تعدّد الإخراج من العامّ، فهي مخصّصات متعدّدة من عام متحد لا يقدح أخصّية بعضها من بعض؛ إذ جميع المخصّصات متحدة في الحكم الإيجابي الذي هو الضمان، فلا يحمل بعضها على بعض بعد عدم التنافي بينها.

بل ولا في إخراجها من العام؛ ضرورة أنّ الخاص إذا أُخرج من العام لا يزيد دلالته على مابقي من الأفراد على دلالته الأصلية، فليس حينئذٍ إلاّ خروج الخاصّ من العامّ. وبذلك ظهر لك المراد من النصوص[٦] التي مابين دالّ على عدم ضمان العارية أصلاً، وما بين مستثنى الذهب والفضة، ومابين مستثنى الدراهم، ومابين مستثنى الدنانير، خصوصاً بعد اتفاقهم على عدم التنافي بين خبري الدراهم والدنانير؛ إذ ليس هو إلاّ باعتبار ظهورهما في إرادة تعدّد الإخراج من العامّ الذي هو بملاحظة كلّ واحد منهما لا يقتضي عدم قابلية العامّ لإخراج غيره، بل أقصاه بقاء ما عداه على دلالة العامّ الأوّل، فإذا جاء ما يقتضي إخراج فرد آخر ضمّ إلى الفرد الآخر، وهكذا. فهو بمنزلة أن يقول: أكرم الرجال، ثمّ يقول: لا تكرم زيداً منهم، وأُخرى: لا تكرم عمراً، وثالثة: لا تكرم الجهّال، وفي الواقع كان زيد وعمرو من أفراد الجهّال فإنّه لا يشكّ من له أدنى فهم بالخطابات العرفيّة إرادة إخراج الجهّال من الحكم الأوّل، ولكن نصّ على زيد وعمرو للتأكيد ونحوه.

وبذلك ظهر لك مافي كلام فخر المحقّقين من حمل الذهب والفضة على الدرهم والدينار باعتبار أنّهما عامّان بالنسبة إليهما أو مطلقين[٧]. إذ قد عرفت أنّه لا تنافي بين حكم الجميع الذي هو الضمان، فلا مقتضى للحمل المزبور.

كما أنّه لا تنافي أيضاً بين المستثنى منه في الجميع؛ إذ هو ليس إلاّ عدم ضمان العارية الذي هو مضمون القسم الأوّل من النصوص، وهذا واضح.

وإن أطنب في ردّه في جامع المقاصد[٨]، وزاد في الإطناب ثاني الشهيدين في المسالك[٩].

---

(١) الوسائل ١٩: ٩٦ ب٣ من العارية، ح٢.
(٢) المصدر السابق: ٩٧، ح٤.
(٣) المصدر السابق: ٩٦، ح١.
(٤) التهذيب ٧: ١٨٣، ح٨٠٤. الوسائل ١٩: ٩٦، ب٣ من العارية، ذيل الحديث ١.
(٥) الوسائل ١٩: ٩٧، ب٣ من العارية، ح٣.
(٦) انظر الوسائل ١٩: ٩٦، ب٣ من العارية.
(٧) الإيضاح ٢: ١٣٠.
(٨) جامع المقاصد ٦: ٧٨ـ٨٠.
(٩) المسالك ١٥٥ـ١٥٨.

نعم في الكفاية وتبعه في الرياض : أنّ تحقيق المقام حصول التعارض في النصوص المزبورة بين المستثنى منه في خبر الدراهم والدنانير ، وحاصله لا ضمان في غير الدراهم والدنانير ، وبين المستثنى في خبر الذهب والفضة ، والنسبة بين الموضوعين عموم من وجه يمكن تخصيص كلّ منهما بالآخر ، فإن خصّ الأوّل بالثاني كان الحاصل لاضمان في غير الدراهم والدنانير إلّا أن يكون ذهباً أو فضّة ، وإن خصّ الثاني بالأوّل كان الحاصل كلّ من الذهب والفضّة مضمون إلّا أن يكون غير الدراهم والدنانير . فالأمر المشترك بين الحكمين ثابت ، وهو حصول الضمان في الدراهم والدنانير فلابدّ من استثناء هذا الحكم من عموم الأخبار الدالّة على عدم الضمان ، وتبقى تلك الأخبار في غير ذلك سالمة عن المعارض ، فإنّ المتّجه الحكم بعدم الضمان في غير الدراهم والدنانير من الذهب والفضّة[١] .

لكن لا يخفى عليك مافيه بعد الإحاطة بما ذكرنا ؛ ضرورة عدم كون المستثنى منه في خبري عبدالملك[٢] وابن سنان[٣] غير الدراهم والدنانير ، بل لا يصلح لأن يكون ذلك مستثنى منه لهما . وإن أراد الحاصل من المستثنى منه فيهما مع المستثنى ، فليس هو إلّا ضمان الدراهم والدنانير لا غيرهما . وليس بين مجموع ذلك وبين الذهب والفضّة تعارض العموم من وجه ؛ إذ لا اختصاص في خبري الذهب والفضّة بالدلالة على عدم ضمانهما حتى يكون ذلك وجه افتراق لهما عن خبري عبدالملك وابن سنان .

على أنّ ذلك كلّه منّا مماشاة لكشف فساد المغالطة المزبورة ، وإلّا فالواجب ملاحظة التعارض بين نفس الأدلّة من غير تقدير شيء ناشئ من الاجتهاد فيها .

ولا ريب في عدم التفاوت بين مضمون الجميع إلّا باقتضاء الضمان في الحلى ونحوها من خبر الذهب والفضّة ، وعدمه في خبر الدراهم والدنانير .

ولكن من حيث حصر الضمان فيهما فلا ينافي حينئذٍ إخراج غيرهما بدليل آخر ، فليس حينئذٍ التعارض إلّا بالعموم والخصوص المطلق ، على هذا التقدير ؛ إذ ليس دليل سلب الضمان عمّا عداهما إلّا هو مضمون القسم الأوّل من النصوص ، وهو عدم الضمان في العارية مطلقاً الذي لا ينافي الإخراج بخبري الذهب والفضة كما هو واضح بأدنى تأمّل .

وأمّا تقدير غير الدرهم والدينار وملاحظته مهملاً عن إخراجهما مع موضوع الذهب والفضّة الشاملين لهما وجعل التعارض بينهما من وجه إلى آخر ما سمعته فهو شيء خارج عن النصوص ، صاغه الوهم ، فصار مغالطة على الأفهام الرديئة التي لا تفرق بين مفاهيم الألفاظ ومصاديقها ، إذا كان فيها نوع خفاء .

وحينئذٍ لا يحتاج إلى ردّه بالترجيح بالشهرة العظيمة بين الأصحاب ، ولا بأنّ أهل العرف لا يفهمون من ذلك إلّا تخصيص الأوّل بالثاني ولا بعموم « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » . ولا باستلزام العكس إخراج لفظ الذهب والفضة عن الحقيقة بخلاف الأوّل الذي فيه تكثير أفراد إخراج المخصّص بعد العلم بالتخصيص في الجملة . ولا إلى غير ذلك ممّا عرفت الاستغناء عنه . وحينئذٍ فلا محيص عمّا عليه الأصحاب من ضمان مطلق الذهب والفضّة .

---

(١) كفاية الأحكام ١ : ٧٠٩ ـ ٧١٠ . الرياض ٩ : ١٨١ .

(٢)(٣) تقدّم في ص١٥٥ .

بل الظاهر كونهما كذلك سواء كان معهما غيرهما أو لا، مزجاً أو غيره، (**إلّا أن يشترط سقوط الضمان**) فيسقط حينئذٍ [١].

نعم قد يشكّ في اعتبار الشرط المزبور في الضمان بالتعدّي والتفريط في ابتداء عقد العارية [٢]. مع أنّه [= عدم الضمان] لا يخلو من قوّة [٣].

[ردّ العارية]:

المسألة (**الثانية**:) [المختار] [٤] أنّ المستعير (**إذا ردّ العارية إلى المالك أو**) من يقوم مقامه من (**وكيله**) أو وليّه العامّ أو الخاصّ (**برئ**) على حسب غيرها من الأمانات ونحوها.

كما أنّه لا إشكال [٥] أنّه (**لو ردّها إلى الحرز**) الذي كانت فيه بلا يد للمالك ولا إذن منه (**لم يبرأ**) بل هو ضامن لها مع التفريط بها [٦]. (**ولو استعار الدابّة إلى مسافة**) معيّنة مثلاً (**فجاوزها ضمن**) بها عيناً ومنفعة للتعدّي.

---

[١] للأصل، والاقتصار في الخروج عن عموم عدم الضمان على المتيقّن الذي لم يشترط فيه ذلك، وعموم «المؤمنون»، وخصوص صحيح زرارة المتقدّم[١] القاطع للشكّ في ذلك.

[٢] باعتبار أنّه إسقاط للواجب قبل وجوبه، ومنافاته لإطلاق ما دلّ على تسبيبهما ذلك.

[٣] لأنّه في قوّة الإذن في الإتلاف، وللشك في السببيّة معه، والأصل براءة الذمّة. [و] **أمّا ما قيل**[٢] **من عدم اعتباره أيضاً في عارية مال الغير وفي عارية المحلّ للصيد للمحرم**، ففيه ما عرفت، من عدم كونهما عاريتين صحيحتين، على أنّ الثانية منهما إن أُريد بعدم اعتبار الشرط فيها بالنسبة إلى الفداء فهو حقّ؛ لعدم كون ضمانه بالعارية، بل هو شبه الحكم الشرعي. وإن أُريد به بالنسبة إلى الغرامة للمالك فالظاهر إتيان البحث السابق فيه. وممّا ذكرنا يعلم أنّه لا وجه لذكر هذين القسمين في العارية المضمونة؛ ضرورة معلوميّة إرادة القسم الصحيح منها، ومن هنا تركهما المصنّف واقتصر على ما عرفت. كما أنّه لا وجه لعدّ العارية من المحرم للمحلّ من قسم العارية التي لا تضمن، حتى إذا اشترط فيها الضمان؛ إذ قد عرفت أنها ليست عارية، وأنّ المستعير يملكه؛ لعدم ملك المحرم له. نعم لم يذكر المصنّف عارية الرهن، ولعلّه للاكتفاء بما ذكره في الرهن، أو أنّه ليس من العارية عنده، كما أشبعنا الكلام فيه في كتاب الرهن. وبذلك ظهر لك عدم الحاصل فيما ذكره في المسالك من هذه الأقسام، وحسن اقتصار المصنّف في الضمان للعارية على ما ذكره من الأسباب. **وأمّا ما يحكى عن ابن الجنيد من ضمان عارية الدابّة أيضاً**[٣] فلم نجد له دليلاً صالحاً للخروج عن الأصل، فضلاً عن عموم عدم ضمان العارية المؤيّد بعموم عدم ضمان الأمانة[٤]. والله العالم.

[٤] [كما] **لا خلاف ولا إشكال في** [ذلك].

[٥] (و) **لا خلاف عندنا في** [ذلك].

[٦] **وكأنّه** [= المصنّف] **عرّض بذلك للردّ على المحكيّ عن أبي حنيفة من أنّ ردّ العارية إلى ملك المالك كردّها إليه؛ لأنّ ردّ العواري في العادة بذلك**[٥]. وهو كما ترى.

---

(١) تقدّم في ص١٥٥.

(٢) مفتاح الكرامة ٦: ٧٠.

(٣) نقله في المختلف ٦: ٧١.

(٤) انظر الوسائل ١٩: ٧٩، ب٤ من الوديعة.

(٥) المغني (لابن قدامة) ٥: ٣٥٨.

(**ولو أعادها إلى**) المسافة (**الأُولى** :) المأذون فيها (**لم يبرأ**) من ضمان العين الذي قد حصل بالتعدّي [١].

أمّا المنفعة فلا ضمان فيها، لعدم انفساخ العارية بذلك [٢]. نعم بالتعدّي المزبور تدخل العين في ضمانه بالتعدّي الأوّل ولو تلفت منه حال استعماله المأذون فيه بلا تعدٍّ متجدّد أو تفريط، كما هو واضح [٣].

[بيع المستعير غروسه وأبنيته في الأرض المستعارة للمعير]:

المسألة (**الثالثة** :) [المختار] [٤] أنّه (**يجوز للمستعير بيع غروسه وأبنيته في الأرض المستعارة للمعير** و) بالعكس وللأجنبي، بل يجوز بيع المستعير (**لغيره**) أي المعير مع الإذن وبدونها بل مع النهي (**على الأشبه**) [٥].

بل الظاهر صحّة البيع حتى مع جهل المشتري بالحال وإن تسلّط على الخيار حينئذٍ [٦].

ولو باع المستعير والمعير الأرض وما فيها بثمن واحد صحّ، ويوزّع الثمن على قيمة مال كلّ منهما، فيقوّم الغرس والبناء في أرض مستعارة، والأرض مشغولة عارية بذلك.

---

[١] للأصل وغيره.

[٢] إذ الفرض عدم تصريح أو ظهور في عقد العارية يقتضي تقييده بعدم التعدّي أو التفريط، فالمنفعة التي اقتضى عقد العارية لباحتها غير مضمونة.

[٣] **وإن أُشكل الحال على المحدّث البحراني بالنسبة إلى الفرق بين الحكم بضمان العين بالمسافة المأذون فيها دون المنفعة، وذلك لأنّ العارية إن انفسخت بالتعدي المزبور إتجه ضمان العين والمنفعة مطلقاً، وإلّا لم يتجه ضمان العين بعد العود إلى المأذون فيه**[1]. وفيه مالا يخفى من حصول سبب الضمان، وهو التعدّي المزبور الذي ليس في الأدلّة ما يقتضي انفساخ العارية به وبالتفريط، فهو حينئذٍ على مقتضى تسبيبه الضمان حتى في المأذون فيه؛ إذ لا تنافي بين العارية والضمان بسببه، أمّا المنفعة فهي على إذن العارية، والله العالم.

[٤] **[كما] لا خلاف أيضاً ولا إشكال في [ذلك]**.

[٥] بأُصول المذهب وقواعده التي لا ينافيها احتمال قلع المعير له وهدمه إيّاه، فإنّه لا يخرجه عن المالية المسوّغة لبيعه. بل هو أولى ممّا جوّزوا بيعه من الحيوان المشرف على التلف، والعبد المستحق للقتل قصاصاً. **فما عن أحد وجهي الشافعية**[2] **من المنع لذلك**، واضح الفساد. **نعم عن مبسوط الشيخ: أنّ الأقوى عدم الجواز؛ لأنّه لا يمكن تسليمه**[3]. **بل عنه فيما سلف عدم جواز دخول المستعير لغير السقي ونحوه. ومن هنا بنى في التحرير جواز البيع وعدمه على جواز الدخول وعدمه**[4]. لكن فيه أوّلاً: أنّ التسليم في مثله التخلية، والانتفاع ممكن باستئذان المعير، أو الاستئجار منه ونحو ذلك. وحرمة الدخول على المشتري - والانتفاع به باعتبار اقتضاء عقد العارية الإذن للأوّل - لا ينافي جواز الشراء، وإن وجب عليه حينئذٍ الاستئذان في البقاء من حينه، فإن لم يحصل كانت الأُصول والآلات في مقابلة ثمنه. وعلى كلّ حال فهو أمر خارجي لا مدخلية له في صحة البيع للمال المملوك الذي يمكن تسلّمه باقياً ومقلوعاً.

[٦] لظهور البيع في استحقاق البقاء، فيتسلّط على الخيار لقاعدة الضرر.

---

(١) (٢) الحدائق ٢١: ٥١٦. المجموع ١٤: ٢١٤.

(٣) (٤) المبسوط ٣: ٥٦. التحرير ٣: ٢١٧.

نعم يلحظ النسبة بينهما ، ويوزّع الثمن عليها كما هو واضح ، والله العالم .

[حمل الأهوية أو السيول حبّاً إلى ملك إنسان ثمّ بنت] :

المسألة (**الرابعة : إذا حملت الأهوية أو السيول حبّاً**) مثلاً (**إلى ملك إنسان فنبت كان لصاحب الأرض إزالته**) بعد فرض امتناع المالك عنها ، من غير مراجعة للحاكم (**ولا يضمن**) له (**الأرش**) بل ربّما استحق عليه الأجرة على ما تسمع (**كما في**) مسألة (**أغصان الشجرة البارزة إلى ملكه**) التي تقدّم تفصيل الكلام فيها في كتاب الصلح [١] .

ولكن كشف الحال في المقام هو أنّ هذا الحبّ لا يخلو إمّا أن يكون معرضاً عنه أو لا ، وعلى التقديرين إمّا أن يعلم المالك أو يجهل في منحصر أو غيره .

وعلى كل حال فإمّا أن يكون متموّلاً أو قليلاً غير متموّل ، فمع فرض الإعراض فلمالك الأرض وغيره تملّكه ، وله طرحه من أرضه كغيره من المال المعرض عنه وإن كان كثيراً [٢] .

---

[١] فإنّ ظاهر المصنّف اتحاد الحكم في المسألتين .

[٢] **لكن في المسالك : « أنّه يجوز للمالك الرجوع ما دامت العين باقية ؛ لأنّ ذلك بمنزلة الإباحة »[١] . وفي غيرها التصريح بأنّ له ذلك وإن تملّكه أحد** . إلاّ أنّه قد يشكل بأصالة اللزوم بعد حرمة القياس على الهبة ، ومنع كونه أولى ، بل ينبغي الجزم بذلك ، بناء على صيرورته كالمباحات بالإعراض . وعلى كلّ حال فالظاهر ممّن تعرّض لذلك عدم تسلّط صاحب الأرض على جبره على القلع ، بعد تحقق الاعراض عنه . ولكن قد يشكل إذا فرض حصول الإعراض بعد اشتغال الأرض به ، بل وقبله بناء على عدم خروجه عن الملك بذلك ؛ إذ هو حينئذٍ نحو ما قيل فيما لو ترك الحبّ صاحبه لصاحب الأرض ولم يقبله ، ففي المسالك في وجوب الإزالة وجهان[٢] .

نعم حكى فيها عن التذكرة القطع بسقوط مؤنة نقله ، وأُجرته عنه ؛ لأنّه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه ، وكان الخيار لصاحب الأرض المشغولة إن شاء أخذه لنفسه ، وإن شاء قلعه[٣] . إلاّ أنّه لا يخفى عليك مافيه ، بناءً على وجوب تخليص ملك الغير منه ؛ ضرورة أنّ الإعراض عنه بعد عدم الخروج عن ملكه به أو البذل لصاحب الأرض مع عدم القبول لا يرفع الوجوب المزبور عنه الذي قد صرّح به غير واحد في الصورة الأُخرى ، وهي : مالو علم المالك بعينه ولم يكن منه إعراض ولا بذل . معلّلين له بأنّ ملكه قد شغل أرض غيره بغير حقّ ، فيجب تخليصه منه والتسوية وطمّ الحفر . بل صرّح بعضهم بوجوب الأُجرة عليه للمدّة ، بعد امتناعه ؛ لأنّه كالغاصب حينئذٍ[٤] . **بل عن ظاهر السرائر وجوبها عليه للمدّة السابقة[٥] التي استظهر بعضهم عدمها[٦]** ؛ لعدم تقصيره في القلع ، وعدم تفريطه في أصل اشتغال الأرض به ، فأصل البراءة بحاله . اللهم إلّا أن يقال : إنّه وإن لم يكن مقصّراً لكن لا تبرّع أيضاً من صاحب الأرض ، والأصل احترام مال الغير الذي منه المنفعة المزبورة . لكنّه كما ترى ، بل قد يناقش في الأُجرة مطلقاً ؛ للشكّ في وجوب التخليص عليه ، بعد أن لم يكن الشغل منه ؛ للأصل ، وكونه مالكاً لا يقتضي ذلك . نعم لصاحب الأرض بعد امتناع المالك إزالته عن ملكه ، كما عبّر به المصنّف .

---

(١) (٤) (٦) المسالك ٥ : ١٦١ .
(٢) المسالك ٥ : ١٦٢ .
(٣) التذكرة ١٦ : ٢٧٠ .
(٥) انظر السرائر ٢ : ٤٣٤ .

ولو كان المالك مشتبهاً في منحصرين [١] فالمتجه حينئذٍ إزالته نفسه عن ملكه بعد مراجعة الحاكم ، أو بدونه ، ولكن يسلّم المال للحاكم . ولو لم يكن محصوراً [٢] [فالأقرب أنّه بمنزلة مجهول المالك] [٣] .

ولو كان قليلاً لايتموّل كنواة واحدة وحبة كذلك والمالك معلوم [فيجب ردّه إلى صاحبه] [٤] .

[نقصان العين المستعارة ثم تلفت] :

المسألة (**الخامسة : لو نقصت**) العين المستعارة (**بـ**) ـسبب (**الاستعمال**) المأذون فيه (**ثمّ تلفت وقد شرط ضمانها ضمن قيمتها يوم تلفها**) [٥] (**لأنّ النقصان المذكور غير مضمون**) في نفسه [٦] .

نعم لو نصّ عليه في الشرطيّة اتّجه ضمانه [٧] .

بل لعلّه كذلك [يضمن] وإن كان من لوازم الاستعمال ، لكن لو فرض اتّحاد الانتفاع بالعين مع النقص الحاصل

---

[١] **ففي المسالك : « وجب عليهم أجمع التخلّص بالصلح ، أو التمليك ونحوه ، ويجب على صاحب الأرض مراجعتهم فيما يراجع فيه المالك المعيّن »**[١] . وفيه : أنّ هذا الوجوب لا وجه له ؛ لتمسّك كلّ منهم بأصل البراءة السالم عن معارضة باب المقدمة في الفرض المعلوم عدمها فيه .

[٢] **ففي المسالك أيضاً : « كان بمنزلة اللقطة »**[٢] .

[٣] وفيه : أنّه إلى مجهول المالك أقرب منه إليها ؛ لعدم تحقّق كونه مالاً ضائعاً ، ولو بقرينة ، بل هو كالثوب الذي أطارته الريح .

[٤] **احتمل بعضهم عدم وجوب ردّه ، وأنّ له تملّكه ؛ لانتفاء حقيقة الماليّة فيه ، والتقويم إنّما حصل في أرضه**[٣] . وفيه : أنّه مناف لأُصول المذهب وقواعده المقتضية وجوب ردّه إلى صاحبه على حسب ما تقدّم .

وبذلك كلّه بان لك الحال في جميع أطراف المسألة . نعم بقي شيء وهو أنّه لم أجد أحداً احتمل هنا وجوب الانتظار في الزرع الذي له أمد ، ولا دفع الأرش فيه أو في الشجر ، **كما ذكروه في العارية ونحوها ، بل صريح بعضهم عدمه** . مع أنّك قد سمعت أنّ بناء ذلك في العارية على تزاحم الحقوق وعدم كونه ظالماً في عرقه ، وإلّا فالآذن له يجوز له الرجوع فيها ؛ لأنها حصلت في ضمن عقد جائز . وإجراء قاعدة تزاحم الحقوق ومراعاة الأكثر ضرراً والقرعة ونحوها في المقام إن لم يكن أولى من ذلك المقام ، فهو مساوٍ له مثل دابّة وضعت رأسها في قدر شخص أو دخلت دار الغير فاحتاج إخراجها إلى خراب الباب مثلاً ونحو ذلك . فلابدّ من ملاحظة الفرق بين المقامين ، ولعلّه قاعدة أُخرى وهي وجوب تخليص ملك الغير عمّا اشتغل فيه من ملك آخر ، والله العالم .

[٥] **كما عن المبسوط والتذكرة والمختلف والحواشي**[٤] .

[٦] ولا مندرج في إطلاق الضمان المشترط .

[٧] ولا ينافي تبرّع العارية ؛ ضرورة عدم كونه ضماناً للمنفعة ، بل هو شيء وهي شيء آخر ، والمنافي للعارية اشتراط ضمانها لا ضمانه .

---

(١)(٢) المسالك ٥ : ١٦١ .

(٣) التذكرة ١٦ : ٢٧٠ .

(٤) المبسوط ٣ : ٥٠ . التذكرة ١٦ : ٢٧٩ ـ ٢٨٠ . المختلف ٦ : ٧٤ . نقله في مفتاح الكرامة ٦ : ٧٤ .

منه بمعنى كون المنفعة المأذون فيها هي نفس النقص المزبور اتجه حينئذٍ عدم صحة اشتراط ضمانه [١]. وحينئذٍ لا فرق في عدم ضمانه بين تلف العين وبين ردّها ناقصة [٢]. نعم يضمن النقص الحاصل من التعدّي نفسه الذي لم يأذن فيه، وكذا التفريط. وأمّا الحاصل بعد العود إلى استعمال العارية المأذون فيها فلا، وإن كانت العين مضمونة في يده لكن قيمتها، هذا.

ولا يخفى عليك أنّه حيث يضمن النقص الحاصل من الاستعمال فلابدّ من ملاحظته من حين القبض إلى حين التلف. لمكان ذهاب الأجزاء على التدريج كالثوب يُلبس وينمحق شيئاً فشيئاً كما هو واضح [٣].

[حكم لو قال الراكب: أعرتنيها وقال المالك: آجرتكها]:

المسألة (**السادسة: إذا قال الراكب**) مثلاً: (**أعرتنيها وقال المالك: آجر تكها فالقول قول الراكب**) مع يمينه [٤] (**لأنّ المالك مدّعٍ للأُجرة**) والراكب ينفيها [٥].

---

[١] إلاّ أنّه كما ترى مجرّد تصوّر وهمي. وعلى كلّ حال فالتردّد في ضمانه في صورة الإطلاق من بعضهم[١]. **بل في جامع المقاصد: « لا أستبعد ضمانه؛ لأنّه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص، ولأنّه لامنافاة بين كون الاستعمال مأذوناً فيه، والنقص مضموناً، وهذا قويّ جداً »[٢] ونحوه في المسالك[٣]. بل عن فخر المحقّقين: أنّه الأصحّ بعد أن حكاه عن أبي علي وأبي الصلاح[٤]** في غير محلّه. وخبر وهب ـ الذي ذكره بعضهم[٥] دليلاً لذلك ـ عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: أنّ علياً عليه السلام قال: « من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن، ومن استعار حرّاً صغيراً [فعيب] فهو ضامن »[٦]. المحمول على المضمون بالشرط أو التعدّي أو التفريط. مع أنّه مؤوّل ظاهر في غير محلّ الفرض الذي هو النقصان الناشئ من نفس الاستعمال، كانمحاق الثوب ونحوه، لا اتّفاق تلف بعض أجزائه بحرق ونحوه، فإنّه لا شكّ في اندراجه في إطلاق الضمان المشترط الذي هو الجملة والأجزاء كما هو واضح.

[٢] ومن الغريب ما يظهر من بعض الكلمات من الفرق فإنّه لا وجه له، كما أنّه لا وجه للفرق بين المقام، وبين الضمان بالتعدّي والتفريط ثمّ تلفت بعد نقصها بالاستعمال بعد ذلك، فإنّه لا يضمن إلاّ القيمة يوم التلف؛ لعدم انفساخ العارية بذلك، فهو حينئذٍ مأذون فيتبعه النقص الحاصل منه.

فما عن بعضهم من الفرق[٧] في غير محلّه.

[٣] وقد وقع في بعض الكتب المتأخّرة هنا مالا ينبغي أن يسطر فلا تغفل، والله العالم.

[٤] **عند الشيخ وابن زهرة وأوّل الشهيدين والأردبيلي والخراساني على ما حكي عن بعضهم[٨].**

[٥] فهو مع أصل البراءة السالم عن معارضة الإقرار بالاستيفاء مثلاً، بعد أن اتفقا على كونه بالإذن التي تقع على وجوه فهي أعمّ من الاستحقاق، فليس المالك حينئذٍ إلاّ مدعياً صرفاً.

---

(١) القواعد ٢: ١٩٦ ـ ١٩٧.
(٢) (٥) جامع المقاصد ٦: ٨٣.
(٣) (٧) المسالك ٥: ١٦٣.
(٤) الايضاح ٢: ١٣١.
(٦) الوسائل ١٩: ٩٤، ب ١ من العارية، ح ١١.
(٨) الخلاف ٣: ٣٨٨. الغنية: ٢٧٦. اللمعة: ١٤٩. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٣٨٨، ٣٩٠. كفاية الأحكام ١: ٧١١ ـ ٧١٢.

(وقيل) [١] : (**القول قول المالك في عدم العارية**) التي ادّعاها الراكب .

(**فإذا حلف**) حينئذٍ (**سقطت دعوى الراكب وتثبت عليه أُجرة المثل لا المسمّى**) الذي نفاه الراكب أيضاً بيمينه [٢] . نعم تكون على الراكب أُجرة المثل إذا صارت مساوية للمسمّى أو أقلّ منه ، لا إذا كانت أزيد [٣] .

---

[١] **كما عن ابن ادريس ، وإجارة المهذب**(١) . بل لعلّه المشهور ، لما ستعرف من رجوع غيره إليه .

[٢] إذ هو منكر بالنسبة إليه . ولا ينافي ذلك ثبوت أُجرة المثل التي هي قيمة المنفعة التي قد اعترف باستيفائها وهي كالعين بالنسبة إلى الماليّة ، والأصل احترام مال المسلم كدمه وعرضه ، بمعنى الحكم بضمانه على من هو عنده ، حتى يثبت ما يقتضي عدمه من عارية وإباحة مجانيّة ؛ ضرورة أنّ طيب نفسه شرط في حلّ ماله ، والشكّ فيه شكّ في الشرط ، وهو الموافق ؛ لعموم « من أتلف » و« على اليد » وغيرهما ، وعليه بني تقديم قول مدعي القرض على مدعي الوديعة في صحيح إسحاق بن عمار ومدعي الغصب على مدعي العارية أيضاً .

[٣] لاعترافه [= المالك] حينئذٍ ـ بدعواه المسمّى ـ بعدم استحقاقها ، وإن انتفت دعواه بيمين الراكب ، لكن انتفاؤها بالنسبة إلى إلزامه بها ، لا ما يعود منها إلى المدّعي الذي هو مقتضى التزامه بإقراره . ولا ينافي ذلك إطلاق المصنّف أُجرة المثل المنزّل على مساواتها للمسمّى غالباً أو على إرادة بيان أصل ثبوت الأُجرة أو نحو ذلك . وبذلك ظهر انقطاع أصالة البراءة بالقاعدة المزبورة [وهي قاعدة احترام مال المسلم] . كما أنّه ظهر الجواب عن إشكال استحقاق الأُجرة بعد انتفاء دعواه الإجارة بيمين الراكب ، باعتبار حصر استحقاقه باعترافه بالإجارة المفروض انتفاؤها بيمين الراكب ؛ إذ هو معارض أيضاً بانتفاء المجانيّة التي ادعاها الراكب باعتبار حصر سببها باعترافه بالعارية المفروض انتفاؤها بيمين المالك ، فلمّا انتفيا معاً رجع الحاكم إلى أصل آخر يقتضي غرامة الراكب ، وهو أصالة ضمان مال الغير ، فحكم بأُجرة المثل غرامة ، عوض منفعة مال الغير التي اعترف باستيفائها . ولا حرمة على المالك في قبضها ؛ لعدم تضمّن دعواه ما يقتضي حرمتها عليه ، حتى إذا ادعى كون المسمّى عيناً مخصوصة ؟ فإنّ له أخذها حينئذٍ مقاصّة ، على الوجه الذي ذكرناه . وبه بان أنّ القول الآخر الذي ذكروه قولاً ثالثاً ـ وهو أنّ القول قول المالك أيضاً ، ولكن يرجع بأقلّ الأمرين من المسمّى وأُجرة المثل لا أُجرة المثل مطلقاً ، كما في المتن ـ هو قول المصنّف بعد تنزيل إطلاقه على ما عرفت ، كما أنّ المذكور قولاً رابعاً وهو التحالف ؛ إذ قد يكون المسمّى الذي يدعيه المالك أزيد من أُجرة المثل ، فلابدّ في نفيه من يمين الراكب . لا ينبغي أن يكون قولاً ليس كذلك ؛ ضرورة أنّ ذلك راجع إلى المالك ، إن أراده طالبه باليمين المحتمل نكوله عنها ، لا أنّ الحكم له بأُجرة المثل موقوف على ذلك ، فإنّ له عدم الدعوى ، وإسقاط حقّ اليمين الذي له ، والمطالبة بأُجرة المثل التي هي مقتضى حلفه على نفي العارية ، ويكفي ذلك في إلزام الراكب بها . فليس حينئذٍ في المسألة إلّا قولان ، منشؤهما ثبوت الأصل المزبور وعدمه . والظاهر أنّه مفروغ منه في غير المقام ، كما لا يخفى على من أحاط خبراً بأفراد المسألة في الأبواب المتفرّقة . **نعم يحكى عن الشيخ قول ثالث ، وهو استعمال القرعة في تعيين المنكر منهما فيكون القول قوله بيمينه**(٢) . لكنّه كما ترى ، خصوصاً إذا أراد ذلك حتى بالنسبة إلى إثبات المسمّى الذي ادعاه المالك . على أنّ مورد القرعة المشكل ، ولا إشكال بعد القاعدة المزبورة . **وأغرب منه ما يحكى عن غيره من الحكم بأُجرة المثل بلا يمين من المالك على نفي العارية ، ولا من الراكب على نفي الإجارة** . لكن ظنّي أنّه اشتباه من الحاكي ؛ ضرورة انحصار سقوط الدعوى باليمين .

---

(١) السرائر ٢ : ٤٣١ . المهذب ١ : ٤٧٤ .

(٢) الخلاف ٣ : ٥٢١ .

(و) على كلّ حال فلا ريب في أنّ القول الثاني (**هو الأشبه**[1]) [١]. ولا فرق في التنازع بينهما بين أن يكون بعد مضي مدّة الإجارة المدعاة، أو في أثنائها، وإن وجب في الثاني أقلّ الأمرين من قسط المسمّى وأُجرة المثل.

كما أنّه لا فرق فيه بين بقاء العين وتلفها؛ لأنها إن كانت باقية ردّها على المالك مع الأُجرة المزبورة [٢]، وإن كانت العين تالفة فحكم الأُجرة ماذكر، وأمّا العين فإن كانت أمانة كما لو كانت الإعارة التي يدعيها الراكب غير مضمونة فلا شيء على الراكب [٣] وإن كانت مضمونة [٤] قلت: الظاهر أنّ له المقاصّة بما أخذ منه من أُجرة المثل، والزائد يجب عليه التوصّل إلى إيصاله إليه بأحد الطرق الممكنة. هذا كلّه فيما لو كان الاختلاف بعد مضي المدّة أجمع، أو البعض الذي يكون له أُجرة مثل.

(و) أمّا (**لو كان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع**) فـ [ـالمختار] [٥] أنّه (**كان القول قول الراكب**) في عدم الإجارة (**لأنّ المالك يدّعي عقداً وهذا ينكره**) [٦].

ولو انعكست الدعوى بأن ادعى المالك الإعارة المضمونة والراكب ادعى الإجارة والفرض تلف العين فإن اتفقت الأُجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين وإن زادت القيمة أخذها باليمين [٧].

---

[١] بأُصول المذهب وقواعده التي قد عرفت أنّ منها أصالة عدم خروج مال المسلم من يده إلّا بقوله.

[٢] **لكن في المسالك: « أنّ في انتزاع العين ـ بناءً على الاكتفاء بحلف المالك على نفي الإعارة وكون النزاع في الأثناء ـ نظر، من إنكار المستعير الإجارة، وإذن المالك على وجه التبرّع قد انتفى بإنكاره فيرتجع، ومن اعتراف المالك بعدم استحقاقه ارتجاعها إلى أن تنقضي المدّة التي يدعيها » قال: « وهذا ممّا يؤيّد القول بالتحالف؛ لأنّ هذا نزاع آخر لم يتحرّر من يمين المالك، كالنزاع في الزائد من المسمّى »**[2].

وفيه: أنّه على تقدير التحالف وعدمه ليس له انتزاع العين إلّا من باب المقاصّة التي ينبغي مراعاة نسبة أُجرة المثل فيها مع المسمّى الذي يدّعيه على الراكب؛ ضرورة عدم اقتضاء التحالف الانفساخ واقعاً، فله حينئذٍ انتزاعه عنه بعد انتفاء دعوى الراكب على كلّ تقدير، وأمّا الزائد من المسمّى فقد عرفت انحصار الحقّ فيه به فله الدعوى، وله تركها كما هو واضح.

[٣] لاتفاقهما على كونها في يده أمانة إمّا بالإجارة أو بالإعارة.

[٤] **ففي المسالك: « أنّ مدعي الإعارة يعترف بثبوت القيمة في ذمته، والمالك ينكره؛ لعدم اقتضاء الإجارة الضمان، فيتوقف إلى أن يتفقا عليه »**[3].

[٥] **[كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].**

[٦] والفرض عدم دعوى من المالك في استيفاء منفعة، فليس حينئذٍ إلّا دعواه أنّ له أُجرة عليه، والراكب ينكره. والأصل براءة ذمّته، فيكون القول قوله، كما هو واضح.

[٧] بناء على ما عرفته من الأصل المزبور. وهذا غير دعوى الضمان في العارية بعد اتفاقهما عليها؛ لأنّ الأصل عدم الاشتراط هناك، فيتحقق حينئذٍ من المالك ما لا يترتّب عليه ضمان. بخلافه في الفرض الذي بعد التحالف يبقى أصالة احترام مال المسلم.

---

(١) في الشرائع: «أشبه».

(٢) (٣) المسالك ٥: ١٦٥، ١٦٦.

وكذا لو كان الاختلاف بينهما في المضمون عارية بالذات كالذهب فادعاها المالك وادعى الآخر أنّه إجارة، بل هو أوضح.

ولو فرض عدم تلف العين انتزعها المالك باليمين، وليس له عوض المنفعة شيء [١]، وإن وجب على الآخر إيصال الأجرة أو القسط إليه بأحد الطرق كما هو ظاهر، والله العالم.

[حكم ما لو استعار لينتفع به في شيء فانتفع به في غيره]:

المسألة (**السابعة: إذا استعار شيئاً لينتفع به في شيء فانتفع به في غيره**) ممّا لا تدلّ عليه إذن المعير (**ضمن**) العين [٢].

(**فإن**[1] **كان له أُجرة لزمته أُجرة مثله**) التي هي القيمة للمنفعة المفروض استيفاؤها بدون إذن المالك [٣].

[حجد العارية]:

المسألة (**الثامنة: إذا جحد العارية**) بعد طلب المالك لها (**بطل استئمانه، ولزمه الضمان مع ثبوت الإعارة**) بل وبدون طلبه كما عرفت الكلام فيه مفصّلاً في الوديعة، فإن المسألة من وادٍ واحد، والله العالم.

[ادعاء التلف]:

المسألة (**التاسعة: إذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه**) لأنّ ذلك مقتضى ائتمانه كما عرفته مفصّلاً في الوديعه، وكذا في عدم التفريط والتعدّي.

---

[١] لاعترافه بالعارية.

[٢] لتعدّيه المقتضي لذلك.

[٣] **بل في المسالك: «من غير فرق بين كون المنفعة التي استوفاها أشقّ من المأذون فيها ومساوية وأدنى إذا كانت مخالفة لها في الجنس، ولو اتّفقتا في الجنس كأنواع الزرع، ففيه ما مرّ من الإشكال»**[2]. قلت: قد عرفت فيما تقدّم من المصنّف في الفصل الثالث التصريح بعدم جواز الزرع في الأرض المستعارة للغرس وإن كان أقلّ ضرراً. مضافاً إلى إطلاقه في المقام وفي المزارعة التصريح بجواز زرع الأقلّ ضرراً، ولعلّه في الإجارة كذلك، بل أولى. وكأنّ وجه الفرق بين العارية والإجارة مثلاً أنّ مقتضى الثانية ملك المنفعة، وهو إنّما يتشخّص بما يقتضي تنويعه، كالركوب والتحميل ونحوهما إلّا مع الشرط فيجب حينئذٍ من حيث الاشتراط لا من حيث ملك خصوص تلك المنفعة. فلو استأجر داراً مثلاً لربط دابّة مخصوصة فماتت تلك الدابّة لم تبطل الإجارة، بل له ربط غيرها فيه ممّا هي أقلّ ضرراً أو مساوياً، وكذا ركوب الدابّة وسكنى الدار ونحو ذلك؛ ضرورة اقتضاء الملك ما ذكرناه ممّا لا خصوصية فيه إلّا مع الشرط فإنّه يكون حينئذٍ نحو اشتراط المباشرة في الأجير المقتضية انفساخ العقد بفواتها. أمّا العارية فهي ليست إلّا إباحة لا فرق فيها بالنسبة إلى ذلك، فمع فرض الاقتصار فيها على شيء مخصوص بحيث لا ينقل منه إلى غيره لم يجز له التعدّي ولو إلى الأقلّ من الجنس، فضلاً عن غيره.

ولعلّه لذا أطلق المصنّف هنا فتأمّل جيّداً، والله العالم.

---

(١) في الشرائع: «وإن».

(٢) المسالك ٥: ١٦٦.

(و) أمّا (**لو ادّعى الردّ فالقول قول المالك مع يمينه**) [١].

[لو فرّط في العارية ثمّ تلفت]:

المسألة (**العاشرة : لو فرّط في العارية**) أو تعدّى وتلفت (**كان عليه قيمتها عند التلف إذا لم يكن لها مثل**) وإلّا كان عليه مثلها (**وقيل : أعلى القيم**[1]) السوقية (**من حين التفريط إلى وقت التلف**) [٢]. (و) لكن لا ريب في أنّ (**الأوّل أشبه**) [٣].

نعم لو كان التفاوت في القيمة لنقص في العين اتجه الضمان حينئذٍ كما هو واضح.

(**ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المستعير**) مع يمينه في نفي الزائد [٤]. (**وقيل : القول قول المالك**)[2] [٥]، (و) لكن (**الأوّل أشبه**) [٦].

[حكم ما لو قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك]:

المسألة الحادية عشر : إذا قال : أعرتك حماري ـ مثلاً ـ لتعيرني فرسك [فلا يجوز] [٧]، بل لا فرق فيه بين اشتراط استحقاقه بعقد آخر كهبة وعارية ونحوهما وبين استحقاقه في عقدها [٨].

---

[١] لقاعدة « البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر ».

والائتمان لا يقتضي تصديقه في الردّ ، وقبوله في الوديعة للنصّ ، لا لذلك ، ولا لأنّه قبض لمصلحة المالك بخلافه هنا.

وإلّا لاقتضى في الوكيل بدون جعل ذلك ، فالعمدة حينئذٍ ما ذكرناه كما أوضحناه في الوديعة ، والله العالم.

[٢] أخذاً له بأشق الأحوال كالغاصب الذي فيه مع ذلك أقوال أُخر أيضاً.

[٣] بأُصول المذهب وقواعده ؛ لأنّه وقت اشتغال الذمّة بالعوض الذي هو بدل العين ، وردّه قائم مقام ردّها.

[٤] [لأنّه] الموافق لأصالة البراءة.

[٥] أخذاً له أيضاً بأشقّ الأحوال وتحصيلاً للبراءة اليقينية.

[٦] بأُصول المذهب وقواعده فإنّه لا دليل على أخذه بأشقّ الأحوال على وجه يشمل المقام. والشغل بغير ما اعترف به المستعير لم يثبت كما هو واضح ، والله العالم.

[٧] **ففي القواعد والتذكرة والإيضاح وجامع المقاصد كما عن بعضها : أنّ الأقرب الجواز**[3] ؛ لكونه شرطاً يقبله عقدها لا عوضاً ، فلا ينافي التبرّع المعتبر فيها ، إنّما المنافي له أعرتك هذا بهذا. وفيه منع ؛ إذ ليس في الأدلّة ما يقتضي اختصاص المنافاة بمثل العوض لا الشرط. بل المفهوم منها أنّها نوع من البرّ والمعاونة والإحسان ونحو ذلك ممّا ينافيه ذكر العوض ولو على طريق الشرط ، نحو أعرتك كتابي لتهبني عشرة دراهم مثلاً.

[٨] ضرورة منافاته للتبرّع المزبور ، كما هو واضح.

---

(١) لم نعثر على القائل به قبل المحقق ، نعم اختاره العلّامه في المختلف ٦ : ٧٤.

(٢) المقنعة : ٦٣٠.

(٣) القواعد ٢ : ١٩٣ . التذكرة ١٦ : ٢٤ . الايضاح ٢ : ١٢٥ ـ ١٢٦ . جامع المقاصد ٦ : ٦٣.

وعلى كلّ حال فعلى الصحّة لا يجب على المستعير عارية ما اشترطه المعير [١]، كما لا يجب على أحدهما أُجرة [٢]. نعم لو قال : أعرتك الدابّة بعلفها أو أعرتك الدابّة بعشرة دراهم كان عارية فاسدة، واستحقّ حينئذٍ أُجرة المثل [٣].

---

[١] لأنّه شرط في عقد جائز.

[٢] **نعم في الكتب الأربعة [الآنفة الذكر] : أنّه لو لم يعر الثاني فالأقرب أنّ له [= للأول] الأُجرة. وفي الثاني منها [= التذكرة] تعليله بأنّ الإذن في الانتفاع لم يقع مطلقاً، بل مع سلامة النفع فإذا لم يسلم كان له المطالبة بالعوض. وفي الثالث منها [الإيضاح] بأنّ كلّ شرط صحّ في عقد يثبت الفسخ بفواته، فإذا فسخت العارية انتفى مبيح العين بغير عوض، فوجبت الأُجرة.** وفيه : أنّ ذلك إن تمّ فإنّما يؤثّر فيما سيأتي، أمّا ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا. **وقد أطال في الرابع منها [= جامع المقاصد] في ذلك حتى جعل التحقيق في ذلك ما حاصله أنّ عقد العارية في غاية الضعف، ولذا يعوّل فيه على قرائن الأحوال كظروف الهدايا، وثمرته في غاية الضعف، وهي الإباحة فتنتفي ثمرته بأدنى سبب، وهو انتفاء الشرط، لا أنّ انتفاءه يسلّط على الفسخ، كما في العقد اللازم القوي الذي ثمرته التمليك مثلاً واللزوم، فإنّ انتفاء الشرط فيه يسلّط على فسخ اللزوم، بخلاف عقد العارية المطلوب فيه مجرّد الإباحة، فليس الشرط فيه إلاّ شرطاً للإباحة، فاذا انتفى انتفت.**

وهو كما ترى مرجعه إلى تعليق الإذن في المنفعة الخاصّة على الشرط المزبور فحيث يحصل تحصل، وإن انتفى انتفت، فهو تعليق محض لا يجامع صحّة العقد، وخصوصاً إذا كان المعلّق عليه العارية في الزمان المتأخّر مثلاً، فإنّ استيفاء المنفعة الآن قبل مجيء المعلّق عليه بالإذن التي هي مقتضى صحّة العقد، فلا تتعقّبه أُجرة، وإلّا لم يصحّ الانتفاع. ودعوى البقاء مراعى كما ترى. وبذلك بان لك أنّه ليس بشيء، فضلاً عن أن يكون تحقيقاً. فالمتجه حينئذٍ على الصحّة عدم استحقاق الأُجرة وإن لم يعر الثاني؛ لعدم كونه مستحقاً عليه بعقد لازم كما هو واضح.

[٣] لإنّ المالك لم يبذل المنفعة مجّاناً.

ولا ينافي ذلك كون العارية من العقود التي لا يضمن بصحيحها؛ لما عرفت سابقاً من أنّ هذه القاعدة تتبع الأدلّة في كلّ مقام. على أنّ الظاهر إرادة غير هذه الجهة من الفساد، نحو ما قيل في الفساد بعقد المعاوضة إذا كان باشتراط عدم العوض، مثل بعتك بلا ثمن، وآجرتك بلا أُجرة.

بل قد يقال : إنّ المراد منها ما لا ينافي المقام من إرادة خصوص الأفراد.

ولا ريب في الفرض أنّ العارية لو كانت صحيحة فيه لترتّب العوض فليكن كذلك على الفساد.

فيكون ما نحن فيه ممّا يضمن على تقدير صحته وشرعيته، فيضمن على تقدير فساده وعدم شرعيته، وإن كان ذلك كما ترى. **وعلى كلّ حال فما في القواعد من أنّ ذلك إجارة فاسدة**(١)؛ لا عارية فاسدة. خروج عن حقيقة اللفظ بلا قرينة، فالمتجه ما قلناه، والله العالم والموفق والمؤيّد والمسدّد، والحمد لله رب العالمين أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً.

---

(١) القواعد ٢ : ١٩٤.

(كتاب الإجارة)

التي هي على نحو ما سمعته في لفظ البيع من أنّ الاصحّ كونها نقل المنفعة لا العقد ، ولا الانتقال كما عرفته .

وأحسن تعريف لها « أنّها ما شرعت لنقل المنفعة بعوض من آخر ولو حكماً » [١] .

(**و**) على كل حال فـ (**ـفيه فصول أربعة :**)

[عقد الإجارة] :

(**الأول : في العقد**) ـ أي عقد الإجارة ـ وهو اللفظ الإنشائي الدالّ عليها (**وثمرته**) التي شرع لها (**تمليك المنفعة**) المعلومة (**بـ**) ـمقابلة تمليك (**عوض معلوم**) على وجه اللزوم .

(**ويفتقر**) في تحقق مسمّاه (**إلى إيجاب وقبول والعبارة الصريحة عن الإيجاب**) باعتبار وضعها للدلالة عليه (**آجرتك**) وأكريتك هذه الدار مثلاً .

(**ولا يكفي**) فيه (**ملّكتك**) بل هو مناف له ؛ ضرورة اقتضائه تمليك المنفعة ، بخلاف ملّكتك هذه الدار المفيد تمليك نفس العين التي هي ليست مورداً للإجارة .

(**أمّا لو قال : ملّكتك سكنى هذه الدار سنة مثلاً صحّ**) بناء على الاكتفاء به في عقد البيع كما عرفت الكلام فيه وفي نظائره مفصّلاً .

---

[١] فإنّه مع خلوّه عن ذكر الشرائط ونحوها فيه ـ ممّا لم ينتف المحدود بانتفائها ـ وعن ذكر لفظ الإجارة ونحوه ـ ممّا يستلزم الدور ـ شامل للمعاطاة فيها ، بناء على كونها إجارة ، وللصحيح منها والفاسد ، فإنّها للأعم منهما كغيرها من ألفاظ العقود .

كما أنّه لا حقيقة للشارع فيها ، وإنّما اعتبر في صحّتها أُموراً ، وإلاّ فهي باقية على معانيها الأصليّة .

نعم قد يقال في خصوص لفظ « الإجارة » بناء على عدم كونه مصدراً .

بل بمعنى الأُجرة على ما صرّح به بعضهم[١] ، بل لعلّه يظهر من مجمل ابن فارس[٢] .

بل قد يظهر ـ من اقتصاره في الصحاح على ذكر الأجر مصدراً لأجر ، والإيجار مصدراً لآجر[٣] ذلك أيضاً ـ أنّه منقول منه إلى النقل المزبور مع احتمال كونه مصدراً سماعيّاً لأجر نحو كتب يكتب كتباً وكتابة ، فيتحد حينئذٍ مع لفظ البيع وغيره من أسماء العقود في استعمالها في معانيها الأصليّة كما عرفت .

---

(١) المسالك ٥ : ١٧٢ .

(٢) مجمل اللغة : ٤٦ .

(٣) الصحاح ٢ : ٥٧٦ .

بل لا تبعد الصحة في الأوّل أيضاً مع قصد المنفعة المدلول عليه بقرائن حاليّة أو مقاليّة ، بناء على الاكتفاء في العقد بالمجازات غير المستنكرة فيه ، كما لا يخلو من قوّة عرفتها في باب البيع وتعرفها في النكاح ، فلاحظ وتأمّل .

(**وكذا**) الكلام في (**أعرتك**) هذه الدار سنة بكذا مريداً بها معنى الإجارة (**لتحقّق القصد**) حينئذٍ (**إلى**) نقل (**المنفعة**) [١] .

بل [الظاهر] [٢] التوسعة فيما يعقد به العقد .

والاكتفاء بكلّ لفظ يدلّ على إنشاء المراد به حقيقة أو مجازاً غير مستنكر في أمثاله [٣] .

(**و**) لعل من ذلك [= من المجازات المستنكرة] ما في المتن [٤] [من أنّه] ما (**لو قال : بعتك هذه الدار ونوى الإجارة لم تصح ، وكذا لو قال : بعتك سكناها سنة ؛ لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان**) [٥] .

(**و**) لكن مع هذا فـ [قال المصنّف :] [٦] (**فيه تردّد**) [٧] .

(**و**) كيف كان فـ (**الإجارة عقد لازم**) [٨] فـ (**لا تبطل**) حينئذٍ (**إلاّ بالتقايل**) المشروع فيها وفي غيرها كما عرفته في محلّه ، (**أو بأحد الأسباب المقتضية للفسخ**) التي ستسمع تفصيلها إن شاء الله .

(**ولا تبطل بالبيع**) للعين المستأجرة [٩] .

---

[١] إذ لم يثبت اعتبار لفظ خاصّ في العقد .

[٢] [كما هو] ظاهر ما وصل إلينا من الأدلّة في المقام وغيره كالبيع والنكاح ونحوهما [ذلك] .

[٣] وكفى بذلك قاطعاً لأصالة عدم النقل وغيرها .

ولعلّ شهرة عدم عقد العقود اللازمة بالمجازات محمولة على المجازات المستنكرة في مثل ذلك كاستعمال النكاح في البيع وبالعكس .

لا مطلقاً ، كما لا « يخفى على من تصفّح كلماتهم .

[٤] وغيره ، **بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا**[١] .

[٥] على وجه يستهجن استعماله في نقل المنافع مجازاً .

[٦] [**و**] **عن التحرير احتمال الانعقاد به**[٢] . **بل في المتن** [**ذلك**] .

[٧] [وذلك] ممّا عرفت [من اختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان] .

ومن أنّ البيع يفيد نقلها [أي المنافع] تبعاً للأعيان ، بل لعلّ قيامه مقامها أنسب من لفظ العارية الذي هو حقيقة في إباحة المنفعة مجّاناً ، إلّا أنّ الأصح العدم ؛ لاستهجان العقد بذلك في عرف المتشرّعة كالعكس أي عقد البيع بلفظ الإجارة .

[٨] **بلا خلاف ولا إشكال** ؛ لأصالته المستفادة من الآية[٣] وغيرها .

[٩] لعدم المنافاة بعد اختلاف متعلّقهما .

---

(١) التذكرة ١٦ : ١٩ ، وفيه عندنا .

(٢) التحرير ٣ : ٦٧ ـ ٦٨ .

(٣) المائدة : ١ .

نعم يتخيّر المشتري مع جهله بين الصبر إلى انتهاء مدّة الإجارة وبين الفسخ [١]، بخلاف العالم بذلك فإنّه لاخيار له.

ولو اتّفق فسخ المستأجر بأحد أسبابه عادت المنفعة إلى البائع دون المشتري الذي قد استحق العين مسلوبة المنفعة إلى المدّة.

وعلى كلّ حال فقد عرفت عدم بطلانها بالبيع [٢]. بل الظاهر ذلك حتى لو كان المشتري هو المستأجر، فيجتمع حينئذٍ عليه الثمن والأُجرة [٣].

(و) كذا (لا) تبطل (**بالعذر**) المانع من تمام الانتفاع المعدّة له العين (**مهما كان الانتفاع**) المقصود في الجملة (**ممكناً**) وإن تخيّر المستأجر مع نقصان الانتفاع بين الفسخ والإمساك بتمام الأُجرة، كما أنّها تبطل بتعذّر أصل الانتفاع.

بل الظاهر بطلانها بتلف المنفعة المرادة منها كما لو استأجر أرضاً للزراعة فغرقت وأمكن الانتفاع بها بغيرها [٤]. (**وهل تبطل بالموت ؟ المشهور بين**) قدماء (**الأصحاب نعم**) [٥].

(**وقيل**) [٦]: (**لا تبطل بموت المؤجر وتبطل بموت المستأجر**) [٧].

(**وقال آخرون : لا تبطل بموت أحدهما، وهو الأشبه**) [٨] [عند المصنّف].

---

[١] باعتبار اقتضاء إطلاق العقد تعجيل التسليم للانتفاع كما هو الغالب.

[٢] لما سمعت.

[٣] وملك العين إنّما يستتبع ملك المنافع إذا لم يستوف ملكها بسبب آخر كما هو واضح.

[٤] ضرورة كون ذلك كتلف العين، وستسمع فيما يأتي إن شاء الله تمام الكلام فيه.

[٥] **إذ هو خيرة الشيخين في المقنعة والنهاية والخلاف وسلار وبني زهرة وحمزة والبراج وسعيد**[1].

بل في الخلاف والغنية الإجماع عليه.

بل زاد في الأوّل نسبته إلى أخبار الفرقة.

[٦] **والقائل الأكثر من أصحابنا على مافي مهذّب القاضي**[2].

[٧] **وفي محكي المبسوط، أنّه الأظهر عند أصحابنا**[3] **بعد أن حكى عنهم الانفساخ بموت كلٍّ منهما، وهو كالمتدافع.**

[٨] بأُصول المذهب وقواعده.

وأشهر بين المتأخّرين، بل هو المشهور بينهم.

---

(١) المقنعة: ٦٤٠. النهاية: ٤٤٤. الخلاف ٣: ٤٩١. المراسم: ١٩٦. الغنية: ٢٨٧. الوسيلة: ٢٦٧. المهذب ١: ٥٠١. الجامع للشرائع: ٢٩٢.

(٢) المهذب ١: ٥٠١.

(٣) المبسوط ٣: ٢٢٤.

بل في المسالك نسبته إليهم أجمع[١]، ولعلّه كذلك إلاّ ما سمعته من ابن سعيد[٢]. وما يظهر من تذكرة الفاضل من الميل إلى الأوّل مع أنّ خيرته في باقي كتبه الأخير كابن إدريس[٣]، والمصنّف [المحقق] والفخر والشهيدين والآبي والسيوري والصيمري والكركي والأردبيلي والخراساني على ما حكي عن بعضهم[٤].

بل نسب إلى جماعة من القدماء كالإسكافي وأبي الصلاح، بل في السرائر نسبته إلى الأكثرين المحصّلين[٥].

وفي المختلف: أنّ أكثر الأصحاب لم يفتوا بالبطلان[٦] هذا. وظاهر المتن وغيره كصريح آخر انحصار الأقوال في الثلاثة. لكن في التذكرة عن بعض علمائنا البطلان بموت الموجر خاصة[٧]، إلاّ أنّا لم نتحققه.

واقتصار المرتضى وابن الجنيد على ما حكي عنهما على ذكر عدم البطلان بموت المستأجر[٨] لا يقتضي ذلك. بل لعلّه يقتضي العدم مطلقاً بضميمة عدم القول بالفصل. ولعلّه لذا نسب غير واحد إليهما التسوية في عدم الانفساخ، كما أنّا لم نتحقّق القول الثاني لأحد، وإن نسبه ابن البرّاج إلى الأكثر[٩] كما عرفت، ونسبه غيره إلى الشيخ، لكن في نهايته وخلافه ما سمعت، بل في الأخير منهما: أنّه قول شاذ لايعوّل عليه، ويقرب منه مافي الغنية[١٠].

وأمّا مبسوطه ففيه: «الموت يفسخ الإجارة سواء كان الميت الموجر أو المستأجر عند أصحابنا، والأظهر عندهم أنّ موت المستأجر يبطلها، وموت الموجر لا يبطلها، وفيه خلاف»[١١]. وهو كما ترى.

نعم عن كشف الرموز: أنّه قول ابن طاووس[١٢] ويمكن إرادته ـ كالمحكي عن الأكثر على فرض صحته ـ الأجير الخاص. وقد ظهر بما ذكرنا انحصار الخلاف المعتدّ به في القولين، الأوّل والأخير. ولا ريب في قوّة الثاني [وهو الأخير وذلك:]

١ ـ لعموم ﴿أَوفُوا﴾[١٣].

٢ ـ والاستصحاب.

٣ ـ وكون الإجارة من العقود اللازمة التي شأنها عدم البطلان بالموت.

٤ ـ وإطلاق ما دلّ على لزوم الكراء فيها كصحيح ابن يقطين[١٤] وغيره[١٥].

---

(١) المسالك ٥: ١٧٥.
(٢) تقدم في ص١٧١.
(٣) انظر التذكرة ١٨: ٢٩٠، ٢٩٢. السرائر ٢: ٤٤٩.
(٤) الإيضاح ٢: ٢٤٣. اللمعة: ١٥٥. الروضة ٤: ٣٣٠. كشف الرموز ٢: ٣٠. التنقيح ٢: ٢٥٤ـ٢٥٥. غاية المرام ٢: ٣١٣. جامع المقاصد ٧: ٨٤. مجمع الفائدة ١٠: ٦٤، ٦٦. كفاية الأحكام ١: ٦٤٩.
(٥) حكاه في المصابيح: ٥٩٦ (مخطوط) الكافي: ٣٤٨. السرائر ٢: ٤٤٩.
(٦) المختلف ٦: ١٤٤.
(٧) التذكرة ١٨: ٢٩٢.
(٨) نقله في المختلف ٦: ١٤٣. الناصريات: ٤٣٦.
(٩) المهذب ١: ٥٠١.
(١٠) الخلاف ٣: ٤٩٢. الغنية: ٢٨٧.
(١١) المبسوط ٣: ٢٢٤.
(١٢) كشف الرموز ٢: ٣٠.
(١٣) المائدة: ١.
(١٤) الوسائل ١٩: ١١٠، ب٧ من الإجارة ح١.
(١٥) التهذيب ٧: ٢١٠، ح٩٢١، ٩٢٢. الوسائل ١٩: ١١٠، ب٧ من الإجارة، ذيل الحديث ١.

وقيل : خصوص خبر أحمد بن إسحاق الرازي[١] قال : كتب رجل إلى أبي الحسن الثالث عليه السلام رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المواجر تلك الضيعة التي آجرها بحضرة المستأجر ولم ينكر المستأجر البيع وكان حاضراً له شاهداً عليه فمات المشتري وله ورثة هل يرجع ذلك في الميراث أم يبقى في يد المستأجر إلى أن تنقضي إجارته ؟ فكتب عليه السلام : « إلى أن تنقضي إجارته »[٢] .

وفيه : أنّ ذلك غير ما نحن فيه ؛ ضرورة كون الميت المشتري وهو غير موجر ولا مستأجر .

ودعوى قيامه مقامه بالنسبة إلى ذلك مخالف لظاهر كلام القائل ، ولا استبعاد في التزامه الفسخ بموت أحدهما ، وإن خرجت المنفعة أو العين من أيديهما بعقد لازم ، إلّا أنّه بالنسبة إليهما خاصّة لا يتعدى منه إلى العقد الذي قد صدر منهما .

وكذا [دعوى] احتمال أنّ الوجه في ذلك إطلاق الجواب الذي [يرد عليه بأنّه] هو مساق لغير ذلك .

نعم قد استدلّ عليه بخبر إبراهيم بن محمّد الهمداني بل صحيحه قال : كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الأُجرة في كلّ سنة عند انقضائها لا يقدّم لها شيء من الأُجرة مالم يمض الوقت ، فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجارة إلى الوقت أم تكون الإجارة منتقضة بموت المرأة ؟ فكتب عليه السلام : « إن كان لها وقت مسمّى لم تبلغه فماتت فلورثتها تلك الإجارة ، وإن لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله »[٣] .

وفيه ـ مع كونه بعد التسليم ليس دالّاً إلّا على بطلان القول بالانفساخ مطلقاً والقول به بموت الموجر دون القول به في المستأجر خاصّة ؛ ضرورة كون المفروض فيه موت الموجر ، اللّهمّ إلّا أن يتمّم بوضوح ضعف القول المزبور ـ : أنّه مبني على إرادة مدّة الإجارة من قوله : « وقت مسمّى » بقرينة السؤال ، وأنّ قوله : « وإن لم تبلغ ذلك ... إلى آخره » بيان للشرطية الأُولى لا مقابل لها ، وأنّ المراد من قوله : « فيعطى ورثتها بقدر ... إلى آخره » أنّها تعطى بنسبة ما بلغت ، فإنّ المعطى حينئذٍ بقدر ما لم تبلغ لا بقدر ما بلغت ، والجميع كما ترى .

ومن هنا احتمل في الرواية معنى آخر ، وهو أن يكون المراد بـ« الوقت » النجم المضروب لدفع أبعاض الأُجرة ، وهو انقضاء السنة ، ويؤيّده أنّ وقت الإجارة مفروض في السؤال ، فلا يقبل التشكيك والاحتمال حتى يشترط ذلك .

وكذا عدم بلوغها ذلك الوقت ، بل قيل : « إنّه على هذا التقدير لا يلزم تفكيك في الوقت ، فإنّ المراد بالمتكرر منه معنى واحد ، بخلاف الأوّل فإنّ الوقت في قول السائل أوّلاً : « مالم يمض الوقت » هو وقت دفع الأُجرة لا وقت الإجارة .

وكذا قوله عليه السلام : « إن كان لها وقت مسمّى » فإنّ مدة الإجارة ليس لها ، وإنّما عليها إمضاؤها ، بخلاف وقت أخذ الإجارة .

وكذا حسن المقابلة بين الشرطين فإنّ المراد من الأُولى حينئذٍ موتها عند انتهاء النجم قبل أخذ الأُجرة ، والمراد من قوله : « لم تبلغه » أنّها لم تبلغها أُجرته ، ومن الثانية موتها في أثنائه في الثلث أو النصف أو غيرهما ، ويكون قوله عليه السلام : « فيعطى ورثتها بقدر ما

---

(١) مصابيح الاحكام ٣ : ٥٩٧ (مخطوط) .
(٢) الكافي ٥ : ٢٧١ . ح٣ . الوسائل ١٩ : ١٣٦ ، ب٢٤ من الإجارة ، ح٥ .
(٣) التهذيب ٧ : ٢٠٧ ، ح٩١٢ . الوسائل ١٩ : ١٣٦ ، ب٢٥ من الإجارة ، ح١ ، وذيله .

بلغت من ذلك الوقت » على ظاهره وهو أنّ الورثة يعطون مقدار الأُجرة الماضية دون الباقية ، وعلى هذا فيكون مدلول الرواية ضد المطلوب »[١] .

لكن في مصابيح العلّامة الطباطبائي : « أنّ الظاهر هو المعنى الأوّل ، وقوله عليه السلام : « إن كان لها وقت مسمّى لم تبلغه » كالصريح في عدم بلوغ الوقت ، والحمل على عدم بلوغ الأُجرة في غاية البعد » .

وفي بعض النسخ مكان « لم تبلغه » « لم تبلغ »[٢] والدلالة فيه أظهر وأوضح ، وحمل قوله : « بقدر ما بلغت » على إرادة النسبة كما سمعت ، ليس بهذه المثابة من البعد[٣] .

ثمّ قال : « ويحتمل عود الضمير في قوله : « بلغت » إلى الورثة دون الامرأة فيكون المراد بقية المدّة التي صارت للورثة وفي قول السائل : « هل يجب ... إلى آخره » دلالة واضحة على إرادة المدّة دون الأجل المضروب كدفع الأُجرة ، والأمر في باقي القرائن هيّن »[٤] .

قلت : قد يقال : إنّه ظاهر بالفسخ على تقدير الأوّل أيضاً ، وذلك بأن يكون المراد إن كان للإجارة وقت مسمّى ولم تبلغه المرأة أي لم تبلغ شيئاً منه بقرينة الشرطية الثانية ، على معنى أنّها آجرت إلى مدّة معلومة فماتت حال الإجارة قبل أن تبلغ شيئاً من المدة فالحكم فيه حينئذٍ أنّ لورثتها تلك الإجارة ، على معنى أنّ لهم إمضاؤها أو فسخها ، بناء على أنّ المراد من القول بالفسخ بالموت عدم لزوم الإجارة على الورثة نحو ما اعترف به القائل بالصحة فيما استثناه من هذه المسألة وهو إجارة البطن الأوّل من الموقوف عليهم ، وانتقل الوقف إلى البطن الثاني بموت الأوّلين في أثناء الإجارة ، فإنّ لهم الخيار في إنفاذ الإجارة الأُولى وفسخها ، وإن أبيت عن ذلك باعتبار ظهور كلام القائل هنا في انفساخ عقد الإجارة وبطلانه بالموت على وجه لا تنفعه إجازة الوارث ، فيمكن أن يكون المراد أنّ الورثة إن شاؤوا آجروا ، وإن شاؤوا لم يوجروا .

وعلى كلّ حال فالمراد من الشرطية الثانية أنّها إن لم تبلغ المرأة الوقت المسمّى ولكن بلغت ثلثه أو نصفه مثلاً ، فللورثة حينئذٍ من الأُجرة مقدار ما بلغت الامرأة من الوقت إن ثلثاً فثلث ، وإن نصفاً فنصف ؛ ضرورة أنّه مقتضى انفساخ عقد الإجارة ، حتى لو اشترط على الإمرأة تأخير الأُجرة إلى تمام السنة مثلاً كما هو مفروض السؤال ؛ لعدم تأثير الشرط بعد انفساخ العقد الذي ذكر فيه ، وحينئذٍ تتضح دلالتها على الانفساخ على هذا التقدير ، بل هي كذلك أيضاً على نسخة « لم تبلغ » .

بل لعلّ ما ذكرناه أولى ممّا سمعته ، بل يمكن القطع بعدم إرادة ما ذكره في تفسير « يعطى ورثتها بقدر ما بلغت » ، على تقدير الدلالة على الصحة كما أنّه يمكن القطع بفساد تفسير « لم تبلغه » على التقدير الثاني ، بأنّها لم تبلغها أُجرته . واشتمال السؤال على ذكره مدة الإجارة لا ينافي عدم ملاحظته في الجواب الذي أُريد منه تفصيل الحكم بحسب الأفراد . على أنّ ذلك وارد على تقدير إرادة الأُجرة لاعقد الإجارة . وأظرف شيء استبعاد إرادة الإجارة من الجواب ، بأنّه ليس « لها » ـ أي المرأة ـ مدّة الإجارة وإنّما عليها إمضاؤها ؛ ضرورة كون المراد من ضمير لها الإجارة ، لا المرأة ، حتى يرد ذلك . على أنّ مدّة الأُجرة ليس لها أيضاً بل عليها .

---

(١) (٣) (٤) مصابيح الأحكام ٣ : ٥٩٧ (حجرية) .

(٢) وفي المصابيح « لم يبلغ » ، وهكذا ورد في الكافي ٥ : ٢٧٠ ـ ٢٧١ ، ح ٢ .

وعلى كلّ حال فلا ريب [١] في البطلان [٢].

---

[١] [كما] في ظهور الخبر[١] المزبور [= خبر الهمداني].

[٢] كما اعترف به المجلسي[٢] فيما وجدته في حواشيه على هامش ما حضرني من نسخة الكافي، وفاضل الرياض[٣]، وبذلك يقوى القول المزبور، خصوصاً بعد الاعتضاد بما سمعته من الغنية والخلاف[٤].

بل في التذكرة بعد حكايته ما في الخلاف قال: «ولا شكّ في عدالته وقبول روايته مسندة، فتقبل مرسلة»[٥].

قلت: مضافاً إلى أنّ نقل العدل ماهو حجّة من خبر معتبر أو إجماع أو نحو ذلك حجة، فتأمّل.

على أنّه لا معارض لذلك، سوى عموم أو إطلاق أو استصحاب أو نحو ذلك ممّا يخرج عنه بأقلّ من ذلك، كقاعدة تسلّط الملّاك الذين منهم مالك المنفعة على ملكهم، فلهم نقله مدّة طويلة وقصيرة ونحو ذلك.

وكأنّ المتأخّرين لم يقفوا على الخبر المزبور، أو لم ينقحوا دلالته، ولذا لم يتعرّضوا له.

ومن هنا يضعف الاعتماد على شهرتهم على أنّها ـ مع خروج ابن سعيد منهم والفاضل في التذكرة ـ معارضة بما عرفت، من كون البطلان مذهباً لمن سمعت.

ولا ينافي ذلك ما سمعته من المبسوط[٦]، فانّك قد عرفت تدافعه، على أنّا لم نتحقّق ما حكاه عنهم من كون الأظهر عندهم التفصيل المزبور.

ومن الغريب مافي الرياض من دعوى معارضة الإجماعين المزبورين بما في المبسوط من الإجماع على التفصيل[٧]، مشيراً به إلى ما سمعته من عبارته التي هي مع تدافعها وعدم الإشارة فيها إلى الإجماع لم نتحقّق ما حكاه فيها من أظهرية التفصيل عندهم.

كما أنّا لمن نتحقّق نسبة ابن البراج له إلى الأكثر[٨]، فإنّه لم نعرفه قولاً لأحدٍ معلوم.

وكذا ما حكاه ابن ادريس عن الأكثرين المحصّلين من القول بالصحة مطلقاً[٩] فإنّه لم يعرف لأحد ممّن تقدّمه، سوى ما يحكى عن ابن الجنيد والمرتضى وأبي الصلاح[١٠]، مع أنّه لا صراحة في كلام الأوّلين منهم؛ لاقتصاره على عدم الانفساخ بموت المستأجر.

اللهمّ إلّا أن يتمّم بعدم القول المعتدّ به في الصحة بذلك، لكنّه قد يمنع الإتمام بذلك على وجه يحصل منه الإجماع المركّب. خصوصاً في أمثال القدماء الذين هم مبدأ الأقوال، ومع التسليم فهم محجوجون بما عرفت.

نعم لا دلالة في خصوص الخبر على الفسخ بموت كلّ منهما، بل أقصاه الفسخ بموت الموجر، إلّا أنّه يمكن تتميمه بعدم القول المعتدّ به في الفصل بينهما في ذلك كما عرفت.

---

(١) الوسائل ١٩: ١٣٦، ب٢٥ من الإجارة، ح١.
(٢) مرآة العقول ١٩: ٣٥٣.
(٣) الرياض ٩: ١٩٧.
(٤) (٦) تقدّم في ص١٧٢.
(٥) التذكرة ١٨: ٢٩٢.
(٧) الرياض ٩: ١٩٦.
(٨) المهذب ١: ٥٠١.
(٩) السرائر ٢: ٤٤٩.
(١٠) نقله عن ابن الجنيد في المختلف ٦: ١٤٣. الناصريات: ٤٣٦. الكافي: ٣٤٨.

لكن ومع ذلك كلّه فالاحتياط لا ينبغي تركه .

كما أنّه لا ينبغي تركه فيما لو آجر الولي ولو الشرعي أو استأجر للمولّى عليه فمات هو فإنّ الفسخ بموته حينئذٍ وإن قلنا به في غيره لا يخلو من إشكال ، بل منع ، بل قد يحتمل عدم الفسخ أيضاً بموت المولى عليه أيضاً [١] .

(و) على كلّ حال فضابط مورد الإجارة أنّ (**كلّ ما صحّ إعارته**) من حيث كونه عيناً ينتفع به مع بقائه (**صحّ**

---

[١] اقتصاراً فيما خالف الأصل على محلّ النصّ الذي هو المنساق من معقد الإجماعين والفتاوى .

وكيف كان فقد استثنى القائل بعدم الانفساخ موت الأجير الخاص ، والموقوف عليهم ، ومن اشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه .

والمراد بالأجير الخاص من آجر نفسه على أن يعمل بنفسه عملاً مخصوصاً .

ولا ريب في انفساخ الإجارة بموته إذا فرض تعلّقها بعمله المخصوص ، لا عمل كلّي في ذمّته واشترط عليه أداؤه بنفسه ، فإنّ المتّجه حينئذٍ ثبوت الخيار للموجر بتعذّر الشرط ، لا الانفساخ .

ومنه يعلم المناقشة في الثالث [وهو من اشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه] أمّا الثاني [أي الموقوف عليهم] فالظاهر أنّ للبطن الثاني إنفاذ إجارة البطن الأوّل وعدمه ، فهو شبه الفضولي بالنسبة إليهم ، لا الانفساخ والبطلان كما سيأتي الكلام فيه إن شاء الله .

نعم ينبغي تقييده بما إذا لم يكن الموجر ناظر الوقف لمصلحة الوقف ولو الشرعي ، فإنّ الظاهر مضيّه على البطون المتأخّرة ، باعتبار ولايته على ذلك ، فهو بمنزلة إجارتهم .

وإن احتمل فيه الانفساخ أيضاً .

لكنّه ضعيف كضعف احتمال مضي إجارة البطن الأوّل على البطون المتأخّرة ، باعتبار كون المنفعة ملكاً لهم ، فهو كالعين المملوكة التي يوجرها مالكها ، زائداً على أيام حياته .

وفيه مالا يخفى من وضوح الفرق بين الأمرين ، فإنّ الموقوف عليهم يتلقّون الملك من الواقف ، وليس للبطن الأوّل منه إلّا أيّام حياتهم .

بخلاف العين المملوكة غير الوقف ، فإنّ مالكها يملك منفعتها إلى آخر الأبد على حسب ملكية العين ، وإن زالت بموت ونحوه ، فينتقل منه حينئذٍ إلى ورثته ، فله إخراج المنفعة عن ملكه زائداً على أيّام حياته ؛ لأنّها من أملاكه ، والناس مسلّطون على أموالهم ، فتنتقل إلى الوارث مسلوبة المنفعة ، أمّا الموقوف عليهم فملكهم الذي جاء اليهم من قبل الواقف مقيّد .

فمن الغريب اشتباه بعض علماء العصر في ذلك ، مع أنّي لم أجد من وافقه عليه . نعم ذكره بعض الأصحاب احتمالاً[1] ، وليته لم يذكره .

وكذا تنفسخ لو كان الموجر موصى له في المنفعة مدة حياته فمات في أثنائها لانتهاء استحقاقه ، والله العالم .

---

(١) انظر مفتاح الكرامة ٧ : ٨٠ .

إجارته) [١]. ولا يقدح في هذا الضابط جواز عارية المنحة للحلب دون الإجارة له ، عكس المرأة للرضاع بعد أن كان ذلك بالدليل [٢].

كما لا يقدح لذلك أيضاً جواز نحو استئجار الحرّ ، دون عاريته ، في العكس المستفاد من الكليّة المزبورة ، ولو بقرينة إرادة ضبط مورد الإجارة منها ، ولا يتمّ إلاّ بكليّة العكس .

على أنّ المراد بالضابط المزبور من حيث كونه عيناً ينتفع بها مع بقائها ، فلا يقدح وجود مانع آخر للعارية أو الإجارة كما هو واضح .

نعم لا شيء ممّا لا تصحّ إعارته ؛لعدم كونه عيناً ينتفع بها تصحّ إجارته [٣].

(و) أمّا (إجارة المشاع) فهي (جائزة) [٤] (كالمقسوم) [٥].

نعم لا يسلّم العين إلاّ باذنه ، ولو أبى رفع أمره إلى الحاكم ، كما إذا تنازع الشريكان [٦].

ولا فرق في صحّة إجارته بين العلم بإشاعته والإقدام عليها ، وبين الجهل بذلك ، كما إذا أقدم على استئجار الكلّ مثلاً ، فبان عدم استحقاق الموجر أزيد من النصف ، ولم يجز المالك ، وإن كان للمستأجر حينئذٍ خيار تبعيض الصفقة ، والتعيّب بالشركة كما هو واضح ، والله العالم .

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه نقلاً وتحصيلاً .**

بل إجماعاً كذلك ؛ لما تقدّم في العارية من أنّ العين المستعارة هي كلّ ما يصحّ الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالثوب والدابّة ونحوهما ، وذلك بعينه مورد الإجارة عرفاً ولغة ، التي هي المستعملة في نقل المنافع في مقابل نقل البيع الأعيان ، فينصرف الأمر بالوفاء بالعقود[1] وغيره من إطلاق كلّ منهما إلى ذلك ، فلا دليل حينئذٍ على صلاحية نقل البيع للمنفعة ، والإجارة للعين ، كي يخرج به عن مقتضى أصالة عدم الانتقال ونحوها .

[٢] مع إمكان منع كون الأوّل عارية حقيقة ، بل هو إباحة كغيرها من إباحات إتلاف الأعيان ، وجواز المنحة أعمّ من كونه عارية . وإمكان منع نقل عين اللبن بها في الثاني ، وإن استلزم الإرضاع الذي هو عمل محض إتلاف اللبن .

[٣] **بلا خلاف أجده فيه أيضاً ، بل الإجماع بقسميه عليه .**

مضافاً إلى أصالة عدم الانتقال بعد معلومية كون موردها غير ذلك عرفاً ولغة على وجه تنصرف الأدلّة إليه .

فلا شمول في شيء منها حينئذٍ كي يعارض الأصل المزبور .

[٤] **عندنا .**

[٥] **كما في المسالك والروضة**[2] ؛ لعموم « أوفوا بالعقود »[3] ، وخصوص إطلاقات الإجارة ، واستيفاء المنفعة ممكن بموافقة الشريك .

[٦] والإشاعة لا تنافي معلومية المشاع بحسب حاله ، ولذا جاز وقوع البيع عليه وغيره من العقود .

---

(١) (٣) المائدة : ١ .

(٢) المسالك ٥ : ١٧٦ . الروضة ٤ : ٣٣١ .

(والعين المستأجرة أمانة) [١] فـ(ـلا يضمنها) حينئذٍ (المستأجر إلّا بتعدٍ أو تفريط) كما في كلّ أمانة [٢]. نعم لا ريب في الضمان [٣] معهما [٤]، [بلا فرق في عدم الضمان بين التلف في المدّة وبعدها] إذا لم يحصل منه منع للمؤجر عن عينه إذا طلبها، بل خلّى بينه وبينها [٥]، والعين المستأجرة في المدّة غير مضمونة إلّا

---

[١] لغة وعرفاً؛ ضرورة كون الاستيلاء عليها بإذن من المالك أو من يقوم مقامه، بناء على تحقق صدق الأمانة بذلك.

[٢] للأصل المستفاد من السنّة في عدّة مقامات، والإجماع بقسميه، وبه يخرج عن عموم «على اليد»[١] ولو كان شاملاً للأمانة.

[٣] **ولا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه أيضاً.**

[٤] مضافاً إلى عموم النصوص نحو من «أتلف»[٢] و«على اليد»[٣] ونحوهما. وخصوص صحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام: سألته عن الرجل استأجر دابّة فأعطاها غيره فنفقت فما عليه؟ قال: «إن كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسمّ فليس عليه شيء»[٤]. وفي آخر في المتعدّي في البغل: أرأيت لو عطب البغل [ونفق] أليس كان يلزمني، قال: «نعم، قيمة البغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر، فقال: عليك قيمة مابين الصحة والعيب يوم تردّه عليه»[٥]. وفي صحيح الحلبي: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تكارى دابّة إلى مكان معلوم فنفقت الدابّة، قال: «إن كان جاز الشرط فهو ضامن، وإن دخل وادياً ولم يوثقها فهو ضامن، وإن سقطت في بئر فهو ضامن؛ لأنه لم يستوثق منها»[٦]. إلى غير ذلك من النصوص[٧] الدالّة على ذلك. بل وعلى الحكم الأوّل [وهو عدم الضمان] بمقتضى المفهوم كبعض النصوص المشتملة على تعليل عدم ضمان العارية بالأمانة[٨]، والواردة في عدم ضمان الأجير ما يتلف في يده إذا كان أميناً[٩]. ونحو ذلك مما يستفاد منه الأصل المزبور في الأمانة الذي مقتضاه هنا عدم الفرق بين التلف في المدّة وبعدها.

[٥] ضرورة كونها أمانة أيضاً في هذا الحال، فيجري عليها الحكم السابق؛ للاستصحاب وإطلاق أدلّة الأمانة. ودعوى كونها أمانة شرعية حينئذٍ فيضمنها مع الإخلال بالردّ فوراً، يدفعها: بعد التسليم منع وجوب الردّ عليه على وجه تكون المؤنة عليه، بل أقصاه وجوب التمكين والتخلية بينها وبين المالك. **فما عن الاسكافي والطوسي من إطلاق الضمان بعد المدّة**[١٠] واضح الضعف، خصوصاً بعد أخصّية الدليل المزبور عن الدعوى كما هو ظاهر. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ الأصل ضمان مال الغير إلّا ما خرج بعنوان شرعي، كاللقطة والوديعة ونحوهما، وليس للأمانة مصداق عرفي زائد على الوديعة، وما ورد من التعليل بالأمانة في غيرها يراد به كالأمانة في الحكم والإذن الشرعي بل والمالكي ـ إذا لم تندرج في عنوان نفي عنه الضمان ـ لا يقتضي عدمه، كما لا يخفى على من لاحظ استقراء الموارد من المقبوض بالسوم والطبيب والبيطار وغير ذلك.

---

(١) (٣) المستدرك ١٤: ٨، ب١ من الوديعة، ح١٢.
(٢) انظر الوسائل ٢٧: ٣٢٧، ب١١ من الشهادات.
(٤) الوسائل ١٩: ١١٨، ب١٦ من الإجارة، ح١.
(٥) (٦) الوسائل ١٩: ١٢٠، ١٢١، ب١٧ من الإجارة، ح١، وذيله ح٣.
(٧) الفقيه ٣: ٢٥٥، ح٣٩٢٣. الوسائل ١٩: ١٥٥ ـ ١٥٦، ب٣٢ من الإجارة، ح٣.
(٨) انظر الوسائل ١٩: ٩١، ب١ من العارية.
(٩) انظر الوسائل ١٩: ١٤١، ب٢٩ من الإجارة.
(١٠) نقله عن الإسكافي في المسالك ٥: ١٧٦. المبسوط ٣: ٢٤٩.

بالتعدي أو التفريط ، أمّا ما بعدها فيبقى على قاعدة الضمان [١] .

(و) كيف كان فـ(**في اشتراط ضمانها من غير ذلك**) أي التعدّي والتفريط (**تردّد**) [٢] (**أظهره المنع**) [٣] .

---

[١] اللهمّ إلّا أن يدعى أنّه شامل لهذا الحال ، ولو للزومه له في العادة ، ولكنّه لا يخلو من تأمّل ، والله العالم .

[٢] ينشأ من قاعدة « المؤمنون » ، وإطلاق أدلّة العقود والإجارة ، ومن منافاته لمقتضى العقد أو الأمانة .

[٣] **بل هو الأشهر ، بل المشهور .**

بل في جامع المقاصد [الاشتراط] باطل قطعاً[١] .

بل لم أجد فيه خلافاً إلّا مايحكى عن الأردبيلي والخراساني من الميل إلى الصحة[٢] ، وتبعهما في الرياض[٣] :

١ ـ تمسّكاً بالعموم المزبور .

٢ ـ مع ضعف المعارض ؛ لمنع منافاته على إطلاقه ، بل هو حيث لم يكن هناك شرط .

والخبر : رجل استأجر سفينة من ملّاح فحملها طعاماً فاشترط عليه إن نقص الطعام فعليه ، فقال : « جائز ، قلت : إنّه ربّما زاد الطعام .

قال : فقال : أيدّعي الملّاح أنّه زاد فيه شيئاً ؟ قلت : لا ، قال : لصاحب الطعام الزيادة وعليه النقصان إذا كان قد اشترط عليه ذلك »[٤] وغيره ممّا دلّ على نحو ذلك .

وفيه : أنّه [= اشتراط الضمان] وإن لم يكن منافياً لمقتضى العقد ، إلّا أنّه منافٍ لمقتضى مادلّ على عدم ضمان الأمانة[٥] الشامل بعمومه لحال الشرط ، فيكون التعارض بينه وبين المؤمنون[٦] من وجه .

ولا ريب في أنّ الترجيح للأوّل [وهو مادل على عدم ضمان الامانة] بالشهرة والأصل وغيرهما .

بل قد يمنع شمول الثاني [وهو عموم المؤمنون] لذلك [= لحال الشرط] ، باعتبار ظهوره في كونه ملزماً كالنذر والعهد ، لا شارعاً جديداً نحو الصلح ، فإثبات الضمان به ـ حينئذٍ مع أنّ أسبابه إنّما تستفاد من الشرع ـ لا يخلو من منع . وحصوله في العارية بدليل خاص لا تقتضي ثبوته في المقام بعد حرمة القياس ، وإلّا لاقتضى جواز اشتراط ضمان الوديعة ونحوها من الأمانات التي يمكن دعوى معلوميّة خلافه من مذاق الشرع . واحتمال كون المراد من الضمان : الإلزام بأداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف مثلاً ولو من غير تعدّ ولا تفريط مخالف للفرض ؛ ضرورة كون المراد الضمان به على حسب الضمان بالتعدّي والتفريط ونحوهما من الأسباب الشرعية له ، والبحث في صلاحية عموم « المؤمنون » لمثل ذلك . وأمّا الخبر[٧] ونحوه فهو في ضمان من أخذ الأجرة ، لا من دفعها . وستعرف البحث فيه من دون شرط ، فضلاً عن الاشتراط ، كما أنّ لتمام تحقيق الحال في عموم « المؤمنون » وصلاحيته لتناول أمثال ذلك ولنتائج العقود محلّاً آخر ، والله هو العالم .

---

(١) جامع المقاصد ٧ : ٢٥٨ .

(٢) حكاه في مفتاح الكرامة ٧ : ٢٥٣ . انظر مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٦٩ . كفاية الإحكام ١ : ٦٥٠ ـ ٦٥١ .

(٣) الرياض ٩ : ٢٠٠ .

(٤) الوسائل ١٩ : ١٥٠ ، ب ٣٠ من الإجارة ، ح ٥ .

(٥) انظر الوسائل ١٩ : ٧٩ ب ٤ من الوديعة .

(٦) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٧) المتقدّم آنفاً .

(وليس في الإجارة خيار المجلس) [١].

نعم لا إشكال [٢] في ثبوت خيار الشرط فيها [٣].

(و) حينئذٍ فـ **(لو شرط الخيار لأحدهما أو لهما)** أو لأجنبي **(جاز سواء كانت)** الإجارة على عين **(معيّنة كأن يستأجر هذا العبد أو هذه الدار ، أو في الذمة كأن يستأجره ليبني له حائطاً)** [٤].

بل الظاهر جريان خيار الرؤية والعيب والغبن والاشتراط وتبعّض الصفقة ، وتعذّر التسليم والفلس والتدليس .

بل والشركة ولو في الأجرة ، على معنى أنّه إذا آجر داره مثلاً بأجرة معيّنة وقبل القبض قد امتزجت بغيرها على وجه لا تتعين [٥] ، بل وكذا [يجري] خيار ما يفسد ليومه .

أمّا خيار الحيوان فلا يجري فيها ، وكذا خيار التأخير ثلاثة أيام ، مع احتمال جريان الأخير .

وبالجملة كلّ خيار في البيع كان دليله أو من أدلّته خبر الضرار[١] ونحوه يتجه جريانه . بخلاف ما اختص بدليل خاصّ لا يجوز التعدي عنه إلّا بالقياس المحرّم [٦].

نعم ربّما يمرّ عليك في أثناء المباحث خيار لا يندرج في الخيارات المزبورة ولا بأس به [٧].

---

[١] ١ ـ **إجماعاً بقسميه ، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر .**

٢ ـ مضافاً إلى قاعدة اللزوم السالمة عن المعارض هنا ، بعد حرمة القياس عندنا .

بل لا يجوز اشتراطه هنا وإن جوّزناه في البيع ، من غير اشتراط مدّة لثبوته فيه كذلك ، أمّا معها فالظاهر الجواز ، لكن يكون خيار شرط لا مجلس ، كما هو واضح .

[٢] **[كما] ولا خلاف [في ذلك].**

[٣] بل ربّما استظهر من التذكرة الإجماع عليه ؛ لعموم دليله[٢] .

[٤] **خلافاً لبعض العامّة ، فلم يجوّزه في المعيّنة**[٣] .

ولا ريب في بطلانه ؛ ضرورة كون الإجارة كالبيع بالنسبة إلى ذلك ، ولذا كان حكم الخيار الثابت فيها من الموت ونحوه كحكم الخيار فيه .

وقد تقدّم في بحث الخيار من البيع تمام الكلام في أحكامه وأقسامه التي منها خيار الشرط الذي من أفراده خيار المؤامرة ، وخيار ردّ الثمن وغير ذلك ممّا هو مذكور في محلّه ، فلاحظ ما هناك كي تعرف ما يجري من ذلك هنا .

[٥] للاشتراك في الدليل .

[٦] **عندنا .**

[٧] بعد فرض قيام الدليل عليه ؛ لعدم الحصر العقلي ولا الشرعي فيها ، كما هو واضح .

---

(١) الوسائل ١٨ : ٣٢ ، ب١٧ من الخيار ، ح٣ ـ ٥ .

(٢) استظهره في مجمع الفائدة ٨ : ٤١١ . انظر التذكرة ١١ : ٦٣ ، و١٨ : ٣٧٨ .

(٣) المجموع ١٥ : ٤١ .

[شرائط الإجارة]:

الفصل (**الثاني: في شرائطها**) (**وهي ستّة:**)

[ما يصحّ منه الإجارة]:

(**الأوّل: أن يكون المتعاقدان**) مالكين (**كاملين**) بالبلوغ والعقل والاختيار (**جائزي التصرّف**) لعدم الفلس والسفه ونحوهما من أسباب الحجر.

(**فلو آجر المجنون لم تنعقد إجارته**) ولو أجاز وليّه بعد ذلك.

(**وكذا الصبي الغير المميّز**) بل (**وكذا المميّز**) لكن في المتن هنا (**إلّا باذن وليّه**) وهو مخالف لما تقدّم له في البيع [١]، وإن قال هنا أيضاً: (**وفيه تردّد**) [٢].

من غير فرق بين بلوغ الذكر عشراً عاقلاً وعدمه [٣].

[معلومية الوزن أو الكيل أو الزمان وغيره]:

الشرط (**الثاني: أن تكون الأُجرة معلومة بالوزن أو الكيل**) أو العدّ (**فيما يكال أو يوزن**) أو يعدّ (**ليتحقّق انتفاء الغرر**) [٤].

(**وقيل**) [٥]: (**تكفي المشاهدة**) في ارتفاع الجهالة والغرر.

---

[١] بل لم نعرف به قائلاً قبله.

[٢] فإنّه غير خفي عليك عدم خصوص دليل في المقام يصلح فارقاً بينه وبين البيع.

كما أنّه لا وجه معتدّ به للتردّد في أصل ذلك في المقام وفي البيع.

[٣] لما تقدّم هناك فلاحظ كي تعرف ما هنا.

بل وتعرف المراد من شرطية مثل ذلك، فإنّه بالنسبة إلى بعضٍ شرط صحة فيفسد العقد بفقده، وبالنسبة إلى آخر شرط نفوذ العقد فلا يفسد العقد حينئذٍ بفقده آناً ما، بل تبقى قابليته للتأثير إلى آن حصوله، كما تقدّم في عقد المكره والفضولي والسفيه والمفلّس ونحوهم كما تقدّم تفصيل ذلك كلّه في البيع الذي لم نعثر على ما يصلح للفرق بينه وبين الإجارة في ذلك كلّه، فلاحظ وتأمّل.

[٤] والجهالة المبطلة، بالإجماع كما في المختلف[١] نحوما سمعته في البيع الذي هو نحو الإجارة في ذلك وشبهه، وإن اختلفا في نقل الأعيان والمنافع، و[الإجماع] هو الحجة على اعتبار العلم المزبور، مضافاً إلى مافي المسالك عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه نهى عن الغرر مطلقاً[٢] وإن كنّا لم نتحققه، إلاّ أنّه منجبر هنا بالعمل من الأصحاب.

[٥] **والقائل جماعة ـ كما في المسالك ـ منهم الشيخ والمرتضى**[٣].

---

(١) المختلف ٦: ١٤١.

(٢) المسالك ٥: ١٧٨ ـ ١٧٩.

(٣) المسالك ٥: ١٧٨. المبسوط ٣: ٢٢٣. الناصريات: ٣٦٩.

(**وهو حسن**) فيما ترتفع الجهالة والغرر بها عرفاً ممّا تكفي المشاهدة فيه لا مطلقاً [١].

(و) كيف كان فـ [ـالمختار] [٢] أنّه (**تملك الأُجرة بنفس العقد**) [٣]. لكن لا يجب تسليمها قبل المعوّض الذي هو العين المؤجرة أو العمل المستأجر عليه ، على حسب الثمن والمثمن في البيع الذي قد عرفت تمام الكلام فيه في محلّه .

فلو كان المستأجر وصيّاً لم يجز له التسليم قبله إلّا مع الإذن صريحاً من الموصي ، أو شاهد الحال ، وإلّا كان ضامناً حتى لو توقّف الفعل على الأجرة ، كالحج وامتنع المستأجر من التسليم ، ولم يتمكن من إجباره على ذلك كان له الفسخ ، بل [قد قيل :] [٤] كان للأجير الفسخ أيضاً .

ولا يخلو من إشكال [٥].

(و) على كلّ حال فالمراد ممّا في المتن [٦] أنّه (**يجب تعجيلها**) أي الأُجرة (**مع الإطلاق ومع اشتراط التعجيل**) الذي هو كالشرط المؤكّد دفعها في أوّل أوقات الوجوب ، وهو وقت تمام العمل .

وتسليم العين الموجرة على حسب غيرها من عقود المعاوضة ، من غير فرق بين الاشتراط وعدمه ، وإن كان ربّما يفيد فائدة ، وهي التسلّط على الفسخ مع عدم الوفاء به من الموجر أو المستأجر .

نعم لو كان هناك تعارف بعقد ثمّ يسلّم الأجرة قبل المعوّض على وجه ينزّل العقد عليه اتجه وجوبه حينئذٍ

---

[١] ضرورة عدم كفايتها في مثل الموزون والمكيل والمعدود ، وإلّا لكفت في البيع المعلوم اعتبار عدمهما [= الجهالة والغرر] فيه ، على وجه يرتفع معه النزاع والخطر ، ويتحقّق به صدق بيع المعلوم عرفاً غير المجهول ؛ إذ لا يكون ذلك إلّا بملاحظة ما أعدّ عرفاً لرفع الجهالة ، وتحقق العلم من الوزن والكيل والعدّ فيما تعارف اعتبارها فيه .

ودعوى الفرق بين الإجارة والبيع بالنسبة إلى ذلك واضحة الفساد . بعدما سمعت من الإجماع وغيره ، كدعوى كفاية المشاهدة فيهما .

والتمسك بآية ﴿ **أَوفُوا** ﴾[1] ونحوها من العموم يقضي بعدم اعتبار المشاهدة أيضاً في الصحّة الذي لا يقول به الخصم ، فإنّه على الظاهر يبطل الإجارة مع الجهالة ، لكن يدعى ارتفاعها بالمشاهدة .

ودعوى اعتبار ما يرتفع بالمشاهدة من الجهالة دون غيرها مجرّد تهجّس وتحكّم كما هو واضح .

[٢] [بـ] ـلا خلاف كما لا إشكال في [ذلك].

[٣] الذي مقتضاه تبديل ملك بملك ، فمع فرض جامعيته شرائط الصحة تترتّب عليه آثاره التي منها الملك في العوضين .

[٤] [قاله] في المسالك[2].

[٥] بعد فرض إقدامه على الإجارة التي مقتضاها ذلك ، فتأمّل جيّداً .

[٦] وغيره من [أنّه ذلك].

---

(١) المائدة : ١ .

(٢) المسالك ٥ : ١٧٩ .

على المستأجر، نحو المشاهدة في العكس (و) هو واضح. كما أنّه (**لو شرط**) المستأجر مثلاً (**التأجيل**) في الأُجرة (**صحّ**) [١].

(**بشرط أن يكون**) الأجل (**معلوماً**) مضبوطاً بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الآجال.

(**وكذا لو شرطها في نجوم**) على وجه التقسيط فيجعل لكلّ أجل قسطاً معلوماً منها [٢]، من غير فرق في ذلك بين الإجارة الواردة على معيّن شخصي والمطلقة الواردة على كلّي في الذمّة [٣].

(**وإذا وقف المؤجر على عيب في الأُجرة سابق على القبض**) وإن كان متأخّراً عن العقد (**كان له الفسخ**) المقتضي لزوال ملكه عمّا قبضه، فتعود المنفعة إلى ملكه إذا استلزم ذلك فسخ الإجارة؛ لتعذّر الأبدال (**أو**) تكون له (**المطالبة بالعوض**) إذا لم يتعذّر.

كلّ ذلك (**إن كانت الأُجرة مضمونة**) في الذمّة [٤].

بل الظاهر أنّ له الإمساك بالأرش فيه [= صورة تعذّر البدل] [٥].

نعم المتّجه عدم فسخ العقد، وعدم الأرش إذا لم يتعذّر البدل، بل يختصّ خياره بين الإمساك مجّاناً، والمطالبة بالبدل مع فسخه [٦]. هذا كلّه في المضمونة.

(**وإن كانت معيّنة كان له الردّ أو الأرش**) على حسب العيب في ثمن المبيع [٧] بناء على عدم اختصاص

٢٢١/٢٧

---

[١] لعموم «المؤمنون».

[٢] للإطلاق.

[٣] **خلافاً لما عن بعض العامة فمنع في الثانية**[1] قياساً على السلم الذي يجب فيه قبض العوض في المجلس، وهو كما ترى.

[٤] والمناقشة في فسخ الإجارة في الأوّل [أي مع تعذّر الابدال] ـ بأنّ الأُجرة كلّيّة في الذمة، فلا يستلزم زوال ملكيته عن الفرد المقبوض بفسخه لها فسخ أصل العقد، وإن تعذّر البدل، بل ينتظر حتى يتمكّن منه أو يغرم قيمته ـ واضحة الفساد؛ ضرورة منافاة التزامه بذلك الضرر المنفي. مضافاً إلى الاتفاق ظاهراً على أنّ له الفسخ في هذا الحال. وإلى ثبوت الخيار في نظائره بذلك.

[٥] **كما في فوائد الشرائع**[2] **والمسالك**[3]. ولعلّه لصيرورته بتعذّر البدل كالعين المعيّنة، فيثبت له حكمها من الفسخ أو الأرش.

[٦] للملكية الحاصل من القبض الذي لا يستلزم فسخه فسخ العقد من أصله في هذا الحال.

وإن كان هو ظاهر جماعة في باب الصرف، إلّا أنّ التحقيق خلافه، كما أوضحنا ذلك في الباب المزبور وفي باب السلم ونبّهنا على اختلاف كلماتهم في البابين فلاحظ، فإنّ منه يتضح لك الحال فيما هنا.

[٧] **بلا خلاف أجده ولا إشكال [فيه].**

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٢٩٤.

(٢) حاشية الشرائع (حياة الكركي) ١١: ٢٠٤.

(٣) المسالك ١٨٠.

حكم العيب بالبيع .

نعم الظاهر اختصاص الحكم المزبور بما إذا لم يكن الأُجرة منفعة ، وإلّا جرى فيه ما تسمعه إن شاء الله من حكم العيب في العين المستأجرة عند تعرّض المصنّف له .

(ولو أفلس المستأجر بالأُجرة فسخ الموجر إن شاء) وإلّا شارك الغرماء ، كما تقدّم الكلام في ذلك وفي فروعه وفي فلس الموجر مفصّلاً في باب الفلس ، فلاحظ وتأمّل .

(ولا يجوز أن يوجر المسكن ولا الخان ولا الأجير بأكثر ممّا استأجره ، إلّا أن يوجر بغير جنس الأُجرة ، أو يحدث فيه ما يقابل التفاوت) [١] .

[ولكن] المصنّف في باب المزارعة صرّح بكراهة إجارة الأرض بالأكثر [٢] .

---

[١] **كما عن ظاهر الشيخ ، بل لعلّه ظاهر المقنعة**(١) **أيضاً** ، وإن اقتصر فيها على الحانوت والدار ، وعلى استثناء الإحداث إلّا أنّه كـ [ـالمحقق صرّح بكراهة ذلك] .

[٢] **قال فيها : « وتكره إجارة الأرض بأكثر ممّا استأجرها الإنسان به ، إلّا أن يكون قد أحدث فيها عملاً أصلحها به ، ككري نهر أو حفر ساقية أو إصلاح دالية أو كراب أرض وأشباه ذلك ولا بأس أن يؤجرها [= الامور الثلاثة] بأكثر قيمة ممّا استأجرها به إذا اختلف النوعان ، فكان مال الإجارة عيناً وورقاً وإجارتها بحنطة أو شعير وإن لم يحدث فيها شيئاً ، وإنّما يكره ذلك فيما يتّفق نوعه ، أو يكون عيناً وورقاً دون غيرهما من العروض »**(٢) .

وهذا التفصيل بين الأرض والثلاثة أحد الأقوال في المسألة .

وربما أُضيف إليها [= الثلاثة] الحانوت والرحى .

بل قد عرفت أنّ المفيد اقتصر على أوّلهما مع الدار .

وعلى كلّ حال فيدل عليه من النصوص :

١ ـ خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام : سألته عن الرجل يتقبّل الأرض من الدهاقين فيؤاجرها بأكثر ممّا يتقبلها ويقوم فيها بحظّ السلطان ؟ قال : « لا بأس به ، إنّ الأرض ليست مثل الأجير ، ولا مثل البيت إنّ فضل الأجير والبيت حرام »(٣) .

٢ ـ وخبر أبي المغرا عن أبي عبدالله عليه السلام : في الرجل يستأجر الأرض ثمّ يؤاجرها بأكثر ممّا استأجرها ، فقال : « لا بأس أنّ هذا ليس كالحانوت ولا الأجير ، إنّ فضل الأجير والحانوت حرام »(٤) .

٣ ـ وخبر إبراهيم بن ميمون : إنّ إبراهيم بن المثنى سأل أبا عبدالله عليه السلام وهو ـ يسمع ـ عن الأرض يستأجرها الرجل ثمّ يؤاجرها بأكثر من ذلك ، قال : ليس به بأس ، أنّ الأرض ليست بمنزلة البيت والأجير ، أنّ فضل البيت حرام ، وفضل الأجير حرام »(٥) .

---

(١) الخلاف ٣ : ٤٩٤ . المقنعة : ٦٤٠ .

(٢) المقنعة : ٦٣٦ ـ ٦٣٧ . وانظر الشرائع ٢ : ١٥٠ .

(٣) الوسائل ١٩ : ١٢٥ ، ب ٢٠ من الإجارة ، ح ٢ ، ٣ .

(٤) المصدر السابق : ح ٤ .

(٥) المصدر السابق : ١٢٦ ، ح ٥ .

وأمّا الجواز مع الإحداث :

١ ـ فللأصل .

٢ ـ والإجماع بقسميه .

٣ ـ وصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام : في الرجل يستأجر الدار ثمّ يؤاجرها بأكثر ممّا استأجرها [به] ، قال : « لا يصلح ذلك إلّا أن يحدث فيها شيئاً »[١] .

وصحيحه الآخر عنه أيضاً : « لو أنّ رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن ثلثيها وآجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس ، ولا يؤاجرها بأكثر ممّا استأجرها به إلّا أن يحدث فيها شيئاً »[٢] .

بناء على إرادة الحرمة من نفي الصلاح في السابق ولو بقرينة النصوص[٣] السابقة التي لا ريب في أولوية حمله عليها من العكس ؛ لأصرحيتها منه .

بل قد يقال بأنّه للقدر المشترك في العرف السابق .

وأمّا الجواز مع تغاير الجنس فإنّه وإن لم يذكر فيما وصل إلينا من النصوص ، لكن يدلّ عليه ـ مضافاً إلى الإجماع المحكي عليه إن لم يكن المحصّل .

وظهور أنّ سبب المنع الربا المعلوم انتفاؤه في الفرض ـ أصالة الجواز ، بناءً على عدم شمول أدلّة المنع له ؛ ضرورة ظهور لفظ الأكثرية ممّا استأجرها به في اتّحاد الجنس ؛ لعدم صدق الأكثرية حقيقة في المختلف .

ومن هنا قيّد في المقنعة[٤] والانتصار[٥] الأكثرية فيه بالقيمة .

نعم إلحاق الرحى بها ـ **كما هو ظاهر الحرّ في الوسائل**[٦] ـ لا يخلو من منع ؛ إذ لم نعثر له على نصّ صالح للإخراج به عمّا يقتضي الجواز ، سوى خبر أبي بصير : قال أبو عبدالله عليه السلام : « إني لأكره أن استأجر رحا وحدها ثمّ أواجرها بأكثر ممّا استأجرتها به ، إلّا أن تحدث فيها حدثاً أو تغرم فيها غرامة »[٧] .

وهو لضعف سنده وقصور دلالته غير صالح للخروج به عمّا يقتضي الجواز .

وكذا إلحاق السفينة للخبر القاصر سنداً ودلالة أيضاً : « لا بأس أن يستأجر الرجل الدار أو الأرض أو السفينة ثمّ يؤاجرها بأكثر ممّا استأجرها به إذا أصلح [فيها] شيئاً »[٨] ؛ ضرورة أعمّية ثبوت « البأس » من الحرمة .

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٣٠ ، ب٢٢ من الاجارة ، ح٤ .

(٢) المصدر السابق : ١٢٩ ـ ١٣٠ ، ح٣ .

(٣) انظر الوسائل ١٩ : ١٢٤ ، ب٢٠ من الإجارة .

(٤) المقنعة : ٦٣٦ .

(٥) الانتصار : ٤٧٥ .

(٦) انظر الوسائل ١٩ : ١٢٤ ب٢٠ . و١٢٩ ، ب٢٢ من الإجارة .

(٧) الوسائل ١٩ : ١٣٠ ، ب٢٢ من الإجارة ، ح٥ .

(٨) المصدر السابق : ١٢٩ ، ح٢ .

و[الظاهر] [١] قوّة القول بالتفصيل المزبوره وهو الحرمة في البيت والدار والحانوت والأجير [٢].

---

[١] [إذ] بذلك كلّه ظهر لك [ذلك].

[٢] لتصريح النصوص السابقة[١] بالفرق بين الأرض وبينها.

ولعلّ مراد المصنّف بـ« ـالخان » الحانوت، فإنّه أحد معانيه كما صرّح به في القاموس[٢] فيكون حينئذٍ موافقاً لما ذكرنا من المنع في المذكورات. خلافاً لجماعة من القدماء منهم المرتضى والحلبي في ظاهر الانتصار والغنية، والشيخان وابن الجنيد والصدوق وابن البرّاج وسلاّر فيما حكاه في المختلف عنهم[٣]. وإن كان فيه مافيه، كما لا يخفى على المتتبّع. فلم يفرّقوا في المنع بين المذكورات وغيرها من الأعيان المستأجرة. ولجماعة من المتأخّرين بل نسب إلى أكثر علمائنا[٤]. فلم يفرّقوا في الجواز بين الجميع، لكن على كراهية. واختاره العلاّمة في المختلف حاكياً له عن والده، والديلمي في رسالته والمفيد[٥].

وإن كنّا لم نتحققه؛ إذ الموجود في المقنعة ما عرفت. والكركي وثاني الشهيدين[٦] وغيرهم إلاّ مع الاستثناءين.

نعم عن ابن الجنيد تقييد ذلك بما إذا كان مال الإجارة ربوياً[٧]. ولعلّه مراد غيره أيضاً.

كما أنّه حكي فيه عن ابن البرّاج قولاً آخر في الكامل، قال: « ومن استأجر الأرض بعين أو ورق وأراد أن يؤجرها بأكثر من ذلك فعلى قسمين: إمّا أن يكون قد أحدث فيها شيئاً جاز، وإن لم يكن أحدث لم يجز؛ لأنّ الذهب والفضة مضمونان. وإن كان استأجرها بغير العين والورق من حنطة أو شعير أو غير ذلك جاز أن يؤاجرها بأكثر من ذلك إذا اختلف النوع »[٨]، وهو ظاهر في عدم الجواز مع اختلاف النوع في الورق، نحو ما سمعته من المفيد في الكراهة. ومن الغريب بعد ذلك ما في المسالك في شرح عبارة المصنّف هنا، فإنه بعد أن ذكرها، قال: « هذا قول أكثر الأصحاب استناداً إلى روايات حملها على الكراهة طريق جمع بينها وبين غيرها، وفي بعضها تصريح بها، والأقوى الجواز في الجميع »[٩].

إذ قد عرفت أنّ التفصيل ليس قول أكثر الأصحاب، كما أنّك قد عرفت عدم المعارض لنصوص الحرمة في المذكورات أصلاً، فضلاً عن الصريح في الكراهة.

وخبر الرحى[١٠] مع اختصاصه فيها قد عرفت الحال فيه، كحسن الحلبي في الدار[١١].

---

(١) انظر الوسائل ١٩: ١٢٤، ب٢٠ من الاجارة.

(٢) القاموس المحيط ٤: ٣١٤.

(٣) الانتصار: ٤٧٥ـ٤٧٦. الغنية: ٢٨٦ـ٢٨٧. المقنعة: ٦٤٠. المبسوط ٣: ٢٢٦. وحكاه عن ابن الجنيد والصدوق في المختلف ٦: ١٤٥. انظر المقنع: ٣٩١ـ٣٩٢. المهذب ١: ٥٠٢. المراسم: ١٩٥.

(٤) التذكرة ١٨: ١٤.

(٥) المختلف ٦: ١٤٥. المراسم: ١٩٥. المقنعة: ٦٤٠.

(٦) جامع المقاصد ٧: ١١٩. المسالك ٥: ١٨٠.

(٧) (٨) نقله في المختلف ٦: ١٤٥.

(٩) المسالك ٥: ١٨٠.

(١٠) الوسائل ١٩: ١٣٠، ب٢٢ من الإجارة، ح٥.

(١١) المصدر السابق: ح٤.

نعم ما ذكره لا يخلو من وجه كذلك بالنسبة إلى الأرض، فإنّ النصوص قد تعارضت فيها، فيرجّح مادلّ على الجواز فيها سنداً ودلالة، ويحمل المعارض على الكراهة، خصوصاً مع عدم كمال ظهور بعضه في الحرمة، فضلاً عن الصراحة.

ودعوى اقتضاء ثبوت ذلك فيها الثبوت في غيرها؛ لعدم القول بالفصل، ولإرادة المثال فيها واضحة الفساد بوجود المفصّل، كما عرفت، وبعدم إمكان إرادة المثال بعد التصريح في النصوص بالفرق بينها، وبين المذكورات كما سمعت، فلا ريب في ضعف التعميم المزبور.

بل قيل: إنّه كذلك بالنسبة إلى المنع أيضاً؛ لعدم ما يصلح للخروج به عمّا يقتضي الجواز من الإطلاقات، والعمومات عدا إجماع الانتصار والغنية[١]، وهو مع عدم صراحة الأوّل منهما في ذلك بل ولا ظهوره كما لا يخفى على من لاحظه موهون بمصير من عرفت من القائل بالجواز مطلقاً، أو في الجملة إلى خلافه.

ومعارض بنصوص الأرض[٢] والرحى[٣]، ونحوها ممّا هو أقوى منه من وجوه:

منها: الاعتضاد بالإطلاقات والعمومات، وعدا دعوى المثالية في نصوص المنع في المذكورات، وهي أوضح من الأولى فساداً، بعد تصريح النصوص بالفرق بينها وبين الأرض، وهو منافٍ لذلك إلاّ إذا أُريد حينئذٍ شدّة الكراهة ونحوها، ممّا هو خروج عن ظاهر الدليل بلا مقتض، وعدا دعوى أنّه ربا، فيشمله ما دلّ على حرمته من الكتاب والسنّة. وفيها: أنّه لا ريب في عدم كونه من الربا المعروف الذي هو القرض الذي يجرّ نفعاً، أو البيع أو مطلق المعاوضة على المكيل والموزون المتحد الجنس بأزيد منه؛ ضرورة كون المقام ليس منه، ولا دليل معتدّ به كما عرفت على حرمة الزيادة مطلقاً حتى يكون قسماً ثالثاً، بناء على أنّ الربا كلّ زيادة محرّمة.

نعم يتجه بناء على ذلك كونه رباً في خصوص المذكورات؛ لما سمعته من الدليل على حرمة الزيادة فيها، فتزداد حينئذٍ أدلّة الحرمة فيها.

بل الظاهر عدم الفرق في ذلك حينئذٍ بين ربوية رأس مال الإجارة وعدمها؛ لإطلاق الأدلّة، فما عن ابن الجنيد من اعتبار ذلك في الحرمة[٤] لا دليل عليه، هذا.

ولكن قد يستدلّ للتعميم المزبور بخبر الحلبي: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أتقبّل الأرض بالثلث [أ] والربع فأُقبّلها بالنصف؟ قال: «لا بأس به، قلت: فأتقبّلها بألف درهم فأُقبّلها بألفين؟ قال: لا يجوز، قلت: لم؟ قال: لأنّ هذا مضمون وذلك غير مضمون»[٥]. وخبر إسحاق بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام: «إذا تقبّلت أرضاً بذهب أو فضّة فلا تقبّلها بأكثر ممّا تقبّلتها به، وإن تقبّلتها بالنصف والثلث فلك أن تقبّلها بأكثر ممّا تقبّلتها به؛ لأنّ الذهب والفضّة مضمونان»[٦].

---

(١) الانتصار: ٤٧٦. الغنية: ٢٨٧.

(٢) انظر الوسائل ١٩: ١٢٤، ب٢٠ من الإجارة.

(٣) الوسائل ١٩: ١٣٠، ب٢٢ من الإجارة، ح٥.

(٤) نقله في المختلف ٦: ١٤٥.

(٥) الوسائل ١٩: ١٢٦، ب٢١ من الإجارة، ح١.

(٦) المصدر السابق: ١٢٧، ح٢.

ونحوه خبر أبي بصير المروي في الفقيه[١] لكن فيه « مصمتان » بالصاد المهملة بدل « مضمونان » .

ولعلّ المراد واحد ، بعد ظهور التعليل في الأعمّ ؛ إذ أحسن شيء يقال فيها : إنّ المراد الفرق بين المزارعة والإجارة ، وكنّى عن الثانية بالضمان ؛ باعتبار وجوب الأُجرة فيها على كلّ حال ، بخلاف المزارعة ، فإن أُجرتها غير مضمونة ، ومن هنا جاز فيها الأكثر ، سواء كانت مأخوذة بالإجارة أو المزارعة ، بخلاف الإجارة ، فلا يكون حينئذٍ للذهب والفضّة خصوصية .

ومنه يعلم أنّه لا وجه للاستدلال بها على ما سمعته من المفيد ، وكامل ابن البرّاج[٢] نعم هي على هذا التقدير تكون دالّة على المنع في الأرض ، إلّا أنّها لمعارضتها بما عرفت تحمل على الكراهة .

ولا ينافي ذلك ثبوت الكراهة في المزارعة أيضاً لو قلنا بها ؛ لخبر الهاشميّ عن أبي عبدالله عليه السلام : سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسمّاة أو بطعام مسمّى ثمّ آجرها وشرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقلّ من ذلك أو أكثر ، وله في الأرض بعد ذلك فضل أيصلح له ذلك ؟ قال : « نعم ، إذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلك فله ذلك » ، قال : وسألته عن الرجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مسمّاة أو بطعام معلوم فيؤاجرها قطعة قطعة أو جريباً بشيء معلوم فيكون له فضل فيما استأجر من السلطان ، ولا ينفق شيئاً أو يؤاجر تلك الأرض قطعاً على أن يعطيهم البذر والنفقة فيكون له في ذلك فضل في إجارته ، وله تربة الأرض أو ليست له ؟ فقال : « إذا استأجرت أرضاً فأنفقت فيها شيئاً أو رممت فيها فلا بأس بما ذكرت »[٣] . إذ يمكن الجمع حينئذٍ بالحمل على شدّة الكراهة في الإجارة دون المزارعة . ولعلّه أولى من الجمع بحمل الإجارة في نصوص الجواز على المزارعة ، فيبقى ما دلّ على المنع من هذه الروايات وغيرها بلا معارض . ولا ينافي ذلك التصريح بالفرق بينها وبين البيت والأجير ؛ ضرورة كون وجهه حينئذٍ واضحاً باعتبار عدم المزارعة فيهما دونها ، وإن كان يؤيّده ما عرفت سابقاً من الإجماع المحكيّ المعتضد بالمحكيّ من فتوى الأكثر ، وكثرة السؤال والجواب في النصوص عن ذلك ، فيما لو آجر بعض العين بأكثر من الأُجرة وبالمساوي ونحو ذلك ممّا يستشعر من المذاق فيها حكم مانحن فيه ، وغير ذلك .

إلّا أنّها لعدم ظهورها في إرادة الإجارة من الضمان ، فضلاً عن المصمت ، بل أقصاه أنّه احتمال أقرب من احتمال إرادة بيان الفساد من الضمان ، باعتبار كونه إجارة بالأكثر ، أو باعتبار إرادة المزارعة بالدراهم لا بالحصة المشاعة ، أو نحو ذلك . لا ينبغي أن يجسر بها على مخالفة الأصل بل الأُصول ، وعلى تعيين إرادة المزارعة من الإجارة في نصوص الجواز ، ومن هنا كان الحمل على الكراهة أولى . وأمّا احتمال تقييد نصوص الجواز[٤] بنصوص الإحداث[٥] أو بنصوص إجارة البعض بأكثر الإجارة[٦] ، كما في المختلف[٧] فواضح الفساد ، خصوصاً الثاني منهما بل الأوّل ؛ ضرورة منافاة النصّ على الفرق بينها وبين البيت لذلك ، كما هو ظاهر . ومن ذلك كلّه ظهر لك تمام الأقوال في المسألة ، ومستند كلّ واحد منها وبطلانه .

---

(١) الفقيه ٣ : ٢٣٥ ، ح٣٨٦ . الوسائل ١٩ : ١٢٨ ، ب٢١ من الإجارة ، ح٦ .

(٢) تقدم في ص١٨٦ .

(٣) الوسائل ١٩ : ١٢٧ ، ب٢١ من الإجارة ، ح٣ ، وفيه : « على إجارته » بدل « في إجارته » .

(٤) انظر الوسائل ١٩ : ١٢٦ ، ١٢٩ ، ب٢١ ، ٢٢ من الإجارة .

(٥) انظر الوسائل ١٩ : ١٢٦ ، ١٢٩ ، ب٢١ ، ٢٢ من الإجارة .

(٦) انظر الوسائل ١٩ : ١٢٦ ، ١٢٩ ، ب٢١ ، ٢٢ من الإجارة .

(٧) المختلف ٦ : ١٤٧ .

هذا كلّه فيما لو آجر تمام العين بأزيد من الأُجرة.

(وكذا لو سكن بعض الملك لم يجز له أن يؤجر الباقي بزيادة على[١] الأُجرة والجنس واحد) [١].

نعم لا إشكال [٢] في أنّه (**يجوز**) إجارة البعض المزبور وإن قلّ (**بأكثرها**) أي الأُجرة مع اتّحاد الجنس، فضلاً عن اختلافه.

إنّما الكلام في المساوي، والأقوى الجواز [٣].

(ولو استأجره ليحمل له متاعاً إلى موضع معيّن بأُجرة) معيّنة واشترط عليه وصوله **(في وقت معيّن، فإن قصّر عنه نقص عن[٢] أُجرته شيئاً)** معيّناً **(جاز)** [٤].

---

[١] إذ هو مع أنّه مشمول لأدلّة المنع يستفاد حكمه من خبر أبي الربيع الآتي، ومن الأوّل بالأولى، وهو واضح.

[٢] **كما لا خلاف نصاً (و) فتوى.**

[٣] للأصل بل الأصول. وقول الصادق عليه السلام في خبر أبي الربيع المروي في الفقيه: « ولو أنّ رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن ثلثيها وآجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس، ولكن لا يؤاجرها بأكثر ممّا استأجرها »[٣].

خلافاً للمحكي عن الشيخ من المنع[٤]؛ لكونه ربا، ولمضمر سماعة[٥] المشتمل على بيع المرعى بأزيد ممّا اشتراه أو بالمساوي، بناء على إرادة الإجارة من « البيع » فيه، ولما يشعر به خبر علي بن جعفر[٦] وغيره ممّا اشتمل على السؤال عن ذكر الإجارة بالأنقص، ولو قليلاً ممّا يظهر أنّه منتهى الجواز. وربّما كان ذلك هو الظاهر من عبارة المتن وما شابهها.

لكن لا يخفى عليك عدم صلاحية معارضة مثله للنصّ المزبور المعتضد بما عرفت، كسابقه الذي من المأوّل الذي لا يكون حجّة مع عدم القرينة الصارفة والمعيّنة.

وأمّا الربا فقد عرفت أنّه غير الربا المتعارف، فيقتصر فيه على محلّ النص.

ولا ريب في عدم شموله للفرض؛ ضرورة عدم صدق إجارة الأرض بالأزيد، الظاهر في كون الأُجرة الثانية أزيد من الأُولى، وليس ما بقي في يده منها قطعاً كما هو واضح، هذا.

وظاهر الأصحاب اختصاص الحكم المزبور [= المنع] في الإجارة في الأصل وفي الآخر ـ أمّا لو كان في الصلح أو الشرط مثلاً فيهما أو في أحدهما فلا بأس لإطلاق الأدلة، وهو جيّد إن كان إجماعاً، وإلاّ كان مشكلاً بإطلاق حرمة الفضل في البيت والحانوت والأجير ممّا ذكر في وجه الفرق بين الأرض وغيرها، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

[٤] وفاقاً للأكثر نقلاً وتحصيلاً؛ بل المشهور كذلك.

١ ـ للأصل.

٢ ـ وقاعدة « المؤمنون عند شروطهم ».

---

(١) في الشرائع: « عن ».
(٢) في الشرائع: « من ».
(٣) الفقيه ٣: ٢٤٨، ح ٣٩٠. الوسائل ١٩: ١٢٥، ب ٢٠ من الإجارة، ذيل ح ٢، ٣.
(٤) النهاية: ٤٤٥.
(٥) الوسائل ١٩: ١٣٠، ب ٢٢ من الإجارة، ح ٦.
(٦) المصدر السابق: ١٣١، ح ٨.

والصحيح أو الموثّق أو الخبر المنجبر بما عرفت عن محمد الحلبي قال : كنت قاعداً عند قاض من القضاة وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس فأتاه رجلان فقال أحدهما : إنّي تكاريت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن واشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا لأنّها سوق أتخوّف أن يفوتني فإن احتبست عن ذلك حططت من الكرى لكلّ يوم احتبسته كذا وكذا ، وإنّه حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً ، فقال القاضي : هذا شرط فاسد وفّه كراه ، فلمّا قام الرجل أقبل إليّ أبو جعفر عليه السلام فقال : « شرط [ـه] هذا جائز مالم يحط بجميع كراه »[١] .

قيل : ولصحيح ابن مسلم[٢] قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : « إنّي كنت [جالساً] عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما : إنّي اكتريت هذا يوافي بي السوق يوم كذا وكذا ، وإنّه لم يفعل ، قال : فقال : ليس له كراء .

قال : فدعوته وقلت : يا عبدالله ليس لك أن تذهب بحقه ، وقلت للآخر : ليس لك أن تأخذ كلّ الذي عليه اصطلحا فترادّا بينكما »[٣] .

وفيه : أنّه غير محلّ الفرض الذي قد عرفت اشتراط النقصان فيه إن لم يوصله فيه ، وليس فيه تعرّض لما عدا اليوم المعيّن بالأُجرة ولا لغيرها ، بل ليس في كلام الإمام أنّ اللازم في غيره أُجرة المثل ولا غيرها .

بل في حواشي ثاني الشهيدين على روضته أنّ ما تضمنه الخبر من الحكم مخالف للقواعد الشرعية ؛ لأنّ اللازم من تعيينه اليوم المعيّن والسكوت عن غيره أنّه لا يستحقّ في غيره الأُجرة ، كما قال ذلك القاضي إلّا بفرض اطلاعه عليه السلام على ما يوجب بطلان الإجارة ، فحكم عليهما بالاصطلاح ؛ لأنّ الثابت أُجرة المثل ، وهي خارجة عن المعيّن كما أشار إليه في كلامه[٤] .

وإن كان قد يدفع بمنع اقتضاء ذلك عدم الأُجرة مطلقاً حتى على نقله له في بعض مدّة التعيين الذي بمقتضى عقد الإجارة . والفرق بينه وبين الجعالة يستحقّ التقسيط ، كما أنّه يمكن منعه أيضاً فيما لو أخذ التعيين شرطاً لا مشخّصاً على وجه يكون المراد نقل اليوم المخصوص ، نحو الاستئجار مثلاً على صوم أوّل يوم من رجب فصام ثانيه . بل المتّجه فيه مع فسخ العقد ـ لعدم الوفاء بالشرط ـ الرجوع إلى أُجرة المثل ، وإلّا فالمسمّى .

لكنّ الظاهر حمل الخبر المزبور على التقسيط ، ورواه في الفقيه صريحاً في غير الفرض ، قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : « إنّي كنت عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما : إنّي اكتريت من هذا دابّة ليبلغني عليها موضع كذا وكذا فلم يبلغني الموضع ، فقال القاضي لصاحب الدابّة : بلّغته إلى الموضع ؟ قال : لا ، قد أعيت دابّتي فلم يبلغ .

فقال القاضي : ليس لك كرى إن لم تبلغه إلى الموضع الذي اكترى دابّتك إليه ، قال : فدعوتهما إليّ وقلت للذي اكترى : ليس لك يا عبدالله أن تذهب بكرى دابّة الرجل كلّه ، وقلت للآخر : ليس لك أن تأخذ كرى دابّتك كلّه ، ولكن انظر قدر مابقي من الموضع وقدر ما ركبته فاصطلحا عليه ففعلا »[٥] .

---

(١) الوسائل ٩ : ١١٦ ، ب١٣ من الإجارة ، ح٢ . (٢) المختلف ٦ : ١٥٥ .

(٣) الوسائل ٩ : ١١٦ ، ب١٣ من الإجارة ، ح١ ، وفيه : « تكاريت » بدل « اكتريت » .

(٤) انظر الروضة ٢ : ٤ (الحجرية) ، ذيل كلامه : قوله ومستند الحكمين ... في الهامش .

(٥) الفقيه ٣ : ٣٤ ، ح٣٢٧ . الوسائل ١٩ : ١١٥ ، ب١٢ من الإجارة ، ح١ ، مع اختلاف فيهما .

وهو صريح في غير مانحن فيه .

نعم ربّما أيّد بصحيح أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكتري الدابّة فيقول : اكتريتها منك إلى مكان كذا وكذا فإن جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمّي ذلك ، قال : « لا بأس به كلّه »[١] .

بناء على كون المراد منه أنّه اشترط عليه في متن العقد ذلك ، لا أنّه إجارة معلّقة ، فيكون حينئذٍ كاشتراط النقصان في الخبر المزبور ، إلاّ أنّه كما ترى .

وكيف كان فالعمدة الموثّق المذكور[٢] معتضداً بما عرفت .

لكن قد أُشكل ذلك بالتعليق والجهالة والإبهام ، وأنّه كالبيع بثمنين نقداً ونسيئة مثلاً .

ومن هنا كان خيرة المحقّق الثاني وغيره من المتأخّرين البطلان في ذلك وطرح الخبر أو حمله على الجعالة أو نحو ذلك[٣] .

وهو ـ مع أنّه كالاجتهاد في مقابلة النصّ الذي لا يقبل الحمل على الجهالة ولو لفهم المعظم منه الإجارة . ـ مدفوع بمنع التعليق في العقد ؛ إذ ليس المراد منه الإجارة بالمقدار الناقص لو نقص ، كي يكون معلّقاً .

بل أقصاه التعليق في الشرط وهو النقص من الأُجرة ، ولا دليل على بطلانه فيه ، إذا لم يرجع إلى التعليق في نفس العقد .

بل قد يظهر من كلامهم في تعليق اشتراط الخيار على ردّ الثمن أنّ الصحة فيه على مقتضى عموم « المؤمنون عند شروطهم »[٤] .

كما أنّ مقتضاه أيضاً عدم قدح مثل هذه الجهالة في الشرائط التي يغتفر فيها من ذلك مالا يغتفر في غيرها ، وليست راجعة إلى أحد العوضين .

ومن ذلك يعلم أنّه ليس كالبيع بثمنين ؛ ضرورة أنّ المشابه له الإجارة على تقديرين ، نحو : إن خطته روميّاً فلك درهم ، وفارسيّاً نصفه ، وليس ذلك كذلك ، كما صرّح به في المختلف[٥] ، ولذا صرّح بالصحة في الفرض من لم يقل بها في نحو المثال المزبور ؛ ضرورة كون المستأجر عليه فيما نحن فيه معيّناً ، وإنّما اشترط عليه ذلك على تقدير المخالفة مثلاً ، فيصحّ حينئذٍ حتى لو نقص ما اشترط عمّا يقتضيه التقسيط لو لم يشترط ؛ لعموم « المؤمنون »[٦] وإطلاق الموثق[٧] المعتضد بفتوى المعظم .

ولا ينافيه مافي الدعائم عن الصادق عليه السلام : « أنّه سئل عن الرجل يكتري الدابّة أو السفينة على أن يوصله إلى مكان كذا يوم كذا ، فإن لم يوصله يوم ذلك كان الكري دون ما عقده ، قال : الكري على هذا فاسد ، وعلى المكتري أجر مثل حمله »[٨] بعد ظهوره في جهالة المسمّى على تقدير عدم الإيصال فيتّجه البطلان الموجب لأُجرة المثل .

---

(١) الوسائل ١٩ : ١١١ ، ب٨ من الإجارة ، ح١ .

(٢) (٧) الوسائل ١٩ : ١١٦ ، ب١٣ من الإجارة ، ح٢ .

(٣) جامع المقاصد ٧ : ١٠٧ ـ ١٠٨ .

(٤) (٦) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب٢٠ من المهور ، ح٤ .

(٥) المختلف ٦ : ١٦٨ .

(٨) دعائم الإسلام ٢ : ٧٨ ، ح٢٣ . المستدرك ١٤ : ٣٢ ، ب٧ من الإجارة ، ح١ ، وفيهما : «مثل أجر حمله» .

هذا كلّه إن اشترط النقصان.

(و) أمّا (لو شرط سقوط الأُجرة إن لم يوصله فيه لم يجز) [١]. (وكان له) حينئذٍ (أُجرة المثل) [٢].

---

[١] **وفاقاً للمشهور نقلاً وتحصيلاً**؛ لكونه شرطاً منافياً لمقتضى الإجارة؛ إذ مرجعه إلى استحقاق ذلك العمل عليه بعقد الإجارة بلا أُجرة، فيكون نحو قولك: آجرتك بلا أُجرة، وبفساده يفسد العقد، كما هو الأصح، وإليه أشار أبو جعفر عليه السلام في خبر الحلبي المتقدم بقوله: «شرط هذا جائز مالم يحط بجميع كراه»[١].

[٢] لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده. **لكن في اللمعة: فيه نظر؛ لأنّ قضية كلّ إجارة المنع من نقيضها، فيكون قد شرط قضية العقد، فلم تبطل**[٢] **الإجارة**. غاية مافي الباب أنّه إذا أخلّ بالمشروط: وهو نقله في اليوم المعيّن يكون البطلان منسوباً إلى الأجير، حيث فوّت الزمان المعيّن، ولم يفعل فيه ما شرط عليه، فلا يستحقّ شيئاً؛ لأنّه لم يفعل ما استؤجر عليه، ولا يكون البطلان حاصلاً من جهة العقد، فلا وجه للحكم ببطلان الإجارة على هذا التقدير، وإثبات أُجرة المثل، بل اللازم عدم ثبوت شيء وإن نقل المتاع إلى المكان المعيّن في غير الزمان؛ لأنّه فعل مالم يؤمر به، ولا استؤجر عليه، فالشرط المزبور حينئذٍ مؤكّد لمقتضى العقد، لا مناف له. **وفي الروضة: «وهذا النظر ممّا لم يتعرّض له أحد من الأصحاب، ولا ذكره المصنّف في غير هذا الكتاب، وهو نظر متوجّه، إلّا أنّه لا يتمّ إلّا إذا فرض كون مورد الإجارة هو الفعل في الزمان المعيّن، وما خرج عنه خارج عنها. وظاهر الرواية وكلام الأصحاب أنّ مورد الإجارة كلا القسمين [وهما فرض الأُجرة في اليوم المعيّن وعدمها في اليوم الآخر] ومن ثمّ حكموا بصحتها مع إثبات الأُجرة على كلا التقديرين، نظراً إلى حصول المقتضي وهو الإجارة المعيّنة المشتملة على الأُجرة المعيّنة، وإن تعدّدت واختلفت لانحصارها وتعيّنها كما تقدّم، وبطلانها على التقدير الآخر. ولو فرض كون مورد الإجارة هو القسم الأوّل خاصّة وهو النقل في الزمن المعيّن لكان الحكم بالبطلان ـ على تقدير فرض أُجرة مع نقله في غيره ـ أولى؛ لأنّه خلاف قضية الإجارة، وخلاف ما تعلّقت به، فكان أولى بثبوت أُجرة المثل وجعل القسمين متعلقها ـ على تقدير ذكر الأُجرة، والأوّل [أي النقل في الزمن المعيّن] خاصّة على تقدير عدمه في الثاني [أي النقل في الزمن غير المعيّن] مع كونه خلاف الظاهر ـ موجب لاختلاف الفرض بغير دليل. ويمكن الفرق بكون تعيّن الأُجرة على التقديرين قرينة جعلهما مورد الإجارة حيث أتى بلازمها، وهو الأُجرة فيهما، وإسقاطها في التقدير الآخر قرينة عدم جعلها مورداً من حيث نفي اللازم الدالّ على نفي الملزوم، وحينئذٍ فتنزيله على شرط قضية العقد أولى من جعله أجنبيّاً مفسداً للعقد، بتخلّله بين الإيجاب والقبول»**[٣]. قلت: قد عرفت أنّ ظاهر الرواية وكلام الأصحاب عدم التعدّد في مورد الإجارة، وأنّ ذلك إنّما ذكر على جهة الشرطية التي لا تقتضي التعدّد، وإلّا لما صحّ لهم الحكم بالصحّة مستندين فيها إلى عموم «المؤمنون» ونحوه. نعم قد يدفع النظر المزبور بمنع اقتضاء تعيين زمان الإيصال في الفرض المزبور على جهة الشرطية عدم الأُجرة على مطلق النقل لو لم يوصله فيه، ولذا خالف أبو جعفر عليه السلام ما ذكره القاضي بقوله: «ليس له كرا» في صحيح ابن مسلم على ما رواه عنه في الكافي[٤]، وإنّما يسلم ذلك فيما لو كان الزمان مشخّصاً للعمل المستأجر عليه على وجه يكون كصوم أوّل يوم رجب مثلاً.

---

(١) الوسائل ١٩: ١١٦، ١١٧، ب١٣ من الإجارة، ح٢. (٢)(٣) اللمعة: ١٥٦. الروضة ٤: ٣٣٦، ٣٣٩.

(٤) الكافي ٥: ٢٩٠، ح٤. الوسائل ١٩: ١١٦، ب١٣ من الإجارة، ح١.

أمّا في الفرض الذي قد استؤجر فيه على النقل إلى ذلك المكان، إلّا أنّه اشترط عليه الوصول في زمان معيّن فلا، وإنّما المتجه فيه إجراء حكم غيره من الشرائط إذا لم يف بها من اشترط عليه، من التسلّط على الفسخ، والرجوع إلى أُجرة المثل، أو الالتزام بالمسمّى.

كما أنّ المتجه التقسيط فيما لو استأجره على النقل إلى مكان معيّن فحمله إلى نصف الطريق ولم يوصله، كما هو واضح، والله هو العالم.

(وإذا قال: آجرتك كلّ شهر بكذا صحّ في شهر وله في الزائد أُجرة المثل إن سكن) [١]: **(وقيل[١])** [٢]: **(تبطل)** مطلقاً حتى لو صرّح بالاتصال فضلاً عن الإطلاق **(لجهل الأُجرة)** بتجهّل المنفعة المستحقة، فيبطل العقد بالنسبة إلى جميع مورده، من غير فرق بين الشهر وغيره **(والأوّل أشبه)** عند المصنّف [٣]. ٢٣٤/٢٧

ولكن مع ذلك فالثاني هو الأقوى ولو مع فرض اتصال الشهر [٤].

---

[١] **كما في المقنعة والنهاية[٢] مصرّحاً في أوّلهما بما إذا لم يعيّن ابتداء المدّة ولا آخرها، فضلاً عمّا يعيّن فيه ذلك. ولعلّه مقتضى إطلاق المتن وغيره.**

اللهمّ إلّا أن ينزّل على إرادة الإطلاق المنزّل على الاتصال بزمان العقد.

[٢] **والقائل جماعة، بل لعلّه المشهور بين المتأخرين.**

[٣] بأُصول المذهب وقواعده التي منها: «أوفُوا بِالعُقُودِ» وإطلاقات الإجارة وصدق المعلومية عرفاً بالنسبة إلى الشهر، وفحوى صحيح أبي حمزة[٣] وغير ذلك.

[٤] للجهالة المزبورة التي ينقطع بها الإطلاق المزبور ونحوه.

ودعوى كون المراد من ذلك عرفاً هذا الشهر بدرهم وكلّ شهر تسكنه كذلك فلاجهالة فيه حينئذٍ بالنسبة إلى الشهر. يدفعها ـ بعد التسليم تنزيل مثل هذا الإطلاق على الاتصال المقتضي لذلك ـ: أنّ أدلّة الجهالة تقضي بفساد العقد بمجرّد الجهالة في مورده، ولو في الجملة، وليست هي كضمّ غير المملوك إلى المملوك يصح في أحدهما ويبطل في الآخر، كما أوضحناه في محلّه. وصحيح أبي حمزة[٤] ـ مع أنّه في الشرط الذي يمكن دعوى الاغتفار فيه ما لا يغتفر في العقد ـ محتمل لإرادة اشتراط مقدار الغرامة لو تعدّى وتجاوز؛ لما هو متعارف في التأكيد على عدم التجاوز عن المكان المعيّن، لا أنّه إجارة على هذا التقدير. **وأوضح من ذلك فساداً ما في الغنية من دعوى صحّة العقد في غير الشهر أيضاً[٥] نحو ما عن الشيخ وابن الجنيد[٦]، لكن قال فيها: «يستحقّ الأُجرة للزمان المذكور بالدخول فيه، ويجوز الفسخ بخروجه مالم يدخل في الثاني»[٧].** إذ هو مع مافيه مشتمل على الإبهام؛ باعتبار عدم علم منتهى المدّة، وشبه التعليق؛ باعتبار عدم علم السكنى وغير ذلك.

---

(١) السرائر ٢: ٤٦١.

(٢) المقنعة: ٦٤٢. النهاية: ٤٤٤.

(٣)(٤) الوسائل ١٩: ١١١، ب٨ من الإجارة، ح١.

(٥)(٧) الغنية: ٢٨٦.

(٦) المبسوط ٣: ٢٢٣. نقله في المختلف ٦: ١٤٢.

هذا كلّه فيما ذكره من فرض الإجارة، أمّا لو فرض بوجه يكون كالجعالة بأن يقول الساكن مثلاً: «جعلت لك على كلّ شهر أسكنه درهماً» لم يبعد الصحّة [١].

كما أنّه لم يبعد الصحّة لو جعل من قبيل الإباحات بأعواض معلومة تلزم بالتلف كما في نظائر ذلك من الأعيان والمنافع، والله أعلم.

(تفريعان:)

(الأوّل: لو قال: إن خطته فارسياً) أي بدرز **(فلك درهم، وإن خطته روميّاً)** أي بدرزين **(فلك درهمان صحّ)** جعالة [٢]. نعم الظاهر البطلان إجارةً [٣].

وفي الفرع **(الثاني)** [قيل: يصحّ] أيضاً وهو ما **(لو قال: إن عملت هذا العمل في اليوم فلك درهمان وفي غدٍ درهم)** [لكنّه باطل أيضاً] وإن قال المصنّف هنا: **(فيه تردّد)** ولكن **(أظهره)** عنده [٤] **(الجواز)** [٥].

---

[١] لعدم اعتبار العلم فيها أزيد من ذلك.

[٢] لإطلاق أدلّتها المقتضي لاغتفار مثل هذه الجهالة والإبهام فيها. **خلافاً للفاضل في المختلف، فأبطلها لتطرّق الجهالة في الجعل، فيجب أُجرة المثل**[١]. وفيه منع، كما تعرفه في محلّه إن شاء الله.

[٣] **كما اختاره جماعة منهم ابن ادريس على ماحكي عنه**[٢]؛ للإبهام المنافي للملكية في المعاوضات، وخبر الحلبي[٣] قد عرفت أنّه لا يدلّ على مثل ذلك.

لكن في اللمعة ومحكي المبسوط وغيرها الصحة في ذلك[وفي الفرع الثاني][٤].

[٤] **وعندهم.**

[٥] لصدق المعلومية ولآية موسى عليه السلام[٥] وخبر الحلبي وصحيح أبي حمزة المتقدّمين[٦] سابقاً.

وفيه منع صدقها على وجه ترتفع الإبهام المنافي لملكية المعاوضة. وآية موسى عليه السلام ظاهرة في كون الثاني إحساناً لا إجارة، كما يقضي به ﴿فَمِن عِندِكَ﴾[٧]. ولا ينافيه قوله: ﴿أَيَّمَا الأَجَلَين﴾[٨] ولو بقرينة ذكره ذلك في الإجارة، بعد إرادة الأجل الإجاري والوعدي.

وخبر الحلبي والصحيح المتقدّم قد عرفت عدم دلالتهما على جواز مثل هذا الإبهام.

وما عساه يظهر من المصنّف هنا كالمحكي عن المبسوط والتحرير والكفاية من الفرق في الجملة بين المثالين[٩] [المذكورين في الفرع الأوّل والثاني] في غير محلّه؛ ضرورة اشتراكهما معاً في الإبهام المزبور.

ودعوى أقربية الثاني إلى المنصوص من الأوّل كما ترى.

---

(١) المختلف ٦: ١٦٨.
(٢) السرائر ٢: ٤٧٨.
(٣) الوسائل ١٩: ١١٦، ب١٣ من الإجارة، ح٢.
(٤) اللمعة: ١٥٦. المبسوط ٣: ٢٥٠.
(٥) القصص: ٢٧، ٢٨.
(٦) تقدّما في ص ١٩٠ ـ ١٩١.
(٧) القصص: ٢٧.
(٨) القصص: ٢٨.
(٩) حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ١٠٨، وانظر المبسوط ٣: ٢٤٩ ـ ٢٥٠. التحرير ٣: ٨٣. كفاية الأحكام ١: ٦٥٥.

كما أنّه لا فرق [في البطلان] على الظاهر بين قول: «آجرتك كلّ شهر بدرهم» وقول: «آجرتك شهراً بدرهم فإن زاد فبحسابه» [١].

(و) كيف كان فـ(يستحقّ الأجير الأُجرة بنفس العمل سواء كان في ملكه) كالثوب يخيطه في بيته (أم[١] ملك المستأجر، ومنهم من فرّق) بين الحالين [٢].

إنّما الكلام في استحقاق التسليم على أحدهما أوّلاً وعدمه، وقد تقدّم في كتاب البيع تحقيق الحال في ذلك، وأنّه يجب على كلّ منهما التسليم [٣].

فإذا تعاسرا أُجبرا معاً على التقابض.

---

[١] خلافاً للفاضل في القواعد فحكم بالبطلان في الأوّل، والرجوع إلى أُجرة المثل، والصحّة في الشهر في الأخير، والبطلان في الزائد[٢].

وفيه: أنّه مناف لقاعدة اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد، كما أوضحناه في كتاب البيع، فمعلومية الشهر والدرهم لا تجدي في الصحّة حينئذٍ، فضلاً عمّا لو لم يكن الشهر معلوماً؛ لعدم إرادة المتصل منه كما هو واضح.

وكأنّ الوجه ـ للقول بالصحة في نحو هذه الأمثلة مع معلوميّة منافاة ما فيها من التعليق والجهالة ـ الالحاق بما في موثق الحلبي[٣] وصحيح أبي حمزة[٤] وغيرهما، سواء كان موافقاً للضوابط أو لا.

ولكن لا يخفى عليك مافيه من عدم الانطباق أوّلاً، وعدم جواز القياس عندنا ثانياً، بناء على كونه مخالفاً للقواعد التي تجب الاقتصار على ما يخالفها بالخصوص كما هو واضح.

[٢] وهو الشيخ في المبسوط قال فيما حكي عنه في أثناء كلام له في مسألة التلف: «إن كان العمل في ملك الصانع لا يستحقّ الأُجرة حتى يسلّم، وإن كان في ملك المستأجر استحقّ الأُجرة بنفس العمل»[٥].

ولعلّه لأنّه في الثاني يسلّم بخلاف الأوّل.

قيل: وفيه منع صدق التسليم عليه قبل أن يصير في يد المستأجر[٦]، وستعرف مافيه.

وعلى كلّ حال فالظاهر إرادته الفرق بذلك من حيث التسليم، لا الملك الذي لا خلاف ظاهراً بحصوله بالعقد.

بل عن بعضهم دعوى الإجماع عليه[٧]، بل يمكن تحصيله، مضافاً إلى أنّه مقتضى العقد، والأصل عدم اشتراطه بأمر آخر من التسليم وغيره.

[٣] للأمر بالوفاء وغيره.

---

(١) في الشرائع: «أو».
(٢) القواعد ٢: ٢٨٥.
(٣) الوسائل ١٩: ١١٦، ب١٣ من الإجارة، ح٢.
(٤) الوسائل ١٩: ١١١، ب٨ من الإجارة، ح١.
(٥) المبسوط ٣: ٢٤٢ ـ ٢٤٣.
(٦) جامع المقاصد ٧: ١١٢.
(٧) الغنية: ٢٨٥.

أمّا لو بذل أحدهما وامتنع الآخر ولم يمكن جبره كان للباذل الحبس حتى يدفع إليه العوض [١].

نعم قد يشكل الحال في خصوص الإجارة على الأعمال منه [٢].

والظاهر الإجماع على عدم استحقاق الأجير تسلّم الأجرة قبل العمل مالم يشترط أو تكون عادة على وجه تقوم مقام الاشتراط [٣].

ولعلّه [٤] يفرّق بين المقام وبين البيع لو كان الثمن عملاً، الذي قد سلف منّا هناك وجوب تسلّم المبيع على البائع قبل العمل على تأمّل فيه، فلاحظ وتدبّر.

كما أنّه [المختار] [٥] في استحقاق تسلّمها بعد العمل الذي يحصل تسلّمه بإكماله، كالصوم والصلاة والحجّ والزيارة ونحوها [٦].

بل الظاهر أنّ منه الأعمال التي تكون في ملك المستأجر، أي فيما في يده كإصلاح جداره في داره ونحوه ممّا هو في يد المستأجر، وتحت سلطانه، وإن استأجر أجيراً على العمل فيه [٧].

بل وكذا [المختار] [٨] استحقاق تسلّمها بعد تسليم مافيه أثر العمل من الثوب الذي استؤجر على خياطته، ونحوه، ممّا هو تحت يد الأجير وسلطنته.

---

[١] قضاءً لحقّ المعاوضة التي بنى العقد عليها، كما أشبعنا الكلام فيه سابقاً. ولا فرق بينه وبين المقام الذي هو أحد المعاوضات.

[٢] باعتبار عدم تصوّر التقابض فيه؛ لكون العمل تدريجياً.

[٣] بل عن بعضهم دعواه [= الإجماع] عليه، فضلاً عن نفي الخلاف من آخر[١]؛ لما فيه من منافاة مقتضى المعاوضة، والضرر على المستأجر، وغير ذلك ممّا يعلم منه انتفاء احتمال وجوب ذلك، تمسّكاً بمقتضى الملكية التي فرض حصولها بالعقد، وبأنّه مقتضى الأمر بالوفاء، الظاهر في أنّ كلّ شيء بحسب حاله بالنسبة إلى ذلك؛ضرورة أنّك قد عرفت تحكيم مقتضى المعاوضة، وبناؤها على مقتضى الملكية المزبورة، والأمر بالوفاء إنّما هو بكلّ عقد على حسب مقتضاه، وقد فرض اقتضاؤه ما عرفت.

[٤] للإجماع المزبور، ونحوه.

[٥] [إذ] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].

[٦] بل الإجماع بقسميه عليه، فضلاً عن النصوص التي منها الصحيح: « لا يجفّ عرقه حتى تعطيه أُجرته »[٢].

[٧] ولعلّ هذا هو مراد الشيخ فيما سمعت منه سابقاً.

كما يشهد له التقييد بحضور المالك فيما حكاه عنه في التنقيح ومحكي التحرير[٣].

[٨] [كما] لا إشكال ولا خلاف في [ذلك].

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٧، ٤٨. مفتاح الكرامة ٧: ١١٦.

(٢) الوسائل ١٩: ١٠٦، ب ٤ من الإجارة، ح ١.

(٣) التنقيح ٢: ٢٦٢. التحرير ٣: ١٢٢.

إنّما البحث في وجوب تسليمها في نحو الأجير، بمجرّد إكمال العمل، والفراغ منه وعدمه. [والظاهر] [١] الأوّل [٢].

(ولا يتوقف تسليم أحدهما على الآخر) [٣]. وعلى هذا فالمتجه فيما لو أتلف الصانع العين بعد تمام العمل تضمينه إيّاه معمولاً مع دفع الأُجرة [٤].

بل المتجه عليه عدم سقوط الأُجرة أيضاً فيما لو تلفت العين بعد إكمال العمل من غير تفريط، وإن كان في ملك الأجير [٥].

بل المتجه أيضاً ضمانه للعين لو حبسها على تسليم الأُجرة؛ لعدم جواز الحبس له؛ إذ المعاوضة قد تمّت

---

[١] **[كما هو] ظاهر المصنّف بل صريحه.**

[٢] خصوصاً مع قوله بعدما سمعت [ذلك].

[٣] **بل لعلّه ظاهر غيره [= المصنّف] أيضاً ممن أطلق استحقاق الأجير أُجرته بإكمال العمل**؛ ضرورة صدقه في الفرض؛ لإطلاق الأمر بالوفاء[(١)]، وقاعدة التسلّط، وإطلاق «لا يجف عرقه»[(٢)] وبناء المعاوضة على ذلك؛ لأنّ المراد من الإجارة فعل الخياطة الذي يتسبّب منه حصول صفة المخيطة في الثوب، وقد حصلا معاً، وليس في يد الأجير إلّا الثوب الذي هو للمستأجر مع صفته، ولا شيء منهما مورد عقد الإجارة حتى يجري عليه حكم المعاوضة؛ إذ موردها إنّما هو العمل الذي تولّد منه الصفة المزبورة، وذاك تسليمه إيقاعه؛ لأن تسليم كلّ شيء بحسب حاله.

ودعوى ـ أنّ مورد الإجارة الصفة المزبورة، والفعل إنّما هو مقدّمة لها، فهي حينئذٍ العوض، فلا يجب تسليم الأُجرة حينئذٍ إلّا بتسليمها، كما هو الشأن في البيع وغيره من المعاوضات ـ يدفعها: معلومية كون مورد الإجارة الأعمال، وإنّما العقد الموضوع لملك ذلك، والصفة إنّما يملكها صاحب الثوب تبعاً للموصوف، لا أنّه يملكها بعقد الإجارة.

[٤] لا التخيير بين ذلك، وبين تضمينه إيّاه غير معمول مع عدم دفع الأُجرة، **كما جزم به في القواعد ومحكي التذكرة والتحرير وجامع المقاصد**[(٣)].

وجعل السرّفيه في الأخير: «أنّ أجر العمل لا يستقرّ إلّا بعد تسليمه. والفرض أنّه لم يتسلّمه، فلم تستقرّ عليه أُجرة... ولأنه ملكه على تلك الصفة، فملك المطالبة بعوضه كذلك، فوجبت عليه أُجرة العمل، وهو المسمّى».

ولا خصوص تضمينه إياه غير معمول. كما عن المبسوط[(٤)]؛ لكون الصفة التي هي عمل الأجير بمنزلة المبيع وقد تلفت قبل قبضها، فتذهب من ماله كالمبيع، فيضمن الثوب غير معمول. ولا تضمينه إياه معمولاً بدون دفع أُجرة؛ لأنّه ملكه على تلك الصفة.

وسقوط حقّ الأجير منها باعتبار عدم تسليمها لا يقتضي سقوط حقّ المالك؛ إذ ذلك كلّه مبني على ما عرفت فساده.

[٥] لما عرفت. **لكن في القواعد: «لم يستحقّ الأُجرة على إشكال»**[(٥)].

---

(١) المائدة: ١.　　(٢) الوسائل ١٩: ١٠٦، ب ٤ من الإجارة، ح ١.

(٣) القواعد ٢: ٣٠٥. التذكرة ١٨: ٢٥٣. التحرير ٣: ١٢٠. جامع المقاصد ٧: ٢٦٩.

(٤) المبسوط ٣: ٢٤٣.

(٥) القواعد ٢: ٣٠٦.

بإتمام العمل ، فهو غاصب حينئذٍ [١].

---

[١] وبذلك جزم في القواعد ، ولكنّه مناف لما سمعته منها [= القواعد] وغيره.

قال فيها [= القواعد]: « ولا يبرأ الأجير من العمل حتى يسلّم العين كالخيّاط إن كان العمل في ملكه ، ولا يستحقّ الأُجرة حتى يسلّمه مفروغاً ، فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل لم يستحقّ أُجرة على إشكال ، ولو كان في ملك المستأجر برئ بالعمل واستحقّ الأُجرة ، ولو حبس الصانع العين حتى يستوفي الأُجرة ضمنها »[١] ، ولقوله في المقام: « وإن وقعت على عمل مَلِكَ العامل الأُجرة بالعقد ، لكن لا يجب تسليمها إلّا بعد العمل. وهل يشترط تسليمه ؟ الأقرب ذلك »[٢]. وقد تجشّم المحقق الثاني في جمع هذه الكلمات[٣] بمالا يرجع إلى أمر يعتمد عليه ؛ إذ هو كلّه مبني على ذلك الأصل الذي قد عرفت الحال فيه . واحتمال بناء الضمان بالحبس المزبور على عدم جوازه عنده أيضاً ، مناف لما ذكره هو وغيره من بناء اشتراط استحقاق الأُجرة على التسليم ، على أنّه كباقي المعاوضات التي من أحكامها جواز الحبس بالحبس . كما أنّ احتمال بنائه على أنّ الثوب نفسه ليس من مورد المعاوضة ، وإنّما يحبس مقدّمة لحبس الصفة ، فينبغي ضمانه جمعاً بين الحقّين ، ولا منافاة حينئذٍ بين الجواز والضمان .

يدفعه أوّلاً : أنّه ينبغي تخصيص الضمان بالثوب وهو غير معمول ؛ ضرورة كون حبس الصفة بحقّ حينئذٍ ، فلا تضمن لو تلفت .

وثانياً : منع الضمان أيضاً للمحبوس مقدّمة للحق ، فإنّ حبسه حينئذٍ بحقّ أيضاً ، باعتبار توقّف حبس الحقّ عليه ، بل فيه ، بل الحبس المفهوم من مقتضى المعاوضة لافرق فيه بين الأمرين كما هو واضح بأدنى تأمّل . ومن هنا قال الشهيد في المحكي عن حواشيه على القواعد في المقام « أنّ قول المصنّف : « الأقرب ذلك » مبنيّ على أنّ الصفة تلحقّ بالأعيان ، وقد تقدم ذكره في الفلس ، بناء على أنّ المنافع تعدّ أموالاً ، ولهذا يصحّ جعلها عوضاً ومعوّضاً . وكما أنّ المبيع يحبس حتى يتقابضا ، ويسقط الثمن بتلفه قبل قبضه ، فكذلك المنفعة . وتظهر الفائدة في جواز حبس الثوب وفي سقوط الأُجرة بتلفه فعلى ما قرّبه المصنّف [أي العلّامة] له حبسه ، وإن أباه ظاهر كلامه ، ولو تلف سقطت الأُجرة على قوله »[٤]. وهو صريح فيما قلناه . وكأنّه استفاد من قوله : « الأقرب تسليمه » وجوب التسليم على العامل أوّلاً ، ولذا قال : « إنّه يأباه ظاهر كلامه » . لكن فيه : أنّ المراد توقّف استحقاقه المطالبة بالأُجرة على وجه يجب على المستأجر بذلها على تسليم العمل ، وهذا لا ينافي أنّ له الحبس لو لم يبذل المستأجر الأُجرة ، ومثله في البيع وباقي المعاوضات . ومن هنا اعترضه في جامع المقاصد : « بأنّه لا حاجة إلى البناء الذي ذكره ؛ لأنّ المعاوضة على المنافع أمر متّفق عليه ، ولابدّ في العوضين من التقابض كالبيع . وأمّا عدّ المنافع أموالاً فالذي يقتضي عدمه فيها هو : أنّه لا وجود لها ، وإنّما هو أمر موجود بالشأن والصلاحية ، ثمّ قوله : إنّ ظاهر كلام المصنّف [أي العلّامة] يأبى ذلك غير جيّد ؛ لأنّ قوله : « الأقرب تسليمه » صريح في ذلك ، وليس مقابل الأقرب بمناف له ؛ لأنّ غرضه الردّ على الشيخ ، فمقابل الأقرب قول الشيخ ، فما ذكره غير واضح »[٥].

قلت : الظاهر أنّ مبنى الصراحة التي ادعاها هو ما ذكرنا ، لكن قد يرد عليه أنّه لابدّ من البناء المزبور ؛ إذ الاتفاق على

---

(١)(٢) القواعد ٢ : ٣٠٦، ٢٨٥.
(٣) جامع المقاصد ٧ : ١١٢، ٢٧٥ ـ ٢٧٧.
(٤) نقله في جامع المقاصد ٧ : ١١٢.
(٥) جامع المقاصد ٧ : ١١٢ ـ ١١٣.

المعاوضة على المنافع غير كاف ؛ ضرورة عدم تصوّر التسليم فيها بغير الإكمال بناءً على أنّها نفس الأعمال ، وإنّما يتصوّر التسليم في الصفات التي تتولّد من الأفعال في الأعيان ، بتسليم العين الموصوفة .

نعم يرد على ذلك ما سمعته سابقاً من كون التحقيق أنّ المملوك بالإجارة والذي قوبل بالمال الأعمال التي يتولّد منها الصفات ، لا الصفات والأعمال مقدّمة من العامل إلى تحصيلها ، حتى تكون هي العوض والمعوّض ، فيجري عليها حكم التقابض والحبس .

ومن الغريب أنّ المحقق الثاني أنكر البناء المزبور عليه ، وقرّره هو في تلف العين من العامل بعد العمل من غير تفريط بالنسبة إلى استحقاق الأُجرة وعدمها ، فإنّه قال أوّلاً في وجه إشكال الفاضل في ذلك : أنّه « ينشأ : من أنّ الإجارة معاوضة ، وحقّ المعاوضة حصول العوضين معاً للمتعاوضين ؛ لتحقق كون كلّ منهما في مقابلة الآخر وقد انتفى ذلك في أحدهما فانتفت المقابلة ، فوجب الانفساخ لتعذّر مقتضى العقد . ومن أنّ المستأجر عليه وهو العمل قد حصل ، فوجبت الأُجرة بفعله ، فإذا تلف بتلف العين بغير تفريط كان تلفه من المالك . ويضعّف بأنّ المستأجر عليه وإن كان العمل ، لكنّه قوبل بالأُجرة على طريق المعاوضة ، فما دام لا يتحقق بتسليمه لم يتحقق معنى المعاوضة » .

ثمّ قال ثانياً : « وربّما بني ذلك على أنّ القصارة عين أو أثر ، فإن قلنا : إنّها عين سقطت أُجرته ، كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض ، وإن قلنا : هي أثر لم تسقط الأُجرة . وتنقيحه أنّ القصارة إن كانت كالأموال في أنّها تعدّ مالاً فالحكم الأوّل ، وإن كانت لا تعدّ مالاً وإنّما هي صفة فالحكم الثاني ، وقد سبق في الفلس أنّ المنافع تعدّ أموالاً . ويشهد له أنّها تقابل بالمال ، ويعتبر في المعاملة وجريان المعاوضة عليها كونها متقوّمة في نفسها ، ولا معنى لماليّتها إلّا هذا »[1] .

قلت : هو بعينه ما ذكره الشهيد هنا ، لكن قد يقال : إنّه لا مدخلية لذلك فيما نحن فيه ؛ إذ الكلام في أنّ المقابل بالأُجرة والمملوك بعقد الإجارة العمل الذي ينعدم شيئاً فشيئاً ، أو الصفة التي تتولّد منه ، فإن كان الأوّل فليس تسليمه إلّا إيقاعه ، وإن كان الثاني فتسليمه كتسليم المبيع ، ويجري عليه حكمه من الحبس وغيره ممّا يجري في سائر المعاوضات .

كما أنّه قد يناقش فيما ذكره أوّلاً بأنّه لا ريب في أنّ انفساخ العقد بالتلف من غير تفريط مناف لقاعدة اللزوم وغيرها ، وإنّما ثبت ذلك بقوله : « كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه »[2] لا أنّه استفيد من قاعدة المعاوضة ، وإلّا لتعدّى ذلك للصلح ونحوه ، ولمطلق التلف ولو من أجنبي ، وغير ذلك ممّا هو معلوم عدمه .

والتقابض في المعاوضة إنّما هو مع إمكانه بوجود العين ، أمّا مع تلفها فلا ، والفرض أنّها أمانة في يده . على أنّه لو سلّم اقتضاؤها ذلك حتى في صورة التلف كان المتّجه ضمانه عليه إلى أن يسلّمه ، فيغرم المثل أو القيمة حينئذٍ مع التلف ، ولو بغير تفريط ، لا انفساخ العقد . فلا ريب في أنّ منشأ ذلك الدليل الخاصّ الذي هو غير شامل للمقام قطعاً ، ولا إجماع على المساواة ، فالقاعدة تقتضي حينئذٍ عدم سقوط الأُجرة ؛ للأصل وغيره كما هو واضح .

---

(١) جامع المقاصد ٧ : ٢٧٥ ـ ٢٧٦ .

(٢) انظر الوسائل ١٨ : ٢٣ ، ب ١٠ من الخيار . و١٧ : ٣٦٥ ، ب ١٩ من عقد البيع وشروطه .

هذا كلّه بعد العمل، أمّا قبل العمل فقد عرفت [المختار] [١] عدم استحقاق العامل الأُجرة على وجه يجب على المستأجر بذلها له، وتسليمه إيّاها مع عدم الشرط والعادة [٢].

لكن هل يجب على العامل العمل حينئذٍ ثمّ يطالب بالأُجرة بعده أو أنّ له الامتناع أيضاً؟ [٣]

الظاهر الثاني، ولكن لمّا لم يمكن التقابض هنا لم يتجه جبر الحاكم لهما عليه جمعاً بين الحقين كما [هو متجه] في العينين فيتعيّن جمعه بينهما بتسلّم الأُجرة من صاحبها ووضعها في يده أو في يد ثالث حتى يعمل العامل [٤].

---

[١] [لقيام] الإجماع على [ذلك].

[٢] مضافاً إلى [ورود] الضرر عليه بتعجيل الأُجرة على العمل الذي لم يعلم حصوله.

[٣] لاحتمال الضرر عليه بحصول العمل منه وعدم تسلّم الأُجرة.

[٤] وربّما كان في خبر الغنوي عن أبي عبدالله عليه السلام إشارة إليه في الجملة قال: سألته عن رجل استأجر أجيراً ولم يأمن أحدهما صاحبه ودفع الأجر على يدي رجل وهلك ذلك الرجل ولم يدع وفاءً واستهلك ذلك الأجر؟ فقال عليه السلام: «المستأجر ضامن لأجر الأجير حتى يقضي، إلّا أن يكون الأجير دعاه إلى ذلك فرضي به، فإن فعل فحقه حيث وضعه ورضي به»[1]. باعتبار عدم تعرّضه عليه السلام؛ لعدم جواز امتناع الأجير عن العمل، إذا لم يبذل المستأجر الأُجرة ولو على يد ثالث. على أنّ ذلك مقتضى المعاوضة؛ إذ كما أنّ احتمال الضرر على المستأجر بتعجيل الأُجرة لاحتمال عدم حصول العمل، فكذلك يحتمل أيضاً بتعجيل العامل العمل قبل قبض الأُجرة؛ لاحتمال عدم حصولها. ودعوى أنّ بناء المعاوضة على العمل على ذلك [= على تعجيل العمل قبل قبض الأُجرة]. يدفعها وضوح منعها، بل ليس ذلك أولى من العكس؛ ضرورة أنّ الأُجرة قد استحقت بالعقد، وملكها الأجير به، ويمكن تسليمها له دفعة، والعمل تدريجي لا يمكن حصوله إلّا بعد زمان. كما أنّ دعوى الإجماع على خروج ذلك عن حكم المعاوضات ـ فيجب على العامل أن يعمل، ثمّ بعد ذلك يطالب بالأُجرة، وهو معنى قولهم: إنّ الأجير يستحقّ الأُجرة بعد العمل ـ واضحة المنع؛ إذ ليس في كلام الأصحاب ما يقتضي إخراج الفرض عن حكم المعاوضة بالنسبة إلى ذلك. **بل في جامع المقاصد والتنقيح والمسالك والرياض وغيرها ما ينافيه، وأنّ حكمه حكم باقي المعاوضات**[2]، وعليه فرّعوا جواز الحبس وغيره. وليس ذكرهم للعبارة المزبورة إلّا كذكرهم ذلك بالنسبة للعين، فإنّهم قالوا أيضاً: لا يستحقّ مؤجرها الأُجرة إلّا بتسليمها للمستأجر، وغرضهم من ذلك عدم استحقاق الأُجرة قبل العمل الذي لا يتصوّر فيه التقابض على نحو العينين. وبيان الاستحقاق بالتسليم كما في كلّ معاوضة، فإنّه يجب بذل العوض بعد تسلّم المقابل بلا خلاف ولا إشكال. ومن هنا لم يفرّقوا بين العمل والعين بالنسبة إلى ذلك، كما في الرياض ناسباً له إليهم[3]. ولا ريب في بقاء حكم المعاوضة بالنسبة إلى الأوّل، فكذلك بالنسبة إلى الثاني ولم يشر أحد إلى خروج الأعمال عن قاعدة المعاوضات بوجوب تسليم العامل عمله أوّلاً، ثمّ يطالب بالأُجرة، ومن تأمّل كلامهم ولم يكتف بالمنساق في بادئ النظر علم ما قلناه، خصوصاً مع عدم الدليل عليه أيضاً. وقوله عليه السلام: «لا يجفّ عرقه حتى تعطيه أُجرته»[4] إنّما يدلّ على المبادرة في تسليم الأُجرة للعامل، إذا عمل أوّلاً، لا على وجوب ذلك عليه مطلقاً.

---

(١) الوسائل ١٩: ١٠٩، ب٦ من الإجارة، ح١.

(٢) جامع المقاصد ٧: ١١٢. التنقيح ٢: ٢٦٢. المسالك ٥: ١٨٣. الرياض ٩: ٢٠٣.

(٣) الرياض ٩: ٢٠٣.

(٤) الوسائل ١٩: ١٠٦، ب٤ من الإجارة، ح١.

ثمّ لا فرق في جميع ما ذكرناه بين الحجّ وغيره من الأعمال، إلّا إذا كانت هناك عادة أو شرط يقتضي تقديم العمل أو الأُجرة [١]. بقي الكلام في استحقاق بعض الأُجرة ببعض العمل [٢].

[ولعلّه يستحقّ العامل تقسيط الأُجرة في العمل على وجه لا ربط له بما بقي كصلاة بعض الفرائض ونحوها].

كما أنه بقي الكلام أيضاً في كيفية الجمع بين الحقين لو كان الأُجرة على العمل عملاً أيضاً، ولم يأمن أحدهما الآخر. والمتجه فيه أنّه مع إمكانه بالكفيل ونحوه يجب، وإلّا فالقرعة للترجيح، كما في غيره ممّا تزاحم فيه الحق. وكذا بقي الكلام في وجوب دفع الأُجرة لو كان العمل المستأجر عليه مؤجّلاً مع عدم التعرّض لتعجيلها فإنّه [يحكم بعدم وجوب تعجيلها قبل العمل] [٣].

نعم لو كانت الأُجرة مؤجّلة بأجل انقضى قبل تمام العمل أو قبل حصوله أمكن القول بوجوب دفعها بناء على ظهور الأجل المزبور في رفع اليد عمّا تقتضيه المعاوضة، فتأمّل جيّداً، والله هو العالم.

(وكلّ موضع يبطل فيه عقد الإجارة يجب فيه أُجرة المثل مع استيفاء المنفعة أو بعضها سواء زادت عن المسمّى أو نقصت عنه) [٤].

---

[١] **فما عن بعضهم من الانفساخ أو أنّ له الفسخ في خصوص الحجّ إذا لم يعجل المستأجر الأُجرة[١] في غير محلّه. نعم في الروضة: «أنّه لو فرض توقّف الفعل على الأُجرة كالحج وامتنع المستأجر من التسليم تسلّط الأجير على الفسخ»[٢].**

وهو غير خاصّ بالحجّ، ومرجعه إلى عدم القدرة على تسليم العمل حينئذٍ، وتعرف إن شاء الله فيما يأتي الحال فيه.

[٢] لم يحضرني الآن كلام محرّر في ذلك.

نعم قد سلف منّا في البيع عدم وجوب التقابض على النسبة؛ لأنّه خلاف مقتضى العقد.

ولعلّه غير مانحن فيه من وقوع العمل من العامل على وجه لا ربط له بما بقي، كصلاة بعض الفرائض ونحوها ممالعامل به التقسيط لو اتّفق عدم حصول التمام.

ولا ينافي ذلك قولهم: لا يستحقّ الأُجرة إلّا بعد العمل، المراد به تمامها لا بعضها الذي هو قسط ما وقع من العامل. اللهمّ إلّا أن يدّعى أنّ ذلك مقتضى المعاوضة، وفيه تأمّل بل منع؛ لأنّ الأصل عدم جواز حبس المال على صاحبه المقتصر في خلافه على غير محلّ الفرض.

[٣] قد يقال بالوجوب حينئذٍ، كما في البيع، ولعدم الحلول الذي يوجب المطالبة للمستأجر.

ولكن فيه: أنّه مناف لما دلّ على عدم وجوب تعجيل الأُجرة قبل العمل، والأجل إنّما أفاد زيادة التأخير فيه، فلا يغيّر الحكم الثابت في حال عدم الاشتراط، وبذلك يفرّق بينه وبين البيع.

[٤] **بلا خلاف أجده فيه في شيء من ذلك.**

بل قد يظهر من إرسالهم ذلك إرسال المسلّمات أنّه من القطعيات.

---

(١) نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٧: ١١٦.

(٢) الروضة ٤: ٣٣٣.

[ولا فرق بين الجهل والعلم بفساد الإجارة في عدم كونها هبة أو غيرها].

مضافاً إلى مثل ذلك بالنسبة إلى قاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » الشاملة للمقام . وإلى قاعدة « احترام مال المسلم وعمله » . وقاعدة « من أتلف »[١] ، و« على اليد »[٢] ، و « لا ضرر »[٣] ، و﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ ﴾[٤] .

ونحو ذلك ممّا يقضي بذلك ؛ ضرورة أنّه مع بطلان العقد يبقى كلّ من العوضين على ملك صاحبه ، فيجب على كلّ منهما ردّه بعينه إذا كان موجوداً ، وإن كان تالفاً بقيمته أو مثله ؛ لفساد الالتزام بالمسمّى بفساد العقد الذي قد وقع فيه ، ومنه أُجرة المثل في المقام فإنّها هي قيمة المنفعة المستوفاة . ومن ذلك كلّه ظهر لك الوجه في الحكم المزبور .

نعم قيّده الشهيد في المحكي من حواشيه بما إذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الأُجرة في العقد ، أو عدم ذكرها فيه ؛ لدخول العامل على ذلك[٥] . واستحسنه في المسالك[٦] .

وكأنّ وجهه أنّه متبرّع بالمال والعمل مجّاناً قادم على ذلك ، فهو أشبه شيء حينئذٍ بالعقود الفاسدة المجانية ، كالهبة والعارية ونحوهما « ممّا لا يضمن بفاسدهما ، فلا يضمن بصحيحهما » .

بل قد يقال بشمول هذه القاعدة للفرض ، بناء على إرادة أشخاص العقود منها لا أصنافها .

ولا ريب في عدم الضمان في المقام لو فرض صحّة العقد المزبور ، فكذا لا يضمن به على الفساد ؛ للقاعدة المزبورة التي عرفت أنّ الوجه فيها إقدامهما على عدم الضمان في التقديرين ، كما أنّك قد عرفت تقريره حينئذٍ هنا .

لكن مع ذلك كلّه في جامع المقاصد بعد أن حكاه : أنّه صحيح في العمل أمّا مثل سكنى الدار التي يستوفيها المستأجر بنفسه فإنّ اشتراط عدم العوض إنّما كان في العقد الفاسد الذي لا أثر لما تضمنه من التراضي ، فحقه وجوب أُجرة المثل ، ومثله مالو باعه على أن لا ثمن له ، وأمّا لو كان مورد الإجارة منفعة الأجير ، فيعمل بنفسه مع فسادها فوجه عدم استحقاقه شيئاً ظاهر ؛ لأنّه متبرّع بالعمل ، وهو المباشر لإتلاف المنفعة[٧] .

ودفعه في المسالك بما حاصله : من أنّه يرجع في مثل سكنى الدار إلى العارية ، وإن عبّر عنها بلفظ الإجارة ؛ لأنّ التصريح بعدم الأُجرة أقوى من الظهور المستفاد من لفظ « الإجارة » ، والنصّ مقدّم على الظاهر ، فيحكم بأنّه عارية ؛ إذ هي لا تنحصر في لفظ ، بل يكفي فيها كلّ ما دلّ على التبرّع بالمنفعة ، مضافاً إلى اعتضاد ذلك بأصل البراءة .

بل فيها الاعتراض على ما ذكره أخيراً : « بأنّه قد لا يكون متبرّعاً ، كما لو أمره المستأجر ، فإنّ مقتضى الفساد عدم تأثير ما وقع من اللفظ ، وحينئذٍ فلا يتحقق التبرّع إلّا مع عمل الأجير من غير سؤال ، وإلّا فينبغي مع عدم ذكر الأُجرة ثبوت أُجرة المثل كما هو شأن الآمر لغيره بعمل من غير عقد » . ثمّ قال : « فإن قلت : أيّ فائدة في تسمية هذا عقداً فاسداً مع ثبوت هذه الأحكام وإقامته مقام العارية ؟ قلت : فساده بالنسبة إلى الإجارة بمعنى عدم ترتّب أحكامها اللازمة لصحيح عقدها ، كوجوب العمل على الأجير ونحوه ، لا مطلق الأثر »[٨] .

---

(١) انظر الوسائل ٢٧ : ٣٢٧ ، ب ١١ من الشهادات .
(٢) المستدرك ١٤ : ٨ ، ب ١ من الوديعة ، ح ١٢ .
(٣) الوسائل ١٨ : ٣٢ ، ب ١٧ من الخيار ، ح ٣ ـ ٥ .
(٤) النساء : ٢٩ .
(٥) نقله في جامع المقاصد ٧ : ١٢٠ .
(٦) (٨) المسالك ٥ : ١٨٤ ـ ١٨٥ .
(٧) جامع المقاصد ٧ : ١٢٠ ـ ١٢١ .

قلت: هذا كما يرد عليه يرد على الشهيد أيضاً الذي قد استحسن كلامه أوّلاً فإنّ مدركه ذلك، بل هو أولى به منه؛ لظهور كلام الكركي في اشتراط عدم الأُجرة فوجود الأمر حينئذٍ وعدمه على حدّ سواء، لا فيما إذا لم يذكر أُجرة، بخلاف كلام الشهيد.

مع أنّه يمكن دفعه عنه أيضاً أوّلاً بأنّ محلّ كلامه العمل من حيث العقد، ففرض الأمر خروج عن البحث.

وثانياً بأنّ الأمر بالعمل من حيث العقد لا يجدي؛ إذ هو حينئذٍ من توابع العقد الفاسد الذي فرض عدم الأُجرة لو أوقع الفعل بعنوان أنّه مقتضاه.

بل قد يناقش في دفعه الأوّل ـ مع أنّه لا يتمّ فيما إذا لم يذكر الأُجرة ـ بأنّ محلّ البحث ما علم قصد الإجارة منه، ولو للجهل بأنّ العوض من مقوّماتها، أو للإيداع أو لغير ذلك لا ما إذا ذكر ذلك ولم يعلم قصده.

مع أنّ تنزيله على العارية على هذا الفرض ليس بأولى من حمله على التجوّز، في استعمال لفظ «الإجارة» الموضوع لتمليك المنفعة بعوض في تمليكها بغير عوض، ويكون عقداً فاسداً، أو غير ذلك ممّا هو محتمل.

وأصل الصحة وإن نفى احتمال إرادة الفاسد، لكنّ الصحيح غير منحصر في العارية، ومع فرضه وقلنا بالحمل عليها للأصل المزبور لا يحمل عليه كلام الشهيد؛ ضرورة إرادته الاستثناء من كلّية الأصحاب المزبورة، ولا يتم إلّا بجعله عقد إجارة فاسد، لا عارية، كما هو واضح.

نعم ربّما نوقش الشهيد والكركي بأنّه لا وجه لمساواة عدم ذكر الأُجرة ذكر عدم الأُجرة في الحكم المزبور؛ ضرورة عدم دلالة ذلك على التبرّع بالمنفعة؛ إذ قد يكون لنسيان أو لجهل أو اعتقاد أنّه مقرّر، أو أنّه معلوم أنّه مع الإطلاق ينصرف إلى العرف.

ومن هنا استجود في الرياض كلام الشهيد في الشقّ الأوّل مطلقاً، دون الثاني كذلك[1]، وهو جيّد لو كان المراد بعدم الأُجرة ذلك أو ما يشمله، لا أنّ المراد به هو المراد من ذكر عدم الأُجرة، إلّا أنّ الفرق بينهما بالتصريح بذلك وعدمه؛ إذ لا ريب في ظهور «آجرتك» في إرادة العوض وإن لم يذكره بالخصوص، فلا وجه لسقوطه لإقدام كلّ منهما حينئذٍ عليه، والأمر في ذلك سهل.

إنّما الكلام في صحّة أصل ما ذكره الشهيد، مع أنّ إطلاق كلام الأصحاب يقتضي خلافه في المقام، وفي البيع وغيرهما؛ ضرورة اتحاد البحث هنا، مع قول: بعتك بلا ثمن أيضاً أو بعتك بلا ذكر ثمن.

بل كلامهم صريح في ثبوت أُجرة المثل في المسألة السابقة المشترط فيها عدم الأُجرة إذا لم يصل في الزمن المعيّن.

ولعلّ الوجه فيه ـ بعد ذكر فرض شمول كلام الأصحاب لمثله لا أنّه خارج عنه باعتبار دخول العوض في مفهوم البيع والإجارة، ومع انتفائه لا يكون بيعاً ولا إجارة كي يندرج في كلّية المقام ونحوها المبنيّة على صدق الإجارة، إلّا أنّها باطلة.

إذ قد يقال ـ بعد تسليم عدم صدق اسم الإجارة ـ: إنّ المدار في كلامهم على العقد الفاسد المراد به إجارة مثلاً، ولو من حيث تمليك المنفعة خاصّة، إمّا للجهل بموضوع الإجارة، أو تشريعاً أو إيداعاً أو نحو ذلك.

إنّ كلّ مدفوع بعنوان مقتضى العقد الفاسد وأنّه من آثاره وممّا يترتّب عليه على حسب الدفع بالعقد الصحيح لم يترتّب عليه أثر، ولا يعدّ من العمل التبرّعي ودفع المال المجاني.

---

(١) الرياض ٩: ٢٢٤.

بل الظاهر أنّ أخذ المال بالعنوان المزبور من أكل المال بالباطل، بل هو من أوضح أفراده، ومناف لقاعدة «الضرار» و«احترام مال المسلم»[١]؛ ضرورة كون الدفع مع فرض أنّه بالعنوان المزبور كالمقيّد بصحّة العقد، وأنّه من المؤثّرات والمسبّبات لذلك. مضافاً إلى نهي الشارع من تناول مثل المال المزبور؛ لأنّه من الباطل، فيكون اليد عادية عليه، نحو المدفوع عوضاً من المحرّمات. وحينئذٍ فقاعدة الضمان بحالها، مؤيّدة بما عرفت من قاعدة الضرار، والاحترام[٢]، وعلى اليد[٣]، ومن اعتدى[٤]، وَالحُرُمَاتُ قِصَاصٌ[٥] وغير ذلك.

على أنّ المجمع عليه من عدم ضمان المتبرّع به هو ماكان من جهته خاصّة، لا بعنوان معاملة فاسدة مشتملة على إيجاب وقبول. وإقدام القابل والموجب على المجّانية لا ينافي ضمان المال، كما لا ينافي إقدامهما على المسمّى القليل ضمانه بالقيمة التي قد تكون أضعاف ذلك، بعد فساد العقد الذي قد تضمنه.

بل لعلّ قيد «بلا أُجرة» في الفرض كالمسمّى في غيره لا عبرة بهما، بعد فساد العقد الذي قد وقعا فيه. ومن الغريب بعد ذلك كلّه دعوى صيرورة الفرض ونحوه كالهبة والعارية وكالمتبرّع ونحو ذلك ممّا هو مناف لقواعد الشرع: من أكل المال بالباطل وغيره.

وأغرب من ذلك دعوى كون المراد بالفساد إنّما هو بالنسبة إلى الالتزام بالمسمّى ونحوه، لا مطلق ترتّب الأثر الذي منه ما سمعت، من العارية والهبة وأُجرة المثل في مقام الالتزام بها ونحو ذلك؛ ضرورة منافاة ذلك لما دلّ من الكتاب[٦] والسنّة[٧] والإجماع على حرمة أكل المال بالباطل، المقتضي عدم ترتّب شيء من ذلك.

ودعوى فرض كون الدافع قصد الهبة والعارية والتبرّع بقصد مستقلّ غير ملاحظ فيه العقد المزبور، خروج عن محلّ البحث؛ إذ الكلام في المدفوع بالعنوان المذكور معاملة للفاسد معاملة الصحيح، ولا وجه للهبة والعارية ونحوهما في ذلك. ومنه يعلم الحال في التقييد الثاني للقاعدة المزبورة؛ **كما عن الأردبيلي وتبعه عليه غيره، بما إذا كانا جاهلين بالفساد**[٨] أمّا إذا كاناعالمين به أو أحدهما جاهلاً والآخر عالماً فلا يتأتّى فيه قاعدة أُجرة المثل، وضمان الأُجرة بل يكون المدفوع مع علم الدافع هبة إن كان عيناً، فيرجع بها مع بقاء عينها ولم يكن الموهوب ذا رحم، وعارية لو كان المدفوع منفعة عين، وتبرّعاً إن كان عملاً، نعم لا شيء منها مع الجهل، ومن هنا يتجه الضمان له.

إذ لا يخفى عليك بعد ما سمعت أنّه لا فرق بين الجهل والعلم في عدم الهبة وغيرها، بعد فرض كون الدفع بالعنوان المزبور.

وعليه يدلّ من النصوص ما تضمّن «أنّ ثمن الكلب حرام وسحت وكذا الخمر والميتة وأجر المغنّية والزانيه»[٩] ونحوها ممّا هو مدفوع مع العلم بالفساد، إلّا أنّه كان بعنوان المعاوضة الفاسدة الغير المشروعة، كما هو واضح بأدنى تأمّل، والله هو العالم.

---

(١)(٢) انظر الوسائل ٥: ١٢٠، ب٣ من مكان المصلّي.
(٣) المستدرك ١٤: ٨، ب١ من الوديعة، ح١٢.
(٤)(٥) البقرة: ١٩٤.
(٦) النساء: ٢٩.
(٧) الوسائل ١٨: ٣٢٥، ب٤ من الدين والقرض، ح٣.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤٩ـ ٥٠.
(٩) انظر الوسائل ١٧: ٩٢، ب٥ ممّا يكتسب به.

هذا كلّه في المنفعة والأُجرة، أمّا العين المستأجرة [١] [فهي غير مضمونة في القعد الفاسد].

٢٥١/٢٧

---

[١] فعن مجمع البرهانّ أنّه يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل به[١].

بل في الرياض: «والعين مضمونة في يد المستأجر مطلقاً، كما نسب إلى المفهوم من كلمات الأصحاب، ولعلّه لعموم الخبر بضمان «ما أخذته اليد»[٢].

وربّما يستشكل فيه في صورة جهله بالفساد لإناطة التكليف بالعلم، وارتفاعه مع الجهل، وهو كما ترى، فإنّ التلف في اليد من جملة الأسباب لا تختلف فيه صورتا العلم والجهل حين وجود السبب، والتكليف بردّ البدل ليس حين الجهل، بل بعد العلم بالسبب.

نعم ربّما يشكل الحكم في هذه الصورة بل مطلقاً لو كان المؤجر عالماً بالفساد؛ لكون ترتّب اليد على العين حينئذٍ بإذن المالك، فلا ينصرف إلى هذه الصورة إطلاق الخبر المتقدم، مضافاً إلى ما عرفت من رجوع الإجارة في هذه الصورة إلى العارية، والحكم فيها عدم ضمان المستعير كما تقدّم، ولا كذلك لو كان جاهلاً به لضمان المستأجر فيه، ولو حصل الدفع فيه بالإذن أيضاً، فإنّه كعدمه لابتنائه على توهّم الصحّة، فيكون كالإذن المشروط بها، فإذا ظهر الفساد لم يكن ثمّة إذن بالمرّة، ولعلّ مراد الأصحاب غير هذه الصورة»[٣].

قلت: لا يخفى عليك أنّ الذي عثرنا عليه من كلام الأصحاب في المقام صريح في عدم ضمان العين المستأجرة في العقد الفاسد، **كما صرّح به في القواعد**[٤] **وجامع المقاصد**[٥]، **ومحكي التذكرة**[٦].

بل في مفتاح الكرامة عن الرياض والمجمع التصريح بذلك أيضاً في مقام آخر من الإجارة[٧]، ولعلّه لقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» كما استدلّ به في التذكرة والجامع[٨].

بل لم أجد من صرّح هنا بالضمان، وإن كان قد يوجّه على تقدير صحّة النسبة إلى الأصحاب بما سمعت من عموم «على اليد»[٩] المعارض للقاعدة المزبورة من وجه، ويرجّح عليها بالنسبة المزبورة.

ودعوى العكس باعتضادها بقاعدة الأمانة.

يدفعها ما سمعته من الرياض أخيراً من أنّه إذا كان الدفع بعنوان الصحة تكون الإذن كالمقيّدة بذلك، فمع الفساد ينكشف أن لا إذن، فلا تكون أمانة.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٥٠.
(٢) المستدرك ١٤: ٨، ب ١ من الوديعة، ح ١٢.
(٣) الرياض ٩: ٢٢٥ ـ ٢٢٦.
(٤) القواعد ٢: ٣٠٤.
(٥) جامع المقاصد ٧: ٢٥٨.
(٦) التذكرة ١٨: ٢٣٤.
(٧) مفتاح الكرامة ٧: ٢٥٢.
(٨) التذكرة ١٨: ٢٣٤. جامع المقاصد ٧: ٢٥٨.
(٩) المستدرك ١٤: ٨، ب ١ من الوديعة، ح ١٢.

و[الظاهر][١] [عدم الفرق] بين العلم والجهل حينئذٍ[٢].

ولا ريب أنّ عدم الضمان في العين المستأجرة لا مدخلية للعقد فيه، وإنّما هو باعتبار كونها أمانة، فيدور الضمان في الفاسدة حينئذٍ عليها، لا من القاعدة المزبورة. وكذلك العين في العارية.

فمع فرض عدم الأمانة[٣] يتّجه[٤] الضمان حينئذٍ، خصوصاً مع علم المستأجر بالفساد وخصوصاً إذا كان الفساد من جهة الغصب ونحوه.

لكن ومع ذلك فالإنصاف أنّه لا تخلو دعوى عدم الأمانة مطلقاً حتى في صورة الجهل منهما من بحث ونظر، كما هو واضح، والله العالم.

(ويكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطع على الأُجرة)[٥].

---

[١] [إذ] من ذلك يعلم أنّه لا وجه لفرقه [في الرياض].

[٢] إذ الزعم لا مدخلية له في ذلك؛ ضرورة قيام الدفع بالعنوان المزبور مقام الزعم المذكور، على أنّه قد يقال بعدم اندراج العين في قاعدة «مالا يضمن» فلا تعارض «على اليد» حينئذٍ، وذلك لأنّ المراد من الإيجاب والسلب فيها ماكان مضموناً بسبب العقد، وما لم يكن مضموناً كذلك على معنى أنّ الضمان وعدمه فيه مورد العقد كالمنفعة في الإجارة والعين في الهبة.

[٣] لما سمعته من تقييد الإذن بالصحة المفروض انتفاؤها.

[٤] [كـ]ـما نسباه إلى الأصحاب من [ذلك].

[٥] بلا خلاف أجده على الظاهر في الجواز المستفاد منه.

نعم عبّر في النافع واللمعة وغيرهما بالاستحباب[١].

نحو ما عن النهاية والسرائر من أنّه ينبغي للإنسان أن لا يستعمل أحداً إلّا بعد أن يقاطعه على أُجرته، فإن لم يفعل ترك الاحتياط[٢] المبني على الظاهر على استحباب ترك المكروه.

وهو كذلك بناءً على إرادة الرجحان منه؛ إذ لا ريب في رجحان امتثال خطاب الكراهة.

والأمر سهل بعد انحصار الدليل في خبر مسعدة بن صدقة، عن أبي عبدالله عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعلن أجيراً حتى يعلمه ما أجره»[٣].

وصحيح سليمان بن جعفر الجعفري أنّ مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلمانه وغضب غضباً شديداً حيث استعانوا برجل في عمل وما عيّنوا له أُجرته، فقال له سليمان: جعلت فداك لم تدخل على نفسك، فقال: «إنّي قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرّة... واعلم أنّه ما من أحد يعمل لك شيئاً من غير مقاطعة ثمّ زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أُجرته إلّا ظنّ أنّك قد نقصته أُجرته، وإذا قاطعته ثمّ أعطيته أُجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبّة عرف ذلك لك، ورأى أنّك قد زدته»[٤]. المحمولين على الكراهة.

---

(١) المختصر النافع: ١٧٧. اللمعة: ١٥٦ـ ١٥٧.
(٢) النهاية: ٤٤٧ـ ٤٤٨. السرائر ٢: ٤٦٨.
(٣) الوسائل ١٩: ١٠٥، ب٣ من الإجارة، ح٢.
(٤) المصدر السابق: ١٠٤ـ ١٠٥، ح١.

و[الظاهر][١] جواز ذلك [عدم المقاطعة] وإن لم يكن له أُجرة معيّنة في العادة، بل يجوز اتكالاً على أُجرة المثل[٢]. (و) كذا يكره (أن يُضمن) الأجير (إلّا مع التهمة) أي يُغرَّم عوض ما يتلف في يده ممّا يضمنه ولو بغير تفريط إلّا مع التهمة له في إخباره عن ذلك[٣].

---

[١] [كما] منهما [= الخبرين المتقدمين] حينئذٍ مع السيرة وإطلاق الفتوى يستفاد [ذلك].

[٢] إلّا أنّ ذلك قد ينافيه اشتراط المعلومية في الأُجرة. اللهمّ إلّا أن ينزّل على اختصاص ذلك بالعقد والمعاطاة بناء على أنّها يعتبر فيها ما يعتبر فيه إلّا الصيغة؛ لكونها إجارة أيضاً فيكون ذلك قسماً مستقلّاً جائزاً برأسه نحو إباحات الأعيان والمنافع بالأعواض. ولا بأس به؛ للسيرة المستمرّة. واحتمال اختصاص النصّ والفتوى بذي الأُجرة المعلومة، كالحلّاق والقصّار ونحوهما، فتكون الكراهة حينئذٍ بسبب عدم الذكر بالخصوص كما ترى. بل لا يبعد عدم الكراهة في مثله لكونه كالمذكور حينئذٍ فلا يشمله التعليل في كلام الرضا عليه السلام، هذا. وربّما استفيد من الصحيح المزبور جواز ضرب الغلام لعدم اجتناب المكروه.

وفيه: أنّه يمكن أن يكون للمخالفة للنهي الصادر منه لهم عن مثل ذلك غير مرّة، ولا ينافي كراهيته حرمته للنهي المزبور من حيث وجوب طاعة العبد للسيد في ترك المباح، بل المستحبّ فضلاً عن المكروه، والأمر سهل.

[٣] **وفي الروضة: «أي يغرّمه عوض ما تلف بيده بناء على ضمان الصانع ما يتلف بيده، أو مع قيام البيّنة على تفريطه، أو مع نكوله عن اليمين حيث يتوجّه عليه إن قضينا بالنكول إلّا مع التهمة له بتقصيره على وجه يوجب الضمان»**[١].

وفي جامع المقاصد في شرح قوله في القواعد: «وأن يضمن مع انتفاء التهمة»[٢]**: «أُوّلت ـ أي العبارة ـ بأمرين: الأول: أن يشهد شاهدان بتفريطه، فإنه يكره تضمينه إذا لم يكن متّهماً. الثاني: لو نكل عن اليمين وقضينا بالنكول كره تضمينه مع عدم التهمة، كذا قيل». والظاهر أنّه أشار به إلى الشهيد في المحكي عن حواشيه ثمّ قال: «وينبغي أن يقال: إذا لم يقض بالنكول يكره له تضمينه باليمين المردودة، وهذا إذا قلنا بعدم التضمين إلّا مع التفريط، أمّا على ما ميّزه**[٣] **كثير من الأصحاب من تضمينهم إلّا مع ثبوت ما يقتضي العدم فظاهر؛ لأنّ الأجير إذا لم يكن متّهماً يكره تضمينه إذا لم تقم البيّنة بما يسقط الضمان، وربّما فسر ذلك بكراهة اشتراط الضمان، وليس شيء للفساد حينئذٍ»**[٤]**. وفي المسالك: «فيه تفسيرات: الأوّل: أن يشهد شاهدان على تفريطه فإنّه يكره تضمينه العين إذا لم يكن متّهماً. الثاني: لو لم تقم عليه بيّنة وتوجّه عليه اليمين يكره تحليفه ليضمنه كذلك. الثالث: لو نكل عن اليمين المذكور وقضينا بالنكول كره تضمينه كذلك. الرابع: على تقدير ضمانه وإن لم يفرط كما إذا كان صانعاً على ما سيأتي يكره تضمينه حينئذٍ مع عدم تهمته بالتقصير. الخامس: أنّه يكره أن يشترط عليه الضمان بدون التفريط على القول بجواز الشرط. السادس: لو أقام المستأجر شاهداً عليه بالتفريط كره له أن يحلف معه ليضمنه مع عدم التهمة. السابع: لو لم يقض بالنكول يكره له أن يحلّفه**[٥] **ليضمنه كذلك**. والأربعة الأُول سديدة، والخامس مبني على صحّة الشرط

---

(١) الروضة ٤: ٣٥٤.
(٢) القواعد ٢: ٢٨٦.
(٣)(٥) في المصدر: «يراه». في المصدر: «أن يحلف».
(٤) جامع المقاصد ٧: ١٢١ ـ ١٢٢.

وقد بيّنا فساده وفساد العقد، والأخيران فيهما أنّ المستأجر لا يمكنه الحلف إلّا مع العلم بالسبب الذي يوجب الضمان، ومع فرضه لا يكره تضمينه؛ لاختصاص الكراهة بعدم تهمته، فكيف مع تيقّن ضمانه»[١]. وكيف كان فالنصوص التي يظنّ استفادة الحكم المزبور منها [هي]: خبر خالد بن الحجّاج: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الملّاح أُحمّله الطعام ثمّ أقبضه منه فينقص؟ فقال: «إن كان مأموناً فلا تضمّنه»[٢]. وخبر حفص بن عثمان قال: حمل أبي متاعاً إلى الشام مع جمّال فذكر أنّ حملاً منه ضاع فذكرت ذلك لأبي عبدالله عليه السلام، قال: «أتتهمه؟ قلت: لا، قال: لا تضمنه»[٣]. وخبر أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام: في الجمّال يكسر الذي يحمل أو يهريقه، فقال: «إن كان مأموناً فليس عليه شيء وإن كان غير مأمون فهو ضامن»[٤]. وخبر الحلبي قال أبو عبدالله عليه السلام: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصّار والصائغ احتياطاً للناس وكان أبي عليه السلام يتطوّل عليه إذا كان مأموناً»[٥]، ونحوه خبر أبي بصير[٦].

وفي خبره الآخر عن أبي عبدالله عليه السلام: «لا يضمن الصائغ ولا القصّار ولا الحائك إلّا أن يكونوا متهمين، فيخوف بالبيّنة ويستحلف لعلّه يستخرج منه شيئاً». وفي رجل استأجر حمّالاً فكسر الذي يحمل أو يهريقه، فقال: «على نحو من العامل إن كان مأموناً فليس عليه شيء، وإن كان غير مأمون فهو ضامن»[٧].

وصحيح الصفار: كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً إلى القصّار ليقصره فيدفعه إلى قصّار غيره ليقصّره فضاع الثوب هل يجب على القصّار أن يردّه إذا دفعه إلى غيره وإن كان القصّار مأموناً؟ فوقّع عليه السلام: «هو ضامن له إلّا أن يكون ثقة مأموناً [إن شاء الله]»[٨]. وخبر حذيفة بن منصور: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يحمل المتاع بالأجر فيضيع المتاع فيطيب نفسه أن يغرمه لأهله أيأخذونه؟ قال: فقال [لي]: «أمين هو؟ قلت: نعم، قال: فلا يأخذون منه شيئاً»[٩]. وخبره الآخر قال له أيضاً: إنّ معاذ بن كثير وقيساً أمراني أن أسألك عن جمّال حمل لهم متاعاً بأجر وأنّه ضاع منه حمل قيمته ستمئة درهم وهو طيب النفس لغرمه؛ لأنّها صناعته، قال: «يتّهمونه؟ قلت: لا، قال: لا يغرمونه»[١٠].

بناء على الإجماع على عدم التفصيل فيها، فوجب حمله في البعض على إرادة عدم تحليفه للضمان، وفي الآخر على ضمان ما يتلف في يده بفعله أو على نحو ذلك ممّا قد عرفته.

نعم لا يخفى عليك عدم وفائها بجميع ما تقدّم سابقاً اللهمّ إلّا أن يفهم ذلك من فحاويها. ويمكن دعوى كون المراد من مجموعها كراهة تغريم الأجير مع أمانته وعدم تهمته في كلّ مقام يثبت ضمانه لتلف بفعله أو بغيره كما هو واضح.

بل لعلّ حمل كلام الأصحاب على ذلك أولى خصوصاً بعد التسامح في أدلّة السنن، والله العالم.

---

(١) المسالك ٥: ١٨٥ ـ ١٨٦.
(٢) الوسائل ١٩: ١٤٩، ب ٣٠ من الإجارة، ح ٣.
(٣) المصدر السابق: ١٥٠، ح ٦، وفي المصادر: «جعفر بن عثمان».
(٤) المصدر السابق: ح ٧.
(٥) الوسائل ١٩: ١٤٢، ب ٢٩ من الإجارة، ح ٤.
(٦) المصدر السابق: ١٤٥، ح ١٢.
(٧) المصدر السابق: ١٤٤ ـ ١٤٥، ح ١١.
(٨) الوسائل ١٩: ١٤٦ ب ٢٩ من الإجارة، ح ١٨.
(٩) الوسائل ١٩: ١٥٢، ب ٣٠ من الإجارة، ح ١٢.
(١٠) التهذيب ٧: ١٢٩، ح ٥٦٥، وفيه: «منه جمل» بدل «منه حمل».

[مملوكية المنفعة]:

الشرط (**الثالث: أن تكون المنفعة مملوكة**) للموجر أو لمن هو فضول عنه كما ستعرف أو نائب عنه لوكالة أو ولاية [١].

نعم لا فرق في المنافع المملوكة إذ هي (**إمّا**) أن تكون (**تبعاً لملك العين أو منفردة**) كالعين الموصى بمنفعتها والعين الموقوفة عاماً بناء على كون العين فيه ملكاً لله.

ولا يقدح عموم الوقف جواز إجارة الحاكم ولو لبعض من هو مصرف الوقف لبعض المصالح التي ترجع إليهم أيضاً كمصلحة نفس الموقوف ونحوها.

كما لا يقدح جواز بيعه بعض مال الزكاة ممن هو مصرف لها كذلك أيضاً.

(**و**) على كلّ حال فـ(**للمستأجر أن يؤجر**) من المؤجر فضلاً عن غيره وإن كان مالكاً للمنفعة دون العين [٢].

نعم يعتبر إجارة الأخفّ أو المساوي لا الأثقل إذا كانت المنفعة المملوكة له بعقد الإجارة ركوبه لا على وجه المباشرة، بل على ملاحظته عنواناً لمن يركب. أمّا لو كان مطلق منفعة الدابّة مثلاً مملوكة له لتعيّنها بالزمان مثلاً لم يكن بأس بركوب من شاء مالم يكن على وجه يعدّ تعدّياً بالدابّة، والأمر في ذلك سهل. إنّما الكلام في أنّ له تسليم العين من دون إذن المالك [٣] أو لا [٤]. والأوّل إذا سلّمها إلى أمين، والثاني إذا لم يكن أميناً [٥] أقوال،

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه**، بل هو من الواضحات؛ ضرورة عدم تحقّق المعاوضة في غير المملوكة التي يكون المؤجر والمستأجر فيها على حدّ سواء كمنافع الأعيان المباحة.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه**. مضافاً إلى عموم الوفاء بالعقود، وعمومات الإجارة، وقاعدة التسلّط.

والنصوص المستفيضة[١] بل المتواترة الواردة في الأرض والدابة والسفينة وغيرها التي تقدّم شطر منها في مسألة الإجارة بالأكثر.

[٣] **كما هو خيرة المختلف وغاية المراد والحواشي والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والرياض[٢] على ما حكي عن البعض.**

[٤] **كما هو خيرة النهاية والسرائر والقواعد وجامع المقاصد[٣] على ما حكي عن البعض أيضاً.**

[٥] **كما عن ابن الجنيد[٤].**

---

(١) انظر الوسائل ١٩: ١٢٤، ١٢٦، ١٢٩، ب ٢٠، ٢١، ٢٢ من الإجارة.

(٢) المختلف ٦: ١٥١. غاية المراد ٢: ٣١٧. نقله عن الحواشي في الروضة ٤: ٣٤٠. المسالك ٥: ١٨٦. مجمع الفائدة والقرهان ١٠: ٣٢. مفاتيح الشرائع ٣: ١٠٤. الرياض ٩: ٢٠٩.

(٣) النهاية: ٤٤٦. السرائر ٢: ٤٦٥ ـ ٤٦٦. القواعد ٢: ٢٨٦ ـ ٢٨٧. جامع المقاصد ٧: ١٢٤.

(٤) نقله في المختلف ٦: ١٥٢.

أوسطها أوسطها [١]. نعم مباشرة العين التي من مقوّمات استيفاء المنفعة من العين كركوب الدابّة وسكنى الدار مثلاً لا تحتاج إلى استئذان من المالك وإن استلزم أمانة في الجملة أيضاً لكونها من المنفعة التي ملكها بالعقد [٢].

---

[١] لأنّها أمانة في يده ولم يكن قد أذن له المالك بتسليمها من غيره كما هو المفروض فتبقى قاعدة احترام مال الغير بحالها. وجواز الإجارة له أعمّ من جواز التسليم له ؛ ضرورة عدم توقّفه عليه ؛ إذ يمكن استيفاء المنفعة ، وهي في يد الأمين. كما أنّ عقد الإجارة للأوّل لا يقتضي وجوب التسليم على المالك على وجه يرفع يده عنها ويجعلها أمانة عنده ؛ إذ ليس له بالعقد المزبور سوى التسلّط على استيفاء المنفعة الذي لا ينافي بقاءها في يد المالك ، كما لو ركب الدابّة وأراد مالكها استصحابها لحفظها أو جعلها أمانة عند غير المستأجر ، فإذا آجرها المستأجر لغيره لم يتسلّط بعقده على أزيد ممّا يتسلّط عليه الأوّل.

[٢] ومن ذلك يعرف الحال في الاستدلال للأوّل ـ بأنّ التسليم من مقتضيات عقد الإجارة ، فإذا جازت له جاز له ؛ لأنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه ـ فإنّ التسليم الذي هو مقتضاها ما كان من مقوّمات المنفعة المستحقة له بالعقد ، لا كون العين أمانة عنده ، وفي يده خاصّة الذي هو محلّ البحث ، ولعلّ المانع أراد الثاني ، والمجوّز أراد الأوّل فيكون النزاع لفظياً. كما أنّ منه يعرف الجواب عن الإشكال ، بأنّه لو توقّف التسليم على إذن المالك لم يجز الإجارة للمستأجر ؛ لعدم القدرة على التسليم من غير حاجة إلى الجواب عنه بأنّه يكفي في حصولها الإذن المتوقّعة ، فيكون حينئذٍ كالفضولي ؛ ضرورة حصول القدرة على تسليم المنفعة من غير إذن مع بقاء العين في يده ، وهو المعتبر في صحّة العقد ، لا التسليم على وجه تكون أمانة عند المستأجر الثاني ، وهو الذي نقول بتوقّفه على الإذن لمعلومية عدم جواز ائتمان الأمين غيره إلّا بالإذن من المالك. وأمّا الاستدلال عليه بصحيح الصفّار المتقدّم سابقاً في القصّار الذي دفع الثوب إلى قصّار آخر فهو مع أنّه مبني على مساواة العين المستأجرة للعمل فيها للعين المستأجرة في الحكم المزبور أولى بالدلالة على المطلوب بعد الإجماع على عدم التفصيل فيه. فيحمل حينئذٍ على كراهة الضمان مع الوثاقة ، وإن كان هو ضامناً على كلّ حال ، وذلك منطبق على المختار. نعم قد يدلّ عليه صحيح عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن رجل استأجر فأعطاها غيره فنفقت فما عليه ؟ قال : « إن كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها ، وإن لم يسمّ فليس عليه شيء »[1]. وفيه : أنّ ملاحظة الجواب بالاشتراط المزبور وعدمه تقضي بأنّ المراد بيانه الضمان من حيث ركوب الغير وعدمه لا من حيث التسليم وعدمه الذي ليس في الصحيح المزبور تعرّض له ، والدفع فيه أعم من كون العين أمانة عنده ؛ إذ يمكن ركوب الغير لها وهي في يد الأوّل. وكذا ما عساه تشعر به النصوص الكثيرة[2] في جواز إجارة الأرض ونحوها بالأقلّ والمساوي دون الأكثر. والنصوص[3] الواردة فيمن تقبّل عملاً في عين وقبّله من غيره ، باعتبار عدم تعرّض شيء منها ؛ لعدم جواز التسليم مع أنّه المتعارف الغالب الوقوع. بل في النصوص المزبورة ما هو كالصريح في تسليم العين من الغير ؛ إذ لا يخفى على من لاحظها أنّها مساقة لبيان حكم الأقل والأكثر لا ذلك. وليس فيها ما يقضي بالتسليم على وجه ترتفع يد الأوّل عنه خصوصاً ، والمسؤول فيها الأرض ونحوها التي لا استبعاد في بقاء يد الأمانة عليها وإن آجرها أو زارع عليها ؛ لعدم حاجة أمانتها إلى تكلّف أمور كثيرة. بل في نصوص العمل ما هو ظاهر في إعطاء الثوب للغلمان الذين هم تلامذته ، ويعملون بحضرته ، كما يستعمله الخيّاطون في زماننا.

---

(١) الوسائل ١٩: ١١٨، ب١٦ من الإجارة، ح ١، وفيه: «شرط». (٢) الوسائل ١٩: ١٢٤، ١٢٦، ١٢٩، ب ٢٠، ٢١، ٢٢ من الإجارة.
(٣) انظر الوسائل ١٩: ١٣٢، ب ٢٣ من الإجارة.

و[المختار] [١] أنّه لا يجوز التسليم الأماني من دون إذن، كما أنّه يجوز التسليم المنفعي بدونها، والله هو العالم. وعلى كل حال فلا إشكال في جواز الإجارة (**إلّا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه**) لنفسه، فإنّه لا يجوز حينئذٍ [٢].

نعم لو شرط بنفسه خاصة لا بأس بالإجارة من الغير مشترطاً عليه الاستيفاء له بنفسه كحمل متاع ونحوه ممّا يصحّ استيفاؤه له [٣]. أمّا إذا لم يشترط فالظاهر الفساد، وإن استوفى هو بنفسه أيضاً [٤].

(**و**) على كل حالٍ فـ(**لو شرط**) عليه (**ذلك فسلّم العين المستأجرة إلى غيره ضمنها**) ولو بتسليم انتفاع لا أمانة [٥].

نعم لو أخذ عوضاً عن هذه المنفعة، ولو أُجرة مثل لم يبعد ملكيّته لها؛ لأنّها عوض منفعته المستحقة له، وإن كان قد اشترط عليه استيفاءها بنفسه، وكذا لو غصبها غاصب منه، والله أعلم.

(**ولو آجر غير المالك تبرّعاً قيل: بطلت، وقيل: وقفت على إجازة المالك. وهو حسن**) بل هو الأصحّ [٦].

[كون الإجارة معلومة المنفعة]:

الشرط (**الرابع: أن تكون المنفعة معلومة**) [٧]، فلا يجوز حينئذٍ على المجهولة فضلاً عن المبهمة ولو بابهام العين المستأجرة. بل لابدّ من التزام العين في الذمّة كما يلتزمها بالسلم وتشخيص العين.

نعم لا بأس بها على سائر المنافع بعد العلم بها جميعها حتى مع حال عدم إمكان استيفاء إلّا على جهة البدل، فإنّه حينئذٍ يكون المستأجر مخيّراً في استيفاء أيّ منفعة شاء منها وإن كان مالكاً للجميع بالعقد. ولو لم يكن للعين إلّا منفعة واحدة معلومة كفى الإطلاق في حمل الإجارة عليها. ولو كان لها منافع متعدّدة وجب بيان المراد منها ولو الجميع.

---

[١] [كما] قد ظهر من ذلك [الذي تقدّم] كلّه.

[٢] عملاً بقاعدة «المؤمنون» التي يتعذّر الجمع بينها وبين الإجارة المفروضة، فيتعيّن بطلانها لسبق الخطاب بالأولى.

[٣] ضرورة عدم المنافاة حينئذٍ.

[٤] للتنافي حينئذٍ بين صحّة الإجارتين.

[٥] ضرورة كونه متعدّياً، وللصحيح المتقدّم[١]، **والإجماع المحكي عن الغنية**[٢].

[٦] كما أشبعنا الكلام فيه في البيع بما لم يوجد في كتاب؛ إذ التحقيق اتحاد البحث في الفضولي في جميع العقود، فلاحظ وتأمّل.

[٧] **بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه**؛ للغرر وغيره.

بل قيل: إنّ العامة الذين اكتفوا بالمشاهدة في البيع وافقوا هنا على وجوب العلم بقدر المنفعة[٣].

---

(١) الوسائل ١٩: ١١٨، ب١٦ من الإجارة، ح١.

(٢) الغنية: ٢٨٧.

(٣) قاله في مفتاح الكرامة ٧: ١٧١.

وهل يكفي في إرادة الأخير الإطلاق ؟ يقوى ذلك [١]. فيخيّر حينئذٍ المستأجر أيضاً على حسب ما عرفته فيما لو صرّح.

وعلى كلّ حال علم المنفعة (**إمّا**) أن يكون (**بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم**) طوله وعرضه وغلظه ورقّته فارسيّة أو روميّة من غير تعرّض للزمان، (**وإمّا بتقدير المدّة كسكنى الدار**) شهراً (**أو العمل على الدابّة**) مثلاً (**مدّة معيّنة**) والخياطة المعلومة يوماً من غير تعرّض لمقدار العمل [٢].

وقد يتعيّن الثاني فيما لا يمكن ضبطه إلّا به، وإن كان عملاً كالإرضاع [٣].

(**ولو قدّر المدّة والعمل**) فيما يصلح كلّ منهما ضابطاً له (**مثل أن يستأجره ليخيط هذا الثوب في هذا اليوم**) فلا ريب في الصحة مع العلم بسعة المدّة لذلك، كما لا ريب في الفساد مع العلم بالقصور [٤].

أمّا إذا كان محتملاً فـ(**قيل: تبطل**[١]) الإجارة (**لأنّ استيفاء العمل في المدّة قد لا يتفق**) فلا يكون معلوم القدرة عليه (**وفيه تردّد**) [٥]. ولعلّه [= الصحة] أقوى، خصوصاً فيما كان كالفرض من قبيل الشرط فتصحّ حينئذٍ، فإن عمله فيه استحقّ الأُجرة وإن زاد الزمان، وإلّا تخيّر المستأجر في الفسخ [٦].

وليس للأجير ذلك [٧]، فإن فسخ المستأجر قسط وقيل بأُجرة المثل[٢]، وقيل بأقلّهما[٣]. والأوّل أقوى.

وإلّا طالب بالعمل بعدها، كما لو تعذّر المسلم فيه في وقته، فإنّ المسلم إذا لم يفسخ واختار الصبر كان له المطالبة به عند وجوده.

وكذلك الكلام فيما لو أُريد التطبيق في نحو المثال المفروض على معنى الابتداء بابتدائه والانتهاء بانتهائه، فيصح مع العلم بحصوله، ويبطل مع العلم بالعدم. وفيه تردّد مع الاحتمال [٨].

---

[١] **كما عن التذكرة**[٤].

[٢] فإنّ كلاً منهما ترتفع بها الجهالة عرفاً التي هي المدار في المنع وعدمه، فيندرج حينئذٍ فاقدها في عموم الأدلّة وخصوصها.

[٣] **كما أنّه قيل: قد يتعيّن الأوّل فيما هو كذلك نحو استئجار الفحل للضراب، فإنّه يقدر بالمرّة والمرّتين دون الزمان**[٥].

[٤] للعجز عن العمل المفروض.

[٥] ينشأ من ذلك [أي من أن استيفاء العمل في المدّة قد لا يتفق فلا يكون معلوم القدرة].

ومن أنّ المسلّم خروجه من عموم الأدلّة معلوم العجز.

[٦] لفوات الشرط.

[٧] لعدم كون الشرط له، ولأنّ الإخلال جاء من قبله، ولأنّه كما لو تعذّر المسلم فيه في وقته.

[٨] **ولعلّ إطلاق البطلان في اللمعة وجامع المقاصد والروضة ومحكي التذكرة وشرح الإرشاد والتنقيح في فرض**

---

(١) المبسوط ٣: ٢١٢. السرائر ٢: ٤٥٧.

(٢) (٣) مفتاح الكرامة ٧: ١٧٩. المسالك ٥: ١٨٩.

(٤) التذكرة ١٨: ٩٦.

(٥) انظر مفتاح الكرامة ٧: ١٧١.

. . . . . .

التطبيق في المثال المفروض مبني على معلومية غلبة عدم حصوله[١].

قيل: « وهو معنى ما في المبسوط والمهذب وفقه القرآن والسرائر من توجيه البطلان في المثال بأنّه ربّما يخيط الثوب قبل مضي النهار، فيبقى بعض المدّة بلا عمل، وربّما لا يفرغ منه بيوم، ويحتاج إلى مدّة أُخرى، وتحصيل العمل بلا مدّة »[٢]. وربّما حمل عبارة المتن عليه.

وهو وإن كان قد يشهد له ظهور كون الإشارة بلفظ « القيل » في كلامه إلى من عرفت، وأنّه المراد من التقدير والمفروض باعتبار ظهوره في إرادة الجمع بين التقديرين، لا إرادة الظرفية من الزمان.

لكنه ينافيه التردّد المزبور على هذا الفرض، بل عن التحرير وحواشي الشهيد أيضاً نحو ذلك[٣]، بل عن المختلف الحكم بالصحة[٤]؛ ضرورة وضوح البطلان حينئذٍ.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ تردّده في التطبيق المأخوذ شرطاً، فإنّ الصحة حينئذٍ يكفي فيها احتمال إمكانه، لا أنّها تبطل؛ لأنّه قد لا يتفق، كما حكاه من تعليل القائل؛ إذ أقصاه تخلّف الشرط، فيتسلّط المستأجر على الخيار حينئذٍ. ويمكن أن يكون التردّد في حمل الإطلاق على التطبيق دون الظرفية. ولعلّه إليه أومئ؛ في محكي المختلف في توجيه ما اختاره من الصحة « بأنّ الغرض إنّما يتعلّق بفعله تلك المدّة وذكر الانطباق للمبالغة؛ إذ لا ثمرة مهمّة في تطبيقه على الزمان، والفراغ أمر ممكن لا غرر فيه. فعلى هذا إن فرغ قبل آخر الزمان ملك الأُجرة لحصول الغرض وهو التعجيل، ولا يجب شيء آخر. وإن انقضى الزمان قبله فللمستأجر الفسخ، فإن فسخ قبل حصول شيء من العمل فلا شيء له، وإن فسخ بعد شيء فأُجرة مثل ما عمل، وإن اختار الإمضاء ألزمه بالعمل خارج المدّة، وليس للأجير الفسخ »[٥]، وإن كنّا لم نجد ذلك له في المختلف.

نعم حكى عنه في التحرير[٦] ولعلّه أبدل به سهواً. وعلى كلّ حال فلا يتوجّه الطعن عليه ممّن تأخّر عنه بأنّ ذلك خروج عن محلّ النزاع، باعتبار أنّ مفروض المسألة التطبيق لا الظرفيه؛ لما عرفت من أنّ المقصود تنقيح حال إطلاق المتعاقدين لو صدر منهما التقدير بالمدّة والعمل، كما هو مقتضى فرض المسألة في كلامهم على حسب ما في المتن. وإنّما التقييد بالتطبيق أوّل ما صدر من الفاضل في محكي التذكرة[٧]. والأمر سهل بعد أن علمت الحكم في المسألة على جميع التقادير.

وأمّا احتمال أنّ المراد في مفروض المتن وغيره البطلان حتى مع إرادة الظرفيّة المعلوم سعتها فلا وجه له قطعاً.

بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، مضافاً إلى العمومات والخبر المتقدّم[٨] سابقاً في الإجارة على الحمل إلى مكان معلوم في زمان معيّن، والله هو العالم.

---

(١) اللمعة: ١٥٦. جامع المقاصد ٧: ١٦٢. الروضة ٤: ٣٤٢. التذكرة ١٨: ٩٧. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٢ـ ١٣. التنقيح ٢: ٢٦٧.

(٢) مفتاح الكرامة ٧: ١٧٨.

(٣) التحرير ٣: ٨٥ـ ٨٦. نقله عن الحواشي مفتاح الكرامة ٧: ١٧٨.

(٤) لم نعثر عليه ونقله في جامع المقاصد ٧: ١٦٢.

(٥) جامع المقاصد ٧: ١٦٢.

(٦) التحرير ٣: ٨٥ـ ٨٦.

(٧) انظر التذكرة ١٨: ٩٧ـ ٩٨.

(٨) الوسائل ١٩: ١١٦، ب١٣ من الإجارة، ح٢.

(والأجير الخاص) [١] (وهو الذي يستأجر[ه] مدّة معيّنة) شخصية على وجه الاستغراق، والتقييد للعمل لا الشرطية.

فإنّ المتّجه فيها حينئذٍ الخيار لفوات الشرط لا الأحكام المزبورة، بخلاف ما إذا استأجره المدّة المزبورة للعمل بنفسه كذلك، فإنّه يجري فيه الأحكام التي تسمعها، سواء كان العمل مخصوصاً أو لا، وسواء كان حرّاً أو عبداً.

قيل: ومنه أيضاً من يستأجر لعمل معيّن أوّل زمانه اليوم المعيّن بحيث لا يتوانى فيه بعده[1] [٢].

وعلى كلّ حال (لا يجوز له العمل) المملوك عليه بعقد الإجارة (لغير المستأجر) في المدّة المعيّنة (إلّا بإذنه) بل ولا غيره من الأعمال إذا كان على وجه ينافي العمل المستأجر عليه.

أمّا ما لا ينافيه فلا بأس به قطعاً كما لا بأس بعمله في غير مدّة الإجارة كالليل حيث لا يكون داخلاً، فيجوز للخياط مثلاً إذا كان أجيراً خاصّاً على الخياطة التعليم والتعلّم والعقد ونحو ذلك ممّا لا ينافيها حالها، كما يجوز للأجير على البناء فعله في الليل الآخر إذا لم يؤدّ إلى ضعف في الأوّل [٣].

[وأمّا الأجير الذي تملك سائر منافعه من أفراده فالمتجه فيه المنع] [٤].

نعم قد يتوقّف في شمول بعض المنافع لو وقع العقد بلفظ مطلق مثلاً، والمتجه فيه أيضاً الجواز مع فرض الشك في الإرادة كما هو محرّر في نظائره.

وعلى كلّ حال فـ[ـالمختار] [٥] عدم الجواز في المنافي لمعلوم الاندراج [٦].

---

[١] الذي رسم في جملة من العبارات بالمنفرد.

[٢] ضرورة كونه بمنزلة تعيين المدّة حينئذٍ.

[٣] **فما في المسالك من احتمال المنع[2]، والروضة فيه وجهان من التصرّف في حقّ الغير وشهادة الحال[3]** في غير محلّه. اللهمّ إلّا أن يريد خصوص الذي تملك سائر منافعه من أفراده. لكن المتجه فيه حينئذٍ المنع.

[٤] لكون المنفعة حينئذٍ مملوكة للمستأجر، وإن كان الأجير متشاغلاً بغيرها له إلّا مع الفحوى.

[٥] **[كما] لا خلاف في [ذلك].**

[٦] نقلاً وتحصيلاً، بل لعلّه مجمع عليه كذلك.

مضافاً إلى خبر إسحاق بن عمّار: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يستأجر الرجل بأجر معلوم فيبعثه في ضيعته فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول: اشتر بها كذا وكذا، وما ربحت بيني وبينك؟ فقال: «إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس»[4].

بناء على إرادة ما يقتضي المنع من «البأس» في المفهوم والخاص من «الأجير» فيه، ولو بمعونة ما عرفت.

---

(١) المسالك ٥: ١٨٩.

(٢) المسالك ٥: ١٨٩ ـ ١٩٠.

(٣) الروضة ٤: ٣٤٤.

(٤) الوسائل ١٩: ١١٢، ب ٩ من الإجارة، ح ١، وفيه: «بهذا» بدل «بها».

فلو آجر نفسه على العمل المستأجر عليه مثلاً فإن كان بإذن وقع العقد للمستأجر ولو أذن له فيه [١].

نعم لو كان أجيراً خاصاً على عمل خاص ، وقد أذن له في عمل غيره ممّا ينافيه كان العقد له [= الاجير] دون المستأجر [٢].

ويحتمل كونه له مطلقاً [٣].

ويحتمل العدم مطلقاً إلّا أن يرفع يده عن الإجارة وإن كان من دون إذن وقبل أن يعمل للمستأجر الأوّل شيئاً ولم يسلّمه نفسه كان كالفضولي ، باعتبار أنّه كالعقد على ماهو لغيره .

فإن أجاز أخذ المسمّى من المستأجر الثاني مالم يكن قد قبضه الأجير ، وقد أجاز ذلك أيضاً فيأخذه حينئذٍ منه حتى لو فرض كون الأُجرة عيناً مشخّصة .

نعم لو لم يجز له قبض العين المزبورة كان مخيّراً بين مطالبتهما معاً بها كما هو واضح [٤].

كوضوح مطالبته المستأجر خاصة بالأُجرة إذا لم يجز القبض في المطلقة ، ثمّ هو يرجع على الأجير بما قبض مع جهله أو علمه وبقاء العين [٥].

وإن لم يجز العقد بطل [٦].

فلو فرض عمله للثاني مع ذلك وقبله ثمّ تعقّبه عدم الإجازة كان المستأجر الأوّل مخيّراً بين فسخ عقد نفسه للتبعيض عليه ، فيرجع إلى أُجرته حينئذٍ ففي صحّة الإجارة الثانية حينئذٍ وعدمها وجهان ، تقدّما في بحث الفضولي فيمن باع ملك غيره ثمّ ملكه ، وبين عدمه فيطالب بأُجرة المثل .

---

[١] لأنّه كالإذن ببيع ماله لآخر على أنّه له ، فإن البيع لا يكون إلّا لصاحب المال فيملك هو الثمن ما لم يكن الإذن على جهة القرض ونحوه مما هو خارج عن القرض .

[٢] لعدم كونه له .

[٣] للفرق هنا بأنّ الأجير الخاصّ لم يتشخص عمله كي يكون مملوكاً للمستأجر ، وإنّما هو معامل معاملته في غير الفرض .

[٤] **وإن أطلق في الروضة مطالبة من هي في يده**[1] .

[٥] **فما في القواعد من إطلاق التخيير له في المطالبة لكلّ منهما كأُجرة المثل حينئذٍ إذا لم يجز**[2] في غير محلّه ، وإن وجّه بأنّ الأُجرة لا تزيل عدوان المؤجر ، إلّا أنّه كما ترى .

[٦] لما عرفت .

ولأنّ الحكم بصحّة الأُولى يقتضي البطلان في الثانية ؛ ضرورة عدم إمكان الحكم بصحّتهما معاً ، ولا وجه لبطلانهما كذلك ، ولا لبطلان الأُولى ، فيتعيّن الأخيرة .

---

(١) الروضة ٤ : ٣٤٦ .

(٢) القواعد ٢ : ٢٩١ .

وكذا لو كان عمله بجعالة مثلاً [١]، ولو كان عمله للغير تبرّعاً وكان العمل ممّا له أُجرة في العادة [٢].

[فالمتجه الرجوع عليه خاصة إذا فرض كون عمله للغير من غير علم أو من غير استدعاء].

بل ينبغي القطع به، كما في الأجير الخاصّ الذي قد ملكت منه منفعة خاصّة فعمل غيرها ممّا ينافيها للغير من غير استدعاء منه.

بل لو كان ذلك باستدعاء منه أو بعقد إجارة وإن كان فاسداً رجع على الأجير خاصّة بأُجرة مثل عمله الذي فوّته عليه، واستحقّ الأُجرة على من عمل له بأمره أو بالإجارة الفاسدة أُجرة المثل للعمل الذي عمله له [٣]، ولا يملكها المستأجر الأوّل [٤].

---

[١] **واحتمال الانفساخ باعتبار أنّه كتلف المبيع قبل القبض ـ كما عن الشيخين وسلّار وأبي الصلاح والمصنّف في النافع**[1] ـ يدفعه منع كونه منه، بل هو كغصب بعض المبيع قبل قبضه، الموجب للخيار لا الانفساخ، بل لعلّه كذلك أيضاً في إتلاف البائع له في وجه الذي هو نحو ما نحن فيه. وعلى كلّ حال فلا يشكل شيئاً من ذلك أنّ الحرّ وإن صار أجيراً خاصّاً إنّما يكون المملوك له العمل عليه في الذمّة، فلا يتشخّص من دون نيته، بخلاف العبد والدابة ونحوهما مما تكون المنفعة فيه مملوكة تبعاً لملك العين، ومن هنا لا يضمن منافعه بالفوات؛ لأنا نقول: أوّلاً يمكن صيرورته كالعبد حينئذٍ بالإجارة بالنسبة إلى ملك منفعته الخاصة. وثانياً: أنّه وإن كان كلّياً في ذمته إلّا أنّه باعتبار حصره عليه بالمباشرة والمدة صار كالشخصي وجرى عليه حكم الفضولية وغيرها كما هو واضح.

[٢] **ففي الروضة: «تخيّر مع عدم فسخ عقده بين مطالبة من شاء منهما بأُجرة المثل، وإلّا فلا شيء وفي معناه عمله لنفسه»**[2]. وفيه ـ بعد تخصيص محلّ الفرض بالأجير الخاصّ الذي تملك سائر منافعه ـ: أنّ المتّجه الرجوع عليه خاصّة إذا فرض كون عمله للغير من غير علم أو من غير استدعاء، فإنّه لا يزيد على عبد الغير الذي يعمل في مال الغير بلا علم منه، أو من غير استدعاء.

[٣] لأنّها عوض عمله.

[٤] لأنها ليست عوض عمله الذي فات عليه.

وقال في الروضة أيضاً: «ولو حاز شيئاً من المباحات بنيّة التملّك ملكه، وكان حكم الزمان المصروف في ذلك ما ذكرنا»[3] **أي الرجوع إلى أُجرة المثل إن لم يفسخ العقد.**

وفيه: أنّه يمكن دعوى ملكية المباح للمستأجر إذا كان أجيراً خاصاً مملوكة سائر منافعه على وجه يندرج فيه حيازة المباحات أو كان أجيراً خاصّاً بالنسبة إليها؛ لأنّه حينئذٍ بناءً على صحّة الإجارة على هذا الوجه يكون العمل البارز منه مملوكاً للمستأجر، وتكون يده بسبب الإجارة يد المستأجر، فيملكه حينئذٍ وإن نوى خلافه؛ لأنّه بمنزلة من نوى التملّك فيما حازه غيره، وبمنزلة حيازة العبد. وربّما يؤمئ إلى ذلك في الجملة إجراء حكم الفضولية على عمل الأجير الخاصّ، كما عرفت.

---

(١) المقنعة ٣: ٦٤٠. المبسوط ٣: ٢٤٢. المراسم: ١٩٦. الكافي: ٣٤٩. انظر المختصر النافع: ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٢) الروضة ٤: ٣٤٧.

(٣) الروضة ٤: ٣٤٧.

هذا كلّه قبل عمل الأجير للمستأجر شيئاً وقبل أن يسلّمه نفسه.

أمّا إذا عمل له أو سلّمه نفسه ثمّ آجر نفسه [١] وحينئذٍ فإن عمل للغير بعض المدّة بأُجرة تخيّر المستأجر الأوّل بين فسخ عقد نفسه للتبعيض وبين عدمه، فيتخيّر في إجازة العقد الآخر على حسب ما عرفته.

وهل له فسخ عقد نفسه في خصوص المدّة التي عمل فيها للغير؟ احتمل ذلك، إلّا أنّ الأقوى العدم، كما في التبعيض في البيع، والله أعلم.

(**ولو كان**) الأجير (**مشتركاً جاز**) عمله في الجملة من غير إذن لنفسه ولغيره باجارة أو تبرّعاً.

(**وهو**) [٢] (**الذي يستأجر لعملٍ مجرّدٍ عن المدّة**) تشخيصها أو عن استغراقها أو عن المباشرة أو عن جميع

---

[١] **ففي بعض كتب بعض مشايخنا: «ليس للمستأجر الأوّل إلّا أُجرة المثل فيما بقي، وليس له فسخ عقد نفسه، سواء كان المستأجر الثاني استوفى المدّة أولم يستوفها» مستشهداً على ذلك بما ذكره غير واحد من الأصحاب، بل جميعهم من أنّ غصب المؤجر والأجنبي بعد القبض لا يسلّط المستأجر على الفسخ» ثمّ قال: فما وقع للشهيد الأوّل في الحواشي من أنّ له فسخ عقد نفسه، فإن كان ذلك قبل أن يعمل الأجير له شيئاً فلا شيء عليه، وإن كان بعده تبعّضت الإجارة ولزمه من المسمّى بالنسبة... وتبعه عليه ثاني الشهيدين وفاضل الرياض، خلاف ما تقدم لهما ولكافّة الأصحاب»**[١].

وفيه:

إنّ مرادهم بالأجير الخاصّ الذي ذكروا فيه الحكم المزبور الحرّ؛ لأنّه المنساق منه، وتسليم العمل المستأجر عليه ليس إلّا بإبرازه.

أو بتسليم نفسه حتى تمضي المدّة.

ولا يقوم تسليم نفسه في بعض المدّة مقام تسليم المنفعة بالنسبة إلى عدم الخيار، وكذا فعل بعض العمل، وحينئذٍ فيتجه الفرق بين ما هنا وبين ما ذكروه في غصب العين المستأجرة بعد تسليمها.

وإن كان من المؤجر الذي هو كغصب المبيع من المشتري كما هو واضح.

ويأتي إن شاء الله له مزيد تحقيق.

نعم يتمّ ما ذكره في العبد الذي هو أجير خاصّ.

إلّا أنّه غير مراد لهم بالنسبة إلى الحكم المزبور.

[٢] **كما عن المبسوط**[٢] **والوسيلة**[٣] **والتحرير**[٤] **والسرائر**[٥].

---

(١) قاله في مفتاح الكرامة ٧: ١٧٤.

(٢) المبسوط ٣: ٢٤٢.

(٣) الوسيلة: ٢٦٧.

(٤) التحرير ٣: ١٣٠.

(٥) السرائر ٢: ٤٧٠.

القيود أو بعضها، فيكون حينئذٍ له أفراد متعدّدة [١].

والأمر سهل بعد ما عرفت القيود المعتبرة في الأجير الخاص، فإنّ المشترك حينئذٍ هو فاقدها، أو بعضها [٢].

نعم قد يكون على وجه تحصل المنافاة بينهما كأن يوجر نفسه مدّة حياته مع تعيين المباشرة، فلا يجوز حينئذٍ [٣].

---

[١] **وإن اقتصر في جامع المقاصد[١] والمسالك[٢] على ثلاثة وهي المجرّدة عن المدّة أو عن المباشرة أو عنهما.**

كما أنّه في خبر عمر بن خالد عن زيد عن آبائه عليهم السلام: الاقتصار في تفسير المشترك بعد السؤال عنه بأنّه «الذي يعمل لي ولك»[٣]. ولكن يمكن إرادة الجميع مالا ينافي ما ذكرنا.

بل يمكن استفادة أكثرها من نحو المتن بحمل «المدّة» في كلامه على المدّة المعتبرة في الأجير الخاص، وهي الشخصية المستغرقة للعمل، وإن كان لا يشمل المجرّد عن المباشرة دونها.

[٢] كسهولة الوجه فيما سمعته: من أنّ حكمه الجواز؛ للأصل والعمومات السالمة عما يعارضها، حتى المنافاة بين الإجارتين؛ ضرورة عدمها؛ لأنّ العمل المستأجر عليه فيه ليس هو إلّا كدين في ذمّته. **ولذا عرّفه في محكي الانتصار[٤] والغنية[٥] والتذكرة[٦] والمختلف[٧] بأنّه الذي يستأجر على عمل في الذمة. بل عن ظاهر الأوّلين الإجماع عليه[٨]. ويقرب فيه ما عن التنقيح من «أنّه الذي يستأجر لعمل مطلق معيّن أو لزمان مطلق مضبوط»[٩] مجرّد عن المباشرة.**

وما عن مجمع البرهان: «من أنّه الذي يعمل عملاً معلوماً في زمن معيّن كلّي إمّا مع تعيين المباشرة أو مطلقاً»[١٠].

فلا ينافيه حينئذٍ دين آخر عليه، بل لا ينافيه صيرورته أجيراً خاصاً لآخر.

[٣] كما في الرياض؛ للمنافاة بينه وبين عمل ما استؤجر عليه للأوّل، وهو في معنى الخاصّ بالإضافة إلى قدر المدّة للعمل الأوّل[١١]، وإن كان قد يناقش في أصل صحّة المثال بالغرر، وفي جريان ما سمعته من أحكام الأجير الخاصّ عليه أيضاً، كالفضولية ونحوها، بل أقصاه عدم مضي الإجارة الثانية المنافية بل بناء على عدم النهي عن الضد احتمل بعضهم الصحة كما ستسمعه.

---

(١) جامع المقاصد ٧: ١٥٩ ـ ١٦٠.
(٢) المسالك ٥: ١٩١.
(٣) الوسائل ١٩: ١٥٢، ب ٣٠ من الإجارة، ح ١٣.
(٤) الانتصار: ٤٦٦.
(٥) الغنية: ٢٨٨.
(٦) التذكرة ١٨: ٢٣٨.
(٧) المختلف ٦: ١٥١.
(٨) التنقيح ٢: ٢٧٦.
(٩) حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ١٧٥.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ١٤.
(١١) الرياض ٩: ٢٣٠ ـ ٢٣١.

. . . . . .

ومنه يعرف ما في المحكي عن الشهيد من القول: بأنّ الإطلاق في كلّ الإجارات يقتضي التعجيل، وأنّه تجب المبادرة إلى ذلك الفعل، فإن كان مجرّداً عن المدّة خاصة فبنفسه، وإلّا تخيّر بينه وبين غيره، وحينئذٍ فيقع التنافي بينه وبين عمل آخر في صورة المباشرة.

وفرّع عليه عدم صحّة الإجارة الثانية في صورة التجرّد عن المدّة مع تعيين المباشرة، كما منع في الأجير الخاصّ ويرشد إليه ما تقدّم في الحج من عدم صحّة الإجارة الثانية مع اتحاد زمان الايقاع نصّاً أو حكماً كما لو أطلق فيهما، أو عيّن في إحداهما بالسنة الأُولى، وأطلق في الأُخرى[1].

إلّا أنّه في الروضة بعد أن حكاه عنه قال: «وما ذكره أحوط، لكن لا دليل عليه إن لم نقل باقتضاء مطلق الأمر الفور»[2]. ومقتضاه أنّ دليله واضح إن قلنا باقتضائه.

مع أنّ في المسالك قال: «لو سلّمنا حينئذٍ ذلك فالأمر بالشيء إنّما يقتضي النهي عن ضدّه العام، وهو الأمر الكلّي لا الأفراد الخاصة. سلّمنا لكن النهي في غير العبادة لا يدلّ على الفساد، وما ذكره في الحج ليس بحجّة بمجرّده، ويتفرّع على ذلك وجوب مبادرة أجير الصلاة إلى القضاء بحسب الإمكان، وعدم جواز إجارته نفسه قبل الإتمام، وأمّا تخصيص الوجوب بصلوات مخصوصة وأيام معيّن فهو من الهذيانات الباردة والتحكّمات الفاسدة»[3].

قلت: التحقيق عدم اقتضاء الإطلاق التعجيل؛ لعدم فهمه من العقد، وعدم الدليل عليه من الشرع، والحج بعد تسليمه إنّما هو لدليل خاص، ولا ينافي ذلك اقتضاء العقد الحلول المقابل للتأجيل؛ لأنّه أعمّ من التعجيل المزبور.

بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعدم وجوبه، حتى مع المطالبة المقتضية وجوب الدفع على حسب ما اقتضاه العقد من الفعل في أزمنة الإمكان على المتعارف المستفاد من إطلاق الأمر بالوفاء، وليس هو كالدين الذي يجب تعجيله بالمطالبة مع الإمكان؛ لعدم الدليل بل ظاهر إطلاق الأمر بالوفاء يقتضي خلافه، مضافاً إلى السيرة في عدم التعجيل المزبور في سائر الأعمال المستأجر عليها على وجه الإطلاق.

ولو سلّم فالإنصاف اقتضاؤه الفساد في الإجارة الثانية، مع اعتبار المباشرة فيهما، وعدم رضا الأوّل بالعمل لغيره بناء على النهي عن الضدّ؛ ضرورة كون العمل المستأجر عليه ثانياً محرّماً عليه حينئذٍ، فلا تصح الإجارة، فما سمعته من المسالك لا يخفى ما فيه.

بل قد يقال بالفساد، وإن لم نقل بالنهي عن الضدّ، باعتبار اقتضاء الفورية المفروضة عدم التمكّن شرعاً من غيره. ولعلّه إلى ذلك أومأ في الروضة بما سمعته منه، مع احتمال الصحّة وتسلّط المستأجر الثاني على الخيار إذا كان جاهلاً بالحال، بل قد يحتمل ذلك أيضاً بناء على النهي عن الضدّ أيضاً؛ ضرورة اقتضاء ذلك الحرمة مع المنافاة دون غيرها، كما لو آجره بعد ذلك، فيتسلّط المستأجر على الخيار حينئذٍ مع جهله بذلك.

---

(١) نقله في المسالك ٥: ١٩٢.
(٢) الروضة ٤: ٣٤٩.
(٣) المسالك ٥: ١٩٢.

كما أنّه قيل[١] في حكم مانحن فيه من الأجير المشترك: إذا كان فاقد المباشرة خاصّة دون المدّة أنّ له إجارة نفسه من الغير إجارة مطلقة وفي المدّة مع تعيين المباشرة وبدونها، فإذا طالبه المستأجر الأوّل بما استأجره عليه أدّاهُ له بنفسه أو بغيره، فلو عصى ولم يفعل كان له فسخ عقد نفسه، فلو لم يفسخ طالبه بأُجرة المثل عنه في ذلك المدّة، وليس له فسخ عقد غيره ولا مطالبته بأُجرة المثل، وإذا كان فاقد المدّة دون المباشرة فيجوز له إيقاع إجارة مطلقة.

وأمّا الخاصة فقد يحتمل المنع، والأقوى الجواز إذا لم تكن على وجه تحصل المنافاة فيه؛ لإمكان الجمع حينئذٍ بفعل الأولى بعد مضي زمان الإجارة الثانية.

نعم، لو طلبه منه فلم يفعل فله فسخ عقد نفسه، والرضا بالعمل متى ما عمله، وليس له المطالبة بأُجرة المثل لكلّ من المؤجر والمستأجر، ولا فسخ العقد.

وإذا كان فاقدهما جاز له الإجارة المطلقة والخاصة، وله فسخ عقد نفسه أيضاً بالتأخير الكثير إذا طلبه منه فلم يفعل.

وهو جيّد [١].

(وتملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الأُجرة به) [٢].

[وإن توقف في بعض أفراد العقد على أمر آخر كالقبض في الصرف ونحوه] [٣].

---

[١] وإن كان يمكن المناقشة في أُجرة المثل في الأوّل الذي تذكر المدّة فيه على جهة الشرطية، وفي الخيار فيه، بل في الثلاثة بعدم الفعل مع المطالبة، ولو مع التأخير الكثير الذي ينبغي التقييد به في الثاني أيضاً.

بأنّ المتجه في الأوّل التسلّط على الخيار، لفوات الشرط لا أُجرة المثل، وفي الثاني الزام الحاكم له بالتسليم في أوّل أزمنة الإمكان لا الخيار.

إلّا أنّه قد تدفع الأُولى بأنّ الفرض التشخيص في المدّة، لكن يتجه فيه الانفساخ حينئذٍ لا الخيار.

وبأنّ الخيار هو الجابر لما يفوت من حيث المعاوضة، كما لا يخفى على من لاحظ موارده، فتأمل، والله هو العالم.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه**، مضافاً إلى أنّ ذلك مقتضى العقد، والمراد من انشائه.

بل هو مقتضى ما دلّ على إفادة العقد الملك، وتسبيبه له من «أوفوا»[٢] وغيره؛ لأصالة عدم اعتبار أمر آخر عليه. كما أنّه مقتضى ما دلّ على حصوله بالاستئجار المتحقق بالعقد نحو الشراء والبيع، بل لم يقل أحد بالفصل بينهما. ولا ينافي ذلك توقّفه في بعض أفراد العقد على أمر آخر، كالقبض في الصرف ونحوه.

[٣] للدليل، **خلافاً لبعض العامة فزعم عدم ملك المنفعة بالعقد**[٣]؛ لأنّها معدومة، وإنّما يملكها على التدريج بعد وجودها وحدوثها على ملك الموجر، وملك الأُجرة تابع لملك المنفعة، فلا يملكها المؤجر إلّا تدريجاً، وهو كما ترى.

---

(١) جامع المقاصد ٧: ١٦٠.

(٢) المائدة: ١.

(٣) المغني (لابن قدامة) ٦: ١٧.

(وهل يشترط) هنا (اتصال مدّة الإجارة) لو كانت مقدّرة (بالعقد) فلو كانت منفصلة لم يصحّ (قيل) [١] : (نعم ولو أطلق بطلت) [٢] (وقيل) [٣] : (الإطلاق يقتضي الاتصال ، وهو أشبه) [٤] .

[والتحقيق عدم اعتبار الاتصال وعليه فهل تجوز الكلّية أو لابد من التعيين ولو في زمان متأخّر عن العقد ؟ يحتمل الأوّل] [٥] .

وقد يقوى التفصيل بين الأعيان والأعمال فيعتبر التعيين في المدّة في الأولى دون الثانية التي مرجع المدّة فيها إلى تقدير نفس العمل [٦] .

---

[١] والقائل الشيخ .

[٢] قال في المحكي من مبسوطه : « لو آجره الدار في شهر مستقبل بعدما دخل ـ حين العقد ـ فإنّه لا يجوز »[١] .

وقال في المحكي من خلافه : « إذا قال : آجرتك الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت وأطلق فإنّه لا يجوز . وكذا لو آجره الدار في شهر مستقبل بعد ما دخل فإنّه لا يجوز ؛ لأنّ عقد الإجارة حكم شرعي ، ولا يثبت إلّا بدلالة شرعية ، وليس على ثبوت ذلك دليل »[٢] .

[٣] والقائل الأكثر .

[٤] بمراعاة أصالة إرادة المسلم الوجه الصحيح ، ولفهم أهل العرف ذلك حتى صار كأنّه وضع عرفي ، كما يشهد له النصوص[٣] الدالّة على الصحة في المتعة مع الإطلاق . وكأنّ غرض المصنّف بهذه العبارة خصوصاً بعد ذكره مسألة الانفصال : التعرّض لتنزيل الإطلاق على الاتصال وعدمه .

لكن فيه : أنّ مثل ذلك لا يؤدّى بمثل هذه العبارة كما هو واضح ، بل ليس وظيفة الفقيه التعرّض لمثله ؛ ضرورة كون المدار على الفهم العرفي . بل يمكن أن يكون مراد الشيخ من « الإطلاق » الذي حكم ببطلانه الكلي الذي هو حقيقة اللفظ مفرّعاً له على اعتبار الاتصال في الصحّة ، والكلّية أعمّ منه ، فيبطل . فالمناسب البحث معه في ذلك ، وأنّه بناءً على عدم اعتبار الاتّصال كما هو التحقيق تجوز الكلية ؟ أو لابدّ من التعيين ولو في زمان متأخّر عن العقد يحتمل الأوّل .

[٥] لإطلاق الأدلّة وعمومها .

وربّما يشهد له جملة من كلمات الأصحاب في مسألة « آجرتك كلّ شهر بدرهم » وأمثلتهم ، وفي مسألة « الأجير المشترك والمختص » ، وأمثلتهم [و] في مسألة تقدير المنفعة بالعمل والمدّة .

بل كاد يكون صريحاً في جامع المقاصد في المقام[٤] ، والأخير وظاهر بعضهم ، وصريح آخر الثاني ؛ للجهالة والغرر[٥] .

[٦] بل في محكي التذكرة نفي الخلاف من اعتبار التعيين في الأُولى[٦] .

وإذا أمكن تنزيل عبارة المتن [الشرائع] على البحث عن ذلك كان أولى .

---

(١) المبسوط ٣ : ٢٣٠ .
(٢) الخلاف ٣ : ٤٩٦ .
(٣) الوسائل ٢١ : ٧٢ ب ٣٥ من المتعة ح ١ .
(٤) جامع المقاصد ٧ : ١٣٥ ، ٢٢٧ .
(٥) التذكرة ١٨ : ٢٢٧ .
(٦) التذكرة ١٨ : ٢٢٤ .

(و) كيف كان فـ(لو عيّن شهراً) معيّناً (متأخّراً عن العقد قيل)[١]: (تبطل)[٢].

(والوجه الجواز)[٣].

وكيف كان فقد عرفت أنّ المستأجر يملك المنفعة بالعقد.

كما أنّ المؤجر يملك الأُجرة به إلّا أنّه ملك غير مستقرّ، وإنّما يستقرّ بالاستيفاء[٤].

أو بما هو في حكمه كما (إذا سلّم العين المستأجرة) للمستأجر وقبضها (ومضت) مدّة الإجارة لو كانت مقدّرة بها.

أو (مدّة يمكن فيها استيفاء المنفعة) لو كانت مقدّرة بالعمل، سواء استوفى أم لا؛ لعذر أم لا[٥]، فإنّه إذا كان كذلك (لزمته الأُجرة)[٦] حتى لو كانت الإجارة فاسدة، وإن كان اللازم فيها أُجرة المثل[٧].

---

[١] والقائل الشيخ كما سمعت وأبو الصلاح[(١)].

[٢] [وذلك:]

١ ـ لما عرفت.

٢ ـ ولعدم القدرة على التسليم.

[٣] وفاقاً للمشهور.

بل في محكي التذكرة الإجماع عليه[(٢)].

بل عن السرائر بعد حكاية ما سمعته من المبسوط ما نصّه: «لم يذكر ـ يعني في المبسوط ـ أنّ ذلك قولنا، أو قول غيرنا، ولا يظنّ ظانّ أنّ ذلك قول لأصحابنا»[(٣)] إلى آخره.

لعموم الأدلّة؛ ولأنّ شرط الاتصال يقتضي عدمه؛ لأنّ كلّ واحد من الأزمنة التي تشتمل عليها مدّة الإجارة معقود عليه، وليس غير الجزء الأوّل متصلاً بالعقد، ومتى كان إتصال باقي الأجزاء غير شرط، فكذا اتصال الجميع، والقدرة على تسليم المعقود عليه متحققة كما هو واضح، والله العالم.

[٤] بلاخلاف (و) لا إشكال.

[٥] كما عن التذكرة التصريح به[(٤)].

[٦] بلا خلاف معتدّ به.

[٧] فما عن التذكرة[(٥)] والتحرير[(٦)] من احتمال عدم شيء له فيها في غير محلّه.

---

(١) المبسوط ٣: ٢٣٠. الكافي: ٣٤٩.

(٢) التذكرة ١٨: ٦٦.

(٣) السرائر ٢: ٤٥٨.

(٤) التذكرة ١٨: ٢٩٨ ـ ٢٩٩.

(٥) التذكرة ١٨: ٢٩٧.

(٦) التحرير ٣: ١٢٥.

بل لا فرق في ذلك كلّه بين العين الشخصية والكلّية ، والتقدير بالمدّة والعمل [١] ، وحينئذٍ فقول المصنّف : (**وفيه تفصيل**) في غير محلّه [٢] . (**وكذا لو استأجر داراً وتسلّمها ومضت المدّة ولم يسكن**) [٣] .

---

[١] لعموم الأمر بالوفاء[١] ، واستصحاب الملك ، وعدم المانع من قبل المؤجر ، وكون العين مضمونة المنافع في يده . والخبر : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً فقال : آجرنيها بكذا إن زرعتها أو لم أزرعها أعطيتك ذلك فلم يزرعها الرجل ؟ قال : « له أن يأخذ ، إن شاء ترك وإن شاء لم يترك »[٢] . وخبر ابن يقطين : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكتري السفينة سنة أو أقلّ أو أكثر ؟ قال : الكري لازم إلى الوقت الذي اكتراه إليه والخيار في أخذ الكري إلى ربّها ، إن شاء أخذ وإن شاء ترك »[٣] . ونحوه خبر عليّ ابنه[٤] وخبر سهل[٥] وخبر أبي بصير[٦] . بل الظاهر أنّ المراد من الحكم فيها بلزوم تمام الكري إلى الوقت دفع وهم احتمال نقص الكري بقدر التعطيل لو تعطّلت في بعض المدّة . وإجماع الغنية على « ما إذا استأجر دابّة ليركبها إلى مكان بعينه فسلّمها إليه فأمسكها مدّة يمكنه المسير فيها ولم يفعل »[٧] . وغير ذلك .

[٢] وإن حكي عن نسخة قرئت على المصنّف أنّه وجد مكتوباً عليها أنّ المراد إن سلّم العين وكانت مقيّدة بمدّة معيّنة لزمت الأُجرة انتفع أم لا ، وإن كانت على عمل كالدابّة تحمل المتاع لزمت في المدّة أُجرة المثل ، والإجارة على العمل باقية . وهو أحد الوجوه المحتملة فيه في المسالك ، فإنّه احتمل أن يكون المراد منه الفرق بين المعيّنة فتستقرّ دون المطلقة[٨] ، أو بين المعيّنة بوقت ، دون المتعلّقة بالذمة مجردة عن الزمان ، فتستقر في الأُولى دون الثانية ؛ لأنّ جميع الأزمنة صالحة لها ، أو بين الحرّ وغيره فتستقر في الثاني دون الأوّل . لكن الأوّلين كما ترى . وإن حكي أوّلهما عن الشيخ ، وثانيهما عن المهذّب البارع وإيضاح النافع[٩] . وأمّا الثالث فليس مشمولاً للعبارة ؛ ضرورة إرادة العين المملوكة على أنّه سيصرح بخلافه في الاستئجار على قلع الضرس الشامل للحرّ وغيره . بل قوله [ذلك] .

[٣] ظاهر في كون المراد من الأوّل غير المعيّنة بوقت فلا معنى لحمل التفصيل عليه ، فيتعيّن حينئذٍ حمله على الأوّل . لكن فيه أيضاً : أنّه إن كان المراد بالمطلقة غير المعيّن من الدابّة ، كما لو استأجر منه دابّة كلّية موصوفة فدفع إليه المؤجر المطابقة ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء ولم يستوف فالمتجه حينئذٍ كونها كالشخصية بالقبض ؛ لأنّه مشخّص للكلّي . وإن أراد بالمطلقة الإجارة المطلقة بمعنى استئجاره مثلاً على حمل شيء إلى مكان معلوم من غير تعيين للحامل دابّة أو غيرها ، فدفع دابّة لذلك ولم يستوف ، فهو وإن كان يمكن منع استقرار الأُجرة بمضي المدّة في مثله ، إلّا أنّه مناف لما فرض المسألة فيه ، وهو تسليم العين المستأجرة ؛ ضرورة عدمها في الفرض . اللهمّ إلّا أن يراد بها ما يشمل ذلك ، والأمر سهل في المراد من العبارة بعد معلومية الحكم على كلّ تقدير .

---

(١) المائدة : ١ .
(٢) الوسائل ١٩ : ١٢٣ ، ب ١٨ من الإجارة ، ح ١ .
(٣) الكافي ٥ : ٢٩٢ ، ح ١ . الوسائل ١٩ : ١١٠ ، ب ٧ من الإجارة ، ذيل ح ١ .
(٤) الفقيه ٣ : ٢٥١ ، ح ٣٩١٠ . الوسائل ١٩ : ١١٠ ، ب ٧ من الإجارة ، ذيل الحديث ١ .
(٥) التهذيب ٧ : ٢١٠ ، ح ٩٢١ . الوسائل ١٩ : ١١٠ ، ب ٧ من الإجارة ، ذيل الحديث ١ .
(٦) التهذيب ٧ : ٢١٠ ، ح ٩٢٢ . الوسائل ١٩ : ١١٠ ، ب ٧ من الإجارة ، ذيل الحديث ١ .
(٧) الغنية : ٢٨٦ .
(٨) المسالك ٥ : ١٩٥ .
(٩) المبسوط ٣ : ٢٣١ . المهذب البارع ٣ : ٢٤ ـ ٢٥ . نقله في مفتاح الكرامة ٧ : ١١٩ .

[ولو استأجر منه دابّة كلية موصوفة فدفع إليه المؤجر المطابقة ومضت مدّة يمكن فيها الاستيفاء ولم يستوف فالمتجه كونها كالشخصية بالقبض، وإن استأجر مثلاً على حمل شيء إلى مكان معلوم من غير تعيين للحامل دابّة أو غيرها فدفع إليه دابّة لذلك ولم يستوف فإنّه يمكن منع استقرار الأجرة فيه]. ومثل التسليم في ذلك كلّه بذل العين للمستأجر حتى مضت المدّة المزبورة، فلم يأخذها المستأجر [١]. نعم ليس هنا أجرة المثل مع فرض فساد الإجارة؛ لعدم القبض، ولكن قد يشكل ذلك في غير العين المشخّصة المقيّدة بزمان بان الحال فيه كدفع المديون الدين فامتنع الديّان من قبضه [٢].

فينحصر الأمر حينئذٍ في الحاكم، فإن لم يكن كان تلفه من الديّان. وعلى كلّ حال يتجه الحكم هنا بذلك [٣]. ولو دفع المستأجر على عمل عيناً إلى الأجير ليعمل فيها العمل وكانت الإجارة مقدّرة بالزمان حقيقة أو حكماً كما لو ذكر ابتداء العمل في وقت معيّن ثمّ لا يتوانى فيه حتى يتم فمضت المدّة التي يمكن فيها العمل فلم يفعل وطلب المالك العين فلم يدفعها له صار غاصباً، بل وإن عمل بعد ذلك لم يستحقّ أُجرة وإن لم يطلبه المالك. نعم لو لم تكن مقدّرة بالمدّة فالظاهر استحقاق الأجرة وإن طلبه المالك منه. بل وكذا لو كانت المدّة مذكورة شرطاً وإن تسلّط على الخيار بفوات الشرط لكنّه يستحقّ حينئذٍ أُجرة المثل (**أو استأجر**)[١] الحرّ أو عبده (**لقلع ضرسه فمضت المدّة التي يمكن إيقاع ذلك فيها**) وكان المؤجر باذلاً نفسه له (**فلم يقلعه المستأجر استقرّت الأُجرة**) [٤]. نعم يأتي الكلام السابق فيما إذا لم تكن مقيّدة بزمان حقيقة أو حكماً من اعتبار تعذر الحاكم وعدمه.

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه** بين من تعرّض له للأدلّة السابقة.

[٢] وقد ذكر هناك غير واحد قيام الحاكم مقام المالك في القبض. بل قيل: فإن لم يكن فعدول المؤمنين[٢]، وإن كان قد يناقش في قيامهم مقامه هنا بما ذكرناه في محلّه.

[٣] اللهمّ إلّا أن يستند إلى الأدلّة السابقة، مؤيّداً بأنّ القبض الذي تدور عليه هذه الأحكام عبارة عن التخلية التي قد فرض حصولها، فلا يحتاج إلى الحاكم حينئذٍ؛ لصدق القبض حينئذٍ، فتأمّل جيّداً.

[٤] أمّا في العبد الذي قد تسلّمه فواضح؛ لأنّه من العين المستأجرة التي قد عرفت الكلام فيها. **وأمّا الحرّ فهو وإن كان قضية إطلاق المتن ومحكي المبسوط والسرائر والتحرير والإرشاد ذلك فيه أيضاً**[٣]. **بل عن التذكرة: أنّه الأقرب**[٤]. **بل في المسالك الجزم به**[٥]؛ لبعض الأدلّة السابقة. **لكن قد يشكل بما في جامع المقاصد ومحكي مجمع البرهان من أنّ منافع الحرّ لا تدخل تحت اليد استقلالاً ولا تبعاً؛ لعدم ملكية العين**[٦]، **ولذا لا تضمن إلّا بالاستيفاء. بل قيل: «إنّه خيرة غصب الشرائع والتحرير وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك والروضة والرياض»**[٧]. وقد يدفع بأنّ منافع الحرّ بعد العقد عليها واستحقاقها صارت مالاً، فمتى بذلها لمستحقها فلم يقبلها كان تلفها منه، نحو غيرها من الأموال.

---

(١) في الشرائع: «استأجره».
(٢) لم نعثر عليه.
(٣) المبسوط ٣: ٢٢٢. السرائر ٢: ٤٥٨. التحرير ٣: ١٢٨. الإرشاد ١: ٤٣٢.
(٤) التذكرة ١٨: ٢٩٩.
(٥) المسالك ٥: ١٩٥.
(٦) جامع المقاصد ٧: ١١٥. مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ١٨.
(٧) مفتاح الكرامة ٧: ١٢٠.

هذا كلّه مع بقاء الألم الذي يقلع الضرس له عادة.

(أمّا لو زال الألم عقيب العقد سقطت الأُجرة) [١] فلا يصح الاستئجار عليه [٢]. [كالاستئجار على قطع اليد بلا سبب]. أمّا لو فرض وجود سبب كالأكلة ونحوها ممّا يقطع بها عند العقلاء جاز بلا إشكال [٣].

(ولو استأجر شيئاً) معيّناً (فتلف قبل قبضه بطلت الإجارة) [٤].

٢٧٧/٢٧

---

[١] لتعذّر متعلّقها شرعاً باعتبار عدم جواز القلع، وإدخال الألم على النفس بغير ضرورة.

[٢] إذ هو حينئذٍ كالاستئجار على قطع اليد ونحوه من غير سبب يوجبه.

[٣] **ولا خلاف** كما هو واضح، والله العالم.

[٤] **بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به في محكي التذكرة**[١]؛ لفحوى ما دلّ عليه في البيع من النبوي[٢] وخبر عقبة[٣] وغيرهما.

بل ظاهر الأصحاب في المقام اتحاد الحكم في المقامين، وأنّ المنفعة هنا بمنزلة المبيع، والأُجرة هنا بمنزلة الثمن. ومن هنا يتجه جريان جميع ما تقدّم هناك في المقام، كالبحث عن تلف الثمن المعيّن، وعن التلف بغير الآفة السماوية كتلف الأجنبي، والبائع والمشتري، وعن تقيّد الحكم بما إذا لم يكن عدم القبض من امتناع المستحقّ، أو بسؤاله البقاء في يد البائع، وغير ذلك مما تقدّم هناك، فلاحظ وتأمّل.

لكن قد يقال هنا: إنّ الوجه في التعدية المزبورة ـ مع اختصاص الدليل في البيع ـ هو بناء أمثال هذه العقود على المعاوضة الشرعية والعرفية التي هي بمعنى تبديل سلطنة بسلطنة، بل لعلّ ذلك من مقوّماتها، فتعذّره حينئذٍ يقتضي انتفاؤها. لكن لا يخفى عليك منافاة ذلك لكثير ممّا تقدّم في ذلك المبحث؛ ضرورة ابتنائه على أنّ الأصل اللزوم، وأنّ العقد قد تم مقتضاه الذي هو حصول الملك لكلّ من العوضين، فتلف كلّ منهما حينئذٍ من مال مالكه إن لم يكن بجناية جان، وإلّا فعلى المتلف، إلّا أنّه خرج التلف قبل القبض عن هذا الأصل بالدليل المزبور، فينبغي الاقتصار على مؤدّاه ويبقى ما عداه على الأصل.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ التعدية عن مفاد الدليل المزبور هناك وهنا دليل على فهم أنّ مبناه ذلك، وإثبات الخيار في إتلاف الأجنبي والبائع لإمكان المعاوضة في الجملة بقاعدة من أتلف، المفقودة مع التلف بآفة سماوية.

كما أنّ اللزوم بإتلاف المشتري باعتبار كونه كوصول العوض إليه لضمانه له لو انفسخ العقد، ولذا لم يثبت خيار هنا، بخلافه في سابقه المناسب لوضع الخيار، باعتبار فوات حقيقة المعاوضة وثبوت مجازها بقاعدة من أتلف، أمّا الآفة السماوية فقد انتفيا معاً، ولذلك انفسخ العقد. وكأنّ العلّامة نظر إلى ذلك فجعل التلف كاشفاً للفسخ من الأصل، باعتبار أنّ حصول المعاوضة العرفية شرط في حصول المعاوضة الشرعية، وإن كان قد يدفع بمنع ما يدلّ على ذلك.

بل أقصى ما يسلّم أنّ إمكانها شرط في صحتها، واستدامة الإمكان إلى حصول القبض شرط في الاستدامة، ولذا كان مذهب الأكثر الانفساخ من حينه لا من الأصل، والله أعلم.

---

(١) التذكرة ١٨: ٢٧٢.

(٢) المستدرك ١٣: ٣٠٣، ب ٩ من الخيار، ح ١.

(٣) الوسائل ١٨: ٢٣ ـ ٢٤، ب ١٠ من الخيار، ح ١.

(**وكذا**) الكلام (**لو تلف عقيب قبضه**) بلا فاصلة [١].

(**أمّا لو انقضى بعض المدّة ثمّ تلف أو تجدّد فسخ الإجارة**) بسبب من أسبابه (**صحّ فيما مضى، وبطل في الباقي**) كتلف بعض المبيع. (و) حينئذٍ فـ(**يرجع من الأُجرة بما قابل المتخلّف من المدّة**) مثلاً إن ثلثاً فثلث وإن نصفاً فنصف مع تساوي الأجزاء، وإلّا كما لو كان أُجرة الشتاء غير الصيف قوّم أُجرة مثل جميع المدّة ثمّ تقوّم الأجزاء السابقة على التلف، وتنسب إلى المجموع، ويؤخذ من المسمّى بتلك النسبة، وكذا الكلام في المنفعة المقدّرة بالعمل.

هذا كلّه إذا وقع عقد الإجارة على عين مشخّصة.

أمّا إذا كانت كلّية وقد دفع المؤجر فرداً فتلف عند المستأجر فالظاهر عدم انفساخ الإجارة، بل ينفسخ الوفاء المزبور، ويستحقّ عليه فرداً آخر [٢].

(و) كيف كان فـ(**لابدّ من تعيين ما يحمل على الدابّة إمّا بالمشاهدة**) [٣].

ولا فرق في الاكتفاء بالمشاهدة بين المكيل والموزون وبين غيرهما [٤].

---

[١] بعدما عرفت أنّ المنفعة هي التي بمنزلة المبيع، ولا ريب في تحقّق تلفها قبل قبضها، وإن كان بعد قبض العين التي تستوفى منها.

وليس في الأدلّة ما يقضي بأنّ قبض العين قبض للمنفعة بالنسبة إلى ذلك، وإن كان هو كذلك بالنسبة إلى استحقاق تسليم الأُجرة ونحوه.

[٢] ودعوى تشخيص الحقّ فيه ممنوعة، كما عرفته سابقاً في نظائره.

[٣] **كما صرّح به جماعة. بل عن التذكرة: أنّها من أعلى طرق العلم. نعم فيها أيضاً: «أنّه لو كان في ظرف وجب أن يمتحنه باليد تخميناً لوزنه»**[1].

ولعلّ مراده أنّ المحمول إذا كان في ظرف ولم يعلم أنّه من أي جنس والفرض اختلاف الأجناس في الثقل والخفّة وجب امتحانه باليد ونحوه.

أمّا إذا كان مشاهداً على وجه يعرف جنسه فالظاهر الاكتفاء بها عن الامتحان باليد ونحوها.

وكأنّه إلى ذلك أشار في المسالك بقوله: «لمّا كان الضابط التوصّل إلى ما يرفع الجهالة لم يكف مطلق المشاهدة، بل لابدّ معها من امتحانه باليد تخميناً لوزنه إن كان في ظرف؛ لما في الأعيان من الاختلاف في الثقل والخفّة مع التفاوت»[2].

[٤] وعدم الاكتفاء بها في البيع؛ لكون المراد هنا القدر الذي لا تكفي هي فيه، بخلاف المقام الذي يراد فيه الحمل الموقوف على معرفة الثقل والخفة، اللذين لا مدخليّة لمعرفة المقدار فيهما؛ ضرورة محسوسيتهما بالمشاهدة، والامتحان باليد ونحو ذلك كما هو واضح.

---

(١) التذكرة ١٨: ١٦٩.

(٢) المسالك ٥: ١٩٧.

(**وإمّا بتقديره بالكيل أو الوزن أو**) غيرهما مـ(**ممّا يرفع الجهالة**) التي هي المانع في المقام [١].

(**و**) على كلّ حال فـ(**لا يكفي ذكر المحمل مجرّداً عن الصفة ولا راكب غير معيّن لتحقق الاختلاف في الخفّة والثقل**).

بل (**ولابدّ**) من مشاهدتهما (**مع ذكر المحمل من ذكر طوله وعرضه وعلوه، وهل هو مكشوف أو مغطّى وذكر جنس غطائه**) بل والوطاء وجنسه وعدمه وفي الاكتفاء بوصف الراكب بالضخامة والنحافة ليعرف الوزن تخميناً ؟ نظر [٢].

بل لعلّه لا حاجة إلى ذكر الأخيرة ؛ لأنّها اختيارية ، بل إن لم يحصل إجماع أمكن القول بـ[ـما قيل] [٣] من عدم الحاجة إلى تعيين الراكب بشيء من ذلك [٤].

---

[١] ولذا لم يكتف بهما أي الكيل والوزن في غير المقدار ؛ ضرورة اختلاف الجنس أيضاً في ذلك أيضاً ، فلابدّ من معرفته معهما ؛ إذ القطن يضرّ من جهة انتفاخه ودخول الريح فيه ، فيزداد ثقله في الهواء .

كما أنّ الحديد يجتمع على موضع من الحيوان ، فربّما عقره ، بل تحميل بعض الأجناس أصعب من بعض ، ويحتاج في الحفظ إلى أزيد من الآخر .

فإطلاق المصنّف كالمحكي عن غيره محمول على إرادة الاكتفاء بهما من حيث المقدار ، لا بالنسبة إلى مثل ذلك ، على أنّ المصنّف سيصرّح بوجوب ذكر الجنس والصفة والقدر في غير المشاهدة .

[٢] **بل وخلاف ، فعن المبسوط وفقه الراوندي : أنّه لا يمكن العلم بالراكب إلّا بالمشاهدة**[١] .

بل لعلّه ظاهر الوسيلة والتحرير والإرشاد[٢] **وغيرهما ؛ لأنّ الرجل قد يكون طويلاً خفيفاً وقصيراً ثقيلاً .**

مضافاً إلى اختلاف الرجال في الحركات والسكنات ، والوصف لا يضبط ذلك كلّه ، ولا يفيده ، فيكون غرراً .

بل ربما قيل : « إنّ المشاهدة وحدها لا تفيد ذلك كلّه »[٣] .

بل لابدّ معها من ذكر الحركات والسكنات قلّة وكثرة .

وفي جامع المقاصد والمسالك وعن التذكرة والإيضاح الاكتفاء بذلك إذا كان تامّاً مشتملاً على ذكر الوزن والطول والقصر والضخامة والنحافة والحركات والسكنات[٤] **ونحو ذلك .**

[٣] [كـ]ـما عن مالك[٥] .

[٤] لتقارب الأجسام في الغالب ، وللتسامح في مثل هذا التفاوت ، وللسيرة .

---

(١) المبسوط ٣: ٢٢٧ . فقه القرآن ٢: ٦٥ .

(٢) انظر الوسيلة : ٢٦٨ ـ ٢٦٩ . التحرير ٣: ١٠٨ ـ ١٠٩ . الإرشاد ١: ٤٢٣ .

(٣) مفتاح الكرامة ٧: ٢٠٥ .

(٤) جامع المقاصد ٧: ١٩٢ . المسالك ٥: ١٩٨ . التذكرة ١٨: ١٥٨ . الايضاح ٢: ٢٦٦ .

(٥) فتح العزيز ١٢: ٣٦٢ .

نعم لو كان خارق المعتاد في الثقل احتيج إلى المشاهدة أو الوصف القائم مقامها، فتأمّل جيداً.

(**وكذا**) لك الكلام فيما (**لو استأجر دابّة للحمل فـ**)ـإنّه (**لابدّ من تعيينه**) أي المحمول (**بالمشاهدة أو ذكر جنسه ووصفه وقدره**) [١].

[لكن قد يقال: مع التقدير بالزمان لا حاجة إلى التعيين بالمشاهدة أو غيرها لكن لا يتجاوز المستأجر المعتاد].

نعم يعتبر التعيين مع إرادة الخصوصية [٢].

وكذا [الظاهر] [٣] عدم الحاجة فيما لو استأجره لعمل اللبن إذا قدّر بالزمان إلى معرفة القالب ونحوه، وفيما لو استأجره لحفر بئر أو نهر إلى معرفة الطول والعرض والعمق ونحوه مع التقدير بالمدّة، فلاحظ وتأمّل.

(**وكذا**) لابدّ من اشتراط المعاليق أي الآلات كالقربة والأداوة والسفرة ونحوها، إذا لم تكن هناك عادة تقضي بها.

بل (**لا يكفي**) حينئذٍ (**ذكر**) ها أي (**الآلات المحمولة مالم يعيّن قدرها وجنسها**) [٤].

نعم لو شاهدها أو قدّرها وعرف جنسها ارتفع الغرر، كما أنّه لو كانت هناك عادة تقتضي ذلك لم يحتج إلى شيء من ذلك كما هو واضح.

---

[١] لتوقف رفع الجهالة والغرر على ذلك. ولعلّ ما تقدّم كان في الدابّة التي قدّرت منفعتها بالمدة التي مثّل بها المصنّف سابقاً لذلك، بخلاف هذا فإنّه في الدابّة المقدّرة بالعمل.

لكن فيه أوّلاً: أنّه ينبغي ذكر الجنس والوصف هناك أيضاً كما هنا.

وثانياً: أنّه قد يقال: مع التقدير بالزمان لا حاجة إلى التعيين بالمشاهدة، ولا إلى غيرها، فإنّه يجوز إجارة الدابّة للحمل مدة معيّنة من غير تعيين للمحمول، لكن لا يتجاوز المستأجر المعتاد كما يجوز الاستئجار للخياطة يوماً من غير تعيين أنّها فارسية أو رومية لعدم الغرر.

بل هو أولى بالجواز من الاستئجار للخدمة مثلاً، أو لمطلق الانتفاع به، على معنى أنّه يملكه بعقد الإجارة سائر منافعه معيّنة، فينتفع به المستأجر ما شاء.

[٢] ويمكن أن يحمل على ذلك كلام المصنّف وغيره وجامع المقاصد[1] فيما لو قدّر البناء بالزمان، قال: ظاهر كلامهم أنّه لا يشترط ذكر شيء من الأُمور الثلاثة التي لابدّ منها لو قدّر بالعمل، وهي الطول والعرض والسمك.

بل فيه أيضاً ذكر تعيين المحل والآلة من لبن أو طين مثلاً احتمالاً.

[٣] [**إذ**] **صرّح بعضهم**[2] **بل غير واحد أيضاً بـ**[**ـذلك**].

[٤] للغرر.

---

(١) جامع المقاصد ٧: ١٧٥.

(٢) انظر المسالك ٥: ٢٠٥، مفتاح الكرامة ٧: ١٨٥ـ ١٨٦، ١٩٠.

(و) كذا الكلام في الزاد فلابدّ حينئذٍ من اشتراطه مع عدم العادة بل (**لا يكفي اشتراط حمل الزاد مالم يعيّنه**) أو يشاهده على حسب ما عرفت .

أمّا إذا كانت هناك عادة في حمله وفي مقداره فلا حاجة إلى الاشتراط ، وإن اختلفت بالنسبة إلى طول السفر وقصره ، وكثرة اتباع الشخص وقلّتهم ونحو ذلك فإنّه غير قادح ، كما لا يقدح التفاوت اليسير في أفراد المعتاد الذي يتسامح في مثله .

(و) على كلّ حال فـ (**إذا فني**) كلّه أو بعضه بالأكل المعتاد (**ليس له حمل بدله**) من زاد فضلاً عن غيره (**مالم يشترط**)ـه [١] .

نعم لو اشترط الإبدال صحّ كما أنّه لو ذهب بسرقة أو سقوط أو نحوهما كان كذلك [٢] حتى لو أطلق اشتراط عدم الإبدال مع الأكل [٣] .

(**وإذا استأجر دابّة**) معيّنة (**اقتصر على مشاهدتها ، فإن لم تكن مشاهدة**) بل غائبة أو كانت كلّية (**فلابدّ من ذكر جنسها**) كالإبل (**ووصفها**) على وجه يرتفع معه الغرر في الإجارة بذكر النوع من العرابي والبـخاتي . (**وكـذا الذكورة والأُنوثة إذا كانت للركوب**) [٤] .

---

[١] لابتنائه في العادة على عدم البقاء وعلى عدم الإبدال .

فما عن المبسوط من أنّه إن أكله أو أكل بعضه كان له إبداله وإكماله على الأقوى[١] ، **بل عن التحرير : أنّه ليس برديء**[٢] في غير محلّه .

لكن في محكي التذكرة محل النزاع ما إذا كان يجد الطعام في المنازل المستقبلة بسعر المنزل الذي هو فيه ، أمّا إذا لم يجده أو وجده بثمن أغلى فله الإبدال لا محالة[٣] . بل عن المبسوط والتحرير[٤] مثل ذلك .

قلت : محلّ البحث أنّه إذا استحقّ حمل الزاد للعادة يستحقّ حمل عوضه لو فنى بالأكل كغيره ممّا استحقّ نقله ، أو أنّ العادة تقضي به على هذا الحال ، فلا يستحقّ حينئذٍ الإبدال .

[٢] **بلا خلاف في محكي المبسوط**[٥] .

[٣] ضرورة تنزيله على المعتاد .

[٤] ضرورة اختلاف الدواب بالنسبة إليه [=الركوب] . **بل في محكي التذكرة والتحرير : أنّه إذا كان في النوع ما يختلف مشيه جودة ورداءة وجب ذكره ، وإن كانت مشاهدة كالخيل التي فيها القطوف وغيره**[٦] .

---

(١) المبسوط ٣: ٢٣٣ .
(٢) التحرير ٣: ١٠٩ .
(٣) التذكرة ١٨: ٢٠٦ ـ ٢٠٧ .
(٤) المبسوط ٣: ٢٣٣ . التحرير ٣: ١٠٩ ـ ١١٠ .
(٥) المبسوط ٣: ٢٣٣ .
(٦) التذكرة ١٨: ١٦٤ . التحرير ٣: ١٠٨ ـ ١٠٩ .

اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ احتمال ذلك غير مؤدٍّ إلى الجهالة عرفاً في الإجارة خصوصاً مع غلبة الكيفية الخاصّة من المشي في النوع الخاصّ على وجه يكون مخالفاً للأصل بمعنى الغالب [١].

[كما أنّه لا يعتبر ذكر الذكورة والأنوثة].

ولو وجدها بخلاف الوصف تخيّر مع التعيين كما في المبيع وطالب بالبدل إذا كانت كلّية ، وله الرضا بها عوضاً عن حقه .

هذا كلّه إذا كانت للركوب [٢].

(و) [قال المصنّف :] (**يسقط اعتبار ذلك إذا كانت للحمل**) [٣]. لكن قد يناقش [فيه] [٤].

ومن هنا يتجه اعتبار المشاهدة أو الوصف في المعيّنة ، وإن كانت للحمل [٥] ، بل لعلّه كذلك أيضاً في الدابّة الكلّية [٦].

نعم لو كانت الإجارة للحمل في ذمّة المؤجر لم يحتج إلى ذكر الدابّة ، فضلاً عن وصفها .

(و) كيف كان فـ [ـالمختار] [٧] أنّه (**يلزم مؤجر الدابّة كلّ ما يحتاج إليه**) المستأجر (**في إمكان الركوب**) على الوجه المعتاد في الدابّة (**من الرحل والقتب وآلته والحزام والزمام**) واللجام والسرج والأكاف والزاملة والحداجة .

---

[١] ولعلّه لذا أطلق المصنّف وغيره الاكتفاء بالمشاهدة أو الوصف اللذين غالباً لا يفيدان ذلك .

بل ربّما استفيد من اقتصار الإرشاد والروض ومجمع البرهان عليهما[١] عدم اعتبار الذكورة والأُنوثة كما احتمله في جامع المقاصد والمسالك ومحكي التذكرة ؛ لأنّ التفاوت بينهما يسير لا يمكن ضبطه ، فلا يكون معتبراً في نظر الشارع[٢] بخلاف الجنس والنوع .

[٢] ولذا قال المصنّف [ذلك].

[٣] **كما صرّح به في المسالك ومحكي التذكرة[٣] ، بل قيل : « إنّه قضية غيرها ، إلّا أن يكون المحمول ممّا تضرّه كثرة الحركة كالزجاج والفاكهة فلابدّ من معرفة حال الدابّة[٤] » ، كما عن التذكرة التصريح به[٥].**

[٤] بأنّه لا مدخلية لذكر الغرض المخصوص في رفع الجهالة المعتبر في الإجارة ، ولا يتوقّف عليه ، كالعكس .

[٥] **كما نصّ عليه بعضهم[٦].**

[٦] ضرورة صدق الجهالة مع عدمه ، وإن لم يتضرّر المستأجر .

[٧] **[كما] في محكي المبسوط[٧] وغيره.**

---

(١) الإرشاد ١ : ٤٢٣ . نقله عن الروض في مفتاح الكرامة ٧ : ٢٠٧ . مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ١٩ .

(٢) جامع المقاصد ٧ : ١٩٦ . المسالك ٥ : ١٩٩ . التذكرة ١٨ : ١٦٤ .

(٣)(٥) المسالك ٥ : ١٩٩ . التذكرة ١٨ : ١٦٨ .

(٤)(٦) مفتاح الكرامة ٧ : ٢٠٧ .

(٧) المبسوط ٣ : ٢٢٨ .

(و) غير ذلك ممّا يعتاد فعله للراكب بالنسبة إلى كلّ دابّة و **(في رفع المحمل وشدّه تردّد. أظهره اللزوم)** [١].

والتحقيق اتّباع العادة في جميع ذلك وغيره، كالدلالة على الطريق، والإركاب مع العجز، وايقاف الدابّة للصلاة والحاجة ونحو ذلك. وهي مختلفة باختلاف الأزمنة والأمكنة لا يمكن للفقيه ضبطها، بل هو ليس وظيفة الفقيه، وإنّما عليه ذكر الحكم كلّياً. وكلّ شيء لا تقضي به العادة أو شكّ فيه لا يجب بعد فرض عدم دلالة لفظ العقد عليه بإحدى الدلالات الثلاث، ولا دليل شرعي يقتضيه.

وقد تقدّم في باب البيع فيما يندرج في المبيع ماله نفع تام في المقام، بل هما من وادٍ واحد.

نعم قد يحتاج إلى النظر تحرير كون لزوم هذه الأشياء على الاشتراط، فيتسلّط المستأجر على الخيار بعدم الوفاء بها أو بعضها، وأنّها أيضاً بعض المنفعة التي وقع عليها العقد على وجه تتقسّط الأجرة عليها ويثبت خيار التبعيض بها، أو أنّها ممّا وجبت بالعقد ويستحقها المستأجر بل ويملكها، لكن على جهة التبعية، فلا يقابل حينئذٍ بشيء من العوض. ولعلّ الأخير لا يخلو من قوّة. ومثل ذلك يجري في بعض توابع المبيع، وإثبات الخيار مع ذلك أيضاً لا يخلو من وجه، خصوصاً في بعض الأشياء، والمسألة غير محرّرة في كلام الأصحاب، فلاحظ ما تقدّم لنا في كتاب البيع، فإنّ له نفعاً في ذلك وغيره، والله العالم.

(ولو آجرها للدوران بالدولاب افتقر إلى مشاهدته؛ لاختلاف حالته في الثقل) والخفّة، ولو أمكن الوصف الرافع للجهالة كفى. وكذا يشترط معرفة عمق البئر بالمشاهدة أو الوصف إن أمكن الضبط به.

وتقدير العمل بالزمان كاليوم أو بملء بركة معيّنة بالمشاهدة أو المساحة لا سقي البستان وإن شوهد [٢].

---

[١] **وفاقاً للفاضل والكركي وثاني الشهيدين وغيرهما للعادة[١]. بل في القواعد وغيرها زيادة «حطّه ورفع الأحمال وشدّها وحطّها والقائد والسائق»[٢]. نعم قيّد ذلك فيها وفي المحكي عن تحريره بما إذا شرط المستأجر مصاحبة المؤجر، وأمّا إذا آجر الدابّة ليذهب بها المستأجر فجميع الأفعال على الراكب[٣]. وعن التذكرة: أنّه أطلق القول بوجوب هذه الأشياء إن كانت في الذمّة، وعدمه إن كانت معيّنة، وإنّما يجب عليه التخلية بينها وبين المستأجر، ولا يجب أن يعينه في الركوب والحمل[٤]. وعن ثاني الشهيدين: أنّ هذه الأشياء تجب مع اشتراط المصاحبة أو قضاء العادة بها أو كانت الإجارة في الذمّة، أمّا لو كانت مخصوصة بدابّة معيّنة ليذهب بها كيف شاء ولم تقض العادة بذلك فجميع ذلك على الراكب[٥].**

[٢] للاختلاف بقرب عهده بالماء وعدمه وحرارة الماء والهواء وبرودته.

---

(١) التحرير ٣: ١١٠. جامع المقاصد ٧: ١٩٨. المسالك ٥: ١٩٩.

(٢) القواعد ٢: ٢٩٧.

(٣) القواعد ٢: ٢٩٧. التحرير ٣: ١١٠.

(٤) حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٢١٠. انظر التذكرة ١٨: ٢٠٢ ـ ٣٠٣.

(٥) المسالك ٥: ٢٠٠.

(ولو آجرها للزراعة فإن كان لحرث جريب معلوم فلابدّ من مشاهدة الأرض أو وصفها) [١].

هذا كلّه في التقدير بالعمل.

(و) أمّا (**إن كان**) قد استؤجرت الدابّة (**لعمل مدّة كفى تقدير المدّة**) عن مشاهدة الأرض ووصفها. نعم الظاهر وجوب معرفة الدابّة [٢].

---

[١] لاختلافها بالصلابة والرخاوة وكثرة الحجارة وقلّتها ونحو ذلك فبدون أحدهما يحصل الغرر، بل عن التذكرة: أنّها لا تعرف بالوصف؛ لأنّها تختلف فبعضها صلب يصعب حرثه على البقر ومستعملها، وبعضها رخو يسهل، وبعضها فيه حجارة تتعلّق بها السكة، ومثل هذا الاختلاف إنّما يوقف عليه بالمشاهدة، دون الوصف؛ لأنّ الصلابة تختلف بالشدّة والضعف، والحجارة تختلف بتكثّر العدد وقلّته[١]. وإن كان قد يناقش بأنّ الوصف أقرب إلى الكشف من المشاهدة لظاهر الأرض، الذي لا يعرف به حال ما يصل إليه العمل. ودعوى أنّ المراد بالمشاهدة حين حصول حرثها قبل ذلك واضحة المخالفة لظاهر كلماتهم. والتحقيق اندفاع الغرر بكلّ من المشاهدة والوصف التام. وكيف كان فلا يحتاج في مفروض المتن إلى أزيد من ذلك، بعد فرض كون الذي يريد حرثه جريب معلوم، وقد شوهد أو وصف. والاكتفاء بالعادة في معرفة السكّة ومقدار نزولها في الأرض كما عن التذكرة التصريح به[٢]. بل قيل: «إنّه لا يحتاج إلى تعيين الثور ونحوه، إلّا أن تكون الإجارة واردة على عين»[٣]. قلت: قد يقال: إنّها وإن كانت واردة على عين إلّا أنّه لا مدخلية لمعرفتها بالمشاهدة أو الوصف في ذلك. نعم قد يعتبر فيها عدم الابهام كأحد هذين ونحو ذلك، ولعلّ هذا هو الذي يريده القائل المزبور.

[٢] **كما صرّح به في القواعد[٤] وغيرها**؛ لاختلافها في القوّة والضعف على وجه يحصل الغرر باعتبار قلّة الحرث وكثرته، من غير فرق في ذلك بين وقوع الإجارة على عين الدابّة أو في الذمّة.

ومن هنا قال في محكي التذكرة والتحرير وجامع المقاصد: «إنّ كلّ موضع وقع العقد فيه على مدّة فلابدّ من تعيين الظهر الذي يعمل عليه؛ لأنّ الغرض يختلف باختلاف الدابّة في القوّة والضعف، وإن وقع على عمل معيّن لم يحتج إلى معرفتها؛ لأنّه لا يختلف حينئذٍ»[٥]. بل ظاهر الفاضل في القواعد وجوب تعيين الأرض مع ذلك بأحد الأمرين أيضاً، قال: «ولو استأجرت للحرث وجب تعيين الأرض بالمشاهدة أو الوصف، وتقدير العمل بتعيّنها أو بالمدّة، وتعيين البقر إن قدّر العمل بالمدّة»[٦]، وكأنّ وجهه اختلاف الحرث باختلافها، فلا يرفع الغرر التعيين بالمدّة.

وفيه: أنّ العرف شاهد على ارتفاع الغرر بالضبط بالمدة وإن لم تشاهد الأرض ولم توصف، ولذا جعلوا الضبط بها مقابلاً للضبط بالعمل. **والأصل في ذلك ما في محكي المبسوط: «فأمّا إن كان للحرث فلابدّ من مشاهدة الثور، أو يذكر ثوراً قوياً من حاله وقصته، وأن يذكر الأرض؛ لأنّها تكون صلبة ورخوة، ولابدّ من ذكر المدّة»[٧]**. وفيه مالا يخفى من عدم الاحتياج إلى المدّة مع تقدير العمل بتعيين الأرض، كما لاحاجة إلى تعيينها مع التقدير بالمدة على الأصح.

---

(١) التذكرة ١٨: ١٧٧ ـ ١٧٨.
(٢) التذكرة ١٨: ١٧٨.
(٣) مفتاح الكرامة ٧: ٢١٦.
(٤)(٦) القواعد ٢: ٢٩٨.
(٥) التذكرة ١٨: ١٧٨. التحرير ٣: ١١٥. جامع المقاصد ٧: ٢١٠.
(٧) المبسوط ٣: ٢٢٨.

(وكذا) الكلام (في إجارة) الـ(ـدابّة) لـ(ـلسفر مسافة معيّنة فـ)ـإنّه (لابدّ من تعيين وقت السير ليلاً أو نهاراً) [١]. (إلّا أن يكون هناك عادة فيستغنى بها) عن ذلك [٢].

نعم يمكن أن يقال: إنّـ[ـه لا حاجة إلى تعيين المسافة والمدة إذا كان المتعاقدان تبعاً للقافلة] [٣].

وإنّه يكفي تقدير العمل بقطع المسافة المعيّنة من غير تعرّض للوقت ولا للمقدار، مثل الاستئجار على الخياطة والحياكة ونحوهما من الأعمال التي لا غرر عرفاً بعدم التعرّض فيها لذلك، على وجه يكون قادحاً في الإجارة [٤]. ويكون الحكم فيها حينئذٍ وجوب الإجابة على كلّ منهما بالطلب والبذل، مالم يكن هناك مانع أو اعتبار [٥].

بل [قيل:] [٦] [وإذا استأجرت الدابّة للركوب عيّن أربعة أشياء: الراكب والطريق والمنزل والركوب بالمحمل أو الزاملة أو القتب بعد رؤية ذلك ومعالقها وظاهرهما عدم وجوب غير الأربعة]. وهو قوي جداً.

---

[١] **كما عن الإرشاد والروض ومجمع البرهان**(١).

[٢] لانصراف إطلاق العقد حينئذٍ إليها، فإذا اختلفا رجعا إليها، بخلاف ما إذا لم تكن فإنّ عدم التعيين مؤدّ إلى الغرر. **بل في القواعد وجامع المقاصد ومحكي التذكرة: لابدّ أيضاً من تعيين قدر السير، إلّا أن تكون المنازل معروفة معتادة فلا يحتاج حينئذٍ إلى التعيين المزبور**(٢)، ويرجع عند الاختلاف إلى المعتاد أيضاً.

بل في محكي التحرير: «أنّه لو لم يكن للطريق منازل معروفة فالأولى صحّة العقد، والرجوع إلى العادة في غير ذلك الطريق»(٣)، **كما أنّه في القواعد وجامع المقاصد ومحكي التذكرة**(٤) **تقييد تعيين الأوّلين [وهما تعيين وقت السير وقدره] بما إذا كان السفر إليهما [= باختيار المتعاقدين]، أمّا إذا لم يكن إليهما بل كانا تبعاً للقافلة كسفر الحج ونحوه فلا حاجة إلى تعيينهما، بل لا وجه له كتعيين أوّل المدّة.** وفيه: أنّ المتّجه حينئذٍ البطلان؛ لتحقّق الغرر، كما هو قضية المتن وغيره ممّن أطلق مثله. واحتمال عدمه في خصوص الفرض أو عدم قدحه كما ترى.

[٣] [إذ] معلومية صحّة مثل ذلك بالسيرة القطعية تكشف عن عدم وجوب ذكر ذلك مطلقاً.

[٤] ولو لأنّها تحمل ما لا يحمله البيع.

[٥] ولعلّه لذلك قد خلا كلام القدماء عن ذكر مثل ذلك كما قيل(٥).

[٦] **[كما هو] ظاهر المحكي عن الوسيلة والكافي عدم اعتباره، قال فيه: «إذا استأجر للركوب عيّن أربعة أشياء، الراكب والطريق والمنزل والركوب بالمحمل أو الزاملة أو القتب بعد رؤية ذلك ومعالقها»**(٦)، **ونحوه عن الكافي**(٧). وظاهرهما الحصر.

---

(١) الإرشاد ١: ٤٢٣. نقله عن الروض في مفتاح الكرامة ٧: ٢٠٧. مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٢٠.

(٢)(٤) القواعد ٢: ٢٩٧. جامع المقاصد ٧: ١٩٧. التذكرة ١٨: ١٦٤ـ ١٦٥.

(٣) التحرير ٣: ١٠٩.

(٥) الوسيلة: ٢٦٨.

(٦) قال في مفتاح الكرامة ٧: ٢٠٨.

(٧) الكافي: ٣٤٦.

(**ويجوز أن يستأجر إثنان**) فصاعداً (**جملاً أو غيره للعقبة**) بمعنى أنّهما يملكان منفعته مشاعة، إلّا أنّهما يستوفيانها على التعاقب [١] (**ويرجع في التناوب**) حينئذٍ زماناً أو فراسخاً (**إلى العادة**) إن كانت ويقتسمان بالسوية مع تساويهما، وإلّا فعلى ما وقع بينهما من التفاوت، ويرجع في تعيين المبتدأ إذا لم يتفقا إلى القرعة التي هي لمثل ذلك [٢].

نعم يجب التعيين إذا كان الاستئجار لاثنين نوباً معيّنة بالمدة، أو بالفراسخ لا على سبيل الإشاعة، وإلّا كان مجهولاً لا إشكال في بطلان العقد معه.

كما لا إشكال في صحّته مع التعيين، ولا يحتاج إلى قسمة فيه؛ لعدم الشركة؛ لكون المفروض ضبط نوبة كلّ منهما [٣].

(**وإذا اكترى دابّة**) مثلاً (**فسار عليها زيادة عن العادة أو ضربها كذلك أو كبحها باللجام من غير ضرورة**) أو نحو ذلك ممّا هو غير جائز له (**ضمن**) [٤].

وإنّما له ضربها بما جرت العادة به، وكذا تكبيحها باللّجام وحثّها على السير [٥].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال**؛ لإطلاق الأدلة.

[٢] وليس هذا من الجهالة في عقد الإجارة الذي ليس مقتضاه إلّا ملك المنفعة لمن تنتقل إليه وقد حصل، فما عن التذكرة من احتمال عدم الصحة مع عدم تعيّنه للجهالة والتنازع[١] في غير محلّه.

وكذا ما في جامع المقاصد والمسالك من أنّ القول بالقرعة بعيد؛ لأنّ محلّها الأمر المشكل، والإشكال في عقد المعاوضة موجب للجهالة، ومفضٍ إلى التنازع[٢]؛ ضرورة أنّ الإشكال المزبور خارج عن مقتضى عقد المعاوضة، وإنّما اقتضاه اختلاف الشركاء.

[٣] ومن ذلك كلّه يظهر لك ما في مناقشة الكركي للفاضل في القواعد[٣] فلاحظ وتأمّل، والله هو العالم.

[٤] **بلا خلاف كما اعترف به في محكي التذكرة**[٤].

بل عن الغنية الإجماع عليه[٥]، بل ولا إشكال؛ لأنّه متعدّ بفعله.

[٥] ١ ـ للأصل.

٢ ـ والسيرة.

٣ ـ وتوقف استيفاء المنفعة عليه في الجملة.

٤ ـ ولأن النبي صلى الله عليه وآله نخس بعير جابر وضربه[٦]؛ ولأنّ ذلك من مقتضى عقد الإجارة.

---

(١) التذكرة ١٨: ٧٣.

(٢) جامع المقاصد ٧: ٢٠٢. المسالك ٥: ٢٠٢.

(٣) جامع المقاصد ٧: ٢٠٢.

(٤) التذكرة ١٨: ٢٣٧.

(٥) الغنية: ٢٨٨.

(٦) سنن البيهقي ٥: ٣٣٧، ٧: ٢٥٤ مع اختلاف فيهما.

بل [لا يضمن لو تلفت بذلك] [١]، والرائض للدابّة يضمنها أيضاً إذا خرج برياضته عن المعتاد بين الرواض لمثل هذا المروّض. أما إذا لم يخرج [عن المعتاد أنّه] [٢] لا يضمن أيضاً.

وكذا الراعي لا يضمن ما يرعاه بضربه المعتاد [٣].

٢٨٩/٢٧ **(ولا تصحّ إجارة العقار)** للسكنى أو للزرع أو للغرس أو للبناء أو للجميع **(إلّا مع التعيين بالمشاهدة، أو بالاشارة إلى موضع معيّن موصوف بما يرفع الجهالة)** في الإجارة.

(ولا تصحّ إجارته في الذمّة لما يتضمّن من الغرر) [٤]. اللهمّ إلّا أن يفرض ارتفاعه [= الغرر] **(بخلاف استئجار الخيّاط للخياطة، والنسّاج للنساجة)** ونحوهما فإنّه تجوز الإجارة في الذمّة فيها [٥].

نعم **(إذا استأجره)** أي الخيّاط **(مدّة فلابدّ من تعيين الصانع دفعا للغرر الناشئ من تفاوتهم في الصنعة)** [٦].

---

[١] **[كما] في القواعد والمسالك ومحكي المبسوط والخلاف والتحرير وموضع من التذكرة التصريح بعدم الضمان لو تلفت بذلك[١]، وفي جامع المقاصد: أنّه لا يخلو من قوّة[٢]:** ١ ـ للأصل. ٢ ـ ولاقتضاء العقد جواز الأفعال المزبورة، فهي كالمأذون بها صريحاً، فلا يترتّب عليها ضمان، بل لا يشمله عموم من أتلف بعد فرض الإذن، وكون التلف بها كالتلف باستيفاء المنفعة المعقود عليها. **ومن ذلك يعلم ما عن موضع آخر عن التذكرة من ضمانه جناية الضرب وإن كان على المعتاد؛** لأنّ الإذن منوط بالسلامة[٣]. وفيه ما لا يخفى.

[٢] **[كما] عن المبسوط والتذكرة[٤].**

[٣] **كما عن ظاهر القواعد[٥] وعن صريح غيرها.** كلّ ذلك لبعض ما عرفت أو جميعه. **لكن صرّح غير واحد بضمان المعلّم إذا ضرب الصبيّ للتأديب. بل عن حدود المسالك نسبة ضمان الأب والجدّ له لو أدّباه إلى الأصحاب، فضلاً عن المعلّم.** بل قال: إنّ ظاهرهم الوفاق على ذلك[٦]، بل عنه في موضع التصريح بالإجماع[٧]. ويمكن حمل كلامهم على ما إذا تجاوز المعتاد في التأديب خطأ فلا ينافي ما هنا حينئذٍ. أو يقال: إنّه أجير والأجير يضمن بجنايته، وإن لم يقصر كالطبيب.

وفيه: أنّ الرائض حينئذٍ كذلك، أو يجعل الإجماع فارقاً، والله هو العالم.

[٤] الناشئ من عزّة الوجود باعتبار تعسّر تحصيل الموصوف بالصفات الرافعة للجهالة في غير المعيّن، ولذا لم يجز السلم فيه. ومن ذلك تعرف مافي المسالك من النظر فيما في المتن بأنّ الوصف الرافع للجهالة كيف يجامع الغرر، والفرق بينه وبين المعيّن الموصوف غير واضح[٨]. وفيه ما عرفت [من تعسّر تحصيل الموصوف في غير المعيّن]. ولعلّ إطلاق القواعد وغيرها الاكتفاء بالوصف[٩] منزّل على إرادة الوصف المعيّن لا الكلي؛ لما عرفته من الغرر فيه.

[٥] للأصل (و) لعدم الغرر المزبور فيها.

[٦] بطأً وسرعة. ومنه يحصل الغرر بدون التعيين، نحو ما سمعته في الإجارة على الحرث مدّة.

---

(١) القواعد ٢: ٣٠٧. المسالك ٥: ٢٠٢. المبسوط ٣: ٢٤٤. الخلاف ٣: ٥٠٤. التحرير ٣: ١١٨. التذكرة ١٨: ٢٥٩.
(٢) جامع المقاصد ٧: ٢٨٠.
(٣) التذكرة ١٨: ٢٣٦.
(٤) المبسوط ٣: ٢٤٤. التذكرة ١٨: ٢٥٩.
(٥) القواعد ٢: ٣٠٧.
(٦)(٧) المسالك ١٥: ٥٩، ٣٢٨.
(٨)(٩) المسالك ٥: ٢٠٣. القواعد ٢: ٢٨٣.

أمّا إذا كان التعيين بالعمل لم يحتج إلى ذلك ؛ لعدم الغرر فيه حينئذٍ مثل الإجارة على حرث جريب معلوم فإنّه لا يحتاج فيه إلى تعيين الدابّة كما عرفت .

(**ولو استأجر لحفر البئر**) أو نهر أو عين فلا إشكال [في الصحة] [١] . لكن (**لم يكن**) له (**بدّ من تعيين الأرض**) بالمشاهدة أو الوصف بالإشارة إلى موضع معيّن ، على وجه يرتفع غرر الإجارة [٢] .

وهل يعتبر في التعيين المزبور تشخيص الأرض التي يراد حفرها بئراً فلا تكفي مشاهدة قطعة واسعة من الأرض أو وصفها بما يرفع الغرر ثمّ الاستئجار على حفر بئر مثلاً في موضع منها غير معيّن والخيار بيد المستأجر ؟ [٣] . لكن لم تبعد الصحة . بل لا يبعد استئجار قطعة منها كذلك للزرع ، ونحوه على جهة الإشاعة .

أمّا بدونها بناء على صحّة تعلّق مثل الإجارة في الكلّي في الخارج لا على جهة الإشاعة فيمكن الصحّة أيضاً .

وفي تنزيل الإطلاق على أيّهما ما تقدّم في بيع الصاع من الصبرة [٤] .

(و) على كلّ حال فلا بدّ أيضاً من (**قدر نزولها وسعتها**) [٥] .

(**ولو حفرها فانهارت**) جميعها (**أو بعضها لم يلزم الأجير إزالته**) [٦] (**وكان ذلك إلى المالك**) كما لو وقع فيها دابّة أو حجر أو نحو ذلك [٧] . فلو فرض بقاء شيء منها غير محفور وامتنع المالك من إخراجه كان التقصير من قبله ، كما لو لم يفتح باب الدار لبناء جدار فيها .

نعم لو وقع فيها من تراب الحفر لعدم إبعاد الأجير له على حسب العادة وجب إزالته عليه دون المستأجر [٨] .

(**ولو حفر بعض ما قوطع عليه ثمّ تعذّر حفر الباقي**) أو تعسّر (**إمّا لصعوبة الأرض أو مرض الأجير**) المشروط عليه المباشرة على وجه يتحقّق معه العجز (**أو غير ذلك**) من الموانع التي ينفسخ العقد معها أو يسلّط على الخيار واختار الفسخ (**قوّم حفرها وما حفر منها**) ثمّ نسب الثاني إلى الأوّل (**ورجع**) الأجير (**عليه بنسبته**) المزبورة (**من**

---

[١] **كما لا خلاف في الصحة .**

[٢] ودعوى انحصار ذلك بالمشاهدة واضحة الفساد ، بل ربّما كان الوصف أشدّ من المشاهدة في ذلك .

[٣] لم أجد فيه تصريحاً من أحد .

[٤] إذ المسألة على الفرض المزبور من وادٍ واحدٍ . نعم قد تتحمّل الإجارة من الغرر مالا يتحمّله البيع ، ولا ينافي ذلك ما تقدّم من عدم صحّة إجارة العقار في الذمّة ؛ إذ ذلك إنّما هو على طريق الكلّي في السلم ، لا مثل الإشاعة ، بل ولا مثل الكلّي المزبور في وجه ، فتأمّل جيّداً .

[٥] لتوقّف رفع الغرر على ذلك .

[٦] للأصل وغيره .

[٧] إذ الأجير قد امتثل ما وجب عليه ولم يتضمّن عقد الإجارة إخراجه .

[٨] لوجوب الإبعاد كذلك عليه ، فهو حينئذٍ من فعله ، بل لم يأت بالحفر المراد منه بعد فرض انصراف العرف إلى المزبور كما هو واضح .

الأُجرة) المسمّاة بالعقد، إن نصفاً فنصف، وإن ثلثاً فثلث، من غير فرق بين متفاوت الأجزاء ومختلفها [١].

فلو فرض تساوي أُجرة الأجزاء فله من الأُجرة على مقدار ما عمل، كما إذا استأجره على حفر بئر عمقه وطوله وعرضه عشرة عشرة فحفر بئراً عمقه وعرضه وطوله خمس خمس فله ثمن الأُجرة المسمّاة [٢].

هذا (و) لكن قال المصنّف: (في المسألة قول آخر مستند إلى رواية مهجورة) [٣].

---

[١] بلا خلاف معتدّ به أجده في شيء من ذلك، بل ولا إشكال.

[٢] لأنّه قد عمل ثمن العمل، وذلك لأنّ مضروب العشرة في العشرة مئة، وهي في العشرة الثالثة ألف ومضروب الخمسة في الخمسة خمس وعشرون وهي في الخمسة الثالثة مئة وخمس وعشرون، وهو ثمن الألف. فالأجير حينئذٍ لم يحفر من النصف الأسفل شيئاً وهو خمسمئة، ولا من نصف النصف الأعلى وهو مئتان وخمسون، ولا من نصف نصفه، وهو مئة وخمس وعشرون، فهذه سبعة أثمان، لم يحفر منها شيئاً، وإنّما حفر الثمن وهو مئة وخمس وعشرون.

[٣] إلّا أنّا لم نتحققه لأحد ممّن تقدمه؛ إذ الشيخ بعد أن ذكر ما قدمناه قال: وروي[١] ـ مشيراً بها إلى ما رواه هو في التهذيب في باب الزيادات في القضايا والأحكام ـ عن سهل بن زياد عن معاوية بن حكيم عن أبي شعيب المحاملي [عن الرفاعي]، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل قَبَلَ رجلاً يحفر له بئراً عشر قامات بعشرة دراهم فحفر له قامة ثم عجز، قال: «تقسّم عشرة على خمسة وخمسين جزء، فما أصاب واحداً فهو للقامة الأُولى، والاثنين للثانية، والثلاثة للثالثة، على هذا الحساب إلى العشرة»[٢]. وهي مع عدم معرفة طريق الشيخ إلى سهل وجهالة الرفاعي ـ غير أنّه من أصحاب الصادق عليه السلام ـ لم يعمل بها أحد من الأصحاب، إلّا ما يحكى عن ابن سعيد في الجامع[٣]. ومخالفته للضوابط من وجوه، فوجب طرحها، على أنّه قد ردّها بعضهم بأنّها واقعة خاصّة، وحكم في عين، فلا عموم لها[٤]. وإن كان هو كما ترى؛ ضرورة أنّها من ترك الاستفصال، لا من الأفعال التي لا عموم لها، نحو «قضى أمير المؤمنين» و«سجن» ونحوهما.

نعم يمكن حملها ـ وإن بعد ـ على ما إذا تناسبت القامات على وجه يكون نسبة القامة الأُولى إلى الثانية أنّها بقدر نصفها في المشقّة والأُجرة، وهكذا. وذلك يقتضي جمع الأعداد الواقعة في العشرة فما بلغت قسّطت عليه الأُجرة، ولا ريب أنّ الأعداد في العشرة كواحد واثنين وثلاثة إليها إذا جمعت بلغت ذلك. فإنّ ضابطه أن تضرب عدد القامات في نفسه فما بلغت زادت عليه عشرة المسمّى بجذرها فنصّفته ففي المسألة مضروب العشرة في نفسها مئة، وجذر ذلك عشرة إذا نصّفتها كان خمسة وخمسين، وذلك مجموع الأعداد التي تضمّنتها العشرة. وعلى كلّ حال فلو عمل به احتمل تعدّيه، فتقسّم الخمسة إلى خمسة عشر؛ لأن ضربها في نفسه خمسة وعشرون فإذا زادت عليها جذر وهو الخمسة كان نصفها خمسة عشر، ولو استأجره لحفر أربع قسّطت على عشر؛ لأنّ مضروبها ستّة عشر، وبزيادة الجذر تكون عشرين، فنصفها عشرة، وهكذا. إلّا أنّك قد عرفت الحال في الأصل، فضلاً عن التعدية. نعم لا بأس بها بناء على الحمل المزبور، والله هو العالم.

---

(١) النهاية: ٣٤٨ ـ ٣٤٩.

(٢) التهذيب ٦: ٢٨٧، ح ٧٩٤. الوسائل ١٩: ١٥٩، ب ٣٥ من الإجارة، ح ٢ وذيله.

(٣) الجامع للشرائع: ٢٩٧.

(٤) المسالك ٥: ٢٠٧.

(ويجوز استئجار المرأة للرضاع مدّة معيّنة باذن الزوج) [١]، و[الظاهر] [٢] الجواز من دون ضمّ الحضانة [٣]. والمراد بها حفظ الولد وتربيته ودهنه وكحله وغسل خرقه وتنظيفه وجعله في سريره وربطه وسائر ما يحتاج إليه [٤].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به في محكي الخلاف والسرائر**(١). **بل في محكي التذكرة إجماع أهل العلم على جواز استئجار الظئر تارة**. وأُخرى الإجماع على جواز استئجارها للرضاع والحضانة معاً، وللحضانة دون الرضاع(٢). مضافاً إلى قوله تعالى: ﴿ فَإِن أَرضَعنَ لَكُم فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾(٣)، حيث أطلق «الأجر» على ما يقابل الرضاع الذي هو سقي اللبن على الوجه المعروف. وإلى ما أرسله غير واحد من فعل النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام ذلك(٤). وإلى ما في القواعد ومحكي التذكرة والإيضاح من الاستدلال عليه أيضاً بالحاجة(٥). وإن كان قد يناقش بأنّها لا تجوّز مالا يجوز. نعم يناسب أن تكون سرّاً لشرعية الحكم، كما أنّها ربّما تصلح سبباً للشرعية إذا انحصر الأمر في ذلك على وجه يكون التكليف بتركه عسراً وحرجاً لا يحتمل عادة، كصحّة البراءة للطبيب من الضمان، بخلاف المقام الذي يمكن أن يكون بالصلح أو بالشرط أو بغير ذلك من الطرق الشرعية التي لا تعارض قاعدة الإجارة مثلاً. فالأولى حينئذٍ الاستناد إلى ما عرفت من الإجماع والآية(٦).

[٢] [كما هو] مقتضاهما [الإجماع والآية].

[٣] **كما هو صريح جماعة وظاهر آخرين. فما عن بعضهم اعتبار ضمّها في الصحة في وجه**(٧). لا وجه له.

[٤] ضرورة تطابق النصّ والفتوى ومعقد الإجماع على جوازها للرضاع وهي غيره بل ولا من لوازمه كما هو واضح. **ولقد أجاد في جامع المقاصد حيث إنّه بعد أن ذكر احتمال المنع لتناول الإجارة الأعيان ومع ذلك فهي مجهولة وليست موجودة قال: «ولا وجه له بعد ثبوت النص». لكن قال فيه في موضع آخر: «ولو قيل: إنّ المستأجر عليه هو الفعل الذي لا ينفكّ عن إتلاف اللبن، وهو إيصاله إلى معدة الصبيّ وتلويث الثوب في الصبغ، فتكون العين تابعة، ولا تخرج الإجارة عن مقتضاها أمكن»**(٨). **كما أنّه قال في المحكي عن التذكرة في موضعين: «الأقرب أنّ الذي يتناوله عقد الإجارة بالأصالة فعل المرأة، واللبن مستحقّ بالتبعية كالبئر تستأجر ليستقي منها الماء، والدار تستأجر وفيها بئر، فإنّه يجوز الاستقاء منها»**(٩). **بل عن فخر المحققين: أنّ ذلك هو الذي حققه والده**(١٠)، **وقال: «إنّه هو الذي تدلّ عليه الآية**(١١)؛ **لأنها دالّة على الفعل واللبن»**(١٢). قلت: ذلك كلّه لا يقتضي بقاء الإجارة على مقتضاها؛ ضرورة عدم الفرق في خروجه عنه بين دخول اللبن والصبغ مع الفعل، وبين استقلاله وتبعيته، مع أنّه المقصود الأعظم لا تقتضي ذلك. على أنّ من المعلوم صحّة الاستئجار على الصبغ، وإن كان الملوّث للثوب فيه المالك دون الصابغ.

---

(١) الخلاف ٣: ٤٩٨. السرائر ٢: ٤٧١.
(٢) التذكرة ١٨: ٥٣، ٥٤.
(٣)(٦)(١١) الطلاق: ٦.
(٤) الخلاف ٣: ٤٨٧٦. التذكرة ١٨: ٥٣. المسالك ٥: ٢١٠.
(٥) القواعد ٢: ٢٨٧. التذكرة ١٨: ٥٣. الايضاح ٢: ٢٥٢.
(٧)(٩) التذكرة ١٨: ٥٤ـ ٥٥، ٥٣ـ ٥٤، ٥٩.
(٨) جامع المقاصد ٧: ١٣٠، ١٦٤.
(١٠) حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ١٤٣، وفيه: «وهو الذي حققه ولده».
(١٢) الايضاح ٢: ٢٥٢.

كما قد يقوى الاستئجار للرضاع من دون فعل من المرأة حتى وضع الثدي في الفم بأن يضعه المستأجر فيه دونها، والامتصاص من الطفل فلم يكن عمل منها أصلاً تستحقّ عوضاً عليه، فضلاً عن مقابلته بتمام الأُجرة.

كما أنّه لو رضع الصبيّ منها وهي نائمة استحقت الأُجرة وإن لم يكن منها فعل [١].

ومن هنا يتّجه جواز استئجار الشاة لرضاع الصبيّ أو سخلة [٢]، بناء على القطع بعدم خصوصية للمرأة، كالقطع بعدم الفرق بين الحرّة والأمة والصبيّ وغيره [٣].

نعم لا يتعدّى من ذلك إلى جواز استئجار البئر للاستقاء منها [٤] ولا الشمع للإشعال والطعام للأكل [٥].

---

[١] ومن هنا استدلّ الفاضل في المحكي من تحريره وقواعده على أنّ المعقود عليه نفس اللبن باستحقاق الأجر عليه، بانفراده دون الأفعال بانفرادها[١]، وإن اعترضه في جامع المقاصد أيضاً بأنّا لا نسلّم استحقاق الأُجرة باللبن بانفراده مالم تصيّره المرضعة في معدة الصبيّ، ولا يلزم من عدم استحقاق الأُجرة بالأُمور الباقية بانفرادها استحقاقها في مقابل اللبن وحده، لم لا يجوز أن يكون في مقابلة الجميع[٢]. بل في المسالك: الأجود أنّ المقصود مجموع ما ذكر من المنافع مع عين اللبن وجوازه حينئذٍ مع أنّ بعض متعلّقها عين ذاهبة؛ للنصّ وهو الآية[٣] وفعل النبي صلى الله عليه وآله والأئمّة عليهم السلام ثمّ قال: «ويمكن أن يقال: على تقدير كون المراد المجموع أنّ اللبن يكون تابعاً لكثرة قيمة غيره، وقلّة قيمة اللبن وإن كان اللبن مقصوداً من وجه آخر، ويثبت للتابع من الحكم المخالف ما لا يثبت للمتبوع، ومثله القول في الصبغ»[٤]. لكن لا يخفى عليك ما في الجميع، خصوصاً دعوى التعبية المزبورة التي هي مع أنّها خلاف الواقع إن أُريد بها بالنسبة إلى القصد والفرض، خصوصاً بالنسبة إلى الصبغ لا داعي إلى ارتكابها بعد الدليل. ولو أنّ الإجارة بمثل ذلك تكون على مقتضاها لاتجه التعدية إلى غير المقام ممّا هو معلوم عدمه. والآية وإن كانت بلفظ «الإرضاع» لا الرضاع، إلّا أنّه هو المراد به، ولكن عبّر به لغلبة الرضاع بالإرضاع.

[٢] **كما نصّ عليه في القواعد[٥]، ومحكي غيرها.**

[٣] وإن كان ظاهر الآية[٦] [الصورة] الأُولى [وهي إرضاع المرأة]. **بل ربّما قطع بعضهم بعدم خصوصية الرضاع فجوّز استئجار الشاة للحلب[٧].** وربّما يؤيّده ما ورد في النصوص ومحكي عليه الإجماع[٨] من جواز إعارتها لذلك، وما تصحّ إعارته تصحّ إجارته، كما عرفته فيما سبق.

[٤] **ولذا منعه في جامع المقاصد ومحكي الحواشي وموضع من التذكرة[٩].**

[٥] **كما صرح به في القواعد[١٠]، بل ظاهر السرائر الإجماع على ذلك[١١].**

---

(١) التحرير ٣: ٩٣. القواعد ٢: ٢٩٢.
(٢) جامع المقاصد ٧: ١٦٤.
(٣)(٦) الطلاق: ٦.
(٤) المسالك ٥: ٢٠٩ـ ٢١٠.
(٥)(٧) القواعد ٢: ٢٨٧.
(٨) مفتاح الكرامة ٧: ٨٢ـ ٨٣، ١٤٤.
(٩) جامع المقاصد ٧: ١٣١. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٧: ١٤٥. التذكرة ١٨: ٥٨.
(١٠) القواعد ٢: ٢٨٧ـ ٢٨٨.
(١١) لم نعثر عليه، ونقله في مفتاح الكرامة (٧: ١٤٥) عن ظاهر التحرير.

نعم قد يجوز الاستقاء من البئر عند إطلاق إجارة البئر [١].

وكذا لا يتعدّى إلى جواز إجارة الشجرة لثمرتها والدابّة لنتاجها ولا إلى شيء من الظروف للامتصاص ممّا فيها ولا إلى غير ذلك ممّا فيه إتلاف عين إلّا ما قام عليه الدليل ممّا عرفت، ومن الصبغ ومن استئجار الفحل للضراب [٢]، ومن استئجار الحمّام وإن استلزم إتلاف الماء [٣].

[ويمكن القول بأنّ الحمام من الإباحات للأعيان والمنافع بعوض وهي قسم مستقل برأسها لا تدخل تحت عقود المعاوضة ولها أفراد كثيرة].

---

[١] للإذن فيه عادة على وجه يكون كالشرط.

[٢] الذي يمكن تحصيل الإجماع على جوازه، مضافاً إلى السيرة.

[٣] **كما عن الإيضاح وحواشي الشهيد التصريح به[١].**

بل ربّما يكون هو المقصود، على أنّه يمكن أن يقال: إنّ ذلك والحمام من اشتراط البذل للعادة. لكن في القواعد والمحكي من جامع الشرائع: «وإجارة الحمّام للّلبث فيه واستعمال الماء تابع»[٢]. ويمكن أن يريدا ما ذكرنا، وإن كان يأباه لفظ التبعية.

اللهمّ إلّا أن يراد منها التبعية في عقد الإجارة لا في القصد.

وفي محكي التذكرة تارة: «إنّ بعض الأعيان قد يتناولها عقد الإجارة للحاجة والضرورة كاستئجار الحمّام المشتمل على استعمال الماء وإتلافه». وأُخرى: «هل المدفوع إلى الحمامي ثمن الماء ويتطوّع بحفظ الثياب وإعارة السطل... أو المدفوع أُجرة الحمّامي والسطل وأمّا الماء فإنّه غير مضبوط حتى يقابل بالعوض»[٣].

وكأنّ مراده أنّ ما في أيدي الناس من دفع العوض بالدخول إلى الحمّام هو نقل عين والمنافع تابعة أو بالعكس.

ولعلّ الأقوى الثاني، وأنه جاز للسيرة، أو أنّه من اشتراط البذل للعادة أو لنحو ذلك، ولا يحتاج إلى تكلّف كون الجميع منافع حتى استعمال الماء، وإن استلزم ذلك إتلاف بعض أجزاء الماء؛ ضرورة كونه كإتلاف بعض أجزاء الثوب مثلاً بالاستعمال، فإنّ المراد الانتفاع به بعقد الإجارة مجموع أجزاء ماء الحمام، لا خصوص التالف منها، وذلك باقٍ، ولم يقتض عقد الإجارة إتلافه، حتى ينافي مقتضاها.

ولا يقدح في ذلك عدم ضبط المدّة، ولا الإجارة لأشخاص متعدّدين، من غير فرق بين أوّل داخل وغيره. على أنّ ذلك لازم على تقدير كون الإجارة للحمام أيضاً.

لكن لا يخفى عليك أنّ التزام ما ذكرناه أولى من ذلك كلّه.

ولولا ظهور كلام من تعرّض لذلك في أنّ الحمام من الإجارات لأمكن القول بأنّه من الإباحات للأعيان والمنافع بعوض، وهي قسم مستقلّ برأسها، لا تدخل تحت عقود المعاوضة، ولها أفراد كثيرة كما حرّرناه في غير المقام.

---

(١) الايضاح ٢: ٢٥٣. ونقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٧: ١٤٥.

(٢) القواعد ٢: ٢٨٨. الجامع للشرائع: ٢٩٥.

(٣) التذكرة ١٨: ٥٢، ٢٥٥ ـ ٢٩٥.

وكيف كان فهذا كلّه إذا أذن الزوج (فإن لم يأذن) فـ(فيه تردّد) [١].

(و) لكن (الجواز أشبه إذا لم يمنع الرضاع حقه) [٢]، بعد فرض وقوع الإجارة حال عدم معارضة الزوجة لغيبته أو لمرضه أو لغير ذلك من موانع الاستمتاع، على وجه يوثق به عادة [٣].

ولو فرض اتفاق إرادة الاستمتاع في الزمان المزبور كان له ذلك؛ لوجوب تقديم حقّه على حقّ المستأجر فتنفسخ الإجارة حينئذٍ في الزمان المزبور، ويتسلّط المستأجر على فسخ الباقي.

وكذا الكلام في غير الرضاع من الأعمال خصوصاً غير المقيّد منها بزمان.

ولو فرض تقدّم الإجارة على النكاح فلا اعتراض للزوج قطعاً [٤]، ولكن له الاستمتاع بها فيما فضل عن وقت الإرضاع.

وليس لولي الطفل منعه من الوطء مع عدم تضرر الولد به، أمّا إذا تضرّر فله ذلك [٥].

ولو كان المستأجر ـ للإرضاع ـ الزوج جاز ولو لولده منها، وكذا غيره من الأعمال [٦].

---

[١] **بل عن المبسوط والخلاف والسرائر عدم الجواز**[١].

لا لأنّه مالك منافعها، بل لمنافاته لحقّ الاستمتاع بها الذي لابدّ لها من التهيؤ له في كلّ وقت محتمل؛ إذ لم يعلم متى يريده منها، ولذا لم يجز لها الصوم من دون إذنه.

[٢] **وفاقاً للكركي والفاضل وثاني الشهيدين** للأصل[٢] السالم عن معارضة ما سمعت.

[٣] ضرورة اعتبار عدم استغراق الأوقات في الاستمتاع الذي ليس للزوج غيره من باقي منافعها، فهي مسلّطة عليها. ومنع الصوم بدون إذنه بعد تسليم عدم تقييده بما عرفت أيضاً للدليل.

[٤] **كما صرّح به غير واحد**؛ لسبق الحق.

[٥] لسبق حقه.

[٦] **خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة في الثاني فلم يجوز للطبخ وما أشبهه**؛ لأنّه مستحقّ عليها في العادة[٣].

ولا ريب في بطلانه. و[**خلافاً**] **للمحكي عن الشيخ وأصحاب الرأي والشافعي في الأوّل فلم يجوزوا استئجارها لإرضاع ولده منها؛ لأنها أخذت منه عوضاً في مقابلة الاستمتاع وآخر في مقابلة التمكين والحبس فلا يلزمه عوض آخر**[٤].

وفيه ـ مع شمول الدليل الولد من غيرها والانتقاض باستئجارها لغيره من الأعمال ـ: أنّ التمكين والاستمتاع غير الحضانة والإرضاع واستحقاق منفعة لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر.

ودعوى كون اللبن للزوج واضحة المنع؛ لعدم الدليل ونشر الحرمة منه أعمّ من ذلك.

---

(١) المبسوط ٣: ٢٣٩. الخلاف ٣: ٤٩٨. السرائر ٢: ٤٧١.

(٢) جامع المقاصد ٧: ١٣٩. المختلف ٦: ١٦٠. المسالك ٥: ٢٠٨.

(٣) المبسوط (للسرخسي) ١٥: ١٢٨. بدائع الصنائع ٤: ١٩٢.

(٤) المبسوط ٣: ٢٣٩. المغني والشرح الكبير ٦: ٧٦، ٣٤.

(و) على كلّ حال فـ(لابدّ من مشاهدة الصبي) الذي استؤجرت لإرضاعه [١].

بل لو فرض عدم معرفة ذلك بالمشاهدة النظرية وجب اختباره لمعرفة ذلك، بل هو كذلك في كلّ ما قلنا باعتبار المشاهدة فيه [٢]، [ولا بأس بالوصف مع فرض ارتفاع الجهالة] [٣] [والصبية في حكم الصبي فيما ذكر].

نعم لو استأجرت على وجه تستحقّ منافعها أجمع التي منها الرضاع أمكن حينئذٍ عدم اعتبار مشاهدة الصبي.

وأمّا تعيين المرضعة [٤] [فستعرف الحال فيه].

(وهل يشترط ذكر الموضع الذي ترضعه فيه؟ قيل) [٥]: (نعم) [٦].

(و) لكن مع هذا (فيه تردد) [٧].

بل لعلّ هذا [عدم الاعتبار] هو الأقوى.

وحينئذٍ فلها فراغ ذمّتها في أيّ مكان.

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه**؛ لا اختلاف الصبيان فيه باختلافهم في الصغر والكبر، والنهمة والقناعة، وغير ذلك ممّا تختلف الأُجرة باختلافه على وجه تتحقّق الجهالة مع عدمه.

[٢] بل ربّما أومأ اقتصار المصنّف وغيره عليها إلى عدم الاكتفاء بالوصف.

لكن عن الأردبيلي الاجتزاء به كالراكب[1]، ولا بأس به مع فرض ارتفاع الجهالة.

[٣] **بل قيل: «ظاهر جماعة عدم اشتراط هذا الشرط من أصله؛ لاقتصارهم على ذكر المدّة»**[2].

وإن كان كما ترى؛ ضرورة إرادتهم ذلك في مقابلة الضبط بالعمل، لا ما نحن فيه، فيمكن ترك تعرّضهم لوضوحه، كترك الأكثر التعرّض للصبية التي من الواضح مساواة حكمها لحكمه.

[٤] فظاهر جماعة اشتراطه، **ومنهم المصنّف [المحقق] كما ستعرفه عند قوله: «فإن مات... إلى آخره»**.

كما أنّك قد عرفت الحال في مخالفة الرضاع قواعد الإجارة وأنّه ينبغي الاقتصار فيه على المتيقّن أو كالمتيقّن دون المشكوك فيه، والله هو العالم.

[٥] **والقائل الفاضل في قواعده والمحكي من تذكرته وثاني المحققين والشهيدين ومحكي المبسوط والوسيلة**[3].

[٦] لاختلاف المحالّ في السهولة والصعوبة، والوثاقة في الحفظ وعدمه، وغير ذلك.

[٧] مما عرفت.

ومن أنّه من تفاوت الأغراض لا ممّا يتوقّف عليه ارتفاع الجهالة في الإجارة، ولذا لا يعتبر التعرّض له في باقي الأعمال المتفاوته بالنسبة إلى ذلك.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢١.

(٢) مفتاح الكرامة ٧: ١٧٩.

(٣) القواعد ٢: ٢٩١ ـ ٢٩٢. التذكرة ١٨: ٥٥. جامع المقاصد ٧: ١٦٣. المسالك ٥: ٢٠٩. المبسوط ٣: ٢٣٨. الوسيلة: ٢٦٩.

(و) على كلّ حال فـ(ـإن مات الصبي أو المرضعة) المعيّنة (بطل العقد) [١].

بل [الظاهر من بعض وجوب تعيين المرضعة] [٢] لكن [قد يقال بصحة العقد مع عدم تعيّنها] [٣].

ولعلّه الأقوى، وحينئذٍ فلا تنفسخ بالموت كغيره من الأعمال المستأجر عليها في الذمة، فيخرج حينئذٍ أُجرة المثل من تركتها [٤].

[والمتجه بناء على ذلك الاستيجار بها عنها].

نعم لو تراضيا على دفع ذلك إليه عوضاً عن العمل المستحق، أو كان أصل الاستئجار ممتنعاً لتعذّره بالمرّة، جاز حينئذٍ دفعه إلى الوليّ مع احتمال انفساخ الإجارة في الأخير بسبب التعذّر المزبور [٥].

ولو أطلق العقد فهل ينزّل على المباشرة أو على المضمون؟ وجهان، ولعلّ الأوّل لا يخلو من قوّة [٦].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال**؛ لتعذّر المستأجر عليه حينئذٍ.

[٢] **[كما] ربّما ظهر من إطلاق المتن كالمحكي عن المبسوط[١] والتذكرة[٢] البطلان بموت المرضعة وجوب تعيينها كالصبي**؛ للغرر الذي لا يمكن ارتفاعه بوصف الكلّي وللاقتصار فيما خالف ضابط الإجارة على المتيقّن.

ودعوى القطع بعدم الفرق ممنوعة.

[٣] **[كما] في القواعد وجامع المقاصد والمسالك ومحكي السرائر والحواشي تقييد ذلك [البطلان] بما إذا كانت معيّنة[٣]**. ومقتضاه حينئذٍ ما صرّح به في الثلاثة الأوّل منها الصحة مع عدم تعيّنها.

[٤] **كما في القواعد[٤] وغيرها.**

قيل: «وتدفع إلى وليّ الصبي»[٥].

وفيه: أنّ المتجه بناءً على ذلك الاستئجار بها عنها؛ لعدم انفساخ الإجارة بعدم تعذّر العمل المستأجر عليه، بعد فرض كونه في الذمّة.

[٥] لصيرورته كالمعيّن الذي قد تعذّر.

[٦] للتبادر. **ومن هنا قال في القواعد: «إنّه لو دفعت المرضعة الصبي إلى خادمتها فالأقرب عدم استحقاق الأُجرة»[٦]؛ لعدم العمل المستأجر عليه، والتبرّع بإرضاع الجارية إذ هو حينئذٍ كما لو سقته لبن الغنم. ولو اختلف المستأجر والمرضعة في إرضاعها نفسها وإرضاع غيرها أو عدم الرضاع فالظاهر تقديم قولها لو ادّعته؛ لأنّها أمينة.**

ولأنّه فعلها وتعسر الإشهاد عليه ليلاً ونهاراً؛ والله هو العالم.

---

(١) المبسوط ٣: ٢٣٨ ـ ٢٣٩.

(٢) التذكرة ١٨: ٨٤.

(٣) القواعد ٢: ٢٩٢. جامع المقاصد ٧: ١٦٧. المسالك ٥: ٢١٠. السرائر ٢: ٤٧١. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٧: ١٨٢.

(٤) القواعد ٢: ٢٩٢.

(٥) مفتاح الكرامة ٧: ١٨٢.

(٦) القواعد ٢: ٢٩٢.

ولا فرق في جميع الأحكام المزبورة بين الأمة والحرّة، فإنّ السيد يجوز له إجارة أمته للإرضاع وجبرها عليه [١]، من غير فرق بين القنّة والمدبّرة وأم الولد.

نعم الظاهر عدم ذلك في المكاتبة ولو مشروطة والمبعّضة إلّا باذنهن [وقيل: لو كان لإحداهن ولد لم يجز ايجارهن] [٢]. قلت: لا فرق بين المملوكة والحرّة إذا تعيّن عليها إرضاع ولدها، نعم لو أقام مرضعة غيرها ترضعه كان له إجارتها. ولو كانت الأمة مزوّجة جرى عليها ما عرفته من حكم الحرّة بالنسبة إلى الاستئذان وعدمه.

(و) كيف كان فـ(**لو مات أبوه**) المرتضع (**هل تبطل؟ يبنى على القولين**) في موت المستأجر إذا كانت الإجارة أصالة، وقد عرفت الحال فيهما سابقاً [وهو البطلان بموت أحدهما] [٣].

أمّا إذا كانت الإجارة للطفل وإن باشر ذلك الولي فلا بطلان بموت الولي [٤].

(**ولو استأجر شيئاً مدّة معيّنة لم يجب**) ذكر (**تقسيط الأُجرة**) في متن العقد (**على أجزائها**) [٥] (**سواء كانت**) المدّة (**قصيرة أو متطاولة**) [٦]. نعم لا بأس بذكر ذلك مع التفاوت وبدونه [٧]، فلو تلفت العين في أثناء المدة كانت أُجرة ما مضى بحسب ما شرط. ولو كان التلف في أثنائها قسّط المسمّى لها على أجزائها كما لو لم يذكر تقسيطاً في العقد، وكيفية التقسيط ما سمعته سابقاً، والله أعلم. (**ويجوز استئجار الأرض لتعمل**[1] **مسجداً**) وغيره

---

[١] لأنّها ملكه.

[٢] **لكن عن المبسوط وموضع من التحرير أنّ له أن يجبر المشروطة**[2]. وهو كما ترى.

نعم في القواعد ومحكي التذكرة والتحرير وجامع المقاصد: أنّه إن كان لإحداهن ولد لم يجز له أن يؤجرها، إلّا أن يفضل عن ولدها وإن كان مملوكاً له؛ لأنّ السيد إنّما يملك فاضل حاجة مملوكه[3].

[٣] **لكن عن السرائر البطلان هنا مع قوله بالعدم هناك**[4]. ولا نرى له وجهاً.

[٤] **وفي المسالك: «ولو كان الولد معسراً واستأجر الأب عليه بمال في ذمّته أو ذمّة الأب ولم يخلف تركة توجّه جواز فسخها، لا أنّها تبطل بذلك»**[5]. وهو كذلك مع عدم العلم بالحال، ولكن قوله أو في ذمة الأب لا يخلو من إجمال، فتأمّل، والله هو العالم.

[٥] **عندنا**؛ لإطلاق الأدلّة.

[٦] **خلافاً لبعض العامة فأوجبه إن كانت سنتين فصاعداً**[6]، حذراً من الاحتياج إلى تقسيط الأجرة على المدّة على تقدير لحوق الانفساخ بتلف وغيره، وذلك ممّا يشق ويتعذّر. وفيه: مع انتقاضه بالناقص عن السنتين المجمع على ذكر عدم اعتبار التقسيط فيه وبأجزاء المدّة التي جعل لها قسطاً لو تلف في أثنائها أنّه مجرّد اعتبار لايصلح معارضاً للأدلّة الشرعيّة.

[٧] لكونه حينئذٍ من الشرط الذي لا خلاف في جوازه.

---

(١) في الشرائع: «ليعمل».
(٢) المبسوط ٣: ٢٣٩. التحرير ٣: ٩٥.
(٣) القواعد ٢: ٢٩٢. التذكرة ١٨: ٨١. التحرير ٣: ٩٤. جامع المقاصد ٧: ١٦٦.
(٤) السرائر ٢: ٤٤٩، ٤٧١.
(٥) المسالك ٥: ٢١٠.
(٦) المجموع ١٥: ١٨.

من الأفعال الراجحة [١]. [والمراد من المسجد هنا كونه محلاً للسجود أي المكان المعدّ للصلاة فيه].

(**ويجوز استئجار الدراهم والدنانير إن تحققت لهما**[١] **منفعة حكمية مع بقاء عينها**) وإن كانت نادرة ولم يعدّا لها غالباً كالزينة ، ودفع المرء مظنّة الفقر عن نفسه ، والضرب على سكّتها والوزن بها ونحو ذلك [٢].

و[المختار] [٣] جواز استئجار التفّاح وغيره للشمّ وغيره ، كالطعام لتزيين المجلس ، والشجرة لنشر الثياب عليها ، وربط الدابّة بها والاستظلال بظلّها ونحو ذلك ، وإن لم تكن معدّة لذلك ، ولا تستأجر غالباً له [٤].

٣٠١/٢٧

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه ، بل عن كشف الحقّ نسبته إلى الإمامية**[٢] ؛ لأنّ ذلك غرض مقصود محلّل متقوم ، فيشمله إطلاق الإجارة، **خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من عدم الجواز؛ لأنّ فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة بحال، فلا تجوز الإجارة لذلك**[٣] . وهو كما ترى غلط واضح ؛ ضرورة الفرق بين الاستئجار على الصلاة وبين استئجار المكان أو اللباس للصلاة فيه . **نعم في جامع المقاصد والمسالك : لا يثبت لها حرمة المسجد** ؛ لأنّه اسم للعين الموقوفة مؤبّداً لذلك . وإطلاقه على الفرض مجاز باعتبار إعدادها لما أُعدّ له المسجد ، كإطلاقه على ما يقتطعه الإنسان من داره مسجداً له ولعياله[٤] . **لكن عن الأردبيلي منع كون المسجد اسماً لذلك**[٥] ، بل هو للأعمّ منه ومن المقام ، خصوصاً في المدّة الطويلة كالمئة سنة ونحوها ، وربّما يؤيّد بإطلاق المعظم هنا اسم المسجد عليه ، والأصل فيه الحقيقة . وفيه : أنّ من المعلوم كون غرض الأصحاب في المقام الردّ على أبي حنيفة المانع من استئجار المكان للصلاة فيه ، فمرادهم من المسجد هنا كونه محلاً للسجود ، نحو إطلاقهم في مكان المصلّي أنّه يستحب اتخاذ مسجد في الدار ، ومرادهم إعداد مكان مخصوص للصلاة كما تقدّم تحقيق ذلك في محلّه ، والله العالم .

[٢] **وفاقاً للمحكي عن الشيخ والفاضل والشهيدين**[٦] **وغيرهم . بل عن مجمع البرهان : « أنّه لا شكّ فيه لو حصل نفع مقصود محلّل »**[٧] ؛ لإطلاق أدلّة الإجارة ، وعدم السفه في ذلك بعد فرض تحقّق المنفعة المزبورة . وليس قول المصنّف : « إن تحققت ... إلى آخره » تردّداً منه في إجارتهما ، بل للتردّد في تحقّق منفعة لهما كذلك . بل المقصود جواز إجارتهما لهذه المنفعة عند تحققها ، وإلّا كانت المعاملة سفهية نحو ما سمعته سابقاً في بيع ما لا منفعة له غالباً لقلّته أو لغيرها : من أنّه يجوز إذا تحققت وإن كانت نادرة ، فحبّة الحنطة يجوز بيعها مع الحاجة إليها لفخّ ونحوه ، وكذا [الكلام في] غيرها ، لكن عن الضابط المزبور الذي به تخرج المعاملة عن كونها سفهية ، وهو المدار هنا وهناك على الأصحّ . واحتمال عدم الجواز حتى مع تحقّق المنفعة للشكّ في تناول مثل ذلك في غير محلّه . كاحتمال عدم جواز إجارتهما لعدم صحّة وقفهما ، وعدم ضمان منفعتهما لو غصبا . وفيه : أوّلاً : منع الملازمة . فإنّ الحرّ وأُمّ الولد يجوز إجارتهما ، ولا يجوز وقفهما . وثانياً : منع عدم جواز وقفهما للمنافع المزبورة ، وكذا يمنع عدم ضمان الغاصب بعد إجارتهما ومقابلتهما بالمال ، كمنافع الحرّ المستأجر أجيراً خاصّاً . أمّا مع عدم مقابلتهما بمال فلعلّه لا ضمان لعدم تحقّق المنفعة حينئذٍ التي تعدّ مالاً عرفاً ، كمنفعة الحرّ التي هي كذلك . ولا يقدح ذلك في جواز الإجارة بعد التحقق .

[٣] [كما] من ذلك [= الذي تقدم] كلّه يعرف [ذلك].

[٤] كما أنّ منه [= ممّا ذكر] يعرف ما في كلام جماعة من أصحابنا ، والله هو العالم .

---

(١) (٢) في الشرائع «لها» . كشف الحق : ٥٠٧ .

(٣) حكاه في التذكرة ١٨ : ٣٧٥ . انظر المبسوط (للسرخسي) ١٦ : ٣٩ .

(٤) جامع المقاصد ٧ : ٢٤٣ . المسالك ٥ : ٢١٢ .

(٥) (٧) مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٢١ ـ ٢٢ .

(٦) المبسوط ٣ : ٢٥٠ . الإرشاد ١ : ٤٢٣ . التحرير ٣ : ٧٣ . نقله عن الشهيد في مفتاح الكرامة ٧ : ١٣٩ . المسالك ٥ : ٢١٢ .

(تفريع:)

[حكم ما لو استأجره لحمل عشرة أقفزة من صبرة ثمّ حملها فكانت أكثر]:

(**لو استأجره لحمل عشرة أقفزة من صبرة**) مثلاً (**فاعتبرها**) معتبر (**ثمّ حملها فكانت أكثر**) كثرةً معتدّاً بها لا يسيرة نحو ما يتفاوت به الموازين (**فإن كان المعتبر**) والمحمّل عاماً (**هو المستأجر**) من غير علم من (**لزمه أُجرة المثل عن الزيادة، وضمن الدابّة إن تلفت؛ لتحقّق العدوان**) الموجب لذلك [١].

---

[١] **كما صرّح بذلك كلّه الفاضل والكركي والشيخ في المحكي عن مبسوطه**[١]. **بل قال الثاني منهم: «إنّه لا بحث فيه» ولعلّه كذلك. نعم في إرشاد الأوّل منهم: «أنّه يضمن نصف الدابّة**[٢]، وكأنّه لاستناد التلف إلى فعلين: أحدهما مأذون فيه وهو غير مضمون، والآخر غيره، ولا ينظر إلى التفاوت بعد نسبة التلف إلى المجموع، كمن جرح نفسه جراحات، وجرحه آخر جراحة واحدة فسرى الجميع، فإنّه يضمن نصف الدابّة. وفيه: أنّه مخالف لظاهر الفتاوى ومعقد المحكي من إجماع الخلاف والغنية والسرائر والتذكرة[٣]. بل في الأوّل [أي الخلاف] نسبته إلى الأخبار أيضاً. ولعلّه أشار إلى خبر أبي ولّاد[٤] وخبر الصيقل[٥] وخبر الحلبي[٦] وخبر عمرو بن خالد[٧] المشتملة على ضمان الدابّة بتجاوز المكان المشترط، بناءً على عدم الفرق بين أسباب التعدي، وعلى ظهور ضمان الدابّة في مجموعها، بل في خبر أبي ولّاد منها التصريح بلزوم قيمة البغل. **ومنه يظهر ما في المسالك: «من احتمال التوزيع على الأصل والزيادة، فيضمن قسط الزيادة؛ لأنّ التلف مستند إلى الجملة فلا ترجيح، ولا ستلزام التنصيف مساواة الزائد للناقص، وهو محال، والتوزيع على المحمول ممكن بخلاف الجراحات»**[٨]؛ ضرورة مخالفته؛ لما عرفت أيضاً، على أنّ التلف قد استند إلى الجمع الذي هو غير مأذون فيه أصلاً. **ومن هنا استوجبه الأردبيلي فيما حكي عنه ضمان أُجرة المثل للمجموع لا للزيادة خاصّة**؛ لأنّ المسمّى إنّما كان على العشرة مثلاً على أن لا يكون معها غيرها، فإذا كان صارت غير المستأجر عليها فيستحقّ أُجرة المثل على المجموع. **قال: «وإنّها ربّما تكون أُجرة المئة رطل مجتمعة أضعاف أُجرة الخمسين وحدها، واستوضح ذلك في أُجرة الحبّة وحدها والحفنة كذلك، فإنّه لا أُجرة لكلّ حبّة حبّة في التغار، ولجميع الحبوب أُجرة كثيرة»**[٩] ثمّ حمل خبر أبي ولّاد[١٠] وكلام الأصحاب على الغالب الأكثر. وإن كان قد يناقش أوّلاً بمخالفته لظاهر بعض النصوص المزبورة[١١]. وثانياً بأنّ مفروض البحث الاستئجار على العشرة لا بشرط، فلا تخرج عن استحقاق حملها بضمّ غيرها بعد صحّة العقد الذي لا يترك مقتضاه حينئذٍ والتفاوت الذي ذكره يتدارك بملاحظة أُجرة المثل للزيادة مجتمعة. **وأغرب من ذلك كلّه ما عن المقنعة والغنية في نحو المقام من أنّ عليه أُجرة الزائد بحساب ما استأجرها**[١٢]، **بل عن ثانيهما الإجماع عليه**؛ إذ هو مع مخالفته لقاعدة ضمان الغاصب لا دليل عليه. ويمكن حمل كلامهما على غلبة موافقة المسمّى لأُجرة المثل. وعلى كلّ حال فقد ظهر ذلك قوّة مافي المتن مع التقييد الذي ذكرناه.

---

(١) القواعد ٢: ٣٠٥. جامع المقاصد ٧: ٢٦٥. المبسوط ٣: ٢٤٦.

(٢)(٨)(٩) الإرشاد ١: ٤٢٣. المسالك ٥: ٢١٥. حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٢٥٥. انظر مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٨٦.

(٣) الخلاف ٣: ٤٩٣. الغنية: ٢٨٨. السرائر ٢: ٤٦٣. التذكرة ١٨: ٢٣٤.

(٤)(١٠) الوسائل ١٩: ١١٩، ب١٧ من الإجارة، ح١.

(٥)(٦)(٧) المصدر السابق: ١٢١، ح٢، ٤، ٣، ٥.

(١١) انظر الوسائل ٩: ١١٩، ب١٧ من الإجارة.

(١٢) المقنعة: ٦٤٢. الغنية: ٢٨٨.

بل الظاهر ذلك كلّه لو وقع منه خطأ [١]، بل هو كذلك أيضاً فيما لو أمر بالتحميل أجنبياً جاهلاً بالحال، بل المؤجر نفسه على غروره.

بل يقوى ذلك أيضاً فيما لو هيّأه للمؤجر مدلّساً له عليه، بل وإن لم يقصد التدليس لعدم علمه بالحال إذا فرض وقوع ذلك منه خطأ [٢]. نعم لو لم يكن منه أمر ولا تدليس ولا تهيئة فحمله المؤجر ظنّاً منه أنّه هو المستأجر عليه لم يكن عليه شيء [٣]. هذا كلّه مع جهل المؤجر بالحال. أمّا مع علمه: فقد [قيل:] [٤] عدم ضمان الدابّة بتفريط المؤجر بحمل الزيادة مع علمه بها، بل [قد قيل:] [٥] التردّد في لزوم الأُجرة للزيادة [٦]، وإن كان في غير محلّه، مع فرض كون المحمّل المستأجر أو الآمر [بذلك]، بل لعلّ إخباره بالكيل كذباً وتهيئته للتحميل كذلك أيضاً، وإن علم المؤجر بكذبه وحمله هو [٧] فلا يكون المؤجر متبرّعاً، والسكوت مع العلم ليس برضا في جميع ذلك كما هو واضح [٨].

ولو أجبره بالزيادة وقال: احملها فأجابه المؤجر لزمه الأُجرة مالم يظهر إرادة المجانية من الأمر.

(**وإن**) كان قد (**اعتبرها المؤجر**) وحملها هو أو أمر غير المستأجر بالتحميل (**لم يضمن المستأجر أُجرة ولا قيمة**) [٩]، من غير فرق بين الخطأ والعمد، وبين علم المستأجر وجهله، بل لو أمره نفسه فحملها جاهلاً لم يكن

---

[١] لعدم الفرق في أسباب الضمان بين العمد والخطأ.

[٢] لتحقّق الغرور بالفعل، نحو تقديم طعام الغير للأكل.

[٣] للأصل السالم عن المعارض.

[٤] **[كما] أطلق الفاضل والكركي**(١).

[٥] **[كما] عن التحرير والتذكرة**(٢).

[٦] ولذلك.

[٧] لأنّ ذلك بمنزلة الإذن في حمله بل هو شبه المعاطاة.

[٨] **فما في المسالك: فيما لو كان المؤجر عالماً بالزيادة إن لم يقل المستأجر شيئاً وباشر المؤجر التحميل فلا شيء على المستأجر، ولا فرق بين أن يضعه المستأجر على الأرض فيحمله المؤجر على الدابّة وبين أن يضعه على ظهرها فسيّرها المؤجر، وإن أثم المستأجر في الثاني مع احتمال الفرق**(٣) لا يخلو من نظر. **وكذا ما في جامع المقاصد من عدم الأُجرة له لتبرّعه بحملها فيتجه أن يجب عليه ردّها وإن قال: « مع احتمال لزوم الأُجرة؛ لأنّه كالمعاطاة في الإجارة »**(٤).

[٩] للأصل السالم عن المعارض.

---

(١) القواعد ٢: ٣٠٥. جامع المقاصد ٧: ٢٦٤.

(٢) حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٢٦١. التحرير ٣: ١٠٦. التذكرة ١٨: ٢٦٦.

(٣) المسالك ٥: ٢١٤.

(٤) جامع المقاصد ٧: ٢٦٥.

عليه شيء ، بل لعلّه كذلك لو كان قد هيّأه للتحميل المغرور بفعل الموجر [١]. نعم لو كان عالماً فحملها من دون أمر لزمته الأُجرة قطعاً [٢].

وإن كان المؤجر عالماً ، بل لعلّه كذلك أيضاً إذا كان جاهلاً ولم يصدر من المؤجر ما يقتضي الغرور ، أمّا لو أمره الموجر بالحمل مع علمه أي المستأجر بالزيادة ففي لزوم الأُجرة نظر [٣].

وكيف كان فيجب ردّ الزيادة حيث لا يكون إذن من صاحبها إليه بل إلى بلد الأُجرة [٤] ، فلا يجب حينئذٍ عليه إلّا الردّ للمالك في أيّ مكان أو أيّ زمان ، وكذا كلّ حقّ هو كذلك ، فتأمّل جيداً.

(**ولو كان المعتبر**) والمحمّل (**أجنبياً**) من غير علمهما ومن غير إذنهما فهو متعدّ عليهما يضمن لصاحبها والطعام لمالكه ، و(**لزمته أُجرة الزيادة**) للمؤجر وفي ردّها ما عرفت ، من غير فرق في ذلك بين عمده وخطأه ، ولو تولّى الحمل بعد كيل الأجنبي أحد المتعاقدين ، فإن كان عالماً فهو كما لو كان بنفسه ، وإن كان جاهلاً وقد أخبره الأجنبي كاذباً ، فهو كما لو تولّاه الأجنبي ، وإلّا فإن عدّدنا الكيل والإعداد للحمل غروراً ضمن ، وإلّا فلا [٥]. نعم لو حمله العالم منهما لم يكن عليه شيء [٦].

ولو اعتبرا معاً وحمّلا كذلك جاهلين بالزيادة ففي ضمان الدابّة وأُجرة المثل نظر.

ولو كانا عالمين فلا ضمان للدابّة ، وفي ضمان أُجرة الزيادة وجه.

ولو كان المحمّل أحدهما فإن كان المستأجر فالظاهر مساواة حكمه لما إذا كان هو المعتبر مع ذلك ، وإن كان

---

[١] **كما عن التذكرة : أنّه قوّاه[١] ، لكنّه تردّد فيه في المسالك[٢].**

[٢] **كما في جامع المقاصد[٣].**

[٣] **كما في جامع المقاصد[٤].**

[٤] **بل في المسالك : « لو لم يعلم المستأجر حتى أعادها المؤجر إلى البلد المنقول منه فله أن يطالبه بردّها إلى المنقول إليه »[٥].**

وفيه : أنّه لا دليل على وجوب ذلك ، بل لعلّ مقتضى إطلاق الأدلّة خلافه ، بل لعلّه كذلك بالنسبة إلى بلد الأُجرة.

[٥] **وفي المحكي عن مجمع البرهان : ولو كان بإذنهما من دون علمهما بالمقدار فهناك احتمالان : أحدهما : أنّ الحكم كذلك . الثاني : أنّ الضمان على الآذن ، فإن كان منهما فثلاثه احتمالات : أحدها : أنّ الحال في ذلك كما إذا كانا معاً هما المعتبرين. الثاني : أنّه كاعتبار صاحب الدابّة؛ للأصل . الثالث : أنّه كاعتبار صاحب الحمل[٦].** قلت: لا مدخلية للإذن في الضمان ؛ ضرورة كونها بالمقدار الخاص ، فالزيادة لا إذن فيها ، فإذا حملها بنفسه أو بغروره توجّه عليه الضمان.

[٦] لعدم مباشرته وعدم غروره كما هو واضح.

---

(١) التذكرة ١٨ : ٢٦٥.

(٢)(٥) المسالك ٥ : ٢١٤.

(٣)(٤) جامع المقاصد ٧ : ٢٦٦.

(٦) حكاه في مفتاح الكرامة ٧ : ٢٦٢. انظر مجمع الفائدة والبرهان ١٠ : ٢٣.

صاحب الدابّة لم يكن له شيء.

و[قد ظهر][١] الحال في جميع الصور التي تتصوّر في المقام، وإن ذكرنا المهمّ منها كظهور كون البحث في ضمان الدابّة أو نصفها أو التوزيع ـ الذي قد تقدّم سابقاً ـ إذا كان التلف بالتحميل لا ما إذا كان بغيره وكانت أمانة في يد المستأجر فإنّه لا إشكال في ضمانه الجميع من حيث التعدّي في الأمانة، كما أنّ الأقوى ذلك أيضاً في الأوّل[٢].

[المنفعة المباحة]:

الشرط (**الخامس: أن تكون المنفعة مباحة**)

(**فلو آجره مسكناً ليحرز فيه خمراً أو دكّاناً ليبيع فيه آلة محرّمة أو أجيراً ليحمل له مسكراً**) أو جارية للغناء أو كاتباً ليكتب له كفراً ونحوه (**لم تنعقد الإجارة، وربّما قيل بالتحريم وانعقاد الإجارة؛ لإمكان الانتفاع في غير المحرّم، والأوّل أشبه؛ لأنّ ذلك لم يتناوله العقد**)[٣].

(**و**) كيف كان فـ(**هل يجوز استئجار الحائط المزوّق للتنزّه؟ قيل**)[٤]: (**نعم**)[٥]، (**وفيه تردّد**)[٦].

والحقّ الجواز مع عدم السفه، وكان كإجارة الكتاب الذي فيه خطّ جيّد للتعلّم منه.

[كونه مقدور التسليم]:

الشرط (**السادس: أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها**)

(**فلو آجر عبداً آبقاً لم تصحّ**) للسفه (**ولو ضمّ إليه شيء**)[٧].

(**و**) لكن (**فيه تردّد**)[٨].

وقد أشبعنا الكلام في البيع على وجه يستفاد منه تفصيل المسألة هنا، فلاحظ وتأمّل.

---

[١] [إذ] من ذلك [= الذي تقدم] كلّه ظهر لك [ذلك].

[٢] لما عرفت من استناد التلف إلى الضمّ الذي هو فعل المستأجر عدواناً، والله هو العالم.

[٣] كما تقدّم الكلام في ذلك كلّه في باب المكاسب، فلاحظ وتأمّل.

[٤] **والقائل ابن ادريس**[١].

[٥] **واختاره في التنقيح، واستحسنه في المسالك**[٢].

[٦] **كما في القواعد**[٣] **بل منعه في محكي الخلاف والمبسوط**[٤] **للسفه، ولأنّها منفعة ليس للمالك منعها، كالاستظلال بالحائط.**

[٧] لحرمة القياس على البيع عندنا.

[٨] من ذلك، ومن أولوية الإجارة من البيع؛ لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله البيع.

---

(١) السرائر ٢: ٤٧٩.

(٢) التنقيح ٢: ٢٥٦. المسالك ٥: ٢١٦.

(٣) القواعد ٢: ٢٨٧.

(٤) الخلاف ٣: ٥٠١. المبسوط ٣: ٢٤٠.

(ولو) استأجر شيئاً فـ(ـمنعه المؤجر من) تسلّمه(ـه) أصلاً واستيفاء منفعته أجمع، ولم يتمكّن من جبره على أخذ العين منه، أو تمكّن ولم يفعل (سقطت الأُجرة) [بالفسخ] [١].

(وهل له أن يلتزم ويطالب المؤجر بالتفاوت؟ فيه تردّد) [٢].

(والأظهر نعم).

بل إن لم يكن إجماعاً أمكن القول بلزوم ذلك عليه [٣].

وليس له إلّا المنفعة التي قد فوّتها عليه المالك الغاصب، فله قيمتها، كما أنّ للموجر المسمّى.

إلّا أنّه لمّا كانت الإجارة من عقود المعاوضة التي تقتضي عوضية ملك بملك، وقبضاً بقبض، إلّا أنّ الثاني منهما لمّا كان غير معتبر في الصحة يجبر الشارع من فاته منهما بالخيار مالم تكن تلفاً سماوياً، كما لا يخفى على من اعتبر ذلك في جميع عقود المعاوضة.

ولعلّ منه مالو أتلف المالك المبيع على المشتري قبل قبضه فإنّ المشتري حينئذٍ بالخيار بين الفسخ وبين الإمضاء، والمطالبة بالمثل أو القيمة [٤]، ولو منعه بعد استيفاء بعض المنفعة فـ[ـقد قيل:] [٥] الخيار أيضاً.

---

[١] **عند الشيخ**[١] **وفيما حكي عن التذكرة**[٢]؛ لانفساخ العقد قهراً، تنزيلاً لذلك منزلة التلف قبل القبض، المقتضي للانفساخ في البيع، وفي المقام؛ لتعذّر تحقّق المعاوضة حينئذٍ.

وفيه:

إنّ الأصل عدم الانفساخ، وإنّما خرجنا عنه في التلف السماوي بالنصّ، فيبقى غيره على الأصل.

ومن هنا قال في المسالك تبعاً لجامع المقاصد[٣]: «**الظاهر أنّ سقوطها مشروط بالفسخ؛ لتعذّر حصول العين المطلوبة، فإذا فسخ سقط المسمّى إن لم يكن دفعه، وإلّا استرجعه وبهذا صرّح في القواعد**[٤]»[٥].

وإليه أشار المصنّف بقوله: [وهل له...].

[٢] ممّا عرفت.

[٣] لأصالة اللزوم.

[٤] وذلك لأنّه اجتمع فيه أمران أحدهما تعذّر تسليم العوض، والآخر مباشرة إتلاف مال الغير، فيتخيّر في الفسخ نظراً إلى الأمر الأوّل، والمطالبة بالقيمة ـ أعني أُجره المثل ـ نظراً إلى الأمر الثاني.

[٥] [كما] عن التذكرة[٦].

---

(١) النهاية: ٤٤٤.

(٢) التذكرة ١٨: ٣٠٠، ٣٠٤.

(٣) جامع المقاصد ٧: ١٤٥.

(٤) القواعد ٢: ٢٨٩.

(٥) المسالك ٥: ٢١٧ ـ ٢١٨.

(٦) التذكرة ١٨: ٣٠١.

لكن لا يخلو من نظر [١].

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّه لمّا كان استيفاء المنفعة تدريجياً كان قبضها كذلك [٢]، فمنعه في الأثناء حينئذٍ مفوّت لقبض المعاوضة في البعض المراد منه المخاطب به، فيتسلّط حينئذٍ على الخيار [٣].

(و) كيف كان فـ(لو منعه ظالم) عن الانتفاع بالعين بأن غصبها منه (قبل القبض كان بالخيار بين الفسخ) والمطالبة بالمسمّى إن كان قد دفعه، وبين الالتزام (والرجوع على الظالم بأُجرة المثل) عوض ما استوفاه من المنفعة التي هي من أمواله [٤].

و[الظاهر] [٥] اختصاص رجوعه بعد الالتزام بالظالم دون المؤجر وهو كذلك [٦].

كما أنّ الظاهر أيضاً عدم سقوط الخيار المزبور بعود العين للمستأجر في أثناء المدّة [٧].

نعم ليس له الفسخ فيما مضى من المدّة خاصّة، والرجوع بقسطه من المسمّى على الموجر، واستيفاء الباقي من المنفعة [٨].

(ولو كان بعد القبض) في ابتداء المدّة أو في أثنائها (لم تبطل) الإجارة قطعاً، بل ليس له الفسخ [٩].

(و) الفرض أنّه (كان) تمام القبض من المالك وإنّما (له الرجوع على الظالم) بأُجرة المثل [١٠].

---

[١] لأصالة اللزوم، والفرض حصول قبض المعاوضة.

[٢] لأنّ حصوله باستيفائها.

[٣] لما عرفت. وبذلك يظهر الفرق بين هذه وبين المسألة الآتية، وهي: منع الظالم في الأثناء.

[٤] لما عرفت من فوات القبض الذي هو مقتضى المعاوضة.

[٥] [كما هو] ظاهر المصنّف وغيره.

[٦] لأصالة البراءة.

وإن احتمله بعضهم لكون العين في يده مضمونة عليه حتى يتحقق القبض[١]. لكن فيه: أنّ المسلّم من ضمانه وجوب المسمّى عليه بالانفساخ أو الفسخ، لا ضمان قيمة العين بتلف العين، كما وهو واضح.

[٧] للأصل والتضرّر بالتبعيض.

[٨] لعدم جواز التبعيض في العقد كما هو واضح.

وإنّ تردّد فيه في القواعد، واحتمله في المسالك[٢]، إلّا أنّه بمكانة من الضعف.

[٩] لأصالة اللزوم.

[١٠] بل في المسالك تبعاً لجامع المقاصد: أنّ الظالم لو كان هو المؤجر فالحكم كذلك أيضاً[٣].

لكن قد سمعت ما حكيناه عن التذكرة[٤] وتوجيهه، والله العالم.

---

(١) المسالك ٥: ٢١٨.

(٢) القواعد ٢: ٢٨٩. المسالك ٥: ٢١٩.

(٣) المسالك ٥: ٢١٩. جامع المقاصد ٧: ١٤٨.

(٤) تقدّم في ص ٢٥٠.

(**وإذا انهدم المسكن**) مثلاً وفات أصل الانتفاع ولم يمكن إعادته انفسخت الإجارة [١]، فله من المسمّى حينئذٍ بنسبة ما فات من المنفعة.

وإن لم يفت أصل الانتفاع وأمكن إزالته (**كان للمستأجر فسخ الإجارة**) مع فوات بعض المنفعة للتعيّب بالتبعيض، (**إلّا أن يعيده صاحبه ويمكّنه منه**) بسرعة على وجه لم يفت الانتفاع، بل كان موصولاً ببعضه ببعض [٢]. (و) لكن مع هذا (**فيه تردد**) [٣].

نعم (**لو تمادى المؤجر في إعادته**) على وجه قد فات بعض المنفعة فالخيار باق، وإن أعاده كما سمعت، (**ف**) بإن (**فسخ المستأجر**) حينئذٍ (**رجع بنسبة ما تخلّف من الأُجرة إن كان سلّم إليه الأُجرة**) وإلّا دفع إليه منها ما قابل ما استوفاه منها [٤]. وكيف كان فلا يخرج بالشرط المزبور [وهو كون المنفعة مقدوراً على تسليمها] الاستئجار للسنة القابلة، وخصوصاً إذا كانت متصلة بالسنة التي هي للمستأجر [٥].

نعم لا فرق في تعذّر التسليم المانع من صحّة الإجارة بين العقلي والشرعي، فلو استأجر لقلع ضرس صحيح أو قطع يد صحيحة أوجنباً أو حائضاً بخصوصهما لكنس المسجد في زمان حدثهما لم تصح. أمّا لو كانت السن وجعة أو اليد متآكلة على وجه يستحسنه العقلاء صحّت، فإن زال الألم قبل القلع انفسخت الإجارة، وكذا لا يخرج به إجارة الزوجة نفسها من دون إذن الزوج باعتبار استحقاقه منافعها [٦]، فتصح إجارتها فيما لا يعارضه، وأمّا فيه فهو موقوف على إذنه. بل [الظاهر] [٧] انفساخها لو فرض إجارتها بدون إذنه في زمان مخصوص مطمئن فيه بعدم الاستمتاع فاتفق إرادة الزوج فيها ذلك على خلاف العادة، تقديماً لحقّه على حقّ المستأجر.

---

[١] لتعذّر المستأجر عليه.

[٢] لعدم التضرّر حينئذٍ، فيبقى أصل اللزوم بحال.

[٣] ينشأ من ذلك [عدم التضرر، وبقاء أصالة اللزوم] ومن ثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب.

بل اختاره [= الفسخ] في جامع المقاصد وقوّاه في المسالك[1].

وإن كان قد يناقش فيه بمنع ما يدل على ثبوته بالانهدام من حيث كونه انهداماً، وإن لم يفت به شيء من المنفعة على وجه تنقطع به أصالة اللزوم. اللهمّ إلّا أن يستبعد الفرض، (و) هو خروج عن محل البحث.

[٤] **بلا خلاف ولا إشكال في ذلك**، والله العالم.

[٥] **خلافاً للمحكي عن الشيخ وأبي الصلاح فلا يصحّ**[2]؛ لعدم الدليل، وتعذّر التسليم.

وفيه: أنّ الدليل عموم «أوفوا» وغيره، والتسليم واجب زمان الإجارة.

[٦] ضرورة أنّه ليس له إلّا استحقاق الاستمتاع.

[٧] **[كما] في جامع المقاصد**[3].

---

(١) جامع المقاصد ٧: ١٤١، وفيه: «والأوّل أقوى». المسالك ٥: ٢١٩.

(٢) الخلاف ٣: ٤٩٦. الكافي: ٣٤٩.

(٣) جامع المقاصد ٧: ١٣٨.

ولو كانت الإجارة على عمل في الذمّة كخياطة ثوب أو حمل متاع فغصب العبد الخياط والدابّة الحاملة من الموجر قبل قبض المستأجر فله مطالبة المالك [١]. نعم إن تعذّر البدل فـ [ـقيل] [٢]: [بأنّ له الخيار بين الفسخ والامضاء والصبر إلى التمكن وبأنّه ما لو كان الغصب بعد القبض طالب المستأجر بأُجرة المثل خاصة وإن كان في ابتداء المدّة فلا خيار له ولكنّهما لا يخلو من بحث].

ولو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء والموجر من التغرير بماله تخيّرا [٣].

ولو اختص الخوف بالمستأجر تخيّر أيضاً أو انفسخ العقد إذا كان المراد استيفاءه بنفسه ، وإلّا فلا خيار [٤].

ولو استأجر داراً للسكنى مثلاً فحدث خوف عامّ يمنع من الإقامة بذلك البلد تخيّر في الأقوى [٥] نعم لو اختص الخوف بالمستأجر لم يكن له خيار إلّا مع اشتراط الاستيفاء بنفسه فإنه يأتي فيه أيضاً الخيار أو الانفساخ .

---

[١] لعدم ما يقتضي تعيين حقّه بذلك .

[٢] [قاله] **في القواعد : « تخيّر بين الفسخ والإمضاء » والصبر إلى التمكّن . وتبعه في جامع المقاصد ، ولا يخلو من بحث ، وكذا ما فيهما أيضاً من أنّه لو كان الغصب بعد القبض طالب المستأجر بأُجرة المثل خاصة ، وإن كان في ابتداء المدّة[١] فلا خيار له** ؛ لأن الغصب بعد قبض العين ، واستقرار العقد وبراءة المؤجر[٢] .

[٣] **بل احتمل بعضهم الانفساخ[٣]** .

[٤] لإمكانه إجارتها ، ولعلّه المراد للفاضل في محكي تحريره ، ولا ينفسخ بالعذر ، فلو اكترى جملاً للحج ثمّ بدا له أو مرض ولم يخرج لم يكن له فسخ الإجارة[٤] . **ولذا حكي عن الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه عليه تقييده بالمرض الذي يتمكّن من الخروج معه ، قال : « أمّا لو لم يمكنه الخروج أصلاً ، ولم يجز له إجارته لغيره كأن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه فإنه يقوى الفسخ »[٥] .**

لكن في جامع المقاصد : « عندي فيه شيء ؛ لأنّ تعذّر الاستيفاء إذا اختص بالمستأجر ولم يكن من قبل الموجر مانع ففي إسقاطه حقّ المؤجر وتسليطه المستأجر على الفسخ أو الحكم بالانفساخ اضرار بالموجر لمصلحة المستأجر »[٦] .

وفيه : أنّه مثل الأجير على قلع ضرس فسكن ألمه ؛ ضرورة اشتراكهما في منع المستأجر من الفعل وإن بذل المؤجر له باعتبار كونه معاونة على الإثم والعدوان ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

[٥] **وفي القواعد نظر[٧]** . ولعلّه فرق بين هذه المسألة والسابقة أنّ الخوف في تلك على المستأجر والدابّة ، بخلافه هنا ؛ فإنّه على المستأجر دون الدار ، ولذا نظر في هذه وقرّب الخيار في الأُولى .

إلّا أنّ الظاهر ثبوت الخيار في المقامين ؛ لقاعدة لا ضرر بعد عموم العذر شرعاً عن الاستيفاء ، بل ربّما احتمل الانفساخ قهراً .

---

(١) القواعد ٢ : ٢٩٠ .
(٢) جامع المقاصد ٧ : ١٤٧ ـ ١٤٨ .
(٣) احتمله في مفتاح الكرامة ٧ : ١٦٠ .
(٤) حكاه في جامع المقاصد ٧ : ١٤٩ . انظر التحرير ٣ : ١٢٧ .
(٥) نقله في جامع المقاصد ٧ : ١٤٩ .
(٦) جامع المقاصد ٧ : ١٤٩ .
(٧) القواعد ٢ : ٢٩٠ .

ولو استأجره لصيد شيء بعينه [١] [فقد قيل : لم يصح].

و[لكن] قد تقدّم لنا في كتاب البيع عند البحث على اشتراط القدرة على التسليم فيه ما يستفاد منه حكم ذلك وغيره ، فلاحظ وتأمّل ، والله العالم .

[أحكام الإجارة]:

الفصل (**الثالث في أحكامها**) :

[لو وجد المستأجر عيباً بالعين المستأجرة]:

(وفيه مسائل) :

(**الأُولى : إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة**) بالخصوص (**عيباً**) سابقاً لم يعلمه (**كان له الفسخ**) [٢] .

بل [لعله] [٣] عدم الفرق في ثبوت الخيار المزبور بين استيفاء بعض المنفعة وعدمه ، ويكون حينئذٍ كخيار الغبن في عدم السقوط بالتصرّف ، وبذلك يفترق عن خيار العيب في البيع الذي يتعيّن الأرش به . بل صريح قول المصنّف [٤] (**أو الرضا بالأُجرة من غير نقصان**) عدم الأرش هنا أصلاً [٥] .

---

[١] **ففي القواعد : « لم يصحّ ؛ لعدم الثقة بحصوله »**[١] أي فلا تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها بحسب الغالب .

[٢] **كما عن المبسوط وغيره بل عن ظاهر الغنية الإجماع عليه**[٢] .

وعن التذكرة : لا نعلم فيه خلافاً إذا كان سابقاً يوجب نقصاً تتفاوت به الأُجرة ، وحكى فيها عن ابن المنذر نفي الخلاف فيه[٣] أيضاً .

بل أكثر من الأمثلة لذلك وظاهر بعضها تجدّد العيب فضلاً عن سابقه ، لكن تقييدهما بـ« ـالمنقص » مناف لإطلاق جماعة وصريح آخرين ـ كما أنّه صرّح غير واحد بل لا أجد فيه خلافاً بينهم .

[٣] [إذ] معقد نفي خلاف التذكرة وابن المنذر بقرينة ما ذكراه من الأمثلة [لعلّه ذلك] .

[٤] **كغيره** .

[٥] **نعم في اللمعة : « وفي الأرش نظر »**[٤] . **وفي جامع المقاصد : تارة « ينبغي أن يكون هذا حيث لا يكون العيب منقصاً للمنفعة ، فإنّه مع ذهاب بعض العين يجب التقسيط قطعاً مع الخيار »** ، **وأُخرى « الأصحّ وجوب الأرش »** **وثالثة « لا استبعد ثبوت الأرش... كثيراً »**[٥] . **واستوجهه في المسالك**[٦] ، **واستحسنه في الروضة**[٧] . وكأنّ الوجه في ما ذكره الأصحاب أنّ العقد إنّما جرى على هذا المجموع وهو باق ، فإمّا أن يفسخ أو يرضى بالجميع . وثبوت الأرش في البيع للنص فلا تقاس عليه الإجارة ، والضرر مندفع بالخيار الذي هو المعتاد في جبر الضرر الناشئ من لزوم العقد .

وبذلك [الذي تقدم] ظهر أنّ الثابت الخيار خاصّة في الفرض .

---

(١) القواعد ٢ : ٢٩٠ .
(٢) المبسوط ٣ : ٢٢٢ . الغنية : ٢٨٧ .
(٣) التذكرة ١٨ : ٢٦٩ ـ ٢٧٠ .
(٤) اللمعة : ١٥٦ .
(٥) جامع المقاصد ٧ : ٩٢ ، ١٤٣ .
(٦) المسالك ٥ : ٢٢١ .
(٧) الروضة ٤ : ٣٥٣ .

٢١٤/٧

(**ولو كان العيب ممّا يفوت به بعض المنفعة**) بمعنى إذا لم يفت به شيء أو فات به البعض [١]، [وذلك بفوات كمالها] كالدابّة العرجاء أو الجموح أو نحو ذلك ممّا يكون فيه أصل الانتفاع موجوداً إلّا أنّه ليس على الوجه المراد للمستأجر لا أنّ المراد فوات بعض المنفعة أصلاً كدار وجد بعض بيوتها خراباً فإنّ المتّجه في ذلك التقسيط لو اختار اللزوم [٢].

نعم يبقى الإشكال في ثبوت الخيار بالعيب في العين، وإن لم يكن مفوّتاً لشيء من كمال المنفعة، ولا فيه نقص على المستأجر باستيفاء المنفعة كالدابّة البتراء أو الجدعاء أو نحو ذلك [٣]، [ويتجه فيه الخيار من دون الأرش] [٤].

---

[١] **كما في المسالك قال: « لا ما إذا كان يفوت به الجميع؛ لأنّ ذلك يبطل العقد »**[(١)].

قلت: يمكن أن يريد المصنّف بفوات « البعض » فوات كمالها.

[٢] لأنّه من قبيل تبعّض الصفقة، وليس ممّا نحن فيه من وجدان العيب في العين المستأجرة المنصرف إلى ما ذكرنا دون ذلك، وإن أطلق عليه اسم العيب توسّعاً.

ولعلّ هذا هو الذي قطع به المحقق الثاني فيما عرفت[(٢)].

كما أنّ الفرد الآخر محلّ للنظر في ثبوت الأرش من جهته.

وقد عرفت أنّ مقتضى أُصول المذهب وقواعده ثبوت الخيار له من دون أرش بعد حرمة القياس عندنا، وكون ذلك عند التأمّل من فوات الوصف الذي لا يوزّع الثمن عليه في البيع، وإن تفاوت قلّة وكثرة بالنسبة إليه.

[٣] ودعوى أنّ الصبر على مطلق العيب في العين المستأجرة ضرر لا دليل عليها.

كدعوى أنّ مورد العقد العين لاستيفاء المنفعة، فتنصرف إلى الصحيحة كالبيع.

ولعلّه إلى هذا أومأ الفاضل في التذكرة في التقييد المزبور [= المنقص][(٣)].

كما أنّ غيره من الأصحاب نظر إلى ما ذكرنا من العيب الذي لا يكون به تفويت لكمال المنفعة.

إلّا أنّ فيه نقصاً على المستأجر باستيفاء المنفعة منه، أمّا إذا لم يكن كذلك فلعلّه غير مراد للجميع، ويبقى على أصالة اللزوم.

اللهمّ إلّا أن يدّعى انصراف عقد الإجارة إلى العين الصحيحة كالبيع.

وفيه منع، وحينئذٍ يتّجه فيه الخيار خاصّة من دون أرش.

[٤] ضرورة عدم النقص في منفعته، وهو إنّما يتوجّه فيما إذا تفاوتت إجارة العين سليمة ومعيبة، فإنّ نسبة ذلك التفاوت من المسمّى هو الأرش.

ومن التأمّل فيما ذكرنا بان لك الوجه في جميع أطراف المسألة حتى ثبوت الخيار مع استيفاء بعض المنفعة.

---

(١) المسالك ٥: ٢٢١.
(٢) جامع المقاصد ٧: ٩٢.
(٣) التذكرة ١٨: ١٦٩.

[بل يثبت الخيار مع استيفاء بعض المنفعة] [١]

فإذا فسخ بعد استيفاء البعض ثبت عليه من المسمّى بالنسبة [٢]، [وليس له الفسخ لو فرض استيفاء الجميع] [٣]. وعلى كلّ حال فلو فسخ بالعيب وقد كان المؤجر قد باع العين فالمنفعة للبائع [٤].

هذا كلّه إذا كانت العين المستأجرة مشخّصة، أمّا إذا كانت مطلقة لم ينفسخ العقد وكان على المؤجر الإبدال. نعم لو تعذّر أو امتنع ولم يمكن إجباره تخيّر [٥].

[لو تعدّى على العين المستأجرة]:

المسألة (**الثانية: إذا تعدّى في العين المستأجرة**) وإن كانت أمانة في يده (**ضمن قيمتها وقت العدوان**) وإن تلفت بغيره، كما في كلّ أمانة تعدّى فيها [٦]. لكن على معنى دخولها في ضمانه من ذلك الوقت إلى حين التلف في يده، فيضمن قيمتها وقته على الأقوى [٧].

---

[١] لما عرفت من عدم الأرش له أصلاً، فإلزامه بالعين المفروض عيبها ضرر، على أنّ المنفعة حصولها تدريجي، فما بقي منها لم يتصرّف فيه بشيء. ومنه ينقدح الوجه فيما حكي عن التذكرة من ثبوت الخيار أيضاً في العيب المتجدّد بعد العقد أيضاً[١]؛ لكونه حينئذٍ عيباً سابقاً على القبض.

وليس قبضه للعين قبضاً لها بالنسبة إلى ذلك كما هو واضح.

[٢] لأنّ الفسخ في الحقيقة لما بقي، ولذا لم يكن له فسخ لو فرض استيفاء الجميع.

[٣] واحتمال أنّ له الفسخ فيما مضى فيثبت حينئذٍ للموجر أُجرة المثل واضح الضعف.

[٤] لعدم استحقاق المشتري إياها بعد أن شراها مسلوبة المنفعة المخصوصة.

وبذلك انقطعت تبعيتها للعين فيستصحب، والله العالم.

[٥] لقاعدة الضرر، وقد تقدم في كتاب السلم ما له نفع في المقام فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

[٦] **بلا خلاف ولا إشكال نصاً وفتوى، بل الإجماع بقسميه عليه.**

[٧] **وقيل: أعلى القيم**[٢]، **وقيل غير ذلك**[٣]؛ لأنّ المراد ضمان قيمتها حينه [= حين العدوان]، وإن تلفت بعد ذلك، واختلفت قيمتها زيادة أو نقصاً. **كما هو ظاهر المصنّف والقواعد ومحكي التحرير والإيضاح وجامع الشرائع**[٤]. ولعلّه لما في صحيح أبي ولّاد فقلت: أرأيت لو عطب البغل أو نفق أو ليس كان يلزمني؟ قال: «نعم، قيمة البغل يوم خالفته». لكن فيه بعد ذلك: قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ قال: «عليك قيمة مابين الصحيح والمعيب يوم تردّه»[٥].

والتحقيق ما عرفت بل لم أجد ذلك قولاً لأحد في غير المقام، وربّما كان فيه ضرر على المالك إذا فرض علوّ قيمتها يوم التلف عن يوم العدوان. وقد تقدّم تحقيق المسألة، ويأتي إن شاء الله تعالى.

---

(١) التذكرة ١٨: ٢٧٠.
(٢) اختاره الشيخ في الخلاف ٣: ٤٩٣. المبسوط ٣: ٢٤٣.
(٣) انظر مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٣ ـ ٢٤٥ و٧: ٢٥٤.
(٤) القواعد ٢: ٣٠٤. التحرير ٣: ١٢٣. الايضاح ٢: ٢٧٥. الجامع للشرائع: ٢٩٤.
(٥) الوسائل ١٩: ١١٩، ١٢٠، ب١٧ من الإجارة، ح١، وفيه: «أليس» بدل «أو ليس».

وعلى كلّ حال فـ[ـالظاهر من القيمة][١] [هو] قيمتها تمامها وإن كان التعدّي بزيادة تحميلها على المشروط [من تحميلها][٢].

(و) كيف كان فـ(**لو اختلفا في القيمة كان القول قول المالك إن كانت**) العين المستأجرة (**دابّة وقيل: القول قول المستأجر**[١] **على كلّ حال**) من غير فرق بين الدابّة وغيرها (**وهو أشبه**)[٣].

المسألة (**الثالثة: من تقبّل عملاً**) في ذمّته من غير اشتراط المباشرة (**لم يجز أن يُقبّله غيره بنقيصة**)[٤]. بل في المتن (**على الأشهر**)[٥]. (**إلّا أن يحدث فيه ما يستبيح به الفضل**)[٦].

---

[١] [كما هو] ظاهر قوله [= المصنّف].

[٢] **خلافاً لما عن الشافعي من أنّه إن كان المالك معها ضمن النصف وإلّا ضمن الكلّ أو التوزيع على مجموع الفراسخ**[٢]، بأن كان التعدّي بتجاوز المسافة ويعطي العدوان بالقسط. **بل في القواعد: «ولو استأجر الدابّة لحمل قفيز فزاد فهو غاصب ضامن للجميع ولو سلّم إلى الموجر، وقال: إنّه قفيز وكذب فتلفت الدابّة بالحمل ضمن النصف، ويحتمل بالنسبة»**[٣]. إلّا أنّه كما ترى مناف لإطلاق الضمان في النصّ والفتوى، فلا يقاس على ما ذكر في القصاص والديات: من أنّه لو جرحه زيد وعضّه الأسد مثلاً فسريا ضمن الجارح النصف.

وكما لو جرحه واحد عمداً وآخر باستيفاء قصاص مثلاً فسريا على أن يكون الجامع بينهما؛ إذ التلف في مسألة التحميل مثلاً قد استند أيضاً إلى ما هو بحقّ، وهو القدر المشروط، وإلى غيره وهو الزائد. إلّا أنّه اجتهاد في مقابلة النصّ والإجماع، بل والقواعد عند التأمّل، خصوصاً بعد إمكان دعوى عدم الإذن في القدر المشروط حال انضمامه إلى ما صار به التلف من الزائد، وإن كان فيه ما عرفته سابقاً. نعم يكفي في الضمان كون الضم من فعل المستأجر فهو في الحقيقة كمن حمل دابّة الغير زيادة على ما حملها مالكها قهراً فتلفت بمجموع ما كانت من المالك والظالم، فتأمّل جيّداً. فإنّه قد مرّ في المباحث السابقة ما يعلم منه الحال هنا في ذلك وفي غيره. بل وفي أصل المسألة التي يأتي الكلام فيها أيضاً في كتاب الغصب، والله العالم.

[٣] بأصول المذهب وقواعده التي منها أصل البراءة وغيره. وبها يكون المستأجر المنكر، بل لم يحضرني القائل بالأوّل. **وإن حكي عن الشيخ**[٤]. لكن لم أتحققه. **نعم عن الشيخ في النهاية بل وغيره أنّ القول قول المالك في مطلق المغصوب من غير فرق بين الدابّة وغيرها**[٥]، ووضوح ضعفه على كلّ تقدير يغني عن البحث عن قائله، والله العالم.

[٤] **كما عن النهاية والسرائر والإرشاد والتحرير**[٦].

[٥] **بل في المسالك المشهور**[٧].

[٦] ١ ـ ففي صحيح أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام: أنّه سئل عن الرجل يتقبّل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر فيربح فيه؟

---

(١) السرائر ٢: ٤٦٥.
(٢) المجموع ١٥: ٩٧.
(٣) القواعد ٢: ٣٠٧ـ ٣٠٨.
(٤) نقله في المسالك ٥: ٢٢١. انظر النهاية: ٤٤٦.
(٥) حكاه في مفتاح الكرامة ٦: ٣١٢. انظر النهاية: ٤٠٢.
(٦) النهاية: ٤٤٦. السرائر ٢: ٤٦٧. الإرشاد ١: ٤٢٤. التحرير ٣: ٨٤ـ ٨٥.
(٧) المسالك ٥: ٢٢٢.

قال ؟ « لا »[١].

٢ ـ وفي صحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : أنه سئل عن الرجل يتقبّل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر فيربح فيه ؟ قال : « لا ، إلّا أن يكون قد عمل فيه شيئاً »[٢].

٣ ـ وفي خبره الآخر عنه أيضاً : عن الرجل الخيّاط يتقبّل العمل فيقطعه ويعطيه من يخيطه ويستفضل ، قال : « لا بأس قد عمل [فيه] »[٣].

٤ ـ ونحوه خبر أبي حمزة عن الباقر عليه السلام المروي عن المختلف وغاية المراد[٤].

٥ ـ وفي خبر أبي محمد الخياط[٥] قلت لأبي عبدالله عليه السلام : أتقبّل الثياب أخيطها ثم أُعطيها الغلمان بالثلثين ، قال : « أليس تعمل فيها ؟ فقلت : أقطعها وأشتري [لها] الخيوط ، قال : لا بأس »[٦]. مؤيّداً ذلك كلّه بما مرّ سابقاً من النصوص المتضمنة لحرمة فضل الأجير[٧]. ولا ينافي ذلك ما في خبر علي الصائغ قلت لأبي عبدالله عليه السلام : أتقبّل العمل ثمّ أُقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين ، فقال : « لا يصلح ذلك إلّا أن تعالج معهم فيه ، قال : قلت : فإنّي أذيبه لهم ، قال : فقال : ذاك عمل فلا بأس »[٨] ؛ لعدم صراحة « لا يصلح » في الكراهة ، بل ولا ظهورها.

كما لا ينافيه خبر الحكم الخياط قلت لأبي عبدالله عليه السلام : إنّي أتقبّل الثوب بدراهم وأُسلّمه بأقلّ من ذلك لا أزيد على أن أشقّه ؟ قال : « لا بأس به ، ثمّ قال : لا بأس فيما تقبّلته من عمل قد استفضلت فيه »[٩]. بعد كونه مطلقاً منزّلاً على المقيد الذي هو مفروض سؤاله.

وحينئذٍ فما وقع من ثاني الشهيدين من الجمع بين هذه النصوص بالكراهة[١٠]، لا يخلو من نظر. **وإن وافقه على الجواز الفاضل في القواعد والتذكرة وأوّل الشهيدين وثاني المحققين والخراساني**[١١].

إلّا أنّ العمدة للفاضل في الجواز أنّه روى صحيح أبي حمزة « لا بأس »[١٢]، كما عن السرائر[١٣] روايته كذلك. وإنّما الموجود فيما حضرنا من نسخة الوسائل[١٤] والوافي[١٥] ما حكيناه ، وفي مفتاح الكرامة : « ليس له في التهذيب عين ولا أثر ، والظاهر أنّه سهو وغفلة » ، ثمّ حكى عن التهذيب ومجمع البرهان والوافي روايته كما ذكرنا[١٦].

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٣٣ ، ب٢٣ من الإجارة ، ح ٤.
(٢) المصدر السابق : ١٣٢ ، ح ١.
(٣) المصدر السابق : ١٣٣ ، ح ٥.
(٤) المختلف ٦ : ١٥١. غاية المراد ٢ : ٣١٦.
(٥) في المصدر بعدها : « عن مجمع ».
(٦) الوسائل ١٩ : ١٣٣ ، ب٢٣ من الإجارة ، ح ٦.
(٧) انظر الوسائل ١٩ : ١٢٤ ، ب ٢٠ من الإجارة.
(٨) الوسائل ١٩ : ١٣٤ ، ب٢٣ من الإجارة ، ح ٧.
(٩) المصدر السابق : ١٣٢ ، ح ٢ ، وفيه : « بأكثر » بدل « بأقلّ ».
(١٠) المسالك ٥ : ٢٢٢.
(١١) القواعد ٢ : ٢٨٦. التذكرة ١٨ : ١٧. اللمعة : ١٥٧. جامع المقاصد ٧ : ١٣. كفاية الأحكام ١ : ٦٢.
(١٢) المختلف ٦ : ١٥١.
(١٣) السرائر ٢ : ٤٦٦.
(١٤) الوسائل ١٩ : ١٣٣ ، ب٢٣ من الإجارة ، ح ٤.
(١٥) الوافي ١٨ : ٩٤٩ ، ح ١٨٦٤١.
(١٦) مفتاح الكرامة ٧ : ١٢٩.

ثمّ إنّ [الظاهر][١] الاكتفاء بمسمّى الحدث والعمل فيه. وحينئذٍ فلا إشكال في الجواز[٢]، هذا.

و [الظاهر][٣] أنّ محلّ البحث في العمل بالعين كخياطة الثوب وصياغة الخاتم ونحوهما، أمّا العمل الصرف كالصوم والصلاة والحج ونحوها فيبقى على أصل الجواز. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ ذكر بعض لوازم العمل في العين لا يقتضي تقييد ذلك به، وحينئذٍ يعتبر في جواز تقبيله بالأقلّ عمل شيء منه.

(و) كيف كان فحيث يكون العمل في العين (**لا يجوز تسليمه إلى غيره إلّا بإذن المالك**)؛ لأنّه أمانة في يده. (و) حينئذٍ فـ(**لو سلّم**)ـها (**من غير إذن**) فتلفت (**ضمن**)[٤].

---

[١] [**كما هو**] **ظاهر النصّ والفتوى.**

[٢] **وفي اللمعة: «لا بحث» كما في الروضة الإجماع عليه**[١]. ولم يذكر أحد هنا الجواز باختلاف الجنس. **نعم عن التذكرة: أنّه حكى عن الشيخ عدم الجواز مع اتحاد الجنس إلّا أن يعمل فيه شيئاً**[٢].

ولم نتحققه لكن قد سلف لنا في مسألة الأجير والبيت ما يمكن أن يكون وجهاً لذلك فلاحظ وتأمّل، هذا.

[٣] [كما] قد ينساق من النصّ والفتوى [ذلك].

[٤] للتعدّي كما هو واضح. لكن في المسالك بعد أن فرض المسألة على تقدير القول بجواز التقبيل، قال: «والوجه حينئذٍ أنّه مال الغير فلا يصحّ تسليمه إلى غير من استأمنه عليه، وجواز إجارته لا ينافيه، بل يستأذن المالك، فإن امتنع ـ أي المالك ـ رفع الأجير أمره إلى الحاكم، فإن تعذّر احتمل جواز التسليم حينئذٍ لتعارض حقّ العامل الثاني وحقّ المالك، فيقدّم العامل وفاء بالعقد، ويحتمل تسلّطه على الفسخ لا غير؛ لأنّ المالك مسلّط على ماله يعطيه من شاء، ويمنعه من شاء، والحال أنّه لم يرض بأمانته. ولو قيل بجواز التسليم مطلقاً حيث يجوز التقبيل كان حسناً؛ لصحيحة عليّ بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى عليه السلام[٣] في عدم ضمان المستأجرة بالتسليم إلى الغير إذا لم يشترط عليه ركوبها بنفسه. وإذا كان الضمان ساقطاً مع تسليمها لاستيفاء المنفعة لغير المالك فسقوطه مع كون المنفعة للمالك أولى. **وإليه مال في المختلف، وابن الجنيد جوّز التسليم من غير ضمان مع كون المتسلم مأموناً، ولكن ينبغي تقييده بكون المدفوع إليه ثقة وإلّا فالمنع أوجه**»[٤]. قلت: قد سلف لنا في جواز تسليم العين ما يستفاد منه المنع هنا أيضاً، وأنّ جواز التقبيل أعمّ من ذلك؛ ضرورة إمكان عمل الغير فيه، وهو في يده وليس له على المالك الإذن، حتّى يرفع أمره إلى الحاكم، كما أنّه ليس له الفسخ من هذه الجهة. وصحيح علي بن جعفر، عن أخيه عليه السلام الذي هو: سألته عن رجل استأجر دابّة فأعطاها غيره فنفقت ما عليه؟ قال: «إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسمّ فليس عليه شيء»[٥]. لا صراحة فيه، بل ولا ظهور في خروج العين عن يد المستأجر الأوّل، وإنّما المراد السؤال عن تلفها حال ركوب الغير لها، وإن كانت هي في يد الأوّل، ولا ريب في أنّ الحكم فيها ما ذكره عليه السلام كما أوضحنا ذلك سابقاً. وعلى كلّ حال فلا ينبغي الخروج عن قواعد الشريعة بنحو ما ذكره الذي عند التأمّل من غرائب الكلام.

---

(١) اللمعة: ١٥٧. الروضة ٤: ٣٥٥، وفيه: «للاتفاق عليه». (٢) التذكرة ١٨: ١٧.

(٣) (٥) الوسائل ١٩: ١١٨، ب١٦ من الإجارة، ح١.

(٤) المسالك ٥: ٢٢٢ ـ ٢٢٣.

[سقي الدابّة وعلفها على المستأجر]:

المسألة (**الرابعة: يجب على المستأجر سقي الدابّة وعلفها و**) حينئذٍ (**لو أهمل ضمن**) [١]، [لكن لا يجب عليه في ماله] على وجه لا يرجع به على الموجر [٢].

نعم لو لم يكن مالك وكانت العين أمانة في يده كان حكمها حكم الوديعة [٣].

فيجب الانفاق عليه مع غيبة المالك بإذن الحاكم، ويرجع به، ولو تعذر أشهد فإن تعذّر اقتصر على نيّة الرجوع، وكان القول قوله في قدرها كما تقدّم في الوديعة. لكن لا يخفى ما فيه من الإشكال إن لم يكن إجماع [٤].

---

[١] **كما في الإرشاد، وعن الروض وظاهر النهاية والسرائر**(١). إلّا أنّه لا يخفى عليك مافيه إن كان المراد وجوب ذلك عليه من ماله.

[٢] ضرورة أنّه إن كان المقتضي لذلك عقد الإجارة باعتبار اقتضاء العادة ففيه منع واضح، كوضوحه إذا كان باعتبار وجوب نفقة الدابّة على من ملك منفعتها.

نعم إن كان وجوب ذلك باعتبار كونها وديعة وأمانة في يده، ويجب عليه ذلك مقدّمة لحفظها مع فرض عدم كون صاحبها معها. ففيه ما تقدّم سابقاً من أنّه على فرض ذلك، وانحصار الأمر بالنفقة من ماله يرجع به على المؤجر إن كان بأمر الحاكم، أومع الإشهاد أو بدونه كما عرفت البحث فيه مفصّلاً. وإن كان قد أخذوا ذلك ممّا تسمعه في الأجير المنفذ في حوائج المستأجر، ففيه: أنّ القياس محرّم عندنا بعد تسليم الحكم في المقيس عليه، وستسمع البحث فيه إن شاء الله تعالى.

ولعلّه لذلك وغيره جزم بوجوبها على المالك في التذكرة والتحرير والمختلف واللمعة والحواشي والتنقيح وإيضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية(٢) **على ما حكي عن بعضها.**

بل هو المحكي عن ظاهر أبي علي والفخر(٣) **أيضاً؛ لأنّها تابعة للملك، والأصل عدم وجوبها على غيره.**

بل يمكن حمل عبارة المتن على إرادة السقي والعلف البدني، لا المالي الذي هو واجب على المالك.

[٣] **الذي قد سمعت تصريح غير واحد من الأصحاب به.**

[٤] إذ ليس ذلك من مقتضى عقد الوديعة، وإلّا لم يحتج إلى الرجوع إلى الحاكم، كما في غيره من أنواع حفظ الوديعة. على أنّه ليس في الأدلّة فضلاً عن إطلاق عقد الوديعة ما يقتضي وجوب حفظ الوديعة على وجه يجب بذل المال ولو بنيّة الرجوع مقدّمة له، وإنّما الثابت وجود الحفظ بغير ذلك، ووجوب حفظ النفس أو مال الغير ليس من أحكام الأمانة. اللهمّ إلّا أن يدعى صدق الخيانة مع عدم ذلك منه. وفيه منع واضح، هذا.

وقد سبق في الوديعة ما يستفاد منه البحث فيه هنا، خصوصاً مع اشتراطها على المؤجر، على أن يكون معها، فقصّر ولم يفعل، فلاحظ، والله العالم.

---

(١) الإرشاد ١: ٤٢٥. نقله عن الروض في مفتاح الكرامة ٧: ٩٥. النهاية: ٤٤٦. السرائر ٢: ٤٦٥.

(٢) التذكرة ١٨: ٣٧. التحرير ٣: ٧٠، ١١٢. المختلف ٦: ١٧٠ـ ١٧١. اللمعة: ١٥٧. نقله عن الحواشي وإيضاح النافع في مفتاح الكرامة ٧: ٩٥. ولم نعثر عليه في التنقيح. جامع المقاصد ٧: ٩٦ـ ٩٧. المسالك ٥: ٢٢٣. الروضة ٤: ٣٥٦. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٧١. كفاية الأحكام ١: ٦٦٢.

(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٧: ٩٥.

[لو أفسد الصانع بأن يحرق الثوب وغيره]:

المسألة (الخامسة: إذا أفسد الصانع ضمن ولو كان حاذقاً، كالقصّار يحرق الثوب أو يخرق، أو الحجّام يجني في حجامته، أو الختّان يختن فيسبق موساه إلى الحشفة أو يتجاوز حدّ الختان، وكذا) الكحال و (البيطار، مثل أن يحيف على الحافر، أو يفصد فيقتل، أويجنى ما يضرّ الدابّة، ولو احتاط واجتهد) من غير فرق [١] في جميع هؤلاء بين المشترك والأجير الخاصّ منهم، وبين كون العمل في ملكه أو ملك المستأجر، وبين حضور ربّ المال أو غيبته [٢].

---

[١] عندنا.

[٢] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بين المتقدّمين والمتأخّرين منّا.

بل في محكي الانتصار الإجماع على ضمان الصانع، كالخيّاط والقصّار وما أشبههما لما جنته أيديهم على المتاع بتعدّ وغير تعدّ[١].

وفي جامع المقاصد والمسالك والمفاتيح الإجماع على ضمان الصانع ما يتلف بيده حاذقاً كان أو غير حاذق مفرطاً أو غير مفرط[٢].

وفي محكي السرائر نفى الخلاف بين أصحابنا عن ضمان الملّاحين والمكاريين ما تجنيه أيديهم على السلع[٣].

وفي التنقيح نفي الخلاف عن ضمان الصانع[٤]، وفي الكفاية: أنّه لا يعرف فيه خلافاً[٥].

وفي محكي الخلاف والغنية الإجماع على ضمان الختّان والحجّام والبيطار[٦]. مضافاً إلى سببيّة الإتلاف للضمان.

وإلى صحيح الحلبي وحسنه عن أبي عبدالله عليه السلام: في الرجل يعطي الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: «كلّ عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن»[٧]. وكذا خبر السكوني[٨] والكناني[٩]. وإلى المرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام: «من تطبّب أو تبيطر، فليأخذ البراءة من وليّه، وإلّا فهو [له] ضامن»[١٠]. وأنّه «ضمّن ختّاناً قطع حشفة غلام»[١١].

الذي عن المقتصر أنّ عليه عمل الأصحاب[١٢] وعن تعليق النافع أنّ عليه العمل[١٣] وديات النافع: أنّه مناسب للمذهب[١٤]، بل عن السرائر: أنّه صحيح[١٥].

---

(١) الانتصار: ٤٦٦.

(٢) جامع المقاصد ٧: ٢٦٧. المسالك ٥: ٢٢٣. مفاتيح الشرائع ٣: ١١٣.

(٣) السرائر ٢: ٤٧٠، وفيه: «المكارين» بدل «المكاريين». (٤) التنقيح ٢: ٢٥٩.

(٥) كفاية الأحكام ١: ٦٦٢. (٦) الخلاف ٣: ٥٠٣. الغنية: ٢٨٨.

(٧) الوسائل ١٩: ١٤٧، ١٤١، ب٢٩ من الإجارة، ح١٩، ١. (٨) المصدر السابق: ١٤٤، ح١٠.

(٩) المصدر السابق: ١٤٥، ح١٣، وانظر ح٨ في الباب أيضاً. (١٠) الوسائل ٢٩: ٢٦٠، ب٢٤ من موجبات الضمان، ١.

(١١) المصدر السابق: ٢٦١، ح٢. (١٢) المقتصر: ٤٤٢.

(١٣) نقله في مفتاح الكرامة ٧: ٢٦٥. (١٤) المختصر النافع: ٣١٨.

(١٥) السرائر ٣: ٣٧٣.

و[المختار] [١] ضمان الحجّام والختّان ، وإن لم يتجاوز محلّ القطع إذا اتّفق حصول التلف بفعله [٢].

[كما أن الصناع يضمنون لما تجنيه أيديهم وإن كان من غير تقصير منهم].

[بل وكذا الطبيب والبيطار إذا حصل التلف بالطبابة والبيطرة].

وحينئذٍ لا ضمان مع عدم الفساد من حيث الصنعة والعمل وإن اتّفق نقصان قيمة الثوب مثلاً بحصول العمل منه ، وكذا المأمور بالختن والحجامة ونحوهما ، ولم يكن منه فساد وخيانة من حيث العمل المأمور به ، وإن التلف به .

نعم لو كان ذلك بعنوان الطبابة والبيطرة ترتّب الضمان [٣] وإن لم يكن عن تقصير ، والله العالم .

ثم إنّ الظاهر عدم الفرق بين البيطار والطبيب [٤].

وحينئذٍ ينبغي اتحاد حكم الطبيب معه ، بل هو أحد الصنّاع [٥] مع أخذه الأُجرة على ذلك ، من غير فرق بين القاصر [٦].

---

[١] [كما] من ذلك [الذي تقدم] يعلم الحال في [ذلك].

[٢] لكن في محكي التحرير : لو لم يتجاوز محلّ القطع مع حذقتهم في الصنعة فاتفق التلف فإنّهم لا يضمنون[١] . وعن الكفاية : أنّه غير بعيد[٢] .

وفيه : أنّه مناف لقاعدة الإتلاف وغيرها .

ومن هنا قال في جامع المقاصد : بعد أن حكاه عنه « هذا صحيح إن لم يكن التلف مستنداً إلى فعلهم »[٣] .

ولكن قد يناقش بعدم صدق الجناية على ذلك ، ونحوه ممّا بين مستأجر عليه ومأذون فيه ـ بل لعلّ ذلك هو التحقيق في المسألة ـ وبين ضمان الصنّاع لما يجنيه أيديهم وإن كان من غير تقصير منهم .

بل وكذا الطبيب والبيطار إذا حصل التلف بالطبابة والبيطرة .

بل لعلّ ذلك مقتضى القاعدة فضلاً عن النصوص التي سمعت جملة منها .

وفي خبر بكر بن حبيب عن أبي عبدالله عليه السلام : « لا يضمّن القصّار إلّا ما جنت يداه ، وإن اتهمته أحلفته »[٤] .

[٣] لحصول الفساد بما كان يراد منه الصلاح .

[٤] [وذلك] في كثير من الأدلّة السابقة .

[٥] بل داخل في إطلاق صحيح الحلبي[٥] وغيره من النصوص .

[٦] الذي حكي الإجماع على ضمانه .

---

(١) التحرير ٣ : ١١٨ .

(٢) كفاية الاحكام ١ : ٤٦٤ .

(٣) جامع المقاصد ٧ : ٢٦٨ .

(٤) الوسائل ١٩ : ١٤٦ ، ب ٢٩ من الإجارة ، ح ١٧ .

(٥) تقدّم في ص ٢٦١ .

والعارف المقصّر [١].

بل [الظاهر الإجماع على] [٢] ضمان العارف إذا عالج صبياً أو مجنوناً أو مملوكاً بدون إذن الولي والمالك، وهو كذلك.

بل يقوى الضمان أيضاً في العارف الماهر علماً وعملاً المأذون بأُجرة وغيرها فأتلف [٣].

[ولا ريب في تحقّق الضمان بمباشرة العلاج بنفسه، بل وبأمره بناءً على قوّة السبب على المباشرة في مثله، بل وبوصفه له: أن دواءك كذا وكذا] [٤]، [ولا يضمن لو قال: الدواء الفلاني نافع للمرض الفلاني].

بل الظاهر عدمه [=الضمان] لو قال مثلاً: لو كنت مريضاً بمثل هذا المرض لشربت هذا الدواء [٥].

وكيف كان فما ذكرناه في أصل المسألة إنّما هو التلف وما شابهه بيده.

---

[١] **الذي نفي الخلاف عنه.**

[٢] **[كما] عن ظاهر ديات التنقيح[١] الإجماع على [ذلك].**

[٣] للمرسل المزبور[٢].

وقاعدة الإتلاف، والقتل خطأ وأنّه لا يطلّ دم امرئ مسلم وغير ذلك. والاذن في العلاج لا في الإتلاف لا تنافي الضمان به، كما في الصانع وغيره.

ولم أجد خلافاً صريحاً في ذلك إلّا من المحكي عن ابن ادريس والتحرير فلم يضمّناه[٣]؛ للأصل المقطوع بما عرفت [من الأدلة]. ودعوى سقوط الضمان بالإذن المقتضية تسويغ الفعل، فلا يستعقب ضماناً الممنوعة على مدعيها.

ومن هنا اتّفق من عداهما من الأصحاب على الضمان وإن خلت جملة من العبارات عن التقييد بالإذن.

لكن حملها على خصوص حال عدم الإذن لا دليل عليه، ولا داعي إليه إنّما الكلام في صدق إتلافه، ولا ريب في تحققه بمباشرته العلاج بنفسه، بل وبأمره بناءً على قوّة السبب على المباشر في مثله، بل وبوصفه له أنّ دواءك كذا وكذا.

[٤] **كما عن التذكرة التصريح به[٤].**

بل عن بعضهم التأمّل في ضمانه لو قال: الدواء الفلاني نافع للمرض الفلاني[٥].

إلّا أنّه كما ترى مناف لأُصول المذهب وقواعده.

[٥] **كما أنّ المشهور ـ على ما قيل[٦] ـ البراءة بأخذها من المريض أو الولي**؛ للمرسل المزبور[٧] [عن أمير المؤمنين] وغيره مما تسمعه إن شاء الله في كتاب الديات الذي هو محلّ المسألة وتوابعها.

---

(١) حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٢٦٤. انظر التنقيح ٤: ٤٦٩. (٢) تقدّم في ص٢٦١.

(٣) حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٢٦٤. التحرير ٣: ١١٨. السرائر ٣: ٣٧٣.

(٤) التذكرة ١٨: ٢٤٥.

(٥) مفتاح الكرامة ٧: ٢٦٤.

(٦) مفتاح الكرامة ٧: ٢٦٥.

(٧) تقدّم في ص٢٦١.

(أمّا لو تلف في يد الصانع لا بسببه من غير تفريط ولا تعدّ لم يضمن على الأصحّ) [١].

(وكذا الملّاح) يضمن ما يتلف بيده وجذفه، أو ما يعالج به السفينة من الأحبال والأخشاب [٢]، وغير ذلك ممّا يندرج فيه، من غير فرق بين تعدّيه وتفريطه وعدمها، وبين حضور المالك وغيبته [٣].

(و) كذا يضمن ما يتلفه (المكاري) آدميا وغيره بقوده وسوقه، وانقطاع الحبل الذي شدّ به حمله مثلاً [٤].

[وقد يقال بأنّ تعثّر الدابّة جناية من الأجير في حال كونه معها].

---

[١] للأصل وكونه أميناً.

لكن في المسالك: «قيل: إنّه كذلك في الضمان، بل ادعى عليه المرتضى الإجماع، وما اختاره المصنّف أقوى؛ لأصالة البراءة، ولأنّهم أُمناء، فلا يضمنون بدون التفريط، وفي كثير من الأخبار دلالة [عليه]، والإجماع ممنوع»[١].

قلت: خلاف المرتضى وإجماعه[٢] إنّما هو في تصديق دعواه التلف، وهو غير مانحن فيه من معلوم التلف في يده بغير تعدّ ولا تفريط.

وستسمع تحقيق ذلك في المسألة الثانية من الفصل الرابع.

وحينئذٍ لم أعرف الإشارة بـ«ـالأصح» في المتن إلى خلاف معلوم لأصحابنا.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه، بل في جامع المقاصد نسبته للنص والإجماع**[٣].

وقد سمعت معقد إجماع الانتصار ونفي الخلاف في السرائر[٤] والنصوص.

[٣] **كما عن التحرير التصريح به**[٥].

[٤] كما نصّ عليه غير واحد.

بل في جامع المقاصد نسبته إلى النصّ والإجماع[٦].

ولعلّه أراد النصوص السابقة[٧]، وقد سمعت نفي الخلاف في السرائر ومعقد إجماع الانتصار[٨].

بل يمكن دعوى تناول الفتاوى له، وإن وقع لفظ «الصانع» في بعضها، إلّا أنّه يمكن إرادة مطلق الأجير منه.

كما سمعته في النصوص، ولعلّه لذلك أدّعى في الجامع الإجماع بقرينة احتمال كون تعثّر الدابّة جناية من الأجير في حال كونه معها.

---

(١) المسالك ٥: ٢٢٤.
(٢) الانتصار: ٤٦٦.
(٣) جامع المقاصد ٧: ٢٦٧.
(٤)(٨) تقدّم في ص ٢٦١.
(٥) التحرير ٣: ١١٩ ـ ١٢٠.
(٦) جامع المقاصد ٧: ٢٦٧.
(٧) تقدّم في ص ٢٦١.

وإن كان يقوى القول بأنّه [= تعثّر الدابّة] حال عدم اعتياد قود الدابّة لمكان استواء الأرض كانكسار السفينة الذي هو ليس من فعل الملّاح [١].

[و] أنّهما (**لا يضمنان**) مع عدم التلف منهما (**إلّا ما يتلف**) بتعدّ أو (**عن تفريط**) منهما على نحو غيرهما من الأمناء (**على الأشبه**) [٢].

٢٢٦/٢٧

وأمّا الحمّال فيضمن ما يسقط عن رأسه مثلاً بعثرته ونحوها مما يستند به التلف إليه [٣]. ولو قال المالك للخيّاط مثلاً: إن كان يكفيني قميصاً فاقطعه فقطعه فلم يكف ضمن، ولو قال: هل يكفي قميصاً؟ فقال: نعم فقال: اقطعه فلم يكفه لم يضمن [٤]؛ لعدم الإذن في الأوّل بخلافه في الثاني، وإن كان صدوره منه اعتماداً على قول

---

[١] وفي خبر السكوني عن أمير المؤمنين عليه السلام: أنّه «كان لا يضمّن من الغرق والحرق»[(١)].

(و) على كلّ حال لا إشكال في أصل ضمانهما بما عرفت، بعد وضوح الدليل عليه، كوضوحه على [ذلك].

[٢] بل لم يحضرني خلاف فيه؛ لما ستعرف من أنّ خلاف المرتضى وغيره في قبول قولهما، لا في عدم ضمانهما مع معلومية التلف كذلك، والله العالم.

[٣] للأدلّة التي سمعتها.

مضافاً إلى الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام: في رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب إنساناً فمات أو انكسر منه شيء، قال: «هو ضامن»[(٢)].

بناءً على عود الضمير المجرور إلى المتاع، وكون الحامل أجيراً مثلاً، المعتضد بخبر زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام: أنه أُتي بحمّال كانت عليه قارورة عظيمة كان فيها دهن فكسرها فضمّنها إياه، وكان يقول: «كلّ عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن»[(٣)] الحديث.

ولغيره من النصوص[(٤)].

وبما في جامع المقاصد من نسبته إلى النصّ والإجماع[(٥)] الذي لم نجد ما ينافيه، **إلّا ما يحكى عن كشف اللثام من أنّ الموافق للأُصول عدم ضمانه إلّا مع التفريط، أو كونه عارية مضمونة**[(٦)]. قيل: ونحوه عن المسالك[(٧)].

وفيه: أنّ عدم ضمان الأمين إلّا بذلك فيما يتلف في يده لا بفعله، أمّا هو ممّا كان نحو الصانع من الأجير ونحوه فعلى قاعدة الضمان بالإتلاف، ومندرج في النصوص[(٨)] السابقة وغيرها.

[٤] **كما في القواعد**[(٩)] **وغيرها.**

---

(١) الوسائل ١٩: ١٤٣، ب ٢٩ من الإجارة، ح ٦.

(٢) الوسائل ١٩: ١٥٢، ب ٣٠ من الإجارة، ح ١١، وفيه: «فهو» بدل «قال: هو».

(٣) المصدر السابق: ح ١٣.

(٤)(٨) انظر الوسائل ١٩: ١٤١، ب ٢٩ من الإجارة.

(٥) جامع المقاصد ٧: ٢٦٧.

(٦) كشف اللثام ١١: ٢٤٨ ـ ٢٤٩.

(٧) قاله في مفتاح الكرامة ٧: ٢٦٣. انظر المسالك ١٥: ٣٣١. (٩) القواعد ٢: ٣٠٦.

الخياط لكنه من الدواعي[١]. بل يتوقّف في الضمان في الصورة الأُولى[٢]. ولو أتلف الصانع الثوب بعد عمله تخيّر المالك في تضمينه إيّاه غير معمول ولا أجر عليه، وفي تضمينه إيّاه معمولاً ويدفع إليه أجرهُ[٣]. كلّ ذلك بناءً على اعتبار تسلّم العمل بتسلّم العين في المعاوضة، أمّا على القول بالاكتفاء بإيجابه في عين المالك وإن لم يتسلّمه المالك اتّجه حينئذٍ ضمانه معمولاً في الفرض[٤]. كما أنّه يتجه حينئذٍ المطالبة بالأُجرة مع فرض التلف بآفة سماوية، فتأمّل. ولو فرض نقصان قيمة الثوب عن الغزل كان له قيمة الثوب؛ للإذن في النقص. ولا أُجرة للعمل[٥]، هذا. [ويضمن الأجير المتاع المحمول قيمته محلّ الإفساد، ويستحقّ أُجرة الحمل إلى محلّ التسليم حال التلف][٦]. وكذا[لو استأجره لحياكة عشر في عرض ذراع فنسجه زايداً في الطول][٧] فلا يستحقّ أجراً أصلاً.

---

[١] **وعن أبي ثور الضمان بذلك**[1]؛ لقاعدة الغرور، وفي جريانها هنا نظر واضح.

[٢] التي يمكن القول فيها بأنّ مدار الإذن على الاجتهاد في ذلك، والفرض أنّه قد غلب على ظنّه ذلك، فهو في الحقيقة مأذون، والأصل براءة الذمّة، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

[٣] معاملة للعمل معاملة المبيع قبل قبضه إذا أتلفه البائع، فلا يتوجّه دعوى الانفساخ قهراً وتضمينه الثوب غير معمول؛ لأنّه إنّما يتم بالتلف بآفة سماوية، لا في الإتلاف.

[٤] ضرورة كونه من صفات مال المالك.

[٥] لعدم تسليمه. وما عساه يقال: من أنّه مع فرض ثبوت الخيار له في ذلك الذي هو المراد في المسألة السابقة، ليمكن حينئذٍ دعوى أنّ له الفسخ؛ لعدم حصول المعاوضة، والمطالبة بقيمة الغزل التي ليس له غيرها مع فرض التلف بآفة سماوية. يدفعه: أنّه حيث لا يكون لعمل الأجير أثر في زيادة القيمة، والفرض أنّه أتلفه قبل القبض، فليس له المطالبة بالأُجرة، وليس للمالك مطالبة الأجير بشيء عنه وإن أورث نقصاً؛ لأنّه باذنه، بخلاف مالو كان له أثر في الزيادة، فإنّ له المطالبة به منسوجاً مع دفع الأُجرة وغير منسوج بدونها.

[٦] **وفي قواعد الفاضل: «لو وجب [عليه] ضمان المتاع المحمول تخيّر صاحبه بين تضمينه إياه بقيمته في الموضع الذي سلّمه ولا أجر له، وتضمينه في الموضع الذي أفسده، ويعطيه الأجر إلى ذلك المكان»**[2] **كذلك**. وفيه: أنّ مقتضى القواعد استحقاق الأجير أُجرته إلى ذلك الموضع وضمانه القيمة حال التلف لا التخيير المزبور، وليس هو كالمسألة السابقة الذي يكون العمل فيها في عين المالك، الممكن دعوى اعتبار تسليمه بتسليمها؛ إذ ليس العمل هنا إلّا الحمل والنقل، أمّا وجوب تسليم العين فهو من حيث كونها أمانة في يده كما هو واضح بأدنى تأمّل.

[٧] **[لكن] ما فيها[القواعد] أيضاً من أنّه «لو استأجره لحياكة عشر في عرض ذراع فنسجه زائداً في الطول [أو العرض] فلا أُجرة له على الزيادة للتبرع وله المسمّى**[3]، لا يخلو من نظر أيضاً؛ ضرورة عدم إتيانه بالعمل المستأجر عليه ضرورة مخالفته في آخر الطاقة الأُولى من الغزل؛ لأنّه كان عليه أن يعطفها عند بلوغ العشر حتى يعود إلى الموضع الذي بدأ منه فهو مخالف فيه وفيما بعده.

---

(١) نقله في التذكرة ١٨: ١٠٤. انظر المغني والشرح الكبير ٦: ١١١، ١٣٣.

(٢)(٣) القواعد ٢: ٣٠٥ـ٣٠٦.

وكذا إن زاد فيه وفي العرض أو في العرض خاصّة [أو نقص فيهما ففيه ما عرفت] [١].

وأنّ المتجه في الجميع عدم الأجر، بل يضمن الأرش لو فرض نقص الغزل بذلك، والله العالم.

[حكم من استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه]:

المسألة (**السادسة: من استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه**) مثلاً (**كانت نفقته على المستأجر إلّا أن يشترط على الأجير**) [٢]. [ولعلّ الأقوى في النظر عدم وجوب ذلك على المستأجر إلّا أن يشترط] [٣].

---

[١] **وإن احتمل في القواعد هنا ذلك [= عدم الأجر] والمسمى أيضاً كما لو نقص فيهما، قال: «لكن هنا إن أوجبناه أُسقط منه بنسبة الناقص»**[(١)]. وفيه ما عرفت.

[٢] **كما في النهاية والقواعد والإرشاد والروض**[(٢)] **على ما عن بعضها، بل في اللمعة: أنّه المشهور**[(٣)] وإن كنّا لم نتحققه لغير من عرفت ممّن تقدمه بل لعلّ المتحقق خلافه؛ **إذ العكس خيرة السرائر والتذكرة والمختلف والتحرير والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح والكفاية على ما حكي عن بعضها**[(٤)]**، بل في التذكرة عن ابن المنذر: لا أعلم في ذلك خلافاً**[(٥)]**، ساكتاً عليه**. بل لعلّ ذلك هو الأقوى في النظر.

[٣] ضرورة عدم اقتضاء عقد الإجارة من حيث هو كذلك إلّا وجوب العوضين، وعدم الدليل الشرعي الدالّ على وجوبه تقييداً.

والصحيح المروي في الكافي والتهذيب عن سليمان بن سالم: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استأجر رجلاً بنفقة ودراهم مسمّاة على أن يبعثه إلى أرض فلمّا أن قدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر والشهرين فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقة المستأجر فنظر الأجير إلى ما كان ينفق عليه في الشهر إذا هو لم يدعه فكافى به الذي يدعوه فمن مال من تلك المكافأة؟ أمن مال الأجير أم من مال المستأجر؟ قال: «إن كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله، وإلّا فهو على الأجير». وعن رجل استأجر رجلاً بنفقة مسمّاة ولم يفسّر شيئاً على أن يبعثه إلى أرض أُخرى فما كان من مؤنة الأجير من غسل الثياب والحمّام فعلى من؟ قال: «على المستأجر»[(٦)]. مع جهل راويه فإنّه على ما قيل[(٧)] لم يذكره علماء الرجال، وعدم الجابر لما عرفت. بل قد سمعت الإعراض عنه ممن ذكرنا. [فإنه] ظاهر صدراً وعجزاً في ذكر النفقة في العقد، وهو خارج عمّا نحن فيه.

وحينئذٍ يكون الوجه في السؤال الأوّل أنّ الأجير المشترط نفقته إذا اتّفق بذلها من صديق ونحوه يبقى على استحقاقه لها مع فرض كون ذلك البقاء لمصلحة المستأجر حتى يكون مستحقاً للنفقة، وفي الثاني أنّ النفقة المعتبرة أُجرة من غير تعرّض لتفصيلها يدخل فيها مثل غسل الثياب ودخول الحمّام بخلاف الدواء ونحوه.

---

(١) القواعد ٢: ٣٠٦.

(٢) النهاية: ٤٤٧. القواعد ٢: ٢٨٣. الإرشاد ١: ٤٢٥. نقله عن الروض في مفتاح الكرامة ٧: ٩٥.

(٣) اللمعة: ١٥٧.

(٤) السرائر ٢: ٤٦٨. التذكرة ١٨: ٣٧. المختلف ٦: ١٥٢. التحرير ٣: ١٣٠. الايضاح ٢: ٢٤٥ـ٢٤٦. جامع المقاصد ٧: ٩٦ـ٩٧. المسالك ٥: ٢٢٤ـ٢٢٥. الروضة ٤: ٣٥٧. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٨٣. مفاتيح الشرائع ٣: ١١٢. كفاية الأحكام ١: ٦٦٦ـ٦٦٧.

(٥) التذكرة ١٨: ٣٧.

(٦) الكافي ٥: ٢٨٧، ح٢. التهذيب ٧: ٢١٢، ح٩٣٣. الوسائل ١٩: ١١٢، ب١٠ من الإجارة، ح١.

(٧) الحدائق ٢١: ٥٩٧ـ٥٩٨.

نعم[الظاهر][١] جواز اشتراط النفقة من غير تعرّض لمقدارها، بل اتكالاً على تقديرها الشرعي أو العرفي، بل [الظاهر][٢] جواز جعلها [= النفقة] أُجرة أو جزءها[٣]. كما أنّ [الظاهر][٤] المفروغية من جواز الاستئجار للإنفاذ في حوائجه على الإجمال اتكالاً على المعتاد المقدور له واللائق بحاله من ذلك. وحينئذٍ مع التشاح يجب على المستأجر بذل أقلّ مطعوم مثله وملبوسه من الجنس المعتاد على حسب ما هو محرّر في تقدير النفقات الواجبة في الشرع. ولو استغنى الأجير لمرض أو بطعام نفسه لم يسقط حقّه الذي قد حصل في العقد جزءً أو شرطاً. ولو أحبّ الأجير أن يستفضل بعض طعامه جاز وإن كان مرضعة مالم يكن في ذلك نقص في منفعة المستأجر كما هو واضح.

[لو آجر مملوكاً له صانعاً ثمّ أفسد]:

المسألة (**السابعة: إذا آجر مملوكاً له**) صانعاً مثلاً (**فأفسد كان ذلك لازماً لمولاه في سعيه**) فإن قصّر ففي ذمّته، يتبع به بعد العتق (**وكذا لو آجر نفسه باذن مولاه**)[٥].

---

[١] [إذ] هو [= الخبر] ظاهر في [ذلك].

[٢] [كما هو] ظاهر في [ذلك].

[٣] وهو وإن كان منافياً لما ذكره بعضهم[١] ممّن لم يرَ وجوبها إلّا بالشرط من وجوب التعرّض لتفصيلها تحرّزاً من الجهالة المفسدة لعقد الإجارة، إلّا أنه يمكن القول به هنا؛ للعموم، والخبر المزبور المعمول به في الجملة الظاهر في الاكتفاء بمثل ذلك في دفع مثل هذا الغرر في الإجارة وإن وقعت النفقة جزءً من الأُجرة فضلاً عن أن تكون شرطاً الذي قد صرّح في محكي التذكرة هنا بعدم ضرر جهالته[٢]؛ لأنّه من التوابع حينئذٍ كأُسّ الجدار.

[٤] **[كما هو] ظاهر الأصحاب.**

[٥] للصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام: في رجل استأجر مملوكاً فيستهلك مالاً كثيراً؟ فقال: «ليس على مولاه شيء، وليس لهم أن يبيعوه، ولكنّه يستسعى، وإن عجز [عنه] فليس على مولاه شيء، ولا على العبد شيء»[٣] المحمول عليه الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام استأجر منه صانع أو غيره، قال: إن كان ضيّع شيئاً أو أبق منه فمواليه ضامنون»[٤]. **وحينئذٍ فما في النهاية ومحكي الكافي من إطلاق كون الضمان على المولى[٥]. ومحكي السرائر من إطلاق عدم ضمانه[٦] وتبعه في جامع المقاصد[٧]. نعم قال [في جامع المقاصد]: «إن كانت جنايته على نفس أو طرف كما لو كان طبيباً تعلّق برقبة العبد وللمولى فداؤه بأقلّ الأمرين من القيمة أو الأرش، لكن هذا لا يتقيّد بإذن المولى». وما في المسالك من التعلق بالكسب إن كان في العمل الذي يعمل فيه من غير تفريط، وإن كان بتفريط تعلق في ذمته يتبع به إذا أُعتق؛ لأن الإذن في العمل لا يقتضي الإذن في الافساد[٨]** في غير محله، وكالا جتهاد في مقابلة النصّ الذي مع فرض الإعراض عنه يتجه ما سمعته من الحلّي وجامع المقاصد؛ ضرورة عدم اقتضاء الإذن من المولى في الإجارة الضمان في كسبه مع الإفساد ولو بغير تفريط.

---

(١)(٢) جامع المقاصد ٧: ٩٧. التذكرة ١٨: ٣٧. (٣) الوسائل ١٩: ١١٤، ب١١ من الإجارة، ح٣.

(٤) الوسائل ٢٩: ٢٤٥، ب١٢ من موجبات الضمان، ح١، وفيه: «صائغ» بدل «صانع».

(٥)(٦) النهاية: ٤٤٨. الكافي: ٣٤٧. السرائر ٢: ٤٦٩. (٧)(٨) جامع المقاصد ٧: ٢٨٣. المسالك ٥: ٢٢٥.

[حكم صاحب الحمام بالنسبة إلى الضمان]:

المسألة (**الثامنة: صاحب الحمّام لا يضمن إلّا ما أُودع**) وقبل الإيداع (**وفرّط في حفظه أو تعدّى فيه**) [١].

[لو أسقط الأُجرة بعد تحققها في الذمّة]:

المسألة (**التاسعة: إذا أسقط الأُجرة بعد تحققها في الذمّة**) وإن لم يستحقّ تسلّمها (**صحّ**) [٢].

نعم (**لو أسقط المنفعة**) في العين (**المعيّنة لم تسقط**) [٣] (**لأنّ الإبراء لا يتناول إلّا ما هو في الذمم**) من أُجرة أو عملٍ فيها أو منفعة كلية، وشبه ذلك مما هي محلّه، كما هو واضح، والله العالم.

[لو آجر عبده ثمّ أعتقه]:

المسألة (**العاشرة: إذا آجر عبده ثمّ أعتقه**) صحّ العتق [٤].

---

[١] **بلا خلاف في شيء من ذلك ولا إشكال بعد حمل إطلاق عدم الضمان في محكي المقنعة[١] على ذلك.**

ففي المرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام: أنّه أُتي بصاحب حمّام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمّنه، وقال: «إنّما هو أمين»[٢].

وفي خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: أنّ علياً عليه السلام كان يقول: «لا ضمان على صاحب الحمّام فيما ذهب من الثياب، فإنّه إنّما أخذ الجعل على الحمّام، ولم يأخذ على الثياب»[٣].

ونحوه خبر إسحاق بن عمّار عنهم عليهم السلام[٤] أيضاً بدون التعليل.

وفي خبر أبي البختري عن جعفر أيضاً عن أبيه عليهما السلام: «أنّ علياً عليه السلام كان لا يضمن صاحب الحمّام، وقال: إنّما يأخذ أجراً على الدخول إلى الحمّام»[٥].

ولكن قد يفهم من الأخير وخبر السكوني الضمان باستئجاره للحفظ وإن لم يكن بتفريط، وهو مناف لقاعدة الأمانة؛ ضرورة عدم الزيادة على ذلك بالاستئجار.

وللصحيح عن رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرق، قال: «هو مؤتمن»[٦].

نعم قد يقال: لا أجر له؛ لعدم حصول العمل المستأجر عليه، والله العالم.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال**، بعد معلومية مشروعية الإبراء بلفظه أو ما دلّ عليه من الإسقاط (و) نحوه.

[٣] **بلا خلاف أيضاً ولا اشكال.**

[٤] قولاً واحداً؛ لعموم أدلّته.

---

(١) انظر المقنعة: ٦٢٦.

(٢) الفقيه ٣: ٢٥٧، ح٣٩٢٩. الوسائل ١٩: ١٤٠، ب٢٨ من الإجارة، ذيل الحديث ١.

(٣) الوسائل ١٩: ١٤٠، ب٢٨ من الإجارة، ذيل الحديث ٣، وفيه: «عن ابن سكان».

(٤) المصدر السابق: ح٣، ولكن فيه التعليل.

(٥) المصدر السابق: ح٢، وفيه: «الأجر».

(٦) الوسائل ١٩: ١٤٢، ب٢٩ من الإجارة، ح٣.

و(**لم تبطل الإجارة**) أيضاً [١].

(**و**) حينئذٍ (**تستوفي المنفعة التي تناولها العقد**) من العبد الذي يجب الوفاء بها إن كان مكلّفاً.

(**ولا يرجع العبد**) [٢] (**على المولى بأُجرة مثل عمله بعد العتق**) بعوضها وهو أُجرة المثل [٣].

وأمّا نفقته مدّة الإجارة فهي على المستأجر قطعاً إن شرطت عليه.

وإلّا مع فرض عجزه عنها لعدم مال [٤] [فعلى من يكون].

ولو قيل باحتساب مقدار أُجرة المثل أو قيمة ما اكتسبه في ذمة العبد للمستأجر لكان حسناً، بل لابدّ من القول

---

[١] كذلك [= قولاً واحداً] للعموم أيضاً.

وإن حكي عن إيضاح النافع أنّه قال: «وربّما قيل ببطلانها فيضمنها السيد للمستأجر»[١].

إلّا أنّ الظاهر كونه لبعض الشافعية[٢] لا لأحد من أصحابنا الذين أطبقوا على عدم بطلانها بالبيع إلّا أن يكون قد باعه على المستأجر، فإنّ بعضهم استشكل فيه أو خالف[٣].

[٢] على مولاه باجرة مثل عمله ومنفعته بعد العتق التي قد أُعتق مسلوباً عنها، وكانت ملكاً لمولاه وقد ملكها غيره بالإجارة.

فما عن الشافعي في القديم من رجوعه بذلك[٤] **بل احتمله جماعة من أصحابنا بل عن الشيخ وابن ادريس حكايته قولاً**[٥] وظاهرهما أنّه لأصحابنا، وإن كنّا لم نتحققه. واضح الضعف. وأضعف منه ما ذكر[٦] في توجيهه من أنّ إزالة الرق تقتضي ملك العبد للمنافع، فاذا سبق نقل المولى لها فاتت عليه فيرجع [عليه].

[٣] فكان كما لو أكرهه على عمل؛ إذ هو كما ترى؛ ضرورة أنّ المكره متعد، والعبد لم يكن مالكاً للمنافع التي قد استقرّ ملك المستأجر عليها، والرق إنّما زال عنه مسلوب المنافع تلك المدّة فلا رجوع له على أحد.

[٤] **فعلى المعتق عند الفاضل في القواعد**؛ لأنّه كالباقي على ملكه، حيث ملك بعض نفعه[٧]. وضعفه واضح؛ ضرورة أنّ المقتضي لها الملك وقد زال، أو في بيت المال. **كما عنه** [= الفاضل] **أيضاً في التذكرة**[٨] **وفي الحواشي وجامع المقاصد**[٩]، **وإيضاح النافع والمسالك**[١٠]. فإن لم يكن وجب على الناس كفاية، أو على العبد نفسه يكتسبها في غير مدّة المستأجر، ومع فرض التعذّر يسعى كلّ يوم بقدر النفقة، ويصرف باقي اليوم للمستأجر ويحتسب ما سعى به على المستأجر من مدّته.

وفيه: أنّ نفقته حينئذٍ على المستأجر الذي قد عرفت عدم وجوبها عليه.

---

(١) نقله في مفتاح الكرامة ٧: ١٠٠.
(٢)(٤) المجموع ١٥: ٨٥.
(٣) الإرشاد ١: ٤٢٦.
(٥) المبسوط ٣: ٢٣٩. السرائر ٢: ٤٧٢.
(٦) ذكره في مفتاح الكرامة ٧: ١٠١.
(٧) القواعد ٢: ٢٨٤.
(٨) التذكرة ١٨: ٣١٥.
(٩) نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٧: ١٠١. جامع المقاصد ٧: ١٠١ـ١٠٢.
(١٠) نقله في مفتاح الكرامة ٧: ١٠١. المسالك ٥: ٢٢٧ـ ٢٢٨.

به مع فرض الانحصار في ذلك لعدم بيت المال [١].

(**ولو آجر الوصي**) مثلاً (**صبياً مدّة**) مثلاً (**يعلم بلوغه**) ورشده (**فيها**) لو كان رشيداً (**بطلت في المتيقّن**) [٢] (**وصحّت في**) الزمان (**المحتمل**) [٣]، بمعنى الحكم بصحته ظاهراً [٤].

(**ولو اتّفق البلوغ فيه فهل**[١] **للصبي الفسخ بعد بلوغه ؟**) بمعنى عدم إجازة العقد الفضولي المفروض التي هي القابلية لترتّب الأثر ؟ (**قيل: نعم**) [٥]. (**و**) لكن (**فيه**) عند المصنّف (**تردّد**) [٦].

نعم لو فرض إجارة الولي المدّة الزائدة على سنّ البلوغ في مصلحة الطفل قبل بلوغه كان المتّجه لزومها، وكذا الكلام في ماله وليس مفروض المسألة هنا كذلك، وإنّما هو إجارتها في مصلحة له مستمرّة باستمرار الزمان عليه، ولا ريب في أنّ المتّجه في هذا صحّتها ولزومها إلى حال البلوغ والتوقّف على الإجازة في غيره [٧].

---

[١] ضرورة تقدّم النفقة على كلّ واجب في الذمة ولو للغير ؛ والله العالم.

[٢] لعدم كونه وليّاً فيها فتصرّفه حينئذٍ فضولي إن لم يعتبر في صحّة المجيز في الحال وعليه يحمل البطلان في المتن وإلّا كان العقد باطلاً حقيقة.

[٣] **بلا خلاف كما عن الخلاف**[٢].

[٤] لتحقق الولاية المقتضية لصحة ذلك.

[٥] **واختاره في المبسوط والقواعد والإرشاد والتذكرة والسرائر وقواعد الشهيد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك ؛** لعدم الولاية له في هذا الحال، فيكون التصرف فيه فضولاً[٣].

[٦] **بل عن الخلاف الجزم بلزومها**[٤] ؛ لوقوع الإجارة من أهلها في محلّها في وقت لم يعلم لها مناف، فتستصحب. وفيه ما عرفت من أنّه بالنسبة إلى الحال المفروض ليس من أهلها ولا في محلّها، والجهل لا مدخلية له في تغيّر حكم الموضوع واقعاً.

[٧] ضرورة عدم الولاية لأحد بعد البلوغ والرشد عليه ولو في مصالحه. وبذلك ظهر لك الحال في موضوع المسألة فلا يشكل بأنّ فرض موضوع الإجارة زائداً على مدّة البلوغ إن كان في مصلحة الصبي صحت ولزمت عليه، وإلّا لم تصح من مثل الوصي حتى فيما قبل البلوغ ؛ إذ قد عرفت الفرق بين المصلحة للصبي حال صباه وبينها مستمرّة إلى ما بعد بلوغه. فالأولى هي التي ينفذ معها التصرّف ولو كان الإجارة فيما بعد البلوغ بسنين بخلاف الثانية فإنّها تلزم حال عدم البلوغ ويبقى الباقي على الإجازة، ولا يشكل صحّتها حينئذٍ بالجهل بالمدّة ؛ ضرورة الاكتفاء بالعلم في الجملة في دفع الغرر. **فما في الإرشاد من الحكم بالبطلان بالبلوغ في الفرض**[٥] محمول على إرادة الفضولي لا البطلان من رأس ؛ للجهالة. **وإن احتمله [= البطلان] بعضهم مؤيّداً له بما في القواعد من الحكم ببطلان استئجار العبد مدّة يعلم موته قبل انقضائها للجهالة**[٦]، إلّا أنّه كما ترى.

---

(١) في الشرائع: «وهل».

(٢) الخلاف ٣: ٥٠٠.

(٣) المبسوط ٣: ٢٤٠. القواعد ٢: ٢٨٣. ولم نعثر في الإرشاد. التذكرة ١٨: ٣١١. التحرير ٣: ٦٩. القواعد والفوائد ٢: ٢٧٥. المختلف ٦: ١٦١ ـ ١٦٢. جامع المقاصد ٧: ٩٩. المسالك ٥: ٢٢٨.

(٤) الخلاف ٣: ٥٠٠.

(٥) الإرشاد ١: ٤٢٥.

(٦) مفتاح الكرامة ٧: ٩٩. انظر القواعد ٢: ٢٨٨.

وعلى كلّ حال ففي المفروض لو مات الولي أو انتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل الإجارة الأولى الجامعة لشرائط الصحّة واللزوم التي هي أولى من الوكالة ولا يشكل ذلك بأنّ مقتضاه عدم إجارة ناظر الوقف حينئذٍ، فإنّ التزامه غير معلوم البطلان.

نعم يتجه انفساخها مع عدم الإجازة لو مات للبطن الثاني التي لم تكن الإجارة الراجع إلى مصلحتهم، وإنّما هو كمفروض المسألة أنّه آجر الوقف على حسب المصلحة المستمرّة الحاصلة لأهل البطن الأوّل، والبطن الثاني الذي هو غير ولي عليهم في مصالحهم المقارنة لوجودهم الذي أمرها إليهم نحو ما قلناه فيما نحن فيه، فتأمّل، فإنّه دقيق نافع.

[لو تسلّم أجيراً ليعمل له عملاً ثمّ هلك الأجير]:

المسألة (**الحادية عشرة: إذا تسلّم أجيراً**) بعقد صحيح (**ليعمل له**) عملاً أو (**صنعة فهلك**) بعمله أو غير عمله (**لم يضمنه صغيراً كان أو كبيراً حرّاً كان أو عبداً**) مع فرض عدم التفريط منه وعدم التسبيب الذي يقوى على المباشرة بلا إشكال [١]، بل لا فرق بين هلاكه في مدّة الإجارة وبعدها [٢].

نعم لو حبسه مع الطلب بعد انقضاء المدّة صار بمنزلة المغصوب إذا كان مملوكاً.

أمّا الحرّ فستعرف الحال في البالغ وغير البالغ منه، والله العالم.

[لو دفع سلعة إلى غيره ليعمل عملاً له]:

المسألة (**الثانية عشرة: إذا دفع سلعة**) مثلاً (**إلى غيره ليعمل**) له (**فيها عملاً فإن كان ممّن عادته أن يستأجر لذلك العمل كالغسّال والقصّار فله أُجرة مثل عمله**) [٣]. بل الظاهر عدم اعتبار دفع السلعة في ذلك [٤].

---

[١] **ولا خلاف، بل في المسالك: هو موضع وفاق منّا ومن العامّة[١]. وفي المفاتيح إجماع المسلمين[٢].**

لكن عن المبسوط أنّه حكى عن الشافعي في العبد قولين[٣]؛ وعن الخلاف عن قوم الضمان في أصل المسألة[٤].

والأمر سهل بعد معلومية الحال، وهو عدم الضمان من حيث كونه أجيراً؛ للأصل بعد فرض أنّ إثبات يده بحقّ، وهو استيفاء المنفعة التي ملكها.

[٢] إذ لا يجب على المستأجر ردّ العين على مالكها على تقدير كونها مملوكة، وإنّما الواجب عليه التخلية بينه وبينها، فإذا كان حرّاً أولى.

[٣] لأصالة احترام عمل المسلم الذي لم يظهر من فاعله التبرّع؛ إذ هو كعين ماله فضلاً عن أن يكون ظاهره الأُجرة كما في الفرض.

[٤] ومن هنا جعل العنوان في الإرشاد: الأمر بالعمل الذي له أُجرة في العادة[٥].

---

(١) المسالك ٥: ٢٢٨.

(٢) مفاتيح الشرائع ٣: ١١٢.

(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٧: ٢٧٩. انظر المبسوط ٣: ٢٤٣.

(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٧: ٢٧٩. انظر الخلاف ٣: ٥٠٤.

(٥) الإرشاد ١: ٤٢٥.

بل الظاهر عدم اعتبار الأمر في ذلك أيضاً، بل يكفي الإذن فيه ولو بالفعل نحو ما جلس بين يدي حلّاق ليحلق رأسه أو دلّاك كذلك [١].

بل يمكن دعوى عدم الكراهة في عدم تعيين مقدار الأُجرة في مثل هذا باعتبار معلومية أُجرة مثله، فلا يندرج حينئذٍ فيما دلّ على النهي عن ذلك مع احتماله.

ثمّ لا يخفى عليك أنّ [الظاهر] [٢] كون الثابت في الفرض أُجرة المثل التي هي قيمة العمل في مقابلة العين لا ما ضر به العامل لنفسه وإن زاد عنها ولا ماقصده الدافع وإن قلّ عنها [٣].

وعلى كلّ حال فلا إشكال [٤] في الأُجرة في أصل المسألة.

بل (**وإن لم تكن له**) أي العامل (**عادة وكان العمل مما له أُجرة**) فيها (**فله**) أي العامل (**المطالبة؛ لأنّه أبصر بنيته**) التي هي إرادة الأُجرة عوض عمله، أو عدم قصد التبرّع فإنّ ذلك كافٍ في تحقّق الأُجرة [٥] وإن أراد الدافع التبرّع [٦].

نعم (**إن لم يكن ممّا له أُجرة بالعادة لم يلتفت إلى مدّعيها**)، بل وإن نوى العامل الأُجرة بذلك لم يكن له [٧].

وحينئذٍ فلو كان متقوّماً عرفاً لزمته الأُجرة بمجرّد الأمر بفعله، وإن جرت العادة بعدم أخذ الأُجرة عليه كاستيداع المتاع الذي احتمل منه الإجارة [٨].

---

[١] **كما نصّ عليه في جامع المقاصد**[(١)].

[٢] **[كما هو] ظاهر المصنّف وغيره، بل ومقتضى القواعد**[(٢)].

[٣] ضرورة كون المقام من الضمانات لا المعاملات، والضمان للشيء إنّما هو بقيمته، أمّا المعاملة فلابدّ من الموافقة على المسمّى منهما كما هو واضح.

[٤] **ولا خلاف.**

[٥] للأصل المزبور.

[٦] (و) لعلّه المراد ممّا في المتن.

[٧] للأصل وعدم تقوّمه المانع من ضمانه، بناءً على أنّ ذلك هو المراد من قولهم: لا أُجرة له في العادة.

[٨] **إلّا أنّه استبعده في جامع المقاصد، واستحسن إرادة الأعمّ من ذلك وهو ما لا أُجرة له في العادة سواء كان متقوّماً بحيث يجوز مقابلته بالعوض أم لا، وقال: «إن ظاهر العبارة لا يأبى العموم»**[(٣)].

قلت: قد عرفت أنّ ضمان الأُجرة بالإذن إنّما هو لأصالة احترام العمل، وعدم اعتياد أخذ الأُجرة عليه لا ينافي احترامه في الواقع على وجه يجعله كالمقصود به التبرّع.

---

(١) (٣) جامع المقاصد ٧: ٢٨٢.

(٢) القواعد ٢: ٣٠٧.

ودعوى أنّ عدم الأُجرة له في العادة تقضي بقصد التبرّع : يدفعها : أنّ مفروض البحث هنا بيان حكم الموضوع واقعاً لا حكم التداعي ظاهراً . مع أنّه يمكن دعوى كون القول قول العامل أيضاً لأنّه أبصر بنيّته ، وكون العادة كذلك لا يقتضي قصد التبرع ، كما أنّ عدم العادة للعامل في الصورة السابقة التي حكم فيها بالأُجرة بلا خلاف في ذلك .

ومن هنا بان لك النظر فيما ذكره الشهيدان[١] وغيرهما من الفرق بين مافي المتن ومحكي التذكرة والتحرير[٢] وبين ما في قواعد الفاضل حيث اكتفى في ثبوت الأُجرة بكون العمل ذا أُجرة عادة فقال : « ولو دفع لغيره شيئاً ليعمل فيه عملاً استحقّ الصنائع أُجرة مثل [العمل] إن كان العمل ذا أُجرة عادة وإلّا فلا »[٣] باقتضاء ما في المتن ثبوتها ممن نصب نفسه لها وإن لم يكن العمل ذا أُجرة في العادة ، كما لو دفع للحدّاد مثلاً سكّيناً ، فقال : افتحها ، ولم يكن فتحها من العمل الذي يستأجر عليه عادة لكونه ميسوراً بخلاف مافي القواعد .

أمّا غير هذه الصورة فمقتضاهما نفياً وإثباتاً متحد ؛ إذ قد عرفت أنّ عدم الضمان فيما لا أُجرة له في العادة ؛ لعدم أُجرة المثل له ، فلا يتصوّر ثبوت عوض له في الذمة ، وإن صحّ مقابلته بالعوض بالتراضي . وكون الحدّاد ناصباً نفسه لأخذ الأُجرة لا يقتضي ثبوت أُجرة مثلٍ للعمل المدفوعة إليه ، وإن لم يكن له مثل في الخارج . وكذا الخيّاط وغيرهما من الصنّاع فيكون المقصود للمصنّف في ذكر الأمرين بيان المفروغية من الصورة الأُولى .

وأمّا الصورة الثانية فهي كذلك أيضاً إلّا أنّ فيها احتمال العدم باعتبار عدم كون العامل ممّن نصب نفسه لذلك ، حتى يكون قرينة على إرادتها بل لم يصرّح أحد منهما بها .

بل قد عرفت إمكان فرضها بما إذا خليا في الواقع عن قصدهما ، والأصل البراءة .

إلّا أنّك قد عرفت ثبوتها لا لأنّها من المعاطاة ، فإنّ الشرائط فيها مفقودة ، بل من باب الضمان لاحترام عمل المسلم ومساواة منافعه مع الاستيفاء لأعيان ماله فيضمن حينئذٍ بذلك مع الإذن فضلاً عن الأمر بأُجرة المثل .

والأصل في ذلك أنّ الموجود في الخلاف والمبسوط الاقتصار على خصوص الصانع على ما حكي .

قال في الأوّل [أي الخلاف] : « إذا سلّم الثوب إلى غسّال وقال له : اغسله ولم يشترط الأُجرة ولا عرض له بها ، فغسله لزمته الأُجرة »[٤] . وبمعناه قوله في المبسوط : « إذا أمره بغسله كان عليه الأُجرة »[٥] .

بل عن الخلاف زيادة : أنّه إن لم يأمره بغسله لم يكن له أُجرة . فأراد المصنّف بيان عدم اعتبار اعتياد العامل في الأُجرة ولا الأمر فصرّح بها في الصورتين . وبالتأمّل فيما ذكرنا بان لك التحقيق في جميع أطراف المسألة على وجه لا يخفى عليك ما في كلمات بعض الأصحاب بعد الإحاطة بذلك .

---

(١) نقله عن الأوّل في مفتاح الكرامة ٧ : ٢٧٤ . المسالك ٥ : ٢٢٩ .

(٢) التذكرة ١٨ : ٢٥٤ . التحرير ٣ : ١٣١ .

(٣) القواعد ٢ : ٣٠٧ .

(٤) الخلاف ٣ : ٥٠٥ .

(٥) المبسوط ٣ : ٢٤٧ .

المسألة (**الثالثة عشرة: كلّ ما يتوقّف عليه توفية المنفعة**) الواجبة على الأجير (**فعلى المؤجر كالخيوط في الخياطة والمداد في الكتابة**) والأقلام فيها والكش في التلقيح والصبغ في الصباغة ولم يكن عادة تقضي بوجوبه على المستأجر [١].

(**و**) حينئذٍ فـ(**يدخل المفتاح**) للغلق المثبت التابع لإجارة الدار لا مثل القفل ومفتاحه (**في إجارة الدار؛ لأنّ الانتفاع لا يتمّ إلّا بها**) وقد عرفت وجوب تسليمه على صاحب الدار فتجب مقدّماته [٢].

---

[١] لدليل المقدّمة.

لكن في المسالك والروضة وعن موضع من التذكرة: أنّه مع انتفاء العرف أو اضطرابه فعلى المستأجر؛ لأنّ المقصود من الإجارة العمل[١]، أمّا الأعيان فلا تدخل في مفهوم الإجارة على وجه يجب أداؤها لأجلها إلّا في شواذّ تثبت على خلاف الأصل كالرضاع والاستحمام.

وفيه: ما عرفت من أنّ وجوبها ليس للدخول في مفهوم «الإجارة»، بل لمقدّمة الواجب الذي الأصل فيه أن يكون مطلقاً لا مشروطاً، خصوصاً مع ملاحظة «أوفوا بالعقود»[٢].

نعم في الحواشي وعن مجمع البرهان وجوب التعيين مع عدم العادة أو اختلافها، وإلّا بطلت الإجارة[٣].

وفيه: أنّها من التوابع، وليست من مورد الإجارة الذي يعتبر فيه المعلومية.

فالتحقيق حينئذٍ ما ذكره المصنّف من الأقوال الثلاثة في مفروض المسألة.

وأمّا ما وقع من الاختلاف في خصوص بعض الأشياء فإنّما هو في تنقيح أصل العادة فيها، وليس هو من وظائف الفقيه.

[٢] مضافاً إلى تبعيته للغلق التابع للباب التابعة للدار في الإجارة.

بل في محكي التذكرة والتحرير وجوب غيره على المؤجر لو اتّفق ضياعه من المستأجر[٤]**؛ لتوقّف إيصال المنفعة عليه كما في العمارة.**

بل عن الأوّل [أي التذكرة] وجامع المقاصد ثبوت الخيار مع عصيانه وامتناعه[٥].

لكن في القواعد وجامع المقاصد وعن الإرشاد وشروحه[٦]**: ليس له المطالبة ببدله مع ضياعه من المستأجر، وإن لم يكن ضامناً له، بل هو أمانة؛ لعدم جبر الإنسان على إصلاح ملكه وعمارته.**

وحينئذٍ فيصنعه المستأجر لحاجته إن شاء، كما أنّه إن شاء المؤجر من غير لزوم لأحدهما.

وفيه: أنّ ذلك ليس لوجوب إصلاح الملك، بل لوجوب تسليم المنفعة إلى مستحقّها.

---

(١) المسالك ٥: ٢٣٠. الروضة ٤: ٣٥٩. التذكرة ١٨: ١٨٥ ـ ١٨٦.

(٢) المائدة: ١.

(٣) لا يوجد الحواشي عندنا. نقله في مفتاح الكرامة ٧: ٢٤٣. مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٨٥.

(٤) التذكرة ١٨: ١٨٨ ـ ١٨٩. التحرير ٣: ٩٨.

(٥) التذكرة ١٨: ١٨٩. جامع المقاصد ٧: ٢٥٠.

(٦) القواعد ٢: ٣٠٣. جامع المقاصد ٧: ٢٥٠. الإرشاد ١: ٤٢٦. وعن الشروح في مفتاح الكرامة ٧: ٢٤٦.

ولذلك [= وجوب تسليم المنفعة] وجبت عليه تسليم الدارفارغة الظاهر.

وكذا البالوعة والحش ومستنقع الحمام ، بل للمستأجر الخيار إذا كانت مملوءة ولم يبادر على وجه لم يفت نفع معتدّ به على المستأجر [١].

نعم يمنع وجوب ذلك بعد تسليم المفتاح إليه و[يقوى] [٢] عدم وجوب التفريغ عليه في أثناء الإجارة للحش والبالوعة ومستنقع الحمّام [٣].

وعلى كلّ حال فلا يجب على المستأجر إصلاح ما فسد من العين باستيفاء المنفعة الذي هو حقّه ، وحينئذٍ فليس عليه التنقية للحشّ والبالوعة مثلاً عند انتهاء المدّة [٤].

بل ينبغي الجزم بعدم وجوب كناسة ما يكون من الدار نفسها أو ما تأتي به الرياح.

وأمّا كنس الثلج عن السطح فالظاهر أنّه من وظيفة المالك كالعمارة ، بل لا يبعد ذلك في ثلج العرصة إذا كثف ومنع من الانتفاع [٥].

نعم لا بأس به مع عدم كثافته المانعة من الانتفاع ؛ إذ هو حينئذٍ كالكناسة في أثناء الإجارة المعلوم عدم وجوبها على الموجر ، والله العالم.

---

[١] بل ربّما قيل بثبوته بمجرّد الامتلاء.

[٢] [إذ] منه [= ممّا تقدم] يعلم حينئذٍ قوّة مافي جامع المقاصد[١] من [أنّه ذلك].

[٣] وإن احتمله في القواعد[٢] بل عن التحرير : أنّه قرّبه[٣] وقال [في جامع المقاصد]: « ليس كلّ ما يتوقف عليه الانتفاع بعد تسليم العين وتمكين المستأجر منها التمكين التام يجب على المؤجر ، فإنّ رفع يد الغاصب كذلك ، مع أنّه لا يجب ، والأصل البراءة مع تسليم العين فارغة »[٤].

وإن كان قد يناقش بالفرق في موانع الانتفاع بين قصور العين في نفسها ؛ لاتفاق خراب ونحوه ، وبين الأمر الأجنبي المانع للمستأجر وإن بقيت هي على قابليتها ؛ ضرورة وجوب توفية المنفعة الراجعة للعين نفسها في تمام المدّة.

[٤] وإن حكي عن ظاهر المبسوط ذلك[٥]. نعم قد يقال بوجوب التنقية من الكناسة.

كما في القواعد[٦] بل فيها : أنّ رماد الأتون كالكناسة ، مع أنّه استشكل فيه في محكي التحرير قال : « لو خرجت المدّة وفي الدار زبل أو قمامة وجب على المستأجر تفريغه على إشكال »[٧].

وفي جامع المقاصد : للنظر فيه مجال[٨] ، ولعلّه لأنّه من ضرورات انتفاعه بها ، فكانت كالخلاء والبالوعة.

[٥] لما عرفت.

---

(١) جامع المقاصد ٧: ٢٥١ ـ ٢٥٢.

(٢)(٦) القواعد ٢: ٣٠٣.

(٣)(٧) التحرير ٣: ٩٨.

(٤)(٨) جامع المقاصد ٧: ٢٥١ ـ ٢٥٢.

(٥) استظهره في مفتاح الكرامة ٧: ٢٤٧. انظر المبسوط ٣: ٢٥١ ـ ٢٥٢.

الفصل (الرابع : في التنازع :)

(وفيه مسائل :)

[لو تنازعا في أصل الإجارة] :

(الأُولى : إذا تنازعا في أصل الإجارة فالقول قول) منكرها [١] .

سواء كان **(المالك)** أو غيره **(مع يمينه)** [٢] .

ثمّ إن كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع كلّ مال إلى صاحبه ، وإن كان بعده أو بعد استيفاء الجميع الذي يزعم مدّعي الإجارة أنّه مورد العقد ، فلا يخلو إمّا أن يكون المدّعي المالك أو المتصرّف . فإن كان المالك وحلف المنكر انتفت ووجب أُجرة المثل ، فإن كانت أزيد من المسمّى بزعم المالك لم يكن له المطالبة إن كان دفعه ؛ لاعترافه باستحقاق المالك ، بل يجب عليه إيصاله إليه إن لم يكن دفعه .

وإن كان ليس للمالك قبضه بعد اعترافه بعدم استحقاقه إلّا أن يكذب نفسه في دعواه الأُولى على قول [٣] .

وإن زاد المسمّى على أُجرة المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد إن كان دفعه ويسقط عنه إن لم يكن ، والعين ليست مضمونة عليه في هذه الصورة لاعتراف المالك بكونها أمانة بالإجارة .

وإن كان المدّعي المتصرّف فحلف المالك استحقّ أُجرة المثل ، فله المطالبة إن لم يكن قبض قدرها ، وإن زادت عن المسمّى بزعم المتصرّف .

وإن كان المسمّى أكثر فليس له المطالبة في الزائد إلّا أن يكذّب نفسه بالقول السابق .

وإن وجب على المتصرّف إيصاله إليه بطريق من الطرق الشرعية ، ولو كان المتصرّف قد أقبض المسمّى وكان أزيد من أُجرة المثل فليس له المطالبة بالزائد المعترف بعدم استحقاقه إلّا أن يكذّب نفسه كما عرفت وإن وجب على المالك إيصاله إليه كذلك ، ولكن العين هنا مضمونة إذا كان المالك منكراً لأصل الإذن وإلّا فلا ضمان .

(وكذا لو اختلفا في قدر المستأجر) بفتح الجيم ، فإنّ القول قول المالك الذي هو المنكر غالباً في مثل ذلك [٤] .

(وكذا لو اختلفا في ردّ العين المستأجرة) فإن القول قول المالك [٥] **(أما لو اختلفا في قدر الأُجرة فالقول**

---

[١] الموافق للأصل .

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال .**

[٣] منشؤه انحصار الحقّ فيهما .

[٤] لأصالة عدم وقوعها على أزيد ممّا اعترف به . واحتمال التحالف ـ أو القول به لأنّ كلّاً منهما مدّع ومنكر ـ ضعيف مع فرض كون الدعوى في أصل وقوع الإجارة . كما أوضحناه في نظائر المسألة ، وقلنا : إنّ ضابط التحالف عدم اتفاقهما على شيء من مورد العقد ، بل أحدهما يقول : آجرتك البيت ، والآخر يقول : الدابّة مثلاً نحو ما سمعته في البيع الذي لافرق عند التأمّل بينهما بالنسبة إلى ذلك .

[٥] للأصل ، وحرمة القياس على الوديعة عندنا .

قول المستأجر) [١].

[لو ادّعى الصانع أو غيره هلاك المتاع]:

المسألة (**الثانية: إذا ادّعى الصانع أو الملّاح أو المكاري هلاك المتاع**) من غير تعدّ ولا تفريط (**وأنكر المالك، كلّفوا البيّنة**) على ذلك (**ومع فقدها يلزمهم الضمان**) [٢].

(**وقيل: القول قولهم مع اليمين؛ لأنّهم اُمناء وهو أشهر الروايتين**) [٣].

---

[١] الموافق لأصل عدم الزيادة على ما اتفقا عليه من قدرها وموردها ومدتها.

ومنه يعلم ضعف التحالف هنا كما عرفته هناك.

[٢] **على المشهور كما في المسالك[١]، بل عن المرتضى دعوى أنّه إجماعنا ومن متفرداتنا[٢]**، إلّا أنّ معقده الصنّاع كالقصّار والخياط وما أشبههما.

إلّا أنّا لم نجده إلّا ليونس بن عبدالرحمن على ما حكي عنه[٣] والمفيد والشيخ في موضعين من النهاية[٤]. مع أنّا لم نتحققه؛ للأوّل منهم، بل لعلّ ظاهر المحكي عنه يقتضي ضمانهم ما جنته أيديهم، فليس حينئذٍ إلّا المفيد والمرتضى.

[٣] **عملاً إن لم يكن رواية أيضاً؛ إذ هو خيرة النهاية في أوّل كلامه والخلاف والمبسوط والمراسم والكافي والمهذب والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والقواعد والإرشاد والمختلف والتنقيح وإيضاح النافع وجامع المقاصد والروض والمسالك[٥] على ما حكي عن بعضها.**

بل عن السرائر نسبتها إلى الأكثرين المحصّلين، وأنّه الأظهر في المذهب وعليه العمل[٦].

بل عن ظاهر الغنية أو صريحها الإجماع عليه[٧].

بل عن الخلاف عليه إجماع الفرقة وأخبارهم[٨].

ويدل عليه مضافاً إلى ذلك: وإلى قاعدة الأمانة، صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الصبّاغ والقصّار؟ فقال: «ليس يضمنان»[٩].

---

(١) المسالك ٥: ٢٣٣.

(٢) الانتصار: ٤٦٦.

(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٧: ٢٥٦.

(٤) المقنعة: ٦٤١. النهاية: ٤٤٧.

(٥) النهاية: ٤٤٧. الخلاف ٣: ٥٠٢. المبسوط ٣: ٢٤٢. المراسم: ١٩٦. الكافي: ٣٤٧. المهذب ١: ٤٨٩ـ ٤٩٠. انظر الوسيلة: ٢٦٧. السرائر ٢: ٤٧٠. الجامع للشرائع: ٢٩٥. التذكرة ١٨: ٢٣٨، ٣٣٥. التحرير ٣: ١٣٢ـ ١٣٣. القواعد ٢: ٣٠٩. الإرشاد ١: ٤٢٥. المختلف ٦: ١٥٧. التنقيح ٢: ٢٦٠، ٢٧٣. نقله في مفتاح الكرامة ٧: ٢٥٨. جامع المقاصد ٧: ٢٩٨. لا يوجد لدينا وحكا عنه في مفتاح الكرامة ٧: ٢٥٨. المسالك ٥: ٢٣٣.

(٦) السرائر ٢: ٤٧٠.

(٧) الغنية: ٢٨٨ـ ٢٨٩.

(٨) الخلاف ٣: ٥٠٢.

(٩) الوسائل ١٩: ١٤٥، ب٢٩ من الإجارة، ح١٤.

وهو الأقوى.

وخبر بكر بن حبيب قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أعطيت جبّة إلى القصّار فذهبت بزعمه، قال: «إن اتّهمته فاستحلفه، وإن لم تتّهمه فليس عليه شيء»[١].

وخبره الآخر عنه أيضاً: «لا يضمن القصّار إلّا ما جنت يداه وإن اتهمته أحلفته»[٢]. وخبر أبي بصير المرادي عنه أيضاً: «لا يضمن الصائغ ولا القصّار ولا الحائك إلّا أن يكونوا متهمين، فيخوّف بالبيّنة ويستحلف لعلّه يستخرج منه شيئاً»[٣]. وهي وإن كان في مقابلها أخبار أُخر كحسن الحلبي عنه عليه السلام أيضاً: في الغسّال والصبّاغ «ما سرق منهما من شيء فلم يخرج منه على أمر بيّن أنّه قد سرق، وكلّ قليل له أو كثير فهو ضامن، فإن فعل فليس عليه شيء، وإن لم يقم البيّنة وزعم أنّه قد ذهب الذي ادعى عليه فقد ضمنه إن لم يكن له بيّنة على قوله»[٤]. وخبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً قال: سألته عن قصّار دفعت إليه ثوباً فزعم أنّه سرق من بين متاعه؟ قال: «فعليه أن يقيم البيّنة أنّه سرق من بين متاعه وليس عليه شيء فإن سرق متاعه كلّه فليس عليه شيء»[٥]. وحسن الحلبي عنه عليه السلام أيضاً: أنّه سئل عن رجل جمّال استكرى منه إبلاً وبعث معه بزيت إلى أرض فزعم أنّ بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق مافيه؟ فقال: «إن شاء أخذ الزيت وقال: إنّه انخرق، ولكن لا يصدق إلّا ببيّنة عادلة»[٦]. ونحوه خبر زيد الشحام[٧].

وفي جملة من النصوص[٨] إطلاق ضمان «القصّار» و«الصائغ» معللاً في بعضها بالاحتياط في أموال الناس، وفي أُخرى تقييد ذلك بما إذا لم يكونا مأمونين[٩].

وفي الأُخرى أنّ علي بن الحسين والباقر عليهما السلام كانا يتفضّلان عليهم إذا كانوا مأمونين بعدم التغريم[١٠]. ويمكن حملها أجمع على ما إذا أفسدوا بأيديهم، بل في بعضها إيماء إلى ذلك. وقد عرفت أنّ الضمان متّجه؛ لعموم من أتلف ونحوه إلّا أن يحبّ التفضّل عليهم إذا كانوا مأمونين بعدم التغريم. وحينئذٍ تكون خارجة عمّا نحن فيه كخروج نصوص الأجير المشترط عليه الضمان عن ذلك والنصوص المقتضية للضمان وإن أقاموا البيّنة، بل لم أجد عاملاً بها من أصحابنا. إلّا أنّ النظر في مجموع هذه النصوص وما فيها من لفظ الأجير المشترك[١١] ونحوه وشدة اختلافها، وما حكي عن العامة مثل ابن أبي ليلى والثوري وأبي يوسف والشيباني وابن حي والشعبي والليث والأوزاعي ومالك والشافعي في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين على اختلاف أقوالهم[١٢]. يقتضي خروجها مخرج التقية، بل ربّما يحصل الجزم بذلك، خصوصاً مع ملاحظة اختلافها واختلافهم واتحاد بعض ألفاظها وألفاظهم.

ومن هنا أعرض الأصحاب عنها إلّا من عرفت، وعملوا بالنصوص الموافقة لقاعدة الأمانة وأصل البراءة وغيرها.

---

(١) المصدر السابق: ١٤٦، ح١٦.
(٢) المصدر السابق: ح١٧.
(٣) المصدر السابق: ١٤٤ـ ١٤٥، ح١١.
(٤) المصدر السابق: ١٤١، ح٢، ولم ترد فيه: «فهو ضامن».
(٥) المصدر السابق: ١٤٢، ح٥.
(٦) الوسائل ١٩: ١٤٨، ب ٣٠ من الإجارة، ح ١، فيه: «لكنه».
(٧) التهذيب ٧: ١٢٩، ح ٥٦٤. الوسائل ١٩: ١٤٨، ب ٣٠ من الإجارة، ذيل الحديث ١.
(٨) الوسائل ١٩: ١٤٣، ١٤٥، ب٢٩ من الإجارة، ح٦، ١٢.
(٩) المصدر السابق: ١٤٢، ح٤.
(١٠) المصدر السابق: ١٤٧، ١٤٨، ذيل ح ٢٠، ٢٣.
(١١) الوسائل ١٩: ١٥٢، ب ٣٠ من الإجارة، ح١٣.
(١٢) انظر المبسوط (للسرخسي) ١٥: ٨١. المجموع ١٥: ١٠٩. المغني (لابن قدامة) ٦: ١٠٦.

(**وكذا لو ادّعى المالك**) عليهم (**التفريط**) بعد التصديق في أصل التلف (**فأنكروا**) لم يكن عليهم إلّا اليمين مع التهمة [١]، إلّا أن يقيموا البيّنة على التلف بلا تعدّ ولا تفريط [٢].

[لو قطع الخياط ثوباً قباءً ولكن قال المالك: أمرتك بقطعة قيمصاً]:

المسألة (**الثالثة: لو قطع الخيّاط ثوباً قباءً**) مثلاً مدعياً الإذن من المالك بذلك (**وقال**[١] **المالك:**) لم آمرك بذلك وإنّما (**أمرتك بقطعه قميصاً فالقول قول المالك**) في عدم الإذن (**مع يمينه**) [٣] (**وقيل**) [٤]: القول (**قول الخيّاط**) [٥]. (و) لا ريب أنّ (**الأوّل أشبه**) [٦].

نعم لو كان نزاعهما في تعيين العمل المستأجر عليه قبل قطع الثوب اتجه التحالف وانفساخ الإجارة، نحو ما سمعته في التنازع في تعيين المبيع وفرق واضح بين المقامين.

(و) كيف كان فـ(**لو أراد الخيّاط فتقه لم يكن له ذلك إذا كانت الخيوط من الثوب أو من المالك**) [بلا إشكال] [٧].

---

[١] **خلافاً لمن عرفت ممّن حكم بضمانهم.**

[٢] وقد عرفت الحال فيه.

[٣] لأنّه المنكر باعتبار أصالة عدم الإذن على الوجه المزبور؛ إذ بإنكار صفة الإذن كبإنكار أصلها.

[٤] **كما عن وكالة المبسوط والخلاف**[٢].

[٥] لأصالة براءة ذمته من الأرش.

[٦] بأُصول المذهب وقواعده. بل هو المشهور، بل لم يعرف الخلاف إلّا من الشيخ في الباب المزبور، وإلّا فالمحكي عنه هنا الموافقة[٣]. وأصالة براءة الذمة من الأرش ـ بعد الاعتراف بحصول سببه منه الذي هو القطع، إلّا أنّه يدعي إسقاط ترتّبه على ذلك بدعوى الإذن فيه، وأنّه مستحقّ للأجرة ـ لا وجه للتمسّك بها، بخلاف المالك الذي لم يحصل منه إلّا إنكار ذلك.

وأمّا قوله: إنّي أذنت في قطعه قميصاً فلا يقتضي إيجاب شيء على الخياط؛ إذ لو لم يحدث فيه حدثاً لم يكن عليه بسبب الإذن المزبور ضمان، غاية مافي الباب أنّه لا يستحقّ أُجرة. ومن هنا بان أنّه لا وجه للتحالف وإن حكي عن الشافعي[٤] وبعض أصحابنا؛ لعدم تحقّق دعويين في الفرض المزبور، بل الدعوى مختصة بالخياط كما هو واضح. **ومن الغريب ما عن الأردبيلي من أنّه بعد أن استظهر التحالف استظهر أنّه لا عليه أُجرة الخياط، وأنّه يلزمه أرش النقص**[٥]؛ ضرورة أنّ ذلك يترتّب على مجرّد حلف المالك، فلا فائدة في يمين الخياط حينئذٍ.

[٧] **بلا خلاف أجده بين من تعرّض له، بل ولا إشكال**؛ لحرمة التصرّف في مال الغير، وليس له إلّا العمل، وهو ليس عيناً حقيقة يمكن انتزاعها من مال الغير.

---

(١) في الشرائع: «فقال».

(٢) المبسوط ٢: ٣٨٣. الخلاف ٣: ٣٤٨ـ ٣٤٩.

(٣) المبسوط ٣: ٢٤٨. الخلاف ٣: ٥٠٦.

(٤) حكاه في التذكرة ١٨: ٣٣٧ـ ٣٣٨. انظر المجموع ١٥: ١٠٦.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٨٤ـ ٨٥.

فهو حينئذٍ كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى آخر عدواناً، فإنّه ليس له ردّه إلّا بمطالبة المالك [١].

(و) لذا كان (**لا أُجرة له**)، بل عليه الأرش وهو تفاوت مابين قيمته مقطوعاً قميصاً وغير مقطوع، لا تفاوت ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً وقيمته مقطوعاً قباءً؛ لأنّ قطعه قباءً عدوان (**لأنّه عمل لم يأذن فيه المالك**).

نعم لو لم يتفاوت القميص والقباء في بعض القطع أمكن أن لا يجب أرشه [٢]، بل لا يبعد استحقاقه الأُجرة على ذلك إن كانت.

وكذا الكلام فيما لو قال: إقطعه قميص رجل وقطعه قميص امرأة. ولو كانت الخيوط للخيّاط كان له أخذها [٣].

نعم لو حصل نقص في الثوب باستخراجها اتّجه وجوب الأرش عليه.

بل الظاهر عدم جبره على القبول لو دفع المالك قيمة الخيوط وإن احتمل، كما أنّه لا يجبر المالك على القبول لو بذل الخيّاط قيمة الثوب.

ولو أراد المالك شدّ خيط في كلّ خيط حتى إذا سلّه عاد خيط المالك في مكانه لم يجب الإجابة قطعاً [٤].

---

[١] إذ الفرض ثبوت انتفاء الإذن فيه بحلف المالك.

[٢] لكونه من جملة المأذون.

[٣] لقاعدة « الناس مسلّطون على أموالهم ». وعدوانيته بظاهر الشرع لا تسقط حرمة ماله.

واعترافه أنّها ملك للمالك تبعاً للعمل الذي قد ادّعى أنّه قد استأجره عليه لا ينافي استحقاق أخذها ولو على جهة المقاصّة أو لانفساخ العقد بتعذّر دفع الأُجرة.

[٤] لاستلزامه التصرف في مال الغير المتوقف على طيب النفس، والله العالم.

(كتاب الوكالة)

بفتح الواو وكسرها (**وهي**[1]) التفويض، وشرعاً الاستنابة المخصوصة، ولا ريب في مشروعيتها [١].

وعلى كلّ حال فتمام الكلام فيه (**يستدعي بيان فصول:**)

[حكم عقد الوكالة]:

(**الأوّل: في العقد، وهو**) ما قصد فيه الدلالة على الـ(**استنابة في التصرّف**) ولو بالقول كإجراء الصيغة ونحوها، فلا يدخل فيه الوديعة والمضاربة ونحوهما ممّا لم يكن المقصود منه ذلك [٢].

كما أنّه ذكرنا غير مرة أيضاً كون المراد في نحو المقام بيان كون الوكالة من قسم العقود بالمعنى الأعمّ الشامل للمعاطاة بناء على مشروعيتها فيها، بمعنى أنّها ليست من الإيقاع.

وأمّا عقدها بالمعنى الأخصّ فمعلوم أنّه المركّب من القولين إيجاباً وقبولاً.

وأمّا المركّب من القول في الإيجاب والفعل في القبول فـ[ـقد يقال:] [٣] كونه منه في العقود الجائزة.

لكن إن لم يكن إجماع فيه بحث.

نعم لا يعتبر فيه لفظ مخصوص.

بل قد عرفت سابقاً قوّة ذلك في العقد اللازم فضلاً عن الجائز.

وحينئذٍ فما عدا ذلك [فهو] من المعاطاة في ذلك العقد التي لا ريب في مشروعيتها [٤].

---

[١] بل لعلّه من ضرورة الدين، فلا حاجة إلى الاستدلال عليه بقوله تعالى: ﴿ **فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِنْهُ** ﴾[2] و﴿ **اذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَذَا** ﴾[3].

كي يناقش بعدم كون الثاني من الوكالة، بل والأوّل المحتمل أنّه من الإذن لا منها كما ستعرف تفصيل ذلك.

[٢] وأمّا الوصاية فهي إحداث ولاية لا استنابة، كما أنّه لا يشكل بخروج الوكالة في القول عنه.

على أنّك قد عرفت غير مرّة أنّ المراد من أمثال هذه التعريفات الكشف في الجملة شبه التعريفات اللفظية فلا جهة للإطناب في ذلك طرداً ونقضاً.

[٣] [كما] ربّما ظهر من جماعة.

[٤] بالسيرة المستمرّة عند القائل بها.

---

(١) في الشرائع: «وهو».

(٢) الكهف: ١٩.

(٣) يوسف: ٩٣.

وإن كان التحقيق أنّها إذن لا وكالة [١] [وأمّا قول المصنّف].

(ولا بدّ في تحققه من إيجاب دال على القصد كقوله: وكّلتك أو استنبتك أو ما شاكل ذلك. ولو قال: وكّلتني؟) على الاستفهام التقريري أو التحقيقي **(فقال: نعم)** وقال: قبلت بعد قوله: نعم **(أو أشار بما يدلّ على الإجابة كفى في الإيجاب).**

(وأمّا القبول فيقع باللفظ كقوله: قبلت أو رضيت أو ماشابهه، وقد يكون بالفعل كما إذا قال: وكّلتك في البيع فباع) [ففيه إجمال وتشويش] فإنّه إن كان المراد منه بيان العقد بالمعنى الأخص أشكل الاكتفاء بالإشارة التي هي من الأفعال [٢].

[ولا يكفي في القبول الرضا النفساني والرغبة النفسانية].

---

[١] وبذلك يظهر لك التشويش والإجمال في كلام جملة من الأصحاب حتى قول المصنّف.

[٢] خصوصاً بعد ظهور ما سبق منه في غير المقام من اعتبار اللفظ في إيجاب العقد الجائز.

وفي الحواشي المنسوبة للشهيد من التحرير اعتبار النطق مع القدرة، والاكتفاء بالإشارة مع العجز[1] قال: وهو الأقوى.

بل قد يشكل الاكتفاء فيه بما ذكره أيضاً من الجواب بـ« نعم » على الأوّل ولو مقصوداً بها الانشاء، فإنّ تحقّق العقد بذلك محلّ منع، بناءً على اعتبار تأخّر القبول فيه عن الإيجاب؛ إذ لم نعثر على ما يدلّ على خصوصية لعقد الوكالة من بين العقود الجائزة.

ودعوى الاكتفاء بذلك في جميعها لا دليل عليها، كما أنّه لا خصوصية لمفهوم « العقد » في العقد الجائز، وإنّما الفرق بينه وبين اللازم اعتبار اللفظ المخصوص فيه دونه، مع أنّك قد عرفت البحث في اعتباره فيه.

وحينئذٍ فيتحد المراد به في الجميع، كما أنّه يتّحد الحكم بالمعاطاة في غيره مع فرض اتّحاد الإنشاء والقصد، وأنّه لم يفقد إلّا الصيغة.

وهذا كلّه واضح، خصوصاً بعد الإحاطة بما سلف لنا في الكتب السابقة.

إنّما الإشكال فيما عساه يظهر من التذكرة وبعض الشافعية من الاكتفاء في قبول عقد الوكالة بالرضا النفساني والرغبة النفسانية من غير حاجة إلى دالّ عليه من لفظ ونحوه[2] كما ترى.

وكأنّ الذي دعاه إلى ذلك ما ظاهر هم الاتّفاق عليه من تحقّق الوكالة بما ذكره المصنّف من القبول الفعلي الذي هو أثر من آثار الوكالة.

بل جوازه [= الفعل] وصحّته موقوف على تحقّقها، فلا يصلح أن يكون قبولاً لها مصطلحاً؛ ضرورة اقتضائه عدم تحقّق الوكالة قبل تمامه، فيقع الفعل حينئذٍ قبل اتصافه بالوكالة.

ودعوى الاكتفاء بالمقارنة واضحة المنع؛ ضرورة منافاتها لأصالة بقاء المال مثلاً، وليس هو كقبول المعاطاة مثلاً في البيع

---

(١) التحرير ٣: ٢١. وأمّا الحواشي فلا توجد لدينا ولم نعثر على الحاكي عنه.

(٢) انظر التذكرة ١٥: ١٠ ـ ١١. مغني المحتاج ٢: ٢٢٢.

بالفعل ؛ لعدم منافاته لتماميّة البيع بتمامه .

وكذا الوديعة والعارية والمضاربة وغيرها .

بخلاف المقام الذي تتوقّف صحّة الفعل المفروض جعله قبولاً على تحقّق الوكالة المتوقّفة عليه .

ومن هنا احتاج العلّامة إلى دعوى الاكتفاء بالقبول المزبور .

ولكن فيه أوّلاً : أنّه مناف لما ظاهرهم الإجماع عليه ، من كون الوكالة من العقود التي لا يكفي في قبولها مثل هذا القبول الذي هو كامتثال الأوامر وقضاء الحوائج وإجابة الالتماس ونحو ذلك مما هو معلوم أنّه ليس قبول عقد .

وثانياً : أنّ المسلّم من المتفق عليه وقوع قبولها عقداً أو معاطاةً بالفعل ، ولا يستلزم ذلك كونه الفعل الذي هو أثر من آثار الوكالة ومتعلّق من متعلّقاتها ، بل يكون بفعل أجنبي من إشارة وفعل مقدّمات الوكالة ، ونحو ذلك من الأفعال التي يقصد بها قبول الوكالة ودالّة عليه .

وأمّا الأوّل فلا إجماع عليه ، وإنّما المسلّم منه الصحّة ، وهي لاتستلزم الوكالة لما هو معلوم من مشروعية الإذن وامتثال الأمر ، ويترتّب عليه ما يترتّب على الوكالة من صحّة البيع ونحوه ، وإن لم يكن وكيلاً .

وقد صرّح في التذكرة أنّ قول القائل : بع كتابي هذا ونحوه لا يكاد يسمّى إيجاب وكالة ، بل هو أمر وإذن وإعلام .

بل قال فيها : « إنّ قوله أذنت لك في كذا ليس صريحاً في ايجاب الوكالة »[1] .

وهو كذلك .

ولو سلّم فقد يحمل على من وكّل على أفعال متعدّدة ، ففعل الأوّل منها بالإذن فيه قاصداً به إن شاء قبول الوكالة فيكون صحّته مستندة إلى الإذن لا الوكالة ، وما بعده من الأفعال إلى الوكالة .

ومن الغريب ما في المسالك[2] من تأييد قوله بحكم الأصحاب بانعزال الوكيل بعزله نفسه الذي لا إشكال في ابتنائه على العقدية .

وإلّا فالإذن المجرّدة عنه لا ينعزل المأذون بها بعزله نفسه .

بل لو أراد العود إلى فعله جاز له الفعل ـ نحو إباحة الطعام ـ مع جهل الآذن ، بل ومع علمه الذي لا ينافي بقاءها في ثاني حال المأذون .

إذ هو كما ترى ؛ ضرورة أنّ الأصحاب لم يذكروا إلّا انعزال الوكيل بعزله نفسه ، والوكالة غير منحصرة في هذا الفرد الذي اكتفى العلّامة في القبول ؛ لما عرفت .

وتأييده حينئذٍ بتصريح المصنّف وغيره من الأصحاب بكونه وكالة أولى من تأييده بالحكم المزبور الذي له مورد غير هذا على وجه لا ينافي الوكالة فيه ، وإجراء حكم الإذن عليه كما هو واضح بأدنى تأمّل .

---

(١) التذكرة ١٥ : ٩ .

(٢) المسالك ٥ : ٢٤٠ ، ولم ينسبه إلى الأصحاب .

وقد تلخّص [١] أنّ الوكالة من العقود بالمعنى الأعمّ الشامل للمعاطاة التي يقصد فيها ما يقصد بالعقد ولم تفقد سوى صيغته بناءً على شرعيتها فيها وكالة [٢].

وحينئذٍ فما كان منها على كيفية غيرها من العقود من ألفاظ إيجاب وألفاظ قبول كانت وكالة عقدية ، وإلّا كانت وكالة معاطاتية .

نعم فيما كان إيجاب لفظي وقبول فعلي منها البحث السابق في أنّه من العقد أو المعاطاة [فإن قام إجماع على أنه من العقد وإلّا فهو معاطاة في الإذن] [٣].

وحينئذٍ يكون العقد الجائز واللازم بالنسبة إلى ذلك على حدّ سواء ، كما أنّ الوكالة حينئذٍ إمّا عقد أو معاطاة عقد إن قلنا بشرعيتها فيها وكالة [٤].

نعم لا إشكال [٥] في مشروعية الإذن والأمر اللذين يترتّب عليهما صحّة الأفعال الواقعة عنهما وليسا من الوكالة في شيء [٦]. (و) [قد ذكروا] [٧] أنّه (**لو تأخّر القبول عن الإيجاب**) فيها (**لم يقدح في الصحّة**) ولو إلى سنة فصاعداً [٨] [ومعلوم] (**فـ**) ـي (**أنّ**[1] **الغائب يوكّل و**) لا ريب في أنّ (**القبول يتأخّر**) [٩]. ولكن فيه : إنّا لم

---

[١] [وذلك] بما ذكرناه في المقام وفي الوديعة والعارية .

[٢] فإنّ السيرة فيها أقوى من السيرة فيها في البيع ونحوه من العقود اللازمة .

[٣] وقد ذكرنا سابقاً أنّه إن قام إجماع على أنّه من العقد وإلّا فهو معاطاة الإذن ؛ضرورة معلومية كون العقد اسماً للألفاظ من غير فرق بين الجائز واللازم .

نعم ربّما فرّقوا بينهما باعتبار الصيغ المخصوصة في الأوّل دون الثاني . وقد تقدم لنا المناقشة في ذلك غير مرّة إن لم يكن إجماعاً ، وقلنا يكفي فيهما كلّ عبارة صالحة لإنشاء الدلالة على ذلك إذا كانت جارية مجرى الخطاب الصحيح .

[٤] **وما وقع من بعض متأخّري المتأخّرين ممّن لا يبالي بما هو كالضروري عند الأصحاب من إنكار كون الوكالة من سنخ العقود أصلاً**[2] لا ينبغي الاصغاء إليه ، بل تسويد الورق في ردّه من السرف والتبذير .

[٥] **بل ولا خلاف [فيه]**.

[٦] لعدم العقد لفظاً فيهما وعدم قصد معناه الذي هو الربط بين الإيجابية والقبولية ، بل هما مجرّد رخصة وأمر وإذن وإعلام في الفعل ، ويترتّب عليه صحّة الفعل المأمور به نحو الفعل الموكّل فيه . وبذلك يظهر لك التشويش في جملة من كلمات الأصحاب الذين لم يحرّروا ذلك بهذا التحرير .

[٧] [كما] لعلّ منه ما ذكروه في باب الوكالة من [أنّه ذلك].

[٨] مستدلين عليه بمعلومية الصحّة نصّاً وفتوى .

[٩] وبالنصوص المتضمّنة للأمر لأشخاص في بلاد نائية بإنفاذ طلاق[3] وتزويج[4] وبيع وشراء[5] ونحو ذلك .

---

(١)(٢) في الشرائع المحققة : «لأنّ» . لم نعثر عليه .

(٣) الوسائل ١٩ : ١٦٥ ، ب ٣ من الوكالة ، ح ١ .

(٤) الوسائل ١٩ : ١٦٣ ، ١٦٤ ، ب ٢ من الوكالة ، ح ٢ ، ٣ .

(٥) انظر الوسائل ١٧ : ٣٨٩ ، ب ٥ من آداب التجارة .

نجد في شيء منها ما يقتضي كونه وكالة ، بل يمكن أن يكون جميعه من باب الأمر والإعلام والإذن ونحو ذلك [١].

(و) كيف كان فـ(**من شرطها أن تقع منجّزة**) كغيرها من العقود [٢].

(**فلو علّقت على شرط**[1] **متوقّع**) كمجيء زيد (**أو وقت متجدّد لم تصحّ**) [٣].

(**نعم لو نجّز الوكالة وشرط تأخير التصرّف جاز**) [٤].

وعلى كلّ حال ففي جواز التصرّف في الوكالة المعلّقة عند حصول ما علّقت عليه وجهان [٥].

قلت : قد يقال : إنّه يفهم من ذلك عرفاً بقاء الإذن ، وإن بطلت الوكالة [٦].

---

[١] فلا ينبغي أن يستفاد منه صحّة تأخير القبول في الوكالة حتى في الحاضر الذي يقول لآخر : وكّلتك أو أنت وكيلي فيسكت ، ثمّ يقول بعد سنة مثلاً قبلت ممّا هو غير جار مجرى الخطاب العربي ، فلا ينبغي التأمّل في فساد الاستدلال المزبور . نعم إن تمّ إجماعهم ـ ولا أظنّه بل ظنّي عدمه خصوصاً بعد عدم تحريرهم البحث كما ذكرناه ـ كان هو الحجة وإلّا كان مقطوعاً بفساده . وما يقع من الغائبين حينئذٍ بعضهم مع بعض كلّه من الإذن والأمر ، والله العالم بحقيقة الحال .

[٢] **بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه** ؛ لمنافاته مقارنة ترتّب السبب على المسبب المستفاد ممّا دلّ على تسبيب العقود .

[٣] **بل قيل : إنّه كذلك في التعليق على أمر متحقق نحو إذا كانت الشمس طالعة فأنت وكيلي**[2] ، لا لفوات المقارنة المزبورة ، بل للشكّ في تناول الإطلاقات لمثل ذلك ، فيبقى حينئذٍ أصل عدم ترتّب الأثر بحاله .

[٤] **بلا خلاف أيضاً فيه ، بل في التذكرة والمسالك الإجماع عليه**[3] ، مضافاً إلى إطلاق الكتاب والسنّة ، وعموم « المؤمنون عند شروطهم »[4] السائغة التي لم تخالف سنّة ولا كتاباً ؛ ضرورة عدم كون الفرض من التعليق في شيء ، فإنّ المراد به اشتراط تأخير وقوع الأثر لا استحقاق وقوعه الحاصل بعقد الوكالة .

إلّا أنّه لمّا لم يظهر أثر ثبوت هذا الاستحقاق ذكر غير واحد أنّه في معنى التعليق . لكن لا دليل على البطلان به .

وفيه : أنّ الاستنابة حصلت بتمام العقد وإن اشترط عليه عدم وقوع ماهو نائب فيه بعد شهر مثلاً نحو الوكيل الثابتة وكالته الذي أمره الموكّل بعدم التصرّف ، فإنّه لا تنافي وكالته التي تظهر له ثمرتها بغير ذلك كدعوى التلف وغيرها .

وكان هذا هو السبب في فرق الأصحاب بينهما على وجه يقتضي أنّه ليس من التعليق في شيء ، وهو كذلك .

[٥] **بل قولان** ، منشؤهما أعمية بطلان الوكالة من الإذن ، فيصحّ التصرّف بها وإن بطلت الوكالة للتعليق المنافي لها نحو ما قالوه في القراض الباطل الذي حكموا فيه بأُجرة المثل . ومن أنّ الإذن لم تحصل إلّا في ضمن الوكالة المفروض بطلانها ، والجنس لا يبقى بدون فصله . والحكم بالقراض كذلك أيضاً إن لم يكن إجماعاً .

[٦] ولعلّه لخفاء الفرق بينهما [= بين الاذن والوكالة] بعد اشتراكهما في النيابة شرعاً عن المالك ، وإن فقدت الإذن المرادة بقصد الاستنابة التوكيلية .

---

(١) في الشرائع : « بشرط » بدل « على شرط » .
(٢) نسبه في مفتاح الكرامة (٧ : ٥٢٧) إلى جماعة .
(٣) التذكرة ١٥ : ١٤ . المسالك ٥ : ٢٤٠ ، وفيهما : لا خلاف .
(٤) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٣ من المهور ، ح ٤ .

بل لعلّه لا فرق بينهما في المعنى، ولكن إن ادّيت بصورة العقد كانت وكالة واختصّت بأحكام، وإلّا كانت إذناً لا وكالة [١].

ومن شرطها أيضاً عدم التوغّل في الإبهام على وجه يشكّ في مشروعية الوكالة فيه نحو وكّلتك من غير تعيين، أو على أمر من الأُمور، أو على شيء مما يتعلّق بي ونحو ذلك [٢]. بل [الظاهر أنّه] [٣] **(لو وكّله في شراء عبد افتقر إلى وصفه)** في الجملة **(لينتفي)** معظم **(الغرر)**. وحينئذٍ لا يجب الاستقصاء في الوصف [٤].

بل ولا على نحو السلم **(و)** شبهه مما اعتبر فيه العلم. نعم **(لو)** أطلق ـ أي **(وكّله مطلقاً)** ـ من دون أن يذكر وصفاً **(لم يصح)** [٥] **(على قول و)** لكن **(الوجه)** [٦] **(الجواز)** [٧].

---

[١] فمع فرض بطلان ما اقتضى كونها وكالة بالتعليق ونحوه بقيت الإذن. وحاصل ذلك يرجع إلى أنّ العقد بالمعنى الأخصّ أو الأعمّ هنا من مشخّصات الفرد التي مع انتفائها لا ترتفع الحقيقة؛ ضرورة أنّ مشخّصات زيد مثلاً لو ارتفعت لم ترتفع الإنسانية عنه. وبذلك كلّه ظهر لك فساد بناء المسألة على مسألة بقاء الجنس وعدمه المفروغ منها عندهم. كما أنّه يظهر لك فساد المناقشة في دعوى بقاء الإذن مع بطلان الوكالة بأنّه من المعلوم أنّ الفاسد هو الذي لا يترتّب عليه أثر فلا يجامع صحّة الآثار بطلان الوكالة ضرورة اختصاص البطلان حينئذٍ بالآثار المترتّبة على الوكالة المفروض فسادها لا كلّ أثر، وإن كان مشتركاً بينها وبين الإذن كما هو واضح. ودعوى الشكّ في ترتّب الأحكام في مثل العقود الناقلة على مثل هذا الإذن ـ خصوصاً مع المخالفة لقاعدة حرمة التصرّف في مال الغير، وأصالة بقاء المال على ملك مالكه ـ لا محصّل لها بعد فرض تحقّق الإذن.

وكذا يظهر أيضاً ما في التذكرة من التشويش في المسألة فإنّه بعد أن ذكر بطلان الوكالة بالتعليق مدّعياً عليه الإجماع على الظاهر، قال ما حاصلة إنّ البطلان به إنّما يتحقق فيما لو كانت بجعل، فيرجع إلى أُجرة المثل[1] كما في المضاربة.

بل ربّما ظهر من بعض كلماته أنّه كبطلان المهر في النكاح والجميع كما ترى.

ونحوه في الرياض[2]، فلاحظ وتأمّل.

[٢] ولعلّه المراد ممّا في الرياض [من أنّه] لا تصحّ على المبهم والمجهول، بلا خلاف فيما أعلم[3] إلى آخره.

[٣] **[كما] عن المبسوط (و) بعض الشافعية[4].**

[٤] **إجماعاً بقسميه.**

[٥] للغرر، وإليه أشار المصنف بقوله [ذلك].

[٦] **عندنا.**

[٧] **كما هو صريح التذكرة والمختلف[5] وغيرهما**، بل لا أجد فيه خلافاً بيننا من غيره؛ لإطلاق الأدلّة وعمومها.

---

(١) التذكرة ١٥: ١٦.
(٢) الرياض ٩: ٢٣٩.
(٣) الرياض ٩: ٢٤٨.
(٤) المبسوط ٢: ٣٩١ـ ٣٩٢. مغني المحتاج ٢: ٢٢٢.
(٥) التذكرة ١٥: ٥٥ـ ٥٦. المختلف ٦: ٣٨.

وخصوص أمر النبي ﷺ عروة البارقي بشراء شاة[١]، بناء على أنّه من التوكيل الذي هو قسم من الإذن والأمر اللذين لا خلاف ولا إشكال في جواز تعلّقهما بنحو ذلك. على أنّه ربّما يتعلّق غرض بمطلق العبد والشاة الموافقين لمصلحة الموكّل. وبذلك ظهر لك بطلان ما أطنب فيه في المسالك ممّا هو ناش من عدم إصابة المراد[٢] في العبارة [أي عبارة الشرائع] حيث جعل قوله: «ولو أطلق» مسألة مستقلّة، لا أنّها تمام الأولى وأنّ قوله: «على قول» راجع إلى الجميع، فأشكل عليه الحال.

وكأنّه تبع بذلك المحقق الثاني[٣] في عبارة القواعد، لكن هي ليست مثل عبارة المتن.

قال [في القواعد]: «الثالث أن يكون معلوماً نوعاً من العلم لينتفي أعظم الغرر، فلو وكّله في شراء عبد افتقر إلى وصفه لينتفي الغرور، ويكفي لو قال: عبداً تركياً وإن لم يستقص في الوصف، ولو أطلق فالأقرب الجواز»[٤]. وإن أمكن أيضاً تنزيلها على ما ذكرنا، ومرجعها حينئذٍ إلى عدم اقتضاء الشرط المزبور عدم جواز ذلك، فإنّ كونه عبداً نوع من العلم، نحو قول النبي ﷺ لعروة: «اشتر لنا شاة»[٥] ويكون ما ذكره أوّلاً على طريق تقرير كلام القائل. والأصل في هذا الشرط الشافعية، وقد عرفت صحّته في الجملة، ببعض الأمثلة التي ذكرناها. وإنّما الكلام معهم في بعض الأمثلة، كالوكالة في شراء العبد.

وقد وافقهم عليه الشيخ في محكي المبسوط خاصة[٦].

وربّما حكي عن الشهيد أيضاً موافقة بعضهم على التفصيل بين عبد القنية، وعبد التجارة، فيعتبر الوصف في الأوّل دون الثاني[٧]. **وعن بعض**[٨] **منهم التفصيل بين ذكر الثمن وعدمه، فيعتبر الوصف في الثاني دون الأوّل.** والجميع كما ترى مناف لإطلاق الأدلّة وعمومها، وعدم الضابط لما ذكروه من الوصف. **نعم في القواعد موافقتهم على عدم صحّة الوكالة لو قال: «وكّلتك على كلّ قليل وكثير؛ لتطرّق الغرر وعدم الأمن من الضرر»، قال: «ولو قال: بما إليّ من كلّ قليل وكثير فإشكال»**[٩] **وفرّق في التذكرة بين الإضافة إلى نفسه وعدمه، فحكم بالبطلان في الثاني دون الأوّل.**

قال: «ولو ذكر الإضافة إلى نفسه فقال: وكّلتك في كلّ أمر هو إليّ، أو في كلّ أُموري، أو في كلّ ما يتعلّق بي، أو في جميع حقوقي أو في كلّ قليل وكثير من أُموري، أو فوّضت إليك جميع الأشياء التي تتعلّق بي، أو أنت وكيلي مطلقاً فتصرّف في مالي كيف شئت، أو فصّل الأُمور المتعلّقة به التي تجري فيها النيابة، فقال: وكّلتك على بيع أملاكي وتطليق زوجاتي وبيع عبيدي، أو لم يفصّل على ما تقدّم. فالوجه عندي الصحّة في الجميع»[١٠]. قلت: وهو كذلك.

---

(١) السنن (للبيهقي) ٦: ١١٢. المستدرك ١٣: ٢٤٥، ب١٨ من عقد البيع وشروطه، ح١.

(٢) المسالك ٥: ٢٤٢.

(٣) جامع المقاصد ٨: ٢٢٠ ـ ٢٢١.

(٤)(٩) القواعد ٢: ٣٥٥، وفيه: «لينتفي الغرر».

(٥) السنن (للبيهقي) ٦: ١١٢. المستدرك ١٣: ٢٤٥، ب١٨ من عقد البيع وشروطه، ح١.

(٦) المبسوط ٣: ٣٩١.

(٧)(٨) نقله في المسالك ٥: ٢٤١. التذكرة ١٥: ٥٧. انظر المبسوط ٢: ٣٩٤.

(١٠) التذكرة ١٥: ٥٢.

[فلو ذكر الاضافة إلى نفسه وقال: وكّلتك في كلّ أمر هو إليّ أو في كلّ أموري، أو في كلّ ما يتعلّق بي، أو في جميع حقوقي أو في كلّ قليل وكثير من أموري، أو فوّضت إليك جميع الأشياء التي تتعلّق بي، أو أنت وكيلي مطلقاً فتصرّف في مالي كيف شئت، أو فصّل الأمور المتعلّقة به التي تجري فيها النيابة، فقال: وكّلتك على بيع أملاكي وتطليق زوجاتي وبيع عبيدي أو لم يفصّل على ما تقدّم، فالوجه الصحة وكذا الحال مع عدم إضافة ذلك إلى نفسه][١].

كما أنّه [لا يستدعي التوكيل في الإبراء علم الموكّل أو الوكيل ومن عليه الحقّ بالمبلغ المبرأ منه][٢] (و) كيف كان فـ(هي عقد جائز من طرفيه)[٣].

وحينئذٍ (فللوكيل أن يعزل نفسه مع حضور الموكّل ومع غيبته) فينعزل حينئذٍ وإن لم يعلم بذلك[٤].

---

[١] للعموم الذي هو أحد الطرق في رفع الإبهام؛ ضرورة قيامه مقام الاستقصاء في التفصيل الذي لا إشكال في الصحة معه، فليس في شيء من المفروض غرر الوكالة حينئذٍ، ولا يحتاج إلى رفعه بدعوى التقييد بالمصلحة التي هي في غاية الخفاء في الأمور المنتشرة، فلا تصلح رافعة للغرر. نعم يشكل عليه الفرق المزبور باتّحاد المراد من العبارتين مع الإضافة إلى نفسه وعدمها، ولو بقرينة التوكيل؛ إذ لا يعقل توكيل شخص آخر فيما لا يملكه الموكّل.

[٢] [ومن هنا] **يشكل ما في القواعد أيضاً «من أنّ التوكيل بالإبراء يستدعي علم الموكّل بالمبلغ المبرأ عنه، ولو قال: ابرأه من كلّ قليل وكثير جاز، ولا يشترط علم الوكيل ولا علم من عليه الحق»**[١].

بأنّه لا دليل على اعتبار علم الموكّل في الوكالة على الإبراء.

بل قد يظهر من المحكي عنه في التذكرة الإجماع على ذلك.

قال: «لو وكّله في أن يبرأه من الدين الذي عليه صحّ، وإن لم يعلم الموكّل قدره ولا الوكيل عندنا»[٢] **وقد نزّل كلامه في جامع المقاصد على إرادة التوكيل على قدر مخصوص من الدين لا جميع ماله عليه فإنّه يشترط حينئذٍ علم الموكّل بالقدر الذي يريد إبراءه منه**[٣]. وهو كما ترى والأمر سهل بعد ما عرفت التحقيق في المسألة، والله العالم.

[٣] **بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه.**

مضافاً إلى ما يستفاد من نصوص المقام[٤]، خصوصاً بالنسبة إلى الموكّل.

[٤] إذ احتمال توقّف انعزاله على علم الموكّل مناف لأصول المذهب وقواعده، بعد اختصاص النصوص في صورة عزل الموكّل على وجه لا تقبل اندراج مثل هذه الصورة فيها، كما تسمع بعضها.

بل لم أجد من احتمله ممن يعتدّ بقوله إلّا ما عساه يظهر من المسالك[٥]، ويتوهّم منها فإنّه لا يخلو من تشويش، وما في شرح الإرشاد للتوني[٦] من الميل إلى ذلك.

---

(١) القواعد ٢: ٣٥٦.
(٢) التذكرة ١٥: ٥٨.
(٣) جامع المقاصد ٨: ٢٢٥.
(٤) انظر الوسائل ١٩: ١٦١، ب١ من الوكالة.
(٥) انظر المسالك ٥: ٢٤٣ ـ ٢٤٤.
(٦) لا يوجد لدينا.

نعم يحتمل بقاء جواز التصرّف له على نحو ما سمعته في الوكالة المعلّقة [من أنّه قد يقال بأنّ العرف يفهم بقاء الاذن في التصرف] [١]، فيكون الحاصل حينئذٍ أنّ الإذن إن أدّيت بصورة العقد أو معاطاته كانت وكالة، وإلّا فهي إذن، فإذا اتّفق عروض ما يفسد العقد من تعليق أو لحن أو عزل أو نحو ذلك تبقى؛ لعدم كونه مشخّصاً ذاتياً لها، وإنّما هو مقارن لها سمّيت بسببها وكالة، ولحقها أحكام رتّبها الشارع عليها [٢].

نعم قد يشكّ في بقاء الإذن بعد علم الموكّل مالم‌تقم قرينة حالية أو مقالية ببقائها على جميع الأحوال، وإلّا انقطعت متى قارنها الردّ.

فلا يجوز التصرّف حينئذٍ بعده إلّا باذن جديد، ولعلّ ذلك مختلف باختلاف الأحوال.

وإن أبيت عن ذلك كلّه كان التحقيق بطلان عقد الوكالة بالتعليق، وفسخ الوكيل بعد فرض عدم صدور غير إرادة عقد الوكالة من العاقد.

نعم لا بأس بذلك ونحوه في الإذن التي هي ليست من العقود التي تبطل بذلك [٣].

نعم لو أراد بما ذكره من العبارة المؤدّية للنيابة ذلك [= الأذن] لم يكن إشكال في البقاء، بل لو شكّ في كون المراد له الإذن أو الوكالة في المعلّق مثلاً حمل على الأوّل [٤].

---

[١] **بل في المسالك: « أنّ المقام لا يخلو من رجحان على ذلك، من حيث إنّ الإذن هنا صحيحة جامعة للشرائط، بخلاف السابق، فإنّه معلّق. وفي صحّته ما قد عرفت ومن ثمّ جزم في القواعد ببقاء الصحة هنا، وجعل الصحة هناك احتمالاً[١]. وفي التذكرة عكس، واستقرب هناك بقاء الإذن الضمني، وجعل بقاءه هنا احتمالاً[٢].**

وفي التحرير والإرشاد أطلق القول بالبطلان فيهما[٣] كما هنا.

فقد صار للعلّامة ﷺ في المسألتين ثلاثة أقوال »[٤].

وإن كان فيه أنّ التعليق إنّما هو في الوكالة لا الإذن التي لا يقدح فيها، فهي مع فرض بقائها جامعة لشرائط الصحة أيضاً.

وقد تقدّم الوجه في دعوى بقائها، وأنّه ليس مسألة بقاء الجنس بعد ارتفاع الفصل المعلوم عدمها عندهم في غير الوكالة من العقود.

بل هو دعوى الفهم عرفاً، أو دعوى عدم الفرق بين الإذن والوكالة إلّا بالعقدية، أو مافي معناها ممّا هو من المشخّصات الخارجية.

[٢] وبذلك ظهر لك الوجه في جميع ما وقع من العلّامة وغيره من دعوى تحقّق الفهم عرفاً في بعض دون آخر.

[٣] لكن لمّا لم ينقّحوا الفرق بين الإذن وعقد الوكالة ظنّوا أنّ ذلك جائز في عقد الوكالة، ولا ريب في أنّه اشتباه.

[٤] لأصل الصحة.

---

(١) القواعد ٢: ٣٦٥، ٣٥٠.

(٢) التذكرة ١٥: ١٥، ١٥٦.

(٣) التحرير ٣: ٢٢ ـ ٢٣. الإرشاد ١: ٤١٧.

(٤) المسالك ٥: ٢٤٤.

بل لو زعم أنّ مثل ذلك وكالة لم يقدح في ترتّب الحكم المزبور [١].

هذا كلّه في العزل من طرف الوكيل.

(و) أمّا الآخر فـ[ـالمختار] [٢] أنّ (**للموكّل أن يعزله**) لكن (**بشرط أن يعلمه العزل**).

(و) حينئذٍ فـ(**ـلو لم يعلمه لم ينعزل بالعزل، وقيل**) [٣]: (**إن تعذّر إعلامه فأشهد**) عليه (**انعزل بالعزل والإشهاد**) [٤] وقيل [٥]: إنّه ينعزل بالعزل أيضاً وإن لم يعلمه على رأي [٦].

(و) على كلّ حال فلا ريب في أنّ (**الأوّل أظهر**) [٧].

---

[١] ولعلّ هذا هو السرّ فيما وقع من بعض ؛ لعدم تنقيح الأمر بين الإذن والوكالة التي هي إسم للعقد المخصوص الذي لا إشكال في جريان أحكام العقود عليه ؛ ضرورة عدم مخرج له عنها، والله العالم.

[٢] **[كما] لا خلاف أيضاً ولا إشكال في [ذلك].**

[٣] **كما عن النهاية[١] والقاضي[٢] والحلبي[٣] وابني حمزة[٤] وزهرة[٥].**

[٤] **بل عن الأخير الإجماع عليه.**

[٥] **كما في قواعد الفاضل[٦].**

[٦] **وقد حكاه غير واحد عنه.**

[٧] لا لما ذكر من بعض الاعتبارات التي هي غير تامّة بل للنصوص المعتبرة:

١ ـ كصحيح إبني وهب ويزيد عن الصادق عليه السلام: «من وكّل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها»[٧].

٢ ـ وصحيح ابن سالم عنه عليه السلام أيضاً في رجل وكّل آخر على وكالة في أمر من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر، فقال: إشهدوا أنّي قد عزلت فلاناً عن الوكالة، فقال: «إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكّل فيه قبل العزل فإنّ الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل، كره الموكّل أم رضي، قلت: فإنّ الوكيل قد أمضى الأمر الذي قد وكّل فيه قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنّه قد عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه؟ قال: نعم.

قلت: فإن بلغه العزل قبل أن يمضي الأمر ثمّ ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء؟

قال: نعم، إنّ الوكيل إذا وكّل ثمّ قام عن المجلس فأمره ماضٍ أبداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو

---

(١) النهاية: ٣١٨.

(٢) نقله عن القاضي في المختلف ٦: ٢٦.

(٣) الكافي: ٣٣٨.

(٤) الوسيلة: ٢٨٣.

(٥) الغنية: ٢٦٩.

(٦) القواعد ٢: ٣٦٤.

(٧) الوسائل ١٩: ١٦١، ب ١ من الوكالة، ح ١.

. . . . . .

يشافه بالعزل عن الوكالة »[١].

٣ ـ وصحيح العلاء بن سيابة عن الصادق عليه السلام المتضمّن للإنكار على من فرّق في هذا الحكم بين النكاح وغيره ، فينعزل في الأوّل بالإشهاد ، بخلاف الثاني فلا ينعزل إلّا بالعلم .

والاستدلال عليهم بقضاء أمير المؤمنين عليه السلام في الامرأة التي استعدته وقد وكّلت أخاها فقال : يا أمير المؤمنين إنّها وكّلتني ولم تعلمني أنّها عزلتني عن الوكالة حتى زوّجتها كما أمرتني ، فقال لها : « ما تقولين ؟ قالت : قد أعلمته يا أمير المؤمنين ، فقال لها : ألكِ بيّنة بذلك ؟

فقالت : هؤلاء شهودي يشهدون ، فقال لهم : ما تقولون ؟

قالوا : نشهد أنّها قالت : إشهدوا أنّي قد عزلت أخي فلاناً عن الوكالة بتزويجي فلاناً ، وإنّي مالكة لأمري قبل أن يزوّجني ، فقال : أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضره ؟

فقالوا : لا .

فقال : تشهدون أنّها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة ، قالوا : لا ، قال : أرى الوكالة ثابتة ، والنكاح واقعاً أين الزوج ، فجاء فقال : خذ بيدها بارك اللّه لك فيها ، فقالت : يا أمير المؤمنين إحلفه أنّي لم أعلمه العزل ولم يعلم بعزلي إياه قبل النكاح ، قال : وتحلف ؟

قال : نعم يا أمير المؤمنين ، فحلف وأثبت وكالته وأجاز النكاح »[٢].

وترك الاستفصال فيه مع إطلاق غيره حجة على المفصّل .

كما أنّ الجميع حجّة أيضاً على الفاضل الذي لم أعرف موافقاً له على ذلك قبله ، ولا دليلاً له معارضاً للنصوص المزبورة سوى الأصل المقطوع بها وسوى دعوى وجود رواية بذلك لم نتحقّقها .

فمن الغريب إعراضه عن هذه النصوص التي عمل بها في الجملة من لم يعمل بأخبار الآحاد ، وما هو إلّا لكونها متواترة عنده أو قطعية .

ومن هنا يمكن تنزيل كلام الفاضل على إرادة بطلان الوكالة بالعزل الذي يتبعه بطلان الجعل فيها لو كان ، وإن نفذ تصرفه ـ قبل العلم [بالعزل] ـ لهذه النصوص ؛ إذ لا منافاة بين بطلانها بالعزل المزبور الذي هو مقتضى الضوابط وبين نفوذ التصرّف فيما بينه وبين العلم بذلك ؛ للنصوص .

لكن يدفعه ظهور النصوص المزبورة في بقاء نفس الوكالة .

اللهمّ إلّا أن يحمل على إرادة هذا المعنى ، وهو مع منافاته لظاهر الفتوى لا مقتضي له ، ومجرّد احتماله لا ينافي العمل بالظاهر .

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٦٢ ، ب ٢ من الوكالة ، ح ١ .

(٢) الوسائل ١٩ : ١٦٣ ، ١٦٤ ، ب ٢ من الوكالة ، ح ٢ .

(و) حينئذٍ فـ(ـلو تصرّف الوكيل قبل الإعلام مضى تصرّفه على الموكّل ، فلو وكّله على[١] استيفاء القصاص ثمّ عزله فاقتصّ قبل العلم بالعزل وقع القصاص موقعه) فضلاً عن غيره ممّا هو أسهل منه .

والمراد بالعلم في المتن [١] ما يشمل شهادة الشاهدين بل وخبر العدل [٢] ، لكن ستعرف الكلام فيه في الفصل الخامس عند البحث عن ثبوت الوكالة .

وهل المأذون بلا عقد وكالته كذلك بالنسبة إلى الحكم المزبور ؟ وجهان [٣] .

ولعلّه [كونه كالوكيل] لا يخلو من قوّة ، والله العالم .

(وتبطل الوكالة بـ) ـعروض (الموت) للوكيل قطعاً [٤] .

كما أنّها تبطل بموت الموكّل أيضاً [٥] .

وعلى كلّ حال فـ[ـالمختار] [٦] بطلان تصرّف الوكيل حينئذٍ بعد الموت وإن لم يعلم موته ، كما في غيره من الفواسخ [٧] .

---

[١] **وغيره .**

[٢] كما سمعته في صحيح هشام[٢] .

[٣] من كون الحكم مخالفاً للقاعدة ، فيقتصر على ما تضمّنته النصوص من الوكيل ، فيبقى غيره على مقتضاها .

ومن كونه وكيلاً في المعنى واحتمال إرادة التفويض من الوكالة في النصوص السابقة .

[٤] ضرورة اقتضائها نيابة لا تنتقل إلى الوارث .

[٥] لما قيل : من أنّه بموته ينتقل جميع ماله لوارثه ، فينتفي موضوعها[٣] .

وفيه :

إنه يمكن بقاء مال من تركته على حكم ملكه كثلثه ، وإنّما العمدة الإجماع .

ولعلّه لاعتبار استدامة الإذن في صحّة الوكالة ، وبالموت يخرج عن الأهلية لذلك .

[٦] **[كما] لا خلاف فيما أجده في [ذلك] .**

[٧] ولا يقاس شيء منها على مسألة العزل ؛ لحرمة القياس عندنا .

على أنّه في المرسل عن أبي عبدالله عليه السلام : في رجل أرسل يخطب له امرأة وهو غائب فأنكحوا الغائب وفرضوا الصداق ثمّ جاء خبره أنّه توفّي بعدما سيق الصداق ،

فقال : « إن كان أملك بعد ما توفّي فليس لها صداق ولا ميراث ، وإن كان [قد] أملك قبل أن يتوفّى فلها نصف الصداق ؛ وهي وارثة وعليها العدّة »[٤] .

---

(١) في الشرائع : « في » .

(٢) تقدّم في ص ٢٩٤ .

(٣) الحدائق ٢٢ : ٢٢ .

(٤) الوسائل ٢٠ : ٣٠٥ ، ب ٢٨ من عقد النكاح ، ح ٢ .

نعم [المختار أنّه] [١] لا تبطل الأمانة لبطلان الوكالة هنا، فلو تلف العين الموكّل فيها في يده بغير تفريط لم يضمن [٢]. [ويشكل الحال فيما لو كان وكيلاً في قبض حقّ بما يشمل الدين ونحوه فقبضه بعد موت الموكّل قبل العلم به وتلف في يده بغير تفريط].

٢٦١/٢٧

[ولا يضمن لو كان وكيلاً في قبض عين].

نعم قد يقال: إنّ مرجع ضمان الوكيل [في قبض الحق] على الموكّل، وإن بان بطلان وكالته ولتحقيق ذلك محل آخر، وإن كان الذي يقوى الآن عدمه [٣].

لكن قد يقال: إنّ القبض لا على جهة الضمان لا ينافي ثبوته عليه [٤]، فلا يبعد الضمان حينئذٍ أيضاً في العين المزبورة.

نعم لا يبعد عدم الضمان فيما كان في يده ممّا كان ابتداء قبضه بغير ضمان [٥].

---

[١] [كما] في المسالك[(١)] وغيرها.

[٢] [وقال في المسالك:] وكذا لو كان وكيلاً في قبض حقّ فقبضه بعد موت الموكّل قبل العلم به، وتلف في يده بغير تفريط، لكن يجب عليه المبادرة إلى إيصال العين إلى الوارث، فإن أخّر ضمن كالوديعة[(٢)].

قلت: وهو كذلك؛ لصيرورة المال حينئذٍ في يده أمانة شرعية، وحكمها كذلك.

إلّا أنّه لابدّ من التأمّل في قوله: «وكذا» ضرورة أنّه مع فرض إرادته ما يشمل الدين ونحوه قد يشكل، بأنّ المال المقبوض هو ملك الدافع؛ لانكشاف عدم وكالة القابض.

وحينئذٍ عدم ضمانه لصاحبه ـ مع أنّه قد دفع على وجه خاص وهو كونه وفاءً ـ مشكل، وإلّا لا قتضى عدم ضمان المقبوض بعنوان الشراء مثلاً للموكّل الذي قد تبيّن موته قبل الشراء، وغير ذلك من الأمثلة التي يصعب على الفقيه التزامها.

ولعلّه من هنا غيّر العبارة في الكفاية فقال: «وكذا لو وكّله على قبض عين»[(٣)] إلى آخره.

فإنّ عدم الضمان ـ حينئذٍ مع فرض كونها للموكّل ـ لكونها حينئذٍ من الأمانات الشرعيّة التي لم تقبض على جهة الضمان، بخلاف المقبوض وفاءً أو شراءً أو نحوهما.

[٣] للأصل السالم عما يقتضي الضمان من التسبيب وغيره.

[٤] [وذلك] بعد حصول مسبّبه الذي هو «على اليد»[(٤)].

ودعوى ـ أنّه أمانة شرعية ـ على وجه لا يترتّب عليه ضمان بعد أن كان القبض باختياره ـ واضحة المنع، وإن كان زعم أنّه وكيل؛ إذ ذلك لا ينافي الضمان الذي هو حكم وضعي يترتّب على المعذور، لجهل أو استصحاب أو غيرهما.

[٥] فإنّ الاستدامة لا تندرج في قوله عليه السلام: «على اليد»[(٥)] فيبقى أصل براءة الذمة بحاله.

---

(١)(٢) المسالك ٥: ٢٤٦ ـ ٢٤٧.

(٣) كفاية الاحكام ١: ٦٧٣.

(٤)(٥) المستدرك ١٤: ٨، ب ١ من الوديعة، ح ١٢.

وكذا لو فسخ المودع الوديعة مثلاً مع عدم علم الودعي بذلك فإنّه لا ضمان عليه لو تلف بعد ذلك، وإن انفسخ عقد الوديعة [١].

(و) كذا تبطل [الوكالة] بـ(**الجنون والإغماء من كلّ واحد منهما**) [٢].

ولا فرق عندنا بين طول زمان الإغماء وقصره، ولا بين إطباق الجنون وأدواره ولا بين علم الوكيل بعروض المبطل وعدمه.

نعم ربّما احتمل بقاء جواز التصرّف للوكيل بعد زوال المانع بالإذن العامّ، وإن بطلت وكالته، بناءً على مثل ذلك فيما تقدّم من المسائل، وقد يفرّق بين المقام وبينها بأنّ المبطل هنا راجع إلى الإذن نفسها، لا إلى خصوص عقد الوكالة، وإنّما حاصله خروج المأذون عن قابلية إذن النيابة، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

(و) كذا (**تبطل وكالة الوكيل بالحجر على الموكّل فيما يمنع الحجر من التصرّف فيه**) [٣].

إلّا أنّ الإنصاف ـ إن لم يكن إجماع ـ عدم اقتضاء ذلك بطلان الوكالة، بل أقصاه عدم نفوذ التصرّف منه، فلو فرض إتفاق زوال الحجر لم يحتج إلى إعادة الوكالة حينئذٍ، فتأمّل جيّداً.

وعلى كلّ حال ففي حكم الحجر طروّ الرقّ على الموكّل، بأن كان كافراً فاسترقّ، ولو كان هو الوكيل صار بمنزلة توكيل عبد الغير، وسيأتي الكلام فيه، والله العالم.

---

[١] ضرورة أنّ ذلك ونحوه من الأمانة الشرعية، مثل الثوب الذي أطارته الريح حتى صار في يد الإنسان قهراً، وهذا القدر المسلّم من الأمانة الشرعية التي لا ضمان فيها.

باعتبار عدم حصول سبب فيها يقتضي الضمان على وجه يقطع أصل البراءة.

ولعلّ هذا هو التحقيق في المسألة ونظائرها كالمضاربة وغيرها، وإن كان قد تقدّم لنا بعض الكلام في كتاب الإجارة. وكيف كان فلم أعثر على من وافقه على العبارة المزبورة إلّا الفاضل في الرياض[١].

ويمكن أن يريد منها معنى آخر، والله العالم.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه، بل في المسالك هو موضع وفاق**[٢].

ولعلّه العمدة في ذلك، وإلّا فدعوى كون ذلك من أحكام العقد الجائز.

يدفعها عدم القول به في مثل الهبة والرهن من طرف المرتهن.

بل لولا الإجماع المزبور أمكن دعوى قيام إذن الولي للموكّل مقام إذنه في بقاء عقد الوكالة، وإنّ اقصى ما يقتضيه عروضهما للوكيل عدم تصرّفه حالهما، لا انفساخ عقد وكالتهما.

إلّا أن ذلك بعد الإجماع المزبور لا فائدة فيه.

[٣] لكون الوكيل فرع الموكّل، فمع فرض امتناع المباشرة له فلوكيله بطريق أولى.

---

(١) الرياض ٩: ٢٤٥.

(٢) المسالك ٥: ٢٤٧.

(**ولا تبطل الوكالة بالنوم وإن تطاول**) مالم يصل إلى حدّ الإغماء ، أو يخرج عن المتعارف ، ولو بأن لا يستيقظ إذا أُوقظ لعارض من العوارض [١].

بل [لا تبطل بالسكر إلّا إذا اقتضى فسقاً فى الوكيل الذي قد يعتبر فيه العدالة ابتداء أو استدامة كوكيل ولي اليتيم ونحوه] [٢].

لكن قد يمنع اعتبار العدالة في ذلك ونحوه [٣]، مع فرض اقتضاء المصلحة وكالة الفاسق ولو سلّم فقد يمنع اعتبارها في صحّة عقد الوكالة على وجه لم تعد بعودها ، بل لابدّ من استئناف وكالة جديدة .

إذ من المحتمل كون العدالة على نحو ما احتملوه في عدالة الوصي من عدم انفساخ الوصاية بفسقه ، ولكن يمنع من التصرّف ، فمتى عادت ثبتت وصايته [٤].

(**و**) على كلّ حال فـ(**تبطل الوكالة**) أيضاً (**بتلف ما تعلّقت الوكالة به كموت العبد الموكّل في بيعه ، وموت[1] المرأة الموكّل بطلاقها**) وتلف الدينار الموكّل بالشراء به .

بل [لا فرق بين أن ينصّ على الشراء بعينه ، أو يطلق بأن يقول : اشتر به ، مع فرض ظهور اللفظ في الشراء بعينه] [٥].

---

[١] لأصالة الصحّة ومعلومية عدم معاملة الشارع النوم معاملة الجنون ونحوه في المقام وغيره .

[٢] **[كما] في التذكرة وغيرها عدم بطلانها بالسكر[2] أيضاً لذلك .**

إلّا إذا اقتضى فسقاً وكان الوكيل ممّا يعتبر فيه العدالة ابتداءً أو استدامة ، كوكيل وليّ اليتيم ونحوه . وبطلانها حينئذٍ من حيث الفسق ، لا لخصوصه .

[٣] ممّا ذكروه من الأمثلة .

[٤] والسبب في ذلك أنّه لا دليل يعارض العمومات على وجه يكون شرطاً في صحّة عقد الوكالة ، وإن قلنا بعدم نفوذ تصرّفاته حال فسقه ، فتأمل جيداً .

[٥] **[كما قال] في المسالك : « لا فرق بين أن ينص على الشراء بعينه ، أو يطلق بأن يقول : اشتر به ؛ لاقتضائه دفعه ثمناً ، فلا يتناول بدله لو كان تلفه موجباً لضمانه »[3] .**

قلت : هو كذلك مع فرض ظهور اللفظ في الشراء بعينه ، فيكون الفرق بينه وبين الأوّل بالنص والظهور . **لكن في التذكرة : « ولو وكّله في الشراء مطلقاً ونقد الدينار على الثمنية بطلت أيضاً إذا تلف ذلك الدينار ؛ لأنّه إنّما وكّل في الشراء ، ومعناه أن ينقد ثمن ذلك المبيع [إمّا] قبل الشراء أو بعده ، وقد تعذّر ذلك بتلفه »[4]** . ويمكن حمل مافي المسالك على ذلك بدعوى اقتضاء إطلاق الشراء به الأعمّ من جعله ثمناً في العقد أو بعده .

فيكون الإطلاق حينئذٍ في مقابل النصّ على الشراء بعينه ، بمعنى جعله نفسه ثمناً .

---

(١) في الشرائع المحقّقة : وبموت .

(٢) (٤) التذكرة ١٥ : ١٥٨ ، وفيه عن « الثمن » بدل « على الثمنية » .

(٣) المسالك ٥ : ٢٤٨ ، وفيه : « ويطلق » بدل « أو يطلق » .

وعلى كل حال فـ[ـلا تبطل الوكالة بالتلف ـ في صورة الاطلاق ـ للشراء بالبدل وإن لم يكن وكيلاً في الاستيفاء ولكن اشترى به ممّن أتلفه مثلاً] [١].

(**وكذا**) تبطل الوكالة (**لو فعل الموكّل ما تعلّقت الوكالة به**) كما لو وكّله في بيع عبد ثمّ باعه، أو فعل ما ينافيه، كما لو وكّله على بيع عبد فأعتقه، أو بالعكس وليس من ذلك وطء الزوجة التي قد وكّل على طلاقها، فضلاً عن غيره من المقدّمات التي لا تصح لغير الزوج، ولا [من ذلك أيضاً] وطء السرية التي وكّل على بيعها [٢].

بقي شيء وهو أنّه قد يفهم[1] من التعبير بـ«ـالبطلان» وذكر ذلك في سياق الجنون والموت والإغماء ونحوها أنّ تلف ما تعلّقت به الوكالة وفعل الموكّل ما وكّل فيه أو ما ينافيه كذلك أيضاً [٣].

[ولا مانع من التزام البطلان بمعنى انفساخ العقد في بعض متعلّقه لتلف بعض المبيع فيجوز التبعّض في الوكالة هنا] [٤].

[بل يمكن القول هنا بجواز فسخ الوكالة في بعض ما وكّل فيه دون بعض].

ثمّ إنّه ينبغي أنّ يعلم أن اقتضاء هذا القسم انعزال الوكيل لا يتوقّف على العلم به، بل هو يؤثّر أثره [٥].

---

[١] [ولكن] قد صرّح من تعرّض لذلك ببطلان الوكالة بالتلف، وإن كان موجباً للضمان، فإنّها لم تتناول الشراء ببدله، حتى لو كان وكيلاً على استيفائه.

لكن الانصاف تناول الوكالة في صورة الإطلاق للشراء بذلك، وإن لم يكن وكيلاً على الاستيفاء، ولكن اشترى به ممّن أتلفه مثلاً.

والأمر في ذلك سهل بعد كون المدار على المفهوم عرفاً من عبارة الموكّل، ولو بقرينة الحال.

[٢] ضرورة عدم منافاة شيء من ذلك لتعلّق الوكالة؛ إذ ليس ما ذكرناه مبطلاً لها، باعتبار ظهوره في العزل، ولذا لم تبطل الوكالة لو ظهر فساد البيع أو العتق، بل لانتفاء متعلّقها حينئذٍ.

اللهمّ إلّا أن تقوم قرينة على إرادة انشاء العزل بذلك، وهو خروج عما نحن فيه حينئذٍ كما هو واضح.

[٣] لكن قد يقال: إنّ الظاهر خلافه، وإلّا لاقتضى انفساخ العقد بتلف بعض ما وكّل فيه مثلاً؛ ضرورة عدم تبعّض العقد، وإنّما المراد من البطلان انتفاء موضوع الوكالة، لا انفساخ عقدها، فلا ينافي حينئذٍ بقاؤها فيما بقي من موضوعها.

وفيه: أنّه لا مانع من التزامه على معنى البطلان في بعض متعلّقه لتلف بعض المبيع.

[٤] والمسلّم من عدم تبعّض العقد أنّه لا يكون بعض العقد سبباً، بعد أن كان مجموعه سبباً، لا في نحو المقام. وقد تقدّم سابقاً التحقيق في صحّة تبعّض الصفقة في ملكه وملك الغير، بل وفي بيع الشاة والخنزير، كما أنّه تقدّم صحّة الإقالة في بعض المبيع دون بعض. نعم لا يجوز ذلك في الخيار لا للتبعّض، بل لعدم ظهور دليله في مشروعية ذلك، بل لعلّ ظاهره العدم، بخلاف نحو المقام الذي يمكن القول بجواز فسخ الوكالة في بعض ما وكّل فيه، دون بعض، والله العالم.

[٥] لإطلاق أدلّته.

---

(١) في بعض النسخ: يتوهّم.

فينتفي موضوع الوكالة وإن لم يعلم الوكيل، فلو تصرّف ينكشف بطلان تصرّفه وتسمع إن شاء الله تعالى مزيد تحقيق لذلك.

(و) على كلّ حال فـ(ـالعبارة) حينئذٍ (**عن العزل أن يقول: عزلتك أو أزلت**[1] **نيابتك أو فسخت أو أبطلت أو نقضت أو ما جرى مجرى ذلك**) من كلّ لفظ صالح لقصد إنشاء الدلالة على ذلك، بل وكلّ فعل. نعم لا عبرة بالفسخ النفساني [١].

وكيف كان فلا ريب في وجوب اقتصار الوكيل على ما يستفاد من الموكّل، ولو بالقرائن الحالية والمقالية. (و) من هنا [فالمختار] [٢]: أنّ (**إطلاق الوكالة**) في البيع أو الشراء مثلاً (**يقتضي**) البيع و (**الابتياع بثمن المثل بنقد البلد حالاً، وأن يبتاع الصحيح دون المعيب**).

(و) حينئذٍ (**لو خالف**) في شيء من ذلك (**لم يصحّ**) ولم يلزم ولكن صحّ (**ووقف على إجازة المالك**).

نعم لا بأس بما يتسامح به من الزيادة والنقصان في مثل ذلك المبيع، بل لعلّ ذلك أجمع من ثمن المثل [٣].

كما أنّه ينبغي تقييد ذلك أيضاً بما إذا لم يوجد الباذل للأزيد والأنقص، وإلّا وجب مراعاته [٤].

بل قد يحتمل وجوب ذلك عليه فيما لو اتّفق الباذل بعد البيع أو الشراء في مدّة الخيار فينفسخ [٥].

بل قد يقال ذلك فيما لو عيّن له البيع بمقدار والشراء كذلك فاتّفق حصول الباذل للأزيد والأنقص [٦].

اللهمّ إلّا أن يحتمل الغرض له به [٧].

وعلى كلّ حال فكلّ تصرّف من الوكيل يقع على خلاف مصلحة الموكّل كالبيع بدون ثمن المثل أو به مع وجود الباذل أو شراء المعيب يكون فضولياً حينئذٍ [٨].

فالمتّجه جعل المدار في ذلك على كون العيب والغبن في خصوص ذلك المبيع ممّا يخفى على أهل النظر

---

[١] للأصل وغيره.

[٢] [كما] ذكر [ذلك] غير واحد من الأصحاب بل لا أجد فيه خلافاً.

[٣] لعدم انضباطه بالنسبة إلى ذلك.

[٤] للشكّ في الإذن له بغيره معه.

[٥] مقدّمة لذلك للزوم مراعاة المصلحة للمالك.

[٦] حملاً للتعيين على ماهو المتعارف من عدم وجود الباذل.

[٧] ولعلّه على ذلك ينزّل خبر عروة البارقي[2]، لا على الفضولية.

[٨] ودعوى الفرق ـ بين المعيب والبيع بدون ثمن المثل مثلاً، فيحكم بالأوّل للمالك، وبالثاني بالفضولية؛ لأنّ العيب قد يخفى بخلاف البيع بدون ثمن المثل ـ واضحة المنع؛ ضرورة إمكان الخفاء في كلّ منهما في كثير من أفرادهما، كما أنّه لا خفاء في بعض أفرادهما على أحد.

---

(١) في الشرائع المحقّقة: «أنزلت»، وفي الحجرية «عزلت».

(٢) المستدرك ١٣: ٢٤٥، ب١٨ من عقد البيع وشروط، ح١.

بعد البحث والنظر وعدمه، فإن كان وقع للمالك ويثبت الخيار، وإلّا كان فضولياً [١]. إنّما الكلام في مخالفة المصلحة منه في مثل الخيار ونحوه، فترك الفسخ مثلاً فيما كان مصلحة المالك به، أو اختاره [= الفسخ] في صورة العكس [أي فيما كان مصلحة المالك في ترك الفسخ]، ولعلّ حكم الثاني عدم مضيه على المالك [٢]. أمّا الأوّل فلا ريب في تحقّق الإثم عليه، لكن ليس عليه إلّا ذلك، فتكون المصلحة التي يجب على الوكيل مراعاتها على قسمين: أحدهما: ما يرجع إلى تقييد الإذن في الوكالة على وجه يكون خلافها غير الموكّل فيه، كالبيع بثمن المثل مع وجود الباذل. وثانيهما: تكليف شرعي لا مدخلية له في إذن الوكالة، وحينئذٍ فلو ترك الفسخ في مدّته مع وجود الباذل، بناء على وجوبه عليه لم يترتّب عليه إلّا الإثم [٣]. هذا كلّه بالنسبة إلى ثمن المثل، وأمّا النقد والحلول فـ[ـالمختار] [٤] اقتضاء الإطلاق إياهما.

بل الظاهر عدم الإذن له في خلافهما، حتى مع المصلحة كالبيع بدون ثمن المثل، فإنّه لا يفهم من الإطلاق إلّا إرادتهما، لا جميع ما تقتضيه المصلحة ولو في غيرهما.

نعم هي معتبرة في الأفراد المأذون فيها، كاختيار الأنفع من أفراد النقد حيث لا يكون هناك غلبة في بعضها على وجه ينصرف الإطلاق إليها، فإن انتفيا معاً تخيّر بين أفراد النقد، ولعلّ منه بيع بعض المبيع للمصلحة [٥].

---

[١] **فما في قواعد الفاضل[١] من الفرق بين المعيب والغبن فحكم بالفضوليّة في الثاني مع العلم والجهل بخلاف الأوّل**، في غير محلّه، خصوصاً بعد تصريحهم على ما قيل[٢] في مسألة تلقي الركبان التي أخبارها هي الأصل في خيار الغبن بعدم الفرق بين الوكيل والأصيل. وفي دعائم الاسلام عن أبي جعفر محمّد بن علي عليه السلام أنّه قال: «من وكّل وكيلاً على بيع فباعه له بوكس من الثمن جاز البيع عليه، إلّا أن يثبت أنّه تعمّد الخيانة، أو حابى المشتري بوكس، وكذلك إن وكّله على الشراء فتغالى فيه إن لم يعلم أنّه تعمّد الزيادة أو خان أو حابى فشراؤه جائز عليه، وإن علم أنّه تعمّد شيئاً من الضرر ردّ بيعه وشراؤه، ولو وكّله على بيع شيء فباع بعضه وكان ذلك على وجه النظر فالبيع جائز»[٣].

بل هو في محكي التذكرة في كتاب المضاربة قد صرّح بأنّه لا يمكن معرفة قيم المتقومات في الواقع[٤]، ومن المعلوم وقوع الغبن من العاملين فيها، ولم يقل أحد بفساد البيع، وعدم تناول وكالة المضاربة لذلك، كما هو واضح.

[٢] لعدم ثبوت الإذن له فيه.

[٣] واحتمال وجوب جبر كلّ ضرر يترتّب على الموكّل بذلك، كاحتمال كون المبيع حينئذٍ فضولياً باعتبار عدم الإذن في بيع يكون له فيه خيار ويوجد باذل في أثنائه فلم يفسخ لم أجدهما لأحد، بل لم يحضرني تنقيح لهما على وجهٍ يكون موافقاً للقواعد الشرعية.

[٤] **[كما] لا أجد خلافاً في [ذلك]**.

[٥] كما سمعته في ذيل خبر الدعائم فتأمّل جيّداً، والله العالم.

---

(١) القواعد ٢: ٣٦١.
(٢) قاله في مفتاح الكرامة ٧: ٦٠٠.
(٣) دعائم الإسلام ٢: ٥٧، ح ١٥١. المستدرك ١٤: ٤٢ ب ٢٠ من الإجارة، ح ١.
(٤) حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٦٠٠، ولم ينسب التصريح بل قال: «ما يعطي أنّه لا يمكن». انظر التذكرة ١٧: ١١٠ ـ ١١١.

(**ولو باع الوكيل بثمن فأنكر المالك الإذن في ذلك القدر كان القول قوله [= قول المالك] مع يمينه**) سواء كان بقدر ثمن المثل أو أزيد أو أنقص ، وسواء كان مستند دعواه [= دعوى الوكيل] الإذن بالخصوص أو الإطلاق المنصرف إلى ثمن المثل فما فوق [١]. ومن هنا كان الحكم كذلك في صورة الإطلاق وغيره وفي صورة اختلافهما في عين الموكّل فيه كالعبد والفرس ، وفي جنس الثمن الموكّل على البيع به أو زمانه أو مكانه ، فإنّ القول في الجميع قول الموكّل [٢].

(**ثمّ**) يعد حلف المالك (**تستعاد العين**) من المشتري ـ بعد فرض اعترافه بالوكالة أو حلف المالك له اليمين المردودة منه إذا ادّعى عليه العلم ـ (**إن كانت باقية ومثلها أو قيمتها إن كانت تالفة ، وقيل**) [٣]: (**يلزم الدلّال**) أي الوكيل (**إتمام ما حلف عليه المالك ، وهو بعيد**) [٤].

(**وإ**[1])ذا كا(**ن**) قد (**تصادق الوكيل والمشتري على الثمن**) الذي قد ادّعى الوكيل الإذن فيه ، (**و**) كان قد (**دفع الوكيل إلى المشتري السلعة فتلفت في يده كان للموكّل الرجوع على أيّهما شاء بقيمته**) يوم التلف إن كانت قيميّة [٥] (**لكن إن رجع على المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل**) إذا لم يكن قد دفع إليه الثمن (**لتصديقه له في الإذن**) [٦]. نعم إن كان قد دفع الثمن إليه توجّه رجوعه عليه [٧].

---

[١] لأنّه اختلاف في صفة الوكالة التي يقبل قوله في أصلها فكذا صفتها لأنّها فعله ، وهو أعرف به ؛ ولأن الأصل عدم صدور التوكيل على الوجه الذي يدّعيه الوكيل . والقول بأنّ مرجع دعوى الموكّل إلى خيانة الوكيل الذي هو أمينه ، والأصل عدم خيانته ، إنّما يتم فيما لو كان تصرّفه في الوكالة وادّعى عليه الخيانة في بعض متعلّقاتها ، كما لو ادّعى الموكّل عليه بعد تلف الثمن ـ الذي باع به بمقتضى الوكالة ـ تأخّر قبضه عن تقبيض المبيع ، أو التعدي فيه بوجه ، لا في نحو المقام الذي قد عرفت أنّ مرجع الاختلاف فيه إلى الاختلاف في أصلها الذي من المعلوم تقديم قول المالك فيه . كما أنّه ليس من مسألة التداعي في شيء ، وإن كان جواب الموكّل : بل وكّلتك بكذا ؛ ضرورة عدم كون ذلك دعوى منه عليه ؛ لعدم استحقاقه عليه بذلك شيئاً ، وإنّما المعتبر منه ما تضمّن إنكار دعوى الوكيل .

[٢] لأنّه منكر ، وليس من التداعي في شيء ، وإن حكي عن بعض الناس توهّمه[2] .

[٣] **والقائل الشيخ في المحكي من نهايته**[3] .

[٤] مخالف لأُصول المذهب وقواعده ، ومن هنا حمل على تعذر استعادة العين ومساواة القيمة لما ادّعاه المالك[4] .

[٥] لثبوت عدوانهما معاً بظاهر الشرع .

[٦] وفي أنّ الموكّل ظالم له برجوعه عليه .

[٧] **كما في المسالك** ؛ لمعلومية عدم استحقاقه له ، والفرض أنّ الموكّل لا يدّعيه ؛ لعدم تعيّنه ثمناً له ، وقد أغرم المشتري عوض المال ، فيرجع على الوكيل بما دفع إليه[5] .

---

(١) في الشرائع : «فإ» .
(٢) انظر مفتاح الكرامة ٧: ٦٣٧.
(٣)(٤) نقله في المختلف ٦: ٣٨. انظر النهاية : ٤٠٧.
(٥) المسالك ٥: ٢٥٢.

لكن [قيل[١] :] إن كان بقدر القيمة أو أقلّ فالرجوع به ظاهر ، وإلّا رجع بقدر ما غرم ، ويبقى الباقي في يد الوكيل مجهول المالك . قلت : هو للموكّل في الواقع بزعم الوكيل فيجب عليه أن يتوصل إلى إيصاله إليه [١].

ومن هنا كان الظاهر اختصاص الحكم [بوجوب إيصال الباقي إلى الموكّل] بالثمن المزبور المفروض كونه عوضاً للسلعة في الواقع . ولو لم يكن المشتري مصدّقاً للوكيل في دعوى الوكالة [٢] [فـ]ـأنّ المتجه له الرجوع بجميع ما غرمه عوض المنافع ونحوها ممّا هو ليس من قيمة العين ، ولم يحصل له نفع في مقابلها بل وإن حصل .

وأمّا هي ففي رجوعه بما زاد منها على الثمن وعدمه قولان ، بخلاف ما قابل الثمن منها فإنّه لايرجع به قطعاً [٣].

وأمّا ما دفعه من الثمن فلا ريب في رجوعه به على الوكيل ، سواء كان مساوياً لما غرمه للمالك أو أزيد أو أنقص [٤].

(و) كيف كان فـ [ـفي المتن] (**إن رجع**) المالك (**على الوكيل**) بقيمة ماله (**رجع الوكيل على المشتري بأقلّ الأمرين من ثمنه وما اغترمه**) لأنّ الثمن إن كان أقلّ فهو يزعم أن الموكّل لا يستحقّ سواه .

وأنّه ظالم بأخذ الزائد من القيمة فلا يرجع به على المشتري ، وإن كانت القيمة أقلّ لم يغرم سواها ، لكن يبقى الزائد مجهول المالك ظاهراً ؛ لأنّ الموكّل لا يستحقه بزعمه ، وموافقة الظاهر له ، والوكيل قد خرج عن الوكالة بإنكار الموكّل ، فليس له قبضه فينزعه الحاكم ، ويتوصّل إلى تحصيل مالكه [٥].

ولا يخفى عليك مافيه بعد الإحاطة بما ذكرناه ، بل الظاهر عدم تسلّط الحاكم على انتزاعه منه بعد علم مالكه بزعمه ، فيجب عليه التوصّل إلى إيصاله إليه [٦].

---

[١] بل قد يناقش في استحقاق رجوعه على الوكيل بعد فرض اعترافه بأنّه للموكّل في الواقع . واستحقاقه المقاصّة في ما له لا يوجب استحقاقاً له على من في يده مال من ظلمه . اللهمّ إلّا أن يدّعى في المقام أنّ ما أخذه المالك منه صار عوضاً عنه ولو شرعاً أو يقال بوجوب التمكين منه على الوكيل ؛ لعدم الضرر عليه من المالك الظالم بعد اعترافه بأنّه ليس له .

[٢] **ففي المسالك أيضاً : « رجع على الوكيل بما غرمه أجمع ؛ لغروره ، ولو كان الثمن أزيد وقد دفعه إلى الوكيل رجع به لفساد البيع ظاهراً »**[٢] .

قلت : قد وقع له نحو هذه العبارة بل أصرح منها في كتاب البيع ، ولا ريب في فساد ظاهرها ، كما تقدّم في محلّه .

[٣] لعدم الغرور به .

[٤] لظهور فساد البيع كما هو واضح ، ومحرّر في محلّه ، ويمكن حمل عبارته على ذلك .

[٥] **كذا في المسالك**[٣] .

[٦] هذا ، ثمّ قال فيها [= المسالك :] « واعلم أنّ مقتضى السياق كون الوكيل لم يقبض الثمن بعد »[٤] . وحينئذٍ فيتجه ما ذكره المصنّف من رجوع الوكيل على المشتري دون العكس بأقلّ الأمرين مع تصادقهما ، ويبقى الزائد على ما ذكرناه .

---

(١)(٢) (٣)(٤) المسالك ٥ : ٢٥٢ .

كما أنّك عرفت الحال أيضا لو فرض كون الوكيل قابضاً للثمن ولو لم يصدّقه المشتري ، بأن قال : لا أعلم وقد رجع المالك على الوكيل بقيمة العين لم يكن للوكيل مطالبة المشتري بها مع فرض زيادتها على الثمن [١] ، فليس له حينئذٍ إلّا أقلّ الأمرين ، كما في صورة التصديق . لكن لا ريب في اشتغال ذمّة المشتري في الظاهر بقيمة العين ، وإن لم يكن للوكيل المطالبة بها ، بل ليس له قبضها في الظاهر [٢] .

(و) على كلّ حال فـ [ـالمختار] [٣] أنّ **(إطلاق الوكالة في البيع يقتضي)** الإذن في **(تسليم المبيع ؛ لأنّه من واجباته)** [٤] ، ولكن لا يسلّمه حتى يقبض الثمن من له قبضه من المالك أو مأذونه ، رعاية لمصلحة المالك ، فلو سلّم المبيع حينئذٍ قبله فتعذّر أخذه من المشتري ضمن لتضييعه إياه بالتسليم [٥] .

---

[١] لاعترافه بأنّه وكيل ، وأنّ المالك ظالم بأخذ الزائد .

[٢] لعدم كونها للمالك الذي غرمه بزعمه . فقد يقال : إنّها من مجهول المالك ، ولكن فيه أنّها محكوم بها للموكّل في الظاهر ، وإن كان لا يجوز دفعها بعد أن غرم الوكيل ؛ إذ لا يجمع له قيمتان لماله . ومن هنا قد يقال : إنّها تدسّ في مال الوكيل عوض ما غرمه جبر الظالم ، لكن لم أجد تحريراً لذلك في كلمات الأصحاب ، والله العالم .

[٣] **[كما] قد ذكر غير واحد من الأصحاب ، بل لا أجد خلافاً فيه بين من تعرّض له .**

[٤] باعتبار اقتضائه إزالة ملك البائع عن المبيع ، وإدخاله في ملك المشتري ويجب على مدخل الملك التسليم ؛ لأنّه من حقوقه .

[٥] **كذا في المسالك بل وجامع المقاصد**[١] . وفيه : أنّ المتّجه تعليل ذلك بدعوى الفهم عرفاً من الإطلاق ، وإلّا فلا ريب في عدم دخول التسليم في مفهوم « البيع » المفروض إذنه فيه . ولذا صرح في التذكرة بصحة تصريح المالك بالنهي عن التسليم مع الإذن في البيع . قال : « وكون التسليم مستحقاً للمشري لايقتضي كون المستحقّ هو تسليم الوكيل على البيع ، فالممنوع منه غيرالمستحق »[٢] . وإن ناقشه في جامع المقاصد بأنّه : « إذا سلّم المشتري الثمن إلى الموكّل انقطعت سلطنة الموكّل عن المبيع ، ووجب على من كان بيده تسليمه إلى مالكه ، وكذا القول في الثمن في جانب الشراء فليتأمّل ذلك »[٣] . لكن فيه : أنّ ذلك خروج عن محلّ البحث الذي هو تسليم الوكيل من حيث الوكالة التي يكون فيها الوكيل قائماً مقام الموكّل ، ومن حيث التقابض الذي اقتضاه العقد ، وإلّا فهو قد صرّح في التذكرة بعد ذلك بلا فصل بما ذكره . قال : « إذا دفع المشتري الثمن إلى الموكّل أو إلى الوكيل المأذون له ، أو إلى المطلق إذا جوّزنا له قبض الثمن فالوكيل يسلّم المبيع ، سواء أذن له الموكّل أولا أو منعه ؛ لأنّ المشتري إذا دفع الثمن صار قبض المبيع مستحقّاً ، وللمشتري الانفراد بأخذه ، فإن أخذه المشتري فذلك ، وإن سلّمه المشتري فالأمر محمول على أخذ المشتري ، ولا حكم للتسليم »[٤] . وهو صريح فيما قلناه من أنّه لامدخليّة لذلك فيما نحن فيه من اقتضاء الإطلاق الإذن ، لا مثل هذا التسليم الذي هو واجب على كلّ من كان بيده المال ، من غير فرق بينه وبين غيره . وحينئذٍ فمحلّ البحث في التسليم الذي هو مقتضى التقابض في العقد ، وهذا لا ريب في صحّة نهي وكيل البيع عنه . ودعوى وجوبه على مدخل الملك من حيث كونه مدخلاً ، وإن كان نائباً عن الغير فيه واضحة المنع . فليس حينئذٍ إلّا دعوى الفهم عرفاً ، وقد يمنع ذلك خصوصاً فيما إذا كان المبيع الذي وكلّ عليه في يد الموكّل .

---

(١) المسالك ٥ : ٢٥٢ ـ ٢٥٣ . جامع المقاصد ٨ : ٢٢٩ . (٢)(٤) التذكرة ١٥ : ٨٣ ـ ٨٤ نقلاً بالمعنى .

(٣) جامع المقاصد : ٢٣٣ .

ثمّ إنّ المراد من الضمان ـ لو سلّم الوكيل المبيع قبل قبض الثمن فتلف على الموكّل ـ ضمان قيمة العين إن كانت هي والثمن متساويين.

ولو كان الثمن أكثر [١] فالمتجه ضمان القيمة وإن كانت أكثر من الثمن إذا كان فيها احتمال رجوع للمالك بفسخ ونحوه، وإلّا فله مقدار ما قابل ثمنه إذا كانت أكثر [٢].

و[الظاهر] [٣] اختصاص الضمان على ـ الوجه الذي ذكرنا ـ بالوكيل دون الأجنبي [٤].

(وكذا) [المختار] [٥] أنّ **(إطلاق الوكالة في الشراء يقتضي الإذن في تسليم الثمن)** والكلام فيه على نحو ما سمعته في تسليم المبيع.

(لكن) [الظاهر] [٦] أنّه **(لايقتضي)** إطلاق **(الإذن في البيع)** الإذن في **(قبض الثمن؛ لأنّه قد لا يؤمن على القبض)**.

---

[١] **ففي التذكرة: «لم يكن عليه إلّا القيمة؛ لأنّه لم يقبض الثمن فلا يكون مضموناً عليه، وإنّما يضمن ما فرّط فيه، وهو العين حيث سلّمها قبل الإيفاء. ولو كانت القيمة أكثر (فإن باعه بعين يحتمل)[1] تغابن الناس بمثله فالأقوى أنّه يغرم جميع القيمة حيث فرّط فيها كما لو لم يبع بل أتلفها، وهو أصح وجهي الشافعية، والثاني أنّه يغرم القيمة ويحط عنه قدر الغبن لصحة البيع بذلك الثمن، ولو باع بغبن فاحش بإذن الموكّل احتمل الوجهان، أمّا الأوّل فظاهر، وأمّا الثاني فقياسه أن لا يغرم إلّا قدر الثمن لصحة البيع به بالإذن، فإن قبض الوكيل الثمن بعدما غرم دفعه للموكّل واستردّ ما غرمه»[2].**

قلت: قد يناقش في أصل الضمان أوّلاً وإنّما هو مجرّد إثم. ولو سلّم بدعوى استفادته من قاعدة «لا ضرر ولا ضرار».

ومن فحوى ما ورد من ضمان الدين لتمكين الهرب للمديون من يد الديان.

ومن تعلّق حقّ الرهانة بقيمة الرهن لو أتلفه متلف.

وصدق الخيانة والتفريط فيما هو أمين فيه من المعاوضة على الوجه المزبور، وغير ذلك.

[٢] وأمّا ضمان نفس الثمن فيدفعه أنّه ليس وكيلاً عليه حتى يكون مفرطاً فيه، وإنّما ضيّع على المالك حقّ حبس العين الذي يمكن استيفاؤه منه بوضع قيمة العين قائمة مقامها ملاحظاً جبر ضرر المالك بالطريق الذي ذكرناه.

وبه يفرّق بين ما نحن فيه وبين ما يأتي من ضمان الثمن في الوكيل على التقابض باعتبار صدق التفريط عليه في مال الموكّل الذي هو الثمن، فتأمّل جيّداً.

[٣] [كما] لعلّه مما ذكرناه أخيراً دليلاً للمطلوب ينقدح [ذلك].

[٤] نعم يتجه ذلك لو كان مدرك المسألة تضييع حقّ الحبس من غير فرق بين الوكيل وغيره، والله العالم.

[٥] [كما] ذكروا [= العلماء ذلك].

[٦] [كما أنّ] ظاهرهم الاتفاق على [ذلك].

---

(١) في المصدر: «بأن باعه بغبن محتمل».

(٢) التذكرة ١٥: ٨٥ ـ ٨٦.

وكذا إطلاق الإذن في الشراء لا يقتضي إلاذن في قبض المبيع ؛ لأنّه قد لا يؤمن عليه أيضاً.

نعم إذا قامت قرائن حالية أو مقالية على ذلك اتبع مقتضاها حينئذٍ ، بل هو ضامن للثمن والمبيع إذا لم يقبضهما فتلفا على البائع والمشتري [١]. و[الظاهر] [٢] هنا ضمان نفس المبيع والثمن ، لا قيمة المدفوع [٣].

(وللوكيل) في الابتياع مثلاً **(أن يردّ بالعيب)** مثلاً المفروض صحّة العقد عليه باعتبار خفائه **(لأنّه من مصلحة العقد)** الموكّل عليه [٤]. ٨٨/٤٢

فله حينئذٍ ذلك **(مع حضور الموكّل وغيبته و)** لكن **(لو منعه الموكّل لم يكن له مخالفته)** [٥].

بل الظاهر ثبوت ذلك أيضاً في الوكالة على شراء عين بخصوصها ، مالم يظهر من المالك إرادته على كلّ حال [٦].

وحينئذٍ فلو استمهله البائع حتى يحضر الموكّل لم يلزم إجابته ، مع فرض عدم مصلحة في ذلك ، فإن ادعى البائع رضا الموكّل وأنّه يعلم الوكيل بذلك استحلفه على نفي العلم.

---

[١] لتفريطه.

[٢] [كما أنّ] ظاهرهم [ذلك].

[٣] ولعلّه لما عرفت من صدق كونه مفرّطاً ومضيّعاً وخائناً فيما هو موكّل فيه ، والله العالم.

[٤] وقد عرفت أنّ للوكيل مراعاة المصلحة فيما هو وكيل فيه ، مضافاً إلى تناول إطلاق أدلّته له في وجه.

[٥] ضرورة كون الحقّ له ، وإنّما كان ثبوته له بإطلاق الوكالة في الابتياع مثلاً.

ولعلّ المصنّف أراد التنبيه بذلك على عدم ثبوته له من حيث كونه عاقداً على وجه لا مدخلية لنهي المالك عنه ، نحو ما احتمل في خيار المجلس للوكيل ، أو على الفرق بينه وبين عامل المضاربة ، بناء على عدم تسلّط المالك في إسقاط خيار العيب الثابت له ؛ لعدم انحصار الحقّ فيه.

وعلى كلّ حال فما في المسالك تبعاً لجامع المقاصد من إشكال أصل ثبوت الردّ بأنّه إنّما أقامه مقام نفسه بوكالته له في العقد ، لا في اللوازم التي من جملتها القبض والإقالة وغيرهما ، وليس له مباشرتها إجماعاً[١]. لا محصّل له ، بعد فرض الفهم عرفاً ، وتناول دليل الردّ له شرعاً.

[٦] **وإن استشكل فيه في القواعد**[٢]. **بل عن التذكرة الجزم بعدم الردّ في الأوّل فضلاً عن الثاني مشعراً بدعوى الإجماع عليه في وجه**[٣].

ووافقه على ذلك ثاني المحققين والشهيدين[٤].

ولعلّ الفهم عرفاً وتناول الدليل شرعاً حجة عليهم.

---

(١) المسالك ٥: ٢٥٣.

(٢) القواعد ٢: ٣٥٧.

(٣) التذكرة ١٥: ٨٨، ٩٢ـ ٩٣.

(٤) جامع المقاصد ٨: ٢٣٤. المسالك ٥: ٢٥٤.

ولو ردّه فحضره الموكّل وادّعى الرضا على وجه يقتضي سقوط خيار الردّ وصدّقه البائع انكشف حينئذٍ بطلان ردّ الوكيل [١].

---

[١] **لكن في التذكرة والقواعد وجامع المقاصد بطل الردّ إن قلنا بالعزل، وإن لم يعلم الوكيل[١].**

بل في الأخير زيادة: « أمّا على القول بأنّه لا ينعزل مالم يعلم العزل ـ وهو الأصحّ ـ ... فإنّ الردّ ماض ولا أثر لرضا الموكّل ».

وفيه: أنّه لا وجه لبناء ذلك على المسألة المزبورة، بل الظاهر انكشاف بطلان الردّ على كلّ حال؛ ضرورة انتفاء متعلّق الوكالة مع فرض سبق إسقاط المالك الخيار قبل ردّ الوكيل به، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

ودعوى عموم أدلّة تلك المسألة ـ كصحيحي ابن وهب وسالم[٢] المتقدّمين وغيرهما للأعم من العزل بالقول والفعل الشامل لما نحن فيه، فيكون ذلك منهما اختياراً في المسألة لا اشتباهاً.

يدفعها: استبعاد التزام مقتضاها من مراعاة كلّ تصرّف للموكّل بتصرّف الوكيل، فإن كان قد وقع منه ولو بعد تصرّف الموكّل ما ينافيه قدّم عليه، وصار سبباً لانفساخ تصرّف الموكّل الجامع لجميع شرائط الصحة واللزوم، وإلّا مضى. فالوكيل حينئذٍ بالنسبة إلى المالك أعظم من الوليين اللذين يمضي تصرّف السابق منهما؛ لما عرفت من مضيّ تصرّف الوكيل وإن كان متأخّراً دون الموكّل، ولا ريب في منافاته؛ لعموم « تسلّط الناس على أموالهم »و« أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » وغيرها بل لا يلتزمه من له أدنى دربة في الفقه. ودعوى أنّ التعارض بين هذه العمومات من وجه. يدفعها أوّلاً: ظهور أدلّة الوكالة في بقاء الموضوع الموكّل فيه، فلا تعارض حينئذٍ، بل يستفاد من مجموع قوله عليه السلام: « الناس مسلّطون إلى آخره »[٣]. ونحوه ومن قوله: « من وكّل بأمر ... إلى آخره »[٤] سوى ثبوت الولاية لكلّ منهما على ذلك، فأيّهما سبق تصرّفه نفذ وإن اقترنا بطل. بل هو مقتضى قيام الوكيل مقام المالك، وكونه نائباً منابه، وفرعاً من فروعه، وليس في شيء منها ما يقتضي فسخ تصرّف الموكّل بوقوع تصرّف الوكيل بعده. بل دعوى ذلك من غرائب الفقه؛ ضرورة كون العكس مظنّة ذلك. ومنه ينقدح أنّه لو فسخ سلّم التعارض من وجه ـ وإن كان هو كما ترى ـ فلا ريب في كون الترجيح لتلك، باعتبار معلومية خروج مسألة الوكالة عن القواعد التي يجب الاقتصار فيها على ما هو المتيقّن، وهو العزل قولاً، أو فعلاً مع بقاء العين الموكّل عليها قابلة لتعلّق فعل الوكيل فيها كما هو واضح. وبذلك بان لك أنّ مافي القواعد وجامع المقاصد[٥] واضح الضعف على كلّ حال.

كما أنّ ما فيها أيضاً من أنّه لو رضي الوكيل بالعيب فحضر الموكّل وأراد الردّ له ذلك[٦] لا يخلو من نظر أيضاً؛ ضرورة أنّ فعله الموافق للمصلحة ماض على الموكّل. نعم لو قلنا بأنّ الالتزام والردّ للوكيل ليس من حيث الوكالة، بل للأدلّة الشرعية أمكن حينئذٍ اشتراك حقّ الخيار بينهما، فلا يمضي التزام الوكيل حينئذٍ على الموكّل. لكن فيه: أنّه ينبغي أيضاً عدم مضيّ التزام الموكّل على الوكيل، وقد عرفت تصريحه سابقاً بخلافه. اللهمّ إلّا أن يفرّق بين الموكّل والوكيل في ذلك.

---

(١) التذكرة ١٥: ٩١ ـ ٩٢. القواعد ٢: ٣٥٧ ـ ٣٥٨. جامع المقاصد ٨: ٢٣٥ ـ ٢٣٦.
(٢) الوسائل ١٩: ١٦٢، ب ٢ من الوكالة، ح ١.
(٣) البحار ٢: ٢٧٢، ح ٧.
(٤) الوسائل ١٩: ١٦١، ب ١ من الوكالة، ح ١.
(٥) القواعد ٢: ٣٥٨. جامع المقاصد ٨: ٢٣٦.
(٦) القواعد ٢: ٣٥٨.

[حكم متعلّق بالوكالة]:

الفصل (**الثاني في**): متعلّق الوكالة:

و[يعتبر][١] فيه أمور ثلاثة:

أحدها: أن يكون قابلاً للنيابة [٢]، فلا بدّ حينئذٍ من معرفة (**ما لا تصح فيه النيابة وما تصح فيه**) [٣].

و[الظاهر][٤] أنّ الأصل جواز الوكالة في كلّ شيء [إلّا ما ثبت على اعتبار المباشرة ونحوها في فعله مما يمنع الوكالة][٥]. [ولا يكفي في امتناع الوكالة ثبوت المشروعية حال المباشرة].

---

[١] [**كما**] **قد اعتبر الفاضل**[١] [**ذلك**].

[٢] ضرورة أنّها روح الوكالة.

[٣] والمهم في ذلك تحرير أصل يرجع إليه في محالّ الشك.

[٤] [كما] قد يستفاد من التأمّل في كلام الأصحاب [ذلك].

[٥] كما يومئ إلى ذلك ذكر الدليل فيما لا تصحّ فيه من النّص على اعتبار المباشرة ونحوها، ممّا يمنع من الوكالة دون ما صحّت فيه. ولعلّ مرجع ذلك إلى دعوى اشتراط المباشرة ونحوها، مما يمنع الوكالة، والأصل عدمها.

ولا يكفي في امتناعها ثبوت مشروعيته حال المباشرة، فإنّ ذلك لا ينافي عموم ما دلّ على جواز الوكالة، إنّما ينافيه اعتبارها شرطاً، وأصالة عدم الوكالة قد انقطع بثبوت مشروعيتها، كغيره من العقود.

بل الظاهر الاكتفاء في إثبات عمومها بنحو قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سالم: «إنّ الوكيل إذا وكّل ثمّ قام عن المجلس فأمره ماض أبداً، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل»[٢].

وقوله في الصحيحين أيضاً: «من وكّل رجلاً على إمضاء أمر من الأُمور فالوكالة ثابتة أبداً، حتى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها»[٣]. ونحو ذلك ممّا لا ينافي دلالته على كون الوكالة جائزة، مسوقة لبيان توقّف العزل على الإعلام؛ ضرورة أنّه دلّ على ذلك وعلى المشروعية. بل هو كاف في إثبات المطلوب؛ ضرورة تناوله لكلّ مورد من الموارد التي تعلّقت به الوكالة من محالّ الشك، فإنّه يصدق عليه حينئذٍ أنّه وكّل على إمضاء أمر، فلا ينعزل حتى يبلغه العزل. وبالجملة من أعطى التأمّل حقّه في هذه النصوص وما شابهها يكاد يقطع بما ذكرنا خصوصاً مع ملاحظة التمسّك من الأصحاب في كلّ عقد بالعمومات جائزها ولازمها، وليس في شيء منها سوى ما دلّ على مشروعية طبيعتها، المقتضي للمشروعية في كلّ فرد من أفرادها التي حلّت فيه الطبيعة، حتى يعلم فساده.

فالحكم الشرعي في خصوص الفرد الذي هو محلّ الشكّ مستفاد من الجواز الثابت للطبيعة حينئذٍ، بعد فرض تحقّق الإطلاق العرفي الذي لا مدخلية للصحة الشرعية فيه، فإنّها اسم للأعم من الصحيح والفاسد.

وبذلك ظهر لك مشروعية الوكالة في كلّ شيء إلّا ما علم خروجه وقد نبّه عليه المصنّف بقوله: [أمّا ما لا تدخله...].

---

(١) القواعد ٢: ٣٥٣.

(٢) الوسائل ١٩: ١٦٢، ب ٢ من الوكالة، ح ١.

(٣) الوسائل ١٩: ١٦١، ب ١ من الوكالة، ح ١ وذيله.

(أمّا مالا تدخله النيابة فضابطه، ما تعلّق قصد الشارع بايقاعه من المكلّف مباشرة) بنصّ أو إجماع أو نحوهما [١] (كالطهارة) من الحدث (مع القدرة) ترابية كانت أو مائية (وإن جازت النيابة في غسل الأعضاء عند الضرورة) أو مسحها بالتراب إلّا أنّ المتولي للنية هو لا النائب، وإلّا لم يصحّ [٢].

أمّا الطهارة من النجاسة فقد قيل: إنّه يجوز الاستنابة فيه [٣].

(والصلاة الواجبة مادام حيّا) بالأصل [ايضاً لا تدخله النيابة] إلّا في مثل ركعتي الطواف في النيابة في الحجّ عن الحيّ العاجز بناءً على شرعيته تبعاً للمنوب فيه فضلاً عن ركعتي الطواف المندوب، وركعتي الزيارة. وأمّا غيرهما من النوافل ومطلق الصوم المندوب [٤].

قلت: [الظاهر] [٥] مشروعيّة إهداء الثواب في جميع المندوبات للحي والميت. بل [الظاهر] [٦] فعلها عنه على وجه يترتّب الثواب له، كما أشرنا إليه سابقاً في العبادات [٧].

[لكن لا على وجه النيابة بحيث يسقط خطاب الندب عن المكلّف]، بل هو باق على ندبيته له، وإن ترتّب ثواب له على فعل الغير بنيّة النيابة عنه، فلاحظ وتأمّل [٨].

---

[١] فإنّ الوكالة حينئذٍ منافية لحقيقته أو لما يعتبر فيه.

[٢] **بل في المسالك: «هذه الاستنابة ليست توكيلاً حقيقياً، ومن ثمّ تقع ممّن لا يصح توكيله كالمجنون»**[1].

وفيه: أنّه لا يقتضي عدم صدق الوكالة في تولّي البالغ العاقل. نعم قد يقال: إنّه فرد ثان للغسل المأمور به مباشرة حال القدرة اكتفى به الشارع، باعتبار تهيئة أعضائه وقبول الصبّ ونحو ذلك حال العجز.

[٣] لأنّ الغرض منه هجران النجاسة وزوالها كيف اتفق، ومن هنا لم يعتبر في صحّته النية وإن ترتّب الثواب معها.

[٤] **ففي المسالك: «في جواز التوكيل فيه نظر، وإطلاق جماعة من الأصحاب: المنع من الاستنابة في العبادات يشملهما، وإن تقيد الإطلاق في غيرهما»**[2].

[٥] [كما] قد يستفاد من النصوص [ذلك].

[٦] [كما] قد يستفاد منها.

[٧] نعم لا دليل على شرعية النيابة فيه على وجه يسقط خطاب الندب عن المكلّف.

[٨] ومن ذلك يعلم الحال في إطلاق عدم جواز النيابة في العبادات حتى جعله في المسالك أصلاً وإن خرج منه ما خرج بالأدلّة الخاصّة.

وفيه: أنّه ليس في العبادة إلّا الفعل بقصد القربة، وأنّ الشارع جعل ذلك سبباً لترتّب الثواب عليه، وهو غير مناف للنيابة فيه، فيندرج في عمومها الذي مقتضاه مشروعية جعل فعل الغير فعل الإنسان نفسه بالإذن والتوكيل من الطرفين.

وهذا أمر شامل للعبادة وغيرها فتأمّل، فإنّه دقيق نافع، وأنّه من ثمرات الأصل الذي ذكرناه وخصوصاً بعد التأمّل فيما جاء من النيابة فيها حال الحياة وبعد الموت، وخصوصاً المالية منها، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

---

(١) المسالك ٥: ٢٥٥.

(٢) المسالك ٥: ٢٥٦.

(**وكذا**) الكلام في (**الصوم**) الواجب والمندوب [١].

بل (**و**) مثله (**الاعتكاف**) المعتبر فيه الصوم (**والحج الواجب مع القدرة**) أمّا مع العجز فقد عرفت البحث فيه في كتاب الحج.

(**والأيمان**) حتى الإيلاء (**والنذور والغصب**) وسائر المعاصي المعلوم ترتّب الإثم على فاعلها كالزنا واللواط (**والقسم بين الزوجات؛ لأنّه يتضمن استمتاعاً**).

(**والظهار**) الذي صيغته مختصّة بالمظاهر ومنكر من القول وزور وبمعنى اليمين.

(**واللعان**) الذي حقيقته الدعاء على نفسه إن كان مفترياً، أو شهادة أو يمين.

(**وقضاء العدّة**) التي هي لاستبراء الرحم (**والجناية**) ونحو ذلك ممّا علم في بعضه عدم قبول النيابة.

وأمّا البعض الآخر فإن ثبت فيه إجماع ونحوه من الأدلّة المعتبرة على منع النيابة فيه كان هو الحجّة، وإلّا كان محلاً للنظر والتأمّل، ومثل الظهار الذي هو كالطلاق والصيغة موردها المباشر إذا كان هو نحو غيرها من النذر والعهد واليمين ونحوها ممّا هي من الأسباب لترتّب أحكام ولا مانع من النيابة فيه [٢].

(**و**) أمّا (**الالتقاط**) المملّك (**والاحتطاب والاحتشاش**).

[فهي أُمور تقبل النيابة خصوصاً مع عدم قصد الدخول في حوزته بالاستيلاء عليه] [٣].

نعم [الظاهر] [٤] اعتبار قصد الفعل بعنوان الاستيلاء عليه والإدخال تحت سلطانه الذي هو الملك عرفاً في ترتّب الملك شرعاً، فهو حينئذٍ من الأسباب الشرعية في حصول الملك، ولا مانع من جريان النيابة فيه، كغيره من الأسباب [٥].

---

[١] **وإن قال في جامع المقاصد: «إنّ ظاهرهم عدم جواز النيابة فيه مطلقاً، واجباً كان أو مندوباً ما دام حياً»**[(١)].

[٢] والحرمة على المظاهر لا تقتضي الحرمة على وكيله في إجراء الصيغة إذا كان جاهلاً مثلاً.

على أنّ الإعانة لا تقتضي عدم ترتّب أحكام السبب، كما أنّ ذلك لا ينافي عمومات الوكالة، والله العالم.

[٣] **ففي القواعد: فيه نظر**[(٢)]**. وفي التذكرة: الجزم بعدم الصحة في الالتقاط**[(٣)].

ويمكن أن يريد به غير الذي هو بحكم المباح، أمّا هو ففيه البحث في حيازة المباحات. وقد ذكرنا في المضاربة تحقيق الحال فيها وقبولها للنيابة باستئجار وغيره؛ لعدم ما يدلّ على الدخول في ملك المحيز قهراً حتى لو قصد عدمه، بل لعلّ ظاهر الدليل خلافه، خصوصاً مع عدم قصد الدخول في حوزته بالاستيلاء عليه.

[٤] [كما هو] ظاهر قوله عليه السلام: «من أحيى»[(٤)] أو «حاز»[(٥)] أو نحوهما.

[٥] لعموم الوكالة كما هو واضح بأدنى تأمّل.

---

(١) جامع المقاصد ٨: ٢١٦.

(٢) القواعد ٢: ٣٥٥.

(٣) التذكرة ١٥: ٥٠.

(٤) الوسائل ٢٥: ٤١٢، ب ١ من احياء الموات، ح ٥، ٦.

(٥) مستدرك سفينة البحار ٩: ٤٤٥.

وأمّا الالتقاط بمعنى ترتّب حكم التعريف ونحوه عليه [١] [فيجوز الوكالة فيه إن لم يكن إجماعاً على العدم].

نعم لا تجوز الوكالة في (**إقامة الشهادة إلّا على وجه الشهادة على الشهادة**).

بل هي ليس من الوكالة بل النيابة في شيء.

وإنّما هي شهادة على الشهادة، ولكن لها شبه في النيابة.

ومن هنا صحّ الاستثناء، ولو بجعلها من الأفراد المجازية لها.

وأمّا القضاء والحكم بين الناس وقسمة الفيء والغنيمة [٢] فالأولى الاستناد فيه إلى الإجماع على عدم قبوله للنيابة إن كان.

وتسمع إن شاء الله زيادة تحقيق للمسألة في كتاب القضاء [٣].

---

[١] **فقد يظهر من بعضهم عدم الجواز فيه**[١].

ولعلّه لظهور أدلّته في اعتبار المباشرة فيه، إلّا أنّه لا يخفى عليك ما فيه، إن لم يكن إجماعاً، (و) قلنا بالعموم المزبور على الوجه المذكور.

[٢] **ففي جامع المقاصد: «أنّه يصح التوكيل فيه»**[٢].

ومراده ـ ولو بقرينة ما تقدم له سابقاً ـ ما في المسالك من جواز تولية الإمام غيره في القضاء، وكذا تولية منصوبه الخاصّ لغيره مع الإذن في ذلك، وتسمية هذا النوع وكالة مجاز، واستثناؤه من هذا الباب لكونه عبادة، بل من أكمل العبادات.

إلى أن قال: «وإنّما قيدنا تولية القضاء بالإمام أو نائبه الخاصّ لعدم إمكان تولية منصوبه العام ـ وهو الفقيه في زمان الغيبة ـ لغيره؛ لأنّ غيره إن كان جامعاً لشرائط الفتوى كان مساوياً للأوّل في كونه نائباً للإمام فيه أيضاً، وإلّا لم يتصوّر كونه قاضياً، لما اتّفق عليه الأصحاب من اشتراط جميع شرائط الفتوى في القاضي، نعم يمكن الاستنابة في الحلف بعد توجه اليمين»[٣].

لكن فيه مواضع للنظر، كدعوى أنّه من العبادات التي من شرط صحّتها النيّة.

وكدعوى عدم تصوّره في زمن الغيبة لما ذكره مما يعتبر في القاضي لا نائبه في القضاء، بمعنى جواز توليته قول: حكمت الذي فيها الفصل بين المتخاصمين، فهي كغيرها من الأسباب التي يصح فيها التوكيل.

[٣] **وفي جامع المقاصد متصلاً بالعبارة السابقة: «وكذا لا يجوز للحاكم أن يوكّل من ينوب عنه في الحجر ويوكّل الغرماء من يطلبه منه، أمّا المحجور عليه فلا يصح له أن يستنيب من يحكم عليه بالحجر عنه»**[٤]. ومراده أن يكون النائب نفسه محجوراً عليه.

---

(١) انظر مفتاح الكرامة ٦: ١٤٦ ـ ١٤٧.

(٢) (٤) جامع المقاصد ٨: ٢١٧، وفيه: «وكذا يجوز للحاكم» بدل «وكذا لا يجوز للحاكم».

(٣) المسالك ٥: ٢٥٦.

وأمّا ردّ السلام [فلا مانع في التوكيل فيه مع عدم فوات فوريته] [١]. وكذا الكلام في كلّ فوري خيار وغيره.

وأمّا التوكيل في الإقرار ففيه بحث تعرفه إن شاء الله تعالى فيما يأتي.

هذا كلّه فيما لا يدخله النيابة لمعلومية اعتبار الشارع فيه ما ينافيها.

(**وأمّا ما تدخله النيابة فضابطه: ما جعل ذريعة إلى غرض لا يختص بالمباشرة**) ويكفي في ذلك عدم العلم باعتبارها [٢].

(**كأ**) نواع (**البيع و**) توابعه من (**قبض الثمن**) ودفع المثمن والإقالة وإثبات الخيار والفسخ به ونحو ذلك.

(**و**) كذا (**الرهن والصلح والحوالة**) والكفالة (**والضمان والشركة والوكالة والعارية وفي الأخذ بالشفعة والإبراء والوديعة**) والوصية (**وقسم الصدقات**) وقبضها ودفعها (**وعقد النكاح و**) توابعه من (**فرض الصداق**) والفسخ بالعيب (**والخلع**) والمباراة (**والطلاق**) وغيرها (**واستيفاء القصاص**) وإن شُرّع للتشفي (**وقبض الديات، وفي الجهاد على وجه**) [٣].

نعم لو فرض تعيّنه بتعيين الإمام إيّاه لجودة رأيه في الحرب أو بتوقّف الدفع عليه لم يجز التوكيل فيه [٤].

(**وفي استيفاء الحدود مطلقاً**) مع حضور المستحقّ وغيبته، وسواء كان الحدّ لآدمي أو لله تعالى. (**و**) كذا يجوز التوكيل (**في إثبات حدود الآدميّين**) التي هي أحد حقوقهم.

(**أمّا حدود الله سبحانه**) وتعالى (**فلا**) يجوز عند المصنّف [٥]، لكن [٦] [قد قيل] بجوازه في إثبات حدّ الله فضلاً عن الآدمي [٧].

---

[١] **فقد جزم في جامع المقاصد بعدم صحّة التوكيل فيه وأنّه متعلّق بمن سلّم عليه**؛ معلّلاً له بأنّ وجوبه فوري والتوكيل مؤدّ إلى فواته[(١)].

وفيه: أنّ مجرّد ذلك لا يصلح للمانعية؛ لإمكان تصوّرها مع عدم فواتها.

[٢] لعموم مشروعية الوكالة والنيابة كما عرفت.

[٣] لأنّ المقصود به حماية الدين، وحراسة المسلمين، فلا يتعلّق الغرض فيه بمعيّن.

[٤] **وفي جامع المقاصد: هذا هو المراد بقوله [العلّامة] على وجه**[(٢)].

[٥] **والفاضل في القواعد، بل [في] تحريره المنع منه مطلقاً، إلّا في حدّ القذف**[(٣)].

[٦] **[كما] في التذكرة صرّح [بذلك]**[(٤)].

[٧] محتجاً بأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله وكّل أُنيساً في إثبات الحدّ واستيفائه جميعاً حيث قال له: «فإن اعترفت فارجمها»[(٥)]. وبدخول ذلك في نيابة النوّاب الذين كانوا يرسلونهم إلى الأطراف[(٦)].

---

(١) جامع المقاصد ٨: ٢١٧.
(٢) جامع المقاصد ٨: ٢١٣.
(٣) القواعد ٢: ٣٥٤. التحرير ٣: ٢٨.
(٤)(٦) التذكرة ١٥: ٤٦ـ ٤٧.
(٥) كنز العمال ٥: ٣٣٤، ح١٣١٠٢.

ولعلّه الأقوى في النظر، فيجوز للإمام ونائبه العام ذلك [١].

نعم ليس لأحد توكيل غيره في ذلك؛ لاستواء المكلّفين في الحسبة [٢].

(و) كذا يجوز التوكيل (**في عقد السبق والرماية**) كغيره من العقود (**والعتق والتدبير والكتابة وفي الدعوى وفي إثبات الحجج والحقوق**) وغيرها مما لا حاجة إلى تعدادها [٣].

والثاني من الأمور المعتبرة في الموكّل فيه: أن يكون معلوماً بنوع من العلم، كما عرفت تفصيل البحث فيه سابقاً على هذا الفصل.

(و) كذا عرفت الحال فيما (**لو وكّل على كلّ قليل وكثير**) وأنّه (**قيل: لا يصح لما يتطرّق من احتمال الضرر**[1]) بعتق جميع عبيده وتطبيق جميع نسائه وهبة جميع أملاكه ونحو ذلك مما لا يوجه (**وقيل: يجوز**[2] **ويندفع الاحتمال**[3] **باعتبار المصلحة**، و) لكن قال المصنّف: (**هو بعيد عن موضع الفرض**) الذي هو العموم المزبور. (**نعم لو وكّله على كلّ ما يملك**[4] **صحّ؛ لأنّه يناط بالمصلحة**) [٤].

[لكن فيه إشكال].

---

[١] ولا ينافيه درء الحدّ بالشبهة.

[٢] ويمكن حمل عبارة المصنّف وغيره على ذلك.

[٣] بعدما عرفت من الأصل الذي ذكرناه، مع أنّ هذا التعداد لا يفي بحصرها، كما أنّ الضابط المزبور لا يجدي في أفراد الشك. اللهمّ إلّا أن يريدوا به ما أشرنا إليه من الاكتفاء بعدم العلم فيه، ولعلّه المقصود لهم كما يومئ إليه تعرّضهم للدليل في ممنوع التوكيل، بخلاف غيره ممّا اكتفوا في جواز التوكيل فيه بعدم ما يقتضي المنع.

وبذلك يتم أيضاً ما ذكرناه من الأصل المزبور، والله العالم.

[٤] بعد اندفاع معظم الغرر عنه بتخصيص المتعلّق في الجملة. وفيه:

أوّلاً: أنّ العموم أولى باعتبار المصلحة المعتبرة في الفرد الخاصّ، فضلاً عنه.

وثانياً: أنّه لا فرق في ضبط المصلحة بين العمومين، فإنّ انتشار العام لا يمنع من ذلك، فإنّ مرجع المصلحة إلى نظر الوكيل فما علم فيه المصلحة فعله، وما اشتبه امتنع، ولأنّه لو فصّل ذلك العام المنتشر صحّ، ويقيّد برعاية المصلحة على ما اعترفوا به، وذلك مشترك بينهما.

ويمكن حمل كلام المصنّف على إرادة البحث في صحّة الوكالة ملاحظاً فيه عدم التقييد بالمصلحة، وأنّه يفعل كلّ ما يشاء، وحينئذٍ يبقى البحث معه في ذلك، مع فرضها على وجه يصحّ وقوعها من الموكّل، وأنّها لا تؤثّر سفهاً أو نحوه ممّا يمنعه من الوكالة فأنّه يكون خارجاً عمّا نحن فيه.

---

(١) الخلاف ٣: ٣٥٠. المبسوط ٢: ٣٩١.

(٢) النهاية: ٣١٧. المقنعة: ٨١٦. السرائر ٢: ٨٩.

(٣) في الشرائع: «الحال».

(٤) في الشرائع: «ما يملكه».

[فتصح الوكالة إذا لم يكن هناك مانع عن الصحة كالسفه ونحوه] [١].

الثالث: أن يكون مملوكاً للموكّل [٢].

فلو وكّله على طلاق امرأة سينكحها أو عتق عبد سيملكه أو بيع ثوب سيشتريه لم يصح.

نعم لو وكّله على شراء عبد وعتقه أو ثوب وبيعه جاز.

ومنه [٣] مالو قال: طلّق زوجتي ثلاثاً، فإنّه يكون وكيلاً في الرجعتين بينهما [٤].

فلابد أن يقال: [إنّ] ما يرجع منها إلى معنى التعليق باطل [٥].

أمّا ما لا يرجع إلى ذلك بأن جعله وكيلاً عنه ونائباً منابه فيما هو أهل له، ولو بإيجاد سببه المتأخّر عن حال العقد صح، وإن لم نجعله تابعاً في وكالة شخص خاصّ، بل وكّل شخصاً على الشراء وآخر على بيع ما يشتريه ذلك، لكن على الوجه المزبور. وبالجملة لا يبعد القول بمشروعية الوكالة [٦] في جعل الشخص نائباً منابه وقائماً مقامه في كلّ ماهو أهل له، من غير فرق بين الموجود والمتجدّد له من ملك وغيره.

وحينئذٍ له أن يبيع ما يدخله في ملكه بإرث وهبة وغيرهما.

ولعلّ من ذلك وكلاء الأئمّة ونوّابهم سيّما وكلاء الناحية ووكلاء المجتهدين في زمن الغيبة على ما يتجدّد من

---

[١] أمّا مع عدمه فالوجه الصحة؛ لعموم الوكالة، فتأمّل جيّداً.

[٢] **اتفاقاً منّا كما في جامع المقاصد**[١].

[٣] **كما في جامع المقاصد**[٢].

[٤] قال: «ولكن يرد عليه أنّ ذلك توكيل في تصرف لا يملكه الموكّل وقت التوكيل، فإنّ الرجعة إنّما يملكها بعد الطلاق فحقه أن لا يصح» ثمّ أجاب بأنّه «ليس ببعيد أن يقال: إن التوكيل في مثل هذا جائز؛ لأنّه وقع تابعاً لغيره، ونحوه مالو وكّله في شراء شاتين وبيع إحداهما، أمّا لو وكّله فيما لا يملكه استقلالاً كما لو وكّل في طلاق زوجة سينكحها لم يصحّ.

والفرق بين وقوع الشيء أصلاً وتبعاً كثير؛ لأنّ التابع وقع مكملاً بعد الحكم بصحّة الوكالة واستكمال أركانها، وقد وقع الإيماء إلى ذلك في التذكرة»[٣].

قلت: وقد تبعه عليه كلّ من تأخّر عنه، ونظروه في الوقف على المعدوم أصالةً وتبعاً.

لكن الإنصاف أنّه ليس بشيء عند التأمّل، فإنّ النظائر لا تصلح لأن تكون دليلاً.

ودعوى تناول العموم له دون الأوّل مجرّد اقتراح، وإنكار جوازه مطلقاً مكابرة، بل مشروعية المضاربة حجّة عليه، فإنّها من الوكالة أيضاً.

[٥] باعتبار اقتضاء تأخير متعلّقها تأخّرها.

[٦] لما ذكرناه من عمومها.

---

(١) جامع المقاصد ٨: ٢٠٧.

(٢)(٣) جامع المقاصد ٨: ٢٠٩.

حقّ الخمس والزكاة وغير ذلك ممّا هو راجع إلى الإمام عليه السلام ، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق نافع لم أجد من أحاط به [١]. وعلى كلّ حال فلو قال الموكّل : اشتر لي من مالك كرّ طعام لم يصحّ ، إذا كان المراد جعل الثمن في العقد من مال الوكيل [٢]، فيكون وكالته فيه باطلة . نعم لو قال : اشتر لي في الذمة واقض الثمن عنّي من مالك صحّ ؛ لجريان الوكالة في وفاء الدين ، ولو قال : اشتر لي من الدين الذي لي عليك صحّ ، وبرأ بالتسليم إلى البائع الذي قد أقامه الموكّل مقام نفسه [٣]. ولا يكفي تشخيص المديون قبل قبضه بعد أن لم يكن وكيلاً على ذلك . وحينئذٍ فلو شخص المديون الدين بنقد خاص واشترى به للموكّل لم يكن صحيحاً [٤].

[حكم الموكّل]:

الفصل (الثالث : في الموكّل)

و(**يعتبر فيه البلوغ والعقل**[1] **وأن يكون جائز التصرف فيما وكّل فيه ممّا تصح فيه النيابة ، فلا تصح وكالة الصبي**) لسلب عبارته وفعله فضلاً عن عدم جواز تصرّفه (**مميّزاً كان أو لم يكن**) أذن فيه وليّه أو لم يأذن ، كما عرفته غير مرّة . نعم (**ولو بلغ عشراً جاز أن يوكّل فيما له التصرّف فيه كالوصية والصدقة**) والعتق (**والطلاق على رواية**) [٥]. قلت : ستعرف في كتاب الوصيّة أنّ الأقوى جوازها فيه إذا كانت بالمعروف لأرحامه وغيرهم [٦].

---

[١] **نعم احتمله الشهيد في حواشيه**[2] **. وحكاه عن التذكرة**[3] **، هذا** . ولعلّه بالتأمّل فيما ذكرناه يظهر لك أنّ العنوان المزبور في الشرط المذكور في غير محلّه ، وإن انساق إلى الذهن بعض الأفراد التي تنطبق عليه . والأمر سهل بعد معلومية الحال في كثير من الأفراد التي هي ممنوعة مباشرة وتوكيلاً ، بل لا يجوز له في بعضها مباشرتها للغير أيضاً فلا يصحّ وكالته فيها ولا توكيله ، ومنها ما يحرم عليه مباشرتها وإن جاز التوكيل فيها ككنس الحائض والجنب المسجد .

[٢] لما هو معلوم من عدم جواز شراء الإنسان بماله ما يملكه غيره .

[٣] **كما تسمعه من المصنّف** .

[٤] **واحتمل بعض الأفاضل صحّته** ، وإن كان لم يبرأ تماماً إلّا بالتسليم إلى البائع . وحاصله أنّه بذلك التشخيص يكون الملك للموكّل متزلزلاً ، ويكفي في صحّة البيع ، ولكن تمامه متوقّف على تسليم البائع ، إلّا أنّه كما ترى لا يمكن انطباقه على القواعد الشرعية ، بعد فرض عدم وكالته على التشخيص المزبور . ودعوى استفادة ذلك كلّه من عبارة الموكّل ممنوعة . وستسمع زيادة لذلك عند تعرّض المصنّف له في آخر الفصل الرابع ، والله هو العالم بحقيقة الحال .

[٥] **بل في جامع المقاصد نسبة القول بها في الثلاثة الأُول إلى الشيخ**[4] **وجماعة** .

بل فيه : « أنّ القول به وإن كان مشهوراً إلّا أنّ مستنده غير واضح »[5] .

[٦] **وفاقاً ؛ للمشهور** .

---

(١) في الشرائع : « وكمال العقل » .
(٢) لم نعثر عليه .
(٣) انظر التذكرة ١٥ : ٤٥ ، ٤٧ .
(٤) النهاية : ٦١١ .
(٥) جامع المقاصد ٨ : ١٨٤ .

أمّا غيرها فمحلّ بحث ومنع، وحينئذٍ لا بأس بتوكيله فيها [١].

بل الظاهر بعد جوازه له جواز توليّه لغيره ممّن يجوز منه صبيّاً أيضاً وغيره، كما أومأ إليه المصنّف بقوله: **(وكذا يجوز أن يتوكّل فيه)** [٢].

(وكذا لا تصحّ وكالة المجنون) مطبقاً أو أدواراً [٣].

بل [المختار] [٤] أنّه **(لو عرض ذلك بعد التوكيل أبطل الوكالة)** بل والإذن [٥].

(و) أمّا المملوك فـ[ـالمختار] [٦] أنّ **(للمكاتب)** منه المشروط والمطلق **(أن يوكّل)** في البيع والشراء ونحوهما **(لأنّه يملك التصرّف في الاكتساب)** فجاز له الوكالة فيه.

نعم قد يتوقّف في وكالته عن الغير في ذلك مالم يكن اكتساباً [٧] كتوكيله في غير التكسب [٨]. لكن ستسمع إن شاء الله تحقيق الحال فيه في محلّه.

(وليس للعبد القن أن يوكّل إلّا بإذن مولاه) وإن قلنا بملكه [٩].

نعم يجوز له التوكيل فيما يملك مباشرته بدون إذنه كالطلاق كما سيأتي.

(ولو وكّله إنسان) بإذن مولاه بناءً على اعتبار ذلك في صحّة وكالته **(في شراء نفسه من مولاه صحّ)** [١٠].

٣٩١/٢٧

---

[١] ضرورة ترتّب صحّتها على جواز ذلك له؛ لأنّ احتمال اعتبار المباشرة في الجواز له كما ترى.

[٢] لأنّ احتمال اختصاص اعتبار لفظه فيه نفسه بعيد عن مذاق الفقه.

[٣] **بلا خلاف (و) لا إشكال.**

[٤] **[كما] قد عرفت أتّفاقهم ظاهراً فيما تقدم على [ذلك].**

[٥] **وإن تأمّل فيه المحدّث البحراني بل مال إليه**[1].

لكنّه في غير محلّه، كما أوضحناه سابقاً. ولعلّ الشرط الثالث كان مغنياً عن ذكر الأوّلين؛ ضرورة عدم جواز التصرّف للصبي والمجنون، فلا تصح منهما الوكالة. ومن هنا عبّر الفاضل عن هذا الشرط: باعتبار ملك الموكّل مباشرة ذلك التصرّف بملك أو ولاية، ثمّ فرّع عليه عدم الجواز للصبي والمجنون وغيرهما[2]، والأمر سهل بعد وضوح الحال.

[٦] **[كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].**

[٧] ومقتضى الأصل المنع.

[٨] وليس الإذن المستفاد من عقد المكاتبة في التكسّب يقتضي الإذن في غيره.

[٩] لكونه محجوراً عليه فيه.

[١٠] للعمومات ومغايرة المشتري للمبيع يكفي فيها الاعتبار، مع أنّها هنا حقيقيّة؛ لأنّ المشتري حقيقة هو الموكّل كما هو واضح.

---

(١) الحدائق ٢٢: ٢٣ ـ ٢٤.

(٢) التذكرة ١٥: ١٩. القواعد ٢: ٣٥٠.

(**وليس للوكيل أن يوكّل**) عن الموكّل (**إلّا بإذن منه**[١]) بصريح اللفظ أو ظاهره ، أو قرينة حال أو مقال [١] . وأمّا وكالته [= توكيل الآخرين] عن نفسه [٢] [ففيه إشكال] .

(**ولو كان المملوك مأذوناً له في التجارة**) عن نفسه أو مولاه (**جاز**) له (**أن يوكّل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه**) لغيره من المأذونين كذلك (**لأنّه**) حينئذٍ بسبب العادة المزبورة (**كالمأذون فيه**) صريحاً [٣] .

نعم (**لا يجوز**) له (**أن يوكّل في غير ذلك ؛ لأنّه يتوقّف على صريح الإذن عن مولاه**) أو كالصريح في جواز التعويل عليه من ظاهر لفظ أو غيره .

(**وله أن يوكّل فيما يجوز أن يتصرّف فيه ، من غير إذن مولاه ممّا تصح فيه النيابة كالطلاق**) ونحوه مما فيه المقتضي للجواز بلا مانع [٤] .

فيجوز (**للمحجور عليه أن يوكّل فيما له التصرّف فيه من طلاق وخلع وما شابهه**) ممّا هو غير داخل في الحجر . أمّا ما حجر عليه فيه فلا تجوز وكالته فيه [٥] .

لكن الإنصاف إن لم يكن إجماعاً إمكان القول بصحّتها ، وإن توقّف تصرّف الوكيل على فكّ الحجر عن

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال ، بل الإجماع بقسميه عليه** ؛ ضرورة أنّ مجرّد وكالته على البيع مثلاً لا يقتضي وكالته ، بل ولا الإذن في إيقاع عقد الوكالة عنه للغير ، أو الإذن له في ذلك كما هو واضح . وليس هو كالوصي الذي وصايته ولاية ، لا استنابة فيجوز له الوكالة عن نفسه إلّا مع نصّ الموصى على المنع ، لعموم ﴿ فَمَن بَدَّلَهُ ﴾[٢] .

خلافاً لابن حنبل في إحدى الروايتين عنه ، وابن أبي ليلى إذا مرض [الوكيل] أو غاب فجوّزا توكيله الغير عن الموكّل[٣] . وهو كما ترى .

[٢] فظاهرهم أيضاً أنّها كالوكالة عن الموكّل متوقّفة على الإذن من الموكّل . لكن قد يشكل ذلك بعدم ثبوت حقّ للوكيل على وجه يصح توكيله ، خصوصاً بعد ما اعتبروا في الموكّل أن يملك مباشرة ذلك التصرّف بملك أو ولاية ، فلا تجدي الإذن من الموكّل في الوكالة عنه نفسه في كون الأمر مستحقاً كي يصحّ توكيله عن نفسه ، وإلّا لاقتضت مجرّد وكالته هذا الاستحقاق له ، على وجه لا يحتاج إلى إذن الموكّل في توكيله ، وصارت الوكالة حينئذٍ كالولاية . ويمكن أن يكون وجهه أنّ له حقّ النيابة فيما له فعله ، وهو المراد بملك الموكّل له إلّا أنّ توقّفه على إذن الموكّل باعتبار توقّف صيرورة فعل شخص لآخر على الإذن منه فيه ، والفرض أنّ الوكيل الثاني يفعل الفعل عن موكّله للموكّل الأوّل ، فلا يكون له إلّا مع إذنه فيه ؛ إذ مع عدمها إنّما أذن في لفظ الوكيل الأوّل مثلاً أن يكون لفظاً له ، لا وكيله كما هو واضح ونافع . ويأتي مزيد تحقيق لذلك إن شاء الله عند تعرّض المصنّف له .

[٣] **بلا خلاف (و) لا إشكال .**

[٤] إذ الرقيّة في حدّ ذاتها لا تمنع من التوكيل (و) إنّما هي كالحجر لسفه أو فلس .

[٥] لعدم كونه جائز التصرّف حالها وهي استنابة .

---

(١) في الشرائع : « من الموكّل » .

(٢) البقرة : ١٨١ .

(٣) المغني (لابن قدامة) ٥ : ٢٠٩ .

الموكّل نحو الوكالة على طلاق امرأة وهي في طهر المواقعة أو حال الحيض [الذي لا إشكال في جوازه] [١].

(و) كيف كان فـ(ـلا) يجوز أن (**يوكّل المُحرم في عقد النكاح ولا ابتياع الصيد**) [٢].

نعم هذا كلّه في الوكالة لإرادة الوقوع حال الإحرام.

أمّا لو حصلت الوكالة حالته لإرادة الوقوع حال الإحلال [فالأولى الجواز] [٣].

وكذا المعتكف بناء على مساواته له في حرمة الشراء ونحوه، فلاحظ وتأمّل.

وعلى كلّ حال فقد ظهر بما ذكرنا أنّه لا إشكال في صحّة الوكالة مع اجتماع ما عرفت في الموكّل.

(و) حينئذٍ فلا إشكال في أنه يجوز (**للأب والجدّ أن يوكّلا عن الولد الصغير**) في كلّ مالهما الولاية فيه كغيرهما من الأولياء.

(و) كذا (**تصح الوكالة في الطلاق للغائب إجماعاً**) [٤].

---

[١] [وهو] الذي لا خلاف نصّاً وفتوىً في جوازه، وليس ذا من التعليق في شيء بل ولا من الوكالة في طلاق امرأة سينكحها. **فما في التذكرة من أنّه «من جوّز التوكيل في طلاق امرأة سينكحها، وبيع عبد سيملكه، فقياسه تجويز توكيل المحجور عليه بما سيأذن له فيه الولي وكلّ هذا عندنا باطل»**[1] لا يخلو من نظر.

[٢] **بل ظاهرهم الاتفاق عليه**؛ لعدم جواز أصل الفعل للموكّل، فلا تجوز وكالته فيه، بل لا تجوز وكالته عن الغير في ذلك كما ستعرف؛ لحرمة أصل الفعل عليه.

[٣] **ففي المسالك: «ظاهر العبارة منعه، والأولى الجواز»**[2].

وهو مؤيّد لما قلناه سابقاً.

لكن في جامع المقاصد: «ظاهرهم عدم الجواز، فلا يعتمد على هذا التوكيل لعدم كونه مالكاً لمباشرة هذا التصرّف الآن، وهو شرط عندنا، فكان كما لو وكّل في طلاق امرأة سينكحها»[3]. **ثمّ حكى عبارة التذكرة السابقة.**

إلّا أنّه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه.

مضافاً إلى خصوص خبر الرازي قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل وكّل رجلاً بطلاق امرأته إذا حاضت وطهرت، وخرج الرجل فبدا له فأشهد أنّه قد أبطل ما كان أمره به، وأنّه قد بدا له في ذلك، قال: «فليعلم أهله وليعلم الوكيل»[4]. هذا وتمام الكلام في حكم المحرم في محلّه.

[٤] أو ضرورة؛ لوجود المقتضي وعدم المانع.

فما عن ابن سماعة من الخلاف في ذلك[5] لا ينبغي الالتفات إليه.

---

(١) التذكرة ١٥: ٢١.

(٢) المسالك ٥: ٢٦٢.

(٣) جامع المقاصد ٨: ١٨٨ ـ ١٨٩، وفيه: «فلا يعتدّ» بدل «فلا يعتمد».

(٤) الوسائل ١٩: ١٦٥، ب ٣ من الوكالة، ح ١.

(٥) التهذيب ٨: ٤٠، ذيل الحديث ١٢٠.

بل (**وللحاضر على الأظهر**) [١].

(**ولو قال الموكّل : إصنع ماشئت كان دالاً على الإذن في التوكيل**) عن الموكّل وعن نفسه (**لأنّه تسليط على ما تتعلّق به المشيئة**) الذي يندرج فيه الفرض [٢].

(**ويستحب**) استحباباً إرشادياً (**أن يكون الوكيل تامّ البصيرة فيما وكّل فيه عارفاً باللغة التي يتحاور**[١] **بها**) في الموكّل فيه ، بحيث يكون ملياً بتحقيق مراد الموكّل [٣].

كما أنّه (**ينبغي للحاكم أن يوكّل عن السفهاء من يتولّى الحكومة**) والخصومة عنه إذا لم يباشر هو .

وكذا يوكّل من يباشر عنه جميع ما يقتضيه الحال من التصرّف الممنوعين منه ، وكذا غير السفهاء ممن للحاكم ولاية عليه .

وكذا الحكم في الوصي وغيره من الأولياء ، إلّا أن ينصّ الموصي على عدم التوكيل (**عنهم و**) لكن (**يكره لذوي المروّات**) من أهل الشرف والمناصب الجليلة الذين لا يليق بهم الامتهان (**أن يتولّوا المنازعة بأنفسهم**[٢]) لهم فضلاً عنها لغيرهم .

---

[١] **الأشهر ، بل المشهور ، بل عن ابن ادريس نفي الخلاف فيه بين المسلمين**[٣] ؛ لعموم الوكالة وخصوص ترك الاستفصال في صحيح الأعرج[٤] وغيره .

خلافاً للمحكي عن الشيخ والقاضي والتقي فمنعوها في الثاني[٥] [**أي للحاضر**] ؛ لقوله عليه السلام : « الطلاق بيد من أخذ بالساق »[٦] المراد منه بقرينة معلومية جواز الوكالة في الغائب أن أمره إليه مباشرة أو وكالة .

وإطلاق خبر زرارة عنه عليه السلام : « لا تجوز الوكالة في الطلاق »[٧] المقتصر في تقييده على الغائب عن البلد ، جمعاً بينه وبين النصوص المزبورة .

إلّا أنّه كما ترى ـ مع قصور سنده ومنافاة إطلاقه الإجماع وإن حكي عن ابن سماعة ـ لا يقاوم ما سمعت من الأدلّة من وجوه ، خصوصاً مع عدم التعرّض في شيء من النصوص لغيبة ولا حضور ، وإن صرّح بعضها بالجواز في الأوّل . إلّا أنّ إثباته لا ينفي ما عداه كما هو واضح ، والله العالم .

[٢] فإنّ لفظ « ما » للعموم الذي لا فرق بينه وبين الخصوص في الاعتبار ، وإن تفاوتا في القوّة والضعف .

فما في التذكرة من الخلاف في ذلك محتجّاً بأنّ التعميم فيما يفعله بنفسه فلا يتناول التوكيل[٨] في غير محلّه .

[٣] **بل عن ابن البرّاج وظاهر أبي الصلاح وجوبه**[٩] . ولكنه ضعيف (و) الوجه الندب .

---

(١) في الشرائع : « يحاور » .
(٢) في الشرائع : « بنفوسهم » .
(٣) السرائر ٢ : ٨٣ ـ ٨٤ ، ٦٧٧ .
(٤) الوسائل ٢٢ : ٨٨ ، ب ٣٩ من مقدّمات الطلاق ، ح ١ .
(٥) النهاية : ٣١٩ ، ٥١١ . المهذب ٢ : ٢٧٧ . الكافي : ٣٣٧ .
(٦) المستدرك ١٥ : ٣٠٦ ، ب ٢٥ من الطلاق ، ح ٣ .
(٧) الوسائل ٢٢ : ٩٠ ، ب ٣٩ من مقدّمات الطلاق ، ح ٥ .
(٨) التذكرة ١٥ : ٢٧ .
(٩) نقله عنهما في جامع المقاصد ٨ : ٥٩٦ . انظر الكافي : ٣٣٧ .

بل [الظاهر] [١] عموم الكراهة المتسامح فيها [قد تعم الكراهة غير هؤلاء].

وإن تأكّدت فيهم خصوصاً إذا كانت مع ذوي الألسنة البذيئة [٢].

[حكم الوكيل]:

الفصل (الرابع : في الوكيل)

(ويعتبر فيه البلوغ وكمال العقل) [٣].

فلا تصحّ وكالة الصبي إلّا فيما عرفت ، و [كذا] المجنون بعد سلب عبارتهما [٤]. وحينئذٍ فتجوز وكالة البالغ العاقل ، **(ولو كان فاسقاً أو كافراً أو مرتدّاً) [٥].**

(و) حينئذٍ فـ **(لو ارتدّ المسلم لم تبطل الوكالة[١] لـ)** ـما عرفت من **(أنّ الارتداد لا يمنع الوكالة ابتداءً فكذا[٢] استدامة).**

بل هي أولى [٦]. نعم قد تبطل وكالة الكافر من حيث كونها على مسلم ، كما ستعرف ، وهو شيء غيرما نحن فيه من صحّة أصل وكالته .

---

[١] [كما] قد يستفاد ممّا روي عن عليّ عليه السلام : « أنّ للخصومة قحماً ، وأنّ الشيطان ليحضرها ، وإني لأكره أن أحضرها »[٣].

[٢] ولا ينافي ذلك مخاصمة النبي صلى الله عليه وآله مع صاحب الناقة إلى رجل من قريش ، ثمّ إلى علي عليه السلام[٤] ، ومخاصمة علي عليه السلام مع رجل رأى عنده درع طلحة ، فقال له : إنّها درع طلحة أُخذت غلولاً يوم البصرة ، فأنكره ودعاه إلى شريح القاضي فمضى عليه السلام معه إليه[٥] وهي مشهورة ومخاصمة علي بن الحسين عليهما السلام مع زوجته الشيبانية لمّا طلّقها وادعت عليه المهر[٦] ، فإنّ الدواعي والضرورات الرافعة للكراهة في حقّهم عليهم السلام قائمة ، والله العالم .

[٣] **بلا خلاف ولا إشكال .**

[٤] **وما عن ابن البرّاج من استثناء الإذن في دخول دار الغير وإيصال الهدية من سلب عبارة الصبي**[٧] خارج عمّا نحن فيه من الوكالة ، مع أنّ ذلك مسلّم بالقرائن الدالّة على صدقه عمن له ذلك ، لا أنّه إنشاء منه .

[٥] للعموم .

والامتناع في بعض الأفراد لأمر آخر لا ينافي صحّتها في الجملة .

[٦] للأصل .

---

(١) في الشرائع : « وكالته » .

(٢) في الشرائع : « وكذلك » .

(٣) نهج البلاغة : ٥١٧ ، الرقم ٣ .

(٤) الوسائل ٢٧ : ٢٧٤ ، ب١٨ من كيفية الحكم ، ح ١ .

(٥) الوسائل ٢٧ : ٢٦٥ ـ ٢٦٦ ، ب١٤ من كيفية الحكم ، ح ٦ .

(٦) الوسائل ٢٣ : ٢٠١ ، ب٢ من الأيمان ، ح ١ .

(٧) لم نعثر عن ابن البرّاج ، نعم ذكره العلّامة في التذكرة ١٥ : ٣٠ .

و[الظاهر] [١] عدم الفرق بين المرتد الفطري والملي في ذلك [٢].

(و) كيف كان فالضابط في الوكيل هو أنّ (**كلّ ماله أن يليه بنفسه**) بمعنى جواز أصل الفعل له ولو لعدم دليل الحرمة (**وتصح النيابة فيه صحّ أن يكون وكيلاً فيه فـ**) ـتخرج العبادات وما شابهها وإن جاز أن يليها بنفسه، إلّا أنّه لا تصحّ النيابة فيها. و(**تصح وكالة المحجور عليه لتبذير أو فلس**) [٣].

(**ولا تصح نيابة المحرم فيما ليس للمحرم أن يفعله، كابتياع الصيد وإمساكه وعقد النكاح**) [٤].

وبذلك بان أنّ المدار في الضابط المزبور أمران:

أحدهما: كون الفعل ممّا يجوز وقوعه من النائب وليس هو من المحرّمات عليه.

---

[١] [إذ] **ظاهرهم [= الأصحاب]، كما اعترف به في جامع المقاصد والمسالك**[(١)] [**ذلك**].

[٢] ودعوى خروج الأوّل عن القابلية ممنوعة، والمسلّم منها بالنسبة إلى نفسه.

لكن في حواشي الكتاب للمحقق الثاني على قوله: «لأنّ الارتداد» إلى آخره «إلّا أن تكون الردّة عن فطرة ويكون رجلاً، أو تكون الوكالة على مسلم، فإن كانت غير فطرة والوكالة على غير مسلم روعي في بقاء الوكالة وعدمه عوده إلى الإسلام وعدمه، فإن عاد فوكالته باقية، وكذا سائر تصرّفاته»[(٢)].

وهو كما ترى حتى بالنسبة إلى المراعاة التي ذكرها؛ لما عرفت من عدم المانع من كونه وكيلاً وهو مرتدّ.

وفي حواشي الشهيد المراعاة في المرتد عن ملّة إذا كان الموكّل عليه مسلماً[(٣)].

وفيه: أنّ المتجه حينئذٍ البطلان بناءً على بطلان وكالته ابتداءً، فكذا استدامة، لا المراعاة.

[٣] لا لأنّهما ـكما في المسالكـ: يجوز أن يليا لأنفسهما بعض الأفعال فتصح وكالتهما فيها، بل في غيرها[(٤)]؛ إذ هو كما ترى، خصوصاً إضرابه.

بل لأنّ لهما مباشرة ذلك بأنفسهما؛ ضرورة معلومية عدم حرمة ذلك عليهما، وإنّما هما ممنوعان من التصرّف في مالهما، لا أنّ من أحكامهما حرمة ذلك عليهما، كالمحرم الذي صحّ تنزيله على الضابط المزبور فقال [المصنّف بذلك].

[٤] لما عرفت في الضابط من «كلّ ماله أن يليه بنفسه» إذ هو ضابط للوكيل نفياً وإثباتاً، ولذا ذكر [المحقق] تفريعاً عليه ما دخل وما خرج. ولا يشكل ذلك في المرتدّ الفطري بعدم جواز فعله ما يوقعه لغيره لنفسه؛ إذ قد عرفت أنّ المدار على حرمة المباشرة التي لا دليل عليها في المرتدّ من حيث ارتداده، وإنّما لم يجز فعل ذلك؛ لعدم الملك والذمة له شرعاً، وفرق واضح بين جواز فعل الشيء بنفسه وبينه لنفسه، كما هو واضح.

وأيضاً فالمنع من تولّي الشيء يتبع دليله، فإن كان مفاده المنع من مباشرته بمعنى حرمة أصل الفعل عليه، بحيث لم يجز فعله له ولغيره وكالة وولاية وفضولاً، كما في بعض محرّمات الإحرام اتّبع، وإلّا اقتصر عليه، فليس مجرّد الامتناع لنفسه يقتضي الامتناع عن الوكالة فيه عن الغير، بل لعلّ الاستقراء في كثير من الموارد وعمومات الوكالة كذلك يشهد بخلافه.

---

(١) جامع المقاصد ٨: ١٩٩. المسالك ٥: ٢٦٦.

(٢) حاشية الشرائع (حياة الكركي) ١١: ٢١٢، مع اختلاف.

(٣) لا يوجد لدينا.

(٤) المسالك ٥: ٢٦٧.

والثاني : كون الشيء ممّا تصحّ النيابة فيه ، فتأمّل ، والله العالم .

(و) على كلّ حال فـ [ـالمختار] [١] أنّه (**يجوز أن تتوكّل المرأة في طلاق غيرها**) لزوجها ولغيره [٢] .

(**وهل تصحّ في طلاق نفسها قيل**) [٣] : (**لا**) يجوز [٤] ، (**وفيه تردّد**) ، بل منع [٥] .

(و) كذا (**تصح وكالتها**) [٦] (**في عقد النكاح**) إيجاباً وقبولاً ؛ (**لأنّ عبارتها معتبرة فيه عندنا**) [٧] .

(و) على كلّ حال فلا إشكال [٨] في أنّه (**يجوز وكالة العبد إذا أذن**) له (**مولاه**) [٩] .

أمّا مع عدم الإذن فـ [ـالظاهر] [١٠] عدم الجواز [١١] .

---

[١] **[كما] لاخلاف ولا إشكال في [ذلك] .**

[٢] **بلا خلاف فيه بيننا ، بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه** ، ولعمومات الوكالة .

[٣] **والقائل الشيخ**[١] .

[٤] لاشتراط المغايرة بين الوكيل والمطلّقة .

[٥] ضرورة اقتضاء عمومات الطلاق الاكتفاء بمثل هذه المغايرة الاعتبارية نحو ما سمعته في غير المقام من نظائره .

[٦] **عندنا .**

[٧] للعمومات ، **خلافاً للشافعي المانع من توكّلها فيه إيجاباً وقبولاً ، كالمحرم**[٢] .

و[لكنه] ليس بشيء كما ذكرناه في محلّه ، وحينئذٍ فهي مندرجة في الضابط المزبور الذي هو مفاد العمومات ؛ ضرورة عدم حرمة شيء من ذلك عليها ، وقابليته للنيابة .

[٨] **[كما] ولا خلاف [فيه] .**

[٩] [وذلك] للعمومات ، فهو مندرج في الضابط المزبور .

[١٠] **[كما هو] ظاهر المتن وغيره .**

[١١] لحرمة التصرّف في مال الغير ، والانتفاع به بدون إذن مالكه ، من غير فرق في ذلك بين اقتضائهما منع شيء من حقوق السيد وعدمه . **لكن في المسالك والتذكرة جواز توكيله بغير إذنه في الأشياء القليلة إذا لم يمنع شيئاً من حقوقه**[٣] .

وفيه : أنّ المانع إن كان ملكية المولى للمنافع كما هو الظاهر ، فلا فرق بين المنافية لحقّ المولى وغيرها في التوقّف على الإذن ، وإن كان المانع المنافاة لحقّ المولى لزمه الجواز في غير ما ينافيها ، سواء كانت قليلة أو كثيرة ، والسيرة في مكالمته ومحادثته إن تمّت فلا يتعدّى منها إلى غيرها .

وقد أطنب في المسالك في الجواب عن ذلك بما لا يرجع إلى محصّل ؛ إذ هو إمّا دعوى دلالة القرائن على إذن السيّد في ذلك ، وهو خروج عن وظيفة الفقيه . أو دعوى الإذن شرعاً فيه حتى تعلم الكراهة ؛ للسيرة المستمرّة ، بل وإن علمت ؛ لأنّه كالاستظلال بحائط الغير ، وفيهما معاً منع واضح .

---

(١) المبسوط ٢ : ٣٦٥ .

(٢) المجموع ١٤ : ١٠٢ .

(٣) المسالك ٥ : ٢٦٨ . التذكرة ١٥ : ٣٣ .

نعم قد يقال بترتّب الصحة على عقده وإن بطلت وكالته، مع فرض استمرار إذن المالك به بعد عدم سلب عبارته. بل لعلّه كذلك حتى مع نهي السيد، فإنّ أقصى ذلك ترتّب الإثم لا الفساد. وكيف كان فالمراد في صحّة وكالته بالإذن أنّ قبوله لا يؤثّر إلّا معها.

بل الظاهر أنّ للسيد أن يقبل عنه فيكون وكيلاً وإن لم يرض هو، سواء كان بجعل أو غيره. كما أنّ له تزويج أمته قهراً، بل ليس له عزل نفسه عن الوكالة مع نهي السيد، بل ولا مع عدم إذنه كما هو واضح.

(و) على كلّ حال فـ(**يجوز أن يوكّله مولاه في إعتاق نفسه**) كما جاز وكالته في بيعها وشرائها [١]. (**ولا يشترط عدالة الولي ولا الوكيل في عقد النكاح**) [٢]. فيجوز للأب والجدّ ذلك وإن كانا فاسقين، كما يجوز الوكالة للفاسق فيه إيجاباً وقبولاً [٣]. (**ولا يتوكّل الذمّي على**) تحصيل حقّ من (**المسلم للذمّي، ولا للمسلم على القول المشهور**) [٤]. ولا إشكال في جواز مضاربة الذمي، وإن باع من مسلم وطالب بالثمن، وهي متضمّنة للوكالة [٥]. بل قد يقال بجواز الإذن له في ذلك، وإن لم يكن وكالة [٦].

---

[١] وليس في الأدلّة ما يقتضي أزيد من المغايرة الاعتبارية بين المعتق والبائع والمشتري ومحلّ الصيغة كما عرفته سابقاً، والله العالم.

[٢] **بلا خلاف فيه بيننا، بل ولا إشكال.**

[٣] للعمومات. **خلافاً للمحكي عن بعض الشافعية من اشتراط العدالة فيهما**[١]. ولا ريب في ضعفه. **نعم في اعتبار عدالتهما في ولاية المال خلاف على ما في المسالك. بل حكي فيها عن التذكرة**[٢] **القطع بأنّ الفاسق لا ولاية له، حتى لو كان عدلاً ففسق انتزع المال منه. وأنّه استشكل في ذلك في القواعد**[٣] **في كتاب الوصايا**[٤]. وعلى كلّ حال هو بحث آخر غير ما نحن فيه كما هو واضح.

[٤] **بل في التذكرة والتنقيح وعن ظاهر المهذب والمسالك وغيرهما الإجماع عليه**[٥]. وهو إن تمّ [فهو] الحجّة لا الآية[٦] التي لا يخفى عليك ما في دلالتها على ذلك، خصوصاً بعد ورود تفسيرها بأنّ المراد من «السبيل» الحجّة[٧]، على أنّ ذلك هو سبيل صاحب الحقّ الذي فرعه الوكيل.

[٥] أي بعد أن كان الدليل الإجماع، لا الآية، وحينئذٍ فلا معنى للتعدّي عن مورد الإجماع. اللهمّ إلّا أن يدعى الأولوية الممنوعة، وإن جزم بها في الرياض تبعاً للشهيد في المسالك[٨].

[٦] فإنّها هي مورد الإجماع المزبور.

---

(١) المجموع ١٤: ١٠٣.
(٢) التذكرة ١٥: ٣٤.
(٣) القواعد ٢: ٥٦٤.
(٤) المسالك ٥: ٢٦٩.
(٥) التذكرة ١٥: ٣٤. التنقيح ٢: ٢٩٤. المهذب البارع ٣: ٣٧، ٣٨. المسالك ٥: ٢٦٩ ـ ٢٧٠.
(٦) النساء: ١٤١.
(٧) انظر مجمع البيان ٢: ١٢٨.
(٨) الرياض ٩: ٢٥٩. المسالك ٥: ٢٧٠.

بل قد يقال بجواز وكالة المسلم له على استيفاء ماله في ذمة المسلم، بما للمسلم في يده من المال [١].

أمّا غيره كالوكالة في العقد معه أو إعطاؤه ديناراً مثلاً فالمتجه الجواز [٢].

(وهل يتوكّل المسلم للذمي على المسلم فيه تردّد) [٣].

(والوجه) [٤] (الجواز على كراهية) [٥].

---

[١] لعدم اندراجه في الإجماع الظاهر في غير الفرض. كما أنّه ظاهر في الاختصاص بما إذا تضمّن الوكالة نوع قهر وسلطنة للتعبير بلفظ «على»، والاستدلال بالآية[١].

[٢] **وفاقاً لجماعة من متأخّري المتأخّرين**؛ لعموم أدلّته.

خلافاً للمحكي عن ابن زهرة من المنع عن توكّله على تزويج المسلمة من المسلم، وعن توكيل المسلم على تزويج المشركة من الكافر مدّعياً عليه إجماع الإمامية؛ معلّلاً ذلك بأنّهما لا يملكان لأنفسهما ذلك[٢].

وفيه منع واضح، بل قد عرفت أنّ الضابط في الوكيل جواز مباشرته بنفسه، لا جوازه لنفسه، والله العالم.

[٣] **و[فيه] خلاف.**

فعن ظاهر المفيد والشيخ في النهاية والديلمي وأبي الصلاح وابن زهرة المنع[٣]، بل عن الأخير منه الإجماع عليه.

[٤] **كما عن عامّة المتأخّرين[٤].**

[٥] للعموم السالم عن معارضة ما يقتضي المنع حتى الآية[٥]، فإنّه ليس إثبات سبيل للكافر، بناءً على كون المراد منه سبيل الوكالة، لا سبيل التوكيل، وإلّا لجاز للمسلم أن يوكّل الذمي على المسلم، وقد عرفت أنّها إحدى الصورتين المسوّغتين.

بل لعلّ مراد الجميع الكراهة، كما عساه يومئ إليك ما عن التذكرة من الإجماع على الجواز لكن على كراهة[٦]، فإنّه لا يتم إلّا بحمل عبارات القدماء التي هي بمرأى منه على ذلك.

وربّما يرشد إليه أيضاً ما في **محكي المختلف: «ويكره أن يتوكّل مسلم لكافر على مسلم، ولم يكره ذلك أحد من الفقهاء، دليلنا إجماع الفرقة، ولأنّه لا دليل على جوازه»**[٧].

فإنّه وإن أشعرت عبارته الأخيرة بارادة الحرمة من الكراهة في أوّلها، لكن يمكن العكس، بل لعلّه أولى، فيراد الجواز الخالي منها.

خصوصاً بعد ملاحظة **ما عن مبسوطه: «يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم، وليس بمفسد للوكالة»**[٨].

وبعد معلومية دليل أصل الجواز من العمومات وغيرها. ودعوى أنّه من السبيل المنفي أيضاً واضحة المنع.

---

(١) (٥) النساء: ١٤١.

(٢) الغنية: ٢٦٨.

(٣) حكاه في الرياض ٩: ٢٥٨ ـ ٢٥٩، انظر المقنعة: ٨١٧. النهاية: ٣١٧. المراسم: ٢٠١. الغنية: ٢٦٨.

(٤) الرياض ٩: ٢٥٩.

(٦) التذكرة ١٥: ٣٥.

(٧) المختلف ٦: ٢٤، حكاه عن الخلاف.

(٨) المبسوط ٢: ٣٩٢.

وعلى كلّ حال فما عرفت حكم الصور الثلاثة.

أمّا باقي الصور الثمانية المتصورة في المقام ـ لأنّ الموكّل إمّا مسلم أو ذمّي، والوكيل كذلك، والموكّل عليه كذلك ـ فلا إشكال في جوازها بلا كراهة، وإلى بعضها أشار المصنّف بقوله: (**ويجوز أن يتوكّل الذمّي على الذمّي**) والله العالم.

(**ويقتصر الوكيل في التصرّف على ما**) استفاد من عقد الوكالة أنّه (**أذن له فيه**) صريحاً أو ظاهراً ولو بمعونة القرائن الحالية أو المقالية أ(**و ما تشهد العادة بـ**) ـإرادة (**الإذن فيه**) من حيث تعلّق الوكالة على وجه يكون وكيلاً فيه.

أمّا لو شهدت بأنّه لو علم ذلك لرضي وإلّا فهو حال عقد الوكالة خال عن تصوّر ذلك، فهو من التصرّف بالفحوى، وإن كان سببها مورد الوكالة، لا الوكالة المعتبر فيها قصد الإنشاء.

وبذلك افترقت عن الأحكام التي لم يعتبر فيها تعلّق قصد الإنشاء العقدية كما هو واضح.

اللهمّ إلّا أن يكون قصد تعلّق إنشائها بما يدلّ عليه متعلّقها بأيّ دلالة تكون، وفرض الدلالة، فيتحقق الوكالة حينئذٍ، ولابدّ من ملاحظة ذلك في الأمثلة الآتية.

(**فلو أمره ببيع السلعة بدينار**) مثلاً (**نسيئة فباعها بدينارين نقداً صحّ**).

(**وكذا لو باعها بدينار نقداً إلّا أن يكون هناك غرض صحيح يتعلّق بالتأجيل**) كالخوف على الثمن مع الحلول ونحوه فإنّه حينئذٍ لا يجوز التعدّي، وإذا وقع كان فضولاً.

بل لعلّ المتجه [١] عدم جواز التعدي مع احتمال الغرض الصحيح احتمالاً معتداً به.

وكذا الكلام في الشراء نسيئة، بمثل ما أمره به نقداً، فلا يجوز التعدّي حينئذٍ إلّا مع تحقّق عدم الغرض.

وأمّا الثمن المعيّن فيمكن كون الاقتصار عليه إرفاقاً بالمشتري إن كان معيّناً فلا يجوز بيعه بأزيد.

ولو لم يكن معيّناً [٢] قلت: لا ريب في عدم جواز التعدي مع فرض الاشتباه [٣].

---

[١] [كـ]ـما في المسالك[(١)] وغيرها من [عدم جواز ذلك].

[٢] ففي المسالك: «جاز البيع، بالأكثر مع عدم العلم بالغرض، وعدم التصريح بالنهي عن الزائد؛ لندور الغرض في الفرض المذكور، وأغلبية إرادة الأزيد، مع إمكان أن يريد الإرفاق المطلق، أو عدم الإشظاظ في البيع، أو سهولة المعاملة فإنّه مندوب إليه شرعاً، أو عدم زيادة الربح عن مقدارٍ معيّنٍ لغرضٍ شرعي، أو غير ذلك؛ لأنّ هذه الأُمور نادرة في المطلق، فلا يلتفت إليها مع الاشتباه[(٢)]».

[٣] كما جزم به في جامع المقاصد[(٣)].

وبأنّه لا مدخلية لكون الغرض أكثرياً في أحدهما دون الآخر.

---

(١)(٢) المسالك ٥: ٢٧١، وفيه: «الإشطاط» بدل «الإشظاظ».

(٣) جامع المقاصد ٨: ٢٤١.

نعم لا بأس به مع فرض عدم الاعتداد بالاحتمال على وجه لا ينافي الطمأنينة عادة بارادة المثالية من التعيين كما هو واضح (**أمّا لو أمره ببيعه حالاً فباعه**) ـ (**مؤجّلاً لم يصحّ**) ولم يمض (**ولو كان بأكثر مما عيّن؛ لأنّ الأغراض تتعلّق بالتعجيل**) إلّا أن يفهم عدم تحلّل الحلول (**ولو أمره ببيعه في سوق مخصوص**[1] **فباع في غيرها بالثمن الذي عيّن له أو مع الإطلاق بثمن المثل صحّ؛ إذ الغرض تحصيل الثمن**) فيكون ذكر السوق المخصوص حينئذٍ مثالاً لغيره ولو فرض احتمال الغرض له في ذلك احتمالاً معتدّاً به لم يجز التعدّي عن مفاد اللفظ [١]، بل قد يحتمل عدم جوازه وإن علم عدم الغرض، إلّا أنّه لم يحضر في بال الموكّل إلّا خصوصية السوق المزبور، بمعنى أنّه لم يفهم منه إرادة المثالية [٢].

ج٢/٢٧

(**أمّا لو قال: بعه من فلان فباعه من غيره لم يصحّ ولو تضاعف الثمن؛ لأنّ الأغراض في الغرماء تتفاوت**) بتفاوت الأشخاص، فلا يجوز التخطّي حينئذٍ مع الإطلاق قطعاً سواء علم الغرض أو جهل الحال [٣].

(**وكذا**) لا يجوز التخطّي فيما (**لو أمره بأن يشتري بعين المال**) بعبارة صريحة أو ظاهرة، كاشتر بهذا

---

[١] **ومن هنا حكي عن التذكرة اعتبار العلم بعدم الغرض في جواز التعدي**[2].

[٢] إذ عدم الغرض أعم من ذلك [= من المثالية].

ومن ذلك يعرف ما في المسالك هنا ـ من الاكتفاء بعدم العلم بالغرض[3]**، خصوصاً بعد اعتباره العلم بعدم الغرض في السابق مع عدم الفرق بين المقامين.**

وكذا ما فيها أيضاً من أنّه لو علم عدم الغرض صح البيع قطعاً، لكن لا يجوز نقل المبيع إليه، فلو فعله كان ضامناً، وإنّما الفائدة صحّة المعاملة لا غير[4]؛ ضرورة أنّ الحكم فيه مثل البيع مع فرض القطع بعدم الغرض في كونه في السوق المخصوص وبإرادة المثالية من ذكره فأي فرق بين البيع وبين نقل المبيع كما هو واضح. **فما في الرياض من أنّ التجاوز بالثمن للأولوية لاتقتضي الاذن في نقل العين إلى مكان آخر، فيده حينئذٍ عادية، مثل البيع الزائد على المسمّى الذي هو أولى**[5]. في غير محلّه، بل هو غير مفروض المسألة الذي هو ما علم بارادة المثالية من السوق فيه فتأمّل، هذا كلّه فيما عرفت.

[٣] **بل في المسالك: أم علم انتفاء الغرض على ما يظهر من إطلاقهم وقوفاً مع الاذن**[6].

لكن فيه: أنّه مناف لكلامهم وللواقع، مع فرض القطع بإرادة المثالية؛ إذ لا تفاوت في ذلك بين تعيين الثمن والزمان والمكان والمشتري في كونه المدار.

نعم هو مؤيّد لما ذكرناه سابقاً من أنّ العلم بعدم الغرض لا يقتضي إرادة المثالية.

بل يمكن أن يكون لعدم خطور غير تلك الخصوصية في ذهن الموكّل حال إنشاء عقد الوكالة، وحينئذٍ يتّجه الاقتصار على ذلك لعدم اقتضاء عقد الوكالة غيره، إلّا أنّ هذا لا يخص المقام كما هو واضح.

---

(١) في الشرائع: «مخصوصة».
(٢) حكاه في المسالك ٥: ٢٧١، انظر التذكرة ١٥: ١٠٥.
(٣) المسالك ٥: ٢٧١.
(٤)(٦) المسالك ٥: ٢٧١ ـ ٢٧٢.
(٥) الرياض ٩: ٢٥١.

المال [١] (**فاشترى في الذمّة أو**) أمره بالشراء (**في الذمّة**) على الوجه المزبور (**فاشترى بالعين**) بل يكون فضولاً (**لأنّه تصرّف لم يؤذن فيه وهو ممّا تتفاوت فيه المقاصد**) [٢] . (**وإذا ابتاع الوكيل وقع الشراء عن الموكّل**) الذي قصد نائبه الشراء له (**ولا يدخل في ملك الوكيل**) [٣] خصوصاً إذا كان الشراء بعين مال الموكّل ؛ لعدم القصد ولعدم ملكه العوض و(**لأنّه لو دخل في ملكه لزم أن ينعتق عليه أبوه وولده لو اشتراهما كما ينعتق أبو الموكّل وولده**) [٤] . (**ولو وكّل مسلم ذمّياً**) مثلاً (**في ابتياع خمر لم يصحّ**) [٥] . كالمحرم الذي لا يجوز له توكيل المحلّ في نكاحه [٦] . (**وكلّ موضع يبطل**) فيه (**الشراء للموكّل**) للمخالفة أو لغيرها (**فإن كان سمّاه عند العقد**) لفظاً ونيّة (**لم يقع عن أحدهما**) [٧] . نعم يكون العقد حينئذٍ فضولاً .

(**وإن لم يكن سمّاه قضي به على الوكيل في الظاهر**) المقتضي مباشرة الشراء له باعتبار كون الخطاب معه ، وأمّا في نفس الأمر فمع عدم إجازة الموكّل تخلّص بتجديد العقد مع البائع ، فإن لم يتمكّن أخذ المبيع مقاصّة ، فلو فرض زيادته توصل لإيصال الزائد للبائع . وكذا لو كان الشراء بعين مال الموكّل الذي لم يذكر في اللفظ ولابيّنة على ذلك ، وحلف البائع على نفي العلم فإنّه يثبت به البيع ظاهراً ويغرم الوكيل للموكّل مع تعذر ردّ العين ، ولو ببذل أضعاف قيمتها لمخالفته وتفريطه في دفع عينه ، ثمّ يأخذ هو المبيع مقاصّة ، أو يدفعه للموكّل من أوّل الأمر في وجه قوي ، ويغرم له ما زاد عليه إن كان ، وإن فرض زيادته توصل إلى إيصاله إليه .

---

[١] لاقتضاء « الباء » المقابلة إن لم يكن عرف يصرف عن ذلك .

[٢] باعتبار خلوص المال من الشبهة ، وعدم إرادة بذل غيره لو تلف وبالعكس في الشراء بالذمّة .

لكن لا يخفى عليك جريان كثير مما ذكرنا فيه أيضاً ؛ ضرورة عدم الفرق في هذه الأمثلة ، بل ولا في غيرها في ذلك ، ولذا لا ينبغي الإطناب في الإكثار منها ، والله العالم .

[٣] **عندنا** .

[٤] ودعوى أنّه في الزمن الثاني يدخل في ملك الموكّل يدفعها عدم أولوية ذلك من العتق المبني على التغليب . خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من الانتقال إلى الوكيل أوّلاً ثم إلى الموكّل ؛ لأنّ حقوق العقد تتعلّق به [= بالوكيل] في الشراء بأكثر من ثمن المثل ، ولم يذكر الموكّل لفظاً ونحوه ، ولأنّ الخطاب إنّما جرى معه[1] . وفيه منع تعلّق الأحكام به في نفس الأمر ، وإنّما تعلقت في المثال ظاهراً ؛ لعدم العلم بقصده ، والخطاب إنّما وقع على سبيل النيابة مع أنّه كشراء الأب والوصي الذي وافق فيه على الانتقال منه إلى المولّى عليه ، وغير ذلك ممّا هو واضح .

[٥] لعدم جواز شراء الخمر في نفسه للموكّل ، فلا تقع النيابة فيه .

[٦] ضرورة أنّه كما يعتبر في الوكيل جواز إيقاعه الفعل الموكّل فيه في صحّة كونه وكيلاً ، كذا يعتبر جوازه للموكّل فيه ، أمّا إذا كان أصل الفعل وطبيعته محرّمة عليه فلا يصحّ التوكيل فيه أيضاً كما هو واضح .

[٧] أمّا عن الوكيل فلأنّ المفروض قصد غيره ، وأمّا عن الموكّل فلفرض مخالفته ، فلم يكن وكيلاً عنه .

---

(١) حكاه في المسالك ٥ : ٢٧٣ . انظر بدائع الصنائع ٦ : ٣٣ .

ولو ذكر الموكّل لفظاً وقصد نفسه وقف على إجازة الموكّل ظاهراً ،لكن يكون الشراء في الباطن للوكيل إن لم يكن الشراء بعين مال الموكّل ، وإلّا كانت نيته لغواً وبني الحكم على الظاهر [١].

وأمّا القابل فإن قصد غيره كان له أو فضولاً ، وإلّا وقع البيع له إذا لم يقع العقد بالعين التي هي لغير القابل .

وحينئذٍ فلا عبرة بقصد البائع كون المشتري شخصاً خاصّاً [٢]. اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ القصد وإن لم يكن معتبراً في الصحّة ،لكن مع فرض تشخّصه من البائع بالعقد يجب مطابقة قصد المشتري معه ، وإلّا وقع العقد باطلاً للاختلاف . والحكم بالصحّة فيما تقدّم ممنوع مع فرض التشخّص المزبور . نعم لا بأس بتخيّله ذلك مقارناً للعقد من دون تشخيص القصد به ، ومع الشكّ يحكم بعدم التشخيص أيضاً [٣].

(**وكذا**) الكلام فيما (**لو أنكر الموكّل الوكالة**) وحلف على ذلك أي يبطل كون الشراء له ، (**لكن إن كان الوكيل مبطلاً**) ولم يذكر الموكّل لفظاً ولانيّة وكان الشراء بالذمة (**فالملك له**) أي الوكيل (**ظاهراً أو باطناً وإن كان محقّاً**) ونواه (**كان الشراء للموكّل باطناً**) وللوكيل ظاهراً .

وتفصيل الحال أنّه إن كان الشراء بالعين التي هي للموكّل مصرّحاً بذلك عند العقد ، أو كان بينة تشهد على أنّ العين له ، أو كان البائع معترفاً بذلك كان العقد فضولاً ظاهراً ، وللموكّل باطناً مع فرض صدقه كذلك .

وحينئذٍ فإن رجع المالك في العين وأخذها من البائع رجع إليه مبيعه مقاصّة ، مع فرض تصديقه بكونه وكيلاً . وإن رجع بقيمة العين أو مثلها على الوكيل ، لتعذّر أخذها من البائع أخذ الوكيل المبيع قصاصاً ، وتوصّل إلى ردّ ما فضل منه عن حقّه إن كان هناك فضل ، وإن تلفت تخيّر في الرجوع ، فإن رجع على البائع رجع على الوكيل بالمبيع مع فرض وجوده أو تلفه بتفريط ، أمّا لو كان قد تلف منه بلا تفريط فلا رجوع له [٤].

كما أنّه لو رجع على الوكيل لم يرجع على البائع بشيء .

ولو لم يعلم البائع بالحال ولابيّنة ولم يذكر في العقد لم يجب عليه الدفع ، بل يحلف على نفي العلم إن ادّعى عليه ، ثمّ يغرم الوكيل ويأخذ العين ـ أي المبيع ـ قصاصاً على الوجه المزبور . وإن كان الوكيل كاذباً في نفس الأمر

---

[١] **بل في المسالك : الحكم بذلك في الأوّل أيضاً إذا كان للبائع غرض في تخصيص الموكّل**[1] .

وفيه تأمّل بناء على عدم اعتبار تعيين المشتري في البيع الذي لم يرد من البائع فيه إلّا قصد النقل عنه .

[٢] وبذلك افترق النكاح عن البيع ونحوه ، باعتبار تعيين من له النكاح فيه في العقد ، بخلاف البيع ، وبه أيضاً حكم بصحّة البيع حال جهل البائع بكون المشتري قصد الشراء لغيره فباعه بزعم أنّ المبيع له ثمّ بان أنّه قصده لموكّله ، أو لمن هو وليّ عنه .

[٣] لأصالة الصحّة وحينئذٍ يتمّ ما ذكره ، إلّا أنّه ينبغي جعل المدار ما ذكرنا .

لا خصوص تعلّق الغرض بالموكّل ؛ضرورة عدم توقّف التشخيص المزبور على الغرض ، بل يمكن اتفاقه وإن لم يكن له غرض بذلك كما هو واضح بأدنى تأمّل .

[٤] ضرورة ظلم الموكّل له بزعمه .

---

(١) المسالك ٥: ٢٧٤.

بطل الشراء، سواء نوى المالك أو نفسه، أو لم ينو وجاء فيه التفصيل السابق بين علم البائع بذلك وعدمه [١]. هذا كلّه في الشراء بالعين. وأمّا إذا كان في الذمّة وذكر الموكّل لفظاً ونية وقع له باطناً إن كان محقّاً وبطل ظاهراً فيأخذ المبيع عنه حينئذٍ قصاصاً أو على الوجه الآتي.

وإن لم يذكره لفظاً ولانيّةً فالشراء للوكيل ظاهراً وباطناً، وإن كان مبطلاً وذكر الموكّل لفظاً ونيّةً بطل البيع مطلقاً، وإن ذكره لفظاً ونوى نفسه صح له باطناً وبطل ظاهراً، وان نواه خاصةً فالسلعة للبائع باطناً مطلقاً [٢].

(و) كيف كان فلو أراد الحلّ واقعاً في صورة صدق دعواه في الوكالة التي اشترى بها في الذمّة فـ(**طريق التخلّص أن يقول الموكّل: إن كان لي فقد بعته من الوكيل**) بمقدار الثمن (**فيصحّ البيع، ولا يكون هذا تعليقاً للبيع على الشرط**) [٣]، وحينئذٍ يصح البيع، ولا يكون إقراراً منه بالوكالة (**ويتقاصّان**) حينئذٍ قهراً [٤].

وكذا لو كان المبيع في نفس الأمر للبائع فطريق تخلّصه أن يقول له: بعتكها إن كان هو لي بالثمن المزبور.

(و) على كلّ حال فـ(**إن امتنع الموكّل من البيع**) المزبور لم يجبر عليه [٥]. كما لم يجب على الوكيل شراؤه من الحاكم، وإن صح ذلك بأن يقول له: إن كان للموكّل فقد بعتك إيّاه بمقدار ما أدّاه من الثمن إذا فرض أنّه قيمته، وإلّا باعه بعضه وبقي البعض الآخر يدسّه الوكيل في مال الموكّل. كما أنّه لو فرض نقصانه اشتراه منه بقيمته ويترقّب مالاً آخر للموكّل يقاصّه بما بقي له [٦]. لكن لا يجب على الوكيل مراعاة ذلك، وإن كان هو أولى بل ولا مراعاة الطريق الأوّل من التخلّص. بل (**جاز**) له (**أن يستوفي عوض ما أدّاه إلى البائع عن موكّله من هذه السلعة، ويرد ما يفضل عليه**) ولو بالدسّ في ماله (**أو يرجع بما يفضل له**) فيترقّب له مالاً يتمكّن من المقاصّة منه بمجرّد إنكار

---

[١] **وفي المسالك: «إن كانت العين قد تلفت عند البائع وجب على الوكيل ردّ العين إليه، وإن كانت باقية عنده فخلاص الوكيل أن يصالح الموكّل عليها بما دفعه من المثل أو القيمة ثمّ يصالح البائع على العين إن أمكن»**[1].

وفيه: أنّ مقتضاه عدم ضمان الثمن على البائع مطلقاً، وإلّا كان المتّجه الخلاص المزبور على التقديرين ولو على قيمة الثمن أو مثله، وليس ما نحن فيه كالثمن المدفوع عن المغصوب من العالم بغصبه الذي حكي الإجماع على عدم الرجوع به مع التلف بخلاف البقاء، ولولاه لكان الضمان فيه متجهاً؛ لفساد المعاملة وكون اليد يد ضمان، والتسليط إنّما كان بعنوانها لا مجّاناً، كما هو واضح.

[٢] **وفي المسالك: «فيشتريها منه بالثمن إن كان باقياً وإلّا دفعها إليه، ولا شيء عليه»**[2].

وفيه النظر السابق.

[٣] ضرورة أنّه معلّق عليه في الواقع، ولم يثبت له اعتبار عدم هذه الصورة في التسبيب المزبور بل مقتضى إطلاق الأدلّة خلافه.

[٤] ضرورة أنّه يكون للموكّل بسبب البيع المزبور في ذمّة الوكيل مقدار ماله في ذمّة الموكّل، وهو الثمن الذي أدّاه للبائع عنه بالوكالة المفروض صحّتها واقعاً، وإن لم يكن قد أدّى عنه أذن له في التأدية.

[٥] لعدم وجوبه عليه.

[٦] ضرورة أنّه إن كان الأمر كما ذكره الوكيل فالحاكم ولي الممتنع، وإلّا كان العقد لغواً.

---

(١) المسالك ٥: ٢٧٥.

(٢) المسالك ٥: ٢٧٦.

الوكالة [١]. (**ولو وكّل اثنين**) مثلاً (**فإن شرط الاجتماع**) من كلّ منهما (**لم يجز لأحدهما أن ينفرد بشيء من التصرّف**) وإن كان في الخصومة ، وإن شرطه لأحدهما لم يجز له خاصّة الانفراد [٢]. لا في الموضوع ولا في الحكم سواء جعل الوكيل هما أو ذكر ذلك قيداً في وكالة كلّ منهما [٣]. بل (**وكذا لو أطلق**) الوكالة لهما بأن قال : وكّلتكما أو أنتما وكيلاي أو نحو ذلك مما هو ظاهر في إرادة وكالتهما من حيث الاجتماع . بل لا يبعد الاكتفاء في ذلك بعدم ظهور إرادة الانفراد [٤]. نعم لو وكّل أحدهما ثمّ وكّل الآخر فالظاهر استقلال كلّ منهما ، وليس وكالة الثاني عزلاً للأوّل . كما أنّ وكالتهما لا يعتبر فيها الإجتماع ، وإن ذكر بعض ذلك في الوصيين على الوجه المزبور[1] إلّا أنّ الأقوى خلافه إلّا بالقرينة . (و) حينئذٍ فـ(**لو مات أحدهما بطلت الوكالة**) مع اشتراط الاجتماع [٥]. (و) على كلّ حال فـ(**ليس للحاكم أن يضمّ إليه أميناً**) [٦]. هذا ، والمراد باجتماعهما على العقد صدوره عن رأيهما وأمرهما معاً لا

---

[١] لإطلاق أدلّة المقاصة من قوله تعالى: ﴿ **مَنِ اعْتَدَى** ﴾[2] وقوله تعالى: ﴿ **وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ** ﴾[3] وغير ذلك، والله العالم.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٣] ضرورة عدم اعتبار الاتحاد في الوكالة ، كضرورة عدم جواز التصرّف في مال الغير بغير إذنه .

[٤] لوجوب الاقتصار على المتيقّن بعد أن لم يكن ظهور في الانفراد . وفي دعائم الإسلام عن أبي جعفر محمد بن علي عليه السلام متّصلاً بماسمعته عنه في مسألة إطلاق الوكالة : « وإن أمر رجلين أن يبيعا له عبداً فباعه أحدهما لم يجز بيعه إلّا أن يجعل البيع لكلّ واحد منهما على الانفراد أو لهما معاً إذا اجتمعا »[4].

[٥] لانتفاء المركّب بانتفاء أحد جزأيه ، وإلّا بطلت وكالة الضميمة بموت الآخر دون العكس ؛ لما عرفت أيضاً .

[٦] لعدم ولايته على الموكّل الذي قد انتفى موضوع وكالته بالموت . **وفي المسالك : « نبّه المصنّف بذلك على الفرق بين الوصي والوكيل ، حيث إنّ موت أحد الوصيين على الاجتماع يجوّز للحاكم الضمّ ، والفرق أنّه لا ولاية للحاكم هنا على الموكّل بخلاف الوصي ؛ لأنّ النظر في حقّ الميت واليتيم إليه وإذا تعذّر أحد الوصيين صار الآخر بالنسبة إلى التصرّف بمنزلة عدم الوصي ؛ إذ لم يرض برأيه منفرداً فتداركه الحاكم بنصب شريك »**[5].

قلت : ما ذكره وإن كان مختار جماعة ، لكن قد يقال : إنّ المتّجه بناءً على ما ذكره انتفاء الوصي حينئذٍ ؛ لما عرفت : من قاعدة انتفاء المركّب بانتفاء أحد جزأيه فينتقل الأمر إلى الحاكم كما لو ماتا معاً ، لا أنّه يضم مع الموجود شخص آخر لبقاء حقّ الوصاية له . واحتمال إرادة تقييد ذلك بما إذا كان حيّاً يقتضي استقلال الباقي بالوصاية ، كما عن الأكثر[6] ، ولا مدخلية للحاكم لعدم الولاية له على من كان له وصي ، كما أوضحنا ذلك في كتاب الوصية . اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ الحاكم يقوم مقام الميت الذي هو شريك لعجزه بالموت عن أداء ما تكلّف به إلّا أنّه كماترى ؛ ضرورة اقتضاء الموت بطلان هذه الولايات لا أنّه باقية معه حتى يقوم الحاكم ؛ لعدم الدليل على ثبوتها بعده . بل ظاهر أدلّتها اختصاصها في حال الحياة فالتمسّك بالاستصحاب حينئذٍ في غير محلّه ، بعد فرض ظهور الدليل في اعتبار الحياة ، وإن أمكن منعه لو لاظهور اتفاق الأصحاب على ذلك .

---

(١) (٦) القواعد ٢ : ٥٦٧ . المسالك ٦ : ٢٥٤ .　　(٢) (٣) البقرة : ١٩٤ .

(٤) دعائم الإسلام ٢ : ٥٧ ، ح ١٥١ . المستدرك ١٤ : ٤٢ ، ٤٣ ، ب ٢٠ من الإجارة ، ح ١ ، وفيه : « الانفراد إن انفردا » .

(٥) المسالك ٥ : ٢٧٧ ـ ٢٧٨ ، وفيه : « بخلاف الموصي » بدل « بخلاف الوصي » .

إيقاع كلّ منهما الصيغة [١]. ولو فرض اشتراط الاجتماع في نفس الصيغة كان المتّجه صدور الإيجاب منهما دفعة أو القبول. وأمّا قراءة الصيغة تامة من كلّ واحد منهما مرّة مستقلّة فقد يشكل [٢]. هذا كلّه في الوكالة بقيد الاجتماع. (**أمّا لو شرط الانفراد جاز لكلّ منهما أن يتصرّف غير مستصحب رأي صاحبه**) [٢]. بل وجب عليه [الانفراد] مع إرادة العزيمة من الشرط لا الرخصة، كما ذكروا نظيره في الوصية. وكذا الحال فيما لو كان ظاهر التوكيل ذلك، وإن لم يصرّح باشتراط الانفراد، والله العالم. ويجوز وكالة الواحد عن اثنين أيضاً، ولو في الخصومة بينهما مع عدم التضاد في القيام بمصلحة كلّ منهما، كما يجوز عن المتعاقدين وعن أحدهما مع نفسه، حتى في استيفاء القصاص من نفسه والحدّ والدين [٣]. (**ولو وكّل زوجته**) أو عبده (**أو عبد غيره ثمّ طلّق الزوجة وأعتق العبد لم تبطل الوكالة**) [٤]. [لو باع العبد فلا إشكال في توقف صحّة عقده على إذن المشتري] [٥].

---

[١] **وفي المسالك: وإن كان ذلك جائزاً أيضاً قال: «فلو وكّل أحدهما في إيقاع الصيغة أووكّلا ثالثاً صحّ إن اقتضت وكالتهما جواز التوكيل، وإلّا تعيّن عليهما إيقاع الصيغة مباشرة، فيوقعها كلّ واحد مرّة، ويمكن أن يكون هذا من مواضع جواز توكيل الوكيل ولو أحدهما للآخر؛ لدلالة القرائن على أنّه لا يريد مباشرة الصيغة مرّتين غالباً»**[1].

وفيه: أنّه لا داعي إلى التوكيل بعد تفسير «الاجتماع» بما عرفت؛ ضرورة صدور التصرّف منهما بإيقاع الواحد باطلاع الآخر وإذنه في ذلك كما هو واضح.

[٢] بالشكّ في تناول الأدلّة لمثل هذا البيع، خصوصاً بعد الفصل بينهما بمدّة، بل قد ينافيه ظاهر الأدلّة على نحو ما سمعته في امتناع التعليق المنافي لظاهر دليل السببية، ويمكن حمل كلامه [= المسالك] على الأوّل.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٣] لإطلاق الأدلّة وعمومها.

[٤] للأصل، **بل في جامع المقاصد ومحكي التذكرة وظاهر المسالك عدم بطلانها بالبيع أيضاً**[2]، وإن توقّف فعله، حينئذٍ على إذن المشتري إن كان [المشتري] غيره [= غير العبد] كما لو وكّله ابتداءً، وعدم جواز التصرّف بدون الإذن لا يقتضي بطلان التوكيل.

[٥] [لكن] قد يناقش بعدم ما يدلّ على صحّة مثل هذا العقد الذي لا إشكال في توقّفه على الإذن المعتبرة: في الاستدامة كالابتداء؛ ضرورة اتّحاد مدرك اعتبارها، وفرق واضح بين وقوع العقد على عبد الغير ابتداءً فإنّه من الفضولي حينئذٍ وبين محلّ الفرض الذي قد وقع فيه العقد صحيحاً للمالك فلا يتصوّر انقلابه فضولاً. وليس هو كإجازة الموقوف عليه إذا مات في أثنائها وانتقل الوقف إلى الطبقة الثانية التي تكفي في بقاء صحّة العقد إجازتهم، باعتبار كونهم متلقّين من الواقف، والعقد من أوّله في الواقع على الفضولية، بخلاف ما نحن فيه. وحينئذٍ فما قيل من أنّه لو لم يستأذن المشتري نفذ تصرّفه وإن ترك واجباً[3] لا يخلو من إشكال؛ لعدم ثبوت النيابة الشرعية. نعم يقع العقد منه فضولاً أو صحيحاً بالإذن مع فرض استمرارها.

---

(١) (٣) المسالك ٥: ٢٧٧. التذكرة ١٥: ١٦٢.

(٢) جامع المقاصد ٨: ٢٠٥ ـ ٢٠٦. التذكرة ١٥: ١٦١ ـ ١٦٢. المسالك ٥: ٢٧٨.

ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يوكّل عبده ثمّ يبيعه أو عبد غيره ثمّ يبيعه بل أو يشتريه هو [١].

هذا كلّه في الوكالة التي هي عقد على حسب ما عرفت.

(**أمّا لو أذن لعبده في التصرّف بماله**) على وجه الاستخدام به (**ثمّ أعتقه بطل الإذن ؛ لأنّه**) على الوجه المزبور (**ليس على حدّ الوكالة ، بل هو إذن تابع لـ**) ـلاستخدام با (**لملك**) [٢].

وكذا في الزوجة المأذونة على حسب استخدام الرجال بأزواجهم فطلّقها.

نعم لو فرض حصول الإذن لهما المساوقة للوكالة أمكن حينئذٍ القول ببقائها كالوكالة مالم تكن قرينة على التقييد ، فإنّها تُتبَع حتى في الوكالة أيضاً [٣]

(**وإذا وكّل انساناً في الحكومة لم يكن**) ذلك منه (**إذناً في قبض الحقّ**) مالم تكن ثمّ قرائن (**إذ قد يوكّل من لا يستأمن على المال**) فلا يجوز له حينئذٍ ذلك ولا يبرأ من عليه الحقّ بتسليمه.

(**وكذا لو وكّله في قبض المال فأنكر الغريم لم يكن ذلك إذناً في محاكمته ؛ لأنّه قد لا يرتضى للخصومة**) لقصوره عنها ، بل وإن كان أهلاً لها [٤].

---

[١] ومنه يعلم ما في القواعد من النظر[١] فلاحظ.

[٢] بخلاف عقد الوكالة الظاهر في الاستقلال إلّا مع القرينة.

[٣] وقد أطنب في جامع المقاصد في وجه الفرق بين الإذن والوكالة في الفرض[٢].

لكن ناقشه في **المسالك : بأنّ الوكالة لا تنحصر في لفظ ، بل تصحّ بكلّ ما دلّ على الإذن في التصرّف ، وحينئذٍ فيشكل الفرق بينهما ببطلان الإذن دونها . اللهمّ إلّا أن يستفاد ذلك من القرائن الخارجة الدالّة على أنّ مراده من الإذن ما دام في رقّه ، ومراده في الوكالة أنّه مأذون مطلقاً وحينئذٍ فلا فرق بين كون الإذن بصيغة الوكالة وغيرها مع احتماله فتزول مع الإذن المجرّد لا مع التوكيل بلفظها ، حملاً لكلّ معنى على لفظه ، ويضعّف بما مرّ من أنّ الوكالة ليست أمراً مغائراً للإذن ، بل تتأدّى بكلّ ما دلّ عليه ، ولا فرق بين الصيغتين**[٣].

قلت : فرق واضح بين الإذن والوكالة ؛ ضرورة اعتبار إنشاء معنى العقدية الذي هو الربط بين الإيجاب والقبول في الثاني دون الأوّل.

ولذا لم تبطل الوكالة بعد تحقّقها إلّا بالعزل ، ونحوه ممّا تقدّم سابقاً باعتبار تحقّق أثر العقد المستصحب بقاؤه ، بخلاف الإذن التي يكفي في عدم ترتّب أثرها الشكّ في حصولها ، ولو بسبب طروّ حال مغاير لحال ابتدائها.

بل قد يقال بكفاية احتمال تغيّر الداعي في ذلك ، بخلاف الوكالة ، والله العالم.

[٤] لأنّه تعدٍّ عن الموكّل فيه.

---

(١) انظر القواعد ٢ : ٣٥٣ ، ٣٦٥.

(٢) جامع المقاصد ٨ : ٢٠٥ ـ ٢٠٧.

(٣) المسالك ٥ : ٢٧٨.

كما أنّه لو كان أهلاً للاستئمان في الأوّل لم يكن القبض له [١].

(فرع:)

[لو قال: وكّلتك في قبض حقي من شخص ثمّ مات ذلك الشخص]:

(لو قال: وكّلتك في قبض حقي من فلان فمات [فلان] لم يكن له مطالبة الورثة) [٢].

(أمّا لو قال: وكّلتك في قبض حقي الذي على فلان كان له ذلك) [٣].

(ولو وكّله في بيع فاسد) مثلاً للتأجيل بأجل غير معلوم ونحوه أو ابتياع كذلك **(لم يملك)** الوكالة في **(الصحيح)** سواء كانا عالمين أو جاهلين أو متفرّقين [٤].

إلّا مع القرينة عرفاً على إرادة الوكالة على أجل معيّن منطبق على ذلك تقريباً.

وعلى كلّ حال فهو غير وكيل، لا على الفاسد الممنوع شرعاً، ولا على الصحيح المفروض عدم اندراجه في عبارة الموكّل. فلو باع بها أو اشترى ودفع المبيع أو الثمن فهو فضولي، ويضمن ما دفعه مع عدم الإجازة [٥].

(وكذا لو وكّله في ابتياع معيب) لا يجوز له التخطّي إلى شراء الصحيح [٦].

إلّا مع قرينة حال أو مقال تقتضي التعدّي.

---

[١] لأنه تعدٍّ كما هو واضح.

وكأنّه عرض بذلك إلى اختلاف الشافعية بينهم[1]، والله العالم.

[٢] لعدم اندراجه في عبارة الوكالة.

[٣] لعدم تعيين المقبوض منه فيدخل الوارث بل المتبرّع، بخلاف الأوّل الذي قد ذكر فيه المقبوض منه بلفظ «من» المقتضية لحصول ابتداء القبض منه. بل قد يشكّ في وكيله، فإنّه وإن كان يده يده شرعاً وجزم به في المسالك[2] وغيرها، إلّا أنّ ذلك لا يقتضي دخوله في عبارة الموكّل، وحملها على إرادة ماهو الأعم منهما ليس بأولى من حملها على إرادة الأعم من ذلك ومن المتبرّع والوارث، وخصوصاً إذا كان هو الوصي على وفاء الدين فإنّه قبض منه شرعاً حينئذٍ باعتبار قيامهم مقامه في ذلك، ولكن لا يخفى عليك أنّ المدار الفهم العرفي، فتأمّل جيّداً.

[٤] لعدم اندراجه فيه.

[٥] وقاعدة «مالا يضمن» قد عرفت عدم الدليل عليها بحيث يشمل المقام، ونحوه من الوكالة على مغصوب وشبهه، أو أنّ ما نحن فيه ليس من مقتضاها؛ ضرورة استناد الضمان فيها إلى دفعه الذي هو بلا إذن، والمسلّم منها عدم ضمان نفس العين إذا كانت بفساد الوكالة أمانة شرعية في يده لا مطلقاً، بناء على عدم الضمان فيها إذا كانت أمانة من المالك بإذن خارجة عن إذن العقد المقتضي لكونها أمانة، أو غير ذلك، لا لكونه مضمونة منه كما هو واضح بأدنى تأمّل، والله العالم.

[٦] لتفاوت الأغراض.

---

(١) انظر المجموع ١٤: ١١٥ ـ ١١٦.

(٢) المسالك ٥: ٢٨٠.

(و) كذا (لو[١] **كان لإنسان على غيره دين فوكّله أن يبتاع له به متاعاً جاز**) [١].

(و) لكن لا (**يبرأ**) إلّا (**بالتسليم إلى البائع**) [٢]. فحينئذٍ إذا فرض وقوع الشراء بمثل مافي ذمّته قدراً وجنساً مثلاً وأراد دفع ذلك إلى البائع وفاءً عمّا في ذمّته لم يبرأ ممّا للمالك في ذمّته إلّا بتسليم البائع [٣].

ولو كان الابتياع وقع بماله في ذمّته على وجه صار ثمناً فلا ريب في ملكية البائع حينئذٍ، وما يعيّنه قبل قبضه له لا يكون تعييناً، إلّا أنّ المراد بالبراءة حينئذ الخلاص من عهدة تسليم الثمن إلى بائعه.

وأمّا لو عيّن مقداره وأوقع الشراء به فمقتضى الضوابط الشرعية انتقال المبيع إلى من عليه الدين [٤].

[حكم ما تثبت به الوكالة]:

الفصل (**الخامس : فيما به تثبت الوكالة**) على وجه تجري عليه جميع أحكامها.

(و) [المختار] [٥] أنّه (**لا يحكم بـ**) ثبوت (**الوكالة بدعوى الوكيل**) وإن جاز الأخذ ممّا في يده مع عدم المعارض (**ولا بموافقة الغريم**) وإن ألزم بإقراره، إلّا أنّه ليس إثباتاً شرعياً يمضي على الموكّل لو أنكر (**مالم يقم بذلك بيّنة، وهي شاهدان**) جامعان للشرائط، وكذا [لا يحكم بثبوت الوكالة]بالاستفاضة التي لا تفيد العلم [٦].

(و) على كلّ حال فـ(**لا تثبت**) أيضاً (**بشهادة النساء، ولا بشاهد واحد وامرأتين، ولا بشاهد ويمين على**

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٢] ضرورة عدم تشخّص الدين إلّا بقبض من هو له، أو من يقوم مقامه، والفرض عدم وكالة من عليه في تشخيصه؛ إذ لم يأمره إلّا بالشراء به المقتضي للتسليم إلى البائع.

[٣] فإنّ ما عيّنه وفاءً قبل قبضه لم يتعيّن به مال المالك، بل هو باق على ملكه.

[٤] ضرورة كون ما عيّنه باقياً على ملكه، فينبغي أن يكون المبيع له، لا لمن له الدين. إلّا أنّه احتمل في جامع المقاصد ـ كما تقدم سابقاً وتبعه في المسالك هنا ـ الاكتفاء بمثل هذا الإقرار في صحّة البيع لمن له الدين، وإن لم يحصل تمام الوفاء إلّا بتسليم البائع؛ للاكتفاء في الأوّل بنحو هذا المقدار من الملكية، بخلاف الثاني[٢]. وحاصله أنّه بالإقرار المزبور يملكه من له الدين ملكاً متزلزلاً، ويتبعه التزلزل في براءة الذمة إلى أن يتسلّم البائع ذلك منه، فتستقرّ البراءة حينئذٍ من هذه الجهة. إلّا أنّ ذلك مناف للضوابط الشرعية؛ ضرورة عدم حصول الملك ولو متزلزلاً لمن له الدين بعد أن لم يكن وكيلاً فيه. ودعوى استفادة ذلك من عبارة الوكالة المزبورة ممنوعة، ولو سلّم فالمتّجه حصول تمام البراءة باقراره وتشخيصه؛ لأنّ الفرض كونه وكيلاً في ذلك، والتسليم إلى البائع أمر آخر، قد وكّل فيه أيضاً، فلا يقتضي عدم حصول الوفاء تماماً إلّا بالتسليم، كما هو واضح بأدنى تأمّل، والله العالم.

[٥] **[و] لا خلاف كما لا إشكال في [ذلك].**

[٦] **بل في الكفاية الإشكال فيها معه**[٣] **[أي مع العلم]** وإن كان في غير محلّه؛ ضرورة أنّه ما وراء العلم من شيء. وما أبعد ما بين ذلك وبين احتمال الثبوت بها، وإن لم تفد العلم؛ لدعوى عدم الفرق بينها، وبين ما صرّحوا بثبوته بها، كالهلال ونحوه، وإن كان هو أيضاً كما ترى بعد حرمة القياس، وبعد فرض ثبوت المقيس عليه بها وإن لم تفد العلم.

---

(١)(٣) في الشرائع : «إذا». كفاية الأحكام ١ : ٦٨١.

(٢) جامع المقاصد ٨ : ٢١٠. المسالك ٥ : ٢٨١.

قول مشهور) في الجميع [١]. نعم لو ادعى جُعلاً على وكالة قد فعل مقتضاها أمكن ثبوت الجُعل نفسه بها [٢].

وكيف كان فـ[ـالمختار] [٣] ثبوتها بتصديق الموكّل وبالشاهدين الجامعين للشرائط المجتمعين على مشهود عليه متّحد في الزمان والمكان وغيرهما من عقد خاص أو إقرار كذلك، بل الظاهر عدم الحاجة إلى حكم الحاكم بهما [٤]. أما (**لو شهد أحدهما بالوكالة في تاريخ والآخر في تاريخ آخر قبلت شهادتهما ؛ نظراً إلى العادة في الإشهاد، إذ جمع الشهود لذلك في الموضع الواحد قد يعسر**) [٥].

(**وكذا لو شهد أحدهما**) باستفادة (**أنّه وكّله بالعجمية**) من الموكّل (**والآخر بالعربية ؛ لأنّ ذلك يكون إشارة**

---

[١] **بل في المسالك : « لا أعلم به مخالفاً »[١]. بل في جامع المقاصد والمفاتيح نفيه[٢]. بل في التذكرة ومجمع البرهان الإجماع عليه[٣]. لكن في مفتاح الكرامة عن كشف اللثام عن الشيخ في المبسوط في كتاب الشهادات : أنّه قوّى قبول شاهد وامرأتين في الطلاق والخلع والوكالة والوصية والنسب ورؤية الأهلة[٤]. بل حكى عن الصدوق والمفيد والشيخ في النهاية وسلاّر وابني حمزة وزهرة ما هو ظاهر في قبول شهادة النساء فيها[٥].**

وإن كان الذي تقتضيه قواعد المذهب الأوّل ؛ لما عرفته من الإجماعات المعتضدة بنفي الخلاف ، وبقاعدة أصالة عدم ثبوت الحقّ وغيرها ، فلا ريب حينئذٍ في ذلك ؛ لعدم كونها مالاً ، وان تعلّقت به ، باعتبار كونها ولاية عليه ، إلّا أنّ ذلك لا يقتضي صحّة إثباتها بالمزبورات التي ستعرف إن شاء الله في محلّه اشتراط قبولها بما لا يكفي فيه مثل هذا التعليق ، وإن كان في صحيح ابن مسلم[٦] الاكتفاء بالشاهد واليمين في حقوق الناس ، إلّا أنّ الظاهر إرادة ما لا يشمل ذلك منه في مقابلة العامّة المنكرين حجيّة ذلك بالمرة إلّا أنّ الإنصاف ما تسمعه إن شاء الله في كتاب القضاء .

[٢] لأنّه مال دونها ، ولا يستلزم ذلك تبعّض مقتضى الشهادة ، بل هو بمنزلة دعويين ثبتت إحداهما دون الأخرى ، نحو ما ذكروه في السرقة من إثبات نفس المال بذلك ، دون القطع . **وإن تأمّل فيه في مجمع البرهان على ما قيل[٧]. بل عن بعض متأخّري المتأخّرين أنّ ثبوت الجعل والمال دون الوكالة والسرقة لا ينطبق على القواعد والأُصول ، بل هو ممّا تنكره بديهة العقول[٨].** إلّا أنّه كما ترى ؛ ضرورة صدق اشتمال الفرض على المال ، فيشمله ما دلّ على حجيّة ذلك فيه ، وغيره مما اعتبر الشارع في إثباته شيئاً مخصوصاً ، والله العالم .

[٣] **[و] لا خلاف كما لا إشكال في [ذلك].**

[٤] لعموم دليل الحجيّة وللسيرة ، (و) لغير ذلك ممّا ذكرناه في نظائر المسألة .

[٥] ولأنّ المشهود عليه في الحقيقة متّحد ؛ إذ هو كونه وكيلاً والاختلاف في تاريخ الشهادة عليه أو في مكانه لا يقتضي اختلافاً فيه ، بعد أن لم يذكرا سببه من إقرار أو إنشاء ، على أنّ ذا التاريخ السابق شاهد بكونه وكيلاً في اللاحق . وكذا بالنسبة إلى المكان ، فلا ريب في اتّحاد المشهود عليه وإن اختلف تاريخ شهادتهما أو مكانها .

---

(١) المسالك ٥ : ٢٨٢ ، وفيه : « لا نعلم ».
(٢) جامع المقاصد ٨ : ٢٨٥ . مفاتيح الشرائع ٣ : ١٩٣ .
(٣) التذكرة ١٥ : ٢٢٥ . مجمع الفائدة ٩ : ٥٨٩ .
(٤)(٨) مفتاح الكرامة ٧ : ٦٢٥ . الحدائق ٢٢ : ٧٥ .
(٥) نقله في مفتاح الكرامة ٧ : ٦٢٥ .
(٦) الوسائل ٢٧ : ٢٦٨ ، ب ١٤ من كيفية الحكم ، ح ١٢ .
(٧) قاله في مفتاح الكرامة ٧ : ٦٢٦ . انظر مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٥٨٩ .

إلى المعنى الواحد) [١]. نعم **(لو اختلفا في لفظ العقد بأن يشهد أحدهما أنّ الموكّل قال)** في عقده: **(وكّلتك ويشهد الآخر أنّه قال: استنبتك لم تقبل)** في المشهور **(لأنّها شهادة على عقدين؛ إذ صيغة كلّ واحد منهما مخالفة للأُخرى)** والفرض عدم ثبوت كلّ منهما. **(و)** لكن مع ذلك **(فيه تردّد)** عند المصنّف **(إذ مرجعه إلى أنّهما شهدا في وقتين)** على تحقّق وصف الوكالة بتعدّد إنشاء أو تعدّد إقرار أو إنشاء وإقرار.

(أمّا لو عدلا عن حكاية لفظ الموكّل واقتصرا على إيراد المعنى) الذي هو كونه وكيلاً **(جاز وإن اختلفت عبارتهما)** [٢].

٧٨/٤١٤

---

[١] وهو الاتصاف بكونه وكيلاً (و) إن اختلفا في طريق استفادتهما له.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال.** وبذلك ظهر لك أنّ الإطناب من المسالك[١] أو غيرها في الإيراد على عبارة المصنّف الأُولى ـ وأنّها منافية للمشهور من عدم قبول الشهادة مع الاختلاف في التاريخ إلّا في الإقرار الذي له نسبة في الخارج وقد حصل المقتضي وهو اتّفاقهما على الإقرار بها، والأصل عدم تعدّد نسبته بخلاف الإنشاء ـ في غير محلّه. بل قال في ذيل كلامه بعد الإطناب في بيان الفرق بين الإقرار وغيره: «هذا غاية ما يمكن توجيه ما ادعوه من الفرق، ومع ذلك لا يخلو من نظر. فكيف بما أطلق المصنّف؟!» إذ قد عرفت أنّ عبارة المصنّف الأُولى صريحة أو كالصريحة في إطلاق الشهادة بالوكالة، من دون تعرّض للإقرار والإنشاء. كما أنّ المراد من الثانية الاختلاف في استفادة الوكالة من الموكّل بالعربية وغيرها خصوصاً بعد ملاحظة تعليله. وقوله بعد ذلك: «ولو اختلفا في لفظ العقد» الذي قد افتى به على وفق المشهور، ثمّ تردّد فيه. إنّما الكلام فيما تردّد فيه فنقول: إنّ مبنى قبول الإقرار في وقتين الاتّفاق على حصول المقتضي مع عدم العلم بحصول الاختلاف، لا حصول الاتحاد فيهما؛ ضرورة عدم العلم؛ لاحتمال كون الإقرار الثاني بوكالة جديدة متعقّبة لفسخ الأُولى مثلاً. وأصالة عدم الاختلاف لا يقتضي العلم بحصول الاتحاد، فليس المبنى حينئذٍ إلّا ما عرفت. وهو بعينه يمكن تقريره في الصيغتين في وقتين المقتضي؛ لعدم تكاذبهما فيما شهدا به؛ إذ ليس هو كشهادتهما باختلافهما في الوقت الواحد المقتضي للتناقض المانع من قبول ذلك منهما. وحينئذٍ مع فرض شهادة كلّ منهما بصيغة في وقت أو بصيغة واحدة في وقتين يقال أيضاً: إنّ مقتضى التوكيل قد حصل، وقد اتّفقا على حصول مقتضاهما الذي هو الوكالة، والأصل عدم اختلاف مقتضى الثانية مع الأُولى؛ إذ يمكن تكريرها للاحتياط، أو إرادة الإشهاد على الإنشاء. بل قد يقال بعدم المانع في الوكالة ونحوها من تجديد صيغتها. ودعوى أنّ الثانية بعد الأُولى لغو لا وجه لها على أنّ الحكم بذلك متوقّف على العلم بحصول الأُولى، وحينئذٍ يتمّ المشهود عليه.

وبالجملة التأمّل الصادق يقتضي عدم الفرق بين الشهادة على الإقرار في وقتين أو الإنشاء في وقت والإقرار في آخر، الذي صرّح في المسالك بأنّه مقتضى التعليل في المتن[٢] وبين ما نحن فيه. بل لعلّه أولى بالقبول من الأخير الذي لم يحصل شاهدان على إنشائه ولا على إقراره، إلّا أنّهما متّفقان على حصول وصف الوكالة وهو كاف.

ولعلّه لذلك ونحوه حكي عن الأردبيلي الجزم بموافقة المصنّف على مقتضى تردّده[٣].

---

(١) المسالك ٥: ٢٨٣ ـ ٢٨٤.

(٢) المسالك ٥: ٢٨٤.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٥٩٤.

نعم بناءً على كون الاتحاد شرطاً ويعتبر العلم به يتّجه عدم القبول فيه ، وفي الإقرار أيضاً [١].

ولو شهد أحدهما أنّه وكّله في بيع عبده والآخر أنّه وكّله وزيداً ، أو أنّه قال : لا تبعه حتى تستأمر زيداً فلا ريب في عدم ثبوت أحدهما [٢].

لكن قد يقال : يمكن الحكم بالصحّة حينئذٍ لو باع هو وزيد أو مستأمراً لزيد على وجه يمضي على الموكّل لو أنكر [٣].

اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ ذلك منهما يقتضي الاختلاف في العقد .

ويأتي فيه الكلام السابق .

وكذا لو شهد أحدهما أنّه وكّله في بيع عبده والآخر في بيع عبده وجاريته صفقة ، فإنّه وإن لم يثبت الوكالة في أحدهما بالخصوص لكن لو باع صفقة يمكن القول بحصول الاتّفاق منهما على مضي بيع العبد في حقّ الموكّل ، دون الجارية بعد فرض عدم أخذ الانفراد في بيع العبد .

أمّا إذا لم يقل صفقة فلا ريب في ثبوت الوكالة في العبد دون الجارية ، كما لو شهد أحدهما في بيعه لزيد والآخر في بيعه له وإن شاء لعمرو .

ولو شهدا بوكالته ثمّ قال أحدهما : عزله لم تثبت الوكالة .

ولو كان الشاهد بالعزل ثالثاً ثبتت الوكالة دونه ، بناء على اعتبار التعدّد فيه [٤].

---

[١] ولو حمل عبارة المصنّف على إرادة الشهادة على لفظ العقد في وقت ولفظه في وقت آخر على معنى أنّ الشاهد الثاني يشهد على صدوره من الموكّل مكرّراً له ولو باقرار منه حينئذٍ يكون الوجه في قبوله أوضح ؛ إذ ليس فيه إلّا اختلاف الوقت فتأمّل جيّداً ، وقد يأتي في كتاب القضاء والشهادات ما ينفع في المقام إن شاء الله .

[٢] **كما جزم به في القواعد[١] وغيرها .**

[٣] ضرورة عدم نفي الأوّل للثاني ، وحينئذٍ يدخل فيه ويتمّ اتّفاقهما على هذا الفرد .

[٤] **بل في جامع المقاصد ومحكي التذكرة الإجماع على عدم ثبوته بخبر العدل[٢] .**

بل قال في الأول : « إنّ المراد ممّا في النص والفتوى من الاكتفاء بخبر العدل الانعزال به بعد ثبوت العزل ، وفائدة الأخبار حينئذٍ كون العزل الواقع غير نافذ لولاه لجهل الوكيل به لا ثبوت العزل به » .

ولكن لا يخفى عليك ما فيه من منافاته لظاهر صحيح هشام بن سالم[٣] المتقدّم سابقاً من ثبوت العزل به ، وأنّه كالمشافهة فلا يبعد القول بأنّ الصحيح المزبور من باب الإخبار ، لا الشهادة . بل لعلّه ظاهر بعضهم أو صريحه ، والإجماع المزبور لم نتحقّقه ، بل لعلّ المتحقّق خلافه كما أوضحنا بعض ذلك فيما تقدّم .

---

(١) القواعد ٢ : ٣٦٦ .

(٢) جامع المقاصد ٨ : ٢٩٠ ـ ٢٩١ . التذكرة ١٥ : ٢٢٨ .

(٣) الوسائل ١٩ : ١٦٢ ، ب ٢ من الوكالة ، ح ١ .

(و) كيف كان فـ[ـالمختار][١] أنّه (**إذا علم الحاكم بالوكالة حكم فيها بعلمه**) كغيرها من حقوق الناس وحقوق الله تعالى[٢].

(**تفريع**):

(**لو ادعى الوكالة عن غائب**) مثلاً (**في قبض ماله من غريم فإن أنكر الغريم فلا يمين عليه**) بناءً على عدم إلزامه بالتسليم لو صدّقه في العين والدين الذي ستعرف الكلام فيه.

ومنه تعرف ما في كلامنا في اليمين هنا حتى في الدين مع فتواه بالإلزام لو صدّق.

(و) على كلّ حال فـ(**ـإن صدّقه فإن كانت عيناً لم يؤمر بالتسليم**) من الحاكم عند الترافع إليه[٣].

ولكن لا يمنعه لو دفع[٤].

[نعم لو كان في يده مال وادعى الوكالة في بيعه مثلاً، فإنه يؤمر بالتسليم لو باعه وإن كانت دعواه غير نافذة أيضاً على المالك][٥].

---

[١] [كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].

[٢] بل عن الانتصار والخلاف والغنية والسرائر الاجماع عليه[١].

فما عن أبي علي من الخلاف في ذلك[٢] في غير محلّه، بل قيل: إنّه مناف لضروري المذهب[٣] حيث أطبق الإمامية على الإنكار على أبي بكر في طلب البيّنة من سيدة النساء التي أذهب الله عنها الرجس وطهّرها تطهيراً[٤]، والله العالم.

[٣] لتعلّق إقراره في حقّ الغير الذي لم تثبت الوكالة في حقه؛ لتصديقه المحتمل لكذبه، ولغيره.

[٤] باعتبار عدم المعارض.

ومن هنا لم أجد خلافاً في شيء من ذلك إلّا ما عن مجمع البرهان من التأمّل في عدم وجوب التسليم مع التصديق، وأنّه إن تمّ لم يجز له الدفع[٥].

وفيه: أنّ وجوب التسليم إن قلنا به فهو في حقّه باعتبار إقراره الذي لا كلام لنا فيه.

بل قد يقال بترتّب الضمان عليه من هذه الجهة لو بان أنّه وكيل، إلّا أنّه لا يقتضي إلزام الحاكم له به على وجه الحكومة القاطعة للنزاع بحيث يترتّب عليها مباشرته للدفع مع فرض الامتناع منه، وهو المراد من قول المصنّف وغيره: «لم يؤمر» بل لعلّ ذلك هو الداعي للتعبير به دون عدم الوجوب. وليس المقام كمن في يده مال وادعى الوكالة في بيعه مثلاً فإنّه يؤمر بالتسليم لو باعه، وإن كانت دعواه غير نافذة أيضاً على المالك.

[٥] إلّا أنّه لمّا كان يده على المال وهو يصدق فيه كان معاملاً في الظاهر معاملة الثابت، بخلاف ما نحن فيه، فتأمّل فإنّه لا يخلو من دقّة.

---

(١) الانتصار: ٤٨٨. الخلاف ٦: ٢٤٤ ـ ٢٤٣. الغنية: ٤٣٦. السرائر ٢: ١٧٩.

(٢) الانصار: ٤٨٨.

(٣) لم نعثر عليه.

(٤) الانتصار: ٤٨٨.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٦٠٥.

(و) كيف فـ(ـلو دفع إليه كان للمالك) الذي لم يثبت في حقّه الوكالة ولو بيمينه (استعادتها) من كلّ منهما [١].

(فان تلفت) بغير تفريط (كان له إلزام أيّهما شاء) بالكلّ أو البعض [٢].

(مع) فرض (إنكاره الوكالة ولا يرجع أحدهما على الآخر) لو رجع عليه [٣].

أمّا مع التفريط فيتّجه رجوع الدافع ـ لو رجع عليه المالك ـ على الوكيل بعد غرامته أو قبلها بالمطالبة في وجه. (وكذا) الكلام بالنسبة إلى الأمر بالتسليم لو صدّقه فيما (لو كان الحق) الذي ادّعى الوكالة عليه (ديناً و) لكن (فيه تردّد) [٤]. بل لعلّ الأقوى هنا أنّه يؤمر بالتسليم [٥].

---

[١] للعدوان المتحقّق فيهما بظاهر الشرع.

[٢] لذلك [= للعدوان].

[٣] لكونه [= المالك] ظالماً عندهما في رجوعه.

[٤] وخلاف [أيضاً].

[٥] وفاقاً للمحقق الثاني والشهيد الثاني والخراساني وعن الحلّي؛ لاختصاص الإقرار في حقّه[١]؛ ضرورة أنّه يدفع الدين من خالص ماله، وإذا أنكر من له ذلك فهو على حجته. خلافاً للمحكي عن الشيخ ويحيى بن سعيد، والفاضل في الإرشاد وولده والكاشاني من مساواته للعين[٢]؛ لأنّ تسليمه إنّما يكون عن الموكّل ولا ينفذ إقرار الغريم عليه باستحقاق غيره لقبض حقه، ولأنّه لا يؤمر به إلّا إذا كان مبرئ للذمة على وجه يطالب به بعد ذلك. ومن ثمّ يجوز لمن عليه الحقّ الامتناع من التسليم للمالك للإشهاد عليه، وهنا ليس كذلك كما عرفت. ولأنّ الدافع على جهة كونه مال الغائب لم يثبت ما يقتضيه، والدفع على غير هذا الوجه غير واجب. والجميع كما ترى؛ ضرورة عدم توقّف الأمر بتسليمه على نفوذ إقراره في حقّ الغريم، بل يكفي فيه تعلّقه في حقه من غير معارضة لحقّ الغير، فهو كما لو أقرّ بالحوالة عليه من الغريم لشخص خاص فإنّه لا إشكال في أمره بالدفع إليه، وإن لم ينفذ ذلك في حقّ الغريم، بل هو على حجته، بلا خلاف أجده بين من تعرّض لذلك. نعم قد احتمل بعضهم عدم وجوب الدفع فيه أيضاً[٣]. لكنه في غير محلّه، بل اعترف بعضهم بأنّه في غاية الضعف، بعد أن نسب إلى الشافعي[٤]؛ ضرورة عدم انقطاع الاحتمال حتى مع الإشهاد على المالك لإمكان موتهما وفسقهما وغيبتهما وغير ذلك. وحينئذٍ فاحتمال الضرر مع إمكان دفعه بطريق من الطرق لا يصلح مانعاً لدفع الحقّ إلى وكيل مالكه باعتراف الغريم، مع أنّه يمكن فرض المسألة في حال القطع بعدم الضرر للغريم. بل من المعلوم أنّ جهة البحث هنا غير ذلك، والدفع على أنّه مال الغائب يكفي في ثبوت مقتضيه بالنسبة إلى ذلك الإقرار المزبور الذي لا يتوقّف إلزامه بمقتضاه عملاً بـ«إقرار العقلاء» وبوجوب دفع الحقّ إلى صاحبه المطالب به على نفوذه في حقّ الغير، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

---

(١) جامع المقاصد ٨: ٢٩٨ ـ ٢٩٩. المسالك ٥: ٢٨٦. كفاية الأحكام ١: ٦٨٢. السرائر ٢: ٩٨.

(٢) البسوط ٢: ٣٨٦. الجامع للشرائع: ٣٢٤. الإرشاد ١: ٤٢٠. الايضاح ٢: ٣٥٨. مفاتيح الشرائع ٣: ١٩٣.

(٣) القواعد ٢: ٣٦٨.

(٤) مفتاح الكرامة ٧: ٦٣٦. انظر المجموع ١٤: ١٥٢ ـ ١٥٣.

و(**لكن**) ينبغي أن يعلم أنّه على كلّ حال (**في هذا لو دفع**) ـه الغريم للوكيل (**لم يكن للمالك**) بعد إنكاره الوكالة وعدم إجازته القبض (**مطالبة الوكيل ؛ لأنّه لم ينتزع عين ماله ؛ إذ لا يتعيّن إلّا بقبضه أو قبض وكيله وهو ينفي كلّ واحد من القسمين**) [١].

نعم (**للغريم أن يعود**) بعد غرامته أو قبلها في وجه (**على الوكيل إن كانت العين باقية أو تلفت بتفريط منه ولا درك عليه لو تلفت بغير تفريط**) [٢].

وقد ظهر لك بما ذكرنا أنّه على المختار يجب على الغريم اليمين لو ادّعى الوكيل عليه العلم بوكالته في الدين دون العين [٣]. [و] (**كلّ موضع يلزم الغريم التسليم**) فيه (**لو أقرّ به يلزمه اليمين إذا أنكر**) [٤].

وكذا يجب اليمين لو ادّعى عليه العلم بأنّه الوارث لصاحب الحقّ الذي في ذمته [٥]. أمّا إذا ادّعى عليه العلم بأنّه وارث في الجملة فقد قيل بعدم وجوب اليمين عليه [٦]. وفي إطلاق ذلك نظر واضح.

[الكلام في لواحق الوكالة]:

الفصل (**السادس : في اللواحق**) :

(**وفيه مسائل**) :

[حكم الوكيل الأمين فيما تلف في يده]:

(**الأُولى :**) [٧] إنّ (**الوكيل**) سواء كان بجُعل أو غيره [٨] (**أمين**) بالنسبة إلى أنّه (**لا يضمن ما تلف في يده إلّا مع التفريط أو التعدّي**) [٩].

---

[١] وبذلك افترق عن العين التي عرفت مطالبة كلّ (و) احد منهما بها.

[٢] لتصديقه بوكالته المقتضية عدم ضمانه.

[٣] للقاعدة المشهورة المعلومة (و) هي [كل موضع...].

[٤] وقد عرفت أنّه يؤمر الغريم بالدفع مع التصديق، فيتوجّه عليه اليمين مع إنكاره.

ومن ذلك يعلم أنّه لا وجه لإطلاق نفي اليمين ممّن قال بأنّه يؤمر بالتسليم.

[٥] للقاعدة المزبورة.

[٦] لأنّه لا يؤمر بالتسليم لو صدّقه؛ لعدم إمكان القسمة.

[٧] **[كما] لا خلاف بين المسلمين ولا إشكال في [ذلك].**

[٨] كما هو صريح بعض[١] وظاهر الباقين.

[٩] كغيره من الأُمناء الذين قد عرفت الدليل على عدم ضمانهم من النصّ والإجماع فيما مضى من الكتب السابقة، وكذا بالنسبة إلى تصديقه بدعوى التلف.

إلّا ما يحكى عن بعض العامة فيما إذا ادّعاه بأمر ظاهر[٢].

---

(١) التذكرة ١٥: ١٣٥.

(٢) المجموع ١٤: ١٦٧.

وأمّا بالنسبة إلى قبوله في الردّ وفي الإقرار على الموكّل وغير ذلك فسيأتي البحث فيها.

المسألة (**الثانية:**) قد عرفت فيما مضى أنّه لا إشكال [١] في أنّه ليس للوكيل أن يوكّل غيره، ولو عن نفسه إلّا بإذن الموكّل التي بها يكون قول الوكيل الثاني ـ حيث يكون وكيلاً عن الوكيل نفسه ـ قولاً للموكّل، فهو حينئذٍ له تعلّق بهما معاً.

وحينئذٍ فـ(**ـإذا كان أذن لوكيله أن يوكّل**) عنه أو عن نفسه فلا إشكال.

وإن أطلق فـ[ـقد قيل:] [٢] إنّه يوكّل عن الموكّل. و[قيل:] [٣] إنّه يوكّل عن نفسه [٤]، ولكن ظاهر المتن التخيير بينهما.

وعلى كلّ حال (**فإن وكّل عن موكّله كانا وكيلين له**) [٥].

فـ(**ـتبطل وكالتهما**) معاً (**بموته**) وجنونه، (**ولا تبطل بموت أحدهما ولا بعزل أحدهما صاحبه**) [٦].

نعم (**إنّ وكّله عن نفسه**) حيث يكون له ذلك بالإذن من الموكّل فيه أو بالإطلاق بناء على اقتضائه ذلك (**كان له عزله**).

وتبطل وكالته بموته [= الوكيل الأوّل] وجنونه وبعزل الموكّل له [٧].

(**فإن مات الموكّل**) أو جنّ أو أُغمي عليه أو عزل [الوكيل] الأوّل (**بطلت وكالتهما**) معاً.

(**وكذا إن مات وكيل الأوّل**) أو جنّ تبطل وكالة الثاني.

---

[١] **[كما] ولا خلاف عندنا.**

[٢] **[كما هو] ظاهر القواعد ومحكي التحرير والتذكرة[١] وصريح جامع المقاصد ومحكي مجمع البرهان[٢].**

[٣] [كما] احتمل غير واحد.

[٤] لأنّ المراد التسهيل عليه.

[٥] **بلا خلاف (و) لا إشكال.**

[٦] لعدم ارتباط وكالة أحدهما بوكالة الآخر، (و) إنّما كان الأوّل واسطة عن الموكّل في وكالته.

[٧] **بلا خلاف ولا إشكال**؛ ضرورة أنّه فرعه.

خلافاً للمحكي عن الشافعي في أحد قوليه فلا ينعزل بعزل الوكيل[٣]؛ لأنّ التوكيل فيما يتعلّق بالموكّل وباذنه يقتضي كون الحقّ له.

وفيه ما سلف من أنّ الإذن من الموكّل إنّما هي في صيرورة فعل وكيل الوكيل فعلاً له بالواسطة، فالتوسّط حينئذٍ ملحوظ ووكالته مركّبة منهما.

---

(١) القواعد ٢: ٣٥١. التحرير ٣: ٣١. التذكرة ١٥: ٢٨، وحكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٥٣١.

(٢) جامع المقاصد ٨: ١٩٥. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٤٩٩ـ ٥٠٠.

(٣) المجموع ١٤: ١٥٤.

وهذا كلّه لا إشكال في شيء منه ، إلّا في دعوى تعيين المراد من الإطلاق [١].

وحينئذٍ فالمتّجه اتباع ما أفادته [القرينة] من أحد الأفراد ، وإلّا فالإجمال ، إلّا أن يثبت أصل من الشرع يقتضي الوكالة عن الموكّل ، أو عن الوكيل أو عنهما بمجرّد الإذن في التوكيل [٢].

---

[١] الذي هو إن كان منشؤه الانسياق منه عرفاً أمكن منعه ، وأنّه إلى الإجمال أقرب من ذلك ، حتى التخيير الذي لم نجد به قائلاً إلّا دعوى ظهور عبارة المصنّف . واستقربه في المسالك إن كان قولاً .

قال : « فإنّ العبارة على تقدير انحصار الأمر في الوجهين الأوّلين يمكن حملها على ما يوافقهما ، بأن يجعل قوله : « فإن وكّل عن موكّله » بأن كان مضمون توكيل الموكّل له ذلك ، وكذا القسم الآخر إلّا أنّه لا ضرورة إلى ذلك ، فإنّ المسألة محتملة ، والوجه ليس أبعد منهما »[١] .

قلت : ما ذكره في حمل العبارة لا يصلح لتنزيل الإطلاق عليه ، بل يكون مبنيّاً على تصريح الموكّل له بذلك ، وهو ليس محلّاً للبحث . كما أنّ دعوى عدم بعده لا يقتضي رجحانه على غيره مع أنّ كلّاً منهما مفهوم مغاير للآخر ، وإرادتهما معاً خصوصية كخصوصية أحدهما ، ولذا حكموا ببطلان التوكيل بعدم ذكر الموكّل فيه ، ولم ينزلوا ذلك على الإطلاق الذي هو أحد الأفراد ، ولذا كان مجملاً .

وما نحن فيه وإن لم يكن كذلك باعتبار ذكر المتعلّق ، وهو توكيل الغير ، إلّا أنّه قريب منه باعتبار عدم ذكر الموكّل عنه أنّه الموكّل أو الوكيل ، أو كلّ منهما ، ولم يستعمل لإرادة الإطلاق ، بل ولا يفهم منه إلّا بالقرينة الدالّة على ذلك .

ولو قطع النظر عن مفاد العبارة فليس في الأدلّة ما يقتضي تعيين فرد من الأفراد الثلاثة .

والتأمّل في كلامهم يعطي كمال التشويش في مبنى ما ذكروه من التعيين ويزيده مافي المسالك من أنّه لو كان مستند الإذن في التوكيل القرائن الحالية يحتمل الأوجه الثلاثة . **وتوقّف في التذكرة وقطع في التحرير أنّ الثاني يكون وكيلاً للوكيل** ، وهو متّجه[٢] .

ضرورة أنّ الحكم في القرائن اتباع خصوص ما دلّت عليه ، ومع فرض عدم دلالتها على خصوص فرد من الثلاثة ، فالمتّجه الإجمال ، لا ما ذكره عن التحرير .

نعم ما ذكره [في المسالك] من أنّه لو كان المستند في الإذن القرينة المقالية يكون كما لو أطلق قد يكون له وجه في بادئ النظر ، مع أنّ التأمّل الصادق يقتضي خلافه ، مع فرض كونها قرينة ، لا أنّها إطلاق لفظ .

[٢] هذا ، وقد ذكر الفاضل وغيره اعتبار الأمانة في وكالة الوكيل ، ـ بل قيّدها بعضهم بالعدالة ـ[٣] إلّا أن يعيّن الموكّل غيره[٤] ، بل في القواعد وغيرها : أنّه لو تجدّدت الخيانة وجب العزل[٥] .

ولكن لايخفى عليك عدم الدليل الشرعي على اعتبار ذلك في خصوص الفرض ، بل هو ليس إلّا من مراعاة المصلحة التي هي مناط تصرّف الوكيل ، ومن المعلوم عدم اختصاصها بذلك .

---

(١)(٢) المسالك ٥ : ٢٨٩ .
(٣) جامع المقاصد ٨ : ١٩٢ .
(٤) القواعد ٢ : ٣٥١ .
(٥) القواعد ٢ : ٣٥١ .

[ولا يعتبر الامانة في وكالة الوكيل بل المعتبر هو مراعاة المصلحة التي هي مناط تصرف الوكيل].

خصوصاً فيما إذا أراد توكيله على إيقاع الصيغة ونحوها مما لم تكن له يد على مال كما هو واضح [١].

[تسليم ما في يد الوكيل إلى الموكّل مع المطالبة وعدم العذر]:

المسألة (**الثالثة**) [٢] أنّه (**يجب على الوكيل تسليم ما في يده إلى الموكّل**) أو وكيله (**مع المطالبة وعدم العذر فإن امتنع**) حينئذٍ على وجه نافى خطاب الردّ عرفاً (**من غير عذر ضمن**) قطعاً [٣].

نعم (**لو كان**) له (**هناك عذر لم يضمن**) [٤] [ولكن فيه إشكال].

فالمتّجه حينئذٍ المحافظة على صدق الفورية العرفية في الأداء التي لا ينافيها إتمام بعض الأعمال، ولا عدم الإسراع في المشي مثلاً، وعلى الترجيح عند التعارض مع الواجبات المنافية لذلك.

كما أوضحنا ذلك في كتاب الوديعة.

بل إن لم يكن ثمّ إجماع اتجه القول بالضمان مع التأخير المنافي للفور عرفاً لعذر شرعي [٥].

---

[١] ويمكن تنزيل كلامهم على ذلك، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

[٢] **[كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].**

[٣] بل (و) إجماعاً للعدوان في استمرار يده بعد انقطاع الإذن في ذلك بالمطالبة.

[٤] **بلا خلاف أجده فيه كما عن التذكرة الاعتراف به**[1]. إلّا أنّك قد عرفت سابقاً في الوديعة أنّه ليس في شيء من النصوص تعليق الحكم وجوداً وعدماً على العذر كي يكون المدار عليه. ويتّجه القول بأنّه عذر عقلي وشرعي وعرفي وأنّ من الأخير التشاغل بإتمام الحمّام والطعام والنافلة وانتظار انقطاع المطر ونحو ذلك، أو لا حتى اضطرب كلام بعضهم[2] فيها، فحكم هنا به بأنّها أعذار دون الوديعة التي تناسب السهولة فيها. بل هي أولى بعدّ مثل ذلك فيها عذراً باعتبار اختصاص المصلحة فيها للمالك، بخلاف الوكيل الذي يمكن أن يكون له جعل. وظاهرهم المفروغية من عذرية الواجب الشرعي وإن استلزم ذلك طول التأخير، كالحجّ الواجب والاعتكاف المنذور ونحوهما.

إلّا أنّه لا يخفى عليك ما في الجميع بعد ما عرفت من خلوّ الأدلّة عن العنوان المزبور.

[٥] لأصالة الضمان في مال المسلم المحترم كدمه، أو لقاعدة على اليد التي لا ينافيها عدم الإثم في الامتناع، وإن انفسخت الوكالة والوديعة.

وليس في الأدلّة ما يقتضي عدم الضمان في كلّ ما أُذن شرعاً ببقائه في يده على وجه يشمل الفرض، وقد أشرنا سابقاً إلى احتمال الضمان مع تصديق الوكيل، وإن جاز له التأخير؛ لعدم البيّنة، كما أنّه محتمل أيضاً في التأخير لإرادة الإشهاد، فتأمّل جيّداً فإنّه يمكن القول بأنّ المفروض من الأمانة الشرعية التي لا تندرج في العموم المزبور، باعتبار عدم صدق الأخذ على الاستدامة، نحو وقوع الثوب في اليد بإطارة الريح ونحوه، فيبقى أصل البراءة سالماً كما أشرنا إليه سابقاً في نظائر المقام، بعد منع أصالة الضمان الذي حصروا أسبابه في أسباب مخصوصة، والله العالم.

---

(١) التذكرة ١٥: ١٣٨.

(٢) انظر مفتاح الكرامة ٧: ٦٠٢.

(و) كيف كان فـ(لو زال العذر فأخّر التسليم ضمن) [١].

(ولو) امتنع مثلاً من الردّ بعد المطالبة به مع الاعتراف به ثمّ (ادعى بعد ذلك أن تلف المال) قد كان (قبل الامتناع أو ادّعى الردّ قبل المطالبة قيل[١]: لا تقبل دعواه، وإن[٢] أقام بيّنة) [٢]. (والوجه) عند المصنّف (أنّها تقبل) [٣]. بل هو كذلك [= لا تقبل] لو أنكر أصل المال [٤]. نعم إذا لم يكن حال امتناعه من الردّ معترفاً بوجود المال ولا منكراً لأصل قبضه ولكن كان ذلك مماطلة اتّجه حينئذٍ سماع بيّنته نعم إذا لم يكن حال امتناعه من الرد [٥]. كما أنّه يتّجه ذلك لو ادّعى الردّ بعد الامتناع منه، بل والتلف بالنسبة إلى عدم الإلزام بالعين، فتسمع حينئذٍ البيّنة منه، كما هو واضح. بل قد يقال في الأوّل بسماع قوله في التلف فضلاً عن بيّنته [٦].

[حكم كلّ من في يده مال لغيره أو في ذمته]:

المسألة (الرابعة: كلّ من في يده مال لغيره) ممّن تتوجه له الدعوى به ولو غصباً لا مثل الزكاة والخمس (أو في ذمّته) كذلك (فله أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحقّ بالقبض) حال وقوعه (ويستوي في ذلك ما يقبل قوله في ردّه وما لا[٣] يقبل إلّا ببيّنة، هرباً من الجحود المفضي إلى الدرك أو اليمين، وفصّل آخرون بين ما يقبل قوله في ردّه) كالوديعة (وما لا يقبل) كالعارية (فأوجبوا التسليم في الأوّل) وإن لم يشهد (وأجازوا الامتناع في الثاني إلّا مع الإشهاد) [٧].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال**؛ لأنه من المغصوب باعتبار كون الاستيلاء عليه بغرض، فتندرج في قوله ﷺ: «كلّ مغصوب مردود»[٤] أي ولو بالمثل أو القيمة كما هو واضح.

[٢] لتكذيبه لها بالإقرار المفروض سابقاً، واختاره جماعة.

[٣] لعموم «البيّنة على المدعي»، خصوصاً إذا أظهر لإقراره الأوّل وجهاً ممكناً، كنسيان أو اعتماد على كتابة ونحوها.

إلّا أنّه لا يخفى عليك مافيه بعد الإحاطة بما ذكرناه سابقاً في الوديعة من أنّ المتيقّن من الخبر المزبور ما إذا لم يكذبه، على أنّه معارض بما دلّ على حجيّة الإقرار.

[٤] فإنّه وإن كان إنكاراً إلّا أنّه إقرار في حقّه، على وجه ينافي سماع بيّنته.

[٥] للخبر، ولعدم صدور ما ينافيها منه.

[٦] لأنّ ذلك المطل الذي قد كان منه لا يقتضي عدم قبول قوله في التلف أو الرد بناءً على القول به؛ لعموم ما دلّ عليه أو إطلاقه.

والمطل المزبور يمكن أن يكون حياءً من المالك أو لغير ذلك من الوجوه الصحيحة. **لكن في القواعد ومحكي التذكرة والتحرير التصريح بعدم قبول غير البيّنة منه في الفرض المزبور**[٥]، والله العالم.

[٧] بل عن آخرين أيضاً التفصيل في الثاني بين أن يكون بيّنة على أصله وعدمه، فيجب التسليم في الثاني لتمكّنه حينئذٍ من الإنكار بنحو «لا تستحقّ عندي شيئاً» وشبهه، دون الأوّل.

---

(١) المبسوط ٢: ٣٧٤.
(٢) (٣) في الشرائع: «ولو». في الشرائع: «وبين مالا».
(٤) التهذيب ٤: ١٣٠، ح٣٦٦ كلّه. الوسائل ٩: ٥٢٤، ب ١ من الأنفال، ح ٤، مع تفاوت في اللفظ.
(٥) القواعد ٢: ٣٦٢. التذكرة ١٥: ٢٠٥. التحرير ٧: ٥٧، وحكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٦٠٣.

(و) على كلّ حال فـ(ـالأوّل أشبه) عند المصنّف [١] بل [قد يقال [٢] [بـ]ـالتوقف في أصل الحكم. ولعلّه كذلك [فإن امتناع التسليم هو الصواب] [٣] [فيجب دفع المال إلى صاحبه].

نعم قد يقال: إنّ من في يده مال الغير مثلاً لمّا كان مأموراً بدفعه وإيصاله إلى من له الحقّ، فهو مخيّر في طرق الإيصال التي لا تنافي الفورية العرفية، وليس فيه ضرر على المالك.

فمع فرض التشاحّ فيها منهما بأن أراد من عليه الحقّ الإيصال المشتمل على الشهادة بالوصول إليه، وأراد المالك خلافه كان الدافع هو المقدّم [٤].

أمّا حال تعذّر الشهود أو تعسّرهم أو نحو ذلك ممّا كان فيه الضرر، بتأخير الحقّ عن صاحبه المطالب به فلا ريب في تقديم جانب المستحقّ [٥].

---

[١] **ومن تأخّر عنه، بل عن بعض متأخّري المتأخّرين نفي القائل منّا بالتفاصيل المزبورة، وإنّما هي للشافعية**[(١)]. وإن كان فيه مافيه؛ لأنّ [التفصيل] الأوّل محكي عن المبسوط والثاني عن يحيى بن سعيد[(٢)]. **بل في محكي التحرير تقييد الحكم بما إذا لم يؤدّ الإشهاد إلى تأخير الحق، فإن أدّى إلى ذلك فالوجه وجوب الدفع فيما يقبل فيه قوله باليمين**[(٣)].

[٢] [كما] عن الأردبيلي[(٤)].

[٣] للعقل والنقل كتاباً وسنّة في وجوب دفع الحقّ إلى صاحبه مع مطالبته.

وخصوصاً مع الضرر العظيم في تأخيره عنه، وتعذّر الإشهاد المعتبر أو تعسّره في كثير من المقامات، فلا يخالف ذلك الاحتمال ترتّب ضرر عليه بالإنكار، مع أنّ الأصل عدمه، وربّما يطمئنّ الدافع في كثير من المقامات بعدم وقوعه منه.

على أنّ الإشهاد المزبور لا يرفع الاحتمال المذكور لإمكان موت الشهود وغيبتهم وخروجهم عن تأهّل الشهادة. بل يمكن أن يدّعى عليه العلم بخطأ الشهود ونحو ذلك، فيتوجّه عليه اليمين الذي يمكن إنكار كونها ضرراً على الحالف بحيث يجوز له منع الحقّ عن مستحقّه، إلى غير ذلك ممّا لا يخفى وروده، على إطلاق الحكم المزبور، ولذا سمعت من الفاضل في التحرير التقييد المزبور، وإن كان هو غير مجد في رفع الإشكال من أصله، كما أنّ التفاصيل المزبورة كذلك أيضاً.

[٤] لأنّه المخيّر والفرض عدم الضرر على المالك، مع احتمال الضرر على الدافع في غيره.

[٥] كما سمعته من الفاضل في التحرير، فإن أمكن حينئذٍ حمل كلام المصنّف وغيره من الأصحاب على ذلك، أو ما يقرب منه كان له وجه. لا ما عساه يظهر منه من جواز الامتناع حتى يشهد، وإن استلزم ذلك التأخير سنة أو أزيد؛ لتعذّر الشهود أو تعسّرهم وغير ذلك مما لا ينطبق على القواعد الشرعية من دون نصّ معتبر، أو إجماع كذلك، بخلاف ما قلناه ـ المبني على ترجيح المستحقّ عليه على المستحقّ ـ في اختيار بعض طرق الإيصال التي لا ضرر فيها على المالك على الوجه المزبور. ولعلّ ذلك ـ مبنى القول بالتفصيل، وإن لم ينقّحوه على القواعد، ولم يلحظوا قاعدة تزاحم الحقّين، وميزانه الموافق للضوابط، فلاحظ وتأمّل فإنّ المقام منه، بعد تسليم كون حقّ الإشهاد لمن عليه الحقّ معلوماً من الكتاب والسنّة.

---

(١) الحدائق ٢٢: ٩٢. المجموع ١٤: ١٧٠.
(٢) المبسوط ٢: ٣٧٥ـ ٣٧٦. الجامع للشرائع: ٣٢٣.
(٣) التحرير ٣: ٥٨.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٥٩٧.

وعلى كلّ حال فلا يلزمه دفع الوثيقة إذا كانت ملكاً له وقد أشهد على نفسه بالقبض [١].

[حكم الوكيل في الإيداع فيما إذا لم يشهد على الودعي]:

المسأله (**الخامسة: الوكيل في الإيداع إذا لم يشهد على الودعي لم يضمن**) إذا أنكر الودعي [٢].

ولو أنكر المالك الدفع إلى الودعي فالقول قول الوكيل الذي هو أمين على ذلك.

هذا كلّه في وكيل الإيداع.

(**و**) أمّا (**لو كان وكيلاً في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن**) لو أنكره [٣]. (**و**) لكن في المتن (**فيه تردّد**) [٤].

[والظاهر عدم الضمان].

[ولو تعدّى الوكيل في الموكّل]:

المسألة (**السادسة: إذا تعدّى الوكيل في مال الموكّل**) بلبس ونحوه (**ضمنه**) قطعاً (**و**) لكن (**لا تبطل وكالته**) على بيعه مثلاً [٥]؛ (**لعدم التنافي**) بين الضمان [٦].

---

[١] [وذلك:]

١ ـ للأصل.

٢ ـ مع اندفاع الضرر.

[٢] **بلا خلاف محققّ أجده فيه. وإن حكى في المسالك القول بوجوب الإشهاد**[١]، إلّا أنّا لم نجده لأحد من أصحابنا. **نعم عن التذكرة الإشكال فيه**[٢] وهو في غير محلّه؛ ضرورة عدم كون ذلك تفريطاً عرفاً، خصوصاً في الوديعة المبنية على الإخفاء. ولذا لم يكن تركه كتركه في ردّها إلى وكيل المالك، تفريطاً بها، بلا خلاف أجده فيه أيضاً.

[٣] **كما عن الشيخ والفاضل في جملة من كتبه وولده والشهيدين والمحقق الثاني للتفريط**[٣].

[٤] **وكذا القواعد**[٤]. **بل كأنّه قال به [= بعدم الضمان] في محكي المختلف، بل عن الأردبيلي الجزم بذلك**[٥].

ولعلّه لعدم صدق التفريط عرفاً، لا أقلّ من الشكّ، والأصل عدم الضمان، مضافاً إلى السيرة، والله العالم.

[٥] **بلا خلاف أجده بين من تعرض له، إلّا ما يحكى عن أبي علي**[٦] **وأحد وجهي الشافعية**[٧].

[٦] بسببه الشرعي، وبقاء الوكالة المستصحب المحتاج رفعه إلى فاسخ شرعي أو إنشاء عزل المالك، كما تقدّم الكلام في نظائره من الرهن ومال القراض والعارية بل والوديعة، وإن ظهر من بعض العبارات انفساخها بذلك، لكنّه في غير محله.

---

(١) المسالك ٥: ١١٩.

(٢) حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٦٠٥. انظر التذكرة ١٦: ٢١٢.

(٣) المبسوط ٢: ٣٧٦ـ ٣٧٧. الإرشاد ١: ٤١٩. التحرير ٣: ٤٤. التذكرة ١٥. ١٩٢. الايضاح ٢: ٣٥١. اللمعة: ١٦٠. المسالك ٥: ٢٩٣. جامع المقاصد ٨: ٢٦٧.

(٤) القواعد ٢: ٣٦٣.

(٥) المختلف ٦: ٦٧. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٥٩٨. وحكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٦٠٦.

(٦) نقله في المختلف ٦: ٣٧.

(٧) المجموع ١٤: ١١٧.

٤٢٧/٢٧

بل الظاهر بقاء أحكام الأمانة غير الضمان.

نعم لو فرض اعتبار عدالته في وكالته أمكن انعزاله حينئذٍ بالفسق بالتعدّي كما هو واضح.

(و) حينئذٍ فـ(لو باع الوكيل ما تعدّى فيه وسلّمه إلى المشتري برئ من ضمانه) [١] (لأنّه تسليم مأذون فيه فجرى مجرى قبض المالك) المعلوم انقطاع الضمان به، ولا يكون الثمن مضموناً [٢].

[لو أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه]:

المسألة (السابعة: إذا أذن الموكّل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز) بناءً على جواز اتّحاد الموجب والقابل [٣]، (و) لكن مع ذلك (فيه تردّد) [٤]، إلّا أنّه قد ذكرنا في البيع (وكذا في النكاح) أنّ الأصح الأوّل [٥].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به في المسالك، بل في محكي التذكرة الإجماع عليه**[١].

[٢] لعدم التعدي فيه.

نعم رجح ثاني المحققين والشهيدين عدم زوال ضمانه بالبيع قبل القبض[٢]؛ لأنّه ربّما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري، فيكون التلف من ملك الموكّل.

وفيه: أنّ ذلك يقتضي الانفساخ من حينه على الأصحّ، فيكون قد تلف وهو ملك المشتري وإن اقتضى ذلك انفساخ البيع، كما لو ردّه المشتري على الوكيل بعيب، حيث يكون وكيلاً عليه أيضاً بعد الردّ ولو بالوكالة الأُولى، فإنّه قد صرّح في المسالك بعدم الضمان فيه[٣]، والفرق بينهما غير واضح. اللهمّ إلّا أن يكون قد بنى الأوّل على الانفساخ من الأصل به، كما لعلّه الظاهر من آخر كلامه. وبما ذكرنا يظهر لك النظر أيضاً فيما عن التحرير من التوقّف في الضمان في الأوّل، والجزم به في الثاني[٤]، كما عن التذكرة[٥]. كما أنّه يظهر منه أيضاً انقطاع الضمان عنه ببيعه بالخيار إلى مدّة يفسخ فيها، فضلاً عن أن يكون الفسخ من المشتري؛ لانقطاع أثر سبب الضمان للأوّل بالخروج عن ملكه ولو متزلزلاً.

واحتمال تبعية وصف الضمان لتزلزله لا دليل عليه، بعد معلومية انقطاعه بالانتقال المزبور، فليس العود حينئذٍ إلّا كعوده من المالك بعد وصوله إليه، فهو كالاستيمان الجديد، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

[٣] **كما هو المشهور، بل المجمع عليه بين المتأخّرين، بل عن التذكرة الإجماع عليه في ثلاثة مواضع**[٦]؛ لإطلاق الأدلّة وعمومها، وخصوص ما ورد منه في الجدّ والأب والوصي وبعض النصوص الآتية.

[٤] ممّا عرفت، ومن أنّ المنساق من الأدلّة التغاير، لا أقلّ من الشكّ، والأصل عدم ترتّب الأثر.

ولذا حكي الخلاف فيه عن جماعة، بل عن غاية المراد نسبته إلى كثير من أصحابنا[٧].

[٥] وأنّه لا شكّ في تناول الأدلّة.

---

(١) المسالك ٥: ٢٩٤. التذكرة ١٥: ١٣٦.

(٢) جامع المقاصد ٨: ٢٦٨. المسالك ٥: ٢٩٤.

(٣) المسالك ٥: ٢٩٤.

(٤) التحرير ٣: ٢٤ـ ٢٥.

(٥) التذكرة ١٥: ١٣٦ـ ١٣٧.

(٦) حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٥٧٠. انظر التذكرة ١٥: ٦٩، ٧٢، ٦٠٣.

(٧) غاية المراد ٢: ٢٩١.

إنّما الكلام فيما إذا أطلق الموكّل البيع أو الشراء مثلاً فهل يدخل الوكيل ، فيجوز له البيع والشراء من نفسه من دون إعلام الموكّل [١] أولا ؟ [٢]

---

[١] لصدق البيع والشراء ، فيندرج في الموكّل فيه .

ولخبر إسحاق بن عمار قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : يجيء الرجل بدينار يريد منّي دراهم فأُعطيه أرخص ممّا أبيع ، قال : « اعطه أرخص ما تجد له »[(١)] .

[٢] لانسياق غيره من الإطلاق ، ولو لسبق التهمة إلى الذهن ، أو الشكّ في تناوله له .

وللنصوص :

١ ـ كخبر ابن الحكم عن الصادق عليه السلام : « إذا قال لك الرجل : اشتر لي فلا تعطه من عندك ، وإن كان الذي عندك خيراً منه »[(٢)] .

٢ ـ وخبر إسحاق : سألته عليه السلام أيضاً عن الرجل يبعث إلى الرجل ، فيقول له : ابتع لي ثوباً ، فيطلب له في السوق فيكون عنده مثل ما يجد له بالسوق فيعطيه من عنده ؟ قال « لا تقربنّ هذا ولا يدنس نفسه إنّ الله عزّ وجلّ يقول : ﴿ **إِنَّا عَرَضنَا الأَمَانَةَ** ﴾[(٣)] إلى آخره ، وإن كان ما عنده خيراً مما يجد له في السوق فلا يعطيه من عنده »[(٤)] .

٣ ـ وخبر القلانسي قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يجيئني بالثوب فأعرضه ، فإذا أعطيت به الشيء زدت فيه وأخذته قال : « لا تزده »[(٥)] .

٤ ـ وخبر ابن أبي حمزة : سمعت الزيّات يسأل أبا عبدالله عليه السلام فقال : جعلت فداك إنّي رجل أبيع الزيت يأتيني من الشام فآخذ لنفسي مما أبيع ؟ قال : « ما أُحب لك ذلك ، قال : إني لست أنقص لنفسي شيئاً ممّا أبيع ، قال : بعه من غيرك ولا تأخذ منه شيئاً ، أرأيت لو أنّ الرجل قال لك : لا أنقصك رطلاً من دينار كيف كنت تصنع ؟ لا تقربه »[(٦)] **[فيه] خلاف .**

فعن الفاضل في التذكرة والمختلف والنهاية والتلخيص ولواحق رهن القواعد ، وولده في الايضاح والشهيد في الحواشي وصريح أبي الصلاح أو ظاهره الأوّل[(٧)] [وهو جواز البيع والشراء للوكيل من دون اعلام الموكّل]. وعن المبسوط والخلاف والإرشاد ووكالة القواعد الثاني[(٨)] [عدم الجواز].

بل عن التذكرة أنّه المشهور[(٩)] .

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٩٠ ، ب ٥ من آداب التجارة ، ح ٣ ، وفيه : « مما تجد » .

(٢) المصدر السابق : ٣٨٩ ، ح ١ .

(٣) الاحزاب : ٧٢ .

(٤) الوسائل ١٧ : ٣٨٩ ، ب ٥ من آداب التجارة ، ح ٢ .

(٥) الوسائل ١٧ : ٣٩١ ، ب ٦ من آداب التجارة ، ح ١ .

(٦) التهذيب ٧ : ١٢٨ ، ح ٥٥٨ . الوسائل الموضع السابق ، ح ٢ .

(٧) حكا عنهم في مفتاح الكرامة ٧ : ٥٧١ . انظر التذكرة ١٥ : ٧١ ـ ٧٢ . المختلف ٦ : ٣١ ـ ٣٢ . تلخيص المرام ٩٤ : ١٢٢ . نهاية الإحكام ٢ : ٤٨٠ . القواعد ٢ : ١٢٣ . الإيضاح ١ : ٤٢٣ . ولا يوجد الحواشي عندنا ، الكافي : ٣٣٨ .

(٨) المبسوط ٢ : ٣٨١ . الخلاف ٣ : ٣٤٦ . الإرشاد ١ : ٤١٧ . القواعد ٢ : ٣٥٦ ـ ٣٥٧ .

(٩) التذكرة ١٥ : ٧١ .

ولعلّ الأقوى الأوّل [١].

[أحكام التنازع]:

الفصل (السابع : في التنازع).

(وفيه مسائل):

(الأُولى: إذا اختلفا في الوكالة فالقول قول المنكر؛ لأنّه ا)لموافق لـ**(لـلأصل)** [٢]، سواء كان المنكر الموكّل، أو الوكيل الذي قد يدّعي غيره وكالته لغرض من الأغراض، كما لو كان قد اشترى شيئاً ادّعى الموكّل أنّه اشترى له بالوكالة عنه فأنكر المشتري أصل الوكالة، أو كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع للتوقيت أو لتلف العين التي اشترط الوكالة عليها فادّعى البائع مثلاً أنّه قد وكّله لإرادة لزوم العقد وأنكر هو ذلك لإفادة التسلّط على الفسخ. **(ولو اختلفا في التلف)** وعدمه **(فالقول قول الوكيل)** [٣]؛ **(لأنّه أمين)** بالنسبة إلى ذلك [٤].

[من دون فرق بين كونها بجعل وبدونه] [٥].

---

[١] للصدق عرفاً ولإمكان حمل النصوص المزبورة ـ بعد الغض عما في السند والإجمال في الجملة في خبر القلانسي منها كما يظهر من حواشي التهذيب[١] ـ على ضرب من الكراهة للتهمة ونحوها، خصوصاً مع إشعار قوله فيها: « لا يدنس » ونحوه بذلك.

مضافاً إلى خبر ميسر قلت له: يجيئني الرجل فيقول: تشتري لي ويكون ما عندي خيراً من متاع السوق، قال: « إن أمنت أن لا يتهمك فاعطه من عندك، وإن خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق »[٢] مؤيّداً ذلك كلّه بما ورد[٣] من جواز أن يأخذ لنفسه من وكّل على تقسيم مال للمحاويج وكان بصفتهم، وجواز حجّ الوصي بنفسه عمن هو وصي عنه[٤]، والله العالم.

[٢] المقتضي لاندراجه في قوله عليه السلام: « البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر »[٥].

[٣] وإن كان مخالفاً للأصل.

[٤] بمعنى كونه مقبول القول فيه، بلا خلاف أجده.

بل لعلّه كذلك بين المسلمين، فضلاً عن صريح الإجماع في المبسوط[٦] والسرائر[٧] وجامع المقاصد[٨] والمسالك[٩] على ما حكي عن بعضها.

[٥] بل ظاهر الأكثر ومعقد الإجماع ونفي الخلاف ماهو صريح بعض من عدم الفرق بين كونها بجُعل وبدونه؛ ضرورة كونه أميناً على كلّ حال.

---

(١) ملاذ الأخيار ١٠: ٥٨٥ ـ ٥٨٦.
(٢) الوسائل ١٧: ٣٩٠، ب ٥ من آداب التجارة، ح ٤.
(٣) الوسائل ١٧: ٢٧٧، ب ٨٤ مما يكتسب به.
(٤) الوسائل ١١: ٢١٠، ب ٣٦ من النيابة.
(٥) انظر الوسائل ٢٧: ٢٩٣، ب ٢٥ من كيفيّة الحكم، ح ٣.
(٦) المبسوط ٢: ٣٦٣، ٣٧٢.
(٧) السرائر ٢: ٨٥، ٨٧.
(٨) جامع المقاصد ٨: ٣١٨.
(٩) المسالك ٥: ٢٩٧.

بل وبين كون التلف المدعى بسبب ظاهر كالغرق والحرق، أو خفي كالسرقة ونحوها [١]، على أنّه (**قد يتعذّر إقامة البينة بالتلف غالباً فاقتنع بقوله دفعاً لالتزام**) الأمين المحسن وغيره بـ(**ما تعذّر غالباً**) [٢]. (**ولو اختلفا في التفريط**) ولو بالتعدّي فيه (**فالقول قول منكره؛ لقوله ﷺ: «البيّنة على المدّعى واليمين على من أنكر»**) كما هو واضح، والله العالم.

[لو اختلفا في دفع المال]:

المسألة (**الثانية: إذا اختلفا في دفع المال**) الذي هو في يد الوكيل من حيث وكالته (**إلى الموكّل فإن كان**)ـت الوكالة (**بجُعل كلّف البينة؛ لأنّه مدّع**) [٣]. (**وإن كان**)ـت (**بغير جعل قيل: القول قوله كالوديعة**) في الإحسان (**وهو قول مشهور**) [٤]. (**وقيل**) [٥]: (**القول قول المالك، وهو الأشبه**) [٦].

---

[١] **وإن حكي عن الشيخ في الوديعة الخلاف في ذلك[١] إلّا أنّ المحكي عنه هنا التصريح بذلك[٢]**. ولعلّه لذا كان ظاهر المسالك الإجماع على ذلك هنا[٣]. وقد عرفت فيما مضى من الكتب السابقة ما يدلّ من النصوص[٤] وغيرها على قبول دعوى الأمين في ذلك مطلقاً، حتى في الصنّاع (و) إن سمعت الخلاف فيه في كتاب الإجارة.

[٢] لقاعدة العسر والحرج والإحسان والأمانة. بل قد يستفاد من التعليل في بعض النصوص الواردة في قبول قول الامرأة في الحيض والطهارة منه ونحو ذلك، إقعاد هذه القاعدة أيضاً وهي «أنّ كلّ أمر يتعذّر إقامة البيّنة عليه غالباً أو يتعسّر، يقبل قول مدّعيه بيمينه». ولعلّه إليه أومأ المصنّف بما ذكره [في المدعى الآتي].

[٣] وقابض لمصلحة نفسه، فلا يساوي الوديعة.

[٤] **كما عن الصيمري والكفاية[٥]، بل عن غاية المراد: أنّه مذهب الشيخ والأتباع[٦]، بل عن ظاهر المهذّب البارع أو صريحه الإجماع عليه[٧]**.

[٥] **كما عن ابن إدريس[٨] وجماعة من المتأخّرين**.

[٦] بأُصول المذهب وقواعده التي منها «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»[٩]. ومنها أصالة عدم الردّ وغيرها، ولا ينافي ذلك قبول قوله في الوديعة للنصّ والإجماع بعد حرمة القياس، وإن حصل الجامع الذي هو الأمانة والإحسان والقبض لمصلحة المالك وتأدية عدم القبول إلى انسداد باب قبول الأمانة. إلّا أنّ الجميع كما ترى لا يطابق المذهب بعد عدم معلومية كون ذلك هو العلّة شرعاً، والأمانة أعمّ من قبول القول في الردّ، كما أنّ النهي عن الاتّهام لا يقتضي ذلك، بل ظاهره خلاف ذلك. بل وكذا قاعدة الإحسان الظاهرة في نفي السبيل على المحسنين في إحسانه، لا في قبول دعواه، على أنّه لو سلّم أنّ من مقتضاها ما نحن فيه لاتجه القبول بلا يمين؛ لأنّه نوع سبيل، كما أوضحنا ذلك في الوديعة والعارية.

---

(١)(٨) المبسوط ٤: ١٤١. السرائر ٢: ٨٦ـ ٨٧.

(٢)(٣) حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٦٥١. انظر المبسوط ٢: ٣٧٢. المسالك ٥: ٢٩٧.

(٤) انظر الوسائل ١٩: ٧٩، ب ٤ من الوديعة.

(٥) حكاه عن الصيمري في الرياض ٩: ١٦٤، ولكن الموجود في غاية المرام (٢: ٣٥٧) ادعاء الشهرة في مورد الجمل. كفاية الأحكام ١: ٦٨٤.

(٦)(٧) حكا عنهما في مفتاح الكرامة ٧: ٦٤٨. غاية المراد ٢: ٢٩٨. المهذب البارع ٣: ٣٩.

(٩) الوسائل ٢٧: ٢٩٣، ب ٢٥ من كيفيّة الحكم، ح ٣، وفيه: «من ادّعى» بدل «المدّعي».

(**أما الوصي فالقول قوله في الإنفاق**) على الطفل أو على دوابه أو على عقاره فضلاً عن دعوى التلف من غير تعدٍّ ولا تفريطٍ [١].

و(**لتعذّر**) إقامة (**البينة فيه**).

بل والبيع للمصلحة والقرض لها ونحو ذلك ممّا ادّعاه حال أمانته (**دون**) دعوى (**تسليم المال إلى الموصى له**) بعد بلوغه ورشده الذي هو كدعوى الردّ في المسألة السابقة.

بل [قد يقال بتقديم قول الموصى له واليتيم في عدم القبض هنا] [٢].

ولعلّه كذلك [٣].

(**وكذا القول في الأب والجدّ والحاكم وأمينه مع اليتيم، إذا أنكر القبض مع**[1] **بلوغه ورشده وكذا الشريك والمضارب ومن حصل في يده ضالّة**) أو لقطة [٤].

[لو ادعى الوكيل التصرّف وأنكر الموكّل]:

المسألة (**الثالثة: إذا ادعى الوكيل**) وقوع (**التصرّف**) الذي وكّل عليه (**وأنكر**) ذلك (**الموكّل مثل أن يقول: بعت**) المتاع وتلف الثمن منّي، مثلاً (**أو**) قال: (**قبضت**) المبيع لك مثلاً وتلف منّي وأنكر ذلك الموكّل ليترتّب على الأوّل غرامة الوكيل المبيع عيناً أو قيمة وفي الثاني عدم غرامة الثمن من الموكّل لكون المبيع قد تلف قبل قبضه فلا ثمن عليه.

(**قيل**) [٥]: إنّ (**القول قول الوكيل؛ لأنّه أقرّ بما له أن يفعله**) [٦]. (**ولو قيل: القول قول الموكّل**) [٧].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه**؛ لأنّه أمين بالنسبة إلى ذلك.

[٢] **[كما] في المسالك: أنّ « ظاهرهم عدم الخلاف في تقديم قول الموصى له، واليتيم في عدم القبض هنا »**[2].

[٣] للفرق بينه وبين ما تقدّم بأنّ دعوى الردّ هنا على من لم يأتمنه، بخلافه هناك. وفي محكي المبسوط قد جعل ذلك ضابطاً في كلّ أمانة حتى في الوديعة لو ادّعى ردّها على الوارث[3]، وإن كان قد عرفت عدم الفرق عندنا بين الجميع في أنّ القول قول منكر الردّ الّا في الوديعة المدعى ردّها على المالك أو وكيله للنّص والإجماع؛ لما عرفت.

[٤] لاتّحاد المدرك في الجميع وهو عموم قوله: « البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر »[4] بعد عدم اقتضاء « الأمانة » وقاعدة « الإحسان » القبول في ذلك وبعد حرمة القياس على الوديعة كما عرفت الكلام فيه، والله العالم.

[٥] **والقائل غير واحد.**

[٦] فيندرج تحت الأصل المعروف الذي هو « من ملك شيئاً ملك الإقرار به ». وعليه بنوا نفوذ إقرار الصبي فيما له أن يفعله كالوصية والعتق والتصدّق، وكذا قبول قول العبد المأذون في التجارة فيما يتعلّق بها، والوليّ في تصرّفه بمال المولّى عليه.

[٧] لأصالة العدم.

---

(١) في الشرائع: «عند».

(٢) المسالك ٥: ٢٩٨.

(٣) المبسوط ٢: ٣٧٤.

(٤) تقدّم تخريجه في ص ٣٥١.

(أمكن) [١]. و(لكن) مع ذلك كلّه (الأوّل أشبه) [٢].

[لو اشترى إنسان سلعة ثمّ ادعى أنّه وكيل لإنسان آخر]:

المسألة (الرابعة: إذا اشترى إنسان سلعة وادعى) بعد ذلك (أنّه وكيل لإنسان فأنكر) الإنسان وكالته (كان القول قوله مع يمينه) [٣].

(ويقضى على المشتري بالثمن) [٤].

(سواء اشترى بعين أو في) الـ(ـذمّة، إلّا أن يكون ذكر أنّه يبتاع له في حالة العقد) أو قامت البيّنة على أنّ عين الثمن للموكّل أو نحو ذلك، كما تقدّم الكلام في ذلك مفصّلاً.

---

[١] **بل في جامع المقاصد: هو أمتن دليلاً[١].**

وعن مجمع البرهان: كأنّه أظهر[٢].

وعن موضع من التذكرة: أنّ القول قوله، خصوصاً إذا كان النزاع بعد العزل[٣].

وإن كنت لم أتحققه.

[٢] بأُصول المذهب وقواعده التي منها ما سمعت، ومنها أنّه أمين قد نهي عن تخوينه الذي منه تكذيبه، وأنّه محسن.

وإن كان في عدم تصديقه العسر والحرج المنفيين بالآية[٤] والرواية[٥] واختلال نظام المعاملات بانصراف رغبة الناس عن معاملات الأولياء والوكلاء والمأذونين خصوصاً في المضاربات. ولأنّه بتوكيله أقدم على قبول قوله فيما يفعله، فيجب أن يصدّقه كما أُلزم بتصديقه في دعوى التلف التي هي عند القائل ليس إلّا لأنّه أمين وصاحب يد على ما اؤتمن عليه.

وبذلك كلّه ظهر لك أنّ تقديم قول الوكيل في هذه المسألة ليس لأنّ إقراره إقرار من الموكّل؛ ضرورة عدم ما يقتضي ذلك في شيء من الأدلّة، بل فيها ما يقتضي خلافه، ولذا كلّف باليمين.

بل إنّما هو للنهي عن تهمة الأمين المراد منه تقديم قوله على قول المالك عند التنازع، ومنه المقام الذي لم أجد خلافاً صريحاً فيه.

بل في مصابيح الفاضل الطباطبائي نسبته إلى تصريح الأصحاب إلّا من شذّ.

بل فيها عن الصيمري[٦] اتفاق الفتوى على ذلك[٧]، بل قد تشعر عبارة المتن بذلك أيضاً حيث نسبه إلى الإمكان على تقدير القول به، وستسمع الكلام في المسألة العاشرة.

[٣] لأنّ الأصل عدم الوكالة.

[٤] لظهور مباشرة العقد في كون الشراء له.

---

(١) جامع المقاصد ٨: ٣١٤. (٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٦٠٦.

(٣) حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٦٤٥. انظر التذكرة ١٥: ١٨٤. (٤) الحج: ٧٨.

(٥) الوسائل ١: ١٥٢، ١٥٤، ب٨ من الماء المطلق، ح ٥، ١١.

(٦) انظر غاية المرام ٢: ٣٥٨.

(٧) مصابيح الأحكام ٣: ٦٠٣ (مخطوط).

مع أنّه (و) اضح كوضوح الحكم فيما (**لو قال الوكيل : ابتعت**) بقصد أنّه (**لك فأنكر الموكّل أو قال : ابتعت**) بقصد أنّه (**لنفسي فقال الموكّل : بل لي فالقول قول الوكيل**) بيمينه (**لأنّه أبصر بنيّته**) المتعلّقة بفعله [١].

مع فرض كون الاختلاف في النيّة التي لا تعلم إلّا من قبله [٢].

أمّا لو فرض إمكان الإطلاع على قصده ولو بإقراره [فالقول قوله أيضاً مع فرض التداعي معه] [٣].

[لو زوجه الوكيل امرأة وأنكر الموكّل الوكالة] :

المسألة (**الخامسة : إذا زوّجه امرأة**) بعنوان التوكيل [٤]. أو مطلقاً [٥].

(**فأنكر الوكالة ولا بيّنة كان القول قول الموكّل مع يمينه**) لأنّه منكر [٦].

(**ويلزم الوكيل مهرها**) الذي أوقع العقد عليه [٧].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٢] بل ربما استظهر من عبارة المتن قبول قوله بلا يمين ، لعدم تصوّر الدعوى عليه إلّا على القول بسماعها مع التهمة ، أو أنّ اليمين حقّ له على كلّ حال.

[٣] **فقد توقف بعض متأخّري المتأخّرين في قبول قول الوكيل**[١] ؛ للأصل.

لكن فيه ما عرفت من لزوم تقديم قوله مع فرض التداعي معه ؛ لأنّه أمين ، والله العالم.

[٤] **كما فرضه جماعة.**

[٥] **كما هو مقتضى إطلاق المصنّف وغيره.** بل والدليل خصوصاً صحيح الحذّاء[٢] الذي تسمعه.

[٦] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٧] **كما عن النهاية والوسيلة والنافع وكشف الرموز والتحرير والإرشاد والقواعد والقاضي والكيدري**[٣].

لا لأنّ المهر يجب بالعقد كملاً ولا ينتصف إلّا بالطلاق المفقود في المقام وقد فوّته الوكيل عليها بتقصيره في الإشهاد.

ولا لأنه أقرّ بأنّه أخرج بضعها عن ملكها بعوض لم يسلّم إليها فكان عليه الضمان ، فإنّ كلّ من أقرّ بإخراج ملك عن غيره لعوض لم يسلّم ضمنه له لتفريطه ؛ إذ هما كما ترى.

بل لخبر محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام : في رجل زوّجته أُمّه ولم يقبل ، فقال : « إنّ المهر لازم لأُمّه »[٤] ؛ بناء على تنزيله على دعوى الوكالة ، بل عن الشيخ وأتباعه العمل به على ظاهره[٥].

(و) لكن يمكن حمله على ما [روي من لزوم نصف المهر].

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٦٠٧.

(٢) يأتي في ص٣٥٥.

(٣) النهاية : ٣١٩. حكاه في مفتاح الكرامة ٧ : ٥٩٤ ، ولم نعثر عليه في الوسيلة. المختصر النافع : ١٧٩. كشف الرموز ٢ : ٤٢. التحرير ٣ : ٣٨. الإرشاد ١ : ٤٢٠. القواعد ٢ : ٣٦٧. نقله في المختلف ٦ : ٢٩. وعن الكيدري في الإيضاح ٢ : ٣٥٧. انظر اصباح الشيعة : ٣٢١.

(٤) الوسائل ٢٠ : ٢٨١ ، ب٧ من عقد النكاح ، ح٣ ، مع اختلاف.

(٥) مفتاح الكرامة ٧ : ٥٩٥.

[و] (روي) من لزوم (نصف مهرها) [١]. [و] (قيل) [٢]: (يحكم ببطلان العقد في الظاهر) [٣].

---

[١] كما تسمعه في صحيح الحذّاء فتتّفق النصوص جميعاً حينئذٍ على النصف الذي عمل به الشيخ والحلي[١] ويحيى بن سعيد والفاضل في التذكرة والفخر[٢] وغيرهم على ما حكي بل في المسالك[٣] وغيرها أنّه المشهور؛ لخبر عمر بن حنظلة عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل قال لآخر: اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء ممّا قاولت من صداق أو ضمنت من شيء أو شرطت فذلك لي رضا وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك فذهب وخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك ممّا طلبوه وسألوه فلمّا رجع إليه أنكر ذلك كلّه.

قال: «يغرم لها نصف الصداق عنه، وذلك أنّه هو الذي ضيّع حقها، فلمّا لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له حلّ لها أن تتزوّج، ولا يحلّ للأوّل فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ إلّا أن يطلّقها؛ لأنّ الله تعالى يقول: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٤] فإن لم يفعل فإنّه مأثوم فيما بينه وبين الله عزّ وجلّ، وكان الحكم الظاهر حكم الإسلام، وقد أباح الله عزّ وجلّ لها أن تتزوّج»[٥].

وصحيح أبي عبيدة عنه عليه السلام أيضاً: في رجل أمر رجلاً أن يزوّجه امرأة من أهل البصرة من بني تميم فزوّجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم.

قال: «خالف أمره، وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة ولا عدّة عليها ولا ميراث بينهما. فقال بعض من حضر: فإن أمره أن يزوّجه امرأة ولم يسم أرضاً ولا قبيلة ثمّ جحد الآمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوّجه. فقال: إن كان للمأمور بيّنة أنّه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الآمر وإن لم يكن له بيّنة كان الصداق على المأمور لأهل المرأة ولا ميراث بينهما ولا عدّة عليها، ولها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقاً وإن لم يكن سمّى لها [صداقاً] فلا شيء لها»[٦].

ومن ذيله يعلم أنّ المراد بـ«الصداق» أوّلاً: النصف، كما يعلم إرادة المرأة من «الأهل» فيه، وإلّا كان دالّاً على وجوب مهر ونصف ولم يقل به أحد، ولا وجه له.

ولعلّه لعدم تنقيح المراد من هذا الصحيح واشتمال الأوّل على التعليل الذي لا يوافق الضوابط واستبعاد الالتزام بمقتضاهما الشامل للوكالة التي أخبرها بها. وللفضولية ونحو ذلك ممّا لا غرور فيه، واحتمالهما ضمان الوكيل المهر بعد العقد والاعتراف بالوكالة (و) التنصيف حينئذٍ تنزيلاً لانتفاء النكاح ظاهراً منزلة الفسخ بالطلاق.

[٢] وإن لم نعرف القائل به ـ كما اعترف به غير واحد ـ قبل المصنّف.

[٣] لعدم ثبوت الوكالة (و) عدم غرامة شيء على أحد منهما.

---

(١) المبسوط ٢: ٣٨٦. السرائر ٢: ٩٣.

(٢) الجامع للشرائع: ٣٢١. التذكرة ١٥: ٢١٥، ٢١٨. الايضاح ٢: ٣٥٧.

(٣) المسالك ٥: ٣٠١.

(٤) البقرة: ٢٢٩.

(٥) الوسائل ١٩: ١٦٥، ب٤ من الوكالة، ح١.

(٦) الوسائل ٢٠: ٣٠٢ـ٣٠٣، ب٢٦ من عقد النكاح، الحديث ١ وذيله.

نعم (**يجب على الموكّل أن يطلّقها**) فيما بينه وبين الله تعالى [١] (**إن كان يعلم صدق الوكيل وأن يسوق إليها نصف المهر ، و**) لا ريب في أنّ (**هذا**[١]) القول (**قوي**) [٢].

وعلى كلّ حال فلا إشكال في صحّة طلاق الموكّل لها وإن لم يعترف بالزوجية [٣].

[وإن أوقعه معلّقاً] كقول إن كانت زوجتي فهي طالق [٤].

وأمّا المرأة فلا إشكال [٥] في أنّ لها التزويج وإن لم يطلّق الموكّل إذا لم تكن عالمة بالوكالة [٦].

نعم لو كانت عالمة بصحّة الوكالة لم يكن لها ذلك ، وليس للحاكم إجبار الزوج عليه [= على الطلاق].

نعم قد يقال بأنّ له الطلاق عنه مع امتناعه من وقوعه فيؤثّر أثره حينئذٍ مع فرض الزوجية في الواقع للامتناع عن القيام بها والطلاق ، وإلّا لم يحتج إلى طلاق .

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه ، بل في جامع المقاصد لا ريب فيه** ، وقد نطق به الكتاب والسنّة من قوله تعالى : ﴿ **فإمساكٌ بمعروفٍ** ﴾[٢] ، وقاعدة الضرر والضرار ، وحفظ الأنساب ونحو ذلك .

[٢] بحسب القواعد ، بل مال إليه جماعة منهم الفاضل[٣] وولده[٤] وثاني الشهيدين[٥] . بل جزم ثاني المحققين بأنّه أصحّ[٦] .

لكنه مخالف للشهرة البسيطة أو المركّبة أو الإجماع كذلك ، الجابرة للنصوص المزبورة التي لا أقلّ من الفتوى بالمتيقّن منها وهو النصف فيما لو غرّها بدعوى الوكالة صريحاً وعدم علمها بصدقه ، دون باقي الصور ، وإن دلّ عليه الخبران أو أحدهما .

[٣] **بل صرّح غير واحد بصحته منه ، وإن أوقعه معلّقاً .**

[٤] لعدم كونه تعليقاً مانعاً ؛ ضرورة عدم اقتضائه تأخير الأثر ، على أنّه عالم بالحال وعلّقه على أمر معلّق عليه في الواقع .

وإليه يرجع مافي الروضة : « لأنّه أمر يعلم حاله ، وكذا في نظائره كقول من يعلم أنّ اليوم جمعة : إن كان اليوم الجمعة فقد بعتك كذا أو غيره »[٧] . **لكن في الرياض : « أنّه كذلك إذا لم يكن الإنكار مستنداً إلى نسيان التوكيل ، وإلّا فلا يصحّ »**[٨] . وفيه : أنّ الظاهر الصحّة حتى مع ذلك ، لعدم دليل يقتضي بطلانه كذلك ، بل مقتضى الإطلاقات الصحة . ومن هنا أطلق من عرفت . ومنه يعلم مافي تعليل الروضة السابق .

[٥] **[كما] ولا خلاف .**

[٦] لأنّها خليّة في ظاهر الشرع كما أفصح به الخبر المزبور[٩] .

---

(١) في الشرائع : « هو » .
(٢) البقرة : ٢٢٩ .
(٣) الإرشاد ١ : ٤٢٠ .
(٤) الايضاح ٢ : ٣٤٩ .
(٥) المسالك ٥ : ٣٠١ .
(٦) جامع المقاصد ٨ : ٢٩٤ ، ولكن فيه : « وهو المختار » .
(٧) الروضة ٤ : ٣٨٩ .
(٨) الرياض ٩ : ٢٦٩ .
(٩) الوسائل ١٩ : ١٦٥ ، ب ٤ من الوكالة ، ح ١ .
(٢) جامع المقاصد ٨ : ٢٩٤ .

وربّما احتمل أنّ لها الفسخ أو للحاكم أو البقاء على الزوجية حتى يفرّج الله عنها بموت ونحوه. ولعلّ ما ذكرناه أولى [١].

[لو وكّله شراء عبد فادعى الوكيل شرائه بمئة والموكّل بثمانين]:

المسألة (**السادسة: إذا وكّله في ابتياع عبد فـ**) ـادّعى أنّه (**اشتراه**) له (**بمئة، فقال الموكّل: اشتريته بثمانين فالقول قول الوكيل**) [٢]؛ (**لأنّه مؤتمن**) [٣].

(**و**) لكن (**لو قيل: القول قول الموكّل كان أشبه**) [٤] (**لأنّه غارم**) [٥].

و[لكن] التحقيق ما عرفت وتعرف من أنّ التداعي إن كان بين الموكّل والوكيل كان القول قول الوكيل؛ لما سمعت وإن كان بين الموكّل والبائع فالقول قول الموكّل وإن صدّق الوكيل البائع [٦].

[لو اشترى الوكيل لموكّله مع تصريحه بذلك في العقد]:

المسألة (**السابعة**) [قيل:] [٧] (**إذا اشترى**) الوكيل (**لموكّله**) مصرّحاً بذلك في العقد (**كان البائع بالخيار إن**

٢١/٤٤

---

[١] بعد عموم ولاية الحاكم لمثل ذلك؛ لقاعدة الضرر وغيرها، وللآية[١] ونحوها، والله العالم.

[٢] **كما اختاره جماعة منهم الشيخ في المحكي من مبسوطه**[٢].

[٣] والفعل فعله، من غير فرق بين كون الثمن من عين مال الموكّل أو في ذمته.

[٤] بأصالة البراءة من الزائد ونحوها.

[٥] بالأخذ من ماله المعيّن المجعول ثمناً أو الأداء عن ذمته.

بل عن الإرشاد ومجمع البرهان اختياره[٣]**، بل لعلّه مقتضى ما تقدّم للتذكرة**[٤]، إلّا أنّه مناف لما سمعته من المصنّف في المسألة الثالثة، ولما يأتي له في العاشرة.

[٦] لما ستعرفه من اقتضاء الأدلّة تقديم قوله في التداعي معه خاصّة، لا أنّ إقراره إقراره مطلقاً كما تسمع تفصيل الحال فيه في المسألة العاشرة. وعلى كلّ حال **فما عن أبي حنيفة من التفصيل بين الشراء بالعين فالقول قول الوكيل؛ لأنّه الغارم لما زاد على الثمانين، والموكّل إن كان الشراء في الذمة لأنّه الغارم**[٥] واضح الضعف؛ ضرورة أخذ الثمن من مال الموكّل على كلّ حال. **كما أنّ ما في المسالك وغيرها من فرض موضوع المسألة بما إذا كان المبيع يساوي مئة وإلّا لم يكن الشراء صحيحاً**[٦] لا يخلو من نظر؛ ضرورة إمكان الغبن في حقّ الوكيل، ولا يقتضي خروجه بذلك عن الوكالة، وإنّما أقصاه الخيار كما أوضحناه في محلّه.

[٧] **[كما] قال في محكي المبسوط [ذلك].**

---

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) المبسوط ٢: ٣٩٢.

(٣) الإرشاد ١: ٤٢٠. مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٦٠٨.

(٤) التذكرة ١٥: ٢١٠.

(٥) الحاوي الكبير ٦: ٥٢٢.

(٦) المسالك ٥: ٣٠٢.

شاء طالب الوكيل، وإن شاء طالب الموكّل) [١]. وربّما أُشكل [٢].

(و) من هنا قال المصنّف [٣]: إنّ (**الوجه اختصاص المطالبة بالموكّل مع العلم بالوكالة واختصاص مطالبة الوكيل مع الجهل بذلك**) إلى حين القبض أو مطلقاً [٤]. هذا كلّه إذا كان الثمن في الذمة ولم يكن قد دفعه الموكّل إلى الوكيل، أمّا إذا كان عيناً قد وقع العقد عليها فقد [قيل] [٥] بمطالبته لمن هي في يده، من غير فرق بين الوكيل والموكّل. وإن كان في الذمّة ولكن كان قد دفع الموكّل إليه ما يجعله ثمناً فـ [ـقد قيل:] [٦] تخيّر في مطالبة الوكيل [٧] والموكّل [٨]. [ولكن المتّجه التخيير في مطالبة ايهما شاء].

---

[١] ويكون دخول الوكيل في هذا التصرف بمنزلة دخول الضامن في الضمان، فإن أعطاه كان له الرجوع بما وزن، لأنّه توكّل باذنه في الشراء، وذلك يتضمّن تسليم الثمن، وكان الإذن في الشراء إذناً فيه وفيما يتضمّنه[١].

[٢] بأنّه لا وجه لرجوعه على الوكيل مع فرض العلم بالوكالة؛ ضرورة كون الثمن فيما فرضه في ذمّة الموكّل؛ لأنّ الشراء له، ولا ضمان من الوكيل. نعم مع الجهل بالوكالة يتّجه مطالبة الوكيل؛ لظهور مباشرة الشراء في كونه له، ولكن يتوجّه حينئذٍ اختصاص المطالبة به مع فرض استمرار الجهل بذلك.

[٣] **وتبعه بعض**[٢] **الناس**.

[٤] **كما احتمله في المسالك**[٣]؛ للاكتفاء بالجهل حال العقد في استحقاق المطالبة، وإن علم بعد ذلك استصحاباً لما كان، ولإمكان عدم رضاه بمطالبة الموكّل لو علم ابتداءً. وعلى كلّ حال فلا يكفي في ثبوت الوكالة المقتضية لسقوط حقّ المطالبة عن الوكيل اعتراف الموكّل بها؛ إذ يمكن أن يكون تواطئاً منهما لإسقاط حقّ المطالبة خصوصاً إذا كان الموكّل قوياً.

[٥] [**كما**] **صرح في جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح**[٤] **على ما قيل**[٥].

[٦] [**كما**] **في القواعد ومحكي الكتب السابقة والتذكرة**[٦].

[٧] لأنّ الثمن في يده.

[٨] لأن الشراء له وما دفعه له لم يتشخص ثمناً. هذا خلاصة ما حصّلناه من كلماتهم.

لكن قد يقال: إنّ من مقتضيات العقد استحقاق تسليم الثمن والمثمن من مباشره سواء كان مالكاً أو وليّاً شرعيّاً ولو وكيلاً عليه، وعلى ما يقتضيه من القبض والإقباض لا أنّه وكيل على مجرّد الصيغة، ويكون الإذن حينئذٍ مقدّمة لتحقّق العقد مقتضاه؛ لأنّ المباشر له بها يكون متأهّلاً للمطالبة بالتسليم. ومن هنا يتسلّط البائع أو المشتري على الخيار بامتناع الوكيل عن التسلّم والتسليم إذا كان وكيلاً على ذلك، ولا يسقط خيار البائع أو المشتري بامتناع الوكيل؛ لأنّ الشراء إنّما هو للموكّل؛ إذ هو وإن كان كذلك إلّا أنّ ما ذكرناه من أحكام ولي العقد وتوابعه. ولا يتوهّم أنّ هذا لا يقتضي اختصاص المطالبة به؛ ضرورة ثبوتها أيضاً لمن كان الشراء له باعتبار ثبوت الحقّ عليه أيضاً ولو لمباشرة وكيله، ومن هنا يتّجه التخيير الذي ذكره الشيخ في المحكي من مبسوطه[٧].

---

(١) (٥) المبسوط ٢: ٣٩٥. قاله في مفتاح الكرامة ٧: ٦٠٩. (٢) (٣) الكفاية ١: ٦٨٦. المسالك ٥: ٣٠٣.

(٤) جامع المقاصد ٨: ٢٦٨ ـ ٢٦٩. المسالك ٥: ٣٠٣. مجمع الفائدة ٩: ٥٩٩. مفتاح الشرائع ٣: ١٩٢.

(٦) القواعد ٢: ٣٦٣. التذكرة ١٥: ١٤١ ـ ١٤٢. حكا عنها في مفتاح الكرامة ٧: ٦٠٩.

(٧) المبسوط ٢: ٣٩٥.

بل قد يقال به [= التخيير] أيضاً فيما إذا كان الثمن عيناً أيضاً [١].

[لو طالب الوكيل بما وكّل عليه]:

المسألة (**الثامنة : إذا طالب الوكيل**) الثابتة وكالته بما وكّل عليه (**فقال الذي عليه الحقّ : لا تستحقّ المطالبة**) لي ولم يذكر أزيد من ذلك (**لم يلتفت إلى قوله**) [٢]؛ (**لأنّه مكذّب لبيّنة الوكالة**) [٣].

(**ولو قال : عزلك الموكّل**) سمعت بالبيّنة مثلاً [٤].

لكن (**لم يتوجّه على الوكيل اليمين إلّا أن يدّعى عليه العلم**) [٥].

(**وكذا لو ادّعى أنّ الموكل أبرأه**) من الحقّ أو أدّاه إليه كما هو واضح.

[قبول شهادة الوكيل لموكّله فيما لا ولاية له فيه]:

المسألة (**التاسعة**) [المختار] [٦] أنّه (**تقبل شهادة الوكيل لموكّله فيما لا ولاية له فيه**) كما تقبل عليه [٧].

---

[١] ضرورة عدم منافاة ذلك للمطالبة بتسلّمها للوكيل الذي باشر العقد إذا لم تكن في يده أو للموكّل كما هو واضح بأدنى تأمّل، فلا تختص بمن كانت هي في يده؛ ضرورة اقتضاء العقد التسليم كما عرفت.

بل مما ذكرنا يظهر لك مافي إطلاق جملة من عبارات الأصحاب، وأنّها محتاجة إلى التقييد ببعض القيود التي لا تخفى على من أحاط بقواعد الفقه، والله العالم.

[٢] **كما عن المبسوط**[1] **وغيره.**

[٣] **لكن في القواعد : « على إشكال »**[2].

ولعلّه ممّا عرفت [من أنه مكذب لبينه الوكالة]. ومن أعمّيّة ذلك من التكذيب؛ ضرورة إمكان كونه لإبراء أو لطروّ عزل أو أداء إلى الموكّل أو نحو ذلك، وقد يدفع بما في جامع المقاصد والمسالك مما حاصله من أنّه يكفي في سماعها عدم تحريرها بعد أن كانت مشتركة بين المسموعة وغير المسموعة فلا تعدّ دعوى شرعية تستحقّ الجواب[3].

اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ حجيّة قول المسلم وأصالة صحّة دعواه وعموم البيّنة على المدّعي ونحوه تقضي بالقبول حتى يعلم فسادها بتكذيب للبيّنة ونحوه، وإلّا فهي مقبولة يترتّب عليها توجّه اليمين وإقامة البيّنة ونحو ذلك، والله العالم.

[٤] لأنّها دعوى شرعيّة.

[٥] ضرورة أنّ العزل فعل الغير واليمين عليه إنّما هو على نفي العلم به.

[٦] **[كما] لا خلاف بيننا بل وبين كافّة المسلمين ولا إشكال في [ذلك].**

[٧] لعموم ما دلّ على قبول خبر العدل.

---

(١) المبسوط ٢ : ٤٠٠ ـ ٤٠١.

(٢) القواعد ٢ : ٣٦٨.

(٣) جامع المقاصد ٨ : ٣٠٢، المسالك ٥ : ٣٠٤.

بخلاف ماهو وكيل فيه فإنّها لا تقبل فيه[١]. (و) كذا [المختار][٢] عدم قبول شهادته في جرح شهود المدعي على الموكّل.

نعم (**لو عزل قبلت**)[٣] (**في الجميع**) ولو فيما له ولاية عليه[٤].

فلا إشكال حينئذٍ في القبول (**مالم يكن أقام بها**) وردّت للتهمة[٥].

(**أو شرع في المنازعة**) التي هو وكيل فيها فلا تقبل حينئذٍ[٦]. وبذلك [= الخروج عن تأهل الشهادة للتهمة] يفرق بينه وبين الفاسق إذا عاد للعدالة والصبي إذا بلغ والكافر إذا أسلم، فلا تقبل حينئذٍ شهادة الشريك لشريكه بعد أن ردّت بذلك ولو صالح شريكه بعد ذلك على وجه صار الحقّ كلّه للشريك الآخر، فتأمّل جيّداً[٧].

---

[١] للتهمة، **كما عن الشيخ والحلّي والفاضل وغيرهم التصريح به**[١]، بل هو المشهور، بل لم أجد فيه خلافاً لها.

[٢] [كما] **صرحوا أيضاً بـ**[ـذلك].

[٣] **عندنا**.

[٤] لعدم التهمة حينئذٍ وعدم الخصومة، فهو كما لو شهد قبل التوكيل في شمول أدلّة القبول له.

وما عن بعض العامة من عدم القبول بمجرّد التوكيل[٢] واضح الضعف.

[٥] **كما عن التحرير**[٣] **وغيره**.

[٦] للتهمة بإرادة إظهار ما ادّعى به ولتحقّق الخصومة. **لكن قيّده بعض الناس بما إذا جرى الأمر على التواصل**[٤]. **وأمّا إذا طال الفصل فربّما استظهر من كلام الفاضل في القواعد القبول**[٥]. **وفي جامع المقاصد: أنّه محتمل**[٦]، وهو كذلك.

اللهمّ إلّا أن يدّعى خروجه بذلك عن تأهّل الشهادة وقبولها، وإن زالت التهمة وارتفعت الخصومة.

[٧] **هذا، ولكن عن أبي علي قبول شهادة الوصي بمال اليتيم**[٧].

بل عن كشف اللثام[٨] **الميل إليه**، مؤيّداً له بمكاتبة الصفّار[٩]، ولعلّ الوكيل أولى. فما عن الأخير [كشف اللثام] من الجزم بعدم القبول فيه وميله إلى القبول في الوصي في غير محلّه، اللهمّ إلّا أن يكون الوجه الجمود على مكاتبة الصفّار.

ولعلّه لذا حكى عن الأردبيلي منع كون مطلق الوكالة والولاية نفعاً يمنع من شهادة العدل المقبول[١٠]. **وتبعه على ذلك صاحب الحدائق**[١١]. لكنّه كما ترى كالاجتهاد في مقابلة الإجماع، بل قد يشكّ في تناول الشهادة لمثله؛ ضرورة كونه شهادة له في الحقيقة ولو من حيث الوكالة والولاية نحو شهادة المرتهن وشبهه، وتسمع الكلام فيه في محلّه إن شاء الله.

---

(١) المبسوط ٢: ٤٠٢. السرائر ٢: ١١٨. التذكرة ١٥: ١٢٦. (٢) المجموع ١٤: ١١٥.
(٣) التحرير ٣: ٥٦. (٤) قيده في مفتاح الكرامة ٧: ٥٨٧.
(٥) استظهره في مفتاح الكرامة ٧: ٥٨٧. انظر القواعد ٢: ٣٦٠.
(٦) جامع المقاصد ٨: ٢٤٨. (٧) نقله في المختلف ٨: ٥٣١.
(٨) حكاه في مفتاح الكرامة ٧: ٥٦٨. انظر كشف اللثام ١٠: ٣٠٤.
(٩) الوسائل ٢٧: ٣٧١، ب٢٨ من الشهادات، ح١.
(١٠) مجمع الفائدة ٩: ٦٠١. (١١) الحدائق ٢٢: ١١٦ ـ ١١٧.

[لو وكّله الوكيل بقبض دينه ثمّ أقرّ بالقبض وصدّقه الغريم ثمّ أنكر الموكّل القبض]:

المسألة (العاشرة: لو وكّله بقبض دينه) مثلاً (من غريم له فأقرّ الوكيل بالقبض وصدّقه الغريم) وأنّه تلف من يده (وأنكر الموكّل) القبض منه (فالقول قول الموكّل) [١]. [وقال المصنّف]: (فيه تردّد) [٢].

---

[١] **وفاقاً للمبسوط[١] والتذكرة[٢] والقواعد[٣] وغيرها، بل في شرح الصيمري نسبته إلى فتوى الأصحاب إلّا الفخر[٤]**؛ لأنّ الدعوى إنّما هي بين المالك والغريم، ولا نزاع بينه وبين الوكيل، وليس في الأدلّة ما يقتضي إلزام الموكّل بإقرار الوكيل فيما وكّل فيه مع عدم الخصومة معه.

وما تقدّم في المسألة الثالثة من تقديم قول الوكيل إنّما هو مع كون التداعي معه.

(و) لكن مع ذلك قال في المتن [فيه تردّد].

[٢] **وفي القواعد: على اشكال[٥]**، [ينشأ] ممّا سمعت، ومن نفوذ قول الوكيل على الموكّل باعتبار كونه أمينه، والفعل فعله. إلّا أنّه كما ترى لا دليل عليه إذا كانت الدعوى مع غيره.

وتقديم قوله حيث تكون الدعوى معه لا يقتضي سقوط دعواه على الغير؛ إذ لا يزيد تقديم قوله في ذلك على تقديم قوله في التلف بغرق أو حرق، مع أنّه لا يسقط الدعوى من المالك على أجنبي بماله كما هو واضح، خصوصاً إذا أعرض المالك من أوّل الأمر عن الدعوى مع الأمين.

وخصّ الدعوى بالأجنبي، وخصوصاً في مثل المقام الذي لا دعوى أصلاً بين المالك والوكيل؛ لعدم القبض منه بزعم المالك، وإنّما هي مختصة بينه وبين الغريم.

ودعوى أنّ اعتراف الوكيل بذلك وإن لم تكن الخصومة معه مسقط لدعوى المالك المقتضية تكذيبه فيما ذكره، وقد نهى عن تهمته على وجه يراد منه عدم سماع التهمة في حقّه وإن كانت تكذيباً خاصّة بلا تغريم.

ممنوعة على مدعيها كلّ المنع.

بل لا ينبغي أن تصدر من فقيه ماهر؛ ضرورة عدم ما يقتضي أنّ إقرار الوكيل إقرار الموكّل، بل في الأدلّة ما يقتضي عدمه، خصوصاً قاعدة الإقرار في حقّ الغير.

وتقديم قوله حال كون الخصومة معه إنّما هو لكونه مؤتمناً، وصاحب يد على فعله، كتقديم قوله في التلف في الخصومة معه، لا لأنّ إقراره إقرار الوكيل، وإلّا لم تحتج إلى اليمين كما هو واضح بأدنى تأمّل.

والنهي عن تهمته إنّما يراد منه تقديم قوله في التداعي معه، ولو بما يقتضي تكذيبه، فضلاً عن اتّهامه، لا أنّ المراد منه عدم تكذيبه ولو بالدعوى على الغير المقتضية لذلك.

---

(١) المبسوط ٢: ٤٠٣.

(٢) التذكرة ١٥: ١٨٩.

(٣) القواعد ٢: ٣٧١.

(٤) غاية المرام ٢: ٣٦١. انظر الأيضاح ٢: ٣٦٢.

(٥) القواعد ٢: ٣٦٢.

وحينئذٍ فإذا حلف المالك على بقاء حقّه في ذمّة الغريم أخذه، ولا رجوع للغريم على الوكيل مع تلف المال في يده بغير تفريط [١]. هذا كلّه في مفروض المسألة.

(أمّا لو أمره ببيع سلعة) مثلاً (وتسليمها وقبض ثمنها فتلف) الثمن (من غير تفريط) على دعوى الوكيل (فأقرّ الوكيل بالقبض وصدّقه المشتري وأنكر الموكّل فالقول قول الوكيل) هنا [٢]؛ (لأنّ الدعوى هنا على الوكيل من حيث إنّه سلّم المبيع ولم يتسلّم الثمن فكأنّه يدّعي) الموكّل (ما يوجب الضمان) على الوكيل [٣]. (وهناك) أي في المسألة الأولى (الدعوى على الغريم) دون الوكيل، ولكن مع ذلك قال المصنّف [٤]: (وفي الفرق نظر) [٥].

ففي مثل المقام للمالك توجيه الدعوى على كلّ منهما، فإذا أعرض عن الوكيل ووجّه الدعوى على المشتري وطالبه بالثمن كان له ذلك بعد يمينه أنّه باقٍ في ذمة المشتري، ولا يكون إقرار الوكيل بالقبض مسقطاً للدعوى بعد أن لم تكن الخصومة معه.

ولو طالب الوكيل من حيث دعوى ضمانه للثمن بتسليمه المبيع قبل تسليم الثمن المفروض عدم إذنه فيه كان القول قول الوكيل هنا [٦].

بل الأقوى في النظر عدم سقوط الدعوى عن المشتري مع ذلك [٧].

---

[١] لكونه ظالماً بزعمه في أخذه منه، ولا رجوع له بالظلم.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه، بل في شرح الصيمري اتفاق الفتاوى عليه**[١].

[٣] باعتبار تفريطه بذلك، والأصل براءة ذمته مع أنّه أمين بالنسبة إليه، وقوله مقبول فيما اؤتمن عليه.

[٤] **وتبعه غيره.**

[٥] لأنّ الاختلاف في المقامين في فعل الوكيل، فمع فرض كون قوله مقبولاً فيه ينبغي عدم سماع دعوى المالك في المقامين، وإلّا قبلت فيهما.

وقد عرفت أنّ الأشبه عند المصنّف في المسألة الثالثة الأوّل. بل قد عرفت أنّه تردّد في قبول قول الموكّل، وحينئذٍ يكون نظره رجوع الأولى إلى الثانية في الحكم كما عن فخر المحققين[٢] لا العكس. إلّا أنّه لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرنا في المسألة الثالثة وهنا تحقيق الحال. ونزيده وضوحاً بأنّ الدعوى متى كانت من الموكّل على الوكيل لإرادة تغريمه مثلاً فالقول قول الوكيل؛ لأنّه أمينه والفعل فعله، ومتى كانت على أجنبي لم يكن إقرار الوكيل مؤثراً في عدم سماعها، بل تبقى على حكم سائر الدعاوي.

[٦] للأدلّة التي سمعتها في المسألة الثالثة وفي المقام.

[٧] **خلافاً للتذكرة والمسالك**[٣] **وغيرهما**؛ إذ لم يفد تقديم قوله على قول المالك بيمينه إلّا عدم ضمان الوكيل وسقوط الدعوى بالنسبة إليه خاصّة، لا أنّه وصول للثمن واقعاً، على وجه يسقط الدعوى عن المشتري؛ ضرورة مساواة تقديم قوله هنا لتقديم قوله في التلف المعلوم عدم اقتضائه سقوط الدعوى لو أرادها بعد ذلك على أجنبي كما قدمناه سابقاً.

---

(١) غاية المرام ٢: ٣٦١.
(٢) الايضاح ٢: ٣٦١ـ ٣٦٢.
(٣) التذكرة ١٥: ١٩٠ـ ١٩١. المسالك ٥: ٣٠٦.

هذا كلّه في الدعوى عليهما وبدأ بالوكيل.

أمّا إذا كانت الدعوى مختصّة من الأصل بغير الوكيل كما في قبض الدين من الغريم ونحوه أو كانت مشتركة ولكن أعرض عن الوكيل ووجّه الدعوى على الغير فلا وجه لسقوط الدعوى باعتراف الوكيل الذي لم تكن خصومة بين الموكّل وبينه [١].

وتأمّل جيّداً لتعرف الحكم في جميع موارد المسألة التي منها: مالو وكّله على طلاق زوجة مثلاً فقال الوكيل: طلّقت وادّعى الموكّل على الزوجة عدم ذلك كان القول قوله [٢].

وكذا الوكالة في العتق.

أمّا لو كان وكيلاً على القرض فقال: استقرضت لك ألفاً مثلاً وتلفت أو أنفقتها فيما وكّلتني فيه أيضاً ولم يكن هناك ثالث تكون الدعوى بين الموكّل وبينه كان القول قول الوكيل ولو بعد عزله عن الوكالة [٣].

---

[١] وبذلك كلّه ظهر لك مافي كلام المصنّف ومن تأخّر عنه كالفاضل وولده والمحقق الثاني والشهيد الثاني والصيمري والعلّامة الطباطبائي[١] وإن أطنب رحمه الله في مصابيحه بذكر كلام جميع من تعرّض للمسألة.

اللهمّ إلّا أن يتكلّف رجوع بعض كلماتهم إلى ما ذكرنا، والأصل في هذه المسألة ما في محكي المبسوط، وهو مع التأمّل كالصريح فيما قلناه في تحقيق المسألة، **قال: «إذا وكّل رجل رجلاً في قبض دين له على غيره فادّعى الوكيل أنّه قبضه منه وسلّمه إليه أو قال: تلف في يدي وصدّقه من عليه الدين وقال الموكّل: لم يقبضه منه قال قوم: إنّ القول قول الموكّل مع يمينه، ولا يقبل قول الوكيل ولا المدين إلّا ببيّنة؛ لأنّ الموكّل يدّعي المال على المدين دون الوكيل؛ لأنّه يقول: أنا لا استحقّ عليك شيئاً؛ لأنّك لم تقبض المال، وإنّما مالي باق على المدين، ولهذا إذا حلف طالب الذي عليه الدين ولا يثبت بيمينه على الوكيل شيئاً فإذا كان كذلك كان بمنزلة أن يدّعي من عليه الحقّ دفع المال إليه وهو ينكره فالقول قوله، وكذلك هاهنا، وهذا أقوى، وإذا وكّله بالبيع والتسليم وقبض الثمن فباعه وسلّم المبيع فادّعى قبض الثمن وتلفه في يده أو ادّعى دفعه إليه فأنكر الموكّل أن يكون قبضه من المشتري كان القول قول الوكيل مع يمينه؛ لأنّ الأصل أنّه أمين، وأنّه لا ضمان عليه. ويخالف المسألة الأُولى؛ لأنّ المدّعى عليه فيها هو الذي عليه الدين، وهو الخصم فيه، وإذا جعلنا القول قول الموكّل في المسألة الأُولى لم نوجب على الوكيل غرامة، وفي المسألة الثانية نوجب غرامة فجعلنا القول قول الوكيل في الثانية»**[٢].

وتبعه غيره في ذلك. وهو بعد تهذيبه يرجع إلى ما ذكرنا فلاحظ.

[٢] لأنّ الدعوى بينه وبين الزوجة، والوكيل لا دعوى عليه.

[٣] لأنّه أمينه وهكذا.

---

(١) انظر القواعد ٢: ٣٧١. الايضاح ٢: ٣٦١. جامع المقاصد ٨: ٢٩٨. المسالك ٥: ٣٠٥ ـ ٣٠٦. غاية المرام ٢: ٣٦١. مصابيح الأحكام: ٥٩٩ ـ ٦٠٣ (مخطوط).

(٢) المبسوط ٢: ٤٠٣.

نعم بقي شيء ، هل للموكّل الدعوى على الأجنبي مع إخبار الوكيل بالقبض منه أو الطلاق أو العتق [١] وإن احتمل صدقه ؟ أو لابدّ في ذلك من العلم بتكذيب الوكيل ؟

قد [يحتمل] [٢] الثاني ، ويحتمل الأوّل [٣].

ولكن لا ريب في أنّ الأحوط الثاني ، والله العالم .

(و) كيف كان فـ(لو ظهر في المبيع عيب ردّه على الوكيل دون الموكّل ؛ لأنّه لم يثبت وصول الثمن إليه) [٤].

[ولكن التحقيق ردّه على الموكّل] [٥].

بل قد لا يجوز له رده على الوكيل إذا لم يكن وكيلاً على قبضه على تقدير ردّه بالعيب ، وحينئذٍ فقول المصنّف : **(ولو قيل : بردّ المعيب[1] على الموكّل كان أشبه) [٦]** في غير محلّه [٧].

---

[١] بأصالة العدم ونحوها .

[٢] **[كما] يظهر من المحكي من بعض كلمات الأردبيلي[2].**

[٣] لعدم ما يدلّ على وجوب قبول خبره فيما اؤتمن عليه في غير مقام التداعي معه ، وإن كان له التناول بإخباره والتصرّف فيما يأتيه له بعنوان الوكالة .

[٤] وإن سقط مطالبته به للوكيل بدعواه أنّه قبضه وتلف منه مع يمينه ، بل والمشتري بناء على أنّ ذلك يقتضي سقوط الحقّ عنه لاتحاده ، إلّا أنّ هذا السقوط لا يقتضي الوصول إليه ولو بقبض الوكيل . إلّا أنّه لا يخفى عليك مافيه .

[٥] ضرورة أنّ المال مال الموكّل ؛ لأن الفرض علم المشتري بذلك ، ووصول الثمن إليه وعدمه لا مدخل له في ذلك .

[٦] **والفاضل في القواعد : أقرب[3] ، والفخر في محكي الإيضاح : أصحّ[4] ، وثاني الشهيدين في المسالك : أقوى[5].**

[٧] لعدم وجه لاحتمال المنع ، بل المحكي من عبارة المبسوط خال عن ذلك .

قال : « إذا وكّل رجلاً في بيع ماله وقبض ثمنه فادّعى : أنّه قبض الثمن وتلف في يده أو دفعه إليه ، وصدّقه المشتري على ذلك .

وقال الموكّل : ما قبضه الوكيل كان القول قول الوكيل على أصحّ الوجهين ، فإذا حلف برأ ، فاذا وجد المشتري بالمبيع عيباً كان له ردّه بالعيب .

فإن أقام البيّنة على أنّه دفع ثمنه إلى الموكّل أو الوكيل كان له ردّ المبيع على أيّهما شاء ومطالبته بالثمن ، وإن لم تكن بيّنة لم يكن له مطالبة الموكّل ... بالثمن وردّ المبيع عليه ؛ لأنّه ما[6] أقرّ بقبض الثمن منه ، وليس للوكيل مطالبة الموكّل ويكون القول قول الموكّل مع يمينه أنّه لا يعلم أنّه قبض الثمن من المشتري فإذا حلف لم يكن له مطالبته إلّا

---

(١) في الشرائع : « المبيع » .

(٢) انظر مجمع الفائدة ٩ : ٦٠١ ـ ٦٠٤ .

(٣) القواعد ٢ : ٣٧١ .

(٤) الايضاح ٢ : ٣٦٢ .

(٥) المسالك ٥ : ٣٠٦ .

(٦) لم ترد « ما » في المصدر .

أن يقيم بيّنة على ما يدعيه من قبض الثمن من المشتري وتلفه في يده أو دفعه إليه »[١]. وهو كما ترى ظاهر أو صريح في الرد من دون مطالبة بالثمن.

وأمّا ما ذكره من التخيير في المطالبة بالثمن مع البيّنة فلعلّه لاقتضاء الفسخ عنده تسليم الثمن على نحو اقتضاء العقد، بخلاف ما إذا لم تكن بيّنة فإنّه ليس له إلّا الردّ على الموكّل وإن سقطت المطالبة بالثمن على الوكيل والمشتري.

أمّا المشتري فلما عرفت، وأمّا الوكيل فلاعترافه بوكالته وتلف الثمن في يده.

نعم له أخذ العين باطناً ـ أي إذا لم يعلم منه الفسخ ـ مقاصّة عن ثمنه مع دفع الزائد إن كان للمالك والتوصل إليه من مال الموكّل وغير ذلك مع فرض النقصان هذا.

ولكن في التذكرة: « فإذا حلف الوكيل ـ أنّه قبض وتلف الثمن في يده ـ وقلنا ببراءة المشتري ثمّ وجد المشتري بالمبيع عيباً فإن ردّ على الموكّل وغرمه الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لاعترافه بأنّ الوكيل لم يأخذ شيئاً، وإن ردّ على الوكيل وغرمه لم يرجع على الموكّل، والقول قوله مع يمينه في أنّه لم يأخذ منه شيئاً، ولو خرج المبيع مستحقاً رجع المشتري بالثمن على الوكيل؛ لأنّه دفعه إليه ولا رجوع له على الموكّل »[٢].

وفيه مالا يخفى من عدم جواز رجوعه على الوكيل في الأوّل بعد اعترافه بوكالته وتلف المال في يده. وأمّا رجوعه على الموكّل فهو مبني على وصول ذلك إليه بإقرار الوكيل بناءً على أنّه كالبيّنة بالنسبة إلى ذلك.

لكن على هذا ينبغي أن يكون له الرجوع عليه في الثاني، أو يختصّ به بناءً على أنّ قبض الوكيل في الظاهر قبض للموكّل، كما في القواعد الجزم به، فإنّه بعد أن ذكر فيها أنّه لو تلف المبيع في يد الوكيل بعد أن خرج مستحقاً طالب المستحقّ البائع أو الوكيل أو الموكّل الجاهلين ويستقرّ الضمان على البائع، وهل للوكيل الرجوع على الموكّل ؟ إشكال[٣].

قال: « ولو قبض وكيل البيع الثمن وتلف في يده فخرج المبيع مستحقّاً رجع المشتري على الوكيل مع جهله ـ أي بالوكالة ـ ويستقرّ الضمان على الموكّل، وإلّا فعليه »[٤].

وإن كان كلامه فيها أيضاً لا يخلو من نظر؛ ضرورة منافاة الإشكال لما ذكره أوّلاً من الرجوع على الثلاثة الذي لا وجه له في الموكّل إلّا دعوى سببية القبض من الوكيل الضمان عليه باعتبار أنّه قبض له؛ لأنّه وكيل عنه على قبض المبيع في الظاهر.

بل قد يتوهّم من ذلك اختصاصه بالموكّل بعد العلم بكون القبض وكالة، كما هو مقتضى كلامه الأخير.

وإن كان التحقيق خلافه؛ إذ الظاهر سببية القبض لضمانهما معاً بعد فرض كونه وكيلاً عنه في قبض ماهو مبيع ظاهراً؛ لأنّه وإن كان قبضه قبض الموكّل، إلّا أنّه لا ينافي الرجوع عليه بعموم « على اليد »[٥] وإن كان هو يرجع على الموكّل. وبذلك يظهر أنّه لا وجه لاختصاص الضمان بالموكّل في الأخير مع العلم بالوكالة؛ إذ هو كرجوع مستحقّ المبيع على الثلاثة وإن علم بأنّ الوكيل قد قبض على جهة الوكالة، فتأمّل جيّداً، فإنّ المسألة لا تخلو من دقّة، والله العالم بحقائق أحكامه، والحمد لله أوّلاً وآخراً.

---

(١) المبسوط ٢ ٤٠٤.
(٢) التذكرة ١٥: ١٩١.
(٣)(٤) القواعد ٢: ٣٦٣.
(٥) المستدرك ١٤: ٨، ب ١ من الوديعة، ح ١٢.

(كتاب الوقوف والصدقات)

(و) تمام (النظر) فيه يحصل (في) [أُمور ثلاثة]:

١ ـ (العقد.

٢ ـ والشرائط.

٣ ـ واللواحق).

[حكم عقد الوقف]:

(الأوّل: الوقف عقدُ ثمرته تحبيس الأصل وإطلاق المنفعة) [١]

---

[١] كما في القواعد والتنقيح وإيضاح النافع والكفاية[١] على ما حكي عن بعضها، بل وفي النافع واللمعة[٢] أيضاً لكن ترك ذكر العقد، كما هو المحكي عن المبسوط وفقه القرآن للراوندي والوسيلة والسرائر والجامع والمهذب البارع ومجمع البرهان[٣] إلّا أنّه تبديل «الإطلاق» بـ«ـالتسبيل»، كما في النبوي «حبّس الأصل وسبّل المنفعة»[٤].

إلّا أنّ المتأخّرين أبدلوه بـ«الإطلاق»؛ لما قيل من أنّه أظهر في المراد من «التسبيل» الذي هو إباحتها للجهة الموقوف عليها بحيث يتصرف كيف شاء كغيره من الأملاك[٥].

لكن في الصحاح: «سبّل فلان ضيعته أي جعلها في سبيل الله تعالى»[٦].

ومن هنا كان التعبير بـ«ـالتسبيل» أولى، بناءً على إرادة ذلك من «الإطلاق» المقابل للتحبيس كما هو مقتضى إبداله بذلك في المتن وغيره؛ لإشعاره باعتبار القربة حينئذٍ وأنّه من الصدقات، كما في النهاية ومحكي المراسم: أنّ الوقف والصدقة شيء واحد[٧]، ولعلّه لذا عرّفه في الدروس بأنّه الصدقة الجارية[٨].

بل في المسالك ومحكي التذكرة والمهذب البارع والتنقيح «قال العلماء: المراد بالصدقة الجارية الوقف»[٩].

---

(١) القواعد ٢: ٣٨٧. التنقيح ٢: ٣٠٠. نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٩: ٢. كفاية الأحكام ٢: ٤.

(٢) المختصر النافع: ١٨٠. اللمعة: ٩٩.

(٣) المبسوط ٣: ٢٨٦. فقه القرآن ٢: ٢٨٩ـ ٢٩٠. الوسيلة: ٣٦٩. السرائر ٣: ١٥٢. الجامع للشرائع: ٢٦٩. المهذب البارع ٣: ٤٧. ولا يوجد كتاب الوقف من مجمع الفائدة والبرهان ونقله في مفتاح الكرامة ٩: ٢.

(٤) المستدرك ١٤: ٤٧، ب ٢ من الوقوف والصدقات، ح ١، وفيه «الثمرة» بدل «المنفعة».

(٥) الرياض ٩: ٢٧٣.

(٦) الصحاح ٥: ١٧٢٤.

(٧) النهاية: ٥٩٦. المراسم: ١٩٧.

(٨) الدروس ٢: ٢٦٣.

(٩) المسالك ٥: ٣١٠. التذكرة ٢: ٤٢٦ (حجرية). المهذب البارع ٣: ٤٨. التنقيح ٢: ٢٩٩.

[ولكنّ التعبير بـ« ـالتسبيل » أولى من « الإطلاق »].

وعلى كلّ حال فقد ذكرنا غير مرّة أنّ المقصود من أمثال هذه التعاريف التمييز في الجملة [١].

(و) كيف كان فـ(ـاللفظ الصريح فيه وقفت) [٢]. (لا غير)

وفي بعض اللغات الشاذة « أوقفت » ولا بأس بالعقد بها على شذوذها.

(أمّا) لفظ (حرّمت وتصدّقت) فـ[ـالمختار] [٣] عدم صراحتهما فيه [٤].

(فلا يحمل على الوقف إلّا مع القرينة ؛ لاحتمالهما مع الانفراد) عن قرينة حال أو مقال **(غير الوقف) [٥].**

(و) لكن **(لو نوى بذلك الوقف من دون القرينة ديّن بنيّته) [٦].**

---

[١] فلا ينبغي نقض تعريف المصنّف بالسكنى وأُختيها والحبس[١]، وتعريف الدروس بنذر الصدقة والوصية[٢].

ولا الجواب عن الأوّل بإرادة الحبس على الدوام، وكان الاختلاف في ذكر العقد وعدمه على نحو ما سمعته في البيع ونحوه من أنّها اسم للعقود أو للمعنى الحاصل منها، وإن لم نقل بمشروعية المعاطاة فيه.

أو لما تسمعه من الخلاف باعتبار القبول فيه وعدمه المقتضي للاختلاف في عقد أو لا كما ستسمع.

[٢] بلا خلاف كما في المسالك ومحكي التذكرة وجامع المقاصد[٣]، بل في محكي السرائر والتحرير والتنقيح وإيضاح النافع الإجماع على صراحتها فيه[٤]. نعم عن الشافعي في بعض أقواله : أنّها كناية عن الوقف[٥]. وعن الفاضل في التذكرة : « أنّه من أغرب الأشياء »[٦]. ونفى الغرابة عنه بعض متأخّري المتأخّرين[٧] باستعمال لفظ الوقف في مجرّد الحبس والسكنى والرقبى والعمرى في صحيح ابن مهزيار[٨] والصفار[٩]. وفيه : أنّ الاستعمال مجازاً لا ينافي الصراحة المراد منها وضع اللفظ لذلك، كما هو واضح. نعم الظاهر أنّها الصريحة.

[٣] [كما] لا خلاف في [ذلك].

[٤] كما اعترف به غير واحد، بل حكى الإجماع في المسالك ومحكيّ التنقيح[١٠].

[٥] لاشتراكهما بينه وبين غيره.

[٦] كما عن الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر[١١] وغيرها من كتب المتأخّرين، بل لا أجد فيه خلافاً كما اعترف به بعض مشايخنا[١٢].

---

(١)(٢) المسالك ٥: ٣٠٩. مفتاح الكرامة ١: ٢ ـ ٣.

(٣) المسالك ٥: ٣١٠؛ التذكرة ٢: ٤٢٧ (حجرية). جامع المقاصد ٩: ٧.

(٤) السرائر ٣: ١٥٥. التحرير ٣: ٢٨٩. التنقيح ٢: ٣٠٠، وفيه : «وذلك اتفاقي». نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٩: ٣.

(٥) نقله في التذكرة ٢: ٤٢٧ (حجرية). (٦) التذكرة ٢: ٤٢٧ (حجرية).

(٧) مفتاح الكرامة ٩: ٣.

(٨)(٩) الوسائل ١٩: ١٩٢، ب٧ من الوقوف والصدقات، ح ١، ٢.

(١٠) المسالك ٥: ٣١٠، وفيه : «لا خلاف». التنقيح ٢: ٣٠٠، وفيه : «اتفاقاً».

(١١) الخلاف ٣: ٥٤٢. المبسوط ٣: ٢٩١. الغنية: ٢٩٦. السرائر ٣: ١٥٥.

(١٢) مفتاح الكرامة ٩: ٤.

بل و[المختار] [١] أنّه يُدان بنيّته إن لم يقصد الوقف بما هو صريح فيه إذا لم يكن له معارض [٢]. إلّا أنّه على كلّ حال [فيما يحتاج إلى قرينة] لابدّ من اعتبار الدالّ على القصد في حصول أصل العقد لا الحكم به [٣]. وعلى كلّ حال فالمراد من الإدانة بنيّته هو إيكاله إلى دينه وقصده فيما بينه وبين ربّه فيعامل كلّاً منهما معاملة حاله في الواقع مع فرض عدم المعارض. (**نعم لو أقرّ أنّه قصد ذلك**) أي الوقف بالكناية (**حكم عليه بظاهر الإقرار**) في الظاهر فيكون كالصريح حينئذٍ من هذه الجهة وإن بقي حكم الإدانة بحاله في الواقع أيضاً [٤]. ثمّ إنّه [الظاهر أنّ لفظ حرّمت وتصدقت صيغة واحد] [٥]. (**ولو قال: حبّست أو سبّلت قيل: يصير وقفاً وإن تجرّد؛ لقوله** ﷺ :

---

[١] **[كما] لا [خلاف] في [ذلك].**

[٢] **لكن قد يشكل الأوّل بعدم الاجتزاء بمثل ذلك في غيره من العقود اللازمة، بل المشهور فيما بينهم عدم انعقادها بالمجازات**، وإن كان خلاف المختار.

[٣] لأنّه المتيقّن من السببية وإن لم نجد في المقام دليلاً مخصوصاً. ودعوى أنّ هذا العقد ليس من الخطاب الذي يراد به إفهام الغير حتى يعتبر فيه ذكر القرينة تستلزم الاكتفاء بذلك في غيره من العقود، فلاحظ وتأمّل.

[٤] **هذا، وفي محكيّ التذكرة: « إذا أتى بالكناية فالمقترن الزائد عليه إمّا لفظ أو نية، فاللفظ أن يقرن إليه صدقة موقوفة أو محبّسة » إلى أن قال: « وأمّا النية فينظر إن أضاف اللفظ إلى جهة عامة كأن قال: تصدّقت بهذا على المساكين بنيّة الوقف، فالأقرب إلحاقه بالصحيح، وإن أضافه إلى معيّن، فقال: تصدّقت عليكم أو عليك لم يكن وقفاً على الأقوى »**[1]. **وفي المسالك وغيرها: « أنّ الفرق غير واضح »**[2]. إلّا أنّه لم يحك عن التذكرة كما حكيناه. وقد يقال: إنّ مراده من عدم الحكم بوقفه وإن نواه لعدم ما يقتضي التأبيد.

[٥] [كما] قد يظهر من عبارة المصنّف وما شابهها انّ اللفظين صيغة واحدة للوقف باعتبار إفراد الضمير الراجع إليهما. **ولعلّه لذا قال في الدروس: « إنّ ظاهر الأصحاب يدلّ على أنّهما صيغة واحدة فلا تغني الثانية عن الأُولى، وتغني الأُولى مع القرينة، ولو قال: جعلته وقفاً أو صدقة مؤبّدة محرّمة كفى »**[3]. لكن في المسالك « أنّ ما ادّعاه من الظاهر غير ظاهر »[4]. قلت: قد عرفت الإشعار في المتن وما شابهه. نعم قد يناقش ـ فيما ذكر من الفرق بين الأُولى والثانية ـ بأنّه لا دليل عليه. **بل في محكيّ التذكرة: « وأمّا حرّمت هذه البقعة للمساكين أو أبدتها أو داري محرّمة أو مؤبّدة فالأقرب أنّها كناية عن الوقف فإن انضمّ إليها قرينة تدلّ على الوقف صارت كالصريح، وإلّا فلا »**[5] **وكذا عن غيرها. نعم حكي فيها عن أظهر وجهي الشافعية المنع في حرّمت وأبدت**؛ لعدم استعمالهما مستقلّين، وإنّما يؤكّد بهما غيرهما[6]. وأمّا ما ذكره أخيراً فلا أجد فيه خلافاً. نعم في المسالك بعد أن استحسنه قال: « **إلّا أنّ فيه خروجاً عن صيغة الوقف المنقولة، وظاهرهم عدم المسامحة في مثل ذلك، وإن كان الأقوى الاكتفاء في كلّ لفظ يدلّ على المطلوب صريحاً** »[7]. قلت: هو كذلك في غير المقام، أمّا فيه فمسامحتهم فيه في غاية الظهور. نعم هو ليس صريحاً في الاصطلاح الذي هو وضع اللفظ لخصوص المعنى.

---

(١) (٥) التذكرة ٢ : ٤٢٧ (حجرية)، مع اختلاف.
(٢) المسالك ٥ : ٤١١.
(٣) (٦) الدروس ٢ : ٢٦٣. التذكرة ٢ : ٤٢٧ (حجرية).
(٤) (٧) المسالك ٥ : ٣١٢.

«حبّس الأصل وسبّل الثمرة») فيكون صريحاً في الوقف [١]. (وقيل: لا يكون وقفاً إلّا مع القرينة) [٢] (إذ ليس ذلك عرفاً مستقراً بحيث يفهم مع الإطلاق) [٣]. (و) لا ريب في أنّ (هذا أشبه) [٤]. [ويعتبر في الوقف القبول].

---

[١] كما عن الخلاف والغنية والجامع والتذكرة والكيدري[١]، بل في الأوّل الإجماع عليه[٢].

[٢] كما عن الأكثر؛ لعدم الوضع له والاستعمال أعمّ.

[٣] لا أقلّ من الشكّ والأصل بقاء الملك.

[٤] بأصالة عدم النقل والانتقال وعدم ترتّب أثر الوقف وأحكامه، خصوصاً مع معلومية اشتراك كلّ منهما معنىً بين الوقف وغيره. والخبر[٣] إنّما يدلّ على حصول الوقف بهما معاً لا بكلّ واحد منهما، فيكون صريحاً في عدم صراحتهما التي هي بمعنى وضع اللفظ للوقف الذي معناه مركّب من معناهما، كما هو واضح بأدنى تأمّل. هذا، بل هما معاً لا يقومان مقام وقفت في الصراحة؛ لاشتراكهما بين الوقف وبين الحبس، بل لعلّهما في الثاني أظهر. وربّما توهّم من عدم تعرّض المصنّف للقبول عدم اعتباره فيه، وكذا غيره. ولكن فيه: أنّه يمكن اكتفاء المصنّف عنه بذكر كونه عقداً، ومن المعلوم اعتباره في معناه وعدم ذكره بالخصوص؛ لعدم النزاع في خصوص ألفاظ له؛ إذ هو ما يدلّ على قبول ذلك الإيجاب. ولذا ترك ذكره المصنّف فيما تقدّم من بعض العقود الجائزة المعلوم اعتباره فيه. على أنّه سيأتي له التصريح بعدم اعتباره في خصوص ما إذا كان على جهة عامة، وهو كالصريح في اعتباره فيه في غيرها، ونحوه غيره ممّن ذكره في قسم العقود، **بل في جامع المقاصد والمسالك: إطباق الأصحاب على أنّه من قسمها**[٤]. مؤيّداً ذلك كلّه بمعلومية عدم دخول عين أو منفعة بسبب اختياري ابتداءً في ملك الغير من دون قبول. مع أنّه لو كان لاتّجه كونه حينئذٍ من قسم الإيقاع فلا يبطله الردّ، وهو منافٍ لما صرّح به جماعة من البطلان به، وإن لم نقل باشتراط القبول. **بل عن ظاهر الإيضاح وجامع المقاصد: أنّه لا خلاف فيه بيننا وأنّ المخالف فيه إنّما هو بعض الشافعية**[٥]. وحينئذٍ فعدم اشتراطه فيه مطلقاً ـ كما عساه يتوهّم من عدم ذكر جماعة له ـ في غير محلّه. **نعم قد صرّح المصنّف ومن تأخّر عنه كالفاضل والشهيدين**[٦] **وغيرهم بعدم الحاجة إليه في الوقف على الجهات العامّة**؛ لعدم القابل للقبول فيها، ولما عساه يظهر من المحكي من صدقات أمير المؤمنين عليه السلام والزهراء عليها السلام والصادق عليه السلام[٧] المشتملة على ذكر إنشاء الإيجاب بدون قبول، ولأنّ الأصل عدم اشتراطه بعد تناول المطلقات للمجرّد عنه. إلّا أنّ الجميع كما ترى؛ ضرورة عدم اقتضاء الأوّل الصحّة بلا قبول، بل بعد فرض الدليل على اعتباره يتّجه عدم الصحّة فيها حينئذٍ، على أنّ قبول الولي العام كالحاكم أو منصوبه ممكن. بل ربّما يستفاد من بعض الأدلّة الآتية في القبض الاكتفاء بقبول من يجعله قيّماً لها ولو نفسه كالقبض. ولعلّه على ذلك ينزّل ما وقع من صدقاتهم بناءً على أنّها من الوقف، لا قسم مستقلّ برأسه يثبت مشروعيته من هذه الروايات؛ لخلوّها عن التصريح بكونه وقفاً. ولا بعد في دعوى مشروعية مثل هذا التسبيل بهذه النصوص وإن لم أجد من احتمله. وأمّا الأصل فيقتضي اعتباره لا عدمه؛ لما سمعت من أنّ مقتضاه عدم ترتّب الأثر. والمطلقات لا تتناوله بعد فرض الشكّ في معناه، وأنّه من قسم العقود المعتبر فيها المعنى الارتباطي بين الإثنين أو لا.

---

(١) الخلاف ٣: ٥٤٢. الغنية: ٢٩٦. الجامع للشرائع: ٣٦٩. التذكرة ٢: ٤٢٧ (حجرية). اصباح الشيعة: ٣٤٥.

(٢) الخلاف ٣: ٥٤٣.

(٣) المستدرك ١٤: ٤٧، ب ٢ من الوقوف الصدقات، ح ١.

(٤) جامع المقاصد ٩: ١١. المسالك ٥: ٣١٣.

(٥) انظر الايضاح ٢: ٣٧٨. جامع المقاصد ٩: ١١.

(٦) التذكرة ٢: ٤٢٧ (حجرية). الدروس ٢: ٢٦٤. الروضة ٣: ١٦٥.

(٧) انظر الوسائل ١٩: ١٧١، ب ١ من الوقوف والصدقات.

[حتى فيما كان على جهة عامة].

بل [الظاهر] [١] قوّة اعتباره مطلقاً على نحو غيره من العقود حتى في الفورية والعربية وغيرهما [٢].

نعم قد يقال [٣] [بـ] ـعدم اعتبار القربة في صحّته [٤]. [والقول باعتبارها مشكل].

---

[١] [كما] من ذلك [= المتقدم] ينقدح [ذلك].

[٢] ضرورة ظهور النصوص أجمع في كونه [= الوقف] قسماً واحداً.

وقد عرفت المفروغية من اعتبار القبول فيه في الجملة؛ إذ **القول**[١] **بعدم اعتباره مطلقاً وأنّه فك ملك كالتحرير** في غاية السقوط، بل لم نعرفه قولاً لأحد من المعتبرين، وإنّما يذكر احتمالاً وتهجّساً. فالوحدة المزبورة حينئذٍ تقتضي اعتباره أيضاً حتى في الجهات العامة بعد فرض مشروعيته فيها على نحوه فرض مشروعية غيره من العقود فيها من الصدقة وغيرها، وإلّا كان للوقف معنيان: أحدهما عقدي والآخر إيقاعي وهو منافٍ للوحدة المزبورة كما هو واضح ونافع وموافق للذوق السليم.

[٣] [كما] أنّ الأصل يقتضي [ذلك].

[٤] وإن كان هو [= اعتبار القربة] **خيرة الفاضل في القواعد**[٢]؛ للأصل بعد اندراج فاقدها بناءً على ما ذكرناه في العقود المأمور بالوفاء بها.

وفي نحو قوله [عليه السلام] «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها»[٣]. وقوله صلى الله عليه وآله «حبّس الأصل وسبّل الثمرة»[٤] ونحوها.

وإطلاق الصدقة عليه في كثير من النصوص[٥] ـ بل لم يذكر فيما ورد ممّا أوقفوه عليهم السلام إلّا بلفظ «الصدقة». ومن المعلوم اعتبار القربة فيها خصوصاً بعد الصحيحين «لا صدقة ولا عتق إلّا ما أُريد به وجه الله عزّ وجلّ»[٦].

بل هو دالّ عليه في الفرض، بناءً على إرادة الوقف منه أو ما يشمله، وإرادة نفي الصحّة فيه كما هو الأقرب للحقيقة لا الكمال.

بل لو سلّم إطلاقها عليه من باب المجاز فهو من التشبيه البليغ أو الاستعارة المقتضيين للمشاركة في الأحكام الظاهرة التي لا شكّ في كون القربة منها. مؤيّداً ذلك كلّه بما صرّح به في وقوفهم من وقوع ذلك منهم ابتغاء وجه الله ـ لا يقتضي ذلك [= اعتبار قصد القربة]؛ ضرورة عدم اقتضاء شيء من ذلك أنّ الوقف جميعه من الصدقة.

بل أقصاه أنّ منه ما يكون كذلك، وهو ما قصد به وجه الله تعالى، وهو الذي وقع منهم عليهم السلام، ولذا اتبعوه بذلك. ولا دلالة فيه على اعتبارها [= القربة] في صحّته على وجه بحيث لو وقف على ولده ونحوهم من دون ملاحظة القربة يكون باطلاً. مع أنّ مقتضى ما سمعته من الإطلاقات صحّته. **وما من الغنية والسرائر من الإجماع على ذلك**[٧] لم نتحقّقه؛ لخلوّ كثير من عبارات الأصحاب المشتملة على بيان شرائطه عنه.

---

(١) وهو المنسوب في المسالك (٥: ٣١٣) إلى الأكثر.

(٢) القواعد ٢: ٣٨٨.

(٣) الوسائل ١٩: ١٧٦، ب ٢ من الوقوف والصدقات، ح ٢.

(٤) المستدرك ١٤: ٤٧، ب ٢ من الوقوف والصدقات، ح ١.

(٥) انظر الوسائل ١٩: ١٧١، ب ١ من الوقوف والصدقات.

(٦) الوسائل ١٩: ٢١٠، ب ١٣ من الوقوف والصدقات، ح ٢، ٣.

(٧) الغنية: ٢٩٦، ٢٩٨. السرائر ٣: ١٥٥، ١٥٧.

نعم قد يقال باستفادة رجحانه في نفسه عند الشارع على نحو رجحان النكاح وهو غير اعتبار النية فيه [١].

[و لا ريب في عدم اعتبارها] [٢].

(و) كيف كان فـ(لا يلزم) عقد الوقف (إلّا بالإقباض) الذي هو القبض بالإذن فلكلّ منهما حينئذٍ فسخه قبله [٣].

---

[١] على وجه يلحقه بالعبادات على بحث يأتي فيه: أنّه هل هو اسم للصحيح منه أو للأعمّ وأنّ القربة في الصيغة أو في القبض والإقباض؟ وغير ذلك ممّا لا يخفى على الفقيه بأدنى ملاحظة القطع بعدمه.

[٢] خصوصاً بعد معلومية عدم اعتبار ما يعتبر في الصدقة في الموقوف عليه من فقر ونحوه. بل ستسمع إن شاء الله تصريحهم بجوازه على الكافر وبصحّة وقف الذمّي على البيع والكنائس ومنه ومن العامي المعلوم عدم صحّة عباداتهما لفقد الإيمان. ولعلّه لذا وغيره اعترف غير واحد من المحقّقين هنا بعدم الدليل على الاشتراط هنا وفي الأوّل ـ أي القبول ـ بأنّ الأولى اعتباره حتى في الجهات العامّة لما ظهر من ذلك، فتأمّل جيّداً، فإنّ كثيراً من الكلمات هنا غير نقية بل ظاهرة في التشويش من أهلها، والله العالم.

[٣] وهذا لا ينافي كونه مع ذلك من شرائط الصحّة التي هي بمعنى ترتّب الأثر من ملك الموقوف عليه المنفعة وغيره، كما سيصرّح به المصنّف وغيره، بل فرّعوا عليه البطلان بموت الواقف قبله وغيره؛ ضرورة كون المراد هنا بيان عدم اللزوم قبله كما عن بعض العامّة[1] أو بيان أنّ وقوع العقد لا يقتضي وجوب الإقباض الذي هو من شرائط الصحة. وإن توهّم من نظير المقام جمعاً بين قوله تعالى: ﴿أَوفُوا﴾[2] وما دلّ على اعتباره في الصحّة التي هي بمعنى ترتّب الملك ونحوه. إذ هو ـ مع أنّه منافٍ لأصالة البراءة وغيرها لا يوافق ما دلّ هنا على اعتباره ممّا هو كالصريح بل صريح في الإذن بالفسخ قبل حصوله، وأنّه لا إثم عليه. قال صفوان في الصحيح: سألت عن الرجل يوقف الضيعة ثمّ يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً؟ فقال: «إن كان وقفها لولده ولغيرهم، ثمّ جعل لها قيّماً 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 يخاصموا حتى يحوزوها عنه، فله أن يرجع فيها؛ لأنّهم لا يحوزونها عنه، وقد بلغوا»[3]. وعن الأسدي فيما ورد عليه من جواب مسائله عن صاحب الزمان روحي له الفداء: «وأمّا ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثمّ يحتاج إليه صاحبه [فكلّ] ما لم يسلّم فصاحبه فيه بالخيار، وكلّ ما سلّم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج أو لم يحتج، افتقر إليه أو استغنى عنه» ـ إلى أن قال: ـ «وأمّا ما سألت عنه من أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة ويسلّمها من قيّم يقوم فيها ويعمّرها ويؤدّي من دخلها خراجها ومؤونتها، ويجعل ما بقي من الدخل لناحيتنا، فإنّ ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيّماً عليها إنّما لا يجوز ذلك لغيره»[4]. لكن هما كما ترى غير صريحين، بل ولا ظاهرين في اشتراطه في الصحّة بمعنى ترتّب الأثر الذي هو الملك ونحوه؛ ضرورة انطباق ما فيهما على كونه شرطاً في اللزوم. وتظهر الثمرة في النماء المتخلّل بينهما. **لكن في جامع المقاصد والمسالك[5] نفي الخلاف من كونه شرطاً فيها [= الصحّة] مكرّراً، بل فيها الإجماع على ذلك.**

---

(١) حكاه في المسالك ٥: ٣١٤.
(٢) المائدة: ١.
(٣) الوسائل ١٩: ١٨٠، ب ٤ من الوقوف والصدقات، ح ٤، مع اختلاف.
(٤) المصدر السابق: ١٨٢، ح ٨، وفيه: «العمروي» بدل «العمري».
(٥) جامع المقاصد ٩: ١١. المسالك ٥: ٣١٤، ٣٥٨.

. . . . . .

وإن كان قد يناقش بما قد يظهر من الغنية من كونه شرطاً في اللزوم حيث إنّه بعد أن ذكر شرائط الصحّة، قال: « فأمّا قبض الموقوف عليه أو من يقوم مقامه في ذلك فشرط في اللزوم »[١].

بل لعلّه صريحها بعد التأمل في جميع كلامه. وحينئذٍ يكون هو [= اللزوم] معقد إجماعها، **بل لعلّه ظاهر اللمعة أيضاً حيث ذكر أوّلاً أنّه « لا يلزم بدون القبض بإذن الواقف، فلو مات قبله بطل - إلى أن قال: - وشرطه التنجيز والدوام »**[٢] **إلى آخره**. ولا دلالة في تفريعه: البطلان بالموت قبله على إرادته الصحّة من « اللزوم »؛ إذ من المحتمل بل الظاهر كونه من العقود الجائزة فيلحقه حكمها من البطلان بالموت، ولو للنصوص الدالّة على ذلك في الصدقة بناءً على إرادة الوقف منها أو ما يشمله. نعم عبارة المصنّف وما شابهها محتملة لإرادة الصحّة بقرينة تصريحه بعد ذلك بكونه من شرائطها أو من شرائطه الظاهر في إرادتها أيضاً. واحتمال العكس بعيد. ولإرادة ما ذكرناه أو لبيان أنّه متى كان شرطاً في الصحّة كان شرطاً في اللزوم. أمّا من لم يكن له إلّا التعبير بكونه شرطاً في اللزوم فلا ريب في ظهوره بترتّب الصحّة قبله، **كالمحكي عن المبسوط والخلاف والسرائر**[٣] **[أنّه من شرائط اللزوم]**، بل عن الأخيرين الإجماع عليه[٤]، مضافاً إلى إجماع الغنية[٥]. وبذلك يظهر أنّ في المسألة قولين.

بل عن الوسيلة: أنّه جعل التسليم شرطاً في الصحّة إلّا إذا جعل ولاية الوقف لنفسه مدّة حياته[٦].

وعن كافي أبي الصلاح: « إذا تصدّق على أحد الوجوه المذكورة وأشهد على نفسه بذلك ومات قبل التسليم فإن كانت الصدقة على مسجد أو مصلحة فهي ماضية وإن كانت على من يصحّ قبضه أو وليه فهي وصية يحكم فيها بأحكام الوصايا »[٧]. وعن سلّار في المراسم عدم ذكره من الشروط أصلاً[٨]. وبذلك كلّه يظهر لك ما في المسالك والرياض[٩] وغيرهما من المفروغية عن اشتراطه فيها [= الصحة] حتى فيما حكوه عن التنقيح من الإجماع على ذلك[١٠]. مع أنّ التأمّل في كلامه يقتضي إرادة دعواه على اعتباره في الجملة؛ لأنّه بعد ذلك بلا فاصلة معتدّ بها حكى الخلاف فيه. بل قد يقال باقتضاء القواعد كونه شرطاً فيه [= اللزوم] لا فيها [= الصحة]. جمعاً بين ما يدلّ عليها بدونه [= الإقباض] من الإطلاقات وآية ﴿ **أَوْفُوا** ﴾[١١] وغيرها وبين الخبرين السابقين[١٢]. وأمّا النصوص المتضمّنة لبطلان الصدقة بالموت قبل القبض[١٣] فمع أنّ الاستدلال [بها] مبني على إرادة الوقف منها أو ما يشمله لا تدلّ على اشتراطه في الصحّة وإنّ ذكره غير واحد؛ إذ من الممكن ما سمعت من كونه عقداً جائزاً ينفسخ بالموت ومثله ولو لهذه النصوص، والخروج عن ذلك في الصدقة غير الوقف لدليل لا يقتضي الخروج عنه في الوقف أيضاً. ومع الاغضاء عن ذلك كلّه فالمتّجه كونه شرطاً كاشفاً لاجزء سبب، كما حرّره في المسالك[١٤] وتبعه غيره؛ لما عرفت من وجود مقتضى الصحّة فلا وجه حينئذٍ لجعل الثمرة في النماء المتخلّل، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

---

(١) (٥) الغنية: ٢٩٨.
(٢) اللمعة: ٩٩.
(٣) المبسوط ٣: ٢٨٦. الخلاف ٣: ٥٣٩. السرائر ٣: ١٥٢، ١٥٦.
(٤) الخلاف ٣: ٥٣٩. السرائر ٣: ١٥٧.
(٦) الوسيلة: ٣٦٩.
(٧) الكافي: ٣٢٥.
(٨) المراسم: ١٩٧، ١٩٩.
(٩) المسالك ٥: ٣١٤، ٣٥٨. الرياض ٩: ٢٧٩ ـ ٢٨٠.
(١٠) التنقيح ٢: ٣٠٢.
(١١) المائدة: ١.
(١٢) تقدّما في ص ٢٧٤.
(١٣) انظر الوسائل ١٩: ١٧٨، ب ٤ من الوقوف والصدقات.
(١٤) المسالك ٥: ٣١٤.

(و) كيف كان فـ[ـالمختار][١] أنّه (إذا تمّ) الوقف بجميع شرائطه المعتبرة فيه (كان لازماً لا يجوز الرجوع فيه إذا وقع في زمان الصحة)[٢].

هذا كلّه لو وقف في زمان الصحة.

(أمّا لو وقف في مرض الموت فإن أجازه) (الورثة) نفذ من الأصل، (وإلّا اعتبر من الثلث)؛ لكونه حينئذٍ (كـ) ـباقي منجّزاته من (الهبة والمحاباة في البيع) ونحوهما. (وقيل: يمضي من أصل التركة و) لا ريب في أنّ (الأوّل أشبه)[٣].

---

[١] [كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].

[٢] بل الإجماع بقسميه عليه عندنا، بل هو كالضروري من مذهبنا.

خلافاً لأبي حنيفة فجوّز للواقف الرجوع به، بل ولورثته، إلّا أن يرضوا به بعد موته فيلزم أو يحكم به حاكم[١]، مع أنّ تلميذه أبا يوسف[٢] لمّا قدم إلى بغداد كان على قوله، ولكن حدّثه إسماعيل بن إبراهيم بن عليّة عن ابن عوف عن ابن عمر خلافه، فقال: هذا لا يسع أحد خلافه ولو تناهى إلى أبي حنيفة لقال به، مع أنّ المحكي عن أبي حنيفة أنّه قال: إن أوصى بالوقف لزم في الثلث[٣].

وفي الخلاف تناقض؛ لأنّه جعله لازماً في ثلثه في مرضه المخوف، ولم يجعله إذا نجّزه لازماً في جميع ماله في حال صحته[٤].

وإن كان قد يفرّق بينهما بعد تسليم إرادة لزوم الوقف منه.

هذا، ولكن للمفيد في المقنعة ما ينافي بظاهره لما ذكرنا، قال: «الوقوف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها، إلّا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم، والقرب إلى الله سبحانه وتعالى بصِلتهم أو يكون تغيّر الشرط في الوقف إلى غيره أردّ عليهم وأنفع لهم من تركه على حاله، وإذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقفه عليه لم يجز له الرجوع في شيء منه، ولا يغيّر شرائطه ولا نقله من وجوهه وسبله»[٥].

وعن ابن إدريس[٦] أنّه أطال في ردّه.

ويمكن أن يكون ذلك منه بناءً على اعتبار بقاء صلاحية الموضوع للتقريب في الموقوف فيكون انتفاء الوصف المزبور حينئذٍ مقتضياً لانتفاء الموقوف عليه المقتضي لبطلان الوقف بناءً على مختاره من عدم اعتبار التأبيد فيه.

والأمر سهل بعد وضوح الحال، والله العالم.

[٣] كما أوضحنا ذلك مفصّلاً في كتاب الحجر وكتاب الوصايا.

---

(١) حلية العلماء ٦: ٨ـ ٩.

(٢) اللباب ٢: ١٨٠.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٦: ٢١٨.

(٤) الخلاف ٣: ٥٣٨.

(٥) المقنعة: ٦٥٢.

(٦) السرائر ٣: ١٥٣.

(و) حينئذٍ فـ(لو وقف ووهب وأعتق وباع فحابى[١] ولم يجز الورثة فإن خرج ذلك من الثلث صحّ، وإن عجز بدئ بالأوّل فالأوّل) [١] (حتى يستوفي قدر الثلث ثمّ يبطل ما زاد) [٢].

(وهكذا لو أوصى بوصايا).

(ولو جهل المتقدم قيل) [٣]: (يقسّم على الجميع بالحصص) [٤]، (ولو اعتبر ذلك بالقرعة كان حسناً) [٥].

ثمّ إنّه لا يخفى عليك أنّه ليس في الشرع اعتبار كيفية خاصّة للقرعة بالنسبة إلى التعدّد والاتّحاد، فله حينئذٍ تعدّدها في الثلاثة التي في المتن مثلاً. مع فرض جهل الحال فيها على وجه لم يعلم أنّها مرتّبة كلّاً أو بعضاً أولا.

فيقرع أوّلاً لبيان اقترانها على السواء، أو ترتّبها كذلك، أو الاقتران في بعض والترتّب في آخر، فإذا خرج أحدهما أقرع لتعرف احتمالاته خاصة إن كانت. وله أن يقرع قرعة واحدة بثلاثة عشر ورقة على عدد الاحتمالات فيها وهي ترتيبها مع سبق الوقف ثمّ العتق ثمّ البيع، أو مع تقدّم البيع على العتق وسبق العتق ثمّ الوقف ثمّ البيع، أو مع تقدّم البيع وسبق البيع مع الصورتين فهذه ست.

---

[١] لأنّه هو السابق في التعلّق.

[٢] **خلافاً للمحكي عن الفاضل في المختلف فبسط الثلث على الجميع فارقاً بين المنجّزات والوصايا[٢].**

وضعفه واضح.

[٣] **والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه[٣]، لكن فيما إذا أوصى.**

[٤] لعدم الترجيح بعد قيام احتمال التقدّم المعلوم كونه في أحدها في كلّ منها.

وبذلك يكون الفرض كالمنجّزات التي لم يعلم التقدّم في أحدها المحكوم فيها بالاقتران؛ لأصالة عدم تقدّم كلّ منها على الآخر، كما هو قضية كلّ حادث اشتبه سبقه بالآخر، وتأخّره عنه.

ولكن فيه ما لا يخفى عليك في المقيس والمقيس عليه؛ ضرورة كون المتّجه في الأوّل القرعة، ولذا قال المصنّف: [ولو اعتبر...].

[٥] لأنّها لكلّ أمر مشتبه[٤] ولا ريب في أنّ الفرض منه.

بل لعلّ الأمر كذلك في المقيس عليه أيضاً إذا فرض عنوان الحكم في الشرع السبق والاقتران ولم يعلم أحدهما؛ إذ الأصل لا يشخّص الثاني الذي هو من الحوادث، والأصل عدمه، فليس إلّا القرعة.

نعم لو قلنا: إنّ العنوان في الشرع السبق خاصة كما هو الظاهر فمع عدم العلم يبقى الحكم على مقتضى إطلاق الوصية الذي هو التعلّق بالجميع، فمع القصور يتّجه التقسيم حينئذٍ بالحصص لا القرعة كما سلف لنا غير مرّة في نظائر المقام.

بل قد ذكرنا جملة من ذلك في هذه المسألة في كتاب الوصايا، فلاحظ وتأمّل.

---

(١) في الشرائع: «وحابى».

(٢) (٣) المختلف ٦: ٣٢٨. المبسوط ٣: ٢٩٩.

(٤) الوسائل ٢٧: ٢٦٠، ٢٦٢، ب١٣ من كيفيّة الحكم، ح١١، ١٨، وفيهما: «كلّ مجهول ففيه القرعة».

ومقارنة اثنين منها وهي ست أيضاً اقتران العتق والوقف سابقين وتأخّر البيع ولاحقين له وتقارن الوقف والبيع سابقين وتأخّر العتق ولاحقين له ، واقتران العتق والبيع سابقين وتأخّر الوقف ولاحقين له واقتران الثلاثة . وله القرعة بكتابة سبع رقاع في أحدها الوقف وفي الثانية العتق وفي الثالثة البيع وفي الرابعة الوقف والعتق وفي الخامسة الوقف والبيع وفي السادسة العتق والبيع وفي السابعة اجتماع الثلاثة ، ثمّ يخرج واحدة فإن ظهرت بأحد المنفردين قدّم وأخرج أُخرى ، فإن ظهر منفرد آخر أو مجتمع مع غيره عمل به ثانياً واستغنى عن الثالث ، وإن ظهر السابق مع غيره والثلاثة أطرحتا وأخرج غيرها كما ذكر ، وإن ظهر أوّلاً رقعة الثلاثة أفاد الاجتماع أو رقعة اثنين جمع بينهما سابقاً وحكم بتأخّر الثالث .

وبالجملة فالمدار على كتبه رقاع تصحّ على جميع الاحتمالات ، والله العالم .

(**وإذا وقف شاة كان صوفها**) الذي على ظهرها (**ولبنها الموجود**) في ضرعها (**داخلاً في**) ما اقتضاه (**الوقف**) من تسبيل الثمرة (**ما لم يستثنه ؛ نظراً إلى العرف كما لو باعها**) [١] بخلاف الحمل . بل وبخلاف ثمرة النخل والشجر ونحوهما [٢] . إلّا أنّ الإنصاف عدم خلوّه من الإشكال بحسب ما نجده الآن . بل قد يشكّ في أصل الحكم حتى مع التصريح [٣] . وأمّا أغصان الشجر الذي هو كالثمر فيها نحو شجر الخلاف فهو أيضاً ملك للموقوف عليه [٤] . بل لا يبعد دخول ما جرت العادة بقطعه كلّ سنة ممّا فيه إصلاح الشجر والثمرة من تهذيب الأغصان وما يقطع من أغصان شجر العنب في الثمار .

كما لا يبعد كونه من أجزاء الموقوف في حال ومن المنافع في حال آخر ، مثل أطراف النخل حال كونها رطبة ويابسة ، والله العالم . بقي الكلام في فروخ الأشجار المتجدّدة بعد الوقف ، ولا يبعد أن تكون من نماء الوقف ومن

---

[١] **بلا خلاف أجده بين من تعرّض له من الفاضل والشهيدين والكركي**[1] **وغيرهم .**

[٢] فإنّه لا عرف يقتضي ذلك .

[٣] بناءً على عدم اقتضاء عقد الوقف تمليك نفس الثمرة ، وإنّما اقتضاؤه ذلك بإدخال العين الموقوفة في ملك الموقوف عليه ، فتكون الثمرة نماء ملكه المحبوس عليه بالمنع من التصرّف فيه ببيع ونحوه بخلاف الثمرة ، ومن المعلوم أنّ ذلك إنّما يكون في النماء المتجدّد دون ما حصل من النماء [قبل الوقف] الذي هو ملك الواقف ، فإنّه لا يتصوّر تملّكه من حيث التبعية المزبورة كما هو واضح . ودعوى قابلية عقد الوقف لنقلها باعتبار كونها ثمرة تقتضي قابليتة لها على جهة التسبيل حتى مع الانفصال ، وهو محلّ تأمّل . إلّا أنّ ظاهر من تعرّض المفروغية من قابليته لذلك كاقتضائه دخول باقي المنافع المتجدّدة في ملك الموقوف عليه كالصوف واللبن المتجدّدين وعوض البضع وأُجرة الدابّة والعبد ونحوها بل والنتاج المتجدّد ، **كما نصّ عليه الفاضل في القواعد ومحكي التذكرة**[2] . وإن كان لا يخلو من نظر تقدّم في نظائره في كتاب البيع .

[٤] لأنّه من المنافع .

---

(١) القواعد ٢ : ٣٩٤ . الدروس ٢ : ٢٧٧ . المسالك ٥ : ٣١٦ . جامع المقاصد ٩ : ٦٧ .

(٢) القواعد ٢ : ٣٩٤ . التذكرة ٢ : ٤٤٠ (حجرية) .

فوائده إن كانت متولّدة منها نفسها، وإلّا فهي لمن يحوزها أو لمن كان بذرها له [١].

[شرائط عقد الوقف]:

(النظر الثاني: في الشرائط).

(وهي أربعة أقسام)

[شرائط الموقوف]:

القسم **(الأوّل: في شرائط الموقوف):**

(وهي أربعة: أن تكون عيناً مملوكة ينتفع بها مع بقائها ويصحّ إقباضها، فلا يصحّ وقف ما ليس بعين كالدين) معجّلة ومؤجّلة على المؤسر والمعسر. **(وكذا)** الكلّي كما **(لو قال: وقفت فرساً أو ناضحاً أو داراً ولم يعيّن)** وإن وصفها بأوصاف معلومة بل وكذا المنفعة [٢].

٧٨/٥١

---

[١] **هذا وعن التذكرة اشتراط دخول اللبن المتجدّد في منافع الموقوف على وجه يدخل في ملك الموقوف عليه بما إذا لم تكن العين موقوفة على جهة خاصّة لا يدخل فيها نحو ذلك كما إذا وقف بقرة للحرث فإنّ الدّر حينئذٍ يكون للواقف**[1]. ومرجعه إلى جواز الوقف في بعض المنافع دون بعض ولنا فيه نظر يأتي إن شاء الله تعالى.

[٢] لأنّ العين تطلق في مقابل الثلاثة التي لا يصح وقف شيء منها: ١ ـ للشك في تناول أدلّة الوقف لذلك. ٢ ـ ولاتّفاق الأصحاب ظاهراً. ٣ ـ ولأنّ المستفاد من قوله ﷺ: «حبّس الأصل وسبّل الثمرة»[2] وما وقع من وقوفهم اعتبار فعليّة التهيّؤ للمنفعة في الأصل الذي يراد حبسه. ولا ريب في انعدام التهيّؤ فعلاً للكلّي المسلم فيه مثلاً. ولذا لا تصحّ إجارته ولا غير الإجارة ممّا يقع على المنفعة؛ لعدم ملكها لمن يملكه. نعم يصحّ بيعه والصلح عليه وغيرهما ممّا يقتضي نقله نفسه، بل وهبته إن لم يدلّ دليل على اعتبار الشخصية فيها. وتهيؤه بعد القبض لا يقتضي ذلك قبله الذي هو مورد العقد في الفرض.

وأمّا وقف كلّي موصوف في الذمّة على نحو إجارته الذي أشار إليه المصنّف بقوله: «وكذا... إلى آخره» فيمنعه: أوّلاً: عدم صلاحيّة عقد الوقف لإثبات نحو ذلك في الذمم كغيره من عقد الهبة والصدقة ونحوهما ممّا هو ليس عقد معاوضة، بل هو غير مملوك. وثانياً: عدم تحقق الحبس والتسبيل فعلاً. وتأخّره إلى التعيين منافٍ لاعتبار تنجيزه ومقارنة الأثر لسببه. وبذلك افترق عن الإجارة المقتضية لملك منفعة دابة موصوفة عليه فعلاً. وتأخّر تعيّنها للوفاء لا ينافي ذلك. كما لا ينافي ذلك ملك عين الكلّي في ذمته. [وثالثاً:] كلّ ذلك مضافاً إلى ما في **جامع المقاصد من دعوى الإتّفاق على ما في القواعد من عدم صحّة وقف الدين والمطلق كفرس غير معيّن وعبد في الذمة وملك مطلق**[3]، **قال «والمراد بالأخير أن يقف ملكاً من الأملاك أيّها كان ولا يشخّصه، ويجوز أن يراد به أن يقول: وقفت ملكاً ويقتصر على ذلك»**[4]. قلت: قد يشكّ في عدم صحّة وقف عبد من عبيده المعيّنين على وجه يكون الموقوف فيها واحداً منهم بخصوصه وشخصه على البدل على نحو مذهب الإمامية في الواجب المخيّر، ويتعيّن حينئذٍ بالقرعة أو بتعيين الواقف، أو يكون الموقوف عبداً منها الصادق على كلّ منها.

---

(١) التذكرة ٢: ٤٤٠ (حجرية).
(٢) المستدرك ١٤: ٤٧، ب٢ من الوقوف والصدقات، ح١.
(٣) القواعد ٢: ٣٩٣.
(٤) جامع المقاصد ٩: ٥٥.

[ثمّ إنّه قد يشكّ في عدم صحّة وقف عبد من عبيده المعيّنين على وجه يكون الموقوف فيها واحداً منهم بخصوصه وشخصه على البدل، ويتعيّن حينئذٍ بالقرعة أو بتعيين الواقف، أو يكون الموقوف عبداً منها الصادق على كلّ منها]، بل لعلّ هذا هو المتيقّن في الفرض على تقدير الصحّة [١].

وبالجملة إن لم يكن إجماعاً فالقول بالصحّة لا يخلو من وجه، خصوصاً على المختار [٢] من صحّة وقف المشاع [٣].

---

[١] ضرورة عدم وقف كلّ منها بالخصوص على البدل وإن جاز ذلك في الواجب المخيّر لغة وعرفاً على وجه لا يحتاج إلى تعيين من الآمر ولاقرعة. بخلافه في المقام المفروض فيه كون أحدهما لا كلّ منهما. **وفي محكي التذكرة عن الشافعية في أحد الوجهين صحّته كصحة عتق أحد العبدين**[١].

وربّما يشعر به اقتصار المصنّف وغيره على القسمين الأوّلين [أي الدين والكلّي] في التفريع على العين. اللهمّ إلّا أن يريد بقرينة قوله: ولم يعيّن خصوص المفروض [الكلّي في المعيّن] أو الأعمّ منه.

وفي مفتاح الكرامة: «قلّ من تعرّض لعدم الصحّة في ذلك وأوّل من تعرّض له الفاضل في التذكرة»[٢].

لكن في الرياض عن الغنية الإجماع على عدم الصحّة في المنفعة والدين والمبهم[٣]، وإن كنّا لم نتحقّقه. **وإنّما الموجود فيها وفي المحكي عن السرائر الإجماع على كونه معلوماً مقدوراً على تسليمه مع بقاء عينه في يد الموقوف عليه**[٤]، مع أنّه يمكن إرادة إخراج نحو وقفت شيئاً من أملاكي وبطلانه حينئذٍ للإبهام المحض الذي يشكّ معه في صلاحية كونه مورداً للعقد إن لم يظنّ العدم. ولعلّه المراد من الملك المطلق في القواعد كما سمعته[٥] من جامع المقاصد في تفسيرها.

بل لعلّه المراد من اعتبار العلم فيما حكيناه عن الغنية والسرائر؛ ضرورة إرادة إخراج فاقده أصلاً وهو المبهم المحض.

[٢] **عندنا**.

[٣] المنافي لدعوى اعتبار التشخيص ولتحقّق الحبس والتسبيل فعلاً في أحدهما كالوصيّة به لشخص والجهل بعينه لا يقدح بعد عدم اعتبار المعلوميّة فيه كالبيع والإجارة، فتأمّل جيداً، فإنّه قد تكون المسألة مبنية على جواز ملك الكلّي في الخارج بدون الإشاعة بناءً على أنّ الموقوف ملك للموقوف عليه. وقد تقدّم الكلام فيها في كتاب البيع وغيره، والله العالم.

وأمّا عدم صحّة وقف المنفعة فلعدم تصوّر الحبس فيها؛ ضرورة كونها مبنية على الاستيفاء شيئاً فشيئاً.

ودعوى عدم اعتبار أصل التحبيس في الوقف بل يكفي فيه تسبيل المنفعة ـ كما عن أبي الصلاح[٦] ـ يدفعها: ظهور النص والفتوى بخلافه.

بل يمكن دعوى ضرورة المذهب أو الدين على ذلك.

نعم نحو ذلك يشرع في السكنى والرقبى والعمرى وهي غير الوقف كما هو واضح.

---

(١) التذكرة ٢: ٤٣٢ (حجرية).
(٢) مفتاح الكرامة ٩: ٧٣.
(٣) الرياض ٩: ٢٩٨.
(٤) الغنية: ٢٩٦. السرائر ٣: ١٥٥، ١٥٧.
(٥) تقدم في ص ٣٧٩.
(٦) الكافي: ٣٢٥.

(و) كيف كان فلا إشكال [١] في أنّه (**يصحّ وقف العقار والثياب والأثاث والآلات المباحة** و) نحو ذلك ممّا (**ضابطه : كلّ ما يصحّ الانتفاع به منفعة محلّلة مع بقاء عينه**) لا كمنفعة أعيان الملاهي ونحوها ، ولا ما لا منفعة له أصلاً أو لا منفعة له إلّا بإتلاف عينه ، كالطعام والشمع ونحوهما [٢].

لكن هل يعتبر طول زمان المنفعة أو لا ؟ [الظاهر] [٣] الثاني .

فيصح حينئذٍ وقف ريحانة يسرع فسادها [٤].

وكذا لا يعتبر فعلية النفع ، بل يكفي تأهّله فيصحّ وقف الفلو والجحش والعبد الصغار [٥].

(**وكذا يصحّ وقف الكلب المملوك**) ككلب الصيد والماشية والزرع والحائط بناءً على ملكيتها ، (**والسنّور**) وغيرها من الحيوانات التي تدخل تحت الملك ، ولها منافع مقصودة محلّلة [٦] (**لإمكان الانتفاع به**) المحلّل مع بقاء العين .

نعم لو قلنا بعدم ملكها وأنّ لصاحبها حقّ الاختصاص ولكن له الانتفاع بها اتجه حينئذٍ عدم صحّة وقفها بناءً على اعتبار ملك الأصل .

---

[١] **كما لا خلاف بيننا .**

[٢] **بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه** ؛ لإطلاق الأدلّة وخصوصها في بعض .

نعم عن أبي حنيفة عدم جوازه في الحيوانات والكتب(١) **، بل عن مالك في مطلق المنقول**(٢) **، وعن أبي يوسف عدم جوازه إلّا في الأرض والدور والكراع والسلاح والغلمان تبعاً للضيعة**(٣) .

إلّا أنّها كما ترى مخالفة للنصوص من طرقنا ، وطرقها عموماً وخصوصاً ، والإجماع والسيرة المستمرّة في وقف الحصير والقناديل والزوالي ونحوها .

[٣] **[كما هو] ظاهر الأكثر ـ كما اعترف به في الروضة**(٤) ـ والنصوص .

[٤] وربّما احتمل الأوّل ، **بل هو ظاهر جماعة وصريح محكي التذكرة**(٥) **والتحرير**(٦) ؛ لدعوى الانسياق الممنوعة على مدّعيها ، وللمنافاة للتأبيد المراد من الوقف الذي يدفعها : معلومية عدم إرادة أزيد من عمر العين منه ، وإلّا لم يصحّ وقف أبداً ؛ لعدم عين عمرها الأبد كما هو واضح .

[٥] **بلا خلاف أجده** ؛ لاطلاق الأدلّة أيضاً .

[٦] لحصول مقتضى الصحّة حينئذٍ من ملك الأصل .

---

(١) حكا عنه وعن ما بعده في التذكرة ٢ : ٤٣١ (حجرية). انظر بدائع الصنائع ٦ : ٢٢٠ .

(٢) انظر حلية العلماء ٦ : ١١ .

(٣) حلية العلماء ٦ : ١٠ ـ ١١ .

(٤) الروضة ٣ : ١٧٥ .

(٥) التذكرة ٢ : ٤٣١ (حجرية).

(٦) التحرير ٣ : ٣١٢ .

ولكن قد يشكل أصل اشتراط ذلك إن لم يكن إجماعاً على وجه يخرج عنه الفرض [١].

نعم (**لا يصحّ وقف الخنزير ؛ لأنّه لا يملكه المسلم**) .

وكذا غيره من كلب الهراش ونحوه ممّا لا يدخل تحت يد المسلم على وجه يملك منفعته [٢].

أمّا الكافر فالأقرب صحّة وقفه له على مثله [٣] بناءً على صحّة الوقف منه لمعاملته معاملة الملك في حقّه .

والمراد بـ« صحّة الإقباض » ـ في المتن ـ القدرة على تسليمه أو ما يشملها .

ولذا قال : (**ولا وقف الآبق ؛ لتعذّر التسليم**) [٤].

وهو جيّد فيما يرجع منه إلى السفه ، كالطير في الهواء والسمك في الماء .

أمّا إذا لم يكن كذلك فـ[ـلا مانع من جوازه] [٥].

وحينئذٍ فيقف الآبق فإن قبض بعد ذلك صحّ ، وإلّا فلا [٦].

وأولى بالصحة وقفه على القادر على تسلّمه [٧]. (**وهل يصحّ وقف الدراهم والدنانير**[١] **؟ قيل : لا**) يصحّ ، (**وهو الأظهر**) عند المصنف [٨] ؛ (**لأنّه لا نفع لها إلّا بالتصرّف فيها**) [٩]. (**وقيل : يصحّ**) [١٠] ؛ (**لأنّه قد يفرض**

---

[١] بل لعلّ قوله : « حبّس الأصل وسبّل الثمرة »[٢] يشمله ؛ إذ لا دلالة في الأصل على اعتبار كونه ملكاً ، (و) هو واضح .

[٢] **بلا خلاف أجده فيه .**

[٣] **كما في القواعد**[٣] **وغيرها .**

[٤] مفرّعاً له على ذلك .

[٥] [إذ] لا دليل على عدم جوازه ؛ لإطلاق الأدلّة التي ليس في شيء منها ما يقتضي مقارنة إمكان القبض للعقد في الصحة ، بناءً على اعتبارها فيها ، بخلاف البيع المعتبر فيه عدم الغرر الذي هو بمعنى الخطر .

[٦] **كما صرّح به ثاني المحققين والشهيدين**[٤] .

[٧] لحصول الإقباض من المالك الذي هو بمعنى الإذن فيه من جهته .

بل قد عرفت في كتاب البيع قوّة صحّة بيع مثله فضلاً عن وقفه .

[٨] **وفاقاً لجماعة من القدماء .**

بل في الدروس عن المبسوط الإجماع عليه إلّا ممّن شذّ[٥] .

والموجود في المحكي عنه وعن الغنية والسرائر نفي الخلاف فيه[٦] .

[٩] وهو منافٍ للوقف المقتضي بقاء الأصل .

[١٠] **كما أرسله في محكي المبسوط**[٧] .

---

(١) في الشرائع : « الدنانير والدراهم » .

(٢) المستدرك ١٤ : ٤٧ ، ب٢ من الوقوف والصدقات ، ح١ .

(٣) القواعد ٢ : ٣٩٣ .

(٤) جامع المقاصد ٩ : ٥٨ . المسالك ٥ : ٣٢١ .

(٥) الدروس ٢ : ٢٦٩ .

(٦) المبسوط ٣ : ٢٨٨ . الغنية : ٢٩٧ . السرائر ٣ : ١٥٤ .

(٧) المبسوط ٣ : ٢٨٨ .

لها نفع مع بقائها) [١].

[لكنّ المختار الصحّة].

هذا كلّه في خصوص الدراهم والدنانير. أمّا إذا اتخذت حلياً أو اتخذ منها حلياً فلا إشكال في جواز وقفها [٢].

(ولو وقف ما لا يملكه لم يصحّ وقفه) مع عدم الإجازة قطعاً.

(ولو أجاز المالك) قيل: لا يصح [٣].

---

[١] كالتزيّن بها ودفع الذلّ ونحوهما، فيتناولها حينئذٍ إطلاق الأدلّة.

ولعلّه لذا استشكل الفاضل في القواعد[١]، بل في محكي التذكرة: أنّ أصحابنا تردّدوا[٢]. وفي محكي التحرير: « لو قيل بالجواز كان وجهاً »[٣].

وفي المسالك: « [أنّه] أقوى »[٤].

وفي الدروس ومحكي التذكرة والحواشي وجامع المقاصد: الصحّة مع المنفعة كالتحلّي ونحوه[٥].

قلت:

ويؤيّده الإجماع ـ في الظهور فضلاً عن النصوص كما تقدّم في محلّه ـ على جواز إعارتها وهي كالوقف في اعتبار وجود المنفعة واحتمال الفرق بينهما لا وجه له.

[٢] **وعن التحرير: « أنّه يصحّ وقف الحلي إجماعاً »[٦].**

[٣] لا لأنّ الفضولي على خلاف الضوابط فيقتصر فيه على خصوص ما ورد فيه؛ لأنّ الظاهر عدم الاختصاص.

بل لأنّ نيّة التقرّب شرط فيه، ولا يقوم الغير مقام المالك فيها ونيّتها حين الإجازة غير نافعة:

١ ـ إمّا لاشتراط المقارنة للصيغة.

٢ ـ أو لأنّ تأثير نيّته في الصحّة غير معلوم، والأصل بقاء الملك.

واختاره الكركي وفاقاً للمحكي[٧] عن المهذّب والجامع والتحرير في موضع[٨] وكأنّه قال به أو مال إليه في الروضة[٩].

---

(١) القواعد ٢: ٣٩٣.

(٢) التذكرة ٢: ٤٣٢ (حجرية).

(٣) التحرير ٣: ٣١٢.

(٤) المسالك ٥: ٣٢١.

(٥) الدروس ٢: ٢٦٩. التذكرة ٢: ٤٣٢ (حجرية). نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٩: ٧٥. جامع المقاصد ٩: ٥٨.

(٦) التحرير ٣: ٣١٢.

(٧) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ٤٦.

(٨) جامع المقاصد ٩: ٥٧. انظر المهذب ٢: ٨٨. الجامع للشرائع: ٣٦٩. التحرير ٣: ٢٩٥ـ ٢٩٦.

(٩) الروضة ٣: ١٧٦.

و(قيل: يصحّ لأنّه) بالإجازة صار (كالوقف المستأنف، وهو حسن) [١].

[هذا لو قلنا باعتبار نية التقرب في الوقف].

[و] أمّا على القول بعدم اعتبارها أصلاً فلا ريب أنّ المتّجه حينئذٍ الصحّة.

(ويصح وقف المشاع) [٢]، (و) لأنّ (قبضه) هنا (كقبضه في البيع) كما هو واضح، والله العالم.

بقي الكلام فيما يندرج في الضابط المزبور من جواز وقف من ينعتق على الموقوف عليه و[قد قيل بجوازه] [٣] هذا. ولكن الإنصاف عدم خلوّه من النظر.

وتسمع لذلك تتمّة إن شاء الله تعالى في صيرورة الأمة الموقوفة أُمّ ولد إذا وطأها الموقوف عليه فولدت منه فتنعتق بموت السيد، ويؤخذ من تركته قيمتها للبطون المتأخّرة.

وأمّا أُمّ الولد فالمتّجه عدم جواز وقفها بناءً على انتقال الموقوف للموقوف عليه [٤].

أمّا على القول ببقائه على ملك الواقف فقد يقال بالجواز، وتبقى حينئذٍ على الوقف إلى موت السيد ولو مات ولدها قبله تأبّد وقفها وإلّا عتقت من نصيبه وبطل وقفها [٥].

---

[١] **وفاقاً للمحكي عن التحرير في آخر واللمعة والحواشي وشرح الإرشاد للفخر والروض والمفاتيح[١] وظاهر المسالك[٢] وغيرها**؛ لأنّه قسم من الصدقة التي ثبت بالنصّ جوازها من الفضولي في مثل مجهول المالك ونحوه.

والتقرّب بمال الغير عن الفاعل غير مشروع.

أمّا عن الغير نفسه ففي الأدلّة ما يدلّ على مشروعية كلّ ذلك بناءً على اعتبار نيّة التقرّب فيه على وجه يكون من العبادة.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه عندنا، بل الإجماع بقسميه عليه**، بل نصوص التصدّق به[٣] مستفيضة أو متواترة فيدخل فيه الوقف أو يراد منه، بل في الغنية أنّه مورد قوله صلى الله عليه وآله: «حبّس الأصل وسبّل الثمرة»[٤].

فما عن الشيباني من عدم الجواز لعدم إمكان قبضه[٥] واضح الضعف؛ لما عرفت.

[٣] **[كما] قد صرّح به الفاضل في قواعده[٦] ووافقه عليه في جامع المقاصد[٧]**؛ لأنّ العتق إنّما هو في الملك التام. **بل عن غاية المراد[٨] الميل إلى ذلك أو القول به.**

[٤] لعدم جواز نقلها إلى الغير بجميع وجوه النقل.

[٥] وفيه: أنّه منافٍ للتأبيد المعتبر فيه الذي يراد منه بناؤه عليه من أوّل الوقف. اللهمّ إلّا أن يمنع اعتبار ذلك.

أو يقال ـ كما عن بعض الشافعية[٩] ـ من بقاء منافعها للموقوف عليه وإن تحرّرت، كما لو آجرها ومات.

---

(١) التحرير ٣: ٣١٢. اللمعة: ٩٩. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٩: ٤٦. شرح الإرشاد: ٢٢١ (مخطوط). نقله عن الروض في مفتاح الكرامة ٩: ٤٦. المفاتيح ٣: ٢٠٨.

(٢) المسالك ٥: ٣٢٢.

(٣) انظر الوسائل ١٩: ١٩٤، ب٩ من الوقوف والصدقات.

(٤) الغنية: ٢٩٧.

(٥) صنائع البدائع ٦: ٢٢٠.

(٦) القواعد ٢: ٣٩٣.

(٧) جامع المقاصد ٩: ٥٩.

(٨) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ٧٦. انظر غاية المراد ٢: ٤٣٩.

(٩) روضة الطالبين ٥: ٣١٥.

وأمّا المدبّر فلا إشكال في جواز وقفه، ويكون حينئذٍ رجوعاً عنه [= التدبير] [١].

نعم الظاهر عدم صحّة وقف المكاتب بقسميه [٢].

وأمّا العين المستأجرة والموصى بمنفعتها شهراً مثلاً فلا يجوز للمستأجر والموصى له وقفها [٣].

أمّا المالك فلا بأس به، والقبض حينئذٍ يكون بإذن الآخر أو إلى انقضاء تعلّقه.

نعم لو فرض مدّة الإجارة يستغرق عمر العين غالباً، وتأبيد الوصية بالمنافع لم يجز الوقف [٤]، كضرورة عدم جواز الوقف في العين المملوكة التي تعلّق بها حقّ الرهن أو الدين لفلس ونحوه [٥].

[شرائط الواقف]:

(القسم الثاني: في شرائط الواقف).

(ويعتبر فيه) [أُمور]:

١ ـ **(البلوغ)** ولو بالعشر.

٢ ـ **(وكمال العقل)**.

٣ ـ **(وجواز التصرّف)**.

ولعلّ الأخير مغنٍ عن الأوّلين [٦].

---

[١] **ولعلّه لذا حكي الإجماع عن التذكرة على جواز وقفه[١].**

[٢] لانقطاع سلطنة المولى عنه، **كما عن التذكرة[٢] التصريح به.**

[٣] لأنّه لا يملك إلّا المنفعة، وقد عرفت عدم جواز وقفها.

[٤] ضرورة كون العين حينئذٍ مسلوبة المنافع.

[٥] فالغرض من الملك في الضابط الخالي من نحو ذلك.

ويمكن أن يكون نظر المصنّف وغيره في خروج ذلك إلى ما تسمعه من شرائط الوقف التام، والله العالم.

[٦] **ولذا اكتفى في اللمعة باشتراط الكمال[٣]. وفي الدروس بأهليّة الوقف[٤]. وفي محكي السرائر والغنية كونه مختاراً مالكاً للتبرّع به إجماعاً[٥].**

والأمر سهل بعد معلومية سلب عبارة الصبي وإن قلنا بشرعية عبادته وأنّ الوقف من العبادة، وسلب عبارة المجنون بقسميه وأنّ المحجور عليه لفلس أو سفه لا يجوز له التصرّف المالي بعبادة أو غيرها.

بل قد يشكل صحّته منه مع الإجازة المتأخّرة بما عرفته سابقاً في الفضولي.

اللهمّ إلّا أن يجعل ذلك من شرائط الصحّة كالقبض، فلا يمنع التقرّب بالصيغة حينئذٍ.

---

(١) التذكرة ٢: ٤٣٢ (حجرية).
(٢) التذكرة: ٤٣٢ (حجرية).
(٣) اللمعة: ٩٩.
(٤) الدروس ٢: ٢٦٣.
(٥) السرائر ٣: ١٥٥، ١٥٧. الغنية: ٢٩٦.

(و) على كلّ حال فـ(في وقف من بلغ عشراً) مميّزاً (تردّد) [١]. [وتجوز صدقته] (و) من هنا قال المصنّف: (المروي جواز صدقته) [٢].

(و) حينئذٍ فلا ريب في أنّ (الأولى المنع)، بل هو الأصحّ؛ (لـ) ما عرفت، ومعلوميّة (توقّف رفع الحجر على البلوغ والرشد) [٣].

(و) كيف كان فلا إشكال في أنّه (يجوز أن يجعل الواقف النظر) في الموقوف (لنفسه) خاصّة (ولغيره) كذلك ولهما معاً على الاشتراك والاستقلال [٤].

---

[١] **بل خلاف، فعن المقنعة الأوّل[١] [أي الجواز]. وعن وصايا النهاية والمهذّب جواز صدقته[٢]. بل في جامع المقاصد في الوكالة: أنّ المشهور جواز تصرّفه في الوصية والعتق والصدقة[٣].**

والمشهور الثاني [أي عدم الجواز]. **بل لعلّ عليه عامّة المتأخّرين**، بل لعلّ الخلاف منحصر في خصوص المفيد بناءً على إرادة ما لا يشمل الوقف من «الصدقة» في كلامهم، بل ولا دليل عليه؛ ضرورة اختصاص خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في الصدقة على الوجه المعروف في البالغ عشراً[٤].

وموثّق جميل عن أحدهما [عليهما السلام] في صدقة الغلام إذا كان قد عقل[٥]، وكذا موثّق الحلبي ومحمّد بن مسلم[٦].

[٢] على أنّه في المسالك: «مثل هذه الأخبار الشاذة ـ المخالفة لأصول المذهب، بل إجماع المسلمين ـ لا تصلح لتأسيس هذا الحكم»[٧].

وفي جامع المقاصد: «لا تنهض معارضاً للمتواتر»[٨].

قلت: ولا ينافي ذلك جواز وصيّته ولو بالوقف للنصوص المعمول بها بين معظم الأصحاب مع حرمة القياس.

[٣] ومن المعلوم عدم تحقّق الأوّل منهما ببلوغ العشر. ودعوى كونه بلوغاً بالنسبة إلى خصوص ذلك واضحة المنع؛ ضرورة أنّ البلوغ مرتبة خاصّة لا تفاوت فيها في ذلك.

[٤] **بل ولا خلاف، إلّا ما يحكى عن ابن إدريس[٩].**

والموجود في محكي السرائر في عداد الشروط: «ومنها: أنّه لا يدخله شرط خيار للواقف في الرجوع فيه، ولا أن يتولّاه هو بنفسه أو بغيره متى شاء هو»[١٠].

وليست صريحة، **ولذا نفى الخلاف عنه من دون استثنائه غير واحد، وقطع به آخر[١١] ونفى الشبهة عنه ثالث[١٢]**، وإلّا كان محجوجاً بعموم الأدلّة وخصوصها.

---

(١) المقنعة: ٦٦٧ ـ ٦٦٨.
(٢) النهاية: ٦١١. المهذب ٢: ١١٩.
(٣) جامع المقاصد ٨: ١٨٤.
(٤) الوسائل ١٩: ٢١١، ب ١٥ من الوقوف والصدقات، ح ١.
(٥) المصدر السابق: ٢١٢، ح ٢.
(٦) المصدر السابق: ح ٣.
(٧) المسالك ٥: ٣٢٣.
(٨) جامع المقاصد ٩: ٣٦.
(٩) حكاه في المختلف ٦: ٣٠٠.
(١٠) السرائر ٣: ١٥٦. وفيه: «أو بغيره» بدل «أو بغيره».
(١١) نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٩: ٤٠.
(١٢) جامع المقاصد ٩: ٣٤.

بل [الظاهر] [١] عدم الفرق في ذلك بين كونه عدلاً أو فاسقاً [٢]. ثمّ الناظر المشروط في نفس العقد لازم من جهة الواقف لا يجوز له عزله مطلقاً [٣]. وإن كان لا يجب على المشروط له القبول [٤]، بل لو قبل لم يجب

---

[١] [كما هو] مقتضى الإطلاق نصّاً وفتوى.

[٢] **كما صرّح به غير واحد، بل لم أجد فيه خلافاً. وإن احتمله في المسالك[١]، لكن في الرياض تبعاً للكفاية فيه قولان[٢]**. ولم نتحقّقه.

نعم قد صرّح غير واحد باعتبارها في غيره، بل في الكفاية: أنّه المعروف من مذهب الأصحاب[٣]، بل في الرياض دعوى حكاية الاتّفاق عليه[٤].

وإن كان فيه ما لا يخفى على المتتبّع.

بل في محكي التحرير: «لو جعل النظر للأرشد عمل بذلك، ولو كان الأرشد فاسقاً فالأقرب عدم ضمّ عدل إليه»[٥].

وقال أيضاً: «لو جعل النظر لأجنبي عدل ثمّ فسق ضمّ إليه الحاكم أميناً، ويحتمل انعزاله بفسقه»[٦].

وحينئذٍ فالمتّجه عدم الفرق بين اشتراطها لنفسه ولغيره بالنسبة إلى ذلك.

وما في وقف سيّدنا أمير المؤمنين عليه السلام[٧] من اعتبار الرضا بهديه وإسلامه وأمانته لا يدلّ على اشتراط ذلك في أصل الناظر.

وعلى كلّ حال **ففي المسالك وغيرها أنّه إن عادت العدالة إليه عادت النظارة إن كان مشروطاً من الواقف[٨]**.

ونحو ذلك قد ذكروه في الوصي.

والظاهر اختصاص ذلك فيهما من بين العقود؛ لاقتضاء العموم في دليل مشروعيّتهما من:

١ ـ قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب مايقفها أهلها إن شاء الله»[٩].

٢ ـ وقوله تعالى: ﴿فَمَن بَدَّلَهُ بَعدَ مَا سَمِعَهُ﴾[١٠] إلى آخره جواز ذلك، وهو جعل العنوان الشخص الموصوف من حيث الوصف، ومن المعلوم عدم جواز مثل ذلك في الوكالة ونحوها على وجه تدور وكالته مدارها وجوداً وعدماً.

[٣] لعموم الأمر بالكون مع الشرط.

[٤] للأصل.

---

(١) المسالك ٥: ٣٢٥.
(٢) الرياض ٩: ٣٠٧. كفاية الأحكام ٢: ١٣.
(٣) كفاية الأحكام ٢: ١٣.
(٤) الرياض ٩: ٣٠٧.
(٥)(٦) التحرير ٣: ٣١٤.
(٧) الوسائل ١٩: ٢٠١، ب١٠ من الوقوف والصدقات، ح٣.
(٨) المسالك ٥: ٣٢٥.
(٩) الوسائل ١٩: ١٧٦، ب٢ من الوقوف والصدقات، ح٢.
(١٠) البقرة: ١٨١.

عليه الاستمرار [١] [إلّا أنّه قد يقال بوجوبه].

ولو جعل النظارة لاثنين مثلاً اشتركا فيها على وجه لا يجوز لأحدهما الاستقلال [٢]. ولا بأس به مع قصد الواقف ذلك [٣]، [والظاهر] جواز جميع الصور المتصوّرة في المقام من الاستقلال والاشتراك في الجميع والبعض وغيرهما ممّا لم يكن فيها مانع من الشرع. ولكن هل يحمل على الاشتراك المزبور بمجرّد تعدّد الناظر لا يخلو من إشكال. كالإشكال في استقلال الآخر لو مات أحدهما أو انعزل بفسق ونحوه [٤].

ثمّ إنّ وظيفة الناظر مع الإطلاق ما يتعارف من ذلك من العمارة والإجارة وتحصيل الغلّة وقسمتها على مستحقّها، وحفظ الأصل ونحو ذلك ممّا لا يجوز لغيره، بعد فرض اشتراط النظر [٥].

---

[١] لما في الدروس والروضة من أنّه في معنى التوكيل[١].

وفي المسالك: «لأنّه غير واجب في الأصل فيستصحب، فإذا ردّ صار كما لا ناظر له ابتداءً فيتولّاه الحاكم أو الموقوف عليه. ويحتمل الحاكم مطلقاً لخروج الموقوف عليه عن استحقاق النظر بشرطه فعوده إليه يحتاج إلى دليل، بخلاف الحاكم فإنّ نظره عام»[٢].

قلت: قد يناقش في جواز الردّ بعد القبول بإطلاق الأمر بالوفاء بالعقد[٣] من المتعاقدين وغيرهما ممّن له تعلّق بالعقد، والقبول بالنسبة إليه حينئذٍ رضاه بما اشترط له منه. ودعوى أنّه في معنى التوكيل كما ترى؛ ضرورة عدم الدليل وعدم القصد. بل ربّما يومئ في الجملة إلى ما قلناه وجوب القيام بما تقتضيه النظارة عليه مع عدم الردّ لكونه من مقتضى العقد المزبور. **بل وما ذكروه أيضاً من أنّه إن اشترط الواقف له شيئاً من الثمرة عوضاً عن عمله جاز، وليس له أزيد منه وإن كان أقلّ من الأُجرة، وإن أطلق فله أُجرة مثل عمله إن لم يرد التبرّع**؛ ضرورة ابتناء التزامه بالعوض القليل على كونه من مقتضى العقد اللازم الذي لا وجه ـ عند التأمّل ـ في جواز ردّه بعد قبوله. مع أنّ المردود من أجزاء مقتضاه، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق.

[٢] **على ما صرّح به غير واحد.**

[٣] لعموم «المؤمنون»[٤] و«الوقوف»[٥] المقتضي [ذلك].

[٤] كما أوضحنا ذلك في الوصي الذي لا مقتضي للفرق بينه وبين الناظر في مثل هذه الأحكام التي مرجعها إلى فهم معنى أو عموم دليل أو نحو ذلك.

ومنه يعلم ما في المسالك من أنّه «لو اختصّ أحدهما بالعدالة أو بقي عليها ضمّ إليه الحاكم حيث لا يكون منفرداً أو انضمّ إلى الموقوف عليه إن انتقل إليه النظر، كما تقدّم»[٦] فلاحظ وتأمّل.

[٥] المنصرف عرفاً إلى تولّي شيء من ذلك. وفي التوقيع: «وأمّا ما سألت عن أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة فيسلّمها من يقوم بها ويعمرها ويؤدّي من دخلها خراجها ومؤنتها ويجعل ما بقي من الدخل لناحيتنا، فإنّ ذلك لمن جعله صاحب الضيعة

---

(١) الدروس ٢: ٢٧١. الروضة ٣: ١٧٧.
(٢) المسالك ٥: ٣٢٥.
(٣) المائدة: ١.
(٤) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب٢٠ من المهور، ح٤.
(٥) الوسائل ١٩: ١٧٥، ١٧٦، ب٢ من الوقوف والصدقات، ح١، ٢/٦)
(٦) المسالك ٥: ٣٢٦.

لا يجوز ذلك لغيره »[١].

لكن في المسالك : « الإشكال في ذلك من وجهين أحدهما : ما لو كان الموقوف عليه متّحداً إمّا ابتداءً أو لاتّحاده في بعض الطبقات اتّفاقاً فإنّه مختصّ بالغلّة فتوقّف تصرّفه فيها على إذن الناظر بعيد ؛ لعدم الفائدة : خصوصاً مع تحقّق صرفها إليه بأن تكون فاضلة عن العمارة وغيرها ممّا تقدّم على القسمة . نعم لو أُشكل الحال توقّف على إذنه قطعاً ؛ لاحتمال أن يحتاج إليها أو إلى بعضها في الأُمور المتقدّمة على اختصاص الموقوف عليه . وثانيهما : الأوقاف العامّة على المسلمين ونحوهم التي يريد الواقف انتفاع كلّ من الموقوف عليه بالثمرة إذا مرّ بها كأشجار الثمار فإنّ مقتضى القاعدة أيضاً عدم جواز تصرّف أحد منهم في شيء منها إلّا بإذن الحاكم ، ولا يخلو من إشكال وتفويت لكثير من أغراض الواقف ، بل ربّما دلّت القرينة على عدم إرادة الواقف النظر على هذا الوجه ، بل يريد تفويض الانتفاع إلى كلّ واحد من أفراد تلك الجهة ، فكأنّه في قوّة جعل النظر إليه ، لكن هذا كلّه لا يدفع الإشكال لما تقدّم من أنّه بعد الوقف حيث لا يشترط النظر لأحد يصير كالأجنبي وينتقل الحكم إلى الحاكم فلا عبرة بقصده خلاف ذلك حيث لا يوافق القواعد الشرعية ، وجعل مثل هذا الإطلاق نظراً إلى كلّ واحد في حيّز المنع . وبالجملة فهذه القواعد الشرعيّة المتّفق عليها لا تدفع بمثل هذا الخيال . وينبغي أن يقال : إنّ المتصرّف على هذا الوجه يأثم خاصّة ، ويملك حيث لا يجب صرف الثمرة في الأُمور المتقدّمة على صرفها إلى الموقوف عليه . وكذا القول في تصرّف الموقوف عليه المتحد . أمّا المتعدّد فلا ؛ لأنّ قسمتها وتمييز حقّ كلّ واحد من الشركاء يتوقّف على ناظر ، فيكون كالتصرّف في المال المشترك بغير إذن الشريك فتستقرّ في ذمّته حصّة الشريك من ذلك . ولم أقف في هذه الأحكام للأصحاب على شيء فينبغي تحرير النظر فيه »[٢].

إلّا أنّه من غرائب الكلام ؛ ضرورة أنّه لا استبعاد في توقّف تصرّف الواحد على إذن الناظر مع فرض اشتراطه من الواقف . على هذا الوجه ؛ لأنّ الوقوف على حسب ما يقفها أهلها . كما أنّه لا وجه لدعوى توقّف المنتفع بثمر شجر أو ماء بئر أو ظلال أو نحو ذلك ممّا يراد من وقفه الانتفاع لمن يمرّ به على إذن الحاكم ؛ إذ هو وإن كان الناظر مع الإطلاق إلّا أنّه فيما لم يتّجه المالك بوقفه له على هذا الوجه . ودعوى أنّه أجنبي ـ مع فرض أنّه وقف على هذا الوجه ـ غريبة . وأغرب منها دعوى الإثم بالتناول المزبور وإن ترتّب عليه الملك :

١ ـ لمنافاته السيرة المستمرّة .

٢ ـ وللمعلوم من قصد الواقف بوقفه على هذا الوجه .

٣ ـ ولما ورد في النصّ من أحقّية السابق من غيره[٣].

٤ ـ ولغير ذلك . وكذا لا يخفى عليك ما فيه من الفرق بين المتّحد والمتعدّد مع فرض تراضي الشركاء فيما بينهم بالقسمة ، فإنّ الناظر لا مدخلية له في ذلك ، إلّا أن يشترط الواقف كما هو واضح .

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٨٢ ، ب ٤ من الوقوف والصدقات ، ح ٨ ، مع اختلاف .

(٢) المسالك ٥ : ٣٢٦ .

(٣) المستدرك ١٧ : ١١١ ـ ١١٢ ، ب ١ من إحياء الموات ، ح ٤ .

بقي الكلام فيما ذكره المصنّف بقوله: (**فإن لم يعيّن**) الواقف (**الناظر كان النظر إلى الموقوف عليهم**[١] بناءً **على القول بالملك**) [١].

[لكن الظاهر عدم كون الموقوف عليه هو الناظر بحيث يترتّب عليه أحكامه من إمضاء إجارته على الأعقاب ونحوها وإن كانت العين والمنفعة ملكاً لهم].

نعم لهم تناول ما هو ملك لهم من دون استئذان ولهم التصرّف في تنميته وإصلاحه ونحو ذلك ممّا هو من توابع الملك، وليس لهم إهماله كما يهمل المالك ملكه. كما أنّه ليس لهم النظر فيه على وجه يمضي على البطون المتأخّرة. ومن ذلك يظهر لك قوّة [احتمال كون النظر للحاكم عند الإطلاق في الوقوف كلّها] [٢].

[شرائط الموقوف عليه]:

(القسم الثالث: في شرائط الموقوف عليه).

(و) [الظاهر] [٣] أنّه (**يعتبر في الموقوف عليه شروط أربعة**[٢]) الأوّل: (**أن يكون موجوداً**). والثاني: أن

---

[١] **ونحوه في القواعد ومحكيّ التحرير والجامع**[٣] **وغيرها.**

وإليه يرجع ما عن جماعة من إطلاق كونه للموقوف عليهم، وما في المسالك: «من أنّه إن جعلنا الملك للواقف أو للموقوف عليه مطلقاً فالنظر إليه، وإن جعلناه للموقوف عليه إن كان معيّناً، ولله تعالى إن كان على جهة عامة، فالنظر في الأوّل للموقوف عليه وللحاكم الشرعي في الثاني»[٤].

وكذا غيرها ممّا صرّح فيه بتولية الحاكم إن كان عامّاً، وإن كان على معيّن وليه بنفسه؛ لمعلومية ابتناء ذلك على كونه في العام لله أو للفقراء، وعلى كلّ حال فالولي الحاكم. لكن لم نعرف لهم دليلاً يعتدّ به مع فرض إرادة أحكام الناظر المشترط التي تمضي إجارته على الأعقاب ونحوها. وكون العين والمنفعة ملكاً لهم ما داموا أحياءً لا يقتضي إثبات مثل هذه الولاية لهم.

[٢] [**كـ**]**ما حكاه في الدروس عن بعضهم من احتمال كون النظر للحاكم عند الإطلاق في الوقوف كلّها**؛ لتعلّق البطون المتعاقبة[٥]، بناءً على إرادته ما ذكرناه بقرينة تعليله، لا مطلق التصرّف بها. وتناول ثمرتها ونحو ذلك ممّا لا ينافي حقّ البطون أو كان فيه مصلحة لها، بل يمكن تنزيل إطلاق الكلمات على ما ذكرناه من التفصيل. وأمّا احتمال أنّه للمالك؛ لأنّ النظر والملك كانا له، فإذا زال أحدهما بقي الآخر. **فإنّه وإن حكاه في الدروس**[٦]**، بل احتمله الفاضل في محكي التذكرة**[٧] إلّا أنّه في غاية الضعف؛ ضرورة خروج الواقف بعد الوقف وصيرورته كالأجنبي بالنسبة إلى ذلك، وإنّما كان له ماله تبعاً لملكه، وقد زال كما هو واضح، والله العالم.

[٣] [كما] قد اشتهر فيما بينهم.

---

(١) في الشرائع: «عليه».

(٢) في الشرائع: «ثلاثة».

(٣) القواعد ٢: ٣٩٠. التحرير ٣: ٣١٤. لم نعثر عليه في الجامع للشرائع، والظاهر أنّه جامع المقاصد (٩: ٣٥) كما في مفتاح الكرامة ٩: ٤٢.

(٤) المسالك ٥: ٣٢٤.

(٥) (٦) الدروس ٢: ٢٧١.

(٧) التذكرة ٢: ٤٤١ (حجرية).

يكون (**ممّن يصحّ تملّكه**) . (و) الثالث (**أن يكون معيّناً**) . (و) الرابع : (**أن لا يكون الوقف عليه محرّماً**) [١] .

(و) حينئذٍ فـ(**لو وقف على معدوم ابتداءً لم يصحّ كمن وقف على من سيولد له**) مثلاً (**أو على حمل لم ينفصل**) [٢] .

(**أمّا لو وقف على معدوم**) قابل لذلك بعد وجوده فضلاً عن الحمل (**تبعاً لموجود**) قابل لعقد الوقف ومقتضاه من التملّك للمنفعة (**فإنّه يصحّ**) [٣] . ٢٧/٢٨

نعم (**لو بدأ بالمعدوم ثمّ بعده على الموجود**) لم يصحّ على المعدوم قطعاً [٤] .

ولكن هل يقتضي ذلك بطلان العقد رأساً ؟ (**قيل**) : هو كذلك فـ(**لا يصحّ**) حينئذٍ حتى بالنسبة إلى الموجود [٥] .

---

[١] **بل في محكي الغنية والسرائر الإجماع على كونه معروفاً متميّزاً يصحّ التقرّب بالوقف عليه ، وهو ممّن يملك**(١) .

بل فيه(٢) **أيضاً ومحكيّ المبسوط نفي الخلاف عن عدم صحّته على المعدوم الذي لم يوجد بعد والحمل والعبد**(٣) .

بل في الأخير أيضاً أنّ الذي يقتضيه مذهبنا أنّه لا يصحّ الوقف على المجهول والمعدوم(٤) :

١ ـ كلّ ذلك .

٢ ـ مضافاً إلى معلوميّة اقتضاء « عقد » الوقف ملك الموقوف عليه المنفعة أو هي مع العين . والمعدوم وغير القابل للملك لا يصلح لذلك ؛ لعدم صلاحيتهما للقبول الذي قد عرفت اعتباره فيه .

[٢] فإنّه وإن كان موجوداً وصحّت الوصية له وعزل الميراث له ، إلّا أنّه بحكم المعدوم بالنسبة إلى الوقف للإجماع المزبور ، أو لعدم قابليّته للملك إلّا ما خرج بناءً على صحّة الوصية له ، بمعنى التمليك الاختياري الفعلي ، ولو بقبول وليّه ، بناءً على ثبوت الولاية له قبل التولّد لا الوصيّة العهديّة أو التمليكية المتأخّر قبولها من وليّه عن تولّده ، فإنّ ثبوتهما لا يقتضي صحّة الوقف .

[٣] **بلا خلاف فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه .**

والنصوص بعمومها وخصوص صدقاتهم مستفيضة أو متواترة فيه على معنى تملّكه بعد وجوده مرتّباً (و) مشاركاً .

[٤] لما عرفت .

[٥] **كما هو المشهور . وفي المسالك نسبته إلى المصنّف والمحقّقين**(٥) ؛ لأنّ اللازم من الصحّة أحد اُمور ثلاثة معلومة البطلان ، وهي : إمّا صحّة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه ، أو وقوع الوقف المشروط ، أو عدم جريان الوقف على حسب ما أراد الواقف ؛ ضرورة أنّه حال الوقف إن لم يكن موقوفاً عليه فهو الأوّل أو الثاني ، وإن فرض أنّه البطن الثاني فهو الثالث .

---

(١) الغنية : ٢٩٧ ، ٢٩٨ . السرائر ٣ : ١٥٦ ، ١٥٧ .
(٢) كذا في النسخ ، والظاهر « فيهما » .
(٣) الغنية : ٢٩٧ ، ٢٩٨ . السرائر ٣ : ١٥٦ . المبسوط ٣ : ٢٩٢ ، ٢٩٣ .
(٤) المبسوط ٣ : ٢٩٢ ، ٢٩٣ .
(٥) المسالك ٥ : ٣٢٨ .

(وقيل) [١]: (يصحّ على الموجود) [٢]. (و) [الظاهر] أنّ (الأوّل أشبه) [٣].

---

[١] والقائل الشيخ في محكيّ خلافه ومبسوطه(١).

[٢] قال في الأوّل [أي في الخلاف]: «إذا وقف على من لا يصحّ الوقف عليه مثل العبد أو حمل لم يوجد أو رجل مجهول وما أشبه ذلك ثمّ بعد ذلك على أولاده الموجودين في الحال، وبعد ذلك على الفقراء بطل الوقف فيما بدأ بذكره؛ لأنّه لا يصحّ الوقف عليهم وصحّ في حقّ الباقين؛ لأنّه لا دليل على إبطاله، ولا مانع يمنع منه»(٢).

وقال في الثاني [أي في المبسوط] ما حاصله: إنّه مبني على صحّة تفريق الصفقة التي اعترف بالقول بها، ثمّ إن كان من بطل الوقف في حقّه لا يمكن اعتبار انقراضه كالوقف على معدوم أو مجهول صرفت منفعة الوقف إلى من صحّ في حقّهم في الحال، وإن كان ذلك ممكناً كالعبد ففي صرفها إليهم أيضاً وعدمه، بل تصرف إلى الفقراء والمساكين إلى انقراض العبد فترجع إليهم قولان(٣).

وعن يحيى بن سعيد في الجامع موافقته في الصحّة في حقّ الباقين(٤)، وكأنّه مال إليه في غاية المراد(٥). حيث أجاب عن دليل الأوّل بالتزام أنّ هناك موقوفاً عليه وهم البطن الثاني فإن أمكن اعتبار انقراض الأوّل اعتبر ذلك في جواز انتفاع البطن الثاني، لا في نفوذ الوقف والنماء حينئذٍ للواقف أو ورثته كمنقطع الوسط مع احتمال مساواته لمن لا يمكن انقراضه. ويقال فيهما: إنّه لمّا كان المصدّر به محالاً كان شرط الواقف كلا شرط، فلا يلزم بمخالفته محال.

واتّباع شرطه إنّما يلزم لو كان سابقاً. وبطلان الوقف إنّما يلزم لو لم يكن هناك موقوف عليه، لكنّه موجود قطعاً، والواسطة غير صالحة للمانعية.

وفيه ـ مضافاً إلى ما عرفت ـ: أنّه مبني على عدم بطلان العقد ببطلان الشرط الذي قد تقدّم الكلام فيه في محلّه.

بل في المسالك أنّه مناف أيضاً لاعتبار إخراج الواقف نفسه عن الوقف ولو وفاء دين أو غلّة سنة في صحّة الوقف. وتشبيهه له بمنقطع الوسط ردّ له إلى المتنازع فإنّه بمثابة منقطع الأوّل فيما بعد الانقطاع. وإن أراد فيما قبله فالفرق واضح(٦). وبذلك ظهر لك حينئذٍ صلاحية الواسطة للمانعية.

[٣] بأُصول المذهب وقواعده بعد وضوح الفرق بينه وبين تبعيض الصفقة التي يساويها وقف الشاة والخنزير مثلاً، أو الوقف على العبد مثلاً وزيد الذي صرّح الأكثر بجوازه في الثاني في النصف؛ لتوجّه القصد في الأوّل إليهما فيصحّ في الجامع ويبطل في الفاقد. وفي الثاني إلى التشريك بينهما فيصح في القابل ويبطل في الفاقد.

بخلاف الفرض الذي تترتّب في القصد، بل هو قصد إلى المرتّب الذي هو كالمركّب في اقتضاء انتفاء المرتب عليه انتفاءه؛ لعدم الترتيب حينئذٍ.

---

(١) الخلاف ٣: ٥٤٤. المبسوط ٣: ٢٩٣.

(٢) الخلاف ٣: ٥٤٤.

(٣) المبسوط ٣: ٢٩٣ ـ ٢٩٤.

(٤) الجامع للشرائع: ٣٧٠.

(٥) غاية المراد ٢: ٤٢٦، ٤٢٧.

(٦) المسالك ٥: ٣٢٩.

[هذا كلّه في منقطع الأوّل]، بل لعلّ التأمّل يقتضي البطلان بنحو ذلك في منقطع الوسط ومنقطع الأخير بناءً على مدخلية الترتيب في المتأخّر كمدخليته في المتقدّم [١].

(وكذا) [٢] فيما (**لو وقف على من لا يملك ثمّ على من يملك**، و) إن كان (**فيه**) التـ(ـردد) [٣]. (و) لكن (**المنع أشبه**) [٤].

(و) كيف كان فقد عرفت أنّه [٥] (**لا يصحّ**) الوقف (**على المملوك**) بجميع أفراده المشتركة في عدم قابليّته

---

[١] لاتحاد سلسلة الترتيب، فمتى كان اختلال في أوّلها أو وسطها أو آخرها بطلت؛ لأنّ المعنى الترتيبي واحد بالنسبة إلى الجميع. اللهمّ إلّا أن يدعى الفرق بين المرتّب عليه والمرتّب في العرف.

ولكنّه صعب مع التأمّل، وإلّا فلا إشكال فيه مع فرض قصد الواقف ذلك، وحينئذٍ يكون من تبعيض الصفقة، بل لو فرض في الأوّل أيضاً كان كذلك، فلاحظ وتأمّل جيّداً كي لا يخفى عليك ما في الذي حكيناه عن غاية المراد من التشبيه بمنقطع الوسط، وما سمعته[١] من ردّه بما في المسالك.

[٢] [كما] ظهر أيضاً لك الحال.

[٣] **والخلاف المزبور.**

[٤] بأُصول المذهب وقواعده؛ لما عرفت، ولا أقلّ من أن يكون الوقف المفروض محلّ شكّ في تناول الأدلّة ولو الإطلاقات والعمومات فالأصل فيه الفساد.

لكن لا يخفى عليك أنّ بناء جميع ما سمعته من الأصحاب في المنع على خلوّ الوقف عن موقوف عليه ـ ولا ريب في كون ذلك مانعاً ومنافياً لتنجيز الوقف من غير فرق بين ابتداء الوقف وفي أثنائه وفي آخره، ممّا عساه يظهر من المصنّف والدروس[٢] من أنّ هذا الشرط إنّما هو في ابتداء الوقف، وإلّا فلا بأس بالوقف على المعدوم تبعاً للموجود ـ لا يخلو من إبهام؛ ضرورة أن الصحيح من الوقف على المعدوم تبعاً هو ما لا يقتضي خلوّ الوقف عن موقوف عليه في أحد الأزمنة.

وبهذا المعنى لو فرض في الأوّل يكون صحيحاً للعمومات، بمعنى أنّه يقف على الموجودين ما دام لم يولد له مثلاً، ومتى ولد له كان الوقف عليهم على وجه يكونون هم المقدّمون.

ودعوى عدم صحّة هذا أيضاً ممنوعة على مدّعيها، وإن كان سيأتي من المصنّف ما يوهمها، وهو قوله: «**ولو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد لم يجز وبطل الوقف**»[٣].

إلّا أنّه في نقل الوقف من أصله عنهم، وهو غير ما نحن فيه، مع أنّ ظاهر الشهيد في الدروس[٤] وغيره جوازه كما تسمعه في محلّه إن شاء الله تعالى.

[٥] **لا خلاف بيننا كما لا إشكال في أنّه [ذلك].**

---

(١) (٣) تقدم في ص٣٩٢.

(٢) انظر الدروس ٢: ٢٦٩، ٢٧٠، يأتي في ص٤٣٦

(٤) انظر الدروس ٢: ٢٧١.

للملك الذي قد عرفت أنّه من مقتضى الوقف.

نعم لو قلنا بأنّه صحّ الوقف عليه وإن كان محجوراً عليه، بل في عدم اعتبار إذن مولاه في القبول وجه [١]، (و) هو تابع للقصد فـ(ـلا ينصرف الوقف إلى مولاه لـ) ـكون المفروض (أنّه لم يقصده بالوقفية) وإنّما كان قاصداً للعبد.

(و) كذا [المختار] [٢] أنّه (يصحّ الوقف على المصالح) الراجعة إلى كافّة الناس أو بعضهم (كالقناطر والمساجد) [٣] (لأنّ الوقف في الحقيقة على) الناس (المسلمين) [٤] فـ(ـهو) حينئذٍ (صرف إلى بعض مصالحهم).

وكذا الوقف على أكفان الموتى ومؤونة حفر قبورهم، بل وعلى العبيد المعدّين لخدمة البيت والحضرات المشرّفة والأماكن المعظّمة، بل والبهائم كذلك [٥]. بل يمكن القول بصحة الوقف على الجهات الخاصّة كالوقف على كتب زيد ومدرسته مثلاً [٦]. نعم يحتاج مع ذلك إلى ما يكون به مؤبّداً [٧].

---

[١] وما عن بعض العامة من جواز الوقف عليه على الأوّل [أي بناءً على أنّه لا يملك] ويكون لسيّده[١]. واضح البطلان؛ ضرورة كون الوقف عقداً.

[٢] [كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].

[٣] لعموم الأدلّة، ولا ينافي ذلك عدم قابليتها للملك.

[٤] وإن وقعت هي في اللفظ والقصد الأوّلي (لكن) المراد حقيقتهم باعتبار انتفاعهم في ذلك.

[٥] لرجوع الأمر في ذلك كلّه إلى ما عرفت.

[٦] لأنّه في الحقيقة وقف على زيد على أن يصرفه في مصلحة خاصّة.

[٧] ضرورة اتحاد الجميع في المدرك. وأمّا المرسل في الفقيه في باب فضل المساجد أنّه سئل عن الوقوف عليها، فقال: «لا يجوز؛ لأنّ المجوس وقفوا على بيوت النار»[٢]. المراد به على الظاهر ما رواه هو والشيخ في التهذيب من خبر الصحاري عن أبي عبد الله عليه السلام قلت له: الرجل اشترى داراً فبقيت عرصة فبناها بيت غلّة أيوقفه على المسجد؟ فقال: «إنّ المجوس أوقفوا على بيوت النار»[٣].

الذي هو: ١ ـ مع شذوذه وضعف سنده. ٢ ـ واحتماله الوقف على نفس المسجد أو للتزويق والزخرفة أو وقف الأولاد للخدمة كما كان في الشرع السابق وغير ذلك وإن بعد. ٣ ـ فيمكن حمله على إرادة بيان الأولوية بالجواز ممّا ذكر فيه من التعليل، فيكون حينئذٍ مؤيّداً لترك «لا» في بعض النسخ في المرسل الذي يكون حينئذٍ صريحاً على هذا التقدير في الجواز الموافق لما دلّ على الأمر بعمارتها[٤] وكنسها[٥] وغير ذلك ممّا يكون الوقف مقدّمة له، والله العالم.

---

(١) مغني المحتاج ٢: ٣٧٩.

(٢) الفقيه ١: ٢٣٨، ح ٧١٩. الوسائل ٥: ٢٩١، ب ٦٦ من أحكام المساجد، ح ١.

(٣) الفقيه ٤: ٢٥١، ح ٥٥٩٤. التهذيب ٩: ١٥٠، ح ٦١١. الوسائل ٥: ٢٩٢، ب ٦٦ من أحكام المساجد، ح ٢.

(٤) انظر الوسائل ٥: ٢٠٣، ب ٨ من أحكام المساجد. (٥) انظر الوسائل ٥: ٢٣٨، ب ٣٢ من أحكام المساجد.

(ولا يقف المسلم على الحربي وإن[١] كان رحماً) [١].

---

[١] وفاقاً للمشهور كما عن المسالك[٢]، بل قد تشعر عبارته بعدم الخلاف كما عن ظاهر التنقيح[٣].

وإن كان فيه حينئذٍ ما ستعرف:

١ ـ للنهي عن موادّته وبرّه.

٢ ـ ولأنّه مباح المال على وجه ينافي صحّة الوقف عليه التي يترتّب عليها عدم جواز تناوله منه، كما أومأ إليه بتعليل المنع في الدروس[٤] بذلك. لكن عن كثير من القدماء إطلاق جوازه على الكافر. بل عن مجمع البيان الإجماع على جواز أن يبرّ الرجل على من شاء من أهل الحرب قرابة كان أو غير قرابة. وإنّما الخلاف في اعطائهم الزكاة والفطرة والكفارات، فلم يجوّزه أصحابنا، وفيه خلاف بين الفقهاء[٥]:

١ ـ لعموم قوله عليه السلام «الوقوف على حسب... إلى آخره»[٦] ونحوه.

٢ ـ والحث على الإحسان والمعروف وصلة الأرحام، وربّما كان فيه تأليف لقلوبهم وميلهم إلى الإسلام.

٣ ـ ولأنّ لكلّ كبد حرّاء أجر[٧]. والنهي عن الموادّة من حيث كونه محادّاً ومحارباً وإلّا لحرم محادثتهم والتعارف معهم ونحوه. وتحريم تغييره من حيث كونه وقفاً لا ينافي جوازه من حيث كونه مال حربي، لا أقل من أن يكون التعارض من وجه. ولا ريب في رجحان الأخير، ومع الإغضاء عن ذلك كلّه فالنهي عن الموادة لا يقتضي الفساد إذا كانت في عقد من العقود، بل أقصاها الإثم. ولكن فيه:

١ ـ بعد إمكان إرادة خصوص الذمّي الذي ستعرف الحال فيه من الإطلاق كما عن الشهيد وجماعة[٨].

٢ ـ وإن يراد من معقد الإجماع المزبور ما لا يشمل الوقف عليهم الذي هو أولى بالمنع من الوصية التي أطبقوا ـ على ما قيل: إلّا من شذّ ـ على عدم جوازها له[٩]، بل ظاهر المبسوط الإجماع على ذلك[١٠].

٣ ـ أنّ ضرورة الشريعة تقتضي الحثّ على قطع رحم الكفر، وعلى الإساءة لهم بكلّ ما يمكن؛ لأنّهم شرّ دوابّ الأرض المؤذية وأنّ الفساد على تقدير اعتبار القربة فيه واضح؛ لمعلومية عدم كون العبادة محرّمة. بل وعلى العدم أيضاً للنهي عن نفس العقد الذي هو فرد المقتضي للبرّ والموادّة كالنهي عن فرد الإعانة على الإثم، وليس هو لأمر خارجي كالبيع وقت النداء. والظاهر أنّ ذلك هو مبنى الفساد عندهم، لا ما في الرياض من عدم صلاحية الحربي للملك الذي هو مقتضى الوقف. ولا أقلّ من أن يكون محلّ شكّ والأصل الفساد[١١]، إذ هو كما ترى منافٍ للضرورة. وما سمعته من إباحة ماله لا يقتضي ذلك، بل هو ظاهر في خلافه كظهور أدلّة التمليك في ذلك أيضاً، بل هو كالضروري من مذهبنا.

---

(١) في الشرائع: «ولو».
(٢) المسالك ٥: ٣٣٢.
(٣) استظهره في مفتاح الكرامة ٩: ٦٥. انظر التنقيح ٢: ٣١٣.
(٤) الدروس ٢: ٢٧٥.
(٥) مجمع البيان ٥: ٢٧٢.
(٦) الوسائل ١٩: ١٧٥، ١٧٦، ب٢ من الوقوف والصدقات، ح١، ٢.
(٧) عوالي اللآلي ١: ٩٥، ح٣.
(٨) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ٦٥.
(٩) مفتاح الكرامة ٩: ٦٥.
(١٠) انظر المبسوط ٣: ٢٩٤.
(١١) الرياض ٩: ٣١٣.

نعم قد يتوقّف بناءً على الصحّة في تملّك المسلم منه بالاغتنام ونحوه [١].

(و) أمّا القول بجواز أن (يقف) المسلم (على الذمّي ولو كان أجنبياً) [٢] [فهو المختار].

---

[١] لكونه وقفاً لمسلم جامعاً للشرائط.

اللهمّ إلّا أن يرجّح ما دلّ على أنّ ماله فيء للمسلمين على ذلك بعد فرض تناول ذلك لمثل هذا المال له، كما أومأنا إليه سابقاً وهو أمر آخر غير ما نحن فيه، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

[٢] **فهو محكيّ عن التذكرة والتبصرة وموضع من التحرير والدروس وإيضاح النافع**(١).

بل لعلّه لازم للقائل بجواز الصدقة عليه الذي نسبه في المسالك إلى الأشهر(٢).

بل في الكفاية إلى المشهور(٣).

بل قيل(٤): **لم يُحك الخلاف فيه إلّا عن الحسن**(٥). ومنه ينقدح الاستدلال عليه بالنصوص(٦) الدالّة على ذلك. مضافاً إلى عموم المقام، بل وعموم الإحسان والمعروف وصلة الرحم وغيرها، بعد قوله تعالى ﴿ لَا يَنْهَاكُمُ اللهُ ﴾(٧).

وإلى فحوى ما دلّ على جواز الوصية من الإجماع المحكي أو النصوص.

وإلى ما سمعته من إجماع مجمع البيان.

بل لا ينافي ذلك القول: باعتبار القربة فيه بعد فرض شمول الأدلّة له؛ ضرورة عدم المانع من كونه مقرّباً إلى الله تعالى، وإن كان على أهل الذمة كالصدقة.

وبذلك يظهر لك ضعف القول باختصاص الجواز في الرحم، وإن حكي عن الشيخين وأبي الصلاح وبني حمزة وزهرة وسعيد وإدريس(٨)، بل في جامع المقاصد: أنّه المشهور(٩)، بل في الخلاف الإجماع عليه(١٠)، بل قد يظهر من الغنية نفي الخلاف فيه(١١)؛ للمرسل: «أنّ صفية وقفت على أخ لها يهودي فأقرّها النبي صلى الله عليه وآله»(١٢).

[ووجه الضعف] ضرورة عدم دليل صالح للاختصاص، وإن زاد الرحم بما دلّ على رجحان صلته والوقف على الأرحام.

بل يمكن إرادة القائلين وضوح القول بالجواز فيهم لا الجزم بنفيه عن غيرهم، وحينئذٍ لا يكون مخالفاً للمختار. **وكذا القول باختصاصه فيما إذا كان أحد الأبوين.**

مع أنّا لم نتحقق القول به إلّا ما يحكى عن السرائر(١٣) **مع أنّ المنقول عنها في موضع آخر**(١٤) **التصريح**

---

(١) حكا عنها في مفتاح الكرامة ٩: ٦٤. انظر التذكرة ٢: ٤٢٩ (حجرية). التبصرة: ١٢٦. التحرير ٣: ٣٢٥. الدروس ٢: ٢٧٥. لا يوجد لدينا ايضاح النافع.

(٢) المسالك ٥: ٤١٢.

(٣) كفاية الأحكام ٢: ٢٢.

(٤) مفتاح الكرامة ٩: ٦٤.

(٥) الدروس ١: ٢٥٥.

(٦) انظر الوسائل ٩: ٤٠٨، ب١٩ من الصدقة.

(٧) الممتحنة: ٨.

(٨) المقنعة: ٦٥٣ـ ٦٥٤. النهاية ٣: ٥٩٧. الكافي: ٣٢٦. الوسيلة: ٣٧٠. الغنية: ٢٩٧. الجامع للشرائع: ٣٦٩. السرائر ٣: ١٦٠.

(٩) جامع المقاصد ٩: ٥٠.

(١٠) الخلاف ٣: ٥٤٥.

(١١) الغنية: ٢٩٧.

(١٢) أرسله في التذكرة ٢: ٤٢٩ (حجرية).

(١٣) السرائر ٣: ١٥٦ـ ١٦٧.

(١٤) السرائر ٣: ١٦٧.

بجوازه على مطلق الأرحام. كما لم نتحقق الدليل له إلّا المرسل في محكي المراسم: «إذا كان الكافر أحد أبوي الواقف كان جائزاً»[١]. «والأمر بمعاشرتهما بالمعروف» وهما غير صالحين للدلالة على الاختصاص.

وأمّا القول بالمنع وإن حكي عن سلّار وابن البراج والفخر والشهيد في الحواشي[٢] **المنسوبة إليه**.

لكن لا دليل لهم سوى ما سمعته في الحربي الذي يجب الخروج عنه بما عرفته هناك كما هو واضح هذا.

ولكن في الرياض المناقشة في أصل دلالة العمومات على الجواز مطلقاً بكون المراد من قوله عليه السلام: «الوقوف»[٣] إلى آخره وغيره: الوقوف الصحيحة المتضمّنة لشرائط الصحّة التي منها قصد القربة، وهي فرع الأمر بالوقف أو مطلق الصدقة عليهم والمبرّة بهم، ولا أثر له في الشريعة لا في الكتاب ولا في سنّة، فكيف يقصد التقرّب بشيء لم يرد به أمر أو حثّ أو ترغيب نحو ما ورد في المستحبات الشرعية. وبذلك يظهر لك الجواب عن الاستدلال بقوله عليه السلام: «لكلّ كبد حرّاء أجر»[٤] وبآية ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللهُ﴾[٥] إلى آخره، فإنّ غايتهما الدلالة على ثبوت الأجر وعدم النهي عن المودّة، وهما لا يستلزمان الأمر بالوقف أو المودّة حتى يتحقق فيه قصد القربة المشترطة في الصحّة، مع معارضتهما بعموم دليل المنع، وهو قوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوماً يُؤمِنونَ بِاللهِ﴾[٦] إلى آخره، مع أنّي لم أجد لهذا القول عدا الماتن هنا وفي الشرائع قائلاً ـ إلى أن قال ـ: «فهو ضعيف غايته»[٧].

وهو من غرائب الكلام، وما كنّا لنؤثر أن يقع ذلك منه لا في النظر ولا في التتبّع.

إذ قد عرفت أنّه قول غير المصنّف أوّلاً، وثانياً لا يخفى عليك ـ بعد الإغضاء عمّا في تقييد العمومات بالصحيحة المقتضي لعدم استفادة الصحيح منها حينئذٍ، والإغضاء عن شرطية نيّة القربة ـ أنّه يكفي في ذلك إطلاق ما دلّ على استحباب الوقف وأنّه من الصدقة الجارية؛ ضرورة عدم الفرق بين متعلّقه ومتعلّق أوامر الصدقة بين المسلم والذمّي، خصوصاً بعد الخبر أنّ «لكلّ كبد حرّاء أجراً»[٨]. وكذا ما دلّ على الأمر بالإحسان وبالمعروف وفعل الخير ونحو ذلك. بل قوله تعالى: ﴿لَا يَنهَاكُمُ اللهُ﴾[٩] إلى آخره كافٍ في ثبوت الحثّ على برّهم والإقساط إليهم بالمودّة فـ ﴿إِنَّ اللهَ يُحِبُّ المُقسِطِينَ﴾[١٠] و﴿المُحسِنِينَ﴾[١١] ويأمر بالاحسان[١٢]. وأغرب من ذلك قوله: «فإنّ غايتهما... إلى آخره».

وبالجملة هو من غرائب الكلام، والله هو المؤيّد والمسدّد والحافظ من زلل الأقدام والأقلام.

---

(١) المراسم: ١٩٨.
(٢) حكا عنهم في مفتاح الكرامة ٩: ٦٤. المراسم: ١٩٨. المهذب ٢: ٨٨. الايضاح ٢: ٣٨٨. وليس لدينا الحواشي.
(٣) الوسائل ١٩: ١٧٥، ب ٢ من الوقوف والصدقات، ح ١، ٢.
(٤) عوالي اللآلي ١: ٩٥، ح ٣.
(٥) الممتحنة: ٨.
(٦) المجادلة: ٢٢.
(٧) الرياض ٩: ٣١٦.
(٨) عوالي اللآلي ١: ٩٥، ح ٣.
(٩) الممتحنة: ٨.
(١٠) المائدة: ٤٢.
(١١) البقرة: ١٩٥. المائدة: ١٣.
(١٢) النحل: ٩٠.

هذا كلّه في الوقف عليهم أنفسهم من حيث إنّهم من بني آدم (و) يمكن تولّد مسلم منهم ، بل يمكن صيرورتهم مسلمين .

بخلاف ما (**لو وقف على الكنائس والبِيَع**) التي هي معابدهم فإنّه (**لم يصحّ**) [١] .

نعم لا بأس في الوقف على المصالح الراجعة إليهم الجائزة لهم كبناء دورهم ونحوها [٢] .

(**وكذا**) لك في عدم الصحّة (**لو وقف على معونة الزناة**) في زناهم من المسلمين فضلاً عن غيرهم (**أو قطّاع الطريق أو شاربي الخمر**) أو غيرهم [٣] .

(**وكذا لو وقف على كتب ما يسمّى الآن بالتوراة والإنجيل**) [٤] ؛ (**لأنّها محرّفة**) ولو في الجملة [٥] .

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه ، بل عن ظاهر المبسوط والغنية نفيه بين المسلمين**[١] لكونه إعانة لهم على ما هو محرّم عليهم من التعبّد فيها ونحوه .

وبذلك افترق عن الوقف عليهم لا بقصد شيء من ذلك وإن صرفوهم في المحرّم ، وعلى المسلمين أو مصالحهم كمساجدهم وقناطرهم ونحوها ممّا يستحب إعانتهم عليه هذا .

ولكن في المسالك ـ بعد أن ذكر وجه المنع بنحو ما قلناه ـ قال : « وأمّا تعليل المنع ... ـ بأنّ من جملة مصرف الوقف عمارتها وهي محرّمة بخلاف عمارة المساجد وباقي مصالح أهل الذمة ـ فغير مطّرد ؛ لأنّ من الكنائس ما يجوز لهم عمارتها ، بل هو الأغلب في بلاد الإسلام وتخصيصه بكنيسة لا يجوز إحداثها كالمحدثة في أرض الإسلام ، أو أرضهم بعيد عن الإطلاق من غير ضرورة »[٢] .

وفيه : أنّ عدم منعنا لهم عن ذلك لكونه من مقتضى عقد الذمة لا يقتضي الجواز لهم في الواقع ، بل هو محرّم عليهم ، وحينئذٍ لا يجوز الوقف منّا لهم على هذه الجهة ؛ للإعانة على الإثم .

[٢] لأنّه كالوقف عليهم .

[٣] لاشتراكهم معهم في الدليل الذي هو النهي عن الإعانة على الإثم ، والوقف بهذا القصد فرد منها فبناء على اعتبار القربة فيها فالأمر واضح ، وعلى العدم يبطل لكون النهي عنه نفسه باعتبار أنّه إعانة ، نحو ما سمعته في الموادّة .

[٤] **بلا خلاف أجده فيه كما عن التذكرة وكذا المبسوط** ، لا لأنّها منسوخة ، فإنّ ذلك لا يقتضي حرمة النظر فيها كالمنسوخ من القرآن[٣] ، وإن توقّف فيه في جامع المقاصد ؛ لاختلاف الملّتين بخلاف منسوخ القرآن[٤] . إلّا أنّه كما ترى ، بل [لأنّها محرّفة] .

[٥] وبه صارت من كتب الضلال التي لا يجوز نسخها والنظر فيها لغير النقض . ولذا غضب رسول الله صلى الله عليه وآله على عمر لمّا رأى في يده صحيفة فيها شيء من التوراة وقال له : « أفي شكّ أنت يابن الخطّاب ، ألم آت بها بيضاء نقيّة ، ولو كان أخي موسى حيّاً لما وسعه إلّا اتّباعي »[٥] .

---

(١) استظهره في مفتاح الكرامة ٩ : ٦١ ، انظر المبسوط ٣ : ٢٩٥ . الغنية : ٢٩٧ .

(٢) المسالك ٥ : ٣٣٤ .

(٣) التذكرة ٢ : ٤٢٩ (حجرية) . المبسوط ٣ : ٢٩٥ .

(٤) جامع المقاصد ٩ : ٤٧ .

(٥) مجمع الزوائد ٨ : ٢٦٢ . إرواء الغليل ٦ : ٣٤ .

ولو وقف عليها بقصد الوجه الذي يجوز له إمساكها والنظر فيه جاز [١].

هذا كلّه في وقف المسلم.

(و) أمّا (لو وقف الكافر) على البيع والكنائس أو أحد الكتابين **(جاز)** [٢].

[هذا بناءً على أنّ المراد من الجواز الجواز الإقراري الذي لا يحتاج إلى شيء من ذلك، وأمّا بناءً على الجواز الواقع الذي ينبغي فرضه في الجامع للشرائط فلا ريب في الفساد بناءً على أنّ الوقف من العبادات المعتبرة فيها النية].

---

[١] لكونه حينئذٍ طاعة، إلّا أنّ الفرض لمّا كان نادراً أطلقوا المنع من الوقف عليها، كإطلاقهم المنع على الحربي والبيع مع إمكان فرض جهة راجحة يجوز لها ذلك، لكنّه بعد تسليم إمكان فرضه خروج عن محلّ البحث كما هو واضح.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه كما عن المقتصر[١] الاعتراف به، بل عن ظاهر التنقيح الإجماع عليه[٢].**

نعم في النافع ـ بعد أن أفتى بالجواز ـ قال: «وفيه وجه آخر»[٣].

وعلى كلّ حال فالمعروف الأوّل؛ إقراراً لهم على دينهم.

لكن في المسالك: هو يتمّ بناءً على عدم اشتراط القربة، أمّا معه فمشكل من حيث إنّ ذلك معصية في الواقع، فلا يتحقّق معنى القربة بها إلّا أن يراد قصدها في الجملة وإن لم تحصل أو قصدها ممّن يعتقد حصولها، وهذا هو الظاهر[٤].

والأصل في ذلك ما عن الآبي في كشفه قال: سألت المصنّف عن وجه عدم الصحّة ـ أي الذي ذكره في النافع ـ فأجاب بأنّه يمكن أن يقال: إنّ نيّة القربة شرط في الوقف، ولا يمكن ذلك في الكافر فلا يصحّ منه الوقف. وناقشه فيه: بأنّ لقائل أن يمنع المقدّمتين والوجه الصحّة؛ إذ كلّ قوم يدينون بدين ويعترفون بمعبود يتوجّهون إليه[٥]. وتبعهما في الرياض فإنّه بعد أن حكى عن المصنّف احتمال عدم الجواز لتعذّر النية، قال: «وفيه نظر لاختصاصه بالمعطّلة والدهرية»[٦].

وفيه: أنّ الجواز الإقراري غير محتاج إلى شيء من ذلك؛ ضرورة أنّه كوقف الخنزير ونحوه. وأمّا الجواز الواقع الذي ينبغي فرضه في الجامع لشرائط الصحّة عندنا سوى أنّه من كافر لا في نحو المقام الذي هو باطل عندنا، والفرض اشتراكهم في الفروع معنا، وحينئذٍ فلا ريب في الفساد بناءً على أنّ الوقف من العبادات المعتبر فيها النية المتوقّفة على تحقّق الأمر، وليس هي إلّا بالصحيحة الجامعة للشرائط التي منها الإسلام. ودعوى الاتّفاق على الصحّة من الكافر في وقفه الجامع يقتضي ما أشرنا إليه من عدم اعتبار نيّة القربة فيه، وإلّا لم يكف القصد المزبور؛ ضرورة شرطية الإسلام في صحّة عباداتهم الجامعة للشرائط فضلاً عن محلّ الفرض الذي ليس موضوع عبادة في الواقع والمذهب على اشتراكهم معنا في الفروع. ولعلّ ذلك هو مراد المصنّف كما وقع له في العتق.

---

(١) المقتصر: ٢١٠.
(٢) استظهره في مفتاح الكرامة ٩: ٦٢. انظر التنقيح ٢: ٣١٢.
(٣) المختصر النافع: ١٨١.
(٤) المسالك ٥: ٣٣٦.
(٥) كشف الرموز ٢: ٤٨.
(٦) الرياض ٩: ٣١٣.

بل كذلك الكلام في الوقف من فرق المسلمين المخالفة للحق فإنّه باطل بناءً على اعتبار القربة [١].

وأمّا الوقف عليهم فالظاهر جوازه لنحو ما سمعته في الوقف على الذمّي إلّا ما كان ملحقاً منهم بالحربي كالخوارج والغلاة والنواصب ونحوهم ممّا لم يثبت شرعيّة الوقف عليهم إن لم يكن الثابت من الأدلّة خلافه وهو معنى آخر غير اشتراط القربة.

وعليه يتفرّع عدم جواز الوقف على الفاسق من حيث كونه كذلك.

وكذا الكافر والمخالف على وجه لا يكون من الإعانة على الإثم، فليس حينئذٍ إلّا اعتبار مشروعية جهة الوقف في الصحّة، فتأمّل جيّداً، فانّه دقيق نافع.

وممّا ذكرنا يعلم وجه الصحّة في وقف الكافر على بيوت النيران وقرابين الشمس والكواكب [٢].

(والمسلم إذا وقف على الفقراء انصرف) عرفاً **(إلى)** إرادة **(فقراء المسلمين دون غيرهم)** [٣].

(و) من هنا **(لو وقف الكافر كذلك)** بأن جعل عنوان وقفه « الفقراء » **(انصرف إلى فقراء نحلته)** أيضاً [٤]، وليس هو من الحقيقة العرفيّة حتى يبنى على مسألة: تقديمها على اللغوية أو بالعكس [٥]، بل هو من القرينة على إرادة الاختصاص، بل الظاهر قيامها على إرادة فقراء أهل مذهبه لا غيرهم [٦].

إلّا أنّه كان [الواقف] بصدد بيان عدم دخول فقراء الكافرين من حيث كون الواقف مسلماً، من المحقّين كان أو المبطلين، أمّا لو فرض كونه إمامياً فشاهد الحال الذي ذكرناه بنفسه قائم أيضاً على إرادة الفقراء من الإمامية دون غيرهم، وهكذا، إلّا مع القرينة الدالّة على إرادة خلاف قرينة الإطلاق.

---

[١] لمعلومية اشتراط الإيمان في صحّة العبادة.

[٢] **كما هو المحكي عن المقنعة والمهذّب والكافي والوسيلة والسرائر والدروس والمقتصر**(١)**، بل وظاهر النهاية**(٢) **والجامع**(٣)؛ إذ هي إمّا أن يراد منها الصحّة الإقرارية إن كانوا ممّن يقرّون على ذلك نحو قولهم: بصحة وقف الذمّي الخنزير على مثله، أو مبني على عدم اعتبار نيّة القربة في الوقف بل وعلى عدم اعتبار مشروعية الجهة في الوقف في الواقع.

لكن عن المختلف والتنقيح(٤) **التصريح بعدم صحّة ذلك.**

وهو مبني على إرادة الصحّة الواقعية لا الإقرارية، وأنّ القربة معتبرة فيها أو مشروعيّة الجهة، والله العالم.

[٣] وإن كان اللفظ جمعاً معرّفاً، ومقتضاه الاستغراق إلّا أنّ شهادة الحال عرفاً تكفي في تخصيصه.

[٤] لما عرفت، **بلا خلاف أجده فيهما.**

[٥] كما توهّم.

[٦] **كما اعترف به بعضهم**(٥)، بل يمكن إرادة الأكثر له وإن أطلقوا.

---

(١) حكا عنها وعمّا بعدها في مفتاح الكرامة ٩: ٦٣. المقنعة: ٦٥٤. المهذب ٢: ٩٢. الكافي: ٣٢٦. انظر الوسيلة: ٣٧٠. السرائر ٣: ١٦٠. انظر الدروس ٢: ٢٧٠. المقتصر: ٢١٠، ولكن فيه البطلان.

(٢) بل هو صريح النهاية: ٥٩٧.

(٣) الجامع للشرائع: ٣٧٣.

(٤) المختلف ٦: ٣٢٢. التنقيح ٢: ٣١٢.

(٥) السرائر ٣: ١٦٠ ـ ١٦١.

وكذا لو جعل العنوان فقراء بلد أو بلد مخصوص. نعم لو لم يكن في البلد إلّا فقراء غير مذهبه وكان عالماً بذلك اتّجه حينئذٍ الصرف إليهم [١]، أمّا إذا لم يكن عالماً فلا يبعد بطلان الوقف [٢].

٣٨/٢٨

(ولو وقف على المسلمين انصرف إلى من صلّى إلى القبلة) [٣] وهي الكعبة المشرّفة أي تديّن بالصلاة إليها وإن لم يفعل [٤]، بل الظاهر [٥] دخول أطفالهم ومجانينهم والمستضعفين منهم ونحوهم ممّن محكوم بإسلامه شرعاً للتبعية، بل والإناث وإن كانت الصيغة للذكور، إلّا أنّ المراد منها الجنس. نعم يخرج عنهم كلّ من حكم بكفره ولو لسبّ ونحوه وإن انتحلّ الإسلام كالخوارج والغلاة ونحوهم ما لم يكن الواقف منهم [٦].

من غير فرق في ذلك كلّه بين كون الواقف من المسلمين محقاً وغيره [٧].

---

[١] للقرينة.

[٢] لعدم الموقوف عليه. **خلافاً لما في المسالك من أنّ الأولى الصحة**[١]، عملاً بالعموم المتناول للموجودين، وحملاً للوقف على الوجه الصحيح.

وفيه ما لا يخفى بعد فرض انصراف الإطلاق إلى ما ذكرناه وعدم القرينة على غيره.

[٣] **كما عن الأكثر، بل المشهور.**

[٤] **خلافاً لما عن المفيد من اشتراط الفعل**[٢].

[٥] **[كـ]ـما صرّح به غير واحد من [الأصحاب].**

[٦] **وإن احتمل دخولهم في الرياض**[٣]، لكنّه في غير محلّه.

[٧] **للعموم. وقيل: إن كان الواقف محقّاً اختص الوقف بقبيلته**[٤]:

١ ـ بشاهد الحال كما لو وقف على الفقراء.

٢ ـ ولمنع صحّة الوقف على غير المحق، بناءً على اعتبار القربة فيه.

وفيه منع شهادته بذلك. ولا تلازم بين اقتضائه في لفظ « الفقراء »، واقتضائه في لفظ « المسلمين »، وإلّا لاقتضى في لفظ « الناس » و« بني آدم » ونحوهم. والتعليل بعدم صحّة الوقف على غير المحقّ خروج عن محلّ البحث أوّلاً. وممنوع ثانياً وإن قلنا باعتبار القربة فيه كما أوضحناه سابقاً. ومنه يعلم ضعف ما عن الحلبي[٥] من خروج غير المؤمن إن كان مبناه الحكم بكفره على وجه لا يجوز الوقف عليه. كما أنّ من ذلك كلّه يظهر لك الحال فيما أطنب فيه في الرياض[٦]، خصوصاً بعد ملاحظة كون المرجع في المسألة الفهم عرفاً ولو بشاهد الحال فإيكاله حينئذٍ إلى الوجدان كما في نظائره أولى من إقامة الدليل والبرهان.

وكذا ما في الدروس من أنّ الرجوع إلى الاعتقاد قوي، وإن خفي بني على تحقق الإسلام والكفر وهو في علم الكلام[٧]، والله العالم.

---

(١) المسالك ٥: ٣٣٦.
(٢) استظهره في مفتاح الكرامة ٩: ٥١. انظر المقنعة: ٦٥٤.
(٣) الرياض ٩: ٣٢١.
(٤) السرائر ٣: ١٦٠ـ ١٦١.
(٥) الكافي: ٣٢٦.
(٦) الرياض ٩: ٣١٩.
(٧) الدروس ٢: ٢٧٢.

(ولو وقف على المؤمنين انصرف إلى الإثنى عشرية وقيل) [١]: (إلى مجتنبي الكبائر) منهم التي منها الإصرار على الصغائر.

(والأوّل أشبه) [٢]. [قد يقال: إنّ الاختلاف فيه إنّما هو في مصداق الموجود في الكتاب والسنّة النبوية وأخبار الأئمة عليهم السلام وليس هو تعدّد اصطلاح منهم، فلو أوقف أو أوصى كذلك نفذ فيما هو مصداقه واقعاً ولعلّه كذلك، وإن كان خلاف ما اعتقده الواقف إلّا مع القرينة، ولا ريب في أنّه في العرف السابق هو المصدّق قلباً بمحمد صلى الله عليه وآله وما جاء به وفي الحال مع ذلك بالأئمة].

---

[١] والقائل الشيخ[١] وجماعة.

[٢] لعدم الدليل على اعتبار ذلك في الإيمان، بل ظاهر الأدلّة خلافه، بل استقرّ المذهب الآن على ذلك، **بل هو المحكي عن التبيان للشيخ قائلاً: إنّه كذلك عندنا**[٢]، مشعراً بالاتّفاق عليه. **وعن الحلّي والديلمي وكافّة المتأخّرين**[٣]، **بل ظاهر المصنّف والأكثر ـ على ما اعترف به بعضهم**[٤] **بل في الرياض نسبته إليهم**[٥] **ـ عدم الفرق في الانصراف المزبور بين كون الواقف منهم أو من غيرهم. لكن في المسالك بعد أن ذكر أنّ للإيمان معنيين: عام وهو التصديق القلبي بما جاء به محمد صلى الله عليه وآله وهو أخصّ من الإسلام، وخاصّ وهو أيضاً قسمان أحدهما أنّه كذلك مع العمل الصالح، فصاحب الكبيرة ليس بمؤمن، والثاني الاعتقاد بإمامة الأئمة الإثنى عشر عليهم السلام وهو المتعارف بين الإمامية وذكر ما اقتضاه ظاهر المصنّف والأكثر. قال: «وهو مشكل**؛ لأنّ ذلك غير معروف عنده ولا قصده متوجّه إليه، فكيف يحمل عليه، وليس الحكم فيه كالمسلمين في أنّ لفظه عام فينصرف إلى ما دلّ عليه اللفظ وإن خالف معتقد الواقف، كما تقدّم؛ لأنّ الإيمان لغة هو مطلق التصديق، وليس بمراد هنا واصطلاحاً مختلف بحسب المصطلحين، والمعنى الذي اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العام، **فلو قيل بحمله عليه إذا كان الواقف غير إمامي كان حسناً. أو يقال: إذا كان من الوعيدية يحمل على معتقده، أو من الامامية، فعلى معتقده، أو من غيره فعلى معتقده عملاً بشهادة الحال ودلالة العرف الخاص والقرائن الحالية. ولو كان الواقف إمامياً وعيدياً كما اتفق لكثير من قدمائنا تعارض العرفان، ولعلّ حمله على المعنى المشهور وهو الأخير أوضح لأنّه أعرف»**[٦]. **وتبعه على ذلك في الرياض**[٧]. قلت: قد يقال: إنّ نظر الأصحاب إلى أنّ هذا الاختلاف في مصداق «المؤمن» الموجود في الكتاب والسنّة النبوية وأخبار الأئمة عليهم السلام، وليس هو تعدّد اصطلاح منهم، وحينئذٍ فمن أوقف أو أوصى وجعل العنوان «المؤمن» نفذ فيما هو مصداقه واقعاً؛ لظهور إرادة الواقع من كلّ متكلّم إذا كان من قبيل لا يعرف اختلاف علمائه في ذلك. بل لعلّه كذلك وإن كان خلاف ما اعتقده الواقف إلّا أن تكون قرينة على إرادته بوقفه ما يزعم أنّه مصداق له. ومجرّد الاختيار في التفسير لا يصلح قرينة على ذلك، ولا ريب في أنّ المؤمن في العرف السابق المصدّق قلباً بمحمد صلى الله عليه وآله وما جاء به، وفي العرف الحادث المصدّق مع ذلك بإمامة الأئمة الاثنى عشر عليهم السلام فهم المؤمنون حينئذٍ حقّاً.

---

(١) النهاية: ٥٩٧.
(٢) التبيان ٢: ٨١.
(٣) حكاه في الرياض ٩: ٣٢١. انظر السرائر ٣: ١٦٢. المراسم: ١٩٨.
(٤) المسالك ٥: ٣٣٨.
(٥) الرياض ٩: ٣٢٢.
(٦) المسالك ٥: ٣٣٧، ٣٣٨.
(٧) الرياض ٩: ٣٢٢.

نعم يعتبر فيهم عدم صدور ما يخرجهم عن الإيمان إلى الكفر من سبّ وإنكار ضروري المذهب ونحو ذلك مثل ما سمعته في المسلم بالنسبة إلى ذلك.

بل وبالنسبة إلى إدخال أطفالهم ومجانينهم ممّا هو محكوم بإيمانه بالتبعية.

بل والمستضعف منهم [١].

(ولو وقف على الشيعة فهو) في عرفنا الآن **(للإماميّة)** خاصّة [٢] [وقيل: هو من شايع علياً].

(و) حينئذٍ فيندرج فيهم **(الجارودية)** والإسماعيلية من فِرق الزيدية **(دون غيرهم)** والكيسانية والواقفية والفطحية وغيرهم، إلّا أنّ المصنّف اقتصر على الجارودية **(من فرق الزيدية)** للقول بإمامة الشيخين من باقي فرقهم وانقراض الطوائف الأُخر. وعلى كلّ حال فالقول بالانصراف المزبور [هو المختار] [٣]. ولا يختص به فرقة نحلة الواقف [٤] [قيل: لابأس به].

وهو كذلك مع فرض قيام قرينة عليه، وإلّا فالحكم لمصداق اللفظ في الواقع كالمسلم ومع فرض الاختلاف في مصداق الشيعي فالحكم على حسب ما قلناه في المؤمن، وهو واضح.

كوضوح الانصراف الآن من هذا اللفظ ـ لو كان الواقف اثنى عشرياً ـ إليهم خاصّة ولا يدخل فيه أحد من الجارودية أو غيرهم [٥].

---

[١] **وكأنّه أشار إلى بعض ماذكرنا في الدروس حيث اعتبر اعتقاد العصمة في الإثنى عشر مع الإمامة**[١]. ولعلّه لأنّها من ضروريّات المذهب الذي يقتضي إنكارها ـ من أهل المذهب ـ الكفر. **وإن نظر فيه في المسالك، قال: «ويلزمه اشتراط اعتقاد أفضليّتهم على غيرهم وغيره من معتقدات الإماميّة المجمع عليها والفتاوى خالية عنه، والظاهر يشهد بخلافه»**[٢]. لكن فيه ما لا يخفى بعد الإحاطة بما ذكرناه، والله العالم.

[٢] **كما اعترف به في الرياض**[٣]**، بل في المسالك حكاه عن بعض من تقدّمه، لكن قال: «هو غريب»**[٤].

[وذلك] بناءً منه على أنّ الشيعي من شايع علياً عليه السلام في الإمامة مقدّماً له على غيره بعد النبي صلى الله عليه وآله.

[٣] **[بل] هو المشهور بين الأصحاب كما في المسالك**[٥].

[٤] **خلافاً للمحكي عن ابن إدريس فقال: «إن كان الواقف من احدى فرق الشيعة حمل كلامه العام عليه، وصرف في أهل نحلته دون من عداهم عملاً بشاهد الحال»**[٦]. **وعن التذكرة نفي البأس عنه**[٧].

[٥] ولعلّ كلام الأصحاب محمول على حال عدم القرينة، فإنّ الأمر يدور حينئذٍ على المفهوم واقعاً في نفسه. ومن ذلك يظهر لك الحال في ما أورده بعض[٨] الناس ـ ممّن قارب عصرنا ـ على الأصحاب من معلومية خروج غير الاثنى عشرية إذا كان الواقف واحداً منهم كما هو واضح.

---

(١) الدروس ٢: ٢٧٢.
(٢) المسالك ٥: ٣٣٩.
(٣) الرياض ٩: ٣٢٣.
(٤)(٥) المسالك ٥: ٣٤٠.
(٦) السرائر ٣: ١٦٢.
(٧) التذكرة ٢: ٤٣٠ (حجرية).
(٨) انظر الحدائق ٢٢: ٢٠٧. الرياض ٩: ٣٢٣.

(**وهكذا إذا وصف الموقوف عليه بنسبة دخل فيها كلّ من أُطلقت عليه**) إلّا أن تكون هناك قرينة صارفة ، وهذا هو الضابط في جميع هذه المسائل على حسب غيره من المقامات [١].

وعلى كلّ حال (**فلو وقف على الإمامية كان للإثني عشرية**) خاصّة ؛ لأنّهم المعروفون بهذا الإسم .

والظاهر عدم اعتبار اجتناب الكبائر هنا ممّن اعتبره في المؤمن [٢].

أمّا اعتبار العصمة فقد [يمكن] [٣] ذلك .

ولا يبعد أن يكون التحقيق فيها ما ذكرناه في المؤمن فلاحظ وتأمّل .

(**ولو وقف على الزيدية كان للقائلين بإمامة زيد بن علي**) بن الحسين (عليه السلام) ثمّ لكل من خرج بالسيف من ولد فاطمة عليها السلام من ذوي العلم والرأي والصلاح [٤].

(**وكذا**) الحال (**لو علّقهم بنسبة إلى أب كان لكلّ من انتسب إليه بالأُبوّة كالهاشميين فهو لمن انتسب إلى هاشم من ولد أبي طالب عليه السلام والحارث والعبّاس وأبي لهب والطالبيّين فهو لمن ولّده أبو طالب** عليه السلام) منهم خاصّة [٥].

بل (**و**) لا إشكال في أنّه (**يشترك الذكور والإناث**) في ذلك (**المنسوبون إليه من جهة الأب نظراً إلى العرف**) إذا كان بلفظ لا يخص أحدهم كالهاشمية والعلوية ، بل والهاشميين والعلويين ونحوهم ممّا يفهم إرادة الجنس منه أو هو مبني على التغليب .

(**و**) أمّا المنتسبون إليه بالأمّ فـ (**فيه خلاف للأصحاب**) .

وقد حققنا في كتاب الخمس عدم دخولهم في مثل هذه الأسماء التي هي نحو أسماء القبائل وإن قلنا بكونهم أبناءً وأولاداً حقيقةً فضلاً عن الذرية ونحوهما ، فلا يجري حينئذٍ عليهم الحكم الذي عنوانه ذلك كالخمس بخلاف

---

[١] **لكن في المسالك : لا كلام في ذلك مع اتفاق العرف والاصطلاح ومع التعدّد يحمل على المتعارف عند الواقف وبهذا يتخرج الخلاف والحكم في الجميع**[1] .

وهو كذلك مع فرض العرف الخاصّ لا القول الخاصّ في التفسير كما عرفته سابقاً .

ولكن لا يخفى عليك عدم تخرّج الخلاف على ذلك ؛ ضرورة عدم النزاع في تقديم العرفية الخاصّة على غيرها في لفظ أهلها كما هو واضح .

[٢] كما هو مقتضى دليل القائل .

[٣] **[كما] يظهر من الدروس**[2] .

[٤] **وما عن ابن إدريس من بطلان الوقف إذا كان الواقف غير زيديّ**[3] خروج عن محلّ البحث .

[٥] **بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك .**

---

(١) المسالك ٥ : ٣٤١ .

(٢) الدروس ٢ : ٢٧٢ .

(٣) السرائر ٣ : ١٦٢ ـ ١٦٣ .

الحكم الذي عنوانه الثاني كالنكاح [١].

(ولو وقف على الجيران رجع إلى العرف) [٢].

(وقيل: لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً) كلّ ذراع أربعة وعشرون إصبعاً من كلّ جانب.

(وهو حسن) [٣].

(و) من هنا كان ما **(قيل)** [٤]: من تحديده بما يلي داره **(إلى أربعين داراً من كلّ جانب)** صغيره كانت أو

---

[١] **ولعلّ المرتضى**(١) **ومن تابعه** اشتبه في حكم العنوانين، لا في الاندراج في الموضوعين، فلاحظ وتأمّل جيّداً، والله العالم.

[٢] **كما في القواعد والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والمختلف والإيضاح وجامع المقاصد والروض والمسالك والكفاية**(٢) **على ما حكي عن بعضها، وقوّاه بعض**(٣) **واستحسنه آخر**(٤).

وحكاه في جامع المقاصد عن جماعة(٥)؛ لأنّه المدار في الألفاظ الصادرة من أهله.

[٣] **بل في غير كتاب نسبته إلى الأكثر، بل في المسالك وغيرها نسبته إلى المشهور**(٦)، **بل في محكيّ الغنية وظاهر التنقيح الإجماع عليه**(٧)، **بل قيل: إنّه يلوح أو يظهر من السرائر**(٨)، بل عن موضعين من الخلاف(٩) نسبته إلى روايات أصحابنا وإجماعهم، **بل قد أفتى به من لا يعمل إلّا بالقطعيات كالتقي وابني زهرة وإدريس**(١٠).

وذكره من عادته التعبير بمتون الأخبار كالمقنعة والنهاية(١١) **وغيرهما من كتب القدماء.** ولعلّه غير منافٍ للأوّل؛ ضرورة أنّه تحديد للعرف بذلك كما هي عادة الشارع في مثل ذلك كـ«الوجه» و«المسافة» ونحوهما ممّا يشكّ في بعض الأفراد منها، بعدم معرفة التحقيق في العرف على وجه يعلم الداخل فيه، والخارج عنه فيضبطه الشارع الذي لا يخفى عليه شيء بما هو حدّ له في الواقع، وليس ذلك منه معنى جديد ولا إدخال لما هو معلوم الخروج في العرف وبالعكس.

[٤] **وإن لم نعرف قائله كما اعترف به في المسالك**(١٢).

---

(١) حيث حكم بدخول المنتسب بالأُم. انظر رسائل المرتضى ٤: ٣٢٨.

(٢) القواعد ٢: ٣٩٢. المختصر النافع: ١٨٢. كشف الرموز ٢: ٥١. التذكرة ٢: ٤٣٩ (حجرية). التحرير ٣: ٣٠٨. المختلف ٦: ٣١٥. الايضاح ٢: ٣٨٧. جامع المقاصد ٩: ٤٤. نقله عن الروض في مفتاح الكرامة ٩: ٥٧. المسالك ٥: ٣٤٣. كفاية الأحكام ٢: ١٦.

(٣) نقله عن حواشي الشهيد في مفتاح الكرامة ٩: ٥٧.

(٤) نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٩: ٥٧.

(٥) جامع المقاصد ٩: ٤٤.

(٦) المسالك ٦: ٢٣٦.

(٧) الغنية: ٢٩٩. التنقيح ٢: ٣٢٠.

(٨) مفتاح الكرامة ٩: ٥٨.

(٩) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ٥٨. الخلاف ٤: ١٥٢، ١٥٣. ولم نعثر على الموضع الثاني.

(١٠) الكافي: ٣٢٦. الغنية: ٢٩٩. السرائر ٣: ١٦٣.

(١١) المقنعة: ٦٥٣. النهاية: ٥٩٩.

(١٢) المسالك ٥: ٣٤٣.

كبيرة ضعيفاً جدّاً، بل في المتن (وهو مطرح) [١].

و[الظاهر] [٢] انّ المدار في التحديد المزبورعلى نحو ذلك أيضاً، فلو علم بدخول من خرج عن التحديد في إرادة الواقف حكم بدخوله وإنّما فائدة التحديد عند الاشتباه. ولو انتهى عدد الأذرع إلى باب الدار خاصّة [٣]. [فالظاهر الدخول بناءً على دخول الغاية في المغيّا]. أمّا إذا انتهى إلى أثناء دار فلا إشكال في الدخول عرفاً [٤].

---

[١] وفي غيره شاذ[١] وفي ثالث[٢] ليس بشيء. كلّ ذلك للقطع بمخالفة العرف له وجعله عرفاً شرعياً غير مُجد في الألفاظ المتداولة بين أهل العرف في غيره كما هو المفروض: ١ ـ وإن رواه جميل بن دراج في الحسن أو الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام: «حدّ الجوار أربعون داراً من كلّ جانب من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله»[٣]. ٢ ـ وعمرو بن عكرمة عنه عليه السلام أيضاً: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: كلّ أربعين داراً جيران من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله»[٤]. ٣ ـ وعمرو بن عكرمة عنه عليه السلام أيضاً في حديث طويل في آخره: «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أمر عليّاً عليه السلام وسلمان وأبا ذر أن ينادوا في المسجد بأعلى أصواتهم بأنّه لا إيمان لمن لم يأمن جاره بوائقه فنادوا بها ثلاثة، ثمّ أومأ بيده إلى [كلّ] أربعين داراً من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله»[٥]. لكنها محمولة على التقية من العامة الذين حكموا بذلك للمرسل عن عائشة: أنّ النبي صلى الله عليه وآله سئل عن حدّ الجوار، فقال: «إلى أربعين داراً»[٦] أو على إرادة جوار الشرف كساكني النجف وكربلاء وغيرهما بعنوان المجاورة لقبورهم أو غير ذلك. **فمن الغريب ميل ثاني الشهيدين[٧] إلى هذا القول مع شدّة مخالفته للقواعد الشرعية**؛ ضرورة اقتضائه الوقف أو الوصية لمن يعلم بعدم إرادة الواقف والموصي إيّاه كما هو واضح.

[٢] [كما] من ذلك يعلم [ذلك].

[٣] **فعن ابن البراج الدخول[٨]، وقوّاه في الدروس[٩]، بل لعلّه ظاهر محكي المقنعة والنهاية[١٠] أيضاً**، وكأنّه مبني على دخول الغاية في المغيّا، ولعلّه هنا كذلك.

[٤] **لكن في المسالك: «إن انتهى العدد إلى آخر دار أو بين دارين فالحدّ متميّز وإن انتهى في أثناء دار هل يدخل في الحدّ أم لا يبنى على دخول الغاية في المغيّا مطلقاً أم لا أم بالتفصيل بالمفصل المحسوس فلا يدخل وعدمه فيدخل، والأقوى تفريعاً عليه حينئذٍ الدخول، ولو وصل المقدار إلى باب داره خاصة، بني على ما ذكر، وأولى بعدم الدخول هنا، وصرّح ابن البراج بدخوله في عبارة رديئة، وقوّاه في الدروس»[١١]**.

ولا يخفى عليك ما فيه؛ ضرورة كون المدار في التحديد دخول من وصل إليه بعض الحدّ، إنّما الإشكال خاصّة فيما إذا كانت باب الدار مثلاً على رأس الذراع الأخير، وهو المبني على ذلك، كما هو واضح بأدنى تأمّل.

---

(١) (٢) المسالك ٥: ٣٤٤. حكاه في مفتاح الكرامة (٩: ٥٩) عن الحواشي.
(٣) الوسائل ١٢: ١٣٢، ب ٩٠ من أحكام العشرة، ح ١، وفيه: «عن أبي جعفر عليه السلام».
(٤) المصدر السابق: ح ٢.
(٥) الوسائل ١٢: ١٢٥، ب ٨٦ من أحكام العِشرة، ح ١.
(٦) كنز العمال ٩: ٥٢، ح ٢٤٨٩٥.
(٧) (١١) المسالك ٥: ٣٤٤ ـ ٣٤٥.
(٨) المهذب ٢: ٩١.
(٩) الدروس ٢: ٢٧٣.
(١٠) انظر المقنعة: ٦٥٣. النهاية: ٥٩٩.

ولا يعتبر في الجار عرفاً الملكية ، فيدخل حينئذٍ المستأجر والمستعير ونحوهما .

بل والغاصب في وجه قوي [١] .

ولو باع صاحب الدار داره فسكنها المشتري دخل هو وخرج البائع ولو عاد عاد الاستحقاق ، وكذا المستعير والمستأجر وغيرهما ؛ ضرورة دوران الحكم على التلبّس بالوصف وجوداً وعدماً .

نعم لو غاب غيبة بقصدالرجوع مع بقاء عياله وعدمه لم يخرج بذلك عن الوصف وإن حصل الوقف حالها إلّا مع طول المدّة المقتضية ذلك عرفاً ، ولا عبرة بتقارب الدور مع عدم السكنى حتى على الثالث [٢] .

فلو كان له داران يسكنهما صدق كونه جاراً لكلّ من يليهما مع تردّده لكلّ منهما .

أمّا إذا كانت سكناه فيهما على التناوب ولو بحسب الفصول فـ[لقد قيل] [٣] استحقّ زمن السكنى .

والظاهر أنّ القسمة على عدد الرؤوس على الثلاثة [من الأقوال] [٤] وإن دخل بعضهم في العيال في وجه قوي ، نعم يخرج العبد [٥] .

(**ولو وقف على مصلحة**) كمسجد وقنطرة ونحوهما (**فبطل رسمها**) وأثرها بالمرّة (**صرف في وجوه البرّ**) [٦] .

---

[١] **وإن كان المحكي عن التحرير عدم استحقاقه[١] ، بل حكي عنه التوقّف في المستأجر والمستعير[٢] .**

[٢] **وإن احتمله في المسالك[٣]** ، لكنّه في غاية الضعف ؛ ضرورة مدخلية السكنى في صدق اسم « الجار » ، لا ملك الدار ونحوه ، لكن يكفي فيها صدقها عرفاً .

[٣] **[قاله] في المسالك[٤]** .

[٤] لصدق الجيران عرفاً على الجميع .

[٥] لعدم قابليته للملك إن كان المراد الملكية .

لكن في المسالك : « لو اعتبرنا عدد الدور ففي قسمته على رؤوس أهلها أو على عدد الدور وجهان وعلى الثاني يقسّم على الدور أوّلاً ، ثمّ يقسّم حصّة كلّ دار على رؤوس أهلها »[٥] .

وفيه ما لا يخفى من أنّه لا اقتضاء في التحديد بـ« الدور » اعتبارها نفسها في الجوار لا ساكنيها ، بل المراد : هم وإن كان التحديد بها كما هو واضح ، والله العالم .

[٦] **كما هو المشهور على ما اعترف به غير واحد ، بل لم أقف على رادٍّ له من الأصحاب عدا المصنّف في النافع ، حيث نسبه إلى قول[٦]** ، مشعراً بتردّده فيه .

وقد نسبه في محكي المهذب إلى الندرة[٧] وغيره إلى الضعف ، بل في محكي السرائر نفي الخلاف فيه[٨] .

---

(١) التحرير ٣ : ٣٠٨ .
(٢) التحرير ٣ : ٣٠٨ .
(٣)(٤)(٥) المسالك ٥ : ٣٤٦ .
(٦) المختصر النافع : ١٨٢ .
(٧) المهذب البارع ٣ : ٦٢ .
(٨) السرائر ٣ : ١٦٦ .

بل قيل: ظاهره [= السرائر] بين المسلمين[١]. وكأنّ الوجه فيه ـ بعد معلوميّة إرادة الواقف فيه الدوام ولو لزعم دوام تلك المصلحة، بل عن جامع الشرائع وجامع المقاصد[٢] التصريح بكون الفرض ممّا تقتضي العادة بدوامها، إلّا أنّه اتّفق بطلان رسمها على خلاف العادة ـ استصحاب صحّته وإطلاق الأدلّة التي ليس فيها ما يقتضي البطلان بتعذّر المصرف المعيّن؛ إذ هو ليس مقتضياً لانتفاء الموقوف عليه الذي هو في الفرض «المسلمون».

كما أنّه ليس فيها ما يقتضي الانتقال إلى ما يشابه تلك المصلحة، فليس حينئذٍ إلّا الصرف في وجوه البرّ التي هي الأصل في كلّ مال خرج عن ملك مالكه لمصرف خاصّ تعذّر كما ستعرف في نظائر المقام.

ومن ذلك يعرف ما في المسالك وغيرها حتى فيما ذكره من التحقيق الذي قد اعترف بتوجّه كلام الأصحاب فيما لو كان الوقف في مصلحة ما شأنه الدوام؛ لخروج الملك عن الواقف بالوقف فعوده يحتاج إلى دليل وهو منتف، وصرفه في وجوه البرّ أنسب بمراعاة غرضه الأصلي إن لم يجز صرفه فيما هو أعم منه، وإنّما توقّف في الوقف على مصلحة ممّا تنقرض غالباً كشجر التين والعنب أو مجهولة الحال كالوقف على مسجد في قرية صغيرة أو على مدرسة كذلك.

بل جزم في الأوّل بأنّه كمنقطع الآخر، بل هو بعض أفراده، فيرجع بعد انقضائه إلى الواقف أو ورثته على الخلاف حيث لا يجعله بعده لمصلحة أُخرى تقتضي التأبيد.

وأمّا الثاني فقد استشكل فيه من أصالة البقاء فيكون كالمؤبّد ومن الشكّ في حصول شرط انتقال الملك عن مالكه مطلقاً الذي هو التأبيد فيحصل الشكّ في المشروط فلا يحكم إلّا بالمتيقّن منه، وهو خروجه عن ملكه مدّة تلك المصلحة ويبقى الباقي على أصالة البقاء على ملك مالكه[٣]. ولا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت من ظهور كلمات الأصحاب في إرادة الوقف المؤبّد لا ما يشمل منقطع الآخر الذي هو بناءً على مشروعيّته ما يراد إنقطاعه من أوّل صدوره. وكون ذي المصلحة ممّا ينقرض غالباً لا ينافي دوام الوقف بعد عدم انحصاره فيها، وإنّما هو مصرف فيها حيث يكون، ولو بأن يعود بعد الخراب وإلّا فهو وقف على المسلمين ويراد حينئذٍ بوجوه البرّ ذلك، أو أنّ المراد تلك الجهة، ولكن قد تعذّرت وتعذّرها لا يقتضي البطلان كما عرفت، وأنّ الصرف في وجوه البرّ؛ للأصل الذي قد ذكرناه في كلّ مال قد تعذّر مصرفه، كما يومئ إليه في الجملة ما في كثير من النصوص الواردة في نحو الوصية والنذر المعيّن الذي له مصارف مخصوصة وقد تعذّر. كالخبر عن إنسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلّا باباً واحداً منها كيف يصنع بالباقي، فوقّع عليه السلام: «الأبواب الباقية اجعلها في البرّ»[٤].

ونحوه خبر طويل يتضمّن: أنّه لو أوصى رجل بتركته إلى رجل وأمره أن يحجّ بها عنه، قال الوصي: فنظرت فإذا شيء يسير لا يكفي للحجّ، فسألت الفقهاء من أهل الكوفة فقالوا: تصدّق به عنه، فتصدّق به، ثمّ لقي بعد ذلك أبا عبد الله عليه السلام فسأله وأخبره بما

---

(١) مفتاح الكرامة ٩: ٦٩.

(٢) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ٦٩. الجامع للشرائع: ٣٧٠. انظر جامع المقاصد ٩: ٥٤.

(٣) المسالك ٥: ٣٤٧.

(٤) الوسائل ١٩: ٣٩٣، ب ٦١ من الوصايا، ح ١، وليس فيه «وجوه».

فعل، فقال: «إن كان لا يبلغ أن يحجّ به من مكة فليس عليك ضمان وإن كان يبلغ ما يحجّ به فأنت ضامن»[١]. بل قد يؤيّده في الجملة ما في جملة وافرة من الأخبار ممّا يدلّ على أنّ ما أوصى به للكعبة أو كان هدياً أو نذراً يباع إن كان جارية ونحوها، وإن كان دراهم يصرف في المنقطعين من زوّارها[٢]، على أنّ القسم الأوّل الذي قد اعترف بصحة كلام الأصحاب فيه مبني على ذلك؛ ضرورة عدم مدخلية زعمه لدوام المصلحة في صحّة الوقف بعد فرض بيان فساده ولو لإتفاق خلاف العادة؛ إذ لو لم يكن مبنى الصحّة ما ذكرناه توجّه بطلانه؛ لعدم الموقوف عليه حينئذٍ ولو في الفرض النادر هذا.

وربّما احتمل وجوب الصرف في الفرض إلى ما شابه تلك المصلحة فيصرف وقف المسجد في مسجد آخر والمدرسة إلى مثلها اقتصاراً على المتيقّن؛ ولاحتمال إرادة المثالية فيما ذكره مصرفاً في الوقف المراد تأبيده أو لفحوى ما دلّ على صرف آلات المسجد بعد اندراسه أو خرابه في مسجد آخر، على ملاحظة الشارع الأقرب إلى نظر الواقف.

ولكن قد عرفت إطلاق فتوى الأصحاب الذي مبناه ما قلناه من استواء القرب كلّها في عدم تناول عقد الوقف لها، وعدم قصده إليها بخصوصها فلا أولوية لبعضها على بعض بالنسبة إلى ذلك.

ومجرّد المشابهة لا دخل لها في تعلّقه بها فيبطل القيد ويبقى أصل الوقف من حيث القربة فيصرف في كلّ فرد منها.

ولعلّ ذلك منشأ ما ذكرناه من الأصل.

ونوقش بأنّ تحرّي الأقرب فالأقرب ليس من حيث المشابهة، بل من حيث دخوله في نوع المصلحة الخاصة، وإن تميّزت عنه بالخصوصية، فإذا زالت بقي أفراد النوع الآخر الممكنة داخلة فكان الوقف تضمن أشياء ثلاثة: القربة والمسجدية مثلاً وخصوصية المسجد، فإذا زال الأخير بقي الأوّل؛ لقاعدة «الميسور» و«ما لا يدرك».

بل في المسالك: «ولعلّ هذا أقرب»[٣]، وتبعه في الرياض[٤]. إلّا أنّه أشكله في الأوّل[٥] بأنّه آتٍ في المصلحة التي تعلم انقطاعها أيضاً، مع أنّ حكم منقطع الآخر متناول لها. إلّا أن يخص هذا بما لا يتعلّق بمصالح المسلمين مثل الوقف على أولاده من غير أن يسوقه في باقي البطون ونحو ذلك. **ثمّ قال [في المسالك]: «وليس بذلك البعيد، وللتوقّف مجال»[٦].**

وكذا في الرياض فإنّه بعد أن ذكر مثل ذلك قال: هذا كلّه في غير معلومة الانقطاع، أمّا فيها ففي انسحاب الحكم أو لحاقها بمنقطع الآخر كما يظهر من بعض الأجلّة وجهان، من إطلاق الفتاوى هنا وثمّة، والاحتياط لا يترك في المقام[٧].

وفيه ما لا يخفى بعد الإحاطة بجميع ما ذكرناه، بل منه يعلم عدم تحريرهم موضوع البحث عند الأصحاب، وأنّه الوقف المؤبّد الذي ذكر فيه الصرف على مصلحة خاصّة وقد تعذّرت، وأنّه لا محلّ هنا لقاعدة «الميسور» بعد ما سمعت من الأصل ومعلومية عدم قصد الواقف ذلك؛ إذ لم يصدر منه إلّا ذكر المصرف الخاصّ الذي يرتفع بارتفاع الخصوصية كما هو واضح.

---

(١) الوسائل ١٩: ٣٤٩، ب٣٧ من الوصايا، ح٢، و ٤٢١، ب٨٧، ح١.

(٢) الوسائل ١٩: ٣٩٢، ب٦٠ من الوصايا، ح١.

(٣)(٥)(٦) المسالك ٥: ٣٤٨.

(٤) الرياض ٩: ٣٣٢.

(٧) الرياض ٩: ٣٣٣.

(ولو وقف على[١] وجوه البرّ) [١].

(وأطلق صرف في الفقراء والمساكين وكلّ مصلحة يتقرّب بها إلى الله سبحانه وتعالى) [٢].

وإن تعلّق بعض وجوهه في الأغنياء أيضاً بعد أن يكون من الخير المأمور بفعله شرعاً، ولا يجب تحرّي الأكمل فالأكمل بعد إطلاق العنوان كما هو واضح. و[القول] [٣] [بـ]ـأنّ سبل البِرّ: الجهاد والحج والعمرة ومصالح المسلمين ومعونة الفقراء والضعفاء [لا كلام فيه] [٤].

(ولو وقف على بني تميم) ونحوهم ممّا هو غير محصور (صحّ) ولو بني آدم (ويصرف إلى من يوجد منهم) ولا يجب عليه تتبّع غيرهم، بل لا يجب استيعاب الموجودين على الأصح كما ستعرفه في المسألة العاشرة في اللواحق (وقيل) [٥]: (لايصحّ؛ لأنّهم مجهولون) فيتعذّر المصرف، (والأوّل هو المذهب) [٦].

وعلى كلّ حال ففي وجوب استيعاب من حضر على السوية أو التفاوت أو يكفي الصرف إلى أحدهم كالزكاة أو إلى الثلاثة التي هي أقلّ الجمع مع فرض كون العنوان جمعاً بحث يأتي تحقيقه [٧].

(ولو وقف على الذمي جاز) كما عرفت البحث فيه مفصّلاً؛ (لأنّ الوقف تمليك فهو كإباحة المنفعة) التي لا إشكال في جوازها له، ولكلّ من لم تنه عن موادّته من الفرق الباطلة.

---

[١] الذي هو ـ كما قيل[٢] ـ اسم جامع للخير كلّه.

[٢] بلا خلاف محقّق أجده.

[٣] [كـ]ـما عن الوسيلة والجامع من [أنّه ذلك][٣].

[٤] [كما] لا خلاف فيه؛ لما ذكرناه، مع أنّ العنوان فيه «سبيل البرّ» لا وجوهه وإن كانا هما بمعنى.

[٥] والقائل ابن حمزة[٤] منّا والشافعي[٥] من غيرنا.

[٦] بل حكى الإجماع عليه غير واحد صريحاً وظاهراً وإشعاراً.

مضافاً إلى إطلاق الأدلّة وخصوص خبر النوفلي: كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدّي على المحتاجين من ولد فلان ابن فلان وهم كثير متفرّقون في البلاد، فأجاب عليه السلام: «ذكرت الأرض التي وقفها جدّك على الفقراء من ولد فلان ابن فلان وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف وليس لك أن تتبّع من كان غائباً»[٦].

ويمكن حمل كلام المخالف على ما إذا علم إرادة الاستيعاب المفروض تعذّره فيه، لا ما إذا علم العدم أو أطلق، وحينئذٍ يكون خارجاً عمّا نحن فيه.

[٧] عند تعرّض المصنّف له في المسألة العاشرة، والله العالم.

---

(١) في الشرائع: «في».

(٢) مجمع البحرين ١: ١٣٨.

(٣) الوسيلة: ٣٧١. الجامع للشرائع: ٣٧٠، وفيه: «سبيل الله» بدل «سبل البرّ».

(٤) الوسيلة: ٣٧٠.

(٥) المغني والشرح الكبير ٦: ٢٣٤، ٢٣٨.

(٦) الوسائل ١٩: ١٩٣ ـ ١٩٤، ب٨ من الوقوف والصدقات، ح١.

(وقيل: لايصحّ؛ لأنّه يشترط فيه نيّة القربة) [١].

وقيل: لايصح (إلّا على أحد الابوين) [٢].

(وقيل: يصحّ على ذوي القرابة خاصّة، والأوّل أشبه) [٣].

(وكذا يصحّ على المرتدّ) [٤] وإن قال المصنّف هنا: (وفي) الوقف على (الحربي تردّد، أشبهه المنع) [٥].

٢٨/٤٩

---

[١] وهي مفقودة فيه وفي كلّ فرقة غير محقّة.

وفي أصل الاشتراط منع قدّمناه، وعلى تسليمه نمنع فقده بعد فرض مشروعيّته لشمول العمومات له، فإنّه نفسه حينئذٍ قربة.

[٢] المأمور بمعاشرتهما بالمعروف.

[٣] بأُصول المذهب وقواعده كما عرفت الكلام فيه مفصّلاً.

وكلام المصنّف صريح أو كالصريح هنا في عدم اشتراط نيّة القربة فيه، والله العالم.

[٤] كما في القواعد[١] والمسالك[٢]، لكن قيّداه[٣] بما إذا كان عن ملّة.

وزاد في الأخير الفطري إذا كان امرأة[٤]. ولم أجد شيئاً من ذلك لغيرهم بل الذي عثرت عليه من محكي التذكرة[٥] والإيضاح[٦] وجامع المقاصد[٧] على عدم الجواز في الملّي، فضلاً عن الفطري الذي قد صرّح بعدم جواز الوقف عليه الشهيدان[٨] أيضاً وغيرهم.

بل لم نعرف فيه خلافاً عدا ما يحكى عن التذكرة أنّه حكى فيه قولاً[٩].

ولم نعرفه، بل ولا وجهه، بناءً على عدم قبول توبته، وعدم قابليّته للتملّك، كما صرّح به في المسالك[١٠].

بل وعلى تقدير قبول توبته فلا أقلّ من أن يكون حينئذٍ مساوياً للملّي الذي قد عرفت التصريح أيضاً بعدم جواز الوقف عليه.

ولعلّ الوجه فيه ما سمعته في الحربي.

ضرورة عدم إقراره على دينه الذي يرجع إليه وقبول توبته لا يخرجه عن الحربي الذي نهينا عن موادّته وإن كان مقبول التوبة فيجري حينئذٍ ما يجري فيه، وقد عرفت عدم جواز الوقف عليه.

[٥] لكن قد عرفت الكلام فيه مفصّلاً، والله العالم.

---

(١) القواعد ٢: ٣٩٢.

(٢) المسالك ٥: ٣٥٠.

(٣) القواعد ٢: ٣٩٢. المسالك ٥: ٣٥٠.

(٤) المسالك ٥: ٣٥٠.

(٥) التذكرة ٢: ٤٢٩ (حجرية).

(٦) الايضاح ٢: ٣٨٨.

(٧) جامع المقاصد ٩: ٥١.

(٨) الدروس ٢: ٢٧٥. المسالك ٥: ٣٥٠.

(٩) التذكرة ٢: ٤٢٩ (حجرية).

(١٠) المسالك ٥: ٣٥٠.

(**ولو وقف ولم يذكر المصرف بطل الوقف**) [١]. [إلّا أنّ القول بانصراف الصدقة إلى أهل الصدقات كما في انصراف الوقف على مصحلة المسلمين لا يخلو من قوّة]. نعم لو فرض ملاحظة الواقف عدم موقوف عليه اتّجه البطلان فيه، بل وفي المصالح أيضاً ونحوها. وأمّا إذا كان يكفي في ملاحظة ما يرجع إليه فهو متحقّق في المقام، فتأمّل جيّداً. (**وكذا لو وقف على غير معيّن كأن يقول: على أحد هذين أو على أحد المشهدين أو الفريقين فالكلّ باطل**) [٢]. و[الظاهر] [٣] اختصاص البطلان بالمبهم الذي لا يتقوّم في فرد في الخارج. أمّا لو كان الموقوف عليه «أحدهما» الصادق في كلّ منهما فلا بأس به [٤].

---

[١] **على المشهور، بل لم أقف فيه على مخالف إلّا ابن الجنيد كما اعترف به في المسالك**[١]، بل قد سمعت فيما سبق[٢] اجماعي الغنية والسرائر على كونه معروفاً متميّزاً، بل لعلّ كون الموقوف عليه من أركان العقد من ضروريات الفقه. **بل لعلّ ابن الجنيد غير مخالف في ذلك، فإنّ المحكي عنه: «لو قال: صدقة لله ولم يذكر من يتصدّق بها عليه جاز ذلك وكانت في أهل الصدقات الذين سمّاهم الله تعالى»**[٣]. وهو ليس خلافاً في أصل اعتبار الموقوف عليه، بل هو دعوى انصراف ذلك إلى أهل الصدقات، وليس بأبعد من انصراف الوقف على مصلحة المسلمين باعتبار عودها إليهم. **ولعلّه لذا مال إليه في المختلف**[٤]، واقتصر في الدروس على نقل القولين[٥] مشعراً بالتردّد. بل ربّما يؤيّده معلومية صحّة الوصية بالثلث، وإن لم يعيّن مصرفه. ودعوى عدم جواز ذلك أو اختصاص الوصية به دون الوقف مع أنّ كلّاً منهما عقد، كما ترى. وكذا [يؤيّده] نذر الصدقة بالمال، وحينئذٍ فلا وجه لردّه بأنّ الوقف يقتضي التمليك المستلزم لذات تقوم به، كما في كلّ عرض بالنسبة إلى جوهر. بل لا يخلو قوله من قوّة.

[٢] **بلا خلاف أجده، بل في المحكي من إجماعي الغنية والسرائر اعتبار كونه معروفاً متميّزاً**[٦]، مضافاً إلى ما عرفت من اقتضاء الوقف التمليك الذي لابدّ له من مالك معيّن ولو في ضمن عامّ أو مطلق ولا يعقل تمليك ما ليس بمعيّن.

ولما في المسالك من أنّ «الوقف حكم شرعي فلابدّ له من محلّ معيّن يقوم به كما يفتقر مطلق العرض إلى المحلّ الجوهري، وأحد الأمرين كلّي لا وجود له خارجاً، وإن كان كلّ واحد منهما موجوداً خارجاً»[٧].

[٣] [إذ] مقتضاه [ذلك].

[٤] ولعلّه لقابليّته حينئذٍ التمليك كغيره من المفاهيم الكلّية المالكة والمملوكة، ولا دليل على اعتبار العلم في الموقوف عليه على وجه تقدح فيه مثل هذه الجهالة. **ولا ينافي ذلك ما في القواعد من الحكم بالبطلان في رجل غير معيّن أو امرأة كذلك**[٨] بناءً على إرادته المبهم الذي لا يتحقّق في فرد، ولا يعقل تمليكه بل ولا تملّكه، لا في المقام ولا في الوصية. كما لا ينافيه اعتبار المعرفة والتمييز في معقد الإجماعين؛ ضرورة الاكتفاء فيهما بالإطلاق والعموم. ولا يتوهّم انحلال ما ذكرناه إلى الوقف عليهما؛ ضرورة اقتضاء ذلك التنصيف بينهما، وجواز تناول كلّ منهما من حيث إنّه مصداق لأحدهما لا يقتضي الوقف عليهما من حيث الخصوصية كما هو واضح.

---

(١) (٧) المسالك ٥: ٣٥٠، ٣٥١.
(٢) تقدّم في ص ٣٩١.
(٣) نقله في المختلف ٦: ٣٢٣.
(٤) (٨) المختلف ٦: ٣٢٣. القواعد ٢: ٣٩١.
(٥) الدروس ٢: ٢٦٩.
(٦) الغنية: ٢٩٧، ٢٩٨. السرائر ٣: ١٥٦، ١٥٧.

(وإذا وقف على أولاده أو أُخوته أو ذوي قرابته اقتضى الإطلاق اشتراك الذكور والإناث والأقرب[١] والأبعد) بعد فرض التساوي في صدق القرابة عرفاً **(والتساوي في القسمة إلّا أن يشترط ترتيباً)** فيهم **(أو اختصاصاً)** لبعضهم على بعض **(أو تفضيلاً)** له على آخر بزيادة النصيب ولو للأنثى أو الأبعد [١].

نعم الظاهر خروج الإناث مع فرض كون الصيغة تخصّ الذكور إلّا مع القرينة [٢].

(ولو وقف على أخواله وأعمامه تساووا جميعاً) [٣].

(وإذا وقف على أقرب الناس إليه فـ) [المختار] [٤] **(هم الأبوان والولد وإن سفلوا، فلا يكون لأحد من ذوي القرابة شيء مالم يعدم المذكورون ثمّ الأجداد والإخوة وإن نزلوا ثمّ الأعمام والأخوال على ترتيب الإرث، لكن يتساوون في الاستحقاق إلّا أن يعيّن التفضيل)** [٥].

[هذا كلّه بناءً على تعليق قصد الواقف على مفهوم الأقرب بما ذكرناه في الميراث].

---

[١] **بلا خلاف معتدٍّ به أجده في شيء من ذلك، بل ولا إشكال**؛ ضرورة اقتضاء الإطلاق ذلك كاقتضاء قاعدة «المؤمنون» و«الوقوف» على ما اشترطه. **وما عن الإسكافي من أنّ للذكر مثل حظ الانثيين في الوقف على الأولاد والذرّية**[٢] في غير محلّه، إلّا أن يريد الوقف عليهم على حسب الإرث لا مع الإطلاق الظاهر في التساوي كما هو واضح.

[٢] **وما في المسالك وغيرها من أنّ الإناث يدخلن تبعاً في اللفظ المختصّ في مثل هذه الإطلاقات كما يدخلن في الأوامر الشرعية المختصّة بالذكور إجماعاً**[٣] كما ترى؛ ضرورة الفرق بينهما بمعلومية دليل الاشتراك فيها دون المقام إلّا مع فرض القرينة على إرادة الجميع كما هو واضح.

[٣] لاشتراكهم في أصل الوقف الظاهر في التسوية، **بلا خلاف أجده فيه وإن حكي عن ابن الجنيد**[٤]. لكن لم أتحققه، وإنّما المحكي عنه أنّه روى عن الباقر عليه السلام: وإذا أوصى بشيء معيّن لأعمامه وأخواله كان «لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث»[٥]. والرواية ليست فتوى، والوصية غير الوقف، وعلى تقديره فهو واضح الضعف.

[٤] **[كما] في القواعد**[٦] **وغيرها، بل المشهور [ذلك]**.

[٥] لتساويهم في سبب الاستحقاق. **لكن في محكي المبسوط: أنّ المتقرّب بالأبوين من الإخوة الأقرب مطلقاً**؛ لأنّ الانفراد بقرابة يجري مجرى التقدّم بدرجة[٧]. **وقوّاه في محكي المختلف**[٨]، **بل اختاره في محكي التحرير**[٩]، **بل زاد الأعمام والأخوال فجعل المتقرّب بالأبوين منهم مقدّماً على غيره وإن كان متقرّباً بالأُم الذي عن بعضم**[١٠] **استبعاد دخوله، وخروج المتقرّب بالأب**. لكن في الجميع أنّ مبنى كلام الأصحاب تعليق قصد الواقف على مفهوم الأقرب في الواقع الذي كشف عنه الشارع بما ذكرناه في الميراث الذي سببه آية: ﴿وَأُولُوا الأَرحَامِ﴾[١١]؛ لأنّ الناس لا يعلمون أيّهم أقرب إليهم.

---

(١) في الشرائع: «والأدنى».
(٢) نقله في المختلف ٦: ٣٠٨، ٣٢٤.
(٣) المسالك ٥: ٣٥١.
(٤) نقله عن ابن الجنيد في المسالك ٥: ٣٥٢.
(٥) نقله في المختلف ٦: ٣٨٤. الوسائل ١٩: ٣٩٣، ب٦٢ من الوصايا، ح١.
(٦)(٧) القواعد ٢: ٣٩٣. المبسوط ٣: ٢٩٧، وفيه: «أولى».
(٨)(٩) المختلف ٦: ٣٢٧. التحرير ٣: ٣٠٩ـ ٣١٠.
(١٠) كفاية الأحكام ٢: ١٧.
(١١) الأنفال: ٧٥.

نعم لو كان قصد الواقف على ما هو أقرب في ظاهر ما عندنا من العرف اختلف مع الميراث في كثير من الأفراد لا في خصوص ما ذكروه كما هو واضح.

[شرائط الوقف]:

(القسم الرابع: في شرائط الوقف)

(وهي أربعة: الدوام والتنجيز والإقباض وإخراجه عن نفسه) [١].

وحينئذٍ (فلو) وقفه و (قرنه بمدّة بطل) قطعاً مع فرض إرادته وقفاً، أمّا إذا لم يعلم فهل يكون التوقيت قرينة على إرادته حبساً كما صار التأبيد قرينة على إرادة الوقف لو كان اللفظ حبساً ولو لأصالة الصحّة؟ [٢] [التحقيق البطلان].

---

[١] **بلا خلاف أجده في الأوّل**، بمعنى عدم توقيته بمدّة كسنة ونحوها، **بل الإجماع محصّله ومحكيه ـ في الغنية وعن الخلاف والسرائر[١] ـ عليه.**

وبذلك يخص عموم: أوفوا بالعقود بناءً، على أنّه منها، بل وعمومات الوقف أيضاً إن لم نقل باعتبار ذلك في مفهومه كما هو ظاهر تعبيرهم عنه بالشرطية، و إلّا فلا شمول فيها له حينئذٍ.

[٢] **صرّح المصنّف والشهيدان في الدروس والمسالك والروضة بالأوّل منهما[٢]، وفي جامع المقاصد فيه قوة[٣].**

لكن قد يناقش بعدم صلاحية ذلك صارفاً عن المعنى الحقيقي ولو بملاحظة أصالة الصحّة التي لا مدخلية لها في الدلالة على المقصود الشامل للصحيح والفاسد بعد ظهور اللفظ في الحقيقة المقتضية للفساد.

نعم لو قيل بصيرورته حبساً وإن قصد معنى الوقف بدعوى أنّه قدر مشترك بينهما، كما عساه يظهر من بعضهم، وأنّ تشخيص كلّ منهما يحصل بذلك ونحوه كان متّجهاً.

إلّا أنّه كما ترى؛ ضرورة تباينهما مفهوماً حتى بالنسبة إلى تمليك العين وإن اشتركا في شيء في الجملة نحو اشتراك البيع والصلح مثلاً في نقل العين. على أنّك قد عرفت فيما مضى أنّ التمييز على هذا الفرض منحصر في القصد حينئذٍ، فمع فرض عدمه يبطلان معاً كما هو واضح.

ومن هنا قال في المسالك ـ تبعاً لجامع المقاصد[٤] بعد أن ذكر التعليل المزبور ـ: «إنّما يتم مع قصد الحبس، فلو قصد الوقف الحقيقي وجب القطع بالبطلان»[٥].

وإن ناقشه في الرياض: بأنّه كذلك بناءً على المختار ـ من اشتراط الدوام ـ، وأمّا على مختاره من التردّد في اشتراطه فلا وجه للقطع به، ولعلّ مراده على تقدير اشتراطه[٦].

---

(١) الغنية: ٢٩٨. الخلاف ٣: ٥٤٨. السرائر ٣: ١٥٦ ـ ١٥٧.

(٢) المختصر: ١٨٠. الدروس ٢: ٢٦٤. المسالك ٥: ٣٥٣. الروضة ٣: ١٦٩.

(٣)(٤) جامع المقاصد ٩: ١٦.

(٥) المسالك ٥: ٣٥٣.

(٦) الرياض ٩: ٢٨٨.

ولكن يدفعها : أنّ تردّده فيه بالنسبة إلى المسألة الآتية ، لا بالنسبة إلى التوقيت الذي لم نعرف قولاً بصحّته ، بل ولا احتمالاً . ومن ذلك يظهر لك أنّ ما أتعب به نفسه ـ حتى أنّه ذكر أدلّة المسألة الآتية وما فيها من الشهرة ، وغيرها في هذه المسألة ـ في غير محلّه واشتباه . وكأن الذي أوقعه في ذلك ما في الكفاية[1] من نسبة القول باعتبار الدوام إلى جماعة وفرّع عليه الاقتران بمدّة ، إلّا أنّه لم يذكر فيه أيضاً قولاً بالصحّة وقفاً بخلاف المسألة الآتية ، فإنّه هو قد اختار الصحّة وقفاً . كما أنّه غرّه في الاستدلال في المقام على الصحة حبساً بالصحيحين فقال : الأظهر الاستدلال عليه بصحيح ابن مهزيار قلت له : روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام : أنّ كلّ وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة ، وكلّ وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة وأنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام فكتب عليه السلام : « هو كذلك عندي »[2] .

وصحيح ابن الصفّار : كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصحّ كيف هو ؟ فقد روي أنّ الوقف إذا كان غير موقّت فهو باطل مردود على الورثة ، وإذا كان موقّتاً فهو صحيح ممضى وقال قوم : إنّ الموقّت هو الذي هو يذكر فيه أنّه وقف على فلان وعقبه ، فإذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله عزّ وجلّ الأرض ومن عليها . قال : وقال آخرون : هو موقّت إذا ذكر أنّه لفلان وعقبه ما بقوا ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، والذي هو غير موقّت أن يقول : هذا وقف ولم يذكر أحداً ، فما الذي يصحّ من ذلك وما الذي يبطل ؟ فوقّع عليه السلام : « الوقوف بحسب ما يوقفها إن شاء الله تعالى »[3] .

ثمّ قال : « وهما وإن دلّا ظاهراً على الصحّة وقفاً إلّا أنّ حملهما على الصحّة حبساً متعيّن جدّاً ، جمعاً بينهما وبين ما دلّ على كون التأبيد شرطاً ، ورجوع مثل هذا الوقف بعد موت الموقوف عليه إرثاً فإنّه من لوازم الحبس كما يأتي إن شاء الله تعالى »[4] .

وفيه : أنّه لا وجه لما ذكره في الصحيح الثاني المشتمل على تفسير « الموقّت » فيه بما سمعت ، بل هو شاهد على إرادته أيضاً من الصحيح الأوّل كما ذكره شيخ الطائفة[5] ، خصوصاً بملاحظة كونه المعروف فيما بينهم من السؤال والنزاع فيه ، لا المقرون بمدّة الذي لم يعرف قديماً وحديثاً قول بصحّته وقفاً ، ولا أقلّ من احتمال ذلك فيها على وجه يرتفع ظهورها فكيف يصحّ الاستدلال بها . ومنه يعلم **كون المراد من معاقد الإجماعات على اعتبار الدوام عدم التوقيت بمدّة كما هو صريح ابن زهرة[6] وغيره** ، وإلّا كان ما تسمعه منهم من الخلاف في صحّته وقفاً لو وقف على من ينقرض غالباً متدافع مع ذلك ؛ ضرورة منافاته للإجماع على اعتبار الدوام المنافي لذلك .

ودعوى كون النزاع في صحّته حبساً وعدمها لا وقفاً لا يخفى بطلانها على من له أدنى ممارسة ودرية . كدعوى الاستدلال بعموم الجواب في الثانية على المطلوب ؛ ضرورة كونه كما ستعرف دالّاً على الصحّة منقطعاً لا الحبس . وبذلك كلّه ظهر لك الخلط في كثير من كلمات المتأخّرين في تحرير موضوع المسألة الذي قد عرفت أنّه لا كلام في بطلانه وقفاً في الاقتران بمدّة .

وإنّما الكلام في صحّته حبساً ، بمعنى أنّ ذلك قرينة على قصده الحبس أو لا ، وقد سمعت الحال فيه .

---

(١) كفاية الأحكام ٢ : ١٠ .
(٢) الوسائل ١٩ : ١٩٢ ، ب ٧ من الوقوف والصدقات ، ح ١ .
(٣) المصدر السابق : ح ٢ .
(٤) الرياض ٩ : ٢٨٦ ـ ٢٨٧ .
(٥) التهذيب ٩ : ١٣٢ ، ذيل الحديث ٥٦١ .
(٦) الغنية : ٢٩٨ .

(**وكذا**) قد سمعت غير مرّة اعتبار التنجيز في كلّ سبب شرعي إلّا ما خرج وأنّه يبطل (**لو علّق**[١]) شيئاً منه (**بصفة متوقّعة**) الحصول فيما يأتي بل أو متيقّنة [١]، كما تسمع تمام الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(**وكذا**) ظهر لك الحال في الجملة (**لو جعله**) وقفاً (**لمن ينقرض غالباً، كأن يقفه على زيد ويقتصره أو يسوقه إلى بطون ينقرضون**[٢] **غالباً أو يطلقه في عقبه ولا يذكر ما يصنع به بعد الانقراض**) وأنّ هذه مسألة ثانية لا تتفرّع على اعتبار الدوام بالمعنى المزبور [أي عدم التوقيت بمدّة]. (و) تحقيق البحث فيها أنّه (**لو فعل ذلك قيل: يبطل الوقف**) [٢].

(**وقيل: يجب إجراؤه حتى ينقرض المسمّون**) بمعنى أنّه يصحّ وقفاً [٣].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال [فيه].**

[٢] **كما عن المبسوط**[٣] **إرساله أيضاً**، ولكن لم أتحقق قائله.

نعم في القواعد ومحكي الوسيلة وجامع الشرائع والإرشاد والمختلف والتنقيح والمقتصر وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا الروض التصريح بكونه حبساً[٤].

وهو يوهم في بادئ النظر ذلك، لكن من المحتمل إرادتهم الحبس حكماً، كما يقضي بذلك بعض كلماتهم.

بل هو صريح المختلف والمسالك[٥]، **وفي جامع المقاصد بعد أن حكى عن التذكرة عدم نقل العين منه إلى الموقوف عليه، معلّلاً له بأنّ ذلك في المؤبّد منه، قال: «فعلى هذا بعض أقسام الوقف كان حبساً، وحينئذٍ فالنزاع يرجع إلى التسمية فقط»**[٦] **انتهى.**

[٣] **كما هو صريح جماعة، بل في جامع المقاصد نسبته إلى الشيخين والمختلف والتذكرة وأكثر الأصحاب**[٧]، بل قد عرفت احتمال كونه مذهب الجميع بناءً على إرادة المساواة في الحكم من التصريح بكونه حبساً. وبذلك يظهر لك وجه نقل الأصحاب في المسألة:

ففي المختلف[٨] **ومحكي الإيضاح**[٩] **نسبة صحّته وقفاً إلى الشيخين وابن الجنيد وسلّار وابن البرّاج وابن إدريس. وقال ابن حمزة: يكون حبساً بلفظ الوقف.**

---

(١) في الشرائع: «لو علّقه».
(٢) في الشرائع: «تنقرض».
(٣) المبسوط ٣: ٢٩٢.
(٤) القواعد ٢: ٢٨٨. الوسيلة: ٣٧٠. الجامع للشرائع: ٣٧٠. الإرشاد ١: ٤٥٢. المختلف ٦: ٣٠٣. التنقيح ٢: ٣٠٣، ٣٠٥. المقتصر: ٢٠٩. نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٩: ١٧. جامع المقاصد ٩: ١٨ ـ ١٩. المسالك ٥: ٣٥٥. الروضة ٣: ١٦٩. نقله عن الروض في مفتاح الكرامة ٩: ١٧.
(٥) المختلف ٦: ٣٠٥. المسالك ٥: ٣٥٥.
(٦) جامع المقاصد ٩: ١٩، ٢٠.
(٧) جامع المقاصد ٩: ١٧.
(٨) المختلف ٦: ٣٠٤.
(٩) الايضاح ٢: ٣٧٩.

. . . . . .

وعن المهذّب البارع[١] مثل ذلك وفي التنقيح نسبته إلى النافع والشيخ وابني حمزة وإدريس والعلّامة[٢].

وفي محكي المقتصر: أنّه يكون سكنى أو عمرى أو حبساً بلفظ الوقف ونسبه إلى الشيخين وتلميذهما وأبي علي وابن ادريس والمحقق في النافع[٣].

وقد سمعت[٤] ما في جامع المقاصد ولا تلتئم كلماتهم إلّا على ما ذكرنا مؤيّداً بأنّ المفهوم من أدلّتهم وعنوانهم وغير ذلك كون البحث في صحّة الوقف المنقطع آخره وبطلانه، ومن المعلوم أنّ المراد مع قصد الوقفية، وهذا لا يمكن القول بصحّته حبساً؛ ضرورة كون الحبس عقداً آخر يحتاج إلى قصد مستقلّ وهو مباين لقصد الوقف المقتضي لنقل العين للموقوف عليه وخروجها عن الواقف، بخلاف الحبس، فلا يتصوّر حينئذٍ القول به في مفروض المسألة إلّا على إرادة المساواة له في الحكم كما هو واضح بأدنى تأمّل.

نعم القول بالحبس في مسألة أُخرى وهي أنّه بعد البناء على بطلان الوقف المنقطع لو عبّر بلفظ «وقفت» وجعل متعلّقها منقرضاً فهل يكون ذلك قرينة على قصد الحبس دون الوقف نحو ما سمعته في الاقتران بمدّة، وهذه مسألة لفظية لها طريق آخر من الاستدلال لا نحو هذا المذكور في كلماتهم، وقد عرفت تحقيق الحال في نظيرها، وهي الاقتران بمدّة.

ومن ذلك يظهر لك **ما في جامع المقاصد والمسالك[٥] من ذكر أقوال ثلاثة: أحدها: الحبس في مفروض مسألة المتن وغيره من كتب الأصحاب التي هي صحّة الوقف المنقطع وعدمها.**

وأعجب من ذلك ما أطنب في الرياض من أنّ المسألة ذات قولين أحدهما: البطلان مطلقاً والآخر: الصحة، والمراد الصحّة حبساً لا وقفاً. واستشهد على ذلك بتصريح جماعة ممّن قال بالصحة بانتقال العين الموقوفة بعد الانقراض إلى الواقف وورثته وهذا من لوازم الحبس[٦]، فتكون كلمة القائلين بالصحة متفقة على إرادة الصحّة حبساً لا وقفاً. وهو من غرائب الكلام، وما كنّا لنؤثر وقوع ذلك منه خصوصاً بعد قول جماعة منهم بالانتقال إلى ورثة الموقوف عليه. **وقول آخر: إنّه يصرف في وجوه البرّ، وتصريح غير واحد بأنّ الأكثر على صحّته وقفاً[٧]**، بل التتبّع يشهد به.

بل قد عرفت عدم إمكان تصوّر القول بصحة ذلك حبساً. وما ذكره من اللازم المزبور كاد يكون صريحاً بخلافه؛ ضرورة ظهور كلام بعض وصريح آخر بعود ذلك إلى الواقف بعد الانتقال إلى الموقوف عليه، وهذا لا يكون في الحبس الذي لم تنقل فيه العين عن المالك، والمصرّح ببقاء العين هنا ـ مع ندرته ـ مدّع أنّ هذا الوقف له حكم الحبس، وإنّما الذي يخالفه الوقف المؤبّد دونه.

وبالجملة لا ينبغي التأمّل في ضبط تحرير المسألة منه ومن غيره، والتحقيق ما عرفت.

---

(١) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ١٨. انظر المهذب البارع ٣: ٥٠، ٥٣.

(٢) التنقيح ٢: ٣٠٣.

(٣) المقتصر: ٢٠٩.

(٤) تقدم في ص٤١٦.

(٥) جامع المقاصد ٩: ١٦. المسالك ٥: ٣٥٤.

(٦) الرياض ٩: ٢٨٩ ـ ٢٩٠.

(٧) انظر الأقوال في مفتاح الكرامة ٩: ١٧ ـ ١٨.

كما أنّ التحقيق فيها القول بالصحة (و) أنّه (**هو الأشبه**) [١]. وحينئذٍ فلا بأس في مفروضنا من دعوى كون العين المملوكة للموقوف عليه المفروض انقراضه ما دام موجوداً مثلاً، وبعده تعود إلى الواقف [٢]، فلا يحتاج

---

[١] بأصول المذهب وقواعده لا لكثير ممّا ذكروه ممّا هو محلّ للنظر، بل لأصالة عدم الاشتراط المستفادة من عموم أدلّة العقود وخصوص أدلّة الوقف، سيّما نحو قولهم عليهم السلام : « الوقوف على حسب ما يوقفها »[١].

وخصوصاً الصحيحان المزبوران[٢] الظاهران أو الصريحان بعد تفسير أحدهما بما في الآخر في أنّ الوقف الموقّت المحكوم بصحّته فيهما الأعمّ من القسمين،

بل هما ظاهران أو صريحان ـ لمن وهبه الله تعالى قريحة نقّادة ـ في أنّ كلّ وقف موقّت صحيح، وكلّ وقف غير موقّت باطل مردود على الورثة، ففي مثل المفروض هو موقّت ما دام الموقوف عليه موجوداً، وغير موقّت إذا انقرضوا فيثبت له حكم كلّ منهما من الصحّة والفساد؛ ضرورة أنّ قوله عليه السلام في الصحيح الأوّل : « هو كذلك عندي » تقرير للكلّيتين المفسّرتين بالصحيح الآخر الذي هو كالصريح في صحّة الوقف بالتفسير الثاني منهما وهو مفروض مسألتنا، فالجمع بينهما حينئذٍ نتيجة ما ذكرناه.

بل من قوله : « على حسب ... إلى آخره »، يستفاد أيضاً اعتبار الموقوف عليه في الصحّة، وإلّا لم يدخل تحت المصداق الظاهر للفظ « حسب » هنا.

كما أنّ منه يستفاد تأثير عقد الوقف بالنسبة إلى نقله العين والمنفعة على حسب ما تضمّنه العقد وما زاد عليه ممّا لم يكن فيه موقوف عليه هو من غير الموقّت الذي حكم ببطلانه ورجوعه إلى الوارث.

بل لا يخفى ظهور قوله عليه السلام في الصحيح الأوّل : « باطل مردود على الورثة » في نحو المفروض؛ لظهور لفظ « الردّ » في ذلك، وكذا « الورثة »؛ إذ لو كان المراد خصوص الباطل من أوّل الأمر لكان الردّ فيه على الواقف الذي لم ينتقل عنه حتى يرد عليه، فتأمّل جيّداً.

ودعوى أنّ ملك العين لا يكون إلى أمد ـ وأنّها متى خرجت عن ملك المالك يحتاج عودها إلى سبب جديد ـ واضحة الفساد، لا لما في المسالك[٣] من النقض بالحبس وأخويه؛ ضرورة اقتضائها نقل المنافع لا العين التي لا إشكال في بقائها على ملك المالك في الثلاثة.

بل لأنّها كالاجتهاد في مقابلة النصّ والفتوى في الوقف الذي قد شرّع نقله على هذ الوجه، ولذا يتغيّر بتغيير الأوصاف التي منها الحياة والموت والفقر والغنى والعلم والجهل وغير ذلك وفي الجميع يتلقّى الثاني الملك عيناً ومنفعة من الواقف لا من زائل الوصف.

[٢] لأنّ عقد الوقف بعد فرض مشروعيته على هذا الوجه إنّما اقتضى نقلها عن المالك ما دام الموقوف عليه غير منقرض ومتى صار غير موقّت صار باطلاً مردوداً على الواقف أو ورثته كما هو صريح الصحيح الأوّل.

---

(١) الوسائل ١٩: ١٧٥، ١٧٦، ب ٢ من الوقوف والصدقات، ح ١، ٢.

(٢) الوسائل ١٩: ١٩٢، ب ٧ من الوقوف والصدقات، ح ١، ٢.

(٣) المسالك ٥: ٣٥٥.

حينئذٍ إلى سبب جديد [١].

[ولا ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه].

نعم قد يتوقّف في انتقاله ـ مع فقد الواقف ـ إلى ورثته حين انقراض الموقوف عليه [٢] أو إلى الوارث الأوّل [٣].

---

[١] لأنّ الناقل عن مقتضى الملك إنّما نقل هذا المقدار ، وليس هذا من التوقيت في الملك أو في الوقف الذي قد حكينا الإجماع على عدم جوازه ؛ ضرورة كون ذلك الذي قد أُخذت فيه المدّة غاية ، لا ما إذا جاءت تبعاً لانقراض الموقوف عليه ، فالعود إلى المالك بانتهاء سبب النقل كالعود بسبب الفسخ بالإقالة والخيار اللذين ليسا سبب ملك جديد للمال ، الذي خرج عن ملك المالك ، وإنّما هما سبب فسخ للسبب الذي اقتضى النقل ، فعاد مقتضى السبب الأوّل على حاله .

بل لعلّ ذلك هو الأصل في بطلان كلّ سبب طارٍ على السبب الأوّل الذي منه ما نحن فيه كما هو واضح .

ومن ذلك كلّه ظهر لك أنّه لا وجه للقول بانتقاله إلى ورثة الموقوف عليه ، **كما في المقنعة ومحكي السرائر**[١] ، **بل ربّما حكي عن سلّار**[٢] **أيضاً .**

بل مال إليه أو قال به الفاضل في محكي التحرير باعتبار كونه ملكاً لمورّثهم[٣] ؛ إذ المورّث إنّما ملكه على الوجه المزبور ، فلا يدخل في تركته حتى تشمله أدلّة الإرث .

وكذلك القول بصرفه في وجوه البرّ الذي جعله في الغنية أحوط[٤] ، **ونفى عنه البأس في المختلف**[٥] ؛ إذ هو إمّا مبني على بقائه وقفاً وترك ذكر المصرف فيه فيصرف فيها ، أو على أنّه مال جهل مالكه ولو من حيث الأدلّة الشرعية بمعنى عدم دليل بالخصوص يشخّص مالكه .

وكلاهما كما ترى ؛ ضرورة عدم صحّة بقائه وقفاً بعد فرض أنّ الواقف لم يقصد بوقفه إلّا على خصوص المفروض انقراضهم ، وقد عرفت أنّه عليه السلام قال : « الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها »[٦] فبقاؤه وقفاً حينئذٍ وصرفه في ذلك منافٍ للعنوان المزبور قطعاً .

وأمّا دعوى كونه مجهول المالك شرعاً فيدفعها ما عرفت من أنّ عقد الوقف لم يقتض إلّا الإخراج عن الملك بالقدر المزبور ، وما عرفت من التصريح برجوع الوقف إلى الورثة ، وأنّه المراد بعدم التوقيت الذي منه ما نحن فيه بعد الانقراض .

[٢] باعتبار صيرورته بحكم ماله في ذلك الوقت فلا مدخلية للوارث السابق الذي كان وارثاً للمال الذي هو للميت حال موته .

[٣] باعتبار تأهّل الميت لصيرورته ملكاً له بانقراض الموقوف عليه ؛ لأنّ الملك إنّما خرج عنه متزلزلاً ، وهذا التأهّل ينتقل إلى وارثه ؛ لأنّ كلّ ما هو له يكون لوارثه فهو حينئذٍ كفسخ المشتري بخياره بعد موت الميت بمدّة ، فإنّه يكون المبيع للوارث الأوّل ولو لأنّ انتقال المبيع عنه كان متزلزلاً بفسخ المشتري ؛ إذ هو هنا كذلك قد انتقل المال عنه متزلزلاً .

---

(١) المقنعة : ٦٥٥ . السرائر ٣ : ١٦٥ .

(٢) حكاه في كشف الرموز ٢ : ٤٥ . انظر المراسم : ١٩٨ .

(٣) حكاه في مفتاح الكرامة ٩ : ١٧ ـ ١٨ . انظر التحرير ٣ : ٢٩٢ .

(٤) الغنية : ٢٩٩ .

(٥) المختلف ٦ : ٣٠٥ ـ ٣٠٦ .

(٦) الوسائل ١٩ : ١٧٥ ، ١٧٦ ، ب ٢ من الوقوف والصدقات ، ح ١ ، ٢ .

ولعلّ الثاني منهما لا يخلو من قوّة [١].

(فإذا انقرضوا رجع إلى ورثة الواقف ، وقيل : إلى ورثة الموقوف عليهم) . وقيل : يصرف في وجوه البرّ[١] **(و)** أنّ **(الأوّل أظهر)** [٢].

هذا كلّه فيما لو حصل الانقراض في الموقوف عليه ، أمّا مع فرض دوام له وإن كان محتملاً من أوّل الأمر فلا وجه لاحتمال البطلان حينئذٍ ، فلو قال : وقفت على أولادي ونسلهم ، فإن مات الأولاد ولا نسل فعلى إخوتي ، فإذا انقرض النسل فعلى الفقراء ، واتفق حصول النسل وانقراضهم صحّ الوقف بلا إشكال [٣].

---

[١] وإن أمكن الفرق بين المشبّه والمشبّه به بوجود الثمن في البيع الذي ملكه البائع متزلزلاً ، والفسخ يقتضي ردّ العوض بخلاف المقام . إلّا أنّه فرق لا ينافي ما ذكرناه من القوّة التي مبناها تناول أدلّة الإرث لمثل ذلك . وبذلك كلّه ظهر لك وجه القول بالرجوع إلى ورثة الواقف على فرض الصحّة وقفاً . وأمّا دعوى أنّ الفرض وإن كان وقفاً إلّا أنّه لا يفيد إلّا مفاد الحبس حتى ذكر بعضهم : ندور الثمرة في الفرق بينهما ، وإنّما هي في النذر والوصية والنية المصححة لمثل هذا الوقف إن كان متعلّقها الحبس والمفسدة له إن كان الوقف[٢] ، ونحو ذلك فلا يفيد حينئذٍ نقل العين إلى الموقوف عليه ، وإن أفاده في المؤبّد .

فيدفعها : ظهور أدلّة الوقف في اتحاد مقتضاه في جميع أفراده ، وإلّا لاقتضى التوقّف حينئذٍ في الحكم بملك العين وعدمه في نحو الفرض المحتمل لانقراض الموقوف عليه وعدمه ، وهو معلوم البطلان كما هو واضح . ومن الغريب دعوى هؤلاء كون الفرض من الحبس ، وقولهم بندور الثمرة بينه وبين الحبس ؛ ضرورة عدم معقولية ذلك إلّا على جعله وقفاً ، كي يتّجه ظهورها بمثل النذر واليمين ، وكلّ ذلك ناش من عدم تحرّيهم المسألة على وجهها . ولا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه ما في كثير من الكلمات في المقام ـ فضلاً عمّا فيها من التشويش ، والله الهادي والحافظ من زلل الأقدام والأقلام ولا [يخفى عليك] ما في دليل القول بالبطلان الذي أرسله الشيخ[٣] المبني على دعوى اعتبار الدوام في الوقف على وجه يشمل الفرض وهي مصادرة محضة ، كدعوى رجوع ذلك إلى التوقيت الذي قد عرفت بطلانه ؛ للفرق الواضح بينهما ـ وعلى أنّه يكون وقفاً على مجهول ، وهو باطل .

وفيه : أنّ المجهول إن أُريد به بالابتداء فظاهر فساده وإن أُريد به بعد الانقراض فليس هناك موقوف عليه أصلاً ، فلا يحكم عليه بالجهالة ؛ إذ بعد انقراضه يبطل الوقف ويصير موروثاً كما عرفت .

وكذا ظهر لك الحال فيما ذكره المصنّف وغيره بقوله [ذلك] .

[٢] وأشهر ، بل المشهور ، والله العالم .

[٣] لعموم « الوقوف »[٤] وغيره . **لكن في الدروس : « ربّما احتمل البطلان على تقدير انقراض النسل ؛ لأنّه لم يعلم تأبيده حال العقد »**[٥] . وهو كما ترى ؛ لأنّ المصحّح صرفه إلى جهة مؤبّدة وإن لم تكن معلومة الوقوع ، ومن ثمّ لو بقي النسل أبداً صحّ الوقف .

---

(١) الغنية : ٢٩٩ وتقدّم القول برجوعه إلى ورثة الموقوف عليهم في الصفحة المتقدّمة .

(٢) ذكره في الرياض ٩ : ٢٨٩ .

(٣) المبسوط ٣ : ٢٩٢ .

(٤) الوسائل ١٩ : ١٧٥ ، ١٧٦ ، ب ٢ من الوقوف والصدقات ، ح ١ ، ٢ .

(٥) الدروس ٢ : ٢٦٥ .

كما أنّ ما ذكرناه من الصحّة إنّما هو في منقطع الآخر، بخلاف منقطع الأوّل الذي قد عرفت سابقاً بطلانه[١].

وأمّا منقطع الوسط فالظاهر الصحّة إليه ثمّ البطلان بعده، فلو وقف مثلاً على زيد ثمّ على عبده ثمّ على المساكين صحّ على زيد، وبطل في العبد والمساكين [٢]. نعم قد يحتمل البطلان على زيد أيضاً باعتبار عدم حصول سلسلة الترتيب، فلم يكن الوقف حينئذٍ على حسب ما وقفه أهله. ومنه يظهر الفرق حينئذٍ في منقطع الآخر بين أن يكون لعدم ذكر موقوف عليه، وبين من كان لترتيب من لا يصحّ الوقف عليه [٣] [إذا كان مع القرينة على ملاحظة الترتيب، وحينئذٍ يتّجه البطلان بفساد شيء من السلسلة].

ولو وقف على إبنيه ثمّ على الفقراء فمات أحدهما فـ[ـقد قيل:] [٤] [يصرف نصيبه إلى أخيه أو ينقطع الوقف بالنسبة إليه. ولكنه غير صحيح]، فيتعيّن انقطاع الوقف حينئذٍ بالنسبة إليه وتختصّ صحّته في النصيب الآخر خاصّة [٥].

ولو وقفه على ولده سنةً ثمّ على الفقراء أو مدّة حياة الواقف على ولده ثمّ الفقراء [٦] [المختار أنّه لايصح].

---

[١] **خلافاً للشيخ**[١].

[٢] **لكن في الدروس احتمال صحّته في الطرفين وبطلانه في الوسط وصرف غلّته فيه إلى الواقف أو وارثه**[٢]. وكأنّه مبني على مختار الشيخ[٣] من إجراء حكم تبعّض الصفقة فيه الذي قد عرفت بطلانه فيما تقدّم. واحتمال الاستدلال له بالكلّيتين في الصحيح السابق[٤] يدفعه: معلومية تقييد ذلك بما إذا لم يحصل للوقف مبطل آخر من تعليق ونحوه، فتأمّل.

[٣] لكن فيه: أنّ الظاهر من ذلك عدم ملاحظة الواقف الترتيب بالنسبة إلى ذلك، وإنّما الظاهر ملاحظته بالنسبة إلى اعتبار المتقدّم في المتأخّر لا العكس، إلّا مع القرينة المقتضية لملاحظة الترتيب في كلّ منهما، وحينئذٍ يتّجه البطلان بفساد شيء من السلسلة، فتأمّل.

[٤] **[قال] في الدروس: « الأقرب صرف نصيبه إلى أخيه؛ لأنّ شرط الصرف إلى الفقراء انقراضهما ولم يحصل، ويمكن جعله منقطع الوسط فيكون نصيب الميت لأقرباء الواقف، ويمكن جعله للفقراء عملاً بالتوزيع »**[٥].

وفيه: أنّ صرف نصيبه إلى أخيه مع عدم كون ذلك من الواقف لا وجه له.

[٥] ومنه يعلم الحال فيما احتمله فيها أيضاً فيما لو حبسه على ابنيه ثمّ مات أحدهما احتمل صرف نصيبه إلى الحابس أو وارثه، ويحتمل صرفه إلى الآخر؛ لأنّه مصرف الحبس في الجملة[٦].

[٦] **ففي الدروس: « صحّ ونقل فيه الفاضل الإجماع؛ لأنّه وقف مؤبّد في طرفيه ووسطه »**[٧].

قلت: لكن فيه أنّه منافٍ لاشتراط الدوام بالمعنى الذي ذكرناه سابقاً.

اللهمّ إلّا أن يحمل ذلك على إرادة تقييد أصل الوقف بمدّة، لا تقييده بالنسبة إلى خصوص موقوف عليه، فتأمّل جيّداً.

---

(١) (٣) المبسوط ٣: ٢٩٣ ـ ٢٩٤.
(٢) الدروس ٢: ٢٦٥.
(٤) الوسائل ١٩: ١٩٢، ب٧ من الوقوف والصدقات، ح١.
(٥) الدروس ٢: ٢٦٥ ـ ٢٦٦.
(٦) (٧) الدروس ٢: ٢٦٦.

[إلّا أن يريد تقييد أصل الوقف بمدّة، لا تقييده بالنسبة إلى خصوص موقوف عليه].

ولو وقف على أولاده وشرط أن يكون غلّته العام الأوّل لزيد والثاني لعمرو وهكذا وبعدهم على الفقراء ففي العام الأوّل لعلمائهم وفي الثاني لزهّادهم وفي الثالث لشيوخهم اتبع شرطه [١]، إذا كان الشرط للموقوف عليهم. أمّا إذا كان لأجنبي فالظاهر الصحّة ما لم يستغرق [٢].

ولو وقف على ولده فإذا انقرضوا وانقرض أولادهم فعلى المساكين [٣].

[فقد قيل بدخول أولادهم مع قرينة الحال].

قلت: لا إشكال [في دخولهم فيه] مع ذلك.

إنّما الكلام مع فرض تصريح الواقف بذلك [= بعدم الدخول كما في الفرض]. ولا ريب في كونه حينئذٍ مع انقراض الأولاد دون أولادهم منقطع الآخر، وحينئذٍ يتّجه بطلانه؛ لخلوّه عن موقوف عليه في بعض الزمان [٤].

---

[١] **كما في الدروس**[1]؛ لعموم «المؤمنون» و«الوقوف».

[٢] وكون الولد موقوفاً عليهم لا ينافي ذلك وإن استحقّوا هم المنفعة لولا الشرط المزبور.

وربّما يستأنس له في الجملة بخبر جعفر بن حيّان: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلّة له على قرابة له من أبيه وقرابة من أمّه وأوصى لرجل وعقبه من تلك الغلّة ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمئة درهم كلّ سنة ويقسّم الباقي على قرابته من أبيه وأمّه؟ قال: «جائز للذي أوصى له بذلك».....

قلت: أرأيت إن مات الذي أوصى له؟

قال: «إن مات كانت الثلاثمئة درهم لورثته يتوارثونها ما بقي واحد منهم، فإذا انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد كانت الثلاثمئة درهم لقرابة الميت تردّ إلى ما يخرج من الوقف»[2].

بحمل الوصية فيه على تمليك ذلك بالشرط.

[٣] **ففي الدروس: «الأقرب عدم دخول أولادهم في الوقف، والنماء لأقرباء الواقف حتى ينقرضوا. وقال الشيخ: بدخولهم، إمّا لشمول لفظ «الولد» للنافلة ـ كقول المفيد وجماعة ـ وإمّا لقرينة الحال وهو قوي»**[3].

[٤] **وفي القواعد بعد أن حكى قول الشيخ رحمه الله قال: «وليس بمعتمد بل يكون منقطع الوسط، فإذا انقرض أولاد أولاده عاد إلى الفقراء، والنماء قبل انقراض أولاد الأولاد لورثة الواقف على إشكال»**[4].

وهو مبني على اختصاص البطلان في منقطع الوسط فيه خاصة، إلّا أنّ ذلك يقتضي عدم الإشكال حينئذٍ في كونه لورثته.

---

(١) الدروس ٢: ٢٦٦.

(٢) الوسائل ١٩: ١٩٠، ب٦ من الوقوف والصدقات، ح٨.

(٣) الدروس ٢: ٢٦٦.

(٤) القواعد ٢: ٤٠١.

(**ولو قال: وقفت إذا جاء رأس الشهر أو إن قدم زيد لم يصح**) [١]. [أمّا التعليق على الحال فالمتجه كقوله وقفت إن كان اليوم الجمعة للعالم بذلك]. [وقد تقدّم الكلام مشبعاً في أنّ القبض بإذن الواقف شرط فيه].

(**و**) لكن قد عرفت البحث في أنّ (**القبض شرط في صحّته**) على وجه لا يترتّب عليه الأثر قبله، أو أنّه شرط كاشف أو أنّه شرط للزومه، (**فلو وقف ولم يقبض ثمّ مات**) بطل و(**كان ميراثاً**) على الأوّل، بل والثاني. وكذا يبطل لو جُنّ أو أُغمي عليه كما هو الشأن في جميع شرائط الصحّة إذا حصل المانع منها في أثنائها قبل تمام السبب الذي ظاهر ما دلّ على سببيّته أو المتيقّن منه اعتبار دوام التأهّل إلى تمام السبب من غير فرق بين الموجب والقابل والعين التي هي متعلّق العقد [٢]. نعم لو قلنا بكونه شرط اللزوم انفسخ بموت الواقف [٣].

بخلاف الجنون والإغماء، بل قد يتوقّف في الانفساخ بموت البطن الأوّل من الموقوف عليه قبله بناءً على أنّه

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال بل الإجماع بقسميه عليه**؛ لما ذكرناه غير مرّة من منافاة التعليق على متيقّن الحصول أو متوقّعه لظاهر ما دلّ على تسبيب الأسباب المقتضي لترتّب آثارها حال وقوعها. فما في المسالك من عدم الدليل على ذلك[١] في غير محلّه. ومن هنا كان المتّجه الصحّة في التعليق الذي لا يقتضي ذلك كقوله: وقفت إن كان اليوم الجمعة للعالم بذلك. **وإن أبطله بعضهم أيضاً**[٢] بدعوى مانعية صورة التعليق. لكن الإشكال في إثباتها هذا.

وفي المسالك: «أنّه يتوجّه على قول الشيخ بجواز الوقف المنقطع الابتداء إذا كان الموقوف عليه أوّلاً ممّن يمكن انقراضه أو يعلم كنفسه وعبده بمعنى صحّته بعد انقراض من بطل في حقّه جواز المعلّق على بعض الوجوه»[٣].

قلت: قد عرفت تحقيق كلامه وضعفه وإمكان خروجه عن التعليق في بعض وجوهه المحكية عنه، والأمر سهل. وكذا تقدّم الكلام مشبعاً في أنّ القبض بإذن الواقف شرط فيه؛ للنصوص التي ستسمع بعضها، مضافاً إلى الإجماع بقسميه عليه في الجملة. وصحيح صفوان عن أبي الحسن سألته عن الرجل يوقف الضيعة ثمّ يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً فقال: «إن كان وقفها لولده ولغيرهم ثمّ جعل لها قيّماً 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 [و] لم يسلّمها إليهم ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها لأنّهم لا يحوزونها عنه، وقد بلغوا»[٤]. وخبر العمري عن صاحب الزمان عليه السلام: «وأمّا ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا ثمّ يحتاج إليه صاحبه [فكلّ] ما لم يسلّم فصاحبه بالخيار وكلّ ما سلّم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج إليه أو لم يحتج افتقر إليه أو استغنى عنه»[٥] الحديث.

[٢] ومن هنا لم يظهر خلاف بين الأصحاب في سائر المقامات في بطلان السبب بعروض المانع في أثنائه وإن زال بعد ذلك.

[٣] للصحيح الآتي[٦] بناءً على إرادة الوقف فيه من الصدقة. وإن ناقش فيه في المسالك[٧]، إلّا أنّ المشهور الاستدلال به.

---

(١) المسالك ٥: ٣٥٧.
(٢) انظر الحدائق ٢٢: ١٤٣.
(٣) المسالك ٥: ٣٥٧ ـ ٣٥٨.
(٤) الوسائل ١٩: ١٨٠، ب ٤ من الوقوف والصدقات، ح ٤.
(٥) المصدر السابق: ١٨٢، ح ٨، وفيه: «العمروي» بدل «العمري».
(٦) يأتي في ص ٤٢٤.
(٧) المسالك ٥: ٣٥٩.

شرط اللزوم [١]. بل ربّما احتمل عدم البطلان بموتهم على تقدير كونه شرطاً للصحّة أيضاً [٢].

ثمّ إنّ الظاهر عدم اعتبار الفورية فيه [٣].

(ولو وقف) ما في يده **(على أولاده الأصاغر)** الذين هو ولي عنهم **(كان قبضه قبضاً عنهم وكذا الجدّ للأب)** [٤].

---

[١] ودعوى أنّ ذلك شأن العقد الجائز، يدفعها: عدم الدليل على ذلك لو كان من المملّكات كالهبة، والجواز في نفسه أعمّ من ذلك.

[٢] لإمكان قيام البطن الثاني مقامه في القبض، وإن بطل بموت الواقف للفرق بينهما بالانتقال إلى الوارث المقتضي للبطلان بخلاف الفرض. **ولعلّه لذا توقّف في صحّته إذا قبض البطن الثاني في محكي التحرير**[١]. لكن قد يناقش ـ بأنّ المراد القبض ممّن كان قبول العقد له، بل لعلّه ظاهر صحيح صفوان وغيره ممّا دلّ على اعتبار القبض ـ بما في الرياض من أنّ قبض البطن الثاني إنّما يؤثّر الصحّة بالنسبة إليه دون من مات ولم يقبض، فوجوده حينئذٍ كعدمه، ويكون وقفاً على معدوم غير تابع لموجود. على أنّ معنى صحّة الوقف صحّة ما جرت عليه صيغة العقد، وهو ليس إلّا الوقف عليهما دون الثاني فقط، فصحّته بالنسبة إليه خاصة دون الأوّل غير ما جرى عليه العقد[٢]. وفيه: أنّه لا حاصل له بعد فرض جريان العقد على وجه صحيح، والبطلان وعدمه إنّما عرض بحصول شرط الصحّة شرعاً وعدمه، فهو كالوقف على شخصين قبض أحدهما دون الآخر، فتأمّل جيّداً.

[٣] لظهور ما دلّ على اعتباره من خبري عبيد[٣] ومحمد[٤] في ذلك، مؤيّداً بعدم الخلاف فيه فيما أجد. وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد[٥] ممّا ذكرناه، ومن أنّه باعتبار توقّف الصحّة عليه كان كالقبول من العقد، إلّا أنّه كما ترى.

[٤] **بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به بعضهم**[٦]؛ لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال: في الرجل يتصدّق على ولده وقد أدركوا: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذي يلي أمره»[٧]. وخبر عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: أنّه قال في رجل تصدّق على ولد له قد أدركوا قال: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ الوالد هو الذي يلي أمره» وقال: «لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله»[٨]. وخبر علي بن جعفر المروي عن قرب الإسناد عن كتابه «إذا كان أب تصدّق [بها] على ولد صغير فإنّها جائزة؛ لأنّه يقبض لولده إذا كان صغيراً»[٩]. إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على ذلك. **بل في المسالك وغيرها: أنّ «الظاهر عدم الفرق بين قصده بعد ذلك القبض عن المولّى عليه للوقف وعدمه؛ لتحقّق القبض الذي لم يدلّ الدليل على أزيد من تحقّقه»**[١٠]. قلت: لا ينبغي التأمّل في ظهور دليله في اعتبار كون القبض على أنّه وقف.

---

(١) التحرير ٣: ٢٩٢.
(٢) الرياض ٩: ٢٨٠، ٢٨١.
(٣) الوسائل ١٩: ١٨٠، ب ٤ من الوقوف والصدقات، ح ٥.
(٤) المصدر السابق: ١٧٨، ح ١.
(٥) القواعد ٢: ٣٨٩.
(٦) الرياض ٩: ٢٨٣.
(٧) الوسائل ١٩: ١٧٨، ب ٤ من الوقوف الصدقات، ح ١.
(٨) المصدر السابق: ١٨٠، ح ٥.
(٩) قرب الإسناد: ٢٨٥، ح ١١٢٦. مسائل علي بن جعفر: ١٩٥، ح ٤١١. الوسائل ١٩: ٢٣٦، ب ٥ من الهبات، ح ٥.
(١٠) المسالك ٥: ٣٦٠.

[وهل يعتبر قصد القبض عن المولّى عليه للوقف ؟]

[الظاهر اعتبار كون القبض على أنّه وقف].

فلا يجزي القبض بعد الوقف مع الذهول عنه أو كان على وجه العارية أو الوديعة أو نحو ذلك ممّا هو ليس قبضاً للوقف من حيث إنّه وقف قطعاً.

وحينئذٍ فمع فرض شرطيّته حتى في الفرض لا يتعقّل بدون القصد ؛ ضرورة عدم امتياز أصل الفعل المشترك ، فضلاً عن الاستدامة التي كان افتتاحها لغيره [١].

وعلى كلّ حال فلا فرق في هذا الحكم بين أصناف الولي [٢].

ولكن في المتن (**وفي الوصي تردّد ، أظهره الصحّة**) [٣] ، [وهو المختار ، ولا إشكال لو كان هو الواقف].

---

[١] نعم لو قيل بعدم اشتراطه في مثل الفرض لعدم العموم في دليله أو لخصوص النصوص المزبورة بناءً ، على أنّه المراد من التعليل فيها أيضاً ، على معنى أنّه إذا كان هو الذي يقبض عنه ، فكيف يعتبر القبض في وقفه ؛ إذ لا يتصوّر أن يقبض نفسه اتّجه حينئذٍ ذلك ، إلّا أنّه منافٍ لظاهرهم من عموم شرطيّته .

اللهمّ إلّا أن يراد من نحو العبارة : صيرورة قبضه قبضاً عنهم شرعاً . ولكن فيه حينئذٍ أنّه خلاف ظاهر الأدلّة ، خصوصاً صحيح صفوان[١] الظاهر في اعتبار الحيازة لهم المتوقّف على النية ، بل لعلّ ذلك هو المراد من التعليل ، لا إرادة عدم الاحتياج إلى قصد ، كما هو واضح لمن أوهبه الله تعالى الانتقاد .

ولعلّه إلى ذلك أشار في جامع المقاصد بعد أن ذكر ظهور العبارة في كفايته مع عدم القصد قال : « ويشكل بأنّ القبض إنّما يحسب لذي اليد ، ما لم يقصد لغيره ممّن له ولاية عليه ونحوه »[٢] . خلافاً لما سمعته من ثاني الشهيدين وغيره ، بل وشيخنا في كشفه ، بل في الأخير : « ولو نوى الخلاف فالأقوى الجواز »[٣] . وفيه نظر .

وأغرب منه ما سمعته من الأوّل [أي المسالك] من إلحاق قبض الودعي والمستعير ـ بل والغاصب في وجه ـ بقبض الولي في عدم الحاجة إلى الإذن والقصد .

[٢] خصوصاً بعد ملاحظة التعليل المزبور .

[٣] **ولم أجده لغيره عدا ما يحكى عن التحرير[٤] وما تشعر به عبارة النافع[٥] .**

وكأنّه للتردّد فيه في غير موضع باعتبار اتّحاد الموجب والقابل فيه ، المغتفر في الأب والجد ؛ للنصوص .

إلّا أنّه قد بيّنا ضعف ذلك أيضاً في غير موضع ، والمراد هنا أنّ التردّد لذلك ، لا لدعوى أنّ ولاية الوصي ضعيفة ، فلا تقتضي صيرورة قبضه قبضاً عنهم التي هي واضحة الفساد ؛ إذ لا إشكال في عدم مدخلية ذلك .

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٨٠ ، ب٤ من الوقوف والصدقات ، ح٤ .

(٢) جامع المقاصد ٩ : ٢٣ .

(٣) كشف الغطاء ٤ : ٢٥١ .

(٤) التحرير ٣ : ٢٩٣ .

(٥) المختصر النافع : ١٨٠ .

كما لا إشكال في كفاية قبضه [= الوصي] عنهم في الوقف من أجنبي والهبة وغيرهما [١].

[ولو كان الموقوف تحت يد الموقوف عليه قبل الوقف بوديعة وعارية ونحوها فهل يتحقق به القبض ؟ الأقوى الاكتفاء بذلك حتى في القبض بالغصب والشراء الفاسد].

وعلى كلّ حال فلا يعتبر فيما ذكرنا بناءً على المختار مضيّ زمان يمكن فيه إحداث القبض ؛ ضرورة عدم صيرورته قبضاً حقيقة بذلك ، وإنّما المدار تنزيل زمان الاستدامة المفروض حصولها بالإذن والقصد منزلة القبض حقيقة ، وهذا لا يحتاج إلى زمان بعد حصولهما [٢].

(ولو وقف على نفسه لم يصحّ) [٣].

---

[١] **ممّا لا خلاف فيه ولا إشكال فيه . وإن ظنّ في الرياض دخول القبض من الأجنبي في التردّد**[1] . إلّا أنّه كما ترى .

وكيف كان **ففي المسالك : « وفي معنى ما ذكر ـ أي قبض الولي ـ ما لو كان الموقوف تحت يد الموقوف عليه قبل الوقف بوديعة وعارية ونحوهما ؛ لوجود المقتضي للصحّة وهو القبض ، فإنّ استدامته كابتدائه ، إن لم يكن أقوى ، ولا دليل على اعتبار كونه واقعاً مبتدأً بعد الوقف فيه »**[2] .

وإن كان فيه ما لا يخفى ، بناءً على عموم شرطيّته وعدم الإذن والقصد في الاستدامة .

بل قد عرفت البحث فيه معهما في كتاب الرهن وإن كان الأقوى الاكتفاء بهما حتى في القبض بالغصب والشراء الفاسد ، تنزيلاً للاستدامة معهما منزلة العود ، ثمّ القبض في الإثم وغيره .

وأمّا احتمال الاكتفاء بالقبض بلا إذن من الواقف ولا قصد من الموقوف عليه ـ بل ومع قصد العدم ؛ لأنّ المدار كونه تحت يده بعد الوقف مع فرض القول بالشرطية الشاملة للفرض ـ ففي غاية الضعف ، بل لا ينبغي صدوره من ذي مسكة .

[٢] **وفي المسالك : « وحيث لا يعتبر تجديد القبض لا يعتبر مضيّ زمان يمكن فيه إحداثه وإن اعتبر اعتبر ؛ لأنّ الإذن فيه يستدعي حصوله ، ومن ضروراته مضيّ زمان ، بخلاف ما لا يعتبر فيه التجديد »**[3] .

وفيه : أنّ ذلك لا يجدي في التجديد الحقيقي ، وأمّا الحكمي فغير محتاج إلى ذلك كما هو واضح .

[٣] **بلا خلاف أجده ، كما اعترف به غير واحد ، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا**[4] .

بل في محكي السرائر الإجماع[5] . وهو الحجة مضافاً إلى :

١ ـ عدم تعقّله ؛ لما عرفت من اقتضاء الوقف نقل المنفعة خاصّة أو مع العين للموقوف عليه ، ولا معنى لنقل ملكه إلى نفسه .

٢ ـ وإلى فحوى ما تسمعه من النصوص في المسألة الآتية .

فما عن بعض العامة من جوازه[6] ؛ لأنّ استحقاق الشيء وقفاً غير استحقاقه ملكاً وقد يقصد حبسه أو منع نفسه من التصرّف المزيل للملك ، واضح الفساد .

---

(١) الرياض ٩ : ٢٨٣ .

(٢) المسالك ٥ : ٣٦٠ .

(٣) المسالك ٥ : ٣٦١ ، وفيه : « تحصيله » .

(٤) التذكرة ٢ : ٤٢٨ (حجرية) .

(٥) السرائر ٣ : ١٥٥ .

(٦) المجموع ١٥ : ٣٢٧ ، ٣٣٠ .

(**وكذا**) لم يصحّ الوقف من أصله (**لو وقف على نفسه ثمّ على غيره**) لكونه حينئذٍ منقطع الأوّل الذي قد عرفت تحقيق الحال فيه.

(**وقيل**) [١]: (**يبطل في حقّ نفسه ويصحّ في حقّ غيره و**) لا ريب في أنّ (**الأوّل أشبه**) [٢].

نعم لو عطف الغير عليه بالواو فالأقوى الصحّة في النصف [٣].

ولو وقف على نفسه والفقراء فالظاهر الصحّة أيضاً في النصف [٤].

(**و**) كذا (**لو وقف على غيره وشرط قضاء ديونه أو إدرار مؤونته لم يصح**) [٥].

بل [الظاهر] [٦] عدم الفرق في ذلك بين دين معيّن وعدمه وإدرار مؤونته مدّة معيّنة وعدمه، وبين تقدير ما يأخذه منه أو إطلاقه وبين الانتفاع به مدّة حياته أو مدّة معلومة [٧].

---

[١] **والقائل الشيخ**(١).

[٢] بأُصول المذهب وقواعده كما تقدّم الكلام فيه، وفي غيره من الصور مفصّلاً.

[٣] لعدم الانقطاع فيه لبقاء موقوف عليه ابتداءً وهو الغير، فإنّ الموقوف عليه ليس هو المجموع منه ومن الغير من حيث هو مجموع، بل كلّ واحد منهما، فيبطل النصف في حقّه، ويصح في النصف الآخر الذي لا مانع من الصحّة فيه.

وربّما احتمل كون المجموع للغير كما سمعته من الشيخ في المرتّب فضلاً عن المفروض.

إلّا أنّه واضح الفساد فيهما؛ لمخالفته لقصد الواقف الذي جعل الشارع الوقف على حسب ما وقفه.

كوضوحه أيضاً في دعوى البطلان فيهما [= لنفسه ولغيره] معاً؛ لأنّ ما وقع عليه العقد لا يجب به الوفاء إجماعاً، والعقد لا يكون مبعّضاً؛ ضرورة عدم كون ذلك من التبعيض الممنوع بل هو من باب تبعّض الصفقة الذي قد فرغنا من الكلام في صحّته في محلّه.

[٤] **وفي الدروس احتماله [= صحّة النصف] والصحّة في الثلاثة الأرباع والبطلان رأساً**(٢).

وفي الأخيرين ـ المبني أوّلهما على إرادة أقلّ الجمع وهو الثلاثة من لفظ «الفقراء» ويكون هو حينئذٍ رابعاً فيبطل، وثانيهما على بطلان تبعّض الصفقة ـ ما لا يخفى.

[٥] **بلا خلاف معتدّ به أجده فيه.**

بل ظاهر المسالك نسبته إلى الأصحاب؛ معلّلاً له بأنّ الوقف يقتضي نقل الملك والمنافع عن نفسه، فإذا شرط ذلك ونحوه فقد شرط ما ينافي مقتضاه، فيبطل الشرط والوقف معاً(٣).

[٦] **[كما أنّ] مقتضى إطلاق بعض**(٤) **ما هو صريح آخر**(٥) **من [أنّه ذلك].**

[٧] كلّ ذلك للقاعدة المزبورة، وإلّا فليس في النصوص إلّا مكاتبة علي بن سليمان إلى أبي الحسن عليه السلام: جُعلت فداك ليس لي ولد

---

(١) الخلاف ٣: ٥٤٩.

(٢) الدروس ٢: ٢٦٧.

(٣)(٥) المسالك ٥: ٣٦٣.

(٤) انظر مفتاح الكرامة ٩: ٣١.

. . . . . .

ولي ضياع ورثتها عن أبي وبعضها استفدتها ولا آمن الحدثان فإن لم يكن لي ولد وحدث بي حدث فما ترى جُعلت فداك ، لي أن أقف بعضها على فقراء إخواني والمستضعفين أو أبيعها وأتصدّق بثمنها عليهم في حياتي ، فإنّي أتخوّف أن لا ينفذ الوقف بعد موتي ، فإن وقفتها في حياتي فلي أن آكل منها أيّام حياتي أم لا ؟ فكتب عليه السلام : « فهمت كتابك في أمر ضياعك ، فليس أن تأكل منها من الصدقة ، فإن أنت أكلت منها لم تنفذ إن كان لك ورثة ، فبع وتصدّق ببعض ثمنها في حياتك ، وإن تصدّقت لُمسكت لنفسك ما يقوتك مثل ما صنع أمير المؤمنين عليه السلام »[١] .

وخبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام : « أنّ رجلاً تصدّق بدار له وهو ساكن فيها ، فقال : الحين أُخرج منها »[٢] .

وبعض النصوص الآتية في مسألة اشتراط العود إليه عند الحاجة .

مع أنّ في خبر أبي الجارود عن الباقر عليه السلام : « لا يشتري الرجل ما تصدّق به ، وإن تصدّق بمسكن على ذي قرابة فإن شاء سكن معهم وإن تصدّق بخادم على ذي قرابة خدمه إن شاء الله[٣] » .

بل عن النهاية : « إذا وقف إنسان مسكناً جاز له أن يقعد فيه مع من وقف عليه ، وليس له أن يسكن غيره فيه »[٤] .

ولعلّه نظر إلى الخبر المزبور الذي لابدّ من حمله على إذن الموقوف عليه .

وإلّا كان مخالفاً للقواعد وغيرها ولا جابر له .

نعم ليس في تلك المكاتبة وغيرها إخراج النفس ، بل ولا جميع ما ذكروه ، فيكون منشؤه القاعدة المزبورة .

ولكن الظاهر عدم اقتضائها [= القاعدة] بطلان اشتراط ذلك على جهة الاستثناء له من التسبيل الذي قصده بالوقف لقاعدة « المؤمنون »[٥] و « الوقوف »[٦] وغيرهما .

بل ربّما كان المراد من قوله عليه السلام في المكاتبة المزبورة : « وإن تصدّقت لُمسكت لنفسك ما يقوتك »[٧] .

كما عساه يظهر من عنوان الحرّ في الوسائل[٨] .

إذ أقصاها بطلان استحقاقه له من حيث كونه وقفاً لاعتبار إخراج نفسه من عينه ومنفعته ، لا نحو ما ذكرناه الراجع إلى وقف عين وتسبيل منفعتها الخارجة عمّا استثناه .

---

(١) الوسائل ١٩ : ١٧٦ ، ب ٣ من الوقوف والصدقات ، ح ١ .

(٢) المصدر السابق : ١٧٨ ، ح ٤ .

(٣) المصدر السابق : ١٧٧ ، ح ٢ ، وفيه : « ذي قرابته » ، « قرابته خدمته » .

(٤) النهاية : ٦٠٠ .

(٥) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٦) الوسائل ١٩ : ١٧٥ ، ١٧٦ ، ب ٢ من الوقوف والصدقات ، ح ١ ، ٢ .

(٧) تقدّم آنفاً .

(٨) انظر الوسائل ١٩ : ١٧٦ ، ب ٣ من الوقوف والصدقات .

[والظاهر عدم بطلان اشتراط ذلك على جهة الاستثناء له من التسبيل الذي قصده بالوقف].

فهو حينئذٍ كوقف العين المستأجرة مدّة مثلاً [١].

[وقد تقدّم دخول اللبن والصوف الموجودين في الشاة الموقوفة ما لم يستثنه، وعليه فيجوز استثناء ذلك بل المنافع المتجدّدة من الوقف].

[ويجوز شرط أكل أهله منه، بل وأضيافه ومن يمر به والمتابعة].

[ولايقدح كونهم واجبي النفقة، وتسقط نفقتهم إن اكتفوا به].

وهو متّجه في غير الزوجة والمملوك، أمّا هما فيشكل برجوع ذلك أي نفسه أيضاً [٢].

[والكلام في اشتراط نفقة الزوجة منه، وهو الذي قلنا: إنّه من شرط النفع لنفسه وأمّا أكلها فجائز].

---

[١] وربّما يشهد له في الجملة ما تقدّم له [= المصنّف] سابقاً من دخول اللبن والصوف الموجودين في الشاة الموقوفة ما لم يستثنه.

بل حكينا عن الفاضل في التذكرة: أنّ وقف البقرة للحرث مثلاً خاصّة يقتضي بقاء باقي المنافع من اللبن وغيره للواقف[١]. لكن في جامع المقاصد التصريح في مسألة الشاة بعدم جواز استثناء شيء من المنافع المتجدّدة، بخلاف الصوف واللبن الموجودين فإنّه يجوز استثناؤهما ويكون المسبّل ما عداهما[٢].

إلّا أنّه كما ترى مجرّد دعوى عارية عن الدليل، بل مخالفة لما ذكره من الدليل، **بل ستسمع[٣] هنا من المسالك جواز الشرط للناظر، فإذا كان الواقف هو أخذه**، وهو مبني على ما ذكرناه.

بل في كشف الأُستاذ: «ولو شرط ردّ مظالم عنه أو صدقة أو عبادة أو أداء ديون لزمته في حياته، ونحو ذلك قوى القول بالصحة». مع أنّه قال قبل ذلك: «ولو شرط إجارة عن عبادة تجوز عن الأحياء وكان حيّاً كزيارة وحج ونحوهما قوى البطلان»[٤]. وكأنّه بناء على الفرق بين شرط الانتفاع به حال حياته، وبعد موته الذي هو خروج عن الوقف، وإن رجع إليه ثواب ذلك فلا تنافيه القاعدة المزبورة، كما لا تنافي شرط أكل أهله منه، بل وأضيافه ومن يمرّ به والتابعة، فيصح حينئذٍ كما حكي من فعل النبيّ صلى الله عليه وآله في خبر أحمد عن أبي الحسن الثاني عليه السلام[٥] بل نحو ذلك عن فاطمة عليها السلام أيضاً في صدقتها[٦].

بل في الدروس والرياض: ولا يقدح كونهم واجبي النفقة، وتسقط نفقتهم إن اكتفوا به[٧].

[٢] **ولذا قال في الأوّل منهما بعدما سمعت: «ولو شرط أكل الزوجة ففيه نظر من عود النفع إليه ومن توهّم بقاء نفقتها كما لو وقف عليها»[٨].**

وإن كان فيه أنّه لا نظر في جواز أكلها، وإنّما الكلام في اشتراط نفقة الزوجية وهو الذي قلنا: إنّه من شرط النفع لنفسه.

---

(١) التذكرة ٢: ٤٤٠ (حجرية).
(٢) جامع المقاصد ٩: ٦٧.
(٣) يأتي في الصفحة الآتية.
(٤) كشف الغطاء ٤: ٢٥١.
(٥) الكافي ٧: ٤٧، ح ١. الوسائل ١٩: ١٩٩، ب ١٠ من الوقوف والصدقات، ذيل الحديث ٢.
(٦) الوسائل ١٩: ١٩٨، ب ١٠ من الوقوف والصدقات، ح ١.
(٧) الدروس ٢: ٢٦٨. الرياض ٩: ٢٩٥.
(٨) الدروس ٢: ٢٦٨.

وكذا مملوكه ولو كان حيواناً.

وعلى كلّ حال فالمدار على عدم منافاة القاعدة المزبورة، فيصح حينئذٍ جميع ما لا ينافيها [١]. وكذا قيل: لا ينافي ما ذكره المصنّف وغيره بقوله: (أمّا لو وقف على الفقراء) وكان [هو] منهم أو لم يكن (ثمّ صار فقيراً، أو على الفقهاء) وكان منهم أو لم يكن (ثمّ صار فقيهاً صحّ له المشاركة بالانتفاع[١]) بل والاختصاص به [٢].

---

[١] بل في المسالك: « وكذا لو شرط أن يأكل الناظر منه أو يطعم غيره، فإن كان وليّه الواقف كان له ذلك عملاً بالشرط، ولا يكون ذلك شرطاً لنفع نفسه »[٢]. وهو ـ إن لم يكن مبنياً على ما ذكرناه ـ مشكل ضرورة عدم خروجه بسبب النظارة عن ملكه صدقته وعدم اخراج نفسه عن وقفه.

[٢] لأنّه ليس وقفاً على نفسه، ولا على جماعة هو منهم، فإن الوقف بهذا الوجه ليس وقفاً على الأشخاص المتصفين بهذا الوصف، بل على الجهة المخصوصة، ولهذا لا يعتبر قبولهم ولا قبول بعضهم ولا قبضهم وإن أمكن.

بل في المسالك: « ولا ينتقل الملك إليهم، وإنّما ينتقل إلى الله تعالى، ولا يجب صرف النماء في جميعهم، بل مثل هذا يسمّى وقفاً على الجهة؛ لأنّ الواقف ينظر إلى جهة الفقر والمسكنة ويقصد نفع كلّ موصوف بهذا الوصف لا شخص بعينه »[٣].

لكن في الكفاية الإشكال في المشاركة المزبورة قال: « واحتجاجهم بأنّ ذلك ليس وقفاً على نفسه ولا على جماعة هو منهم صحيح غير نافع، إنّما ينفع لو كان النص المانع وارداً بلفظ « الوقف » على نفسه، أو ثبت إجماع على المشاركة في محلّ البحث، وليس كذلك؛ إذ الأخبار المذكورة ليس على هذا الوجه كما لا يخفى، ولا إجماع على المشاركة هنا »[٤].

وكأنّه لحظ في نفي الإجماع خلاف ابن إدريس فإنّ، المحكي عنه عدم جواز انتفاع الواقف بما وقفه على حال[٥]، بل والفاضل في المختلف والتذكرة.

قال في الأوّل: « الوجه عندي أنّ الوقف إن انتقل إلى الله تعالى كالمساجد فإنّ للواقف الانتفاع به كغيره، من الصلاة فيه وغيرها، وإن انتقل إلى الخلق لم يدخل سواء كان مندرجاً فيهم وقت الوقف كأن وقف على المسلمين أو على الفقهاء وهو منهم أو لم يكن منهم وقت العقد ثمّ صار منهم »[٦]. وكذا عن التذكرة[٧].

وعن المهذب لابن البراج أنّه جعل الوقف العام أقساماً: وقف المسجد والقنطرة، ووقف الدور والمنازل التي ينزلها الحاجّ والخانات، ووقف الدور والمنازل التي ليست كذلك، والوقف على المسلمين، فحكم في الأوّل والأخير بجواز الانتفاع، وفصّل في الدور والمنازل بين ما ينزلها الحاجّ والخانات وبين غيرها، فجوّز في الأوّل دون الثاني[٨].

لكن في محكي المبسوط: « فأمّا إذا وقف وقفاً عامّاً مثل أن يقفه على المسلمين جاز له الانتفاع بلا خلاف؛ لأنّه يعود إلى أصل الإباحة فيكون هو وغيره سواء »[٩]. ومثله في محكي الغنية[١٠].

---

(١) في الشرائع: « في الانتفاع ».
(٢) (٣) المسالك ٥: ٣٦٣، ٣٦٤.
(٤) كفاية الأحكام ٢: ١٢.
(٥) السرائر ٣: ١٥٥.
(٦) (٧) المختلف ٦: ٢٩٧ ـ ٢٩٨ التذكرة ٢: ٤٤٧ (حجرية).
(٨) المهذب ٢: ٩٣.
(٩) المبسوط ٣: ٢٩٩.
(١٠) الغنية: ٢٩٧.

قلت : لا ينبغي التأمّل ولو للسيرة القطعية في جواز الانتفاع في المسجد والخان ونحوهما اللذين صارا بسبب الوقف كالتحرير ، بل الظاهر خروجهما عن المالية فينتفع به حينئذٍ على الوجه الذي ذكره [الواقف] ، من غير فرق بين الواقف وغيره .

لكن دعوى أنّ كلّ وقف عام ـ حتى ما كان موضوعه « العلماء » و« المجتهدون » وغير ذلك وكان له ثمرات تدخل تحت الملك كثمرة البستان ونحوها كذلك ـ محلّ بحث أو منع [١] .

نعم لا بأس به فيما ذكرناه ممّا هو خارج عن المالية والانتفاع به ليس على طريق الملك كالصلاة في المسجد والعبور على القنطرة والجلوس في الخان ونحو ذلك ممّا هو جائز باعتبار الإباحة الشرعية ولو بسبب الوقف أو للسيرة القطعيّة أو لغير ذلك [٢] .

٧٢/٢٨

(**ولو شرط عوده إليه عند حاجته**) [قال المصنّف :] (**صحّ الشرط وبطل الوقف وصار حبساً**) و(**يعود إليه مع الحاجة**) التي يرجع في مصداقها إلى العرف على حسب غيرها من الألفاظ (**ويورث**) مع عوده بها أو مطلقاً كما ستعرف [٣] .

---

[١] ضرورة كون الملك فيه بقصد الواقف وغيره للجنس ولو بواسطة أفراده التي لو فرض كون الواقف منها لم يكن قد أخرج نفسه عن صدقته وتحقّق فيه المانع المزبور ، من غير فرق بين ذي الوصف السابق والمتجدّد .

على أنّ وقفه على الفقراء نحو ملك الزكاة للفقراء الذين لا يندرج فيهم من عليه الزكاة ومالكية الكلّي على نحو مملوكيته .

فكما أنّ خصوص الفرد في الثاني يكون منطبقاً على الكلّي المملوك وتحصل به براءة الذمّة ممّن عليه ، فكذلك مالكية الكلّي أيضاً إذا تشخّص بفرد انطبق عليه ، فإذا فرض أنّه الواقف صار هو المالك لصدقته المعتبر فيها خروجه عنه ، **فلابدّ حينئذٍ في صحّة الوقف من خروج تشخّص الكلّي به عنه ، كما أومأ إليه الفاضل[١] فيما حكي عنه .**

[٢] **هذا وفي جامع المقاصد عن بعض فتاوى الشهيد أنّه يشارك ما لم يقصد منع نفسه أو إدخالها[٢] . واستحسنه كثاني الشهيدين في المسالك ، قال : « فإنّه إذا قصد إدخال نفسه فقد وقف على نفسه ولم يقصد الجهة ، وإذا قصد منع نفسه خصّص العام بالنية وهو جائز فيجب اتّباع شرطه للخبر السابق ، وإنّما الكلام مع الإطلاق »[٣] .**

وفيه: أنّ قصد إدخال نفسه بقصد الجهة التي يندرج فيها عين مفروض المسألة فمع فرض بطلانه يتّجه ما قلناه ، فتأمّل جيّداً .

[٣] والأصل في ذلك خبر إسماعيل بن الفضل قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدّق ببعض ماله في حياته في كلّ وجه من وجوه الخير وقال : إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً إلى أهله أو يمضي صدقة ؟ قال : « يرجع ميراثاً إلى أهله »[٤] . والموثّق : « من أوقف أرضاً ، ثمّ قال : إن احتجت إليها فأنا أحق بها ثمّ مات الرجل فإنّها ترجع إلى الميراث »[٥] .

---

(١) انظر المختلف ٦ : ٢٩٧ . التذكرة ٢ : ٤٤٧ (حجرية) .
(٢) جامع المقاصد ٩ : ٢٨ .
(٣) المسالك ٥ : ٣٦٤ .
(٤) الوسائل ١٩ : ١٧٨ ، ب ٣ من الوقوف والصدقات ، ح ٣ .
(٥) التهذيب ٩ : ١٥٠ ، ح ٦١٢ .

[وقد يقال ببطلان ذلك من أصله] [١].

[كما قد يقال بصحّته وقفاً فإن احتاج كان منقطعاً ، وإلّا مؤبّداً] [٢].

وعلى كلّ حال فلاريب في أنّه الأقوى [٣].

---

[١] ولكن اختلف فيه الأصحاب فبين قائل ببطلان ذلك من أصله كما عن أبي علي وابني حمزة وادريس والآبي[١] ، بل حكاه في المختلف عن الشيخ في المبسوط أيضاً[٢] . وإن كنّا لم نتحققه .

نعم هو ظاهر النافع والحرّ والكفاية[٣] :

١ ـ لمنافاة الشرط المزبور دوام الوقف بل هو من التعليق .

٢ ـ ولظهور قوله : « يرجع ميراثاً »[٤] في إرادة البطلان .

٣ ـ ولأنّه صدقة ، ولا يجوز الرجوع إلى الصدقة .

٤ ـ ولوجوب إخراج نفسه من الوقف .

[٢] وبين قائل بصحّته وقفاً فإن احتاج كان منقطعاً ، وإلّا كان مؤبّداً ، كما هو صريح كلام السيد في الانتصار مدّعياً عليه الاجماع[٥] ، والفاضل في المختلف والقطيفي في المحكي عن إيضاحه[٦] وظاهر المقنعة والمراسم[٧] .

بل في المسالك نسبة صحّة الشرط إلى السيد والمعظم تارةً واُخرى قال : « إنّ العمل بخبر إسماعيل بن الفضل[٨] اتفاق من الأصحاب أو من أكثرهم »[٩] .

[٣] لعموم « الوقوف » و« المؤمنون » وعدم جواز الرجوع بالصدقة التي لم يكن التصدّق بها على الوجه المزبور .

وليس هذا من إدخال الواقف نفسه في الوقف قطعاً ، بل هو تقييد للوقف بما يقتضي انتهاءه .

ودوام الوقف غير شرط كما عرفته سابقاً من صحّة الوقف المنقطع .

ولا تعليق فيه على وجه ينافي عقد الوقف ، بل هو تقييد للوقف على نحو تقييده بوجود الموقوف عليه أو بغيره من الأوصاف التي لا إشكال في جوازها ؛ضرورة رجوعه إلى جعله وقفاً ما دام غنيّاً عنه ، فإنّه بناءً على مشروعية المنقطع منه لا فرق في الأوصاف التي يكون ارتفاعها غاية ، بين أن تكون في الموقوف عليه أو في غيرهم بعد اشتراكهما في اقتضاء ارتفاعهما بقاء الوقف حينئذٍ بلا موقوف عليه ، وصيرورته من غير الموقّت الذي قد عرفت بطلانه نصّاً وفتوى .

---

(١) نقله عن أبي علي في المختلف ٦ : ٢٩١ . الوسيلة : ٣٧٠ . السرائر ٣ : ١٥٦ . كشف الرموز ٢ : ٤٦ .

(٢) المختلف ٦ : ٢٩١ ، انظر المبسوط ٣ : ٣٠٠ .

(٣) انظر المختصر النافع : ١٨٠ . الوسائل ١٩ : ١٧٦ ، ب ٣ من الوقوف . كفاية الأحكام ٢ : ١٣ ، وفيه : « لعلّه أقرب » .

(٤) تقدّم في ص ٤٣١ .

(٥) الانتصار : ٤٦٨ ، ٤٦٩ .

(٦) المختلف ٦ : ٢٩١ . نقله عن القطيفي في مفتاح الكرامة ٩ : ٣٣ (٧) المقنعة : ٦٥٢ . المراسم : ١٩٧ .

(٨) الوسائل ١٩ : ١٧٧ ، ب ٣ من « الوقوف والصدقات » ، ح ٣ .

(٩) المسالك ٥ : ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

وليس هو من اشتراط الخيار في الوقف الذي **لم أعرف خلافاً في عدم جوازه عدا عبارة في محكي التحرير**[١] لم يعلم أنّها له أو للشيخ.

وعلى كلّ حال لا ريب في شذوذها؛ لمنافاته اللزوم في الوقف على وجه لم يشرع فسخه اختياراً بوجه، وما نحن فيه إنّما هو من انتهاء الوقف بانتهاء الوصف المعلّق عليه وفرق واضح بين المقامين.

والخبران[٢] بعد احتمال إرادة البطلان فيهما باعتبار اشتراط كونه أحقّ به وهو وقف ـ لما سمعت من اعتبار إخراج نفسه من الوقف في جميع الأحوال، وحينئذٍ يكونان خارجين عمّا نحن فيه ـ يمكن إرادة الرجوع ميراثاً في الأوّل منهما بعد فرض حصول الحاجة منه وعاد الوقف إليه بحسب شرطه، فإذا هلك بعد أن كان كذلك رجع المال إلى ورثته؛ ضرورة بطلان الوقف بحصول الحاجة.

والوجه في ذلك أنّ السائل سأل عن صحّة الشرط وعدمه وأنّه على تقدير صحّته يكون أحق به ما دام حيّاً فإذا هلك يبقى على الصدقة؛ لعدم حاجته إليه أو يرجع ميراثاً؟ فأجاب الإمام عليه السلام عن ذلك كلّه بالرجوع ميراثاً، بمعنى أنّ الشرط صحيح، وإذا حصلت الحاجة إليه رجع المال إليه، وبعد رجوعه لا يعود إلى الوقف، بل هو ميراث.

ومنه يعلم وجه المراد في الموثّق لظهور اتحاد المراد فيهما.

بل ربّما يشهد لذلك في الجملة ما في صدقة أمير المؤمنين عليه السلام حيث قال: «وأنّه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف وينفقه حيث يريد الله تعالى في حلّ محلّل لا حرج عليه، فإن أراد بيع نصيب من المال فيقضي به الدين فليفعل إن شاء ولا حرج عليه فيه، وإن شاء جعله شراء الملك»[٣] بناءً على إرادة الرخصة له إن شاء بيع نصيب من المال الموقوف على جهة إبطال وقفه لا خصوص الثمرة منه، فتأمّل.

وأمّا القول بصحة الشرط المزبور ورجوع الوقف حبساً حتى جعلوه قولاً ثالثاً في المسألة ونسبوه إلى الشيخ والقاضي والمصنّف هنا والفاضل في القواعد والتذكرة والإرشاد والشهيد في الدروس والتنقيح وجامع المقاصد والروض والروضة[٤].

فإن أرادوا به ذلك مع فرض تحقّق الحاجة فهو المختار، وإن أرادوا به ذلك مع عدم الحاجة أيضاً بدعوى أنّ الميّت بموته قد احتاج فهو كالخرافة.

ضرورة عدم كون ذلك المراد من إطلاق الشرط مع إمكان فرض التصريح بإرادتها حال الحياة.

وكذا دعوى كون موت الحابس غاية لحبسه بعد أن لم يذكر له أمداً؛ ضرورة أنّه قد ذكر له أمداً ولم يحصل فمقتضى ذلك بقاؤه

---

(١) حكاه في مفتاح الكرامة ١: ٣٥ ـ ٣٦، انظر التحرير ٣: ٢٩٨.

(٢) الوسائل ١٩: ١٧٧ ـ ١٧٨، ب٣ من الوقوف والصدقات، ح٣. التهذيب ٩: ١٥٠، ح٦١٢.

(٣) الوسائل ١٩: ٢٠٠، ب١٠ من الوقوف والصدقات، ح٣.

(٤) النهاية: ٥٩٥ ـ ٥٩٦. المهذب ٢: ٩٣. القواعد ١: ٣٨٩. التذكرة ٢: ٤٣٤ (حجرية). الإرشاد ١: ٤٥٢. الدروس ٢: ٢٦٧. التنقيح ٢: ٣٠٥ ـ ٣٠٦. جامع المقاصد ٩: ٢٩ ـ ٣٠. نقله عن الروض في مفتاح الكرامة ٩: ٣٣. الروضة ٣: ١٧٢.

محبوساً إلى آخره.

على أنّ مفروض المسألة في الوقف وهو ما علم قصد الوقف به، لا أنّ مفروض المسألة من قال وقفت، فيحمل قصده على إرادة الحبس بقرينة الشرط المزبور.

إذ هو كما ترى خروج عمّا نحن فيه ورجوع إلى مسألة لفظية قد عرفت البحث في نظيرها، وأنّ المتّجه فيها الحمل على البطلان، لعدم صلاحية أصالة الصحّة لصرف ظاهر اللفظ كما تقدّم تحقيق الحال فيه سابقاً.

على أنّ دعوى بطلان الشرط المزبور ـ بعد فرض القول بصحة الوقف المنقطع ـ واضحة الفساد.

وكونه باطلاً في نفسه للتعليق، يدفعه: معلومية جواز نظائره في الوقف، وأنّه ليس تعليقاً ممنوعاً، ولو سلّم فهو باطل في الحبس أيضاً؛ ضرورة اشتراكهما بالنسبة إلى ذلك.

وكذا دعوى أنّ الحكم بكون الفرض حبساً مع القول بصحّة الوقف المنقطع، وصحّة هذا الشرط وكون القصد الوقف إنّما هو للخبرين المزبورين[1].

إذ قد عرفت أنّهما ـ بعد احتمالهما ما سمعت ـ لا يصلحان لإثبات مثل هذا الحكم المخالف للضوابط من وجوه، وليس بأولى من القول بصحّته وقفاً على هذا الوجه، بمعنى أنّه له حكم الحبس نحو ما سمعته منّا في حمل كلامهم في الوقف على من ينقرض، بل هو صريح الفاضل في المختلف[2] وإن كان هو هنا فيه ما لا يخفى فلا محيص حينئذٍ عن القول بالصحة حسب ما قلناه.

وممّا ذكرناه يظهر لك الوجه في المسألة وأقوالها وأدلّتها، بل وما في الفوائد التي ذكرها في المسالك[3].

بل وما في غيرها من كتب الأصحاب أيضاً، هذا. ويمكن حمل عبارة المصنّف والفاضل وما شابهها على إرادة بطلانه وقفاً على كلّ حال وإن حبسه وصيرورته إرثاً بعد عوده إليه للحاجة، لا كما ذكره في المسالك[4] أو يراد حكم الحبس فيها أو غير ذلك.

ومن الغريب بعد ذلك كلّه دعوى ابن إدريس الإجماع على البطلان[5].

ومن هنا حكم بخطائه في المختلف، قال «فإنّه قد ذكرنا ما صرنا إليه وهو قول أكثر علمائنا، حتى أنّ السيد المرتضى ادّعى الإجماع عليه، واحتجّ عليه بأنّ كون الشيء وقفاً تابع لاختيار الواقف وما يشترط فيه، فإذا شرط ما ذكرناه كان كسائر ما يشترطه واعترض على نفسه بأنّ هذا شرط يناقض كونه وقفاً وحبساً بخلاف غيره من الشروط. وأجاب بأنّه غير مناقض؛ لأنّه متى لم يختر الرجوع فهو ماضٍ على سبيله، وإن مات قبل العود نفذ نفوذاً ثابتاً، وهذا حكم ما أفاده في عقد الوقف، فكيف يكون نقضاً لحكمه، ولا يقاس على العتق لبطلانه، وللفرق بعدم صحّة دخول الشرط مطلقاً في العتق، بخلاف الوقف الذي لا فرق بين هذا الشرط وغيره في الجواز»، ثمّ اعترض وقال: «فإن قيل: قد خالف ابن الجنيد فيما ذكرتموه... . ثمّ أجاب بأنّه لا اعتبار به، وقد تقدّمه إجماع الطائفة، وتأخّر أيضاً عنه، وإنّما عوّل على ظنون له وحسابات وأخبار شاذة لا يلتفت إلى مثلها»[6].

---

(١) تقدّما في ص ٤٣١.

(٢) المختلف ٦: ٣٠٣، ٣٠٥.

(٣)(٤) المسالك ٥: ٣٦٧.

(٥)(٦) السرائر ٣: ١٥٦ ـ ١٥٧. المختلف ٦: ٢٩٢ ـ ٢٩٣.

(ولو شرط إخراج من يريد بطل الوقف) [١] [بناءً على إرادة فسخ الوقف أو رجوعه إلى اشتراط كون سلطنة السبب إليه]. [و] **(لو شرط إدخال من يريد مع الموقوف عليهم جاز سواء وقف على أولاده أو على غيرهم)** [٢].

أمّا لو فرض إرادة اشتراط سلطنة الإخراج والإدخال إليه على وجه يكون أصل الوقف بيده دخولاً وخروجاً فالمتجه البطلان فيهما، لرجوعه إلى اشتراط كون أصل السببيّة بيده، والفرض أنّ ذلك أمر شرعي لا يرجع

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه كما عن المبسوط[١] اعترافه به.**

بل قيل: ظاهره نفيه بين المسلمين[٢]، بل في المسالك[٣] وعن صريح وظاهر غيره الإجماع عليه[٤].

ولعلّه العمدة، وإلّا ففي الكفاية: فيه إشكال[٥]، نظراً إلى الدليل، أي عموم «الوقوف»[٦] ونحوها ممّا اقتضى جواز نظائره كالعود عند الحاجة وغيره ممّا يمكن فرض ما نحن فيه نحوه.

وحينئذٍ فدعوى أنّه شرط منافٍ لمقتضى اللزوم في عقد الوقف، يدفعها: عدم المنافاة مع فرض وقوعه على نحو غيره من الشرائط التي ينقطع الوقف بها، ولا تكون منافية للزومه.

وربّما كان مراد الأصحاب باشتراط إخراج من يريد فسخ الوقف حينئذٍ لا خروجه بانتفاء الوصف المعلّق عليه الوقف، وحينئذٍ يتّجه البطلان فيه؛ ضرورة رجوعه إلى نحو اشتراط الخيار الذي قد عرفت فساده أو إلى اشتراط كون سلطنة السبب الذي هو المشهور إليه ونحو ذلك ممّا تسمعه في اشتراط الإدخال والنقل. اللهمّ إلّا أن يدّعى صلاحية الإرادة وصفاً للموقوف عليه، ولكنّه كما ترى.

بل قد يشكل ذلك بما ذكره المصنّف (و) غيره من انّه [لو شرط...].

[٢] معلّلين له بأنّ هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف، فإنّ بناءه على جواز إدخال من سيوجد أو سيولد مع الموجود، واشتراط إدخال من يريد إدخاله في معناه، بل أضعف منه؛ لأنّه قد يريد، فيكون في معنى اشتراط دخوله، وقد لا يريد فيبقى الوقف على أصله، فإذا جاز الأوّل اتفاقاً جاز الآخر كذلك، أو بطريق أولى.

وما يقال: من أنّ ذلك يقتضي نقصان حصّة الموقوف عليه فيكون إبطالاً للوقف في ذلك البعض.

يدفعه أوّلاً: أنّه وارد في إدخال كلّ معدوم تابعاً للموجود.

وثانياً: أنّ العقد لمّا تضمّن الشرط لم يكن للموقوف عليه حقّ إلّا ما كان مطابقاً له فلا يعتبر.

وثالثاً: أنّ الوقف حقّ لازم في حقّ الموقوف عليه في الجملة، وإنّما المختلف الحصة، وذلك غير قادح، كما لو وقف على بطون فزادت تارة ونقصت أُخرى؛ ضرورة أنّ ذلك كلّه مبني على صلاحية الإرادة وصفاً لدخول الموقوف عليه كالوجود والعلم ونحوهما، فإذا جاز ذلك جاز جعلها وصفاً للخروج منهم، كباقي الأوصاف التي يقتضي زوالها ذلك.

---

(١) المبسوط ٣: ٣٠٠.
(٢) مفتاح الكرامة ٩: ٣٦.
(٣) المسالك ٥: ٣٦٨.
(٤) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ٣٦ عن صريح المفاتيح وظاهر الكفاية.
(٥) كفاية الأحكام ٢: ١٤.
(٦) الوسائل ١٩: ١٧٥، ب٢ من «الوقوف والصدقات»، ح٢.

إليه [١]. وكيف كان فهذا كلّه في الشرط على النحو المزبور. (**أمّا لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد**[1]) [فقد قال المصنف:] (**لم يجز وبطل الوقف**) [٢]. ولعلّه من التأمّل فيما ذكرناه يعلم تحقيق الحال هنا، فيحكم بالبطلان على إرادة النقل منه [٣]. والصحة على إرادة الانتقال على حسب باقي العنوانات في الوقف، بمعنى أنّه وقف على هؤلاء مثلاً ما دام خالياً عن الولد، وإلّا كان الوقف عليه ثمّ منه على المساكين مثلاً، فإنّ خروج

---

[١] **ولعلّه لذا أبطله بهما في ظاهر الدروس كما حكاه عنه في جامع المقاصد**[2] **وغيره، قال فيها: «وليس له إدخال غيرهم معهم وإن كانوا أطفاله على الأصح ولا إخراج من يريده ولو شرطه في العقد بطل»**[3]. وفي محكيّ المبسوط: «ولو شرط أن يخرج من شاء منهم ويدخل في ذلك من شاء وأن يفضّل بعضهم على بعض إن شاء أو يسوّي بينهم إن شاء كان ذلك كلّه باطلاً؛ لأنّه شرط [لنفسه] التصرّف فيما هو ملك لغيره بلا خلاف. **وقد روى أصحابنا أنّه يجوز أن يدخل فيهم غيرهم، وأمّا الإخراج والنقل فلا خلاف عندنا أيضاً في عدم جوازه**»[4]. ومن ذلك يظهر ذلك ما في جامع المقاصد فإنّه بعد أن حكى عن ظاهر الدروس ما عرفت، قال: «وهو بعيد؛ لعدم المنافاة وعموم قوله: «الوقوف» فالأصح الصحة»[5]؛ إذ قد عرفت انّ المتّجه الصحّة مع جعل الإرادة وصفاً للدخول والخروج فيدخل ويخرج من اتصف بها من غير إدخال وإخراج منه. كما أنّ المتجه عدمها مع اشتراط الإدخال والإخراج بمعنى جعل السلطنة إليه في الإدخال والإخراج. بل وكذا يظهر لك النظر فيما في المتن وغيره من الفرق بينهما [= الإدخال والإخراج] في الحكم. اللهمّ إلّا أن ينزّل على ما ذكرناه، ولكنّه بعيد؛ ضرورة ظهورها في الفرق بين الإخراج والإدخال، فلا يصحّ شرط الأوّل بخلاف الثاني. وقد عرفت تحقيق الحال الذي عليه أو على ما لا ينافيه ينزل خبر أبي طاهر البلالي المروي عن إكمال الدين، قال: كتب جعفر بن حمدان: استحللت بجارية إلى أن قال: ولي ضيعة قد كنت قبل أن تصير إلى هذه المرأة سبّلتها على وصاياي وعلى سائر ولدي على أنّ الأمر في الزيادة والنقصان فيه إلى أيام حياتي وقد أتت بهذا الولد فلم ألحقه بالوقف المتقدّم المؤبّد وأوصيت إن حدث بي حدث الموت أن يجري عليه ما دام صغيراً فإن كبر أعطي من هذه الضيعة جملة مئتي دينار غير مؤبّد ولا يكون له ولا لعقبه بعد إعطائه ذلك في الوقف شيء فرأيك أعزّك الله تعالى، فورد جوابها ـ يعني من صاحب الزمان ـ: «أمّا الرجل الذي استحلّ بالجارية ـ إلى أن قال: ـ وأمّا إعطاؤه المئتي دينار وإخراجه من الوقف فالمال ماله، فعل فيه ما أراد»[6].

[٢] **في المشهور**، بل قد سمعت نفي الخلاف عنه في محكيّ المبسوط. بل قيل: إنّ ظاهره إرادة نفيه بين المسلمين[7]، **لكن في القواعد على إشكال**[8]، **بل في الدروس: «الأقرب جوازه»**[9]. **وفي محكي التذكرة: «لو قال: هذا وقف على أولادي سنة ثمّ على المساكين صحّ إجماعاً»**. وفيه أيضاً: «لو قال: هذا وقف على أولادي مدّة حياتي ثمّ بعد مماتي للمساكين صحّ إجماعاً»[10]. لكن في المقام أفتى بالبطلان[11] كالمشهور.

[٣] لرجوعه إلى اشتراط ما هو للشارع.

---

(١) في الشرائع: «سيولد».
(٢)(٥) جامع المقاصد ٩: ٣١.
(٣)(٩) الدروس ٢: ٢٧١.
(٤)(٨) المبسوط ٣: ٣٠٠. القواعد ٢: ٣٩٠.
(٦) كمال الدين: ٥٠٠، ح ٢٥. الوسائل ١٩: ١٨٤، ب ٥ من الوقوف والصدقات، ح ٤.
(٧) مفتاح الكرامة ٩: ٦ ـ ٣٧.
(١٠) التذكرة ٢: ٤٣٤ (حجرية).
(١١) حكاه أيضا في مفتاح الكرامة ٩: ٣٧، ولم نعثر عليه. انظر التذكرة ٢: ٤٣٤ ـ ٤٣٥ (حجرية).

من خرج حينئذٍ لفوات عنوان الموقوف عليهم كالفقر والعلم ونحوهما [١]. أو يقال: إنّ المدار في الصحّة والبطلان في هذه المسائل كلّها ملاحظة معنى العنوانية، سواء كانت لوصف في الموقوف عليه أو في الواقف أو في غيرهما فيصحّ [٢]. وملاحظة معنى الشرطية التي تقتضي تعليقاً في السبب أو إبطالاً لما هو ثابت في الشرع أو إثباتاً لما هو للشارع لا له أو نحو ذلك فيبطل، فتأمّل جيّداً [٣]. فلاحظ وتأمّل كي تعرف الحال في المسائل الثلاثة وأنّ المدار في البطلان فيها أجمع على اشتراط الإدخال والإخراج والنقل وفي الصحّة على اشتراط الدخول والخروج والانتقال [٤].

(و) على كلّ حال فقد (قيل): [٥] (**إذا وقف على أولاده الأصاغر جاز له أن يشرك معهم**) من يتجدّد له من

---

[١] فيشمله « الوقوف على حسب ... »[١] إلى آخره وغيره. **ولعلّه إلى ذلك [= ما حققناه] أومأ في جامع المقاصد، فإنّه بعد أن حكم بالبطلان قال: « ويمكن الفرق بين ما هنا وبين إناطة الوقف بصفة في الموقوف عليه، مثل فقراء أولاده وفقهائهم: بأنّ الوقف في الثاني لم يكن على الأولاد، بل على الفقراء منهم، فإذا زال الفقر ينتفي الموقوف عليهم فكان ذلك جارياً مجرى موتهم وعدمهم، بخلاف ما إذا ثبت الوقف لهم وشرط نقله عنهم، فإنّ ذلك إبطال للوقف باختياره »[٢]. وقال أيضاً في شرح قول الفاضل ـ متصلاً بمسألتنا السابقة: « وكذا الإشكال لو قال: على أصاغر أولادي سنة، ثمّ على الفقراء » ـ : « منشأ الإشكال هنا قريب من الذي قبله » إلى أن قال: « واعلم أنّ بين هذه المسألة والتي قبلها فرقاً من حيث إنّه في تلك شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد وفي هذه وقفه على أولاده سنة ثمّ بعد مضيّها هو وقف على المساكين فينتقل إليهم هو، من غير أن ينقله هو »[٣].** وهو ظاهر أو صريح في أنّ موضوع البطلان ما فرضناه لا ما حكمنا بصحّته.

[٢] لعموم « الوقوف » وغيره.

[٣] فانّ في كلامهم تشويشاً حتى الرياض فإنّه بعد الإغضاء عمّا حكاه فيه عن التذكرة وعمّا ذكره من غير ذلك قال: « والتحقيق أن يقال: إنّ هنا إجماعين متصادمين بحسب المرجّحات فلا يمكن التمسّك بأحدهما فينبغي الرجوع إلى حكم الأصل، وهو عدم الصحة، وإثباتها بالعمومات غير ممكن، بعد فرض سقوطها، كالشهرة المرجّحين للإجماعين في البين، كنفس الإجماعين مضافاً إلى ما عرفت من وهن الإجماع الثاني، فإذا المذهب مختار الأكثر، وإن كان الصحّة في الجملة أحوط »[٤]. إذ هو كما ترى من غرائب الكلام بعدما عرفت من أنّ موضوع إجماع التذكرة: انتقال الوقف غير موضوع إجماع الشيخ الذي هو: النقل، ومن هنا قد سمعت أنّ المحكي عنه هنا البطلان، مع دعواه الإجماعين المزبورين. بل ويظهر لك ما في المسالك[٥]، بل وما في جامع المقاصد[٦] فضلاً عن غيرهما من الكتب.

[٤] و[كذا يعرف ما] في معقد إجماع التذكرة[٧] وغير ذلك من مسألة الوقف على الأولاد سنة ثمّ على الفقراء وغيرها والله العالم.

[٥] **والقائل الشيخ في النهاية[٨].**

---

(١) الوسائل ١٩: ١٧٥، ب ٢ من « الوقوف والصدقات »، ح ٢. (٢)(٦) جامع المقاصد ٩: ٣٢.
(٣) جامع المقاصد ٩: ٣٣. (٤)(٥) الرياض ٩: ٣٣٥. المسالك ٥: ٣٦٩.
(٧) التذكرة ٢: ٤٣٤ (حجرية). (٨) النهاية: ٥٩٦.

الأولاد (وإن لم يشترط) [١]. (و) كيف كان فهو (ليس بمعتمد) [٢].

---

[١] **ووافقه على ذلك القاضي**[١]، **ولكن بشرط عدم تصريحه بإرادة الاختصاص**، ولعلّ ذلك مراد الشيخ أيضاً.

[٢] لمنافاته قاعدة الأسباب وما استفاضت به النصوص[٢] من عدم جواز الرجوع فيما كان لله؛ إذ التشريك فيه رجوع عمّا فعله أوّلاً، ولغير ذلك. ولذا أعرض المشهور عنه، بل لم أجد من وافقهما عليه كما اعترف به غير واحد، فإن احتجّ لهما:

١ ـ بصدر صحيح ابن يقطين: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتصدّق على بعض ولده بطرف من ماله ثمّ يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده؟ قال: «لا بأس بذلك، وعن الرجل يتصدّق ببعض ماله على بعض ولده ويبيّنه لهم، أله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقة؟ قال: «ليس له ذلك، إلّا أن يشترط أنّه من ولد له فهو مثل من تصدّق عليه فذلك له»[٣].

٢ ـ وخبر سهل: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يتصدّق على بعض ولده بطرف من ماله ثمّ يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده؟ قال: «لا بأس به»[٤].

٣ ـ وصحيح ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار ثمّ يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده، قال: «لا بأس»[٥].

٤ ـ وخبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام المروي عن قرب الإسناد: سألته عن رجل تصدّق على ولده بصدقة ثمّ بدا له أن يدخل غيره فيه مع ولده، أيصلح ذلك؟ قال: «نعم يصنع الوالد بمال ولده ما أحبّ والهبة من الوالد بمنزلة الصدقة من غيره»[٦]. فإنّ الجميع بعد الإغضاء عمّا في السند مع عدم الجابر وعمّا في المتن من أنّها غير مختصّة بدعوى القائل من تشريك خصوص من يتجدّد له من الأولاد، واحتمال الصدقة والجعل غير الوقف أو إرادة الصدقة والعزم عليها من المطلق الذي يجب حمله على المقيّد الذي في خبر ابن يقطين، بل هو كالصريح في ذلك؛ ضرورة عدم الفرق بين سؤاليه حتى أجاب الأوّل منهما بنفي البأس، والثاني بعدم الجواز إلّا بالتقييد المزبور. بل منه يظهر أنّ الإطلاق في مثل هذا السؤال منصرف إلى فاقد القيد المراد منه: عدم الإقباض أو عدم بيان المتصدّق به، وإن كان عازماً عليه. وعلى كلّ حال يكون خارجاً عن المفروض الذي هو التشريك في الوقف بعد وقوعه وجنعه لجميع شرائط الصحّة واللزوم وتجرّده عن اشتراط الشركة بالإرادة. ومن الغريب ما في المسالك من الميل إلى قول القاضي حيث قال بعد ذكر النصوص: «ويمكن التوفيق بين النصوص بأمرين أحدهما: أن يكون في الثاني قد شرط قصره على الأوّلين كما يشعر به قوله: «بعد أن أبانهم بصدقة» ويحمل الأوّل على ما لم يشترط ذلك على ما يدلّ عليه إطلاقه فيكون ذلك كقول القاضي، والثاني: حمل النفي في الثاني على الكراهة جمعاً وكلاهما متّجه إلّا أنّ الأوّل من التأويلين أوجه»[٧]. إذ هو كما ترى منافٍ للاستثناء الظاهر في الاتصال في الخبر المزبور وبعيد عن لفظ «الإبانة» أو «التبيين»، فلا ريب في أنّ الجمع بينهما بما ذكرناه. وخبر قرب الإسناد إنّما هو على مذاق غيره من النصوص الدالّة على ثبوت السلطنة للوالد على مال ولده نحو «أنت ومالك لأبيك»[٨] المحمولة على رجحان عدم معارضة الولد للوالد فيما أحبّه لو كان بالغاً، وعلى ثبوت الولاية له على ماله على حسب الوجه الشرعي فلابدّ من حمل «الصدقة» فيه على ما يقبل التشريك الحاصل من الوالد ولو بسبب جديد حتى في الوقف بالنظر إلى التشريك معه في المنفعة بصلح ونحوه.

---

(١) (٧) المهذب ٢: ٨٩. المسالك ٥: ٣٧١.
(٢) انظر الوسائل ١٩: ٢٠٤، ب ١١ من الوقوف والصدقات.
(٣) (٤) الوسائل ١٩: ١٨٣، ب ٥ من الوقوف والصدقات، ح ١، ٢.
(٥) المصدر السابق: ١٨٤، ح ٣.
(٦) قرب الإسناد: ٢٨٥، ح ١١٢٦. الوسائل ١٩: ١٨٥، ب ٥ من الوقوف والصدقات، ح ٥، وفيهما: «الهبة من الولد».
(٨) الوسائل ١٧: ٢٦٣، ٢٦٥، ٢٦٦ ب ٧٨ ممّا يكتسب به، ح ١، ٢، ٨، ٩.

فظهر لك من هذا كلّه أنّ الوقف متى تمّ لم يجز له حينئذٍ تغييره بإدخال أو إخراج أو نقل إلّا مع الشرط الذي ذكرناه [١].

وممّا ذكرنا ظهر لك جواز كلّ شرط سائغ في الوقف حتى أنّه لو شرط أن لا يوجر من ضعيف أو مماطل أو لا يوجر أزيد من عام مثلاً أو لا يوقع عليه عقداً حتى ينقضي مدّة الأوّل أو لا يسلّم حتى يقبض الأجرة ونحو ذلك.

نعم لو شرط أنّ له كلّ ما شرط الواقفون في وقفهم أو سيشترطونه [٢]. [فالظاهر البطلان، لكن قد يقال بعدمه].

(و) كيف كان فـ(**القبض معتبر**) في الصحّة أو اللزوم (**في الموقوف عليهم أوّلاً**)، وإن شاركهم في طبقتهم من يتجدّد من المعدومين (**ويسقط اعتبار**) غير (**ذلك**) من القبض (**في بقية الطبقات**) [٣].

---

[١] **لكن في المقنعة: لو حدث في الموقوف عليهم حدث يمنع الشرع عن معونته والصدقة عليه والتقرّب إلى الله تعالى بصلته جاز التغيير، فإنّ الوقف صدقة فلا يستحقه من لا يستحقّها، فإذا حدث في الموقوف عليه كفر أو فسق بحيث يستعان بذلك المال عليهما جاز حينئذٍ للواقف التغيير والإدخال**[١]. **ونفى عنه البعد في المختلف**[٢]، **قال: «وإن منعه الحلّي وغيره» ثمّ قال: «وهذا مع حدوث المانع، أمّا لو كان حاصلاً حال الوقف فلا»**[٣]. وهو كما ترى لا يخفى ما فيه إذا لم يكن ذلك على جهة تغيير العنوان؛ ضرورة معلومية اللزوم في عقد الوقف، ولا دليل على جواز نقضه وتغييره بحدوث الحادث المزبور في الموقوف عليه الذي صار الموقوف بسبب الوقف كسائر أمواله.

اللهمّ إلّا أن يدّعى أنّ الوقف لمّا كانت صدقة جارية اعتبر في استدامته ما اعتبر في ابتدائه من كون الموقوف عليه محلّاً للصدقة، ولكن هي أيضاً كما ترى.

[٢] **ففي الدروس: «بطل للجهالة وعن بعض العلماء جوازه، وكأنّه يحمله على الشروط السائغة بأسرها، ولو أنّه صرّح بذلك فالظاهر البطلان؛ لعدم انحصارها»**[٤].

قلت: قد يقال: إنّه لم يثبت البطلان بعدم الانحصار هنا، بعد فرض تناول عموم «الوقوف» و«المؤمنون» له، والله العالم.

[٣] **بلا خلاف أجده فيه**، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل قد تشعر به عبارة بعضهم في باقي الطبقات؛ لعموم الأدلّة وإطلاقها التي اقتصر في الخروج عنهما على هذا المقدار من القبض، دون غيره الذي يمكن دعوى القطع بعدم اعتباره، وهذا هو العمدة. لا ما ذكروه من أنّهم يتلقّون الملك عن الأوّل وقد تحقق الوقف ولزم بقبضه، فلو اشترط قبض الثاني لانقلب العقد اللازم جائزاً بغير دليل وهو باطل؛ إذ هو كما ترى؛ ضرورة أنّ التلقّي من الواقف وخصوصاً مع شركة المعدوم معهم في طبقتهم، فمع فرض عموم دليل القبض وعدم حصوله من الحاكم الذي هو وليّ البطون لا مانع من صيرورة العقد لازماً في حقّ من قبض دون غيره ممّن فقد الشرط، وليس ذلك انقلاباً للعقد، ولا تبعيضاً ممنوعاً، بل أقصاه أنّه يكون منقطعاً مع فرض الفسخ قبل قبض الطبقة الثانية أو عدم قبضهم، والممنوع إنّما هو انقلابه جائزاً في حقّ من لزم في حقّه بلا دليل كما هو واضح، والأمر سهل بعد معلومية الحال.

---

(١) المقنعة: ٦٥٢، والعبارة مأخوذة من التنقيح.
(٢) كذا في النسخ ولكن لم نعثر عليه فيه، نعم هو موجود في التنقيح.
(٣) التنقيح ٢: ٣٢٢.
(٤) الدروس ٢: ٢٧١.

(**ولو وقف على الفقراء أو على الفقهاء**) أو نحو ذلك ممّن لا يمكن حصول القبض منهم أجمع (**فلابدّ**) بعد فرض تناول دليل اعتبار القبض لذلك (**من**) قبض الحاكم الذي هو الولي العام أو (**نصب قيّم**) منه (**لقبض الوقف**) ولا يكفي قبض بعض المستحقّين فإنّه ليس هو الموقوف عليه، بل الجنس الذي لا يتحقّق القبض بالنسبة إليه إلّا بقبض جميع أفراده أو الولي العام، دون بعض أفراده [١].

[ولا يجب على الواقف نصب قيّم لذلك].

نعم له اشتراط الناظر على وقفه في عقد وقفه [٢].

---

[١] ومن هنا كان قبض الحاكم للزكاة قبضاً للفقراء أجمع وموجباً لبراءة ذمّة الدافع وكان له الصلح عنها بخلاف قبض بعض مستحقّيها، فإنّه لا يكون قبضاً لها عن الجميع، وإنّما له قبض ما يخصّه الدافع به، باعتبار كونه مصرفاً من مصارفها، كما هو واضح، هذا.

ولكن في الدروس والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح: أنّ للواقف نصب قيّم لذلك[1].

بل في الثاني منها: «خصوصاً مع فقد الحاكم ومنصوبه ومحلّ نصبه قبل إيقاع الصيغة إن اعتبرنا فوريته، وإلّا فقبله أو بعده»[2].

وفيه: أنّه لا دليل على أنّ له هذه الوظيفة باعتبار كونه واقفاً.

[٢] لعموم «المؤمنون عند شروطهم»[3] وهو غير قابض الوقف.

وربّما استدلّ له بما في صحيح صفوان السابق في مبحث القبض «إن كان أوقفها لولده ولغيرهم ثمّ جعل لها قيّماً لم يكن له أن يرجع فيها... إلى آخره»[4].

وبما في التوقيع السابق: «فإنّ ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيّماً عليها، ولا يجوز لغيره»[5]. إلّا أنّ الثاني منهما إنّما هو في الناظر؛ ضرورة كون الوقف فيه خاصاً عليه، فلا يراد من القيّم فيها إلّا الناظر في عمارتها، وأداء خراجها ومؤنتها وإيصال ما بقي من دخلها إليه.

وأمّا الأوّل منهما فهو - مع أنّ من الموقوف عليه ولده ولم يتعرّض فيه لقبضهم أو للقبض عنهم، والقيّم لا يجدي بالنسبة إليهم - ظاهر في الاكتفاء في مثل هذا الوقف بذلك ولا يحتاج إلى قبض، ولا دلالة فيه على ما ذكروه من النصب المزبور قبل الوقف أو بعده.

بل لعلّ إلتزام ذلك أولى منه، بدعوى أنّه لا دليل على اعتبار القبض في مثل الفرض لاختصاص أدلّته بما لا يشمله، فإطلاق الأدلّة وعمومها بحاله بالنسبة إلى نفي شرطيّته فيه وحينئذٍ فما ذكروه لا يخلو من إشكال، خصوصاً بعد اعترافهم بأنّ المراد ممّا أطلقه المصنّف وغيره من نصب الحاكم لا ما يشمل ذلك.

---

(١) الدروس ٢: ٢٦٧. المسالك ٥: ٣٧٢. الروضة ٣: ١٦٦. كفاية الأحكام ٢: ٩. المفاتيح ٣: ٢١٥.

(٢) المسالك ٥: ٣٧٢.

(٣) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

(٤) الوسائل ١٩: ١٨٠، ب ٤ من الوقوف والصدقات، ح ٤.

(٥) المصدر السابق: ١٨٢، ح ٨، وفيه: «إنّما لا يجوز ذلك لغيره».

(**ولو كان الوقف على مصلحة**) كالقنطرة والمسجد ونحوهما (**كفى إيقاع الوقف عن اشتراط القبول**) [١].

[ولكن التحقيق عدم الاكتفاء بذلك ، بل لابدّ من القبول من الحاكم أو منصوبه].

إنّما الكلام في قول المصنّف [٢] : (**وكان القبض إلى الناظر في تلك المصحلة**) [٣].

[التحقيق أنّه لم يكن القبض إلى الناظر فيها بل إنّما هو للحاكم].

(**ولو وقف مسجداً صحّ الوقف ولو صلّى فيه واحد**) بإذنه بنيّة أنّه قبض له ، بل حتى لو كان هو الواحد ، (**وكذا**

٨٧/٢٨

---

[١] **عند المصنّف وجماعة .**

بل في المسالك : أنّ وجهه ظاهر ؛ لأنّ القبول يكون من الموقوف عليه .

وقد عرفت أنّ الموقوف عليه في مثل ذلك هو الجهة ، ولا يعقل اعتبار قبولها ، بخلاف ما لو كان الوقف على معيّن فإنّ قبوله ممكن[١] .

وإن كان لا يخفى عليك ما فيه ؛ ضرورة كون القبول جزءً من الوقف الذي قد عرفت الإجماع على أنّه من العقود ، فهو أولى من القبض الذي هو شرط على فرض اعتباره ، وتكلّفوا حصوله بقبض الناظر والحاكم وغيرهما ، وقد مرّ تحقيق المسألة وقلنا : الظاهر وحدة سببية الوقف لا أنّه عقد في المعيّن ، وإيقاع في غيره ، وقد استظهرنا كونه عقداً في الجميع ، فلابدّ من القبول من الحاكم أو منصوبه في المفروض فضلاً عن سابقه .

[٢] **ومن تأخّر عنه هنا .**

[٣] الذي هو مبني على اعتبار القبض في الوقف مطلقاً **حتى أنّه في المسالك نفى الريب عنه[٢] . كما أنّ فيها وفي غيرها أيضاً : أنّه « إن كان لتلك المصحلة ناظر شرعي من قبل الواقف تولّى القبض من غير اشتراط مراجعة الحاكم ؛ لأنّ الناظر مقدّم عليه ، فإن لم يكن لها ناظر خاصّ فالقبض إلى الحاكم »[٣] .** وإن كان قد يناقش بأن لا دليل على اقتضاء نظارته المستفادة من عموم « المؤمنون ... إلى آخره »[٤] ثبوت ولاية له على وجه يكون قبضه لما يوقف على الصرف فيها قبضاً عن الموقوف عليه .

اللهمّ إلّا أنْ يقال : إن مشروعية نظارته تقتضي ذلك ، أو يقال : إنّ الوقف إنّما هو على المصلحة التي تحقّق ولايته عليها باشتراط النظارة فيها ، فيكون وليّاً لها بالنسبة إلى ذلك .

لكن فيه ما عرفت من أنّ الوقف في ذلك على المسلمين وإن صرف في المصلحة الخاصّة لهم ؛ لعدم قابلية الجهة للوقف عليها ، وحينئذٍ فاشتراط نظارته فيها لا تقتضي الولاية على المسلمين على وجه يقوم قبضه ما يوقف لإرادة تعميرها ونحوه مقام قبضهم فضلاً عن أن يكون هو مقدّماً على الحاكم الذي هو الولي العام .

ولعلّه لذا وغيره عبّر في الرياض عن هذا الحكم بلفظ قالوا[٥] مشعراً بعدم الإذعان له .

---

(١)(٢) المسالك ٢ : ٣٧٢ .

(٣) المسالك ٢ : ٣٧٢ ـ ٣٧٣ .

(٤) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٥) الرياض ٩ : ٢٨٣ .

لو وقف مقبرة تصير وقفاً بالدفن فيها ولو واحداً) كذلك [١].

[إلّا أنّه مشكل لو لم يثبت إجماع فلابدّ من قبض الحاكم أو منصوبه].

---

[١] لتحقّق القبض حينئذٍ بذلك.

ولعلّ دليله ما يقال من الإجماع المستفاد من الإيضاح وجامع المقاصد[١] وإن كنّا لم نتحقّقه.

نعم ذكره غير واحد من الأصحاب ذكر المسلّمات.

فإن تمّ إجماعاً [فهو] وإلّا فلا يخفى ما فيه من الإشكال؛ ضرورة أنّه لا ولاية للفاعل على جميع الموقوف عليهم حتى يكون القبض منه بالفعل المزبور قبضاً عنهم.

على أنّه لم يعتبر أحد منهم في القبض فيها وفي غيرها انتفاع القابض بالموقوف فيما وقفه عليه واقفه وإلّا لاكتفى به في باقي الأوقاف العامة التي قد عرفت أنّه لابدّ من نصب قيّم فيها.

ودعوى الفرق بينهما بأنّ الوقف فيها على الجهة، فيكفي قبض واحد من عباد الله، بخلاف غيرها من الوقف على الفقراء ونحوهم كما ترى لا تستأهل ردّاً.

ضرورة أنّ الوقف هنا على المسلمين أو أخصّ منهم، كما في المقبرة الخاصّة، مع أنّ الفعل المزبور فرع حصول الوقف لا أنّه به يتم الوقف وخصوصاً في أمثال ذلك من المصالح العامة التي مرجعها للمسلمين.

بل إن أُريد حصر قبضها لمثل ذلك على وجه لا يجزي غيرها ازداد إشكالاً؛ لمخالفته لعموم ولاية الحاكم المقتضي للاكتفاء بحصول القبض منه، ومن منصوبه بالاستيلاء عليه بإذن الواقف كغيره من الموقوفات من غير حاجة إلى صلاة أو دفن.

ولذا صرّح الفاضل في القواعد[٢] والمحقّق الثاني في جامعه[٣] والشهيد الأوّل في دروسه[٤] والثاني في مسالكه بالاكتفاء[٥] به [= بقبض الحاكم أو منصوبه] كما هو المحكي عن الإيضاحين[٦] والتنقيح[٧] والكفاية[٨] والمفاتيح[٩].

إلّا أنّ الجميع ذكروا ذلك بلفظ الأقرب والأقوى ونحوهما، مشعرين باحتمال العدم، كما صرّح به في جامع المقاصد قال: «لعدم النصّ»[١٠]، وظاهره وجوده في الأوّل، لكن لم نعثر عليه.

---

(١) قاله في مفتاح الكرامة ٩: ٢٨. انظر الايضاح ٢: ٣٨٢. جامع المقاصد ٩: ٢٤ ـ ٢٥.

(٢) القواعد ٢: ٣٨٩.

(٣) جامع المقاصد ٩: ٢٥.

(٤) الدروس ٢: ٢٦٧.

(٥) المسالك ٥: ٣٧٣.

(٦) الايضاح ٢: ٣٨٢. نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٩: ٢٩.

(٧) التنقيح ٢: ٣٠٢.

(٨) كفاية الاحكام ٢: ٩.

(٩) المفاتيح ٣: ٢١٥.

(١٠) جامع المقاصد ٩: ٢٥.

وعلى كلّ حال فقد [قيد] [١] بوقوع ذلك بإذن الواقف ليتحقق الإقباض الذي هو شرط صحّة القبض وبوقوعهما [= الصلاة والدفن] بنية القبض أيضاً [٢].

(ولو صرف الناس في الصلاة في المسجد أو في الدفن ولم يتلفّظ بـ) ـصيغة (الوقف لم يخرج عن ملكه) [٣].

---

[١] [كما] قيّده غير واحد [بذلك].

[٢] فلو أوقعاه لا بنيّته ـ كما لو وقع قبل العلم بالوقف أو بعده قبل الإذن في الصلاة أو بعدها لا يقصد القبض إمّا لذهوله عنه أو لغير ذلك ـ لم يعتبر ، وهو مؤكّد لما قلناه هناك في القبض .

لكن في جامع المقاصد[١] وتبعه غيره : « وإنّما اختص هذا الوقف بنيّة القبض ولم يشترط في مطلقه ؛ لأنّ المقصود هنا صرفه إلى الجهة الموقوف عليها ، وقبض بعض المستحقين كقبض الأجنبي بالنسبة إلى قبض الموقوف عليه فلابدّ من نيّة صارفة له إلى الوقف ، بخلاف الوقف على معيّن ، فإنّ قبضه متحقّق لنفسه والمطلوب صرفه إليه وهو حاصل ، فلا حاجة إلى قصد بعينه .

ومن الفرق يظهر أنّ القابض لو كان وكيلاً عن الموقوف عليه اعتبر قصده القبض عن الغير وكذا لو وقف الأب والجد ما بيدهما على المولّى عليه اعتبر قبضهما عن الطفل ولا يكفي استصحاب يدهما ؛ لأنّ القبض السابق محسوب لنفسه لا لغيره »[٢].

ولا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه سابقاً ما في هذا الكلام بعد معلومية كون القبض يقع على وجوه متعدّدة فلابدّ من تشخيصه بالقصد .

وإن كان الوقف على معيّن سواء كان في يده المال بعارية ونحوها أو لم يكن فلا يكفي فاقد القصد فضلاً عن المقصود به عدم قبض الوقف كما هو واضح .

مع أنّه قد يقال في المقام الذي فرض دليله إطلاق الأصحاب ذلك : الاكتفاء بذلك كيف كان للإطلاق المزبور .

اللهمّ إلّا أن يقال : بانسياق المقصود من القبض منه دون الأعم ، ومثله آت في الوقف على المعيّن مع فرض وجود إطلاق يقتضي الاكتفاء به .

وإلّا فقد عرفت أنّ ظاهر الأدلّة : القبض المقصود به قبض وقف كما عرفت الكلام فيه مفصّلاً .

وكذا المنساق بعد انحصار الدليل في الإطلاق المزبور الوقوع على الوجه الشرعي .

وكون المدفون من جملة الموقوف عليهم كالمسلم فيما يوقف على المسلمين وفي حكمه من يتبعه من طفل أو مجنون ، بل والمسبي في وجه قويّ ، كما صرّح بذلك كلّه بعضهم[٣] .

وإن كان لا يخلو من نظر في بعض الأفراد التي يمكن دعوى تحقّق صدق القبض فيها كالدفن الذي لم يمنع الرائحة مثلاً .

[٣] بلا خلاف أجده فيه هنا .

---

(١) انظر جامع المقاصد ٩ : ٢٤ ـ ٢٥ .

(٢) (٣) المسالك ٥ : ٣٧٣ ، وفيه : « قصد تعيينه » .

(وكذا لو تلفّظ بالعقد ولم يقبّضه) [١]. [فالوقف كالنكاح لا يجري فيه إلّا العقد ولا تجري فيه المعاطاة].

[لواحق عقد الوقف]:

(النظر الثالث: في اللواحق).

(وفيه مسائل:)

[زوال الملك مع الوقف]:

(الأُولى: الوقف) إذا تمّ زال عن ملك الواقف [٢].

---

[١] بل في المسالك: «هذا موضع وفاق، وإنّما نبّه به على خلاف أبي حنيفة حيث جعل الوقف متحققاً بالإذن مع الصلاة وبالدفن كذلك محتجّاً بالعرف وقياساً على تقديم الطعام للضيف، والعرف ممنوع، والفرق ظاهر»[١]. قلت: لكن قد ذكرنا في أحكام المساجد أنّه قال في المبسوط: «إذا بنى مسجداً خارج داره في ملكه، فإن نوى به أن يكون مسجداً يصلّي فيه كلّ من أراده زال ملكه، وإن لم ينو ذلك فملكه باقٍ عليه، سواء صلّى فيه أو لم يصلّ»[٢]. وقال في الذكرى: «ظاهره الاكتفاء بالنية... وليس في كلامه دلالة على التلفّظ، ولعلّه الأقرب»[٣]. ونحوه في الدروس ومحكيّ مجمع البرهان[٤]. وقلنا هناك: إنّ دليلهم دعوى السيرة من المسلمين على ذلك وهي ممنوعة. وعن جامع المقاصد: أنّ في النفس من ذلك شيئاً؛ لأنّ الحال فيه كالحال في غيره من العقود مثل النكاح[٥]. قلت: هو حينئذٍ كالنكاح من العقود الخاصّة لا غيره ممّا شرّعت المعاطاة فيه بالسيرة القطعية عند القائل بها كما نقّحناه في محلّه، إلّا أنّها لمّا كانت مفقودة في مثل المساجد ونحوها فضلاً عن غيره من الأوقاف الخاصّة، قلنا: إنّه كالنكاح لا يجري فيه إلّا العقد ولا تشرع فيه المعاطاة وإن حكي عن بعض المعاصرين المتأخّرين توهّم ذلك، إلّا أنّه كما ترى.

[٢] عند الأكثر، بل عن المشهور[٦]، بل في محكي الغنية والسرائر الإجماع عليه[٧]. وهو الحجة، على ما تفرّد به أبو الصلاح في ظاهر المحكي من كافيه من البقاء على ملك الواقف[٨]. مضافاً إلى إمكان دعوى القطع به من النصوص التي ستسمع بعضها في إثبات انتقاله إلى الموقوف عليه. ومضافاً إلى دعوى كون ذلك هو المراد من إنشائه الذي شرّع الشارع المعنى المتعارف فيه على نحو شرعه باقي العقود، وإن جعل لها شرائط صحّة ولزوم، خصوصاً بعد ملاحظة كونه قسماً من الصدقات.

وقوله ﷺ: «حبّس الأصل وسبّل الثمرة»[٩] لا دلالة فيه على ما ينافي ذلك؛ ضرورة إمكان إرادة بقاء الأصل محبوساً ولو على ملك الموقوف عليه، بحيث لا يباع ولا يوهب ولا يورث؛ إذ الحبس فيه مقابل تسبيل الثمرة لا الحبس الذي هو العقد المقتضي بقاء ملك العين للمالك؛ إذ هو قسيم الوقف لا نفسه. وجواز إدخال من يريد فيه ـ مع صغر الأولاد وإن لم يشترط ـ قد عرفت منعه عندنا. مع أنّه لا يدلّ على ذلك؛ ضرورة إمكان كونه لدليل شرعي، وهو النصوص السابقة، وإلّا فلا إشكال في كون الثمرة للموقوف عليه، فتكفي حينئذٍ في المنع عن التشريك المزبور كما هو واضح.

فما عن بعض العامة من بقائه على ملك الواقف[١٠] لذلك وللأصل المقطوع بما عرفت واضح الفساد.

---

(١)(٦) المسالك ٥: ٣٧٤، ٣٧٥.
(٢) المبسوط ١: ١٦٢.
(٣)(٥) الذكرى ٣: ١٣٣. جامع المقاصد ٢: ١٥٧. حكا عنه وعما قبله في مفتاح الكرامة ٩: ١١.
(٤) الدروس ١: ١٥٦. مجمع الفائدة والبرهان ٢: ١٦٠.
(٧) الغنية: ٢٩٨. السرائر ٣: ١٥٢، ١٥٣.
(٨)(١٠) الكافي: ٣٢٤ـ ٣٢٥. المجموع ١٥: ٣٤٠.
(٩) المستدرك ١٤: ٤٧، ب٢ من الوقوف والصدقات، ح١.

بل الأقوى ما أطلقه المصنّف من أنّه (**ينتقل إلى ملك الموقوف عليه**) [١]، سواء كان على معيّن أو غير معيّن أو جهة عامّة حتى المسجد والمقبرة التي وقف على المسلمين مثلاً [٢]؛ (**لأنّ فائدة الملك**) باستحقاق النماء والضمان بالتلف ونحوهما (**موجودة فيه**) [٣]. وعلى كلّ حال فلا محيص عن القول بالملك للموقوف عليه، (**والمنع من البيع لا ينافيه كما في أُمّ الولد و**) غيره مع أنّه (**قد يصحّ بيعه على وجه**) من الوجوه [٤].

---

[١] **كما عن المبسوط وفقه القرآن والغنية والسرائر والتذكرة والإرشاد وشرحه لولده وجامع الشرائع والتحرير والمختلف**(١).

[٢] **بل في المسالك نسبة ما في المتن إلى الأكثر**(٢)**، وعن غيرها إلى المشهور**(٣).

[٣] ونقض ذلك بضمان بواري المسجد وآلاته ـ مع أنّها ليست مالاً ـ يدفعه: منع عدم كونها مالاً، وإلّا لم تضمن؛ ضرورة اقتضاء اعتبار المالية في الضمان المستفاد من قوله عليه السلام: « من أتلف مال غيره »(٤) ونحوه فيتعيّن حينئذٍ ضمانها للمسلمين الذين هم الموقوف عليهم، كباقي أموالهم من أرض الخراج وغيره؛ لعلوّ رتبة مالك السماوات والأرض عن التشبيه بملك الآدميّين، وما كان له ذلك فهو لوليّه كما في الأنفال، ومن المعلوم عدم كون المقام منها.

[٤] عند كثير من الأصحاب، ولما سمعته سابقاً من أنّ كلّ وقف لابدّ له من موقوف عليه، بل هو من أركانه، وأنّ الوقف على الجهات في الحقيقة على المسلمين والمراد بـ« الموقوف عليه »: هو الذي يتصدّق عليه بعين الموقوف ومنفعته، كما هو صريح ما ورد عنهم عليهم السلام في صدقاتهم. ففي صدقة الكاظم عليه السلام: « هذا ما تصدّق به موسى بن جعفر[عليهما السلام] تصدّق بأرضه بمكان كذا وكذا وحدّ الأرض كذا وكذا كلّها ونخلها وأرضها وبياضها ومائها وأرجائها وحقوقها وشربها من الماء وكلّ حقّ قليل أو كثير هو لها في مرفع أو مظهر أو مفيض أو مرفق أو ساحة أو شعبة أو مشعب أو مسيل أو عامر أو غامر تصدّق بجميع حقّه من ذلك على ولده من صلبه الرجال والنساء... إلى آخره »(٥). بل هو المستفاد من قول أمير المؤمنين عليه السلام لما جاءه البشير بعين ينبع، فقال: « بشّر الوارث هي صدقة بتّة بتلاً في حجيج بيت الله تعالى وعابر سبيل الله لا تباع ولا توهب ولا تورث، فمن باعها أو وهبها فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً »(٦). فإنّ المراد بـ« الوارث »: الموقوف عليه، كما أنّ المراد من قوله عليه السلام: « بتّة بتلاء » بائنة منقطعة عن صاحبها، بل لعلّ قوله عليه السلام: « لا تباع ولا توهب » يومئ إلى إرادة الصدقة بها عيناً ومنفعة على الموقوف عليه، إلّا أنّ الصدقة بالعين ليس على حدّ غيرها من الصدقة التي تباع وتوهب، بل هي له على إرادة ملك نحلتها مثلاً ملكاً مطلقاً. على أنّه لا إشكال في أنّ أمثال هذه العيون والبساتين والدور والعبيد أموال تضمن بالتلف، وليس في الشرع مال بلا مالك، والفرض خروج الواقف بوقفه عنه، فليس إلّا الموقوف عليه الذي قصد التصدّق به عليه. ودعوى كونه لله واضحة الفساد؛ ضرورة أنّ المتصدّق قد قصد بصدقته خصوص الموقوف عليه، ومقتضى شرعية ذلك ترتّب ما قصده عليه لا غيره. على أنّ ربّ العزّة تعالى عن شبه ملك الآدميين، وإنّما هو مالك السماوات والأرضين، وما نحن فيه من الملك المالي المختصّ بالآدميين، وملكه بالمعنى المزبور إنّما هو

---

(١) المبسوط ٣: ٢٨٧. فقه القرآن ٢: ٢٩٣. الغنية: ٢٩٨. السرائر ٣: ١٥٣ ـ ١٥٤. التذكرة ٢: ٤٤٠ (حجرية). الإرشاد ١: ٤٥٤. شرح الإرشاد: ٢٢٢ ـ ٢٢٣ (مخطوط). الجامع للشرائع: ٣٦٩. التحرير ٣: ٢٩٠ ـ ٢٩١. المختلف ٦: ٢٩٤.

(٢)(٣) المسالك ٥: ٣٧٥. كفاية الأحكام ٢: ١٩. (٤) انظر الوسائل ٢٧: ٣٢٧، ب ١١ من الشهادات.

(٥) الوسائل ١٩: ٢٠٢، ب ١٠ من الوقوف والصدقات، ح ٤. (٦) الوسائل ١٩: ١٨٦، ب ٦ من الوقوف والصدقات، ح ٢.

لوليّه كما في النص، والتزام ذلك هنا معلوم الفساد؛ ضرورة عدم كون العين الموقوفة من الأنفال التي هي للإمام عليه السلام بحقّ الإمامة، كما هو المعلوم من حصرها بغير المقام، كما هو واضح. وبذلك كلّه ظهر لك وجه الدليل في المسألة، لا ما يذكر في جامع المقاصد والمسالك[1] وغيرهما ممّا هو واضح الضعف. **ومن الغريب مع اعتراف بعضهم بضعف ما ذكروه دليلاً، قال: «الأقوى الانتقال إليه، لكنّه إنّما يتم في الموقوف عليه المعيّن، أمّا لو كان على جهة عامة أو مسجد ونحوه فالأقوى أنّ الملك فيه لله تعالى شأنه**؛ لتساوي نسبة كلّ واحد من المستحقين إليه، واستحالة ملك كلّ واحد أو واحد معيّن أو غير معيّن للإجماع واستحالة الترجيح ولا المجموع من حيث هو مجموع لاختصاص الحاضر به»[2]. **وكأنّه تبع بذلك الفاضل في قواعده حيث إنّه بعد أن جزم بزوال الوقف عن مالكه، قال: «ثمّ إن كان مسجداً فهو فك ملك كالتحرير، وإن كان على معيّن فالأقرب أنّه يملكه، وإن كان على جهة عامّة فالأقرب أنّ الملك لله تعالى»**[3]. وإن كان مخالفاً له في المسجد ونحوه. وفيه أوّلاً ـ مضافاً إلى ما عرفت ـ: إمكان دعوى الإجماع منّا على الانتقال إلى الموقوف عليه، خصوصاً في المعيّن، وإن أرسل في محكي المبسوط والسرائر[4] قولاً بالانتقال إلى الله تعالى، إلّا أنّ الظاهر كونه للعامّة كما لا يخفى على المتتبّع. بل قيل[5]: ظاهر التذكرة[6] أو صريحها أنّ الخلاف بين الخاصّة والعامّة ـ في أنّه هل ينتقل إلى الموقوف عليه أو إلى الله سبحانه وتعالى؟ ـ إنّما هو فيما إذا وقف على معيّن أو جهة عامّة. وثانياً: إمكان دعوى القطع باتحاد كيفيّة سببيّة الوقف، وأنّ مقتضاه مقتضى واحد سواء كان متعلّقه عامّاً أو خاصّاً ولا إشكال في اقتضائه الانتقال إلى المعيّن، فيثبت في غيره أيضاً مطلقاً؛ إذ كلّ وقف لابدّ له من موقوف عليه كما عرفته في محلّه. وثالثاً: قد ذكرنا غير مرّة أنّ نسبة الملك إلى الكلّي كنسبة المملوكية له ثابتة في الشرع، ولا محيص عن القول بها في مثل الزكاة والخمس والأرض المفتوحة عنوةً والوصية والنذور وغيرها، فما ندري ما السبب الذي دعاهم إلى هذه التكلّفات والتجشّمات التي لا توافق قواعد الفقه، خصوصاً بعد احتماله في الدروس أنّ الملك في المسجد ـ فضلاً عن غيره ـ للمسلمين[7]؛ ضرورة اقتضاء ذلك عدم امتناعه، فيجب أن يكون هو مقتضى العقد الذي قد قصد به الصدقة بالعين والمنفعة عليهم، لكن على الوجه الذي اعتبره الواقف فإنّ «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»[8] بالنسبة إلى ذلك. ولعلّه لذا أطلق المصنّف والمعظم أنّ الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه؛ لمعلومية عدم خلوّ وقف عن موقوف عليه، إمّا عامّ وإمّا خاصّ حتى الوقف على الجهات. **بل لعلّ ما تقدّم من الفاضل[9] من جواز وقف البقرة للحرث مثلاً خاصة**، على معنى بقاء غيره من المنافع على ملك المالك أيضاً كذلك فتكون عين البقرة ومنفعتها الخاصّة للموقوف عليه، وإن بقي غيرها من المنافع على ملك الواقف كما لو استثنى بعض المنافع من تسبيل الوقف، فتأمّل جيّداً في ذلك، بل وفي غيره من الوقف المنقطع بناءً على المختار عندنا من أنّه قسم من الوقف لا أنّه حبس فيتّجه حينئذٍ ما ذكرناه في الوقف المؤبّد، والله العالم. وبذلك كلّه يظهر لك النظر فيما في جملة من كتب الأصحاب كالدروس والإيضاح وجامع المقاصد[10] وغيرها، فتأمّل جيّداً.

---

(١) جامع المقاصد ٩: ٦١ ـ ٦٥. المسالك ٥: ٣٧٥ ـ ٣٧٨. (٢) (٣) المسالك ٥: ٣٧٧. القواعد ٢: ٣٩٤.
(٤) المبسوط ٣: ٢٨٧. السرائر ٣: ١٥٤. (٥) (٧) مفتاح الكرامة ٩: ٧٩. الدروس ٢: ٢٧٧.
(٦) (٩) التذكرة ٢: ٤٤٠ (حجرية). (٨) الوسائل ١٩: ١٧٥، ١٧٦، ب ٢ من الوقوف والصدقات، ح ١، ٢.
(١٠) انظر الدروس ٢: ٢٧٧. الايضاح ٢: ٣٩٠ ـ ٣٩١. جامع المقاصد ٩: ٦١ ـ ٦٥.

وعلى كلّ حال (فلو وقف) عبده أو (حصّة من عبد) مشترك بينه وبين غيره مثلاً (ثمّ أعتقه لم يصحّ العتق) قطعاً (لخروجه عن ملكه) [١] . (و) من هنا (لو أعتقه الموقوف عليه) الذي قد عرفت أنّه المالك عندنا (لم يصحّ أيضاً) [٢] (لتعلّق حقّ البطون به) حيث يكون مؤبّداً عليهم مثلاً ، بل (و) كذا الحال فيما (لو أعتقه الشريك) وإن (مضى العتق في حصّته و) لكن (لم يقوّم عليه) في الحصّة التي هي وقف [٣] .

و(لـ) ـكن في المتن تعليله : بـ(أنّ العتق لا ينفذ فيه مباشرة ، فأولى أن لا ينفذ[١] سراية) [٤] ، (ويلزم من القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم انفكاكه[٢] من الرقّ ويفرق بين العتق مباشرة وبينه سراية) [٥] ؛ لـ(أنّ العتق مباشرة يتوقّف على انحصار الملك في المباشر أو فيه وفي شريكه) [٦] ، (وليس كذلك افتكاكه فإنّه) لا يشترط فيه ذلك ؛ إذ هو (إزالة للرقّ شرعاً) بطريق القهر [٧] . وحينئذٍ (فيسري في باقيه ويضمن[٣] الشريك القيمة ؛ لأنّه يجري مجرى الإتلاف) الموجب لذلك . (و) لكن (فيه تردّد) بل منع [٨] ، فلا ريب في عدم نفوذ العتق فيه مباشرة

---

[١] عندنا ، « ولا عتق إلّا في ملك »[٤] ، بل وعلى القول ببقائه [= الملك] له [= للواقف] لمنافاته ما سبق من الوقف المقتضي حبس العين على وجه لا تتغيّر عيناً ولا منفعةً عمّا وقعت عليه بسبب قهري كالإرث فضلاً عن الاختياري من بيع ونحوه . وفسخه بالشفعة إنّما هو لسبق تعلّقها بالعين قبل حصوله ، فكأنّه صار وقفاً مستحقّاً في عينه الشفعة ، وليس كذلك الخيار المتعلّق بالعقد دون العين كما أوضحناه في محلّه . وعلى كلّ حال ظاهر أدلّة مشروعيّته عدم تغيّره بسبب من الأسباب إلّا ما خرج .

[٢] لما سمعت ، و[لذلك] .

[٣] لما عرفت من اقتضاء الوقف بقاوها .

[٤] لأنّ العتق مباشرة أقوى من العتق بالسراية ؛ لأنّه يؤثّر إزالة الرقّ بلا واسطة ، وهي إنّما تؤثّر فيه بالواسطة ، ولأنّها من خواصّ عتق المباشرة وتوابعه ، فإذا لم يؤثّر الأقوى المتبوع وذو الخاصّة ، فالأضعف والتابع أولى . فاتجه له [= المصنّف] أن يقول [ذلك] .

[٥] (بـ)ـفقدان الشرط الأوّل .

[٦] وهو هنا مفقود لتعلّق حقّ البطون .

[٧] لقوله ﷺ : « من أعتق شقصاً من عبد وله مال قوّم عليه الباقي »[٥] .

[٨] بعدما عرفت من أنّ الدليل ظهور أدلّة الوقف في بقاء العين على وجهٍ لا يؤثّر في تغييرها عنه السبب الاختياري بعوض ودونه كالهبة والبيع ، ولا القهري كالإرث . بل لعلّ ما في النصوص[٦] من أنّه لا تباع ولا توهب ولا تورث يشير إلى ذلك ، وحينئذٍ فلا يعارضه أدلّة الأسباب الأُخر من غير فرق بين دليل السراية وغيره ، مع عدم تماميتها في المنقطع بناءً على المختار من كونه قسماً من الوقف حقيقة لا حبساً . وليس مبنى المنع شركة البطون التي لاحظها المصنّف في الفرق بين العتق مباشرة وسراية . على أنّه قيل : من شرط السراية أن تستلزم الانتقال إلى ملك المعتق[٧] وهو مفقود في المقام .

---

(١) في الشرائع زيادة : « فيه » .
(٢) (٣) في الشرائع : « افتكاكه » ، « فيضمن » .
(٤) الوسائل ٢٣ : ١٥ ، ١٦ ، ب٥ من العتق ، ح١ ، ٢ ، ٦ ، مع اختلاف فيهم .
(٥) المستدرك ١٥ : ٤٦١ ، ب١٦ من العتق ، ح٥ ، وفيه : « له من مملوك » بدل « من عبد » .
(٦) انظر الوسائل ١٩ : ١٨٥ ، ب٦ من الوقوف والصدقات .
(٧) مفتاح الكرامة ٩ : ٨٢ .

ولا سراية [١].

[حكم ما لو وقف الواقف مملوكاً]:

المسألة (الثانية : إذا وقف مملوكاً) فـ[قيل :] [٢] (كانت نفقته في كسبه شرط[١] ذلك أو لم يشترط) وإن قلنا بانتقاله إلى الموقوف عليه [٣].

نعم (لو عجز عن الاكتساب) بما لا ينعتق به (كانت نفقته على الموقوف عليهم) ، [وفيه إشكال] [٤].

---

[١] **وفاقاً للمشهور ، بل في المسالك[٢] كاد أن يكون إجماعاً** ، بل لم أجد قائلاً بخلافه . ثمّ انّ ظاهر المتن اختصاص جريان الاحتمال المزبور [أي السراية] على القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم دون القول ببقائه على ملك الواقف أو انتقاله إلى الله تعالى شأنه . **بل هو صريح الدروس حيث قال : « إنّ الوجهين مبنيان على المالك ، فإن قلنا : هو الله تعالى أو الواقف فلا سراية ، وإن جعلناه الموقوف عليه فالأقرب عدم السراية »**[٣] .

وفي غاية المراد : « أنّ احتمال التقويم [يضعف] على تقدير القول بالانتقال إلى الله تعالى ، ويقوى على تقدير القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم »[٤] . ولم يتعرّض لحكمه على القول ببقائه على ملك الواقف . وربّما وجّه بأنّ انتقاله إلى الله سبحانه في معنى التحرير فلا وجه للسراية فيه ، إلّا أنّه كما ترى ؛ ضرورة إرادة قطع سلطنة الآدميين عنه ، وإلّا فهو كملكهم ، ولذا يباع في بعض الوجوه ، وحينئذٍ فلا مانع من نفوذ العتق فيه مع الدليل . كما أنّ توجيه عدم السراية فيه ـ على القول ببقائه على ملك الواقف بأنّه ليس ملكاً محضاً له لملك البطون منفعته بالوقف ، ومن شرط السراية محضية الملك ـ واضح المناقشة بأنّ دليلها عام .

ومن هنا قال في المسالك : « الحق أنّ الاحتمال قائم على الجميع ؛ لأنّ عموم خبر السراية شامل للجميع ، والمنع مباشرة لعارض موجود كذلك ، وقد قرّرناه سابقاً ، والفرق بين ملك الواقف والموقوف عليه ضعيف جدّاً ، فإنّ كلّاً منهما ممنوع من التصرّف إمّا لحق الموقوف عليه مطلقاً أو لباقي البطون أو لعموم اقتضاء الوقف تحبيس الأصل عن مثل هذا التصرف »[٥] .

قلت : ودعوى أنّها على خلاف القواعد فيقتصر فيها على المتيقّن وهو غير الملك المفروض تقتضي عدم جريانها حتى إذا كان الملك للموقوف عليهم ، كما هو واضح ، والأمر سهل بعد معلومية الحال .

[٢] **[قاله] في محكي المبسوط**[٦] .

[٣] ١ ـ لأنّ نفقته من شروط بقائه كعمارة العقار ، وهي مقدّمة من غلّته على حقّ الموقوف عليه .

٢ ـ ولأنّ الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه وهو موقوف على بقاء عينه (و) إنّما تبقى بالنفقة فيصير كأنّه شرطها من كسبه .

[٤] وفيه : انّ الكسب أحد أموال المولى الذي هو الموقوف عليه ، ولا دليل على اختصاص الإنفاق الواجب عليه من المال المزبور ، وكذا العقار إلّا مع الشرط ، المفروض عدمه .

---

(١) في الشرائع : « اشترط » .
(٢) المسالك ٥ : ٣٧٩ .
(٣) الدروس ٢ : ٢٧٨ .
(٤) غاية المراد ٢ : ٤٣٦ .
(٥) المسالك ٥ : ٣٨١ .
(٦) المبسوط ٣ : ٢٨٨ .

(و) من هنا (**لو قيل في المسألتين كذلك**) أي أنّها عليهم بناءً على الانتقال إليهم (**كان أشبه**) بالأدلّة (**لأنّ**) بها مطلقة في أنّ (**نفقة المملوك تلزم المالك**). من غير فرق [في المالك] بين الموقوف عليه وغيره وبين كسبه وغيره [١].

ولكن لا يخفى عليك أنّ [الظاهر] [٢] عدم الفرق بين كونه معيّناً أو غير معيّن مع فرض وجود مال للأخير، كما لو فرض انّه للفقراء ولهم مال زكاة أو غيرها فلا يتعيّن كونها في كسبه.

وكذا لو قلنا: إنّه لله تعالى شأنه كانت نفقته على غيره من أموال الله تعالى إن كانت وإلّا وجب على بيت المال، أو على الناس كفاية كغيره من المحتاجين، وبناءً على أنّه للواقف تكون النفقة عليه فإن تعذّر كان في بيت المال، وإلّا وجب على الناس كفاية؛ لأنّ المولى هو لا مالك المنفعة، فالنفقة عليه.

وكذا نفقة الأجير والموصى بخدمته إن لم يفهم الاشتراط، أو يكون متعارفاً ينزل عليه العقد، وكذا الكلام في مؤونة تجهيزه بعد موته، وأمّا عمارة العقار مع عدم الشرط فلا يتعيّن كونها من غلّته، بل لهم بذلها من غيره.

نعم مع عدمه أخذت عمارته منها؛ لمعلومية إرادة بقاء العين، فإذا قصرت لم تجب على أحد، بخلاف الحيوان الذي يجب حفظ حياته لمكان النفس المحترمة، وربّما تسمع في النفقات ما له دخل في المقام.

(و) على كلّ حال فـ(**لو صار مقعداً**) مثلاً (**انعتق عندنا فتسقط**)[١] حينئذٍ (**عنه الخدمة وعن مولاه نفقته**)

---

[١] **ومن هنا اختاره جميع من تأخّر عن المصنّف.**

نعم قيّده جماعة بما إذا كانوا معيّنين، وإلّا كانت في كسبه إن كان ذا كسب.

قال بعضهم: وإلّا ففي بيت المال فإن لم يكن بيت مال وجبت كفاية كغيرها من المحتاجين[٢].

بل في الدروس: هي في كسبه أيضاً وإن كان لمعيّنين إن قلنا بأنّ الملك لله تعالى، فإن تعذّر فعلى الموقوف عليهم[٣]. وبناه في المسالك على أنّ نفقة الأجير الخاصّ والموصى بخدمته على مستحقّ المنافع أم لا، فإن جعلناها عليه فهي على الموقوف عليهم أيضاً، وإلّا ففي كسبه، فإن تعذّر ففي بيت المال، ويحتمل كونها في بيت المال مطلقاً ثمّ قال: «وعلى القول بكون المالك الواقف فالنفقة على الموقوف عليه على الأوّل، وعلى الواقف على الثاني، فإن تعذّر لإعسار أو غيره ففي كسبه، فإن قصر ففي بيت المال، ويحتمل تقديم كسبه، وتقديم بيت المال»[٤].

وعن الإيضاح[٥] وظاهر الدروس أو صريحها[٦] أنّها في كسبه.

وعن ظاهر التذكرة في بيت المال[٧].

[٢] [لـ]ـمقتضى إطلاق دليل لزوم النفقة للمالك.

---

(١) في الشرائع: «وسقطت».

(٢) جامع المقاصد ٩: ٧٤.

(٣)(٦) الدروس ٢: ٢٧٨.

(٤) المسالك ٥: ٣٨٢.

(٥) الايضاح ٢: ٣٩٤، حكاه عنه وعما بعده في مفتاح الكرامة ٩: ٩٥.

(٧) انظر التذكرة ٢: ٤٤٢ (حجرية).

لصيرورته حرّاً فيجري عليه حينئذٍ حكم الأحرار [١].

[ما لو جنى العبد الموقوف]:

المسألة (**الثالثة : لو جنى العبد الموقوف عمداً لزمه القصاص**) [٢]، (**فإن كانت دون النفس بقي الباقي وقفاً**) [٣]، (**وإن كانت نفساً اقتصّ منه وبطل الوقف**) حينئذٍ بانتفاء موضوعه (**وليس للمجنيّ عليه استرقاقه**) هنا [٤] وإن جاز في غيره [٥].

(**وإن كانت الجناية خطأً تعلّقت بمال الموقوف عليه**) وإن كان ذا كسب [٦]؛ (**لتعذّر استيفائها**[1] **من رقبته الموقوفة** [٧].

(**وقيل**) [٨]: (**يتعلق**) المال (**بكسبه؛ لأنّ المولى لا يعقل عبداً، ولا يجوز إهدار الجناية، ولا طريق إلى**

---

[١] وكأنّه لا خلاف في ذلك بيننا، ولولاه لأمكن الإشكال في تأثير نحو هذه الأسباب العتق لنحو ما سمعته في السراية. اللهمّ إلّا أن يدّعى قوّة دليلها على أدلّة الوقف ولو لهذا التسالم والله العالم.

[٢] **بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه**؛ لعموم أدلّته على وجه لا تصلح أدلّة الوقف لمعارضتها.

[٣] للأصل.

[٤] **كما هو ظاهر الأكثر.**

[٥] لما فيه من إبطال الوقف الذي قدعرفت اقتضاء الصحيح منه بقاء العين على حالها حتى يرثها وارث السماوات والأرض.

لكن في جامع المقاصد والمسالك[2]**: أنّ له ذلك لأولويته من استحقاق الإبطال بالقتل بعد مطلوبية العفو شرعاً، بل فيه جمع بين ذلك وبين حقّ المجني عليه، والتأبيد في الوقف إنّما هو حيث لا يطرأ عليه ما ينافيه، وهو موجود هنا في القتل الذي هو أقوى من الاسترقاق.**

وهو كما ترى بعد القطع بعدم الأولوية المزبورة وحرمة القياس عندنا.

والتخيير الثابت للمجني عليه إنّما هو في غير الفرض المتعذّر فيه أحد الفردين؛ لظهور قوّة أدلّة الوقف على ذلك من وجوه بالنسبة إليه، دون القصاص الذي لا مدخلية له في تغيير الوقف المستفاد منعه من الأدلّة الظاهرة في إرادة نقله عمّا هو عليه بالسبب الاختياري أو القهري لا نحو ذلك الذي هو من قبيل حدّه بالارتداد ونحوه، ولذا يتعيّن حينئذٍ القصاص دونه.

[٦] **كما عن الشيخ**[3] **وجماعة**، بناء على الانتقال إليهم.

[٧] لاقتضاء ذلك بطلان الوقف في الكلّ أو البعض فيتعيّن عليه الفرد الآخر من التخيير وهو الفداء، كما تعيّن القصاص من الفردين في الأوّل.

[٨] **كما عن الشيخ**[4] **أيضاً.**

---

(١) في الشرائع : «استيفائه».

(٢) جامع المقاصد ٩: ٧٧. المسالك ٥: ٣٨٣.

(٣)(٤) المبسوط ٣: ٢٨٩. حكاهما في المسالك (٥: ٣٨٤) والإيضاح (٢: ٣٩٤).

عتقه فيتوقّع) فيتعيّن ذلك حينئذٍ جمعاً بين الحقين (**وهو**) هنا (**أشبه**) عند المصنّف [١]. [والظاهر تعلّق الجناية من أوّل الأمر برقبة الجاني، وأمّا سقوط حقها عن المولى مطلقاً حتى في كسب العبد فينتظر حينئذٍ انعتاقه القهري أو يأخذ الأرش من بيت المال كالحر المعسر]. وبالجملة فالمتعيّن في المسألة أحد الاحتمالين وإن كان الأوّل أقواهما لا التعلّق بمال المولى مطلقاً، ولا خصوص كسبه، فإن لم يكن كسوباً فبرقبته [٢].

هذا كلّه على القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم، أمّا لو قلنا بعدم انتقاله أو انتقاله إلى الله تعالى [٣] [فكذلك وقيل: يحتمل التعلق بالواقف وبيت المال].

ولكن لا يخفى عليك بعد التأمّل فيما ذكرنا أنّه لا فرق بين الجميع فيما سمعته من الاحتمالين وأقواهما. (**أمّا لو جنى عليه فإن أوجبت الجناية أرشاً**) لكونها خطأ أو كان الجاني حرّاً (**فللموجودين من الموقوف عليهم**) دون غيرهم [٤]. ٩٩/٢٨

---

[١] **وفاقاً للقواعد**[١] **وغيرها، بل عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه**[٢]. وفيه: أنّ كسبه أحد أموال المولى، فالتأدية منه يقتضي عقل المولى له، ولا دليل على اختصاص هذا المال من أمواله، على أنّه لا يتمّ في غير الكسوب. **ومن هنا قال في المسالك: يتجه حينئذٍ تعلّق حقّ الجناية برقبته إذا لم يكن كسوباً، فيجوز بيعه كما يقتل في العمد، بل هو أدنى منه**[٣]. وفيه: أنّ ذلك يقتضي ترجيح أدلّة الجناية على أدلّة الوقف، وحينئذٍ يتّجه تعلّقها من أوّل الأمر برقبته إلّا أن يفديه المولى، كما احتمله الفاضل في المحكي من المختلف[٤]. ولعلّه لا يخلو من قوّة، وإلّا كان المتجه سقوط حقّ الجناية عن المولى مطلقاً حتى في كسب العبد الذي هو أحد أمواله؛ لأنّه لا يعقل عبده، فينتظر حينئذٍ انعتاقه القهري أو يأخذ الأرش من بيت المال كالحرّ المعسر.

[٢] إذ لا يخفى عليك خروجهما عن قواعد الفقه، ولا ينافي ذلك ما ذكرناه في مسألة العمد الذي تعيّن حقّ الجناية وعدم بطلان دم المسلم: بالقصاص، بخلافه هنا فإنّه مع عدم التعلّق برقبته الذي هو مقتضى دليل الجناية يقتضي بطلان دم المسلم ومرجوحية حقّ الجناية بالنسبة إلى حقّ الوقف، والمعلوم خلافه، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق نافع، والله العالم.

[٣] **ففي القواعد**[٥] **وغيرها تعلّق بكسبه، بل في المسالك: هو كذلك قطعاً. لكن قال متصلاً بذلك: «ويحتمل تعلّقها بمال الواقف... وببيت المال»**[٦].

بل في القواعد: «وكذا إن كان على المساكين أو على المعسر»[٧] **أي في التعلّق بالكسب.**

[٤] **كما في محكيّ التحرير والتبصرة**[٨]**، واحتمله في القواعد وقوّاه في محكي المبسوط والإيضاح**[٩]؛ لكونه حينئذٍ شبه المنفعة المختصّة بهم إن لم يكن منها، فلا استحقاق لغيرهم من البطون الذين يتوقّف استحقاقهم على وجودهم المفروض عدمه وعلى وجود العين الموقوفة.

---

(١) (٥) (٧) القواعد ٢: ٣٩٥.
(٢) انظر التذكرة ٢: ٤٤٣ (حجرية).
(٣) المسالك ٥: ٣٨٤ نقلاً بالمعنى.
(٤) المختلف ٦: ٣١٧.
(٦) المسالك ٥: ٣٨٤.
(٨) التحرير (٣: ٣١٦) التبصرة: ١٢٥. حكا عنهما في مفتاح الكرامة ٩: ٩٧.
(٩) القواعد ٢: ٣٩٦. المبسوط ٣: ٢٨٩. الايضاح ٢: ٣٩٥.

(**وإن كانت نفساً توجب القصاص فإليهم**) بناءً على أنّهم المالكون [١]. [وأمّا بناءً على أنّه لله تعالى فالمتجه أنّه للحاكم]. (**وإن أوجبت دية أُخذت من الجاني**) قطعاً، (**وهل يقام بها مقامه؟ قيل: نعم**) [٢]، (**لأنّ الدية عوض رقبته وهي ملك**) ليست ملكاً تامّاً للموجودين (**لـ**) تعلق حقّ ا (**لبطون**) بها [٣]. (**وقيل: لا، بل تكون للموجودين من الموقوف عليهم**) [٤]، (**وهو أشبه**) [٥]؛ (**لأنّ الوقف**) تعلّق بالعين الذي فرض تلفها المقتضي لبطلان الوقف وانقطاع حقّ البطون، و(**لم يتناول القيمة**) [٦]. ولعلّ احتمال كون الدية هنا للواقف [٧] أو لبيت

---

[١] بل ربّما احتمل ذلك [= كونه إليهم] حتى على القول بكون المالك هو الله تعالى شأنه: ١ ـ من حيث استحقاقهم المنفعة. ٢ ـ ولاحتمال مصالحة القاتل على مال فيرجع نفعه إليهم طلقاً أو وقفاً. وإن كان هو كما ترى، بل المتّجه أنّه للحاكم وإلّا لاقتضى كون ذلك إليهم وإن كان المالك الواقف، وإن لم أجد من احتمله؛ ضرورة منافاته ما دلّ على كون ذلك للمولى الذي هو مالك الرقبة قطعاً لا المنفعة.

[٢] **واختاره في المسالك**[١].

[٣] ولو بالقوّة القريبة باعتبار حصول سبب الملك ومعدّاته حينئذٍ فيلحق القيمة حينئذٍ حكم العين، ولا يكون ذلك إلّا بشراء مثلها ووقفها. ولأنّ الوقف تابع لبقاء المالية، ولهذا يجب الشراء بقيمته حيث يجوز بيع ما يكون وقفاً. ولأنّ حقّ الوقف أولى من نحو حقّ الرهن الذي يتعلّق بالقيمة.

[٤] لعين ما سمعته في الأرش؛ ضرورة أنّها عوض المنافع في الحقيقة؛ لعدم قيمة للعين مسلوبة منها، فكأنّ المنافع أجمع وجدت دفعة لا تدريجاً كي يستحقّها البطون بتدرّجهم.

[٥] بأُصول المذهب وقواعده.

[٦] وإلّا لاقتضى صيرورتها نفسها وقفاً، والشراء بها عبداً مماثلاً بالذكورة أو الأنوثة أو شقصاً فيكون وقفاً أو بصيغة جديدة من الموقوف عليهم، أو من الحاكم الذي هو ولي البطون فيتولّى الشراء والوقف مع التمكّن منه أو منصوبه وإلّا فعدول المؤمنين حسبة أحكام شرعية تحتاج إلى دليل، ولا تكفي فيها البدلية المعنوية وإن سبق إلى الذهن ذلك، لكنّه من الاستحسان الفاسد عندنا، مع عدم الدليل المعتبر. على أنّ وقف العين المشتراة بالقيمة على الموجودين مع فرض كونها [= القيمة] ملكهم [= الموقوف عليهم] منافٍ لوجوب إخراج الواقف نفسه عن الوقف، سواء كانوا [أي الموقوف عليهم] هم الواقفين أو الحاكم؛ إذ لا نيابة عن الواقف الأصلي الذي قد فرض خروجه عن العين بوقفه. وأضعف من ذلك دعوى مساواة الأرش للدية في ذلك كلّه، خصوصاً في أرش الصفة ونحوها. على أنّه حيث يكون المستحقّ القصاص فالدية عوض عن نفس الجاني المستحقّ إزهاقها لا نفس المجني عليه التي كانت وقفاً، والفرض عدم القول بالفصل، بل هي على كلّ حال من الأبدال الشرعية عن النفس، بمعنى ترتّب حكم شرعي بالسبب المزبور، لا البدلية المقتضية لِلُحوق أحكام المبدل منه، بل اللازم على ما ذكروه أنّه مع تعذّر العين المماثلة والشقص يتّجه شراء مال آخر ووقفه. بل يشكل الحال في أرش ـ مثلاً ـ لا يقابل مالاً تنتفع به البطون الذي مدار هذه الأحكام على مراعاة حقّهم.

[٧] باعتبار بطلان الوقف الذي من أركانه بقاء العين والانتفاع بها، فيكون من قبيل الوقف المنقطع، ولو بانقطاع بقاء العين.

---

(١) المسالك ٥: ٣٨٥.

المال [١] أولى [٢]. [وهنا أبحاث متفرّعة على كون الحقّ للموقوف عليهم من جواز العفو عن القصاص والأرش والدية وعدمه، إلّا أنّها لا تجري على ما احتملناه من كونه هنا للواقف].

---

[١] لتزاحم الأمارات فيها.

[٢] ممّا ذكروه [من كونها للموقوف عليهم]. وكيف كان فقد ظهر لك النظر في المباحث المذكورة **في المسالك وغيرها التي منها: هل للموقوف عليهم العفو عن القصاص أو عن الأرش أو الدية؟ يبنى على أنّ البطون اللاحقة هل تشارك فيه أم لا؟ فعلى الأوّل ليس لهم العفو وعلى الثاني لهم؛ لانحصار الحقّ فيهم، وعلى تقدير المشاركة لو عفى الأوّل فللثاني أن يستوفي لوجود سبب الاستحقاق من حين الجناية، وإن لم يثبت بالفعل مع احتمال العدم؛ لتجدّد استحقاقهم بعد سقوط الحقّ بالعفو، وعلى تقدير جواز استيفاء الثاني هل له القصاص كالأوّل لو كانت الجناية توجبه، أو تختص بالدية؟ وجهان، من مساواته للأوّل في الاستحقاق، ومن تغليب جانب العفو بحصوله من الأوّل، والأقوى الأوّل**[١]. **وكأنّه أخذ بعض ذلك ممّا في القواعد من أنّه «لو جنى عليه [عبد] بما يوجب القصاص فإن اقتصّ الموقوف عليهم استوفى وإن عفى فهل لمن بعده من البطون الاستيفاء؟ الأقرب ذلك إن لم يكن نفساً»**[٢]. وفيه: أنّه منافٍ لما ذكروه أجمع بلا إشكال ولا تردّد من أنّ للموقوف عليهم الموجودين استيفاء القصاص، بناءً على انتقال العين إليهم بلا غرامة منهم للبطون اللاحقة. وعلى تقدير أنّها لله تعالى يتولّاه الحاكم، أو للواقف يتولّاه هو. ويحتمل على ضعف: الموقوف عليهم فيهما كما تقدّم سابقاً؛ضرورة أنّه لا يتّجه استيفاؤهم له، مع فرض مشاركة البطون اللاحقة لهم فيه، كما أنّ المتّجه مع فرض أنّ ذلك [=الاستيفاء] لهم جواز عفوهم عنهم لمعلومية تخيير ذي الحقّ بين استيفائه وبين العفو عنه، وليس للبطون الآتية القصاص حينئذٍ لعدم حقّ لهم فيه. وإن لوحظ قاعدة استيفاء حقّ القصاص للمشتركين أنّه إن عفى أحدهم دون الآخر كان له القصاص مع غرامة ما يخصّ من عفى من الدية، فيتّجه حينئذٍ بناءً على الاشتراك هنا غرامة من يقتصّ منهم الدية تماماً للآخرين؛ لعدم معلومية التوزيع هنا، مع عدم انحصار الموقوف عليهم. ودعوى أنّ ذلك يوجب عدم الغرامة ليس بأولى من دعوى عدم جواز القصاص مع العفو عن بعضهم. كلّ ذلك مضافاً إلى ما في القواعد من إشكال الفرق بين الطرف والنفس[٣]. وإن كان قد يوجّه باقتضاء الجناية على النفس بطلان الوقف، فلا حقّ حينئذٍ للبطون، بخلاف الأطراف فإنّ حقّ الوقف باقٍ ببقاء محلّه. لكنّه كما ترى؛ضرورة اقتضاء ذلك اختصاص الواقف بالدية في الجناية على النفس خطأً لبطلان الوقف، بل مقتضاه أنّ ولاية القصاص له وإن قلنا بالانتقال إليهم لانتقال ملكهم الوقفي بتلف ملك العين المفروض كونه من مبطلات الوقف نحو الانقطاع بموت الموقوف عليهم، وفرق واضح بين انتهاء الوقف وبين بطلانه هذا. وعن الإيضاح: أنّه حكى قولاً بأنّ البطون يستوفون الدية لتغليب العفو وقال: إنّه الأصح[٤] وعن الكركي: أنّ فيه قوّة[٥]. وفيه: أنّ العفو مع صحّته على مال أو مطلقاً يقتضي السقوط مطلقاً، وإلّا فلا يؤثّر شيئاً. وجميع هذه الاحتمالات والتهجّسات نشأت من احتمال بقاء أثر عقد الوقف مع تلف العين بنحو ذلك، فينتقل أثره إلى ما أوجبه الإتلاف المزبور ولو القصاص. إلّا أنّه هو كما ترى، وإنّما المتجه اختصاص الموقوف عليهم، بناءً على الانتقال إليهم بذلك قصاصاً أو ديةً أو أرشاً أو بطلان الوقف ورجوع ذلك إلى الواقف، أو يرجع أمره إلى والي المسلمين؛ لعدم معرفة حاله، ولعلّها مترتّبة بالقوّة والضعف، وإن لم أجد المصرّح بالأخيرين.

---

(١) المسالك ٥: ٣٨٦ ـ ٣٨٧.
(٢) (٣) القواعد ٢: ٣٩٦، حيث قال: إن لم يكن نفساً.
(٤) الايضاح ٢: ٣٩٦.
(٥) جامع المقاصد ٩: ٨٠.

[والمتجه اختصاص الموقوف عليهم بناءً على الانتقال إليهم بذلك قصاصاً أو دية أو إرشاً أو بطلان الوقف ورجوع ذلك إلى الواقف أو يرجع أمره إلى والي المسلمين لعدم معرفة حاله ولعلّها مترتّبة بالقوّة والضعف].

ولا يخفى عليك بعد ذلك كلّه الحال فيما لو كان الجاني عبداً واسترقّ كلّه أو بعضه بجنايته فهل يختص به الموجودون أو يكون وقفاً ؟ إذ هو على البحث السابق .

وكذا لو اتّفق هو ومولاه على الفداء فهل يختصّون به أيضاً أو يشتري به عبداً أو شقصاً أو مالاً آخر يكون وقفاً .

[لو وقف في سبيل الله] :

المسألة (**الرابعة : إذا وقف في سبيل الله انصرف إلى**) جميع (**ما يكون وصلة**) وطريقاً (**إلى الثواب ، كالغزاة والحجّ والعمرة وبناء القناطر والمساجد**) ونفع المحاويج ونحو ذلك ممّا هو طريق إلى ثوابه ورضوانه [١] .

(**وكذا لو قال في سبيل الله**) تعالى (**وسبيل الثواب وسبيل الخير كان واحداً**) بمقتضى الفهم عرفاً ، (**و**) حينئذٍ فـ (**لا يجب قسمة الفائدة أثلاثاً :**)

أحدها : للغزاة والحجّ والعمرة ، وهو سبيل الله .

والثاني : للفقراء والمساكين ويبدأ بأقاربه وهو سبيل الثواب .

والثالث : لأصناف الزكاة وهو سبيل الخير [٢] .

[لو كان له موالٍ من أعلى وموالٍ من أسفل ثمّ وقف على مواليه] :

المسألة (**الخامسة : إذا كان له موال من أعلى وهم المعتقون له**) أو من انتهى إليه ولاء العتق ، (**وموالٍ من أسفل**

---

[١] **كما هو المعروف بين الأصحاب ، بل عن ابني زهرة وإدريس في بحث الوصية الإجماع عليه**[١] :

١ ـ وهو الحجّة .

٢ ـ مضافاً إلى الفهم عرفاً .

٣ ـ وإلى الخبر المروي عن تفسير علي بن إبراهيم[٢] على ما تقدّم مفصّلاً في كتاب الزكاة .

خلافاً للمحكي عن الشيخ من اختصاصه بالغزاة المطوعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان وبالحجّ والعمرة فيقسّم أثلاثاً[٣] ، **وابن حمزة من اختصاصه بالمجاهدين**[٤] ؛ إذ هو كما ترى منافٍ للمفهوم عرفاً ولغة من ذلك بلا دليل وإن كان ما ذكروه أقوى في الدلالة ، إلّا أنّه لا يمنع من تناول غيره ممّا يدخل في مفهومه .

وملاحظة معنى الطريق في ذلك لا يقتضي التخصيص المزبور عرفاً كما هو واضح .

[٢] **كما عن الشيخ**[٥] ؛ لعدم الدليل على ذلك على وجه يقتضي الخروج عن مفهوم اللفظ لغة وعرفاً .

ودعوى أنّه كذلك فيها لا يخفى عليك ما فيها .

---

(١) الغنية : ٣٠٨ . السرائر ٣ : ١٨٧ ـ ١٨٨ .

(٢) تفسير القمي ١ : ٢٩٨ . الوسائل ٩ : ٢١١ ـ ٢١٢ ، ب ١ من المستحقّين للزكاة ، ح ٧ .

(٣) المبسوط ٣ : ٢٩٤ .

(٤) الوسيلة : ٣٧١ .

(٥) المبسوط ٣ : ٢٩٤ .

وهم الذين أعتقهم) ومن انتقل إليه ولاؤه ، (**ثمّ وقف على مواليه ، فإن علم أنّه أراد أحدهما**) بقرينة حال أو مقال (**انصرف الوقف إليه**) [١] . كما إذا لم يكن إلّا أحدهما ، بناءً على أنّه قرينة على عدم إرادة غير الموجود ، ولو مع الضمّ إلى الموجود . (**وإن لم يعلم**) فـ [ـقد قيل :] [٢] [رجع إليه في تفسيره وإن تعذّر الرجوع إليه أو قال لم يقصد شيئاً بخصوصه وإنّما وقف على مدلول هذا اللفظ ففي بطلان الوقف أو صرفه إليهما أو أحدهما ؟ أقوال] .

[والمختار بطلان الوقف فيما إذا لم يقصد شيئاً بخصوصه ، وأمّا إذا تعذّر الرجوع إليه فإنّه لا وجه للرجوع إليه بناءً على أنّ للفظ ظاهراً ينصرف إليه ، بل لابدّ من التأمّل في تصوّر المسألة هنا] .

وحكمها عند المصنّف [٣] أنّه إذا كان كذلك (**انصرف**) الوقف (**إليهما**) [٤] . نعم لو فرض تجرّد الواقف عن

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال .**

[٢] **[كما] في المسالك : « رجع إليه في تفسيره ؛ لأنّه أعلم بما أراد فإن تعذّر الرجوع إليه أو قال : إنّه لم يقصد شيئاً بخصوصه وإنّما وقف على مدلول هذا اللفظ ففي بطلان الوقف أو صرفه إليهما أو أحدهما أقوال »**[1] .

وفيه : أنّه لا وجه لتعيين الرجوع إليه ، بناءً على أنّ للفظ ظاهراً ينصرف إليه كما أنّه لابدّ من التأمّل في تصوّر المسألة هنا حيث يقول : إنّي لم أقصد شيئاً ، مع أنّك قد عرفت فيما سلف الإجماع على اعتبار معلومية الموقوف عليه وتمييزه ولو بجهة العموم ؛ ضرورة اعتبار قصد انشاء التمليك للمنفعة ، أو مع العين منه خصوصاً في الوقف الخاصّ المحتاج إلى قبول للانشاء الذي توجّه إليه ، على أنّ المشترك اللفظي لا مدلول له بالخصوص يحمل عليه من دون قصد . وعلى كلّ حال فالأمر في ذلك سهل ؛ إذ يكفي في ذلك تصوّر المسألة الصورة الأولى .

[٣] **وجماعة .**

[٤] **وفاقاً للمشهور كما عن الدروس**[2] . وهو مبني على جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى مطلقاً أو إذا كان بلفظ الجمع وأنّه يحمل على إرادة جميع المعاني مع التجرّد عن القرائن مطلقاً ، وإذا كان بلفظ الجمع الذي لا يعتبر فيه وفي التثنية اتّفاق المعنى ، كما صرّح به بعض[3] النحويين ؛ لأنّه بمثابة العطف بالواو . **خلافاً لجماعة فأبطلوه بناءً على عدم جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى وإن كان بلفظ الجمع أو على عدم حمله على الجميع مع التجرّد . قال في المسالك : « وإن قلنا بعدم حمله على معانيه حقيقة بطل ؛ لعدم تعيّن مصرفه سواء جوّزنا جمع المشترك بجميع معانيه أم لا ، أمّا على الأوّل فظاهر ، وأمّا على الثاني فلأنّه حينئذٍ بمنزلة المفرد المشترك وحكمه كذلك »**[4] . **وتبعه عليه غيره .**

قلت : قد حقّقنا في الأُصول جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى واحد لكن على جهة المجاز ، وأنّ المعتبر في الجمع اتفاق المعنى مع اتّفاق اللفظ ، وأنّه لا يحمل اللفظ المشترك على الجميع مع التجرّد عن القرائن ، بل على معنى واحد منها بخصوصه .

إلّا أنّه مع ذلك كلّه قد يقال بالصحّة في المقام ويستخرج الموقوف عليه بالقرعة بعد فرض اجتماع باقي شرائط الصحّة فيه ؛ إذ إجمال الموقوف عليه في الظاهر لا يقتضي بطلان الوقف ، بل هو كالمشتبه في الأثناء .

---

(١) المسالك ٥ : ٣٨٨ .
(٢) الدروس ٢ : ٢٧٤ .
(٣) نقله عن الارتشاف وعن ابن مالك في المسالك ٥ : ٣٨٨ .
(٤) المسالك ٥ : ٣٨٩ .

قصد واحد بخصوصه اتّجه البطلان، ولكنّه خلاف ظاهر الاستعمال خصوصاً في مثل المقام[١]. [هذاكلّه فيما لو كان بلفظ الجمع] وممّا ذكرنا يعلم لك الحال فيما لو كان الوقف بلفظ المفرد[٢].

[ما لو وقف على أولاد أولاده]:

المسألة (**السادسة: إذا وقف على أولاد أولاده اشترك أولاد البنين والبنات ذكورهم**)[٣]. (**وإناثهم**)[٤].

بل لعلّه لا إشكال فيه، بناءً على تناول اسم «الولد» الذي هو بمعنى التولّد منه لهما حقيقة، وإن كان هو محل تأمّل في عرفنا الآن، بل لعلّ الظن بالعدم. كما أنّه لا إشكال[٥] في اشتراكهم في ذلك (**من غير تفصيل**)[٦]. بل الظاهر دخول الخناثى معهم أيضاً كذلك وإن قلنا: إنّهم طبقة مستقلّة، لصدق اسم «الولد» بالمعنى المزبور عليها.

نعم لو كان وقفه على البنين خاصّة قيل[(١)]: لم يدخلن ـ كالبنات ـ وعلى البنات لم يدخلن كالبنين[٧].

قلت: قد يقال: إنّ المتجه القرعة في الأوّل[٨].

---

[١] **وأمّا بناءً على الصحّة في الفرض على أنّه مشترك معنوي كما عن الشيخ**[(٢)] فهو منافٍ للمحكي[(٣)] عن نص أهل اللغة على الاشتراك اللفظي، بل وللعرف الآن عندنا، خصوصاً مع عدم صلاحية قدر مشترك بينهما يقصده المستعمل. وكذا ما عن ابن حمزة[(٤)] من أنّه إن جمع اللفظ حمل عليهما، وإن أُفرد حمل على الأعلى بقرينة المكافأة للإحسان. وأضعف منه ما عن بعض[(٥)] الشافعية من الحمل على المولى من أسفل خاصّة، بقرينة كونه محتاجاً فتوجّه النفس إلى الوقف عليه لشدّة حاجته، بخلاف الأعلى فإنّه على العكس غالباً؛ إذ هو كما ترى لا يستأهل ردّاً.

[٢] كما أنّه يظهر لك الحال أيضاً في ظاهر جملة من الكلمات هنا، والله العالم.

[٣] **كما عن الشيخ**[(٦)].

[٤] **بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع صريحاً وظاهراً عليه من غير واحد.**

[٥] **ولا خلاف أيضاً [فيه].**

[٦] لأنّه المفهوم عرفاً من إطلاق سبب الاستحقاق المفروض اتحادهم فيه.

[٧] **وعليهما بني دخولهم ـ على عدم خروجهم عن الصنفين في نفس الأمر**؛ لقوله تعالى ﴿**يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاثاً**﴾[(٧)] إلى آخره، ولاستخراج أحدهما بالعلامات ومع فقدها نصف النصيبين ـ وخروجهم على كونهم واسطة؛ لعدم ظهور الآية في الحصر ولا كلام فيه مع وجود العلامات، كما لا دلالة في نصف النصيبين على ذلك، بل يمكن دلالته على عدمه؛ ضرورة جواز كون نصيبها المتوسّط لأنّها متوسّطة الحقيقة.

[٨] كما في الدروس قال: «لأنّها في نفس الأمر من أحد الصنفين»[(٨)].

---

(١)(٧) قاله في التذكرة ٢: ٤٣٧ (حجرية). الشورى: ٤٩.

(٢)(٣) استظهره في المسالك ٥: ٣٨٩. انظر المبسوط ٣: ٣٩٥، حكاه في المسالك ٥: ٣٩٠.

(٤)(٦) الوسيلة: ٣٧١. الخلاف ٣: ٥٤٦.

(٥) حكاه في المسالك ٥: ٣٩٠ـ ٣٩١. انظر المغني والشرح الكبير ٦: ٢٢٧. الانصاف (٧: ٩٣).

(٨) الدروس ٢: ٢٧٦.

قلت : بل لعلّه كذلك وإن قلنا بالواسطة فتتجه القرعة حتى في الثاني أيضاً [١].

و [الظاهر] [٢] قوّة القول بها في الأوّل ، فتأمّل جيّداً .

ثمّ لا يخفى عليك أنّ المراد هنا بيان اندراج أولاد البنين والبنات في الدرجة الأُولى في أولاد الأولاد ؛ لصدق الولد على الذكر والأُنثى ، لا بيان دخول أولاد أولاد الذكور والإناث من الدرجة الثانية والثالثة وهكذا [٣].

(أمّا لو قال : من انتسب إليّ منهم لم يدخل أولاد البنات) [٤].

(ولو وقف على أولاده) وأولاد فلان وأطلق ولم يكن ثمّ قرينة حال أو مقال **(انصرف إلى أولاده لصلبه ، ولم يدخل معهم أولاد الأولاد) [٥].**

---

[١] إذ هي غير معلومة ، اللهمّ إلّا أن يقال بتشخّصها حينئذٍ بالخروج عنها بعدم ظهور أمارة أحدهما ، وإلّا فالأُصول متعارضة حتى أصالة عدم الاستحقاق فإنّه معارض بأصالة عدم اختصاص غيرها به أيضاً .

[٢] [كما] منه يظهر [ذلك].

[٣] **كما احتمله في الرياض[١] وأشكله في أولاد بنات أولاد الواقف بناءً على المشهور بأنّهم ليسوا بأولاد حقيقة لأولاده ، بخلاف أولاد أولاده الذكور فإنّهم أولاد أولاد حقيقة ، وإن نزلوا إجماعاً** ؛ إذ هو كما ترى منافٍ لما تسمعه منهم بلا خلاف من اختصاص الوقف على أولاده وأولاد أولاده بالبطنين فيما لو قال : أولادي ، وأولاد أولادي ؛ لدعوى الانصراف عرفاً فلا وجه لاحتمال إرادتهم هنا ما ذكره كما هو واضح . وعلى كلّ حال فذلك غير ما نحن فيه .

[٤] **على الأشهر ، بل المشهور .**

بل يمكن دعوى الإجماع من الجميع ، فإنّ المرتضى وإبن ادريس وإن قالا فيما لو قال : أولادي وأولاد أولادي أنّه ولد[٢] لكن لا يلزم القول منه بصدق الانتساب المفهوم منه عرفاً خلاف ذلك .

ومن هنا قال في محكي السرائر في الباب إنّما أراد الشاعر بقوله : « بنونا بنو أبنائنا ... إلى آخر »[٣] الانتساب ، بمعنى أنّ أولاد البنت لا ينسبون إلى أُمّهم ، وإنّما ينسبون إلى أبيهم ، وليس كلامنا فيه ، بل في الولادة وهي متحققة من جهة الأُم من غير خلاف والذكر والأُنثى فيه سواء ، ونحوه عن الخلاف[٤] . وقد أومأنا نحن سابقاً إلى نحو ذلك وقلنا : إنّ أولاد البنات وإن كانوا أولاداً حقيقة إلّا أنّهم لا يستحقون الخمس الذي عنوانه اسم القبيلة الخاص بالذكور ومن يتولّد منهم .

وحينئذٍ **فما عن التحرير من أنّ في دخول أولاد البنات في الفرض نظراً[٥] ، وعن إيضاح النافع : « أنّ الفرق ضعيف »[٦] وعن الكفاية : أنّ الأظهر الرجوع إلى العرف[٧] بل عن الإيضاح وجامع المقاصد : أنّ الخلاف مع المرتضى وابن ادريس[٨]** في غير محلّه .

[٥] **وفاقاً للمشهور .**

---

(١) الرياض ٩ : ٣٤٣.
(٢) رسائل المرتضى ٤ : ٣٢٨. السرائر ٣ : ١٥٧.
(٣) السرائر ٣ : ١٥٧.
(٤) الخلاف ٣ : ٥٤٧.
(٥) التحرير ٣ : ٣٠٣.
(٦) نقله عنه في مفتاح الكرامة ٩ : ١١١.
(٧) كفاية الأحكام ٢ : ١٧.
(٨) الايضاح ٢ : ٤٠١. جامع المقاصد ٩ : ٩٣.

(وقيل) [١]: (بل يشترك الجميع) [٢]. (و) لا ريب في أنّ (الأوّل أظهر؛ لأنّ ولد الولد لا يفهم من إطلاق لفظ الولد) [٣].

(ولو قال: على أولادي وأولاد أولادي اختص بالبطنين) دون ما نزل، إلّا مع القرينة [٤].

من غير فرق في ذلك بين الذكور والإناث.

(ولو قال: على أولادي فإذا انقرضوا وانقرض أولاد أولادي فعلى الفقراء فالوقف لأولاده) لصلبه خاصّة بناءً على ما عرفت، (فإذا انقرضوا) (قيل) [٥]: (يصرف إلى أولاد أولاده، فإذا انقرضوا فإلى الفقراء) وإلّا لكان ذكرهم لغواً [٦].

(وقيل: لا يصرف إلى أولاد الأولاد؛ لأنّ الوقف لم يتناولهم، لكن يكون انقراضهم شرطاً لصرفه إلى الفقراء)

---

[١] كما عن المقنعة والكافي والنهاية والمهذب والسرائر وبعض نسخ النافع واللمعة والتحرير[١].

[٢] لصدق الولد على الجميع حقيقة.

[٣] وإن قلنا: إنّه حقيقة لمعلومية اختلاف أفراد المتواطئ، فلا ينافي الاختصاص بغيره كونه حقيقة؛ ضرورة رجوعه إلى انسياق بعض أفراد المطلق عند الإطلاق.

وربّما يؤيّده قراءة النصب في قوله تعالى: ﴿وَوَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعقُوبَ﴾[٢]. واحتمال كونه لتفخيم شأن يعقوب ـ كما في عطف جبرئيل على الملائكة في قوله تعالى: ﴿مَن كَانَ عَدُوّاً لِلّهِ﴾[٣] إلى آخره ـ خلاف ظاهر العطف. وبذلك يظهر لك سقوط الإطناب هنا في الاستدلال على كونه ولداً حقيقة مطلقاً أو في خصوص ولد الذكر دون الأنثى؛ لما عرفت من أنّ وجه المسألة ما ذكرنا. اللهمّ إلّا أن يمنع الانسياق المزبور فيتّجه الاستدلال المذكور حينئذٍ وقد ذكرنا مختارنا فيه غير مرة أنّ ولد الولد ولد حقيقة، من ذكر كان أو أنثى، والله العالم.

[٤] بناءً على ما عرفت من الانسياق المزبور [أي انسياق بعض أفراد المطلق عند الاطلاق].

[٥] كما عن الشيخ[٤] حاكياً له عن بعض.

[٦] وفي الدروس: أنّه قويّ، إمّا لقرينة الحال، وإمّا لشمول لفظ «الولد» للنافلة، كقول المفيد وجماعة[٥].

وكأنّه مال إليه أيضاً في غاية المراد، قال: عملاً بالظاهر والقرينة المقالية بجعل ذلك المجاز وارداً مورد اللفظ ولا شك أنّ عطف الانقراض على الانقراض مشعر بذلك، وإلّا لكان الوقف منقطعاً، والوقف شأنه الدوام[٦].

---

(١) المقنعة: ٦٥٣. الكافي: ٣٢٦. النهاية: ٥٩٦. المهذب ٢: ٨٩. السرائر ٣: ١٥٧. المختصر النافع: ١٨٢. اللمعة: ١٠٠. التحرير ٣: ٣٠٣.

(٢) البقرة: ١٣٢.

(٣) البقرة: ٩٨.

(٤) انظر المبسوط ٣: ٢٩٨.

(٥) الدروس ٢: ٢٦٦.

(٦) غاية المراد ٢: ٤٤٩.

بناءً على صحّة منقطع الوسط (**وهو أشبه**) [١]. أمّا على المختار من انسياق خصوص أولاد الصلب من إطلاق « الأولاد » وبطلان منقطع الوسط في المراتب المتأخّرة مع فرض تحقّق انقطاعه فالمتّجه البطلان.

اللهمّ إلّا أن يدّعى انّا نفهم عرفاً أنّ العبارة المزبورة للدخول على الترتيب المذكور، ولكن المتجه أيضاً على ما ذكرنا اختصاص ذلك بالبطنين [٢].

[لو وقف في مسجداً ثمّ خرب]:

المسألة (**السابعة : إذا وقف مسجداً**) مثلاً (**فخرب أو خربت القرية أو المحلّة**) التي هو فيها لم تبطل بذلك مسجديّته بعد إمكان الانتفاع به ولو فيما يأتي، وحينئذٍ (**لم يعد**) لذلك (**إلى ملك الواقف**) [٣].

(**ولا تخرج العرصة عن الوقف**) وإن لم يبق من آثاره غيرها؛ إذ هي العمدة في المسجدية [٤].

---

[١] بأصول المذهب وقواعده؛ ضرورة أنّه لا دلالة في اللفظ المزبور على دخولهم في الوقف، لا مطابقة ولا تضمّناً ولا التزاماً؛ إذ لا تلازم بين اشتراط انقراضهم وبين كونه وقفاً عليهم، وإلّا لاقتضى اشتراكهم مع الأولاد، لا ترتّبهم عليهم، والخصم لا يقول به، واعتبار الدوام في الوقف لا يكون قرينة على ما لا يظهر من اللفظ، ويكفي في فائدة ذكرهم إرادة الشرطية فلا دلالة في عطفه « انقراضهم » على « انقراض الأولاد » على إرادة الدخول، بل لعلّ فيه دلالة على العدم. نعم على قول المفيد ومن تبعه: بشمول إطلاق « الأولاد » لأولادهم يتّجه دخولهم في الوقف معهم على الشركة ـ لا على الترتيب ـ بمجرّد اللفظ الأوّل، ويكون ذكرهم ثانياً لفائدة بيان وقت استحقاق الفقراء، فيكون في قوّة تقييد إطلاق الأولاد الشامل للبطون المترتّبة أبداً بالبطنين الأوّلين، ويكون ذكرهما قرينة لإرادة تخصيصهما بالأوّلين، وإن كان كلّ منهما متناولاً لما بعده أبداً لولا القرينة.

[٢] وقد تقدّم لك البحث سابقاً في مصرف الوقف بناءً على صحّة المنقطع حال الانقطاع بنحو ذلك، فلا حاجة إلى إعادته بعد معلومية فساده لديك بلا مزيد عليه؛ كما هو واضح.

[٣] للأصل.

[٤] **بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا.** نعم في المسالك: « هذا كلّه يتمّ في غير المبنيّ في الأرض المفتوحة عنوة حيث يجوز وقفه، تبعاً لآثار التصرّف، فإنّه حينئذٍ ينبغي بطلان الوقف بزوال الآثار؛ لزوال المقتضى للاختصاص، وخروجه عن الأصل. اللّهمّ إلّا أن تبقى فيه رسوم ولو في أُصول الحيطان بحيث يعدّ ذلك أثراً في الجملة، كما هو الغالب في خراب البناء وحينئذٍ فقول المصنّف: « لا تخرج ... إلى آخره » لا يتم إلّا في المملوك بالأصل؛ إذ لم يعتبر في الوقف إلّا العرصة وهي أرض المسجد، وإن زالت الآثار أجمع »[1]. قلت: قد أشرنا في كتاب البيع إلى خروج ذلك بالسيرة القطعية على اتّخاذ المساجد فيها، وإجراء حكمها عليها من غير مدخليّة للآثار في ذلك؛ ضرورة اقتضاء المسجدية الدوام والتأبيد، وحينئذٍ فلا وجه للحكم بمسجديّتها لا على هذا الوجه، بل التزام عدم صيرورتها مسجداً حينئذٍ أولى، وإن كان هو مردوداً بالسيرة القطعية، بل بالمعلوم من الشرع من جريان أحكام المساجد على مساجد العراق ونحوه وغيرها من المفتوحة عنوة. (**و**) **على كلّ حال فما عن بعض**[2] **العامة من عود المسجد بما عرفت إلى ملك الواقف قياساً على ما [أخذ السيل ميتاً فيئس منه كان الكفن للورثة].**

---

(١) المسالك ٥: ٣٩٧.

(٢) انظر المغني (لابن قدامة) ٦: ٢٥١.

[و] (لو أخذ السيل) مثلاً (ميّتاً فيئس منه كان الكفن للورثة) [١].

[حكم الدار الموقوفة لو انهدمت ولم يبق شيء من آثارها]:

المسألة (الثامنة: إذا انهدمت الدار) ولم يبق من آثارها شيء (لم تخرج العرصة) بذلك (عن الوقف ولم يجز بيعها) [٢]. قلت: لا ريب في أنّ الحكم كذلك مع فرض وقوع عقد الوقف عليها من حيث نفسها وإن قارن بذلك كونها داراً، فينتفع بها حينئذٍ بزرع ونحوه ممّا تكون قابلة له؛ إذ لا حصر للانتفاع بها في الدارية، وإن كانت حال الوقف داراً، إلّا أن يصرّح بالاشتراط. نعم قد يشكل تغييرها اختياراً [٣].

هذا كلّه مع عدم ملاحظة الدارية في وقفه، أمّا إذا لاحظ الواقف في وقفه لها حيثية كونها داراً فمتى بطل كونها كذلك بحيث خرجت عن قابلية ذلك يمكن الحكم ببطلان الوقف حينئذٍ بذهاب موضوعه، بل يمكن التزامه في النخلة الموقوفة الملاحظة في وقفها تسبيل ثمرتها أيضاً إذا سقطت كما ستسمعه إن شاء الله تعالى.

ولعلّ مرجعه [= البطلان] إلى نظير ما سبق من جواز الوقف في منفعة خاصّة [٤].

---

[١] لجامع تعذّر المصرف في الموضعين ـ واضح الضعف؛ ضرورة أنّ الكفن الذي هو من التركة قد كان ملكاً لهم بموت الميت وإن وجب عليهم صرف ذلك في تكفينه، فإذا زال الموجب عاد إلى ما كان كما يعود إلى الزكاة أو إلى الوقف أو إلى باذله إن كان منها، بل لو قلنا: إنّ مقدار الكفن من التركة على حكم مال الميت فالحكم كذلك أيضاً؛ لمعلومية تقييده بما دام الميت محتاجاً إليه وإلّا دخل في الإرث.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه بين من تعرّض له كالفاضل والشهيدين[١] وغيرهم:** ١ ـ لأنّ الخراب لا يصلح لنقض الوقف وإبطاله مع بنائه على التأبيد وعلى عدم جواز بيعه. ٢ ـ ولأنّ العرصة من جملة الموقوف وهي باقية.

بل لم يحكوا الخلاف في ذلك إلّا عن بعض[٢] العامة، فجوّز بيعها إذا انهدمت ولم يمكن عمارتها كالمسجد.

وفي المسالك: تقييده في غير الأرض الخراجية[٣] على نحو ما سمعته في المسجد.

[٣] **كما نصّ عليه في محكي التذكرة قال: «لا يجوز تغيير الوقف عن هيئته فلا يجوز جعل الدار الموقوفة بستاناً ولا حمّاماً ولا بالعكس... ولو تعذّر الاستمرار صار إلى أقرب الأوصاف»[٤].** وعن الكاظم عليه السلام فيما وقفه: «لا يحلّ لمؤمن بالله تعالى واليوم الآخر أن يبيعها، ولا يبتاعها ولا ينحلها ولا يغيّر شيئاً منها... إلى آخره»[٥]. اللهمّ إلّا أن يحمل ذلك منه لبيان الاشتراط منه عليه السلام كما يحمل كلام التذكرة على وقف الدار الملحوظ في وقفها داريّتها. لكن لا يخفى عليك أنّه لا داعي إلى هذا الحمل؛ لظهور وقف الدار إلى إرادة الانتفاع بها داراً وهكذا إلّا مع التصريح بعدم قصد ذلك وهو خارج عن محلّ الفرض.

[٤] وربّما يشهد لذلك ما سمعته سابقاً من ثاني الشهيدين[٦] ومن تبعه في أنّ الوقف على مصلحة تنقرض غالباً يكون من الوقف المنقطع الآخر، وهو كذلك.

---

(١) القواعد ٢: ٣٩٥. التحرير ٣: ٣١٦. الدروس ٢: ٢٧٩. المسالك ٥: ٣٩٨.

(٢) انظر المغني والشرح الكبير ٦: ٢٢٥ ـ ٢٢٦، ٢٤٢ ـ ٢٤٣. (٣) المسالك ٥: ٣٩٨.

(٤) التذكرة ٢: ٤٤٦ (حجرية)، وفيه: «جاز» بدل «صار». (٥) الوسائل ١٩: ٢٠٣، ب ١٠ من الوقوف والصدقات، ح ٤.

(٦) انظر المسالك ٥: ٣٤٧، ٣٥٤.

ومن ذلك كلّه يظهر لك أنّ وقف الدار ـ مثلاً ـ يقع على وجوه: أحدها: وقفها ما دامت داراً فانهدمت والظاهر كونها من منقطع الآخر. ثانيها: وقفها داراً على معنى أنّه ينتفع بها داراً، والظاهر أنّها وقف كذلك ما دامت صالحة لذلك، وإن انهدمت. نعم إذا خرجت عن قابلية ذلك على وجه لا يرجى عودها أمكن القول ببطلان وقفها. ثالثها: وقف الدار على معنى تسبيل منفعتها كائنة ماكانت وإن قارن كونها داراً حال الوقف، والظاهر بقاء وقفها، بل يجوز تغييرها اختياراً. رابعها: وقفها داراً وعلم إرادة دوام أصل الوقف منه فاتفق انهدامها، والظاهر عدم جواز تغييرها اختياراً، لكن إذا انهدمت جاز له الانتفاع بها على غير وجه الدارية إلّا مع التصريح.

وقد ذكرنا تفصيل بعض ذلك في كتاب البيع في مسألة بيع الوقف إذا أدّى بقاؤه إلى خرابه.

(و) من ملاحظته يعلم الحال فيما (**لو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه**) وإن قال المصنّف هنا: (**جاز بيعه**) جازماً به.

إلّا أنّ المسألة شديدة الإشكال والاختلاف وقد استقصينا الكلام فيها هناك بحمد الله تعالى شأنه.

(و) كذا فيما (**لو لم يقع خلف**) بينهم (**ولا يخشى خرابه، بل كان البيع أنفع لهم**) وإن (**قيل**): إنّه (**يجوز بيعه**) حينئذٍ في ذلك. (و) لكن (**الوجه المنع**) كما ذكرنا الكلام فيه مفصّلاً. (و) منه يعلم الحكم أيضاً فيما (**لو انقلعت نخلة من الوقف**). وإن قال المصنّف هنا (**قيل**) [١]: (**يجوز بيعها؛ لتعذّر الانتفاع إلّا بالبيع، وقيل**) [٢]: (**لا يجوز لإمكان الانتفاع بالإجارة للتسقيف وشبهه، وهو أشبه**) [٣].

١١١/٢٨

---

[١] **والقائل الشيخ في محكي مبسوطه وخلافه**(١).

[٢] **والقائل ابن ادريس**(٢).

[٣] **وفي المختلف: أنّ النزاع بينهما لفظي؛ لأنّ الشيخ فرض عدم الانتفاع إلّا بالبيع، وابن إدريس فرضه بالتسقيف ونحوه**(٣). قلت: عبارة الخلاف: «لأنّه لا يمكن الانتفاع بها إلّا على هذا الوجه؛ لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل، ولا يرجى عوده»(٤). وعبارة المبسوط: «جاز بيعها لأرباب الوقف؛ لأنّه تعذّر الانتفاع بها على الوجه الذي شرطه وهو أخذ ثمرتها»(٥). وظاهرهما بطلان الوقفية المقتضية لحبس العين وعدم جواز بيعها، ببطلان المنفعة التي وقفت العين أي حبست العين عن النواقل لإرادة استيفائها، فلا يجب حينئذٍ على الموقوف عليه حبسها لغيرها من المنافع، وإن كانت صالحة للانتفاع بها مع بقاء عينها، وحينئذٍ يكون الخلاف معنوياً لا لفظياً، وإن زعمه الفاضل في المختلف. بل لعلّ كلام الشيخ لا يخلو من قوّة، وإن خالفه من تأخّر عنه، خصوصاً مع ملاحظة الواقف ذلك قيداً في وقفه، كما هو مقتضى تعبير الشيخ بالشرطيّة، وحينئذٍ يرجع إلى ما ذكرناه في البيع وفي المقام من أنّه متى جعل الجاعل هيئة الموقوف عنواناً في وقفه فذهبت الهيئة بطلت الوقفية المقتضية لتحبيس الأصل وجاز البيع للموقوف عليهم لا للواقف كما أوضحناه في كتاب البيع.

---

(١) المبسوط ٣: ٣٠٠ ـ ٣٠١. الخلاف ٣: ٥٥١.
(٢) السرائر ٣: ١٦٧.
(٣) المختلف ٦: ٣١٦.
(٤) الخلاف ٣: ٥٥٢.
(٥) المبسوط ٣: ٣٠٠ ـ ٣٠١.

[ولعلّ الجواز لا يخلو من قوّة، خصوصاً مع أخذ الواقف عنوان النخلة قيداً في وقفه الذي مرجعه إلى الشرطية بمعنى أنّه متى جعل الجاعل هيئة الموقوف عنواناً في وقفه فذهبت الهيئة، بطلت الوقفية المقتضية لتحبيس الأصل وجاز البيع للموقوف عليهم، لا للواقف].

نعم لو لم يجعل ذلك عنواناً بل كان مراده الانتفاع بالعين مع بقائها كائنة ما كانت المنفعة لم يجز البيع حينئذٍ إلّا مع سلب المنافع أجمع وانحصار منفعتها بالإتلاف كالخشبة للإحراق ونحوه، فتأمّل جيّداً [١].

[والظاهر صحّة شرط بيعه عند التضرّر به كزيادة خراج وشبهه وشراء غيره بثمنه أو عند خرابه وعطلته أو خروجه عن حدّ الانتفاع أو قلعه أو قلّة نفعه].

وربّما يرجع ذلك كلّه أو بعضه إلى نحو ما قرّرناه في شرط عوده إليه عند الحاجة.

كما أنّه لا ينبغي الإشكال في جواز اشتراط بعض ذلك بناءً على جواز بيعه منه من دون شرط فضلاً عنه معه.

نعم بناءً على منافاة هذا الشرط لعقد الوقف في الجميع [٢] أو في البعض وجه المنع واضح.

لكن قد عرفت فيما تقدّم سابقاً من المباحث إمكان كونه على وجه لا ينافي مقتضاه؛ إذ المسلّم منه عدم

---

[١] ولا ينافي ذلك ـ ولا ما تقدّم من مسألة المسجد والدار ـ ما تقدّم سابقاً من صرف الوقف على مصلحة فبطل رسمها في وجوه البر بعد ما عرفت أنّ مرادهم ذلك في الوقف المؤبّد الذي ذكر له مصرفاً خاصاً فاتّفق تعذّره المنزّل على أنّه يصرف له ما دام ممكناً ليجامع تأبيد وقفه كما أوضحناه فيما تقدّم هذا.

وفي القواعد: «ولو شرط بيعه عند التضرّر به كزيادة خراج وشبهه وشراء غيره بثمه أو عند خرابه وعطلته أو خروجه عن حدّ الانتفاع أو قلعه أو قلّة نفعه ففي صحّة هذا الشرط إشكال»[١].

بل عن الإرشاد الوجه الجواز[٢]، ونفى عنه البأس في محكي الروض[٣].

قيل: وكأنّه مال إليه أو قال به الشارحان له ولده والشهيد[٤].

بل وثاني المحققين وفي الحواشي: أنّه الأقوى[٥].

ولعلّه لعموم «الوقوف» و«المؤمنون».

وما عساه يظهر من إذن أمير المؤمنين عليه السلام للحسن عليه السلام في صدقته بذلك[٦].

[٢] **كما عن الإيضاح[٧].**

---

(١) القواعد ٢: ٣٩٥.

(٢) الإرشاد ١: ٤٥٥.

(٣) نقله في مفتاح الكرامة ٩: ٩٣.

(٤) قاله في مفتاح الكرامة ٩: ٩٣. انظر شرح الإرشاد: ٢٢٧ (مخطوط). غاية المراد ٢: ٤٥٢.

(٥) جامع المقاصد ٩: ٧٢. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٩: ٩٣.

(٦) الوسائل ١٩: ١٩٩، ب ١٠ من الوقوف والصدقات، ح ٣.

(٧) الايضاح ٢: ٣٩٣.

جواز بيعه وهو وقف لا جواز بيعه بعد خروجه عنه.

ويمكن عود الشرط في جميعها أو في بعضها إلى ذلك، كما أومأنا إليه في اشتراط العود عند الحاجة، فلاحظ وتأمّل كي تعرف بقرينة ما سمعته في الدية، وقيمة العين الموقوفة من اختصاص البطن الأوّل بها كالقيمة عند سلب المنافع منها، أنّ معنى الوقف: تمليك العين محبوسة على المالك عن النواقل ما دامت قابلة، ومتى خرجت عن الانتفاع تكون ملكاً مطلقاً من دون حبس.

وكذا لو شرط الواقف ذلك معلّقاً له على حال من الأحوال السابقة أو يشرط شراء غيرها بثمنها على أن يكون وقفاً [١].

وكذا [قد قيل:] [٢] ولو خلق حصير المسجد وخرجت عن الانتفاع به فيه أو انكسر جذع بحيث لا ينتفع به في غير الإحراق فالأقرب بيعه وصرف ثمنه في مصالح المسجد [٣].

[وقد قيل: يشترط في جواز البيع عدم الانتفاع به في غيره أو يشترط صرف الثمن في بدله، فإن تعذّر صرف في مصالح المسجد].

ولا يخفى عليك التحقيق في ذلك كلّه وفي شراء عين بثمن الموقوف عوضه مساوية له أو غير مساوية أو يكون طلقاً لهم بعد الإحاطة بما أسلفناه في كتاب البيع، وبما ذكرناه في كتاب الوقف في مسألة ما لو أتلف العين الموقوفة متلف وغيرها من المسائل فلاحظ وتأمّل، ولكن لا ينبغي ترك ما أمكن من الاحتياط في كثير من هذه

---

[١] ولا يقدح ملك البطن في صحّة الوقف عليهم؛ إذ المسلّم منه غير هذا النوع من الملك، ولعلّ هذا غير الانقطاع من الملك الذي ذكرناه عوده إلى الواقف؛ ضرورة كون الفرض تقييداً في الحبس لا في الملك، ولكنّ الإنصاف عدم خلوّ ذلك عن التأمّل، وإن كان يشهد له بعض كلماتهم، فلاحظ وتأمّل.

[٢] [قاله] في القواعد[(١)].

[٣] كما عن التذكرة والايضاح وجامع المقاصد والدروس[(٢)] التصريح به.

نعم زاد في الأخير اشتراط: أن لا ينتفع به في غيره أيضاً[(٣)]، كما أنّه في الثلاثة التصريح بصرف ثمنه في بدله من حصير وجذع، فإن تعذّر صرف في مصالح المسجد اعتباراً لما يقرب من مراد الواقف[(٤)].

وفي محكيّ التذكرة أيضاً: أنّه لا خلاف بين العامة في جواز بيع ما اشترى من الوقف أو قبل المتولّي هبته عند الحاجة[(٥)].

وفي جامع المقاصد: أنّه لا يخلو من قوّة، فإذا بيع صرف في مصالح المسجد من غير تعيين شراء مثله[(٦)].

---

(١) القواعد ٢: ٤٠١.

(٢) التذكرة ٢: ٤٤٣ (حجرية)، الايضاح ٢: ٤٠٧. جامع المقاصد ٩: ١١٦. الدروس ٢: ٢٨٠.

(٣) الدروس ٢: ٢٨٠.

(٤) التذكرة ٢: ٤٤٣ (حجرية)، الايضاح ٢: ٤٠٧. جامع المقاصد ٩: ١١٦.

(٥) التذكرة ٢: ٤٤٥.

(٦) جامع المقاصد ٩: ١١٧.

المسائل ؛ لأنّها غير منقّحة ، نعم لا ينبغي التأمّل في صرف حاصل الوقف في وجوه البرّ مع الجهل بأربابه [١].

بل منه يعلم الحال في نسيان المصرف ونحوه فإنّ الجميع من وادٍ واحد .

نعم لو علم الموقوف عليه ولم يعلم سهامهم ولا ترتيبهم ولا عدمه ولو لتلف ما رسمه الواقف فالظاهر تساويهم في القسمة الذي هو الأصل في نظائره [٢].

وكذا لو اختلفوا في شرط الواقف ولا بيّنة يقسّم بينهم بالسوية .

نعم لو علم تفضيل بعضهم على بعض ولم يعرف المفضّل احتمل الوقف حتى يصطلحوا ، والأقوى القرعة [٣].

[لو آجر الواقف البطن الأوّل مدة معيّنة ثمّ انقرضوا أجمع] :

المسألة (التاسعة : **إذا آجر البطن الأوّل الوقف مدّة معيّنة**) مثلاً (**ثمّ انقرضوا**) أجمع (**في أثنائها فإن قلنا : إنّ الموت يبطل الإجارة**) في الملك المطلق (**فلا كلام**) ضرورة أولوية المقام منه .

(**وإن لم نقل فهل يبطل هنا فيه تردد**) [٤] ، (أظهره البطلان) [٥] ؛ (**لأنّا بيّنا أنّ هذه المدّة ليست**

---

[١] **وإن توقّف فيها أو في نحوها الخراساني في كفايته**[١] ، لكنّه في غير محلّه ؛ ضرورة أنّه من مجهول المالك .

مضافاً إلى خبر أبي علي بن الراشد : اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم فلمّا وفّرت المال خبّرت أنّ الأرض وقف ، فقال : « لا يجوز شراء الوقف ، ولا تدخل الغلّة في ملكك ، ادفعها إلى من أُوقفت عليه ، قلت : لا أعرف لها ربّاً ، قال : تصدّق بغلّتها »[٢] . وهو صريح فيما ذكرنا .

[٢] **خلافاً لبعض الشافعية فيوقف إلى أن يصطلحوا**[٣] .

[٣] **وعن التذكرة : أنّه لا بعد في الرجوع إلى قول الواقف لو كان حيّاً ؛ لأنّه هو المتصدّق**[٤] .

وفيه : أنّه لا رجوع إليه بناءً على رجوعه عن الوقف ؛ إذ هو حينئذٍ كالأجنبي ، وكالبائع الذي لا يرجع إليه عند اختلاف المشتريين منه .

[٤] من إطلاق ما دلّ على صحّة الإجارة ولزومها عموماً وخصوصاً .

ومن انكشاف دخول غير ما لهم من المدّة في مدّتهم .

[٥] **كما في الخلاف والمبسوط والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس والإيضاح واللمعة وجامع المقاصد والروض والروضة والمسالك**[٥] ، **بل لا أجد فيه خلافاً .**

---

(١) كفاية الأحكام ٢ : ١٨ ـ ١٩ .

(٢) الوسائل ١٩ : ١٨٥ ، ب٦ من الوقوف والصدقات ، ح ١ .

(٣) روضة الطالبين ٥ : ٣٥٢ ، نقلاً عن بعض المتأخّرين .

(٤) التذكرة ٢ : ٤٤٢ (حجرية) .

(٥) الخلاف ٣ : ٥٥٢ . المبسوط ٣ : ٣٠١ . التذكرة ٢ : ٤٤٧ (حجرية) . التحرير ٣ : ٣١٨ . الإرشاد ١ : ٤٥٥ . الدروس ٢ : ٢٨٠ . الايضاح ٢ : ٣٩٧ . اللمعة : ١٠٠ . جامع المقاصد ٩ : ٨٢ . نقله عن الروض في مفتاح الكرامة ٩ : ١٠١ . الروضة ٣ : ١٨٨ . المسالك ٥ : ٤٠١ .

للموجودين) [١]. وحينئذٍ (**فيكون**) في الفرض (**للبطن الثاني الخيار بين الإجازة في الباقي وبين الفسخ فيه**) لأنّه من الفضولي ، وهو المراد من البطلان المزبور [٢].

[والأمر فيه مشكل ، ويحتمل فيه البطلان الذي لا يترتّب عليه أثر بالنسبة إليهم فلا خيار هنا].

وعلى كلّ حال فمع الفسخ (و) تسليمهم الأجرة (**يرجع المستأجر على تركة الأوّلين بما قابل المتخلّف**) [٣]، فينسب حينئذٍ أجرة مثله إلى أجرة مثل مجموع المدّة ويرجع من المسمّى بمثل تلك النسبة ، فلو كان قد آجره سنة بمئة ومات بعد انقضاء نصفها وفرضنا أنّ أجرة مثل النصف المتخلّف تساوي ستين وأجرة مثل النصف الماضي تساوي ثلاثين رجع المستأجر بثلثي المئة كما هو واضح [٤].

نعم لو كان المؤجر الناظر على الوقف لمصلحة الوقف اتّجه ذلك ؛ لأنّ له الولاية المقتضية لنفوذ تصرّفه في ذلك مع وجودهم فضلاً عمّا قبله ، والأجرة يملكها الموجودون وإن كانت هي عوضاً عن منافع المدّة المتأخّرة عن حياتهم ، إلّا أنّها بعد فرض المشروعية لهذه الإجارة [٥] تكون حينئذٍ بمنزلة وجود المنافع المتأخّرة في حياتهم ، إلّا أنّها محبوسة أيضاً لا يجوز لهم صرفها في غير التعمير ونحوه ممّا يرجع مصلحته للبطون أيضاً ، ولو سلّم عدم الجزم

---

[١] ضرورة اقتضاء الوقف تسبيل المنفعة للموقوف عليه مدّة العنوان الذي يجعله الواقف لا أزيد ، والبطن الثاني يتلقّى عن الواقف كالأوّل . ولذا لا تمضي إجارته مدّة يعلم بالعادة زيادتها على حياته مثلاً ، بل قد يتوقّف في صحّة غير ذلك لو صرّح الواقف بإرادة تمليك البطن الأوّل على حسب الملك المطلق بناءً على عدم مشروعية عقد الواقف لمثل هذا التمليك ، وإن كان لا يخلو من نظر . لكن لا إشكال في حمل قصد الواقف مع الإطلاق على ما ذكرنا ، وحينئذٍ فإجارته في الفرض وقعت على ماله ، وما ليس له بخلاف المالك الذي هو مسلّط على أمواله والوارث إنّما يرث ما يجده على ملكه ، فمع فرض زيادة مدّة الإجارة على موته لم يكن للوارث شيء ؛ إذ المنفعة صارت ملكاً للغير بعقد الإجارة ، وليست من تركة الميت .

[٢] وإن كان قد يشكل أوّلاً بعدم المجيز له في الحال ، بناءً على اشتراط ذلك في الفضولي وفرض عدمه ، اللهمّ إلّا أن يجعل الناظر الولي على ذلك ، إلّا أنّه كما ترى . وثانياً بعدم الملك والمالك حال العقد ومجرّد تأهّل العقد لملكهم لو وجدوا لا يجعله من الفضولي .

اللهمّ إلّا أن يدّعى تناول أدلّته لمثله ، وتكون الإجازة حينئذٍ كاشفة حال انقراض البطن الأوّل لا حال وقوع العقد ، وفيه بحث . ولعلّه لذا حكي عن جماعة البطلان الذي لا يترتّب عليه أثر بالنسبة إليهم ، لا بالمعنى الذي سمعته من المصنّف .

[٣] **بلا خلاف ولا إشكال [فيه].**

[٤] **فمن الغريب وسوسة بعض[١] متأخّري المتأخّرين في ذلك حتى تجرّأ بعض[٢] من تأخّر عنه إلى الجزم بجواز إجارة البطن الأوّل مدّة تستغرق عمر الموقوف عليه** ؛ معلّلاً له بأنّ المنفعة ملكهم ملكاً مطلقاً ، والناس مسلّطون على أموالهم ، وهو كما ترى .

[٥] بالإجماع ، وظاهر بعض النصوص الدالّة على جواز اشتراط الناظر صيرورته وليّاً للمال نفسه وأنّ له هذه الولاية .

---

(١) انظر الحدائق ٢٢ : ٢٥٧ .

(٢) لم نعثر عليه .

بذلك كان الحكم بالصحة كافياً في حصول المطلوب وإن لم يجزم بتعيين مالك ما زاد من المنافع على الموجودين، والله العالم. ولو آجر المتولّي بأُجرة المثل في الحال فاتّفق زيادة لم تنفسخ الإجارة [١] بعد وقوعها على الوجه المعتبر شرعاً، فلا خيار له. نعم لو آجره زيادة عن المدّة التي اشترطها الواقف بطلت الإجارة في الزائد خاصّة؛ لأنّه من تبعّض الصفقة، بل قد يحتمل البطلان بالجميع؛ لأنّه عقد مخالف لشرط الواقف، إلّا أنّ الأوّل هو الأقوى.

[حكم ما لو وقف على الفقراء]:

المسألة (**العاشرة: لو وقف على الفقراء**) مثلاً (**انصرف إلى**) إرادة صرف نمائه في ذي الوصف منهم، لا استيفائهم؛ ضرورة كون المراد من مثل هذا الوقف باعتبار عدم انحصارهم الجهة المخصوصة، وحينئذٍ فله صرفه في (**فقراء البلد، ومن يحضره**) منهم من غيره، ولا يجب عليه تتبّع الجميع [٢].

(**وكذا لو وقف على العلويين، وكذا لو وقف على بني أب منتشرين صرف إلى الموجودين، ولا يجب تتبّع من لم يحضر**)، فإنّ الجميع من وادٍ واحد في عدم إرادة الاستيعاب [٣].

---

[١] لأصالة لزومها.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه.**

[٣] وفي خبر عليّ بن محمد بن سليمان النوفلي عن أبي جعفر الثاني عليه السلام قال: كتبت إليه أسأله عن أرض وقفها جدّي على المحتاجين من ولد فلان ابن فلان وهم كثير متفرقون في البلاد، فأجاب عليه السلام: «ذكرت الأرض التي وقفها جدّك على الفقراء من ولد فلان هي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف، وليس لك أن تتبعّ من كان غائباً»[1]. لكن كلمات الأصحاب هنا لا تخلو من تشويش؛ إذ ظاهر المتن وغيره ممّن عبّر كعبارته وجوب استيعاب فقراء البلد ومن يحضره من غيرها، بل لعلّه ظاهر الخبر المزبور. **بل هو صريح المحكي عن شرح الإرشاد للفخر قال: «إذا وقف على الفقراء صحّ إجماعاً ولم يكن لبيان المصرف إجماعاً، بل كان تشريكاً، وصرفه للكلّ متعذّر لانتشارهم، وللزوم خروج نصيب كلّ واحد منهم عن الانتفاع والتملك، وصرفه للبعض ترجيح من غير مرجّح، فلابدّ من أن يقال: إنّه يصرف إلى كلّ فقراء البلد ومن حضر في البلد من غيرهم، ويجب الاستيعاب مهما أمكن، فهذا الوقف يشابه بيان المصرف من جهة الاقتصار على البعض والتشريك من جهة أنّه لا يجوز الاقتصار مع المكنة»**[2].

وفي الدروس: «يفرّق في فقراء بلد الوقف ومن حضره، ولا يجب تتبّع الغائب، ولو تتبّعه جاز، ولا ضمان في الأقرب، بخلاف الزكاة، والفرق أنّ الفقراء فيها لبيان المصرف بخلاف الوقف، ولا يجزي أقلّ من ثلاثة، مراعاة لأقلّ الجمع، ولا يجب التسوية بخلاف المنحصرين»[3]. إلى غير ذلك من عباراتهم الظاهرة والصريحة.

إلّا أنّ ما في أيدينا من العرف في أمثال ذلك على خلافه، وأنّه لا فرق بينه وبين الزكاة والخمس.

---

(١) الوسائل ١٩: ١٩٣ ـ ١٩٤، ب٨ من الوقوف والصدقات، ح١، وفيه: «فقراء ولد فلان وهي».

(٢) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ٥٠. انظر شرح الإرشاد: ٢٢٣ (مخطوط).

(٣) الدروس ٢: ٢٧٤ ـ ٢٧٥.

[ولا فرق بينه وبين الزكاة والخمس].

وحينئذٍ فلا فرق بين الواحد والأزيد من أهل البلد وغيرهم والحاضرين وغيرهم ، ولا مدخلية لأقل الجمع ، وكونه ثلاثة واثنين [١] (**لموضع المشقّة**) وغيره أيضاً .

وحينئذٍ فالمتّجه الضمان مع التأخير بعد أن كان مقتضاه المصرفية ووجود المستحق ؛ ضرورة كونه كالزكاة بالنسبة إلى ذلك .

(**ولا يجوز للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة**) وإن انحصر في واحد ، وقلنا بانتقال الملك إليه [٢] .

[والتعليل] بـ(**بأنّه لا يختص بملكها**) [لا يخلو من إشكال] [٣] .

(و) على كلّ حال فـ(**لو أولدها كان الولد حرّاً**) لأنّ وطأه غير معدود من زنا ؛ لأنّه مالك في الجملة . (**ولا**) يجب (**قيمته**) به (**عليه**) لمن بعده من البطون ؛ (**لأنّه**) المستحقّ له الآن ؛ إذ الولد بمنزلة كسبها وثمرة البستان ، وحينئذٍ فـ(**لا يجب له على نفسه غرم**) وكذا لا مهر عليه للبطون الآتية .

---

[١] بل يمكن إرادة ذلك من الخبر[(١)] المنساق لبيان عدم وجوب التتبّع ، وإن كان مشتملاً على النهي ، إلّا أنّه في مقام توهّم الوجوب وإلّا لاقتضى عدم جواز الدفع إلى غيرهم ، وهو باطل إجماعاً كما اعترف به بعضهم[(٢)] .

بل الظاهر أنّ المراد من قوله فيه : « لمن حضر » بيان كونهم مصرفاً لذلك ، وإن كان لا يجب استيعابهم .

[٢] **بلا خلاف أجده فيه بين من تعرّض له .**

بل قيل[(٣)] : قد يظهر من المبسوط[(٤)] والتذكرة[(٥)] أنّه لا خلاف فيه بين الخاصة والعامة .

إلّا أنّ ما ذكروه من الدليل له لا يخلو من إشكال ؛ (لـ) أنّ المصنّف وجماعة علّلوه [بذلك] .

[٣] و[علّل] غيره [= المصنّف] بأنّه وإن كان مالكاً إلّا أنّ للبطون اللاحقة له حقّاً ، ووطؤه وإن كان له انتفاعاً في زمن ملكه ، إلّا أنّه يغاير غيره من وجوه الانتفاعات من حيث إنّه معرض للحمل الموجب ؛ لصيرورتها أُمّ ولد المانع من دوام وقفها على البطون ، لانعتاقها بموته .

وهما معاً كما ترى ؛ إذ هما ـ مع أنّهما غير تامين في المنقطع المختصّ به ، وفي اليائسة ونحوها المعلوم عدم ولادتها ـ قد يناقش في الأوّل منهما بمنع عدم الاختصاص الآن وإن تأهّل العقد لملك البطن الثاني ، إلّا أنّه ليس ملكاً فعلاً ، حتى يترتّب عليه الاشتراك ونحوه ، خصوصاً مع فرض كونه معدوماً . ومنه يعلم وجه المناقشة في الثاني الذي لا يتمّ على القول بعدم صيرورتها أُمّ ولد بذلك أيضاً على أنّ مجرّد تعريضها لذلك لا يمنع الموقوف عليه من الانتفاع الحاصل له بسبب عقد الوقف . فالعمدة حينئذٍ الإجماع إن تمّ .

---

(١) تقدّم في ص٤٦٦ .

(٢) انظر المسالك ٥ : ٣٤٩ ، ٣٧٦ ـ ٣٧٧ .

(٣) مفتاح الكرامة ٩ : ١٠٢ .

(٤) انظر المبسوط ٣ : ٢٩٠ .

(٥) انظر التذكرة ٢ : ٤٤١ (حجرية) .

نعم لو قلنا: إنّ ولد الموقوفة وقف أيضاً [١] [فالقول بوجوب الشراء بقيمته عند سقوطه حياً ما يكون وقفاً، فيه نظر]. ولا يجب عليه الحدّ؛ لما عرفت من عدم كونه زانياً وإن أثم كالوطء في الحيض، ولكن عليه التعزير مع العلم [٢].

هذا كلّه إذا لم يكن له شريك بأن انحصر أهل طبقته فيه، وإلّا وجب عليه قيمة حصّة الشريك [٣]، [ويشكل وجوب الحد عليه بالنسبة إلى حصّة الشريك للشبهة التي تدرأ الحد].

(و) كيف كان فـ(**هل تصير**) الأمة في الفرض (أُمّ ولد؟ **قيل**: نعم) [٤].

(و) حينئذٍ (**تنعتق بموته**) كغيرها من أُمّهات الأولاد (**وتؤخذ القيمة من تركته لمن يليه من البطون، وفيه تردّد**) بل منع [٥].

---

[١] **ففي المسالك: « يجب أن يشترى بقيمته عند سقوطه حيّاً ما يكون وقفاً »**[١]. وفيه نظر.

[٢] **بل عن التذكرة**[٢] **نفي الحدّ عليه أيضاً على القول بانتقال الملك إلى غيره**؛ لأنّها مسألة اجتهادية لا يرفع ترجيح أحد جانبيها أصل الشبهة عن الجانب المخالف، وهو كافٍ في درء الحدّ. **ونفى عنه البأس في المسالك**[٣].

وإن كان فيه ما لا يخفى.

[٣] **بل في المسالك: « وفي حدّه بنسبة حصته وجه قوي؛ لأنّ ملكها مشترك بينهما على حدٍّ سواء، ووطء الأمة المشتركة يوجب ذلك، ولكن لم يتعرّضوا له هنا »**[٤].

قلت: قد يناقش فيه بعدم صدق الزاني عليه أيضاً، ولا أقلّ من الشبهة التي تدرأ الحدّ أيضاً وقد مرّ تمام الكلام في ذلك في البيع فيما لو وطأ أحد الشريكين الجارية المشتركة.

[٤] **كما عن المبسوط والتذكرة وشرح الإرشاد للفخر والإيضاح وحواشي الشهيد**[٥].

بل عن غاية المراد نسبته إلى الأصحاب[٦]؛ لتحقّق علوقها منه في ملكه وهو السبب في صيرورتها أُمّ ولد بالنصّ **والإجماع على ما في المسالك**[٧].

[٥] **وفاقاً لثاني المحقّقين والشهيدين**[٨]؛ لمنع سببيّة مطلق ذلك على وجه يشمل الفرض الذي قد عرفت ظهور الأدلّة في عدم تغيّره بالأسباب الاختيارية والقهرية.

مضافاً إلى خصوص استصحاب بقاء حكمه ولزومه ودوامه المقدّم على عموم الاستيلاد، أو السالم عن معارضته بعد معارضته بعمومات الوقف وخصوصاً بناءً على عدم اقتضاء الملك الوقفي الانعتاق، ولذا صحّ وقف من ينعتق على الموقوف عليه عند بعض.

---

(١) المسالك ٥: ٤٠٣.

(٢) التذكرة ٢: ٤٤١ (حجرية).

(٣)(٤)(٧) المسالك ٥: ٤٠٤.

(٥) المبسوط ٣: ٢٩١. التذكرة ٢: ٤٤١ (حجرية). شرح الإرشاد: ٢٢٣ (مخطوط). الايضاح ٢: ٣٩٨. نقله عن حواشي الشهيد ٩: ١٠٢.

(٦) غاية المراد ٢: ٤٣٨.

(٨) جامع المقاصد ٩: ٨٤. المسالك ٥: ٤٠٤.

ثمّ على تقدير صيرورتها أُمّ ولد فـ[ـالمختار][١] ترتّب الحكمين المزبورين حينئذٍ[٢].

---

[١] [كما] لا خلاف أجده فيه في [ذلك].

[٢] بل عن التذكرة والإيضاح الاتفاق على ذلك[١].

بل عن المبسوط: أنّ الناس متسالمون على أخذ قيمتها من تركته، وإنّما اختلفوا في ماذا يعمل بها، فمن قال: إنّ الموقوف عليه إذا أتلف اشترى بقيمته آخر قال هنا: يشتري بها أُخرى تقوم مقامها، ومن قال: تنتقل إليه قال: أعطى من يليه من البطون تلك القيمة، كما إذا وجبت القيمة وهو حيّ[٢].

وحاصل مراده: أنّ الإتلاف منه على من بعده إنّما هو بعد موته الذي هو سبب في انعتاقها المترتّب عليه رتبة كغيره من المسبّبات وهو في ذلك الحال غير مالك، وإنّما هو زمان ملك البطن المتأخّر فلا تكون القيمة له.

نعم يجري فيها الاحتمالان اللذان سمعتهما في قيمة العين الموقوفة والموقوف عليه موجود.

ولعلّ هذا هو الوجه في استشكال الفاضل في القواعد، قال: «ومعه تنعتق بموته، وتؤخذ من تركته قيمتها لمن يليه من البطون على إشكال»[٣].

بل وتردّد المصنّف بناءً على رجوعه إلى ذلك، لا إلى صيرورتها أُم ولد.

واعترضهم الشهيد في شرح الإرشاد بأنّها إذا صارت أُمّ ولد حكم بنفوذ الاستيلاد في الحال، كما في صورة ما إذا وطأ أحد الشريكين وعلقت إلى أن قال: «ولعلّهم أرادوا ذلك، إلّا أنّه لمّا كان أحد الاحتمالين صرفها إلى من يليه من البطون، وهو الآن غير مالك تأخّر الدفع إلى ما بعد الموت، ولا يلزم منه تأخر الحكم بنفوذ الاستيلاد»[٤].

وفيه أوّلاً: أنّ الفرق بين المقام وبين وطء الشريكين واضح؛ ضرورة حيلولته بين المالك وبين التصرّف في ملكه بمجرّد الاستيلاد، بل بالإحبال، فتتوجّه له القيمة عليه، كما تطابقت عليه النصوص والفتاوى هناك، بخلاف المقام الذي لا حيلولة فيه بين العين الموقوفة وبين البطن اللاحق؛ لعدم استحقاقه، ولأنّ الوقف كان هو السبب في المنع من التصرّفات الناقلة، فلا وجه لترتّب الضمان عليه هنا بمجرّد الاستيلاد.

وثانياً: أنّه منافٍ لتصريح بعضهم[٥] بانعتاقها من نصيب ولدها؛ إذ على تقدير أنّها من وطء أحد الشريكين ينبغي أخذ القيمة منه؛ لأنّه من نصيب ولدها.

ومنافٍ أيضاً لصريح المحكي عن المبسوط والتذكرة[٦]، وبل كلامه نفسه في الحواشي[٧]، بل ولظاهر المتن وغيره، بل للإجماع المحكي[٨] على أخذ قيمتها من تركته على كلّ حال.

---

(١) التذكرة ٢: ٤٤١ (حجرية). الايضاح ٢: ٣٩٨.

(٢) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ١٠٣. انظر المبسوط ٣: ٢٩١.

(٣) القواعد ٢: ٣٩٦.

(٤) غاية المراد ٢: ٤٣٧.

(٥) الايضاح ٢: ٣٩٨.

(٦) المبسوط ٣: ٢٩١. التذكرة ٢: ٤٤١ (حجرية).

(٧) نقله في مفتاح الكرامة ٩: ١٠٣.

(٨) تقدّم آنفاً عن التذكرة والايضاح.

[إلّا أنّ احتمال اختصاص البطن الذي يليه بالقيمة إنّما يتّجه إذا كان الإتلاف واقعاً حين اختصاصهم بالوقف، ولا يتحقق إلّا إذا كان الحكم بنفوذ الاستيلاد بعد الموت أمّا إذا حكمنا بنفوذه قبله فالاختصاص ثابت بالوقف للواطئ فوجوب القيمة عليه على هذا التقدير إنّما هو لتعلّق حقوق الموقوف عليهم جميعاً، فلا يحتمل اختصاص البطن الذي يليه بها].

ثمّ لا يخفى عليك أنّ جميع ما ذكرناه على فرض اختصاص البطن الأوّل بالواطئ، أمّا مع فرض شريك له فهل

بل ولما سمعته من عبارة الفاضل[1]؛ لأنّه على هذا التقدير لا تختص القيمة بمن يليه من البطون قطعاً، فلا يتّجه الإشكال المذكور؛ لأنّ احتمال اختصاص البطن الذي يليه بها إنّما يتّجه إذا كان الإتلاف واقعاً حين اختصاصهم بالوقف، ولا يتحقّق إلّا إذا كان الحكم بنفوذ الاستيلاد بعد الموت. أمّا إذا حكمنا بنفوذه قبله فإنّ الاختصاص بالوقف ثابت للواطئ حينئذٍ فإيجاب القيمة عليه حينئذٍ على هذا التقدير انّما هو لتعلّق حقوق الموقوف عليهم جميعاً، فكيف يحتمل اختصاص البطن الذي يليه بالقيمة ليكون فيه إشكال؟! واحتمال أنّ المراد بقولهم: إنّ القيمة لمن يليه شراء جارية تكون وقفاً لهم؛ لاختصاصهم بذلك طلقاً يأباه صريح المحكي عن المبسوط والتذكرة[2] وظاهر غيرهما، هذا. مع أنّ الاستيلاد إنّما يترتّب عليه العتق الموجب للإتلاف بعد الموت؛ ضرورة أنّ الولد إذا مات قبل أبيه لم يتحقّق سبب العتق المقتضي لبطلان الوقف بعد تمامه ولزومه. ودعوى أنّ ذلك كاشف عن نفوذ الاستيلاد من حينه ليس بأولى من دعوى عدم تمامية السبب قبله، وليس في النصوص[3] إلّا الانعتاق من نصيب الولد. ومسألة وطء أحد الشريكين قد عرفت أنّها مورد نصّ[4] وفتوى، ووجه الفرق بينها وبين ما نحن فيه واضح، وقد أفرغنا الكلام فيها في محلّه، فلاحظ وتأمّل. على أنّه لو سلّم اقتضاء الاستيلاد ذلك كان المتّجه شراء عين بدلها حينها، لا تأخيرها إلى البطن اللاحق ملاحظة إلى إرادة استمرار الوقف واستدامته المقصود للواقف، بل هو مع كونه صدقة جارية كما هو واضح. **وأضعف ممّا ذكره هو [= الشهيد] عن شيخه السيد عميد الدين في شرح مشكلات القواعد وفي حلقة درسه من أنّ هذين الإشكالين إنّما يتأتّيان على تقدير دخول ولدها في الوقف لينتقل إليه بموت أبيه شيء منها أو المجموع، أمّا على تقدير عدم دخوله في الوقف فبموت الواطئ انتقلت إلى بطون أُخر غيره فلم يجرِ للولد عليها ملك فلا يفرض فيها عتق**[5]. وفيه أوّلاً: أنّه منافٍ لإطلاق صيرورتها أُم ولد. وثانياً: أنّه منافٍ لما ذكره **الفاضل في القواعد من جواز وقف من ينعتق على الموقوف عليه وأنّه يبقى وقفاً**[6]، وحينئذٍ ملك ولدها لها على جهة الوقف لا يقتضي انعتاقها عليه، إنّما المقتضي له ملكها بطريق الإرث. ومن ذلك يظهر لك زيادة ضعف القول بصيرورتها أُمّ ولد؛ ضرورة توقّف ذلك على القول بخروجها عن الملك الوقفي إلى غيره من الملك بالاستيلاد من حينه أو قبل الموت بآن مّا ليتوجّه وارثية ولدها حينئذٍ نصيباً منها ينعتق عليه، ويسري في غيره، فيؤخذ القيمة منه. وهو كما ترى؛ ضرورة أنّ الاستيلاد لا يغيّر كيفية الملك، وإنّما هو يبطل سلطنة بعض التصرّفات فيه. وكذا يظهر لك منه أيضاً ما في جملة من الكتب في هذه المسألة التي قال فخر المحققين: تسمّى بمتشعّبة المبادئ[7].

---

(١) تقدّم في ص٤٦٩.
(٢) تقدّم في ص٤٦٩.
(٣) انظر الوسائل ٢٣: ١٧٥، ب٦ من الاستيلاد.
(٤) انظر الوسائل ١٩: ٩، ب٣ من الشركة.
(٥) غاية المراد ٢: ٤٣٨.
(٦) القواعد ٢: ٣٩٤.
(٧) الايضاح ٢: ٣٩٨.

يحكم بالقيمة من حين الاستيلاد أم بعد الموت ؟ الظاهر الثاني [١].

كما لا يخفى عليك أيضاً أنّ المتّجه [٢] أخذ قيمة عوض الأمة من أصل التركة يشتري بها ما يكون وقفاً للموقوف عليهم ، ثمّ يغرم الولد ما زاد على نصيبه من أصل التركة للورثة بسبب الانعتاق الحاصل من سراية انعتاق نصيبه عليه ، بل لعلّ ذلك كذلك [٣]. ولو كانت الأمة موقوفة على الواطئ وقف انقطاع وقلنا بانتقال الملك إليه فأولدها ففي غرامته القيمة فعلاً أو إلى أن يموت ، البحث السابق .

وكذا لو أولدها الواقف وقلنا : هو المالك لا الموقوف عليه .

(و) كيف كان فـ [ـالمختار] [٤] أنّه (**يجوز تزويج الأمة الموقوفة**) [٥].

ومن ذلك يعلم قوّة جواز وطء الواقف لها إن لم يكن إجماعاً .

وعلى كلّ حال فالمتولّي لتزويجها هو الموقوف عليه بناءً على الانتقال إليه ، والواقف بناءً على البقاء على ملكه ، والحاكم بناءً على الانتقال إلى الله تعالى شأنه ، كما لو كانت أيضاً موقوفة على جهة العموم [٦].

(و) كذا [المختار] [٧] أنّ (**مهرها للموجودين من أرباب الوقف ؛ لأنّه فائدة كأُجرة الدار**) فلا مدخلية لمالك

١٢٣/٢٨

---

[١] **كما في جامع المقاصد**(١) **لمثل ما قلناه وإن خالف في ذلك الشهيد في نكت الإرشاد**(٢) ؛ إذ هي الآن باقية على حكم الوقف ، فلا ضرر على الشريك إلّا بالموت المقتضي لانعتاقها كما عرفت .

[٢] على ما سمعته من الشهيد .

[٣] بناءً على ظاهر كلمات الأصحاب أيضاً ، بل ربّما كان هو المنساق من نحو عبارة المتن [بقوله : وتنعتق بموته ...].

اللهمّ إلّا أن يقال : إنّها تنتقل من الواقف إلى خصوص ولده دون باقي الورثة فيختصّ حينئذٍ بغرم قيمتها للموقوف عليهم من نصيبه . لكنّه كما ترى .

[٤] **[و] لا خلاف بيننا كما اعترف به بعضهم**(٣) **صريحاً وظاهراً في [ذلك].**

[٥] **وما عن جامع الشرائع : من نسبة عدم الجواز إلى القيل**(٤) لا يقتضي كون القائل منّا .

كما أنّ التعبير في محكي المبسوط والتحرير عن الحكم بالأقوى(٥) **والأقرب**(٦) لا يقتضي ذلك أيضاً . بل لا ينبغي الإشكال فيه أيضاً ؛ ضرورة أنّه عقد على بعض منافعها كالإجارة . واقتضاء ذلك التعريض لها للحبل المعطّل لها والذي يتحقق معه التلف بالطلق لا يمنع جواز الانتفاع بها المملوك لهم بعقد الوقف .

[٦] **وما عن الشيخ من تزويجها لنفسها على الأخير**(٧) في غير محلّه .

وكذا احتمال أنّه الموقوف عليه مطلقاً ؛ لأنّه من المنافع التي هي له ، وإن كان المالك للعين غيره .

[٧] **[كما] لا خلاف لا إشكال في [ذلك].**

---

(١) جامع المقاصد ٩: ٨٤ـ ٨٥.
(٢) غاية المراد ٢: ٤٣٧.
(٣) المسالك ٥: ٤٠٦.
(٤) الجامع للشرائع : ٣٧٢.
(٥)(٦) المبسوط ٣: ٢٨٩. التحرير ٣: ٣١٨.
(٧) المبسوط ٣: ٢٩٠.

العين حينئذٍ [١].

(**وكذا ولدها من نمائها إذا كان من مملوك أو من زنا**) ؛ إذ هو كثمرة البستان ، (و) حينئذٍ (**يختص به البطن الذي تولّد**[١] **معهم**) وإن كانوا غير من حصل العقد في زمانهم ، بل الظاهر اختصاص من كان علوقه في زمانهم وإن لم يولد [٢]. (**فإن كان من حرّ بوطء صحيح كان حرّاً**) [٣].

(**إلّا أن يشترطوا**) عليه (**رِقّيته في العقد**) فإنّه يكون رقّاً حينئذٍ [٤].

(**ولو وطأها الحرّ بشبهة كان الولد حرّاً**) ؛ لأنّها كان كالصحيح بالنسبة إلى ذلك ، (و) لكن (**عليه قيمته**) طلقاً (**للموقوف عليهم**) بناءً على ما عرفت ، كما لو وطأ غير الموقوفة شبهة ؛ لأنّه السبب في إتلاف النماء على أهله كما هو واضح ، ومحرّر في محلّه .

(**ولو وطأها الواقف كان كالأجنبي**) بناءً على خروجها عنه عيناً ومنفعة بالوقف ، هذا كلّه في الوقف .

[حكم الصدقة]:

(**وأمّا الصدقة**) غير الوقف التي قد تواتر ندبها والحثّ على فعلها حتى صار ذلك من ضروري المذهب ، بل الدين خصوصاً في شهر رمضان وخصوصاً على الجيران وخصوصاً على الأرحام فإنّ « الصدقة بعشر ، وصلة الإخوان بعشرين وصلة الأرحام بأربع وعشرين »[٢] وهي « دواء المريض »[٣] ، ودافعة البلاء ، وقد أبرم إبراماً[٤] ، وبها يستنزل الرزق[٥] ، وتقع في يد الربّ قبل يد العبد[٦] ، وتقضى الدين وتخلف البركة[٧] و تزيد في المال[٨] ،

---

[١] إذ لا يخفى عليك الفرق بين النكاح وغيره في توقّف الأوّل على الإذن من السيد وهو المالك للعين ، ولا يكفي فيه ملك المنفعة ، بخلاف غيره . ولعلّ هذا هو السبب في اتفاقهم ظاهراً على كون المتولّي للنكاح ـ على التفصيل الذي ذكرناه ـ وإن كان هو أيضاً إن لم يكن إجماعاً محلّاً للنظر ، بعد اقتضاء عقد الوقف تمليك سائر المنافع للموقوف عليه التي منها النكاح كما هو المفروض .

[٢] **خلافاً للمحكي عن الإسكافي والشيخ من تبعية الولد للأُم في الوقف كالمدبّرة والمرهونة**[٩] ؛ إذ هو بعد تسليم الحكم في المقيس عليه لا يصحّ عندنا ، بناءً على حرمة القياس كما هو واضح .

[٣] **بلا خلاف ولا إشكال** [فيه] تغليباً لجانب الحريّة بالتبعية لأشرف الأبوين .

[٤] **خلافاً لبعض**[١٠] ، كما تسمعه في كتاب النكاح إن شاء الله تعالى .

---

(١) في الشرائع : « الذين يولد » .
(٢) الوسائل ٩ : ٤١١ ، ب ٢٠ من الصدقة ، ح ٢ ، وفيه : « صلة الرحم » .
(٣) الوسائل ٩ : ٣٧٢ ، ب ١ من الصدقة ، ح ١٨ . و ٣٧٥ ، ب ٣ ، ح ١ ، ٢ .
(٤) انظر الوسائل ٩ : ٣٨٣ ، ٣٨٦ ، ب ٨ من الصدقة .
(٥) انظر الوسائل ٩ : ٣٦٧ ، ب ١ من الصدقة .
(٦) الوسائل ٩ : ٤٠٦ ، ب ١٨ من الصدقة ، ح ١ ، و ٣٧٠ ، ب ١ ، ح ١٢ .
(٧) الوسائل ٩ : ٣٦٧ ، ٣٦٨ ، ب ١ من الصدقة ، ح ١ ، ٣ .
(٨) الوسائل ٩ : ٣٦٩ ، ب ١ ، ح ٨ . و ٣٨٠ ، ب ٧ ، ح ٢ .
(٩) نقله عن الاسكافي في المختلف ٦ : ٣١٨ . المبسوط ٣ : ٢٩٠ .
(١٠) المسالك ٥ : ٤٠٧ .

ويستحب التبكير بها لدفع شرّ ذلك اليوم، وفي أوّل الليل كذلك[١]، وأنّها «تدفع ميتة السوء»[٢]، و«الداء والدبيلة والحرق والغرق والهدم والجنون إلى أن عدّ سبعين باباً من السوء»[٣] إلى غير ذلك ممّا ورد فيها [١].

[فهي بمعنى القصد بالهبة والنحلة لله تعالى شأنه وهذا أمر محدث] [٢].

---

[١] هذا، ولكن قال الصادق عليه السلام في خبر زرارة: «إنّما الصدقة محدثة، إنّما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ينحلون ويهبون، ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه، قال: وما لم يعط لله تعالى أو في الله تعالى فإنّه يرجع فيه، نحلة كانت أو هبة حيزت أو لم تحز، ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته»[٤]. ولعلّ المراد على ما قيل[٥]: إنّ الناس كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله لا يتصدّق بعضهم على بعض إذا أرادوا معروفاً فيما بينهم سوى الزكاة وما يعطى لأهل المسكنة، بل كانوا يهبون وينحلون، إمّا لإرادة تحصيل ملكة الجود، أو لإرادة سرور الموهوب له، والإثابة منه، وغير ذلك. وانّما صدقة بعضهم على بعض في غير الزكاة والترحّم للمسكين أمر محدث، أعني القصد بالهبة والنحلة لله تعالى شأنه المسمّى ذلك بالصدقة محدث.

[٢] كما يشهد لذلك في الجملة ما في خبر ولده [= زرارة]: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدّق بالصدقة أله أن يرجع في صدقته؟ «فقال: إنّ الصدقة محدثة، إنّما كان النحل والهبة ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز، ولا ينبغي لمن أعطى شيئاً لله عزّ وجلّ أن يرجع فيه»[٦]. وربّما احتمل كون المراد حدوث الصدقة بمعنى الوقف، إلّا أنّه كما ترى. ومن هنا قال في محكي المبسوط: «إذا قصد الثواب والتقرّب بالهبة إلى الله تعالى سمّيت صدقة»[٧]، وفرّق بذلك بينها وبين الهبة والهدية. وفي الحدائق: الظاهر أنّ إطلاق الصدقة على هذا المعنى المشهور المشروط بالشروط المعلومة أمر محدث، لم يكن في زمنه صلى الله عليه وآله وإنّما كان الذي في زمنه النحل والهبات، والصدقة يومئذٍ انّما تستعمل بمعنى الوقف، كما في صدقات علي وفاطمة عليهما السلام والكاظم عليه السلام[٨]. ثمّ استدل على ذلك بخبر عبيد المزبور مدّعياً ظهوره في السؤال عن الصدقة المعهودة. فأجاب بأنّها بهذا المعنى محدث، وانّما المستعمل يومئذٍ النحل والهبة. ثمّ أجاب بأنّ من أعطى لله أي قرن عطيّته بالقربة صدقة أو هبة أو نحلة لا ينبغي الرجوع فيه. وأمّا قوله: «ولمن وهب» إلى آخره فالمراد مع به عدم القربة[٩]. وفيه: أنّ ما ورد من الكتاب والسنّة بهذا اللفظ مراداً به هذا المعنى لا يكاد يحصى، فليس المراد إلّا حصول الحدوث بالمعنى الذي ذكرناه. ولعلّه هو الذي ينطبق عليه ما عن التذكرة والمسالك[١٠] من أنّ الهبة أعمّ من الصدقة؛ لاشتراطها بالقربة دونها، وأنّ الهدية أخص من الهبة أيضاً؛ لأنّها تفتقر إلى حمل المهدى من مكان إلى مكان، فلا يقال: أهدى إليه داراً أو عقاراً، بل يقال: وهبه ذلك، فلو نذر الهبة برئ بالصدقة والهدية، ولو حلف أن لا يهب حنث إذا تصدّق أو أهدى، دون العكس، وهل يعتبر في حدّ الهدية أن يكون بين المهدي والمهدى إليه واسطة أو رسول؟ وجهان، أظهرهما العدم. وهو جيّد، إلّا أنّك ستعرف أنّها أعم منه من وجه.

---

(١) انظر الوسائل ٩: ٣٨٣، ب ٨ من الصدقة.
(٢) انظر الوسائل ٩: ٣٦٧، ب ١ من الصدقة.
(٣) الوسائل ٩: ٣٨٦، ب ٩ من الصدقة، ح ١.
(٤) الوسائل ١٩: ٢٣١، ب ٣ من الهبات، ح ١. و٢٣٩ ب ٧، وفيه: «وفي الله» بدل «أو في الله».
(٥)(٧) الوافي ١٠: ٥١٤. المبسوط ٣: ٣٠٣.
(٦) الوسائل ١٩: ٢٤٣، ب ١٠ من الهبات، ح ١.
(٨) انظر الوسائل ١٩: ١٩٨، ب ١٠ من الوقوف والصدقات.
(٩) الحدائق ٢٢: ٢٦٣.
(١٠) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ١٤٨. انظر التذكرة ٢: ٤١٥ (حجرية). المسالك ٦: ٩.

وعلى كلّ حال (**فهي عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول**) [١].

ومن المعلوم عدم تحققه [= العقد بالمعنى المتعارف] اصطلاحاً بالإيجاب الفعلي، كما أنّ من المعلوم تحقّق الصدقة بالأفعال ولو من الطرفين، فلا محيص عن التزام أنّ لها عقداً و معاطاة على نحو ما سمعته في البيع [٢]. [وهي لازمة وإن كانت معاطاة إلّا أنّه لا يعتبر فيها ما يعتبر في العقود اللازمة من اللفظ المخصوص ونحوه إذ هي من العقود الجائزة ويكون لزومها من جهة القربة].

نعم يبقى شيء وهو احتمال دعوى أعمية الصدقة من العقد؛ ضرورة صدقها على الإبراء المتقرّب به، والوقف كذلك، بل وعلى بذل الطعام والماء ونحوهما للفقراء والمساكين مثلاً، وإن لم يكن على جهة معنى العقدية الذي هو قصد الارتباط بالإيجاب والقبول [٣]، بل لا يبعد كونها دفع المال مجّاناً قربة إلى الله تعالى شأنه.

---

[١] **بلا خلاف محقّق أجده فيه، بل عن ظاهر المبسوط وفقه الراوندي والغنية والكفاية والمفاتيح الإجماع عليه[١]، بل صريح بعض[٢] وظاهر آخر[٣] اعتبار ما يعتبر في العقد اللازم فيها.**

لكن في الرياض: «يعتبر فيها ما يدلّ على الإيجاب والقبول ولو فعلاً، وفاقاً لبعض أصحابنا، خلافاً لجماعة فاشترطوا فيها ما يشترط في العقود اللازمة، وإطلاق النصوص بلزوم الصدقة بعد القبض وقصد القربة يدفعه، وهي وإن اشتملت ما ليس فيه إيجاب وقبول بالمرّة، إلّا أنّ اعتبارهما ولو فعلاً لازم البتة، فإنّ مع عدمهما لا يعلم كونها صدقة. مضافاً إلى عدم انصراف الإطلاق بحكم التبادر إلى خلافهما. هذا، مضافاً إلى الاتّفاق في الظاهر على اعتبارهما في الجملة، وسيأتي عن المبسوط أنّ عليه إجماع الإمامية»[٤].

وفيه: أنّ ما ذكره أيضاً منافٍ للمتّفق عليه في الظاهر من كونها عقداً بالمعنى المتعارف الذي قد عبّروا به في غيرها من العقود.

[٢] بل كان ينبغي إلتزام الجواز في الثاني [أي المعاطاة] وإن اندرج تحت اسم الصدقة على نحو اندراجها في اسم البيع.

إلّا أنّ ظاهر قوله في نصوص المقام: إنّ ما كان لله تعالى لا رجوع فيه[٥] يقتضي لزومها؛ ضرورة استبعاد حمله على خصوص العقد منها كاستبعاد القول بجوازها، وإن قصد الله تعالى شأنه فيها، باعتبار عدم العقد فيها فيتعيّن القول بلزومها وإن كانت معاطاة؛ إذ هو جهة غير جهة العقدية والمعاطاتية. والمتفق عليه في باب المعاطاة من الفرق بين العقد اللازم ومعاطاته بالجواز وعدمه، إنّما هو إذا كان اللزوم من جهة العقدية لا ما إذا كان من جهة هي متحققة في العقد ومعاطاته، بل لولا الجهة المخصوصة لكان عقدها جائزاً؛ ضرورة كونه حينئذٍ هبة، وهي من العقود الجائزة. ومن ذلك يعلم أنّه لا وجه لاعتبار ما يعتبر في العقود اللازمة من اللفظ المخصوص ونحوه؛ ضرورة كون لزومها من جهة القربة لا من جهة العقدية، فهي حينئذٍ كالهبة المعوّضة.

[٣] ولقد كان علي بن الحسين عليه السلام يتصدّق على الفقير في السرّ[٦] على وجه لا يحصل فيه معنى العقدية.

---

(١) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ١٤٨. انظر المبسوط ٣: ٣١٤. فقه القرآن ٢: ٢٩٥. الغنية: ٣٠٠. كفاية الأحكام ٢: ٢٢. المفاتيح ١: ٢٠١.

(٢) الروضة ٩: ١٩١.

(٣) انظر مفتاح الكرامة ٩: ١٤٨.

(٤) الرياض ٩: ٣٧٠.

(٥) انظر الوسائل ١٩: ٢٠٤، ب ١١ من الوقوف والصدقات.

(٦) الوسائل ٩: ٣٩٧، ب ١٣ من الصدقة، ح ٨، و ٤٠١، ٤٠٢، ب ١٤، ح ٥، ٧.

فإن كان مورده الإبراء كان صدقة وإبراءً، وإن كان مورده الهبة كان هبة وصدقة، وإن كان مورده الوقف كان وقفاً وصدقة، وإن كان غير ذلك كان صدقة ومنه الزكاة والكفّارة ونحوهما.

فالإبراء حينئذٍ منه ما هو صدقة، ومنه ما هو ليس كذلك، وكذلك الهبة والوقف، وحينئذٍ فيجري على كلّ منها أحكام ذلك إلّا الرجوع بها حيث تقوم مقام الهبة للعلّة التي سمعتها.

وليست هي عقداً مستقلاً تقوم مقام المذكورات على نحو الصلح [١].

---

[١] كما عساه يظهر من إفرادها بكتاب عن الهبة وإطلاقهم كونها عقداً.

لكنّه ليس في محلّه عند التأمّل، وإلّا لاحتاجت إلى القبول في قيامها مقام الإبراء، ومن المعلوم خلافه، بل لم يجرِ حكم الإبراء حينئذٍ على ما كان صدقة منه، وكذا الوقف والهبة.

وبذلك يظهر أنّ ذلك ليس منوعاً لها عنها كما أومأ إليه الفاضل وغيره فيما سمعته[١] من الحنث بالصدقة لو حلف أن لا يهب ولا يهدي.

وبذلك يظهر لك النظر فيما ذكره في جامع المقاصد، حيث قال: «إنّ ما ذكروه في الاحتجاج على أنّ الإبراء لا يحتاج إلى القبول وهو قوله تعالى: ﴿وَأَن تَصَدَّقُوا خَيرٌ لَكُم﴾[٢] حيث فسّروا «الصدقة» هنا بالإبراء، يقتضي عدم اشتراط القبول، ولا نية القربة»[٣]؛ إذ هو كما ترى لا يقتضي إلّا عدم اعتبار القبول في هذا القسم خاصّة، وأمّا اعتبار القربة فهو من مقوّماتها [= الصدقة] دونه [= الإبراء] فليس كلّ إبراء صدقة، ولا كلّ صدقة إبراء، وكذلك الهبة والوقف بل بينها وبين هذه العموم من وجه؛ لما عرفت من صدق الصدقة على ما لا يندرج في شيء منه فليست هي إلّا لمعنى متّحد شامل للجميع، وهذه أفراده، وكلّ فرد منها داخل تحت اسم آخر يلحقه حكمه، وإن سمّي باعتبار قصد القربة فيه أنّه صدقة. إلّا أنّ ذلك كلّه منافٍ لظاهر جعلها عقداً مستقلاً عن الهبة الظاهر في مباينتها لها، وأنّ التمييز بينها وبين الهبة بالقصد، وإن اتحد موردها، وحينئذٍ لا تجتمع الصدقة العقدية مع غيرها من العقود أصلاً والهبة قربة إلى الله تعالى مع عدم القصد بأنّها صدقة تكون هبة لا صدقة، وبالعكس صدقة لا هبة.

وبذلك يظهر النظر في جملة من الكلمات السابقة، ولعلّه إلى ذلك يرجع ما في المسالك وإن كان هو لا يخلو من نظر من وجه آخر قال: قد يلوح من بعض كلامهم عدم الاتفاق على اشتراط القربة، حيث استدلّوا على أنّ الإبراء لا يحتاج إلى القبول بقوله تعالى: ﴿وَأَن تَصَدَّقُوا خَيرٌ لَكُم﴾[٤] وفسّروا «الصدقة» هنا بالإبراء. مع أنّه غير مفتقر إلى القربة، ويلزم منه عدم افتقارها إلى القبول أيضاً كذلك.

إلّا أن يقال: إنّها تطلق على معنيين: خاصّ وعامّ، وأنّ الإبراء صدقة بالمعنى العامّ، وكلامهم هنا في المعنى الخاصّ، وقد تقدّم في الوقف أنّه صدقة والأخبار مشحونة به، مع أنّ الأصحّ عدم اعتبار نيّة القربة فيه [= الإبراء]. وهذه فوائد اعتبار معنى العام[٥].

---

(١) تقدّم في ص٤٧٣.

(٢)(٤) البقرة: ٢٨٠.

(٣) جامع المقاصد ٩: ١٢٨.

(٥) المسالك ٥: ٤٠٨.

(و) كيف كان فتفتقر صحّتها مع الإيجاب والقبول إلى (إقباض) أي القبض بإذن [١].

(و) حينئذٍ فـ(لو قبضها المعطى له من غير رضا المالك لم ينتقل إليه) [٢].

(ومن شرطها) إن لم يكن من مقوّماتها (نية القربة) [٣].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به غير واحد.**

بل قيل[١]: إنّه قد يلوح الإجماع على ذلك أو يظهر من المبسوط وفقه الراوندي[٢].

بل عن التذكرة الإجماع عليه في موضعين[٣]، وهو الحجّة بعد النصوص المذكورة في الوقف، كحسنة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام: في رجل يتصدّق على ولد له قد أدركوا، فقال: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث»[٤]. وغيره ممّا تقدّم سابقاً لما عرفت من أعمية الصدقة من الوقف، فترك الاستفصال حينئذٍ يقتضي العموم. بل قد يدّعى أنّه المتبادر من نصوص الصدقة المشتملة على ذلك فإنّها بمعنى الإعطاء صدقة. بل ربّما يستدلّ بأصالة عدم الصحّة أيضاً. إلّا أنّه في غير محلّه لانقطاعه بالعمومات. نعم يتّجه الاستدلال عليه بما دلّ على اعتباره في الهبة بناءً على أنّها هي مع زيادة نية القربة التي اقتضت عدم جواز الرجوع بها بعد اجتماع شرائط صحّتها التي منها الإقباض المزبور.

[٢] لعدم حصول الإقباض الذي هو بمعنى القبض بالإذن كما في كلّ مقام كان القبض فيه من شروط الصحّة، لا لكونه منهيّاً عنه حينئذٍ بدون الإذن؛ إذ هو معاملة لا ينافي ترتّب أثره عليه كونه محرّماً، ولكن لكون الشرط: الإقباض ولو للإجماع على ذلك لم يحصل الشرط حينئذٍ، فلم يترتّب عليه الأثر، فضلاً عن عدم القبض أصلاً.

وارتفاع الضمان عن المبيع بقبض المشتري من دون إذن البائع انّما هو لعدم كون القبض فيه شرطاً للصحّة، كما في الفرض؛ لتمامية الملك بعقد البيع، وإنّما وجب الإذن للتقابض الذي هو مقتضى المعاوضة وهو أمر خارج عمّا نحن فيه، والضمان بالتلف قبل قبضه إنّما كان لفوات المعاوضة فمع فرض تحقّقه تمّت المعاوضة، فلا ضمان بعد على البائع حينئذٍ من هذه الجهة، وإن كان القبض بغير إذنه. نعم لا يرتفع الخيار مثلاً بهذا القبض ولا غيره من الأحكام التي تترتّب على القبض، والله العالم.

[٣] **بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه.** والمناقشة في ذلك ـ وفي اعتبار القبول بقوله تعالى: ﴿**وَأَن تَصَدَّقُوا خَيرٌ لَكُم**﴾[٥] المستدلّ به على الإبراء ـ قد عرفت جوابها ممّا تقدّم. كلّ ذلك مضافاً إلى: ١ ـ حسني حمّاد وصحيحه عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا صدقة ولا عتق إلّا ما أُريد به وجه الله عزّ وجلّ»[٦]. ٢ ـ وصحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «ولا يرجع في الصدقة إذا ابتغى [بها] وجه الله عزّ وجلّ»[٧]. ٣ ـ وخبر الحكم: «إنّما الصدقة لله فما جعل لله فلا رجعة له فيه»[٨]. وغير ذلك من النصوص الدالّة عليه حتى النبوي المروي في الطرفين: أنّ «مثل الراجع في صدقته مثل الراجع في قيئه»[٩].

---

(١) مفتاح الكرامة ٩: ١٤٩.
(٢) المبسوط ٣: ٣٠٣، ٣١٤. فقه القرآن ٢: ٢٩٥.
(٣) التذكرة ٢: ٤١٧، ٤٢٦.
(٤) الوسائل ١٩: ١٨٠، ب ٤ من الوقوف والصدقات، ح ٥، وفيه: «تصدّق» و «قال».
(٥) البقرة: ٢٨٠.
(٦) الوسائل ١٩: ٢١٠، ب ١٣ من الوقوف والصدقات، ح ٢، ٣ وذيله.
(٧) الوسائل ١٩: ٢٠٦، ب ١١ من الوقوف والصدقات، ح ٧.
(٨) المصدر السابق: ٢٠٤، ح ١.
(٩) الوسائل ١٩: ٢٠٥، ب ١١ من الوقوف والصدقات، ح ٤. مسند أحمد ١: ٥٤.

(و) حينئذٍ فـ(ـلا يجوز الرجوع فيها بعد القبض على الأصحّ) [١] ؛ (لأنّ المقصود بها الأجر وقد حصل ، فهي كـ)ـالهبة (المعوّض عنها) [٢] .

(و) كيف كان فـ(ـالصدقة المفروضة) أو الزكاة منها خاصّة (محرّمة على بني هاشم إلّا صدقة الهاشمي أو صدقة غيره عند الاضطرار ، ولا بأس بالصدقة المندوبة عليهم) مطلقاً أو ما عدا النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام منهم ، كما تقدّم الكلام في ذلك مفصّلاً [٣] .

---

[١] بل عن السرائر والتذكرة وظاهر المفاتيح وكذا الغنية الإجماع عليه[١] ؛ للعموم المقتضي ذلك ، والخصوص الذي عرفته ، و [غير ذلك] .

[٢] وكالعبادة التي لا خيار فيها .

مضافاً إلى أولوية اللزوم في المقام منه في الهبة المنوي فيها القربة المحكي عليه الإجماع عن الانتصار والغنية والتذكرة[٢] إن لم تكن هي كما عرفته سابقاً .

لكن مع ذلك كلّه عن المبسوط والمهذّب وفقه الراوندي : أنّ صدقة التطوّع بمنزلة الهبة في جميع الأحكام ومن شرطها الإيجاب والقبول ، ولا تلزم إلّا بالقبض أو ما يجري مجراه ، وكلّ من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة[٣] .

ولا ريب في ضعفه ، وإن احتمل بناؤه على عدم اعتبار القربة في الصدقة ؛ إذ هو لا يخفى عليك ما فيه .

بل المحكي[٤] عن صريحه التصريح باعتبار القربة في مفهومها ، فضلاً عن كونه شرطاً فيها .

وما أبعد ما بينه وبين المحكي عنه في النهاية والمفيد في المقنعة من أنّ ما تصدّق به لوجه الله فلا يجوز أن يعود إليه بالبيع أو الهبة أو الصدقة وإن رجع بالميراث كان جائزاً[٥] .

ولعلّه لقول الصادق عليه السلام في صحيح منصور بن حازم : « إذا تصدّق الرجل بصدقة لم يحلّ له أن يشتريها ، ولا يستوهبها ولا يستردّها إلّا في ميراث »[٦] المحمول على الكراهة لمعارضته للعمومات التي هي أُصول المذهب وقواعده .

بل عن المحقّق[٧] حمل عبارة النهاية على ذلك ، بل عن ابن إدريس[٨] نفي الخلاف عن جواز الرجوع بذلك . ولعلّه تحمل عبارة المقنعة على ذلك أيضاً .

[٣] ومن الغريب أنّه بناءً على أنّ الصدقة هي الهبة المتقرّب بها وكذا الهديّة وأنّ المندوبة محرّمة على النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام يتوجّه تحريمها حينئذٍ عليهم إلّا مع عدم ملاحظة القربة ، ويمكن القطع بعدمه . ومنه يعلم كون كلّ منها مفهوماً مستقلّاً عن الآخر .

---

(١) السرائر ٣ : ١٧٧ وفيه بغير خلاف . التذكرة ٢ : ٤٢٦ (حجرية) . المفاتيح ١ : ٢٣١ . انظر الغنية : ٣٠٠ . حكاه في مفتاح الكرامة ٩ : ١٤٩ .

(٢) الانتصار : ٤٦٠ . الغنية : ٣٠٠ . التذكرة ٢ : ٤١٨ ، ٤٢٦ (حجرية) .

(٣) المبسوط ٣ : ٣١٤ . المهذب ٢ : ٩٧ . فقه القرآن ٢ : ٢٩٥ .

(٤) مفتاح الكرامة ٩ : ١٥٠ .

(٥) النهاية : ٦٠٣ . المقنعة : ٦٥٣ .

(٦) الوسائل ١٩ : ٢٠٧ ، ب١٢ من الوقوف والصدقات ، ح١ .

(٧) نكت النهاية ٣ : ١٣٥ .

(٨) حكاه في مفتاح الكرامة ٩ : ١٥٠ . انظر السرائر ٣ : ١٧٤ .

(مسائل ثلاث) :

(الأُولى) : قد عرفت أنّه (لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض سواء عوّض عنها أو لم يعوّض ، لرحم كانت أو لأجنبي على الأصحّ) [١] . [وعليه فالمتجه مع فساد الشرط ـ كالنية بمنافاة الإخلاص ـ بطلان العقد] .

المسألة (الثانية : يجوز الصدقة على الذمّي) وغيره من الكافر غير الحربي (وإن كان أجنبيّاً) على الأصحّ (لقوله عليه السلام : « على كلّ كبد حرّى أجر »[١] ، و لقوله تعالى : ﴿ لَا يَنهَاكُمُ اللهُ عَنِ الَّذينَ لَم يُقَاتِلُوكُم في الدّين) وَلَم يُخرِجُوكم مِن دِيَارِكُم أَن تَبَرُّوهُم وَتُقسِطوا إليهم ﴾[٢] [٢] .

المسألة (الثالثة : صدقة السرّ) التي تطفئ غضب الربّ[٣] (أفضل من) صدقة (الجهر) [٣] .

(إلّا أن يتّهم في ترك المواساة ، فيظهرها دفعاً للتهمة) التي تجنّب عنها سيد الرسل صلى الله عليه وآله مع بعده عنها فضلاً عن غيره أو قصد الاقتداء به أو ترغيب الناس أو نحو ذلك ممّا يقترن به الجهر على وجه يرجّح على مراعاة السريّة التي هي أرجح من الجهرية من حيث نفسها [٤] ، [وهو لا يخلو من وجه] .

---

[١] خلافاً لمن سمعت فجعل حكمها حكم الهبة ؛ لأنّها قسم منها ، وقد عرفت ضعفه .

ولكن لا يخفى أنّ مرجع ذلك [= حكمها حكم الهبة] ومرجع ما سمعته[٤] عن التذكرة وغيرها أنّ الصدقة حينئذٍ من الأوصاف اللاحقة للهبة ، وليست عقداً مستقلّاً مقابلاً لها ، وحينئذٍ فإذا فسدت النية فيها بمنافاة الإخلاص ونحوه يتّجه ثبوت حكم الهبة لها حينئذٍ فله الرجوع بها حينئذٍ مع عدم العوض وعدم كونها لرحم ، وإلّا فلا يجوز .

أمّا على ما قلناه من كونها عقداً مستقلّاً فالمتّجه بطلان العقد حينئذٍ بفساد شرطه ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

[٢] وغير ذلك ممّا سمعته في الوقف ، فإنّ المسألة من وادٍ واحد دليلاً وخلافاً ، والله العالم .

[٣] بلا خلاف أجده فيه ، بل في المسالك : هو موضع وفاق[٥] .

١ ـ قال الله تعالى : ﴿ وَإِن تُخفُوها وَتُؤْتُوهَا الفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيرٌ لَكُم ﴾[٦] .

٢ ـ وعن الصادق عليه السلام : « والله الصدقة في السرّ أفضل منها في العلانية »[٧] . إلى غير ذلك .

[٤] نعم في الدروس وغيرها تخصيص ذلك للمندوبة ، أمّا الواجبة فالأفضل إظهارها[٨] . كما عن تفسير علي بن إبراهيم روايته عن الصادق عليه السلام[٩] ولبعدها عن تطرّق الرياء . وللأمر بحملها إلى الإمام المنافي للكتمان . بل عن ابن عباس : « أنّ صدقة السرّ في التطوّع تفضل علانيتها بسبعين ضعفاً ، وصدقة الفريضة علانيتها أفضل من سرّها بخمسة وعشرين ضعفاً »[١٠] . لكن المصنّف وغيره أطلقوا أفضلية السرّ . وهو لا يخلو من وجه ، والأمر سهل بعد إيكال الأمر إلى عالم السرّ والجهر ، والله العالم .

---

(١) عوالي اللآلي ١ : ٩٥ ، ح٣ .
(٢) الممتحنة : ٨ .
(٣) انظر الوسائل ٩ : ٣٩٥ ، ب١٣ من الصدقة .
(٤) تقدّم في ص٤٧٣ .
(٥) المسالك ٥ : ٤١٣ .
(٦) البقرة : ٢٧١ .
(٧) الوسائل ٩ : ٣٩٥ ، ب١٣ من الصدقة ، ح٣ .
(٨) الدروس ١ : ٢٥٦ .
(٩) تفسير القمّي ١ : ٩٢ ، ٩٣ .
(١٠) المستدرك ٧ : ١٨٥ ، ب١١ من الصدقة ، ح١٣ .

ويكره الصدقة بجميع ماله [١]. لكن لا يخفى عليك رجحان مقام الإيثار [٢].

وكان الرجوع في ذلك كلّه إلى الموازين الشرعية المختلفة باختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال هو المتّجه في ذلك وفي غيره كالصدقة وعنده عيال محتاجون أو عليه دين [٣]، لكن من المعلوم إرادة قلّة الثواب من ذلك نحو الصدقة على الأجنبي مع حاجة القريب [٤]. هذا، وقد تضمّنت النصوص وظائف كثيرة للصدقة، كما أنّها تضمّنت الحكم بالصدقة في جملة من الأمور كالتوسعة على العيال[١]، وبذل الجاه والكلمة الليّنة[٢] ونحو ذلك ممّا هو مراد منها مشابهتها في الفضل؛ لا أنّها منها حقيقة، فلاحظ وتدبّر، والله العالم والموفّق والمؤيّد والمسدّد.

(كتاب السكنى) وأختيها (والحبس)

(**وهي عقد**) بالمعنى الأعمّ الشامل للمعاطاة بناءً على مشروعيتها (**يفتقر**) في الصحّة (**إلى**) معنى (**الإيجاب والقبول**) ولو فعلاً [٣] ويفتقر في اللزوم إلى اللفظين منه على نحو غيرها من العقود اللازمة التي شرّعت المعاطاة فيها، على أنّها من أفرادها.

---

[١] **على ما صرّح به غير واحد. ولعلّه:**

١ ـ لقوله تعالى: ﴿ يَسأَلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُون قُلِ العَفوَ ﴾[٣] أي الوسط.

٢ ـ وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَبسُطهَا كُلَّ البَسطِ ﴾[٤].

٣ ـ ﴿ وَالّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَم يُسرِفُوا ﴾[٥].

٤ ـ وقوله عليه السلام: « أفضل الصدقة عن ظهر غنى »[٦].

[٢] [وهو] الذي أشار إليه ربّ العزّة بقوله: ﴿ وَيُؤثِرُونَ عَلَى أَنفُسِهِم وَلَو كَانَ بِهِم خَصَاصَةٌ ﴾[٧] وفعله الأولياء. **ولعلّه لذا قال في الدروس: « ويكره أن يتصدّق بجميع ماله إلّا مع وثوقه بالصبر ولا عيال له »**[٨].

[٣] **التي نفى استحبابها في الأوّل في القواعد**[٩] **وعن غيرها، وحكم بكراهتها في الثاني**[١٠].

[٤] الذي ورد فيها: « لا صدقة وذو رحم محتاج »[١١] المراد منها المرجوحية بالنسبة إلى تلك التي سئل النبي صلى الله عليه وآله أيّ الصدقة أفضل؟ قال: « على [ذي] الرحم الكاشح »[١٢].

[٥] **بلا خلاف ولا إشكال [فيه].**

---

(١) الوسائل ٩: ٤٦٠، ب ٤٢ من الصدقة، ح ١.
(٢) الوسائل ٩: ٣٧٩، ب ٧ من الصدقة، ح ١.
(٣) البقرة: ٢١٩.
(٤) الاسراء: ٢٩.
(٥) الفرقان: ٦٧.
(٦) الوسائل ٩: ٤٦٢، ب ٤٢ من الصدقة، ح ٥.
(٧) الحشر: ٩.
(٨) الدروس ١: ٢٥٦.
(٩)(١٠) القواعد ٢: ٤٠٤. التذكرة ٢: ٤٢٦ (حجرية).
(١١) الوسائل ٩: ٤١٢، ب ٢٠ من الصدقة، ح ٤.
(١٢) المصدر السابق: ٤١١، ح ١.

ولا فرق في ذلك بين كونها مطلقة أو مقترنة بمدّة أو عمر [١].

(و) أمّا (القبض) فـ[ـالمختار] [٢] اعتباره فيها أيضاً [٣] هذا، و[قد قيل:] [٤] إنّه يفتقر في صحّتها الإيجاب والقبول ولزومها إلى القبض. ولعلّه لا يخلو من قوّة [٥]. [وإن قيل: إنّه شرط في الصحّة].

بل [قيل] [٦] [بـ]ـاعتبار نية القربة في صحّتها أيضاً [٧]. [والصحيح عدم اعتبارها].

---

[١] **كما هو ظاهر الأصحاب**. وجواز الرجوع بها في الأوّل [أي المطلقة] متى شاء لا ينافي افتقار مشروعيّتها إلى معنى الإيجاب والقبول، على حسب ما سمعته في العقود الجائزة، على أنّ الظاهر لزومها في الفرض أيضاً بالنسبة إلى مسمّى الإسكان وجواز الرجوع لمكان تحقق مقتضاها لا لكون العقد جائزاً، وإلّا لجاز عدم إسكانه أصلاً، والأمر في ذلك سهل.

[٢] [كما] لا خلاف أجده فيـ[ـه].

[٣] بل في الرياض عن ظاهر جماعة وصريح آخر الإجماع عليه[١].

نعم في جامع المقاصد: «ينبغي أن يكون اشتراطه على القول باللزوم أمّا على عدم اللزوم فإنّه بمنزلة العارية»[٢].

والظاهر أنّ مراده ما في الروضة من أنّه إنّما يشترط على تقدير لزومها، أمّا لو كانت جائزة فالإقباض شرط في جواز التسلّط على الانتفاع، ولمّا كانت الفائدة بدونه منتفية أطلق اشتراطه فيها[٣]. وإلّا فلا يخفى عليك عدم منافاة شرطيّته لجوازه، كما في القبض بالنسبة إلى الهبة، على معنى عدم تحقّق أثر العقد إلّا به.

[٤] [كما] عن المبسوط والمهذب وفقه الراوندي والسرائر[٤] وغيرها.

[٥] لأنّ العمدة في اشتراطه إجماع الخلاف[٥]، وهو أنّه إنّما يقتضيه لا الصحّة التي هي من مقتضى العمومات والإطلاقات. قال في المحكي عنه: «إذا أتى بواحدة منها ـ أي العقود الثلاثة ـ وأقبضه فقد لزمت العمرى» ثم ادّعى عليه إجماع الفرقة وأخبارهم[٦].

لكن ظاهر الأكثر وصريح بعض[٧] أنّه شرط في الصحة، بل الظاهر أنّه معقد ما سمعته من الرياض. ولعلّه لكونها من لواحق الوقف أو الهبة.

[٦] [كما] في المحكي من كلام ابن حمزة[٨] [ذلك].

[٧] ولا دليل عليه.

---

(١) الرياض ٩: ٣٥٥.

(٢) جامع المقاصد ٩: ١١٧.

(٣) الروضة ٣: ١٩٦ ـ ١٩٧.

(٤) المبسوط ٣: ٣١٦. المهذب ٢: ١٠٠. فقه القرآن ٢: ٢٩٣. السرائر ٣: ١٦٨.

(٥)(٦) الخلاف ٣: ٥٥٨.

(٧) انظر مفتاح الكرامة ٩: ١٢٨، ١٢٩.

(٨) الوسيلة: ٣٨٠.

بل [الظاهر] [١] [عدم] اعتبارها في لزومها أيضاً [٢]. وإن توقف عليها [= نية القربة] حصول الثواب.

نعم في جواز السكنى المطلقة أو لزومها في المسمّى خلاف تسمع تحريره إن شاء الله.

(و) على كلّ حال فـ(**فائدتها التسلّط**[1] **على استيفاء المنفعة**) تمام المدّة المشترطة (**مع بقاء الملك على**) ملك (**مالكه**) [٣].

(و) كيف كان فـ(**يختلف عليها**) أي السكنى (**الأسماء بحسب اختلاف الإضافة، فإذا اقترنت بالعمر قيل: عمرى**) وسكنى (**وبالإسكان**) وحده، (**قيل: سكنى**) خاصّة (**وبالمدّة**) المعيّنة (**قيل**): سكنى و(**رقبى إمّا من الارتقاب أو من رقبة الملك**) [٤].

١٣٥/٢٨

---

[١] [إذ] لا دليل عليه [ـه].

[٢] **كما هو** [=الاعتبار] **المحكي عن المقنعة والكافي وجامع الشرائع والغنية**[2].

بل ظاهر الأدلّة كعموم «أَوفُوا» و«المؤمنون» وغيرهما لزومها بدون ذلك وغيرها.

ومن هنا كان ظاهر الأكثر أو المشهور ما هو صريح جماعة من عدم اعتبارها في الصحّة واللزوم.

[٣] **بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد. إلّا ما يحكى**[3] **عن الشيخ والراوندي وابن البرّاج من اقتضائها نقل العين في خصوص ما لو قال: هذه الدار لك عمرك ولعقبك من بعدك.** مع أنّا لم نتحقق ذلك عن الشيخ وابن البرّاج، بل المتحقّق عن أوّلهما خلافه، وإن حكي عنه[4] ما يوهم ذلك. وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه؛ ضرورة عدم اختلاف مقتضاها باختلاف كيفية تعلّقها، مع أنّ الأصل بقاء الملك على ملك مالكه، كما ستسمع تحقيق الحال فيه. وإنّما غرض المصنّف وغيره فيما ذكره التنبيه على خلاف بعض[5] العامة حيث جعلها مفيدة فائدة الهبة على بعض الوجوه، فينتقل ملك العين إلى الساكن وهو واضح الفساد، والله العالم.

[٤] فالسكنى حينئذٍ مع تعلّقها بالمسكن وكون الصيغة بلفظها أعمّ منهما، وإن كانا هما أعمّ منها من وجه آخر وهو فيما إذا كانت الصيغة بلفظ «أعمرتك» و«أرقبتك» فإنّهما حينئذٍ عمرى ورقبى ولا يقال: سكنى، أو كان موردهما غير المسكن، بل دابّة ونحوها. **كذا في المسالك حاكياً له عن الأكثر**[6]، بل ستسمع فيما يأتي[7] التصريح منه بأنّ العمرى والرقبى المتعلّقة بالمسكن هما كالسلم والصرف بالنسبة إلى البيع أي قسم خاصّ من السكنى. لكن لا يخفى عليك أوّلاً: أنّ مقتضاه إطلاق السكنى عليهما، وإن كانت الصيغة بلفظهما كإطلاق البيع على السلم والصرف. وثانياً: أنّ المعلوم من النصّ والفتوى تباين العقود، وأنّه لا يجتمع عقدان في عقد واحد؛ ضرورة كون كلّ منهما سبباً مستقلّاً في نفسه كما أنّ المعلوم منهما هنا أنّ هذه العقود الثلاثة كغيرها من العقود بدليل اختلاف مواردها في كثير من المقامات وغيرها، ومع فرض اتحاد موردها واتحاد الصيغة القابلة لكلّ منها يجب التمييز بالنية

---

(١) في الشرائع: «التسليط».

(٢) المقنعة: ٦٥٢ـ ٦٥٣. الكافي: ٣٢٤، ٣٦٣. الجامع للشرائع: ٣٦٧. الغنية: ٣٠٢.

(٣) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ١٣٠. المبسوط ٣: ٣١٦. فقه القرآن ٢: ٢٩٤. المهذب ٢: ١٠٠.

(٤) انظر مفتاح الكرامة ٩: ١٣٠.

(٥) انظر المغني (لابن قدامة) ٦: ٣٣٥ـ ٣٣٦.

(٦) المسالك ٥: ٤١٩.

(٧) يأتي في ص ٤٩١.

والقصد، كالصلح والبيع والهبة المعوّضة. **بل قد يظهر من المحكي عن التحرير عدم إمكان اجتماعها أصلاً.**

قال: «إن كانت السكنى مطلقة أو يقول: أسكنتك عمري أو عمرك أو مدّة معيّنة من الزمان، قيل: سكنى، وإن قيّدت بالعمر بأن يقول: أعمرتك مدّة عمرك أو عمري، قيل: عمري وإن قرنت بالمدّة، قيل: رقبى بأن يقول: أرقبتك هذه الدار مدّة»[1].

ضرورة ظهوره في اعتبار تحقّق كلّ منها الصيغة باسمها، بل لعلّ التباين ظاهر المحكي عن الوسيلة والكافي.

قال في الأُولى: «العمرى أن يجعل منفعة داره أو ضيعته لغيره مدّة حياته، والرقبى أن يجعلها مدّة معلومة، والسكنى أن يجعل سكناها لغيره مدّة عمر أحدهما»[2].

وفي الثاني: «السكنى أن يجعل سكناها لغيره مدّة معلومة، والرقبى أن يسكنه فيها مدّة حياة المالك، والعمرى أن يسكنه فيها طول عمر المعمر»[3] أي الغير. **وعن المبسوط والخلاف والمهذب وفقه القرآن للراوندي والغنية والسرائر**[4]: **أنّ صورة الرقبى صورة العمرى، إلّا أنّ اللفظ يختلف، فإنّه يقول: أعمرتك هذه الدار مدّة حياتك أو حياتي، والرقبى يحتاج أن يقول: أرقبتك هذه الدار مدّة حياتك أو حياتي.**

بل عن المبسوط: «لا فرق بينهما عندنا»[5]. **وعن المهذب: «وما يفرّق به بعض الناس ليس مذهباً لنا»**[6]. **وفي محكيّ التذكرة عن علي عليه السلام: «الرقبى والعمرى سواء»**[7].

وفي محكي الخلاف: أنّ العمرى عندنا سكنى. وعن الجامع: أنّ العمرى والرقبى بحكم السكنى[8]. **وعن صيغ العقود: أنّ العبارات شتّى والمقصود واحد**[9]. **وعن المختلف بعد أن ذكر كلام المبسوط والمهذب والوسيلة والكافي والسرائر، قال: «وهذه اختلافات لفظية»**[10].

قلت: لا إشكال في أنّ المفاد واحد مع فرض كون المورد المسكن، إلّا أنّه تظهر الثمرة مع فرض التباين بلزوم القصد مع فرض العقد باللفظ الصالح للجميع، كما في كلّ مشترك وقصد القدر المشترك غير كافٍ؛ لعدم ثبوت مشروعيّته لنفسه، نحو قصد النقل المطلق من دون تشخيص كونه بيعاً أو صلحاً أو هبة معوّضة، والفرض صلاحيّة المورد، فإن كان المراد من الوحدة والتسوية بالنسبة إلى النتيجة أو بالنسبة إلى أكثر الأحكام الثابتة لهما فكذلك، وإن أُريد بالوحدة الاتّحاد بالعقد وإن تكثّرت أسماؤه باعتبار ألفاظه فخلاف ظاهر النصّ والفتوى أنّها عقود مستقلّة مختلفة المعاني.

---

(١) التحرير ٣: ٣٢١.
(٢) الوسيلة: ٣٨٠.
(٣) الكافي: ٣٦٣.
(٤) المبسوط ٣: ٣١٦. الخلاف ٣: ٥٦٢. المهذب ٢: ١٠٠. فقه القرآن ٢: ٢٩٤. الغنية: ٣٠٢. السرائر ٣: ١٦٨.
(٥) المبسوط ٣: ٣١٧. (٦) المهذب ٢: ١٠١.
(٧) التذكرة ٢: ٤٤٨ (حجرية). المستدرك ١٤: ٦٥، ب٢ من السكنى والحبس، ح١، وفيهما: «العمرى والرقبى».
(٨) الخلاف ٣: ٥٥٨. الجامع للشرائع: ٣٦٨. (٩) رسائل الكركي ١: ١٩٨.
(١٠) المختلف ٦: ٣٣٤.

[والظاهر أنّها عقود مستقلّة مختلفة المعاني]، بل لو أُريد من مورد أحدها الآخر بطل، نحو ما يراد من البيع الصلح وبالعكس، إلّا بناءً على جواز إنشاء العقد اللازم بالمجاز، والفرض قصد المعنى المجازي، أمّا مع عدمه فلا ريب في بطلانه [١].

ومن ذلك يظهر أنّ الأولى قصد السكنى والعمرى في اللفظ المشتمل عليهما، وكذا اللفظ المشتمل على المدّة المعيّنة، وربّما تسمع لذلك تتمّة إن شاء الله تعالى.

(و) على كلّ حال فـ(**العبارة عن العقد أن يقول: أسكنتك أو أعمرتك أو أرقبتك أو ما جرى مجرى ذلك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا المسكن عمرك أو عمري أو مدّة معيّنة**) [٢] ولا إشكال في أصل جواز العقد بذلك. إنّما الكلام في حصره بذلك، وقد قدّمنا سابقاً تحقيق الحال في سائر العقود اللازمة فضلاً عن غيرها بالنسبة إلى خصوص اللفظ وبالنسبة إلى اعتبار الماضوية وغيرها، فلاحظ وتأمّل [٣].

ثمّ إنّه غير خفي عليك وجه المناسبة في العمرى، أمّا الرقبى فالظاهر أنّها من الارتقاب الذي هو الانتظار، لانتظار كلّ منهما المدّة المضروبة أو من رقبة الملك باعتبار دفع الرقبة إليه لاستيفاء المنفعة [٤].

---

[١] ضرورة كونه حينئذٍ كإرادة الإجارة بالبيع، وبالعكس، فتأمّل.

[٢] **بلا خلاف [فيه].**

[٣] **لكن عن التذكرة هنا: «أو يقول: أرقبتك هذه الدار وهي لك مدّة حياتك أو وهبت منك هذه الدار عمرك على أنّك إن متّ قبلي عادت إليّ، وإن متّ قبلك استقرّت عليك»**[١].

قيل: وظاهره الملك للعين مستقرّاً كما حكاه هو وغيره عن بعض العامة[٢]. ويمكن إرادة الاستقرار للمنفعة بقية العمر لمعلومية مخالفة الأوّل لظاهر المذهب، وأن يكون مراده صحّة الهبة على هذا الوجه، ولكن جاء بها في المقام؛ لأنّ لها شبهاً بالعمرى من حيث التقييد به، لا عقد العمرى بلفظ الهبة الذي قد يشكل بأنّه مجاز فلا يعقد به العقد اللازم بناءً على المعروف عندهم، والأمر في ذلك سهل بعد وضوح الحال.

[٤] **وعن بعض أصحابنا: أنّ الرقبى أن يقول: جعلت خدمة هذا العبد لك مدّة حياتك أو مدّة حياتي، وكأنّه أخذها من رقبة العبد**[٣].

إلّا أنّا لم نعرفه، كما اعترف به غيرنا[٤].

بل في الحدائق انكار أصل عقد الرقبى؛ لعدم وجود لفظها في شيء من نصوصنا[٥]. وإن كان فيه عدم اعتبار ذلك في ثبوت العقد، خصوصاً بعد المرسل عن عليّ عليه السلام المتقدّم[٦]، بل عن الخلاف نسبته إلى أخبارنا[٧]، والله العالم.

---

(١) التذكرة ٢: ٤٤٨ (حجرية).

(٢)(٤) مفتاح الكرامة ٩: ١٣٢.

(٣) نقله في المبسوط ٣: ٣١٦.

(٥) الحدائق ٢٢: ٢٨٨.

(٦) تقدّم في ص ٤٨٢.

(٧) الخلاف ٣: ٥٦٢.

وكيف كان (فيلزم) السكنى وأختاها (بالقبض) بعد فرض اجتماع غيره ممّا يشترط فيها .

(وقيل) [١] : (لا يلزم) مطلقاً .

(وقيل) [٢] : (يلزم إن قصد به القربة) وإلّا فلا (والأوّل أشهر) [٣] .

---

[١] والقائل الشيخ على ما في التنقيح[١] . وإن كنّا لم نتحقّقه .

[٢] والقائل أبو الصلاح في المحكي عن كافيه[٢] ، بل لعلّه ظاهر المحكي عن المقنعة[٣] والغنية[٤] وجامع الشرائع[٥] .

[٣] بل المشهور ، بل في المسالك : هو « المعروف من مذهب الأصحاب »[٦] .

بل فيها أيضاً : لم نقف على قائل بالقولين الآخرين[٧] .

بل في محكيّ الخلاف : « إذا أتى بواحدة منها ـ أي العقود الثلاثة ـ وأقبضه فقد لزمت العمرى » . ثمّ ادّعى عليه إجماع الفرقة وأخبارهم[٨] .

ولعلّه الحجّة مضافاً إلى قاعدة اللزوم واستصحابه :

١ ـ وخبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام : سئل عن السكنى والعمرى ؟ فقال : « إن كان جعل السكنى في حياته فهو كما شرط ، وإن كان جعلها له ولعقبه [من] بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم أن يبيعوا ولا يرثوا ثمّ ترجع الدار إلى صاحبها الأوّل »[٩] .

٢ ـ ومضمر حمران : سألته عن السكنى والعمرى ؟ فقال : « إنّ الناس فيه عند شروطهم إن كان شرط حياته سكن حياته ، وإن كان لعقبه فهي لعقبه كما شرط حتى يفنوا ، ثمّ تردّ إلى صاحب الدار »[١٠] .

٣ ـ وحسن الحلبي أو صحيحه عن أبي عبد الله عليه السلام : في الرجل يسكن الرجل داره ولعقبه من بعده ، قال : « يجوز ، وليس لهم أن يبيعوا ولا يرثوا ، قلت : فرجل أسكن رجلاً في حياته قال : يجوز ذلك ، قلت : فرجل أسكن رجلاً داره ، ولم يوقّت ، قال : جائز ويخرجه إذا شاء »[١١] المعلوم إرادة المضي من الجواز فيه خصوصاً بملاحظة ذيل الخبر ، وما تقدّمه من النصوص المراد منها لزوم

---

(١) التنقيح ٢ : ٣٣٣ .

(٢) حكاه في التنقيح ٢ : ٣٣٣ . انظر الكافي : ٣٦٤ .

(٣) حكاه في مفتاح الكرامة ٩ : ١٢٩ . المقنعة : ٦٥٦ .

(٤) الغنية : ٣٠٢ .

(٥) الجامع للشرائع : ٣٦٧ .

(٦) المسالك ٥ : ٤٢١ .

(٧) المصدر السابق .

(٨) الخلاف ٣ : ٥٥٨ .

(٩) الوسائل ١٩ : ٢٢٠ ، ب٣ من السكنى و الحبس ، ح١ ، وفيه : « يورثوا » بدل « يرثوا » .

(١٠) الوسائل ١٩ : ٢١٨ ، ب٢ من السكنى والحبس ، ح١ ، مع اختلاف .

(١١) ذكر صدره في الوسائل ١٩ : ٢٢٠ ، ب٣ من السكنى والحبس ، ح٢ وذيله في ٢٢٢ ، ب٤ ، ح١ ، وفيه : « يورثوا » بدل « يرثوا » .

الشرط على حسب ما شرط.

٤ ـ وكذا صحيح الحسين بن نعيم عن الكاظم عليه السلام: سألته عن رجل جعل سكنى داره لرجل أيّام حياته أو له ولعقبه من بعده هل هي له ولعقبه كما شرط؟ قال: نعم.

قلت: فإن احتاج يبيعها قال: نعم.

قلت: فينقض بيعه الدار السكنى؟

قال: «لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي عليه السلام يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى، ولكن يبيعه على أنّ الذي يشتريه لا يملك ما اشترى حتى تنقضي السكنى على ما شرط، وكذلك الإجارة»[1].

٥ ـ كما صرّح به في خبر أحمد بن عمر الحلبي عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام: سألته عن رجل أسكن داره رجلاً [مدّة] حياته؟ قال: «يجوز له وليس له أن يخرجه.

قال: قلت: فله ولعقبه؟ قال: يجوز له. وسألته عن رجل أسكن رجلاً ولم يوقّت له شيئاً؟ قال: يخرجه صاحب الدار إذا شاء»[2].

إلى غير ذلك من النصوص التي لا يعارضها خبر أبي البختري المروي عن قرب الإسناد[3] عن أبيه عن جعفر عن علي عليهم السلام: «إنّ السكنى بمنزلة العارية إن أحبّ صاحبها أن يأخذها أخذها، وإن أحبّ أن يدعها فعل أيّ ذلك شاء»[4]. القاصر عن ذلك من وجوه، مع أنّه محمول على السكنى المطلقة، بل لعلّها هي السكنى، وأمّا المحدود بالعمر والمدّة المعيّنة فهي العمرى والرقبى كما سمعت الكلام فيه سابقاً.

وإطلاق المصنّف وغيره هنا لزومها منزّل على غير هذا الفرد الذي سيصرّح المصنّف بحكمه، مع إمكان إرادته الإطلاق حتى بالنسبة إليه، لكن في مسمّاها خاصّة، كما سمعته من الفاضل[5]، بل هو مقتضى الجمع بين الأدلّة على ما ستعرف.

وعلى كلّ حال فقد ظهر لك ضعف القولين المزبورين اللذين لم نتحقق أوّلهما كما لم نعرف دليله سوى الخبر المزبور المعارض بما عرفت، وبما دلّ سابقاً من النصوص[6] على عدم جواز الرجوع بما أعطى لله تعالى شأنه، إن كان مراده الجواز حتى في هذا الفرد.

بل ولا دليل الثاني منهما إلّا العمل به أيضاً وبنصوص ما أُعطي لله تعالى شأنه لا يجوز الرجوع فيه.

إلّا أنّ الجميع كما ترى منافٍ لقواعد الاستنباط والجمع بين جميع الأدلّة بعد وزنها بموازين القسط، والله العالم.

---

(١) الوسائل ١٩: ١٣٥، ب ٢٤ من الإجارة، ح ٣.

(٢) الفقيه ٤: ٢٥٣، ح ٥٥٩٧. الوسائل ١٩: ٢١٩، ب ٢ من السكنى والحبس، ح ٣، و ٢٢٢، ب ٤، ح ٢.

(٣) قرب الاسناد: ١٤٧، ح ٥٣٣.

(٤) الوسائل ١٩: ٢٢٢، ب ٤ من السكنى والحبس، ح ٣.

(٥) تقدّم في ص ٤٨٢.

(٦) انظر الوسائل ١٩: ٢٠٤، ب ١١ من الوقوف والصدقات.

(**ولو قال: لك سكنى هذه الدار**) مثلاً (**ما بقيت**) أنت (**أو**) ما (**حييت**) أنت (**جاز**) [١]. (و) [الظاهر] [٢] أنّ السكنى (**ترجع إلى المسكن بعد موت الساكن**)؛ لأنّ ذلك هو مقتضى شرطه الذي شرطه، لكن قال المصنّف: (**على الأشبه**) [٣]. هذا كلّه مع الإطلاق. و(**أمّا لو قال: فإذا متّ رجعت إليَّ فإنّها ترجع قطعاً**) [٤].

(**ولو قال: أعمرتك هذه الدار لك ولعقبك كان عمرى**) فيجري عليها حكمها من لزومها ما دام العقب، فإذا انقرضوا رجعت المنفعة إلى المالك. وأمّا العين فهي على ملك المالك (**ولم تنقل**)[1] منه (**إلى المعمر**) بالفتح، (**وكان كما لو لم يذكر العقب على الأشبه**) [٥].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال**؛ لعموم الأدلّة، وخصوصها التي تقدّمت الإشارة إليها.

[٢] [كما هو] مقتضاها [= الأدلّة].

[٣] مشعراً بوجود الخلاف فيه بيننا ولم نجده كما اعترف به غيرنا أيضاً. بل في محكي المبسوط: أنّه الصحيح على مذهبنا بعد أن حكى في المسألة قولين: الصحّة والبطلان، وأنّ القائلين بالصحّة منهم من قال: إنّها تكون للعمر مدّة بقائه ولورثته بعده، ومنهم من قال: إنّه إذا مات رجعت إلى المعمر أو ورثته إن كان هو مات[2]. وظاهره أنّ هذه الأقوال للعامة خصوصاً بعد أن كان المحكي[3] عن أكثر أصحاب الشافعي[4] استظهار البطلان من قوله في القديم، إلّا أبا إسحاق منهم فإنّه استظهر منه الصحة، والرجوع بموته إلى المالك أو ورثته، وأمّا القول بالصحة وأنّها ترجع إلى ورثته الساكن، كالهبة فهو قوله في الجديد، فكان الذي ينبغي ترك قول المصنّف: «والأشبه».

[٤] **بلا خلاف ولا إشكال، بل عن المبسوط والخلاف إجماع الفرقة عليه**[5]، مع زيادة «وأخبارهم» في الثاني، وإن كان لا فرق بين ذلك والأوّل سوى التصريح وعدمه، وهو ليس فارقاً كما هو واضح، والله العالم.

[٥] بأُصول المذهب وقواعده والنصوص المتقدّمة سابقاً، بل في ظاهر المحكي من التذكرة في مواضع وجامع المقاصد[6] الإجماع عليه. **لكن عن المبسوط: «إذا قال: لك عمرك ولعقبك من بعدك فإنّه جائز**. لما رواه جابر: أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: «أيّما رجل أعمر عمرى له ولعقبه، فإنّما هي للذي يعطاها لا ترجع للذي أعطاها، فإنّه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث»[7]»[8]. قيل: «وظاهر احتجاجه بالحديث لفتواه عمله بمضمونه؛ إذ لو لا ذلك لكان احتجاجه بالأخبار التي ذكرها هو في التهذيب كرواية أبي الصباح وغيرها أولى»[9]. وفيه: أنّه يمكن إرادة إثبات أصل المشروعية الذي أفتى به بالخبر المزبور، ومن ثمّ لم يذكروا خلافه، بل عن بعض نسخ الكتاب أنّها خالية عن لفظ الأشبه[10]. نعم يحكى عن فقه القرآن للراوندي[11] الفتوى بمتن الخبر المذكور من دون نسبة إلى رواية. ولا ريب في ضعفه؛ ضرورة كون الخبر عامّياً معرضاً عنه منافياً لظاهر النصوص المزبورة، بل ولأُصول المذهب وقواعده إذا أُريد النقل إليه وإن لم يقصده الناقل، والله العالم.

---

(١)(١١) في الشرائع: «تنتقل». فقه القرآن ٢: ٢٩٤.
(٢)(٨) المبسوط ٣: ٣١٦.
(٣) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ١٣٤.
(٤) انظر روضة الطالبين ٥: ٣٧٠ـ ٣٧١. المجموع ١٥: ٣٩١.
(٥) المبسوط ٣: ٣١٧. الخلاف ٣: ٥٦١.
(٦) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ١٣٠، انظر التذكرة ٢: ٤٤٨، ٤٤٩ـ ٤٥٠ (حجرية). جامع المقاصد ٩: ١٢١.
(٧) المستدرك ١٤: ٦٦، ب٢ من السكنى والحبس، ح٤.
(٩)(١٠) المسالك ٥: ٤٢٣.

(وإذا عيّن للسكنى مدّة لزمت بالقبض) [١].

(ولا يجوز الرجوع فيها إلّا بعد انقضائها، وكذا لو جعلها عمر المالك لم ترجع) السكنى **(وإن مات المعمر)** بالفتح [٢].

(و) حينئذٍ فـ**(ينتقل ما كان له إلى ورثته)** كغيرها من الحقوق والأملاك، **(حتى يموت المالك)** [٣].

[لكن الإنصاف عدم خلوّ القول بعدم انتقاله إلى الوارث من قوّة] بناءً على ما تسمعه من ظهور إطلاق السكنى في سكناه خاصّة ومن يتبعه في العادة، وأنّه ليس له إسكان غيره، ولا إجارته.

اللهمّ إلّا إن يقال: إنّ ذلك لا ينافي كون السكنى حقّاً له على وجه الصلح عنه للمالك، وحينئذٍ يتّجه انتقاله إلى الوارث، وإن لم نجوّز له سكناه، ولكن يكون الحقّ له على وجه له الصلح عنه من المالك فيكون إسقاطاً [٤].

---

[١] لما عرفته سابقاً.

[٢] لجميع ما تقدّم من أدلّة اللزوم.

[٣] **بل عن الشيخ في الخلاف: أنّ عليه إجماع الفرقة وأخبارهم**[١]، معتضداً بما في المسالك[٢] وعن غيرها من نفي الخلاف فيه.

وإن كان قد يناقش بما عن المصنّف في المحكي من نكت النهاية.

قال: «إنّ الذي يرجّح في ذهني أنّه لا تكون لعقبه السكنى إلّا إذا جعلها له ولعقبه بعده، ولو جعل السكنى له مدّة حياة المالك ولم يتلفّظ بجعلها لعقبه ومات المجعول له بطلت السكنى؛ لأنّه ليس بتمليك، بل هو أشبه شيء بالإباحة، فلا يتعدّى المجعول له، وما ذكره في النهاية مطالب بدليله»[٣].

وفيه:

إنّ الدليل ما عرفت من الإجماع المزبور وغيره.

بل وخبر محمد بن قيس في أحد احتماليه: «قضى في العمرى أنّها جائزة لمن أعمرها، فمن أعمر شيئاً ما دام حيّاً فانّه لورثته إذا توفّي»[٤].

لكن الإنصاف عدم خلوّ كلامه من قوّة.

[٤] إذ لا تلازم بين تعذّر السكنى بموت أو حبس مثلاً وبقاء الحقّ المزبور.

وبهذا يجمع بين كلامهم هنا وكلامهم الآتي أو يحمل هذا على ما إذا كانت العمرى على وجه تنتقل إلى الوارث باعتبار التصريح فيها على أنّها له يفعل فيها ما شاء، وكلامهم الآتي إنّما هو في الإطلاق المنزّل على إرادة الخصوصية الذي يقوى فيه ما سمعته من المصنّف، فلاحظ وتأمّل جيّداً.

---

(١) الخلاف ٣: ٥٦٠.

(٢) المسالك ٥: ٥٢٣.

(٣) نكت النهاية ٣: ١٣٠ ـ ١٣١.

(٤) الوسائل ١٩: ٢٢٨، ب ٨ من السكنى والحبس، ح ٢.

(**ولو قرنها بموت**[١] **المعمر**) بالفتح (**ثمّ مات**) المالك قبله لم يكن لورثته إزعاجه [١].

هذا كلّه إذا مات المالك والمعمر حيّ، أمّا إذا مات هو والفرض أنّ الغاية عمره (**لم تكن لوارثه**) شيء (**ورجعت إلى المالك**) [٢].

---

[١] لقاعدة اللزوم وغيرها ممّا عرفته سابقاً، **بلا خلاف معتدٍّ به أجده فيه.**

سوى ما يحكى عن أبي عليّ من التفصيل بأنّه إن كانت قيمة الدار يحيط بها ثلث الميت لم يكن لهم إخراجه، وإن كان ينقص عنها كان ذلك لهم[٢].

وهو مع شذوذه مخالف للقواعد والضوابط، فضلاً عن الأدلّة السابقة.

ولم نعثر له على شاهد سوى خبر خالد بن نافع البجلي عن أبي عبد الله عليه السلام: سألته عن رجل جعل لرجل سكنى دار له مدّة حياته - يعني صاحب الدار - فمات الذي جعل السكنى وبقي الذي جعل له السكنى أرأيت إن أراد الورثة أن يخرجوه ألهم ذلك؟ فقال: «أرى أن يقوّم الدار بقيمة عادلة وينظر إلى ثلث الميت، فإن كان في ثلثه ما يحيط بثمن الدار فليس للورثة أن يخرجوه، وإن كان الثلث لا يفي بثمن الدار فلهم أن يخرجوه، قيل له: أرأيت إن مات الرجل الذي جعل له السكنى بعد موت صاحب الدار تكون السكنى لورثة الذي جعلت له السكنى؟ قال: لا»[٣].

وهو مع ضعف سنده واضطراب متنه حتى قال الشيخ: «ما تضمّنه الخبر المزبور من قوله: «يعني صاحب الدار» غلط من الراوي ووهم منه في التأويل؛ لأنّ الأحكام التي ذكرها بعد ذلك إنّما تصحّ إذا كان قد جعل السكنى حياة من جعلت له السكنى فحينئذٍ يقوّم وينظر باعتبار الثلث وزيادته ونقصانه ولو كان جعل له مدّة حياته - يعني صاحب الدار - لكان حين مات بطلت السكنى، ولم يحتج معه إلى تقويمه واعتباره بالثلث»[٤].

وربّما استظهر من هذا الكلام موافقة الشيخ لابن الجنيد.

وفيه: أنّه يمكن إرادته بيان بطلان هذا التأويل بعدم جريان الأحكام المزبورة عليه، أمّا إذا جعل عمر الساكن والفرض حياته، وموت المالك فيمكن جريان الحكم المزبور بعد إرادة منفعة الدار من «الدار» فيه، وإرادة تسلّطهم على الإخراج بالنقصان لثبوت حقّ لهم في الجملة، لا البطلان أصلاً، ولو بحمله على الوصية أو على التنجيز في مرض الموت أو على ما يوافق كلام الإسكافي أو غير ذلك.

ومن هنا قال غير واحد: إنّ في متن الخبر المزبور اضطراباً وخللاً. فكيف يخرج بمثله عن مقتضى الأدلّة السابقة؟!

فمن الغريب بعد ذلك كلّه وسوسة الخراساني في الكفاية[٥] في المسألة بعد أن لم نجد موافقاً للإسكافي من زمنه إلى زمنه، إلّا ما سمعته من الشيخ.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال، والله العالم.**

---

(١) في الشرائع: «بمعمر».

(٢) نقله في المختلف ٦: ٣٣٢.

(٣) الوسائل ١٩: ٢٢٧، ب ٨ من السكنى والحبس، ح ١.

(٤) التهذيب ٩: ١٤٢، ذيل الحديث ٥٩٤.

(٥) كفاية الأحكام ٢: ٢٤ - ٢٥.

ثمّ لا يخفى عليك أنّ مورد النصوص في العمرى عمر أحدهما وعمر عقب المعمر بالفتح، لكن يقوى في النظر التعدّي إلى غير ذلك من عمر الأجنبي [١].

بل [الظاهر] [٢] التعدّي إلى غير ذلك من عمر حيوان بل جماد ولو نفس العين التي هي مورد العمرى.

وإن كان الأحوط عدمه، وأحوط منه الاقتصار على ما في خصوص النصوص.

وعلى كلّ حال فيفرّع على التعدّي المزبور حكم ما لو مات أحدهما في حياة من علّقت بعمره، فإن كان المالك فالحكم كما لو مات في حياة المعمر الذي علقت العمرى بموته وقد عرفت سابقاً أنّه يبقى على استحقاقه. وإن كان هو المعمر [٣] [فإنّ المتجه بناءً على ما ذكرناه عوده إلى ورثة المعمَّر نحو ما سمعته فيما لو مات بحياته المالك الذي كان عمره غاية العمرى].

نعم قد يقال: إنّ [الظاهر] [٤] جريان كثير من أحكام الوقف فيها من التشريك والترتيب وتبعية المعدوم للموجود من غير فرق بين عقبه وغيره والدوام والانقطاع وغير ذلك.

---

[١] **كما عن الشهيد الفتوى به في بعض فوائده**(١).

ونفى عنه البأس في المسالك(٢) **وبعض**(٣) **من تأخّر عنها**؛ لعموم «الأمر بالوفاء بالعقود» و«المؤمنون» وخصوص مضمر حمران(٤) وغيره ممّا تقدّم سابقاً. ولصدق اسم «العمرى» في الجملة المدلول على شرعيتها في بعض الأخبار من غير تقييد بعمر أحدهما، كما في المسالك(٥).

[٢] [كما هو] مقتضى ذلك [= ما تقدّم].

[٣] **ففي المسالك وغيرها: رجعت العمرى إلى المالك كما لو مات من علّقت على عمره**(٦).

وفيه: أنّ المتجه بناءً على ما ذكرناه عوده إلى ورثة المعمر في الأوّل نحو ما سمعته فيما لو مات بحياته المالك الذي كان عمره غاية العمرى إلّا على ما سمعته(٧) من المحقق في النكت كما تقدّم الكلام فيه هنا.

وفيه أيضاً: أنّه أولى ممّا في النصوص جواز جعل العمرى لبعض معيّن من العقب، ومثله ما لو جعله له مدّة عمره ولعقبه مدّة مخصوصة، والعقد حينئذٍ مركّب من العمرى والرقبى(٨).

وفيه ما لا يخفى مع فرض اتحاد إيجاب العقد وإلّا لجاز اجتماع السكنى المطلقة والعمرى والرقبى في عقد واحد، وإن كان متعلّق كلّ منهما مختلفاً، وحينئذٍ يكون العقد جائزاً لازماً. وهو كما ترى.

[٤] [كما هو] مقتضى العمومات، خصوصاً خبر حمران.

---

(١) نقله في المسالك ٥: ٤٢٤.

(٢)(٥) المسالك ٥: ٤٢٤.

(٣) الرياض ٩: ٣٦١، وفيه: «أنّه الأجود».

(٤) الوسائل ١٩: ٢١٨، ب٢ من السكنى والحبس، ح١.

(٦) المسالك ٥: ٤٢٥.

(٧) تقدّم في ص٤٨٧.

(٨) المسالك ٥: ٤٢٢.

بل يجوز فيها كلّ شرط سائغ في نفسه، نحو ما سمعته في الوقف أيضاً [١].

(ولو أطلق المدّة ولم يعيّنها كان) صحيحاً [٢]، ولكن **(له الرجوع متى شاء)** [٣].

هذا كلّه في السكنى المطلقة.

---

[١] ولعلّ ترك الأصحاب التعرّض لأكثر ذلك اتكالاً على ذكرهم له فيه نحو اتكالهم في ذكر جملة من الأحكام على العمرى مثلاً أو السكنى أو الرقبى مثلاً على اتّحاد الجميع في ذلك.

خصوصاً بعد ما سمعت من المرسل عن علي عليه السلام: «العمرى والرقبى سواء»[١].

وفي محكي المبسوط: «لا فرق بينهما عندنا»[٢].

والمهذب: «وما يفرّق به بعض الناس ليس مذهباً لنا»[٣].

إلى غير ذلك ممّا تقدّم ممّا هو محمول على إرادة التساوي في الأحكام، حتى إذا كان مورد العمرى والرقبى غير المسكن، فضلاً عنه.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه**؛ لإطلاق الأدلّة وعمومها.

[٣] ١ ـ لحسن الحلبي أو صحيحه عن أبي عبد الله عليه السلام[٤].

٢ ـ وخبر أحمد بن عمر الحلبي عن أبيه عنه[٥] أيضاً المتقدّمين سابقاً.

لكن ظاهر «الإخراج» فيهما كما هو المحكي من تعبير الأكثر[٦] لا ينافي لزوم العقد الذي هو مقتضى ما عرفته سابقاً من أدلّته الشاملة لجميع الأفراد فيما يتحقق به مسمّى السكنى.

كما عن العلّامة في التذكرة التصريح به[٧]**، ووافقه عليه أوّل الشهيدين**[٨] **وثاني المحققين**[٩] **فيما حكي عنهما.**

وما في المسالك من المناقشة في ذلك **«بأنّ الرواية مخصّصة للآية**[١٠]؛ لدلالتها على جوازه مطلقاً كما خصّصت الآية بسائر العقود الجائزة بدليل من خارج»[١١].

يدفعها: ما سمعت من عدم اقتضاء الرواية أزيد ممّا عرفت، والأمر سهل.

---

(١) المستدرك ١٤: ٦٥، ب ١ من السكنى والحبس، ح ١.

(٢) المبسوط ٣: ٣١٧.

(٣) المهذب ٢: ١٠١.

(٤) تقدم في ص ٤٨٥.

(٥) تقدّم في ص ٤٨٤.

(٦)(١١) مفتاح الكرامة ٩: ١٣٧. المسالك ٥: ٤٢٦.

(٧) التذكرة ٢: ٤٥٠ (حجرية).

(٨) حكاه عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٩: ١٣٧.

(٩) جامع المقاصد ٩: ١٢٤.

(١٠) المائدة: ١.

٧٨/٦٤١

[حكم العمرى والرقبى مع الإطلاق]:

أمّا العمرى والرقبى فالظاهر بطلانهما مع الإطلاق [١]. والتحقيق عدم مشروعية الجميع [٢].

فلا يصحان [الرقبى والعمرى] مع الإطلاق ولا استعمال العمرى في الرقبى ولا العكس [٣]. وأمّا استعمال لفظ كلّ منهما في عقد الآخر فهو مبني على ما حرّرنا في محلّه من جواز العقد اللازم بكلّ لفظ صالح للدلالة ولو على جهة المجازية كما هو الأقوى أو يعتبر لفظ مخصوص، وهذا غير ما نحن فيه، كما هو واضح، والله العالم.

---

[١] **كما قطع به في الدروس في الأوّل**[١] ولم يتعرّض للرقبى، ولعلّه لاتّحادها معها في الحكم.

واحتمل في المسالك الصحّة إقامة لها مقام السكنى؛ لاشتراكهما في كثير من الأحكام والمعاني وتناسبهما على الوجه الذي قرّرناه سابقاً، فيكون كاستعمال لفظ السلم في مطلق البيع، وكذا القول في الرقبى وأولى بالصحة هنا؛ لأنّ إطلاقها باعتبار رقبة الملك، أو ارتقاب المدة التي يرتضيها المالك ممكنة هنا بطريق الحقيقة، فاستعمالها في السكنى يكون كاستعمال أحد المرادفين مكان الآخر، وإن اختلفا من جهة أُخرى، وهذا قويّ[٢].

وفيه: أنّ الكلام ليس في استعمال لفظ «العمرى» و«الرقبى» و«السكنى»، بل هو في مشروعية إطلاق عقديهما على نحو عقد السكنى ولو في غير الدار.

ثمّ حكى عن التحرير: القطع بأنّه مع إطلاق العمرى والرقبى يصح، ويكون للمالك إخراجه متى شاء كالسكنى، قال: «وهو في الرقبى حسن، وفتوى الدروس في العمرى أحسن»[٣].

وفيه: ما لا يخفى؛ إذ يمكن أن يكون بناء ما في التحرير[٤] على مساواة العمرى والرقبى في الحكم المزبور للسكنى، ولو لإمكان دعوى تحقّقهما بعمر من الأعمار، وبمضي زمان من الأزمنة لا لاستعمال لفظيهما فيها، حتى يفرّق بينهما بالحقيقة والمجاز.

وأغرب من ذلك قوله: «ويتفرّع على ذلك ما لو أعمره مدّة معيّنة فعلى جواز إطلاق العمرى لا شبهة في الجواز هنا؛ لانضباطها بالمدّة، فهي أولى من الإطلاق وعلى المنع يحتمله هنا؛ لاختصاصها بالعمر ولم يحصل هنا، والجواز هنا وإن منع على الإطلاق؛ والفرق أنّها مع الإطلاق محمولة على عمر أحدهما أو عمر مطلق ولم يعيّن فبطلت للجهالة، بخلاف ما لو عيّن المدّة، فإنّه صريح في إقامتها مقام السكنى أو الرقبى فيصحّ كما صحّ إقامة السلم مقام غيره من أفراد البيع الحالّ، مع التصريح بإرادة الحلول إقامة للنوع مقام الجنس، وأقلّ مراتبه أنّه مجاز مشهور، وليس بجيّد؛ لأنّ المعتبر في العقود اللازمة الألفاظ الحقيقية الصريحة وهو منفي هنا»[٥] إذ هو كما ترى.

[٢] للأصل السالم عن معارضة الأدلّة الظاهرة في غير الفرض.

[٣] لما عرفت من أنّها عقود متمايزة.

---

(١) الدروس ٢: ٢٨١.

(٢)(٣)(٥) المسالك ٥: ٤٢٦ ـ ٤٢٧.

(٤) التحرير ٣: ٣٢٢.

(و) كيف كان فلا يتوهّم اختصاص مورد العمرى والرقبى بمورد السكنى، بل هو أعمّ؛ إذ (**كلّ ما صحّ وقفه صحّ إعماره من العقار والحيوان والأثاث**[1]) وغير ذلك [١].

(و) على كلّ حال فـ(**لا يبطل**) عقد العمرى (**بالبيع**) وغيره من نواقل العين الذي مورده غير موردها كما لا تبطل بالإجارة [٢]. والظاهر أنّ الرقبى أيضاً كذلك [٣]. بل وكذا السكنى اللازمة، أمّا السكنى المطلقة والعمرى والرقبى بناءً على مشروعية الإطلاق فيهما [٤] [فقد يقال: بعدم منافاة نقل العين لنقل المنفعة وإن كان على وجه الجواز حتى يكون ذلك فسخاً شرعاً وإن لم يقصده به].

نعم لو قصد به الفسخ ولو بقصد التسليط على العين ومنافعها في وجه اتجه حينئذٍ ذلك.

وكيف كان فالمراد أنّ نقل العين من حيث كونه كذلك لا يقتضي فسخ العقد اللازم الذي مورده المنفعة، (**بل**

---

[١] **كما صرّح به كثير من الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافاً، بل عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه**[2]:

١ ـ للعمومات.

٢ ـ وخصوصاً خبر محمّد بن قيس[3] المتقدّم سابقاً.

٣ ـ بل في صحيح محمّد بن مسلم: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها؟ قال: «هي لها على النحو الذي قال»[4].

٤ ـ وخبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام: سألته عن الرجل يكون له الخادمة تخدمه فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهي حرّة فتأبق الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستّة ثمّ يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها بمقدار ما أبقت؟ قال: «إذا مات الرجل فقد اعتقت»[5].

وهما في الرقبى، فكان على المصنّف أن يذكرها مع العمرى، إلّا أنك قد عرفت أنّ ذاك ونحوه لمعلومية تساويهما في الحكم.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن دعوى تحصيل الإجماع عليه، كما عن ظاهر التنقيح**[6] **أو صريحه.**

مضافاً إلى الأصل وغيره من أدلّة اللزوم المتقدّمة، وخصوص صحيح الحسين بن نعيم[7] المتقدّم سابقاً.

[٣] لاتّحاد الدليل في الجميع، **بل قيل: إنّها أولى**[8].

[٤] **فالذي صرّح غير واحد، بل لا أجد خلافاً بينهم فيه انفساخها**، كما هو شأن العقد الجائز إذا طرأ عليه لازم ينافيه. **وربّما يحمل على ذلك ما في الدروس: «لو باع المالك العين كان فسخاً للسكنى لا للعمرى والرقبى»**[9] بناءً منه على عدم جريان الإطلاق فيهما.

وقد يناقش بعدم منافاة نقل العين لنقل المنفعة وإن كان على وجه الجواز حتى يكون ذلك فسخاً شرعاً وإن لم يقصده به.

---

(١) بدل العبارة في الشرائع هكذا: «كلّ ما يصحّ وقفه يصحّ إعماره من دار ومملوك وأثاث».

(٢) التذكرة ٢: ٤٤٩ (حجرية).

(٣) الوسائل ١٩: ٢٢٨، ب٨ من السكنى والحبيس، ح٢.

(٤) الوسائل ١٩: ٢٢٥، ب٦ من السكنى والحبيس، ح١.

(٥) المصدر السابق: ح٢، مع اختلاف.

(٦) التذكرة ٢: ٤٤٩ (حجرية). التنقيح ٢: ٣٣٦.

(٧) الوسائل ١٩: ١٣٥، ب٢٤ من الاجارة، ح٣.

(٨) انظر المسالك ٥: ٤٢٧، ٤٢٨.

(٩) الدروس ٢: ٢٨٢.

يجب أن يوفّى المعمر) مثلاً (**ما شرط له**) . نعم في صحّة أصل البيع من بين النواقل وبطلانه خلاف [١].

ولا ريب في أنّ المتّجه الصحّة إلّا أن تكون المعاملة سفهيّة ، نعم يكون له الخيار مع الجهل بين الصبر مجّاناً إلى انقضاء المدّة وبين الفسخ [٢] ، من غير فرق في ذلك بين بيعه على المعمر وغيره [٣].

---

[١] **فالأكثر على الصحّة** ؛ للعموم وخصوص الصحيح المزبور [أي صحيح الحسين بن نعيم] والجهالة بوقت الانتفاع لا ينافيه ؛ لأنّها ليست مورداً له ، خصوصاً مع عدم انحصار المنفعة في ذلك ؛ لجواز التصرّفات التي لا تنافيها . **واستقرب الفاضل في محكيّ التحرير البطلان**[١] ، **بل عن إيضاح النافع القطع به**[٢] . **واستشكل فيه في القواعد ومحكي المختلف وموضع من التذكرة والإيضاح والتنقيح**[٣] . **وجزم بالصحة في محكي الإرشاد**[٤] فاختلف كلامه في كتبه . ولعلّ ذلك ممّا عرفت ، ومن أنّ الغرض المقصود من المبيع هو المنفعة ، ولهذا لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه ، والفرض أنّ زمان استحقاق المنفعة مجهول ، فيتجهّل المبيع ، ولذا منع الأصحاب من بيع المسكن الذي تعتدّ فيه المطلّقة بالأقراء ؛ لجهالة وقت الانتفاع به ، ومن المعلوم أنّ المقام أولى منه ؛ لإمكان استثناء الزوج مدّة يقطع بعدم زيادة العدّة عليها ، بخلاف المتنازع . إلّا أنّ ذلك جميعه كما ترى ؛ ضرورة تحقق الانتفاع بالمبيع ، وإنّما تخلّف منه نوع خاصّ وذلك لا يقدح . كما أنّ الجهل بوقت الانتفاع ليس جهلاً بعين المبيع ؛ إذ هو ليس من أوصافه ، فما دلّ على اعتبار المعلومية في المبيع لا ينافيه مثل هذا الجهل الذي لم يثبت مانعيّته من الصحّة . ومنع الأصحاب من بيع مسكن المعتدّة مبني على ما منعوه هنا ؛ لاشتراكهما في المعنى ويلزم القائل بالصحّة هنا القول به ثَمّ إن لم يكن دليل يخصّه . مضافاً إلى النصّ المعتبر هنا بالجواز صريحاً الذي يكون القول بالبطلان معه كالاجتهاد في مقابلته ، وهو صريح في الجواز ، بل لعلّه ظاهر فيه حتى لو كانت العمرى في العقب الذي لا عادة بانتهائه . ومن هنا أمكن الفرق بينهما بذلك إن لم ندّع اتّحاد الطريق ، أو يقال بخروج ذلك بدليله إن كان . والأولويّة التي ادّعوها في مسكن المعتدّة باعتبار إمكان استثناء قدر يقطع بانقضاء العدّة قبله . **ففي المسالك : « أنّ مثله آتٍ في العمرى ، نظراً إلى العمر الطبيعي الذي لا يعيش المعمر بعده قطعاً أو عادة ، ومن ثمّ يحكم بموت المفقود حينئذٍ ويقسّم ماله ، وتعتدّ زوجته عدّة الوفاة اتّفاقاً »**[٥] . وإن كان قد يناقش في أصل ذكر الأولوية المزبورة بأنّ المنع إنّما هو مع فرض استثناء قدر العدّة المجهول الدائر بين كونه ستّة وعشرين يوماً ولحظتين أو خمسة عشر شهراً أو سنة أو تسعة أشهر ، لا ما إذا فرض استثناء الزائد ؛ ضرورة القطع بجواز بيع العين المستأجرة مدّة معلومة . كما أنّه قد يناقش في النقض بذلك ، وبأنّ العمرى قد لا يمكن فيها ذلك ، كما إذا كانت مقرونة بعمر العقب أيضاً ، فلا ريب في أنّ ذلك كلّه خروج عن وجه المسألة الذي هو بيع العين المستحقّ منفعتها زماناً مجهولاً باعتبار عود مثل هذه الجهالة للبيع وعدمه .

[٢] لقاعدة الضرر .

[٣] **وإن قال في المسالك : « إنّه ربّما فرق بينهما فيصحّ في الأوّل دون الثاني** . نظراً إلى استحقاق المعمر المنفعة ابتداءً واستمرار استحقاقه فتقلّ الجهالة بخلاف غيره »[٦] . وفيه : أنّ المعتبر من العلم بالمنفعة المطلوبة في البيع إن كان ممّا ينافيه هذا الفائت منها بطل مطلقاً ، وإلّا صحّ مطلقاً ؛ لاختلاف الاستحقاقين ، فلا يبني أحدهما على الآخر كما هو واضح .

---

(١) التحرير ٣ : ٣٢٢ . (٢) نقله في مفتاح الكرامة ٩ : ١٤٠ .
(٣) القواعد ٢ : ٤٠٣ . المختلف ٦ : ٣٣٦ . التذكرة ٢ : ٤٥١ (حجرية) . الايضاح ٢ : ٤٠٩ . التنقيح ٢ : ٣٣٦ ـ ٣٣٧ .
(٤) الإرشاد ١ : ٤٥٦ . (٥)(٦) المسالك ٥ : ٤٣٠ ، ٤٢٩ .

بقي شيء وهو أنّ المعمر لو كان هو المشتري [فهل يجوز له بيع العين بجميع منافعها؟][١]. [التحقيق عدم الجواز إلّا أن يحمل على عمرى مصرّح فيها بجواز النقل للغير]. (و) كيف كان فـ(ـاطلاق السكنى يقتضي أن يسكن بنفسه) هو (وأهله وأولاده، ولا يجوز أن يسكن غيرهم إلّا أن يشترط ذلك)[٢]. (و) حينئذٍ فـ(ـلا يجوز) له (أن يؤجر السكنى) لغيره (كما لا يجوز أن يسكن غيره) بعارية ونحوها[٣]. [ولكن مقتضى القواعد جواز ذلك كلّه، إلّا أن يكون بطريق الاشتراط كما في الإجارة، ولا ريب في أنّ ذلك أحوط].

---

[١] ففي المسالك: «جاز له بيع العين بجميع منافعها؛ لأنّها بأجمعها مملوكة له، ولا مانع من نقلها إلى غيره بوجه، وإن كان قبل الشراء ما كان يمكنه بيع هذه المنفعة، فإنّ المانع لم يكن الجهالة، بل عدم جواز إفراد المنفعة بالبيع، وليس ببعيد جواز الصلح عليها؛ لاحتماله من الجهالة ما لا يحتمله البيع وصحّته على العين والمنفعة فعلى هذا لو كان مشتري العين غيره وجوّزناه جاز له أن يصالح المشتري على تلك المنفعة المستحقّة له مدّة عمره بمال معلوم ويصير المشتري حينئذٍ مالكاً للجميع كما لو كان هو المعمر»[١]. وفيه: أوّلاً: أنّ البيع لا يقع إلّا على العين، والمنفعة تكون تابعة للعين باعتبار تبعية النماء للأعيان في الملك، فمع فرض كون المنفعة مستحقّة للمعمر بعقد العمرى لا يصحّ تناول عقد البيع لها؛ ضرورة عدم تبعيّتها للعين المملوكة بسبب الملك كما هو واضح، وكذا في العين المستأجرة ونحوها. وثانياً: أنّه لا يوافق ما سيأتي من عدم جواز إسكان الساكن غيره ولا إجارته للمسكن، اللهمّ إلّا أن يحمل على عمرى مصرّح فيها بجواز النقل للغير، والأمر سهل.

[٢] كما صرّح به جماعة، بل في جامع المقاصد نسبته إلى الأكثر[٢]، بل في المسالك وغيرها نسبته إلى المشهور[٣]. والظاهر إرادة ما في النافع وغيره من أنّ إطلاقها يقتضي أن يسكن بنفسه ومن جرت عادته بإسكانه معه[٤]، ولذا نسبه في التنقيح إلى الشيخ والقاضي والمشهور، قال: «وعليه الفتوى»[٥]. لكن قد يظهر من بعض المتأخّرين الخلاف بينهم في ذلك، حتى أنّه في الكفاية قال: «يلحق بأهله وولده من جرت العادة بإسكانهم كالعبيد والإماء والخدم والمرضعة والضيف وغيرهم»[٦]. وفي غيرها عن جماعة أيضاً إلحاق الدابة إذا كان الموضع معدّاً لمثلها، وجواز وضع ما جرت العادة بوضعه من الأمتعة والغلّة. وفي التنقيح يحرز من الغلّة قدر الحاجة[٧]. والظاهر عدم الخلاف بينهم في ذلك، ومراد الجميع أنّ المدار على ما يفهم عرفاً من مثل الإطلاق المزبور الذي هو كغيره من الخطابات العرفية، وليس هو إلّا سكناه نفسه وتوابعها.

[٣] ضرورة اقتضاء الإجارة ثبوت السلطنة على موردها، والفرض أنّ التمليك له قد وقع على وجه خاصّ.

لكن في السرائر: «الذي يقتضيه أُصول المذهب أنّ له جميع ذلك وأنّ له إجارته وانتقاله وإسكان غيره معه سوى ولده وامرأته سواء أذن له في ذلك أم لا؛ لأنّ منفعة هذه الدار استحقّها وصارت مالاً من أمواله وحقّاً من حقوقه، فله استيفاؤها كيف شاء بنفسه وغيره، وما أورده شيخنا في نهايته فلا شكّ أنّه خبر واحد قليلاً ما يورده أصحابنا

---

(١)(٣) المسالك ٥: ٤٣٠، ٤٣١.
(٢) جامع المقاصد ٩: ١٢٦.
(٤)(٥) المختصر النافع: ١٨٣. التنقيح ٢: ٣٣٥.
(٦)(٧) كفاية الأحكام ٢: ٢٥. التنقيح ٢: ٣٣٥ـ٣٣٦.

. . . . . .

في كتبهم فشيخنا المفيد لم يورده في مقنعته ، ولا السيد المرتضى ولا المحصّلون من أصحابنا »[١] . قلت : لم نقف فيما وصل إلينا من النصوص على الخبر الذي ذكره كما اعترف به في الحدائق[٢] . اللهمّ إلّا أن يقال : إنّه قول الصادق عليه السلام في خبري أبي الصباح[٣] والحلبي[٤] المتقدّمين : « ليس لهم أن يبيعوا ولا يورّثوا » وزاد في أوّلهما : « ثمّ ترجع الدار على صاحبها » على معنى إرادة عدم نقل المنفعة لهم وعدم إرثها لا العين المعلوم فيها ذلك ، بل ربّما في جعل ذلك جواباً للشرط في أحدهما إشعار بذلك ، ولا ينافيه نفي الإرث ؛ إذ هو كذلك في مفروض البحث الذي هو سكناه وسكنى عقبه مدّة عمر كلّ واحد منهم ، ومع فرض موت أحدهما تنتهي السكنى فلا إرث . ولولا ذلك لاتّجه كلام ابن إدريس ؛ ضرورة اقتضاء عقد السكنى وأُختيها ملك المنفعة التي هي السكنى ، والناس مسلّطون على أموالهم[٥] . وكون مورد العقد سكناه لا يقتضي اختصاص تمليكه بمباشرته ، و(**إلّا**) لاقتضى ذلك في الإجارة للسكنى أو للركوب أو نحو ذلك ممّا كان المستأجر فيه مورداً لا شرطاً . ودعوى ظهور عقد السكنى في ذلك ممنوعة كلّ المنع ، وأولى بذلك عقد العمرى والرقبى . بل قد يقال : إنّ منافع الأعيان لا تتشخّص بفعل المستوفي لها ؛ ضرورة عدم كون فعله حينئذٍ من منافعها المملوكة له ، وإنّما الفعل مملوك لفاعله . نعم قد يكون ذلك بطريق الاشتراط كما في الإجارة . بل لو قلنا بالتشخّص المزبور لم يتجه الإرث في مورده بل لم يتّجه ذلك ملك الساكن الأجرة (**بإذن المسكِن**) لأنّ سكنى الغير حينئذٍ ليس ممّا انتقل إليه فلا يملك أجرته ، فليس حينئذٍ إلّا دعوى أنّ الإيجاب هنا قد تحمل تمليك السكنى . واشتراط كون الساكن هو المستوفي ، وهي كما ترى لا يساعده عليها عرف ولا شرع ؛ إذ ليس الإيجاب هنا إلّا كغيره ممّا يراد منه نقل مورده إلى المخاطب ، وليس هو هنا إلّا منفعة الدار لا عمل الساكن أي سكونه الذي هو ليس من منافع الدار . وبذلك يظهر لك وجه النظر الذي ذكره في المسالك فإنّه بعد أن حكى عن ابن إدريس ما سمعته ، والجواب عنه بمنع ملكه لها مطلقاً بل على الوجه المخصوص فلا يتناوله غيره ، قال : « وفيه نظر »[٦] . بل ويظهر لك النظر في أصل استدلال المشهور بأنّ الأصل عصمة مال الغير من التصرّف بغير إذنه ، خرج من ذلك ما أذن فيه ، وهو سكناه بنفسه ، ومن في معناه ، فيبقى الباقي على أصل المنع ؛ ضرورة ابتناء ذلك على أنّ المفهوم من « العاقد » ذلك ، وحينئذٍ يكون النزاع مع ابن إدريس فيما يفهم منه عرفاً ، فإن كان كما ذكره الشيخ وافقه ابن إدريس عليه ، وإن كان العكس انعكس الحال ، وقد سمعت من ابن إدريس أنّ مبنى منع الشيخ الخبر الذي أورده لا الفهم من عبارة العاقد . وبالجملة : أنّ كلمات هؤلاء المتأخّرين في غاية التشويش ، لا يمكن الجمع بين تعليلهم المزبور وقولهم : « أنّ الأجرة للساكن إذا أذن المالك » ، وقولهم : « بإرث حقّ السكنى فيما إذا كان الغاية عمر المالك » ، وبين قولهم : « أنّه ملك على وجه خاصّ » . نعم يتمّ ذلك بناءً على أنّ هذه الخصوصية شرعية على نحو خصوصية الموقوف عليه ملك العين الموقوفة ونحو خصوصية ملك أُمّ الولد ، وغير ذلك ممّا ثبت من الشرع ، ويبقى المطالبة في دليل هذه الخصوصية ، وليس فيما نجد إلّا الخبران المزبوران . ولكن يشكل الخروج بهما عن مقتضى القواعد مع عدم استدلال أحد من الأصحاب بهما على ذلك . اللهمّ إلّا أن يقال بكفاية عمل المشهور على ما يوافقهما ، ولا ريب في أنّه أحوط .

---

(١) السرائر ٣ : ١٦٩ .
(٢) الحدائق ٢٢ : ٢٩٢ .
(٣) الوسائل ١٩ : ٢٢٠ ، ب ٣ من السكنى والحبيس ، ح ١ ، ٢ .
(٤) المصدر السابق : ح ٢ .
(٥) البحار ٢ : ٢٧٢ ، ح ٧ .
(٦) المسالك ٥ : ٤٣١ .

(وإذا حبس فرسه) مثلاً (في سبيل الله تعالى) شأنه (أو غلامه في خدمة البيت أو المسجد لزم ذلك، ولم يجز تغييره ما دامت العين باقية) [١]. [وأنّه يخرج عن ملك الحابس بذلك]، بل لعلّ قصد الحابس ذلك أيضاً [٢].

بل قد يقال: إنّ [الظاهر] [٣] الاكتفاء فيه بالفعل بهذا العنوان، فلا يحتاج صحّته، بل ولا لزومه إلى لفظ، فضلاً عن أن يكون عقداً محتاجاً إلى القبول من الناظر أو الحاكم [٤].

وأمّا القبض فـ[ـالظاهر] [٥] اعتباره في الحبس [٦].

---

[١] بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به الحلّي وغيره.

قال في المحكي من نوادر قضاء سرائره: «إذا كان الحبس على مواضع قرب العبادات ـ مثل الكعبة والمشاهد والمساجد ـ فلا يعاد إلى الأملاك ولا تنفذ فيه المواريث؛ لأنّه بحبسه على هذه المواضع خرج عن ملكه عند أصحابنا بلا خلاف»[(١)]. مضافاً إلى ما تقدّم من النصوص[(٢)] في الصدقة المتضمّنة لعدم جواز الرجوع في كلّ ما يعطى لله تعالى شأنه. بل صريح ما سمعته من الحلّي نفي الخلاف في الخروج عن الملك، فضلاً عن اللزوم. لكن في المسالك: «ظاهر العبارة [أي الشرائع] أنّه لا يخرج عن ملك المالك حيث حكم بلزومه وعدم جواز تغييره ما دامت العين»[(٣)] باقية.

وفيه: منع الظهور المزبور، ولعلّ السيرة قديماً وحديثاً في فرش المساجد والمشاهد المشرَّفة بناءً على أنّه منه على ذلك.

[٢] بل ربّما كان ثوب الكعبة الذي قد تضمّنت النصوص[(٤)] بجواز أخذ القطع منه عند انتهاء عمره للتبرّك من أيدي الخدمة منه أيضاً.

[٣] [إذ] مقتضى السيرة [ذلك].

[٤] لكن عن التحرير واللمعة وصيغ العقود والمسالك والروضة والمفاتيح والتذكرة التصريح بكون الحبس عقداً[(٥)]. بل قيل: إنّه ظاهر الباقين[(٦)]. ويمكن إرادتهم غير المفروض؛ إذ قد عرفت فتوى المشهور في الوقف بعدم الاحتياج إلى القبول، فضلاً عن الحبس، وإن كان قد سمعت المناقشة فيه منّا.

[٥] [كما] عن التذكرة واللمعة والمسالك والروضة[(٧)].

[٦] لكن قد سمعت سابقاً في الوقف وفي الصدقة: أنّ أقصى ما تقتضيه الأدلّة اعتباره في اللزوم دون الصحّة، فضلاً عنه، فإنّه لا دليل على اعتباره فيه. اللهمّ إلّا أن يستفاد من فحوى ما دلّ عليه في الوقف المنقطع وممّا دلّ عليه في الصدقة فيما كان منهما متمّماً بعدم القول بالفصل.

---

(١) السرائر ٢: ١٩٠.
(٢) انظر الوسائل ١٩: ٢٠٤، ب ١١ من الوقوف والصدقات.
(٣) المسالك ٥: ٤٣٢.
(٤) انظر الوسائل ١٣: ٢٥٧، ب ٢٦ من مقدّمات الطواف.
(٥) حكاه عنها في مفتاح الكرامة ٩: ١٤٣. انظر التحرير ٣: ٣٢١. اللمعة: ١٠٢. صيغ العقود (رسائل الكركي) ١: ١٩٧. المسالك ٥: ٤٣٢. الروضة ٣: ١٩٩. المفاتيح (٣: ٢١٦). التذكرة ٢: ٤٥٠ (حجرية).
(٦) مفتاح الكرامة ٩: ١٤٣.
(٧) التذكرة ٢: ٤٥٠ (حجرية). اللمعة: ١٠٢. المسالك ٥: ٤٣٢. الروضة ٣: ١٩٩. حكاه عنها في مفتاح الكرامة ٩: ١٤٣.

نعم الظاهر عدم اعتبار نية القربة في صحّته [١]. ثمّ إنّ الظاهر أنّه كالوقف بالنسبة إلى الموقوف والموقوف عليه [٢].

---

[١] لما عرفته سابقاً في الوقف وفي السكنى من أصالة عدم الاشتراط وغيرها.

خلافاً للمحكي عن المقنعة والنهاية والوسيلة والتحرير وجامع المقاصد والتذكرة[١].

[٢] **كما عن المقنعة والنهاية والمهذب والوسيلة وجامع الشرائع والتحرير[٢] وغيره من كتب المتأخّرين. بل لعلّ حكمهم في الوقف المنقطع الآخر بأنّه حبس ظاهر أو صريح في ذلك.** وربّما كان هذا هو السبب في عدم استقصائهم الكلام في عقده وشرطه وموروده والمحبوس عليه ونحو ذلك. بل لعلّ النصوص أيضاً كذلك، فإنّا لم نعثر فيه إلّا على: ١ ـ صحيح ابن أُذينة، قال: كنت شاهداً لابن أبي ليلى فقضى لرجل جعل لبعض قرابته غلّة داره ولم يوقّت وقتاً، فمات الرجل فحضر ورثته عند ابن أبي ليلى وحضر قرابته التي جعل لها غلّة الدار، فقال ابن أبي ليلى: أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال له محمد بن مسلم الثقفي: أما أنّ علي بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وعلمك؟ فقال: سمعت أبا جعفر محمد بن علي عليه السلام يقول: «قضى عليّ بن أبي طالب عليه السلام بردّ الحبس وإنفاذ المواريث»، فقال ابن أبي ليلى: هذا عندك في كتاب؟ قال: نعم، قال: فأرسل إليه وائتني به، فقال محمّد بن مسلم: على أن لا تنظر في الكتاب إلّا في ذلك الحديث، فقال: لك ذلك فأحضر الكتاب، فأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام فردّ قضيّته[٣]. ٢ ـ وخبر عبد الرحمن الجعفي، قال: كنت أختلف إلى ابن أبي ليلى في مواريث لنا ليقسمها وكان فيها حبيس، فكان يدافعني فلمّا طال شكوته إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال: «أوَ ما علم أنّ رسول الله أمر بردّ الحبيس وإنفاذ المواريث، قال: فأتيته ففعل مثل ما كان يفعل، فقلت [له]: إنّي شكوتك إلى جعفر بن محمد عليه السلام فقال لي: كيت وكيت، قال: فحلّفني ابن أبي ليلى أنّه قد قال ذلك؟ فحلفت له، فقضى لي بذلك[٤]. ٣ ـ والمكاتبة عن علي بن معبد قال: كتب إليه محمد بن أحمد بن إبراهيم سنة ثلاث وثلاثين ومئتين يسأله عن رجل مات وخلّف امرأة وبنين وبنات وخلّف لهم غلاماً أوقفه عليهم عشر سنين ثمّ هو حرّ بعد العشر سنين فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام وهم مضطرّون إذا كان على ما وصفته لك جعلني الله فداك؟ فكتب عليه السلام: «لا يبيعوه إلى ميقات شرطه إلّا أن يكونوا مضطرّين إلى ذلك فهو جائز لهم»[٥] بناءً على إرادة الحبس من «الوقف» فيه. ٤ ـ وكذا خبر محمد بن مسلم: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها؟ قال: «هي لها على النحو الذي قال»[٦]. ٥ ـ وخبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل له الخادم تخدمه فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرّة فتأبق الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستّة ثمّ يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها قدر ما أبقت؟ قال: «إذا مات الرجل فقد عتقت»[٧]. وعلى كلّ حال فممّا سمعت يظهر الوجه فيما ذكره المصنّف وغيره بقوله: [أمّا لو حبس...].

---

(١) المقنعة: ٦٥٦. النهاية: ٦٠١. الوسيلة: ٣٨٠. التحرير ٣: ٣٢٣. جامع المقاصد ٩: ١٢٧. التذكرة ٢: ٤٤٨ (حجرية).

(٢) المقنعة: ٦٥٦. النهاية: ٦٠١. المهذب ٢: ٩٣. الوسيلة: ٣٨٠. الجامع للشرائع: ٣٦٨. التحرير ٣: ٣٢٣.

(٣) الوسائل ١٩: ٢٢٣، ب ٥ من السكنى والحبيس، ح ١. (٤) المصدر السابق: ٢٢٤، ح ٢، وفيه: «كما كان» بدل «مثل ما كان».

(٥) الفقيه ٤: ٢٤٥، ح ٥٥٨٠. الوسائل ١٩: ٢٢١، ب ٣ من السكنى والحبيس، ح ٣ ذيله.

(٦)(٧) الوسائل ١٩: ٢٢٥، ب ٦ من السكنى والحبيس، ح ١، ٢.

(أمّا لو حبس شيئاً على رجل) مثلاً (ولم يعيّن وقتاً ثمّ مات الحابس كان ميراثاً) [١].

(وكذا لو عيّن مدّة) ولو عمر أحدهما (وانقضت كان ميراثاً لورثة الحابس) [٢]. ولا إشكال في ذلك.

ولا في لزومه إليها [٣].

إنّما الكلام في لزوم الأوّل [فيما لم يعيّن وقتاً] إلى موت الحابس وجوازه [٤].

[والظاهر أنّه لازم إلى موت الحابس ثمّ رجوعه إلى الورثة].

---

[١] كما دلّ عليه الخبران الأوّلان، **بل لا أجد فيه خلافاً بل الإجماع بقسميه عليه.**

[٢] **بلا خلاف [فيه].**

[٣] لعموم «أوفوا» و«المؤمنون» وخبر محمد بن مسلم[١] وسابقه[٢] [أي مكاتبة ابن معبد] بناءً على أنّهما من الحبس، ولا ينافيه إطلاق الخبرين المزبورين المحمولين على الحبس المطلق، خصوصاً وفي سؤال أحدهما ذلك، على أنّ التعارض بينهما وبين ما ذكرنا من وجه، ولا ريب في أنّ الترجيح لذلك ولو لفتوى الأصحاب.

[٤] **ففي القواعد: «إن لم يعيّن كان له الرجوع متى شاء»[٣]. ومال إليه بعض[٤] من تأخّر عنه.**

ولعلّه لكونه حينئذٍ كالسكنى المطلقة بناءً على أنّ جوازها للقاعدة باعتبار عدم اقتضاء عقدها إلّا الطبيعة التي تتحقق بالمسمّى.

وفيه: أنّ ذلك لما سمعته من النصّ وإلّا فمقتضى العقد اللزوم، وصيرورة السكنى مطلقاً ملكاً له؛ إذ ليست هي إلّا شيئاً متحداً والتعدّد إنّما يكون في استيفائها وقد ملكت بالعقد إلّا أنّ النصّ المزبور كشف عن أنّ الحكم فيها شرعاً ذلك، فلا يقاس عليها الحبس خصوصاً بعد ظهور الفرق بينهما، بعدم انسياق احتمال إرادة ذلك فيه، بل مقتضى عقده حصول الحبس في المحبوس الذي يحتاج إلى دليل شرعي في فكّه والوقت ليس من مقوّماته.

ومن هنا ذهب وهم ابن أبي ليلى إلى لزومه وعدم تغييره بموت الحابس، ولولا قول رسول الله صلى الله عليه وآله وقضاء عليّ عليه السلام: بردّ الحبيس وإنفاذ المواريث لكان متّجهاً.

بل قد يدّعى ظهور الخبرين المزبورين في لزومه إلى موت الحابس، بل لعلّه مقتضى التدبّر في عبارة اللمعة[٥] أيضاً.

وربّما يشهد لما ذكرنا حكمهم بلزوم الوقف المنقطع الآخر إلى موت الموقوف عليهم، فيرجع إلى ورثة الواقف حينئذٍ وما هو إلّا لاقتضاء عقد الوقف ملك الموقوف عليه المنفعة المقتضي دوامه، ولو بالاستصحاب، بل مقتضاه صيرورة المنفعة إرثاً، إلّا أنّ النصوص السابقة صرّحت برجوعه إلى الورثة.

ومنه يعلم قوّة ما تقدّم منّا: من كون الوقف المنقطع قسماً من الوقف مشروع في نفسه، لا أنّه حبس كما ذكروه، وإلّا لاقتضى

---

(١) تقدّم في ص٤٩٧.

(٢) تقدّم في ص٤٩٧.

(٣) القواعد ٢: ٤٠٤.

(٤) المسالك ٥: ٤٣٣.

(٥) انظر اللمعة: ١٠٢.

. . . . . .

بطلانه بموت الحابس نحو ما سمعته هنا في الحبس المطلق لا موت المحبوس عليه ، بل وكان جائزاً على ما ذهب إليه الفاضل[١] ومن تبعه مع أنّه لا خلاف عندهم في لزوم الوقف المنقطع إلى موت الموقوف عليه .

اللهمّ إلّا أن يحمل كلامهم هناك على ما إذا علم إرادة الوقف ما دام الموقوف عليه حيّاً فلا ينافيه حينئذٍ ما ذكروه في الحبس المطلق ؛ إذ هو بناءً على كلامهم من الحبس المعلّق على مدّة .

إلّا أنّه كما ترى ؛ ضرورة اكتفائهم في انقطاع الوقف بنحو قول الواقف : وقفته على زيد من دون ذكر شيء آخر ، هذا .

وربّما كان ظاهر المحكي عن التنقيح وايضاح النافع كون الحبس المطلق كالوقف المنقطع في العود إلى المالك بموت المحبوس عليه لا الحابس[٢] .

إلّا أنّه خلاف المشهور وخلاف ما دلّ عليه الخبران المزبوران .

وعلى كلّ حال ربّما يؤيّد ما ذكرناه إطلاقهم اللزوم في المحبوس على القرب من غير تقييد ذلك بما إذا قرنه بمدّة عمر المحبوس ، بل ظاهرهم الاكتفاء بلزومه بمجرّد الحبس على الأماكن المخصوصة .

اللهمّ إلّا أن يدّعى ظهور ذلك في إرادة الدوام ، وفيه منع .

ودعوى خروج ذلك [= الحبس على القرب] عن الفرض من حيث نية القربة فيه ، يدفعها : أنّه لا تقتضي إلّا اللزوم في مقتضى العقد إن دائماً فدائماً ، وإن مقيّداً فمقيّداً ، فلو حبسه مثلاً في سبيل الله تعالى سنة لم يلزم في غيرها ، بل الظاهر عدم خروجها عن الملك بذلك ، وإن قلنا به في المطلق ؛ لعدم السيرة فيه ، فيبقى حينئذٍ على حكم غيره من أفراد الحبس ؛ إذ لا خلاف في بقائه على ملك مالكه .

وبذلك كلّه بانَ لك أكثر أحكام الحبس وإن أشكلت على بعض الناس ؛ لعدم استيفاء الأصحاب لها ، إلّا أنّك قد عرفت إيكالهم جملة منها إلى الوقف والسكنى وأُختيها ، والله هو العالم .

(١) تقدّم في ص ٤٦٨ .

(٢) التنقيح ٢ : ٣٣٧ . نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٩ : ١٤٦ .

(كتاب الهبات)

التي جمعها باعتبار اختلاف حكم أفرادها وإلّا فهي حقيقة واحدة كالبيع ونحوه [١].

(و) كيف كان فـ **(بالنظر)** فيها **(في الحقيقة والحكم)**.

[حقيقة الهبة]:

أمّا (الأوّل) : فحقيقة (الهبة : هي العقد المقتضي تمليك العين من غير عوض ، تمليكاً منجّزاً مجرّداً عن القربة) أو الأثر الحاصل منه ولو بالمعاطاة أو فعل الواهب ، كما تقدّم نظير ذلك [٢].

وحينئذٍ فالعقد بمنزلة الجنس الشامل لسائر العقود الذي يخرج به الفعل الدالّ على ذلك والمقتضي له ، كنثار العرس ، وحيازة المباح ، والموت المقتضي للتمليك بالإرث ونحو ذلك.

كما أنّه خرج بقوله : « تمليك العين » نحو العارية والإجارة والسكنى والرقبى والعمرى ونحوها ممّا تقتضي تمليك المنفعة أو إباحتها. وبقوله : « من غير عوض » البيع ونحوه. وبقوله : « منجّزاً » الوصية بالأعيان. وبقوله : « مجرّداً عن القربة » الصدقة بل والوقف ، بناءً على اعتبارها فيه [٣].

---

[١] ولذا عبّر الأكثر بها موحّدة.

[٢] إذ الظاهر كون المسألة من وادٍ واحد.

لكن في الرياض هنا : « أنّ ظاهر الأصحاب الاتّفاق على اعتبار العقد القولي كما يظهر من الكفاية ، وصرّح به في المسالك »[1].

وفيه : أنّ ما ذكر سنداً للمعاطاة في غيرها من دعوى السيرة القطعية متحقّق في المقام كتحقّق صدق الهبة عليها بدون العقد ، فلا محيص عن القول بمشروعيتها هنا بناءً على مشروعيتها هناك لذلك.

وحمل كلام المصنّف ونحوه على إرادة بيان أنّها من قسم العقود لا الإيقاعات ، وإن تحقّقت بما يتضمّن معنى الإيجاب والقبول من الأفعال أو على بيان القسم العقدي منها ، كما تسمع تتمّة لذلك إن شاء الله.

[٣] إلّا أنّك قد عرفت أنّ الأصحّ عدم شرطيّتها فيه فينتقض التعريف. اللهمّ إلّا أن يقال : إنّه بناءً على اقتضائه نقل العين ليس بملك تامّ ، وهو المنساق من لفظ « التمليك ». نعم ينتقض بالهبة المعوّضة ولو بالقربة. وقد يدفع بأنّ المراد ـ من قوله : « من غير عوض و« مجرّداً عن القربة » ـ عدم لزوم ذلك فيها ، لا عدم اتفاق حصوله فيها.

كما أنّ المراد من اقتضائه التمليك ما لا ينافي توقّفه على أمر آخر ، كالقبض كما هو واضح.

---

(١) الرياض ٩ : ٣٧٦.

(و) على كلّ حال فـ(قد يعبّر عنها بالنحلة والعطيّة) وإن كانا هما أعمّ منها [١]، كما أنّ الهبة أعمّ من الصدقة والهدية [٢].

(و) كيف كان فـ(هي) بمعنى العقد (تفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض) بالنسبة إلى صحتها وترتّب الأثر عليها.

(فالإيجاب كلّ لفظ) أو ما قام مقامه نحو إشارة الأخرس، (قصد به التمليك المذكور) وكان صالحاً للدلالة عليه بحسب التحاور (كقوله مثلاً: وهبتك وملّكتك) أو نحوهما، من غير فرق بين صيغة الماضي وغيره فيكفي مثل قوله: هذا لك [٣].

---

[١] ضرورة صدقهما على مطلق العطاء المتبرّع به الشامل للوقف والصدقة وغيرهما.

[٢] بناءً على ما سمعته سابقاً من التذكرة والمسالك مفرّعين عليه البرّ بهما فيما لو نذر الهبة، دون العكس مطلقاً، والحنث بهما فيما لو حلف أن لا يهب فتصدّق أو أهدى دون العكس بتقدير فعله فرداً منها خارجاً. وإن كان قد عرفت النظر فيه منّا بالنسبة إلى الصدقة والهبة، فلاحظ وتأمل.

[٣] قولاً واحداً، كما في الرياض[١] وغيره. وهو مؤيد لما قلناه سابقاً من عدم اعتبار اللفظ المخصوص في العقود اللازمة، فضلاً عن الجائزة كما أوضحناه سابقاً، هذا. ولكن في المسالك بعد أن حكى عن ظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة، قال: «فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدلّ على إيجابها وقبولها لا يفيد الملك، بل مجرّد الإباحة حتى لو كان جارية لم يحلّ الاستمتاع بها؛ لأنّ الإباحة لا تدخل في الاستمتاع قال الشيخ في المبسوط»[٢]: وإن أراد الهدية ولزومها وانتقال الملك منه إلى المهدى إليه الغائب، فليوكّل رسوله في عقد الهديّة معه، فإذا مضى و أوجب له وقبل المهدى إليه وأقبضه إيّاها لزم العقد، وملك المهدى إليه الهديّة»[٣]. ونحوه قال في الدروس وجعل عدم اشتراط الإيجاب والقبول احتمالاً[٤]. واختلف كلام الفاضل، ففي القواعد جزم باعتبار الإيجاب والقبول والقبض فيها[٥]. وفي محكي التحرير: قرّب في أوّل الباب عدم استغنائها عن الإيجاب والقبول عملاً بالإذن المستفادة من العادة[٦]، وقال في آخر كلامه نحو ما في المبسوط، ثمّ قال: «ولو قيل: بعدم اشتراط القبول نطقاً كان وجهاً؛ لقضاء العادة بقبول الهدايا من غير نطق»[٧]. وظاهر المحكي عن التذكرة عدم احتياجها إليهما؛ لأنّه حكى عن قوم من العامة: أنّه لا حاجة في الهديّة إلى ذلك، بل البعث من المهدي كالإيجاب، والقبض من المهدى إليه كالقبول؛ لأنّ الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله من كسرى وقيصر وسائر الملوك فيقبلها، ولا لفظ هناك[٨]، واستمرّ الحال من عهده إلى هذا الوقت من سائر الأصقاع، ولهذا كانوا يبعثون على أيدي الصبيان الذين لا يعتد

---

(١) الرياض ٩: ٣٧٦.
(٢) المبسوط ٣: ٣١٥.
(٣) المسالك ٦: ١٠.
(٤) الدروس ٢: ٢٩١.
(٥) القواعد ٢: ٤٠٥.
(٦) التحرير ٣: ٢٧٣.
(٧) التحرير ٣: ٢٨٥.
(٨) الطبقات الكبرى (لابن سعد) ١: ٢٦٠، ٢٦٥، ٢٧٥، ٢٨١، ٣٨٩.

[وأمّا ما يقع بين الناس على وجه الهدنة من غير لفظ يدلّ على إيجابها وقبولها فقد عرفت القول بمشروعية

بعباراتهم »[١]. ثمّ قال: « ومنهم من اعتبرهما كما في الهبة [والوصية]، واعتذروا عمّا تقدم بأنّ ذلك إباحة لا تمليك. وأُجيب بأنّه لو كان كذلك لما تصرّفوا فيه تصرّف الملّاك، ومعلوم أنّ النبي ﷺ كان يتصرّف فيه ويملكه غيره ويمكن الاكتفاء في هدايا الأطعمة بالإرسال والأخذ، جرياً على العادة بين الناس » إلى أن قال: « والتحقيق مساواة غير الأطعمة لها، فإنّ الهديّة قد تكون غير طعام فانّه قد اشتهر هدايا الثياب والدواب من الملوك إلى رسول الله ﷺ فإنّ مارية القبطيّة أُمّ ولده كانت من الهدايا »[٢]. وفي جامع المقاصد: أنّه قوي متين[٣]. وفي المسالك: « هو حسن »[٤]. لكن قال: « ومع ذلك يمكن أن يجعل ذلك كالمعاطاة يفيد الملك المتزلزل ويبيح التصرّف والوطء، ولكن يجوز الرجوع فيها قبله، عملاً بالقواعد المختلفة وهي أصالة عدم اللزوم مع عدم تحقّق عقد يجب الوفاء به، وثبوت جواز التصرّف فيها، بل وقوعه، ووقوع ما ينافي الإباحة وهو الوطء وإعطاؤه الغير، فقد وقع ذلك للنبيّ ﷺ في مارية أُمّ ولده وقد كان يهدى إليه الشيء فيهديه لزوجاته وغيرهم[٥]. وأُهدي إليه حلّة فأهداها لعليّ عليه السلام[٦] من غير أن ينقل عنه قبول لفظي، ولا عن الرسل إيجاب كذلك مقارن له. وهذا كلّه يدلّ على استفادة الملك في الجملة لا الإباحة. ولا ينافي جواز الرجوع بها ما دامت العين باقية »[٧].

قلت: قد عرفت القول بمشروعية المعاطاة في الهبة وغيرها من العقود، إلّا ما خرج فضلاً عن الهدية، وأنّها تفيد مفاد العقد في الملك لاندراجها في الاسم وإن لم تكن عقداً. إلّا أنّهم اعتبروا فيها جميع ما يعتبر في العقد سوى اللفظ، وحينئذٍ يشكل في الفرض دعوى كونها منها؛ ضرورة عدم المقارنة بين الفعلين المنزّلين منزلة الإيجاب والقبول المقصود بهما الإنشاء. نعم بناءً على التوسّع بالنسبة إلى ذلك في المعاطاة فيتّجه كونها حينئذٍ منها، بل وكذا في معاطاة كلّ عقد. أمّا على عدمه فلا محيص حينئذٍ عن دعوى مشروعيّته قسماً آخر من الهدية مثلاً مستقلّاً برأسه، خارجاً عن العقد والمعاطاة لمكان السيرة القطعية التي هي الأصل في مشروعية المعاطاة، فالفرض مثلها حينئذٍ.

ولعلّه أومأ إليه بقوله: كالمعاطاة، بل ينبغي إلتزامه في غير المقام، حتى البيع وشبهه، بناءً على اندراج هذا القسم وإن لم يكن معاطاة في اسمه. وأمّا إذا فرض مشروعيته بالسيرة وعدم اندراجه في الاسم فلابدّ من القول باستقلاله بنفسه وإن شابه معاطاة كلّ عقد في المفاد ولزومه وجوازه يتبع الأدلّة من استصحاب الملك ونحوه. إنّما الكلام في أصل مشروعيّته وترتّب الأثر عليه من الملك وغيره فهو كذلك في الهدية وغيرها. ومن الغريب ما في ظاهر الرياض من عدم مشروعيّة المعاطاة في الهبة؛ لشبهة الاتّفاق المزبور، ومشروعيّتها في خصوص الهديّة[٨]؛ لما عرفت. وكأنّه لم يسرّح نظره في أطراف المسألة، بل اقتصر على بعض الكلمات الموهمة لذلك في المقام، وفي غيره فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

---

(١) التذكرة ٢: ٤١٥ (حجرية).
(٢) الذكرة ٢: ٤١٥ (حجرية).
(٣) جامع المقاصد ٩: ١٤٢.
(٤) المسالك ٦: ١١.
(٥) انظر السيرة النبوية (لابن كثير) ٣: ٥١٥، دلائل النبوة (للبيهقي) ٤: ٣٩٥.
(٦) مسند أحمد ٢: ١٤٦.
(٧) المسالك ٦: ١١ـ١٢.
(٨) الرياض ٩: ٣٧٦.

المعاطاة في الهبة وغيرها من العقود فضلاً عن الهدية إلّا ما خرج وأنّها تفيد مفاد العقد في الملك].

(و) على كلّ حال فـ(لا يصحّ العقد) أو ما يقوم مقامه (إلّا من بالغ كامل العقل جائز التصرّف) على حسب ما مرّ غير مرّة من تفصيل الحال في ذلك كلّه بالنسبة إلى غيره من العقود، فلاحظ. (ولو وهب ما في الذمّة، فإن كانت لغير من عليه الحقّ لم يصحّ على الأشبه) [١]؛ (لأنّها مشروطة بالقبض) وما في الذمّة يمتنع قبضه [٢].

---

[١] بأصالة عدم الانتقال وغيرها، والأشهر بل المشهور.

[٢] ودعوى إمكانه بقبض أحد جزئياته. يدفعها: أنّ الموهوب الماهية، وهي غير الجزئيات قطعاً. وصحّة بيعه مع معلومية اشتراط صحّته بالقدرة على التسليم؛ لمعلومية الاكتفاء فيها بما تتحقّق به المعاوضة وتحقّقها يكفي فيه القدرة على تسليم بعض أفراد الماهية المعدود أحد العوضين ويدخل في ملك المشتري من غير توقّف على قبض، ثمّ يستحقّ المطالبة بالإقباض. بخلاف المقام الذي لا شكّ في مدخلية الإقباض في حصول الملك فيه، فلا بدّ أن يقبض الواهب الدين، ثمّ يقبضه المتّهب، فامتنع نقله إلى ملك المتّهب حين هو دين وكذا بعد تعيين المديون له قبل قبض الواهب لانتفاء الملك، وبقبض الواهب يحدث الملك له، فيمتنع تقدّم إنشاء الهبة عليه؛ إذ يكون هبته حينئذٍ جارية مجرى هبة ما سيملكه ببيع وغيره، وذلك غير جائز قطعاً، وإلّا لصحّ تمليك ما سيشتريه ويحتطبه ويحتشيه، ومن ثمّ لم يصحّ هبة موصوف في الذمّة، وصحّ بيعه. ولكن قد يناقش في ذلك كلّه بمعلومية كون التحقيق في محلّه: أنّ وجود الكلّي الطبيعي عين وجود أفراده، وبذلك جاز نقله بالبيع المشروط بالقدرة على التسليم، وغيره من النواقل التي منها الهبة. ولا يقدح الفرق باستحقاق المبيع من دون القبض، بخلاف الهبة؛ لأنّا لا نحكم بصحّة الهبة حينئذٍ إلّا بعد القبض. كما لا نحكم بصحّتها لو تعلّقت بعين خاصّة إلّا بعد قبضها، وهو ممكن بقبض بعض أفراد الماهية الذي وجوده عين وجود الكلّي. وقبض الواهب له إنّما يفيد تعييناً له من بين الأفراد لا أنّه يحدث ملكاً جديداً. بل التأمّل الصادق يقتضي عدم الفرق بين المقام وبين هبة المشاع الذي هو كلّي أيضاً، فلو وهبه كذلك ثمّ عيّنه الواهب ودفعه إلى الموهوب له لم يكن إشكال في صحّته؛ لعموم الأدلة، فكذلك المقام. هذا كلّه مع إرادة قبض الشخصي فيه. أمّا إذا وهبه كلّياً؛ لأنّه مال مملوك له متحقّق، ولذا جاز جريان غير الهبة عليه من النواقل ثمّ أراد إقباضه على كلّيته بأن أذن للموهوب بقبضه على وجه التقابض بينه وبين من عليه الدين إذا فرض كون الموهوب مديوناً لمن عليه الدين بقدره، ولا قائل بالفرق ـ فلا إشكال فيه حينئذٍ. كلّ ذلك مضافاً إلى ما يشعر به صحيح صفوان: سألت الرضا عليه السلام عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذي له عليه فقال له: ليس عليك فيه شيء في الدنيا والآخرة يطيب ذلك له وقد كان وهبه لولد له؟ قال: «نعم يكون وهبه له ثمّ نزعه فجعله لهذا»[(١)] ـ من صحّة هبته، وإنّما جاز له نزعه عنه؛ لعدم حصول القبض. وإطلاق لفظ «النزع» باعتبار إيجاد عقد الهبة الذي هو جزء السبب المملّك. ومن ذلك يظهر لك أنّ حمل الخبر على ما ذكرنا أولى من طرحه ورميه بالندور وتأويله بإرادة المجاز من إطلاق الهبة بمعنى العزم عليها ونحو ذلك. كما أنّه ظهر الاعتماد على قوّة القول بالصحّة ـ كما عن المبسوط والسرائر والمختلف[(٢)] وغيرها. وفي المسالك: أنّه متّجه[(٣)]، بل عن المبسوط: أنّه «الذي يقتضيه مذهبنا»[(٤)]. ولعلّه لذا ترك الترجيح في محكي التذكرة والإيضاح والدروس[(٥)].

---

(١) الوسائل ١٩: ٢٣٠، ب٢ من الهبات، ح١.

(٢) المبسوط ٣: ٣١٤. السرائر ٣: ١٧٦. المختلف ٦: ٢٧٧.

(٣) المسالك ٦: ١٤.

(٤) المبسوط ٣: ٣١٤.

(٥) التذكرة ٢: ٤١٧ (حجرية). الايضاح ٢: ٤١١. الدروس ٢: ٢٨٦.

[وكيف كان فالقول بالصحّة قوي سواء كان الهبة شخصياً أو كليّاً].

هذا كلّه في هبة الدين لغير من هو عليه.

(**وإن كانت له صحّ**) [١]، فهو حينئذٍ كهبة ما في يده بل أقوى، ولذا لم يجز له الرجوع فيها [٢].

(و) من هنا قال المصنّف: (**صرفت إلى الإبراء**) على معنى اتّحادها معه في المفاد، لا أنّ المراد بلفظ «الهبة» الإبراء [٣].

ومن هنا كان المتّجه اعتبار القبول فيها (و) إن قلنا: إنّه (**لا يشترط في الإبراء القبول على الأصح**) [٤].

وإن كان الاشتراط قوياً أيضاً [٥].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه**، بل في بعض كتب مشائخنا[١] ظاهرهم الاتّفاق عليه.

ولعلّه لصحيح معاوية بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام: سألته عن الرجل يكون له على الرجل دراهم فيهبها له أله أن يرجع فيها؟ قال: «لا»[٢].

ولا ينافيه صحيحه الآخر عنه عليه السلام أيضاً: «رجل كانت عليه دراهم لإنسان فوهبها له ثمّ رجع فيها ثمّ وهبها له ثمّ هلك، قال: «هي للذي وهب له»[٣]؛ إذ الرجوع بعد الهبة إنّما كان في كلام السائل.

مضافاً إلى عموم الأدلّة التي لا ينافيها ما دلّ على اعتبار القبض في الهبة؛ إذ الموهوب هنا مقبوض للموهوب له باعتبار كونه في ذمّته.

[٢] ضرورة اقتضاء صحّتها سقوط المال عن ذمّته؛ لعدم تعقّل ملك الإنسان على نفسه شيئاً نحو غيرها من أسباب النقل كبيع الدين على من هو عليه، وغيره.

فيكون ذلك بمنزلة تلف المال الموهوب الذي هو ملزم للهبة.

[٣] فإنّ ذلك خارج عن المقام الذي هو هبة ما في الذمّة.

ومن المعلوم أنّها من أسباب التمليك كالبيع ونحوه لا الإسقاط.

ولكنّها تفيد مفاد الإبراء بالطريق الذي عرفت.

[٤] **وفاقاً للأكثر، بل المشهور. وخلافاً للمحكيّ عن الغنية والسرائر بل والمبسوط**[٤]. وإن كنّا لم نتحقّقه.

بل المحكيّ عنه التصريح بكون الأقوى عدم الاشتراط[٥].

[٥] **كالراوندي في فقه القرآن**[٦].

---

(١) مفتاح الكرامة ٩: ١٥٨.

(٢) الوسائل ١٩: ٢٢٩، ب ١ من الهبات، ح ١.

(٣) المصدر السابق: ح ٢، وفيه: «فرهبها له ثمّ رجع فيها، ثمّ وهبها له، ثمّ رجع فيها، ثمّ وهبها له ثمّ هلك».

(٤) الغنية: ٣٠١. السرائر ٣: ١٧٦. حكاه عن الشيخ في الايضاح ٢: ٤١٠. انظر المبسوط ٣: ٣١٤.

(٥) حكاه في الدروس ٣: ٢٨٦. انظر المبسوط ٣: ٣١٤.

(٦) فقه القرآن ٢: ٢٩٥.

وعلى كلّ حال فالمذهب الأوّل [١].

(ولا حكم للهبة) من ملك وغيره **(ما لم يقبض)** الموهوب [٢].

---

[١] ١ ـ لصدق الاسم [أي الإبراء] بدونه [= القبول].

٢ ـ ولأنّه إسقاط.

٣ ـ ولذا عبّر عنه بالعفو في قوله تعالى: ﴿ إِلَّا أَن يَعفُونَ ﴾[١] إلى آخره.

٤ ـ وللنصوص[٢] المتكثّرة في إبراء المديون حيّاً مع عدم حضوره وميّتاً.

٥ ـ ولغير ذلك.

لكنّ المقام من العقود التي لابدّ فيها من القبول، وإن كان هي بعد تمامها تفيد مفاد الإبراء كالصلح وبيع الدين على من هو عليه. وبذلك ظهر لك حقيقة الحال على وجه لا يخفى عليك التشويش في جملة من كلماتهم التي بعضها ظاهر في كون البحث في التعبير عن « الإبراء » بلفظ « الهبة ».

ومن المعلوم خروج ذلك عمّا نحن فيه؛ إذ هو بحث آخر، مبني على عدم اشتراط لفظ مخصوص في الإبراء، بل يكفي كلّ ما دلّ عليه من حقيقة أو مجاز.

وبعضها ظاهر في أنّه من الهبة، ولكن هذا القسم من الهبة لا يحتاج إلى القبول؛ لأنّها كالإبراء وهو لا يحتاج إليه.

وفيه: أنّ ظاهر النصّ والفتوى كون الهبة قسماً واحداً، وأنّها من قسم العقود. وثالث جعلها من قسم الإبراء، وبنى مسألة القبول على احتياج الإبراء إليه وعدمه. وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك.

[٢] على ما هو المعروف من مذهب الأصحاب كما في جامع المقاصد[٣]، وعليه المتأخّرون، إلّا الفاضل في المختلف والشهيد في الدروس[٤]. والأكثرون من علمائنا في محكيّ السرائر[٥]. والمشهور في محكي إيضاح النافع[٦] بل عن التذكرة بعد أن حكى القول بأنّ القبض شرط في اللزوم لا الصحّة عن ظاهر الشيخين وجماعة[٧] قال: « لا يحصل الملك بدونه عند علمائنا أجمع »[٨].

وعن الإيضاح: عليه إجماع الإمامية ونصّ الأئمّة عليهم السلام[٩].

ونهج الحقّ: ذهبت إليه الإمامية[١٠].

بل لعلّه مقتضى التدبّر في المحكيّ عن الخلاف، وإن قال فيه: « لاتلزم إلّا بالقبض » مستدلّاً عليه بإجماع الفرقة

---

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) انظر الوسائل ١٨: ٣٤٦، ب ١٤ من الدين والقرض، و٤٢٢، ٤٢٣، ب ٢، ٣ من الضمان.

(٣) جامع المقاصد ٩: ١٤٨.

(٤) المختلف ٦: ٢٧١. الدروس ٢: ٢٨٥.

(٥) السرائر ٣: ١٧٣.

(٦) نقله في مفتاح الكرامة ٩: ١٦٩.

(٧) لم نعثر عليه في التذكرة، وعثرنا عليها في المختلف (٦: ٢٧٠) كما في مفتاح الكرامة ٩: ١٦٩.

(٨) التذكرة ٢: ٤١٧ (حجرية).

(٩) الايضاح ٢: ٤١٢.

(١٠) نهج الحق وكشف الصدق: ٥١٠.

. . . . . .

وأخبارهم[١]. إلّا أنّ الظاهر إرادة الصحّة من «اللزوم» فيه.

بل في الدروس: «لعلّ الأصحاب أرادوا باللزوم الصحّة، فإنّ في كلامهم إشعاراً به، فإنّ الشيخ قال: لا يحصل الملك إلّا بالقبض وليس كاشفاً عن حصوله بالعقد، مع أنّه قائل بأنّ الواهب لو مات لم تبطل الهبة، فيرتفع الخلاف»[٢].

ونظر فيه في المسالك بأنّ العلّامة في المختلف نقل القولين، واحتجّ لهما ثمّ اختار الثاني، فكيف يحمل على الآخر. نعم كلام الشيخ الذي نقله متناقض، وليس حجّة على الباقين، فإنّ الخلاف متحقّق[٣].

ثمّ قال: «وفي التذكرة اتّفق ما هو أعجب ممّا في الدروس، فإنّه قال: الهبة والهدية والصدقة لا يملكها المتّهب والمهدى إليه والمتصدّق عليه بنفس الإيجاب والقبول إذا كان عيناً إلّا بالقبض، وبدونه لا يحصل الملك عند علمائنا أجمع. وهذا ظاهر في دعوى الإجماع على أنّ القبض شرط في الصحّة إجماعاً، وهو يؤيّد ما في الدروس، وينافي ما في المختلف. ويمكن أن يحمل على أنّه لا يحصل بدونه الملك التامّ، وهو اللازم فيكون أعمّ من الصحّة وعدمها لئلّا ينافي فتواه في المختلف ونقله الخلاف، وإن كان خلاف الظاهر»[٤].

قلت: الظاهر أنّ مراده في المختلف من «الصحّة» الحاصلة بدون القبض صحّة العقد من حيث كونه عقداً لا صحّته، بمعنى ترتّب الملك عليه، فيكون المراد: عدم مدخلية القبض في مفهوم الهبة باعتبار أنّها عطية وهي الهبة وهي كذلك، بل تصدق الهبة، وتحقّق بالعقد وإن توقّف الملك مع ذلك على القبض، كما يشهد لذلك جوابه عن مرسل أبان[٥] بعد أن ذكره دليلاً للمخالف: **«بأنّا نقول بموجبه بأنّ الهبة بنفسها لا تنقل الملك، بل مع القبض، نعم العقد صحيح، لكنّه ليس لازماً»**[٦].

وهو ظاهر فيما قلناه إن لم يكن صريحاً. وكأنّه أراد بقوله: «ليس لازماً» الردّ على ما حكاه عن الشيخ وابن البرّاج بعد بمسائل من أنّه **«إذا مات الواهب قبل الاقباض... لا تبطل الهبة، وقام الوارث مقامه كالبيع في مدّة الخيار»**[٧]؛ لأنّه بعد أن حكى عنهما ذلك، **قال: «والأقرب البطلان»**، لنا أنّها عقد جائز قبل القبض، فانفسخ بالموت كالوكالة والشركة، وخبر داود بن الحصين»[٨] الآتي[٩].

قلت: وبه يظهر ما في المسالك وغيرها من جعل ذلك من ثمرات الخلاف، فتأمّل.

ثمّ قال [في المختلف]: «والفرق ظاهر بينه وبين بيع الخيار؛ لأنّه نوع معاوضة بخلاف الهبة، خصوصاً والشيخ ﷺ ذكر خلافاً في المبسوط: أنّ الملك هل يحصل من حين القبض أو من حين العقد؟ ويكون القبض كاشفاً واختار الأوّل وجعله الصحيح عنده»[١٠].

---

(١) الخلاف ٣: ٥٥٥ ـ ٥٥٦.
(٢) الدروس ٢: ٢٨٦.
(٣) المسالك ٦: ١٩.
(٤) المسالك ٦: ١٩.
(٥) الوسائل ١٩: ٢٣٢، ب ٤ من الهبات، ح ١.
(٦) المختلف ٦: ٢٧٢، وفيه: «فإنّ الهبة» بدل «بأنّ الهبة».
(٧)(٨) المختلف ٦: ٢٨٠.
(٩) يأتي في ص ٥١١.
(١٠) المختلف ٦: ٢٨١.

وهو الذي سمعت[١] من الدروس وحكايته عن الشيخ مستظهراً منه إرادة « الصحّة » من « اللزوم » فيها .

وربّما يؤيّده أيضاً **ما عن الخلاف والمبسوط من التصريح بأنّه إذا قبض بغير إذن الواهب كان القبض فاسداً**[٢] ، بناءً على أنّ ذلك من لوازم كون القبض شرطاً في الصحّة لا اللزوم ، **كما عن فخر الإسلام وأبي العبّاس**[٣] **الاعتراف به .**

بل زاد الثاني منهما البطلان لو مات أحدهما قبل القبض .

بل عن المبسوط أنّه فرع على ما اختار من حصول الملك بالقبض فساده بدون الإذن[٤] ، هذا .

ولكن المحكيّ عنه في الخلاف والمبسوط أنّه قال : إذا وهب لغيره عبداً ولم يقبضه حتى هلّ شوّال ثمّ قبضه فالفطرة على الموهوب له ؛ لأنّ الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول ، وليس من شرط انعقادها القبض . وسنبيّن ذلك في باب الهبة ، وإذا ثبت ذلك ثبت هذه ؛ لأنّ أحداً لم يفرّق بينهما وفي أصحابنا من يقول القبض شرط في صحّة الهبة ، وعلى هذا لا فطرة ، وتلزم الفطرة الواهب[٥] .

وهو كالصريح في حصول الملك الموجب للفطرة بالهبة قبل القبض .

اللّهمّ إلّا أن يدّعى أنّ عنوان وجوب الفطرة « الموهوب » وإن لم يكن ملكاً .

إلّا أنّه كما ترى .

والتزام اختلاف كلام الشيخ لبعد المسافة بينهما أولى منه .

وعلى كلّ حال فكلام القائلين بكونه شرطاً للزوم غير منقّح ، وخصوصاً بعد ما ستعرفه من الإجماع على جواز الهبة بعد القبض أيضاً إلّا في مواضع خاصّة .

وحمل كلام القائل عليها [=المواضع الخاصّة] ـ بمعنى أنّه لا جهة للزوم قبله بخلاف ما بعده فإنّه قد يلزم ـ واضح الفساد .

بل الظاهر أنّ اللزوم في المواضع المخصوصة لخصوصها ، لا للقبض الذي هو كما أنّه حاصل فيها حاصل في غيرها .

ولو كان [أي القبض] سبباً في اللزوم لاقتضاه في الجميع كما هو واضح .

اللهمّ إلّا أن يقال كما ستعرف فيما يأتي أنّ المراد بجواز الرجوع بالهبة : ما لا ينافي اللزوم ، باعتبار عدم كونه فسخاً لعقد الهبة ، وإنّما هو ناقل للملك من المتّهب ، وحينئذٍ يكون العقد لازماً بالقبض ، بمعنى عدم جواز فسخه وإن جاز الرجوع بالهبة بخلاف ما قبل القبض فإنّ له فسخ العقد .

وعليه ينطبق حينئذٍ ما في بعض النصوص من أنّ له الخيار ما لم يقبض ، فإنّه لا خيار له في نفس العقد بعد القبض .

ولكنّه أيضاً مناف لظاهر ما تسمعه منهم من كون الرجوع بالهبة بعد القبض فسخاً لعقدها لا ناقلاً مستقلّاً ، **وإن ذهب إليه بعض الشافعيّة**[٦] ، فلاحظ وتأمّل ، وحينئذٍ تتمّ المنافاة المزبورة .

---

(١) تقدّم في ص٥٠٩ .
(٢) الخلاف ٣: ٥٥٦ . المبسوط ٣: ٣٠٤ .
(٣) الايضاح ٢: ٤١٢ . المهذب البارع ٣: ٧٥، ٧٦ .
(٤) المبسوط ٣: ٣٠٤ .
(٥) المبسوط ١: ٢٤٠ . الخلاف ٢: ١٤٦ .
(٦) انظر المجموع ١٥: ٣٧٩ .

بل هو أيضاً منافٍ للإجماع المحكيّ ـ إن لم يكن المحصّل ـ على مدخليّة القبض في الهبة مطلقاً في الجملة.

وعلى التقدير المزبور ليس للقبض حينئذٍ في أكثر أفراد الهبة مدخليّة لا في صحّة ولا في لزوم.

وبذلك كلّه يظهر ضعف القول المزبور، بل لم أتحقّق قائلاً به على الوجه المحرّر عند المتأخّرين الذين ذكروا له الثمرات.

وإن نسب **إلى جماعة**[١] **كظاهر الشيخين وبني حمزة والبرّاج وإدريس**[٢]، ولم يحضرنا كلام بعضهم.

ولعلّه كغيره ممّا حضرنا لا صراحة فيه أو غير منقّح.

كلّ ذلك مضافاً إلى دلالة النصوص على المشهور أيضاً:

١ ـ كخبر أبي بصير ـ المنجبر بما عرفت ـ عن أبي عبدالله عليه السلام: «الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها، والصدقة جائزة عليه»[٣]، فإنّ نفي الصحّة أقرب من غيره إلى نفي الماهية.

٢ ـ وموثّق داود: الهبة والنحلة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها، قال: «هو ميراث، فإن كانت لصبيّ في حجره أو أُشهد عليه فهو جائز»[٤].

فإنّ الظاهر منه بقاؤها على الملكية، ولذا كان ميراثاً، لا أنّه كان عقداً جائزاً انفسخ بالموت وصار ميراثاً.

كما التزم به الفاضل في المختلف[٥] فإنّه وإن كان محتملاً، إلّا أنّه مخالف للظاهر، ولا داعي له لما ستعرف من عدم المعارض المقتضي لارتكاب خلاف الظاهر.

٣ ـ وبذلك يظهر وجه الدلالة أيضاً في مرسل أبان عن الصادق عليه السلام أيضاً: النحلة والهبة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها، قال: «هي بمنزلة الميراث»[٦].

إذ هو كالسابق، وإن اختلف معه بلفظ «المنزلة» المراد منه من جهة تعلّق عقد الهبة المفيد للتهيؤ وإن لم يكن ناقلاً.

كلّ ذلك مضافاً:

أ ـ إلى فحوى ما تقدّم في الصدقة التي لا فرق بينها وبين الهبة، إلّا باشتراط قصد القربة وعدمه، كما أومأت إليه النصوص[٧] سابقاً.

ب ـ وإلى عدم دليل صالح لمعارضة ما سمعت سوى العمومات التي يجب الخروج عنها ببعض ما عرفت فضلاً عن جميعه.

مضافاً إلى المناقشة في نحوه ﴿أَوفُوا بِالعُقُودِ﴾[٨] منها، وإن كان فيها ما فيها.

---

(١) نسبه في الدروس ٢: ٢٨٥.

(٢) انظر المقنعة: ٦٥٨. المبسوط ٣: ٣٠٣ ـ ٣٠٤، ٣٠٩. الوسيلة: ٣٧٨. المهذب ٢: ٩٥، ٩٧. السرائر ٣: ١٧٣.

(٣) الوسائل ١٩: ٢٣٤، ب ٤ من الهبات، ح ٧.

(٤) الوسائل ١٩: ٢٣٥، ب ٥ من الهبات، ح ٢، وفيه: «فأشهد» بدل «أو أشهد».

(٥) المختلف ٦: ٢٧٢.

(٦) الوسائل ١٩: ٢٣٢، ب ٤ من الهبات، ح ١، وفيه: «النحل» بدل «النحلة».

(٧) انظر الوسائل ١٩: ١٧٨، ب ٤ من الوقوف والصدقات.

(٨) المائدة: ١.

وسوى صحيح أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام : « الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض ، قسّمت أو لم تقسّم ، والنحل لا تجوز حتى تقبض ، وإنّما أراد الناس ذلك فأخطأوا »[١] الذي ليس بواضح الدلالة ؛ضرورة كون المظنون مساواة المراد به لخبره الآخر : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن صدقة ما لم يقسم ولم يقبض ؟ فقال : « جائزة إنّما أراد الناس النحل فأخطأوا »[٢] .

بل عن بعضهم[٣] احتمال اتّحاده معه ، والتعبير بالهبة من الراوي أو النسّاخ .

وقد فسّر في الوافي خبر الصدقة [أي الخبر الآخر لأبي بصير] بأنّهم أرادوا الفتوى بالمنع من ذلك في النحل فاخطأوا فمنعوا منه في الصدقات ، وذلك لأنّهم أطلقوا الصدقة وأرادوا به النحلة[٤] .

وعلى كلّ حال يكون الموضوع فيهما حينئذٍ هبة ما لم يقبض للواهب ولم يقسّم كذلك ، وهو غير ما نحن فيه .

مضافاً إلى ما في التنقيح من أنّه لا دلالة في الرواية على المدّعى ، وإنّما هي حكاية قول الناس وخطأهم فيه وتبيّن فيها الحقّ[٥] .

وإلى ما فيها من مخالفة الإجماع من الفرق بين الهبة والنحلة .

وإلى احتمال كون المراد في الصدر بيان حكم هبة ما لم يكن مقبوضاً للواهب من أملاكه كميراث لم يصل إلى يده أو قبل أن يقسّمه . وفي ذيله بيان عدم جوازها بدون قبض الموهوب ، والتعبير بالنحلة ، لا للفرق بينها وبين الهبة ، بل تفنّناً في التعبير .

وإلى غير ذلك ممّا يقطع ببعضه بسقوط دلالته على المطلوب فضلاً عن جميعه .

ومن ذلك يعلم الكلام في دعوى دلالة خبر عبدالرحمن بن سيابة عن أبي عبدالله عليه السلام : « إذا تصدّق الرجل بصدقة أو هبة قبضها صاحبها أو لم يقبضها ، علمت أو لم تعلم فهي جائزة »[٦] ؛ضرورة إمكان إرادة الواهب من « الصاحب » لا الموهوب .

بل ربّما احتمل فيه [= خبر عبدالرحمن] وفي غيره إرادة اللزوم من « الجواز » ، كما في كثير من النصوص ، فيكون حينئذٍ خارجاً مخرج التقية وإن كان هو بعيداً في مثل الخبر الأوّل[٧] الذي ذكر التعريض بهم فيه .

وإرادة أصل المشروعية بمعنى عدم وقوع عقد الهبة باطلاً بحيث لو جاءه القبض بعد ذلك لم يصحّ وغير ذلك فلا محيص حينئذٍ عن القول باعتبار القبض في الصحّة على وجه لا يترتّب عليه ملك قبلها إلّا على احتمال الكشف الذي هو قويّ في نفسه ، وقد قرّرناه في نظائره غير مرّة ، إلّا أنّ الإجماع بحسب الظاهر هنا على خلافه .

وأمّا الاستدلال بما في بعض النصوص[٨] من الخيار في الرجوع وعدمه قبل القبض لا بعده فلا خيار ، ففيه أنّها مؤوّلة عند الفريقين بإرادة الكراهة ونحوها للاتّفاق على الجواز بعد القبض من الجميع .

---

(١) الوسائل ١٩ : ٢٣٣ ، ب ٤ من الهبات ، ح ٤ .

(٢) الوسائل ١٩ : ١٩٥ ، ب ٩ من الوقوف والصدقات ، ح ٢ .

(٣) لم نعثر عليه .

(٤) الوافي ١٠ : ٥٢٥ .

(٥) التنقيح ٢ : ٣٤١ .

(٦) الوسائل ١٩ : ٢٣٢ ، ب ٤ من الهبات ، ح ٣ .

(٧) الوسائل ١٩ : ٢٣٣ ، ب ٤ من الهبات ، ح ٤ .

(٨) المصدر السابق : ٢٣٣ ـ ٢٣٤ ، ح ٦ ، ٨ .

(**ولو أقرّ**) الواهب (**بالهبة والإقباض حكم عليه بإقراره**) [١] (**ولو كانت في يد الواهب**) [٢]، إلّا مع العلم بكذبه.

(**ولو أنكر بعد ذلك لم يقبل**) [٣]، بل ليس له اليمين على الموهوب [٤].

نعم لو ادّعى المواطاة على الإقرار وأنّ مخبره لم يكن واقعاً توجّه له اليمين عليه على حصول القبض [٥]. أو على عدم المواطاة [٦]. والأقوى الأوّل [٧]. (**ولو مات الواهب**) أو الموهوب (**بعد العقد**) بل والإذن (**وقبل القبض كانت ميراثاً**) [٨]. ولا فرق في الحكم المزبور بين الإذن قبله وعدمها [٩]. وهو واضح كوضوح الحكم

---

[١] لعموم إقرار العقلاء.

[٢] لعدم المنافاة بعد جواز إقباضه إيّاها ثمّ ردّها إليه.

[٣] **بلا إشكال ولا خلاف.**

[٤] لأنّ الغرض ثبوت الهبة والإقباض شرعاً.

[٥] **كما في الدروس والمسالك ومحكي المبسوط والمهذّب**[١].

[٦] **كما في محكيّ الحواشي المنسوبة إلى الشهيد وجامع المقاصد**[٢].

[٧] لأنّه هو المقصود في الدعوى والمواطاة إنّما ذكرت لبيان دعوى العلم بفساد ما وقع من الإقرار الذي هو أمارة في الظاهر. ومثله الإقرار بالبيع وقبض الثمن، ثمّ ذكر وادّعى المواطاة أو الاقتراض وادّعاها.

[٨] **على المشهور، بل في محكيّ التذكرة نسبته إلى علمائنا**[٣]؛ لعدم اجتماع شرائط الصحّة. وتلفيق السبب من الوارث والمالك لم يثبت مشروعيّته بعد انسياق العمومات والإطلاقات إلى خلافه. ومن هنا كان الحكم عامّاً في جميع شرائط الصحّة. مضافاً إلى ما سمعته من الخبرين السابقين[٤] المحكوم فيهما بكونها ميراثاً.

إلّا أنّه مع ذلك كلّه حكي عن الشيخ وابن البرّاج[٥] **القول بعدم بطلانها بموت الواهب وأنّه يقوم الوارث مقامه كالبيع في مدّة الخيار من حيث إنّ الهبة عقد يؤول إلى اللزوم فلا تنفسخ.**

وهو كأنّه اجتهاد في مقابلة النصّ بل والقواعد. **ولذا جزم الفاضل بكونها ميراثاً مع قوله بعدم كون القبض من شروط الصحّة**[٦].

على أنّ المحكيّ عن الشيخ ﷺ في هبة ذي الرحم إذا مات قبل قبضها كان ميراثاً[٧]. كما أنّ المحكيّ عنه ما سمعته من أنّ الملك يحصل بالقبض، وليس هو كاشفاً عن حصوله بالعقد. فكلامه لا يخلو من تهافت كما أومأنا إليه سابقاً.

[٩] لبطلانها بالموت.

---

(١) الدروس ٢: ٢٩٠. المسالك ٦: ٢٠. المبسوط ٣: ٣٠٦. المهذب ٢: ٩٦.

(٢) نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٩: ١٧٤. جامع المقاصد ٩: ١٥٠.

(٣) التذكرة ٢: ٤١٧ (حجرية).

(٤) الوسائل ١٩: ٢٣٢، ٢٣٣، ب ٤ من الهبات، ح ١، ٥.

(٥) المبسوط ٣: ٣٠٥. المهذب ٢: ٩٥.

(٦) المختلف ٦: ٢٨٠.

(٧) النهاية: ٦٠٢.

فيما لو أرسل هديّة إلى إنسان فمات المهدي أو المهدى إليه قبل وصولها [١] فليس للرسول حينئذٍ دفعها إليه ولا إلى وارثه للبطلان بالموت ، والله العالم . (**ويشترط في صحّة القبض**) الذي هو شرط في صحّة الهبة على ما عرفت (**إذن الواهب**) كما في غيره ممّا اعتبر فيه القبض [٢] . وحينئذٍ (**فلو قبض الموهوب**) له (**من غير إذنه لم ينتقل إلى الموهوب له**) [٣] ، إلّا مع الإجازة بناءً على جريانها في مثله . ولا فرق في ذلك [٤] بين المجلس وغيره [٥] .

نعم قد يتوجّه عدم اعتبار الإذن على القول بتحقّق الملك قبله [= القبض] [٦] .

وإن كان لا يترتّب عليه لزوم في حقّ الواهب في موضوعه كهبة الرحم ونحوها [٧] على القول الأوّل ، مع احتماله ، هذا . وربّما [يستظهر] [٨] عدم اشتراط كونه بنيّة الهبة ، فلو أذن فيه مطلقاً صحّ [٩] .

---

[١] إذ هو من المفروض في الحقيقة .

[٢] **بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه** ، مضافاً إلى أنّه مقتضى أصل عدم ترتّب الأثر وأصل عدم الانتقال مع عدم إطلاق يوثق به في تناوله مثله ، بل لعلّ ما دلّ على شرطيّته ظاهر في خلافه بناءً على قراءته « يقبضها » من باب الإفعال أو التفعيل كما هو واضح .

[٣] لعدم حصول الشرط .

[٤] **عندنا** .

[٥] ودعوى ظهور العقد في الإذن بذلك في المجلس دون غيره ، **كما عن بعض العامّة ، بل أبي حنيفة**[١] **منهم** ، واضحة الفساد مع فرض عدم القرينة .

[٦] لقاعدة تسلّط الناس على أموالها .

[٧] لبعض ما سمعته من الأدلّة .

[٨] [كما] استفيد من إطلاق اعتبار الإذن .

[٩] **بل في الرياض : أنّه الأشهر ، وعليه عامّة من تأخّر**[٢] **. وفي الكفاية : أنّه المشهور**[٣] . لكن قد عرفت الكلام فيه في الوقف سابقاً لم نتحقّق ما ذكراه من الشهرة . **بل صرّح الفاضل في القواعد هنا باعتبار إيقاع القبض للهبة**[٤] **. وفي المسالك هنا ـ بعد أن حكى عن بعض الأصحاب اعتبار ذلك لصلاحية مطلق القبض لها ولغيرها فلا بدّ من مايز وهو القصد ـ قال تبعاً لجامع المقاصد**[٥] **: « وهو حسن حيث يصرّح بكون القبض لا لها ؛ لعدم تحقّق القبض المعتبر فيها ، أمّا لو أطلق فالاكتفاء به أجود ؛ لصدق اسم القبض وصلاحيته للهبة ، ودلالة القرائن عليه ، بخلاف ما لو صرّح بالصارف »**[٦] . ولا يخفى عليك ما فيه ؛ ضرورة عدم كون البحث في الحكم الظاهري ، إنّما الكلام في أصل تحقّق الشرط بالقبض الخالي في الواقع عن قصد كونه للهبة ، سواء كان بقصد غيرها أو لا ، ولا معنى لصرف مثل ذلك إليها بعد فرض تشخّصه في الخارج . ودعوى تحقّق الشرطية بذلك دون المقصود به غير الهبة ، واضحة المنع . ولا ريب في أنّ الأصل عدم ترتّب الأثر بعد فرض عدم إطلاق يوثق به في تناول مثله لتحقّق الشرط المعلوم اشتراطه .

---

(١) المغني (لابن قدامة) ٦ : ٢٧٧ .
(٢) الرياض ٩ : ٣٨٢ .
(٣) (٤) كفاية الأحكام ٢ : ٢٩ . القواعد ٢ : ٤٠٦ .
(٥) (٦) جامع المقاصد ٩ : ١٤٩ . المسالك ٦ : ٢٢ .

ويقبل قول كلّ من الواهب والمتّهب في تشخيص القصد، فلو خالفه الآخر قدّم بيمينه [١]. هذا كلّه في هبة غير المقبوض للموهوب له. (و) أمّا (**لو وهب ما هو في يد الموهوب له صحّ ولم يفتقر إلى إذن الواهب في القبض ولا أن يمضي زمان يمكن فيه القبض**) [٢]. نعم (**ربّما صار إلى ذلك بعض**) من تقدّمه من (**الأصحاب**) [٣].

---

[١] لأنّه أعلم بقصده.

[٢] **بلا خلاف أجده بين من تأخّر عن المصنّف (و) لا إشكال.**

[٣] **كالشيخ** ﷺ **ويحيى بن سعيد فاعتبرا الإذن في القبض، ولو من إقراره له ومضي زمان يمكن فيه القبض. قال أوّلهما في المحكيّ عن مبسوطه: «إذا وهب له شيئاً في يده مثل أن يكون في يده وديعة فيهبها له نظر، فإن أذن له في القبض ومضى بعد ذلك زمان يمكن القبض فيه لزم العقد. وإن لم يأذن له في القبض فهل يلزم القبض بمضي الزمان الذي يمكن فيه القبض أو لا بدّ من الإذن في القبض؟ ... الأقوى أنّه لا يفتقر إلى الإذن في القبض؛ لأنّ إقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض»**[1]. **وثانيهما في المحكيّ عن جامعه: «إذا أذن له في قبضه ومضى زمان يمكن فيه القبض صحّت الهبة»**[2]. وفيه: منع تناول دليل الشرطية لمثل الفرض فيبقى أصالة استقلال العقد بتسبيب الملك بحاله، وإلّا لوجب إرجاعه، ثمّ قبضه جديداً لتحقّق صدق القبض للهبة حينئذٍ حقيقة، فإنّ استدامة القبض ولو مع الإذن ومضي الزمان ليست قبضاً حقيقة. ولو سلّم فيكفي الإذن، ولا يحتاج إلى مضيّ زمان قطعاً. ووجّهه في المسالك: «بأنّ إقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض، فيكون ذلك كتجديد الإقباض فيعتبر مضيّ زمان يمكن فيه القبض. كما لو لم يكن مقبوضاً بيده فأقبضه إيّاه فإنّه يعتبر مضيّ زمان يكون فيه القبض فكذا هنا»[3]. ثمّ أجاب عنه [في المسالك] بما حاصله: إنّ إيجاب العقد وإقرار يده على العين بعده دليل على رضاه بقبضه لها وليس هو إقباضاً، بل هو متحقّق قبله، وإنّما هو علامة وأمارة على رضاه بالقبض السابق وينزّله منزلة الإقباض[4]. وفيه: ما لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه من عدم الدليل على الشرطية في الفرض، وعلى تقديره فالمتّجه عوده ثمّ قبضه ولو سلم كفاية الإذن في الاستدامة في تحقق مسمّاه، فيمكن منع دلالة الإيجاب والإقرار على مقتضى القبض السابق على ذلك، وإلّا لاتّجه كلام أبي حنيفة المتقدّم سابقاً. على أنّه لا يتمّ فيما لو فرض خلو الواهب عن ذلك المشمول لإطلاق المصنّف وغيره. ومن هنا ناقش في الرياض في أصل الدليل بعد أن حكاه عنهم «بأنّ دعوى حصول القبض المشترط أوّل البحث؛ لعدم عموم يدلّ على كفاية مطلقه لا من إجماع ولا من غيره للخلاف، وظهور النصوص المشترطة له بحكم التبادر في القبض بعد العقد فاللازم في غيره الرجوع إلى حكم الأصل الدالّ على عدم الصحّة أو اللزوم إلى أن يتحقّق القبض المتيقّن إيجابه لهما، وليس إلّا المجمع عليه وهو القبض الخاصّ به أو المأذون فيه ثانياً للهبة. ولعلّه لذا اعتبر بعض الأصحاب ما أسقطه الأكثر وهو أظهر إن لم يكن إجماع المتأخّرين على خلافه انعقد» إلى أن قال: «ويحتمل قوياً المصير إلى مختار الأكثر لما مرّ في الوقف، وسيأتي في هذا البحث من الاكتفاء بقبض الولي الواهب مع سبقه على العقد؛ للنصوص الدالّة عليه، المعلّلة بعضها له بحصول القبض من دون أن يذكر فيها ما مرّ من القيود. وهذا التعليل جار في المفروض، والعلّة المنصوصة يتعدّى إلى غير المورد كما تقرّر في الأُصول»[5]. وإن كان فيه مواضع للنظر لمن أحرز ما قدّمناه في الوقف وفي المقام وما يأتي. وقد تقدّم نظير هذه المسألة في الرهن وفي الوقف فلاحظ وتأمّل كي تعرف الحال في القبض الغصبي أيضاً.

---

(١)(٢) المبسوط ٣: ٣٠٥. الجامع للشرائع: ٣٦٥. (٣)(٤)(٥) المسالك ٦: ٢٣. الرياض ٩: ٣٨٢ـ ٣٨٣.

[وأمّا لو كان القبض قبضاً غصبياً ثمّ هباها له فكذلك] [١].

(وكذا) الحال (لو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير) ولو أُنثى ما هو في يده (لزم بالعقد) [٢].

إنّما الكلام في اعتبار قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليتمحّض القبض بها وعدمه [٣].

قلت قد عرفت تحقيق الحال هنا وفي باب الوقف وأنّه بناء على الشرطية في الفرض وكفاية القصد في الاستدامة في تحقّق مسمّاه لا بدّ من حصوله، وإلّا لم يكن قبضاً، ومع الإطلاق لا ينصرف إليه قطعاً [٤] [قال

---

[١] **الذي قد صرّح هنا غير واحد بعدم الفرق بينه وبين غيره، بل لم أجد فيه خلافاً، إلّا ما عساه يظهر من ثاني الشهيدين في الروضة من الميل إلى الفرق بينه وبين غيره**[١] باعتبار أنّه لا يد للغاصب عليه شرعاً، **بل ظاهره أنّه قول للبعض**، وإن كنّا لم نتحقّقه.

بل لا وجه معتدّ به له بناءً على حصول الإذن من العقد فيه؛ إذ لا فرق في اقتضائها تغيير الاستدامة عن الابتداء بين الجميع، كما أنّ الوجه عدم الفرق أيضاً على ما ذكرناه وهو واضح، والله العالم.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه:**

١ ـ لنحو ما سمعته فيما تقدّم.

٢ ـ ولذيل موثّق داود المتقدّم «فإن كانت لصبي في حجره وأُشهد عليه فهو جائز»[٢].

٣ ـ مضافاً إلى فحوى ما تقدّم في الوقف من قوله: «وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم»[٣].

٤ ـ والتعليل في الصحيح الآخر: «لأنّ والده هو الذي يلي أمره»[٤].

٥ ـ وفي خبر عليّ بن جعفر عليه السلام: «إذا كان أب تصدّق [بها] على ولد صغير فإنّها جائزة؛ لأنّه يقبض لولده إذا كان صغيراً»[٥]. وغير ذلك.

[٣] [فـ]**في المسالك تبعاً لغيره: «ينبغي ذلك عند من يعتبر إيقاع القبض للهبة كالعلّامة؛ لأنّ المال المقبوض في يد الولي له، فلا ينصرف إلى الطفل إلّا بصارف وهو القصد، وعلى ما اخترناه من الاكتفاء بعدم قصد القبض لغيره يكفي هنا وينصرف الإطلاق إلى قبض الهبة ويلزم ذلك»**[٦].

[٤] إذ الفرض خلوّه في الواقع خصوصاً في قبض الولي الذي كان قبضاً لنفسه، على أنّه مع فرض عدم التجديد يكون ناوياً للخلاف؛ ضرورة لحوق الاستدامة بالابتداء ما لم يجدّد لها قصداً يفصلها عن الابتداء. والنصوص السابقة إن لم تكن ظاهرة فيما ذكرناه من تجديد القصد المزبور، فهي مبنيّة على سقوط الشرط في الفرض نحو ما ذكرناه في المسألة السابقة. وربّما كان قول المصنّف: «وكذا» إشارة إلى ذلك. ولا ينافيه التعليل بقوله: [لأنّ قبض الولي قبض عنه].

---

(١) الروضة ٣: ١٩٣.

(٢) الوسائل ١٩: ٢٣٥، ب ٥ من الهبات، ح ٢، وفيه: «فأشهد» بدل «وأشهد».

(٣) الوسائل ١٩: ١٨٠، ب ٤ من الوقوف والصدقات، ح ٤.

(٤) المصدر السابق: ح ٥، وفيه: «الوالد».

(٥) الوسائل ١٩: ٢٣٦، ب ٥ من الهبات، ح ٥.

(٦) المسالك ٦: ٢٤ ـ ٢٥.

المصنّف :] (لأنّ قبض الولي قبض عنه) [١]، [هذا كلّه فيما لو كان الموهوب في يد الولي].

أمّا لو فرض خروجه عنها كميراث لم يصل إليه أو مبيع لم يقبضه فلا ريب في افتقار صحّة هبته إلى قبض.

[وهل تكون الوديعة والعارية خارجين عن اليد ؟].

[نعم هما خارجان عنها فيفتقر إلى قبض جديد من الولي أو من يوكّله فيه، ولو وكّل المستعير فيه كفى، إلّا أنّه لو تمّ الإجماع على عدم الخروج عن اليد في الوديعة فهو وإلّا كان مشكلاً].

[وأمّا سائر الموارد كالمغصوب والمستأجر والعارية فإنّه لا بدّ من القبض].

وخرج بقوله: « الصغير » الكبير الذي لا ولاية لهما عليه في مثل ذلك، ذكراً كان أو أُنثى وإن بقيت ولايتهما على الأُنثى في النكاح [٢]، فإنّ الرشيدة إذا تصرّفت بمالها ببيع وهبة لم يتوقّف على الولي [٣].

---

[١] الذي يمكن إرادة بيان الوجه في سقوط الشرط [أي قصد القبض الطفل] بذلك منه [=الولي].

وعلى كلّ حال فالمراد من المتن وغيره ممّن أطلق ما قيّدنا به العبارة من كون الموهوب في يده.

نعم في المسالك وغيرها: « عدم خروج الوديعة عن اليد؛ لأنّ يد المستودع كيده، وفي العارية وجهان، أجودهما خروجها عن يده فيفتقر إلى قبض جديد من الولي أو من يوكّله فيه، ولو وكّل المستعير فيه كفى »[1]. لكن لا يخفى ما في الفرق بين الوديعة والعارية، سواء كان ذلك من حيث كونهما كذلك أو من حيث أفرادهما، كما أنّه لا يخفى عليك ما في دعوى عدم الخروج بالاستيداع مطلقاً عن اليد؛ ضرورة عدم صدق كونه في يده وتحت قبضته في جملة من أفراد الوديعة. **وإن حكي عن الإيضاح الإجماع عليه في الوديعة، وأنّها كالمال في يد الوكيل**[2]. فإن تمّ كان هو الحجّة، وإلّا كان مشكلاً.

وفي القواعد: « ولو كان مغصوباً أو مستأجراً أو مستعاراً على إشكال افتقر إلى القبض، بخلاف ما في يد وكيله »[3]. والظاهر اختصاص الإشكال في العارية كما عن الإيضاح التصريح بذلك مدّعياً الإجماع على الافتقار في الأوّلين. وجعل وجه الإشكال فيها: من عدم كونها بحقّ لازم فكانت كقبض الوكيل، ومن أنّه إنّما قبضه لنفسه فكانت اليد له لا للمعير فكان كالمستأجر[4]. وفيه: أنّه لا مدخلية للأوّل في صدق القبض، وإلّا لكان المغصوب مقبوضاً أيضاً. كما عن الشهيد[5] الإشكال فيه أيضاً لذلك حاكياً له عن بعض النسخ المقروءة على المصنّف. إلّا أنّه كما ترى منافٍ للصدق العرفي الذي عليه المدار حتى في مثل الإجارة التي يمكن حصولها مع فرض كون العين في يد المؤجر، وحينئذٍ لا ينافي القبض المزبور الذي هو في كلّ شيء بحسبه، بمقتضى العرف، فتأمّل جيّداً.

[٢] **عند بعض**[6]؛ لدعوى الدليل عليه بالخصوص لا مطلقاً.

[٣] اتّفاقاً لعموم « الناس مسلّطون » وغيره. **لكن عن الإسكافي إلحاق الإناث وإن رشدن بالصغار في كون قبض الأب قبضاً لهنّ**[7]. ولا ريب في ضعفه، إلّا أن ينزّل على الوكالة، والإذن في ذلك كما هو واضح.

---

(١) المسالك ٦: ٢٤.

(٢)(٤) الايضاح ٢: ٤١٣.

(٣) القواعد ٢: ٤٠٧.

(٥) نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٩: ١٧٧.

(٦) انظر النهاية: ٤٦٤.

(٧) نقله في المختلف ٦: ٢٧٩.

(ولو وهبه غير الأب أو الجدّ لم يكن له بدّ من القبض عنه سواء كان له ولاية أو لم تكن ويتولّى ذلك الولي أو الحاكم) [١] إذا كان الواهب غير الولي [٢].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال في ذلك.**

[٢] ضرورة كونه حينئذٍ أجنبياً، فلا يكون قبضه حينئذٍ عن الطفل قبضاً. إنّما الكلام في قول المصنّف «سواء ... إلى آخره»، فإنّ مقتضاه كون الوصي أجنبياً أيضاً فلا يقوم قبضه عنه، من غير فرق بين كونه هو الواهب أو غيره، **كما عن المبسوط**[١] **التصريح بذلك.**

ولم نعرفه لغيرهما [= المحقّق والشيخ] صريحاً محتجّاً بأنّه لا يصحّ له أن يبيع له شيئاً من نفسه ولا أن يشتري منه كذلك فينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبة الصبي ويقبضها له.

وفيه:

إنّ ولاية الوصيّ عامّة كالأب والجدّ بالنسبة إلى ذلك، بل ولايته في الحقيقة من ولايتهما. بل لعلّ التعليل المزبور في الخبر المتقدّم[٢] سابقاً يقتضي ذلك.

بل قد يشكل ولاية الحاكم الذي هو ولي من لا ولي له في الفرض المزبور الذي وصي أحد الأبوين فيه موجود. ودعوى ولايته في خصوص هذا التصرّف كما ترى.

بل التزام عدم جواز هذا التصرّف حينئذٍ أولى. وأولى منه ما اخترناه من عموم ولايته، بل هي [= ولاية الوصي] ولاية الأبوين في الحقيقة، كما أنّ عموم ولاية الحاكم التي هي من ولاية الولي الحقيقي أولى. فمن الغريب موافقة المصنّف هنا لما سمعته عن الشيخ الممنوع أصلاً وتفريعاً.

ولو حمل كلام المصنّف على أنّ ذلك منه بناءً على التردّد في مسألة اتّحاد الموجب والقابل بالنسبة إلى غير الأب والجدّ كما سمعته منه في الوقف.

ففيه: أنّ الذي استظهره بعد التردّد هناك الاكتفاء بقبض الوصي، فكان المناسب هنا ذكر الحكم كذلك، هذا.

وفي المسالك: «قول المصنّف: «ويتولّى ... إلى آخره» يمكن فرضهما مع كون الواهب غير ولي، وأمّا إذا كان وليّاً كالوصيّ فلا يفرض فيه إلّا تولّي الحاكم؛ لأنّ الوصي لا يتحقّق مع وجود الأب والجدّ له كما سيأتي، فلم يبق إلّا الحاكم، وفي معنى الحاكم منصوبه لذلك [أو] مطلقاً»[٣].

قلت:

وأمّا لو كان الواهب الحاكم والفرض عدم وليّ غيره فلا بدّ من التزام قبض حاكم آخر عنه، وقد عرفت التحقيق الخالي عن مثل هذه الالتزامات، والله العالم.

---

(١) المبسوط ٣: ٣٠٥.

(٢) الوسائل ١٩: ١٨٠، ب ٤ من الوقوف والصدقات، ح ٥.

(٣) المسالك ٦: ٢٦.

[ولكن ولاية الوصي عامة كولاية الأب والجدّ، فلا تصل النوبة إلى الحاكم مع وجوده، فلو وهب الوصيّ ما هو في يده لزم بالعقد].

(وهبة المشاع جائزة) [١].

(و) كيف ما كان فـ(ـقبضه) فهو **(كقبضه في البيع)** [٢]، فيجري فيه حينئذٍ القولان، وهما الاكتفاء بالتخلية مطلقاً كما هو المختار، والتفصيل بها في غير المنقول وبالنقل وما في معناه فيه [٣].

---

[١] **عندنا، بل عن الغنية ونهج الحقّ الإجماع عليه**(١). **بل في جامع المقاصد: «لا خلاف بين أصحابنا في صحّة هبة كلّ ما صحّ بيعه من الأعيان سواء كان مشاعاً أو مقسوماً من الشريك وغيره»**(٢).

وعن التذكرة: «تصحّ هبة المشاع كما يصحّ بيعه على الحدّ الذي يجوز بيعه عند علمائنا أجمع»(٣).

وهو الحجّة، مضافاً إلى العمومات، وفحوى ما دلّ عليه من النصوص(٤) الكثيرة التي يمكن دعوى تواترها في الصدقة، وخصوص موثّق أحمد بن عمر الحلبي: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدّق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار؟ قال: «يجوز، قلت: أرأيت إن كان هبة؟ قال: يجوز»(٥). وصحيح أبي بصير المتقدّم سابقاً(٦).

بل قد يستفاد من المروي في طرق العامّة، فضلاً عن الخاصّة كالنبوي: «زن وارجح»(٧)، بناءً على أنّ الراجح هبة مشاع.

وقوله عليه السلام لوفد هوازن لمّا جاؤوا يطلبون منه أن يردّ عليهم ما غنمه منهم: «ما كان لي ولبني عبدالمطّلب فهو لكم»(٨).

ولكن مع ذلك كلّه **والمحكيّ عن أبي حنيفة أنّ هبة المشاع الذي يمكن قسمته لا تجوز لغير الشريك والذي لا تمكن قسمته لا تجوز هبته مطلقاً**(٩). **وعن مالك**(١٠) **المنع من هبة المنقسم بين اثنين**، مستندين إلى أنّ وجوب القسمة يمنع من صحّة القبض وتمامه. وهو كما ترى تهجّس واستحسان يندفع بوجوب تسليمه أجمع، ثمّ إنّه يقسّم.

[٢] ضرورة اتّحاد معناه عرفاً فيهما وفي غيرهما.

[٣] **بلا خلاف أجده فيه، إلّا ما يحكى عن القاضي**(١١) **منّا وبعض الشافعية**(١٢) **من غيرنا من الفرق بينهما بأنّ القبض في البيع مستحقّ، وللمشتري المطالبة**، فجاز أن يجعل بالتمكين قابضاً بخلاف الهبة، فإنّ القبض غير مستحقّ فاعتبر تحقّقه، ولم يكتف بمطلق التخلية في المنقول وإن اكتفينا بها في البيع.

وليس بشيء بعد ما عرفت من اتّحاد مفهومه لغة وعرفاً. وما ذكره إنّما يقتضي الفرق في حكمه لا في حقيقته.

---

(١) الغنية: ٣٠١. نهج الحق وكشف الصدق: ٥١٠.
(٢) جامع المقاصد ٩: ١٤٣.
(٣) التذكرة ٢: ٤١٥ (حجرية).
(٤) انظر الوسائل ١٩: ١٩٤، ب ٩ من الوقوف والصدقات.
(٥) الكافي ٧: ٣٤، ح ٢٤. الوسائل ١٩: ١٩٥، ب ٩ من الوقوف والصدقات، ذيل الحديث ١، وفيهما: «عن أحمد بن عمر الحلبي، عن أبيه».
(٦) الوسائل ١٩: ٢٣٣، ب ٤ من الهبات، ح ٤.
(٧) السنن الكبرى ٦: ٣٣.
(٨) البحار ٢١: ١٢، ١٣، ح ٨.
(٩) اللباب ٢: ١٧٢.
(١٠) حكا عنه في مفتاح الكرامة ٩: ١٦٣. انظر المجموع ١٥: ٣٧٥.
(١١) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ١٦٣.
(١٢) مغني المحتاج ٢: ٤٠٠.

ثمّ إنّ الظاهر تحقّق التخلية من دون إذن الشريك [١].

و[الظاهر] [٢] أنّه حينئذٍ لا بحث على المختار من تحقّق القبض بالتخلية مطلقاً.

أمّا على التفصيل فيتحقّق في المنقول بتسليم الموهوب الجميع حينئذٍ كما إذا كان الباقي من الحصّة للواهب أو لغيره وقد أذن، فإن امتنع وكّله الموهوب له على القبض عنه، فإن امتنع مثلاً رفع الأمر إلى الحاكم ليقبضه بنفسه أو نائبه [٣].

أمّا مع عدمه [٤] [فالمتّجه قيام عدول المؤمنين مقامه ومع عدم ذلك تبقى الهبة موقوفة].

---

[١] لعدم توقّف مفهومها على التصرّف فيه ولو قبضه في يده؛ إذ هي على ما حقّقنا كون الشيء تحت يده، وفي سلطانه على نحو المالك الذي لا إشكال في كون ماله مقبوضاً له بمعنى كونه في قبضه، وإن كان له شريك فيه، فمتى خلّى بينه وبين الموهوب على هذا الوجه تحقّق القبض.

وإنّ كان صريح جماعة وظاهر آخرين عدم اعتبار إذن الشريك في القبض بالمعنى المزبور. خلافاً لما في الدروس فاعتبر إذن الشريك أيضاً فيها[١].

ووجّه بأنّ المراد بها رفع يد المالك وتسليط القابض على العين، وذلك لا يتحقّق إلّا بالتصرّف في مال الشريك، فيعتبر إذنه ورفع المانع عن حصّة خاصّة مع الإشاعة لا يحصل به التسلّط المقصود من القبض، وقبض جميع العين واحد لا يقبل التفرقة، ومن ثمّ لو كانت العين مغصوبة بيد متسلّط لم تكف التخلية من المالك، وتسليطه عليها مع وجود المانع من التسليم.

وهو كما ترى **وإن استحسنه في المسالك**[٢].

إذ التسلّط لا يتوقّف على الدخول في الدار ونحوها.

وفرق واضح بين الفرض وبين الغصب الرافع للتسلّط العرفي، وهو المانع عن صدق كون المال تحت قبضته وسلطانه.

[٢] [كما] بذلك كلّه ظهر لك [ذلك].

[٣] **وعن الفاضل في المختلف الاكتفاء بالتخلية مع امتناع الشريك**[٣] تنزيلاً لعدم القدرة الشرعية منزلة عدمها الحسية في غير المنقول.

وفيه منع عدم القدرة الشرعية مع وجود الحاكم المنصوب لأمثال ذلك.

[٤] **ففي الدروس والمسالك: لا بأس به دفعاً للضرر والعسر**[٤].

وفيه:

إنّ المتّجه حينئذٍ مع فرض عدم قيام غيره من عدول المؤمنين مقامه بقاء الهبة موقوفة؛ ضرورة عدم تغيّر معنى القبض بذلك، والفرض اشتراطها به كما هو واضح.

---

(١) الدروس ٢: ٢٩٠.

(٢) المسالك ٦: ٢٧.

(٣) المختلف ٦: ٢٨٢.

(٤) الدروس ٢: ٢٩٠. المسالك ٦: ٢٧.

ثمّ إنّه [هل يعتبر إذن الشريك في القبض ؟] [١] [والصحيح عدم اعتبار إذن الشريك في القبض فيصحّ القبض بدون إذنه]. ومن ذلك يعلم الحال أيضاً في هبة المرهون وإقباضه بدون إذن المرتهن [٢].

نعم قد يقال بعدم الحكم بحصول الملك فعلاً حتى يقع الفكّ له وإلّا انكشف فساد الهبة [٣].

أو يقال بحصول الملك له بذلك، ولكن حقّ الرهانة على تعلّقها، ولا يمنع ذلك من التسلّط على بيعه وإن انتقل إلى غير الواهب [٤].

نعم تبقى الصحّة مراعاة لو وهبه المرهون ولم يقبضه، فإن بيع ظهر البطلان، وإن انفكّ فللراهن الخيار في الإقباض وعدمه بعد ما ستعرف من عدم اشتراط فورية القبض. ومن ذلك يعلم أيضاً الكلام في هبة المستأجر ولو لغير المستأجر [٥].

وقد تقدّم في كتاب الرهن ما له نفع تام في أمثال هذه المباحث.

كما أنّه تقدّم في كتاب البيع في بحث اشتراط القدرة على التسليم ما يستفاد منه صحّة الهبة لغير المقدور على

---

[١] **قد صرّح غير واحد بعدم وقوع القبض إذا كان من دون إذن الشريك حيث يعتبر.** [وذلك] لا للنهي الذي لا يقتضي الفساد في المعاملة على ما حرّر في محلّه.

بل لأنّ القبض لمّا كان من أركان العقد اعتبر فيه كونه مراداً للشارع، فإذا وقع منهياً عنه لم يعتدّ به شرعاً، فيختلّ ركن العقد، وقد عرفت أنّه قبض واحد لا يقبل التفرقة في الحكم بجعل المقبوض للموهوب معتبراً، والنهي عن الحقّ الغير الخارج عن حقيقة الموهوب. إلّا أنّه كما ترى لا يرجع إلى مستند صالح بعد فرض كون النهي لأمر خارج لا يترتّب عليه فساد، ومعلوميّة كون القبض شرطاً في صحّة العقد، وعدم اعتبار ما كان بغير إذن الواهب؛ لظهور الأدلّة في اعتبار الإقباض المعتبر في تحقّقه الإذن كما أومأنا إليه سابقاً. **كلّ ذلك مع أنّ الفاضل وولده والشهيدين[١] وغيرهم على ما حكي عنهم قد صرّحوا في كتاب الرهن بصحّة قبض المشاع من دون إذن الشريك، وترتّب أثر الرهانة عليه، وإن تعدّى به**؛ معلّلين له بأنّ النهي إنّما هو لحقّ الشريك لا للإذن من قبل الراهن الذي هو المعتبر شرعاً، وكونه قبضاً واحداً لا ينافي الحكم بالوقوع لاختلاف الجهة، ومثله آت في المقام؛ إذ لا فرق بينهما بعد فرض كون القبض شرطاً في الصحّة فيهما.

[٢] **وإن استشكل فيه في القواعد[٢]، بل عن الإيضاح[٣] وغيره عدم الصحّة**؛ لما سمعته من التعليل المزبور الذي عرفت ما فيه.

[٣] ولعلّه المراد من **قوله في القواعد: « فإن سوّغناه لم يحصل الملك، فإنّ فكّ صحّت الهبة »[٤]**.

[٤] إذ هو كانتقاله إلى الوارث مثلاً.

[٥] ضرورة اتّحاد المدرك في الجميع.

---

(١) القواعد ٢: ١١٧ ـ ١١٨. الايضاح ٢: ٢٩. الدروس ٣: ٣٨٤. المسالك ٤: ١٩.

(٢)(٤) القواعد ٢: ٤٠٦.

(٣) الايضاح ٢: ٤١٢.

تسليمها حال الهبة إذا اتفق الإقباض بعد ذلك [١]. [وكذا الحال في هبة المغصوب لغير الغاصب وهبة الآبق والضالّ فيصح فيما إذا كان إقباضه]. نعم هي [= الهبة] نحوه [= البيع] إذا كان فيها عوض [في عدم صحّته ممكناً من حيث المعاوضة] وحينئذٍ يكون المدار على ما يعدّ سفهاً في أنظار العقلاء.

(ولو وهب لإثنين شيئاً) مثلاً **(فقبلا وقبضا ملك كلّ واحد منهما ما وهب له)** ولو مشاعاً [٢]، **(فإن قبل أحدهما وقبض وامتنع الآخر صحّت الهبة للقابض)** منهما [٣]. قلت: وعليه يجوز للواهب الرجوع بهبة أحدهما دون الآخر، وكذا الحال فيما لو تعدد الواهب واتّحد القابل. نعم لو تعدّد المال الموهوب قد يشكل جواز الرجوع بأحدهما دون الآخر، بناءً على أنّ رجوعه فسخ للعقد [٤]. **(ويجوز تفضيل بعض الولد على بعض في العطية)** [٥]

---

[١] **فما عن المبسوط والتحرير والتذكرة من اشتراط صحّة هبة المغصوب لغير الغاصب بالقدرة على الانتزاع[١]. بل عن الأخير التصريح بفسادها وفساد هبة الآبق والضّال[٢]؛** لامتناع الإقباض.

كما ترى لا دليل عليه فيما كان إقباضه ممكناً، وإن كان غير مقدور الآن فيصحّ حينئذٍ ويتمّ بالإقباض كما أوضحناه في البيع الذي فرق واضح بينه وبين المقام من حيث المعاوضة وعدمها.

[٢] لوجود المقتضي من العمومات وارتفاع المانع.

[٣] لاجتماع شرائط صحّتها فيه دون الآخر. وليس ذا من تبعيض العقد، فإنّه باعتبار تعدّد القابل كان بمنزلة عقدين كما لو اشتريا دفعة فإنّ لكلّ منهما حكم نفسه في الخيار ونحوه كما في المسالك[٣] وغيرها.

[٤] لاقتضائه التبعيض في العقد الواحد، وليس كالواقع من أصله مبعّضاً نحو أن يهب ماله ومال غيره، أو ما تصحّ هبته وما لا تصحّ هبته. وكأنّ الوجه في ذلك معلومية عدم اعتبار الوحدة في متعلّق العقد، بل هي كغيرها في اقتضائه. بخلاف تعدّد القبول أو الإيجاب فإنّه في قوّة التعدّد، وإلّا لاقتضى مشروعية عقد واحد متعدّد إيجابه ويتّحد قبوله وبالعكس وهو غير معهود. بل المعهود خلافه من أنّ العقد هو الإيجاب والقبول فلا بدّ حينئذٍ من جعل إيجاب ولو تنزيلاً مقابلاً للقبول مع فرض تعدّده وبالعكس. وربّما كان العرف يشهد لذلك أيضاً ومع الإغضاء عن ذلك كلّه وجعل التعدّد في الإيجاب والقبول كالتعدّد في المتعلّق بالنسبة إلى إطلاق مصداق العقد اتّجه حينئذٍ الوحدة في الفرض ونظائره، وأشكل الفسخ حينئذٍ في بعض دون آخر، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

[٥] **بلا خلاف معتدّ به أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه**، بل يمكن دعوى تواتر النصوص به أو القطع به منها، مضافاً إلى أُصول المذهب وقواعده.

فما عساه يظهر من المحكيّ عن ابن الجنيد من حرمة ذلك وتعديته إلى باقي الأقارب مع التساوي في القرب[٤] في غاية الضعف، بل مسبوق بالإجماع وملحوق به.

ويمكن أن يريد بها الكراهة فإنّه وإن قلنا بالجواز [فهو مكروه].

---

(١) المبسوط ٣: ٣١٢. التحرير ٣: ٢٧٦. التذكرة ٢: ٤١٦ (حجرية).

(٢) التذكرة ٢: ٤١٦ (حجرية).

(٣) المسالك ٦: ٢٨.

(٤) نقله في المختلف ٦: ٢٧٧.

لكنّه (على كراهية) [١].

بل [الظاهر] [٢] عدم الفرق في ذلك بين حالي الصحّة والمرض والعسر واليسر [٣].

---

[١] **كما هو المشهور، بل في محكيّ التذكرة نفي الخلاف فيه**[١].

ولعلّه كذلك. ولا ينافيه إطلاق نفي البأس عن ذلك **في محكيّ المقنعة**[٢] **المحتمل إرادة بيان الجواز.**

[٢] [كما هو] مقتضى إطلاق الفتاوى ومعقد نفي الخلاف.

[٣] **خلافاً لما عن المختلف من قصرها على حال المرض أو الإعسار**[٣]**، وعن بعض نسخه «عليهما»**[٤]**.**

وفي محكيّ النهاية: ويكره في حال المرض إذا كان الواهب معسراً، وإن كان موسراً لم يكن به بأس[٥]**.**

ولعلّه لإطلاق النصوص[٦] في الجواز وأنّه قد فعل ذلك الأئمّة عليهم السلام على كثرتها حتى عقد لها في الوسائل باباً[٧] وليس في شيء منها إشارة إلى كراهة سوى خبر أبي بصير عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن الرجل يخصّ بعض ولده بالعطية؟ قال: «إن كان مؤسراً فنعم، وإن كان معسراً فلا»[٨].

وموثّق سماعة: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطية الوالد لولده؟ فقال: «[أمّا] إذا كان صحيحاً فهو ماله، يصنع به ما شاء، فأمّا في مرضه فلا يصلح»[٩]. وخبر جرّاح المدائني قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطية الوالد لولده يبيّنه؟ قال: «إذا أعطاه في صحّته جاز»[١٠]. [وفيه]: مع أنّ الأخيرين ليسا في التفضيل بل وإن كان الولد واحداً، ومحتملان إرادة بيان عدم مضي ذلك من الأصل إذا كان في مرض الموت، فلم يبق إلّا خبر أبي بصير. لكن لمّا كان الحكم الكراهة التي يتسامح فيها ويكفي فيها بعض ما سمعت. مضافاً إلى النبوي العامّي أنّه قال: لبشير أبي النعمان لمّا نحل ابنه النعمان غلاماً: «أكلّ ولدك نحلتهم مثل هذا؟ فقال: لا، فقال: لُردده»[١١] في رواية. وفي أُخرى: «ارجعه»[١٢]. وفي ثالثة: «اتّقوا الله واعدلوا بين أولادكم»[١٣] وفي رابعة: «لا تشهدني على جور»[١٤]. وإلى ما في ذلك من مثار الشحناء والبغضاء والحسد وجب حمله على شدّة الكراهة الواضح وجهها باقتضاء ذلك حرمان الوارث أو النقص المضرّ به. خصوصاً بعد إمكان حمل ما في نصوصهم عليهم السلام[١٥] من وقوع التفصيل منهم على المزية في الفضل أو النقص في المفضّل عليه، بناءً على زوال الكراهة بذلك **كما في محكيّ التحرير والحواشي والروضة وجامع المقاصد**[١٦]**، ونفى عنه البأس في المسالك**[١٧]. وعلى كلّ حال فالأمر سهل بعد أن كان الحكم من السنن، والله العالم.

---

(١) التذكرة ٢: ٤٢٤ (حجرية).

(٢) المقنعة: ٦٥٩.

(٣) المختلف ٦: ٢٧٨.

(٤) النهاية: ٦٠٣.

(٥) حكاه في المسالك ٦: ٢٩، وفيه: «بهما معاً» بدل «عليهما».

(٦)(٧) انظر الوسائل ١٩: ٢٤٤، ب ١١ من الهبات.

(٨)(٩) الوسائل ١٩: ٣٠٠، ب ١٧ من الوصايا، ح ١٢، ١١.

(١٠) المصدر السابق: ٣٠١، ح ١٤.

(١١)(١٢)(١٣) سنن البيهقي ٦: ١٧٦.

(١٤) المصدر السابق: ١٧٦ ـ ١٧٧.

(١٥) الوسائل ١٩: ٢٤٤، ب ١١ من أحكام الهبات.

(١٦) التحرير ٣: ٢٧٩. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٩: ١٩٦. الروضة ٣: ١٩٤. جامع المقاصد ٩: ١٧١.

(١٧) المسالك ٦: ٣٠.

(وإذا قبضت الهبة) بالإذن (فإن كانت للأبوين لم يكن للواهب الرجوع إجماعاً) [١].
(وكذا) لا يرجع (إن كان) الموهوب (ذا رحم غيرهما و) لكن (فيه خلاف) حتى في الولد في الجملة [٢].
وأمّا باقي الأرحام فـ[ـالمختار] [٣] أنّهم كذلك [كالأولاد] أيضاً [٤].

---

[١] محكياً مستفيضاً أو متواتراً ومحصّلاً وخلاف المرتضى فيهما وفي الأولاد وغيرهما من الأرحام[١] منقرض، ولذا لم يعتدّ بخلافه وإن نسبه إلى إجماع الإمامية.

[٢] وإن حكي الإجماع عليه في محكي كشف الرموز والمختلف والمهذّب البارع وغاية المرام والدروس في الصغار[٢]، والمختلف في هبة الأب ولده[٣]، وظاهر الوسيلة والتذكرة[٤].

وفي المسالك: الظاهر أنّ الاتّفاق حاصل فيه[٥]. وعن التنقيح وظاهر جامع المقاصد: أنّه لا خلاف فيه[٦].

بل عن الآبي: «إنّي سألت المصنّف عن الإخلال بذكر الأولاد مع أنّ الإجماع حاصل منهم أيضاً، فقال: كان زيغاً من القلم»[٧].

لكن عن موضع من المبسوط يصحّ الرجوع إن وهب أولاده الكبار دون الصغار[٨]، وبه جمع بين الأخبار في المحكيّ من موضع من التهذيب والاستبصار[٩].

اللهمّ إلّا أن يحمل ما في المبسوط على ما قبل القبض، وما في كتابي الأخبار على أنّه احتمال للجمع لا مذهب.

وعلى كلّ حال فالحكم في المقامين واحد. بل عن التذكرة: لا فرق بين الولد وولد الولد، وإن نزل الذكور والإناث عند علمائنا[١٠]؛ لأصالة اللزوم، وإطلاق ما دلّ من النصوص[١١] على عدم جواز الرجوع في الهبة بعد القبض المقتصر في تقييدها على غير المقام. وخصوص ما مرّ من النصوص[١٢] في الأولاد الصغار هنا وفي الصدقة وغير ذلك.

[٣] [كما عليه] المشهور نقلاً وتحصيلاً.

[٤] بل في الرياض: «عليه عامّة من تأخّر»[١٣].

بل قيل[١٤]: قد يظهر من التحرير الإجماع عليه[١٥]. بل عن الغنية[١٦] دعواه صريحاً.

---

(١) الانتصار: ٤٦٠.
(٢) كشف الرموز ٢: ٥٦. المختلف ٦: ٢٦٣. المهذب البارع ٣: ٧١. غاية المرام ٢: ٣٩٩. الدروس ٢: ٢٨٧.
(٣) المختلف ٦: ٢٦٣.
(٤) الوسيلة: ٣٧٩. التذكرة ٢: ٤١٨ (حجرية).
(٥) المسالك ٦: ٣٠.
(٦) التنقيح ٢: ٣٤٢. جامع المقاصد ٩: ١٥٧. حكا عنهما وعما قبلهما وما بعدهما في مفتاح الكرامة ٩: ١٧٩.
(٧) كشف الرموز ٢: ٥٦.
(٨) المبسوط ٣: ٣٠٨.
(٩) انظر التهذيب ٩: ١٥٧، ذيل الحديث ٦٤٥. الاستبصار ٤: ١٠٧، ذيل الحديث ٤٠٥.
(١٠) التذكرة ٢: ٤١٨ (حجرية).
(١١) انظر الوسائل ١٩: ٢٤١، ب٨ من الهبات.
(١٢) انظر الوسائل ١٩: ١٧٨، ب٤ من الوقوف والصدقات.
(١٣) الرياض ٩: ٣٨٦.
(١٤) مفتاح الكرامة ٩: ١٨٠.
(١٥) التحرير ٣: ٢٨٠.
(١٦) الغنية: ٣٠٠.

. . . . . .

وهو :

١ ـ الحجة بعد ما سمعت .

٢ ـ وبعد صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : « الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها إن شاء حيزت أو لم تحز ، إلّا لذي رحم ، فإنّه لا يرجع فيها »[١] .

٣ ـ وصحيح عبدالرحمن بن أبي عبدالله وعبدالله بن سليمان : قالا : سألنا أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا ؟ فقال : « تجوز الهبة لذوي القرابة والذي يثاب عن هبته ، ويرجع في غير ذلك »[٢] .

خلافاً للمحكيّ عن أبي علي وموضع من السرائر[٣] ، وما سمعته[٤] من علم الهدى فجوّز الرجوع فيها .

وفي محكي الخلاف والمبسوط : « إذا وهب لأجنبي أو لقريب غير الولد فإنّ الهبة تلزم بالقبض وله الرجوع »[٥] .

وادّعى عليه في الأوّل إجماع الفرقة وأخبارهم[٦] .

وبه جمع بين الأخبار في المحكيّ عن تهذيبه[٧] .

وكأنّه أراد موثّق داود عن أبي عبدالله عليه السلام : « وأمّا الهبة والنحلة فإنّه يرجع فيها حازها أو لم يحزها وإن كانت لذي قرابة »[٨] .

ومثله صحيح المعلّى بن خنيس[٩] ومرسل أبان[١٠] .

لكن لا يخفى عليك أن مقتضى قواعد الفقه طرحها في مقابلة ما عرفت ؛ لعدم المكافأة من وجوه أو تأويلها بجعل قوله عليه السلام : « وإن ... إلى آخره » ، قيداً لقوله : « أو لم يحز » على معنى جواز الرجوع بها قبل القبض ، وإن كانت لذي قربى أو غير ذلك .

ومن الغريب ما في الكفاية[١١] من حمل تلك النصوص على الكراهة .

وأغرب من ذلك حملها عليها مع قطع النظر عن هذه النصوص لمعارضتها إطلاق ما دلّ على جواز الرجوع .

قال : لأنّه أولى من التقييد ، ويشهد له هذه الأخبار الثلاثة[١٢] .

وهو كما ترى لا يستأهل ردّاً ، والله الهادي لنا وله .

---

(١) الوسائل ١٩ : ٢٣٧ ، ب٦ من الهبات ، ح ٢ .
(٢) المصدر السابق : ح ١ ، وفيه زيادة : « إن شاء » .
(٣) نقله في المختلف ٦ : ٢٦٤ . السرائر ٣ : ١٧٣ .
(٤) تقدّم في ص ٥٢٤ .
(٥) الخلاف ٣ : ٥٦٧ . المبسوط ٣ : ٣٠٩ .
(٦) الخلاف ٣ : ٥٦٧ .
(٧) حكاه في مفتاح الكرامة ٩ : ١٨٠ . انظر التهذيب ٩ : ١٥٧ ، ذيل الحديث ٦٤٥ .
(٨) الوسائل ١٩ : ٢٣٨ ، ب٦ من أحكام الهبات ، ح ٣ ، وذيله .
(٩) المصدر السابق : ح ٤ .
(١٠) التهذيب ٩ : ١٥٥ ، ح ٦٣٧ . الوسائل ١٩ : ٢٣٨ ، ب٦ من الهبات ، ذيل الحديث ٣ .
(١١)(١٢) كفاية الأحكام ٢ : ٣٢ ـ ٣٣ .

والمراد بـ« الرحم » في هذا الباب وفي الصلة وغيرهما مطلق القريب المعروف بالنسب وإن بعدت لحمته وجاز نكاحه [١].

(**وإن كان**) الموهوب (**أجنبياً فله**) أي الواهب (**الرجوع ما دامت العين باقية ، فإن تلفت فلا رجوع**) [٢].

نعم الظاهر [٣] عدم الفرق في ذلك بين كون التلف من الله تعالى شأنه أو من غيره ولو المتّهب.

بل [الظاهر] [٤] عدم الفرق بين تلف الكلّ أو البعض [٥].

[لكن لا في البعض الذي يصدق قيام الهبة بعينها كتلف الظفر ونحوه بل ولا البعض الذي هو متعدّد كعبدين ونحوهما].

---

[١] **وفي المسالك : « أنّه موضع نصّ ووفاق »**[١] ، مضافاً إلى آية « أُولي الأرحام »[٢] ، والصدق العرفي ، وغير ذلك.

فما عن بعضهم[٣] من اختصاصه بمن يحرم نكاحه شاذّ محجوج بما عرفت ، والله العالم.

[٢] **بلا خلاف معتدّ به في شيء من ذلك ، بل عن الغنية والسرائر وكشف الرموز والتذكرة وظاهر التنقيح الإجماع عليه**[٤] **، بل لم يحكِ الخلاف فيه إلّا من المرتضى**[٥] **فجوّز الرجوع على كلّ حال.**

ولعلّه لا يقول به في الفرض الذي هو تلف العين وخروجها عن قابلية الرجوع بها والرجوع إلى ضمان قيمتها لا دليل عليه ، ومناف لأصل البراءة وغيرها.

وفي صحيح جميل والحلبي أو حسنهما عن أبي عبدالله عليه السلام : « إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها ، وإلّا فليس له »[٦].

مضافاً إلى إطلاق ما دلّ على جواز الرجوع بها من المعتبرة المستفيضة[٧] المقتصر في الخروج منها على المتيقّن.

[٣] [كـ] **ـما هو صريح بعض**[٨] **، بل عن المهذّب البارع الإجماع عليه**[٩].

[٤] **[كما] في المسالك وعن جامع المقاصد والكفاية**[١٠].

[٥] وإن كان قد يشكل ذلك فيما يصدق عليه قيام الهبة بعينها كتلف الظفر ونحوه. ولعلّهم لا يريدونه ، كما يشهد له التعليل في المسالك[١١] لما ذكره : بأنّ العين مع تلف جزء منها لا تعدّ قائمة بعينها.

بل لعلّهم لا يريدون أيضاً تلف بعض الموهوب المتعدّد كعبدين ونحوهما.

اللّهمّ إلّا أن يقال : إنّه وإن تعدّد فهو هبة واحدة والمدار على قيامها.

وفيه : أنّ الأصل جواز الرجوع ، والفرض محلّ شكّ فيبقى على مقتضاه اقتصاراً في الخارج منه على المتيقّن ، والله العالم.

---

(١) (٨) (١١) المسالك ٦: ٣١.
(٢) الأنفال : ٧٥.
(٣) نقله في الرياض ٩: ٣٩١.
(٤) الغنية : ٣٠٠. السرائر ٣: ١٧٣. كشف الرموز ٢: ٥٦. التذكرة ٢: ٤١٨ (حجرية). التنقيح ٢: ٣٤٥.
(٥) الانتصار: ٤٦٠.
(٦) الوسائل ١٩: ٢٤١، ب٨ من الهبات، ح١.
(٧) انظر الوسائل ١٩: ٢٣٢، ب٤ من الهبات.
(٩) المهذب البارع ٣: ٧٥.
(١٠) المسالك ٦: ٣١. جامع المقاصد ٩: ١٥٨. كفاية الأحكام ٢: ٣٣.

(**وكذا**) لا رجوع بها (**إن عوّض عنها ولو كان العوض يسيراً**) [١]. بل [الظاهر] [٢] عدم الفرق في العوض بين أن يكون في نفس العقد أو بعده بأن أطلق في العقد ثمّ بذل العوض بعد ذلك.

نعم [قيل] [٣] باعتبار بذله على أنّه عوض وقبول الواهب له على ذلك [٤]. ولا بأس به [٥].

(**وهل تلزم**) الهبة (**بالتصرّف**) في الموهوب غير المتلف لعينه؟ (**قيل**) [٦]: (**نعم**) تلزم بذلك [٧] [وهو

---

[١] ١ ـ **بلا خلاف أجده فيه حتى من المرتضى**(١)، **بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكيّ منه مستفيض أو متواتر.** ٢ ـ مضافاً إلى صحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام: «إذا عوّض صاحب الهبة فليس له أن يرجع»(٢). ٣ ـ وصحيح عبدالرحمن وعبدالله بن سليمان المتقدّم سابقاً(٣).

[٢] [كما هو] ظاهر إطلاق النصّ والفتوى.

[٣] [كما] صرّح [به] جماعة.

[٤] إذ هو حينئذٍ هبة جديدة، ولا يجب عليه قبولها.

[٥] اقتصاراً في الخروج عن أصل الجواز على المتيقّن. ومنه يعلم المناقشة فيما في القواعد(٤) وبعض(٥) من تأخّر عنها من الاكتفاء بها، ولو كان من بعضها، بل المبتادر من المعاوضة هو كون أحد العوضين غير الآخر، وإلّا لزم صدق المعاوضة بدفعها جميعها إليه، ومن المعلوم كون مثله ردّاً لا معاوضة كما هو واضح.

[٦] **والقائل الشيخ والقاضي وأبوالصلاح وصاحب الرائع وابن حمزة في الواسطة وابنا إدريس وسعيد والآبي والفاضل وولده والشهيدان والمقداد**(٦).

[٧] **بل هو المشهور نقلاً وتحصيلاً، بل عن الخلاف نسبة ذلك في قصر الثوب ـ فضلاً عن غيره من التصرّف ـ إلى إجماع الفرقة وأخبارهم**(٧). **وفي محكيّ المبسوط نسبته إلى رواية أصحابنا وأنّه الذي يقتضيه مذهبنا**(٨). **وعن السرائر وكشف الرموز الإجماع عليه**(٩) وهو، الحجّة. مضافاً إلى أصالة اللزوم، وخصوص إطلاق ما دلّ عليه في الهبة بالقبض وإن خرج عنه ما خرج، وصحيح الحلبي(١٠) المشترط جواز الرجوع ببقاء الهبة بعينها قائمة بناءً على انتفاء ذلك بمطلق التصرّف. وإلى منافاة الرجوع القواعد في خصوص التصرّف الناقل للملك، خصوصاً إذا كان على وجه اللزوم، فإنّ التسلّط على فسخه مناف لما دلّ على لزومه. وإلزام المتّهب بالقيمة مناف لقاعدة البراءة والضرر وغيرها، بل دليل الرجوع لا يقتضي إلّا العين.

وكذا الكلام في التصرّف المانع من الردّ بالخيار فضلاً عن المقام.

---

(١) الانتصار: ٤٦٠.
(٢) الوسائل ١٩: ٢٤٢، ب ٩ من الهبات، ح ١.
(٣) تقدّم في ص ٥٢٥.
(٤) القواعد ٢: ٤٠٧ ـ ٤٠٨.
(٥) جامع المقاصد ٩: ١٥٨.
(٦) النهاية: ٦٠٣. المهذب ٢: ٩٥، ٩٩. الكافي: ٣٢٨. نقله عن صاحب الرائع وابن حمزة في كشف الرموز ٢: ٥٧ ـ ٥٨. السرائر ٣: ١٧٣. الجامع للشرائع: ٣٦٦. كشف الرموز ٢: ٥٨. المختلف ٦: ٢٧٣. الايضاح ٢: ٤١٥. اللمعة: ١٠١. ولم نعثر على قول الأخيرين ولا على الحاكي عنهما.
(٧) الخلاف ٣: ٥٧١.
(٨) المبسوط ٣: ٣١١ ـ ٣١٢.
(٩) السرائر ٣: ١٧٣. كشف الرموز ٢: ٥٨.
(١٠) الوسائل ١٩: ٢٤١، ب ٨ من الهبات، ح ١.

المختار]. (و) لكن مع ذلك كلّه (قيل: لا تلزم) بالتصرّف (وهو الأشبه) عند المصنّف خاصّة [١].

---

[١] وإن حكي عن المفيد وأبي الصلاح وابني حمزة وزهرة[١]، لكن في المقنعة الأوّل وكذا إذا أحدث فيها حدثاً لم يكن له سبيل إلى الرجوع.

وفي محكيّ الكافي للثاني في الهدية التي هي من الهبة: «وله الرجوع فيها ما لم يتصرّف فيها من أُهديت إليه» وعن الواسطة[٢] للثالث موافقة المشهور.

بل في كشف الرموز أنّه حكى المشهور: عن الشيخين وأتباعهما وابن البرّاج وصاحب الرائع وصاحب الواسطة[٣].

نعم ربّما كان ظاهر المحكيّ عن المراسم والغنية؛ لأنّه قال في الأوّل: «إنّ هبة الأجنبي على ضربين هبة ما يستهلك وهبة غيره، فما كان ممّا يستهلك كالمواكيل واستهلك فلا رجوع، وما لم يكن من ذلك فعلى ضربين معوّض عنه وغير معوّض عنه، فما عوّض عنه لا يجوز الرجوع فيه، وما لم يعوّض يجوز الرجوع فيه»[٤].

وفي الثاني: قد جعل الضرب الذي لا يجوز الرجوع فيه ما استهلكت فيه الهبة أو تعوّض عنها، وكانت لذي رحم أو كان الموهوب له ممّن يصحّ التقرّب بصلته إلى الله تعالى. وقال: «الضرب الثاني ما عدا ما ذكرنا، ويدلّ على ذلك الإجماع»[٥] وهو الحجّة بعد استصحاب الجواز وخصوص إطلاق ما دلّ عليه من المعتبرة المستفيضة[٦] المتقدّمة سابقاً التي لا يقدح في دلالتها على ذلك خروج ما خرج منها بدليله، بعد ما تحرّر في الأُصول «أنّ العامّ المخصوص حجّة في الباقي».

وفيه: أنّ بعض ما سمعت يكفي في الخروج عن ذلك، فضلاً عن جميعه؛ إذ العامّ لا يعارض الخاصّ والمطلق لا يعارض المقيّد، فضلاً عن مثل المقام الذي قد عرفت اعتضاد أدلّته مع اعتبارها في نفسها بالشهرة العظيمة، والفرض عدم معارضة شيء لها عدا المطلقات، حتى إجماع الغنية فإن معقده عام فلا يعارض ما عرفت من الإجماعات الخاصّة وغيرها. **ومن الغريب ما في الرياض[٧] من جعله العمدة في دليل هذا القول، حتى أنّه مال إليه بعد شدة اضطراب في آخر كلامه.** وأغرب من ذلك كلّه التمسّك في هذه المسألة للقولين بعمومات ومطلقات ونحوهما، مع أنّ العمدة إنّما هو صحيح الحلبي[٨]. بل لا دليل على اللزوم بالتلف الذي اتّفقوا عليه إلّا هو. بل ربّما كان ظاهر من خصّ الحكم بالتلف دون باقي التصرّف أنّه فهم منه منافاته خاصّة للقيام بعينها، وإن كان هو كما ترى؛ ضرورة أنّه كما يدلّ عليه [=اللزوم بالتلف] يدلّ على غيره ممّا لا يصدق عليه شرط الرجوع الذي هو على الظاهر بقاء نفس عين الموهوب قائماً في يد المتّهب بالهبة السابقة ليستحقّ الرجوع به فمتى تصرّف فيه تصرفاً منافياً لذلك لم يجز الرجوع؛ لانتفاء شرطه.

ويمكن إرادة القائل باللزوم به التصرّف الذي هو كذلك لا مطلقه الذي لا ينافي شيئاً من ذلك، ويصدق معه بقاء نفس العين

---

(١) حكا عنهم جامع المقاصد ٩: ١٥٩. الرياض ٩: ٣٩٦. انظر المقنعة: ٦٥٨. الكافي: ٣٢٨. الوسيلة: ٧٣٦. الغنية: ٣٠٠.

(٢)(٣) كشف الرموز ٢: ٥٧ ـ ٥٨.

(٤) المراسم: ١٩٩.

(٥) الغنية: ٣٠٠.

(٦) انظر الوسائل ١٩: ٢٣٢، ب ٤ من الهبات.

(٧) الرياض ٩: ٣٩٦ ـ ٣٩٩.

(٨) الوسائل ١٩: ٢٤١، ب ٨ من الهبات، ح ١.

قائمة في يد المتّهب ، وإلّا لم يبق لأخبار[١] جواز الرجوع في الهبة على كثرتها موضوع ؛ ضرورة صدق التصرّف بوضعه بعد قبضه وبسقي الدابّة وعلفها ولمسها وركوبها ونحو ذلك ، كما أنّه يمكن إرادة المصنّف عدم اللزوم بمطلقه لا ما كان منه نحو التلف في انتفاء شرط الرجوع ، وحينئذٍ تلتئم كلمة الجميع . وتذهب متعبة ثاني الشهيدين وإطنابه في ترجيح خيرة المصنّف وبطلان القول الآخر حتى ذكر له أدلّة عشرة ، وردّها أجمع[٢] . ولكن قد ذكرها على وجه يدخل بعضها في بعض ويسهل الجواب عنها أجمع ، وظنّ أنّ ذلك أقصى ما يقال لهم . ولا يخفى عليك أنّه إطناب في غير محلّه ، وإنّما الأصل في المسألة الصحيح المزبور[٣] [أي الحلبي] الذي لا إشكال فيه من حيث السند لأنّه ؛ وإن عدّ من قسم الحسن إلّا أنّه كالصحيح بل أعلى من بعض أفراده ، وتحرير أنّ الأصل في الهبة : اللزوم أو الجواز الذي ستسمعه في المسألة الآتية ، فمن خصّ مفهومه بصورة التلف اقتصر في اللزوم عليه ، ومن جعل مفهومه أعمّ من ذلك كما هو الواقع ؛ ضرورة كونه أعمّ منه كما عرفت تعدّى من التلف إلى غيره ممّا يدخل في المفهوم المزبور .

بل إليه نظر القائل بالتفصيل الذي نسبوا إلى الدروس وابن حمزة وجماعة[٤] ، وهو اللزوم بالخروج عن الملك أو تغيير الصورة كقصارة الثوب ونجارة الخشب والوطء للأمة وعدمه بدون ذلك كالركوب والسكنى واللبس . **بل عن ابن حمزة زيادة : « ولا يقدح الرهن والكتابة »**[٥] . بل قيل : إنّ مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين العود إلى ملك الواهب وعدمه[٦] .

مع أنّ غير واحد من الأصحاب جعل في المسألة قولين لا غير . بل قد سمعت احتمال كون القول فيه واحداً لبعد التزام القول باللزوم بمطلق التصرّف كبعد التزام اللزوم في خصوص التلف مع أنّ الصحيح المزبور[٧] شامل لغيره قطعاً .

ولعلّه لذا جعل في الدروس[٨] **التصرّف بالخروج عن الملك خارجاً عن محلّ الخلاف كالتلف . لكن في المسالك : « أنّ التفريع على القول بالجواز مطلقاً واضح فيما لا يحصل مع التصرّف نقل الملك ، ولا مانع من الردّ كالاستيلاد ، أمّا معهما فمقتضى كلام القائل به جوازه أيضاً من غير استثناء ، وعموم الأدلّة يتناوله ، وحينئذٍ فلا يتسلّط على ردّ العين ؛ لانتقال الملك إلى غير الموهوب في وقت كان مالكاً فوقع التصرّف صحيحاً ، ولكن يرجع إلى قيمة العين . وفي اعتبار قيمته وقت الرجوع أو وقت النقل وجهان** ، أجودهما الأوّل ؛ لأنّه وقت انتقال الملك له الموجب للقيمة جمعاً بين الحقين »[٩] . وهو من غرائب الكلام ؛ ضرورة عدم تعقّب الهبة المجانية الضمان المنافي لأُصول المذهب وقواعده . ولعلّ التزام القائل بفسخ العقد المترتّب عليها مع بقاء العين ؛ لأنّه انتقل إليه ملك جائز ، أولى من ذلك . وإن كان فيه أنّ الأدلّة إنّما اقتضت فسخ الهبة من حينها ، لا البيع الذي مقتضى دليله اللزوم ، فلا محيص حينئذٍ عن القول باللزوم ، وأنّ الرجوع بالهبة

---

(١) انظر الوسائل ١٩ : ٢٤٣ ، ب ١٠ من الهبات .
(٢) انظر المسالك ٦ : ٤٢ ، ٣٦ ـ ٤٠ .
(٣) الوسائل ١٩ : ٢٤١ ، ب ٨ من الهبات ، ح ١ .
(٤) نسبه في المسالك ٦ : ٣٤ . انظر الدروس ٢ : ٢٨٧ . الوسيلة : ٣٧٩ .
(٥) حكاه في المسالك ٦ : ٣٤ . انظر الوسيلة : ٣٧٩ .
(٦) المسالك ٦ : ٣٤ .
(٧) المتقدّم في الورقة السابقة .
(٨) الدروس ٢ : ٢٨٧ .
(٩) المسالك ٦ : ٤٤ .

إنّما هو عيني لا عقدي كالخيار.

بل قد يحتمل كون الرجوع غير فاسخ ولا ناقض لعقدها كما عن بعض الشافعية[١]، وإنّما هو سبب شرعي لانتقال العين من المتّهب إلى الواهب؛ إذ النصوص إنّما أفادت الرجوع الذي هو أعمّ من فسخ العقد الذي مقتضى العقد لزومه. ولعلّ هذا يكون وجهاً للقول بكون القبض فيها شرطاً للزوم، مع قوله: «بأنّ له الرجوع فيها بعده».

بل ربّما يؤيده ما في بعض الأخبار السابقة[٢] من أنّ الواهب بالخيار قبل القبض، على معنى أنّ له فسخ العقد قبله لا بعده، وإن جاز له الرجوع المقتضي لانتقال العين من المتّهب إلى الواهب. إلّا أنّ هذا الرجوع مشروط بقيام العين نفسها في يد المتّهب بالهبة التي كانت السبب في ذلك على الحال الذي انتقلت إليه. ومن هنا لم يكن له الفسخ بعد موت المتّهب على الأصح؛ لانتقال الملك فيها إلى الوارث الذي لم يثبت سببية الرجوع به.

بل بناء على أنّ الرجوع فسخ يتّجه اشتراطه حينئذٍ بذلك للصحيح المزبور[٣]، الكاشف عن أنّ حقّ الرجوع بالهبة إنّما هو الرجوع بها نفسها من حيث كونه ملكها بالهبة. ومن هنا يظهر لك النظر فيما في المسالك من التفريع على القول باللزوم، قال: **«ولو نقلها عن ملكه نقلاً لازماً فقد قطعوا بلزومها حينئذٍ وإن فرض عودها إلى ملكه بعد ذلك بإقالة أو غير ذلك من وجوه النقل المتجدّد؛ لبطلان حق الرجوع بذلك، فعوده يحتاج إلى دليل. ولو كان عوده بخيار أو فسخ لعيب ونحوهما ممّا يوجبه من حينه فكذلك لتحقّق انتقال الملك، مع احتمال عود الجواز، نظراً إلى ارتفاع العقد ووجوب سببه من حين العقد. ويضعّف بأنّ الملك منتقل على التقديرين وإن كان متزلزلاً وقد صدر عن مالك وعوده إليه لم يبطل ذلك الملك، وإنّما تجدّد ملك آخر. ومن ثمّ كان النماء المتخلّل لمن انتقل إليه دون المتّهب»**[٤].

إذ لا يخفى عليك ما فيه من الفرق بين الإقالة والفسخ بالخيار أوّلاً. ومن دعوى سببية ملك جديد بالفسخ ثانياً مستدلّاً عليه بالنماء، مع معلومية أنّ الملك إنّما هو الأوّل، ولكن عاد جديداً وتبعية النماء لذلك.

وإنّما الكلام في ظهور الصحيح المزبور[٥] باشتراط الرجوع ببقاء ملك الهبة على حاله الذي انتقل به وعدمه.

كما أنّ الكلام في غير ذلك من محلّ الشكّ بالنسبة إلى الشرط المزبور كوطء الأمة ورهن العين ومكاتبة العبد ونحو ذلك ممّا يرجع فيه إلى الأصل المزبور، مع فرض الشكّ في تحقّق الشرط فيها، فلا يلتفت هنا إلى ما يقال من اقتضاء ما قلناه ونحوها الخرق للإجماع المركّب بإحداث قول جديد؛ ضرورة عدم القطع بالمسألة حتى يترتّب عليه ذلك، بل مدارها على الاجتهاد في مفاد الصحيح المزبور، وفي تأسيس الأصل المذكور.

وقد بيّنا لك الحال بعد أن دفعنا إليك القسطاس المستقيم فزن به مستعيناً بالله الرؤوف الرحيم.

ومنه يظهر لك ما في جملة من الكلمات المتأخّرة عن المسالك، والله هو العالم والهادي.

---

(١) حكاه في جامع المقاصد ٩: ١٦٥، انظر روضة الطالبين ٥: ٢٠.

(٢) الوسائل ١٩: ٢٣٣ ـ ٢٣٤، ب ٤ من الهبات، ح ٦، ٨.

(٣)(٥) الوسائل ١٩: ٢٤١، ب ٨ من الهبات، ح ١.

(٤) المسالك ٦: ٤٣.

(**وتستحبّ العطية لذي**[١] **الرحم**) وإن لم يكن فقيراً [١]، (**وتتأكّد في الوالد والولد**) الذين هم أولى من غيرهم من الأرحام [٢].

(و) كذا تستحب (**التسوية بين الأولاد في العطية**) [٣]، [بل لا فرق فيه بين الذكر والأنثى] [٤].

(**ويكره الرجوع فيما تهبه الزوجة لزوجها والزوج لزوجته**) [٥].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك.**

[٢] لأنّها من صلة الرحم المعلوم ندبها كتاباً[٢] وسنّة[٣] وإجماعاً، بل لعلّه من الضروري.

بل في المسالك: «وإنّما تستحبّ عطية الرحم حيث لا يكون محتاجاً إليها بحيث لا تندفع حاجته بدونها، وإلّا وجبت كفاية إن تحقّقت صلة الرحم بدونها وإلّا وجبت عيناً؛ لأنّ صلة الرحم واجبة عيناً على رحمه. وليس المراد هنا مجرّد اجتماع البدن، بل ما يصدق معه الصلة عرفاً، وقد يتوقّف ذلك على المعونة بالمال، حيث يكون الرحم محتاجاً والآخر غنياً لا يضرّه بذل ذلك القدر الموصول به.

بل قد تتحقّق الصلة بذلك وإن لم يسع إليه بنفسه. كما أنّ السعي إلى زيارته بنفسه غير كافٍ فيها مع الحاجة على الوجه المذكور»[٤]. **وتبعه على ذلك في الكفاية**[٥]. ولكن قد يشكل ذلك فيما لا يرجع إلى وجوب الإنفاق؛ لمنافاته للأصول وعدم عدادهم له في الواجبات، وعدم بيان مقداره وغير ذلك.

اللهمّ إلّا أن يفرض تحقّق قطع الرحم بدونه وقلنا بحرمته بالنسبة إلى ذلك، وهو كما ترى، والله العالم.

[٣] **بلا خلاف فيه بين العلماء كما في محكيّ التذكرة**[٦]**، بل في محكيّ الخلاف لا فرق في ذلك بين الذكر والأُنثى بإجماع الفرقة وأخبارهم**[٧].

مضافاً إلى ما سمعته من الأمر بالتسوية في النبوي المتقدّم[٨] سابقاً في كراهة التفضيل والمنساق من التسوية جعل الأُنثى كالذكر وإن تفاوتت معه في الإرث.

لا كما يحكى عن شريح وأحمد ومحمّد بن الحسن من جعل الذكر ضعف الأُنثى[٩].

[٥] **عند الأكثر في المفاتيح**[١٠] **وعندنا في محكيّ المبسوط**[١١]**. بل عن الخلاف والغنية الإجماع عليه**[١٢].

---

(١) في الشرائع: «لذوي».

(٢) النساء: ١. الأنفال: ٧٥. محمّد صلى الله عليه وآله: ٢٢.

(٣) انظر الوسائل ٩: ٤١١، ب ٢٠ من الصدقة.

(٤) المسالك ٦: ٤٥ ـ ٤٦.

(٥) كفاية الأحكام ٢: ٣٤.

(٦) التذكرة ٢: ٤٢٤ (حجرية).

(٧) انظر الخلاف ٣: ٥٦٣، ٥٦٥.

(٨) سنن البيهقي ٦: ١٧٦.

(٩) المغني لابن قدامة ٦: ٢٦٦.

(١٠) المفاتيح ٣: ٢٠٤.

(١١) المبسوط ٣: ٣٠٩.

(١٢) الخلاف ٣: ٥٦٧. الغنية: ٣٠٠.

(وقيل) [١]: (يجريان مجرى ذوي الرحم) في اللزوم [٢]. (والأوّل أشبه) عند المصنّف [٣].

---

[١] والقائل الفاضل وفخر الإسلام والمقداد والقطيفي وثاني المحقّقين والشهيدين والخراساني والكاشاني(١).

[٢] بل عن التذكرة حكايته عن جماعة(٢) كما عن التحرير والحواشي للشهيد حكاية عن الشيخ(٣). وكأنّه مال إليه أوّل الشهيدين(٤).

[٣] ١ ـ لإطلاق ما دلّ على الرجوع بها(٥).

٢ ـ وخصوص صحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: أنّه سئل عن رجل كانت له جارية فآذته امرأته فيها فقال: هي عليك صدقة؟ فقال: «إن كان قال ذلك لله فليمضها، وإن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها»(٦).

٣ ـ والإجماع المحكيّ.

وفيه:

١ ـ إنّ الإطلاق المزبور معارض بإطلاق ما دلّ على المنع فيها من النصوص وغيرها.

٢ ـ والصحيح معارض بصحيح عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام: «لا ينبغي لمن أعطى لله تعالى أن يرجع فيه، وما لم يعطه لله وفي الله فإنّه يرجع فيه، نحلة كانت أو هبة، حيزت أو لم تحز، ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته ولا المرأة فيما تهب لزوجها، حيز أو لم يحز، أليس الله تعالى يقول: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً﴾(٧) وقال: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً﴾(٨) وهذا يدخل فيه الصداق والهبة»(٩).

المؤيّد بصحيح ابن بزيع: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يأخذ من أمّ ولده شيئاً وهبه لها من غير طيب نفسها من خدم أو متاع أيجوز ذلك له؟ قال: «نعم إذا كانت أمّ ولده»(١٠).

بناءً على أنّ المراد بالشرط مملوكته؛ لعدم صحّة الهبة لها، فيدلّ بمفهومه حينئذٍ على عدم الجواز إذا كانت زوجته.

٣ ـ وإجماع الشيخ موهون بمصيره نفسه إلى خلافه على ما حكي عنه.

وحمل الصحيح المزبور على الكراهة ليس بأولى من حمل الصحيح الأوّل على فساد الصدقة بخلوّها عن القربة، بل هذا أولى

---

(١) التذكرة ٢: ٤١٨ (حجرية). الايضاح ٢: ٤١٧. ولم نعثر عليه في كتب المقداد. نقله عن القطيفي في مفتاح الكرامة ٩: ١٨٧. جامع المقاصد ٩: ١٦١. المسالك ٦: ٤٧. كفاية الأحكام ٢: ٣٣. المفاتيح ٣: ٢٠٤.

(٢) التذكرة ٢: ٤١٨ (حجرية).

(٣) التحرير ٣: ٢٨٠. نقله عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٦: ١٨٧.

(٤) الدروس ٢: ٢٨٧.

(٥) انظر الوسائل ١٩: ٢٤٣، ب ١٠ من الهبات.

(٦) الوسائل ١٩: ٢٤٠، ب ٧ من الهبات، ح ٢.

(٧) البقرة: ٢٢٩.

(٨) النساء: ٤.

(٩) الوسائل ١٩: ٢٣١، ب ٣، من الهبات، ح ١. و ٢٣٩، ب ٧ من الهبات، ح ١، وفي المصادر: «عن زرارة» بدل «عن عبيد بن زرارة».

(١٠) الوسائل ١٩: ٢٤٣، ب ١٠ من الهبات، ح ٢، وفيه: «بغير» بدل «من غير».

إن لم يكن متعيّناً.

وترجيح الأوّل بمخالفته لمذهب أبي حنيفة[١] معارض بموافقة الثاني للكتاب.

بل منه يستفاد كون الآية[٢] دليلاً مستقلّاً لا يصلح لمعارضتها حينئذٍ ما سمعت، فضلاً عن أن يحمل ما فيها من النهي على الكراهة بعد التصريح في الخبر بتناول ذلك للصداق والهبة.

ولعلّ هذا هو الذي دعا صاحب الكفاية[٣] إلى القول بعدم الجواز هنا مع قوله بالجواز في هبة ذي الرحم.

فما أطنب في التعجّب منه في الرياض[٤] حينئذٍ في غير محلّه.

والمناقشة في الصحيح المزبور[٥] باشتماله على ما لا يقول به أحد من لزوم الهبة قبل القبض، يدفعها: عدم خروجها بذلك عن الحجّية في غيره. مع أنّ الصحيح الأوّل[٦] في الصدقة التي تنزيلها على الهبة مع عدم القصد بكونها لله ليكون ممّا نحن فيه ليس بأولى من حملها على الصدقة غير لازمة أو غير صحيحة، بناءً على اشتراط القربة في صحّتها أو لزومها.

بل هذا أولى؛ لما فيه من بقاء الصدقة على حقيقتها.

ومع التنزّل عن ذلك كلّه فلا أقلّ من الشكّ، والأصل اللزوم، ولو لاستصحاب الملك وقوله [تعالى]: ﴿**أَوفُوا بِالعُقُودِ**﴾[٧].

ودعوى أنّ الهبة من العقود الجائزة وإن اعتراها اللزوم في بعض أفرادها ليس بأولى من القول بأنّها من العقود اللازمة وإن اعتراها الجواز في بعض أفرادها.

بل هذا أولى؛ لأنّ العقد اللازم قد يعتريه الجواز حتى البيع الذي فيه خيار المجلس والعيب والغبن وغيرها.

وأمّا العقد الجائز فلزومه إنّما يكون بأمر خارجي كشرط ونحوه.

على أنّه قد ذكروا في غير مقام الإجماع على انفساخ العقد الجائز بالجنون والإغماء والموت، ومن المعلوم هنا خلافه.

وذلك كلّه دليل على أنّ الهبة من العقد اللازم وإن اعتراها الجواز في بعض أفرادها.

بل قد يقال: إنّه وإن اختلف إطلاق النصوص في ذلك باعتبار إطلاق الرجوع في بعضها[٨]، وعدمه في آخر[٩]، بل ربّما كان دلالة بعضها على الجواز أظهر؛ لذكر الفرد اللازم على جهة الاستثناء، إلّا أنّ الأصل في العقد اللزوم؛ للاستصحاب، بل والآية[١٠]، فتأمّل جيّداً، فإنّه نافع في غير المقام أيضاً، والله العالم.

---

(١) الفتاوى الهندية ٤: ٣٨٦.
(٢) البقرة: ٢٢٩. النساء: ٤.
(٣) كفاية الأحكام ٢: ٣٣.
(٤) الرياض ٩: ٣٩٣.
(٥) الكافي ٧: ٣٠، ح ٣. أورد ذيله في الوسائل ١٩: ٢٣٩، ب ٧ من الهبات، ح ١.
(٦) الوسائل ١٩: ٢٤٠، ب ٧ من الهبات، ح ٢.
(٧)(١٠) المائدة: ١.
(٨) انظر الوسائل ١٩: ٢٤٣، ب ١٠ من الهبات.
(٩) انظر الوسائل ١٩: ٢٤١، ب ٨ من الهبات.

[والأولى عدم جواز الرجوع هذا وقد يقال : إنّ عقد الهبة من العقود اللازمة وإن اعتراها الجواز في بعض أفرادها].

[حكم الهبات]:

النظر (**الثاني : في حكم الهبات**)

(**وهي مسائل**) :

[لو وهب ثمّ أقبض ثمّ باع من آخر]:

(**الأُولى : لو وهب فأقبض ثمّ باع**) مثلاً (**من آخر فإن كان الموهوب له رحماً لم يصحّ البيع**) على وجه يترتّب عليه أثره ، بل يكون فضولاً .

(**وكذا إن كان أجنبياً وقد عوّض**) أو نحو ذلك ممّا تكون الهبة به لازمة [١] ، (**أمّا لو كان أجنبياً ولم يعوّض**) فلا إشكال في زوال ملك المتّهب [٢] .

وإنّما الكلام في صحّة البيع وفساده وإليه أشار المصنّف بقوله : (**قيل**) [٣] : (**يبطل**) البيع ؛ (**لأنّه باع ما لا يملك**) [٤] . (**وقيل : يصح ؛ لأنّ له الرجوع**) [٥] .

---

[١] ضرورة وقوع البيع حينئذٍ على مال الغير .

[٢] **بل في المسالك وعن ظاهر المحكيّ عن التذكرة الاتّفاق عليه**[١] .

[٣] **والقائل الشيخ والقاضي ويحيى بن سعيد على ما حكي عنهم**[٢] .

[٤] ولأنّ الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد . ولذا كان المصلّي يخرج بتكبيرة الإحرام الثانية من الصلاة ، ولا يدخل بها فيها . ولأنّ البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخّر عن البيع ، باعتبار كونه سبباً فيه ، والسبب متقدّم على المسبّب ، فلو كان الفسخ سبباً في صحّته لزم الدور .

[٥] ولكن لم أعرف القائل به ممّن تقدّم على المصنّف . **نعم هو خيرة الفاضل في جملة من كتبه وولده والشهيد في الحواشي والمحقّق الثاني والشهيد الثاني والخراساني**[٣] **على ما حكيّ عن بعضهم** : ١ ـ لعموم « أوفُوا » . ٢ ـ ولأنّ العقد يدلّ على تحقق إرادة الفسخ قبل العقد ، فيكشف العقد عن حصول الفسخ بالقصد إليه قبل البيع . ٣ ـ ولأنّه إذا تحقّق الفسخ بهذا العقد انتقلت العين إلى ملك الواهب فيصير العقد بمنزلة الفضولي ، وقد ملكه من إليه الإجازة . بل هو أولى ؛ لأنّ بائع ملك غيره قد لا يقصد بيعه على تقدير كونه مالكاً لها ، بخلاف الفرض فإنّه قصد إلى البيع مطلقاً . ٤ ـ ولأنّ ثبوت الفسخ فرع صحّة العقد في نفسه ؛ لأنّه أثره ، فلو كان البيع فاسداً لم يترتّب عليه أثر . ٥ ـ ولأنّه بأوّل جزءٍ منه تنفسخ الهبة فيكون المحلّ قابلاً لمجموع العقد .

---

(١) المسالك ٦ : ٤٩ . انظر التذكرة ١١ : ١٦٥ ، ١٨٣ .

(٢) حكا عنهم مفتاح الكرامة ٩ : ١٩١ . انظر المبسوط ٣ : ٣٠٤ . المهذب ٢ : ٩٥ . الجامع للشرائع : ٣٦٧ .

(٣) القواعد ٢ : ٤٠٨ . الإرشاد ١ : ٤٥٠ . المختلف ٦ : ٢٨٠ . الايضاح ٢ : ٤١٧ . نقد عن الحواشي في مفتاح الكرامة ٩ : ١٩١ . جامع المقاصد ٩ : ١٦٦ . المسالك ٦ : ٤٩ . كفاية الأحكام ٢ : ٣٤ .

(و) لكن مع ذلك كلّه (**الأوّل أشبه**) [عند المصنّف] [١]. [ولكن الصحيح هو الثاني].

---

[١] بأُصول المذهب وقواعده عند المصنّف ؛ لما عرفت .

إلّا أنّه قد يناقش فيه بأنّ المسلّم من الأوّل ما إذا اتّحد مورد الفسخ والعقد لا مع التعدّد كما في الفرض الذي هو فسخ الهبة وانعقاد البيع . وعدم الانعقاد بالتكبيرة الثانية للنهي عنها ، ولأنّها وقعت في صلاة منعقدة ، ولغير ذلك ممّا قرّرناه في محلّه . والدور إنّما هو دور معيّة كما ستعرف . كما أنّه قد يناقش في أدلّة القول الثاني :

١ ـ بفقد شرط وقوع البيع فيه وهو الملك ؛ لأنّه لا بيع إلّا فيه ، فلا وجه للتمسّك بالعموم مع فقد الشرط المعلوم .

٢ ـ وبما تقدّم في إجازة الفضولي والفسخ بالخيار من اعتبار اللفظ الدالّ على ذلك ؛ لقوله عليه السلام : « إنّما يحلّل الكلام »[(١)] أو مطلق الدالّ ولو فعلاً ، وأنّه لا يكفي القصد المجرّد عن ذلك .

٣ ـ وبالشكّ في تناول دليل الفضولي لمثله على ما تقدّم في محلّه .

٤ ـ وبالمنع من توقّف الفسخ على صحّة العقد ، بل حصول لفظ يدلّ عليه ، وإيقاع البيع على هذا الوجه يدلّ على إرادة الفسخ فيقتضيه وإن تخلّفت صحّة البيع من حيث اشتراط تقدّم الملك عليه .

٥ ـ وبأنّ السبب مجموع العقد فلا يكفي ورود ما بقي على المحلّ بعد انتقاله إليه .

فالأولى من ذلك كلّه الاستدلال على الصحّة بإطلاق ما دلّ على الرجوع الشامل للأفراد القولية والفعلية ، ومنها حينئذٍ البيع والعتق ونحوهما ؛ إذ ليس المراد منه تصوّر معنى الفسخ وإنشائه ، بل ولا تصوّر معنى الرجوع وانشائه بلفظه ، وإنّما المراد إيجاد ما يدلّ عليه أو يقتضيه من قول أو فعل ومنه المفروض ، فيكون حينئذٍ دالّاً على صحّة البيع ، ولو بالتزام الاكتفاء في اشتراط الملك فيه بنحو ذلك ، فيؤثر عقد البيع حينئذٍ فسخ ملك المتّهب ، ورجوع الملك إلى الواهب وانتقاله عنه .

كما أثر عقد بيع الأب على ولده انتقالاً من البائع إلى المشتري وتحريراً ؛ لأنّه مقتضى الجمع بين « لا عتق إلّا في ملك »[(٢)] و« من اشترى أباه انعتق عليه »[(٣)] وقلنا بكفاية الترتّب الذاتي عن الزماني ، جمعاً بين الأدلّة .

وكذا المقام ، فإنّه بعد أن شرع له الرجوع بالبيع لا محيص عن التزام ذلك كلّه فيه ، كما أنّه بعد أن شرع الرجوع بالوطء مثلاً ، كان فعله سبباً لفسخ الملك عن المتّهب مثلاً مقارناً لدخوله في ملك الواطئ ، لكي يقع الوطء في ملك ، فلا يكون أوّله محرّماً وثانيه محلّلاً ، والمقام من هذا القبيل عند التأمّل . فلا وجه حينئذٍ لهذه الإشكالات التي منها أنّه لا وجه لاقتضاء البيع صيرورة الملك لشخصين في زمان واحد ؛ إذ ليس هو بأعظم من اقتضائه الملك ، والخروج عنه في زمان واحد في صورة شراء الأب ، والترتّب الذاتي آت هنا بأن يقال : اقتضى الانفساخ والدخول في ملك البائع ومنه إلى المشتري كما هو واضح ، فإنّ العمدة ثبوت شرعيته المقتضية ذلك كلّه ، خصوصاً بعد معلومية كون الأسباب الشرعية من قبيل الأوضاع الجعلية ، فيجوز ذلك كلّه فيها ، بعد مجيء الدليل ؛ لا أنّها أسباب عقلية ، والله العالم .

---

(١) الكافي ٥ : ٢٠١ ، ح ٦٠ . الوسائل ١٨ : ٥٠ ، ب ٤ من أحكام العقود ، ح ٤ .

(٢) انظر الوسائل ٢٣ : ١٥ ، ١٦ ، ب ٥ من العتق ، ح ١ ، ٢ ، ٦ .

(٣) راجع الوسائل ٢٣ : ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ ، ب ٧ من العتق ، ح ١ ، ٣ ، ٧ ، ٨ ، مع اختلاف .

هذا كلّه في الهبة الصحيحة.

(و) أمّا (**لو كانت الهبة فاسدة صحّ البيع على جميع الأحوال**)، من غير فرق فيها بين هبة الرحم والمعوّض عنها وغيرهما [١]، بل لعلّه كذلك في حالي العلم بالفساد والجهل به [٢].

(**وكذا القول فيمن باع مال مورّثه وهو يعتقد بقاءه**) [٣]. [ولا إشكال في الفرق بينهما بعد مصادفته لجميع

---

[١] ضرورة بقاء المال حينئذٍ على ملك مالكه، **بل في القواعد الإجماع على ذلك**[١].

[٢] وإن كان قد يشكل في الثاني بما في المسالك[٢] من عدم قصده النقل عن ملكه لبنائه على أنّه ملك غيره، والعقود تابعة للقصود، ولعلّه لو علم بالفساد وأنّ المال ماله لم يبعه، بل على تقدير احتمال إرادته البيع مطلقاً، فمجرّد إيقاعه البيع أعمّ من قصده إليه على تقدير علمه بملكه وعدمه، والعامّ لا يدلّ على الخاصّ، فالقصد إلى البيع على تقدير كونه مالكاً مشكوك فيه، فلا يكون العقد فيه معلوم الصحّة. لكن قد يدفع:

أوّلاً: بأنّ المفروض صدور البيع منه، على أنّه رجوع بالهبة التي يزعم صحّتها على حسب البيع المذكور في المسألة السابقة، وهذا لا يكون إلّا بقصد نقل ملكه. ولعلّه لذا حكي في القواعد الإجماع كما سمعت وإن حكي الخلاف فيها فيمن باع مال مورّثه فبان موته، واستوجه الصحّة في كتاب البيع[٣] لوضوح الفرق بينهما حينئذٍ.

وثانياً: أنّ وقوع البيع يقتضي قصد نقل المال إلى المشتري، وكونه عنه أو عن غيره ليس من مشخّصاته، ولذا لو قصد بيع مال الغير عن نفسه لم يخرج عن الفضولية، فكذا لو قصد بيع ماله ولو واقعاً عن غيره لم يخرج عن كونه بيعاً لازماً.

كما أنّه يدفع الأخير بأنّ إيقاع العقد واللفظ الصريح كافٍ في الدلالة على القصد إليه شرعاً، نحو نظائره من العقود؛ إذ لا يشترط في صحته العلم بكونه قاصداً إلى ذلك الشيء حيث يكون شرعياً، بل يحمل إطلاق لفظه حيث يتجرّد عن قرائن عدم القصد على كونه قاصداً بخلاف الهازل والمكره.

وممّا ذكرنا يظهر لك النظر فيما في المسالك من استحسان الرجوع إلى قوله، بمعنى أنّه إن أخبر عن قصده إرادة البيع وإن كان مالكاً صحّ، وإن قصده لكونه فضولياً لم يصحّ على تقدير ظهور كونه مالكاً؛ لعدم توجّه قصده إلى البيع اللازم، ولأنّ هذا أمر لا يمكن معرفته إلّا منه، فيرجع إليه فيه كنظائره[٤]، حتى أنّه [= صاحب المسالك] أشكل [في] قول المصنّف: [وكذا القول...].

[٣] الظاهر في أنّ مفروض المسألة السابقة حال الجهل أيضاً بقرينة التشبيه بما قدّمه من عدم قصده إلى البيع اللازم وإنّما قصد الفضولية، فينبغي أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال، خصوصاً مع ادّعائه عدم القصد على تقدير كونه مالكاً. ثمّ قال: «ولعلّه أقوى لدلالة القرائن عليه، فلا أقلّ من احتماله احتمالاً مساوياً للقصد إلى البيع مطلقاً، فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع»[٥].

وفيه ما لا يخفى بعد الإحاطة بما ذكرناه من عدم تشخيص العقد بذلك وإن قصده، فيترتّب عليه حينئذٍ ما يقتضيه من الأثر إن لزوماً فلزوم، وإن فضولاً ففضول، وحينئذٍ فلا مدخلية لبيان حمل المطلق على قصد البيع لنفسه وعدمه.

---

(١) القواعد ٢: ٤٠٩.

(٢) المسالك ٦: ٥٠.

(٣) القواعد ٢: ٤٠٩، ١٩.

(٤)(٥) المسالك ٦: ٥٠ ـ ٥١.

الشرائط في الواقع وإن كان جاهلاً بفساد الهبة] [١]، بل ولو كان زاعماً صحّة الهبة وكانت لرحم لكنّه فعل ذلك لزعم جواز الرجوع بها أيضاً.

بل قد يقال: إنّ الحكم كذلك لو فعل ذلك بقصد الظلم والغصب بالرجوع الذي هو غير مشروع، وإن كان لا يخلو من إشكال [٢]. نعم قد عرفت أنّ الأقوى فيه [فيما لو باع لنفسه ولو ظلماً بإرادة الرجوع بالهبة اللازمة في ظنّه] الصحّة على التقدير المزبور [٣].

(وكذا إذا أوصى برقبة معتقة وظهر فساد عتقه) [٤].

---

[١] هذا، وكأنّ المصنّف عطف هذه المسألة على السابقة بقوله: «وكذا» مشعراً بالفرق بينهما لما ذكرناه أوّلاً من فرض البيع الرجوعي الذي هو المبحوث عنه في أصل المسألة، وحينئذٍ لا إشكال في الفرق بينهما؛ ضرورة قصد البيع لنفسه وقد صادف اجتماع الشرائط في الواقع حتى لو كان جاهلاً بالفساد.

[٢] **ولعلّه على ذلك ينزّل مافي الدروس فإنّه بعد أن حكى عن الشيخ تساوي مسألتي فساد الهبة وبيع مال مورثه في الحكم بصحّة البيع وإن جهل الحال قال: «وقد يفرق بينهما بالقصد إلى صيغة صحيحة في مال الموروث بخلاف الموهوب»**[1].

فيسقط عنه ما اعترضه به في المسالك، حيث إنّه بعد أن حكى ذلك عنه قال: «ولا يخفى عليك فساد هذا الفرق فإنّ القصد إلى الصيغة الصحيحة بالمعنى المقابل للباطلة حاصل في المسألتين وبمعنى اللزوم منتف فيهما، ولا فرق بينهما أصلاً كما لا يخفى»[2].

إذ قد عرفت من كلامه في الفرض الذي ذكرناه وهو البيع لنفسه ولو ظلماً بإرادة الرجوع بالهبة اللازمة في ظنّه.

[٣] لعموم الأدلّة. **وربّما كان في قول المصنّف: [وكذا إذا أوصى برقبة معتقة وظهر فساد عتقه].**

[٤] [وفيه:] إشارة إلى ما قلناه، فإنّه نحو مفروض المسألة؛ ضرورة كونه أوصى برقبة يزعم عتقها.

ومن هنا استوجه في المسالك[3] كلام الدروس فيها؛ لعدم قصده إلى الوصية الشرعية، بل بمنزلة الهازل والعابث بالنظر إلى ظاهر حاله فلا ينفعه ظهور ملكه بعد ذلك في نفس الأمر، بخلاف من باع مال غيره فإنّه قاصد إلى بيع صحيح شرعي غايته أنّه جائز من قبل المالك، لكنّه لازم من قبل المشتري، فهو عقد شرعي مقصود إليه وإن لم يقصد إلى لزومه مطلقاً؛ لكنّه كما ترى لا دليل على اعتبار مثل ذلك في الصحّة، بل مقتضى عموم الأدلّة وإطلاقها الصحّة. ولذا كان بيع الغاصب القاصد ترتّب الأثر على بيعه معاملاً للمغصوب معاملة مال نفسه ولو ظلماً من الفضولي.

ودعوى أنّ ذلك والفرض وأشباههما كالهازل والعابث غريبة، بل هو قصد صحيح في نفسه كغيره من مقاصد عقلاء أهل الدنيا وإن لم يترتّب عليه أثر شرعي.

---

(١) الدروس ٢: ٢٨٩.

(٢) مسالك ٦: ٥١.

(٣) المسالك ٦: ٥٢.

بل من ذلك عقد الكتابية والمخالفة متعة مثلاً فإنّ الظاهر الصحّة وإن زعما الفساد [١].

[حكم ما لو تراخى القبض عن العقد ثمّ أقبض]:

المسألة (**الثانية : إذا تراخى القبض عن العقد ثمّ أقبض حكم بانتقال الملك**) لعدم اعتبار الفورية فيه [٢].

بل ينبغي القطع به بناءً على أنّه شرط للزوم لا الصحّة [٣] [وبناء على توقّف حقيقة الهبة على القبض وكونه شرطاً للصحة فينتقل الملك] (**من حينه**) ـه أي (**القبض لا**) أنّه كاشف عن حصوله (**من حين العقد ، وليس كذلك الوصية فإنّه يحكم بانتقالها بالموت مع القبول وإن تأخّر**) القبض عنهما [٤].

---

[١] فإنّ الصحّة الشرعية تترتّب على القصد العرفي قصدت أو لم تقصد ، بل وإن قصد عدمها بعد فرض حصول سببها الشرعي كما هو واضح . بل لعلّ السرّ في ذكر المصنّف وغيره المثالين المزبورين : إرادة بيان اتّحاد الحكم ، وأنّه الصحّة على جميع التقادير ، فتأمّل جيّداً . لكن لا يخفى عليك محال النظر فيما في المسالك وغيرها .

[٢] **بلا خلاف أجده** لإطلاق ما دلّ على شرطيّته ممّا تقدّم سابقاً ، بل لعلّ مرسل أبان[١] منها ظاهر في عدم اعتبار الفورية فيه .

[٣] **كما اعترف به بعضهم**[٢] .

نعم في القواعد[٣] الإشكال في ذلك بناءً على أنّه شرط للصحّة لكونه حينئذٍ جزء السبب ، فأشبه القبول ، وللاقتصار على المتيقّن . وفيه : أنّ كونه جزء السبب لا يقتضي الفورية بعد إطلاق الأدلّة ، ووجوبها في القبول باعتبار كونه جواباً للإيجاب فيخرج حينئذٍ مع عدم الفورية عن طريق التخاطب المعتبر في العقود كالعربية . ولعلّ الأولى في وجه الإشكال احتمال توقّف حقيقة الهبة عليه ؛ لأنّها عطية وإيتاء ، فالعقد بدونه لا يكون هبة كما هو مقتضى الخبر المتقدّم : « لا تكون الهبة هبة حتى يقبضها »[٤] . منضمّاً ذلك إلى دعوى ظهور الأدلّة في أنّ الهبة التي يترتّب عليها الأثر ليست إلّا شيئاً واحداً يحصل في زمان واحد مثل البيع والإجارة ونحوهما . وحينئذٍ فسببيّة الهبة بناءً على اعتبار ذلك في مفهومها ينافيها التراخي ، بل لا أقلّ من الشكّ في شمول الأدلّة لها معه . وبه يفرّق بينه وبين غيره ممّا اعتبر القبض في صحّته كالوقف ونحوه ، ممّا هو غير داخل في مفهومه وإن اعتبر في ترتّب أثر السبب عليه ، لكونه شرطاً له . بل كان ذلك هو السبب في اتّفاق القائلين بكونه شرطاً للصحّة على انتقال الملك به [حين القبض] .

[٤] لعدم مدخليّته في الملك بها لإطلاق الأدلّة كما تسمع تحقيق الحال فيه إن شاء الله ، مع أنّه مقتضى القواعد التي قرّرناها غير مرّة في نظائره كونه كاشفاً بناءً على أنّه من الشرائط ، فما ذاك إلّا لعدم حصول الهبة إلّا به ، فلا سبب متقدّم عليه [= القبض] حتى يكون هو شرطاً كاشفاً . إلّا أنّ الجميع كما ترى ؛ ضرورة عدم توقّف الهبة بمعنى العقد عليه وإن توقّف بمعنى العطية ، والكلام الآن في الأولى ، فليس هو حينئذٍ بالنسبة إليها إلّا شرطاً ، وكان مقتضى ما عرفت أن يكون كاشفاً . لكن ظاهر ما دلّ على شرطيّته مع الإجماع حصول النقل به لا قبله ، والله العالم .

---

(١) الوسائل ١٩ : ٢٣٢ ، ب ٤ من الهبات ، ح ١ .

(٢) انظر الايضاح ٢ : ٤١٤ . جامع المقاصد ٩ : ١٥٤ . مفتاح الكرامة ٩ : ١٧٨ .

(٣) القواعد ٢ : ٤٠٧ .

(٤) الوسائل ١٩ : ٢٣٤ ، ب ٤ من الهبات ، ح ٧ ، وفيه : « الهبة لا تكون أبداً هبة » .

[لو قال: وهبت ولم أقبضه]:

المسألة (**الثالثة: لو قال: وهبت ولم أقبضه كان القول قوله**) [١]، [بل] وإن قال مع ذلك: خرجت منه المراد منه إنّي أذنت له في قبضه [٢].

[وكذا الحال لو ادّعاه الوارث بعد إقراره بأنّ مورّثه قد وهب ولكنّه لم يقبض].

نعم (**للمقرّ له [أي الواهب] إحلافه [= المتّهب] إن ادّعى**) عليه [= على الواهب] (**الإقباض**) [٣].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه، بل عن المبسوط والمهذّب والتذكرة والتحرير والدروس والحواشي[١] أنّه كذلك [وإن قال ذلك].**

[٢] كلّ ذلك لما عرفت من عدم دخول الاقباض في حقيقة الهبة العقدية، بناءً على انصراف الإطلاق إليها. ولا يقدح في ذلك كونه شرطاً للصحّة فيكون إنكاره كدعوى الفساد المعلوم تقدّم دعوى الصحّة عليها؛ لما في المسالك من الفرق بين الأمرين، فإنّ منكر الإقباض لا يدّعي فساد الهبة، وإنّما ينكر أمراً من الأُمور المعتبرة فيها، وأنّها لم تحقّق بعد، كما لو أنكر الإيجاب والقبول وإن اشترك الجميع في عدم صحّة العقد بدونه[٢]، وهو تامّ لو كانت الدعوى من الواهب. أمّا إذا كانت من وارثه التي هي دعوى الفساد بعد إقراره بأنّ مورّثه قد وهب ولكنّه لم يقبض. بل قد يشكل ذلك فيه أيضاً؛ ضرورة أنّ مبنى عدم كون الإقرار بالهبة إقراراً بالقبض الذي أحد أركان صحّتها دعوى كون المعروف شرعاً من الهبة هو الإيجاب والقبول خاصّة والقبض وإن كان معتبراً في الصحّة إلّا أنّه خارج عن ماهيّتها، وقد تقدّم في تعريف الهبة: « أنّه العقد ... إلى آخره »، ولا شبهة في أنّ القبض أمر آخر غير العقد، فالإقرار بأحدهما لا يقتضي الإقرار بالآخر. لكن قد يمنع ذلك بناءً على ما تقدّم غير مرّة من دخول المعاطاة في مفهوم هذه الأسماء كالبيع والإجارة ونحوهما، وحينئذٍ فلا تكون أسماء للعقود حينئذٍ كي يتمّ الكلام المزبور.

ويدفع بأن يقال: إنّا وإن قلنا بعدم كونها أسماء للعقود نفسها، لكنّها اسم للأثر الحاصل بالعقد، ومن المعلوم كونه التمليك المزبور، لا الأثر الحاصل من العقد وشرائطه، وليس القبض داخلاً في مفهومه. وحصوله بالفعل لا يقتضي دخول ما أفاده الفعل من الإقباض في حقيقته، بل أقصاه حصول الأمرين به معاً. وحينئذٍ على كلّ حال فالإقرار بها [= الهبة] ليس إقراراً به [= القبض]. بل لعلّه كذلك حتى لو قلنا بأنّ المعاطاة الفعلية نفسها هبة؛ ضرورة تعدّد أفرادها والإقرار بفرد منها لا يقتضي الآخر، فعلى مدّعيه البيّنة حينئذٍ فيتّجه ما ذكره المصنّف. كما أنّه قد يدفع الأوّل بأنّ دعوى الوارث: عدم القبض ليس دعوى فساد، وإنّما هي قائمة مقام دعوى المورّث، وإن قارن ذلك حصول انفساخ بالموت لكن لا يكون به دعوى فساد على وجه تقدّم عليه دعوى الموهوب بأنّه قد أقبض فتأمّل. وكيف كان فالإقرار بالهبة ليس إقراراً بالقبض. نعم لو قلنا بدخول القبض في مفهومها اتّجه حينئذٍ عدم تقديم قوله. (و) لكن قد عرفت فساد الدعوى المزبور.

[٣] لعموم البيّنة.

---

(١) المبسوط ٣: ٣٠٦. المهذب ٢: ٩٦. التذكرة ٢: ٤١٨ (حجرية). التحرير ٣: ٢٨٣. الدروس ٢: ٢٩٠. نقله عن الحواشي وعما قبلها في مفتاح الكرامة ٩: ١٩٩.

(٢) المسالك ٦: ٥٤.

أمّا إذا لم يدّعه فلا يتوجّه له عليه يمين [١]. (**وكذا لو قال: وهبته وملّكته ثمّ أنكر القبض**) في أنّ القول قوله إذا كان ممّن يرى أنّ الملك بالعقد ولو تقليداً بل وإن لم يعلم حاله؛ (**لأنّه يمكن أن يخبر عن وهمه**)، ومتى احتمل فيه ذلك لم يحكم عليه بالإقرار بالقبض الذي تقتضي الأُصول نفيه.

نعم لو علم أنّ مذهب المقرّ توقّف الملك على الإقباض ولو تقليداً حكم عليه بالإقباض [٢].

---

[١] لعدم كونه منكراً حينئذٍ كما هو واضح. **لكن في المسالك: أنّه منكر أيضاً، ولكن لا يمين عليه؛ إذ ليس كلّ منكر يتوجّه عليه اليمين بمجرّد الإنكار، بل لا بدّ من انضمام دعوى ما أنكره المنكر**[1]. وفيه ما لا يخفى، هذا. **وليعلم أنّ المحكيّ عن المبسوط والمهذّب والتذكرة والتحرير**[2] **تقييد أصل الحكم المزبور بما إذا لم يكن الموهوب في يد المتّهب أو بما إذا كان في يد الواهب على اختلافهم في التعبير**. ومقتضاه أنّه متى كان كذلك فالقول قوله؛ لأنّ كونه في يده كناية عن إقباضه. ولعلّه لأنّهم فرضوا المسألة فيما لو ضمّ إلى قوله: وهبته: «خرجت منه إليه»، الذي هو بمعنى الإذن بقبضه، وإلّا فمجرّد كونه في يده لا يدلّ على القبض بإذن. **ومن هنا حكي عن المبسوط في باب الإقرار: أنّ القول قول الواهب، وأنّه لا فرق بين أن يكون الموهوب في يد الواهب أو المتّهب؛ لأنّه قد يقبضه بغصب وغيره**[3]. بل قد يقال: إنّ الحكم كذلك حتى مع الضميمة المزبورة، فإنّ الإقرار بالإذن لا يقتضي كون يده عليه حال الدعوى بالإذن السابقة؛ ضرورة كونها أعمّ من ذلك، فتأمّل جيّداً.

[٢] **كما صرّح به غير واحد**. لكن قد يناقش بإمكان إرادته التأكيد أو الهبة بصيغة التمليك الذي قد عرفت أنّها تنعقد به. ومع ذلك يحتاج إلى القبض صحّة أو لزوماً ودفعها ـ باقتضاء ذلك التأكيد الذي هو مرجوح بالنسبة إلى التأسيس ـ ردّه في المسالك: «بأنّ ألفاظ الأقارير لا تنزّل على مثل هذه القواعد، مع احتمال الأمرين، بل يعتبر فيها المعاني الظاهرة، وهذه اللفظة مشتركة بين الصيغة وأثرها، فحملها على الثاني دون الأوّل ترجيح من غير مرجّح. كما في الإقرار بلفظ مشترك، فإنّه لا ينزل على أحد معنييه بدون القرينة، وحمل العطف على المغايرة مطلقاً ممنوع، فإنّه كما يجوز عطف الشيء على مباينه، يجوز عطفه على مرادفه كما هو محقّق في بابه»[4]. وفيه: أنّه لا إشكال في جوازه، إنّما الكلام في مساواة احتماله للآخر مع عدم القرينة، ولا ريب في منعها، ومرجع هذه القواعد إلى ظاهر الخطاب الذي لا إشكال في حجّيته في الإقرار وغيره. وأغرب من ذلك قوله متصلاً بما سمعته منه: «وعلى تقدير تسليم ظهور المعنى الثاني أو أغلبيته على الأوّل ينبغي أن يرجع إليه في القصد، لا أن يتعيّن حمله على الغالب كما نبّهوا عليه في نظائره من الإقرار بلفظ يحتمل معنيين فإنّه يقبل من المقرّ إرادة أحدهما وإن حمل إطلاقه على الغالب منهما، كما لو قال: له عليّ درهم ودرهم ودرهم فإنّه يقبل منه دعوى إرادة تأكيد «الأوّل بالثاني والثاني بالثالث»[5]، وإن كان العطف يقتضي المغايرة، وكان الغالب عدم التأكيد»[6]؛ إذ لا معنى للرجوع إليه بعد فرض ظهور لفظه، ولو بسبب الغلبة في ذلك؛ لما عرفت من حجّية ظاهر اللفظ. نعم لو ضمّ إليه مع ذلك ما يصلح لصرف ذلك الظاهر اتّجه حينئذٍ عدم الأخذ به كما في سائر الخطابات. والقبول في المثال ـ مع فرض ظهور الإطلاق في خلافه وتأخّر دعوى إرادة التأكيد عن زمان الإقرار ممنوع.

---

(١) (٣) المسالك ٦: ٥٤. المبسوط ٣: ٣٣.

(٢) حكا عنها مفتاح الكرامة ٩: ١٩٩. انظر المبسوط ٣: ٣٠٦. المهذب ٢: ٩٦. التذكرة ٢: ٤١٨ (حجرية). التحرير ٣: ٢٨٣.

(٤) (٦) المسالك ٦: ٥٦.

(٥) المسالك ٦: ٥٦، وفيه: «الثاني بالثالث».

[وكيف كان] فالمتّجه حينئذٍ التفصيل في المفروض بين اتّصال ما يقتضي صرف ذلك الظاهر على قياس المخاطبات التي هي كذلك عرفاً ولا يعدّ فيه من التناقض فلا يؤخذ به وبين غيره الذي هو ليس كذلك فيؤخذ به ويحكم عليه، ولم يسمع إنكاره بعد ذلك ولا تأويله ولو متّصلاً به.

اللهمّ إلّا أن يكون بحيث يقبل التأويل المتأخّر على وجه يكون الأخذ بإطلاقه مبنيّاً على عدم ذكر تأويله، فتأمّل جيّداً. هذا كلّه فيما إذا جاء باللفظين.

أمّا لو اقتصر على ملكيّته [١] [فقد يدّعى ظهوره مع الإطلاق في الإخبار بحصول أثر الملك بعد عدم ما يقتضي المغايرة] [٢].

نعم لو قرنه بما ينافي ذلك من عدم القبض ونحوه اتّجه حينئذٍ الحكم بعدم اقتضائه الإقرار بالقبض فتأمّل جيّداً، والله العالم.

[لو رجع في الهبة وقد عابت]:

المسألة (**الرابعة: إذا رجع في الهبة**) المجّانية حيث يكون له ذلك (**وقد عابت**) بزيادة أو نقصان (**لم يرجع بالأرش**) [٣]. سواء كان التعيّب بفعله أم لا.

(**وإن زادت زيادة متّصلة**) لعلف ونحوه كالسمن ولو بفعله على وجه يكون جزءً من العين (**فللواهب**) [٤].

(**وإن كانت منفصلة كالثمرة والولد فإن كانت متجدّدة كانت للموهوب له**) لأنّها نماء ملكه وخارجة عن العين.

(**وإن كانت حاصلة وقت العقد كانت للواهب**) [٥]، بل [الظاهر] [٦] عدم الفرق في الأوّل بين كون الرجوع بعد الانفصال بالولادة أو بالحلب أو بالقطف أو قبله كالحمل قبل انفصاله واللبن قبل أن يحلب والثمرة قبل قطافها

---

[١] **فعن بعضهم**[١] **كذلك يأتي فيه البحث السابق، ولم يستجوده في المسالك**[٢]؛ لعدم ما يقتضي المغايرة فيه بخلاف الأوّل، وحينئذٍ فاحتمال إرادة الهبة المقبوضة منه كاحتمال إرادة إيقاع صيغة الهبة خاصّة بلفظ التمليك من غير أغلبية أحدهما على الآخر.

[٢] وفيه: أنّه وإن لم يكن فيه ما يقتضي المغايرة من عطف ونحوه، لكن قد يدّعى ظهوره مع الإطلاق في الإخبار بحصول أثر الملك.

[٣] **بلا خلاف أجده فيه**؛ للأصل؛ ولأنّه حدث في عين مملوكة للمتّهب وقد سلّطه مالكها على إتلافها مجّاناً فلم تكن مضمونة عليه.

[٤] **بلا خلاف أيضاً ولا إشكال**؛ لأنّها من العين المفروض جواز الرجوع بها.

[٥] لأنّها حينئذٍ من الهبة التي فرضنا جواز رجوعه بها، بلا خلاف معتدّ به أجده في شيء منه.

[٦] [**كما**] **صريح بعض**[٣] **وظاهر آخر**[٤].

---

(١) انظر جامع المقاصد ٩: ١٧٣ ـ ١٧٤.
(٢) المسالك ٦: ٥٧.
(٣) انظر جامع المقاصد ٩: ١٦٨. المسالك ٦: ٥٨.
(٤) انظر التذكرة ٢: ٤٢٠ (حجرية). الروضة ٣: ١٩٥.

والصوف المستجزّ قبل جزّه [١].

وأمّا الصوف والشعر إذا لم يبلغ أوان جزّه فـ[ـقد قيل :] [٢] إنّ الأجود تبعيته للعين ، وهو حسن مع فرض كونه كذلك عرفاً ، هذا .

ولكن بقي الكلام في أمرين :

أحدهما : أنّه قد تقدّم لزومها بتلف البعض كالكلّ فـ[ـإطلاق] [٣] الرجوع هنا بالعيب الذي قد يكون بتلف البعض لا يخلو من تسامح .

الثاني : [أنّه أُطلق] [٤] هنا كون الزيادة للواهب إذا كانت متّصلة [بالمشاركة كما في مشاركة المشتري للبائع إذا فسخ بزيادة الصفة في العين] [٥].

[لو وهب وأطلق]:

المسألة (**الخامسة : إذا وهب وأطلق**) فضلاً عن أن يكون قد اشترط العدم (**لم تكن الهبة مشروطة بالثواب**)

---

[١] لأنّ الجميع منفصل شرعاً وعرفاً عن العين الموهوبة ؛ لأنّه شيء جديد .

نعم في الوسيلة الرجوع بالحيوان الحامل مع حمله بناءً منه على أنّه كالجزء من الأُمّ[١] . وهو كما ترى .

[٢] **[قاله] في المسالك**[٢] .

[٣] [كـ] ـإطلاقهم .

[٤] [كما] إنّهم أطلقوا [ذلك] .

[٥] بل صرّح بعضهم[٣] بأنّها كذلك وإن كانت من فعله ، وقد صرّحوا في خيار الغبن بمشاركة المشتري للبائع المغبون إذا فسخ بزيادة الصفة في العين ، بل وبغير ذلك ممّا يأتي مثله في المقام ، ولم يشر أحد منهم إلى شيء من ذلك . **نعم في المسالك قد ذكر الأقسام هنا وهي كون العين بحالها أو نقصانها بما يوجب الأرش أو بما لا يوجبه وزيادتها بما يوجبه أيضاً أو بما لا يوجبه ، أو يوجب زيادة في القيمة أو جامعة بين الأمرين متّصلة تلك الزيادة أو منفصلة مطلقاً أو من وجه وتغيّرها بالامتزاج بالأجود والمساوي والأدنى أو بغيره من الأعمال كالنجارة والقصارة والطحن أو غير ذلك من التغيّرات**[٤] .

ولم يتعرّض لحكمها ، بل ظاهره موافقة المصنّف على إطلاقه ، كما أنّه لم يتعرّض لضمان الواهب لما يتضرّر به الموهوب برجوعه من نقض بناءٍ أو غرس أو نحوهما . ولعلّ ذلك كلّه للإحالة على ما تقدّم ممّا لا يصعب جريان ما يقتضي القواعد جريانه هنا على من أحاط خبراً بما مضى من المسائل السابقة في العارية وفي خيار الغبن وغيرهما فلاحظ وتأمّل . أو على ما تسمعه منه إن شاء الله في المسألة السادسة ، مع احتمال عدم اختيار الشركة في الصفات المحضة من المصنّف وغيره ممّن أطلق ، بل يختصّ الواهب بالعين وإن زادت بذلك ؛ لإطلاق ما دلّ على الرجوع بها كما ذكرنا ذلك في خيار الغبن فلاحظ . كما أنّه لا يخفى عليك حكم الرجوع بالتغيير ولو بغير فعله بعد الإحاطة بما ذكرناه من كون المدار على صدق بقاء الموهوب بعينه ، والله العالم .

---

(١) الوسيلة : ٣٧٩ .

(٢) المسالك ٦ : ٥٨ .

(٣) القواعد ٢ : ٤٠٨ .

(٤) المسالك ٦ : ٥٧ ـ ٥٨ .

سواء كانت من المساوي أو من الأدنى أو من الأعلى [١]. نعم هي وإن لم تكن مشروطة به ولكن له الإثابة وعدمها، (**فإن أثاب لم يكن للواهب الرجوع**) مع قبوله [٢]. نعم لا يجب عليه القبول [٣]، بل الظاهر أيضاً عدم جواز الرجوع للموهوب بثوابه؛ لأنّه أيضاً من الهبة التي أُثيبت (**وإن شرط الثواب**) في هبته (**صحّ**) [٤]، بل لا فرق في صحّته (**أطلق أو عيّن**) [٥].

(و) لكن (**له الرجوع مالم يدفع إليه ما شرط**) مطلقاً أو معيّناً [٦]، (**ومع الاشتراط من غير تقدير يدفع ما**

---

[١] **بلا خلاف محقّق أجده فيه، وإن حكي عن المبسوط والخلاف**[١] [**الاشتراط**]، إلّا أنّ الظاهر من المحكيّ عنهما خصوصاً الأوّل إرادة اشتراط لزومها به، فلو كانت حينئذٍ لرحم مثلاً لزمت حينئذٍ بدونه. **نعم عن كافي أبي الصلاح: أنّ هدية الأدنى إلى الأعلى تقتضي الثواب بمثلها، ولا يجوز له التصرّف فيها قبل الإثابة أو العزم عليها**[٢]. ولعلّه يريد ما هو المتعارف من إرادة الثواب بمثل الفرض وهو خارج عمّا نحن فيه. وحينئذٍ يتمّ ما حكيناه من نفي الخلاف في ذلك بيننا. **وكذا ما في السرائر من أنّ عليه إجماع أصحابنا**، وأنّ أحداً لم يذكر ذلك في مسطور[٣]. وهو [أي الإجماع] الحجّة بعد إطلاق الأدلّة.

[٢] لما عرفته سابقاً من أدلّة لزومها بذلك.

[٣] للأصل؛ لأنّه بمنزلة هبة جديدة لايجب عليه قبولها، خصوصاً بعد اقتضائه سقوط حقّه من الرجوع كما تقدّم الكلام في ذلك.

[٤] **بلا خلاف فيه عندنا، بل عن التذكرة الإجماع عليه**[٤]؛ للإطلاق.

خلافاً لما عن أحد قولي الشافعي من عدم الجواز[٥]؛ لمنافاته مقتضاها الذي هو المجانية. وفيه منع واضح.

[٥] **بلا خلاف أجده في الثاني منهما، بل عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه**[٦]، **بل الأوّل على ما في المفاتيح**[٧]، **وظاهر قوله في المسالك عندنا**[٨]. **لكن عن يحيى بن سعيد في الجامع**: وإن شرط مجهولاً لم يصحّ[٩]. وفيه: ١ ـ أنّه مناف لإطلاق الأدلّة. ٢ ـ ولبنائها على المغابنة. ٣ ـ ولأنّه مضبوط بالقيمة مع التعاسر. ٤ ـ ولخبر القاسم بن سليمان: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الجارية على أن يثاب فلا يثاب أله أن يرجع فيها؟ قال: «نعم إذا كان شرط له عليه، قلت: أرأيت إن وهبها له ولم يثبه أيطأها أم لا؟ قال: نعم إذا كان لم يشترط عليه»[١٠]. ٥ ـ وخبر إسحاق بن عمّار، قال: قلت [له]: الرجل [الفقير] يهدي [إليّ] الهدية يتعرّض لما عندي فآخذها ولا أُعطيه شيئاً أيحلّ [لي]؟ قال: «نعم هي لك حلال، ولكن لا تدع أن تعطيه»[١١] الخبر. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ الثاني منهما لا شرطية فيه، وإن كان الداعي هو الأوّل، والمراد منه إطلاق الثواب المنزّل عند التعاسر على المثل أو القيمة، وهو غير الثواب المجهول. ولكن فيه بعد التسليم أنّ الإطلاق كافٍ.

[٦] **بلا خلاف أجده فيه**؛ لإطلاق الأدلّة السابقة، وخصوص خبر القاسم، وأولويته من العقد اللازم الذي ثبت الخيار فيه بعدم بذل الشرط ولغير ذلك.

---

(١) المبسوط ٣: ٣١٠. الخلاف ٣: ٥٦٨.
(٢)(٣) الكافي: ٣٢٨. السرائر ٣: ١٧٥.
(٤) التذكرة ٢: ٤٢٢ (حجرية).
(٥) انظر المجموع ١٥: ٣٨٩.
(٦) انظر التذكرة ٢: ٤٢٢ (حجرية).
(٧) المفاتيح ٣: ٢٠٦.
(٨) المسالك ٦: ٦٠.
(٩) الجامع للشرائع: ٣٦٦.
(١٠) الوسائل ١٩: ٢٤٢، ب ٩ من الهبات، ح ٢.
(١١) الوسائل ١٧: ٢٩٣، ب ٩١ ممّا يكتسب به، ح ٢.

وإن[١] كان يسيراً) مع رضا الواهب به [١].

ولو امتنع من قبوله [٢] [فإنّه يدفع إليه المثل أو القيمة الذي يراد به بدفع المعتاد ثواباً] [٣].

كما أنّه لا يخفى عليك أنّه (**لم يكن للواهب مع قبضه الرجوع**) [٤]. وإنّما الكلام فيما ذكره المصنّف بقوله : (**ولا يجبر الموهوب له على دفع المشترط ، بل يكون بالخيار**) بين ردّ العين وبين دفع المشترط [٥].

---

[١] لعدم ما يقتضي التعيين ، بل الإطلاق قاضٍ بعدمه .

[٢] **فعن أبي علي : أنّه يثيبه حتى يرضى[٢] كما عن بعض العامّة[٣]** ؛ لخبر أبي هريرة : أنّ أعرابياً وهب للنبيّ صلى الله عليه وآله ناقته فأعطاه ثلاثاً فأبى ، فزاده ثلاثاً فأبى ، فلمّا استكمل تسعاً قال : رضيت[٤] الذي هو في غاية الضعف سنداً ودلالة . **وعن التقي في الكافي : في الهدية أنّه يثيبه قدر قيمة الهبة أو مثلها[٥] ، كما عن بعض العامّة[٦] أيضاً . أو يثيبه مقدار ما يعتاد في جزاء مثله كما عن المبسوط والخلاف[٧] وغيرهما ؛** لانصراف الإطلاق إليه . **وفي محكيّ الخلاف أيضاً : لو قلنا : « إنّ لا مقدار للثواب وإنّما هو ما يثاب عنها قليلاً كان أو كثيراً لكان قويّاً »[٨]** . وعن التحرير : « **إذا شرط ثواباً مجهولاً صحّ ولزمه دفع ما يصدق عليه إطلاق الاسم »[٩]** . **وكأنّه يرجع إلى ما عن بعض العامّة[١٠] من الاكتفاء بأقلّ ما يتموّل عكس ما عن آخر منهم[١١] أيضاً من أنّه لا بدّ من دفع ما يزيد على القيمة وإلّا لباعها بالسوق ، إلى غير ذلك .**

[الذي] ممّا لا يخفى عليك وجهه (و) لا ما فيه .

[٣] عدا القول بدفع المثل أو القيمة الذي يرجع إليه القول بدفع المعتاد ثواباً ؛ ضرورة كونه المعتاد فصاعداً لا أنقص من ذلك .

[٤] لما عرفته من صيرورة العقد حينئذٍ لازماً .

[٥] **ونحوه ما في القواعد من أنّه « إن لم يرض ـ أي الواهب بما دفع إليه ـ تخيّر المتّهب بين دفع الموهوب وعوض المثل »[١٢]** . **قيل : ومقتضاه عدم وجوب الوفاء عليه به . وبناه في المسالك على كونه كذلك في العقد اللازم أيضاً ، وإنّما فائدته جعل العقد اللازم جائزاً أو على أنّ هذا العقد من العقود الجائزة ، خصوصاً من جهة الواهب ، فلم يجب الوفاء به كما لا يجب الوفاء بأصله[١٣] . وأشكله فيها أيضاً بأنّه من طرف المتّهب لازم ، فلا يجوز له الفسخ بنفسه وإن لم يبذل المشروط وتخيّره بين بذل العين والثواب المشروط لا ينافيه ، وإنّما يظهر جوازه من قبل الواهب خاصّة[١٤]** كما أنّ الأوّل قد بيّنا ضعفه في محلّه وقلنا : إنّه مناف لعموم « أوفُوا » و« المؤمنون عند شروطهم » فيلزم حينئذٍ بالوفاء ، وإن تسلّط البائع مع ذلك على الخيار مع فرض عدم وصول شرطه إليه . ويمكن أن يقال ـ بل لعلّه الظاهر ـ : أنّ الخيار المزبور في المتن وغيره لا ينافي لزوم العقد . وردّ العين ـ باعتبار كونها ثواباً أو أولى منه ـ ليس فسخاً للعقد ، بل هو نحو ردّ العين في القرض ، وإن أوجب عقده المثل أو القيمة لكن ردّه نفسه أولى بالقبول ، فكذا ما نحن فيه .

---

(١) في الشرائع : « ولو » .

(٢) نقله في المختلف ٦ : ٢٦٩ .

(٣) (٦) انظر المجموع ١٥ : ٣٨٩ .

(٤) مسند أحمد ١ : ٢٩٥ ، مع اختلاف .

(٥) (٨) الكافي : ٣٢٨ . الخلاف ٣ : ٥٧٠ .

(٧) المبسوط ٣ : ٣١١ . الخلاف ٣ : ٥٧٠ .

(٩) (١٢) التحرير ٣ : ٢٨٠ . القواعد ٢ : ٤٠٩ .

(١٠) (١١) المجموع ١٥ : ٣٨٦ . الشرح الكبير ٦ : ٢٤٧ .

(١٣) (١٤) المسالك ٦ : ٦٢ .

نعم يتسلّط الواهب على الفسخ مع الامتناع على أصل البذل على نحو ما سمعته في غيره من العقود اللازمة [١].

نعم بقي الكلام في شيء آخر وهو أنّه [٢] [هل يجوز للواهب الرجوع مع عدم قبضه ما اشترط وإن بذله المتهب ؟ فيه إشكال إن كان يسيراً مع عدم التعيّن].

٢٠٧/٢٨

---

[١] ولعلّه لذا جزم بعض بتنزيل إطلاق المحكيّ عن جماعة : لزوم العوض على إرادة الخيار المزبور .

[٢] [كـ]ـما ذكره في المسالك أيضاً من أنّه يفهم من قول المصنّف : « ولم يكن للواهب الرجوع مع قبضه ، جواز رجوعه متى لم يقبضه وإن بذل المتهب ، والأمر فيه كذلك ، وقد تقدّم ولا ينافيه عموم « أوفُوا » ولا قول أبي عبدالله عليه السلام في الصحيح : « تجوز الهبة لذي القربى والذي يثاب عن هبته ، ويرجع في غير ذلك »[١] كما زعمه بعضهم ؛ لأنّ عموم الوفاء بالعقود مقيّد بغير الجائز ، وقد عرفت دلالة النصوص الصحيحة على جواز هذا العقد على هذا الوجه ، إذا سلّم دلالة الوفاء على المضيّ فيها مطلقاً ، والإثابة في الخبر لا تتحقّق إلّا بالاتّفاق عليها لا بمجرّد بذلها ولم يحصل هنا »[٢].

قلت : الذي قدمه في صدر المسألة بعد أن ذكر الصور الاثنى عشر قوله : « وتفصيل حكمها أنّه مع اشتراط عدم الثواب لا يلزم قطعاً ، ومع اشتراطه يلزم ما شرطه مطلقاً ، ثمّ إن عيّنه لزم ما عيّن ، بمعنى أنّ المتّهب إن دفع المشروط وإلّا تسلّط الواهب على الفسخ ، وإن أطلق اشتراط الثواب لزم أيضاً الوفاء به ، لكن إن اتّفقا على قدر فذاك ، وإلّا وجب إثابة مقدار الموهوب عيناً أو قيمة ولا يلزم الأزيد ، وإن طلبه الواهب كما لا يجبر الواهب على قبول الأقلّ ، والمعتبر قيمة الموهوب عند القبض إذا وقع بعد العقد ويحتمل عند دفع الثواب »[٣]. وهو كالصريح في وجوب القبول عليه مع بذل المثل أو القيمة .

بل لعلّه ظاهر تقييد عدم وجوب القبول بما إذا لم يذكر العوض في الهبة في القواعد[٤]، بل لعلّه ظاهر قول المصنّف : « ما لم يدفع إليه ... إلى آخره » كالقواعد[٥] أيضاً . بل قيل[٦] : إنّ مثل ذلك عبارة المبسوط والتحرير والدروس[٧].

بل لعلّه ظاهر ما سمعته أيضاً من الفاضل من الخيار المزبور إذا لم يرض الواهب باليسير .

بل عن جامع المقاصد نفي البعد عنه[٨]. نعم عن الإيضاح : إنّ الأقرب جواز الرجوع فيه[٩].

وفيه : أنّه مناف لآية : ﴿ أَوفُوا ﴾[١٠] و« المؤمنون »[١١] وغيرهما . وثبوت الجواز في غير الفرض لا يقتضي ثبوته فيه ، وليس هو من الشرط في العقد الجائز بل هو من الشكّ في لزوم العقد به ، بعد تسليم الشكّ . بل ومناف للصحيح المزبور[١٢] الظاهر في صدق « يثاب عن هبته » على بذله من المتّهب . بل مقتضاه ذلك وإن كان يسيراً إلّا أنّ انصراف إطلاق العوض المشترط إلى المساوي فصاعداً مضافاً إلى قاعدة لا ضرر وإلى العادة صار سبباً للخروج عنه .

---

(١) الوسائل ١٩ : ٢٤٢ ، ب ٩ من الهبات ، ح ٣ ، مع اختلاف .
(٢) المسالك ٦ : ٦١ .
(٣) المسالك ٦ : ٥٩ .
(٤) (٥) القواعد ٢ : ٤٠٩ .
(٦) مفتاح الكرامة ٩ : ٢٠٢ .
(٧) المبسوط ٣ : ٣١١ . التحرير ٣ : ٢٨١ . الدروس ٢ : ٢٨٩ .
(٨) جامع المقاصد ٩ : ١٧٦ .
(٩) الايضاح ٢ : ٤٢١ .
(١٠) المائدة : ١ .
(١١) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .
(١٢) الوسائل ١٩ : ٢٤٢ ، ب ٩ من الهبات ، ح ٣ ، مع اختلاف .

أمّا إذا كان معيّناً فالظاهر لزومها ببذله وإن كان يسيراً [١].

ولو خرج العوض أو بعضه مستحقّاً أخذه مالكه ، ثمّ إن كانت الهبة مطلقة لم يجب دفع بذله ، ولكن للواهب الرجوع [٢] بعد ظهور فساد ما دفع من العوض ، فيكون كما إذا لم يعوّض عنها ، وإن شرطت بالعوض [٣].

[فالواجب على الواهب قبول نفس العوض المذكور في العقد دون غيره].

نعم لو رضي به وقبضه فلا يجب ، لكن لا يختصّ بالمثل أو القيمة حينئذٍ [٤].

[والمتّجه مع فساد العوض البطلان لكن مع فرض ذكر المعوّض فيها على طريق ذكره في عقود المعاوضة بناءً على صلاحية عقدها للتمليك كالنكاح فلا يحتاج إلى سبب آخر].

نعم لو ذكر العوض فيها على معنى اشتراط هبة عوض هبة أمكن القول بعدم اقتضاء ظهور استحقاقه فساد الهبة ولكن يكون للواهب حينئذٍ الرجوع ، وإن بذل المتّهب المثل أو القيمة . هذا كلّه في العوض المعيّن المشخّص . أمّا المطلق فيدفع بدله ، سواء كان مقدّراً كمئة درهم أو لم يكن [٥]. [والمتجه أنّه يلزم الواهب بالأرش لو ظهر معيباً في المعيّنة]. فالأولى الإلزام بالعين أو بما يرضى به الواهب ولو الأرش .

---

[١] وبذلك ظهر لك أنّ ما في المسالك مشوّش ، خصوصاً بعد ملاحظة كلامه في تفسير قوله في المتن : « ومع الاشتراط من غير تقدير ... إلى آخره » فلاحظ وتأمّل .

[٢] لإطلاق دليله .

[٣] **ففي القواعد : « دفع المتّهب مثله أو قيمته مع التعيين أو العين أو ما شاء إن رضي الواهب مع الإطلاق »**[1] .

وهو ظاهر أيضاً في وجوب دفع العوض وفي وجوب قبول الواهب له مع بذله . اللهمّ إلّا أن يحمل على إرادة بيان كفايته في عدم رجوع الواهب في العين ولو بقرينة ما تقدّم له سابقاً . ولكن يشكل أيضاً بأنّ الواجب على الواهب قبوله نفس العوض المذكور في العقد دون غيره ؛ لعموم قوله : « المؤمنون »[2] وغيره .

[٤] اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ فساد العوض فيها لا يقتضي فسادها ؛ ضرورة كونه فيها [= الهبة] كالمهر في النكاح ؛ لأنّها تصحّ بدونه ، وحينئذٍ تبقى صحيحة ، ولكن لا وجه للمجّانية بعد فرض قصد المعاوضة بها ، فليس حينئذٍ إلّا مثل العوض المذكور أو قيمته نحو ما ذكروه في المهر الفاسد . لكن لا يخفى عليك النظر في المقيس عليه كما ذكرناه في محلّه فضلاً عن حرمة القياس . نعم حكم بصحّة النكاح للإجماع والرجوع إلى مهر المثل ، بخلاف المقام فإنّه لا شيء مقرّر هنا على تقدير الفساد . فالمتّجه حينئذٍ البطلان مع فرض ذكر المعوّض فيها على طريق ذكره في عقود المعاوضة ، بناءً على صلاحية عقدها للتمليك كالنكاح فلا يحتاج إلى سبب آخر .

[٥] ومن ذلك يعلم ما في عبارة القواعد[3] من التشويش ، والأمر سهل بعد وضوح الحال .

وفيها أيضاً : « ولو كان معيباً أُلزم بالأرش أو دفع العين في المعيّنة لا المطلقة »[4] ، وهو ظاهر في وجوب قبول الواهب مع دفع الأرش . وفيه : أنّ المتّجه عدمه ؛ لأنّ الفرض اشتراط العوض المعيّن المنصرف إلى الصحيح فلا يجب عليه القبول .

---

(١) (٣) القواعد ٢ : ٤٠٩ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٧٦ ، ب ٢٠ من المهور ، ح ٤ .

(٤) القواعد ٢ : ٤١٠ .

وأمّا المطلقة فإن كانت من دون تقدير عوض أصلاً ودفع عوضاً معيّناً وهو مع العيب بقدر القيمة فإنّه على ما سبق ليس له ردّه ولا الرجوع، وإن كان أقلّ طالب بالزائد وإن كانت بتقدير عوض غير مشخّص فدفع ذلك القدر فظهر معيباً فإنّه يتجّه ـ بناءً على أنّه كالسلم ـ أن يقال: له المطالبة بالأرش أو البدل أو العين، ومتى دفع المتّهب أحدها لم يكن له الامتناع.

وإن قلنا ليس المقام كالسلم فله المطالبة بالبدل، والله العالم.

ولو ظهر استحقاق نصف العين الموهوبة رجع بنصف العوض [١]، ولو ظهر استحقاقها بعد تلفها في يد المتّهب [٢].

وقد تقدّم في باب البيع ويأتي في الغصب ما يستفاد منه تحقيق ذلك، والله العالم.

(و) كيف كان فـ(لو تلفت) العين الموهوبة في يد المتّهب (والحال هذه) أي كان مشروطاً فيها الثواب (أو عابت لم يضمن الموهوب له) عند المصنّف [٣]؛ (لأنّ ذلك حدث في ملكه) [٤]، (و) لكن (فيه تردّد) بل منع [٥] [فيضمن].

---

[١] بل قيل: له أن يردّ الباقي ويرجع بجميع الثواب، خلافاً للمحكي[١] عن أحد قولي الشافعي[٢] حيث قال ببطلان هبة الكلّ[٣].

[٢] ففي القواعد: «الأقرب رجوعه على الواهب بما غرمه من القيمة وإن زادت عن العوض أو قلّت عنه»[٤]. وعن الإيضاح وجامع المقاصد: أنّه الأصح[٥].

[٣] والفاضل وولده في محكيّ التذكرة والشرح وإن كان ذلك بفعل المتّهب[٦].

[٤] ولأنّ المتهب لا يجب عليه دفع العوض وللواهب الرجوع في العين فالتفريط منه بتركها في يد من يجوز له ذلك فيها بتسليطه.

[٥] كما عن ابن الجنيد[٧] وجمع من المتأخّرين:

١ ـ لعموم «أوفُوا» ونحوه.

٢ ـ ولأنّ قبضها على أن يؤدّي عوضها.

٣ ـ ولأنّ الواجب أحد الأمرين ردّها أو دفع العوض، فإذا تعذّر الأوّل وجب الثاني. وبذلك يظهر لك ما في دليل القول الأوّل؛ ضرورة عدم دخولها في ملكه مجّاناً، ولا هو سلّطه عليها كذلك. وعدم وجوب دفع العوض إن أُريد به عدم وجوبه عيناً لم يلزم منه نفي الوجوب على البدل الذي هو المدّعى، وحينئذٍ فإذا تعذّر أحد الأمرين المخيّر فيهما وجب الآخر عيناً وإن أُريد عدم الوجوب أصلاً فهو ممنوع كما لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه.

---

(١)(٣) التذكرة ٢: ٤٢٣ (حجرية).

(٢) انظر روضة الطالبين ٥: ٣٨٥.

(٤) القواعد ٢: ٤١٠.

(٥) الايضاح ٢: ٤٢٢ جامع المقاصد ٩: ١٨٣.

(٦) انظر التذكرة ٢: ٤٢٢ (حجرية). الايضاح ٢: ٤٢٠.

(٧) نقله في المختلف ٦: ٢٦٩.

لكن المراد بالضمان هنا وجوب دفع العوض إذا كان معيّناً، والمثل أو القيمة إذا كان مطلقاً [١]، لا القيمة على كلّ حال [٢]. أمّا إذا كان بمعنى الثواب والجزاء بهبة جديدة فقد يتردّد في الضمان [٣]، وكذلك الكلام لو وجدها معيبة، والله العالم.

[حكم التصرّف بصبغ الموهو له الثوب]:

المسألة (السادسة: **إذا صبغ الموهوب له الثوب**) مثلاً (**فإن قلنا**) مثل هذا (**التصرّف يمنع من الرجوع فلا رجوع للواهب، وإن قلنا: لا يمنع إذا كان الموهوب له أجنبياً**) رجع به و (**كان**) الموهوب له (**شريكاً**) معه في الثوب (**بـ**) ـمقدار نسبة (**قيمة الصبغ**) إلى الثوب [٤].

وقد تقدّم في الغبن وفي الفلس والعارية وغيرها النظر في أمثال هذه المسائل، فلاحظ وتأمّل كي تعرف أيضاً الحكم فيما لو كان للموهوب غرس ونحوه ورجع الواهب فإنّ لكلّ ماله وأنّه هل لصاحب الأرض إجبار الغارس على إزالته مجّاناً أو ليس له ذلك، بل يتخيّر بين الإبقاء بأُجرة والقلع مع الأرش؟ والله العالم والمؤيّد.

[لو وهب الواهب في مرض مخوف ثمّ برئ منه]:

المسألة (السابعة: **إذا وهب في مرضه المخوف وبرئ صحّت الهبة**) [٥] ولا في شيء من تصرّفاته المجّانية. (**وإن مات في مرضه ولم تجز الورثة اعتبرت من الثلث على الأظهر**)، كما عرفت البحث فيه مفصّلاً في كتاب الحجر، والله هو العالم، والحمد لله ربّ العالمين أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً والشكر لله.

---

[١] لأنّه هو مقتضى الأمر بالوفاء، وقوله: «والمؤمنون»[(١)] وغير ذلك ممّا تقدّم سابقاً.

[٢] لأن العين مضمونة على القابض والشرط لا يجب عليه قبوله؛ إذ فيه أنّها مضمونة بالعوض لا غير. ودعوى عدم وجوب قبول العوض ممنوعة كما عرفت. **ولا ما في المسالك من أقلّ الأمرين من ذلك [= دفع العين] ومن العوض، قال: «لما عرفت من أنّ المتهب مخيّر بين الأمرين والمحقّق لزومه هو الأقلّ؛ لأنّه إن كان العوض هو الأقلّ فقد رضي به الواهب في مقابلة العين وإن كان الموهوب هو الأقلّ فالمتهب لا يتعيّن عليه العوض، بل يتخيّر بينه وبين بذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها، وهذا هو الأقوى»**[(٢)]. ولا يخفى عليك ما فيه بعد فرض عدم انفساخ العقد بذلك.

والاكتفاء بردّ العين مع وجودها لا يقتضي الاكتفاء بقيمتها بعد تلفها، بل اللازم من اقتضاء قاعدة تعذّر أحد فردي المخيّر التي اعترف بها تعيّن الفرد الثاني، فتأمّل جيّداً، فإنّ بعض الوهم هنا قد نشأ من الخلل في المسائل السابقة، ومن تفسير الضمان بالمعنى المزبور الذي لا يتمّ إلّا مع انفساخ العقد، وكون العوض على طريق المعاوضات.

[٣] من كونه كالعوض بالمعنى الأخص [فيضمن]، ومن منع ذلك، وأنّه لا يقتضي الضمان حينئذٍ.

[٤] **بل في المسالك: لا فرق بين الصبغ وبين القصارة والطحن عندنا في ذلك**[(٣)].

[٥] **بلا خلاف ولا إشكال فيها.**

---

(١) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.
(٢) المسالك ٦: ٦٣.
(٣) المسالك ٦: ٦٥.

(كتاب السبق والرماية)

بسكون الباء وهو في الأصل مصدر سبق كضرب أو سابق، بل قيل[1]: إنّه أوفق في معاملته الكائنة بين اثنين فصاعداً على ما ستعرف، ولعلّ مادّته كافية في ذلك عن الهيئة وعرفاً معاملة على إجراء الخيل وما شابهها في حلبة السباق لمعرفة الأجود منها والأفرس من المتسابقين.

وكذا الرمي والرماية في الأصل لمطلق ذلك وعرفاً معاملة على المناضلة بالسهام مثلاً ليعلم حذق الرامي ومعرفته بمواقع الرمي (**وفائدتهما بعث العزم**) وتهيّأه (**على الاستعداد للقتال والهداية لممارسة النضال**) في حرب الكافرين (**وهي معاملة صحيحة**) و(**مستندها**) [1] السنّة المستفيضة أو المتواترة منها (**قوله** عليه السلام) المروي في طرق الخاصّة والعامّة: (**لاسبق إلّا في نصل أو خفّ أو حافر**)[2]. (**و**) منها: (**قول الصادق**[3] عليه السلام: **إنّ الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه، ما خلا الحافر والخفّ والريش والنصل**) [2] وقد سابق رسول الله صلى الله عليه وآله أسامة بن زيد وأجرى الخيل[4].

---

[1] 1 ـ **بعد إجماع المسلمين بقسميه، بل المحكيّ منهما مستفيض أو متواتر.**

2 ـ بل قيل[5]: والكتاب المبين؛ للمرفوع المروي عن عبدالله بن المغيرة في تفسير قوله تعالى: ﴿ **وَأَعِدُّوا لَهُم مَا اسْتَطَعْتُم** ﴾[6] الآية عن النبيّ صلى الله عليه وآله: أنّه «الرمي»[7] وقوله تعالى: ﴿ **إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ** ﴾[8] بناءً على أصالة بقاء مشروعية ما كان في ملّة غيرنا حتّى يعلم النسخ.

[2] كقوله أيضاً: «ليس شيء تحضره الملائكة إلّا الرهان، وملاعبة الرجل أهله»[9]. ومنها: خبر طلحة عن الصادق عليه السلام: «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أجرى الخيل التي أضمرت من الحصى إلى مسجد بني زريق وجعل سبقها [من] ثلاث نخلات فأعطى السابق عذقاً ـ أي نخلة ـ وأعطى المصلّي عذقاً، وأعطى الثالث عذقاً»[10]. ومنها: خبر غياث بن إبراهيم عنه أيضاً عن أبيه عن عليّ بن الحسين عليهما السلام: «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أجرى الخيل وجعل سبقها أواقي من فضّة»[11]. إلى غير ذلك من النصوص.

---

(١) المسالك ٦: ٧٣.

(٢) الوسائل ١٩: ٢٥٣، ب٣ من السبق والرماية، ح٤. السنن الكبرى ١٠: ١٦.

(٣) في الشرائع: «قوله» بدل «قول الصادق».

(٤) الوسائل ١٩: ٢٥١، ب١ من السبق والرماية، ح٦.

(٥) الرياض ٩: ٤٠٣ ـ ٤٠٤.

(٦) (٨) الأنفال: ٦٠. يوسف: ١٧.

(٧) الوسائل ١٩: ٢٥٢، ب٢ من السبق والرماية، ح٣.

(٩) الوسائل ١٩: ٢٥٠، ب١ من السبق والرماية، ح٤.

(١٠) الوسائل ١٩: ٢٥٤، ب٤ من السبق والرماية، ح١، وليس فيه: «جعل».

(١١) الوسائل ١٩: ٢٤٩، ب١ من السبق والرماية، ح١.

(و) كيف كان فـ(ـتحقيق هذا الباب يستدعي فصولاً):

[الألفاظ المستعملة في السبق]:

(الأوّل: في الألفاظ المستعملة فيه):

(فالسابق) أي المجلّى من خيل الحلبة المجتمعة للسباق و(هو الذي يتقدّم) ولو (بالعنق والكتد) بفتح التاء وكسرها وهو العالي بين الظهر وأصل العنق ويعبّر عنه بـ«ـالكاهل». (وقيل) [١] يكفي التقدم (بـأُذنه، والأوّل أكثر) [٢].

فالتحقيق حينئذٍ إيكاله إلى العرف، ولعلّه في زماننا لا يصدق إلّا أن يسبق بالكلّ.

وبالجملة: فالمدار على العرف إن كان، وإلّا فلا بدّ من التقييد لرفع الغرر والنزاع بناءً على اعتبار المعلومية في ذلك وإن كان القائل بالأوّل أكثر، والله العالم.

(والمصلّى) منها أيضاً هو (الذي يحاذي) بـ(ـرأسه صلوى السابق) فصاعداً، (والصلوان) وهـ(ـما) العظمان النابتان (عن يمين الذنب وشماله).

والتالي للمصلّى هو الثالث، ويليه البارع الرابع؛ لأنّه برع المتأخّر عنه وفاته.

ثمّ المرتاح وهو الخامس من الارتياح بمعنى النشاط، فكأنّه نشط فلحق بالسوابق. والسادس: الحظي؛ لأنّه حظي عند صاحبه حين لحق بالسوابق، أي صار ذا حظوة ونصيب عنده أو في مال الرهان. والسابع: العاطف، لأنّه عطف إلى السوابق أي مال إليها أو كرّ عليها فلحقها. والثامن: المؤمّل؛ لأنّه يؤمّل اللحوق بالسوابق. والتاسع: اللطيم وزان فعيل بمعنى مفعول لأنّه يلتطم إذا أراد الدخول إلى الحجرة الجامعة للسوابق. والعاشر: السكيت بالتصغير مخفّفاً ويجوز تشديده سمّي به لسكوت ربّه إذا قيل لمن هذا أو لانقطاع العدد عنده.

وليس لما بعد العاشر من خيل الحلبة اسم إلّا الذي هو آخر الخيل كلّها، فيقال له: الفسكل بكسر الفاء

---

[١] والقائل الإسكافي[(١)].

[٢] لقوله صلى الله عليه وآله: «بعثت والساعة كفرسي رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأُذنه»[(٢)].

وفيه:

مع إمكان حمله على المبالغة نحو قوله عليه السلام: «من بنى مسجداً ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنّة»[(٣)].

مع امتناع بناء مسجد كذلك ـ أنّه لا دلالة فيه على كون السابق على الإطلاق كذلك؛ إذ النزاع فيه لا المقيّد بنحو ذلك.

كما أنّ في الأوّل منعاً واضحاً إن أُريد الحمل عليه، وإن كان العرف على خلافه؛ ضرورة عدم الوضع الشرعي فيه، وعلى تقديره فلا مدخلية له في ألفاظ المتراهنين.

---

(١) نقله في المختلف ٦: ٢٥٧.

(٢) تهذيب تاريخ دمشق ٧: ١٢١. انظر البحار ٦: ٣١٥، ح٢٧، أيضاً.

(٣) الوسائل ٥: ٢٠٤، ب٨ من أحكام المساجد، ح٢، وليس فيه: «ولو».

والكاف أو بضمّهما الذي هو آخر فرس يجيء في الرهان [١].

ولا يخفى عليك أنّه لا مدخلية لهذه الأسماء في شيء من أحكام الباب ؛ ضرورة بناء أحكامها على مسمّياتها لا على أسمائها وهو يتبع عرف المتراهنين ، أو ما يتّفقون عليه في بيان ذلك فقد يعبّرون عن المجلّى والمصلّى وغيرهما بغير أسمائها كما هو واضح .

(**و**) على كلّ حال فقد عرفت أنّ (**السبق بسكون الباء**) في الأصل (**المصدر**) ثمّ نقل إلى المعاملة الخاصّة (**وبالتحريك العوض**) في هذه المعاملة (**وهو**) المسمّى بـ(**ـالخطر**) ، بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحتين والندب بالتحريك والرهن ، ومنه أخذ الرهان بهذه المعاملة .

(**والمحلّل**) هو (**الذي يدخل بين المتراهنين**) ولا يبذل معهما عوضاً بل يجري فرسه بينهما أو في أحد الجانبين على وجه يتناوله العقد ، على أنّه (**إن سبق**) بنفسه أو مع غيره (**أخذ**) العوض أو بعضه على حسب الشرط (**وإن**) لم يـ(**ـسبق لم يغرم**) شيئاً (**والغاية مدى السباق**) ومنتهاه .

(**والمناضلة المسابقة والمراماة**) [٢].

(**ويقال : سبّق : بتشديد الباء إذا أخرج السبق**) بالتحريك أي العوض منه لغيره (**وإذا أحرزه : أيضاً**) باستحقاقه له قبضه أم لم يقبضه .

---

[١] **وقيل : إنّه السكيت**[١] .

[٢] قال في الصحاح : « ناضله أي راماه يقال : ناضلت فلاناً فنضلته إذا غلبته ، وانتضل القوم وتناضلوا : أي رموا للسبق »[٢] .

وعن التذكرة : « السباق اسم يشتمل على المسابقة بالخيل حقيقة وعلى المسابقة بالرمي مجازاً ولكلّ واحد منهما اسم خاص فيختصّ الخيل بالرهان ، ويختصّ الرمي بالنضال »[٣] .

وفي المسالك : « إطلاق المناضلة على ما يشتمل المسابقة ليس بمعروف لغة ولا عرفاً ، ولعلّ المصنّف ومن تبعه في ذلك تجوّزوا في الإطلاق ، وبعض الفقهاء عنون الكتاب بالمسابقة والمناضلة ، وهو الموافق لما سمعته من أهل اللغة »[٤] .

قلت :

يمكن أن يريد المصنّف [بقوله : والمناضلة : المسابقة والمراماة] أنّ المناضلة المسابقة في الرمي ويكون قوله : « والمراماة » تفسيراً .

وإطلاق السبق على الرمي هو الموافق لقوله عليه السلام : « لا سبق ... إلى آخره[٥] » على أن يكون المراد منه الغلبة في السبق المعنوي ، والأمر سهل .

---

(١) حكاه في المسالك ٦ : ٧٣ . انظر جامع المقاصد ٨ : ٣٢٣ . جمهرة اللغة ٣ : ١٢٧٢ .

(٢) الصحاح ٥ : ١٨٣١ .

(٣) التذكرة ٢ : ٣٦٠ (حجرية) .

(٤) المسالك ٦ : ٧٥ .

(٥) الوسائل ١٩ : ٢٥٢ ـ ٢٥٣ ، ب ٣ من السبق والرماية ، ح ١ ، ٢ ، ٤ .

(**والرشق ـ بكسر الراء ـ عدد الرمي**) أي عدد ما يرمى به من السهام، يقال: رمى رشقاً أي رمى بسهامه التي يريد رميها كلّها، وإذا حصل الاتّفاق على خمسة خمسة، فكلّ خمسة يقال له: رشق، وعن بعض[1] أهل اللغة تخصيصه بما بين العشرين والثلاثين.

(**و**) أمّا (**بالفتح**) فهو (**الرمي**) الذي هو المصدر يقال: رشقه يرشقه رشقاً، إذا رماه بالسهم، (**ويقال**) أيضاً: (**رشق وجه ويد**) بكسر الراء (**ويراد به الرمي على ولاء حتى يفرغ الرشق**)، فيكون مشتركاً إذا كان الإطلاقان على جهة الحقيقة [١].

(**و**) على كلّ حال فـ(**ـيوصف السهم**) المرامى به (**بـ**)ـأوصاف كثيرة [٢].

وهي: (**الحابي والخاصر والخازق والخاسق والمارق والخارم**).

(**فالحابي: ما زلج**) أي زلق (**على الأرض ثمّ أصاب الغرض**) بمعنى أنّه يقع دون الهدف ثمّ يحبو إلى الغرض فيصيبه، مأخوذ من حبو الصبي، وجمعه حوابي [٣].

(**والخاصر**) بالخاء المعجمة والصاد المهملة من الخاصرة هو: (**ما أصاب أحد جانبيه**) أي الغرض [٤].

(**والخازق**) بالخاء والزاء المعجمتين (**ما خدشه**) أي الغرض.

---

[١] وفي الصحاح: «الرشق ـ بالكسر ـ، الاسم وهو الوجه من الرمي، فإذا رمى القوم بأجمعهم في جهة واحدة قالوا: رمينا رشقاً»[2].

وفي المسالك: «والمراد برشق اليد هذا المعنى، وإضافة الرشق إلى اليد كإضافته إلى الوجه، فيقال: رشق وجه، ورشق يد إذا كانت جهة الرمي واحدة، ويمكن مع ذلك إضافته إليهما معاً كما يظهر من العبارة»[3].

قلت: قد يقال: ظاهر الولاء الذي في العبارة غير الاتحاد في الجهة المذكور في الصحاح.

[٢] ذكر في محكيّ التحرير منها ستّة عشر[4]، ومحكيّ كتاب فقه اللغة تسعة عشر اسماً[5].

واقتصر المصنّف على ستّة منها؛ لما عرفت سابقاً من عدم فائدة معتد بها في ذلك.

[٣] وفي محكيّ الصحاح: «سهم زالج يتزلّج عن القوس»[6].

[٤] وفي المسالك: يسمّى جائزاً، وقيل: الجائز ما سقط من وراء الهدف، وقيل: ما وقع في الهدف عن أحد جانبي الغرض فهو مخطئ إن كان شرط الإصابة في الغرض ومصيب إن كان في الهدف[7].

---

(١) المسالك ٦: ٧٥.
(٢) الصحاح ٤: ١٤٨١.
(٣) المسالك ٦: ٧٦.
(٤) التحرير ٣: ١٦٥ ـ ١٦٧.
(٥) فقه اللغة: ١٩٩.
(٦) الصحاح ١: ٣١٩.
(٧) المسالك ٦: ٧٧.

٢١٦/٢٨

(**والخاسق : ما فتحه وثبت فيه**) [١].

(**والخارق**[١]) بالخاء المعجمة والراء المهملة هو (**الذي يخرج من الغرض نافذاً**) من الخرق بمعنى الشقّ [٢]. (**والخارم**) : هو (**الذي يخرم حاشيته**) أي الغرض [٣].

(**ويقال**) أيضاً في اسم السهم : (**المزدلف**) ، وهو (**الذي يضرب الأرض ثمّ يثيب إلى الغرض**) و[الظاهر أنّه مرادف للحابي] [٤]. لكن قد يفرق بينهما بـ[ـاعتبار] [٥] القوّة في الثاني بخلاف الحابي [٦]. (**والغرض ما يقصد إصابته وهو الرقعة والهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره**) كحائط ونحوه. وقد يطلق على الغرض : القرطاس ، وإن لم يكن قرطاساً. وقد يجعل في الغرض نقش كالهلال يقال لها : الدائرة ، وفي وسطها شيء آخر يقال له : الخاتم ، والإصابة تتبع الشرط ، فقد يكفي فيها الهدف ، وقد لا يكفي إلّا الخاتم كما هو واضح. (**والمبادرة**) أحد قسمي المراماة و(**هي أن يبادر أحدهما**) مثلاً (**إلى**) مطلق (**الإصابة**) أو إصابة عدد معيّن (**مع التساوي في الرشق**) من مقدار معيّن أو مطلق ، فلو أصاب أحدهما في أوّل الرشق وأخطأ الآخر فهو ناضل له. ولو أصابا معاً لم يناضل أحدهما الآخر. ولو اشترطا إصابة خمسة في ضمن العشرة فأصاب أحدهما فيها وأخطأ الآخر فهو ناضل له وإن أصاب أيضاً لم يتناضلا [٧]. (و) القسم الثاني : (**المحاطّة**) و(**هي إسقاط ما تساويا فيه من الإصابة**) بعد تساويهما

---

[١] لكن عن نهاية ابن الأثير : « خرق السهم وخسق إذا أصاب الرمية ونفذ فيها ، وسهم خازق وخاسق »[٢]. وفي الصحاح : « الخازق من السهام المقرطس ، والخاسق لغة في الخازق »[٣]. وقال في باب السين : « سمّي الغرض قرطاساً يقال : رمى بمقرطس إذا أصابه »[٤]. ونحوه عن القاموس[٥]. وظاهر الجميع أنّهما بمعنى واحد وهو النفوذ كما في النهاية ، والإصابة كما في الصحاح والقاموس. وعن الثعالبي في سر العربية : « إذا أصاب الهدف فهو مقرطس ، وخازق وخاسق وصائب »[٦].

[٢] لكن في المسالك : لم يذكره أحد من أهل اللغة ممّن وقفت على كلامه في أسماءه ، وفي بعض نسخ الكتاب : المارق بالميم بدل الخارق ، وهو الصواب الموافق لكلام أهل اللغة[٧].

[٣] وفي المسالك أيضاً : « لم يذكره أهل اللغة »[٨]. والأمر سهل.

[٤] [كما أنّ] ظاهر القواعد أنّه رديف للحابي[٩].

[٥] [كـ]ـما تشعر به عبارة المصنّف من اعتبار[ذلك].

[٦] **بل في المسالك : « أنّ هذا هو الظاهر من التذكرة »**[١٠].

[٧] **وإلى ما ذكرناه يرجع تفسيرها في المسالك بأنّها « اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابة عدد معيّن من مقدار رشق معيّن مع تساويهما فيه »**[١١]. ضرورة أنّه أعمّ منه كما هو مقتضى إطلاق المصنّف.

---

(١) في الشرائع : «والمارق».
(٢) النهاية (لابن الأثير) ٢ : ٢٩.
(٣) الصحاح ٤ : ١٤٦٩.
(٤) الصحاح ٣ : ٩٦٢ ، وفيه : «فقرطس» بدل «قرطس».
(٥) حكاه في المسالك ٦ : ٧٨. انظر القاموس المحيط ٣ : ٣٣١. و٢ : ٣٥٠.
(٦) فقه اللغة : ١٩٩.
(٧) المسالك ٦ : ٧٨ ـ ٧٩.
(٨)(٩) المسالك ٦ : ٧٩. القواعد ٢ : ٣٧٧.
(١٠)(١١) المسالك ٦ : ٨٠، ٨٢.

في الرشق فإن نضل أحدهما الآخر فهو ناضل له، وإلّا لم يتناضلا، سواء اشترطا عدداً معيّناً أو لا؛ لأنّ المدار على تساويهما في الرشق، ونضل أحدهما الآخر، وأمّا غير ذلك فهو على حسب الشرط [١]، [وليست المناضلة قسم ثالث بل هي ترجع إليهما]. نعم ربّما قيل: إنّ الجواب من دون «ياء» قسم ثالث للمراماة وهي أن يحتسب بالإصابة للغرض والهدف ويسقط الأقرب للغرض ما هو الأبعد منه، ولا بأس به.

[ما يسبق به]:

الفصل (**الثاني: فيما يسابق به**):

(**و**) لا ريب أنّ الأصل عدم ترتّب آثار هذا العقد وحينئذٍ فـ(**يقتصر في الجواز على النصل والخفّ والحافر وقوفاً**) فيما خالف الأصل (**على مورد الشرع**) [٢].

---

[١] وهذا مقتضى إطلاق المصنّف، وإليه أو إلى بعضه يرجع تفسيرها في المسالك: «بأنّها اشتراط العوض لمن خلص له من الإصابة عدد معلوم بعد مقابلة إصابات أحدهما بإصابات الآخر وطرح ما اشتركا فيه»[(١)]، ثمّ أكثر من الأمثلة. ولكن إطلاق المصنّف أجود. ومنه يظهر أنّه لا وجه لمناقشة المصنّف بأنّ المقصود من معناهما غير حاصل من لفظه، وبدخول كلّ منهما في تعريف الآخر. كما أنّ منه أيضاً يعلم رجوع المناضلة إليهما، لا أنّها قسم ثالث كما في القواعد[(٢)]، مع أنّ المحكي من التحرير[(٣)] صريح في مرادفتها له.

[٢] والإجماع على شرعيّته في الجملة لا يقتضي العموم. كما أنّ كون الحكمة فيه الاستعداد للجهاد كذلك أيضاً [أي لا عموم فيها]. بل ولا ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[(٤)]، بعد أن ذكرنا غير مرّة أنّ المراد منها العموم في أنواعها لا أفراد كلّ نوع منها الذي يرجع في مشروعيّته إلى ما دلّ على مشروعية نوعه إن كان على جهة العموم أو الإطلاق الشامل للفرد المشكوك فيه وليس في المقام ذلك. بل ظاهر خبر «الحصر» و«نفرة الملائكة عند الرهان ولعن صاحبه»[(٥)] خلافه. وبذلك يظهر لك النظر فيما في المسالك[(٦)] فلاحظ وتأمّل. نعم أطنب في الحدائق[(٧)] في اضافة الطيور إلى الثلاثة مستدلّاً على ذلك بنصوص قاصرة السند ولا جابر. على أنّ خبر الحمام[(٨)] منها محتمل لإرادة اللعب به بلا مسابقة ولإرادة الخيل منه. بل قيل: إنّه المتعارف في لسان أهل المدينة، بل لعلّه أيضاً ظاهر أو محتمل الاستدلال عليه في خبره للنبوي[(٩)] المتضمّن لإجراء الخيل، بل ربّما احتمل في نصوص الريش[(١٠)] منها إرادة السهم ذي الريش، وليس في عطفه على النصل في أحد الخبرين[(١١)] دلالة على التغاير بينهما، بعد احتمال كونه من عطف المرادف أو الخاصّ على العام المؤيّد بإسقاط العطف وإبدال النصل بالريش في الخبر الثاني[(١٢)] المصرّح فيه بحرمة الباقي. كلّ ذلك مضافاً إلى الإجماع المحكي مستفيضاً على الحصر في الثلاثة.

---

(١) المسالك ٦: ٨٢.
(٢) القواعد ٢: ٣٨١.
(٣) التحرير ٣: ١٨١.
(٤) المائدة: ١.
(٥)(١١) الوسائل ١٩: ٢٥١، ب١ من السبق والرماية، ح٦.
(٦) انظر المسالك ٦: ٨٥.
(٧) الحدائق ٢٢: ٣٦١ـ ٣٦٤.
(٨)(١٢) الوسائل ١٩: ٢٥٣، ب٣ من السبق والرماية، ح٣.
(٩) الوسائل ١٩: ٢٥١، ب١ من السبق والرماية، ح٦، و ٢٥٣، ب٣، ح٣، ٢٥٤، ب٤، ح١.
(١٠) الوسائل ١٩: ٢٥١، ب١ من السبق والرماية، ح٦، ٢٥٣، ب٣، ح٣.

(و) كيف كان فـ(**يدخل تحت النصل : السهم والنشاب والحراب**) والسكين (**والسيف**) والرمح [١] (**ويتناول الخفّ : الإبل والفيلة اعتباراً باللفظ**) الشامل لذلك [٢] . (**وكذا يدلّ الحافر على الفرس والحمار والبغل**) فيجوز المسابقة عليها [٣] . (و) كيف كان فـ(**لا تجوز المسابقة**) المشتملة على عوض (**بالطيور ولا على القدم ولا بالسفن ولا بالمصارعة**) ولا بغير ذلك ممّا هو غير الثلاثة المزبورة [٤] .

---

[١] قال في الصحاح : « النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح »(١) ، وفيه أيضاً : « النشّاب السهام »(٢) فيكون عطفه عليه هنا من عطف التفسير . وعن مبسوط الشيخ : أنّه باعتبار اللغات ، فيقال : سهم في لغة العرب ونشّاب في لغة العجم(٣) . وفي المسالك : « إنّ حصر النصل فيما ذكر هو المعروف لغة وعرفاً فلا يدخل فيه مطلق المحدّد كالدبوس وعصا المرافق إذا جعل في رأسها حديدة ونحو ذلك عملاً بالأصل السابق » . ولكن مع ذلك قال : « ويحتمل الجواز بالمحدّد المذكور ، إمّا لادّعاء دخولها في الأصل أو لإفادتها فائدة النصل في الحرب فقد كان بعض مشائخنا المعتمدين يجعل وضع الحديدة في عصا المرافق حيلة على جواز الفعل نظراً إلى دخوله بذلك في النضل »(٤) . وهو كما ترى ؛ ضرورة أنّه لا وجه للاحتمال المزبور بعد الاعتراف بأنّ الحصر المزبور هو المعروف لغة وعرفاً ، فإنّ ادّعاء دخولها يكون غلطاً حينئذٍ . كدعوى لحوقها في الحكم وإن لم تدخل في الموضوع كما هو واضح .

[٢] **بلا خلاف أجده فيه بيننا ، بل ظاهر المسالك الإجماع عليه**(٥) ، بل حكاه(٦) فيها عن أكثر العامّة أيضاً . نعم عن بعضهم(٧) المنع ؛ لأنّه لا يحصل بها الكرّ والفرّ ، فلا معنى للمسابقة عليها ، وكأنّه مال إليه بعض(٨) متأخّري المتأخرين منّا ، لكنّه في غير محلّه ؛ إذ هو كالاجتهاد في مقابلة النصّ . ودعوى انصرافه إلى الأوّل خاصّة ممنوعة على أن كرّ كلّ حيوان وفراره بحسب حاله .

[٣] كما في المسالك(٩) . خلافاً لبعض(١٠) العامّة فمنع منها في الأخيرين ؛ لأنّهما لا يقاتل عليهما عملاً غالباً ، ولا يصلحان للكرّ والفرّ . ومال إليه بعض(١١) متأخّري المتأخّرين لذلك ، ولدعوى عدم انصراف الإطلاق إلى ما يشملهما . لكنّه في غير محلّه كما عرفت ، خصوصاً بعد مقاتلة أمير المؤمنين عليه السلام على بغلة رسول الله صلى الله عليه وآله(١٢) .

[٤] **بلا خلاف أجده فيه بيننا ، بل الإجماع بقسميه عليه** . مضافاً إلى الحصر السابق ، ولعن الملائكة الرهان في غيرها وأنّه قمار حرام . **نعم عن بعض**(١٣) **العامّة جواز المسابقة بالجميع** : ١ ـ لإمكان الاحتياج إلى الطيور في حمل الكتب واستعلام حال العدوّ وتعارف الحرب على الأقدام كتعارفه بالسفن في البحر . ٢ ـ والنبوي المروي من طرقهم : « أنّه صلى الله عليه وآله سابق عائشة بالقدم مرّتين ، سبق في إحداهما وسُبق في الآخر »(١٤) . وأنّه صارع ثلاث مرّات كلّ مرّة على شاة فصرع خصمه في الثلاث وأخذ منه ثلاث شياه(١٥) . ولكن لم يثبت شيء من ذلك عندنا ، بل الظاهر الثابت خلافه كما عرفت .

---

(١) الصحاح ٥ : ١٨٣٠ .
(٢)(٣) الصحاح ١ : ٢٢٤ . المبسوط ٦ : ٢٩٠ .
(٤) المسالك ٦ : ٨٥ ، وفيه : « كالدبوس » بدل « كالدبوس » و « المداقق » بدل « المرافق » .
(٥) المسالك ٦ : ٨٥ .
(٦)(٩) المسالك ٦ : ٨٦ .
(٧) حكاه في المسالك ٦ : ٨٦ .
(٨)(١١) انظر الرياض ٩ : ٤٠٦ ـ ٤٠٧ .
(١٠)(١٣) المغني (لابن قدامة) ١١ : ١٢٩ .
(١٢) البحار ٢٢ : ٢٨٢ ، ح ٤١ .
(١٤) السنن الكبرى ١٠ : ١٨ .
(١٥) السنن الكبرى ١٠ : ١٨ . المستدرك ١٤ : ٨٢ ، ب ٤ من السبق والرماية ، ح ٢ ، مع اختلاف فيهما .

وأمّا جوازها [= المسابقة بالطيور وغيرها] بدون عوض [١] [فالجواز أرجح] [٢]. فيجوز حينئذٍ المسابقة بالأقدام ورمي الحجر ورفعه والمصارعة والآلات التي لا تشتمل على نصل والطيور [٣].

---

[١] **فقد حكي فيه قولان**[١]، قيل[٢]: إن منشأهما فتح الباء في لفظ « سبق » المروي في خبر الحصر[٣] وسكونها، فعلى الأوّل الذي هو المشهور لا يدلّ إلّا على عدم مشروعيّة بذل العوض في غير الثلاثة ولا تعرّض فيها لغير ذلك، فيبقى على أصالة الجواز، وعلى الثاني يدلّ على المنع مطلقاً.

[٢] لكن يرجّح الأوّل مع شهرة روايتها كذلك أنّ احتمال الأمرين يرفع دلالتها على المنع مطلقاً، فيبقى أصالة الجواز خالية عن المعارض، مضافاً إلى إمكان ترتّب غرض صحيح عليها يخرجها عن اللهو واللعب، مع أنّهما لم يثبت تحريمهما على وجه الإطلاق بحيث يشمل المجرّد عن الآلات المعدّة لمثل ذلك.

[٣] ولعلّ من ذلك مصارعة الحسنين عليهما السلام بمحضر النبي صلى الله عليه وآله ومكاتبتهما وغيرهما ممّا هو مروي عن الحسن عليه السلام أيضاً[٤]. ومن ذلك وغيره جزم به ثاني الشهيدين ومن تبعه. لكن في الرياض: « أنّ الأشهر خلافه، بل ظاهر المهذّب والمحقّق الثاني وصريح المحكي عن التذكرة أنّ عليه إجماع الإمامية في جميع الأمور المذكورة »[٥]، ثمّ اختاره: ١ ـ للإجماع المزبور المعتضد بالشهرة. ٢ ـ وبما دلّ[٦] على حرمة اللهو واللعب لكون المسابقة في المذكورات منها بلا تأمّل. ٣ ـ وخصوص ما مرّ من المعتبرة[٧] المنجبر قصور سندها بالشهرة، بل وعمل الكلّ ولو في الجملة الدالّة على تنفّر الملائكة عند الرهان، ولعنها صاحبها ما خلا الثلاثة، مع التصريح في بعضها بأنّ ما عداها قمار محرّم[٨]. ودعوى توقّف صدق القمار والرهانة على بذل العوض غير معلوم الصحّة مع صدقهما سيّما الرهانة بدونه عرفاً وعادة. وربّما جعل ذلك كلّه قرينة على صحّة رواية السكوني التي دلالتها على عدم الصحّة بل الحرمة ظاهرة؛ لعدم إمكان إرادة نفي الماهية فتحمل على أقرب المجازات، وهو إمّا نفي جميع أحكامها التي منها الصحّة والمشروعية أو نفيهما خاصّة؛ لأنّه المتبادر من نفي الماهية بلا شبهة، سيّما مع الاعتضاد بما عرفته من أدلّة الحرمة. وبذلك يظهر الجواب عمّا في الكفاية من أنّه لا دلالة في الرواية على الحرمة على النسختين فإنّه على الفتح يحتمل أن لا لزوم أو لا تملّك أو لا فضل للسبق والعوض إلّا في هذه الثلاثة من بين الأفعال التي يسابق عليها، وحينئذٍ فلا دلالة لها على تحريم الفعل أو الملاعبة مع العوض أيضاً في غير الثلاثة، بل لا يدلّ على تحريم العوض أيضاً، وعلى السكون يحتمل أن يكون معناها لا اعتداد بسبق في أمثال هذه الأمور إلّا في الثلاثة، أو لا فضل لسبق إلّا في الثلاثة، فلا دلالة فيها على التحريم. إذ هو كما ترى بعد ما عرفت؛ إذ لا ريب في بعد الاحتمالات التي ذكرها، ولهذا لم يشر أحد من الأصحاب إلى جريان شيء منها في الرواية، بل أطبقوا على دلالتها على الحرمة، وإنّما اختلفوا لاختلاف النسخة في متعلّقها هل هو العوض خاصّة أو نفس الرهانة، وأين هذا الإطباق من صحّة ما ذكره؟! بل ينبغي القطع بفساده سيّما مع ما عرفت من الروايات بل للأدلّة الأخر الظاهرة في الحرمة وأخبارهم يكشف بعضها عن بعض[٩]. هذا حاصل ما في الرياض ونقلناه بطوله لجودة محصوله.

---

(١)(٢) المسالك ٦: ٨٧.
(٣) الوسائل ١٩: ٢٥٢ ـ ٢٥٣، ب ٣ من السبق والرماية، ح ١، ٢، ٤.
(٤) المستدرك ١٤: ٨٣، ب ٤ من السبق والرماية، ح ٣.
(٥)(٩) الرياض ٩: ٤٠٨ ـ ٤١٠.
(٦) الوسائل ١٩: ٢٥١، ب ١ من السبق والرماية، ح ٥. وانظر ١٧: ٣١٢، ٣١٦، ٣١٨، ٣٢٢، ٣٢٣، ب ١٠٠ ـ ١٠٤ ممّا يكتسب به.
(٧) الوسائل ١٩: ٢٥١، ب ١ من السبق والرماية، ح ٦.
(٨) الوسائل ١٩: ٢٥٣، ب ٣ من السبق والرماية، ح ٣.

لكن ينبغي أن يعلم أنّ التحقيق الحرمة وعدم الصحّة إذا أُريد إيجاد عقد السبق بذلك[١]، سواء كان بعوض أو بدونه[٢].

أمّا فعله لا على جهة كونه عقد سبق فالظاهر جوازه[٣].

بل لا يبعد جواز إباحتهما العوض على ذلك والوعد به مع استمرار رضاهما به لا على أنّه عوض شرعي ملتزم[٤].

[عقد المسابقة]:

الفصل (**الثالث: في عقد المسابقة والرماية**):

(**وهو يفتقر**) مضافاً إلى ما يعتبر في غيره من العقود من البلوغ والعقل ونحوهما (**إلى إيجاب وقبول**) كغيره من العقود بالنسبة إلى ذلك وإلى جميع ما يعتبر في اللازم منها، بناءً على أنّه منها من العربية والمقارنة ونحو ذلك.

---

[١] إذ لا ريب في عدم مشروعيّته.

[٢] ولو للأصل، فضلاً عن النهي في خبر الحصر[(١)].

[٣] للأصل، والسيرة المستمرة على فعله في جميع الأعصار والأمصار من الأعوام والعلماء. وما ورد من مصارعة الحسن والحسين عليهما السلام ومكاتبتهما والتقاطهما حبّ قلادة أمّهما[(٢)].

بل ما روته العامّة من مسابقة النبيّ صلى الله عليه وآله لعائشة بقدمه فسبق وسبق[(٣)] لو قلنا بصحّة ذلك وعدم منافاة مثله لمنصب النبوّة؛ لأنّه من المداعبة مع الزوجة وغير ذلك.

[٤] بل قد يحمل عليه ما روي عن النبيّ صلى الله عليه وآله في طرق العامّة من المسابقة بالقدم مع أشخاص ثلاثة على شاة فغلب الثلاثة وأخذ الشياه الثلاث[(٤)] ملتزم به.

والمراد من الخبر على السكون: لا عقد سبق، فإنّ السبق اسم لهذه المعاملة كالبيع والصلح والإجارة، وعلى الفتح: لا سبق إلّا في الثلاثة؛ لعدم مشروعيّة عقد السبق في غيرها، وحينئذٍ يتّحد المراد منها على النسختين، والإجماعات المزبورة إنّما هي على ما ذكرنا من عدم مشروعية عقد السبق في غير الثلاثة، وإن كان بغير عوض ففعله حينئذٍ تشريع محرّم؛ لا أنّ المراد حرمة مطلق المغالبة، وإن تعلّق بها غرض صحيح.

ودعوى أنّها مطلقاً لهو ولعب، وهما مطلقاً حرام واضحة المنع، خصوصاً بعد معروفيّة مداعبة الصلحاء ومغالبتهم في كثير من الأمور، بل ربّما عدّ مثلها عبادة.

وبذلك ظهر لك ما في كلام جملة من الأصحاب وأنّه غير محرّر، فإنّ جملة من كلماتهم تقضي بأنّ محلّ البحث إيقاع عقد المسابقة، وجملة منها تقضي بحرمة مطلق المغالبة بغير الثلاثة، وإن لم يكن على أنّه عقد مسابقة؛ لأنّها لهو ولعب وقمار، إلّا أنّ التحقيق ما عرفت.

---

(١)(٢) تقدّم في ص٥٥٨.

(٣) تقدّم في ص٥٥٧.

(٤) المغني لابن قدامة ١١: ١٢٨، ١٢٩. المستدرك ١٤: ٨٢، ب ٤ من السبق، ح ٢.

نعم الظاهر جريان المعاطاة فيه كغيره بناءً على عموم مشروعيّتها. (وقيل)[١]: (هي جعالة فلا تفتقر إلى قبول ويكفي البذل)[٢].

(وعلى الأوّل فهو لازم كالإجارة)[٣].

(وعلى الثاني هو جائز، شرع فيه أو لم يشرع) كالجعالة.

وإن كان التحقيق خروجه عنهما معاً؛ ضرورة انتفاء جملة من خواص كلّ منهما فيه:

منها: العوض فإنّ الظاهر عدم اعتباره فيه[٤].

ومنها: عدم معلوميّة السابق.

ومنها: عدم رجوع العمل للجاعل.

إلى غير ذلك ممّا يظهر بأدنى تأمّل على وجه يقطع بخروج هذا العقد عنهما وكونه عقداً برأسه[٥].

---

[١] والقائل الشيخ رحمه الله[١] فيما حكي عنه والفاضل في محكي مختلفه[٢].

[٢] كما يكفي فيها [= الجعالة] قول من ردّ عبدي فله درهم ونحوه.

[٣] لعموم «أوفوا» و«المؤمنون» والأصل.

[٤] لإطلاق الأدلّة وعمومها، بل وقد وقع من رسول الله صلى الله عليه وآله بدونه.

قال الصادق عليه السلام في خبر طلحة بن زيد: أغار المشركون على سرح المدينة، فنادى فيها منادٍ يا سوء صباحاه، فسمعها رسول الله صلى الله عليه وآله فركب فرسه في طلب العدو وكان أوّل أصحابه ولحقه أبو قتادة على فرس له وكان تحت رسول الله صلى الله عليه وآله سرج دفّتاه من ليف ليس فيه أشر وبطر فطلب العدوّ فلم يلقوا أحداً، وتتابعت الخيل قال أبو قتادة: يا رسول الله إنّ العدوّ قد انصرف فإن رأيت أن نستبق؟

فقال: «نعم فاستبقوا فخرج رسول الله صلى الله عليه وآله سابقاً ثمّ أقبل عليهم فقال: أنا ابن العواتك من قريش إنّه لهو الجواد البحر»[٣].

[٥] وثاني الشهيدين وإن ذكر ذلك هنا احتمالاً، لكنّه جزم بعد ذلك بخروجه عنهما[٤] كالمحقّق الثاني، وعليه فرّع جملة من الأحكام الخارجة عنهما محتجّاً عليه بأنّه عقد برأسه[٥]، بل لعلّ الأصحاب أجمع كذلك، وإن وقع من بعضهم كونه إجارة أو جعالة، إلّا أنّ مرادهم كالأوّل في اللزوم والاحتياج إلى القبول، وكالثاني في الجواز وعدم الاحتياج إلى القبول العقدي لا أنّ المراد كونه فرداً منهما، ولذا جعلوا له كتاباً مستقلّاً على نحو غيره من العقود وأثبتوا له أحكاماً لا توافق شيئاً من العقدين كما هو واضح. وعلى كلّ حال فالدليل على عقديته ذكر الأصحاب له في نظمها [= العقود].

---

(١) المبسوط ٦: ٣٠٠.

(٢) المختلف ٦: ٢٥٥.

(٣) الوسائل ١٩: ٢٤٩، ب ١ من السبق والرماية، ح ٢.

(٤) المسالك ٦: ٨٩.

(٥) انظر جامع المقاصد ٨: ٣٢٦.

. . . . . .

بل ظاهر المصنّف في النافع والفاضل في المختلف[١]، بل وغيرهما المفروغية من ذلك وأنّ التردّد إنّما هو في اللزوم والجواز.

وإن كان ظاهره هنا تفريع لزومه وجوازه على عقديته وعدمه، لكنّه في غير محلّه؛ ضرورة كون كلّ منهما أعمّ من ذلك.

كما أنّ التردّد في الجواز واللزوم بعد فرض عقديته في غير محلّه؛ ضرورة أنّ الأصل في العقد اللزوم؛ لعموم «أَوْفُوا» والاستصحاب الذي مقتضاه ذلك أيضاً، وإن لم نقل بعقديته.

وما في المختلف: من أنّ المراد من الأمر بالوفاء بالعقد العمل على مقتضاه إن كان جائزاً، وليس المراد مطلق العقود، وإلّا لوجب الوفاء بالجائزة[٢] واضح الفساد؛ ضرورة ظهور الأمر بالوفاء بالشيء التزامه والعمل به، لا العمل بمقتضاه من جواز أو لزوم.

ومن هنا كان طريقة الأصحاب حتى هو الاستدلال بها على اللزوم، وإلّا كان دوراً واضحاً.

وخروج العقود الجائزة منها للأدلّة لا ينافي بقاء حجّيتها في الباقي.

وبذلك كلّه ظهر لك أنّه لا إشكال في اللزوم على تقدير عقديته الذي قد عرفت ثبوتها من التسالم المزبور، بل ومن أنّ ثبوت العوض في ذمّة المسبوق مع فرض كون الإيجاب من السابق من الأمور التي لا تثبت إلّا بالعقود المعلوم كون موردها نحو ذلك، بخلاف موارد الانشاء.

على أنّه على فرض الشكّ في كونه عقداً أو غيره فالأصل عدم ترتّب الأثر بالإيجاب خاصّة، ولا ينافيه إطلاق المسابقة بعد فرض الشكّ فيها.

وفي الرياض بعد الفراغ من عقديته، قال: «وحينئذٍ الأجود الاستدلال على اعتبار القبول أن يقال: إنّ الوجه فيه ظاهر على القول باللزوم، وكذا على القول بالجواز، بناءً على أنّ لزوم العوض المبذول بعد العمل للسابق على المسبوق لا يتأتّى إلّا على اعتبار قبوله؛ إذ لولاه لأمكنه الامتناع من بذله بعد العمل مدّعياً عدم رضاه بالإيجاب، ولعلّه خلاف الإجماع، بل العوض لازم عليه بهذا العمل كالجعالة بلا خلاف، ولا يتمّ ذلك إلّا بالقبول، لكن هذا إنّما يجري لو كان السابق هو الموجب، ولو انعكس أمكن عدم الاحتياج إلى القبول كالجعالة، إلّا أنّه يمكن التعميم بعدم القول بالفصل فتأمّل»[٣]. وفيه:

أوّلاً: أنّه لا حاجة إلى هذا الاستدلال بعد فرض معلوميّة كونه عقداً؛ لما هو معلوم من أنّه المركّب من الإيجاب والقبول، سواء كان جائزاً أو لازماً.

وثانياً: أنّ المراد اعتبار القبول العقدي واللزوم بعد العمل يمكن أن يكون لحصول الرضا وإن لم يكن على جهة القبول العقدي كالجعالة.

---

(١) انظر المختصر النافع: ١٨٥. المختلف ٦: ٢٥٥.

(٢) المختلف ٦: ٢٥٥.

(٣) الرياض ٩: ٤١٢، وفيه: «التتميم» بدل «التعميم».

كما أنّ ما فيه [=الرياض] أيضاً بعد تسليم اللزوم في هذا العقد بمعنى عدم جواز الامتناع من بذل العوض بعد تمام العمل لما في ذلك من الضرر على السابق بتضييع عمله المحترم الذي لم يقع إلّا برضاه بدفع العوض عنه : « من منع اللزوم بمعنى وجوب العمل عليه ابتداءً وعدم جواز الفسخ قبله أو بعده قبل التمام للأصل ، ولأنّه إنّما التزم فيه ببذل العوض بعد حصول السبق ؛ إذ لا معنى لقوله : « من سبق فله كذا » غير ذلك ، وهو غير الالتزام بنفس العمل في العوض في بدو الأمر ، بل حالها حينئذٍ كالجعالة ، فلكلّ منهما فسخها ابتداءً أو في الأثناء ، ولكن يجب على المسبوق منهما للسابق بذل العوض الذي عيّناه[١] .

لا يخلو من نظر أيضاً ؛ ضرورة عدم الدليل على أنّ كيفيّة العقد ما ذكره ، بل لعلّ الظاهر خلافه ، وأنّ ذلك يذكر بعد إنشائهما الالتزام بالمسابقة والمراماة الذي مقتضاه وجوب فعل ذلك منهما كما هو مقتضى العقود اللازمة ، وكأنّه لا خلاف فيه .

قال الفاضل في القواعد : « وعلى اللزوم يجب البدأة بالعمل لا بتسليم السبق »[٢] . وفي جامع المقاصد في شرح ذلك : « الظاهر أنّه لا خلاف فيه »[٣] .

بل لا يخفى على من تأمّل غير ذلك من كلماتهم ، **خصوصاً القواعد والتذكرة وجامع المقاصد : أنّه لا إشكال على اللزوم في وجوب العمل وعدم جواز الفسخ[٤] . بل يظهر من القواعد وغيرها التوقّف في الفسخ على الجواز في بعض الصور ، قال فيها بعد أن استقرب الجواز : « فلكلّ منهما فسخه قبل الشروع ، ويبطل بموت الرامي والفرس ، ولو مات الفارس فللوارث الإتمام على إشكال » إلى أن قال : « وإن كان بعد الشروع وظهور الفضل مثل أن يسبق بفرسه في بعض المسافة أو يصيب بسهام أكثر فللفاضل الفسخ لا المفضول على إشكال »[٥] . بل في جامع المقاصد : « أنّ الأصح عدم الجواز ، وهو مقرّب التذكرة »[٦] .**

لأنّ ذلك يؤدّي إلى سدّ باب المسابقة ؛ إذ متى ظهرت أمارات الغلبة لأحدهما فسخ الآخر ، وإن كان هو كما ترى بعد استصحاب بقاء الجواز .

نعم ربّما كان ذلك مؤيّداً للقول باللزوم من الأصل .

ثمّ لا يخفى عليك ما في قوله [= الفاضل في القواعد] : « للوارث الإتمام » ؛ إذ لا ريب في الانفساخ على اللزوم فضلاً على الجواز ؛ ضرورة كون المغالبة وقعت بين الشخصين لا ورثتهما فهو كالمستأجر المشترط عليه المباشرة .

ودعوى أنّ المراد بالمسابقة امتحان الفرس لا الفارس ـ وبذلك افترقت عن المراماة وانفسخت بموت الفرس ـ واضحة المنع ، كوضوح فساد أصل الحكم ، خصوصاً بعد ملاحظة قصور الوارث عن ذلك ، لكونه طفلاً أو أُنثى أو نحو ذلك . ودعوى استنابة غيرهم في ذلك كما ترى . وبذلك كلّه بان لك بحمد الله تعالى الحال في جميع أطراف المسألة .

---

(١) الرياض ٩ : ٤١٣ .

(٢)(٥) القواعد ٢ : ٣٧٥ .

(٣) جامع المقاصد ٨ : ٣٣٦ .

(٤) انظر القواعد ٢ : ٣٧٥ . التذكرة ٢ : ٣٥٦ . جامع المقاصد ٨ : ٣٣٥ .

(٦) جامع المقاصد ٨ : ٣٣٥ ، وفيه : « عدم اللزوم » .

(و) كيف كان فـ[ـالمختار][١] أنّه (**يصحّ أن يكون العوض عيناً أو ديناً**) على حسب غيره من المعاملات[٢].

نعم ستعرف فيما يأتي أنّه يعتبر في ملكه العمل على وجه يكون جزء السبب، فلا يصحّ ضمانه لو كان ديناً قبله ولا الرهن عليه أو لا يعتبر ذلك، وإنّما هو شرط كاشف والسبب العقد[٣].

(**وإذا بذل السبق غير المتسابقين صح إجماعاً**) من المسلمين إذا كان الإمام.

ومطلقاً[٤] [من المؤمنين].

(**وإذا[١] بذله أحدهما أو هما صحّ عندنا ولو لم يدخل بينهما محلّل**)[٥].

(**ولو بذله الإمام من بيت المال جاز**)[٦]؛ (**لأنّ فيه مصلحة**) للإسلام والمسلمين وهي مصرفه.

(**ولو جعلا السبق للمحلّل بانفراده**) إذا سبق (**جاز أيضاً**)[٧].

فلا يستحقّ أحدهم شيئاً إذا سبق، بل يكون السبق لباذله؛ لعدم حصول السبق ممّن بذل له.

وكذا لو سبق أحدهما والمحلّل إذا كان الشرط سبق المحلّل لهما.

نعم لو كان الشرط سبقه ولو لأحدهما استحقّ حينئذٍ.

(**وكذا**) يجوز (**لو قيل: من سبق منّا**) أي الثلاثة (**فله السبق عملاً بإطلاق الإذن في الرهان**) المقتضية جواز ذلك وغيره، ويرجع في معناه إلى العرف كما تسمع في نظائره.

---

[١] [**كما**] **لا خلاف ولا إشكال في** [**ذلك**].

[٢] لإطلاق الأدلّة وعمومها وخصوص ما وقع من النبيّ ﷺ من بذل النخلات والأواقي من الفضّة[٢].

[٣] **وإن أطلق في المسالك هنا ضمانه والرهن عليه**[٣]، والأمر سهل.

[٤] [**إجماعاً**] **من المؤمنين.**

خلافاً لبعض العامّة فخصّ جوازه بالإمام[٤]؛ لأنّ له النظر في الجهاد. وضعفه واضح؛ إذ هو ومقدّماته مرغّب فيه مطلقاً.

[٥] **خلافاً لبعض**[٥] **العامّة أيضاً فلم يجوّزه من أحدهما خاصّة**؛ معلّلاً له بأنّه قمار، وهو كالاجتهاد في مقابلة النصّ الذي منه الإطلاق والعموم. **ولابن الجنيد فلم يجوّزه منهما من دون دخول محلّل**؛ لخبر عامّي[٦] لا يصلح لمعارضة إطلاق الأدلّة وعمومها.

[٦] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٧] لإطلاق الأدلّة وعمومها.

---

(١) في الشرائع: «ولو».

(٢) انظر الوسائل ١٩: ٢٥٤، ب ٤ من السبق والرماية.

(٣) المسالك ٦: ٩٠.

(٤)(٥) المغني (لابن قدامة) ١١: ١٣١.

(٦) نقله في المختلف ٦: ٢٥٦.

(و) كيف كان فيـ(**ستفتقر في المسابقة إلى شروط خمسة**) : الأوّل : (**تقدير المسافة ابتداءً وانتهاءً**) [١].

(و) الثاني : (**تقدير الخطر**) بعد معرفة جنسه [٢].

نعم قد يجيء على القول بأنّها جعالة جواز جهالته في بعض الوجوه ،كما أنّه لا إشكال في اعتبار معلوميّته بناءً على أنّها إجارة ، وإن كان التحقيق خلافهما ، وأنّها عقد مستقلّ يشارك كلّاً منهما في بعض الأُمور وينفرد عنهما بأُمور أُخر.

(و) الثالث : (**تعيين ما يسابق عليه**) بالمشاهدة ؛ لأنّ المقصود امتحان الفرس وذلك يقتضي تعيينه ، بل لا يكفي الوصف حينئذٍ ، وإن كفى في السلم الذي يراد به الكلّي لا الشخصي.

(و) الرابع : (**تساوي ما به السباق في**) أصل (**احتمال السبق**) وإن رجح في أحدهما ، (**فلو كان أحدهما ضعيفاً تيقّن قصوره عن الآخر لم يجز**) [٣].

(**الخامس : أن يجعل السبق لأحدهما أو للمحلّل ، فلو جعل لغيرهما لم يجز**) [٤].

نعم لو جعل للمسبوق فات الغرض بسبب اقتضاء ذلك حرص كلّ واحد منهما على كونه مسبوقاً ، فيفوت الغرض [٥]. [ويشترط تساوي الدابّتين جنساً] فلا يجوز المسابقة بين الخيل والبغال مثلاً [٦].

---

[١] ١ ـ للغرر. ٢ ـ ولأنّه مع عدم تعيين الغاية قد يديمان السير فتهلك الدابة. ٣ ـ ولأنّ من الخيل ما يقوى سيره في ابتداء المسافة ، ثمّ يأخذ بالضعف ، وهو عتاق الخيل ومنها بالعكس ، وهو هجانها وصاحب الأوّل يريد قصر المسافة والآخر يريد طولها ، فيؤدّي عدم التعيين حينئذٍ إلى النزاع المعلوم من الشارع إرادة حسمه ، فعلى هذا لا يجوز استباقهما بل وبدون غاية لمعرفة أيّهما يقف.

[٢] للغرر في المجهول ، وإثارة النزاع.

[٣] لعدم الاستعلام فيه حينئذٍ. لكن لا يخفى عليك المناقشة في دليل كثير منها ، أو جميعها كما تسمعه في الشرائط الآتية. اللهمّ إلّا أن يكون إجماعاً كما عساه يظهر من نفي الخلاف من بعضهم[1] ، وإن كان هو كما ترى.

[٤] **بلا خلاف** ؛ للأصل بعد الشكّ في تناول إطلاق الأدلّة له ، ولما قيل[2] : من أنّه مفوّت للغرض من عقد المسابقة وهو التحريض في طلب الغلبة وبذل الجهد في الفروسية ونحوها ، وإن كان لا يخلو من مناقشة.

[٥] **بل في المسالك : «وكذا لا يجوز جعل القسط الأوفر للمسبوق ، ويجوز العكس لحصول الغرض في الجملة بالنسبة إلى الزيادة ، كما يجوز جعلها خاصّة عوضاً»**[3]. ولكن قد يناقش بالشكّ في تناول إطلاق الأدلّة له إن لم يكن ظاهرها خلافه ، والأصل الفساد. وزاد في محكي التذكرة سادساً : وهو تساوي الدابتين جنساً[4].

[٦] لأنّه مناف للغرض من استعلام قوّة الفرس بالسباق مع جنسها. ومرجعه إلى الأصل السابق [من الفساد] بعد فرض الشكّ في تناول الإطلاق له ، بل يمكن استفادته أيضاً من المتن. نعم يمكن منع الشكّ المزبور مع حصول احتمال سبق كلّ منهما.

---

(١) لم نعثر عليه.
(٢) انظر المسالك ٦: ٩٤.
(٣) المسالك ٦: ٩٤.
(٤) التذكرة ٢: ٣٥٦ (حجرية).

أمّا لو تساويا جنساً لا صنفاً كالعربي والبرذون والبختي والعربي فالأقوى الجواز مع فرض تحقّق الاحتمال المزبور [١]. [ولا يشترط إرسال الدابتين دفعة إلّا أن يكون هناك شرط فيتّبع]. نعم يعتبر معرفة مقدار ذلك مع فرض الاشتراط تخلّصاً عن الجهالة المفضية إلى التنازع مع احتمال الاكتفاء في تحقّق السبق من أحدهما [٢]. [ويشترط أن يجعلا المسافة بمقدار طاقة الفرسان فلو لم ينتهيا إلى الغاية إلّا بانقطاع أو تعب شديد بطل العقد]. [ولا يشترط أن يكون مورد العقد ممّن يستعدّ للقتال كما في مثل الصبيان بعد عقد أوليائهم].

---

[١] لتناول الإطلاق. **و[زاد في محكيّ التذكرة] سابعاً: وهو إرسال الدابّتين دفعة لمنافاة الغرض مع عدمه؛ إذ ربّما كان السبق مستنداً إلى إرسال أحدهما أوّلاً**[(١)].

وفيه: أنّه يتبع الشرط، ولذا لا يشترط التساوي في الموقف، كما ستعرف.

[٢] **و[زاد] ثامناً: وهو أن يستبقا على الدابّتين في الركوب، فلو عقدا على إرسال الدواب بنفسها كان باطلاً**[(٢)].

وفيه: أنّه خروج عن موضوع السبق لا أنّه من شروطه.

و[زاد] تاسعاً: وهو أن يجعلا المسافة بحيث يحتمل الفرسان قطعها ولا ينقطعان دونها، فلو كانت بحيث لا ينتهيان إلى غايتها إلّا بانقطاع أو تعب شديد بطل العقد[(٣)]. **و[زاد] وعاشراً: وهو أن يكون مورد العقد ممّن يستعدّ للقتال، فلا يجوز السبق والرمي للنساء؛ لأنّهنّ لسن من أهل الحرب**[(٤)].

وفيه: منع خصوصاً في مثل الصبيان بعد العقد من أوليائهم.

والحادي عشر: العقد المشتمل على أركانه المعتبرة فيه[(٥)].

وفيه: أنّ نحو ذلك ليس من الشرائط على أنّ الظاهر الاكتفاء فيه بالمعاطاة، وقد تقدّم في كلام المصنّف ما يدلّ عليه.

والثاني عشر: عدم تضمّن العقد شرطاً فاسداً، فلو قال: إن سبقتني فلك هذه العشرة ولا أرمي بعد هذا أبداً، أو لا أُناضلك إلى شهر بطل؛ لأنّه شرط ترك قربة مرغّب فيها، ففسد وأفسد[(٦)].

وفيه: أوّلاً: أنّه ليس من الشرائط. وثانياً: منع عدم صحّته. وبذلك كلّه ظهر لك الحال في أكثر هذه الشرائط، وأنّه لا دليل عليها بالخصوص وكأنّ كثيراً منها موافق لمذاق العامّة. والتحقيق ما عرفت من صحّة ما يفهم من الأدلّة منها، وما يشكّ في شرعيّة العقد الفاقد لها منها؛ لأنّ الأصل الفساد وإلّا فإطلاق الأدلّة ينفيه. **هذا وفي القواعد: «وليس لأحدهما أن يجنب إلى فرسه فرساً آخر يحرّضه على العدو، ولا يصيح به في وقت سباقه»**[(٧)]. ولعلّه للنبوي المرسل: «لا جلب ولا جنب»[(٨)]. لكن عن نهاية ابن الأثير: «الجلب هو أن يتبع الرجل فرسه فيزجره، ويجلب عليه ويصيح حثّاً له على الجري، والجنب بالتحريك أن يجنب فرساً إلى فرسه الذي يسابق عليه، فإذا فتر المركوب تحوّل إلى المجنوب فنهوا عنهما»[(٩)]. وهو غير ما في القواعد، بل قد يتوقّف في أصل الحكم؛ لعدم ثبوت دليله، بل لعلّ إطلاق الدليل يقتضي خلافه، خصوصاً مع التصريح باشتراط نحو ذلك منهما، والله العالم.

---

(١)(٢) التذكرة ٢: ٣٥٦ (حجرية).
(٣)(٤) التذكرة ٢: ٣٥٦ (حجرية).
(٥)(٦) التذكرة ٢: ٣٥٦ (حجرية).
(٧) القواعد ٢: ٣٧٦.
(٨) المستدرك ١٤: ٣٢٣، ب١٦ من عقد النكاح، ح١.
(٩) النهاية (لابن الأثير) ١: ٢٨١، ٣٠٣.

(و) على كلّ حال فـ(**هل يشترط التساوي في الموقف؟ قيل: نعم**) [١].

(**والأظهر**) أنّه (**لا**) يشترط بعد فرض احتمال السبق؛ (**لأنّه مبني على التراضي**) [٢]. هذا كلّه في السبق.

(**وأمّا الرمي فيفتقر إلى العلم بأُمور ستّة**) والبحث فيها نحو ما عرفته في السبق:

الأوّل: (**الرشق**) - بكسر الراء - الذي قد عرفت أنّه عدد الرمي [٣].

ولكن قد تقدّم لنا في «المبادرة» ما يستفاد منه عدم اشتراط ذلك مع فرض كون الشرط الإصابة مع التساوي في الرمي، فمع حصولها من أحدهما في المرّتين أو الثلاث فهو ناضل للآخر.

(و) الثاني: (**عدد الإصابة**) كخمس من عشرين رمية؛ لأنّ الاستحقاق وبيان حذق الرامي بها، فلو عقدا على أن يكون الناضل منهما أكثرهما إصابة من غير بيان العدد لم يصحّ، كما لو جعل السبق على الخيل لا إلى غاية [٤].

[والظاهر] الجواز مع فرض ضبط عدد الرمى بل لعلّ ذلك قسم من المحاطة [٥] [وهي إسقاط ما تساويا فيه من الإصابة بعد تساويهما في الرشق].

[والظاهر جواز اشتراط والإصابة في جميع العدد المشروط].

(و) الثالث: (**صفتها**) من خزق أو خرق وغيرهما من الصفات [٦].

---

[١] لفوات الغرض الذي هو معرفة الفرس والفارس.

[٢] فيشمله إطلاق الأدلّة و«المؤمنون عند شروطهم»[1]، وإلى هذا يرجع الشرط السابع كما أومأنا إليه سابقاً.

[٣] إذ لو لم يعين أمكن أن يطلب المسبوق تعدّد الرمي حتّى تحصل الإصابة ويمتنع الآخر، فيفضي إلى التنازع المعلوم من حكمة الشارع خلافه.

[٤] **وظاهر المسالك الإجماع عليه**[2]، فإن تمّ [الإجماع] كان هو الحجّة، وإلّا فإطلاق الأدلّة يقتضي [ذلك].

[٥] **قيل: «وأكثر ما يجوز اشتراطه من الإصابة ما نقص عن عدد الرمي المشروط بشيء وإن قلّ، ليكون تلافياً للخطأ الذي يتعذّر أن يسلم منه المتناضلون، وأحذق الرماة من أصاب تسعة من عشرة، فلو شرطاها كذلك جاز لبقاء سهم الخطأ. وربّما قيل بعدمه لندوره، وأقلّ ما يشترط من الإصابة ما يحصل به التفاضل، وهو ما زاد على الواحد»**[3].

وفيه: أنّ الإطلاق يقتضي جواز اشتراطها في جميع العدد المشروط أيضاً.

[٦] للغرر مع عدمه.

وفيه: أنّ الإطلاق يقتضي جواز اشتراط مطلق الإصابة التي هي قدر مشترك بين الجميع.

نعم لو أرادا معيناً اعتبر ذكره، ولعلّه على هذا يحمل الشرط المزبور؛ إذ ذاك هو أيضاً بمنزلة التعيين؛ لأنه يسمّى القارع المصيب للغرض كيف كان، ويسمّى الخاصل بل والخارق على بعض معانيه السابقة.

---

(١) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

(٢)(٣) المسالك ٦: ٩٧.

[ولكن الظاهر جواز اشتراط مطلق الإصابة].

(و) الرابع: معرفة (**قدر المسافة**) التي يرميان منها بالمشاهدة أو ذكر المساحة إلّا أن يكون عادة ينصرف إليها الإطلاق فتكفي حينئذٍ عن ذلك.

نعم يعتبر فيها احتمال الإصابة منهما ولو نادراً على الأقوى، فلو عيّنا مسافة يعلم عدم إصابتهما أو أحدهما فيها لم يصحّ.

(و) الخامس: (**الغرض**) الذي هو المقصود بالإصابة، فلا بدّ من العلم بموضعه من الهدف ارتفاعاً وانخفاضاً وقدره بالنسبة إلى الضيق والسعة، ولعلّ مشاهدته تكفي عن ذلك.

(و) السادس: (**السبق**) حذراً من الغرر والجهالة المفضية إلى النزاع المعلوم من الشارع إرادة رفعه لا ثبوته. لكن الظاهر عدم اعتباره في الصحّة.

نعم حيث يشترط يجب معرفته بما يرتفع معه النزاع، ولا دليل على اعتبار أزيد من ذلك.

(و) كذا يفتقر الرمي إلى العلم بـ(**تماثل جنس الآلة**) من كون القوس مثلاً عربياً أو فارسياً [١].

[ولا يفتقر إلى ذلك مع احتمال الاصابة، بل لا يضرّ اختلاف النوع، ويجوز إطلاق العقد مجرّداً عنه، وإنّما يتمّ مع اشتراطه].

وحيث يشترط التعيين أو يشترطانه لا يجوز لأحدهما العدول عن المشترط [٢]، إلّا برضا صاحبه فيجوز حينئذٍ؛ لأنّ له إسقاط حقّه.

(**وفي اشتراط**) تعيين أحد القسمين أي (**المبادرة والمحاطة**) في عقد الرماية (**تردّد**) [٣].

---

[١] لاختلاف الرمي باختلاف ذلك، فهو حينئذٍ بمنزلة تماثل حيوان السبق.

وإنّما فصّله [في الشرائع] عن الشرائط السابقة؛ لأنّه إنّما يفتقر إليه في العقد لا ممّا يجب أن يعلم بخلافها. لكن قد عرفت فيما مضى عدم الدليل على اشتراط نحو ذلك، مع احتمال الإصابة، بل إطلاق الأدلّة يقتضي خلافه.

ولذلك قيل[1] هنا: لا يشترط التعيين ولا يضرّ اختلاف النوع، ويجوز إطلاق العقد مجرّداً عنه، وإنّما يتمّ مع اشتراطه.

ثمّ إن كان هناك عرف تعيّن حمل الإطلاق عليه، وإلّا كان لهما الخيار فيما يتّفقان عليه.

وفي المسالك: «هذا هو الأقوى»[2].

[٢] لعموم «المؤمنون»[3].

[٣] **بل وخلاف.**

---

(١) نقله في المسالك ٦: ٩٨.

(٢) المسالك ٦: ٩٧.

(٣) الوسائل ٢١: ٢٧٦، ب ٢٠ من المهور، ح ٤.

ولكن (**الظاهر أنّه لا يشترط**) لانصراف إطلاق العقد إلى المحاطة [١].

نعم لو فرض عدم انصراف الإطلاق اتّجه الاشتراط حينئذٍ [٢].

والأقوى الأوّل [وهو انصراف الإطلاق إلى المحاطة].

(**وكذا لا يشترط تعيين**) شخص (**القوس والسهم**) [٣].

فالأقوى لزومه مع الاشتراط وإن كان اشتراطه غير معتبر في صحّة العقد [٤].

[أحكام النضال]:

(**الفصل الخامس**[١] **: في أحكام النضال**) الشامل للسبق على ما عرفته سابقاً.

(**وفيه مسائل**):

[لو قال أجنبي لخمسة: من سبق فله خمسة ثمّ تساووا في بلوغ الغاية]:

(**الأُولى: إذا قال أجنبي لخمسة**) مثلاً: (**من سبق فله خمسة فتساووا في بلوغ الغاية فلا شيء لأحدهم**) [٥]؛ (**لأنّه لا سبق**) لأحدهم.

---

[١] **على الأشهر كما قيل**[٢]؛ إذ اشتراط السبق إنّما يكون لإصابة معيّنة من أصل العدد المشترط في العقد، وذلك يقتضي إكمال العدد كلّه؛ ليكون الإصابة المعيّنة منه، فإنّهما إذا عقدا على أنّ من أصاب خمسة من عشرين كان له كذا، فمقتضاه رمي كلّ منهما العشرين، وإلّا لم يتحقّق كون الخمسة التي حصلت الإصابة بها من العشرين، وذلك هو معنى المحاطة؛ إذ المراد بها خلوص إصابة الخمسة من رمي العشرين لواحد؛ ولأنّها أجود فائدة في الرمي باعتبار إكمال العدد غالباً.

وقيل: يحمل على المبادرة؛ لأنّها الغالب في المناضلة ولأنّ المتبادر من اشتراط السبق لمن أصاب عدداً معيّناً استحقاقه إيّاه متى ثبت له ذلك الوصف[٣]. وعلى كلّ حال لا وجه للاشتراط بعد فرض الانصراف المزبور.

[٢] للغرر، وتفاوت الأغراض والرماة، فإنّ منهم من يكثر في الابتداء ويقل في الانتهاء وبالعكس.

وعن الفاضل في التذكرة اختياره[٤]**، واستجوده في المسالك**[٥].

[٣] لإطلاق الأدلّة، **بل قيل: لو عيّنه لم يتعيّن**[٦].

وعن التذكرة: بل يفسد العقد بذلك، كما في كلّ شرط فاسد[٧]. وإن كان هو كما ترى؛ ضرورة عدم كونه من الشرط المخالف.

[٤] لعموم: «المؤمنون»، ولإمكان تعلّق الغرض بذلك. وعدم اعتباره في الصحّة لا يقتضي فساده كما هو واضح.

[٥] **بلا خلاف ولا إشكال.**

---

(١) في الشرائع: «الرابع».

(٢)(٥) المسالك ٦: ٩٩.

(٣) نقله في المسالك ٦: ٩٩.

(٤) التذكرة ٢: ٣٦٢ (حجرية).

(٦) المسالك ٦: ١٠٠.

(٧) التذكرة ٢: ٣٦١ (حجرية).

كما [أنّ المختار][١] في أنّه (**لو سبق أحدهم كانت الخمسة له**) لتحقّق الوصف فيه دون غيره.

(**و**) أمّا (**إن سبق اثنان منهم**) فـ[ـالمختار][٢] [أنّه] (**كانت**) الخمسة (**لهما**) بالنصف (**دون الباقين، وكذا لو سبق ثلاثة أو أربعة**) بالثلث أو الربع موزّعة على الرؤوس[٣].

---

[١] [بـ]ـلا خلاف (**و**) لا إشكال.

[٢] [كما] في المتن وعن جماعة.

[٣] لظهور كون المراد بذل الخمسة لا غير لمن حصل له الوصف المزبور متّحداً أو متعدّداً خصوصاً مع تشخّصها، بل مع فرض منع الظهور بلا إشكال في الاحتمال، والأصل براءة الذمّة من وجوب دفع الزائد فيقسّمها السابقون.

وقيل: يستحقّ كلّ واحد منهم خمسة[١]، واختاره في جامع المقاصد[٢] وتبعه في المسالك[٣]:

١ ـ لأنّ «من» للعموم الذي هو بمعنى كلّ فرد، بل الحكم في جميع القضايا الكلّية كذلك، على أنّ لفظ «من» مفرد، بدليل عود الضمير إليها كذلك فهي بمعنى أي فرد.

٢ ـ ولأنّ العوض في مقابل السبق وقد وقع من كلّ واحد، فيستحقّ كلّ منهم كمال العوض.

وقد صرّح المصنّف والفاضل[٤] في كتاب الجعالة باستحقاق كلّ واحد الدرهم في نحو قوله: «من دخل داري فله درهم» فدخلها جماعة؛ لأنّ كلّ واحد منهم قد دخل دخولاً كاملاً.

ولا يقدح في ذلك عدم معرفة العوض حينئذٍ؛ لعدم معرفة السابقين؛ لأنّ المعتبر العلم بأصل القدر في الجملة، ولذا جاز «من سبق فله كذا» و«من صلّى فله كذا».

وقد يناقش بأنّ مقتضى عموم الأفراد الذي هو بمعنى لكلّ واحد سابق عدم استحقاق واحد منهم شيئاً مع التعدّد؛ ضرورة عدم صدق الواحد السابق على الجميع عليه. قد اتّفق القولان على عدمه فليس المراد حينئذٍ إلّا العموم في «من» باعتبار الصلة الذي هو بمعنى كلّ سابق الشامل للمتّحد والمتعدّد:

١ ـ إمّا لدعوى ظهوره في ذلك.

٢ ـ أو لأنّه كذلك بعد انتفاء الأوّل، وهذا لا يتمّ إلّا بملاحظة كون السابق المجموع.

ضرورة كونه هو الذي تحقّق فيه السبق المطلق بخلاف كلّ فرد، فإنّما المتحقّق فيه مطلق السبق الشامل للاضافي الذي نحقّق صدق السبق معه ليس بأولى من صدق عدمه بخلاف المجموع، فإنّه يصدق اسم السبق المطلق عليه، ولا يصحّ عدم صدق السبق عليه، وبذلك افترق ما نحن فيه عن نحو «من دخل داري» وكان نحو «من ردّ عبدي». وقد اشترك في ردّه جماعة، وصحّ كلام الشيخ والمصنّف والفاضل[٥]، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق نافع.

---

(١) نقله في المسالك ٦: ١٠٢.

(٢) جامع المقاصد ٨: ٣٤٠.

(٣) المسالك ٦: ١٠٢.

(٤) الشرائع ٣: ١٦٥. التحرير ٤: ٤٤٢.

(٥) انظر المبسوط ٢: ٢٩٥. الارشاد ١: ٤٣٢.

(و)[المختار][١][أنّه] فيما (**لو قال: من سبق فله درهمان، ومن صلّى فله درهم**)[٢]، (**فلو سبق واحد أو اثنان أو أربعة فلهم الدرهمان، ولو سبق واحد وصلّى ثلاثة وتأخّر واحد كان للسابق درهمان وللثلاثة درهم ولا شيء للمتأخّر**) ولو سبق ثلاثة مثلاً وصلّى واحد وتأخّر واحد كان الدرهمان للثلاثة وللمصلّي درهم ولا شيء للمتأخّر؛ إذ ذاك كلّه مبنيّ على ما عرفت، وحينئذٍ يكون للمصلّي أكثر من السابق في الفرض الأخير[٣].

[لو كان المتراهنان اثنين وأخرج كل واحد منهما سبقاً وأدخلا محلّلاً ثمّ قالا أيّ الثلاثة سبق فله السبقان]:

المسألة (**الثانية: لو كان**[١]) المتراهنان (**اثنين**) مثلاً (**وأخرج كلّ واحد منهما سبقاً وأدخلا محلّلاً، وقالا: أيّ الثلاثة سبق فله السبقان فإن سبق أحد المستبقين كان السبقان له**)[٤].

(**على ما اخترناه**) من جواز جميع صور بذل السبق.

(**وكذا لو سبق المحلّل**) لحصول الوصف فيه (**ولو سبق المستبقان كان لكلّ واحد منهما مال نفسه ولا شيء للمحلّل**)[٥].

(و) كذا الحال فيما (**لو سبق أحدهما والمحلّل كان للسابق**[٢] **مال نفسه**)؛ لأنّه لم يسبقه أحد (**ونصف مال المسبوق ونصفه الآخر للمحلّل**) لاشتراكهما في صفة السبق له[٦].

---

[١] [كما] منه يظهر لك الوجه فيما ذكره المصنّف.

[٢] **حيث قال: [فلو سبق...].**

[٣] ومن هنا قال في المسالك تبعاً لجامع المقاصد[٣]: «وهو خلاف الأمر المعتبر في العقد، فإنّه يشترط فيه أن يجعل للسابق أزيد ممّا يجعل للمصلي، فلو ساوى بينهما... لم يصحّ، فما زاد أولى ومن ثمّ احتمل البطلان هنا لفوات الغرض» ثمّ قال: «وردّ بأنّ استحقاق الزيادة هنا باعتبار التفرّد بالوصف، لا باعتبار جعل الفاضل للمتأخّر، وفيه نظر لمنافاة الغرض المقصود على التقديرين وعلى ما اخترناه من استحقاق كلّ واحد من السابقين القدر المعيّن حينئذٍ يرتفع الإشكال؛ لأنّه لا يتحقّق معه مساواة المصلّي للسابق فضلاً عن رجحانه عليه»[٤]. قلت: قد عرفت سابقاً ما في أصل اشتراط زيادة السابق على أنّه بناءً على ما ذكرنا لا إشكال أيضاً؛ إذ هو المجموع لا كلّ واحد فهو أكثر من المصلي.

[٤] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٥] لكن قد يشكل بأنّه بناءً على ما ذكرناه سابقاً يشتركان في المالين لا أنّه يكون لكلّ واحد منهما مال نفسه. وقد يدفع بأنّ المعهود من عوض السبق إذا كان من المتسابقين أن يبذله المسبوق إذا سبق ولم يسبق في الفرض أحدهما فلا وجه لأخذ العوض منه مع كونه سابقاً.

[٦] لكن قد يشكل بعدم تناول مفروض العبارة لسبق ما زاد على الواحد فيتّجه حينئذٍ عدم استحقاق شيء للمركّب.

اللهمّ إلّا أن يقال بصدق سبق الواحد منهم ولو شاركه غيره، أو يقال: إنّ المراد أيّ الثلاثة ولو المركّب، فتأمّل.

---

(١) في الشرائع: «كانا».

(٢) في الشرائع: «للمستبق».

(٣) انظر جامع المقاصد ٨: ٣٤١ ـ ٣٤٢.

(٤) المسالك ٦: ١٠٣.

(ولو سبق أحدهما وصلّى المحلّل كان الكلّ للسابق عملاً بالشرط) [١].

(وكذا لو سبق أحد المستبقين وتأخّر الآخر والمحلّل).

(وكذا لو سبق أحدهما وصلّى الآخر وتأخّر المحلّل) [٢].

ولو تساووا جميعاً في الوصول إلى الغاية أحرز كلّ منهما مال نفسه ولا شيء للمحلّل، وذلك كلّه واضح.

[حكم ما لو شرطا المبادرة والرشق عشرين والإصابة خمسة]:

المسألة (الثالثة: إذا شرطا المبادرة والرشق عشرين والإصابة خمسة) مثلاً (فرمى كلّ واحد منهما عشرة فأصاب) كلّ واحد (خمسة فقد تساويا في الإصابة والرمي فلا يجب إكمال الرشق؛ لأنّه يخرج عن المبادرة) التي قد عرفت أنّها اشتراط العوض لمن بدر إلى إصابة عدد معيّن من مقدار رشق معيّن مع تساويهما فيه أو أعمّ من ذلك، وحينئذٍ فإذا رميا رشقاً وتساويا في إصابته لم يتحقّق السبق، ولو وجب الإكمال لرجاء السبق في الباقي خرج عن موضوع المبادرة إلى المحاطّة، وهو خلاف المفروض.

(و) كذا لا يجب الإكمال فيما (لو رمى كلّ واحد منهما عشرة فأصاب أحدهما خمسة والآخر أربعة فقد نضله صاحب الخمسة و) حينئذٍ فـ(ـلو سأل) صاحب الأربعة (إكمال الرشق لم يجب) لحصول المبادرة وإلّا خرج عن موضوعها.

(أمّا لو شرطا المحاطّة فرمى كلّ واحد منهما عشرة وأصاب[1] خمسة تحاطّا خمسة بخمسة وأكملا الرشق) رجاءً لحصول السبق؛ لأنّ مقتضى المحاطّة ذلك على ما عرفت من تعريفها.

(و) كذا (لو أصاب أحدهما من العشرة تسعة وأصاب الآخر خمسة تحاطّا خمسة بخمسة وأكملا الرشق) رجاءً لحصول السبق فيما بقي.

(ولو تحاطّا فبادر أحدهما إلى إكمال العدد) الذي اشترط الإصابة فيه (فإن كان مع انتهاء الرشق) منهما (فقد نضل صاحبه) لحصول الفراغ من العقد.

(وإن كان قبل انتهائه فأراد صاحب الأقلّ إكمال الرشق نظر فإن كان له في ذلك فائدة مثل أن يرجو أن يرجّح عليه) كما لو رمى كلّ منهما عشرة فأصابها أحدهما وأصاب الآخر منها خمسة فإنّ صاحب الأقلّ يرجو إصابة العشرة أجمع وخطأ صاحبه له، فينضله حينئذٍ ويكون الخطر له؛ لأنّه بعد التحاطّ يحصل له إصابة الخمسة المفروض اشتراطها في عدد العشرين (أو يساويه) كما لو فرض في المثال خطأ أحدهما للعشرة فإنّه يرجو بالإكمال إصابة

---

[١] خلافاً لما عن بعض العامّة من كون مال المسبوق الآخر للمحلّل الذي هو سابق عليه، وإنّما يحرز السابق مال نفسه[2]. وهو غلط واضح.

[٢] خلافاً لما عن ذلك البعض من العامّة فللسابق سبق نفسه وللمسبوق الثاني سبق نفسه أيضاً؛ لأنّه سابق المحلّل ولا شيء للمحلّل[3].

---

(١) في الشرائع: «فأصاب».

(٢)(٣) حكاه في المسالك ٦: ١٠٤. انظر المجموع ١٥: ١٥١.

العشرة الباقية وخطأ الآخر له، فيساويه ويتحاطّان ولا يستحقّ أحدهما على الآخر شيئاً.

(**أو يمنعه أن ينفرد بالإصابة، بأن يقصر بعد المحاطّة عن عدد الإصابة**)، كما لو فرض إصابة الإثنين من العشرة التي أصابها أجمع صاحبه، فيرجو بالإكمال إصابة العشرة الباقية له وخطأ الآخر فيتحاطّان عشرة بعشرة ويبقى اثنان له ولا يستحقّ أحدهما على الآخر شيئاً فمتى كان كذلك (**أُجبر صاحب الأكثر**) على الإكمال (**وإن لم يكن له فائدة**) لأنّه مغلوب على كلّ حال (**لم يجبر**) صاحب الأكثر على الإكمال (**كما إذا رمى أحدهما خمسة عشر فأصابها ورمى الآخر فأصاب منها خمسة فيتحاطّان خمسة بخمسة**) ويبقى لأحدهما عشرة (**فإذا أكملا فأبلغ ما**) يفرض أنّه (**يصيب**) بها (**صاحب الخمسة ما تخلّف وهي خمسة ويخطئها صاحب الأكثر فيجتمع لصاحب الخمسة**) حينئذٍ (**عشرة فيتحاطّان عشرة بعشرة ويفضل لصاحب الأكثر خمسة فلا تظهر للإكمال فائدة**) وهو واضح كوضوح ما يتصوّر هنا من نحو ذلك.

[حكم ملكية الناضل للعوض]:

المسألة (**الرابعة: إذا تمّ النضال ملك الناضل العوض**) [١]؛ لأنّه مقتضى العقد المحكوم بصحّته شرعاً، بل لا يبعد دعوى الكشف هنا؛ لما عرفته غير مرّة في نظائره [٢].

وبذلك يتوجّه صحّة ضمانه وصحّة الرهن عليه [٣].

وإن قلنا بجواز العقد وإلّا أشكل ذلك [٤].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٢] **وإن كان هو خلاف ظاهر المتن** وغيره، إلّا أنّ سببيّة العقد المعلومة من النصّ والفتوى تقضي بما ذكرناه.

بل لعلّ التدبّر في عبارة المسالك يقضي بذلك [=الكشف] قال: «وكأنّ السرّ في تعليق الملك على تمامية النضال أنّ العقد وإن كان لازماً إلّا أنّ الملك لا يعلم لمن هو قبل تمامه؛ لاحتمال السبق من كلّ منهما وعدمه، فإذا تحقّق السبق على وجه من الوجوه فقد تمّ النضال سواء أكمل الرشق أم لا، وتحقّق الملك للسابق وقبل ذلك لا يحصل بخلاف الإجارة»[1].

وهو ظاهر فيما قلناه.

[٣] **كما صرّح به في القواعد**[2].

[٤] ضرورة أنّه بناء على اعتبار العمل في ثبوته يكون ضمانه من ضمان ما لم يجب وإن قلنا بلزومه؛ إذ هو لا يجدي في صحّتهما مع عدم الثبوت في الذمّة.

وإن كان ظاهر جامع المقاصد[3] **ذلك**، لكنّه في غير محلّه؛ لما عرفت في محلّه أنّ التحقيق كون المدار الثبوت في الذمّة سواء كان بعقد جائز أو لازم.

---

(١) المسالك ٦: ١٠٧ ـ ١٠٨.

(٢) القواعد ٢: ٣٧٥.

(٣) انظر جامع المقاصد ٨: ٣٣٦ ـ ٣٣٧.

[والتحقيق أنّ المدار في صحّة ضمانه والرهن عليه الثبوت في الذمّة سواء كان بعقد لازم أو جائز] [١].

(و) على كل حال فـ(**له التصرّف فيه**) بعد تمامية النضال (**كيف شاء ، وله أن يختصّ به ، وله أن يطعمه أصحابه**) [٢].

(**ولو شرط في العقد إطعامه لحزبه لم أستبعد صحّته**) [٣].

---

[١] إنّما الكلام في توقّف ثبوته في الذمّة على العمل ولا ريب في أنّه عليه يتوجّه ما عن التذكرة من حكايته الإشكال فيه عن بعض الفقهاء[١].

بل في جامع المقاصد : أنّ هذا الإشكال واضح بين[٢] ، ولا مدفع له إلّا ما ذكرناه . ولا يقدح فيه عدم حصول وصف السبق حال العقد ؛ إذ لا مانع من اقتضائه الملك حاله لمن يتّصف بالسبق بعده بناءً على أنّ السبق شرط كاشف .

[٢] لعموم « الناس مسلّطون على أموالهم » . وغيره .

[٣] لعموم « أَوفُوا » و« المؤمنون » .

خلافاً للمحكي عن الشيخ في أحد قوليه من البطلان للشرط والعقد[٣] ، لأنّ عوض العمل يجب أن يكون للعامل كالإجارة فاشتراط خلافه مناف لمقتضاه .

وردّه في المسالك بأنّ إلحاقه بالإجارة قياس مع الفارق ؛ لما عرفت أنّه ليس على نهجها مطلقاً ، بل ولا على نهج المعاوضات لصحّة البذل فيه من الأجنبي الذي لم يصل إليه شيء من العوض الآخر ، فإذا دلّ على صحّته دليل عام كما ذكرنا لم يقدح فيه مخالفته لما أشبهه من العقود مع مغايرته له من وجوه[٤] .

ونحوه في جامع المقاصد[٥] .

قلت : إن كان المراد بالشرط التزام صرف ما هو ملكه بالعقد في مصرف خاصّ فلا يقدح في الإجارة فضلاً عن غيرها . وإن كان المراد اشتراط ذلك على وجه يكون المستحقّ بالعقد غير المتسابقين فقد تقدّم سابقاً اعترافه بأنّ من شرائط صحّة العقد كون العوض ولو من أجنبي لأحد المتسابقين وأنّه لا يجوز لأجنبي .

ويمكن أن يكون المراد اشتراط إطعامه لحزب المسبوق منهما فيما إذا كان عقد المراماة بين حزبين كما تسمعه في المسألة السابعة[٦] .

ووجه البطلان حينئذٍ أنّه رجوع إلى اشتراطه للمسبوق ، وقد عرفت جوازه ، والصحّة للعمومات ، وكون الحزب غير المسبوق .

---

(١) التذكرة ٢ : ٣٥٦ (حجرية) .

(٢) جامع المقاصد ٨ : ٣٣٧ ، وفيه : « متين » بدل « بين » .

(٣) حكاه في المسالك ٢ : ١٠٨ . انظر المبسوط ٦ : ٣٠٢ .

(٤) المسالك ٦ : ١٠٨ .

(٥) جامع المقاصد ٨ : ٣٧٦ .

(٦) يأتي في ص ٥٧٦ .

[لو أُفسد عقد السبق]:

المسألة (**الخامسة: إذا فسد عقد السبق**) بسبب كون العوض خمراً مثلاً أو مجهولاً أو بنحو ذلك ممّا هو من شرائط صحّة العقد (**لم يجب بالعمل أُجرة المثل**) [١].

(**ويسقط المسمّى لا إلى بدل**) [٢].

---

[١] **وفاقاً للمحكيّ عن الشيخ**(١).

[٢] لظهور فساد العقد الذي تضمّنه؛ لأنّه لم يعمل له شيئاً، ولا استوفى منفعة عمله؛ إذ نفع سبقه راجع إليه، بخلاف الإجارة والجعالة الفاسدتين الراجع نفع العمل فيهما إلى المستأجر والجاعل.

ولكن في القواعد وجامع المقاصد ومحكي التذكرة: أنّ له أُجرة المثل، بل يجب أُجرة مثل عمله، وهو مجموع ركضه لا قدر ما سبق به(٢)؛ لأنّه سبق بمجموع عمله لا بذلك القدر؛ لقاعدة ما يضمن بصحيحه.

ولا ينافيه عدم حصول النفع له، فإنّ القراض الفاسد يجب فيه أُجرة المثل، وإن لم يحصل نفع بالعمل للمالك.

وأشكله في المسالك: «بأنّ الالتزام لم يقع إلّا على تقدير العقد الصحيح. والأصل براءة الذمّة من وجوب غير ما وقع عليه العقد، والفرق بينه وبين ما تجب به أُجرة المثل من العقود واضح، لا من جهة ما ذكروه من رجوع نفع عمل العامل إلى من يخاطب بالأُجرة حتى يرد عليه مثل العمل الذي لا يعود عليه نفع في القراض، بل لأنّ تلك العقود اقتضت أمر العامل بعمل له أُجرة في العادة، فإذا فسد العقد المتضمّن للعوض المخصوص بقي أصل الأمر بالعمل الموجب لأُجرة المثل؛ بخلاف هذا العقد فإنّه لا يقتضي أمراً بالفعل، فإنّ قوله: «سابقتك» على معنى أنّ من سبق منّا فله كذا، ونحو ذلك من الألفاظ الدالّة على المراد ليس فيها أمر، ولا ما يقتضيه بفعل له أُجرة، والأصل براءة الذمّة من وجوب غير ما في العقد.

وقاعدة «ما يضمن» لا دليل عليها كلّية، بل النزاع واقع في مواردها، فكلّ ما لا إجماع ولا دليل صالح يدلّ على ثبوت شيء فيه فالأصل يخالف مقتضى القاعدة.

نعم لو اتّفق وقوع العقد بصيغة تقتضي الأمر بالفعل وجوّزناه اتّجه وجوب أُجرة المثل، إلّا أنّ هذا خارج عن وضع الصيغة المعهودة، وإنّما يتمّ حيث لا نخصّه بعبارة، بل كلّ لفظ يدلّ عليه كالجعالة»(٣).

وهو من غرائب الكلام؛ ضرورة أنّه لا مدخلية للفظ الأمر المقصود به إنشاء العقد في وجوب أُجرة المثل بعد فرض فساد العقد.

وإنّما المقتضي لها [= لأُجرة المثل] عدم كون العمل متبرّعاً به، والأصل ضمانه؛ لأنّ عمله كماله، وهو في الجميع حاصل، وإن فرض عدم اعتبار وصول النفع إليه.

على أنّه لا فرق عند التأمّل في أصل الضمان بين ذلك وبين ما ذكره المصنّف (و) غيره، **بل ظاهرهم عدم الخلاف فيه.**

---

(١) المبسوط ٦: ٣٠٢.

(٢) القواعد ٢: ٣٧٥. جامع المقاصد: ٣٣٧. التذكرة ٢: ٣٥٧ (حجرية).

(٣) المسالك ٦: ١٠٩.

[ولكن المختار أنّه يجب بالعمل أُجرة المثل].

[وأمّا ما ذكره المصنف] من أنّه (**لو كان السبق مستحقّاً وجب على الباذل مثله أو قيمته**) [فالمتجه فيه أيضاً أُجرة المثل] [١].

[لو فضل أحدهما الآخر في الاصابة]:

المسألة (**السادسة: إذا فضل[١] أحدهما الآخر في الإصابة، فقال له: اطرح الفضل بكذا قيل: لا يجوز؛ لأنّ المقصود بالنضال إبانة حذق الرامي وظهور اجتهاده**) بحصول الغلبة له (**فلو طرح الفضل بعوض**) أو بغير عوض (**كان تركاً للمقصود بالنضال، فتبطل المعاوضة ويردّ ما أخذ**)ه منه لذلك [٢]. ٢٣٩/٢٨

---

[١] ضرورة اشتراك الجميع في فساد العقد من الأصل.

وكون الأخير صالحاً للصحّة ـ لو أجاز المالك ـ لا يقتضي فرقاً في الحكم المزبور.

ومنه يظهر أنّ المتّجه فيه أيضاً وجوب أُجرة المثل لما عرفت [من عدم كون العمل متبرّعاً به، والأصل ضمانه] دون مثل المسمّى أو قيمته؛ لعدم وجوب المسمّى حتى يتّجه ضمانه بذلك؛ لأنّ الفرض الفساد من الأصل. والقرب من المسمّى الثابت لا يقتضي ضمانه بعد فوات ما يقتضي لزوم المسمّى.

كما أنّ ثبوت نظيره في الصداق على فرض تسليمه لا يقتضي الثبوت هنا بعد حرمة القياس وقد اعترف بجملة من ذلك كلّه في جامع المقاصد والمسالك[٢].

[٢] **بل في المسالك بعد أن حكاه عن المشهور: لم يذكر كثير منهم فيه خلافاً إلّا أنّه قد يشعر من نسبة المصنّف له إلى القيل بتمريضه**[٣]. ووجهه في المسالك:

«بأنّه جعل على عمل محلّل ومنع كون المقصود بالنضال منحصراً فيما ذكر؛ لجواز أن يقصد به كسب المال، فإذا حصل بالسبق أمكن تحصيله بمقدّماته مضافاً إلى أصالة الصحّة وعموم الأمر بالوفاء [بالعقد] والكون مع الشرط ومنافاته للشرع غير متحقّقة»[٤].

وفي الرياض: أنّه أوجه من الأوّل إن لم يكن الإجماع على خلافه انعقد[٥].

وفيه ما لا يخفى إن أُريد إدراجه في الجعالة؛ إذ لا عمل يستحقّ عليه ذلك، بل وفي الصلح؛ لعدم ثبوت حقّ له بذلك على وجه يصحّ بذل العوض عنه.

وكذا إن أُريد أنّها معاوضة برأسها كما هو ظاهر المتن، بل لعلّ ذلك هو مفروض البحث لا جواز ذلك صلحاً أو غيره.

وفيه: أنّه لا دليل على مشروعيّته، وعموم «أوفُوا» إنّما هو للعقود المتعارفة، لا نحو ذلك، خصوصاً بعد ما عرفت من شهرة عدم مشروعيّتها وأنّه لم يذكر فيه خلاف.

---

(١) في الشرائع: «نضل».

(٢) جامع المقاصد ٨: ٣٣٨. المسالك ٦: ١١٠ ـ ١١١.

(٣)(٤) المسالك ٦: ١١١.

(٥) الرياض ٩: ٤٢٣.

من غير فرق بين كون المراد من ذلك إتمام النضال بعد رفع اليد من الفضل، أو رفع اليد عنه رأساً، بل الثاني أولى بالعدم؛ لأنّه من العقود اللازمة.

نعم يشرع فيه التقايل وهو غير المفروض هنا الذي هو طرح الفاضل بالعوض كما هو واضح.

[حكم عقد النضال بني حزبين]:

المسألة السابعة: يجوز عقد النضال بين حزبين كما يجوز بين اثنين [١].

والمراد من تناضل الحزبين إيقاع العقد بين الجماعتين ولو بوكالة كلّ جماعة واحداً منها ويكون كلّ حزب فيما يتّفق لهم من الإصابة والخطأ كالشخص الواحد.

وفي اشتراط تساوي عددهم وجهان بل قولان، أقواهما العدم [٢].

فيرامي واحد مثلاً ثلاثة، بمعنى أنّه يرمي ثلاثة وكلّ واحد منهم مرّة.

وهل يعتبر تعيين كلّ واحد منهما في مقابلة من يرمي معه أو يكفي نصب رئيس لهما يكون الاختيار له في تعيين ذلك؟

ولا ريب في أنّ الأولى الأوّل، وإن كان يقوى جواز ذلك أيضاً إذا فرض تراضيهم في العقد على ذلك.

ولا يعتبر في العاقد عن الحزبين أن يكون مطاعاً فيما بينهم مقدّماً عليهم في الرمي [٣].

ولو شرط السبق من الرئيس خاصّة أو من أجنبي أو من أحد الحزبين أو منهما جاز.

نعم يقسّط على الحزبين بالسوية غرماً وأخذاً إذا لم يشترط التفاوت [٤].

ويشترط قسمة الرشق بين الحزبين بغيركسر فيجب عدد له ثلث إذا كانوا ثلاثة، وربع إذا كانوا أربعة وهكذا. ولو كان في أحد الحزبين من لم يحسن الرمي بطل العقد فيه وفي مقابله، وحينئذٍ يتخيّر كلّ من الحزبين في فسخ العقد لكونه حينئذٍ كتبعّض الصفقة، وكيفيّة الغلبة بين الحزبين على حسبما يشترطونه ويتّفقون عليها بينهم، والله العالم، والحمد لله ربّ العالمين أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً والشكر له على الإكمال.

---

[١] لإطلاق الأدلّة والمرسل عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه مرّ بحزبين من الأنصار يتناضلون فقال: «أنا مع الحزب الذي فيه ابن الأدرع»[(١)].

[٢] لإطلاق الأدلّة.

[٣] **وإن اعتبر ذلك بعض**[(٢)]، ولكن لا دليل معتبر عليه.

[٤] واحتمال التوزيع على قدر الخطأ والإصابة لا دليل عليه.

---

(١) المستدرك ١٤: ٧٩، ب٢ من السبق والرماية، ح٣، وفيه: «إنّه مرّ بقوم من الأنصار يترامون».

(٢) جامع المقاصد ٨: ٣٦٦.

(كتاب الوصايا)

جمع وصيّة من أوصى يوصي أو وصّى يوصّي [١]. والأولى نقلها من الوصية بمعنى مطلق العهد يقال: أوصاه ووصّاه توصية عهد إليه إلى خصوص ما يعهده الإنسان بعد وفاته، بل الوصية بمعنى التمليك ألصق بهذا المعنى من الأوّل كما هو واضح، والأمر سهل. (و) على كلّ حال فـ(**النظر في ذلك يستدعي فصولاً**):

[حكم الوصية]:

(الأوّل: في الوصية وهي:) انشاء الموصي **(تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة)**.

(و) هذه لا إشكال [٢] في أنّها **(تفتقر إلى إيجاب وقبول)** [٣].

---

[١] قال في الصحاح: « أوصيت له بشيء وأوصيت إليه إذا جعلته وصيّك، والاسم معاً الوصاية بالكسر والفتح وأوصيته ووصيّته أيضاً توصية بمعنى، والاسم الوصاة » إلى أن قال: « ووصيّت الشيء بكذا إذا وصلته به »[1].

وذكر غير واحد من الأصحاب أنّ الوصية منقولة من وصى يصي بالمعنى الأخير؛ لما فيها من وصل القربات الواقعة بعد الموت بالقربات في حال الحياة أو بالعكس أو وصل التصرّف حال الحياة به بعد الوفاة، لكن ذلك كلّه كما ترى.

[٢] بل لاخلاف [فيه].

[٣] ١ ـ للإجماع بقسميه على أنّها حينئذٍ بحكم العقود المتوقّفة على ذلك، وأنّها بمنزلة الهبة والعطية والصدقة. ٢ ـ مضافاً إلى أصالة عدم انتقال الملك من الموصي. ٣ ـ وعدم دخوله في ملك الموصى له بدونهما. ٤ ـ بل ليس في الشريعة في أسباب الملك ما هو كالإيقاع في الحصول من جانب خاصّة. ودعوى صدق الوصية على الإيجاب وحده على وجه يشمل ما نحن فيه واضحة المنع، خصوصاً بعد ظهور معظم إطلاقات الوصية فيها بمعنى العهد الذي يعهد الموصي فعله بعد وفاته بأمر ونحوه لا ما يشمل محل البحث، وهي بهذا المعنى ليست من العقود قطعاً، بل ضرورة. ومن ذلك يظهر لك ما في إطلاق كثير من الأصحاب كون الوصية عقداً ثمرته تمليك العين أو المنفعة بعد الوفاة. اللهمّ إلّا أن يريدوا من ذلك أحد أفراد الوصية، ولعلّ الظاهر ذلك. وحينئذٍ فلا وجه لنقض التعريف المزبور بالوصاية وبالوصية بإبراء المديون وبالوقف ونحو ذلك؛ ضرورة كون المراد تعريف ذلك الفرد من الوصية، لا مطلق الوصية به. بل لا يرد التدبير أيضاً، بناءً على أنّه عتق معلّق جاز للدليل لا وصية به، بل لو سلّمنا أنّه وصية فهو قسم آخر منها خارج عمّا نحن فيه من البحث عن الوصية التمليكية الملحقة بكتاب العطايا والصدقات، وحينئذٍ فالتعريف تامّ. نعم زاد فيه في محكي التذكرة وإيضاح النافع: « تبرّعاً »[2]. ولعلّه لبيان الواقع باعتبار ظهور النصّ والفتوى في اعتبار المجانية في الوصية بالمعنى المزبور؛ لأنّها بمنزلة الصدقة.

---

(١) الصحاح ٦: ٢٥٢٥.

(٢) التذكرة ٢: ٤٥٢ (حجرية). نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٩: ٣٦٣.

[وتعتبر المجانية في التمليك في الوصية التمليكية]. فلو قال: هذا لفلان بعد موتي بكذا بطلت [١]. بل الظاهر اقتصار التمليك فيها على ما كانت نحو الصدقة، فلو قال: بعت هذا من زيد بعد وفاتي بكذا مثلاً بطل [٢].

ومن ذلك لم يصحّ إنشاء الوقف والرهن وغيرهما ممّا لا عوض فيه بالوصية على وجه يكون كالتمليك بأن يقول: هو وقف بعد وفاتي على زيد أو هو رهن بعد وفاتي أو نحو ذلك.

نعم يصحّ الوصية بذلك على معنى العهد أي يأمر بوقفه بعد وفاته مثلاً [٣].

(و) على كلّ حال فـ(**بالإيجاب كلّ لفظ دلّ على ذلك القصد**) وضعاً أو بقرينة ولو حالية (**كقوله: أعطوا فلاناً بعد وفاتي، أو لفلان كذا بعد وفاتي**) مريداً بالأوّل إنشاء التمليك بذلك لا الأمر بفعله بعدها (**أو أوصيت له**) بكذا من غير تقييد بما بعد الوفاة للاستغناء عنه بلفظ «الوصية» بخلاف الأوّلين. نعم ينبغي أن يظهر إرادة إنشاء التمليك فيه بذلك ولو بقرينة حاليّة لا الوصية العهدية الخارجة عن محلّ البحث. ولو قال: هو له فهو إقرار في الحال لا يقبل منه حمله على الإيصاء عند التداعي، إلّا أن يكون قد قرنه بما يفسد الإقرار ويجعله وصية.

نعم قد يقوى الاكتفاء بنيّته التي قد فسّر اللفظ بها بعد ذلك إذا لم يكن له معارض ولا خصم، والمال في يده وتحت سلطنته وكذا الكلام في قوله: وهبته، ثمّ فسّره بإرادة الوصيةلا التنجيز. أمّا لو قرن ذلك ونحوه بما يقتضي ذلك لم يكن إشكال حينئذٍ في الحكم بكونه وصية، لعدم اختصاصها بلفظ. وكذا لو قال: عيّنت له كذا بعد وفاتي أو جعلت له كذا. نعم ينبغي أن يكون استعماله اللفظ في ذلك جارياً مجرى الاستعمال المتعارف، ولا يكفي إرادته ذلك من لفظ غير صالح لإرادته حقيقة ولا مجازاً. وكذلك الكلام في القبول الذي هو أوسع من الإيجاب، ولذا جاز

---

[١] فما في جامع المقاصد من إشكاله بما إذا أوصى بالبيع ونحوه من المعاوضات فإنّه وصية ولا تبرّع فيه[1] في غير محلّه؛ لما عرفت من أنّ محل البحث في الوصية المملّكة لا العهدية، وقد عرفت اعتبار المجانية فيه.

[٢] لا للتعليق الذي يمكن دفعه بأنّه ممنوع في البيع لا في الوصية به التي مبناها على ذلك، ولذا جاز في صيغة التمليك المجاني، بل لعدم ما يدلّ على صحّة الوصية على الوجه المزبور بعد ما عرفت من ظهور نصوصها في خلاف ذلك فيما كان بلفظ «التمليك» ونحوه فضلاً عمّا كان بلفظ «البيع» و«الصلح» و«الإجارة» ونحوها ممّا لا دليل على صحّة إيجاب الوصية بها، فضلاً عن ملاحظة العوض فيها.

[٣] فتأمّل جيّداً كي يظهر لك ما في كثير من كلماتهم في المقام، حتى أنّ منهم من زاد في التعريف: «أو تسليط على تصرّف»[2] لإرادة شمول الوصاية بمعنى الولاية، مع أنّه ينتقض بالتدبير أيضاً. ولذا زاد في الكفاية مع ذلك «أو فكّ ملك»[3] قبل «أو تسليط»[4]. ومنهم من عرّفها بأنّها «تنفيذ حكم شرعي من مكلّف أو ما في حكمه بعد الوفاة»[5]. وهو كما ترى خارج عمّا نحن فيه؛ ضرورة كون التنفيذ فعل الوصي أو الحاكم، وهما معاً خارجان عن الوصية، فضلاً عن محل البحث، والأمر في ذلك كلّه سهل.

---

(١) جامع المقاصد ١٠: ٨.
(٢) المختصر: ١٨٧. اللمعة: ١٦٧.
(٣) كفاية الأحكام ٢: ٣٨.
(٤) كفاية الأحكام ٢: ٣٨.
(٥) نقله في مفتاح الكرامة (٩: ٣٦٣) عن حواشي الشهيد.

فيه أن يكون فعلاً دالاً على الرضا بالإيجاب [١]. [وتصحّ الوصية معاطاة إلّا أنّه ليس عقداً لها]. فينحصر العقد هنا بالإيجاب لفظاً والقبول كذلك أو فعلاً، وما عداه معاطاة وهو ما كان إيجابه فعلاً، سواء كان قبوله كذلك أو لا. بقي الكلام في أمرين: أحدهما: أنّ [يقال] [٢] [بـ]ـعدم الفرق في افتقار هذا القسم من الوصية إلى الإيجاب والقبول بين كونها لمعيّن وغير معيّن كالوصية بشيء للفقراء أو لبني هاشم، وغير ذلك ممّا هو غير محصور، أو كان لجهة كالمسجد [٣]. [ولكن فيه إشكال].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه وفي سائر العقود الجائزة. نعم ظاهرهم، بل صريح بعضهم**[١] **عدم تحقّق العقد في شيء منها بالفعل في الإيجاب.** لكن لا يخفى عليك مشروعيّته في الجميع كما لا يخفى عليك صدق أسمائها كالعارية والوديعة ونحوهما على ذلك، فلا مناص حينئذٍ عن القول بجواز ذلك فيها ولحوق أحكامها له إلّا أنّه ليس عقداً لها، فهو شبه المعاطاة في العقود اللازمة التي تندرج في الاسم، ولا يجري عليها حكم العقد، وليس عدم الثمرة هنا بين المعاطاة والعقد بعد الاشتراك في الجواز مانعاً من ذلك كما هو واضح.

[٢] **[كما هو] ظاهر إطلاق المصنّف وغيره حتى معقد إجماع الغنية**[٢] **ونحوه.**

[٣] **لكن في القواعد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومحكي التذكرة والتحرير والمختلف والايضاح والدروس والتنقيح وإيضاح النافع والكفاية: أنّه ينتقل بالموت من غير حاجة إلى القبول**[٣]**. بل في المسالك: نفي الخلاف فيه**[٤]**. وعن إيضاح النافع: أنّ عليه الفتوى**[٥]. وظاهرهم أنّه لا يحتاج إلى قبول من الحاكم إن أمكن. **بل في الروضة التصريح بذلك، قال: «ولا يفتقر إلى قبول الحاكم وإن أمكن كالوقف، وربّما قيل فيه بذلك، ولكن لا قائل به هنا»**[٦]**. ونحوه في جامع المقاصد**[٧]**:** ١ ـ ولعلّه لإطلاق الأمر بإنفاذ الوصية بعد فرض صدقها هنا على ذلك من غير حاجة إلى قبول. ٢ ـ والسيرة المعلومة. ٣ ـ وما عساه يستفاد ممّا ورد من الوصايا بنحو ذلك. ٤ ـ **ولما استدلّ به في التذكرة**[٨] وغيرها من تعذّر القبول منهم جميعهم، والبعض ترجيح بلا مرجّح، على أنّ الكلام في البعض الآخر وإن أمكن المناقشة فيه بامكان اعتبار قبول الحاكم الذي هو بمنزلة الجميع أو الناظر، لكن لا يخفى عليك أنّ فساد ذلك لا يقتضي فساد أصل الدعوى، وإن تخيّله بعض من عاصرناه، قائلاً: «قضيّة كلامهم أنّه لولا هذه العلّة لوجب القول بالقبول، وهذا يقضي بقوّة [الباعث على] القول به»[٩] بعد أن عرفت فسادها بالقبول من الحاكم مضافاً إلى أصل عدم الانتقال ونحو ذلك، وإلى إطلاقهم كونها عقداً الذي يمكن أن يكون هو السبب لهم في الاتكال على عدم التصريح بالقبول من الحاكم هنا، بل مثله يعدّ إجماعاً على الاشتراط، ويؤخذ حجّة عليه، خصوصاً بعد عدم المعارض لذلك كلّه إلّا إطلاق الأدلّة الذي لم يسق لذلك، بل قد يمنع صدق اسم الوصية على الفرض، كما أنّه قد يمنع إرادة هذا الفرد منها. إلّا أنّ الجميع كما ترى.

---

(١) لم نعثر عليه. (٢) الغنية: ٣٠٦.

(٣) القواعد ٢: ٤٤٥. اللمعة: ١٦٧. جامع المقاصد ١٠، ٢٣: ١٠. المسالك ٦: ١٢١. الروضة ٥: ١٩ ـ ٢٠. التذكرة ٢: ٤٥٣ (حجرية). التحرير ٣: ٣٣٢. المختلف ٦: ٣٤٠. الايضاح ٢: ٤٧٤. الدروس ٢: ٢٩٦. التنقيح ٢: ٣٦٠. نقله عن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٩: ٣٦٥. كفاية الأحكام ٢: ٣٨. (٤) المسالك ٦: ١٢١.

(٥) نقله في مفتاح الكرامة ٩: ٣٦٦. (٦) الروضة ٥: ٢٠.

(٧) جامع المقاصد ١٠: ١٠. (٨)(٩) التذكرة ٢: ٤٥٣ (حجرية). مفتاح الكرامة ٩: ٣٦٦.

نعم قد يقوى كون الوصية للفقراء وللجهة غير ما نحن فيه من الوصية التمليكية، بل هو من الوصية العهدية بالصرف على ذلك خصوصاً الوصية للجهة [١].

[ولا يبعد بطلان الوصية لو قصد بها التمليك الشرعي كما في الزكاة والخمس أو الوقف على القول به].

[وتعتبر العربية في الإيجاب والقبول في العقدية].

---

[١] ضرورة عدم صحّة تمليك الجنس بعقد من العقود المملّكة وإن قبل الحاكم عنه إلّا الوقف على إشكال فيه؛ لقصور أدلّتها عن ذلك، من غير فرق بين البيع والصلح والهبة وغيرها ممّا اشتمل على العوض أو لم يشتمل.

ولا يقاس التمليك بها على الملك الشرعي الثابت في الزكاة والخمس، بل والوقف بناء على القول به؛ لحرمة القياس، على أنّ بناء الوقف على تمليك المعدوم بخلاف الوصية، مع أنّ أفراد الجنس مختلفة كمال الاختلاف؛ ضرورة كونهم حال الوصية غيرهم في الزمن الآخر؛ لصيرورة الفقير غنياً والغني فقيراً، بل فيهم من لم يكن موجوداً أصلاً ثمّ وجد فقيراً وهكذا.

ولا ريب في عدم ظهور معتدّ به في أدلّة العقود على وجه يقتضي صلاحيّتها لنحو هذا التمليك، بل لا يبعد بطلان الوصية لو قصد بها التمليك المذكور.

ومن ذلك ينقدح أنّ إطلاق الأصحاب كون الوصية عقداً محتاجاً إلى الإيجاب والقبول في محلّه، ولا يرد عليهم مثل ذلك؛ لخروجه عن الوصية التمليكية، ودخوله في الوصية العهدية الخارجة عن محل البحث، خصوصاً الوصية للجهة كالمسجد والقنطرة والمدرسة ونحوها ممّا هي غير قابلة للتمليك ولم يقصد منها تمليك غيرها من الفقراء ونحوهم، فليس حينئذٍ إلّا إرادة المصرف، فتأمّل جيّداً فإنّه جيّد جدّاً.

وإن كان مخالفاً لما صرّح به بعضهم كالفاضل والمحقّق الثاني وغيرهم من كون الوصية في الفرض مملّكة ولكن لا تحتاج إلى قبول مطلقاً أو تحتاج إلى قبول من الحاكم[١].

ضرورة منافاة ذلك لكونها عقداً مفتقراً إلى الإيجاب والقبول المعتبر فيهما ما يعتبر في باقي العقود إلّا ما خرج بالدليل حتى العربية بناءً على اعتبارها في العقود جميعها. **وإن صرّح في الروضة[٢] بعدم اعتبارها [= العربية] هنا.** لكنّه مسلّم في العهدية منها دون العقدية؛ لعدم الفارق بينها وبين غيرها من العقود في ذلك، والقياس على ما خرج بالدليل من الفرق بينها وبين غيرها ممنوع عندنا. اللهمّ إلّا أن يدّعى جواز ذلك من العقود الجائزة، وإن قدر على العربية **كما صرّح به هنا في الدروس[٣].**

ولكن فيه: أنّ دليل العربية مشترك بين العقود جميعها؛ إذ هو انسياق العربي فيما اعتبر فيه اللفظ، فتأمّل جيّداً.

فإنّه قد يقال: إنّ الوصية حقيقة في عهد الميّت بعد وفاته، بل لعلّ العقدية المستفادة من قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ المَوتُ إِن تَرَكَ خَيراً الوَصِيَّةُ لِلوَالِدَينِ﴾[٤] إلى آخر الآية باعتبار ظهوره في التمليك الناشئ من الوصية قسم من العهدية. كما عساه يشعر به ذكرهم في إيجابها «أعطوا» و«افعلوا» ونحوهما.

وقد عرفت عدم الإشكال في جواز الفارسية ونحوها في العهدية، فتأمّل جيّداً.

---

(١) التذكرة ٢: ٤٥٣. جامع المقاصد ١٠: ١٠.
(٢) الروضة ٥: ٢٠.
(٣) الدروس ٢: ٢٩٥.
(٤) البقرة: ١٨٠.

[وقد يقال بالعدم].

[ولا تعتبر العربية في العهدية].

ثانيهما : أنّه [قد يقال] : [١] إنّه لا يجزي الإشارة مع التمكّن من النطق [٢].

[لكن المختار كفاية الفعل في إجراء حكم الوصية وإن لم يتحقّق بذلك عقدها وأنّه كالمعاطاة في البيع] [٣].

---

[١] [كما] قد يظهر من اعتبار العجز عن النطق في كفاية الإشارة الدالّة على المراد في كلام جماعة من الأصحاب ، **بل هو معقد نفي الخلاف في محكي التنقيح**(١) .

بل لا كلام فيه كما عن إيضاح النافع(٢) ، **بل في الروضة القطع به**(٣) . **بل في الرياض الإجماع**(٤) **عليه** ، بل لعلّه محصّل .

[٢] وهو مناف لما ذكرناه من كفاية الفعل في إجراء حكم الوصية ، وإن لم يتحقّق بذلك عقدها ، وأنّه كالمعاطاة في البيع .

[٣] لكن يمكن أن يكون ذلك منهم لإرادة ما ادّعوه من الإجماع ونفي الخلاف ونحو ذلك ، لا لإرادة اشتراط القاضي بعدم الجواز مع انتفاء ذلك ، أو لإرادة تحقّق العقد حينئذٍ ، وأنّه ليس من المعاطاة في حال العجز ، بل تقوم الإشارة حينئذٍ مقام اللفظ من القادر ؛ لما دلّ عليه في الأخرس ، أو لغير ذلك . وإلّا فلا دليل لهم يدلّ على ذلك ، بل لعلّ الأدلّة بخلافه ، بعد صدق اسم « الوصية » عليه عرفاً ، فتجري جميع أحكامها . وصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام : أنّ أباه حدّثه عن أبيه أنّ أُمامة بنت أبي العاص بن الربيع وأُمّها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله كانت تحت عليّ عليه السلام بعد فاطمة عليها السلام فخلّف بعده وتزوّجها بعد عليّ عليه السلام المغيرة بن نوفل ، أنّها توجّعت وجعاً شديداً حتى اعتقل لسانها وأتاها الحسن والحسين وهي لا تستطيع الكلام ، فجعلا يقولان لها ـ والمغيرة كاره لما يقولان ـ : اعتقت فلاناً وأهله فتشير برأسها نعم وكذا وكذا فتشير برأسها نعم أم لا ، قلت : فأجازا ذلك لها ؟ [قال : نعم] فلا تفصح بالكلام فأجاز ذلك لها »(٥) . وخبر عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام المروي عن قرب الاسناد : سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهاليهما يسائله أعتقت فلاناً وفلاناً فيومئ برأسه أو تومئ برأسها في بعض : نعم وفي بعض : لا ، وفي الصدقة مثل ذلك أيجوز ذلك ، قال : « نعم هو جائز »(٦) .

مع أنّه لا صراحة فيهما بالوصية التمليكية ، لا دلالة فيهما على الاشتراط . بل يمكن أن يكون الاكتفاء بذلك لجوازه في نفسه ، لا للعجز عن النطق .

ولعلّه لذلك كان ظاهر عبارة النافع(٧) الاكتفاء بالإشارة مع إمكان النطق . وإن قال بعض مشايخنا : أنّه « لا موافق له ولا دليل عليه »(٨) . ولكن فيه ما لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما عرفت .

---

(١) التنقيح ٢ : ٣٦٤ .
(٢) نقله في مفتاح الكرامة ٩ : ٣٧٨ .
(٣) الروضة ٥ : ١٨ ـ ١٩ .
(٤) الرياض ٩ : ٤٣٢ .
(٥) التهذيب ٨ : ٢٥٨ ، ح ٩٣٦ . الوسائل ٢٣ : ٨٠ ، ب ٤٤ من العتق ، ح ١ . ولم ترد فيهما : عن أبيه .
(٦) قرب الإسناد : ٢٨٣ ، ح ١١٢١ . الوسائل ١٩ : ٣٧٤ ، ب ٤٩ من الوصايا ، ح ٢ .
(٧) انظر المختصر النافع : ١٨٧ .
(٨) مفتاح الكرامة ٩ : ٣٧٩ .

وكذا الكلام في الكتابة فإنّه لا شكّ [١] في الاكتفاء بها مع العجز عن النطق والقرينة الدالّة على إرادة الوصية منها [٢]. و[قد يظهر] [٣] [عدم الاكتفاء بها مع الاختيار [٤]. [لكن التحقيق الاكتفاء بها].

بل ينبغي القطع بالاكتفاء بالكتابة في الإقرار أو ما في حكمه نحو الإشارة بالرأس واليد ممّا يفيد معنى «نعم»، و« لا » مثلاً، بل لا يبعد ذلك لو أفادته على وجه الظهور فضلاً عن الصراحة [٥].

---

[١] **كما عن جامع المقاصد[١] الاعتراف به.**

[٢] **بل عن التنقيح: أنّه لا خلاف فيه[٢]، بل عن الإيضاح الإجماع على ذلك[٣].** وفي خبر سدير عن أبي جعفر عليه السلام قال: « دخلت على محمّد بن عليّ [بن] الحنفية وقد اعتقل لسانه، فأمرته بالوصية فلم يجب، [قال:] فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع فقلت له: خط بيدك فخطّ وصيّته بيده في الرمل، ونسخته أنا في صحيفة »[٤].

[٣] [كما] ربّما ظهر من تقييد الاكتفاء بالعجز.

[٤] **بل هو صريح المحكيّ عن الفاضل وولده والشهيدين والمحقّق الثاني والقطيفي[٥]، بل عن السرائر: نفي الخلاف فيه[٦].**

نعم عن التذكرة[٧] احتمال الاكتفاء بها مع الاختيار في أوّل كلامه، بل لعلّه الظاهر من النافع[٨]. وفي الرياض: « أنّه لا يخلو عن قوّة مع قطعيّة دلالة القرينة »[٩]. لكن يمكن أن يكون ذلك كلّه منهم في تحقيق العقد، لا أنّ المراد عدم إجراء حكم الوصية على ذلك مطلقاً؛ لما عرفت في الإشارة من صدقها عرفاً على ذلك ونحوه فيشمله إطلاق أدلّتها، مضافاً إلى التأييد بكثير من النصوص الناهية عن أن يبيت الإنسان إلّا ووصيّته تحت رأسه[١٠]. **ومعقد نفي الخلاف في محكي السرائر غير ما نحن فيه، قال: « ولو أوصى بوصية وأدرج الكتاب وقال: قد أوصيت بما أوصيت في هذا الكتاب، ولست أختار أن يقف أحد على حالي وتركتي وقد أشهدتكما عليّ بما فيه لم يصحّ بلا خلاف »[١١].**

ولعلّ مراده عدم صحّة الشهادة عليه بذلك للإجمال، وإن كان قد يقوى في النظر خلافه أيضاً؛ ضرورة تناول أدلّة الإقرار لمثله، فيصحّ الشهادة عليه به، وإن اعتبر فيها العلم، ولا إجمال بعد العموم في اللفظ.

[٥] والحاصل: أنّه يمكن حمل كلامهم السابق على ما عرفت، أو يكون المراد عدم الاكتفاء بالكتابة في ثبوت الوصية، بمعنى أنّه لا يجب العمل بما يوجد مكتوباً ما لم يثبت بالبيّنة أو تقم القرائن على إرادته كالوصية بذلك، وعمل الورثة ببعض ما يجدونه مكتوباً لأمور دلّتهم على صحّته لا يلزمهم العمل بالجميع. خلافاً للمحكي عن الشيخ في النهاية[١٢] فألزمهم لرواية[١٣] قاصرة سنداً ودلالة.

---

(١) جامع المقاصد ١٠: ٢٠.
(٢) التنقيح ٢: ٣٦٤.
(٣) الايضاح ٢: ٤٧٣.
(٤) الوسائل ١٩: ٣٧٢، ب٤٨ من الوصايا، ح ١، وفيه: «عن حنان بن سدير عن أبيه».
(٥) القواعد ٢: ٤٤٥. الايضاح ٢: ٤٧٣. الدروس ٢: ٢٩٥. الروضة ٥: ١٩. جامع المقاصد ١٠: ٢٠. نقله عن القطيفي في مفتاح الكرامة ٩: ٣٧٩.
(٦)(١١) السرائر ٢: ١٧٦.
(٧) التذكرة ٢: ٤٥٢ (حجرية).
(٨) المختصر النافع: ١٨٧.
(٩) الرياض ٩: ٤٣٤.
(١٠) الوسائل ١٩: ٢٥٨، ٢٥٩، ب١ من الوصايا، ح ٥، ٧.
(١٢) النهاية: ٦٢١ـ ٦٢٢.
(١٣) الوسائل ١٩: ٣٧٢، ب٤٨ من الوصايا، ج ٢.

ولو كتب وصية وقال: اشهدوا عليّ بما في هذه الورقة، أو قال: هذه وصيّتي فاشهدوا عليّ بها فـ[ـقد قيل:] [١] [لم يجز حتى يسمعوا منه، أو يقرأ عليه فيقرّبه]. لكن الإنصاف أنّه إن لم يتم الإجماع المزبور كان للنظر فيه مجال [٢]. بل لا يبعد في النظر الاكتفاء بالكتابة في الإقرار والوصية مع ظهور إرادة ذلك منها، فضلاً عن صورة العلم [٣]. (و) كيف كان فـ(ـينتقل) الموصى به (بها[١]) أي الوصية (إلى) ملك (**الموصى له بموت الموصي وقبول الموصى له، ولا ينتقل بالموت منفرداً عن القبول**) ولو متزلزلاً كالعكس (**على الأظهر**) [٤]. ٢٥٠/٢٨

---

[١] [كما] في القواعد[٢] **والمحكي عن غيرها لم يجز حتى يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليه فيقرّبه، بل عن غير موضع من السرائر الإجماع عليه**[٣].

وفي المحكيّ عن الجامع إشهاد الشخص على نفسه في الأملاك والوصايا على كتاب يدرج لا يصحّ إجماعاً[٤].

[٢] لما عرفت، ولأنّ المعروف القبول فيما لو قرأه الشاهد مع نفسه فقال له الموصي: قد عرفت ما فيه فاشهد عليّ به، وهما عند التأمّل متقاربان.

[٣] ضرورة حجّية ظواهر الأفعال كالأقوال في الجملة، سيّما ما كان منها نحو شاهد الحال. بل الكتابة أُخت الألفاظ، وفي المرتبة الثانية في الوضع للدلالة على ما في النفس فتكون أولى من باقي الأفعال، بل لا يجري على مدلول النقوش منها من الألفاظ ما يجري على اللفظ نفسه من الصراحة والظهور والإطلاق ونحو ذلك. ودعوى عدم كفايتها وغيرها من الأفعال في الوصية ونحوها من العقود الجائزة عقداً أو معاطاة واضحة الفساد؛ ضرورة الاكتفاء بها في البيع ونحوه ممّا هو أولى منها للصدق العرفي المشترك بين الجميع. وعدم صدق اسم «العقد» بعد التسليم لا ينافي صدق اسم «البيع» و«الهبة» و«الوصية» ونحوها، وهو المدار في إجراء الأحكام لا اسم العقد فتأمّل جيّداً. وفي خبر إبراهيم بن محمّد الهمداني قال: كتبت إليه: رجل كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطّه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب إليه: «إن كان له ولد ينفذون كلّ شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجوه البرّ وغيره»[٥]. وفيه إشارة في الجملة إلى ما ذكرناه. بل لو قلنا بعدم صدق اسم «البيع» ونحوه على المعاطاة كما هو الأصح عندنا الآن أمكن الفرق بين المقام وبين ذلك؛ ضرورة كون الوصية بمعنى العهد، بل يمكن تكلّف اندراج العقدية منها فيه، ولا ريب في صدقها بمعناه على الحاصل بالفعل، سيّما الإشارة والكناية ونحوها، وإن لم يكن من الوصية العقدية وعنوان أكثر الأحكام على الوصية، بمعنى العهد لا العقد، فلا ينبغي التوقّف في جريان الأحكام على ذلك، فإنّه داخل تحت النهي عن التبديل بخلاف البيع والصلح ونحوه ممّا هو معنى واحد، فلا يصدق على المعاطاة، والله أعلم.

[٤] [وهو] **الأشهر، بل المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً**، بل هي كذلك على الظاهر، **وإن حكي الخلاف عن ظاهر أبي علي**[٦]، **بل قيل**[٧]: **إنّه خيرة الخلاف والتذكرة وموضع من المبسوط**[٨]، بل لا ترجيح في جملة من كتب الأصحاب.

---

(١) في الشرائع: «بها الملك».

(٢) (٣) القواعد ٢: ٤٤٥. انظر السرائر ٢: ٢٦٢، ١٧٦.

(٤) الجامع للشرائع: ٥٣٠.

(٥) التهذيب ٩: ٢٤٢، ح٩٣٦. الوسائل ١٩: ٣٧٢، ب٤٨ من أحكام الوصية، ح٢ وذيله، وفيه: «وجه البر».

(٦) (٧) نقله في المختلف ٦: ٣٤٠. مفتاح الكرامة ٩: ٣٧٠.

(٨) الخلاف ٤: ١٤٦. التذكرة ٢: ٤٥٤ (حجرية). المبسوط ٤: ٣٣.

وهو يقضي بقوّته . لكن في محكي السرائر : « أنّه ليس لأصحابنا فتوى بذلك ولاوردت به أخبار عن الأئمّة الأطهار »[١] . وفي جامع المقاصد : أنّه ترك العلّامة في القواعد حكايته لضعفه[٢] .

قلت : ولعلّه لأنّه مخالف للأصل ، بل الأُصول وللمعهود من عدم الملك القهري في التمليكات ولسائر العقود ولغير ذلك . لكن الإنصاف أنّه لولا دعوى الإجماع على خلافه لكان لا يخلو من قوّة ؛ ضرورة ظهور أدلّة الوصية في ملك الموصى به بمجرّد الموت كما اعترف به القائل بالكشف من غير اعتبار القبول ، خصوصاً ما دلّ على الانتقال إلى الوارث منها إذا مات الموصى له ، **ولعلّه لذا كان خيرة بعض[٣] متأخّري المتأخّرين عدم الحاجة إلى القبول في اللزوم أيضاً فضلاً عن الملك .**

إلّا أنّه يمكن تحصيل الإجماع على خلافه فضلاً عن حكايته . واستبعاد حصول الملك قهراً في التمليك بعد ظهور الدليل فيه لا وجه له ، خصوصاً بعد أن لا يكون لازماً عليه ، وله إزالته عنه بردّ الوصية كما هو مقتضى كلام القائل ؛ لأنّ القبول عنده شرط في اللزوم .

والإجماع على اعتبار القبول المسلّم منه كون الوصية عقداً يعتبر فيها الإيجاب والقبول ولم يعلم مدخلية الثاني فيها في الملك أو في لزومه . ومخالفته لباقي العقود على التقدير الثاني لا بأس بها بعد قضاء الدليل ، مع أنّه بعينه وارد على المشهور من أنّ القبول كاشف .

نعم قد يقال بظهور كلامهم في اعتباره في أصل الملك ، **بل هو كصريح معقد المحكي من إجماع الغنية[٤] على اعتبارهما في صحّة الوصية الذي مقتضاه فساد الوصية بدون القبول ، لا عدم اللزوم** . مع أنّه يمكن أن يكون نظرهم في ذلك إلى ردّ الوصية ، لا مطلق عدم القبول الصادق على حال التجريد منه ومن القبول ، ولو لعدم العلم بالوصية ، فلا ينافي ذلك حينئذٍ شرطيّته بالنسبة إلى ذلك ؛ ضرورة فساد الوصية حينئذٍ عند القائل بالردّ ، إنّما يرد ذلك على القائل بالملك اللازم من دون قبول ، وهو مجهول القائل المعتدّ به . والمناقشة في أصل دليل هذا القول بمنع ظهور إطلاق أدلّة الوصية في الملك بمجرّدها ، خصوصاً بعد أن لم تكن إطلاقات معتدّاً بها ، ولا هي مسافة لبيان ذلك ، بل لعلّها منزّلة على ما هو الغالب من تحقّق القبول في مثلها لندرة ردّ ما يتبرّع بإعطائه ، تبطل ما هو المشهور عندهم من أنّ القبول كاشف ؛ ضرورة كون ذلك عمدة أدلّته التي خرجوا بها عن أصالة مساواة هذا العقد لباقي العقود دون ما ذكروه له من الوجوه الاعتبارية التي منها أنّ الظاهر قوله تعالى : ﴿ **مِن بَعدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَو دَينٍ** ﴾[٥] عدم انتقال التركة معها إلى الوارث ، والميّت غير قابل للملك والإجماع على عدم ملك الأجنبي ، فليس حينئذٍ إلّا ملك الموصى له ، وإلّا بقي المال بلا مالك ولمّا قام الإجماع وغيره من الأدلّة على اشتراط القبول التجأنا إلى أنّه كاشف جمعاً بين الأدلّة . وهو كما ترى فيه نظر من وجوه :

منها : أنّ مقتضاه ملك الديان أيضاً ما قابل الدين من التركة . وقد عرفت في باب الحجر ظهور فساده .

---

(١) السرائر ٣ : ٢٠٢ .
(٢) جامع المقاصد ١٠ : ٢٥ .
(٣) الظاهر أنّ المراد به البحراني ، انظر الحدائق ٢٢ : ٣٩٦ ، ٣٩٩ .
(٤) الغنية : ٣٠٦ .
(٥) النساء : ١٢ .

[والأقوى كون القبول كاشفاً].

ومنها : أنّه مبني على عدم قابليّة استدامة ملك الميّت . وهو ممنوع أيضاً ؛ ضرورة بقاء ملكه على ثلثه الذي أوصى بصرفه عليه في عبادة ونحوها .

ومنها : أنّ البحث في اشتراط القبول في الملك فكيف يكون ما هو محلّ النزاع من مقدّمات الاستدلال ؟ !

ومن هنا يقوى القول بكون القبول جزءً ناقلاً كغيرها من العقود كما هو خيرة جماعة وظاهر آخرين .

لكن ومع ذلك فالقول بالكشف هو الأقوى ؛ لأنّ الموصي بإنشاء وصيّته قصد التمليك بالموت والقبول إنّما يتعلّق بما أوجبه الموجب على الكيفية التي أوجبها ؛ فمع فرض تأخّره لعدم اتّصاله بالإيجاب ولا بالموت يراد منه قبول المراد بالإيجاب الذي هو الملك بالموت كما عرفت ، وهو معنى الكشف فيكون دليله جميع ما دلّ على مشروعيّة هذا الفرد من الوصية التي لا وجه لقبولها إذا تأخّر إلّا الكشف .

وبذلك افترقت عن باقي العقود التي يراد بإيجابها معناه عند القبول حتى العقد الذي لم يعتبر فيه اتّصال القبول بالإيجاب كالوكالة فضلاً عمّا اعتبر فيه ذلك كالبيع ونحوه .

وقد ظهر بذلك أنّ الأقوال في المسألة ثلاثة :

أحدها : أنّ القبول تمام السبب الناقل كباقي العقود .

والثاني : كونه شرطاً في الملك كاشفاً .

والثالث : كونه شرطاً في اللزوم ، وقد يحتمل عدم مدخليّته أصلاً في ملك ولا لزوم ، وإنّما الردّ مانع ، بل وقد يحتمل عدم مانعيّة الردّ أيضاً . إلّا أنّ كلام الأصحاب كأنّه متّفق على خلاف الأخيرين .

بل قد سمعت ضعف الثالث عندهم ، وأنّ المعتدّ به القولان الأوّلان ، كما أنّ المشهور منهما الثاني الذي قد عرفت كونه أقواهما . ومنه يعلم عدم كون الوصية من العقود المتعارفة ، بل قد سمعت ما يصلح دليلاً لكلّ من الأقوال .

وإن أطنب في ذلك بعض[1] المتأخّرين ، لكن على وجه غير مهذّب ولا منقّح ، بل ومشتمل على حشو كثير ، وما لا فائدة يعتدّ به كالإطناب في الفروع المتفرّقة على القول بالنقل والكشف حتى عقد لذلك في التذكرة[2] بحثاً مستقلّاً ؛ ضرورة عدم خفائها [=الفروع] على المتنبه الذي قد أحاط بما تقدّم لنافي الفضولي الذي قد سمعت البحث فيه عن الإجازة بالنسبة إلى النقل والكشف ، والفروع المتفرّعة على ذلك ، بل قد عرفت هناك المراد من الكشف على وجه لا ينافي شرطية الرضا في الملك ، لا أنّه شرط للعلم بحصول الملك ، وكذا الكلام هنا .

وإن كان هو ظاهر الكركي[3] ، بل صريحه لكنّه ضعيف مناف لما دلّ من الإجماع وغيره على اعتبار القبول في الملك لو جعل الكشف فيه على معنى كونه شرطاً لعلمنا بانتقال المال إلى الموصى له ، بل يرد عليه كثير مما ورد على القول بعدم اعتبار القبول في الملك ، كما هو واضح بأدنى تأمّل ، والله هو العالم .

---

(١) انظر جامع المقاصد ١٠ : ٢٤ .

(٢) التذكرة ٢ : ٤٥٥ (حجرية) .

(٣) انظر جامع المقاصد ١٠ : ٢٧ .

(و) على كلّ حال فـ(لو قبل) الموصى له (قبل الوفاة) أي وفاة الموصي (جاز) [١].
نعم هو (بعد الوفاة آكد وإن تأخّر القبول عن الوفاة ما لم يردّ) بعدها [٢].

---

[١] **وفاقاً للمشهور**؛ لصدق اسم الوصية والعقد معه، فيندرج تحت أدلّتهما.

وبه يستدلّ على نفي احتمال اشتراط الوفاة في صحّته، كما أنّه بذلك يخرج عن أصالة عدم النقل وأصل بقاء المال وغيرهما من الأُصول. (و) كون متعلّق الإيجاب الملك بعد الموت لا ينافي قبوله على هذا الوجه؛ ضرورة كون القبول كالإيجاب في صحّة التعلّق حال الحياة، فهما حينئذٍ متطابقان.

[٢] **خلافاً لجماعة منهم الفاضل والكركي: لا يجوز**[1] **[القبول قبل الوفاة]، بل قيل**[2]**: إنّه المشهور**، وإن كنّا لم نتحقّقه:

١ ـ لعدم المحل له بعد أن كان القصد الملك بعد الموت، فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية، وكما لو باعه ما سيملكه.

٢ ـ ولأنّ القبول كاشف أو ناقل وهما معاً منتفيان هنا؛ لمعلوميّة اشتراط الملك بالموت.

٣ ـ ولأنّ ما قبل الوفاة إن كان قابلاً للقبول فليكن قابلاً للردّ أيضاً كما بعد الوفاة، والمشهور أنّه لا حكم للردّ قبل الوفاة كما ستعرف، فالقبول كذلك أيضاً.

٤ ـ ولأنّ القبول لو كان مقبولاً حال الحياة لم يعتبر قبول الوارث ولا ردّه لو مات الموصى له قبل موت الموصي وقد قبل، وهو باطل؛ لأنّ إطلاق الأخبار يقتضي عدم الفرق بين تقدّم قبول الموصى له وعدمه، فيكون قبول الوارث وردّه معتبراً، ولما ستعرفه في شرح قوله: «**فإن ردّ ... إلى آخره**». والجميع كما ترى:

١ ـ ضرورة منع عدم المحلّ له بعد أن كان المقصود بالقبول الرضا بالمراد من الإيجاب كيف ما كان، فلا يتصوّر اختصاص الإيجاب في زمان دون القبول. ودعوى كونه كالقبول قبل الوصية الذي لم يتحقّق فيها إيجاب أصلاً، وكما لو باعه ما سيملكه الذي يكون الإيجاب فيه باطلاً واضحة الفساد.

٢ ـ كوضوح فساد الثاني؛ لأنّ الكشف والنقل إنّما هو في القبول بعد الوفاة لانحصار مقتضى الملك حينئذٍ فيه، بخلاف حال الحياة التي لا إشكال، كما لا خلاف في توقّف الملك معه على الوفاة التي قصد الموصي التمليك بعدها.

٣ ـ وعدم الحكم للردّ بعد تسليمه لأصالة بقاء حكم الإيجاب وصلاحية الزمان للقبول لا تستلزم صلاحيّته للردّ.

وقبوله بعد الموت ليس لقبول القبول فيه، بل للإجماع ونحوه ممّا هو مفقود في الفرض، بل هو مظنّة العكس.

٤ ـ وقبول الوارث إنّما يكون معتبراً إذا مات الموصى له قبل القبول، كما أنّ ردّه معتبر إذا كان للموصى له الرد، أمّا لو فرض عدم الردّ له لم يكن للوارث ذلك أيضاً كما لو مات بعد القبول والوفاة، وليس في النصوص ما يدلّ على اعتبار قبول الوارث كي يتمسّك بإطلاقه الشامل لقبول الموصى له وعدمه، كما لا يخفى على من لاحظها، **هذا. وقد أشار المصنّف بقوله: «وإن تأخّر... إلى آخره»** إلى عدم اعتبار اتّصال القبول بالوفاة لو وقع بعدها، سواء قلنا باشتراط صحّته بذلك أو لا؛ لإطلاق الأدلّة الشاملة لذلك قطعاً؛ ضرورة ندرة اتّفاق حصول ذلك، بل تعذّره فيما لو كان الموصى له غائباً مثلاً.

---

(١) القواعد ٢: ٤٤٤. جامع المقاصد ١٠: ١٠.
(٢) الروضة ٥: ١٤، ١٦.

فلا ريب [١] في عدم اعتبار اتّصال قبولها بالوفاة فضلاً عن عدم اعتبار اتّصاله بالإيجاب الذي هو معتبر في غيرها من العقود.

بل الظاهر عدم تسلّط الحاكم على جبره على القبول وعدمه ما لم يستلزم ذلك ضرراً وخصومة وتلفاً للمال باعتبار الاحتياج إليه للنفقة وغيرها، وإلّا كان له إلزامه في وجه قوي، بل لو تعذّر إجباره أمكن تولّي الحاكم ذلك، فتأمّل، هذا. ثمّ إنّ الظاهر جريان البحث المزبور في إجازة التنجيز بناءً على اعتبار إجازة الوارث في الزائد على الثلث، فتأمّل [٢].

(فإن ردّ في حياة الموصي جاز أن يقبل بعد وفاته؛ إذ لا حكم لذلك الردّ) [٣].

---

[١] [كما] ولا خلاف يعتدّ به.

[٢] ولمّا كان قول المصنّف: «ما لم يردّ» موهماً لخلاف الواقع فصّله بقوله: [فان ردّ ...].

[٣] وفاقاً للمشهور، بل وجهه واضح، بناءً على أنّ القبول معتبر بعد الوفاة خاصّة؛ ضرورة كون الوجه فيه أنّ ذلك الوقت محل القبول والردّ، باعتبار التعليق في الإيجاب عليه؛ إذ هو يقتضي عدم حصول المقصود منه قبل حصول المعلّق عليه كتعليق الحجّ على الاستطاعة ونحو قول السيّد: اضرب زيداً إن جاء عمرو، وصلّ الظهر إذا زالت الشمس ونحو ذلك ممّا لا أمر فيه قبل تحقّق المعلّق عليه، فكذا هنا لا إنشاء تمليك حقيقة إلّا بعد الوفاة وصدور العبارة من الموصي حال الحياة للإعلام بإرادة ذلك عند [تحقّق] المعلّق عليه وللاكتفاء بها عن تجديد الأمر والإنشاء عنده، ولعلّه لذا اعتبر في القبول كونه بعد الوفاة كالردّ؛ ضرورة عدم حصول متعلّقهما قبلها. وإن كان منع ذلك كلّه واضحاً؛ لمعلوميّة تحقّق الإنشاء بصدور الإيجاب، والتعليق إنّما هو لحصول الأثر لا للإنشاء المقتضي لذلك، والأوامر المعلّقة يتحقّق معنى الأمر فيها بصدورها، ولذا يتحقّق وصف المطيع والعاصي بالعزم على امتثالها وعدمه قبل حصول المعلّق عليه. بل لعلّ التأمّل يشرف الفقيه على القطع بعدم إرادة تعليق معنى الأمرية فيها على معنى أن يكون مأموراً عند حصول المعلّق عليه مع أنّه لم يتجدّد أمر غير ذلك، فيرجع إلى صيرورته مأموراً بلا أمر وهو معلوم الفساد. ومن هنا اتّجه صحّة القبول قبل حصول المعلّق عليه؛ لتحقّق المعنى الانشائي القابل للقبول، ولا يستلزم ذلك قبول الردّ، لعدم الدليل على بطلان حكم الإنشاء بقوله: لم أقبله مثلاً في مثل المقام، بل وفي غيره حتى العقود اللازمة إذا كان قد وقع على وجه لم يقدح باتّصال قبولها به. اللهمّ إلّا أن يكون إجماعاً فيقتصر عليه كالاقتصار هنا له أيضاً على تأثيره بعد الموت دون الحياة. ومن ذلك بان الوجه في عدم اعتباره على التقديرين. لكن ومع ذلك فالإنصاف يقتضي عدم الفرق بينه وبين القبول بالنسبة إلى تحقّق المعنى المقابل لتعلّقهما به. ولعلّ شهرة الأصحاب هنا غير معتدّ بها بعد أن علم أنّ المدرك فيها عدم حصول ما يقبل الردّ لتعليق الأثر على الموت الذي قد فرض عدم تحقّقه فيكون كالطلاق قبل النكاح الذي صحّحه أبو حنيفة[1]، لما عرفت من بطلانه بتحقّق المعنى القابل للقبول والردّ هنا، ويمكن أن لا يكون مدركهم ذلك، وإن ذكره بعض[2] المتأخّرين لهم. ولذا كان خيرة المصنّف جواز القبول حال الحياة وعدم الحكم للردّ فيها. ولعلّه لما أشرنا إليه من عدم دليل يصلح لقطع استصحاب صحّة الإيجاب بذلك لا لما ذكروه.

---

(١) انظر المبسوط ٥: ١٢٦، ١٣٥ و ٦: ٩٨ و... حيث صرّح ببطلان ذلك.

(٢) انظر مفتاح الكرامة ٩: ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

بقي شيء في المقام وهو أنّه ربّما [يظهر] [١] عدم الفرق في ذلك بين سبقه بالقبول وعدمه [٢].

[والمختار أنّه إذا قبل فلا ردّ له حتى في حال الحياة فضلاً عمّا بعد الوفاة] [٣].

نعم لو لم يقبل بل لو ردّ كان له القبول بعد ذلك حال الحياة بخلافه بعد الموت [٤].

(و) كيف كان فـ(**إن ردّ بعد الموت وقبل القبول بطلت**) على وجه لا ينفعه تجديد القبول [٥].

إنّما الكلام فيما ذكره المصنّف وغيره بقوله: (**وكذا**) تبطل الوصية (**لو ردّ بعد القبض وقبل القبول**) مع أنّك قد عرفت سابقاً تحقّق القبول بالفعل والقول فالقبض بعنوان أنّه موصى له قبول، فلا يؤثّر الردّ حينئذٍ بعده، بل لا وجه لفرضه قبل القبول ضرورة تحقّقه بذلك [٦].

[إلّا أن يكون القبض لا بعنوان القبول ولو لغفلة أو جهل بالوصية أو غير ذلك].

(**ولو ردّ بعد الموت والقبول وقبل القبض قيل**) [٧]: (**تبطل**) [٨].

---

[١] [**كما**] **استفيد من إطلاق المصنّف وغيره.**

[٢] ولكن يشكل ذلك بما ظاهرهم الإجماع عليه من كون الوصية عقداً جائزاً من الطرفين، ومقتضاه تسلّط الموصى له على فسخه حينئذٍ، ولا ريب في اقتضائه بطلان العقد؛ إذ هو معنى الفسخ، كما أنّ معنى الردّ والفسخ واحد.

واحتمال التزام عدم الحكم لهذا الفسخ يقتضي مخالفتها للعقود الجائزة بالنسبة إلى ذلك.

ويمكن حمل كلامهم على خصوص ردّ الإيجاب خاصّة الذي لا يدخل تحت حكم فسخ العقد الجائز.

ودعوى أنّه إذا كان له الفسخ بعد تمام العقد فللإيجاب خاصّة أولى يمكن منعها بعد بطلان القياس عندنا.

وكذا دعوى تنزيل جواز الفسخ الذي له بعد تمام العقد على إبطال القبول خاصّة فيحتاج إلى تجديد القبول خاصّة.

بل قد عرفت أنّ ذلك مخالف للفسخ في العقود، فتأمّل جيّداً، فإنّ المسألة غير محرّرة في كلامهم.

[٣] وتحريرها ما ذكرناه غير مرّة من أنّ الوصية ليست من العقود، وإن كانت هي جائزة، بمعنى أنّ للموصي الرجوع وللموصى له عدم القبول، أمّا إذا قبل فلا ردّ له حتى في حال الحياة فضلاً عمّا بعد الوفاة.

[٤] ولعلّ الفرق بينهما أنّ ما بعد الموت هو محلّ القبول والردّ باعتبار أنّ التمليك في الوصية حينه، بخلافه حال الحياة، على أنّه لو لم يقبل الردّ بعد الموت ترتّب الضرر؛ لعدم أمد له ينتظر، مضافاً إلى ما عرفت من كون القبول بعد الموت كاشفاً، فالردّ والقبول فيه نحو إجازة الفضولي، بخلافه حال الحياة، والله العالم.

[٥] **بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه**، وهو الحجّة في انقطاع الأصل المزبور.

[٦] اللهمّ إلّا أن يحمل كلامهم على القبض الذي لا يكون قبولاً ولو لغفلة عن الوصية أو جهل بها أو غير ذلك، وإن كان هو منافٍ لإطلاقهم، ولما تسمعه ممّا ذكروه متّصلاً بذلك من أحكام القبض نحو قول المصنّف [ولو ردّ...].

[٧] **والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه وابن سعيد في المحكيّ عن جامعه**[1]:

[٨] استصحاباً لجوازها قبله، ولكونها أضعف من الهبة والوقف اللذين يعتبر فيهما ذلك.

---

(١) المبسوط ٤: ٣٣. الجامع للشرائع: ٤٩٩.

(وقيل : لا تبطل ، وهو أشبه) [١].

(أمّا لو قبل وقبض ثمّ ردّ لم تبطل إجماعاً لتحقّق الملك واستقراره) [٢].

(ولو ردّ) الموصى له **(بعضاً)** ممّا أُوصي به له **(وقبل بعضاً صحّ فيما قبله)** خاصّة ، وكذا لو رجع الموصي ببعض دون بعض [٣].

[والمراد البعض المستقلّ كما لو قال : عبدي وداري لزيد فقال الموصى له : قبلت العبد].

---

[١] بأُصول المذهب وقواعده ، **وأشهر بين الطائفة بل هو المشهور .**

بل كاد أن يكون إجماعاً .

كما أنّ النصوص[١] كادت تكون متواترة في عدم اعتباره ، ولذا تضمّنت انتقاله إلى وارثه إذا كان قد مات الموصى له قبله . مضافاً إلى إطلاق أدلّة الوصية ، وبذلك كلّه ينقطع استصحاب الجواز بعد تسليم جريانه . والثاني مع وضوح فساده ـ بعد بطلان القياس ـ مقتضاه كون القبض شرطاً في الصحّة وهو خلاف ما حكي عن المبسوط[٢] من كونه شرطاً في اللزوم كما أومأ المصنّف بقوله : [أمّا لو ...].

[٢] نعم ربّما احتمل بعضهم ذلك [= البطلان] ، لكن الأمر في ذلك سهل ؛ إذ على كلّ حال لا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت .

[٣] لإطلاق أدلّة الوصية وإنفاذها الشامل للفرض ، لا لعدم اعتبار المطابقة بين إيجابها وقبولها باعتبار كونها من التبرّعات المحضة ، بخلاف عقود المعاوضة ، ولذا لم يجز للقابل فيها الاقتصار على بعض ما ذكره الموجب ولو بما يخصّه من الثمن ، بل لما عرفت وتعرف ؛ ضرورة اعتبارها [= المطابقة] في جميع العقود من غير فرق بين الجميع ؛ لاتّحاد المدرك فيها ، إلّا أنّه في المقام لم يصدر من الموجب غير تعلّق قصد الإيصاء بكلّ منهما من غير مدخلية لاجتماعهما وانفرادهما بخلافه في عقد المعاوضة الظاهر بسبب الجمع بالعوض في أنّ القصد قد حصل عليهما من حيث الاجتماع وإن لم يكن ذلك على جهة الشرطية ، ومن هنا لو فرض تشخيص الثمن لكلّ منهما كما لو قال : بعتك العبد بمئة ، والجارية بخمسين فقبل أحدهما بثمنه لم يبعد الصحّة لحصول المطابقة بالنسبة إلى ما قبله وعدم قبول الثاني ليس من المخالفة بين الإيجاب والقبول الممتنعة .

وإن كان الإنصاف عدم خلوّه من الإشكال .

بل قد يقوى عدم حصول المطابقة إلّا مع تعدّد إنشاء للإيجاب .

نعم يقوى في الوصية عدم كونها من العقود المعتبر فيها المطابقة لتحقّق معنى اسم « العقد » الذي هو الإيجاب وقبول ذلك الإيجاب بها .

ومن ذلك يظهر الإشكال هنا في صحّة جزء معيّن من الموصى به باسم كلّه ، كما لو قال الموصي : بساطي مثلاً لزيد فقال الموصى له : قبلت هذا الجزء المعيّن منه ، فإنّه لا مطابقة بين الإيجاب والقبول حينئذٍ ، بل لا إيجاب بهذا الجزء إلّا ضمناً وفي الاكتفاء به نظر وإن قلنا : إنّها ليست من العقود ، بل في الاجتزاء بها في الإذن ونحوه منع .

---

(١) الوسائل ١٩ : ٣٣٣ ، ب ٣٠ من الوصايا .

(٢) انظر المبسوط ٤ : ٣٣ .

[ولا يصحّ لو قبل جزءً معيّناً من الموصى به باسم كلّه ، كما لو قال الموصي : بساطي مثلاً لزيد فقال الموصى له : قبلت هذا الجزء المعيّن منه].

أمّا لو قبل جزءً مشاعاً منه مقدّراً بالثلث أو الربع منه مثلاً فهو أقرب إلى الصحّة منه [١].

(و) كيف كان فـ (لو مات) الموصى له (قبل القبول قام وارثه مقامه في قبول الوصية) وردّها سواء كان في حياة الموصي أو بعد وفاته [٢].

---

[١] كما يشهد له صحّة الوصية بالثلث لو أوصى بأزيد منه فقبل الموصى له ، ولم يجز الوارث الزائد وإن كان قد يفرّق بأنّ الموصى له قد طابق قبوله الإيجاب ، لكن لم يسلّم له باعتبار عدم إجازة الوارث نحو ما لو باع ماله ومال غيره فقبل المشتري ولم يجز الغير ، فإنّه يصحّ في الأوّل دون الثاني . إنما الكلام فيما لو جعل متعلّق القبول البعض أوّلاً وبالذات ، وكلام الأصحاب هنا وإن كان مطلقاً ، لكن يمكن حمله على إرادة البعض المستقلّ كما لو قال : عبدي وداري لزيد ، فقال الموصى له : قبلت العبد فتأمّل جيّداً ، فإنّ المسألة محتاجة إليه ؛ضرورة عدم المطابقة فيه لو قلنابكون الوصية من العقود ، فإنّ القبول المزبور لم يكن له إيجاب ؛ لأنّ الايجاب الذي صدر من الموجب متّحد وإن تعدّد متعلّقه لا أنّه إيجابان وإنشاآن والعطف لا يصيّره كذلك ، فلو وقع في مثل الهبة ونحوها من العقود ولو التبرعية لم يكف ؛ إذ لم تحصل المطابقة ، نعم قد عرفت غير مرّة أنّ الوصية ليست من العقود المعتبر فيها ذلك .

[٢] **على المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً ، بل عن كشف الرموز : أنّه هو الذي انعقد عليه العمل[١] ، بل لا خلاف محقّق أجده فيه في الثاني وإن حكي[٢] ، بل وفي الأوّل وإن حكي عن أبي علي[٣] البطلان فيه أو مطلقاً . وربّما مال إليه بعض[٤] المتأخرين** ، لكنّه في غير محلّه ؛ لأصالة بقائها للموصى له فتكون حقّاً من حقوقه فينتقل إلى وارثه كحقّ الخيار والشفعة وغيرهما ، خصوصاً بعد أن كان اعتبار القبول فيها ليس على حسب اعتباره في غيرها كما عرفته سابقاً ، بل هي مع قبول الوارث تندرج في إطلاق أدلّة الوصية ، وما دلّ على إنفاذها ، وعدم جواز تبديلها وتغييرها . ولما رواه المحمّدون الثلاثة بطريق صحيح وحسن كالصحيح عن محمّد بن قيس الثقة على الظاهر بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه وكونه الراوي لقضايا أمير المؤمنين عليه السلام عن أبي جعفر عليه السلام التي هذه منها . قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب فتوفّي الموصى له قبل الموصي ، قال : الوصية لوارث الذي أُوصى له ، قال : ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفّي الموصى له قبل الموصي فالوصية لوارثه الذي أوصى له ، إلّا أن يرجع في وصيّته قبل موته »[٥] . على أنّه معتضد : ١ ـ بخبر الساباطي ، قال : سألت أباجعفر عليه السلام عن رجل أوصى إليّ وأمرني أن أعطي عمّاً له في كلّ سنة شيئاً فمات العمّ ؟ فكتب : « أعط ورثته »[٦] . ٢ ـ وبالصحيح عن مثنّى : قال : سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقضيها ولم يترك عقباً ؟ قال : « اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه ، قلت : فإن لم أعلم له وليّاً ؟ قال : اجهد على أن تقدر له على ولي ، فإن لم تجده وعلم الله فيك الجهد فتصدّق بها »[٧] . ٣ ـ وبما عرفت وهو وإن كان في الأوّل لكن قد عرفت أنّه محلّ الخلاف كما يقضي به التتبّع ، وإن حكي عن

---

(١) (٤) كشف الرموز ٢ : ٧٧ . المختلف ٦ : ٤٠٨ . (٢) (٣) نقله في المختلف ٦ : ٤٠٨ . المسالك ٦ : ١٢٩ .

(٥) الكافي ٧ : ١٣ ، ح ١ . الفقيه ٤ : ٢١٠ ، ح ٥٤٨٩ . التهذيب ٩ : ٢٣٠ ، ح ٩٠٣ . الوسائل ١٩ : ٣٣٣ ، ب ٣٠ من الوصايا ، ح ١ .

(٦) الوسائل ١٩ : ٣٣٤ ـ ٣٣٥ ، ب ٣٠ من الوصايا ، ح ٣ .

(٧) التهذيب ٩ : ٢٣١ ، ح ٩٠٥ . الوسائل ١٩ : ٣٣٤ ، ب ٣٠ من الوصايا ، ح ٢ .

بعضهم[١] البطلان مطلقاً. لكنّه غير متحقّق، كما أنّ القول[٢] بالتفصيل أي البطلان في الأوّل دون الثاني واضح الفساد بعد النصّ الجامع لشرائط العمل، الذي منه يعلم أيضاً أنّه لا وجه للتفصيل بين من يعلم كون غرضه خصوص الموصى له فتبطل حينئذٍ مطلقاً وبين من لم يعلم غرضه فتصحّ وتنتقل إلى الوارث. بل ربّما ظهر من بعضهم خروج القسم الأوّل عن الخلاف، لكن فيه: أنّه إن لم يكن ذلك على جهة الشرطية أو ما في معناها لا وجه للبطلان أيضاً، كالتفصيل بين علم الموصي وظهور أمارات البقاء فكالمشهور وبين عدم علمه أو ظهور كون المقصود خصوص الموصى له فالبطلان وإن تجرّد عن جميع القرائن فالتوقّف؛ إذ كلّ ذلك اجتهاد في مقابلة النصّ أو تهجس بلا داع سوى: ١ ـ الأصل المقطوع بما عرفت. ٢ ـ والصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنّه سئل عن رجل أوصى له أحد فمات الموصى له قبل الموصي؟ قال: «ليس بشيء»[٣]. الذي مثله موثّق منصور بن حازم[٤] عنه أيضاً القاصرين عن معارضة ما عرفت من وجوه: منها الاعتضاد بالشهرة العظيمة القريبة من الإجماع المخالفة للمشهور بين العامّة، ومنه ينقدح حملها على التقيّة دون العكس الذي لم ينقل إلّا عن الحسن البصري. والتقيّة فيه مع بعدها لا تتأتّى فيما روي عن الصادقين عليهما السلام ومن بعدهما؛ لتأخّر زمانهم عنه [=البصري]، بل قد يشهد لذلك العدول في الجواب إلى ما هو غير واضح الدلالة؛ إذ من المحتمل كون المراد عدم كون الموت شيئاً ينقض الوصية، بل قيل: «إنّه أنسب بأسلوب الكلام وتذكير الضمير المستتر في الفعل»[٥]. ولعدم التنافي بين الروايات وتنزيلها أيضاً على ما إذا نقض الموصي الوصية بعد موت الموصى له. وكون المراد الوصاية لا الوصية التمليكية وغير ذلك ممّا يظهر منه أنّ المقام مقام ترجيح وطرح، لا مقام جمع؛ لانتفاء التعادل الذي هو شرط فيه، على أنّه لو سلّم فهو يقتضي التأويل في المحتمل دون النصّ الذي لا يقبل التأويل كما هو واضح. ٣ ـ وسوى أنّ وارث الموصى له إنّما يرث ما كان له والمال قبل قبوله للموصي الذي لم يصدر منه إلّا عطية للموصى له، فكيف يرث وارثه مال شخص آخر، وكيف يقبله له مع أنّ الإيجاب وقع لغيره؟! وهو الذي قد أشرنا إلى أنّه اجتهاد في مقابلة النصّ. مع أنّه يمكن دفعه فيما لو مات الموصى له بعد الموصي وقبله الوارث لمورّثه الذي هو الموصى له، وقلنا: إنّ القبول كاشف فإنّه ينكشف حينئذٍ بالقبول من الوارث القائم مقام مورّثه، دخوله في ملك الموصى له حين موت الموصي، فيرثه الوارث حينئذٍ. لكن الحقّ خلاف ذلك كلّه، وأنّ الوارث ينتقل إليه المال من الموصي وإن قلنا بالكشف في قبول الموصى له لبعض ما عرفت ممّا هو مفقود في المقام؛ ضرورة ظهور الدليل في ملكية الوارث له بموت الموصي، وإن قيّدناه بالإجماع بحصول القبول منه لذلك، ولا وجه للكشف بالنسبة إليه؛ لأنّ الفرض كون الموصى له قد مات بعد الموصي، فكيف يكون قبول الوارث كاشفاً عن ملكه للمال حين موت الموصي والموصى له موجود؟! ودعوى أنّ القبول منه للميّت الذي بموته خرج عن قابلية إدخال شيء في ملكه ابتداءً لا شاهد عليها. كما لا وجه لدعوى الكشف حين موت الموصى له مع أنّ السبب المملّك ذكر للموصى له حين موت الموصي، فليس حينئذٍ إلّا القول بأنّ قبول الوارث مملّك حين حصوله. ومن هنا قال المصنّف وغيره [فرع...].

---

(١) نقله في المختلف (٦: ٤٠٨) عن ابن الجنيد.

(٢) نسبه في جامع المقاصد: (١٠: ١٥) إلى المحقق، انظر النهاية ونكتها ٣: ١٦٧.

(٣) الوسائل ١٩: ٣٣٥، ب ٣٠ من الوصايا، ح ٤، وفيه: «لرجل» بدل «له أحد».

(٤) المصدر السابق: ح ٥.

(٥) المسالك ٦: ١٣٠.

(فرع):

[حكم ما لو أوصى بجارية وحملها]:

(لو أوصى بجارية وحملها لزوجها) أو غيره **(وهي حامل منه فمات)** الزوج **(قبل القبول كان القبول للوارث)** [١]. **(فإذا قبل ملك الوارث الولد إن كان ممّن يصحّ له تملّكه ولا ينعتق على الموصى له؛ لأنّه لا يملك بعد الوفاة ولا يرث أباه؛ لأنّه رق)** مملوك للوارث **(إلّا أن يكون ممّن ينعتق على الورثة[١] ويكونوا جماعة)** فيشاركهم **(فيرث)** حينئذٍ **(لعتقه قبل القسمة)**، لكن غير أُمّه التي لم تدخل في ملك أبيه بل انتقلت إلى الوارث من الموصي فليست هي حينئذٍ من تركته حتى يشارك الوارث فيها، نعم هو شريكه في مال الموصى له [٢]. نعم لو كان الوارث واحداً فلا إرث له وإن انعتق على الوارث لو قبل [٣]. هذا كلّه بناءً على ما ذكرناه من أنّ قبول الوارث ناقل له من حينه. ولو قلنا بكشفه عن دخول الموصى به في ملك الموصى له حين موت الموصي اتّجه حينئذٍ انعتاقه على أبيه وإرثه لأُمّه وانعتاقها عليه كما هو واضح. هذا كلّه إذا كان للموصى له وارث خاصّ، فإنّه كما عرفت يقوم مقامه. أمّا إذا لم يكن [له وارث خاصّ] [٤] [فقد قيل: إنّه لإمام المسلمين]. وهو متّجه [٥].

---

[١] لما عرفت.

[٢] **وما عن الشيخ من أنّه لا يرث مطلقاً وإلّا لاحتيج إلى قبوله، ولا يكون وارثاً إلّا بالقبول[٢]**، فيلزم الدور، فواضح الضعف؛ ضرورة صيرورته وارثاً بقبول غيره ممّن هو الوارث حال موت الموصى له؛ لأنّه هو المعتبر قبوله، لا من تجدّد إرثه، كما هو واضح.

[٣] لعدم موضوع الاحتياج إلى القسمة الذي هو شرط إرثه كما هو محرر في محلّه.

[٤] **ففي محكي التنقيح: أنّ الأكثر على رجوع المال حينئذٍ إلى ورثة الموصي[٣]. وفي الدروس نسبته إلى المعظم[٤]. وفي المصابيح إلى الشيخين والفاضلين[٥]**. ولعلّه للاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقّن وهو «الوارث» الخاصّ. لكن فيه: أنّ في الصحيح أو الحسن: «فإن لم تجد فتصدّق به»[٦]. **وعن السرائر: أنّه لإمام المسلمين[٧]**.

[٥] لولا الشذوذ الذي اعترف به في الدروس[٨]. اللهمّ إلّا أن يمنع عليه ذلك باعتبار إطلاق الأكثر الوارث الشامل له عليه السلام والأمر بالتصدّق به في الصحيح المزبور الذي أفتى به الصدوق وابن سعيد ـ على ما قيل[٩] ـ لا ينافيه، بل يؤكّده باعتبار أنّ المال له، وقد أذن بالصدقة به. بل في مصابيح الطباطبائي: أنّ بذلك يحصل التوافق بين قول ابن إدريس وقول الصدوق وابن سعيد، ثمّ قال: «وهو الأقوى»[١٠]. هذا ومن الغريب ما حكاه فيها عن بعض شرّاح الحديث أنّه قد استفاد من نصوص المقام أنّ الوصية للأنبياء والأئمّة عليهم السلام تصرف إلى أولادهم وذرّيتهم؛ لأنّها دلّت على انتقال حقّ القبول إلى الوارث[١١]؛ إذ لا يخفى ما فيه من أنّ مورد الأخبار وجود الموصى له حال الوصية، فلا يتعدّى إلى غيره.

---

(١) في الشرائع: «الوارث».

(٢)(٧) المبسوط ٤: ٣٢. السرائر ٣: ٢١٦.

(٣)(٤) التنقيح ٢: ٣٨٢. الدروس ٢: ٢٩٨.

(٥) مصابيح الأحكام: ٦١٠ (مخطوط).

(٦) الوسائل ١٩: ٣٣٤، ب ٣٠ من الوصايا، ح ٢، وفيه: «فإن لم تجد وعلم الله منك الجدّ فتصدّق بها».

(٨) لم نعثر عليه في الدروس، نعم اعترف به في مفتاح الكرامة ٩: ٣٧٧.

(٩) انظر مصابيح الأحكام: ٦١٠ (مخطوط).

(١٠)(١١) مصابيح الأحكام: ٦١٠ـ ٦١١ (مخطوط).

[ويجوز التصدق بها].

(ولا تصحّ الوصية) بصرف مال مثلاً (في معصية) [١].

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد**، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كما أنّه يمكن منع اندراجه في أدلّة المقام فيبقى على أصالة المنع، مضافاً إلى عدم إمكان تنفيذها، فهي كالوصية بغير المقدور؛ لأنّ «الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً»، وإلى ما كان منها مندرجاً في المعاونة على الإثم المنهي عنها في الكتاب العزيز[١] كمساعدة الظالم على ظلمه ونحوها. بل قد يقال: إنّ الوصية بصرف المال في المعصية معصية؛ ضرورة كونها كبذل المال فيها وإن تولّى الصرف غير الباذل.

وإلى الخبر: سألت أباجعفر عليه السلام عن قول الله تعالى: ﴿فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾[٢] الآية، فقال: «نسختها التي بعدها ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُوصٍ جَنَفاً أَو إِثماً﴾[٣] قال: «يعني الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصي فيما أوصى به إليه ممّا لا يرضى الله تعالى من خلاف الحقّ فلا إثم عليه؛ أي على الموصى إليه أن يبدّله إلى الحقّ وإلى ما يرضي الله تعالى به من سبيل الحقّ»[٤].

ونحوه المرسل المضمر عنه عليه السلام: «أنّه تعالى أطلق للموصى إليه أن يغيّر الوصية إذا لم تكن بالمعروف وكان فيها جنفاً ويردّها إلى المعروف؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُوصٍ جَنَفاً أَو إِثماً فَأَصلَحَ بَينَهُم فَلَا إِثمَ عَلَيه﴾[٥].

وإلى غيره ممّا يستفاد منه عدم صحّة الوصية بغير الحقّ.

والظاهر إرادة التخصيص من «النسخ» في الخبر الأوّل، كما أنّ الظاهر إرادة ما لا ينافي البطلان من «التبديل إلى الحقّ»، لا أنّ المراد تبديل الوصية بتعمير الكنيسة مثلاً إلى تعمير المسجد والوصية بإعانة الظالم على ظلمه إلى إعانة المطيع من حيث هو كذلك؛ ضرورة عدم الدليل على ذلك، بل ظاهر الأدلّة خلافه، وإن كان قد يتوهّم من ظاهر الخبرين، إلّا أنّه بمعونة الاتّفاق ظاهراً على خلاف ذلك يمكن حمله على إرادة الوصية بالثلث أوّلاً مثلاً ثمّ الوصية بخلاف الحقّ فإنّه حينئذٍ يتّجه التبديل إلى الحقّ، أمّا في غير ذلك فليس إلّا البطلان الذي يمكن أن يكون أيضاً من التبديل إلى الحقّ؛ لأنّ المراد منه إرجاعها إلى ما يقتضيه الشرع، وهو مختلف كما عرفت فتدبّر.

ثمّ لا فرق في استفادة الحكم المزبور وغيره من آية: ﴿كُتِبَ عَلَيكُم﴾ إلى قوله: ﴿غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[٦] بين القول بكونها منسوخة بآية المواريث[٧] والقول بكونها غير منسوخة لعدم التنافي بين الإرث والوصية للوارث فإنّ حكم الوصية وعدم جواز التبديل إلّا مع الجنف مستفاد على كلّ حال.

كما أنّ الظاهر عدم اعتبار المال الكثير في رجحان الوصية؛ لإطلاق لفظ «الخير» المراد به المال، ولم يثبت تقييده بذلك.

---

(١) المائدة: ٢.

(٢) البقرة: ١٨١.

(٣) البقرة: ١٨٢.

(٤) الوسائل ١٩: ٣٥١، ب ٣٨ من الوصايا، ح ١، مع اختلاف.

(٥) الوسائل ١٩: ٣٥٢، ب ٣٨ من الوصايا، ح ٢، وفيه: «حيف» بدل «جنفاً».

(٦) البقرة: ١٨٠ ـ ١٨٢.

(٧) النساء: ١١ ـ ١٢.

[والظاهر عدم اعتبار المال الكثير في رجحان الوصية].

[بل ولا خصوص الوالدين والأقربين وإن كانوا أولى] [١].

وكيف كان فـ(**لو أوصى بمال للكنائس**) التي هي معابد النصارى ومحالّ سبّهم للحقّ وأهله والعبادات الفاسدة (**أو البيع**) التي هي لليهود كذلك (**أو كتابة ما يسمّى الآن توراة وإنجيلاً**) وليس كذلك؛ لأنّه قد حرّف جملة منهما وبه كانا من كتب الضلال (**أو في مساعدة ظالم**) على ظلمه، بل فاسق على فسقه (**بطلت الوصية**) [٢].

والضابط أنّ كلّ ما جاز له فعله حال الحياة جاز له الوصية به، وكلّ ما لم يجز له ذلك لم يجز له الوصية به، وبذلك يفرق بين المعابد وغيرها كالقنطرة والخان ونحوهما وبين كتابة التوراة مثلاً للنقض وغيره، وقد تقدم في الوقف في نظير المسألة ما له نفع في المقام بناءً على اعتبار القربة فيه، فلاحظ. ولا فرق في ذلك كلّه بين المسلم والكافر المشتركين في الفروع [٣].

(**و**) كيف كان فقد عرفت فيما تقدّم أنّ (**الوصية عقد جائز من طرف الموصي**) فله الرجوع بها حينئذٍ (**ما دام حيّاً سواء كانت بمال أو ولاية**) [٤].

---

[١] بل ولا خصوص الوالدين والأقربين وإن كانوا أولى من غيرهم، بل المراد مطلق الوصية بالمعروف.

وأمّا الحصر في الآية فيحتمل إرادة إثم التبديل منه؛ على معنى أنّ الإثم التبديل على المبدّل دون الموصي؛ لأنّه ﴿**لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزرَ أُخرَى**﴾[١] ويحتمل إرادة حصر إثم الموصى له في المبدّل دون الميّت الذي ارتفع الإثم عنه بوصيّته فيه، وربّما يشهد له النبوي: «من حضره الموت فوصّى وصيّة على كتاب الله كان كفّارة لما ضيع من زكاته في حياته»[٢]، بل وغير ذلك من الوجوه الاعتبارية، ولتمام الكلام في الآية محلّ آخر، والله العالم.

[٢] لما عرفت، وإن قلنا بجواز الوصية لليهود مثلاً.

[٣] **عندنا**، نعم قد أُمرنا بإقرار أهل الذمّة منهم على ما عندهم من الأحكام، وليس ذلك حكماً بالصحّة، وبه يجمع بين من أطلق البطلان كالماتن ونحوه وبين من خصّ ذلك بما إذا كان الموصي مسلماً، والأمر سهل.

[٤] **بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه**، بل النصوص[٣] فيه مستفيضة أو متواترة. لكن إطلاق العقد عليها بناءً على اعتبار الموت في صحّة قبولها نوع مسامحة؛ إذ هي ما دام حيّاً ليست إلّا إيجاباً، أمّا بناءً على صحّته [=القبول] منه في الحياة ووقع منه فصدق العقد عليها حينئذٍ حقيقة.

ولعلّ ذلك هو المراد للمصنّف، ويستفاد حكم الإيجاب وحده حينئذٍ بطريق أولى.

وإن كان قد عرفت فيما تقدّم الإشكال في كونها من العقود المتعارفة من غير هذه الجهة، فلاحظ وتأمّل.

وخصّ الموصي مع أنّ حكم الجواز مشترك بينهما في الجملة؛ لبيان أنّها بالنسبة إليه لا تكون إلّا جائزة سواء حصل لها قبول أو لا.

---

(١) الأنعام: ١٦٤.

(٢) كنز العمال ١٦: ٦١٣، ح ٤٦٠٥٤.

(٣) انظر الوسائل ١٩: ٣٠٢، ب١٨ من الوصايا.

بخلافها بالنسبة إلى الموصى له ، فإنّها قد تكون جائزة كما في حال الحياة حصل منه قبول أو لا ، وبعد الوفاة قبل القبول أو بعده قبل القبض بناءً على اعتباره في الملك ولازمة بعد الوفاة والقبول والقبض أو الأوّلين فقط [دون القبض] بناءً على عدم اعتبار القبض في الصحّة واللزوم كما هو الأصح على ما عرفته سابقاً ، والله هو العالم .

(**ويتحقّق الرجوع**) من الموصي (**بالتصريح**) به لفظاً [١] ، نحو رجعت أو نقضت أو فسخت أو لا تعطوه ما أوصيت به له ، أو بما يفيده ظاهراً أيضاً نحو : هذا لوارثي أو ميراث عنّي أو حرام على الموصى له أو نحو ذلك مما يستلزم بطلان الأولى [٢] .

نعم لو نصّ على التشريك أو دلّت عليه قرينة عمل به [٣] .

نعم لو قال : من تركتي لم يكن رجوعاً على الأقوى [٤] .

ولو أوصى له بألف ثمّ أوصى له بألف [٥] [فهي بألفين ما لم تكن قرينة على التأكيد] .

وعلى كلّ حال فالرجوع يتحقّق بذلك (**أو بفعل ما ينافي الوصية ، فلو باع ما أوصى به**) أو أعتقه (**أو أوصى**

---

[١] **بلا خلاف .**

[٢] **خلافاً لبعض[١] الشافعية فلم يبطلها بالمثال الأوّل** ، قياساً على عدم البطلان فيما لو أوصى بعين لزيد ثمّ بها لعمرو ، بل يشتركان فيها .

وفيه :

مع بطلان القياس منع الحكم في المقيس عليه ؛ ضرورة التضادّ بينهما لامتناع حصول الملك لكلّ منهما ، والطارئة رافعة لحكم الأولى عرفاً ، بل شرعاً ؛ لأنّ العمل بالوصية واجب ، ولا يمكن إلّا بالرجوع عن الأولى المشروع في نفسه بخلاف الثانية .

[٣] **بل في جامع المقاصد : « وكذا لو دلّت قرينة على صدور الوصية الثانية لنسيان الأولى وأنّه لم يرجع عنها ، فإنّ العمل بالأولى حينئذٍ »[٢] .**

وإن كان لا يخلو من نظر كما ستعرف .

[٤] لأنّ الموصى به من جملتها ، ودعوى اختصاصها بما كان حقّاً للوارث بالإرث ممنوعة .

[٥] **ففي القواعد : « هي واحدة ، وكذا بألف معيّنة ثمّ بألف مطلقة وبالعكس ، ولو أوصى بألف ثمّ بألفين فهي ألفين »[٣] .**

ووافقه عليه في جامع المقاصد[٤] .

ولكن لا يخلو من تأمّل مع فرض عدم القرينة ؛ لأصالة التعدّد في الاستثناء الذي لا يتصوّر في تكراره التأكيد ، نعم هو كذلك في الإقرار ، فتأمّل جيّداً .

---

(١) انظر المجموع ١٥ : ٤٩٩ .

(٢)(٤) جامع المقاصد ١١ : ٣١٤ ، ٣٢٤ .

(٣) القواعد ٢ : ٥٧١ .

ببيعه أو وهبه وأقبضه أو رهنه) كذلك أو كاتبه (**كان رجوعاً**) [١].

وأمّا الوصية ببيعه فالظاهر الرجوع بها لمنافاتها لمقتضى الوصية الأُولى الذي هو الملك بالموت فهو كالوصية به لزيد، ثمّ الوصية به لعمرو الذي قد عرفت الكلام فيه [٢].

[ولا رجوع بفعل مقدّمات ما ينافي الوصية كالتعريض ببيع ونحوه].

[والقول بتحقق الرجوع بالهبة قبل القبض والرهن كذلك لا يخلو عن نظر، بل منع].

(**وكذا**) النظر في [٣] أنّه به يتحقّق الرجوع وهو (**لو تصرّف في**) الموصى بـ(**ـه تصرّفاً أخرجه عن مسمّاه، كما إذا أوصى بطعام فطحنه أو بدقيق فعجنه أو خبزه**) [٤].

بل لو وقع ذلك نسياناً منه أبطلها، بل الظاهر كونه كذلك أيضاً إذا وقع لا بفعله، فإنّه وإن كان جيّداً لكن ينبغي

---

[١] لاقتضاء البيع والهبة مع القبض والعتق نقل الملك وإزالته المنافي كلّ منهما لبقاء الوصية وأداء الرهن إلى منع الراهن من التصرّف وتسلّط المرتهن على استيفاء حقّه من القيمة المنافي لمقتضى الوصية الذي هو الملك تامّاً بالموت والقبول، وليس هو كالوصية بالمرهون المنزّلة على إرادة العهدية على تقدير الفكّ وإفضاء الكتابة إلى انقطاع السلطنة عليه التي من جملتها الوصية به. **وما عن بعض العامّة: من أنّ البيع ليس رجوعاً**[1]؛ لأنّه يتضمّن أخذ البدل، [وهو] واضح الضعف.

إنّما الكلام في أنّ اقتضاء هذه الأُمور الرجوع للتنافي، بل هو في الحقيقة ليس رجوعاً، بل بطلان للوصية بانتفاء محلّها وانتقالها عن ملك الموصي، ومن هنا يتّجه البطلان حتى لو صدر ذلك منه نسياناً للوصية، أو للدلالة على قصد الرجوع، نحو ما ستسمعه من التعريض لما هو منافٍ للوصية.

وتظهر الثمرة حينئذٍ في البطلان بما أوقعه من البيع وإن ظهر فساده. لكن ستعرف المناقشة في دلالة ذلك ونحوه على إرادة انشاء الرجوع.

[٢] لكن في المسالك: أنّها من فعل ما يدلّ على إرادة الرجوع، نحو مقدّمات الأُمور التي لو تحقّقت لناقضت الوصية كالتعريض للبيع ونحوه ممّا هو ناقل للملك أو مزيل له، نعم لو دلّت قرينة على عدم إرادة الرجوع بذلك وأنّه لغرض آخر عمل عليها، وإلّا حمل على الرجوع عملاً بظاهر حال العاقل، وقد جعل منه الهبة قبل القبض، وكذا الرهن بناءً على اعتباره فيه[2].

وفيه: أنّ أقصى ذلك كون الموصي قد قصد شيئاً لو تحقّق لأبطل الوصية قهراً، ولا دلالة في ذلك على إرادته إنشاء الرجوع بعد احتماله وجوهاً متعدّدة، ودعوى ظهور حاله في ذلك ممنوعة، ولو سلّم فلا دليل على صحّته في مثل المقام.

نعم قد يقال: إنّ الهبة قبل القبض والرهن كذلك من المنافي فإنّهما وإن لم يحصل بهما الملك والرهن، إلّا أنّ الإعداد لذلك منافٍ أيضاً، فإنّ الموصى به ينافيه تعلّق عقد الهبة به مثلاً، فيكون حينئذٍ من القسم الأوّل، مع أنّه لا يخلو من نظر أو منع أيضاً، خصوصاً مع ملاحظة استصحاب الوصية.

[٣] [كـ] ـما ذكره غير واحد.

[٤] لأنّه كتلف محلّ الوصية المقتضي لبطلانها من غير حاجة إلى قصد.

---

(١) انظر المغني (لابن قدامة) ٦: ٥١٩.

(٢) المسالك ٦: ١٣٦.

تقييده بما إذا علم أنّ الموصي قد أوصى به من حيث كونه مسمّى باسم خاصّ، بخلاف ما إذا علم كون الوصية به من حيث الذات التي لا تبطل الوصية بها حينئذٍ مع تغيّر حقيقتها، فضلاً عن تغير أحوالها التي تتغيّر بها أسماؤها.

أمّا إذا لم يعلم الحال كما لو اقتصر على: حنطتي مثلاً لزيد بعد وفاتي فهو وإن كان قاعدة دوران الحكم مدار الإسم تقتضي بطلان الوصية بانتفائه نحو قول السيّد لعبده: آتني بحنطة، فإنّه لا يمتثل بإتيان الدقيق، لكن قد يقال: إنّ ظاهر التمليك عرفاً يقتضي تعلّقه بمسمّى الإسم، لا من حيث التسمية به.

وحينئذٍ يكون المتّجه عدم بطلانها بانتفاء الاسم، من غير فرق بين أن يكون ذلك بفعله أو لا بفعله [١].

كما أنّه [الأولى] [٢] عدم البطلان فيما لو علّق الموصي وصيّته باسم الإشارة ونحوه، ممّا لم يذكر فيه الإسم، فقال: هذه لزيد بعد وفاتي أو ما في البيت لزيد بعد وفاتي [٣]. بل لو جمع بين الإسم والإشارة أمكن الترجيح للثانية [٤].

---

[١] ودعوى ظهور الأوّل في الرجوع لا من حيث انتفاء الإسم، بل من حيث إنّه لو كان باقياً على وصيّته لم يغيّره عن الحال الأوّل واضحة المنع.

ومن ذلك يظهر لك ما في كلام ثاني الشهيدين في المسالك وغيره الذي لا يكاد يلتئم أطرافه فإنّه قد علّل البطلان بانتفاء الإسم أوّلاً، ثمّ اعترف بعد ذلك بعدم البطلان لو فعل الموصي ذلك لمصلحة العين لدفع الدود عنها ونحوه، وبعدمه أيضاً لو كان قد فعله غيره من غير إذنه[١]، مع أنّه إذا كان المدار انتفاء الإسم يتّجه البطلان مطلقاً. نعم يتّجه الفرق بذلك لو كان منشأ البطلان دعوى دلالة الفعل المزبور على الرجوع وقد عرفت منعها.

[٢] [إذ] بذلك يظهر لك أولوية [ذلك].

[٣] فإنّه لا اسم حينئذٍ قد علّق عليه الوصية كي تنتفي بانتفائه.

[٤] بالاستصحاب وغيره، وإلى نحو ذلك أشار في التذكرة[٢].

وإن توهّم في جامع المقاصد والمسالك[٣] عليه أنّه في التذكرة يفرّق بين الوصية بالمعيّن والمطلق، فتصحّ الوصية بالأوّل وإن تغيّر الإسم، بخلاف الثاني فإنّ الوصية تبطل بمجرّد تغيّر ما عنده من أفراده لو كان. وهو شيء لا ينبغي أن ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن مثل العلّامة خصوصاً البطلان في المطلق الذي لا وجه له؛ ضرورة وجوب تنفيذ الوصية على كلّ حال، سواء كان في التركة له فرد وقد تغيّر، أو لم يكن كما هو واضح.

هذا مع أنّه في التذكرة ما صدر منه إلّا نحو ما في الكتاب ممّا هو ظاهر في المعيّن، ولو باعتبار عود الضمائر كما اعترف به في المسالك[٤] بالنسبة إلى المتن، وليس في كلامه التعرّض للمطلق أصلاً.

نعم ذكر بعد ذلك ما قلناه من تعلّق الوصية باسم الإشارة ونحوه، ثمّ قوّى عدم بطلان الوصية فيه؛ معلّلاً له بأنّه لا اسم كي تنتفي انتفائه، فلاحظ وتأمّل.

---

(١) المسالك ٦: ١٣٧.
(٢) التذكرة ٢: ٥١٦ (حجرية).
(٣) جامع المقاصد ١١: ٣٢٠. المسالك ٦: ١٣٨ ـ ١٣٩.
(٤) المسالك ٦: ١٣٨.

(وكذا) الكلام فيما (لو أوصى بزيت) مثلاً (فخلطه بما هو أجود منه أو بطعام فمزجه بغيره) كذلك (حتى لا يتميّز) [١]. والمتّجه عدم اقتضاء شيء من ذلك الرجوع ما لم تقم قرينة تدلّ عليه.

ويشارك الموصى له بنسبة القيمة في الأجود والأردأ من غير فرق في ذلك بين كون الموصى به زيتاً معيّناً أو طعاماً كذلك أو صاعاً من صبرة معيّنة فمزجها بغيرها [٢]. وكذا يظهر لك الوجه [في قول] [٣] (أمّا لو أوصى بخبز فدقّه فتيتاً لم يكن) ذلك (رجوعاً) بناءً على ما ذكرناه [٤].

---

[١] فإنّه أيضاً قد ذكر غير واحد كونه رجوعاً، بل في المسالك[1] ظاهرهم القطع بذلك:

١ ـ لتجدّد وصف لم يحصل الرضا ببذله مع عدم إمكان الفصل.

٢ ـ ولكونه كالتلف.

٣ ـ ولدلالة هذا الفعل عرفاً على الرجوع، لكن في الأوّل منع اقتضائه البطلان؛ ضرورة بقاء عين الموصى بها في نفس الأمر. وعدم تمييزها لا يقتضي بطلانها عرفاً ولا شرعاً، ولا ينافي قبول تمليكها، فإذا ملكها الموصى له شاركه بنسبة القيمة، فلم يحصل وصف للموصى له ولم يوصِ له به.

ودعوى كونه كالتلف كدعوى الدلالة واضحة المنع. ولذلك اعترف غير واحد بعدم البطلان بالخلط بالمساوي والأردأ، معلّلاً له في المسالك[2] في المزج بالأردأ بكون القدر الناقص بمنزلة إتلاف الموصى له، فيبقى الباقي على الإيصاء الأوّل، وبعدمه أيضاً لو خلطه غيره بغير إذنه، أو اختلط بهيلان لنفسه ونحوه.

ولو كان ذلك تلفاً لم يفرّق بين الجميع كما أنّه لو كان فيه دلالة على الرجوع لم يفرّق بين الأجود وغيره.

[٢] وبذلك يظهر ما في غير كتاب من كتب الأصحاب حتى الفاضل في القواعد[3] الظاهر منه الفرق بين المعيّن والصاع من الصبرة والخلط في الأوّل مطلقاً رجوع، بخلاف الثاني ففيه التفصيل المزبور، وهو غريب.

[٣] [و] فيما في غير كتاب أيضاً من قول [ذلك].

[٤] نعم قد يشكل ذلك بناءً على ما سمعته منهم؛ ضرورة تغيّر الإسم بذلك. اللهمّ إلّا أن يفرض عدم تغيّره؛ بأن يقال له: خبز مدقوق، أو يدّعى أنّ مثل هذا الفعل لا يقتضي الرجوع بخلاف الأفعال السابقة.

لكن الأخير كما ترى، فإنّ الدقّ كالطحن والعجن ونحوهما ممّا يقتضي إرادة الانتفاع به للأكل ونحوه ممّا ينافي الاستمرار على إرادة الوصية، فإن كان مثل ذلك يقتضي الرجوع فهو في الجميع، وإلّا فلا. وإن كان قد يمنع دلالة ذلك على إرادة الأكل ونحوه، وبعد التسليم قد يمنع اقتضاء ذلك إنشاء الرجوع والفسخ للوصية، فإنّه يمكن اجتماع الاستدامة عليها مع هذه الإرادة إلّا إذا كان المقصود إبطالها بالأكل أو لم يخطر له ذلك بباله. وبالجملة الفسخ كالعقد لا بدّ له من إنشاء إرادة له، سواء كان بفعل أو قول، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق. ومنه ينقدح لك النظر في كثير من كلماتهم في المقام، بل من التأمّل فيما ذكرناه هنا تعرف ما في كثير ممّا أطنبوا به من الأمثلة وغيرها.

---

(١)(٢) المسالك ٦: ١٣٧.

(٣) انظر القواعد ٢: ٥٧٠ ـ ٥٧١.

ولو رجع عن المصرف بأن أوصى لزيد بعين ثمّ لعمرو بأُخرى وقصر الثلث ثمّ أوصى بالأُولى لبكر فالأقرب تقديم وصيّة عمرو على الوصية لبكر [١].

[حكم ما يعتبر في الموصي]:

الفصل (**الثاني : في الموصي**) :

(**ويعتبر فيه كمال العقل**) الجاري مجرى غالب العقلاء (**والحرية ، فلا تصحّ وصية المجنون**) مطبقاً كان أو إدواراً إذا كان قد أوصى حاله [٢].

نعم لا تنفسخ بعروضه كالإغماء ونحوه ممّا لا عقل معه وإن استمرّ إلى الموت [٣].

(و) كذا (**لا**) تصح وصية (**الصبي ما لم يبلغ عشراً**) [٤].

(**فإن بلغها فوصيّته جائزة في وجوه المعروف لأقاربه وغيرهم على الأشهر إذا كان بصيراً**) عاقلاً [٥].

---

[١] لتقدّمها عليها فيدخل النقص على المتأخّرة وإن كان لولا رجوعه عن الأُولى لكان النقص عليها ؛ لأنّها المتأخّرة ، والله هو العالم.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال لسلب عبارته.**

[٣] للأصل . وكونها عقداً جائزاً لا تقتضي مساواتها له في كلّ شيء ، ولذا كان الموت محقّقاً لها من طرف الموصي لا فاسخاً ، بخلاف باقي العقود الجائزة.

وتصريح الأصحاب بصحّة وصية ذوي الأدوار كالنصّ على الصحّة ، وإن تعقّب الجنون.

على أنّ الأصحاب إنّما اشترطوا العقل لا استمراره.

بل صرّح بعضهم كثاني الشهيدين والمحقّقين بعدم اشتراطه[١] ، بل عن الأوّل[٢] منهما أنّ في صحيح أبي ولاد تنبيهاً على ذلك مريداً به ما روي عن الصادق عليه السلام في وصية القاتل لنفسه : « إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً »[٣] إلى آخر ما تسمعه إن شاء الله ، باعتبار ظهوره في صحّة الوصية مع تعقّبها بالفعل المانع من التصرّف ، فكذلك غيره من الموانع.

ولا بأس به ، وإن كان العمدة ما عرفت معتضداً **بالإجماع في مصابيح العلّامة الطباطبائي على عدم البطلان بعروض الجنون والإغماء سواء استمرّ إلى الموت أو انقطع**[٤].

[٤] لعدم كمال العقل فيه قبل ذلك غالباً.

[٥] **بل هو المشهور نقلاً**[٥] **وتحصيلاً ، بل نسبه بعضهم**[٦] **إلى الأصحاب** مشعراً بدعوى الإجماع ، **بل في ظاهر محكي الغنية**[٧] **أو صريحه دعواه عليه :**

---

(١) انظر المسالك ٦ : ١٤٣. جامع المقاصد ١٠ : ٣٦.

(٢) المسالك ٦ : ١٤٣.

(٣) الوسائل ١٩ : ٣٧٨ ، ب ٥٢ من الوصايا ، ح ١.

(٤) مصابيح الأحكام : ٦١١ (مخطوط).

(٥) جامع المقاصد ١٠ : ٣٤.

(٦) كشف الرموز ٢ : ٧٠. الروضة ٥ : ٢٢.

(٧) حكاه في مفتاح الكرامة ٩ : ٣٨٨. انظر الغنية : ٣٠٥ ، ٣٠٦.

١ ـ لإطلاق أدلّة الوصية وعمومها.

٢ ـ وقول الصادق عليه السلام في صحيح عبدالرحمن وخبره: «إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيّته»[١].

٣ ـ وفي صحيح أبي بصير: «إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حقّ جازت وصيّته»[٢] الحديث.

٤ ـ وفي موثق منصور بن حازم جواب سؤاله عن وصية الغلام: «إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيّته»[٣].

٥ ـ وقول أبي جعفر عليه السلام في صحيح زرارة الذي رواه المشائخ الثلاثة: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّه يجوز في ما له ما أعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف وحقّ فهو جائز»[٤]. وغير ذلك.

وهي وإن كانت مطلقة بالنسبة إلى العقل، لكن الإجماع على اعتباره كاف في تقييدها به، مع أنّه يمكن ترك ذلك فيها لغلبة حصول العقل له في المدّة المزبورة.

مضافاً إلى إشعار قوله: «في حدّ معروف وحقّ» به.

وإلى موثّق أبي أيّوب وأبي بصير عن الصادق عليه السلام: في الغلام ابن عشر سنين يوصي، قال: «إذا أصاب موضع الوصية جازت»[٥]. وقول أحدهما عليهما السلام في موثّق ابن مسلم: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيّته، وإن لم يحتلم»[٦].

وإطلاقه بالنسبة إلى العشر لا ينافي التقييد بالعقل فيه كما لا ينافي تقييده بالعشر التي تضمّنته النصوص السابقة المعتضدة بما عرفت الذي لا يقدح في صحّتها بالنسبة إلى المطلوب اشتمال بعضها على ما لا نقول به، فيقيّد بها الموثق المزبور وبالجميع يخصّ ما دلّ على سلب عبارته. ولا حاجة إلى تكلّف دعوى عدم شمول تلك الأدلّة؛ لما بعد الوفاة التي من الواضح منعها، كمنع دعوى جواز وصيّته باعتبار كونها عبادة، وهو غير محجور عليه بالنسبة إليها، بناءً على شرعيّتها.

إذ فيها أوّلاً: منع الشرعية، وثانياً: منع شرعيّتها إذا كانت بمال، فليس له أن يؤدّي زكاته المستحبّة ولا الصدقة ولا الوقف ولا العتق لسلب عبارته.

ومن الغريب ردّ ابن إدريس[٧] هذه الأخبار مع أنّه يدّعي غالباً قطعية ما هو أقلّ منها عدداً وعملاً. وأغرب منه موافقة جماعة من المتأخّرين له ممّن لم يوافقه على عدم العمل بأخبار الآحاد على ذلك.

وما في المسالك من «أنّها مختلفة بحيث لا يمكن الجمع بينها، وإثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل»[٨] لا يخفى ما فيه على الناظر فيها بعد الإحاطة بما ذكرناه.

---

(١) الوسائل ١٩: ٣٦٢، ب ٤٤ من أحكام الوصايا، ح ٣، ٥.

(٢) المصدر السابق: ٣٦١، ح ٢.

(٣) المصدر السابق: ٣٦٣، ح ٧.

(٤) الكافي ٧: ٢٨، ح ١. الفقيه ٤: ١٩٧، ح ٥٤٥١. التهذيب ٨: ٢٤٨، ح ٨٩٨. الوسائل ١٩: ٣٦٢، ب ٤٤ من الوصايا، ح ٤.

(٥) الوسائل ١٩: ٣٦٣، ب ٤٤ من الوصايا، ح ٦.

(٦) التهذيب ٩: ١٨٢، ح ٧٣٣.

(٧) السرائر ٣: ٢٠٦.

(٨) المسالك ٦: ١٤٢.

(وقيل) [١]: (تصح) وصيته (وإن بلغ ثمانـ) ياً من السنين [٢]، لكـن (الروايـة بـه) التـي اسـتند إليـها (شاذة) [٣].

---

[١] والقائل ابن الجنيد[١]:

[٢] (و) هو وإن كان لا يخلو من وجه.

[٣] وهي خبر الحسن بن راشد عن العسكري عليه السلام: «إذا بلغ الغلام ثماني سنين فجائز أمره في ماله، وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تمّ للجارية سبع سنين فكذلك»[٢]. على أنّ ظاهرها حصول البلوغ لهما من غير فرق بين الوصية وغيرها.

وقد قيل: إنّه مخالف لإجماع المسلمين وأخبارهم[٣].

نعم لو كان مدركه أنّه مع فرض بلوغ الصبي العقل المتعارف لغالب الأولاد لم تكن للعشر خصوصية وإن قيّد بها في تلك النصوص، إلّا أنّه جار مجرى الغالب فلا تصلح للتقييد، ولذا جعل المدار في غيرها على العقل وعلى إصابة موضع الوصية، وحينئذٍ فتجتمع جميع النصوص على ذلك. إلّا أنّ المتّجه حينئذٍ عدم التقييد بالثمان أيضاً، كما عساه يشهد له قول الصادق عليه السلام: «إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حقّ جازت وصيّته، وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى في ماله بشيء في حقّ جازت وصيّته»[٤].

وعن الفقيه: إبدال «الشيء» «باليسير»[٥]، ولعلّ المراد به الأقلّ من الثلث. على أنّه مخالف للإجماع بحسب الظاهر ولذلك أمكن إرادة التقييد به، وإن سلّم كون[٦] الغالب، إلّا أنّه لعلّ الشارع لاحظ الغالب في التحديد والتقييد إلحاقاً للنادر بغيره في الحكم كما هو المعروف في قواعد الشرع وقوانينه. وعلى كلّ حال فلا ريب أنّ الأقوى المشهور. وأمّا القول بالتفصيل بين الأقارب وغيرهم الذي قد يتوهّم أنّه أشار إليه المصنّف بالتنصيص على عدم الفرق، فلم يتحقّق القائل به، وإن رواه ابن مسلم في الصحيح: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «إنّ الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيّته لأُولي الأرحام، ولم يجز للغرباء»[٧].

ولعلّ الإشارة بالتنصيص [من المحقّق] إليه [= إلى الصحيح]. لكن لقصوره عن تقييد ما عرفت من وجوه يمكن حمله على إرادة بيان عقله وتمييزه بذلك، بل لعلّ تقييد وصيّته بالمعروف مشعر بذلك بناءً على إرادة الراجح شرعاً منه، كبناء القناطر والمساجد وصلة الأرحام ونحو ذلك.

ويمكن إرادة الوصية الجائزة الجارية مجرى وصايا العقلاء، كما أومأ إليه بقوله عليه السلام: «إذا أصاب موضع الوصية»[٨].

بل وبقوله: «حقّ»[٩] المراد منه ما قابل الباطل الذي هو مظنّة الضباء، والله العالم.

---

(١) نقله في المختلف ٦: ٣٩١.
(٢) الوسائل ١٩: ٢١٢، ب ١٥ من الوقوف والصدقات، ح ٤.
(٣) المسالك ٦: ١٤١، ١٤٢.
(٤) التهذيب ٩: ١٨٢، ح ٧٣٢. الوسائل ١٩: ٣٦١، ب ٤٤ من الوصايا، ذيل الحديث ٢.
(٥) الفقيه ٤: ١٩٧، ح ٥٤٥٢. الوسائل ١٩: ٣٦١، ب ٤٤ من الوصايا، ح ٢.
(٦) كذا في المطبوع والحجري.
(٧) الوسائل ١٩: ٣٦١، ب ٤٤ من الوصايا، ح ١، وفيه: «لذوي» بدل «لأولي».
(٨) المصدر السابق: ٣٦٣، ح ٦.
(٩) المصدر السابق: ٣٦٢، ح ٤.

وكذا لا تصحّ وصيّة المملوك بما في يده من الأعيان ومطلقاً بناءً على أنّه لا يملك أصلاً حتى مع إجازة السيّد [١].

نعم لو أجاز له مولاه صحّ بناءً على ملكه. بل وكذا لو زال الرقّ وفرض بقاء ماله الموصى به على ملكه حتى مات [٢].

أمّا لو ارتفع الرقّ عنه بعد الإيصاء قبل الموت وقد ملك بعد عتقه مثلاً ما تنفذ فيه وصيّته وأجاز أو لا يحتاج إلى الإجازة على اختلاف الوجهين في نظائره فوجهان [٣].

أقواهما الأوّل [٤].

هذا كلّه في الوصية التمليكية للمشخص أو المطلق.

أمّا العهدية كالوصية بالدفن في مكان مخصوص ونحوه ممّا لا يحتاج إلى صرف مال فوجهان أيضاً.

---

[١] لخروجها عن موضع الوصية ؛ ضرورة كونها كقول : مال زيد لعمرو بعد وفاتي ، بل ولا من الفضولي الذي هو الوصية عن زيد بعد وفاته لا وفاة غيره بناءً على المختار من أنّه لا يملك أصلاً.

بل و[بناءً] على غيره للحجر عليه الشامل لهذا التصرّف قطعاً ، ولو بملاحظة ما دلّ من النصوص[١] على جواز وصيّة المكاتب بمقدار ما أعتق منه.

[٢] وإن كان قد يحتمل البطلان كبيع المرهون ثمّ فكّه بناءً على عدم الصحّة فيه. لكن قد عرفت البحث فيه في محلّه.

[٣] من إطلاق تنفيذ الوصية وكونه حينئذٍ كالفضولي في الوصية الذي يقوى جوازه بناءً على ما سمعته منّا في محلّه من جريانه على القواعد وكونه غير مسلوب العبارة فهو كالمعسر حال الوصية الموسر حال الموت ، وإطلاق ما دلّ على نفوذ وصية المكاتب بقدر ما تحرّر منه ، وعدم ثبوت اشتراط صحّة الوصية بعدم المانع من نفوذها غير الموت.

ومن وقوع الإيجاب منه وهو رقّ وإطلاق قوله : « لا وصية لمملوك »[٢] والتعليق في المعنى في الوصية بغير الموت.

[٤] ١ ـ لما عرفت مع عدم ثبوت اعتبار الحرية حين إيجاده عبارة الوصية ، بل لعلّ الثابت خلافه ، كما سمعته في إطلاق روايات المكاتب[٣].

٢ ـ كما أنّ المعتبر في الوصية الملك حين الوفاة ، لا حين الايقاع.

٣ ـ والخبر المزبور ـ مع عدم جمعه لشرائط الحجّيّة ـ ظاهر في غير الفرض.

٤ ـ وعدم قدح معنى التعليق الذي هو كقوله : إن كانّت زوجتي فهي طالق.

بل في القواعد وغيرها : « لو قال العبد : متى أُعتقت ... ثمّ مت فالأقرب الجواز »[٤].

ولعلّه لأنّ قوله : هذا لزيد بعد وفاتي إن متّ حراً بمنزلة قوله : إن متّ في سفري أو مرضي ، بل لا يبعد صحّة التعليق على الملك في المشخّص أو المطلق وإن كان لا يخلو من نظر ، سيّما الأوّل. كالنظر في صحّة الوصية بعين للغير ثمّ ملكها بعد ذلك.

---

(١) الوسائل ١٩: ٤١٤، ب ٨١ من الوصايا، ح ١، ٢.
(٢) الوسائل ١٩: ٤١١، ب ٧٨ من الوصايا، ح ٢.
(٣) الوسائل ١٩: ٤١٤، ب ٨١ من الوصايا، ح ٢.
(٤) القواعد ٢: ٤٤٨.

كالوجهين في وصيّة السفيه بالمعروف أو مطلقاً [١]. إلّا أنّ الأقوى فيه عدم جوازها [٢].

وأمّا المفلس فالأقوى جواز وصيّته [٣].

(**ولو جرح**) مثلاً (**الموصي نفسه**) عمداً (**بما فيه هلاكها**) أي أحدث ذلك بها ليموت (**ثمّ أوصى**) بشيء من ماله (**لم تقبل وصيّته**) [٤]. ٧٨/٤٨٨

(**نعم لو أوصى ثمّ قتل نفسه قبلت وصيّته**) على حسب وصيّة غيره، بل لا إشكال [فيه] [٥].

---

[١] **بل القولين.**

[٢] لعموم أدلّة الحجر عليه، ودعوى اختصاصها في حال الحياة واضحة المنع. **لكن في جامع المقاصد: أنّ المشهور الجواز**[١] **بل عن ظاهر الغنية**[٢] **الإجماع على ذلك**، فإن تمّ فهو، وإلّا كان الأقوى ما عرفت.

[٣] لعدم معارضتها لحقّ الغرماء؛ لأنّها من الثلث الذي لا يكون إلّا بعد وفاء الدين كما هو واضح.

[٤] **بلا خلاف معتدّ به أجده، بل عن الايضاح نسبته غير مرّة إلى الأصحاب** مشعراً بالإجماع عليه[٣]؛ لصحيح أبي ولّاد المروي في الكتب الثلاثة عن الصادق عليه السلام: «من قتل نفسه متعمّداً فهو في نار جهنّم خالداً فيها، قلت: أرأيت إن كان أوصى بوصيّة ثمّ قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيّته، فقال: إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو فعل لعلّه يموت أُجيزت وصيّته في الثلث، وإن كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو فعل لعلّه يموت لم تجز وصيّته»[٤]. **فما عن ابن إدريس من صحّة وصيّته**[٥]. واضح الضعف على أُصولنا. **وإن نفى عنه البأس في محكي المختلف**[٦]، **واستحسنه في محكي الروضة وايضاح النافع وكذا المسالك**[٧]. إلّا أنّه كما ترى اجتهاد في مقابلة النصّ المعمول به الجامع لشرائط الحجّية والعمل. بل وكذا ما في القواعد: «ولو قيل بالقبول مع تيقّن رشده بعد الحرج كان وجهاً»[٨] وأغرب من ذلك قوله فيها أيضاً: «وتحمل الرواية على عدم استقرار الحياة على إشكال»[٩] إذ هو كما ترى.

[٥] **كما لا خلاف أجده فيه**؛ للصحيح السابق، مضافاً إلى الأُصول والعمومات، ولا يقاس الأوّل عليه؛ لحرمته عندنا، مع إمكان إبداء الفرق بأنّ الأوّل بفعله ذلك بنفسه كان كمن زال عقله لا تقبل وصيّته المتأخّرة، بخلاف الثاني الذي هو كمن زال عقله بعد إيصائه، بل ربّما جعل وجه النصّ ذلك، أو أنّ عدم القبول في الأوّل لكونه غير مستقرّ الحياة، أو لأنّ الثلث بالنسبة إليه كالإرث بالنسبة إلى غيره ممّن يحرم من الإرث بقتله الموروث عمداً، فكذلك هذا يحرم من الثلث عقوبة. والجميع علل بعد السماع، وإن كان خيرها آخرها.

---

(١) لم نعثر عليه.

(٢) الغنية: ٣٠٥، ٣٠٦.

(٣) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ٣٩٠. انظر الايضاح ٢: ٤٧٩.

(٤) الكافي ٧: ٤٥، ح ١. الفقيه ٤: ٢٠٢، ح ٥٤٧٠. التهذيب ٩: ٢٠٧، ح ٨٢٠. الوسائل ١٩: ٣٧٨، ب ٥٢ من الوصايا، ح ١.

(٥) السرائر ٣: ١٩٧.

(٦) المختلف ٦: ٣٦٨.

(٧) الروضة ٥: ٢٣. نقله عن إيضاح النافع في مفتاح الكرامة ٩: ٣٩١. المسالك ٦: ١٤٣، وفيه: «وجه وجيه».

(٨)(٩) القواعد ٢: ٤٤٧.

نعم ينبغي الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقّن، وهو الوصية في الثلث، أمّا غيره الذي لم يستلزم وصيّته في الثلث كمكان الدفن والولاية على الأطفال ونحو ذلك فلا، ومن فعل ذلك عمداً دون الخطأ، ورجاءً لأن يموت دون غيره، من غير فرق في ذلك بين الجرح وغيره [١].

فيندرج فيه من يقتل نفسه بالسمّ مثلاً. لكن هل يلحق به من ألقى نفسه إلى التهلكة؟ إشكال، أقواه عدم اللحوق [٢].

كما لا يلحق به من فعل ذلك بنفسه عمداً ليموت، لكن لم يكن عاصياً؛ لكون ذلك جهاداً في سبيل الله، أو لأنّه غير مكلّف ثمّ ارتفع المانع.

ومحل البحث ما لو مات بذلك، أمّا لو عوفي منه فأوصى فلا إشكال.

بل لا يبعد صحّة وصيّته الأولى إذا كان قد بقي مستمرّاً عليها، بناءً على أنّ ذلك كالوصية المستأنفة. وإن كان لا يخلو من نظر مع فرض عدم تجدّد[1] إنشاء تمليك. ولذا لو نساها ولم يجدّدها لم تنفذ على الأقوى [٣].

[وقد يقال بالصحّة لو أجاز الوارث]، هذا.

والظاهر عدم إلحاق التنجيز بالوصية وإن اتّفق التعبير بها عنه في بعض الأحوال على ضرب من المجاز [٤].

(ولا تصحّ الوصية بالولاية على الأطفال إلّا من الأب أو) من **(الجدّ للأب خاصّة)** الثابتة ولايتهما عليهم زمن

---

[١] للصحيح المزبور[2].

[٢] للأصل.

[٣] لظهور الصحيح المزبور في عدم جواز وصيّته في الحال المفروضة، وإن عوفي لكن على معنى عدم أثر للإيجاب المفروض دون المتجدّد بعد أن عوفي.

ودعوى صحّة الإيجاب في نفسه وإن كان لو مات في ذلك الجرح لم يترتّب عليه أثر أمّا إذا عوفي منه ثمّ مات أثّر، أثره إذ هو بحكم المراعى.

يدفعها: ظهور إطلاق عدم الجواز في الصحيح بخلافها.

نعم قد يقال: إنّ ظاهر الصحيح عدم الجواز من حيث كونه وصيّة المجروح على حسب الأوّل من البرء منه.

أمّا لو أجاز الوارث فقد يقال بالصحّة؛ لعموم الأدلّة. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ إجازة الوارث تنفيذ، كما ستعرفه في محلّه إن شاء الله، وهو يتوقّف على صحّة الوصية حتى يتّجه التنفيذ.

وفيه: منع الدليل على عدم الصحّة على وجه لا تقبل التنفيذ، بل لعلّ إطلاق ما دلّ على الصحّة مع إجازة الوارث يقضي بخلافه، فلاحظ وتأمّل.

[٤] اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ منع الشارع له من الوصية لعدم الثلث له فيمتنع التنجيز أيضاً لذلك، بناءً على أنّه منه. لكن لا يخلو من نظر، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

---

(١) في المطبوع والحجري: «تجرّد».

(٢) تقدّم في ص ٦٠٥.

الحياة على وجه لهما الوصية بها [١]. بخلاف الحاكم الخاص الذي ثبتت ولايته عليهم من حيث الحكومة منهم عليه السلام المقيّدة زمن الحياة [٢].

ولنحو ذلك لا يصحّ الوصية من الأب والجدّ له بالولاية مع وجود الآخر ولو على ثلث ماله [٣].

نعم لو كان الولاية منحصرة في أحدهما صحّ حينئذٍ الوصية بالولاية منه، وليس هكذا الحاكم [٤].

وليس لوصي أحدهما عليهم الوصية بالولاية أيضاً إذا لم يكن قد نصّ الموصي الأوّل عليه بذلك [٥].

(ولا ولاية للأُمّ) [٦].

(فلا[1] تصحّ الوصية منها) حينئذٍ **(عليهم)** [٧].

وكذا الكلام في وصيّة الأب مع وجود الجدّ وبالعكس. **(و)** حينئذٍ فـ**(لو أوصت لهم بمال ونصبت)** لهم **(وصياً)** عليه وعلى ثلثها وقضاء ديونها **(صحّ تصرّفه في ثلث تركتها)** ممّا لم يرجع إلى الأطفال. **(و)** كذا تصرّفه **(في إخراج ما عليها من الحقوق ولم تمض على الأولاد)** [٨].

ولا فرق في ذلك بين أن يقع الإيصاء منها بعبارة واحدة أو بعبارات متعدّدة [٩].

---

[١] نصّاً وفتوى، **بل إجماعاً بقسميه**. ولا ينافي ذلك انقطاعها حال عدم الوصية بها؛ ضرورة كونها حينئذٍ كالثلث الذي له الوصية به وإن لم يفعل لم يكن له شيء.

[٢] فهو شبه الوكيل عن الإمام عليه السلام بالنسبة إلى ذلك فينعزل بالموت، خصوصاً بعد أن كان النصب للصنف الذي ثبت في حقّ الشخص باعتبار اندراجه فيه، فإذا انعدم فرد قام مقامه فرد آخر ممّا حلّ فيه طبيعة الصنف الذي قد نصبه إمام الأصل مقامه.

[٣] باعتبار ثبوت الولاية للأب الصادق على كلّ منهما، فمع فرض وجود مصداقه تنقطع ولاية الآخر بموته.

[٤] لأنّ إمام الأصل موجود في كلّ زمان، ويتولّى الأمر عنه حينئذٍ حسبة عدول المؤمنين، فتأمّل.

[٥] لأنّه كالوكيل عنه ينعزل بموته، لا أقلّ من الشكّ في كون ولايته الحاصلة له بنصب الأبّ أو الجدّ قابلة للإيصاء بها، والأصل العدم والاستصحاب لا محلّ له في الفرض فترجع الولاية حينئذٍ إلى الحاكم.

[٦] **بلا خلاف معتدّ به**؛ للأصل.

[٧] **خلافاً للاسكافي فجعل الولاية لها مع رشدها بعد الأب**[2]. وضعفه واضح؛ لعدم الدليل على ولايتها، بل ظاهر الأدلّة خلافه. وكون الولاية ثابتة لها على ثلثها فلها إخراجه عنهم لا يقضي بثبوت الولاية لها عليهم، بحيث لو أوصت بالثلث لهم على وجه يكون ملكاً لهم أن تجعل أمره إلى غير وليّهم الشرعي؛ لعدم القدرة لها على ذلك؛ ضرورة رجوع ذلك إلى الشرع لا إليها، والثابت منه ما عرفت.

[٨] لما عرفته من عدم الولاية لها عليهم.

[٩] ضرورة كون الوصية أوسع من البيع الذي إذا تعلّق بما يصحّ بيعه وما لا يصحّ، فإنّه ينفذ في الأوّل دون الثاني، وإن كان بصيغة واحدة كما هو واضح.

---

(١) في الشرائع: «ولا».

(٢) نقله في المختلف ٦: ٤١٢.

ولو أوصت بثلثها لأطفالها على أن يبقى بيد الوصي ثمّ يملّكه لأطفالها بعد البلوغ أو أوصت به على أن يصرف عليهم ففي تسلّط الوصي دون الأب حينئذٍ إشكال [١]. ولعلّ الأقوى الأوّل فيهما [أي تسلّط الوصي دون الأب] [٢].

الفصل (**الثالث: في الموصى به**):

(**وفيه أطراف**):

[حكم الموصى به]:

(**الأوّل: في متعلّق الوصية وهو إمّا عين**) موجودة فعلاً (**أو**) متوقّعة كحمل الدابّة والجارية ونحوهما، بل وإن لم يكن معتاد الوقوع إذا كان ممكناً، وإمّا (**منفعة**) كذلك ولو حقّاً قابلاً للنقل والانتقال كحقّ التحجير.

(**و**) على كلّ حال (**يعتبر فيهما الملك**) للموصي على معنى قابليّته لذلك وإن لم يكن مملوكاً فعلاً [٣] (**فلا تصحّ بـ**) ـما لا يدخل في ملك أحد أصلاً كـ(**ـالخمر**) الغير المحترمة بخلاف المحترمة كالمتخذة للتخليل، (**ولا**) بـ(**ـالخنزير ولا**) بـ(**ـكلب الهراش**) بخلاف الكلاب الأربعة والجرو القابل للتعليم التي هي مملوكة ولها منفعة مباحة ودية كما مرّ البحث فيها سابقاً. (**ولا ما لا نفع**) معتدّ به (**فيه**) ولا بآلات اللهو ونحو ذلك من حيث كونها كذلك ملاحظاً اسمها؛ لما عرفت من أنّ الوصية التمليكية قسم من العقود أو الأسباب المملكة؛ فلا تتعلّق بما لا يقبل الملك [٤]. [وتصحّ بكلّ ما فيه نفع محلّل مقصود وإن لم يجز بيعه كالفيل ونحوه على القول بالمنع عن بيعه].

---

[١] من عدم ملكيّتهم للمال فلا تسلّط لوليهم عليه، ومن كونه حقّاً لهم، والوليّ مسلّط عليه كالمال. وقد يفرّق بين الأوّل والثاني.

[٢] لأنّه ولاية على التصرّف لا الطفل، فهو كالوقف منها عليهم مثلاً على أن يكون المتولّي له غير الولي، لا الوصية بذلك، فالوقف على البالغ الرشيد والمتولّي غيره. وستسمع أنّ الوصية أوسع من غيرها، فإنّ الوقف وإن كان هو على حسب ما يقفه أهله، لكن الوصية تتعلّق بالمعدوم ونحوه، وقد استدلّ الإمام عليه السلام بقوله: ﴿ **فَمَن بَدَّلَهُ** ﴾[١] بالوصية للمجوس[٢] وغيرهم، على وجه يظهر منه عموم مورد الوصية، وأنّه لا يجوز تبديله ما لم يعلم بطلانه، فلاحظ وتأمّل كي تعلم شمولها للفرض وغيره والتمليك على وجه مخصوص في الكبير الذي لا ولاية لأحد عليه وغيره، والله العالم.

[٣] **كما يومئ إليه التفريع ونحوه [في عبارة الشرائع].**

[٤] **بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به في الرياض[٣]، بل حكى فيه عن التذكرة الإجماع عليه وعلى جواز الوصية بالكلاب الأربعة**؛ معلّلاً ذلك بأنّ فيها نفعاً مباحاً، وتقرّ اليد عليه والوصية تبرّع صحيح تصحّ في المال وغير المال من الحقوق، وأنّه تصحّ هبته فتصحّ الوصية به كالمال[٤]. قيل: «ويستفاد منه جواز الوصية بكلّ ما فيه نفع محلّل مقصود وإن لم يجز بيعه كالفيل ونحوه على القول بالمنع عن بيعه، وبه صرّح في التذكرة في المثال وغيره»[٥].

---

(١) البقرة: ١٨١.

(٢) الوسائل ١٩: ٣٤٥، ب ٣٥ من الوصايا، ح ٥، ٦.

(٣) الرياض ٩: ٥١٠.

(٤)(٥) انظر التذكرة ٢: ٤٨٣، ٤٨١ (حجرية).

[ويجوز تعلّقها بالمعدوم] [١]. فتصحّ الوصية حينئذٍ بالعين التي لا تدخل في الملك، لكن للمستولي عليها حقّ اختصاص بها على معنى الوصية بذلك الحقّ الذي للموصي، وكذا حقّ التحجير.

نعم هي لا تتعلّق بما لا يقبل النقل من الحقوق لغير الوارث كحقّ القذف ونحوه ممّا يراد به التشفّي الذي هو للوارث دون الموصى له. ويخرج باعتبار الملك أيضاً ما كان ملكاً للغير وإن أجاز، بناءً على عدم كون ذلك شبه الفضولي [٢]. والوصية بالأزيد من الثلث [٣].

[ولو قال: إن ملكت مال فلان فقد أوصيت به للفقراء فالوصية باطلة] [٤].

نعم قد يقال بصحّته لو قال: إن مت مالكاً لذلك فثلثه للفقراء مثلاً نحو ما سمعته في مثل إن متّ حرّاً، وفي سفري هذا.

قيل[1]: وكذا يخرج باعتباره ما لا يقصد ملكه عادة لحقارته كفضلة الإنسان أو لقلّته كحبّة الحنطة [٥].

[والمختار صحّة الوصية بذلك كلّه وبكل حقّ قابل للنقل ولو بصلح أو شرط سواء حرم التكسّب به أو لا].

---

[١] قلت: لعلّ ذلك كلّه لعموم أدلّة الوصية، ولذا جاز تعلّقها بالمعدوم الذي هو غير قابل لتعلّق صفة الملك به لولا الدليل حتى ما كان فيه غير معتاد الوجود وبالحقوق ونحوها. ويمكن إرادة ما يشمل ذلك من الملك في المتن وغيره.

[٢] ضرورة كون ذلك وصيّة عن الغير بماله، كما لو قال قائل: مال زيد لعمرو بعد وفاته ثمّ أجاز زيد، لا أنّه يقول: مال زيد لعمرو بعد وفاتي ثمّ يجيز زيد فإنّه لا دليل على مشروعية ذلك، كما هو واضح.

[٣] مع أنّ الحقّ كون الإجازة من الورثة تنفيذاً كما ستعرف، بمعنى أنّه لا يدخل في ملك الوارث مع إجازته، وعلى تقديره فهو خارج بالدليل، ولا يقاس عليه غيره. **فما عن الدروس من احتمال الصحّة**[2]. واضح الضعف، **وإن قوّاه بعض**[3] **مشايخنا. نعم عن التذكرة احتمال صحّة الوصية بملك الغير إذا قيّده بتملّكه**[4].

[٤] **وفي القواعد: «ولو قال: إن ملكت مال فلان فقد أوصيت به للفقراء احتمل الصحّة؛ لأنّه أولى من الوصية بالمعدوم»**[5]. مع أنّه لا يخلو من نظر أو منع يعرف ممّا قدّمناه سابقاً وهو بطلان التعليق على غير الموت للوصية.

[٥] **ولعلّ ذلك ونحوه الذي أشار إليه [المصنّف] بقوله: «ولا ما لا نفع»**. لكن قد يقال: إنّ ما لا نفع معتدّ به فيه غالباً إذا اتّفق حصول النفع به يختصّ به من استولى عليه، بل لعلّ حقّ الاختصاص به ثابت له مطلقاً؛ لصدق الظلم على من انتزعه منه قهراً فتصحّ الوصية بهذا الحقّ، بل مثل حبّة الحنطة مملوكة قطعاً، وإن كان لا يصحّ المعاوضة عليها للسفه المفقود في الوصية؛ لعدم العوض فيها، مع أنّه قد يحصل النفع بها للفخّ ونحوه.

وبالجملة: عمومات الوصية شاملة لذلك كلّه، ولكلّ حقّ قابل للنقل ولو بصلح أو شرط سواء حرم التكسّب به أو لا، بل يظهر من كلام بعضهم[6] شدّة التوسعة في الوصية حتى أنّه ربّما صحّحوا النقل بها لما لا يجوز نقله إلّا بها كبعض المعدومات.

---

(١)(٣) مفتاح الكرامة ٩: ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٤.
(٢) انظر الدروس ٢: ٣١١.
(٤) التذكرة ٢: ٤٨٠ (حجرية).
(٥) لم نعثر عليها في القواعد، نعم هي موجودة في الدروس ٢: ٣١١.
(٦) انظر الرياض ٩: ٥١٠.

بل لعلّ الضابط فيها تعلّقها بكلّ شيء إلّا ما علم خلافه [١]. ولذا صحت بالمعدوم والمجهول حتى مثل أحد العبدين وغير المقدور على تسليمه كالآبق ونحوه، بل وما ليس مالاً ممّا فيه نفع معتدّ به كالزبل للتسميد [٢].

[ونحو ذلك وإن كان بعضه لا يخلو من نظر، وأمّا الوصية بالسرجين النجس والحشرات والوصية بحقّ الخيار مجرّداً عمّا فيه الخيار فإنّها مشكلة]. بل لو أوصى بالعين التي له الخيار فيها يشكل انتقال الخيار للموصى له [٣].

وكذا النظر في اعتبار بعض ما أوصى به ممّا ليس بمتقوّم لعدم كونه مالاً بالنسبة إلى الثلث فهل يفرض القيمة لها نحو فرض الحرّ عبداً أو يجعل قيمة منفعته قيمته أو يرجع إلى العدد؟ وقد يحتمل عدم اعتبار الثلث في مثل الفرض [٤]. فلو فرض عدم مال له إلّا ذلك نفذ الوصية من دون شيء للوارث، بل ولا لذي الدين [٥]. ثمّ إنّ إطلاق المصنّف [٦] عدم جواز الوصية بالخمر والخنزير يقتضي عدم الفرق بين كون الموصى والموصى له مسلمين أو كافرَين، أو أحدهما مسلماً والآخر كافراً؟ ولعلّه كذلك [٧]. [فلا تصحّ هذه الوصية].

(و) كيف كان فـ(يتقدّر كلّ واحد منهما) أي العين والمنفعة (بقدر ثلث التركة فما دون و) حينئذٍ فـ(لو أوصى بما زاد بطلت في الزائد خاصّة، إلّا أن يجيز الوارث) [٨].

---

[١] كما شهد استدلاله عليه السلام بصحّة الوصية للمجوس وغيرهم[١] بقوله تعالى: ﴿فَمَن بَدَّلَهُ﴾[٢] إلى آخره.

[٢] **المصرّح به في قواعد الفاضل[٣] وغيرها**. ونحو ذلك ممّا يدلّ على التوسعة في متعلّق الوصية ما لم يعلم العدم، وإن كان بعضه لا يخلو من نظر. **بل صرّح في الدروس بالمنع من الوصية بالسرجين النجس والحشرات**[٤] التي تقدّم في المكاسب بعض الكلام في ثبوت حقّ أو ملك بالاستيلاء عليها مطلقاً أو حال الاحتياج إليها. وكالوصية بحقّ الخيار مجرّداً عمّا فيه الخيار، فإنّه وإن كان يورث لكن انتقاله بالوصية أو غيرها من النواقل مشكل، نعم يصحّ الصلح عنه إسقاطاً.

[٣] لأنّه من توابع العقد دون العين. وربّما حكي عن بعض المحقّقين ممّن قارب عصرنا جواز نقل حقّ الخيار بالصلح مثلاً فيكون الثمن والمثمّن لمن انتقل إليه الخيار، وهو مشكل من وجوه.

[٤] حملاً لما دلّ على ذلك على غير الفرض، وإبقاء لعموم الوصية على حالها.

[٥] لأنّ الفرض عدم كونه مالاً يتعلّق به الدين على وجه يكون وفاء عنه، هذا. وقد وقع للفاضل في القواعد[٥] في الفرض ونظائره ما هو محل للنظر أو المنع، بل منه غير المنطبق على أُصولنا، فلاحظ وتأمّل.

[٦] **وغيره**.

[٧] لتكليف الكافر بالفروع كالمسلم وإن كنّا مأمورين بإقرارهم وإلزامهم بما ألزموا به أنفسهم ومعاملتهم على ما عندهم. لكن ذلك كلّه لا يقتضي الصحّة، ولعلّه بذلك يجمع بين العبارات، والله العالم.

[٨] **بلا خلاف معتدّ به أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه**. والنصوص مستفيضة فيه أو متواترة. **فما**

---

(١) الوسائل ١٩: ٣٤٥، ب ٣٥ من الوصايا، ح ٥، ٦.

(٢) الوسائل ١٩: ٤٤٧، ب ٤٢ من أحكام الوصية، ح ١، والآية: البقرة ١٨١.

(٣)(٤) القواعد ٢: ٤٥٥. الدروس ٢: ٣٠٠. (٥) انظر القواعد ٢: ٤٥٦.

عن علي بن بابويه من عدم تقديرها بذلك بل لو أوصى بماله كلّه نفذ[١]. تمسّكاً بالرضوي: «فإن أوصى بماله كلّه فهو أعلم بما فعله، ويلزم الوصي إنفاذ وصيّته على ما أوصى به»[٢]. والخبر: «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح إن أوصى به كلّه فهو جائز»[٣]. وفي آخر: رجل أوصى بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمّد عليه السلام فكتب إليه جعلت فداك رجل أوصى إليّ بجميع ما خلّف لك وخلف ابنتي أُخت له فرأيك في ذلك؟ فكتب إليّ: «بع ما خلف وابعث به [إليّ]، فبعت وبعثت به إليه فكتب إليّ: قد وصل»[٤]. ونحوه غيره مؤيّداً كلّه ذلك بالإطلاقات. [وهو] واضح الضعف؛ لقصور ذلك كلّه عن مقاومة ما عرفت من وجوه عديدة، بل احتمل كون المراد من عبارة المخالف ومستنده أنّه يجب صرف المال الموصى به بجميعه على حسب ما أوصى من حيث وجوب العمل بالوصية وحرمة تبديلها بنصّ الكتاب والسنّة حتى يعلم فسادها وبطلانها ولو بالجور فيها على الوارث وإرادة حرمانه عن التركة، ومجرّد احتمال ذلك غير كافٍ، فإذا وقع من الموصي الوصية بأزيد من الثلث ولم يعلم الوجه في ذلك، ولعلّه كان لحقّ له عليه أو غيره وجب إنفاذها وحرم تبديلها، حملاً لها على الوصية النافذة وعملاً بتلك الإطلاقات، ولأنّه أعلم بما فعل. هذا غير جواز الوصية بالزيادة على الثلث تبرّعاً الذي هو محل البحث، فيكون الحاصل وجوب إنفاذ الوصية، وإن زادت حتى يعلم أنّها وقعت تبرّعاً، فتتوقّف حينئذٍ على الإجازة. وفي الرياض: أنّ «هذا التوجيه وإن لم يكن ظاهراً من عبارته [= ابن بابويه]، فلا أقلّ من مساواة احتماله لما فهموه منها، فنسبتهم الخلاف إليه ليس في محلّه وعليه نبّه في التذكرة، فلا خلاف من أحد حينئذٍ في المسألة»[٥]. قلت: لكن قد يقال: أوّلاً بمنع المحمول عليه؛ لعدم مشروعيّة صورة تصحّ فيها الوصية التي هي بمعنى التمليك بعد الموت بأزيد من الثلث من دون إجازة الوارث حتى في صورة النذر وأخويه؛ لظهور الأدلّة في اشتراط صحّة الوصية بعدم الزيادة على الثلث إلّا مع إمكان إجازة الوارث فلا ينعقد النذر على غير المشروع. واحتمال اشتغال ذمّة الموصي بمال للموصى له لا يجدي في صحّة الوصية بالمعنى المزبور؛ ضرورة عدم كون ذلك وفاءً له بعد فرض كون المراد تمليكه إيّاه بالوصية دون الوفاء. كما أنّ احتمال فرض غير ذلك يقتضي خروج المسألة عن الفرض الذي هو تمليك الزائد على الثلث بالوصية من دون إجازة. ومن ذلك يظهر لك أنّه لا وجه لتقسيم الوصية إلى التبرعيّة وغيرها فتعتبر إجازة الوارث في الأولى دون الثانية. وبعد التسليم لظهور النصوص كما لا يخفى على من لاحظها في الحكم بالوقوف على إجازة الورثة بمجرّد اشتمال الوصية على الأزيد من الثلث فيكون الأمر على العكس فيما ذكره الموجّه؛ ضرورة كون المدار الحكم بذلك حتى يعلم أنّ صدورها منه لسبب من الأسباب التي توجب الإخراج من الأصل عملاً بظاهر ما دلّ على تعلّق حقّ الوارث بالزائد عن الثلث حتى يعلم خلافه. وأصالة النفوذ في الوصية بعد تسليمها إنّما هي حيث لا تعارض حقّ الغير، ومن هنا قد اشتملت جملة من النصوص[٦] قولاً وفعلاً على ردّ الوصية الزائدة عن الثلث إليه بمجرّد صدورها من الموصى كذلك ما لم يعلم سبب من أسباب التعلّق بالأصل ولو من إقراره. ولعلّ ذلك هو الأقوى. ترجيحاً لهذه الأدلّة على تلك الأدلّة وإن سلّم كون التعارض بينهما من وجه، كما لا يخفى على من لاحظ نصوص المقام متدبّراً فيها، والله العالم.

---

(١) نقله في المختلف ٦: ٢٩٣.
(٢) فقه الرضا عليه السلام: ٢٩٨. البحار: ١٠٣: ١٩٩، ح٢٨.
(٣) الوسائل ١٩: ٢٩٨، ب١٧ من الوصايا، ح٥.
(٤) الوسائل ١٩: ٢٩٨، ب١١ من الوصايا، ح١٦.
(٥) الرياض ٩: ٥١٣.
(٦) الوسائل ١٩: ٢٧٥، ب١١ من الوصايا.

كما أنّه [المختار] [١] عدم اعتبار قصد الموصي الثلث في تنزيل وصيّته عليه، فلو أوصى بشيء ينطبق عليه أو يقصر عنه صحّ ونفذ منه وإن لم يكن قد قصد ذلك، بل وإن قصد من الأصل.

نعم لو أوصى بشيء بعد أن أوصى بالثلث مثلاً مصرّحاً بإرادة إخراجه من الأصل كان ذلك موقوفاً على الإجازة من الوارث وإن وسعه الثلث [٢]. ولا فرق فيما ذكرنا بين الوصية بالحصّة المشاعة كالربع والنصف وبين الوصية بشيء معيّن كالفرس والعبد ونحوهما.

(و) كيف كان فـ(لو كانوا) أي الورثة (جماعة فأجاز بعضهم نفذت الإجازة في قدر حصّته من الزائد[1]) [٣]. وكذا لو أجاز الجميع البعض أو البعض البعض [٤].

فلو فرض كون الوارث ابناً وبنتاً وأوصى بنصف ماله فإن أجازا معاً فالمسألة من ستّة [٥]. وإن ردا معاً فالمسألة من تسعة [٦].

وإن أجاز أحدهما ضربت وفق إحدى المسألتين وهو الثلث في الأخرى تبلغ ثمانية عشر للموصى له الثلث بغير إجازة ستّة، ولهما الثلثان اثنا عشر أثلاثاً، فمن أجاز منهما دفع من نصيبه ما وصل إليه من السدس الزائد وهو سهم من البنت وسهمان من الابن؛ إذ لو أجاز الابن لكان له ستّة من الثمانية عشر، ومعه من الاثني عشر ثمانية، فيدفع إلى الموصى له سهمين، ولو أجازت البنت لكان لها ثلاثة من الثمانية عشر، ومعها أربعة فيندفع سهماً فيكمل للموصى له على تقدير إجازتهما تسعة هي النصف، وعلى تقدير إجازته خاصّة ثمانية، وعلى تقدير إجازتها خاصّة سبعة وقس عليه ما يرد عليك من نظائره.

---

[١] [إذ] منها [=النصوص] يعلم أيضاً [ذلك].

[٢] لأنّه قد قصد إخراجه من الأصل على وجه لا يعارض ما أوصى به أوّلاً، إلّا ما يخصّه من التقسيط الذي هو في الحقيقة رجوع به عن الوصية الأُولى، كما لو صرّح بإخراجه من الوارث وسلامة ثلثه منه فمحلّ التعلّق بالثلث في الفرض الوصية المقصود خروجها منه أو المجرّدة عن قصد ذلك وقصد خلافه.

والوجه في الأوّل واضح، بل الثاني أيضاً؛ ضرورة التمكّن من إنفاذ الوصية فيه، ولصدور السبب من الموصي وله محل قابل للتعلّق به فيعمل عمله؛ إذ الأصل في الأسباب ترتّب مسبّباتها عليها ما لم يحصل لها معارض. واحتمال البطلان في الوصية في الفرض مناف لإطلاق أدلّتها المقتضي لصحّتها، كما هو واضح، وربّما تسمع له زيادة تحقيق إن شاء الله.

[٣] لحصول المقتضي بالنسبة إليه، وارتفاع المانع. ولا يقدح هنا التبعيض، كما لا يقدح في غيرها من العقود مثل بيع مال الغير إذا كان للمتعدّدين فأجاز بعضهم وامتنع الآخرون.

[٤] لاتّحاد الجميع في المدرك، كما هو واضح.

[٥] لأنّ لهما نصف التركة أثلاثاً.

[٦] لأنّ لهما ثلثي التركة أثلاثاً، فأصلها ثلثه ثمّ تنكسر عليها في مخرج الثلث ولا وفق.

---

(١) في الشرائع: «الزيادة».

(و) على كلّ حال فـ(ـإجازة الوارث تعتبر بعد الوفاة) [١].

(وهل تصحّ قبل الوفاة؟ فيه ـ) ـ(قولان[١]، أشهرهما أنّها تلزم الوارث) [٢].

---

[١] إجماعاً بقسميه ونصوصاً.

[٢] بل هو المشهور، بل عن الشيخ الإجماع عليه[٢]:

١ ـ للصحيحين: رجل أوصى بوصيّة وورثته شهود فأجازوا ذلك فلمّا مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به؟

قال: «ليس لهم ذلك، الوصية جائزة عليهم»[٣] ونحوهما غيرهما.

٢ ـ كما هو مؤيّد بعموم الأدلّة الدالّة على وجوب إمضاء الوصية وكون الإرث بعدها، خرج منها ما إذا لم يجز الوارث مطلقاً فيبقى الباقي.

٣ ـ وبأنّ المنع من نفوذ الزائد عن الثلث إنّما هو لحقّ الورثة وهو متحقّق في حال الحياة، فإذا أجازوا فقد أسقطوا حقّهم.

٤ ـ وبأنّ المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصي والورثة؛ لأنّه إن برئ كان المال له، وإن مات كان للورثة، فإن كان للموصي فقد أوصى به، وإن كان للورثة فقد أجازوه.

٥ ـ ولأنّ التعليق الذي في الوصية ليس للإنشاء فيها كي لا يقبل القبول والإجازة، بل هو لحصول الأثر فيها، وإلّا فالإنشاء حاصل الآن فعلاً، نحو الأوامر المعلّقة والنذور كذلك، فإنّ المعنى الإنشائي فيها حاصل عند حصولها، ولذا لم يحتجّ المأمور بأمر معلّق على شيء إلى أمر جديد عند حصول المعلّق عليه ولم يجز إتلاف المنذور قبل حصول المعلّق عليه، وكذلك ما نحن فيه، فإنّ المراد من قولنا: «هذا لزيد بعد وفاتي» إنشاء هذا التمليك المعلّق فيقبل القبول والإجازة وغيرهما لا أنّ المراد تعليقه على وجه لا يقبل القبول والإجازة إلّا بعد الموت.

ودعوى ـ تسليم ذلك وأنّ الامتناع في إجازة الوارث باعتبار عدم حقّ له الآن فلا تؤثّر أثراً لا من حيث تعليق الوصية يدفعها أنّه لا إشكال في استحقاق الوارث من حيث الإرث، بل ينبغي القطع به حال المرض نحو استحقاق صاحب الدين في مال المفلس ونحوه.

كما أنّه لا إشكال في كون الوصية تصرّفاً يظهر أثره مقارناً لاستحقاقه، ولذا لاحظه الشارع بالنسبة إلى الثلث والثلثين، ومرجع إجازته رضاؤه بكونه غير وارث بالنسبة إلى ما تعلّق به الوصية، وهذا شيء قابل للوقوع منه حال حياة الموصي، وستعرف أنّ إجازة الوارث تنفيذ، لا ابتداء هبة والمراد به ما عرفت وحينئذٍ فيتّضح وجه ما سمعته من النصّ[٤] والفتوى من تحقّق الإجازة حال الحياة، وترتّب أثرها عليه.

نعم مقتضى ما ذكرناه قابلية الوصية للردّ من الموصى له كالقبول لاشتراكهما في المعنى المزبور، إلّا أنّه للدليل لم يكن أثر للردّ

---

(١) في الشرائع: «فيه روايتان» بدل «فيه قولان».

(٢) الخلاف ٤: ١٤٤.

(٣) الكافي ٧: ١٢، ح ١. الفقيه ٤: ٢٠٠، ح ٥٤٦١. الوسائل ١٩: ٢٨٤، ب ١٣ من الوصايا، ح ١ وذيله.

(٤) تقدّم آنفاً.

في الحياة، وأنّ القبول بعده وبعد الموت مجدٍ كما عرفته في محلّه.

وأمّا هنا فقد صرّح غير واحد أيضاً بأنّ عدم الإجازة من الوارث حال الحياة لا ينافي ترتّب أثرها عليها بعد الوفاة لو تحقّقت بعد الردّ المزبور؛ لاندراجها في إطلاق الوصية.

ولأنّ حاصل الردّ المزبور أنّه لم يرض بخروجه عن الإرث بالنسبة إلى ما أوصى به الموصي فإذا رضي بعد ذلك لم يكن منافياً للسابق في ذلك الزمان الذي في الحقيقة حاله كحال الزمان الذي لم يعلم الوارث بالوصية به، أو علم ولم يتعرّض للإجازة وردّها، وليس هو كإجازة الفضولي في عقد البيع الذي مرجعها إلى قبول العقد وعدمه، فإذا ردّه لم يجد قبوله بعد ذلك، كما أنّه إذا قبله لم يجد ردّه بعد ذلك؛ لتحقّق الانفساخ فيه، بخلاف الإجازة في المقام التي مبناها رضا الوارث بعدم كونه وارثاً، أو رضاه بكونه وارثاً، وأمّا قبول العقد وردّه فهو للموصى له لا له.

مضافاً إلى ما سمعته سابقاً من عدم كون الوصية عقداً حقيقة، وإنّما هي كالعقد في بعض الأحكام.

ومن ذلك كلّه يظهر لك أن ما عن المقنعة[1] والمراسم[2] والسرائر[3] والوسيلة[4] والجامع[5] والإيضاح[6] وشرح الإرشاد[7] من عدم نفوذها حال الحياة فلو أجازوا حالها كان لهم الرجوع بعد موت الموصي ضعيف، إذ لو سلم أنّ ذلك مقتضى القواعد، لكنّه لا يعارض ما عرفت من الأدلّة المعتبرة المعمول بها بين الأصحاب.

نعم ربّما خصّ بعضهم[8] نفوذ الإجازة حال مرض الموصي لا حال صحّته.

مع أنّه مناف لما عرفته من إطلاق النصّ والفتوى أيضاً.

وكذا ما عن بعضهم[9] من الجمع بين القولين بالتفصيل بين غناء الوارث وفقره، فإن كان الوارث غنياً وقد أجاز بلا استدعاء من الموصي لم يكن له الرجوع، وإن كان فقيراً أو غنياً ودعاه الموصي إلى الإجازة فأجاز حياء كان له الرجوع، فإنّه كماترى واضح الفساد.

بل لا يوافق أُصول الإمامية وقواعدهم، فضلاً عن إطلاق النصّ والفتوى هنا، اللذين مقتضى الثاني منهما، بل وبعض الأوّل أنّه ليس للوارث الرجوع عن إجازته حال حياة الموصي، فضلاً عن الرجوع بعد وفاته. وفي محكي الايضاح[10] الاعتراف بأنّ ظاهر الفتوى ذلك، وأنّه قد يفهم من الرواية ما يدلّ عليه.

---

(١) المقنعة: ٦٧٠.
(٢) المراسم: ٢٠٣.
(٣) السرائر ٣: ١٨٥.
(٤) الوسيلة: ٣٧٥.
(٥) الجامع للشرائع: ٤٩٤.
(٦) الايضاح ٢: ٥٠٨.
(٧) شرح الارشاد: ٢٢٩. (مخطوط).
(٨) مفتاح الكرامة ٩: ٤٥٤.
(٩) حكاه في كشف الرموز ٢: ٨٤ عن صاحب الشرائع.
(١٠) الظاهر أنّه إيضاح النافع كما في مفتاح الكرامة ٩: ٤٥٤.

ثمّ إنّ الظاهر عدم الفرق بين الإجازة بعد الوصية وبين الإذن فيها سابقاً، كما لا فرق في ذلك أيضاً بين الوصية التمليكية والعهدية كالوصية بالوقف والعتق ونحوهما، والله هو العالم.

(و) كيف كان فـ(**إذا وقعت**) الإجازة (**بعد الوفاة كان ذلك إجازة لفعل الموصي**) وتنفيذاً له [١].

بل هو من المقطوع به لو وقعت حال الحياة بناءً على اعتبارها، بل وكذا الحال في إجازة المنجّز، بناءً على كونه كالوصية في خروج الزائد من الثلث بالإجازة.

(**وليس**) ذلك (**بابتداء هبة**) من الوارث [٢].

وحينئذٍ (**فلا تفتقر صحّتها إلى قبض**) ولا يجري عليها أحكام الهبة التي أطنبوا هنا في ذكرها تفريعاً على القولين [٣].

وأولى من ذلك العتق ونحوه [٤].

[والظاهر أنّ الموصى له يتلقّى الملك من الموصي لا الوارث] [٥].

نعم هو كذلك [= أنّ الإجازة ليست تنفيذاً] في البعض الأخير منها [= أفراد الوصية] وما لا ينافي ملكيّة الوارث وإن كان بقدر الثلث كما في الوصية العهدية أو التمليكية التي يجب على الوارث تنفيذها وكان مالكاً، كما يجب عليه وفاء الدين كذلك إذا كانت بقدر الثلث أو أزيد مع الإجازة، ولا ريب في كون الإجازة حينئذٍ نحو إجازة الفضولي، وليست تنفيذاً بالمعنى الذي ذكره الأصحاب الذي فرّعوا عليه إجازة المفلس والسفيه ونحوهما.

---

[١] **بلا خلاف أجده بيننا، بل ربّما ظهر عن بعضهم الإجماع عليه.**

[٢] **كما عن بعض العامّة**[1] **[أي كونها هبة].**

[٣] ضرورة كون مفادها [= الإجازة] الرضا بما فعله الموصي من كون ما أوصى به لمن أوصى له، وأنّه خارج عن إرث ورثته، كما لا يخفى على من له أدنى نظر.

[٤] فإنّ الوصية بالمعنى الأعمّ التي هي موضوع البحث هنا لا تختصّ بالتمليكية، كما يظهر ذلك ممّا ذكروه من الفروع في المقام، كما أنّه يظهر منهم عدم الفرق بينها وبين المنجّز بناءً على توقّف الزائد على الثلث فيه على الإجازة، ومن المعلوم عدم كونها صيغة عتق مثلاً.

نعم لو كان التردّد بين ذلك وبين احتمال كون الإجازة من الوارث بعد ملكه للموصى به بموت الموصي، وأنّها من إجازة مالك نحو إجازة الفضولي وغيرها كما هو مقتضى ما دلّ على ملك الوارث بموت مورّثه ما تركه له ويلتزم حينئذٍ للجمع بين الأدلّة بترتّب ملك الموصى له على ملك الوارث ترتّباً ذاتياً لا زمانياً، فلا ينافي ذلك حينئذٍ إرادة الموصي ملك الموصى له بالموت نحو ملك الولد الوالد الذي ينعتق عليه لكان له وجه في الجملة.

[٥] وإن كان الأقوى خلافه أيضاً؛ لظهور أدلّة بعض أفراد الوصية فيما يراد منها من خروج الوارث عن إرث ما أوصى به، فهي حينئذٍ كالمقيّدة لأدلّة الإرث، خصوصاً بعد ظهور الأدلّة أيضاً في كون الموصى له يتلقّى من الموصي لا الوارث.

---

(١) انظر روضة الطالبين ٦: ١١٠.

كما أنّه لا ريب في عدم كون المراد من القول المقابل للتنفيذ أنّ الاجازة نفسها هبة أو عتق أو نحو ذلك [١].

ثمّ لا يخفى عليك أنّ الإجازة لا تصحّ من المجنون والصبي. وتصحّ من المفلس حال حياة الموصي [وفي صحّتها بعد الوفاة وجهان] [٢].

[والظاهر عدم نفوذها].

وأمّا السفيه [٣]. [فقد يقال إنّه كالمفلس بالنسبة إلى ذلك] [٤].

(و) على كل حال فـ[ـالمختار] [٥] أنّه (**يجب**) على الوصي أو الوارث أو الحاكم أو عدول المؤمنين أو كافّة الناس، لكن على الكفاية (**العمل بما رسمه الموصي**) ممّا أوصى به (**إذا لم يكن منافياً للشرع**[1]) وإن كان إنّما يعتبر ذلك إذا كان بقدر الثلث أو أزيد إذا أجاز الوارث.

(**ويعتبر الثلث وقت الوفاة**) أي (**لا وقت الوصاية**) الذي هو ليس زمان الملك [٦].

---

[١] ضرورة أنّ الرضا بما فعله الموصي من الإيصاء الشامل للعهد وغيره ليس عقد هبة أو عقد بيع مثلاً وإيقاع عتق، ولذا لم يذكر أحد مثل ذلك في الفضولي لا على القول بالكشف ولا على القول بالنقل، فلا بدّ من حمله على ما ذكرناه وإلّا كان واضح البطلان، كما أنّه لا بدّ من تنقيح المسألة على الوجه الذي قلنا، وبه يظهر لك ما في كثير من الكلمات فلاحظ وتأمّل، حتى ما ذكروه في التنجيز وأنّه في الزائد على الثلث كالوصية في البحث المزبور، والله أعلم.

[٢] وفي الروضة: «في صحّتها بعد موته وجهان، مبناهما على أنّ التركة هل تنتقل إلى الوارث [بالموت] وبالإجازة تنقل عنه إلى الموصى له أم تكون الإجازة كاشفة عن سبق ملكه من حين الموت؟ وعلى الأوّل لا تنفذ لتعلّق حقّ الغرماء بالتركة قبل الإجازة وعلى الثاني يحتمل الأمرين، وإن كان النفوذ أوجه»[2].

لكنّك خبير بأنّ المعروف بين الأصحاب كون الإجازة تنفيذاً والمراد به الرضا بالخروج عن كونه وارثاً بالنسبة إلى الموصى به وأنّ مقابله ما يحكي عن العامّة من كونه ابتداء هبة، ومن هنا بنى المسألة في محكيّ التذكرة عليهما فقال: «إن قلنا: إنّها هبة لم تصحّ؛ لأنّه ليس له هبة ماله»[3].

[٣] **ففي القواعد ومحكي غيرها**[4] **إطلاق المنع من إجازته.**

[٤] لكن قد يقال: إنّه كالمفلس بالنسبة إلى ذلك؛ لعدم كونه مالكاً في حال الحياة، بل لم يتصرّف في المال بعد الوفاة، وإنّما رضي بعدم كونه وارثاً، وهو ليس تصرّفاً مالياً حتى يمنع منه. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّه ممنوع ممّا يشمل مثل هذا التصرّف. لكن يأتي احتمال مثله في المفلس، ولعلّ ذلك هو الوجه في الأمرين اللذين في الروضة.

[٥] **[كما] لا خلاف ولا إشكال في [ذلك].**

[٦] **بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع محكي عن الخلاف**[5) وإن لم يكن محصّلاً عليه.

---

(١) في الشرائع: «للمشروع».
(٢) الروضة ٥: ٣٧.
(٣) التذكرة ٢: ٤٨٢ (حجرية).
(٤) القواعد ٢: ٤٥٧. جامع المقاصد ١٠: ١١٥.
(٥) الخلاف ٤: ١٦٦.

(فلو أوصى بشيء وكان موسراً في حال الوصية ثمّ افتقر عند الوفاة لم يكن بإيساره اعتبار وكذلك لو كان في حال الوصية فقيراً ثمّ أيسر وقت الوفاة كان الاعتبار بحال إيساره) [١].

[والموصى له مع الوارث بمنزلة الشريك] في أنّ ما يبقى لهما وما يتلف عليهما كما هو واضح فيما لو كان الموصى به الثلث أو حصّة مشاعة منه ، بل لو كان الموصى به شيئاً معيّناً كان مرجعه الوصية بمقدار ما يساوي قيمتها من الثلث فهو أيضاً كالشريك .

وكذا لو أوصى بمقدار كلّي كالمئة دينار وكانت بعض الثلث .

إنّما الإشكال في أنّ هذا ونحوه هل يرجع إلى الوصية بحصّة مشاعة من الثلث حتى أنّ التالف منه ينقص من الموصى به على حسب النسبة ؛ لأنّه كالوصية بربع الثلث مثلاً ؟ أو أنّه لا يرجع إلى ذلك ، بل هو كلّي مضمون في

---

[١] والمخالف في ذلك بعض الشافعية[١] .

نعم قال ثاني المحقّقين والشهيدين : هذا إنّما يتمّ بغير إشكال لو كانت الوصية بمقدار معيّن كمئة دينار أو بشيء معيّن كدار معينة أو شقص منها أو كانت بجزء مشاع كالثلث وكانت التركة حين الوصية أزيد منها حال الوفاة ، أمّا لو انعكس أشكل اعتبارها عند الوفاة مع عدم العلم بإرادة الموصي للزيادة المتجدّدة ؛ لأصالة عدم التعلّق وشهادة الحال بأنّ الموصي لا يريد ثلث المتجدّد حيث لا يكون تجدّده متوقّعاً غالباً خصوصاً مع زيادته كثيراً[٢] وزاد أوّلهما : « أنّه قد تقدّم الإشكال فيما لو أوصى لأقرب الناس إليه وله ابن وابن ابن فمات الابن فإنّ استحقاق ابن الابن لا يخلو من تردّد » ، بل قال : إنّه قد يتوقّف في دية العمد من حيث تجدّد ثبوتها[٣] بعد الموت .

كما أنّه أورد أيضاً على العبارة وما شابهها بأنّه ربّما تلف بعض التركة بعد الموت وقبل قبض الوارث إيّاها ، فلا يحسب ذلك على الوارث ويصير الثلث أقل ، وربّما تجدّد بعد الموت دية نفس أو طرف بصلح ونحوه فيصير أكثر فلا يستقيم التقييد بقوله : « عند الموت » ، بل يقيّد بوقت قبض الوارث التركة وأخذ دية النفس والطرف وقبول الوصية لمورّثه إذا كان بعد موت الموصي الأوّل بناءً على أنّ القبول كاشف[٤] .

قلت : قد يدفع الأخير :

١ ـ بالتنزيل على الغالب ، حتى ما وقع في الدروس : « والمعتبر الثلث حين الوفاة لا حين الوصية ، ولا ما بينهما ولا ما بعد الوفاة »[٥] ؛ لأنّه الوقت الذي تنتقل فيه التركة إلى الوارث .

٢ ـ أو بما سمعت من أنّ المقصود من التقييد في نحو المتن الردّ على بعض الشافعية[٦] القائل بكون العبرة وقت الوصية ؛ ضرورة تنزيل الموصى له مع الوارث منزلة الشريك .

---

(١) انظر المجموع ١٥ : ٤١٢ .
(٢) جامع المقاصد ١٠ : ١١٦ . الروضة ٥ : ٣٧ .
(٣) جامع المقاصد ١٠ : ١١٦ ـ ١١٧ .
(٤) الدروس ٢ : ٣٠٢ .
(٥) جامع المقاصد ١٠ : ١٠٩ .
(٦) انظر المجموع ١٥ : ٤١٢ .

الثلث حتى لو لم يبق منه إلّا مقدار ما يساوي ذلك نفذت الوصية ؟ وجهان [١].

والتحقيق في المسألة ما أشرنا إليه من أنّ الإشاعة تارة تكون من نفس الوصية بأن يوصى به على وجه الإشاعة وأخرى تكون من حكم الشارع بأنّ للميّت الثلث ، ولا ريب في اقتضاء الأُولى قواعد الشركة ، كما أنّه لا ريب في اقتضاء الثانية النقصان بنقصان الثلث ، وإلّا وجب الأداء ما دام ممكناً وإن نقص من أصل التركة ما نقص ، ولا يتدارك الموصى به بكسر من الكسور على وجه ينقص منه بالنسبة ؛ ضرورة عدم دليل عليه ، ومنافاته لما دلّ على وجوب العمل بالوصية [٢].

[والمختار أنه] (**لو أوصى ثمّ قتله قاتل أو جرحه**) جارح (**كانت وصيّته ماضية من ثلث تركته وديته وأرش جراحته**) إذا كان ذلك خطأً [٣]. [وكذا في العمد].

---

[١] منشؤهما أنّ الكلّي يملك في الخارج لا على جهة الإشاعة على وجه تشمله عمومات الوصية مثلاً ، أو أنّه لا يملك إلّا على جهة الإشاعة إلّا ما خرج بالدليل كبيع الصاع من الصبرة بناءً عليه لخبر الأطنان[١] . وربّما يؤيّد الثاني تنزيلهم الأرطال المستثناة في بيع الثمار على الإشاعة وكذا الشاة مثلاً في الزكاة . لكن الأمر في الوصية واسع ، فلا يبعد قابليتها للتمليك على هذا الوجه ، وقد تقدّم تحرير هذه المسألة في باب الزكاة والبيع فلاحظ وتأمّل . على أنّ دعوى عدم ملكية الكلّي في الخارج إلّا على جهة الإشاعة خالية عن الدليل ، بل ملك أحد السيوف في الحياة مثلاً والوصية ونحوهما قاضٍ بخلافه .

[٢] ودعوى أنّ المراد قدر الثلث حتى لو أوصى بالثلث ، ولذا تكون التركة للوارث بالموت لا دليل عليها ، بل ظاهر الأدلّة خلافها . نعم قد يكون كذلك ، لا أنّ كلّ وصية كذلك ، بل لعلّ لفظ الوصية بالثلث مثلاً خلافه كما تقدّم نظير ذلك في تعلّق الخمس والزكاة بالعين ، لا أنّ المراد مقدار ذلك في الذمّة كما توهّمه بعض ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم . وأمّا ما ذكراه [= المحقق والشهيد الثانيان] من الزيادة المتجدّدة ، فيدفعه أنّ المفهوم عرفاً من الوصية بالثلث مثلاً إرادة مصداقه عند الموت الذي هو محل الانتقال واتّفاق مصداقه قبله لا يقتضي تقييد ذلك به ، وفرض قيام القرائن على ذلك خروج عن محل البحث ، كما لو صرّح بذلك ، بل قد يشهد لما قلناه ما تطابق عليه النصّ (و) الفتوى من أنّه [ذلك].

[٣] **بل الإجماع محكي**[٢] إن لم يكن محصّلاً عليه . وفي خبر محمّد بن قيس : قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل أوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع فقتل الرجل خطأً - يعني الموصي - فقال : « تجاز لهذه الوصية من ميراثه و[من] ديته »[٣] . وفي المرسل عن أبي عبدالله عليه السلام : أنّه سئل عن رجل أوصى بثلث ماله ثمّ قتل خطأً ؟ فقال : « ثلث ديته داخل في وصيّته »[٤] . وفي خبر محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام أيضاً أنّه قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لرجل بوصيّة مقطوعة غير مسمّاة من ماله ثلثاً أو ربعاً أو أقلّ من ذلك أو أكثر ثمّ قتل بعد ذلك الموصي فودي فقضى في وصيّته أنّها تنفذ من ماله و [من] ديته كما أوصى »[٥] . وفي خبر السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : من أوصى بثلثه ثمّ قتل خطأً فإنّ ثلث ديته داخل في وصيّته »[٦] ؛

---

(١) الوسائل ١٧ : ٣٦٥ ، ب ١٩ من عقد البيع وشروطه ، ح ١ . (٢) التذكرة ٢ : ٤٦٠ (حجرية).
(٣) الكافي ٧ : ٦٣ ، ح ٢١ . الوسائل ١٩ : ٢٨٥ ، ب ١٤ من الوصايا ، ذيل الحديث ١ .
(٤) الفقيه ٤ : ٢٢٧ ، ح ٥٥٣٧ . الوسائل ١٩ : ٢٨٦ ، ب ١٤ من الوصايا ، ذيل الحديث ٢ .
(٥) الوسائل ١٩ : ٢٨٦ ، ب ١٤ من الوصايا ، ح ٣ . (٦) المصدر السابق : ح ٢ .

ضرورة تجدّد استحقاق الدية من بعد الوصية التي قد صرّحت النصوص[١] بإخراجها من ثلثها أيضاً. بل ربّما أشكل بذلك ما سمعته من إطلاق الأصحاب كون العبرة بالثلث عند الوفاة باعتبار تأخّر استحقاقها عن الموت. لكن قد عرفت أنّ إطلاقهم ذلك إنّما هو بالنسبة إلى وقت الوصية بمعنى عدم العبرة بالثلث حاله. على أنّه لمّا كان استحقاق الدية المزبورة مقارناً للموت صدق عليه أنّه من الثلث وقت الوفاة. نعم ذلك كلّه في دية الخطأ التي قد صرّح فيها نصّاً وفتوى، بل قد يشهد لها الاعتبار مضافاً إلى ذلك؛ ضرورة كونها عوضاً عن نفسه كالقيمة للتالف، فتعلّقه بها أشدّ من تعلّق وارثه، ولذا أدخلها الشارع في أمواله وعلّق بها ديونه ووصاياه. بل ربّما كان ذلك هو الوجه في دية العمد أيضاً، وإن قلنا: إنّ الواجب به أوّلاً القصاص الذي هو غير قابل لتعلّق الدين والوصية به، لكن لمّا لم يستوفه الوارث وأراد الصلح بالدية تعلّقت بها الوصايا والديون؛ لأنّها في الحقيقة أيضاً عوض عن نفس المجني عليه وقيمة له، فتتعلّق بها الوصايا والديون. مضافاً إلى ترك الاستفصال في خبر عبدالحميد: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالاً وأخذ أهله الدية من قاتله أعليهم أن يقضوا الدين؟ قال: «نعم، قلت: وهو لم يترك شيئاً، قال: أمّا إذا أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا الدين»[٢]. وفي خبر يحيى الأزرق عن أبي الحسن عليه السلام: في رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالاً وأخذ أهله الدية من قاتله أعليهم أن يقضوا دينه؟ قال: «نعم، قلت: [و] هو لم يترك شيئاً، قال: إنّما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه»[٣]. بل هو صريح خبر أبي بصير عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قال: قلت: فإن هو قتل عمداً، وصالح أولياؤه قاتله على الدية، فعلى من الدين على أوليائه من الدية أو على إمام المسلمين؟ فقال: «بل يؤدّوا دينه من ديته التي صالح عليها أولياؤه فإنّه أحقّ بديته من غيره»[٤]. وهو مع صراحته بوفاء الدين من ديته في العمد فيه رمز إلى ما ذكرناه من الوجه في ذلك.

ومن هنا لم يفرّق المشهور بين الديتين بالنسبة إلى تعلّق الديون والوصايا.

بل قيل: إنّه قد حكي إجماعات على ذلك وأنّه لم يخالف فيه، إلّا ما يوهمه كلام ابن إدريس[٥] في باب قضاء الدين عن الميّت. وهو اجتهاد في مقابلة النصّ[٦] نحو ما وقع من بعضهم[٧] في المقام من الإشكال في ذلك بناءً على ما هو المشهور من أنّ الواجب في العمد القصاص، لا أحد الأمرين ذلك أو الدية كما عن أبي عليّ والشافعي[٨]؛ ضرورة أنّ ذلك كلّه كالاجتهاد في مقابلة النصّ الذي قد عرفت اتّفاق الأصحاب إلّا النادر على العمل به.

بل تسمع إن شاء الله في باب الديات: أنّ ما يجنى على الميّت بعد موته كما إذا قطع رأسه وهو ميّت فإنّه فيه مئة دينار في حكم ماله، وأنّه لا تعلّق للوارث به، بل يخرج عنه في وجوه البرّ ونحوها ممّا يصل إليه، وأنّه وإن كان عليه دين فهو أولى به.

---

(١) انظر الوسائل ١٩: ٢٨٥، ب ١٤ من الوصايا.

(٢) التهذيب ٦: ١٩٢، ح ٤١٦، الوسائل ١٨: ٣٦٥، ب ٢٤ من الدين، ذيل الحديث ١.

(٣) الوسائل ١٨: ٣٦٤، ب ٢٤ من الدين والقرض، ح ١، وفيه: «فأخذ».

(٤) الوسائل ٢٩: ١٢٣، ب ٥٩ من القصاص في النفس، ح ٢، وفيه: «عن عليّ بن أبي حمزة عن أبي الحسن».

(٥) السرائر ٢: ٤٩ ـ ٥٠.

(٦) مفتاح الكرامة ٩: ٤٥٦.

(٧) انظر كفاية الأحكام ٢: ٤٤.

(٨) نقله عن أبي علي في المختلف ٩: ٢٧٤. انظر المجموع ١٨: ٤٧٤.

و[المختار][١] أنّ جميع ما يؤخذ عوضاً عن نفس الميّت أو بدنه في حكم ماله.

وكذا ما يقع في شبكته بعد موته[٢].

[والنقيصة المتجدّدة بعد الموت قبل قبض الوارث تدخل على الموصى له والوارث من غير فرق بين كون الموصى به عيناً أو جزءاً مشاعاً].

[ولو أوصى لأقرب الناس وله ابن وابن ابن فمات الابن يدفع المال إلى ابن الابن].

(ولو أوصى إلى إنسان بالمضاربة بتركته أو ببعضها على أنّ الربح بينه وبين الورثة[١] نصفان صحّ، وربّما يشترط كونه قدر الثلث أو أقل[٢]، والأوّل مروي)[٣].

---

[١] [كما] من ذلك [= مما تقدم] كلّه يعلم [ذلك].

[٢] لمكان وجود سببه قبل الوفاة.

وقد ظهر بذلك كلّه الحال في المناقشات المزبورة التي مرجعها المؤاخذة على إطلاق مساق لبيان أمر آخر ونحوه، خصوصاً المناقشة بالنسبة إلى النقيصة المتجدّدة بعد الموت قبل قبض الوارث، فإنّ من المعلوم دخول النقص المزبور على الموصى له والوارث بذلك، من غير فرق حينئذٍ بين كون الموصى به عيناً أو جزءً مشاعاً إذا فرض نقصان الثلث بالتلف المزبور عن خروج العين الموصى بها، وليس المراد من «وقت الوفاة» في المتن ونحوه الإشارة إلى ذلك، بل هو مبني على ما هو الغالب من اتّحاد وقت الوفاة والقسمة وبقاء تركة الميّت على حالها.

وأمّا ما ذكره [المحقّق الثاني] من الوصية لأقرب الناس[٣] فقد قيل: «إنّ النظر فيه في غير محلّه»[٤]، وأنّه يدفع المال إلى ابن الابن، وإن كان الموجود وقت الوصية الابن، بل قيل: إنّه لم يتوقّف فيه أحد غيره[٥]، بل هو نفسه قد اعترف بعد ذلك بأنّ استحقاق ابن الابن لا يخلو من قوّة، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

[٣] عن الصادق عليه السلام في الموثق أو الخبر: أنّه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم؟ فقال: «لا بأس به، من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك، وهو حيّ»[٦].

وفي خبر خالد بن بكر الطويل، قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة، فقال: يا بني اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح وأعطهم النصف، وليس عليك ضمان، فقدّمتني أمّ ولد أبي [بعد وفاة أبي] إلى ابن أبي ليلى، فقالت: إنّ هذا يأكل أموال ولدي قال: فاقتصصت عليه ما أمرني به أبي، فقال لي ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثمّ اشهد عليّ ابن أبي ليلى إن أنا حركته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصّتي، ثمّ قلت له: ماترى؟ فقال: أمّا قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع ردّه، وأمّا فيما بينك وبين الله عزّ وجلّ فليس عليك ضمان»[٧].

والمناقشة في الأُولى بأنّها بعد التسليم من قسم الموثّق الذي لا يجوز العمل به وفي الثانية بالجهالة، كما أنّ جبر الضعف

---

(١) في الشرائع: «ورثته».

(٢) في الشرائع: «فأقل».

(٣)(٥) مفتاح الكرامة ٩: ٤٥٥.

(٤) تقدّم في ص٦١٧.

(٦) الوسائل ١٩: ٤٢٧، ب٩٢ من الوصايا، ح١.

(٧) المصدر السابق: ح٢.

بالشهرة مشهور لا أصل له مفروغ من فسادها في الأُصول، على أنّ خالد قد قيل في حقّه أنّه لا بأس به[١] وربّما قيل بحسنه أو وثاقته[٢] وفي سند الثاني ابن أبي عمير، والسند إليه صحيح، وهو ممّن أُجمع على تصحيح ما يصحّ عنه، فلا يضرّ جهالة من بعده في وجه. وكيف كان فصريح الثاني كظاهر الأوّل الوصية بالولد في الأوّل كون الورثة صغاراً والموصى ولي لهم.

ومن هنا قال في الدروس مشيراً إلى [الخبر] الأوّل: «روى محمّد بن مسلم جواز تفويض المضاربة إلى الوصي على نصف الربح مع صغر الأولاد، وبها قال الجماعة»[٣].

ونحوه ما عن المهذّب البارع قال: «هذه المسألة يوردها المصنّفون في المضاربة والوصية وموضوعها في كتب الفقه والنصّ هو أن ينصب الإنسان على أطفاله وصياً، ويأذن له في الاتّجار بمالهم» إلى آخره ثمّ قال: «إنّ ألفاظ الفقهاء تختلف في التعبير عنها»[٤] وحكى بعض عباراتهم في المضاربة وبعضاً في الباب.

وفي النافع: «تصحّ الوصية بالمضاربة بمال ولده الصغار»[٥]. لكن في المسالك: إنّ «المصنّف وأكثر الجماعة أطلقوا الصحّة في الورثة الشامل للمكلّفين وشمل إطلاقهم وإطلاق الروايتين ما إذا كان الربح بقدر أُجرة المثل وما إذا كان زائداً عليها بقدر الثلث أو أكثر»[٦].

وفي محكيّ «الكفاية: إنّ المشهور لم يعتبروا كون الأولاد صغاراً»[٧].

ولعلّ وجهه إطلاق ما دلّ على تنفيذ الوصية المقيّد بالثلث إذا كانت الوصية مفوّتةً للمال على الوارث أو بالأعمّ من ذلك وممّا فيه ضرر عليه، أمّا إذا لم يكن كذلك، بل كانت الوصية تصرّفاً في المال على وجه لا تفويت فيه للمال على الوارث ولا ضرر فيه عليه، فليس في الأدلّة ما يدلّ على تخصيص العمومات المزبورة المعتضدة بظاهر قوله: ﴿فَمَن بَدَّلَهُ﴾[٨] وعموم «تسلّط الناس». ومعلوميّة كون الوصية بعد الموت كالتنجيز في حال المرض بالنسبة إلى الممنوع منها والجائز، بل الدليل فيهما متّحد، كما اعترف به في جامع المقاصد[٩].

ولا ريب في صحّة المضاربة بأزيد من الثلث في حال المرض، ولو بحصّة قليلة من الربح، كما أنّه لا ريب في صحّة بيع التركة كلّها بثمن المثل حال المرض، فينبغي أن يجوز الوصية به؛ لاتّحاد الدليل فيهما كما مال إليه في جامع المقاصد[١٠]، بل حكى فيه عن الفاضل في التذكرة: أنّه قوّاه[١١]، وفي القواعد الإشكال فيه[١٢].

وإلى نحو ذلك أشار في جامع المقاصد والمسالك حيث وجهه بأنّ «المتيّد بالثلث هو تفويت بعض التركة وليس حاصلاً هنا؛ لأنّ الربح ممّا تجدّد بفعل العامل وسعيه، وليس ما يتجدّد منه كالمتجدّد من حمل الدابة والشجرة ونحوهما حيث كان معتبراً

---

(١) رجال الكشي: ٤٢٧، الرقم ٦٢٣.
(٢) مرآة العقول ٢٣: ١٠١.
(٣) الدروس ٢: ٣٢٧.
(٤) المهذب البارع ٣: ١٢٤ ـ ١٢٥.
(٥) المختصر النافع: ١٩٠.
(٦) المسالك ٦: ١٥٥.
(٧) كفاية الأحكام ٢: ٤٤.
(٨) البقرة: ١٨١.
(٩)(١٠) جامع المقاصد ١٠: ١١٨.
(١١) لم نعثر على الحكاية. انظر التذكرة ٢: ٥٢١.
(١٢) القواعد ٢: ٤٥٦.

من الثلث ؛ لظهور الفرق بأنّ ذلك نماء الملك ووجوده متوقّع ، بخلاف الربح فإنّه أثر سعي العامل مع أنّه إنّما يحدث على ملك العامل ، فما يملكه العامل ليس للوارث ولا للموصي حقّ .

ولا يقدح في ذلك شراؤه بمال الوارث فيكون محسوباً منه ويكون نماؤه تابعاً ؛ لأنّها إنّما تدخل في ملك الوارث على تقدير صحّة المضاربة وإلّا لم يكن الشراء نافذاً ، ومتى صحّت المضاربة كانت الحصّة من الربح ملكاً للعامل ، فلولا صحّة المضاربة لأدّى فسادها إلى عدم الفساد ؛ لأنّه على تقدير الفساد إنّما يكون لتفويت ما زاد على الثلث من التركة تبرّعاً ، وذلك إنّما يكون على تقدير زيادة الحصّة عن أُجرة المثل ، وزيادتها عن الثلث ، وكونه من نماء التركة ، وإنّما يكون كذلك مع صحّة المضاربة ليكون الشراء نافذاً ، فلو فسدت المضاربة لم ينفذ الشراء ، فلم يتحقّق الربح فانتفى التصرّف في الزائد على الثلث فانتفى المقتضي للفساد فوجب الحكم بالصحّة ؛ لأنّه قد أدّى فرض الفساد إلى عدمه »[1] .

لكن في المسالك بعد ذلك كلّه قال : « فيه نظر . . . : لأنّ المضاربة ـ وإن لم تقتضِ تفويت شيء من التركة على تقدير تسليمه ـ مشتملة على وضع اليد على مال الغير بغير إذنه ، خصوصاً إذا كان مكلّفاً وتعريضه بالضرب في الأرض إلى التلف المؤدّي إلى عدم الضمان مع عدم التفريط مضافاً إلى ما لو وقعت بحصّة قليلة للمالك في مدّة طويلة ، كخمسين سنة ، وذلك في حكم منع الوارث من التركة أصلاً وهو باطل . وأمّا القول بأنّ النماء إنّما يملكه العامل على تقدير صحّة المعاملة ، وحينئذٍ فلا تفويت في مال الوارث ، وإن لم يصحّ لا يصحّ البيع ففيه إمكان جبره بإجازة المالك الشراء لنفسه ليكون جميع الربح له فيحصل التفويت على تقدير صحّة البيع وحصول الربح للعامل ، ومن ثمّ ذهب ابن إدريس إلى أنّ الصحّة مشروطة بكون المال قدر الثلث فما دون إطراحاً للأخبار وردّاً إلى الأُصول المعلومة في هذا الباب وبعض المتأخّرين إلى أنّ المحاباة في الحصّة من الربح بالنسبة إلى أُجرة المثل محسوبة من الثلث أيضاً ، ولكلّ منهما وجه »[2] .

قلت : أمّا ابن إدريس فالمحكيّ من عبارته ما نصّه : « قد روي أنّه إذا أمر الموصي الوصي أن يتصرّف في تركته لورثته ، ويتّجر لهم بها ، ويأخذ نصف الربح كان ذلك جائزاً وحلالاً له نصف الربح أورد ذلك شيخنا في نهايته ، إلّا أنّ الوصية لا تنفذ إلّا في ثلث ما كان يملكه الميّت قبل موته والربح متجدّد بعد موته فكيف تنفذ وصيّته وقوله فيه ؟ ! وفي الرواية نظر »[3] .

وظاهره بطلان هذه الوصية من رأسها كابن أبي ليلى باعتبار كون متعلّقها الربح الذي ليس من أمواله ، ووصيّته إنّما تنفذ في الثلث ، وهذا ليس منه ، لا أنّها صحيحة في الفرض بمقدار الثلث وكيف مع أنّه لم يوصِ بالثلث بل هو فيه كالثلثين للوارث ؟ !

نعم لو كان قد أوصى به وأخرجه عن الوارث ثمّ أوصى بالمضاربة به ، فلعلّ لازم كلام ابن إدريس الفساد وإن كان لم يتعرّض لذلك ولا ريب في صحّته ؛ لعموم أدلّة الوصية ، فيصحّ تعلّقها بمثل ذلك ؛ لكونه من التوابع ، فتأمّل جيّداً .

ومن ذلك ينقدح الوجه في تعرّض الأصحاب لهذه المسألة ، وكون الغرض منها الردّ على ابن إدريس وابن أبي ليلى ، حيث إنّهما أبطلا هذه الوصية ، وجعلاها من قسم الوصية بالباطل .

---

(١) انظر جامع المقاصد ٨ : ٦٤ ، و١٠ : ١١٨ . المسالك ٦ : ١٥٥ واللفظ يكون للثاني .

(٢) المسالك ٦ : ١٥٦ ـ ١٥٧ .

(٣) السرائر ٣ : ١٩٢ .

والتحقيق صحّتها مطلقاً سواء كان الوارث صغيراً مولّى عليه أو كبيراً وإن توقّفت في الثاني على الإجازة، سواء كان متعلّق الوصية مقدار الثلث أو لا، وسواء كانت الحصّة من الربح زائدة على أُجرة المثل أو لا، وسواء كانت بمقدار الثلث أو لا، وسواء كانت متعلّقة بالثلث الذي أخرجه عن ملك الوارث أو لا [١].

بل يمكن جوازها في مال الأطفال مع عدم المفسدة وإن لم يكن لهم مصلحة بناءً على جواز ذلك للولي الإجباري والفرض أنّه قد أذن للوصي في ذلك. وبه يفرّق بين ما إذا لم يوصِ بذلك بل اقتصر على جعل وصي عليهم فإنّه يجوز له المضاربة بمالهم لنفسه أو لغيره، لكن مع المصلحة، بخلاف ما إذا نصّ الولي على ذلك فإنّه يكفي فيه حينئذٍ عدم المفسدة، فلا بأس بكثرة الحصّة أو قلّتها [٢].

[فقد قيل: لو أوصى ببيع تركته بثمن المثل ففي اشتراط الإجازة إشكال].

---

[١] كلّ ذلك لعموم أدلّة الوصية وللخبرين السابقين[١].

[٢] وإطلاق الأصحاب في المقام والمضاربة إنّما هو لبيان صحّة الوصية على الوجه الذي عرفت[٢] ردّاً على ابن أبي ليلى وابن إدريس القائلين ببطلانها، سواء كان الوارث صغيراً أو كبيراً أجاز أو لم يجز كما يومئ إلى ذلك اختلاف تعبيرهم عن ذلك كما اعترف به ابن فهد في مهذّبه[٣] على حسب ما عرفته والمقصود ما عرفت. فما توهّمه بعض الناس[٤] من هذه العبارات المختلفة أشدّ اختلاف حتى أثبت منها حكماً جديداً مخالفاً للأُصول والضوابط وصحّح المضاربة من الموصي بالتركة وإن لم يجز الوارث وجعلها لازمة عليه في غير محلّه. كما أنّه لا دليل عليه؛ إذ ليس إلّا الخبران السابقان ومضمونهما ما عرفت ممّا هو غير مخالف لشيء من الأُصول؛ ضرورة جواز مضاربة الوصي بمال الطفل مع المصلحة وإن لم يوصِ إليه بذلك، فكيف إذا أوصى له.

نعم قد تزيد صورة الوصية باعتبار عدم المفسدة لا المصلحة وهو شيء خارج عمّا نحن فيه، فتأمّل جيّداً، فإنّه به يظهر لك ما في كلام جماعة، كما أنّه يظهر لك عدم تحرير هذه المسألة في شيء من كلماتهم بل ولا مسألة الوصية بما لا يقتضي نقص القيمة في التركة. **ففي القواعد: «ولو أوصى ببيع تركته بثمن المثل ففي اشتراط الإجازة إشكال»[٥]. وفيها أيضاً قبل ذلك: «ولو خصّص كلّ واحد بعين هي قدر نصيبه فالأقرب الافتقار إلى الإجازة لظهور الغرض في أعيان الأموال، وكذا لو أوصى أن يباع عين ماله من إنسان بنقد ثمن المثل، ولو باع عين ماله من وارثه بثمن المثل نفذ»[٦].** وظاهره الإشكال بعد الجزم، وللمسألة فروع كثيرة، ومنشأ الإشكال فيها من عموم أدلّة الوصية المقتضي لوجوب العمل بما يرسمه الموصي ما لم يكن منافياً للشرع، كما سمعته من المصنّف أو غيره. بل قد يشير به في الجملة خبر عبّاس بن معروف المشتمل على وصيّة ميمون ببيع جميع تركته وإيصالها إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام ففعل الوصي فأخذ أبوجعفر عليه السلام الثلث منها وأمر بردّ الباقي إلى الوصي ليردّه على الورثة[٧] الظاهر في الإقرار على البيع. وغير ذلك ممّا يدلّ على وجوب إنفاذ الوصية، ومن كون ذلك نوع ضرر على الوارث لتعلّق الغرض في الأعيان.

---

(١) الوسائل ١٩: ٤٢٧، ب٩٢ من الوصايا، ح١، ٢.
(٢) تقدّم في ص٦٢٢.
(٣) المهذب البارع ٣: ١٢٤ ـ ١٢٦.
(٤) انظر الحدائق ٢٢: ٤٣٢ ـ ٤٣٤.
(٥) القواعد ٢: ٤٥٦.
(٦) القواعد ٢: ٤٥٤.
(٧) الوسائل ١٩: ٢٧٧، ب١١ من الوصايا، ح٧.

ولعلّ الأوّل [أي اشتراط الإجازة] لا يخلو من قوّة ما لم يكن إضراراً بالوارث [١].

بقي شيء وهو أنّ الظاهر كون المضاربة واقعة من الوصي باذن من الموصي لا أنّ إيجابها قد وقع من الموصي [٢].

(ولو أوصى بواجب) مالي **(وغيره)** أُخرج الأوّل من الأصل [٣]. و[الإجماع] على أنّ من ذلك الحجّ الواجب [٤]. وأمّا الثاني فيخرج من الثلث حتى لو كان واجباً بدنياً [٥].

---

[١] لإطلاق النهي عنه.

[٢] ضرورة عدم ثبوت الوصية العقدية في غير التمليك على حسب ما عرفته في تعريفها، فما عساه يتوهّم ـ أنّ اللفظ الموجود في الخبر نفسه مضاربة ـ في غير محلّه، خصوصاً ولم يكن مال للطفل في ذلك الحال؛ ضرورة أنّ المراد المال الذي يكون لهم بالإرث منه. ومن هنا قال عليه السلام: «من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك وهو حيّ»[1]. وهو كالصريح في عدم كون ما وقع منه مضاربة، وإنّما هو إذن فيها. ودعوى مشروعية الوصية بها على نحو الوصية التمليكية واضحة الفساد؛ لعدم الدليل عليها، وربّما يشهد لما قلناه قول المصنّف وغيره: «ولو أوصى بالمضاربة» الظاهر في إرادة العهد بها، لا إنشاؤها على الوجه السابق كما هو واضح، والله العالم.

[٣] **لأنّه كالدين نصّاً وفتوى، بل الإجماع بقسميه عليه.**

[٤] للنصوص[2] الدالّة عليه بالخصوص.

[٥] **على ما صرّح به في جامع المقاصد والمسالك ومحكيّ الكفاية[3]، بل في الرياض: أنّه لا خلاف فيه[4]**، مرسلين له إرسال المسلّمات؛ لعدم كونه من الدين الذي يخرج من الأصل، وعدم دليل على تنزيله منزلته، فيبقى على الأصل. نعم إذا أوصى به شمله أدلّة الوصية التي تخرج من الثلث. **لكن في الذكرى والدروس وفي جامع المقاصد عن بعضهم: أنّ الواجب البدني يخرج من الأصل أيضاً كالمالي وإن لم يوص به[5]. بل لعلّه ظاهر المصنّف هنا والنافع والغنية والسرائر[6] وغيرها ممّا أطلق فيها الواجب الخارج من الأصل وهي عشرة كتب أو أكثر على ما قيل[7]، بل نفى عنه البأس في الدروس[8]**. بل قد يؤيّده إطلاق الدين على الصلاة في غير واحد من الأخبار، منضمّاً إلى ما ورد في الحج أنّ دين الله أحقّ أن يقضى[9]، وشمول «الدين» للنقد وغيره ممّا هو عمل؛ ضرورة اندراج من كان مشغول الذمّة بصلاة أو غيرها من الأعمال بإجارة ونحوها فيه. واحتمال اختصاصه بما إذا كان شغل الذمّة بمثل ذلك لغير الله أمّا له فلا، واضح الضعف، خصوصاً بعد ما سمعت من أنّ «دين الله أحقّ أن يقضى»، ومعلوميّة وجوب المال لو توقّف عليه حصول الواجب المدلق.

---

(١) الوسائل ١٩: ٤٢٧، ب٩٢ من الوصايا، ح١، وفيه: «أبيهم».

(٢) انظر الوسائل ١١: ٧١، ب٢٨ من وجوب الحج وشرائطه، ١٩: ٣٥٧، ب٤١ من الوصايا.

(٣) جامع المقاصد ١٠: ١٢٠. المسالك ٦: ١٥٨. كفاية الأحكام ٢: ٤٤.

(٤) الرياض ٩: ٥١٩ ـ ٥٢٠.

(٥) الذكرى ٢: ٤٥٠. الدروس ١: ١٤٧. جامع المقاصد ١٠: ١٢٠.

(٦) المختصر النافع: ١٩٠. الغنية: ٣٠٥. السرائر ٣: ١٨٤.

(٧) انظر مفتاح الكرامة ٩: ٤٦١

(٨) الدروس ١: ١٤٧.

(٩) المستدرك ٨: ٢٧، ب١٨ من وجوب الحج وشرائطه، ح٣، مع اختلاف. مسند أحمد ١: ٢٢٧، ٢٥٨.

فالمتجه إن لم ينعقد إجماع على خلافه إلحاق الواجب البدني بالمالي في الإخراج من صلب المال إذا لم يكن له ولي يخاطب بما يفوت المولّى عليه من صوم أو صلاة، وإلّا خوطب هو به ما لم يوص الميّت بإخراجه من ثلثه، من غير فرق في ذلك كلّه بين ما فاته بتقصير وعدمه، وبين ما تمكّن من قضائه وعدمه بعد فرض حصول شغل الذمّة به على وجه لو تبرّع به متبرّع أو استؤجر أحد عنه برأت ذمّته [١].

نعم لو كان على وجه لا تشتغل ذمّته به أصلاً لم يصحّ تأدية الولي ولا المتبرّع له عنه فضلاً عن الإخراج من صلب المال أو ثلثه.

كلّ ذلك بناءً على عدم اشتراط المباشرة في الواجب البدني وأنّه يصحّ وقوعه في الجملة منه أو من الولي والمتبرّع فضلاً عن الأجير.

أمّا بناءً على اشتراطها وأنّه لا يصحّ إلّا من المولى عليه أو من الولي اتّجه حينئذٍ عدم الإخراج من المال [٢].

والظاهر تصديق الولي فيما فات منه [٣].

وعلى كلّ حال فبناءً على عدم خروجه من صلب المال يجب على المولّى عليه الوصية بما فاته من صوم أو صلاة أو إعلام الولي بذلك إن كان أو لا يجب عليه شيء من ذلك؟ وجهان، أقواهما الأوّل [٤]. وكيف كان فقول المصنّف [٥]: **(فإن وسع الثلث عمل بالجميع، وإن قصر ولم تجز الورثة بدأ بالواجب من الأصل وكان الباقي من الثلث)** غير مناف لما ذكرناه [٦].

وأمّا إذا قصر عنها فلا ريب في اختصاصه حينئذٍ بالتبرّعات التي لا تمضى إلّا منه.

---

[١] ولا مدخلية للحكم التكليفي في الوضعي فقد ينتفي الأوّل ويثبت الثاني.

[٢] ضرورة حصول الفرق حينئذٍ بذلك بينه وبين الأعمال التي اشتغلت الذمّة بها بإجارة ونحوها كما هو واضح.

[٣] **كما صرّح به في جامع المقاصد**[1]. ولعلّه لأنّه لا يعلم منه إلّا من قبله، بل هو المنساق منه ومن نظائره، مضافاً إلى كونه من الإقرار.

[٤] ضرورة تمكّنه من تأدية الحقّ وإبراء ذمّته ودفع الضرر الأُخروي عنه. وربّما استدلّ له بقوله عليه السلام: «الوصية حقّ على كلّ مسلم»[2].

ولكن لا يخفى ما فيه من التجشّم المعلوم عدم إرادته ولو بملاحظة ما سيق الخبر له.

[٥] وغيره جواباً للشرط السابق في المتن [أي قوله: «ولو أوصى بواجب وغيره»].

[٦] ضرورة إرادته ما لو أوصى بالواجب وغيره من غير تعرّض للإخراج من الثلث وعدمه، فإن وسع الثلث عمل بالجميع؛ ضرورة عدم الفرق حينئذٍ بين الواجب وغيره في الإخراج منه بعد فرض سعته؛ لأنّه مع عدم الوصية بالإخراج منه يكون كأصل المال بالنسبة إلى الواجب وغيره.

---

(١) جامع المقاصد ١٠: ١٢٠.

(٢) الوسائل ١٩: ٢٥٨، ب ١ من الوصايا، ح ٢ـ ٤، ٦.

كما لا ريب في خروج الواجب من الأصل [١].

[ولو أوصى في الفرض بإخراج الجميع من الثلث وكان قاصراً فهل يخرج الواجب أوّلاً وإن كان متأخّراً ثمّ يخرج بعده الأوّل فالأوّل إن كان ؟].

[والمختار إنّه إن تمّ الإجماع على تقديم الواجب فهو، وإلّا فيقدّم الأوّل فالأوّل بلا فرق بين الواجب وغيره].

وعلى كلّ حال يخرج غيز الواجب من الثلث (**ويبدأ بالأوّل فالأوّل، و**) كذا (**لو كان الكلّ غير واجب بدئ**

---

[١] لأنّ الفرض عدم ايصائه بإخراج الجميع من الثلث كي يزاحم الواجب غيره فيه كما هو واضح.

بل منه يعلم الحكم فيما لو أوصى في الفرض بإخراج الجميع من الثلث وكان قاصراً.

فإنّ الذي صرّح به غير واحد إخراج الواجب أوّلاً منه وإن كان هو متأخّراً في الوصية ثمّ يخرج غيره من بعده الأوّل فالأوّل إن كان.

بل صرّح غير واحد بمساواة الواجب البدني له في ذلك أيضاً، بمعنى أنّه لو أوصى بالواجب البدني وغيره من الثلث أُخرج أوّلاً الواجب وإن كان متأخّراً ثمّ غيره الأوّل فالأوّل إن كان.

بل ربّما ظهر من بعضهم نفي الخلاف فيه فضلاً عن الأوّل.

لكن في جامع المقاصد: أنّه لا فرق بينه وبين سائر الوصايا التي ليست بواجبة في أنّه يبدأ بالأوّل فالأوّل إن كان قد أوصى بها مرتبة إلى آخره[1].

قلت:

يمكن أن يكون دليلهم على ذلك مضافاً إلى أهمّية الواجب من غيره صحيح معاوية بن عمّار قال: ان امرأة من أهلي ماتت وأوصت إليّ بثلث مالها وأمرت أن يعتق عنها ويتصدّق ويحجّ عنها فنظرت فيه فلم يبلغ، فقال: «ابدأ بالحجّ فإنّه فريضة من فرائض الله سبحانه وتجعل ما بقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة»[2]. فإنّه وإن كان مورده الحجّ، إلّا أنّ التعليل فيه قاض بتقديم البدني، وحينئذٍ يكون الصحيح المزبور دليلاً على القسمين.

والإنصاف أنّه إن تمّ الإجماع عليه كان هو الحجّة، وإلّا أشكل بما ستسمعه فيما يأتي من الاستدلال على ما تطابق عليه النصّ والفتوى من تقديم الأوّل فالأوّل بما يقتضي عدم الفرق في ذلك بين الواجب وغيره فيبطل المتأخّر؛ لعدم متعلّق له، فإن كان واجباً مالياً خرج من أصل المال، وإن كان بدنياً بطل، بناءً على عدم خروجه إلّا من الثلث إذا كان قد أوصى بإخراجه منه.

واحتمال أنّ ذلك حكم شرعي، وإن كان قصد الموصي على خلافه؛ للصحيح المزبور المحتمل لكون الوصايا غير مرتّبة، وأنّ المراد منه الترجيح بذلك.

بل لعلّ ظاهر التقسيط فيه الذي هو حكم غير المرتّب يقتضي عدم الترتيب فيه في غاية الصعوبة؛ ضرورة اقتضائه هدم قاعدة «تبعية الأعمال للنيّات» و«العقود للقصود» وغيرها من القواعد المحكّمة في سائر المقامات.

---

(١) جامع المقاصد ١٠: ١٢٠.

(٢) الوسائل ١٩: ٣٩٦، ب ٦٥ من الوصايا، ح ١، وفيه: «واجعل» بدل «وتجعل».

بالأوّل فالأوّل حتى يستوفي الثلث) وتبطل المتأخرة مع فرض عدم إجازة [١].

بل [المختار] [٢] عدم الفرق بين الوصية العهدية والتمليكية [٣]، وإن اعتبر رضا الموصى له في حصول الملك [٤].

[ولا مدخلية لقصد الموصي] [٥].

نعم لو صرّح بعدم إرادة الترتيب اتّبع، وإن رتّب في اللفظ بأدائه من «الفاء» و«ثمّ» ونحوهما [٦].

بل [الظاهر] [٧] كون الحكم كذلك في الوصية بالزائد عن الثلث مع الإجازة وقصور المال فإنّه يبدأ بالأوّل فالأوّل [٨].

وعلى كلّ حال فالحكم حينئذٍ لا إشكال فيه من غير فرق بين العتق وغيره، ولا بين وقوع الترتيب في زمان

---

[١] ١ ـ لأنّ الوصية الصادرة أوّلاً نافذة لوقوعها من أهلها في محلّها، وهكذا ما بعدها إلى أن تبقى المتأخّرة بلا موضوع تتعلّق به فتختصّ بالبطلان.

٢ ـ ولخبر حمران عن أبي جعفر عليه السلام: في رجل أوصى عند موته وقال: اعتقوا فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة، فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعتقهم، قال: «ينظر الذين سمّاهم وبدأ بعتقهم فيقوّمون، وينظر إلى ثلثه فيعتق منه أوّل شيء ذكر ثمّ الثاني ثمّ الثالث ثمّ الرابع ثمّ الخامس، وإن عجز الثلث كان ذلك في الذي سمّي أخيراً؛ لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك»[1] معتضداً ومنجبراً بعدم الخلاف المعتدّ به بين الأصحاب فيه، كما أنّ اشتماله على التعليل يدفع احتمال اختصاصه بما فيه.

[٢] [كما] منه يعلم [ذلك].

[٣] ضرورة كون الموضوع فيه الأُولى [أي العهدية].

ولعلّه كذلك سيّما بناء على ما تقدّم منّا سابقاً من عدم كون الوصية من العقود.

[٤] لأنّ كلّاً منهما سبب في حصول أثر الإيصاء، فكلّ متقدّم يترتّب عليه أثره، فيختصّ البطلان بالأخير الذي لم يصادف موضوعاً كما صرّح به في الصحيح المزبور.

[٥] ومنه يعلم كون المدار على ذلك من غير مدخلية لقصد الموصي، بل قد يعلم خلوّه عن قصد الترتيب.

[٦] وبما ذكرنا ظهر وجه الفرق بين الوصية وإن كانت عهدية وبين أمر السيّد عبده مثلاً بإعطاء زيد درهماً من مال مخصوص وعمرواً كذلك وخالداً أيضاً الذي لم يرد منه إلّا الامتثال.

فلا فرق بين الأوّل والأخير في صدقه فيقع العول على الجميع، كما في صورة عدم الترتيب في المسألة، بخلاف الفرض الذي فيه ترتّب آثار للسبب وإن لم يتمّ إلّا بالموت والقبول.

[٧] [كما] يستفاد من التعليل [ذلك].

[٨] ضرورة كون الأخيرة هي التي لم تصادف محلّاً فتختصّ بالبطلان.

---

(١) الوسائل ١٩: ٣٩٨، ب٦٦ من الوصايا، ح ١، مع اختلاف.

واحد عرفي وزمانين متباعدين كغدوة وعشية [١].

[ولو أوصى بوصايا وعلم إرادة واحدة منها لا جميعها فلا ريب في أنّ الحكم للمتأخّرة].

(و) على كلّ حال فمن ذلك ما (**لو أوصى لشخص بثلث**) أوّلاً (**ولآخر بربع**) ثانياً (**ولآخر بسدس**) ثالثاً (**ولم تجز الورثة أُعطي الأوّل**) [٢]. (**وبطلت الوصية لمن عداه**) بعدم إجازة الوارث المتوقّفة صحة الوصية في الفرض عليها [٣].

وكذا لو أوصى بنصف ولآخر بخمس ولثالث بربع ، أو للأوّل بجميع المال ولآخر بثلث ولثالث بسدس ، فإنّ الأوّل يعطى في الجميع الثلث ويبطل الزائد مع عدم الإجازة ؛ لما عرفت من البدء في مثل ذلك بالأوّل فالأوّل [٤].

---

[١] **خلافاً للشيخ والاسكافي حيث قدّما العتق وإن تأخّر**[١] ؛ للموثّق عن أبي عبدالله عليه السلام : سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث ؟ قال : « يمضى عتق الغلام ، ويكون النقصان فيما بقي »[٢] وغيره ممّا هو ظاهر في التنجيز المقدّم على الوصية بلا خلاف ولا إشكال ، لا الوصية التي هي محل البحث . **ولابن حمزة حيث جعل الوصية المتأخّرة المتباعد زمانها عن الأُولى ناسخة لها ومقتضية للرجوع عنها**[٣] .

للضعيف : أنّ ابن أخي أوصى بثلاث وصايا فبأيّهنّ آخذ ؟ فقال : « خذ بأخراهن ، قلت : فإنّها أقل ، قال : [فقال :] وإن قلّت »[٤] .

وهو مع خلوّه عن تفصيله ضعيف فاقد لشرائط الحجّية فضلاً عن أن يصلح معارضاً لما عرفت ، فلا بأس حينئذٍ بحمله على إرادة الوصايا التي بالتضادّ ونحوه يعلم عدم قصد الموصي إرادتها جميعها ، بل يعلم كون المراد واحدة منها ، ولا ريب حينئذٍ في أنّ الحكم للمتأخّرة كما هو واضح .

[٢] لمصادفة الوصية له ثلث الموصي فهي ممكنة النفوذ .

[٣] إذ ليس للموصي إلّا الثلث الذي قد تعلّقت به الوصية الأُولى التي لم يعلم رجوعه عنها فيستصحب حكمها وما وقع من الوصية بالربع والسدس بعدها أعمّ من ذلك قطعاً .

[٤] لكن فيما حضرني من المسالك[٥] في نسختين إبدال « السدس » في المثال الثاني بـ« النصف » ، وذلك يقتضي بقاء سدس للأوّل لا ثلث .

وعلى كلّ حال فما عن بعضهم من أنّ الوصية بالربع والسدس في نحو مفروض المتن رجوع عن الأوّل[٦] واضح الضعف بعد الإحاطة بما قدّمناه .

بل قيل : إنّه غير معروف القائل[٧] . بل عن التحرير (و) غيره نسبة أصل الحكم إلى علمائنا[٨] .

---

(١) المبسوط ٤ : ٤٨ . نقله عن الاسكافي في المختلف ٦ : ٤٢٩ .
(٢) الوسائل ١٩ : ٢٧٦ ، ب ١١ من الوصايا ، ح ٣ .
(٣) الوسيلة : ٣٧٥ ـ ٣٧٦ .
(٤) الوسائل ١٩ : ٣٠٥ ، ب ١٨ من الوصايا ، ح ٧ ، وفيه : « أبي » بدل « ابن أخي » .
(٥) المسالك ٦ : ١٦١ ـ ١٦٢ .
(٦) حكاه في كفاية الأحكام ٢ : ٤٦ .
(٧) مفتاح الكرامة ٩ : ٤٦٥ .
(٨) التحرير ٣ : ٣٤٥ .

نعم (**لو أوصى بثلثه**) الراجع إليه (**لواحد، وبثلثه**) كذلك (**لآخر كان ذلك رجوعاً عن الأوّل إلى الثاني**) [١].

أمّا لو قال : ثلث مالي لزيد ثمّ قال : ثلث مالي لعمرو لم يكن رجوعاً ؛ لعدم العلم والظنّ بالاتّحاد . اللهمّ إلّا أن يكون عرف أو قرينة تدلّ على إرادة الثلث الراجع إليه من ذلك فإنّه يكون رجوعاً أيضاً ، كما أنّه لو كان عرف أو قرينة تقضي بأنّ المراد : من ثلثي لو فرض الاقتصار عليه في الوصية ثلث المال لا الراجع إليه خاصّة لم يكن رجوعاً ؛ لعدم التضادّ حينئذٍ ، بل يعطى الأوّل ثلثه الراجع إليه الذي صادفته الوصية الأُولى ويتوقّف في الثانية على الإجازة [٢].

[إلّا أن يكون إجماع على كونه رجوعاً] [٣].

[أو يكون هناك صراحة أو ظهور في الرجوع] [٤].

---

[١] للتضادّ في متعلّق الوصية الذي قد فرض اتّحاده واختلاف الموصى له فليس إلّا الرجوع نحو الوصية بعين مخصوصة لزيد ثمّ الوصية بها نفسها لعمرو ونحوه ما كان بمعناه ممّا يحصل به التضادّ صريحاً أو ظاهراً .

[٢] لكن المعروف بين الأصحاب أنّه باضافة الثلث إلى نفسه يكون رجوعاً .

[٣] **بل عن خلاف الشيخ : أنّ إجماع الفرقة وأخبارهم على الرجوع في ثلث ماله**[١] الذي لا ريب في أولوية المفروض منه ، **كما عن التحرير نسبته إلى علمائنا**[٢] ، **بل اعترف به أيضاً في جامع المقاصد**[٣] . **فما عن المهذّب والمختلف والايضاح من أنّه ليس رجوعاً**[٤] ؛ ـ لعدم الصراحة في إرادة ثلثه الراجع إليه ؛ إذ هو ما دام حيّاً جميع المال في قبضته ومنسوب إليه . **ولعلّه لذا توقّف فيه في القواعد**[٥] ، **بل ومحكي التحرير وإن نسبه إلى علمائنا**[٦] ـ ضعيف .

[٤] ضرورة كفاية الظهور في الرجوع كالتصريح لصلاحية كلّ منهما لقطع الاستصحاب .

ودعوى عدم الظهور أيضاً كما ترى ضعيفة ومع تسليمها فالأمر سهل ؛ ضرورة رجوع النزاع إلى مفهوم عرفي يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة .

وقد ظهر لك من ذلك أنّ موضوع المسألة الأُولى التي قلنا يبدأ بالأوّل فالأوّل فيها تعدّد الوصايا مع عدم التضادّ بينها ، وإن امتنع العمل بها جميعها ؛ لقصور الثلث أو المال ، بخلاف الثانية التي قلنا : إنّ الثانية تكون رجوعاً عن الأُولى فإنّ موضوعها المتضادّان اللذان لا يمكن جمعهما في الخارج في حدّ ذاتهما لا للقصور كما هو واضح ، من غير فرق بين كون الوصيّة بمقدار أو عين أو كسر ، فإنّ المدار على ما ذكرنا من الحكم بالرجوع مع التضادّ صريحاً أو ظاهراً وعدمه مع عدمه .

ولعلّ هذا أولى ممّا في السرائر من تنقيح ذلك فإنّه بعد أن ذكر أنّ للموصي الرجوع في وصيّته ما دام حيّاً عاقلاً قال متّصلاً بذلك : « وإذا أوصى الإنسان بثلث ماله لشخص ثمّ بعد ذلك أوصى بثلث ماله لغير ذلك الشخص كان الثلث لمن أوصى له أخيراً وكانت الوصية الأخيرة ناسخة للأُولى ورافعة لحكمها ؛ لأنّ الإنسان لا يستحقّ من ماله بعد وفاته إلّا ثلث ماله ، فإذا أوصى به لإنسان ثمّ أوصى به بعد ذلك لإنسان آخر فقد نقل الثلث الذي يستحقّه من الأوّل إلى الثاني ؛ لأنّه يعلم أنّه لا يستحقّ إلّا الثلث ، فإذا

---

(١) الخلاف ٤ : ١٥٤ ـ ١٥٥ .
(٢)(٦) التحرير ٣ : ٣٤٥ .
(٣) انظر جامع المقاصد ١٠ : ١٢٢ ـ ١٢٣ .
(٤) المهذب ٢ : ١٠٦ . المختلف ٦ : ٣٦٣ . الايضاح ٢ : ٥٠٨ .
(٥) القواعد ٢ : ٤٥٧ .

أوصى به بعده فقد رجع عن الوصية الأولى ، وللإنسان أن يرجع عن وصيّته ويبدّلها ويغيّر أحكامها ما دام حيّاً ثابت العقل فليلحظ ذلك ، فهذا قول أصحابنا . وما يوجد في الكتب : أنّه إذا أوصى للإنسان بوصيّة ثمّ أوصى بأُخرى فإن أمكن العمل بهما جميعاً وجب العمل بهما ، وإلّا كان العمل على الأخيرة دون الأُولى . وأمّا إذا أوصى بشيء ولم يذكر الثلث ثمّ أوصى بشيء آخر ولم يذكر الثلث فإنّ مذهب أصحابنا أن يبدأ بالأوّل فالأوّل ويكون النقصان إن لم يف الثلث داخلاً على من ذكر أخيراً ؛ لأنّه لما أوصى للأوّل ما قال : أوصيت له بثلثي وكذلك الثاني والثالث ، فظنّ أنّ ثلثه يبلغ مقدار جميع ما ذكره ، ولم ينقل عن الأوّل ما أوصى له به وكذلك الثاني ، فلو علم أنّه قد استوفى ثلث ماله لمن أوصى له به لم يوص بعده بشيء آخر ، فإذا استوفاه يكون النقصان على من ذكره أخيراً . فهذا الفرق بين المسألتين ، فلا يظنّ ظانّ أنّ المسألتين واحدة وأنّ بينهما تناقضاً ، وأنّ مذهب أصحابنا أنّ الوصية الثانية ناسخة للأُولى في جميع المواضع ، ولا أنّ الواجب بالأُولى في الجميع » . إلى أن قال : « ويدلّ على ما قلناه قول الشيخ في المبسوط »[1] ونقل ما تسمعه عنه من العبارة المشتملة على ما تعرف من الغرائب على ما حكاها في المختلف[2] . وأغرب من ذلك ماحكاها[3] هو عنه ، ولعلّ نسخ المبسوط مختلفة ، فلاحظ وتأمّل .

لكن لا يخفى عليك أنّ ما ذكرناه أجود منه ؛ ضرورة إمكان وصيّته بثلث آخر اعتماداً على إجازة الوارث ، فلا يكون علمه بأنّه ليس له إلّا ثلث قرينة على اتّحاد الموصى به لكلّ من الشخصين بثلث ماله . بل ما ذكره أيضاً : من أنّ الموصي لم يرد إلّا الوصية بمقدار ثلثه ، وإن اشتبه في سعته ، واضح المنع ، كما ستعرفه إن شاء الله تعالى .

وعلى كلّ حال فلا يتوهّم هنا إعمال قاعدة الإطلاق والتقييد والتعميم والتخصيص في المقام حتى يتجّه أنّه لو أوصى بثلث المال ثمّ بجميعه أو بالعكس تخصيص الجميع بما عدا الثلث فيعطى ذو الجميع مع الإجازة الثلثان لو كان متأخّراً ، أمّا لو كان هو المتقدّم نفذ له الثلث وتوقّف الثلث الثاني والثلث الموصى به للمتأخّر على الإجازة ، ولو قال : ثلثي لزيد ثمّ قال : جميع المال لعمرو توقّف الوصية الثانية على الإجازة ، وكذا لو عكس ولا يكون رجوعاً عن مقدار الثلث ؛ لأنّه بما عرفت يكون المراد من جميع المال ما عدا ثلثه ، إلى غير ذلك ممّا يتفرّع على هذا التقدير .

لكن الذي يظهر عدم مراعاته ، ولعلّه لأنّ المفهوم عرفاً في أمثال المقام عدم التقييد والتخصيص وأنّه كالخاصّ أو المقيّد بعد حضور وقت العمل بالعامّ والمطلق ، أو كالإخبارات التي لا يجوز نحو ذلك فيها بعد الفراغ من التشاغل بها ؛ لأنّ وقت حاجتها حال وقوعها ، أو لأنّ المراد بها إنشاء تمليك ، ومثله لا يجري فيه الإطلاق والتقييد ، أو لغير ذلك .

وأمّا احتمال التزام الأصحاب ذلك كلّه فيما سمعت وغيره ، فإنّه يأباه ملاحظة كلماتهم .

ومن الغريب بعد ذلك كلّه ما وقع للكركي في المقام من أنّ الأصل في الوصية أن تكون نافذة ، فيجب حملها على ما يقتضي النفوذ بحسب الإمكان ، وإنّما تكون الثانية نافذة إذا كان متعلّقها الثلث الذي يجوز للمريض الوصية به فيجب حملها عليه ، كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه حملاً للبيع على معناه الحقيقي ، وحينئذٍ فيتحقّق التضادّ في مثل ما لو قال :

---

(١) السرائر ٣: ١٩٥ ـ ١٩٦.

(٢)(٣) المختلف ٦: ٣٦٢.

أوصيت بثلث لزيد وبثلث لعمرو فيكون الثاني ناسخاً للأوّل فيقدّم ، وأولى منه ما لو قال : ثلث مالي ثمّ فرّع عليه : أنّه لو أوصى لزيد بثلث ولعمرو بربع ولخالد بسدس وانتفت القرائن أن يكون الوصية الأخيرة رافعة للأوّل مع اعترافه بأنّه مخالف لما صرّح به جميع الأصحاب والحامل له على ذلك ما فهمه : من أنّ إطلاق الوصية محمول على النافذة »[1] . وأنت قد عرفت ممّا حقّقناه سابقاً أنّ الإطلاق في الوصية وغيرها من العقود إنّما يقتضي إرادة معنى ما تعلّق به العقد ، لكن إذا صادف ذلك ما يمكن نفوذه فيه نفذ ؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع وإن لم يصادف ذلك كان عقداً موصوفاً بالصحّة القابلة للنفوذ وعدمه بسبب رفع المانع ، أو تحقّق الشرط الشرعي وعدمهما ، ففي البيع إذا علّقه على النصف من غير تعرّض لكون المستحقّ له ، أو المشاع بينه وبين شريكه اقتضى نقل النصف في نفسه وله محلّ ينفذ فيه باعتبار استحقاق العاقد المخاطب بالوفاء بعقده نصفاً فينفذ ، وينزّل عليه تنزيلاً شرعياً لا قصدياً بمعنى كون العاقد قد قصد ذلك ، وكذا ما نحن فيه فإنّ الموصي إذا أوصى لزيد بثلث لم يقصد إلّا تمليك الثلث في نفسه ، إلّا أنّه لمّا كان يمكن تنفيذه باعتبار استحقاق الموصي ثلثاً نفذت الوصية به ، فإذا أوصى بعد ذلك بثلث أيضاً لم يصادف ذلك محلّاً ينفذ فيه ؛ لسبق السبب الأوّل ، وإنّما صادف محلاً ينفذ فيه مع الإجازة فيتعلّق حينئذٍ كذلك على حسب ما صادف كما هو واضح .

ولا يسمّى مثله باطلاً ، بل هو صحيح ، خصوصاً بعد بناء الأصحاب في المقام من كون الإجازة تنفيذاً لا ابتداء عطية كما عرفت ، فتصرّف الموصي حينئذٍ يقع في ماله إلّا أنّه كان متوقّفاً على إجازة الوارث وبها يتمّ تصرّفه في ماله ، لا أنّه يكون التصرّف من الوارث ، فلا دلالة في الوصية الثانية على الرجوع عن الأُولى ؛ لعدم التضادّ بينهما ، بخلاف ما لو علّقها بما علّق الأُولى ، فإنّه يحصل التضادّ ، فليس إلّا الفسخ والرجوع ويكون الثاني كالوارد على الأوّل فينسخه ؛ ضرورة كونه حينئذٍ كالدليل الوارد على الأصل ؛ إذ لا معارض للثانية إلّا استصحاب صحّة الأُولى المعارض بما وقع من نفس الوصية الثانية ، ومن هنا حكمنا بنسخ الأُولى للثانية دون العكس ، وكذا لو قال : ثلث لزيد ثمّ قال : ثلثي لعمرو ، فإنّه رجوع بخلاف العكس .

وبما ذكرنا يظهر لك الحال فيما ذكره جملة من الأصحاب في المقام ، فإنّه كما في المسالك قد اختلف اختلافاً كثيراً حتى من الرجل الواحد في الكتب المتعدّدة ، بل الكتاب الواحد[2] بل فيها : « أنّه اتّفق لشيخ الطائفة غرائب في المسألة حيث قال في الخلاف : إذا أوصى بثلث ماله لإنسان ثمّ أوصى بثلث ماله لغيره ولم يجز الورثة كانت الوصية الثانية رافعة للأُولى ، وناسخة لها ـ ثمّ استدلّ عليه بإجماع الفرقة وأخبارهم ـ وبأنّه لو قال العبد الذي أوصيت به لفلان قد أوصيت به لفلان فإنّه يكون رجوعاً عن الأُولى ، فكذا إذا أطلق ـ وادّعى عدم الفرق بين المقيّد والمطلق ، ثمّ قال فيه أيضاً : لو أوصى لشخص بماله ولآخر بثلثه وأجازوا بطل الأخير ، ولو بدأ بالثلث وأجازوا أُعطي الأوّل الثلث والأخير الثلثين . وهذا ظاهر المنافاة للسابق الذي ادّعي عليه الإجماع ؛ لأنّ الثلث في المسألة الثانية مضاف إليه ، فهو أقوى في إرادة ثلثه الخاصّ به من ثلث ماله في السابق الذي جعله رجوعاً ، وكون السابق في الثانية جميع ماله لا يؤثّر في دفع المنافاة ؛ لأنّ جميع ماله متضمّن للثلث الذي أوصى به ثانياً ، وما احتجّ به من الأخبار لم نقف عليه أصلاً ، إلّا من حيث عموم ما دلّ منها على جواز الرجوع عن الوصية ، وذلك لا يفيده لمنع تناوله للمتنازع ، وأمّا عدم فرقه

---

(١) العبارة بهذه الترتيب مأخوذة من المسالك ٦ : ١٦٤ . انظر جامع المقاصد ١٠ : ١٢٢ ـ ١٢٣ .

(٢) المسالك ٦ : ١٦٣ .

بين المطلق والمقيّد فغني عن الجواب »[١].

قلت: ومضافاً إلى ذلك أنّه إذا حمل المطلق على إرادة ثلثه لم يتّجه اشتراط عدم إجازة الوارث في الفسخ والرجوع؛ ضرورة عدم مدخلية ذلك فيه. والمتّجه فيما ذكره من المثال الثاني بناءً على المختار الرجوع في مقدار ثلثه؛ للتضادّ فيه، فمع الإجازة يعطى ذو الوصية بجميع المال الثلثين ويختصّ الآخر بثلث الميّت من غير حاجة إلى إجازة، ومع عدمها يختصّ البطلان بالوصية الأُولى التي قد رجع عن الوصية بثلثه فيها، وأمّا صورة العكس فالمتّجه فيها مع الإجازة اختصاص الثاني بالمال كلّه؛ لأنّها مضادّة للأُولى في ثلث الميّت فتكون رجوعاً فتتوقّف في الباقي على الإجازة، ومع عدمها يختصّ بالثلث وتبطل في الثلثين.

وعلى كلّ حال تبطل الأُولى، وكأنّه ﷺ قد استعمل هنا قاعدة الإطلاق والتقييد التي قد عرفت الحال فيها، فقال في **المحكيّ من مبسوطه بعد أن ذكر ما سمعته من الخلاف: « رجل أوصى بثلث ماله لأجنبي وبثلث ماله للوارث قد بيّنا مذهبنا فيه وهو أن يمضي الأوّل فإن اشتبه استعمل القرعة »**[٢] فجزم في هذه بتقديم الأُولى ناسباً له إلى مذهبنا، **ثمّ قال بعد ذلك: « إذا أوصى رجل لرجل بثلث ماله ثمّ أوصى لآخر بثلث ماله فهاتان وصيّتان بثلثي ماله، وكذا إذا أوصى بعبد بعينه لرجل ثمّ أوصى لرجل آخر بذلك العبد بعينه فهما وصيّتان وتكون الثانية رجوعاً عن الأُولى، ومنهم من قال: لا يكون رجوعاً، فمن قال: إنّه ليس برجوع لها إن أجاز الورثة يكون لكلّ واحد منهما ثلث ماله، وكذا يقول من قال هو رجوع: ولو ردّ أحدهما فعلى ما قلناه من أنّ الثاني رجوع عن الأُولى ينظر فإن رجع الأوّل فلا تأثير لرجوعه؛** لأنّ الوصية له قد بطلت بالوصية للثاني فإن رجع الثاني ولم يقبلها رجع المال للورثة؛ لأنّ الوصية للأوّل كان قد بطلت بالوصية للثاني »[٣]. وهذا ظاهر التنافي؛ إذ لا فرق بينهما إلّا بالوارث والأجنبي اللذين لا مدخلية لهما في ذلك عندنا خلافاً للعامّة.

مضافاً إلى ما سمعته من الخلاف من الإجماع على النسخ في نحو الفرض الذي قد جزم فيه بتقديم الأُولى.

وإلى ما في قوله: « فهاتان وصيّتان بثلثي ماله » من الإشكال؛ ضرورة كونه على تقدير الرجوع ليس إلّا وصيّة بثلث واحد كعبد الذي فرضه مثالاً. بل وإلى ما في قوله بعد ذلك: « وكذا يقول من قال: هو رجوع » من الإشكال أيضاً؛ ضرورة أنّ القائل بالرجوع يقول: ليس إلّا الثلث للثاني، كما هو واضح. وقد حكاها فيما حضرنا من السرائر[٤] عن المبسوط بطريق آخر أشكل من ذلك، ولعلّ نسخ المبسوط مختلفة، فلاحظ وتأمّل، والضابط في المسألة ما عرفت وبمراعاته تعرف كثيراً من نحو ذلك في كلامهم. والظاهر عدم الفرق في تحقّق الرجوع بالتضادّ بين كون متعلّق الوصية ثلث الميّت، وكون متعلّقها ثلثي الوارث، وفائدة الرجوع فيهما عدم الصحّة المنسوخة حتى لو أجاز الوارث لبطلانها بالرجوع، فلا تنفع الإجازة. ولا يتوهّم أنّ تعدّد الوصايا فيهما كتعدّد العقد من الفضولي الذي يخيّر المالك في إجازة ما شاء من العقدين أو العقود؛ ضرورة وضوح الفرق بين المقامين بما عرفت من أنّ الإجازة هنا تنفيذ لا ابتداء هبة، بمعنى رضا الوارث أن لا يكون وارثاً، فيكون التصرّف من الموصي، بخلاف الفضولي في البيع مثلاً كما هو واضح بأدنى تأمّل.

---

(١) المسالك ٦: ١٦٦.
(٢) المبسوط ٤: ١١.
(٣) المبسوط ٤: ٤٢. مع اختلاف في الألفاظ.
(٤) السرائر ٣: ١٩٦.

(و) على كل حال فـ(لو اشتبه الأوّل) الذي يستحقّ الوصية أو رجع عنه (استخرج بالقرعة) [١].

فيكتب حينئذٍ اسم أحدهما وأنّه السابق أو المتأخّر في رقعة وفي أُخرى كذلك ثمّ يخفيان ثمّ يخرج أحدهما ويعمل عليها، وهكذا مع التعدّد.

كما أنّه يرجع إليها أيضاً لو اشتبه الحال في وجود الأوّل وعدمه، ثمّ على تقديره ففي تعيينه، وإن كان كيفيّتها حينئذٍ باستخراج وجود أوّل وعدمه أو لا، فإن خرج أنّ فيها أوّل استعملت في إخراجه حينئذٍ بالكيفيّة السابقة.

ولو أوصى بوصايا تزيد على الثلث فلم يجز الوارث شيئاً معيّناً منها، ولكن لم يعلم أنّها على الترتيب على الوجه يكون المعيّن الذي لم يجزه الوارث هو الزائد على الثلث أو كانت الوصايا دفعة أُقرع أوّلاً لبيان أنّها دفعة أو مرتبة، فإن كان الأوّل أُقرع أيضاً لإخراج ما يختصّ بعدم الإجازة منها، فإنّ الظاهر عدم الخيار للوارث في ذلك [٢].

وإن كان الثاني جعل جميع المحتملات سهاماً متعدّدة واستخرج أحدها وعمل عليه [٣].

(ولو أوصى بعتق مماليكه دخل في ذلك من يملكه منفرداً ومن يملك بعضه) [٤].

إنّما الكلام في أنّه إذا فعل ذلك (أُعتق نصيبه حسب) [٥].

أ(و) كما (قيل) [٦]: (يقوّم عليه حصة شريكه إن احتمل ثلثه لذلك وإلّا أُعتق منهم ما يحتمله الثلث)

---

[١] التي هي لكلّ أمر مشكل، باعتبار عدم اندراجه في قاعدة من قواعد الشرع.

[٢] لأنّ أقصى ماله عدم إجازة الزائد.

وأمّا تعيينه بعد فرض تعلّق حقّ الوصية في الجميع فبالقرعة.

[٣] وبالتأمّل في نحو ذلك يظهر لك الحال في فروع متعدّدة، والله العالم.

[٤] بناءً على صدق اسم المملوك على الكلّ والبعض، وإن كان لا يخلو من شيء في عرف هذا العصر، وعمومية الجمع المضاف إنّما هي فيما يصدق عليه مفرده.

لكن ليس محل البحث هنا من هذه الجهة؛ إذ يمكن فرضه بحيث يتناول ذلك (و) لو بالقرينة.

[٥] **كما هو المعروف بين الأصحاب.**

بل ربّما ظهر من بعضهم الإجماع عليه؛ لأصالة عدم السراية، ولأنّ العتق إنّما حصل بعد الموت، ولا مال بعده للموصي كي يقوّم عليه.

[٦] **والقائل الشيخ في نهايته**[١].

وتبعه الفاضل في المحكي من مختلفه[٢].

---

(١) النهاية: ٦١٦ـ ٦١٧.

(٢) المختلف ٦: ٣٨٦.

خاصة (وبه رواية فيها ضعف) [١].

(ولو أوصى بشيء واحد لاثنين) على وجه لا ترتيب بينهما بأن كان بلفظ واحد مثلاً كما لو قال: لزيد وعمرو مئة أو قال: لزيد وعمرو الدار الفلانية لكلّ واحد نصفها، بل وكذا لو قال: لهما الدار لزيد البيت الفلاني منها والباقي لعمرو [٢].

نعم لو اقتصر على التفصيل كان وصيّتين، وعلى كلّ حال فإذا أوصى لهما بوصيّة واحدة على التخصيص أو الإشاعة (وهو) أي الموصى به (يزيد عن الثلث ولم يجز الورثة كان لهما ما يحتمله الثلث) ويبطل الباقي [٣].

(و) أمّا (لو جعل لكلّ واحد منهما شيئاً) مرتّباً في وصيّته لكلّ واحد منهما بوصية مستقلّة كما لو قال: لزيد مئة ولعمرو خمسون (بدئ بعطية الأوّل وكان النقص على الثاني منهما)، بلا إشكال في شيء من ذلك [٤].

---

[١] كما في المسالك[١]. لكن في الفقيه روايته عن البزنطي عن أحمد بن زياد المزبور[٢] وهو من أصحاب الإجماع بل قيل: إنّه لا يروي إلّا عن ثقة[٣].

قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تحضره الوفاة وله مماليك لخاصّة نفسه، وله مماليك في شركة [رجل] آخر فيوصي في وصيّته: مماليكي أحرار ما حال مماليكه الذين في الشركة؟

فقال: «يقوّمون [عليه] إن كان ماله يحتمل ثمّ هم أحرار»[٤].

إلّا أنّه مع عدم جمعه شرائط الحجّية ـ على ما في المسالك وغيرها وإعراض المعظم عنه بل فيما حضرني من نسخة الفقيه ـ «ما خلا مماليكي الذين في الشركة»[٥] وحينئذٍ يخرج عمّا نحن فيه، ويراد بالتقويم منه بالنسبة إلى الثلث محتمل أو ظاهر في التنجيز الذي يطلق على نحوه أنّه وصية إذا كان في مرض الموت، وحينئذٍ سراية العتق مع احتمال الثلث متّجهة؛ لحصول الشرط.

أو يحمل على الوصية، لكن يفرض أنّ الميّت له مال بقطع رأسه بعد موته فإنّ الدية له دون الوارث، أو أنّه قد أوصى بثلثه على وجه يكون له، فإنّه يصحّ ويصرف في مصالحه، فإنّه قد يقال بالسراية حينئذٍ باعتبار كون الميّت له مال فيحصل الشرط، بخلاف ما إذا لم يوص فإنّه لا ثلث له حينئذٍ فلا يكون له مال فلم يوجد سبب السراية.

ودعوى كون الوصية التي هي سبب السبب قد وقعت في حال الحياة وله مال، يدفعها: أنّ السبب العتق لا الوصية، والفرض وقوعه في حال لا مال له فيه، فلا يترتّب عليه مسبّبه الذي هو السراية؛ ضرورة تخلّف المسبّب عن السبب إذا لم يحصل الشرط كما هو واضح.

[٢] لأنّ تفصيله وقع بياناً لما أجمله أوّلاً وقد أوصى به دفعة.

[٣] لأنّها وصية واحدة.

[٤] ولا خلاف؛ ضرورة كونها في الثاني وصيّتين متعاقبتين، وقد عرفت سابقاً حكم الوصايا المتعدّدة المتعاقبة.

---

(١) المسالك ٦: ١٦٩.

(٢) الفقيه ٤: ٢١٣، ح٥٤٩٧.

(٣) انظر مفتاح الكرامة ٩: ٥٢٩.

(٤) الوسائل ١٩: ٤٠٧، ب ٧٤ من الوصايا، ح ٢ وذيله، وفيه: «فكتب عليه السلام» بدل «فقال».

(٥) هكذا اوردت في المحققة المتداولة بين أيدينا.

(ولو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة ثمّ قالوا: ظننا أنّه قليل قضي عليهم بما ظنّوه وأحلفوا على الزائد).

فلو قالوا: ظننا أنّه ألف درهم فظهر ألف دينار قضي عليهم بصحّة الإجازة في خمسمئة درهم، وأحلفوا على نفي ظنّ الزيادة أو عدم إجازتها [١].

وهذا الحكم [صحيح] [٢].

(و) إن قال المصنّف: (**فيه تردّد**) لكنّه محتاج إلى تفصيل؛ ضرورة كون الظنّ المزبور تارة يكون من المقارنات بحيث لا يكون مقيّداً للإجازة وأخرى يكون كذلك بأن يرجع إلى إجازة ما ظنّوه أنّه نصف ماله.

أمّا الأوّل فلا ريب في تأثير الإجازة فيما تعلّقت به. سواء كان المجيز ظانّاً لمصداق خاصّ أو قاطعاً به أو مجرّداً عن ذلك؛ ضرورة عدم مدخلية الحال المزبور في ذلك وأمّا الثانية فلا ريب في تقييد الإجازة باللفظ الذي له معنى في الواقع [٣].

وكيف كان فحيث تنزّل الإجازة على المظنون ولو للقرائن يدفع للموصى له نصف ما ظنّوه وثلث باقي التركة [٤].

هذا كلّه إذا أوصى بجزء مشاع (**أمّا لو أوصى بعبد أو دار فأجازوا الوصية ثمّ ادّعوا أنّهم ظنّوا أنّ ذلك بقدر** ٢١٢/٢٨

---

[١] لموافقة دعواهم لأصل عدم الإجازة، ولأصل عدم العلم بالزائد المستند إلى أصل عدم الزيادة، مضافاً إلى أنّ المال ممّا يخفى، وإلى أنّ دعواهم يمكن أن تكون صادقة، ولا يمكن الاطّلاع عليها إلّا من قبلهم؛ لأنّ الظنّ من الأمور النفسانية، فلو لم يكتف باليمين لزم الضرر؛ لتعذّر إقامة البيّنة على دعواهم.

[٢] وإن ذكره غير واحد من الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافاً صريحاً.

[٣] إنّما الكلام في قبول دعوى ذلك منهم بعد فرض تعلّق ما صدر منهم من الإجازة باللفظ الذي له معنى في الواقع، ويجب الأخذ به في الإقرارات والنذور والوصايا والعقود وغيرها، والأصل عدم ظنّه قلّة المال وعدم ظنّ كثرته، ولو سلّم فالأصل عدم تقييد الإجازة بذلك، ومجرّد وجود الظنّ أعمّ من ذلك كما عرفت، فقبول الدعوى في أصل الظنّ وفي تقييد الإجازة بالمظنون مع ظهور ما أفادها في خلافه مخالف للضوابط الشرعية، كما هو واضح.

ولعلّ تردّد المصنّف فيه من ذلك.

وإليه أو بعضه يرجع ما وجّهه به في المسالك، فإنّه جعله ممّا سمعته أوّلاً، ومن تناول اللفظ للقليل والكثير والإقدام على ذلك مع كون المال ممّا يخفى فالرجوع إلى قولهم رجوع عن لفظ متيقّن الدلالة على معنى يعمّ الجميع إلى دعوى ظن يجوز كذبه، ولكن مع ذلك قال: « الأقوى القبول »[1].

[٤] لنفوذ الوصية في ثلثه، وعدم الإجازة إنّما أبطل الوصية في الزائد عليه بالنسبة إليه خاصّة بخلاف ما ظنّوه، فإنّ الوصية نفذت في ثلثه والزائد عليه للإجازة كما هو واضح.

---

(١) المسالك ٦: ١٧٠.

الثلث أو أزيد بيسير لم يلتفت إلى دعواهم ؛ لأنّ الإجازة هنا تضمّنت معلوماً) [١].

(**وإذا أوصى بثلث ماله مثلاً مشاعاً كان للموصى له من كلّ شيء ثلثه**) على حسب ما أوصى به الموصي ، فيكون شريكاً للوارث بالمقدار المعلوم .

(**وإن أوصى بشيءٍ معيّن وكان بقدر الثلث فقد ملكه الموصى له بالموت**) والقبول [٢].

(و) حينئذٍ فـ(**لا اعتراض فيه للورثة و**) لا حاجة إلى إجازتهم ذلك .

نعم (**لو كان له مال غائب أُخذ**) له (**من تلك العين ما يحتمله الثلث من المال الحاضر**) إن كانت قابلة للقسمة ، وإلّا ملك المقدار المزبور من غير اعتراض للوارث عليه .

(و) على كلّ حال (**يقف الباقي حتى يحصل من**) المال (**الغائب**) ما يحتمله ؛ (**لأنّ الغائب معرّض للتلف**) ، فلو دفع جميع العين للموصى له ثمّ تلف المال دخل الضرر على الوارث ، بخلاف ما قابل المال الحاضر فإنّه لا ضرر عليه أصلاً ، ومن هنا يتّجه جواز التصرّف للموصى له فيما أخذه من العين في مقابلة ثلث المال الحاضر [٣].

ولا ضرر على الوارث ، وإن اختلف تصرّفه في ذلك بالنسبة إلى ما انتقل إليه من العين من حيث الإشاعة

---

[١] لا مجهولاً كالنصف والثلث ، فلا تسمع دعواهم التي هي مخالفة للبناء على أصل قلّة المال وعدم كثرته ، فهي كأنّها مخالفة للأصل ، وبذلك فرّقوا بين المسألتين .

لكن مال في الدروس(١) **إلى التسوية بينهما [= المسألتين] في القبول ، وجعله في محكي التحرير وجهاً**(٢) **، وفي القواعد احتمالاً**(٣) . ووجهه أنّ الإجازة وإن وقعت على معلوم إلّا أنّ كونه بمقدار الثلث أو ما قاربه ممّا يتسامح فيه ، إنّما يعلم بعد العلم بمقدار التركة ، والأصل عدم علمهم بمقدارها ، وبناؤهم على الظنّ ، فكما احتمل ظنّهم قلّة النصف في نفسه يحتمل ظنّهم قلّة المعيّن بالإضافة إلى المجموع وإن لم يكن قليلاً في نفسه . ومخالفة الأصل هنا بظنّهم كثرة المال ، مع أنّ الأصل عدمه لا يؤثّر في دفع الظنّ عنه واعتقاد كثرته .

بل يمكن عدم ظهور خلاف ما اعتقدوه من الكثرة ، ولكن ظهر عليه دين قدّم على الوصية فقلّ المال الفاضل عنهما ، وهذا موافق للأصل كالأوّل ، وأيضاً عمدة المقتضي للقبول في الأوّل إمكان صدقهم في الدعوى وتعذّر إقامة البيّنة بما يعتقدونه ، وهو متحقّق هنا ؛ لأنّ الأصل عدم العلم بمقدار التركة وذلك يقتضي جهالة القدر المعيّن من التركة كالمشاع . **ومن ذلك قال في المسالك : « لعلّ القبول أوجه »**(٤) . لكنّك خبير بعد الإحاطة بما ذكرناه في [المسألة] السابقة أنّ عدم القبول هنا أوجه وأولى ، بل لو سلّم لهم ظنّ ذلك لم تتقيّد به الإجازة وهو واضح ، والله العالم .

[٢] لما عرفته سابقاً من أنّ له حصر ثلثه في عين معيّنة ؛ لعموم أدلّة الوصية السالم عن المعارض .

[٣] لعموم « تسلّط الناس على أموالهم » .

---

(١) الدروس ٢ : ٣٠٥ .

(٢) التحرير ٣ : ٣٤٢ .

(٣) القواعد ٢ : ٤٥٨ .

(٤) المسالك ٦ : ١٧١ .

وعدمها، فإنّه يتصرّف على حسب المال المنتقل إليه [١].

قلت: بل إن لم يقم إجماع أمكن أن يقال: إنّ للموصي له التصرّف في تمام العين الموصى بها بمجرّد سعة ثلث المال لها وإن كان غائباً [٢].

وإن كان للوارث الرجوع عليه لو تلف المال قبل قبضه فإنّه ينكشف حينئذٍ عدم ملك الموصى له تمامها أو ينفسخ ملكه به. ولعلّ المتّجه [٣] ذلك [٤].

(فرع):

[لو أوصى بثلثه مشاعاً]:

(**لو أوصى بثلث عبده**) المملوك له في ظاهر الحال (**فخرج ثلثاه مستحقّاً انصرفت الوصية إلى الثلث الباقي تحصيلاً لإمكان العمل بالوصيّة**) الذي يجب مراعاته ما دام ممكناً، ولا ينزل ذلك على الإشاعة حتى يصح في ثلث الثلث خاصة كالإقرار [٥].

---

[١] واحتمال أنّ تسلّطه على ذلك مشروط بتسلّط الوارث على ما قابل الباقي من المال الغائب لا دليل عليه، فما وقع من الإشكال فيه من بعضهم في غير محلّه. ولقد أجاد في المسالك في ردّه «بأنّ مجرّد الاحتمال لا يقوم دليلاً على منع المالك المستقرّ ملكه على الثلث، مع كون الباقي غير خارج عن ملكه، بل استقرار ملكه له موقوف على حصول الغائب، وإلّا فأصل الملك حاصل بالوصية والقبول، والخروج عن الثلث في الجملة، ومن ثمّ لو حضر الغائب كان نماء العين أجمع للموصى له، ومراعاة حقّ الوارث باحتمال تلف المال تحصل بإيقاف ما زاد على الثلث إلى أن يظهر الحال»[(١)].

[٢] لإطلاق أدلّة الوصية.

[٣] [وذلك] بناءً على ما سمعته من المسالك.

[٤] لأنّ عدم الاستقرار لا ينافي تصرّف المالك في ملكه للعمومات، لكن لمّا كان مرجع ذلك إلى الحكم بملكيّة الموصى له ظاهراً إلى أن يحصل التلف؛ لإطلاق أدلّة الوصية، فيكون هو كالمانع عن بقاء الملك ليحصل الفسخ به المعارض باحتمال أنّ المال على ملك الوارث إلى أن يحصل ما يقابل الموصى به؛ لعدم ملك الموصي غير الثلث المشاع مع الوارث، فلا يملك الموصى له العين إلّا مع حصول ضعفه من ثلثه للوارث، ولعلّه لعدم ظهور الأدلّة في شيء من ذلك حكم المصنّف وغيره بالإيقاف في يد مؤتمن إلى أن يظهر الحال، كما يوقف نصيب الحمل والمال الذي باعه مالكه لآخر فضولاً إلى حصول الولادة والإجازة، ولأنّ أصالة عدم التلف معارض بأصالة عدم القبض، والله العالم.

[٥] كما عن بعض[(٢)] العامّة؛ لما عرفته سابقاً من أنّ الوصية متى صادفت محلّاً قابلاً للنفوذ نفذت وهو في الفرض متحقّق، وكذا البيع على الأصحّ، وجواز الفضولي فيه أو فيها أيضاً لا ينافي ذلك.

فما في المسالك[(٣)] من بناء هذه المسألة على ذلك في غير محلّه.

---

(١) المسالك ٦: ١٧٣.

(٢) المهذب (الشافعي) ١: ٤٥٥.

(٣) المسالك ٦: ١٧٣ ـ ١٧٤.

فحينئذٍ إن وسع المال أُعطي الموصى له تمام الثلث، وإن لم يكن له مال سواه نفذت الوصية في ثلث الثلث أو وقف في الباقي على الإجازة كما هو واضح. (**ولو أوصى بما يقع إسمه على المحلّل والمحرّم**) للاشتراك لفظاً أو معنى (**انصرف إلى المحلّل تحصينا لقصد المسلم عن المحرّم**) [١].

وذلك (**كما لو**[1] **أوصى**) بطبل من طبوله كان منها المحلّل والمحرّم بل أو (**بعود من عيدانه**) بناءً على عدم انصرافه إلى اللهو وإلّا بطلت الوصية فيه، كما في كلّ لفظ ظاهر في المحرّم ولو للقرينة [٢].

(**ولو لم يكن له عود إلّا عود اللهو**) وأمكن تحويله إلى الصفة المحلّلة مع بقاء اسم العود عليه (**قيل: تبطل**) الوصية [٣]. (**وقيل: تصح ويزال عنه الصفة المحرّمة**)، وهو الأقوى [٤].

نعم لو توقّف زوالها على كسره المخرج له عن اسم العود اتّجه البطلان حينئذٍ [٥]. وإلى ما ذكرنا يرجع قول المصنّف: (**أمّا لو لم يكن فيه منفعة إلّا**) المنفعة (**المحرّمة بطلت الوصيّة**) [٦].

(**وتصحّ الوصية بالكلاب المملوكة ككلب الصيد والماشية والحائط والزرع**) وبالجرو القابل للتعليم [٧].

بل لعلّ الأقوى جواز الوصية بها وإن لم نقل بملكها وجواز بيعها [٨].

---

[١] و[تحصيناً] لكلامه عن اللغو أو المنهي عنه شرعاً، ولوجوب تنفيذ الوصية، فلذلك وجب صرفه إلى المحلّل.

[٢] لأنّ أصالة الصحّة لا تعارض ظاهر اللفظ، وإنّما أقصاها تعيين ما لا ظهور فيه من الألفاظ بخلافها، وإلّا كان مقدّماً عليها لعموم ما دلّ على العمل بظاهره، وترتيب الأحكام عليه، كما هو مبيّن في محلّه.

[٣] لأنّها بغير المشروع.

[٤] لإطلاق أدلّة الوصية، وكونه على صفة محرّمة لا يخرجه عن الملكية، والفرض عدم الوصية به مقيّداً ببقائه على تلك الصفة كي يكون الوصية به من غير المشروع.

[٥] لعدم التمكّن من إنفاذها على وجهها؛ إذ شراء عود له ذي صفة محلّلة خروج عنها، والفرض عدم غيره عنده، وأنّ إزالة الصفة المحرّمة متوقّفة على إخراج اسمه القاضي ببطلان الوصية به. ودعوى أنّه إذا انتقل إلى الموصى له فله أن يفعل به ما شاء ومن جملته كسره، بل هو واجب حيث يتوقّف زوال الصفة المحرّمة عليه، فلا يقدح ذلك في جواز الوصية. يدفعها: أنّ صحّتها موقوفة على كسره فيدور. ولو قيل: إنّه يمكن كسره من غير الموصى له قبل دفعه إليه ليندفع الدور جاء فيه ما تقدّم من زوال اسم العود الذي هو متعلّق الوصية، فلا يكون بعد كسره موصى به، فلا يحصل بدفعه إلى الموصى له الامتثال.

[٦] وإن قال في المسالك: «إطلاق العبارة يقتضي أنّ زوال الصفة المحرّمة مع بقاء المنفعة لو تحقّق بكسره [و]الانتفاع بخشبه في بعض المنافع المحلّلة كفى في الصحّة على هذا القول»[2] ثمّ أشكله بما عرفت.

لكن قد يقال: إنّ مراد القائل الإزالة التي لا تخرجه عن اسم الموصى به، والأمر سهل، والله العالم.

[٧] لما عرفته مفصّلاً في كتاب البيع.

[٨] لثبوت الاختصاص الكافي في صحّة الوصية بها.

---

(١) في الشرائع: «إذا».

(٢) المسالك ٦: ١٧٥.

نعم لا تصحّ الوصية بالكلب الذي لا يجوز اقتناؤه [١]، بخلاف ما تثبت يد الاختصاص فيه، بل يقوى جواز الوصية به وإن لم يكن في التركة [٢].

[حكم الوصية المبهمة]:

(الطرف الثاني: في الوصية المبهمة) لغةً وعرفاً:

(من أوصى بجزء من ماله) فـ**(فيه روايتان، أشهرهما)** رواية **(العشر)** وفتوىّ السبع **(وفي رواية)** ثالثة لم نجد العامل بها **(سبع الثلث)**. ولعلّ الأقوى الأوّل [٣].

---

[١] لعدم ثبوت يد اختصاص عليه.

[٢] لوجوب تنزيلها على تحصيله بمعاوضة الصلح من التركة ونحوه، وتعذّر البيع خاصّة لا يبطلها. **فما في المسالك من أنّ الأقوى البطلان**[١] واضح الضعف، والله العالم.

[٣] ١ ـ لقول أبي جعفر عليه السلام في حسن أبان بن تغلب: «الجزء واحد من عشرة؛ لأنّ الجبال عشرة والطيور أربعة»[٢].

٢ ـ وصحيح عبدالله بن سنان ـ على ما في الاستبصار والمختلف والدروس[٣] ـ: أنّ امرأة أوصت إليَّ وقالت: ثلثي تقضي منه ديني وجزء منه لفلانة فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى؟ فقال: ما أرى لها شيئاً ما أدري ما الجزء، فسألت عنه أبا عبدالله عليه السلام بعد ذلك وخبرته كيف قالت المرأة وما قال ابن أبي ليلى، فقال: «كذب ابن أبي ليلى، لها عشر الثلث، إنّ الله عزّ وجلّ أمر إبراهيم عليه السلام فقال: ﴿ **اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنهُنَّ جُزْءً** ﴾[٤] وكانت الجبال يومئذٍ عشرة، فالجزء هو العشر من الشيء»[٥].

ورواه في التهذيب عن عبدالله بن سنان عن عبدالرحمن بن سيابة[٦]، وحينئذٍ لا تكون الرواية صحيحة كما أطنب به في المسالك[٧] لأنّ ابن سيّابة مجهول.

وفيه: منع اتّحاد الرواية؛ إذ يمكن رواية ابن سنان تارة بواسطة وأُخرى بدونها، على أنّ ابن سيّابة يمكن استفادة عدالته من توكيل الصادق عليه السلام إيّاه قسمة الألف دينار على عيال من قتل مع عمّه زيد[٨] وغير ذلك.

٣ ـ وخبر معاوية بن عمّار: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله؟ قال: «جزء من عشرة، قال الله عزّ وجلّ: ﴿ **ثُمَّ اجعَل عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنهُنَّ جُزْءً** ﴾[٩]»[١٠] إلى آخره.

وخبر عبدالصمد بن بشير المروي عن تفسير العيّاشي عن جعفر بن محمّد عليهما السلام في حديث أنّه سئل عن رجل أوصى بجزء ماله؟ فقال: «هذا في كتاب الله [بيّن] إنّ الله يقول: ﴿ **اجعَل** ﴾[١١] إلى آخره[١٢].

---

(١) المسالك ٦: ١٧٦.

(٢) الوسائل ١٩: ٣٨٠، ب ٥٤ من الوصايا، ح ١.

(٣) الاستبصار ٤: ١٣١، ح ٤٩٤. المختلف ٦: ٣٤٩. الدروس ٢: ٣١٢.

(٤)(٩)(١١) البقرة: ٢٦٠.

(٥) الوسائل ١٩: ٣٨١، ب ٥٤ من الوصايا، ذيل الحديث ٢.

(٦) التهذيب ٩: ٢٠٨، ح ٨٢٤.

(٧) المسالك ٦: ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٨) البحار ٤٦: ١٧٠، ح ١٨.

(١٠) الوسائل ١٩: ٣٨١، ب ٥٤ من الوصايا، ح ٣.

(١٢) تفسير العياشي ١: ١٤٣، ١٤٤، ح ٤٧٣. الوسائل ١٩: ٣٨٢ ـ ٣٨٣، ب ٥٤ من الوصايا، ح ٧.

٥ ـ ومرسل أبي جعفر بن سليمان المروي فيه أيضاً في حديث : إنّ رجلاً مات وأوصى إليه بمئة ألف درهم وأمره أن يعطي أبا حنيفة منها جزءً فسأل عنها جعفر بن محمّد عليه السلام وأبو حنيفة حاضر فقال له جعفر بن محمّد عليه السلام : « ماتقول فيها يا أبا حنيفة ؟ فقال : الربع ، فقال لابن أبي ليلى فقال : الربع ، فقال جعفر بن محمّد عليه السلام من أين قلتم : الربع ؟ فقالوا : لقول الله تعالى : ﴿ فَخُذْ أَرْبَعَةً مِنَ الطَّيْرِ ﴾[1] إلى آخره ، فقال أبوعبدالله عليه السلام : من هذا قد علمت الطير أربعة فكم كانت الجبال إنّما الأجزاء للجبال ليس للطير ، قالوا : ظننا أنّها أربعة ، فقال أبو عبدالله عليه السلام : لا ، ولكن الجبال عشرة »[2] .

إلى غير ذلك من النصوص المروية في الكتب الأربعة[3] وغيرها المشتملة على ما هو كالمعجز عن الاستدلال الذي مرجعه أنّه لمّا أوصى بالجزء وقد علم عدم إرادة الموصي العمل بمطلق مسمّاه الذي يرجع إلى السفه في الوصية به ، كما أنّه لا حدّ معلوم في العرف لأقل ما يصدق به في أمثال الوصية فكشفه عليه السلام كما كشف أقلّ مسمّى الركوع ، وأقلّ المسافة وغير ذلك أو أنّه حدّده بذلك حكماً منه عليه السلام كما هو الأقوى ؛ ضرورة صدق الجزء على الأقلّ من ذلك عرفاً ، بخلاف الركوع ونحوه فليس حينئذٍ إلّا التحديد منه ، ولو بقطع النزاع ، ولعلّ إخباره لذلك دون غيره باعتبار إطلاق لفظ الجزء على العشر في كتاب الله ، وليس فيه ولا في السنّة استعمال مطلقه في أقلّ من ذلك ، فلا ينافيه حينئذٍ استعماله في الأكثر ؛ ضرورة كون المراد التحديد بأقلّ مصداق استعمل فيه مطلقه فيجزي فيه حينئذٍ كما يجزي الأكثر منه .

وحينئذٍ فاستعماله في السبع في قوله تعالى : ﴿ لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِّنْهُم جُزْءٌ مَّقْسُومٌ ﴾[4] لا يقتضي التحديد به لكون العشر أقلّ منه ، ومن ذلك ترجح هذه النصوص على النصوص التي تضمّنت التحديد به :

١ ـ كصحيح البزنطي : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بجزءٍ من ماله ؟ فقال : « واحد من سبعة ، إنّ الله يقول : ﴿ لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ ﴾[5] »[6] إلى آخره .

٢ ـ وخبر إسماعيل بن همام الكندي عن الرضا عليه السلام : في الرجل أوصى بجزءٍ من ماله فقال : « الجزء من سبعة ، إنّ الله يقول : ﴿ لَهَا ﴾[7] إلى آخره »[8] .

٣ ـ والمرسل في المحكي عن إرشاد المفيد عن أمير المؤمنين عليه السلام : في رجل أوصى بجزءٍ من ماله ولم يعيّنه فاختلف الوارث بعده في ذلك فقضى عليهم بإخراج السبع من ماله ، وتلى قوله : ﴿ لَهَا ﴾[9] إلى آخره[10] .

مضافاً إلى قصورها عنها عدداً بل ودلالة .

---

(١) البقرة : ٢٦٠ .

(٢) تفسير العياشي ١ : ١٤٤ ، ١٤٥ ، ح٤٧٦ . الوسائل ١٩ : ٣٨٣ ، ب ٥٤ من الوصايا ، ح ٨ .

(٣) الكافي ٧ : ٣٩ ـ ٤٠ ، ح ١ ـ ٣ . الفقيه ٤ : ٢٠٥ ، ح٥٤٧٦ . التهذيب ٩ : ٢٠٨ ـ ٢٠٩ ، ح ٨٢٤ ـ ٨٢٧ . الاستبصار ٤ : ١٣١ ـ ١٣٢ ، ح ٤٩٤ ـ ٤٩٧ .

(٤) (٥) (٧) (٩) الحجر : ٤٤ .

(٦) (٨) الوسائل ١٩ : ٣٨٤ ، ب ٥٤ من الوصايا ، ح ١١ ، ١٢ .

(١٠) الارشاد ١ : ٢٢١ . الوسائل ١٩ : ٣٨٢ ، ب ٥٤ من الوصايا ، ح ٦ .

فـ[ـالمستحبّ إعطاؤه السبع] [١] [هذا إذا لم يعلم قصده].

أمّا لو علم قصده اتّبع حتى لو علم منه إرادة المطلق الشامل للعشر وغيره الذي هو بمنزلة التصريح بذلك.

بل التحديد لمن أوصى بالجزء وعلم منه عدم إرادة مطلق مسمّاه، وعدم ما ينافي التحديد بالعشر.

والظاهر اختصاص هذا التحديد بالوصية ولا يسري منها إلى غيرها [٢].

بل لو أوصى بجزء الجزء احتمل عدم التعدية والرجوع إلى مطلق المسمّى.

ومع فرض العلم بعدم إرادته يقتصر على ما علم عدم إرادته ويمتثل بغيره، أو ينحصر الامتثال بمظنون الإرادة ويحتمل التعدّي، فيحمل حينئذٍ على عشر العشر [٣]، أو على سبع السبع على القول الآخر [٤].

(ولو كان) أوصى **(بسهم كان ثمناً)**[٥].

---

[١] [كما] من هنا حملها الشيخ[(١)] على استحباب إعطاء السبع للوارث، ولا بأس به بعد رجحان الأولى عليها؛ لما عرفت، وباتّفاقها جميعاً على عشر المال بخلاف روايات السبع، فإنّ ما سمعته منها يدلّ على سبع الأصل.

وخبر الحسين بن خالد يدلّ على سبع الثلث قال: سألته عن رجل أوصى بجزءٍ من ماله؟ قال: « سبع ثلثه »[(٢)].

ويمكن حمله على معلوميّة إرادة السائل ثلثه من ماله، لا جميع المال.

وعلى كلّ حال فالقول بالعشر هو الأقوى.

وقد عرفت أنّه تحديد شرعي لما لم يقصد الموصي خلافه.

[٢] وإن كان قد يتوهّم من النصوص السابقة المشتملة على الاستدلال التقريبي لا التحقيقي.

[٣] **عندنا.**

[٤] وكيف كان فمن الغريب ما عن الصدوق من الجمع بين النصوص بأنّه قد جرت العادة في السابق لأصحاب الأموال بتجزية المال تارة عشرة وأُخرى سبعة فينصرف الجزء حينئذٍ على حسب ما وقع من التجزئة، وقال أيضاً: إنّ حمل الجزء على العشر والسبع إنّما يصحّ إذا كانت الوصية من العارف باللغة دون غيره من جمهور الناس، فإنّه لا تصحّ الوصية منه بذلك حتى يبيّنه[(٣)].

وهو كما ترى فيه نظر من وجوه تظهر بأدنى تأمّل ممّا قدّمناه، وما ذكره من العادة لم نعرف أحداً غيره حكاها.

كما أنّه من الواضح كون محلّ البحث حال عدم القرينة لا معها، ولا وجه للبطلان مع عدمها وقطع النظر عن النصوص، بل يرجع إلى مسمّاه أو إلى أقلّ ما يصدق عليه ممّا يتموّل بعد العلم بانتفاء إرادة مطلق المسمّى كغيره من الألفاظ، والله العالم.

[٥] **عند الأكثر، بل المشهور، بل ظاهر إيضاح النافع الإجماع عليه**[(٤)]، كما عن السرائر: أنّه المعمول عليه[(٥)]؛ لصحيح

---

(١) الاستبصار ٤: ١٣٤. التهذيب ٩: ٢١٠، ذيل الحديث، ح ٨٣١.

(٢) الوسائل ١٩: ٣٨٤، ب ٥٤ من الوصايا، ح ١٣.

(٣) الفقيه ٤: ٢٠٥، ذيل الحديث ٥٤٧٧.

(٤) نقله في مفتاح الكرامة ٩: ٥٣٦.

(٥) السرائر ٣: ١٨٧، ٢٠٨.

البزنطي: سأل أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بسهم من ماله؟ فقال: «السهم واحد من ثمانية، ثمّ قرأ: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ﴾[1]»[2].

وكذا حسن صفوان عن الرضا عليه السلام[3]، وموثّق السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام[4]، وعن إرشاد المفيد نسبة ذلك إلى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام: في رجل أوصى عند موته بسهم ولم يبيّنه فاختلف الورثة في معناه، فقضى عليهم بذلك وتلى الآية[5][6].

وحينئذٍ فما في خبر طلحة بن يزيد عن أبي عبدالله عن أبيه عليهما السلام قال: «من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة»[7] من الشواذّ التي لا تعارض ما سمعت، وربّما حمل على وهم الراوي أو ظنّه أنّ الجزء والسهم واحد، فرواه فيه[8].

وكذا ما أرسله الصدوق من أنّ السهم واحد من ستّة[9].

ثمّ قال: «متى أوصى بسهم من سهام المواريث كان واحداً من ستّة، ومتى أوصى بسهم من سهام الزكاة كان واحداً من ثمانية...، وتمضي الوصية على ما يظهر من مراد الموصي»[10].

وفيه:

إنّ محل البحث إذا لم يظهر.

وحمله على السدس حينئذٍ ـ كما عن الصدوقين[11] والشيخ[12] وابن زهرة[13] للمرسل المزبور، وما عن ابن مسعود من أنّ رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبيّ صلى الله عليه وآله السدس[14].

وما قيل[15]: إنّ السهم في لغة العرب السدس، **وإجماعي الخلاف**[16] **والغنية**[17] ـ كما ترى خصوصاً دعوى الإجماع التي هي مظنّة العكس، كما هو (و) اضح.

---

(١) التوبة: ٦٠.

(٢) الوسائل ١٩: ٣٨٥، ب ٥٥ من الوصايا، ح ١.

(٣) المصدر السابق: ح ٢.

(٤) المصدر السابق: ٣٨٦، ح ٣.

(٥) التوبة: ٦٠.

(٦) الارشاد ١: ٢٢١. الوسائل ١٩: ٣٨٨، ب ٥٥ من الوصايا، ح ٧.

(٧) الوسائل ١٩: ٣٨٧، ب ٥٥ من الوصايا، ح ٤، وفيه: «عن طلحة بن زيد».

(٨) التهذيب ٩: ٢١١، ذيل الحديث ٨٣٤.

(٩) الفقيه ٤: ٢٠٤، ح ٥٤٧٥. الوسائل ١٩: ٣٨٧، ب ٥٥ من الوصايا، ح ٥.

(١٠) الفقيه ٤: ٢٠٥، ذيل الحديث ٥٤٧٥.

(١١) نقله عن علي بن بابويه في المختلف ٦: ٣٥٠. المقنع: ٤٧٨.

(١٢) الخلاف ٤: ١٤٠.

(١٣)(١٧) الغنية: ٣٠٨.

(١٤) المبسوط (للسرخسي) ٢٧: ١٤٥.

(١٥) انظر التذكرة ٢: ٤٩٦ (حجرية).

(١٦) الخلاف ٤: ١٤١.

نعم (**لو كان**) قد أوصى (**بشيء كان سدساً**) [١]. هذا ولا يخفى عليك أنّ محل البحث في السهم والشيء كما عرفته في الجزء.

ولو أوصى بسهم من الجزء أو شيء منه أو السهم ففي جريان الحكم وجهان.

(**ولو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجهاً**) منها (**جعله في وجوه البرّ**) [٢]. (و) حينئذٍ فما (**قيل**) [٣]: من أنّه

---

[١] **بلا خلاف معتدّ به أجده فيه، بل الظاهر أنّه اتّفاقي كما في المسالك**(١)**، بل عن ظاهر التذكرة وإيضاح النافع الإجماع عليه**(٢)**، بل عن الخلاف والغنية**(٣) **دعواه صريحاً**؛ لخبر أبان عن عليّ بن الحسين عليه السلام: «أنّه سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله؟ فقال: «الشيء في كتاب عليّ عليه السلام واحد من ستّة»»(٤).

وما عن المقنع من: «أنّه واحد من عشرة»(٥) نادر.

[٢] **وفاقاً للأكثر، بل المشهور نقلاً وتحصيلاً، بل في محكي التنقيح: أنّ عليه الفتوى**(٦)**، بل عن غيره نفي الخلاف فيه، إلّا من الحلّي تبعاً للشيخ**(٧) **في بعض فتاواه**(٨)؛ لخبر محمّد بن الريّان قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن إنسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلّا باباً واحداً منها كيف يصنع بالباقي؟ فوقّع عليه السلام: «الأبواب الباقية اجعلها في البرّ»(٩). المعتضد بما عرفت المؤيّد بما ورد في المنذور للكعبة والوصية لها أنّه يصرف إلى زوّارها(١٠). وفيمن أوصى أن يحجّ عنه بمال لا يفي به أنّه يصرف في البرّ ويتصدّق به(١١). وكذا في الوقف إذا جهل الموقوف عليه.

وبأنّه شبه المال المجهول المالك بسبب اشتباه مصرفه ومستحقّه، فلا طريق إلّا صرفه في وجوه القرب، بناءً على عدم اختصاص مصرفه بالصدقة به، أو يقال: إنّ ذلك كلّه من الصدقة به؛ لرجوع الجهات العامّة إلى المسلمين أيضاً. ومنه ينقدح جواز صرف مجهول المالك في ذلك، وربّما يؤيّده شمول الرواية المزبورة له في الجملة؛ إذ من أفراده الوصية به لشخص مخصوص قد قبله ثمّ نساه، وقد سمعت الأمر فيها بالصرف في وجوه البرّ من غير فرق بين الأفراد جميعها.

وبأنّ هذا المال بتعذّر وجهه الذي قد أوصى به وإخراجه عن الوارث بالوصية صار في حكم مال الميّت، ولا إيصال إليه إلّا في صرفه في وجوه البرّ.

وبأنّه إذا فرض الوصية به في جهات القربة إلّا أنّه نسي خصوصها يناسب الانتقال إلى نوع القربة، وبغير ذلك.

[٣] **والقائل ابن إدريس والشيخ في المحكي من حائرياته والآبي في المحكي عن كشفه**(١٢).

---

(١) المسالك ٦: ١٨٠.
(٢) حكا عن ظاهرهما في مفتاح الكرامة ٩: ٥٣٥. انظر التذكرة ٢: ٤٩٦ (حجرية).
(٣) الخلاف ٤: ١٤١. الغنية: ٣٠٨.
(٤) الوسائل ١٩: ٣٨٨، ب٥٦ من الوصايا.
(٥) المقنع: ٤٧٨.
(٦) التنقيح ٢: ٤١٠.
(٧) السرائر ٣: ٢٠٩. الحائريات (الرسائل العشر): ٢٩٧.
(٨) الرياض ٩: ٥٢٧.
(٩) الوسائل ١٩: ٣٩٣، ب٦١ من الوصايا، ح١، وفيه: «في الباقي».
(١٠) انظر الوسائل ١٩: ٣٩٢، ب٦٠ من الوصايا.
(١١) انظر الوسائل ١٩: ٤٢١، ب٨٧ من الوصايا.
(١٢) السرائر ٣: ٢٠٩. الحائريات (الرسائل العشر): ٢٩٧. كشف الرموز ٢: ٨٦.

(**يرجع ميراثاً**) [١] واضح الضعف [٢]. نعم الظاهر اختصاص الحكم بما إذا كان النسيان مطلقاً، أي لا على وجه الانحصار في فردين مثلاً أو ثلاثة وإلّا اتّجهت القرعة أو التوزيع أو الصلح لو كان بين الشخصين مثلاً.

كما أنّ المتّجه التروّي والتربّص في الصرف في وجوه البرّ حتى ييأس من معرفة الوجه الذي قد أُوصى به بمراجعة دفتر أو شاهد ونحو ذلك، فإذا أيس من ذلك صرفه في وجوه البرّ، ولا عبرة باحتمال التذكّر فيما يأتي من الزمان [٣]. بل لا يبعد كون الحكم كذلك في غير صورة النسيان، كما إذا لم يعثر على ما رسمه الموصي في وصيّته، وإن علم أنّه قد رسم وجوهاً مثلاً أو نحو ذلك [٤].

(**ولو أوصى بسيف معيّن وهو في جفن**) بفتح الجيم (**دخل الجفن والحُلية في الوصية**) [٥].

---

[١] لبطلان الوصية؛ لتعذّر القيام بها.

[٢] ضرورة منافاته لاستصحاب الصحّة، فضلاً عن الخبر المزبور[١] المعتضد بما عرفت، السالم عن معارضة ما يعتدّ به؛ إذ ليس كلّ تعذّر ولو كان كالفرض مبطلاً للوصية ومعيداً للمال إلى الإرث الذي قد فرض الخروج منه بالوصية، فعوده يحتاج إلى دليل.

[٣] لصدق النسيان الذي قد علّق عليه الحكم في النصّ والفتوى. ثمّ أنّ الظاهر من المتن وغيره إرادة المثال من نسيان الوجه، وإلّا فلا فرق بين نسيان الوجه والوجوه لاتّحاد المدرك، بل ظاهر الخبر[٢] ذلك.

[٤] واحتمال إيقاف المال في ذلك ونحوه اقتصاراً فيما خالف وجوب حفظ مال الغير على المتيقّن ضعيف جدّاً، كما هو واضح، والله العالم.

[٥] **وفاقاً للمشهور، بل في ظاهر المحكيّ عن التحرير والمقتصر وإيضاح النافع الإجماع عليه**[٣]. بل عن كشف الرموز: ما رأيت أحداً أقدم على منع الرواية الواردة في السيف[٤]. وعن المهذّب البارع: «كلّ الأصحاب مطبقون على العمل بها»[٥]. أي رواية أبي جميلة المفضل بن صالح: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل أوصى لرجل بسيف فقال الورثة: إنّما لك الحديد، وليس لك الحلية؟ فكتب عليه السلام إليّ: «السيف له وحليته»[٦]. وخبره الآخر: سألت الرضا عليه السلام عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حلية؟ فقال [له] الورثة: إنّما لك النصل وليس لك المال؟ فقال: «لا، بل السيف بما فيه له، قال: فقلت: رجل أوصى [لرجل] بصندوق وكان فيه مال فقال الورثة: إنّما لك الصندوق وليس لك المال، فقال: الصندوق بما فيه له»[٧]. فهما مضافان إلى ما عرفت، وإلى العرف الشاهد على ذلك الحجّة في المقام. ولا يقدح فيه عدم دخول شيء منهما في مسمّاه لغة؛ ضرورة كفاية العرف وتقدّمه على اللغة، على أنّه قد يقال: إنّ ذلك من توابع الوصية بالسيف لا للدخول في المسمّى كثياب العبد ورحل الدابة ومفتاح الدار، ونحو ذلك من التوابع التي يشهد العرف بتبعيّتها في الإيصاء تبعاً لتبعيّتها في الاستعمال.

---

(١) أي خبر محمد بن الريان. (٢) الوسائل ١٩: ٣٩٣، ب ٦١ من الوصايا، ح ١.

(٣) التحرير ٣: ٣٦١. انظر المقتصر: ٢١٩، ٢٢٠. نقله عنهما وعن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٩: ٥٤١.

(٤) كشف الرموز ٢: ٨٧.

(٥) حكاه في مفتاح الكرامة ٩: ٥٤١. انظر المهذّب البارع ٣: ١٣٤، ولكن فيه: «أكثر» بدل «كلّ».

(٦) الوسائل ١٩: ٣٩٠، ب ٥٧ من الوصايا، ح ٢. وحكام الوصية، ح ٢.

(٧) أورد صدره في الوسائل ١٩: ٣٨٩، ب ٥٧ من الوصايا، ح ١، وذيله في ٣٩١، ب ٥٨، ح ٢.

نعم لو لم يكن له جفن ولا حلية لم تكن الوصية به وصية بهما، فلا يخرجان من التركة [١].

بل لا يبعد الوصية بالجفن لو كان قد أوصى به مطلقاً [٢].

وعلى كلّ حال فالظاهر عدم اعتبار وصف خاصّ في الجفن، بل يكفي فيه كونه جفناً لذلك السيف كائناً ما كان [٣].

و[المختار] [٤] عدم الفرق بين السيف والخنجر والسكين ذات القراب وغير ذلك ممّا لها توابع في الاستعمال [٥].

٧٨/٤٣٢ **(وكذا لو أوصى بصندوق وفيه ثياب أو سفينة وفيها متاع أو جراب وفيه قماش فإنّ الوعاء وما فيه داخل في الوصية)** [٦].

---

[١] **فما عن المختلف[١] وولده[٢] وأبي العبّاس[٣] من عدم دخول شيء منهما في الوصية**، واضح الضعف.

[٢] وإن كان ظاهر العبارة وغيرها ممّا قيّد فيها بـ« ـالمعيّن » خلافه، إلّا أنّه يمكن تنزيله على عدم الوصية بالحلية التي لم يقيّد بتعيّنها بالنسبة إليه فإنّه لا عرف ولا غيره يشهد على الوصية بها بالوصية به مع فرض كونه مطلقاً، بخلاف الغمد فإنّ العرف قد يشهد بالوصية به أيضاً، وإن كان هو ليس كالظهور في المعيّن، خصوصاً إذا كان قد اشترى سيفاً لا غمد له.

[٣] فإنّ الظاهر تبعية نحو ذلك له، كثياب العبد ورسن الدابّة، فإنّ التابع منهما ما كان تابعاً لهما في الاستعمال كما هو واضح بأدنى تأمّل.

[٤] [كما] منه يعلم [ذلك].

[٥] فإنّ العرف يقضي بتبعيّتها في الوصية ونحوها.

[٦] وفاقاً للمشهور.

بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا[٤].

كما عن المقتصر[٥] أنّ عمل الأصحاب على رواية أبي جميلة[٦] ونحوه عن التنقيح[٧].

وقد عرفت اشتمالها على الصندوق كخبر عقبة: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى لرجل بصندوق وكان في الصندوق مال فقال الورثة: إنّما لك الصندوق وليس لك ما فيه؟

فقال: « الصندوق بما فيه له »[٨].

---

(١) المختلف ٦: ٣٨٢.

(٢) الايضاح ٢: ٥٣٥.

(٣) المقتصر: ٢٢٠.

(٤) التذكرة ٢: ٤٩٧ (حجرية).

(٥) المقتصر: ٢٢٠.

(٦) تقدّم في ص ٦٤٤.

(٧) التنقيح ٢: ٤١٢.

(٨) الوسائل ١٩: ٣٩٠، ب ٥٨ من الوصايا، ح ١.

وخبره الآخر عنه أيضاً قال: سألته عن رجل قال: هذه السفينة لفلان ولم يسمّ ما فيها وفيها طعام أيعطيها الرجل وما فيها؟ قال: «هي للذي أوصى له بها، إلّا أن يكون صاحبها متّهماً، وليس للورثة شيء»[1].

لكن ربّما نوقش في الأخير بأنّ غايتها الدلالة على أنّها للموصى له ومرجع الضمير السفينة دون ما فيها، والرواية المنجبرة إنّما تكون حجّة حيث تكون دلالتها واضحة لا مطلقاً.

نعم لها دلالة ضعيفة بحسب الفحوى لوقوع قوله عليه السلام: «هي له» جواباً عن جواز إعطاء ما فيها أم لا، فلو لم يجعل المرجع السفينة بما فيها لم يكن الجواب للسؤال مطابقاً، مع احتمال أن يكون المراد بالجواب الظاهر في رجوع الضمير إلى السفينة خاصّة التنبيه على انحصار الموصى به فيها، دون ما فيها، وبه تحصل المطابقة، فالأصحّ عدم الدخول؛ للأصل، إلّا مع وجود قرينة من عرف أو عادة، وتحتمل الرواية على تقدير الدلالة الحمل على ذلك.

وقد يدفع:

أوّلاً: بأنّ المحكيّ عن نسخ الفقيه[2] روايته: «إلّا أن يكون صاحبها استثنى ممّا فيها»[3].

وحينئذٍ تكون صريحة في ذلك.

وثانياً: بأنّ الشهرة كما تجبر السند تجبر الدلالة، على أنّه لا ينكر ظهورها كما اعترف به الخصم.

ومثله لا ريب في حجّيّته، بعد فرض اعتبار السند؛ ضرورة كونه حينئذٍ كالصحيح حجّة في مطلق ما يظهر منه منطوقاً أو مفهوماً.

نعم قد يناقش بعدم صراحة سؤال الخبر في الوصية، بل يحتمل الإقرار، بل هو الظاهر أيضاً بقرينة التفصيل بين المتّهم وغيره.

ولا ينافيه إطلاق «الوصية» في جواب الإمام عليه السلام لمعروفية إطلاقه على الإقرار الواقع في مرض الموت.

وكأنّه أومأ إليه في الدروس فإنّه بعد أن حكى عن القاضي أنّه قال: لو أوصى له بسلة زعفران دخل ويدخل الشرب بالوصية بالضيعة وما شابهه إذا كان عدلاً، فإن كان متّهماً لم تنفذ الوصية في أكثر من ثلثه. وعن الشيخ في النهاية: أنّه قيّد بهذا القيد قال[4]: «وكأنّهما يريانه إقراراً»[5].

قلت:

لكن المعروف نقل ذلك عن الشيخ قولاً في المسألة.

بل لعلّه إليه أشار المصنّف بقوله: [وفيه قول...].

---

(١) الوسائل ١٩: ٣٩١، ب ٥٩ من الوصايا، ح ١.

(٢) الفقيه ٤: ٢١٧، ح ٥٥١٠. وحكاه عنه في مفتاح الكرامة ٩: ٥٤٢. وفيهما: «ما فيها» بدل «مما فيها».

(٣) الوسائل ١٩: ٣٩١ ـ ٣٩٢، ب ٥٩ من الوصايا، ذيل الحديث ١.

(٤) النهاية: ٦١٣ ـ ٦١٤.

(٥) الدروس ٢: ٣١٣.

(وفيه قول آخر بعيد) [١].

[هذا إذا كان الصندوق معدّاً للظرفيّة، والمقصود منه ما فيه نحو ما يستعمله التجار في صناديق النيل والقماش والكافور ونحوها، فإنّه لا يشكّ أحد في وصيّة أحدهم بصندوق خاصّ منها في إرادة ما فيها، بل والسفينة والمركب إذا كانت أيضاً كذلك بخلاف الصندوق الذي يستعمله كثير من الناس للوضع عليه غالباً وللوضع فيه اتّفاقاً، والسفينة التي هي كذلك بحيث يكون المقصود منها الظرف لا المظروف، ومع الشكّ فلا ريب في وجوب الاقتصار على ما علمت الوصية به، ولو من ظهور لفظ] [٢].

---

[١] بل هو واضح الفساد؛ ضرورة عدم مدخلية التهمة وعدمها فيما نحن فيه من الوصية. ولكن الأمر في ذلك سهل بعد كون الظاهر أنّ بناء هذا الخبر على تقدير دلالته وغيره من أخبار المقام على كشف العرف، وأنّ الحكم بذلك؛ لأنّه في العرف كذلك، لا أنّه يحكم به وإن لم يفهم منه في العرف.

كما توهّمه في الرياض حيث حكم في الصندوق بما عرفت للرواية المجبورة بما سمعت ثمّ قال: «إلّا أنّ العرف لا يساعده فيشكل من هذه الجهة، ولكن لا مندوحة عن العمل بها، إلّا أن توجد قرينة على عدم الدخول فتتبع»[(١)].

ومقتضاه الحكم بدخول ما فيه وإن لم يفهم من العرف ذلك.

وهو شيء عجيب باعتبار اقتضائه إخراج المال عن صاحبه من دون قصد وبلا سبب ناقل منه، ومثله كيف يندرج في الوصية ويلحقه أحكامها.

فلا مناص حينئذٍ عن تنزيل هذه الأخبار على ما يقتضيه العرف، وهو في السيف واضح، بل والصندوق إذا كان معدّاً للظرفيّة والمقصود منه ما فيه، نحو ما يستعمله التجّار في صناديق النيل والقماش والكافور ونحوها، فإنّه لا يشكّ أحد في وصية أحدهم بصندوق خاصّ منها في إرادة ما فيها، بل والسفينة والمركب إذا كانت أيضاً كذلك، بخلاف الصندوق الذي يستعمله كثير من الناس للوضع عليه غالباً، وللوضع فيه اتّفاقاً، والسفينة التي هي كذلك بحيث يكون المقصود منها الظرف لا المظروف، ومع الشكّ فلا ريب في وجوب الاقتصار على ما علمت الوصية به ولو من ظهور لفظ.

[٢] ولعلّه بذلك تتّفق كلمة القائل بالدخول في جميع ما عرفت وهو المشهور، والقائل بالعدم مطلقاً كالفاضل وولده والمقتصر والروض والمفاتيح[(٢)]، وفي السفينة خاصّة كالدروس وجامع المقاصد والكفاية وظاهر النافع وتنقيحه وإيضاحه[(٣)].

بل لعلّ إليه يومئ اعتبار المفيد وأبي الصلاح[(٤)] فيما حكي عنهما: القفل للصندوق والشدّ للجراب والختم للوعاء والكيس في الدخول، بدعوى أنّ ذلك ونحوه قرينة عرفية على إرادة ما فيه معه من الوصية به.

وإن أبيت فتحقيق الحال ما عرفت.

---

(١) الرياض ٩: ٥٢٨ ـ ٥٢٩.

(٢) المختلف ٦: ٣٨٢. الايضاح ٢: ٥٣٥. المقتصر: ٢٢٠. حكاه عن الروض في مفتاح الكرامة ٩: ٥٤٢. المفاتيح ٣: ٢٢٧.

(٣) الدروس ٢: ٣١٣. جامع المقاصد ١٠: ٢١٩. انظر كفاية الأحكام ٢: ٥٥ ـ ٥٦. المختصر النافع: ١٩٠. التنقيح ٢: ٤١٢. نقله عنها وعن ايضاح النافع في مفتاح الكرامة ٩: ٥٤٢.

(٤) المقنعة: ٦٧٤. الكافي: ٣٦٥.

من غير فرق بين كون الموصي عدلاً مأموناً وبين كونه متّهماً على الورثة في ذلك [١].

(ولو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته لم يصحّ) [٢].

(و) إنّما الكلام في أنّه (**هل يلغو اللفظ**) على وجه يكون كعدمه؟ (**فيه تردّد**) [٣].

فـ(**بين**) قائل بـ(**البطلان**) [٤] (**وبين**) قائل بـ(**إجرائه مجرى من أوصى بجميع ما له لمن عدا الولد**

---

[١] **وما عن الشيخ والقاضي من اعتبار ذلك في الدخول من الأصل والثلث**[١] قد عرفت تنزيله على الإقرار، وإلّا كان واضح الفساد؛ ضرورة عدم مدخلية ذلك في الوصية التي لا إشكال في خروجها من الثلث على كلّ حال كما عرفت.

بل فيما حضرني من نسخة النهاية كالصريح في إرادة الإقرار قال: «إذا أوصى الإنسان لغيره بسيف وكان في جفن وعليه حلية كان السيف له بما عليه وفيه، وإذا أوصى بصندوق لغيره وكان فيه مال كان الصندوق بما فيه للذي أوصى به له، وكذا لو أوصى له بسفينة وكان فيها متاع كانت السفينة بما فيها للموصى له، وكذلك إن أوصى له بجراب وكان فيه متاع كان الجراب وما فيه للموصى[له]. إلّا أن يستثني ما فيه، هذا إذا كان الموصي عدلاً مأموناً، فإن لم يكن عدلاً وكان متّهماً لم تنفذ الوصية بأكثر من الثلث في الصندوق والسفينة والسيف والجراب وما فيها»[٢]، والله العالم.

[٢] **وفاقاً للمشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، بل هي كذلك في ظاهر محكي المقتصر**[٣]:

١ ـ لأنّها مخالفة للكتاب والسنّة.

٢ ـ ولأنّه من الحيف في الوصية الذي ورد فيه أنّه من الكبائر[٤].

٣ ـ ولقوله عليه السلام: «ما أبالي أضررت بورثتي أو سرقتهم ذلك المال»[٥].

٤ ـ وقوله عليه السلام: «من عدل في وصيّته كان بمنزلة من تصدّق بها في حياته، ومن جار في وصيته لقى الله يوم القيامة وهو عنه معرض»[٦].

٥ ـ والصحيح: عن رجل كان له ولد يدّعيه ثمّ أخرجه عن الميراث وأنا وصيّه فكيف أصنع؟ فقال عليه السلام «لزم الولد لإقراره بالمشهد، ولا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه»[٧].

[٣] **بل وخلاف.**

[٤] **لذلك وهو الأكثر كما في الرياض**[٨].

---

(١) النهاية: ٦١٤. لم نعثر عليه في المهذب ونقله في المختلف ٦: ٣٨٣.

(٢) النهاية: ٦١٣ـ ٦١٤.

(٣) المقتصر: ٢٢٠.

(٤) الوسائل ١٩: ٢٦٨، ب٨ من الوصايا، ح٣، ٥.

(٥) التهذيب ٩: ١٧٤، ح٧١٠. الوسائل ١٩: ٢٦٤، ب٥ من الوصايا، ذيل الحديث ١.

(٦) الفقيه ٤: ١٨٤، ح٥٤١٩. الوسائل ١٩: ٢٦٧، ب٨ من الوصايا، ح٢.

(٧) الوسائل ١٩: ٤٢٤، ب٩٠ من الوصايا، ح١.

(٨) الرياض ٩: ٥٣١.

فتمضي في الثلث) خاصة إن لم يجز الولد (**ويكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب الفريضة**) [١]، (**والوجه**) عند المصنّف [٢] (**الأوّل**) [٣]. (**و**) لكن (**فيه رواية بوجه آخر مهجورة**) العمل [٤].

---

[١] **وهو خيرة الفاضل في المختلف[١]، وعن الخراساني: أنّه استظهره[٢].**

[٢] **وثاني المحقّقين والشهيدين وفخر المحقّقين[٣] وغيرهم.**

[٣] لأنّ إخراجه من الإرث أعمّ من الوصية بالمال لباقي الورثة، وإن لزم رجوع الحصّة إليهم، إلّا أنّ ذلك ليس بالوصية، بل لاستحقاقهم التركة حيث لا توارث، وربّما لم يكن حال الوصية عالماً بالوارث، كما لو لم يكن له إلّا ذلك الولد ولا يعلم من يرثه ولم يخطر على باله، فلا دلالة في اللفظ مطابقة ولا تضمّناً، بل ولا التزاماً لانتفاء شرطها بانتفاء الانتقال إلى اللازم بتصوّر الملزوم خاصّة أو مع الوسط. لكن قد يقال له: إنّ الوصية بالإخراج وإن لم تكن وصية بالباقي للباقي لكنّها نفسها وصية؛ ضرورة عدم الفرق فيها بين الأمر والنهي والإعطاء وعدمه في نفوذ جميع ما أوصى به من الثلث فهو كما لو صرّح بإخراجه من الثلث فإنّه لا إشكال في اختصاص غيره من الورثة به لا للوصية به لهم، بل لإخراج الولد مثلاً منه فيبقى إرثاً لغيره، ولا يعتبر في الوصية قصد الوصية، كما لا يعتبر فيها سوى العهد بما أراده، والشارع لم يقطع سلطنته عن الثلث، بل أبقاها، فهو مسلّط عليه دفعاً ومنعاً، فإذا أخرج بعض الورثة عن المال كلّه نفذ في مقدار الثلث الذي له تسلّط عليه ولم ينفذ في غيره، كما لو أعطى المال كلّه لبعضهم فإنّه ينفذ بمقدار الثلث دون غيره، كما هو واضح. ومن هنا يقوى ما سمعته من الفاضل وإن لم يكن لما ذكره من الحكم بالوصية بالباقي للباقي كي يرد عليه ما عرفت، بل لأنّ الإخراج نفسه وصية يمكن امتثالها فيستحقّ غير المخرج الثلث بالإرث.

هذا كلّه بناءً على البطلان في أصل الإخراج [من الإرث] لما تقدّم.

[٤] وهي رواية عليّ بن السري قال: قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: إنّ عليّ بن السري توفّي فأوصى إليّ وأنّ ابنه جعفراً وقع على أُمّ ولد له فأمرني بأن أُخرجه عن الميراث، قال: فقال: «أخرجه، وإن كنت صادقاً فيصيبه خبل، قال: فرجعت فقدّمني إلى أبي يوسف القاضي، فقال له: أصلحك الله أنا جعفر بن عليّ بن السري وهذا وصيّ أبي فمره فليدفع إليّ ميراثي من أبي، فقال أبو يوسف القاضي لي: ما تقول؟ فقلت: نعم، هذا جعفر بن عليّ السري، وأنا وصيّ عليّ بن السري قال: فادفع إليه ماله، فقلت: أُريد أن أُكلّمك، فأذن لي فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي، فقلت: هذا وقع على أُمّ ولد لأبيه، فأمرني أبوه وأوصى إليّ أن أُخرجه من الميراث، ولا أُورثه شيئاً فأتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فأخبرته وسألته، فأمرني أن أُخرجه من الميراث ولا أُورثه شيئاً، فقال: الله إنّ أبا الحسن أمرك، قلت: نعم، فاستحلفني ثلاثاً، ثمّ قال لي أنفذ ما أمرك أبوالحسن عليه السلام به فالقول قوله[٤]. بل عن الصدوقين والشيخ[٥] العمل بها في موردها وإن كنّا لم نتحقّق ذلك عن الأخير منهم؛ لأنّه جعلها قضية في واقعة. نعم ظاهر الأوّلين ذلك، لكن في الولد الذي قد أحدث الحدث المزبور دون غيره. وحينئذٍ يكون عدم النفوذ فيما عداه مجمعاً عليه، بل لعلّه كذلك فيه أيضاً؛ لعدم قدح خلاف مثلهما فيه.

---

(١) (٢) المختلف ٦: ٣٧٦. كفاية الأحكام ٢: ٥٦.

(٣) جامع المقاصد ١٠: ٢٢١. المسالك ٦: ١٨٥. الايضاح ٢: ٥٣٦.

(٤) الوسائل ١٩: ٤٢٤، ب ٩٠ من الوصايا، ح ٢.

(٥) نقله عن علي بن بابويه في مفتاح الكرامة ٩: ٥٤٣. انظر الفقيه ٤: ٢٢٠ ذيل، ح ٥٥١٥. الاستبصار ٤: ١٤٠ ذيل، ح ٥٢١. التهذيب ٩: ٢٣٥، ذيل الحديث ٩١٧.

(ولو[١] أوصى بلفظ مجمل) أي مطلق (لم يفسّره الشرع) بشيء خاصّ (رجع في تفسيره إلى الوارث) [١]. (كقوله: أعطوه حظّاً من مالي، أو قسطاً أو نصيباً أو قليلاً أو يسيراً أو جليلاً أو جزيلاً) أو نحو ذلك من الألفاظ التي يكون مرجعها ما يعيّنه الوارث من مصاديقها المندرجة فيما أراده الموصي بحسب ظاهر اللفظ [٢]. [وقد يقال بالرجوع إلى الحاكم وعدول المؤمنين]. نعم قد يقال: إنّ ذلك [=الرجوع إلى الحاكم أو عدول المؤمنين] هو المتّجه فيما لو أوصى إلى غير الوارث بتنفيذ وصيّته المزبورة فإنّه يكون حينئذٍ هو المخاطب، فله التعيين بأي مصداق ما لم يتجاوز الثلث [٣]. ثمّ إنّ الظاهر اعتبار التموّل في المصداق وإن سلم صدق المطلق على غيره إلّا أنّه قد يقطع بعدم إرادة الموصى إياه. بل قد يقال باعتبار الأزيد من التموّل في الجليل والجزيل والعظيم ونحو ذلك من الألفاظ [٤]. خصوصاً لو جمعها فقال: أعطوا زيداً مالاً جزيلاً أو قسطاً عظيماً وعمروا مالاً يسيراً أو قسطاً يسيراً أو قال: عظيماً جدّاً أو قليلاً كذلك، فلا بدّ حينئذٍ من التمييز بين الشخصين بذلك [٥].

(ولو قال: أعطوه كثيراً قيل) [٦]: (يعطى ثمانين درهماً كما في النذر) [٧]. (وقيل) [٨]: (يختص هذا

---

[١] بلا خلاف أجده بين من تعرّض له.

[٢] نعم في المسالك وغيرها: «لو تعذّر الرجوع إلى الوارث لغيبة أو امتناع أو صغر أُعطي أقلّ ما يصدّق عليه الإسم؛ لأنّه المتيقّن»[٢]. قلت: لِمَ لا يكون التخيير للحاكم أو عدول المسلمين في المصاديق كالوارث. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ المخاطب بالتنفيذ أوّلاً وبالذات الوارث فالخطاب في الحقيقة له، ولكن ناب عنه غيره للتعذّر، فيقتصر على المتيقّن ممّا يعيّنه المنوب عنه لو كان قد باشر التعيين.

[٣] وإن كنت لم أجد مصرّحا به.

[٤] لشهادة العرف الذي هو المرجع فيها.

[٥] وما في المسالك هنا: من احتمال إرادة الأقلّ، نظراً إلى أنّ جميع المال متّصف بذلك في نظر الشرع، ومن ثمّ حكم بكفر مستحلّ قليله وكثيره، كما نبّهوا عليه في الإقرار بمثل ذلك متّفقين على الحكم في الموضعين، ولا ينافيه مع ذلك وصفه بالقلّة ونحوها لاختلاف الحيثيّة بقلّته من حيث المقدار وجلالته من حيث الاعتبار، وعلى هذا فلو قال: أعطوا زيداً قسطاً عظيماً وعمروا قسطاً يسيراً لم يشترط تمييز الوارث بينهما بزيادة الأوّل عن الثاني كما ذكرناه»[٣].

[وهو] كما ترى مجرّد دعوى يشهد العرف الذي قد أمرنا باتّباعه على خلافها.

[٦] والقائل الشيخ والصدوق[٤] وجماعة على ما قيل[٥].

[٧] للرواية التي وردت فيه مستدلّاً بها على ذلك بقوله تعالى: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾[٦] وقد كانت ثمانين»[٧]. بل عن الشيخ[٨] تعديتها إلى الإقرار أيضاً، نظراً إلى أنّ ذلك تقدير شرعي لكثير، من غير فرق بين الموارد جميعها.

[٨] والقائل المشهور.

---

(١) في الشرائع: «وإذا».

(٢)(٥) المسالك ٦: ١٨٧.

(٣)(٨) المسالك ٦: ١٨٦ ـ ١٨٧. الخلاف ٣: ٣٥٩.

(٤) الخلاف ٤: ١٣٩. المقنع: ٤٧٨.

(٦) التوبة: ٢٥.

(٧) الوسائل ٢٣: ٢٩٩، ب٣ من النذر والعهد، ح١.

التفسير بالنذر) [١] (اقتصاراً) [٢] (على موضع النقل) [٣].

فلا ريب أنّ الأقوى مساواته لغيره من الألفاظ السابقة كلفظ «العظيم»، والله العالم.

(والوصية بما دون الثلث أفضل حتى أنّها بالربع أفضل من الثلث وبالخمس أفضل من الربع) وهكذا [٤].

كما أنّه [الظاهر] [٥] استحباب مطلق التقليل منه [= من الثلث] [٦]. بل [الظاهر] [٧] كراهية الوصية

---

[١] كما اختصّ تفسير بعض الألفاظ مثل الجزء والسهم والشيء في الوصية بما عرفت.

[٢] فيما خالف الأصل والعرف واللغة.

[٣] مضافاً إلى أنّ رواية الكثير مرسلة لا جابر لها في المقام، بل الموهن لها متحقّق، ومشتملة على الاستدلال المعلوم إرادة القريب منه؛ ضرورة أنّ استعماله في ذلك لا يقتضي الانحصار فيه، مع أنّه قد ورد كثيراً في القرآن في أمكنة متعدّدة غير مراد منه ذلك.

[٤] ١ ـ للمروي في محكيّ الحواشي للشهيد عن سعد مرضت مرضاً شديداً فعادني رسول الله ﷺ فقال لي: «أوصيت، قلت: نعم أوصيت بمالي كلّه للفقراء وفي سبيل الله، فقال رسول الله ﷺ أوص بالعشر فقلت: يا رسول الله إنّ مالي كثير وذرّيّتي أغنياء، فلم يزل رسول الله ﷺ يناقصني وأناقصه حتى قال: أوصِ بالثلث والثلث كثير»[١].

٢ ـ ولقول الباقر عليه السلام: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: لئن أُوصي بخمس مالي أحبّ إليّ من أن أُوصي بالربع، وأن أُوصي بالربع أحبّ إليّ من أن أُوصي بالثلث، ومن أوصى بالثلث فلم يترك وقد بالغ»[٢].

٣ ـ وفي خبر آخر: «من أوصى بالثلث فقد أضرّ بالورثة»[٣].

٤ ـ وفي القوي: أنّ «الثلث حيف»[٤].

٥ ـ وفي القوي أيضاً: «ما أُبالي أضررت بولدي أو سرقتهم ذلك المال»[٥].

٦ ـ إلى غير ذلك من الروايات التي يستفاد منها أفضلية الوصية بالربع والخمس من الثلث.

٧ ـ بل عن المقنعة أنّه كذلك عند آل محمّد صلوات الله عليهم أجمعين[٦].

[٥] [إذ] قد يستفاد منها [= النصوص] أيضاً [ذلك].

[٦] الذي قد أفتى به جماعة، وإن نُكر في جامع المقاصد دلالة النصوص عليه[٧]، لكن لا يخفى على من لاحظها وضوح دلالتها على ذلك.

[٧] [إذ] يستفاد منها [= من النصوص ذلك].

---

(١) المستدرك ١٤: ٩٥، ب٨ من الوصايا، ح٦.

(٢)(٣) الوسائل ١٩: ٢٦٩، ب٩ من الوصايا، ح١، ٢.

(٤) المصدر السابق: ٢٧٠، ح٣.

(٥) الوسائل ١٩: ٢٦٤، ب٥ من الوصايا، ح١.

(٦) المقنعة: ٦٦٩.

(٧) جامع المقاصد ١٠: ١٠٩.

بالثلث [١]. ولعلّ الأولى له الوصية بالثلث وقسمته على الورثة على مقدار سهامهم مع فقرهم، والأمر سهل.

(**تفريع**) على المسألة السابقة وهو أنّه (**إذا عيّن الموصى له شيئاً**) من مصاديق اللفظ المطلق (**وادّعى**) أنّ (**الموصي قصده من هذه الألفاظ وأنكر الوارث كان القول قول الوارث مع يمينه**) [٢]، بل ظاهر المتن [٣] أنّ اليمين تتوجه عليه (**إن ادّعى**) الموصى له (**عليه**) أي الوارث (**العلم**) بما ادعاه على الموصى (**وإلّا فلا يمين**) وفيه بحث؛ إذ الظاهر [٤] استحقاق اليمين بمجرّد الدعوى على الموصي وإن كان يمينه التي يكلّف بها على نفي العلم فلا يعتبر حينئذٍ في استحقاق ذلك دعوى العلم عليه [٥].

[أحكام الوصية]:

(**الطرف الثالث : في أحكام الوصية**) التي قد تقدّم منها ما (**إذا أوصى بوصية ثمّ أوصى بأُخرى مضادّة للأُولى**)، كما إذا أوصى بعين لزيد ثمّ أوصى بها لعمرو أو أوصى بربع ماله لشخص ثمّ أوصى به لآخر (**عمل بالأخيرة**) [٦]. بل الظاهر ذلك حتى لو كان ناسياً للأُولى وذاهلاً كما عرفته فيما تقدّم.

---

[١] نعم قد يشكل ذلك بما دلّ على الأمر بالوصية به. وبالمحكيّ من فعل الصادق عليه السلام من الوصية به[١]. **ومن ذلك قال في المحكي عن المبسوط : أنّه « إن كان الورثة أغنياء استحبّ له أن يوصي بالثلث، وإن كانوا فقراء فالأفضل أن تكون وصيّته فيما هو أقلّ من الثلث »**[٢]. **وفي محكي الوسيلة : « إن كانوا أغنياء أوصى بالثلث، وإن كانوا فقراء فبالخمس، وإن كانوا متوسّطين فبالربع »**[٣].

وفي محكي التذكرة : « لا يبعد عندي التقدير بأنّه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لا يستحبّ الوصية ؛ لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله علّل المنع بقوله : لأن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة[٤]. ولأنّ إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي » إلى أن قال : **« فحينئذٍ يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلّتهم وغناهم وحاجتهم فلا يقدّر بقدر من المال »**[٥]. قلت : لعلّ ذلك كلّه منهم جمعاً بين النصوص، لكن قد عرفت خبر سعد، ولذلك صرّح بعضهم[٦] وأطلق الباقون استحباب التقليل، وإن كان الورثة أغنياء.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال.**

[٣] **وغيره.**

[٤] بمقتضى إطلاق الأدلّة.

[٥] إذ لعلّه لا يدّعيه عليه ؛ لعدم علمه بعلمه فإذا كلّف باليمين نكل لكونه عالماً بالواقع، ولم يعلم به الموصى له، كما هو واضح، والله العالم.

[٦] **بلا خلاف ولا إشكال ؛** لكونها ناسخة للأُولى ورجوعاً عنها عرفاً.

---

(١) الوسائل ١٩: ٢٧٢، ب ١٠ من الوصايا، ح ٣.
(٢) المبسوط ٤: ٩.
(٣) الوسيلة: ٣٧٥.
(٤) المستدرك ١٤: ٩٥، ٩٦، ب ٩ من الوصايا، ح ٢، مع اختلاف.
(٥) التذكرة ٢: ٤٨٠ ـ ٤٨١ (حجرية).
(٦) انظر مفتاح الكرامة ٩: ٤٤٩.

بخلاف ما إذا لم تكن مضادّة فإنّه يعمل بهما معاً مع الإمكان وإلّا بدأ بالأوّل فالأوّل على حسب ما عرفته، بل قد عرفت الحال أيضاً فيما لو أوصى بثلث ماله مثلاً لزيد ثمّ أوصى بثلث ماله لعمرو أنّه من المتضادّين أوّلاً، فلاحظ وتأمّل.

(**ولو أوصى بحمل**) دابة مثلاً (**فجاءت به لأقلّ من ستّة أشهر**) الذي هو أقلّ الحمل شرعاً (**صحّت الوصية به**) [١].

لكن المفروض في الوصية المزبورة إرادة الحمل الموجود فعلاً. (و) قد انكشف بولادته لدون الستّة أنّه كذلك فتصحّ، بخلاف ما (**لو كان**) قد جاء (ت) به (**لعشرة أشهر من حين الوصية**) أي بعدها بناءً على أنّها هي أقصى الحمل [٢] فـ(**لم تصح**).

(و) أمّا (**إن جاءت**) به (**لمدّة بين الستّة والعشرة وكانت خالية من مولى وزوج**) بأن فارقها من يباح له وطؤها (**حكم به للموصى له**) [٣].

(و) من هنا (**لو كان لها زوج أو مولى لم يحكم به للموصى له؛ لاحتمال توهّم الحمل في حال الوصية وتجدده بعدها**) فلم يعلم حينئذٍ بوجوده قبلها [٤]. هذا ولكن قد يناقش [فيه] هنا [٥].

---

[١] لظهور وجوده حال الوصية، وإن لم يكن ذلك معتبراً فيه؛ لصحّة الوصية بما تحمله الأمة.

[٢] فإنّه يعلم بذلك عدم وجوده حال الوصية التي قد عرفت فرض بطلانها بذلك.

[٣] لمعلوميّة سبق وجوده على الوصية؛ إذ احتمال تجدّده منتف بفرض المفارقة وأصالة عدم وطء غير الوطء السابق وظهور حال المسلمة في عدم الزنى وغيره.

[٤] والشكّ في ذلك شكّ في صحّتها، فتبقى أصالة بقاء المال بحالها.

[٥] ١ ـ بأنّ الأصل عدم وطء آخر تجدّد منه الحمل ووجود الفراش أعمّ من ذلك.

٢ ـ مضافاً إلى أنّ الظاهر بملاحظة الغلبة العادية التولّد من الوطء الأوّل فيما بين الأقصى والأقلّ، بل هي المرجع في الحيوان غير الإنسان الذي لم يقدّر الشارع لأقلّ الحمل منه وأقصاه مدّة معلومة، وإن اختلف باختلاف أجناسه، فإنّ للغنم مقداراً معلوماً عادة، وللبقر مقداراً زائداً، وهكذا، ولا فرق بين الإنسان والحيوان في ذلك. ولذلك قال في المسالك هنا: «إنّ المسألة من باب تعارض الأصل والظاهر، فلو رجّح مرجّح الظاهر عليه في بعض مواردها كما يتّفق في نظائره لم يكن بعيداً إن لم ينعقد الإجماع على خلافه، وكيف كان فلا خروج عمّا عليه الجماعة»[1]. وإن كان هو [= ما في المسالك] كما ترى؛ ضرورة عدم صلاحية معارضة الظاهر للأصل، إذا لم يقم دليل على اعتباره شرعاً ولا كان بوجه يندرج في العلم عادة، باعتبار أنّ الطمأنينة الحاصلة فيها، والفرق بين الخالية وغيرها مع اشتراكهما في الأصل المزبور لا يخلو من نظر. واحتمال أنّه لظهور حال المسلمة في عدم الزنا يدفعه فرض المسألة في الأعمّ من المسلمة، مع أنّ سبب التجدّد غير منحصر في الزنا؛ إذ قد يكون من شبهة أو من رائحة أو غير ذلك من الأسباب التي لا يمكن حصرها، ولا ظهور لحال المسلمة في نفيها.

---

(١) المسالك ٦: ١٩١ ـ ١٩٢.

فلو فرض الإيصاء بحمل جارية لا زوج لها ولا مولى يطؤها كما لو كانت مملوكة لامرأة فاتّفق أنّه جاءت به لدون الستّة صحّت الوصية وبعد العشر لم تصحّ وفيما بينهما البحث المفروض، ولا فرق بين الخالية وغيرها في ذلك؛ إذ خلوّها من الزوج والمولى لا يقتضي عدم حملها. كما أنّه لا يعتبر في موضوع المسألة كونها ذات زوج أو مولى قد وطأها، بل المراد الوصية بحمل الأمة أو الدابة على تقدير وجوده من أين ما كان [١].

وكيف كان فالتحقيق في المسألة ملاحظة الأصول في جميع شقوقها والعمل على الحاصل منها بالنسبة إلى السبق على الوصية وعدمه حتى ملاحظة جهل التاريخ وعدمه، من غير فرق بين الإنسان وغيره، والخالية وغيرها، ومعلومة الوطء قبل الوصية وغيرها. ومع فرض الشكّ وعدم تنقيح شيء منها بشيء منها يحكم ببطلان الوصية ما لم يكن هناك عادة يحصل منها الاطمئنان المزبور على وجه يكون الاحتمال معه موهوماً [٢].

(ولو قال: إن كان في بطن هذه ذكر فله درهمان وإن كان أُنثى فلها درهم) فإن خرج أحدهما فلا إشكال، **(وإن[1] خرج ذكرو أُنثى)** فـ**(كان لهما ثلاثة دراهم)** أيضاً [٣].

(أمّا لو قال: إن كان الذي في بطنها ذكراً فـ) له **(كذا وإن كان أُنثى فكذا فخرج ذكرو أُنثى لم يكن لهما شيء)** [٤]. وكذا لو قال: ما في بطنها أو حملها أو نحو ذلك ممّا هو ظاهر في كون الموصى له مجموع ما في البطن الذكر أو الأُنثى، فالفرض لم يذكره الموصي ولم يتعرّض له. بخلاف العبارة السابقة التي قد عرفت الحال فيها من أنّه يعطى كلّ منهما نصيبه إلّا إذا قامت قرينة على كون المراد منها ما يراد بالثانية فلا يعطيان حينئذٍ شيئاً، كما أنّه لو قامت قرينة على كون المراد بالثانية ما يراد بالأولى أُعطي كلّ منهما نصيبه.

ولو خرج في الصورة الأولى ذكران أو أُنثيان أو هما معاً ففي تخيير الوارث إعطاء نصيب الذكر أو الأُنثى لأيّهما شاء أو اشتراك الذكرين في الدرهمين والانثيين في الدرهم أو الإيقاف حتى يصطلحا وجوه؟ [٥].

---

[١] ولعلّ ذكره «المولى» في كلام المصنّف لبيان احتمال تجدّد الحمل، لا لبيان أنّه مملوك أيضاً حتى يشكل ذلك بعدم تصوّر حمل مملوك يوصى به من المولى، بناءً على عدم ملك العبد كما هو واضح.

[٢] ولم أجد من استند إلى أصل الصحّة في شيء من أفراد المسألة حتى في صورة الوصية به بعد الاطمئنان بحصوله للأمارات العادية ثمّ حصل الشكّ بعد ذلك فيه وقد كان بين الأقلّ والأقصى مع وجود الزوج وعدمه مع احتماله، وإن كان الشكّ المفروض في أصل وجود الموضوع، فتأمّل جيّداً فيه وفي نظائره ممّا يقع على حسب مجرى العقلاء والمعتاد.

[٣] للصدق.

[٤] لعدم الاندراج في عبارة الموصي التي قد فرض فيها الانحصار بمعنى كون المراد أنّ جميع ما في بطنها.

[٥] **وفي المسالك: «الأوّل أجودهما؛ لأنّ المستحقّ للوصية هو ذكر في بطنها أو أُنثى في بطنها وهو صادق عليهما فيكون تعيينه للوارث، كما في كلّ لفظ متواط، ولا يتوجّه هنا احتمال استحقاق كلّ واحد من الذكرين مثلاً ما عيّن له؛ لأنّ الموصى له مفردنكرة فلا يتناول ما زاد على واحد، بل كان بالنسبة إليهما متواط، كما لو أوصى لأحد الشخصين أو الفقير أو نحو ذلك»**[2].

---

(١) في الشرائع: «فإن».

(٢) المسالك ٦: ١٩٣.

[ويتّجه عدم إعطاء شيء إن كان الموصى له مفرد نكرة الذي لا يتناول ما زاد على الواحد] [١].

كما هو كذلك في الصورة الثانية لو جاءت بذكرين أو أُنثيين.

وإن كان المراد ما يشمل ذلك باعتبار إرادة الجنس بقرينة المقابلة بالأُنثى فيكون المتّجه الاشتراك حينئذٍ في الموصى به، وإن كان قد يحتمل غيره إلّا أنّ ذلك هو الظاهر [٢].

ولو ولدت خنثى مشكلاً في الفرض أُعطيت الأقلّ بناءً على أنّه ليس طبيعة ثالثة [٣].

[ولو لم يكن في الموصى به متيقّن فالمتّجه فيه الصلح أو القرعة].

بل قد يحتمل ذلك أيضاً فيما إذا كان في الموصى به متيقّن.

ثمّ لا يخفى عليك أنّ الوصية بالحمل المعيّن كالوصية له فيجري فيه البحث السابق. نعم لو سقط الأوّل بجناية جان ضمنه للموصى له، بخلافه في الثاني الذي تبطل الوصية له بسقوطه ميّتاً وإن كان بجناية جان [٤].

ولو سقط ميّتاً لنفسه تبطل فيهما كما هو واضح.

(و) على كلّ حال فقد ظهر لك أنّه لا إشكال [٥] في أنّه (**تصحّ الوصية بالحمل**) المتحقّق حال الوصية.

بل (و) لا إشكال أيضاً [٦] في الصحّة (**بما تحمله المملوكة**) دابّة أو أمة (**والشجرة**) [٧].

٢٨/٣٣٦

---

[١] قلت: إن كان المراد المفرد النكرة الذي لا يتناول ما زاد على الواحد على وجه ينافيه التعدّد على حسب: «لا رجل في الدار بل رجلان» يتّجه عدم إعطاء شيء؛ لعدم اندراج الواقع فيما صدر من الموصي.

[٢] كما أنّ الظاهر ما ذكره من التخيير مع إرادة الواحد الذي لا ينافيه التعدد فإنّه ينحلّ في الفرض إلى أنّ الوصية لأحدهما الذي لو فرض التصريح به في الوصية اتّجه التخيير حينئذٍ، فتأمّل.

[٣] لأنّه المتيقّن هنا، وأمّا احتمال عدم استحقاق شيء؛ لأنّه ليس أحد الأمرين فواضح الضعف.

نعم لعلّه كذلك إذا لم يكن في الموصى به متيقّن، مع أنّ المتّجه فيه الصلح أو القرعة؛ لعدم تعيين المملوك له.

[٤] ضرورة مراعاة ملكه بخروجه حيّاً.

[٥] ولا خلاف [في ذلك].

[٦] ولا خلاف [فيه أيضاً].

[٧] لإطلاق أدلّة الوصية، فلا يقدح كونه معدوماً حالها؛ لأنّه يكفي فيها احتمال الوجود فيما يأتي، وإن لم يكن من شأنه الوجود كالوصية بما يشترى أو يتّهبه في مستقبل الأزمنة، كما صرّح به في جامع المقاصد[١]، بل هو مقتضى ما في القواعد من أنّ المراد بالوجود المعتبر في الوصية إمكان وجوده[٢] احترازاً عمّا يمتنع وجوده، ومرجعه في الحقيقة إلى عدم اشتراط الوجود. ومن هنا ترك اشتراطه [=الوجود] فيها بعضهم[٣]، بل صرّح آخر[٤] بعدم اشتراطه حال الوصية، والأمر سهل بعد وضوح المراد.

---

(١) جامع المقاصد ١٠: ٩٩، ١٠٠.

(٢) القواعد ٢: ٤٥٥.

(٣) انظر الارشاد ١: ٤٥٩.

(٤) التحرير ٣: ٣٣٨. اللمعة: ١٦٨.

بل [الظاهر] [١] عدم الفرق في الوصيّة المزبورة بين العهدية والتمليكية [٢].

(كما تصحّ الوصية بسكنى الدار) مثلاً (مدّة مستقبلة) مثلاً [٣].

كما لا فرق [في المنفعة المتجدّدة] بين المضبوط بمدّة كالمتجدّدة في هذه السنة أو عشر سنين، وبين المطلق وبين العامّ المتناول لجميع ما يتجدّد منها ما دامت [العين] موجودة.

ولا [فرق] في المضبوط بمدّة بين المتّصل بالموت والمتأخّر كالسنّة الفلانية من المتجدّدة.

والمراد بالعام المتناول لجميع المتجدّد ما استفيد من لفظ يدلّ عليه، كقوله: كلّ حمل تجدّد أو كلّ ثمرة تتجدّد أو نحو ذلك.

ولو كانت بما في المتن [كقوله: أوصيت بما تحمله المملوكة] [٤].

[فإرادة العموم بالوصية المطلقة لا يخلو من قوّة ولو قلنا بأنّ «ما» الموصولة لا تفيد العموم].

---

[١] [كما هو] ظاهرهم.

[٢] وإن كان قد يشكل الثاني بعدم قابلية المعدوم ـ الذي لم ينزّله الشارع منزلة الوجود ـ للتمليك.

وقد يدفع بأنّ الشارع قد نزّله فيها أيضاً منزلة الموجود، مضافاً إلى بناء الوصية على تعليق الملك وتأخّره عن حال وقوعها إلى ما بعد الموت، فلا يقدح تعليقها بما يوجد قبل الموت إن وجد، بل وبعد الموت؛ لعدم اعتبار مقارنة التمليك لوقوعها، والعمدة في ذلك إطلاق الأدلّة الذي مقتضاه أنّه تصحّ الوصية بذلك.

[٣] إذ لا فرق في المنفعة المتجدّدة بين أن تكون عيناً كحمل الشجرة والدابّة وغيرها كركوب الدابة.

[٤] ففي المسالك: بنى على أنّ «ما» الموصولة للعموم أم لا؟ ومع الشكّ فالواحد معلوم، والأصل عدم الوصية في غيره[١].

وفيها أيضاً: أنّه «يبقى بحث آخر، وهو أنّ الحمل المتجدّد يدخل في هذه العبارة قطعاً؛ لأنّها بصيغة المضارع، وهل يدخل الموجود حال الوصية يبنى على أنّ المضارع هل هو مشترك بين الحال والاستقبال أم يختصّ بأحدهما حقيقة وهو في الآخر مجاز؟ فيه خلاف بين الأُصوليّين والنحويّين، وعليه يتفرّع الحكم، والأقوى عدم دخول الموجود؛ للشكّ في تناوله للحال ورجحان الاشتراك الموجب لعدم حمله على المعنيين على المختار عند الأُصوليّين، وبالجملة فالمسألة مشكلة المأخذ جدّاً»[٢].

قلت: قد يقال على الأوّل أنّه يمكن إرادة العموم وإن لم نقل بأنّ «ما» الموصولة له باعتبار اقتضاء تمليك الطبيعة لا بشرط جميع أفرادها على ما هو مقرّر في نحو ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[٣] و«الكلب نجس» وغير ذلك من الأحكام المقتضية ذلك، بخلاف مثل الأمر المقتضي تحقّق الامتثال به بفرد واحد.

ومن هنا احتمل في جامع المقاصد[٤] إرادة العموم بالوصية المطلقة، وإن استضعفه واكتفى بالفرد الواحد، لكنّه لا يخلو من قوّة.

وعلى الثاني بأنّ مقتضى الاشتراك في المضارع التوقّف أو الرجوع إلى القرعة لا التخصيص بالمتجدّد.

---

(١) المسالك ٦: ١٩٤.

(٢) المسالك ٦: ١٩٤.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) لم نعثر عليه.

[أمّا الاشتراك في المضارع فيقتضي التوقّف أو الرجوع إلى القرعة لا التخصيص].

نعم قد يقال: إنّه المنساق عرفاً في مثل الفرض، والله العالم.

(و) على كلّ حال فقد ظهر لك من ذلك أنّه (**لو أوصى بخدمة عبد أو ثمرة بستان أو سكنى دار أو غير ذلك من المنافع**) سواء كانت أعياناً أو غير أعيان (**على التأبيد أو مدّة معيّنة**).

صحّ [١] [فيضمنه في الثلث].

إنّما الكلام في طريق معرفة ذلك [=نقصه وحسابه من الثلث] وهو في المدّة المنقطعة واضح؛ ضرورة تقويم العين مسلوبة المنفعة تلك المدّة وغير مسلوبتها وينظر التفاوت ويخرج من الثلث، أمّا المؤبّدة فللأصحاب طرق ثلاثة في ذلك [٢].

و[الظاهر] [٣] أنّ المتّجه القول الثاني الذي هو تقويم العين مسلوبة المنافع الموصى بها وإن قلّت القيمة

---

[١] **من غير خلاف فيه عندنا ولا إشكال.**

ولا يشكل ذلك بأنّها ونحوها ليست من تركة الميّت، ولا من أملاكه، بل هي نماء التركة التي يملكها الوارث بالموت، ولذا لم تقض ديونه منها؛ لأنّه يدفعه بأنّها تكون للوارث إذا لم يوص بها الميّت، وإلّا خرجت؛ ضرورة أنّه للمالك الموصي التسليط عليها باعتبار ملكه العين.

وقد استفاضت النصوص[١] أنّه أحقّ بماله ما دامت الروح فيه، فيصنع به ما شاء، ولذلك كان له إجارة الأعيان وبيع نمائها مدّة تزيد على عمره، على أنّه لو سلّم عدم كونها من أعيان التركة ولا من توابعها إلّا أنّ لها كمال المدخلية في قيمتها، بل هي في الحقيقة عبارة عنها.

فإذا فرض أنّه أوصى بالمنافع المتجدّدة فقد نقّص الأعيان على الوارث، فيضمنه في ثلثه؛ لأنّ كلّ نقص يدخل على الوارث بسبب وصيّة الموصي يدخل على الثلث.

[٢] **أحدها: تقويم العين بتمامها على الموصى له، واحتساب ذلك من الثلث؛** لعدم قيمة لها مسلوبة المنفعة، ولتعذّر معرفة المؤبّدة بغير ذلك، ولدوام الحيلولة بين الوارث والعين، وهو بمنزلة الإتلاف، ولذا ضمن به الغاصب جميع القيمة، فليس إلّا الطريق المزبور، وإن كانت العين على ملك الوارث.

ويضعّف بأنّ ذلك لا يخرج العين عن التقويم أصلاً، فإنّه لا بدّ أن تبقى لها منفعة تعود إلى الوارث كالعتق في العبد وأكل اللحم في الشاة لو أشرفت على الموت فذبحت ونحو ذلك، وفرق واضح بين الموصى له الذي هو كالمستأجر والغاصب الآخذ باليد العادية مع إمكان الالتزام به أيضاً مدّة معيّنة.

نعم لو فرض أن لا نفع في العين أصلاً على وجه لا قيمة لها مسلوبة المنافع اتّجه ذلك لكنّه فرض نادر، بل ليس مفروض البحث.

[٣] [كما] من ذلك يظهر [ذلك].

---

(١) انظر الوسائل ١٩: ٢٩٦، ب١٧ من الوصايا.

وتقويمها غير مسلوبة وينظر التفاوت ويخرج من الثلث [١].

كما أنّه لا يخفى عليك ما يتفرّع على ذلك من الوصية لرجل بالرقبة والآخر بالمنفعة مؤبّداً ومن الوصية بالعين وإبقاء المنفعة للورثة وغير ذلك في الاحتساب وعدمه ، والله العالم .

وكيف كان فما في المتن من أنّه لو أوصى بخدمة عبد إلى آخر ما سمعت (**قوّمت المنفعة فإن خرجت من الثلث وإلّا كان للموصى له ما يحتمله الثلث**) لابدّ من تنزيله على إرادة تقويم المنفعة بأحد الطرق السابقة لا أنّ المراد تقويم نفس المنفعة من دون ملاحظة العين مسلوبة وغير مسلوبة [٢].

بل لا فرق في ذلك بين الوصية بتمام المنفعة أو بشيء منها وبين المؤبّدة وغير المؤبّدة [٣].

ولو لم يكن له غير العبد الذي أوصى بخدمته مؤبّداً مضت وصيّته في ثلثه خاصّة .لكن هل يعطى من المنفعة مدّة تقابل مقدار الثلث ، ثمّ يردّ إلى الورثة ، أو يكون له منها ما يقابل الثلث مؤبّداً ولو عشر المنفعة أو أقلّ ؟ وجهان ، أقواهما الثاني ، والله العالم .

(و) على كلّ حال فـ(**إذا أوصى بخدمة عبده**) أو دابته (**مدّة معيّنة فنفقته على الورثة**) [٤]؛ (**لأنّها تابعة للملك**) المفروض كونه للوارث .

---

[١] لكون العين للوارث وله بعض المنافع فيها من حيث الملك ، وبذلك تكون ذات قيمة ، فلا معنى لاحتسابها من الثلث والفرض أنّها لم تفت على الوارث .

كما أنّه لا معنى لعدم احتسابها على واحد منهما وهو القول الثالث ، وإنّ وجّه بعدم كونها للموصى له كي تحتسب عليه وعدم قيمة لها كي تحتسب على الوارث .

لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت .

[٢] لما عرفت من أنّ المضمون عليه في الثلث النقص الذي أدخله على العين بسبب الوصية بالمنفعة لا المنفعة نفسها فإنّها ليست من التركة ، فلا يعدّ الوصية بها إتلافاً لبعض التركة كي يحتسب عليه من الثلث .

ومن هنا قد كانت الوجوه السابقة على ما سمعت .

[٣] **فما عساه يظهر من قواعد الفاضل**[1] **من الفرق ، حيث جعل التقويم في الوصية باللبن له دون العين .** [وهو] في غير محلّه ، وإن علّله في جامع المقاصد بأنّ اللبن نفسه عين وإن عدّ منفعة عرفاً[2] .

لكن قد عرفت أنّ المدار التجدّد لا ذلك ، ولذا لم يفرّق المصنّف بين خدمة العبد و ثمرة البستان وغيرها في ذلك ، كما هو واضح .

[٤] **بلا خلاف ولا إشكال .**

[٥] [كما] في النصّ والفتوى .

---

(١) القواعد ٢ : ٤٦٨ .

(٢) جامع المقاصد ١٠ : ١٩٦ .

بل الظاهر كونها كذلك في المؤبّدة [١].

نعم قد يتّجه أخذها منه [= من بيت المال] لو أُعتق ، وفرض عدم حدوث مال له باتّهاب ونحوه [٢].

أمّا لو كان له مال أنفق عليه منه [٣].

---

[١] **وإن توقّف فيه الفاضل في القواعد**(١) . ممّا عرفت ، ومن كون الموصى له قد ملك المنفعة فكان كالزوج ، بل هي المقابلة للمنفعة ؛ إذ مَن كان النفع له كان الغرم عليه ، وإلّا لاقتضى الإضرار بالوارث ، كلّ ذلك مضافاً إلى أصالة البراءة المقتصر في الخروج منها على المتيقّن وهو المملوك ملكاً تامّاً ، بل لعلّ الفرض لا يندرج في المنساق من « المملوك » .

ومن هنا قيل(٢) يكون النفقة على الموصى له ، لكن فيه : أنّ بعض ما ذكره أنّه وارد في الموقتة أيضاً مشترك الإلزام ؛ ضرورة عدم اندراج الموصى له في المنساق أيضاً ، مع أنّ الأصل براءة ذمّته ، وفرق بينه وبين الزوج الواجب عليه النفقة مع الدليل عوض التمكين من الاستمتاع خاصّة ، بل هو أشبه شيء بالعين المستأجرة . ومن هنا احتمل أو قيل(٣) بكون النفقة من بيت المال مطلقاً أو إذا عجز كسبه عنه . إلّا أنّ الجميع كماترى اجتهاد في مقابلة إطلاق ما دلّ على وجوب الإنفاق على المالك الذي هو الوارث قطعاً ، ولا ينافيه عدم التسلّط على المنفعة ، وليس ذلك من الضرر المنفي في الشريعة ، بل هو كنفقة الحيوان الذي بطل الانتفاع به ، مع أنّه متمكّن من إزالته بالعتق مثلاً ، والقياس على الزوج ليس من مذهبنا ، مع أنّه مع الفارق ، وبيت المال معدّ لغير ذلك ، والحكم بأخذ النفقة منه متوقّف على الحكم بعدم كونها على أحد ، وهو محلّ البحث .

[٢] فإنّه حينئذٍ عاجز لمملوكية منافعه وعدم المالك له .

[٣] لأنّ الحرّ القادر نفقته عليه إلّا في الزوجة . **هذا وفي القواعد : « لو أسقط ـ الموصى له ـ الخدمة ـ أي الموصى بها ـ مطلقة أو موقّتة فللوارث »**(٤) . قلت : لعلّ وجهه أنّ ذلك من الحقوق التي تسقط بالإسقاط ، ولما في جامع المقاصد من أنّ مناط المنافع المذكورة الذمّة ، وإن تعلّقت بالرقبة كما لو أستأجره على وجه خاصّ ثمّ أبرأ ذمّته أو أسلفه في حنطة وشرط كونها من حنطة بلد ثمّ أبرأ ذمّته حينئذٍ ، فيكون حقاً للوارث ؛ لأنّ ما يوهب للعبد فهو لسيّده(٥) . لكن فيه إمكان منع ذلك ، بل هو تمليك لمنفعة العبد بالوصية نحو تمليك منفعة الدابّة بها وبالإجارة مثلاً ، فليس موردها الذمّة ، والعبد لا ذمّة له يتحقّق فيه مثل ذلك نحو الحرّ ، مع أنّه يمكن فرض المقام في عبد لا ذمّة له لصغر أو جنون أو غيرهما والعبد غير قابل للهبة كالدابّة ، والمنافع غير قابلة لتعلّق الهبة بها ، نعم يتّجه بقاؤه بعد الإسقاط عبداً مملوك المنافع بالملك الأوّل له فتأمّل . ولو أسقطها بعد طروّ العتق ففي جامع المقاصد : احتمل أيضاً كونه للوارث ؛ لأنّ العتق لم يؤثّر في المنافع وإنّما أثّر في الرقبة ، وبقيت المنافع مستثناة مملوكة ، فإذا أسقط حقّه منها رجعت إلى الوارث ، لكونها متلقّاةً عن مورّثه للموصى له ، فإذا بطل حقّه منها عادت إلى الوارث لقيامه مقامه(٦) .

وفيه : أنّ المتّجه على ما ذكره أوّلاً كونها للعبد ؛ لأنّه إذا جعل محلّها الذمّة ، ولذا أسقطها بالإسقاط اتّجه حينئذٍ عدم ملك أحد غيره لمنافعه ، بل على ما ذكره أخيراً أيضاً فإنّه هنا حرّ قابل للتمليك .

---

(١)(٤) القواعد ٢ : ٤٦٨ .

(٢)(٣) لم نعثر على القائل بهما ، نعم ذكروا احتمالاً انظر جامع المقاصد ١٠ : ١٩٧ . المسالك ٦ : ١٩٧ .

(٥)(٦) جامع المقاصد ١٠ : ١٩٨ ـ ١٩٩ .

هذا كلّه في العبد أو الدابّة الموصى بمنفعتهما، أمّا لو كان الموصى بمنفعته نخلاً مثلاً أو داراً فاحتاجا إلى السقي والتعمير لم يجبر أحدهما لو امتنع [١].

نعم لو أراده أحدهما على وجه لا يضرّ بالآخر لم يكن له المنع على الظاهر [٢].

بل الظاهر عدم الفرق في ذلك بين المنفعة المؤبّدة وغيرها، كما هو واضح، والله العالم.

(و) كيف كان فـ(**للموصى له التصرّف في المنفعة**) على وجه لا ضرر في العين، بل على حسب التصرّفات في المنافع، (**وللورثة التصرّف في الرقبة ببيع وعتق وغيره**) ممّا هو غير منافٍ للمنفعة، (**ولا يبطل حقّ الموصى له بذلك**) [٣].

وأمّا تسليم الموصى له العين من غيره فالبحث فيه ما سمعته في الإجارة. ولا فرق في استيفاء منفعته منه بين السفر والحضر بعد فرض شمول اللفظ لذلك ولو بالتعميم والإطلاق الذي بمنزلته [٤].

ولو فرض عين سلب عنها المنافع جميعاً بالوصية على وجه يكون شراؤها ونحوه من معاوضات الأموال سفهاً اتّجه المنع حينئذٍ. ولعلّ ذلك هو المدار، من غير فرق بين بيعه على الموصى له وغيره [٥].

---

[١] لأنّ المالك لا يجبر على مصلحته، ولا على مصلحة غيره.

[٢] **فما في المسالك من احتمال طرد الخلاف في نفقة الحيوان بناءً على وجوب ذلك على المال حفظاً للمال**[1] لا يخلو من نظر؛ إذ المسلّم حرمة إتلافه سرفاً وتبذيراً، لا وجوب حفظه بالمعنى المفروض.

[٣] **بلا خلاف معتدّ به ولا إشكال أجده في شيء من ذلك**؛ لتسلّط كلّ مالك على ملكه وليساكالشريكين اللذين لا يجوز لأحدهما التصرف في العين المشتركة إلّا باذن الآخر؛ لعدم التميّز بخلافه هنا، فإنّ ملك كلّ منهما مميّز عن الآخر على وجه يمكن التصرف فيه من دون منافاة ولا ضرر على الآخر.

[٤] نعم في قواعد الفاضل: لا يملك الوارث بيعه ـ أي الموصى بمنفعته ـ إن كانت المدّة مؤبّدة أو مجهولة؛ لجهالة وقت الانتفاع المقتضي لتجهل المبيع في المجهولة ولسلب المنافع في المؤبّدة فتكون كالحشرات[2]. وفيه: أنّ المشتري بالبيع يكون كالبائع وجهل المدّة التي ينتفع بها الموصى له إذا فرض الوصية له بمنفعة سنة مثلاً والخيار بيده لا تجهل المبيع، كما أنّ الوصية بالمنافع كلّاً في مثل العبد لا يصيّره كالحشرات؛ ضرورة بقاء الانتفاع بعتقه مثلاً.

[٥] **فما في القواعد من أنّه: «لا يملك الوارث بيعه» أي العبد الموصى بمنفعته مؤبّدة ـ إلى أن قال: ـ «وهل يجوز بيعه من الموصى له، فيه نظر»**[3] لا يخلو من بحث، بل لا يخلو ما فيها من الإشكال في الاجتزاء بعتقه عن الكفّارة، وفي صحّة مكاتبته[4] من البحث أيضاً؛ ضرورة إطلاق أدلّة الكفّارة والكتابة، وامتناع الاكتساب عليه لا ينافي الثانية لإمكان أخذ مالها من الصدقات مثلاً.

---

(١) المسالك ٦: ١٩٧، ولكن فيه يعد الحكم بالإجبار في نفقة الحيوان: ويحتمل طرّ الخلاف في العمارة وسائر المؤن....

(٢) لا يخفى أن العبارة ممزوجة مما في القواعد (٢: ٤٦٧) وما في جامع المقاصد ١٠: ١٨٩.

(٣) (٤) القواعد ٢: ٤٦٧.

وعلى كلّ حال فالوصية بذلك تمليك [١] لا عارية، فلو مات الموصى له ورث عنه وتصحّ إجارته وإعارته، ولا يضمن العبد إذا تلف في يده بغير تفريط. ويدخل اكتساب العبد من الاصطياد والاحتطاب في منافعه فيملكه الموصى له حينئذٍ، بل الظاهر ذلك حتى لو أُعتق [٢].

نعم الظاهر عدم ملكه ولد الجارية بذلك [٣]، بخلاف عقرها [٤]. [ولا يجوز الوطء للموصى له].

بل [قيل:] [٥] ويمنع الوارث أيضاً منه وإن كان لا يخلو من بحث [٦].

فإذا فرض وقوعه على وجه لا ينافي ملكيّة المنفعة اتّجه الجواز [٧].

نعم قد يتّجه المنع بناءً على ما قلناه من اندراج منفعة البضع في ملك المنفعة للموصى له، والأولى بناء المسألة على ذلك، ويفرّق بينه وبين النظر واللمس بعدم عوض لهما شرعاً بخلافه.

وحينئذٍ يتّجه وجوب العقر عليه للموصى له مضافاً إلى الإثم، والله العالم.

وعلى كلّ حال فإن وطأ أحدهما فهو شبهة لا حدّ عليه، مع احتماله في الموصى له، بل قوّته مع فرض علمه بعدم جواز الوطء له [٨]. وتصير أُمّ ولد لو حملت من الوارث لا منه. ولو وطئت للشبهة فعلى الواطئ العقر للموصى له [٩].

---

[١] عندنا.

[٢] وإن استشكل فيه في القواعد[١].

[٣] لأنّه لا يعد من منافعها.

[٤] وإن دخل في نماء الوقف على وجه يملكه الموقوف عليه باعتبار ملكه ذي النماء، وهو المراد بـ«تسبيل المنفعة»، لا أنّه يندرج في إطلاق المنفعة الذي هو موضوع المسألة، ولذا قلنا بخروج الولد دون العقر، وكذا في الإجارة، فتأمّل.

لكن في القواعد: «وفي تمليك ولد الجارية وعقرها إشكال، ينشأ من بطلان الوصية بمنفعة البضع، وكون الولد جزءاً من الأُمّ يتبعها في الأحكام، ومن كون ذلك كلّه من المنافع»[٢].

وفيه منع بطلان الوصية بمنفعة البضع، وإن كان لا يجوز له الوطء بذلك؛ إذ لا تلازم بينهما بعد توقّف الأخير على أسباب خاصّة، ولا يملك الموصى له الوطء؛ لأنّ له أسباباً خاصّة ليست الوصية منها.

[٥] [كما] في القواعد.

[٦] لأنّه من الاستمتاع الذي يتبع ملك العين كالتقبيل والتلذّذ بالنظر واللمس.

[٧] فإذا فرض وقوعه على وجه لا ينافي ملكيّة المنفعة اتّجه الجواز. واحتمال الحبل المنقص للمنفعة يدفعه ـ مع أنّ الأصل عدمه ـ إمكان فرضه في جارية آيسة منه.

[٨] ضرورة كونه وطأ أجنبية كوطء المستأجر.

[٩] وفي القواعد على إشكال[٣].

---

(١)(٢) القواعد ٢: ٤٦٥.

(٣) القواعد ٢: ٤٦٦.

وإذا أتت بولد فهو حرّ وعلى الواطئ قيمته للوارث على ما قلناه [١].

ولو ولدت من الموصى له فهو حرّ بناءً على أنّ وطأه شبهة ، وعليه القيمة للوارث على ما قلناه ، وللموصى له المسافرة بالعبد الموصى بخدمته ، وليس للعبد التزويج إلّا برضا الوارث .

وفي اعتبار رضا الموصى له مع ذلك إشكال [٢].

بل هو [= اعتباره] الأقوى بناءً على اندراج منفعة البضع في المنفعة الموصى بها . وإذا قتل الموصى بخدمته أبداً ووجب القصاص بطلت الوصية ، وكان المطالب به الوارث .

ولو كان القتل موجباً للقيمة صرفت إلى الوارث على الأقوى [٣].

ويحتمل شراء عبد حكمه ذلك ، وتقسيطها بينهما بأن تقوّم المنفعة المؤبّدة ، والعين المسلوبة المنفعة ويقسّط عليهما .

ولو قطع طرفه اختصّ الوارث بأرشه على الأقوى ، ويحتمل التقسيط أيضاً .

ولو لم تنقص به المنفعة كالأنملة فهو للوارث قطعاً .

ولو جنى العبد قدّم حقّ المجنيّ عليه على الموصى له ، فإن بيع بطل حقّه ، وإن فداه الوارث استمرّ حقّه ، وكذا إن فداه الموصى له .

وهل يجبر المجني عليه على قبول فداء الموصى له ؟ إشكال [٤].

وكذا الكلام في المرتهن .

ومن ذلك كلّه ظهر لك أنّ للمالك نفعاً في العين الموصى بمنفعتها بحيث يجوز له بيعها ، لا أنّها صارت بالنسبة إليه كالحشرات ، والله العالم .

(ولو أوصى له بقوس انصرف إلى قوس النشّاب) ، وهي الفارسية التي يرمى بها (و) قوس **(النبل)** وهي العربية التي يرمى بها السهام العربية (و) قوس **(الحسبان)** وهي التي لها مجرى ينفذ فيها السهام الصغار .

فيتخيّر حينئذٍ في دفع أحدها بناءً على القاعدة التي ستعرفها إن شاء الله تعالى ، دون القوس المسمّى بالجلاهق وهي التي يرمى بها البندق ، ودون قوس الندف [٥].

---

[١] **وفي القواعد : « فإن قلنا : الموصى له يملك الولد فالقيمة له ، وإلّا فللوارث »**[1] .

[٢] **وفي القواعد**[2] **اعتباره أيضاً .**

[٣] لانتهاء الوصية بانتهاء العمر كالإجارة .

[٤] من تعلّق حقّه بالعين ، ومن كونه أجنبياً عن الرقبة التي هي متعلّق الجناية .

[٥] **خلافاً لابن إدريس فخيّر بين الخمسة**[3] .

---

(١)(٢) القواعد ٢ : ٤٦٦ .

(٣) السرائر ٣ : ٢٠٥ ـ ٢٠٦ .

ولعلّه لا نزاع.

ضرورة كون المدار على العرف الذي تحمل عليه الوصية، وربّما تكون الخمسة بالنسبة إليه سواء، وربّما يختصّ بواحد [١].

فالتحقيق جعل المدار على العرف الذي تحمل عليه الوصية دون غيره، ولو كان لغة **(إلّا مع قرينة تدلّ على)** إرادة **(غيرها)** أي القوس المتعارفة فإنّها المتّبعة حينئذٍ كما هو واضح.

والظاهر عدم دخول الوتر فيه لتحقّق اسمه بدونه، وإن توقّف نفعه عليه فإنّه المدار لا الثاني.

نعم لو كان هناك عرف يقتضي أو قرينة اتّبعا، وإلّا فلا.

(و) كذا **(كلّ لفظ وقع)** معناه **(على أشياء وقوعاً متساوياً)** لكونه متواطئاً **(فللورثة الخيار في تعيين ما شاؤا منها)** [٢].

---

[١] كما اعترف به ثاني الشهيدين حيث قال: «لا ريب في أنّ المتبادر في زماننا هو القوس العربية خاصّة، بل قوس الحسبان لا يكاد يعرفه أكثر الناس، ولا ينصرف إليه فهم أحد من أهل العرف»[(١)].

[٢] لصدق تنفيذ الوصية بذلك، والأصل عدم وجوب غيره، كما أنّ الأصل عدم ثبوت حقّ الخيار لغير الوارث مع فرض عدم إيصاء الموصى به لغيره كما سمعته فيما تقدّم هذا.

ولكن في المسالك: تكلّف إدراج المشترك لفظاً في كلية المتن، ولعلّه لأعمّية وقوع اللفظ من المشترك والمتواطئ.

بل لعلّ الظاهر منه الأوّل، قال: «وهو أعمّ فائدة، وفي عبارة العلّامة تصريح بإرادته» إلى أن قال: «وربّما قيل في المشترك بالقرعة، وهو بعيد»[(٢)].

قلت: بل هو قريب كما عن التذكرة[(٣)] وغيرها ما لم يقم دليل معتبر على خلافه.

لكن ظاهر إرسال غير واحد من الأصحاب لذلك هنا إرسال المسلّمات، مع معلومية إرادة المتكلّم بالمشترك واحداً معيّناً عند المتكلّم، بل هو معنى المشترك أنّ العرف في الوصية يقتضي إرادة المسمّى بهذا الإسم وهو المسمّى بعموم الاشتراك، ولعلّه كذلك عند التأمّل، والله العالم.

وفي القواعد: «والضابط أنّ كلّ لفظ يقع على الأشياء وقوعاً متساوياً إمّا لكونه مشتركاً أو لكونه متواطئاً فإنّ للورثة الخيار في تعيين ما شاؤا، ويحتمل في المشترك القرعة، ويحتمل الحمل على الظاهر بالحقيقة دون المجاز»[(٤)].

قلت: قد يقال: إنّ الأخير مناف لما ذكره من الضابط؛ ضرورة كون الحقيقة في المشترك إرادة المعيّن، لا عموم الاشتراك الذي صرّح به سابقاً، بل يمكن دعوى ظهوره عبارة المتن فيه أيضاً كما سمعته سابقاً.

---

(١) المسالك ٦: ١٩٩، وفيه: «و» بدل «بل».

(٢) المسالك ٦: ٢٠٠.

(٣) التذكرة ٢: ٤٨٤ (حجرية).

(٤) القواعد ٢: ٤٦٠.

هذا كلّه إذا أوصى بالقوس ونحوه من دون قرينة.

(أمّا لو قال: أعطوه قوسي ولا قوس له إلّا واحدة انصرفت الوصية إليها من أيّ الأجناس كانت) [١].

ولو فرض أنّ له قسياً متعدّدة ولا واحدة تنصرف إليه الإضافة تخيّر بينها كالسابق [٢].

(و) على كل حال فـ(لو أوصى برأس من مماليكه كان الخيار في التعيين إلى الورثة) [٣].

(و) حينئذٍ فـ(يجوز أن يعطوا صغيراً أو كبيراً صحيحاً أو معيباً) ذكراً أو أُنثى أو خنثى [٤].

وإنّما يتخيّر الوارث مع وجود المتعدّد في التركة وإلّا تعيّن الموجود، ولو لم يكن له مملوك بطلت.

وهل المعتبر الموجود عند الوصية أو الموت؟ أجودهما الثاني [٥].

(ولو هلك مماليكه) بالموت (بعد وفاته) أي الموصي أو قبلها (إلّا واحداً تعيّن للعطية) كما في كلّ مخيّر انحصر في فرد، (فإن ماتوا) أجمع كذلك (بطلت الوصية) بمعنى انتفاء موضوعها، (فإن قتلوا) على وجه يوجب القيمة (لم تبطل) الوصية (وكان للورثة أن يعيّنوا له من شاؤا و[1]يدفعوا قيمته إن صارت إليهم، وإلّا أخذها من الجاني) [٦]. من غير فرق بين الكلّ والبعض.

ولو قتلوا في حياة الموصي [٧] [فلا يخلو البطلان من قوّة].

---

[١] بلا خلاف ولا إشكال.

[٢] وفي المسالك: «لكن نزيد هنا أنّ الحكم يختصّ بما لو كان له من كلّ نوع، فلو كان له من نوعين خاصة أو ثلاثة، فإن كان أحدهما خاصّة من الغالب حمل عليه وإن اشترك الغلبة تخيّر الوارث وإن تعدّد الغالب مع وجود غيره كما لو كان قوس ندف وقوس نبل وقوس حسبان تخيّر في الأخيرين، ولو لم يكن له إلّا قوس ندف وجلاهق خاصّة ففي التخيير بينهما أو الانصراف إلى الجلاهق لأنّه أغلب، وجهان. وعلى ما اخترناه من مراعاة العرف يرجع إليه هنا»[2]، فتأمّل.

[٣] لما سمعته من الضابط الذي هذا أحد أفراده.

[٤] لصدق اللفظ وعدم الانصراف إلى الصحيح هنا، بخلاف التوكيل في الابتياع ونحوه؛ لكونها من التبرّعات المحضة، بخلاف عقود المعاوضة المبنية على حفظ المال والمماكسة والمغابنة.

[٥] لأنّه وقت الحكم بالانتقال وعدمه، كما اعتبر المال حينئذٍ، ووجه الأوّل إضافة المماليك إليه المقتضية لوجود المضاف.

[٦] لانتقال حقّ الوصية إلى البدل القائم مقام المبدل عنه في ذلك وفي التخيير.

[٧] ففي المسالك بعد أن حكى الخلاف في ذلك، قال: «إنّ الأصحّ عدم بطلان الوصية وانتقال حكمها إلى البدل»[3].

قلت: لكن الانصاف عدم خلو الأوّل عن قوّة كالعين الموهوبة قبل القبض، والله العالم.

---

(١) في الشرائع: «أو».

(٢) المسالك ٢: ٢٠١.

(٣) المسالك ٦: ٢٠٢.

(وتثبت الوصية) بمال أو ولاية (بشاهدين مسلمين عدلين) [١].

كما [أن المختار] [٢] أنّه (مع الضرورة وعدم عدول المسلمين تقبل شهادة أهل الذمّة خاصّة) في الأولى منها [٣].

[وأمّا المجوس] فالمتّجه عدم قبول شهادتهم، كما أنّ المتّجه قصر الحكم في خصوص المقام [٤].

---

[١] بلا خلاف (و) لا اشكال، بل الإجماع بقسميه عليه؛ لعموم ما دلّ على حجّيتهما.

[٢] [و] لا خلاف في [ذلك].

[٣] بل عن فخرالدين وظاهر الغنية وصريح الصيمري الإجماع عليه[١].

وهو [= الإجماع] الحجّة بعد الكتاب[٢] والمعتبرة[٣] المستفيضة التي من كثير منها يعلم اشتراط قبول شهادتهم بالضرورة، واختصاص هذا الحكم بأهل الذمّة خاصّة فيقيّد به حينئذٍ وبالإجماع إطلاق الكتاب وما شابهه من السنّة.

نعم في خبر يحيى بن محمّد عن الصادق عليه السلام: «فإن لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس؛ لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله سنّ فيهم سنّة أهل الكتاب في الجزية»[٤].

ونحوه المضمر قال: «اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فإن لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس؛ لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: سنّوا بهم سنّة أهل الكتاب، وذلك إذا مات الرجل بأرض غربة فلم يجد مسلمين يشهدهما فرجلان من أهل الكتاب»[٥].

إلّا أنّي لم أجد عاملاً به من الأصحاب، فلا يصلح للخروج عمّا دلّ على اعتبار العدالة بالمعنى الأخصّ في الشاهد.

اللهمّ إلّا أن يدّعى اندراجهم في إطلاق الأصحاب: «أهل الذمّة» و«أهل الكتاب» بناءً على أنّهم منهم، لكن الظاهر المنساق خلافه.

[٤] اقتصاراً فيما خالف المعلوم من قوانين الشرع وقواعده على المتيقّن.

فما عساه يظهر من تعليل قبول شهادتهم في غير واحد من نصوص المقام[٦] بأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد: من التعميم، لا محيص من الخروج عنه لما عرفت.

بل قد يقال: بعدم قبول شهادة أهل الذمّة حال عدم العلم بتحقّق الضرورة التي هي شرط ذلك لظاهر جملة من النصوص والفتاوى واقتصاراً على المتيقّن فيما خالف الأصل، والشكّ في الشرط شكّ في المشروط.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ المراد ممّا في النصّ والفتوى بيان المانعية وإن برز بصورة الشرط، وإلّا بطلت فائدة مشروعية هذا الحكم غالباً المستفادة من النصوص أيضاً؛ ضرورة ندرة معرفة الاضطرار للموصي على وجه يعلم به ذلك شرعاً، فيتّجه حينئذٍ القول بقبول شهادتهم ما لم يعلم التمكّن من غيرهم، بل لعلّه هو مقتضى إطلاق الآية[٧] وبعض النصوص أيضاً، وهو قوي متين.

---

(١) الايضاح ٤: ٤١٩. الغنية: ٤٤٠. تلخيص الخلاف ٣: ٣٧٦ـ ٣٧٧.

(٢) المائدة: ١٠٦، ١٠٧.

(٣) انظر الوسائل ١٩: ٣٠٩، ب ٢٠ من الوصايا.

(٤) الوسائل ١٩: ٣١١، ب ٢٠ من الوصايا، ح ٦.

(٥) الوسائل ٢٧: ٣٩٠، ب ٤٩ من الشهادات، ح ٢.

(٦) الوسائل ١٩: ٣٠٩، ب ٢٠ من الوصايا.

(٧) المائدة: ١٠٦، ١٠٧.

[ويتّجه قبول شهادة الذميّين ما لم يعلم التمكّن من غيرهم، وهو قوي].

وعلى كلّ حال فالظاهر أنّ التمكّن من المسلمين الفاسقين ولو بغير الجناية والكذب كعدمه [١].

بل ولا [تقبل شهادة] المجهولين أيضاً، بل ولا العدل الواحد [٢].

لكن [الظاهر] [٣] تحقّق الضرورة بفقد العدلين، بل الظاهر تحقّقها وإن تمكّن من النساء الثلاثة التي يثبت بها ثلاثة أرباع الموصى به فضلاً عن الاثنتين والواحدة [٤].

والظاهر أنّه لا يجوز للمرأة العالمة بقدر الموصى به وأنّه لا شريك لها في الشهادة تضعيف المشهود به على وجه يصلح للموصى له مقدار ما أُوصي به له [٥].

ثمّ إنّ الظاهر اعتبار العدالة في أهل الذمّة في دينهم [٦].

وأمّا اعتبار حلفهما مطلقاً أو بعد صلاة العصر بالكيفية الموجودة في الآية مطلقاً أو مع الريبة فيهم كما في

---

[١] لعدم قبول شهادتهم ولو في حال الاضطرار، والقياس على ما ثبت من قبول أهل الذمّة محرّم؛ لعدم إحاطة العقل بمصالح ذلك ومفاسده.

[٢] وإن أمكن التوصّل به إلى إثبات الحقّ مع اليمين من الموصى له، إلّا أنّه لم يعلم إمكانها منه؛ لاحتمال عدم علمه، بل ومع علمه؛ لإمكان تحاشيه، بل وإن لم يتحاش.

[٣] [كما هو] ظاهر النصوص [ذلك].

[٤] لظهور النصوص في أنّ المدار في قبولها على عدم التمكّن ممّا يثبت به تمام المطلوب من المسلمين، وهو متحقّق في الفرض فلا يقال: إنّه مضطر في مقدار الربع خاصّة، كما أنّه لا يقال: إنّه متمكّن بالمرأة الواحدة باعتبار تمكّنه من إشهادها على ما يزيد على مطلوبه بثلاثة أرباع، وهكذا في الاثنتين فإنّ مثله لا يعدّ تمكّناً، كما لا يخفى على من تأمّل النصوص.

[٥] للكذب المحرّم الذي مثل ذلك لا يعدّ مصلحة لتسويغه؛ لعدم الظلم بمنع ما لم يثبت شرعاً كونه له، وإن كان في الواقع أنّه له.

[٦] **وفاقاً لصريح جماعة وظاهر آخرين**، اقتصاراً على المتيقّن، وللتصريح به في خبر حمزة بن حمران عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن قول الله عزّ وجلّ: ﴿ **ذَوَا عَدلٍ** ﴾[١] إلى آخر الآية، قال: «اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إنّما ذلك إذا مات الرجل المسلم بأرض غربة وطلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيّته فلم يجد مسلمين، فليشهد على وصيّته رجلين ذمّيّين من أهل الكتاب مرضيّين عند أصحابهما»[٢].

بل هو ظاهر غيره أيضاً، بل لعلّه الظاهر من قوله تعالى: ﴿ **أَو آخَرَانِ مِن غَيرِكُم** ﴾[٣] بعد تقدّم اعتبارها في الشاهدين منّا، فيكون المراد ثبوتها بالعدلين منّا أو من غيرنا.

---

(١) المائدة: ١٠٦.

(٢) الوسائل ١٩: ٣١٢، ب ٢٠ من الوصايا، ح ٧.

(٣) المائدة: ١٠٦.

الآية أيضاً ؟ فهو محتمل [١].

لكن قد يقوى في النظر خلافه [٢]. [وإن كان الاحتمال الأوّل قوياً أيضاً]. ولكن الاحتياط مع إمكانه لا ينبغي تركه ، بل ينبغي أن يكون حلفهما بما في الآية وبعد صلاة العصر الذي هو محلّ اجتماع الناس [٣]. ويقوى أيضاً عدم اعتبار السفر في قبولها أيضاً [٤].

---

[١] **بل حكي عن العلّامة[١] ، بل ظاهر الكركي[٢] وغيره القول به في صورة الريبة** ؛ للآية[٣] وبعض النصوص المفسّرة لها الظاهر في كون الحكم ما فيها.

قال الصادق عليه السلام في خبر يحيى بن محمّد متّصلاً بما سمعته سابقاً من صدره : « وذلك إذا مات الرجل في أرض غربة فلم يجد مسلمين أشهد رجلين من أهل الكتاب يحبسان بعد العصر فيقسمان بالله تعالى : ﴿ **لَا نَشْتَرِي** ﴾[٤] إلى آخر الآية قال : وذلك إن ارتاب ولي الميّت في شهادتهما ، فإن عثر على أنّهما شهدا بالباطل فليس له أن ينقض شهادتهما حتى يجيء شاهدان يقومان مقام الشاهدين الأوّلين ، ﴿ **فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِن شَهَادَتِهِما وَمَا اعتَدَينَا إِنَّا إِذاً لَمِنَ الظَّالِمِينَ** ﴾[٥] ، فإذا فعل ذلك نقض شهادة الأوّلين وجازت شهادة الآخرين بقول الله تعالى : ﴿ **ذَلِكَ أَدنَى** ﴾[٦] إلى آخر الآية »[٧].

[٢] لإطلاق جملة من النصوص معتضداً بخلوّ فتوى المعظم عن ذلك على وجه يعلم منه عدم اعتباره ، فلا بدّ من ارتكاب النسخ الذي لا وجه للقول بعدم صلاحية مثل ذلك له ؛ ضرورة كونه كالتخصيص أو الندب احتياطاً في الأمر واستظهاراً وإن كان لم يذكره المعظم أيضاً ، ومنه يعلم قوّة احتمال الأوّل.

[٣] كما فعله رسول الله صلى الله عليه وآله على ما في الخبر[٨].

[٤] **وفاقاً للأكثر** ، بل في ظاهر المتن[٩] في باب الشهادت الإجماع عليه ، بل في الرياض : لم أجد فيه مخالفاً إلّا نادراً[١٠] ، وإن تضمّنته الآية[١١] ، إلّا أنّه خارج مخرج الغالب ، فلا يصلح لتقييد ما دلّ على قبولها في السفر والحضر من النصوص[١٢] حينئذٍ كما هو واضح.

وعلى كلّ حال فقد ظهر لك من ذلك كلّه قبول شهادة أهل الذمّة في الجملة لكن قوله تعالى : ﴿ **فَإِن عُثِرَ** ﴾[١٣] إلى آخر الآية قد تضمّن حكماً لم يتعرّض له أكثر الأصحاب ولا تصدّوا له ، ولم ينصّوا على النسخ ، ولا على عدمه ، مع أنّ النصوص قد تعرّضت له أيضاً ، فإنّ في خبر يحيى بن محمّد عن الصادق عليه السلام بعد أن ذكر شهادة الذميّين وحلفهما قال عليه السلام : « فإن عثر على أنّهما شهدا بالباطل فليس له أن ينقض شهادتهما حتى يجيء شاهدان يقومان مقام الشاهدين [الأوّلين] ﴿ **فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ** ﴾[١٤] إلى آخر الآية فإذا فعل ذلك نقض شهادة الأوّلين وجازت شهادة الآخرين يقول الله عزّ وجلّ : ﴿ **وَذَلِكَ أَدنى أن يأتوا بالشهادة** ﴾[١٥]

---

(١) التذكرة ٢ : ٥٢١ (حجرية).
(٢) جامع المقاصد ١١ : ٣٠٦.
(٣)(٤)(١١) المائدة : ١٠٦.
(٥)(١٤) المائدة : ١٠٧
(٦)(١٣)(١٥) المائدة : ١٠٨.
(٧) الوسائل ١٩ : ٣١١، ب ٢٠ من الوصايا ، ح ٦.
(٨) الوسائل ١٩ : ٣١٤، ب ٢١ من الوصايا ، ح ١.
(٩) انظر الشرائع ٤ : ١٢٦.
(١٠) الرياض ٩ : ٥٣٣.
(١٢) انظر الوسائل ١٩ : ٣٠٩، ب ٢٠ من الوصايا.

إلى آخره »[١]. وفي مرسل عليّ بن إبراهيم قال: خرج تميم الداري وابن بندي وابن أبي مارية في سفر وكان تميم الداري مسلماً وابن بندي وابن أبي مارية نصرانيّين، وكان مع تميم الداري خرج له فيه متاع وآنية منقوشة بالذهب وقلادة وأخرجها إلى بعض أسواق العرب للبيع فاعتلّ تميم الداري علّة شديدة فلمّا حضره الموت دفع ماكان معه إلى ابن بندي وابن أبي مارية [وأمرهما] أن يوصلاه إلى ورثته فقدما إلى المدينة وقد أخذا من المتاع الآنية والقلادة وأوصلا سائر ذلك إلى الورثة فافتقد القوم الآنية والقلادة فقالوا لهما: هل مرض صاحبنا مرضاً طويلاً أنفق فيه نفقة كثيرة؟ قال: لا ما مرض إلّا أياماً قلائل.

قالوا: فهل سرق منه شيء في سفره هذا؟ قالا: لا، قالوا: فهل اتجّر تجارة خسر فيها؟ قالا: لا، قالوا: فقد افتقدنا أفضل شيء كان معه: آنية منقوشة بالذهب مكلّلة بالجوهر، وقلادة، فقالا: ما دفع إلينا فقد أدّيناه إليكم فقدّموهما إلى رسول الله ﷺ فأوجب عليهما اليمين، فحلفا فخلّا عنهما، ثمّ ظهرت تلك الآنية والقلادة عليهما، فجاء أولياء تميم إلى رسول الله ﷺ فقالوا: قد ظهر على ابن بندي وابن أبي مارية ما ادّعيناه فانتظر رسول الله ﷺ الحكم من الله في ذلك، فأنزل الله تبارك وتعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ﴾[٢] إلى آخر الآية .... فهذه الشهادة الأولى التي جعلها رسول الله ﷺ ﴿ فَإِن عُثِرَ عَلَى أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْماً ﴾[٣] أي أنّهما حلفا على كذب ﴿ فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا ﴾[٤]، يعني من أولياء المدّعي ﴿ مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الأَوْلَيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ ﴾[٥] أي يحلفان بالله أنّهما أحقّ بهذه الدعوى منهما فإنّهما قد كذبا فيما حلفا بالله ﴿ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ ﴾[٦] إلى آخره، فأمر رسول الله ﷺ أولياء تميم الداري أن يحلفوا بالله على [ما] أمرهم، فحلفوا فأخذ رسول الله ﷺ القلادة والآنية من ابن بندي وابن أبي مارية وردّهما على أولياء تميم الداري[٧].

وهو وإن كان مضمونه غير الأوّل؛ ضرورة صراحته في حلف أولياء تميم بمجرّد دعواهم، إلّا أنّه على كلّ حال مخالف للضوابط والقواعد.

نعم في غير هذا الخبر أنّ النصرانيّين قد ادّعيا شراءه عن تميم وأنكرهما الورثة، ولعلّ هذا الوجه في تحليف الوليّين، ويمكن أن يكون الإرث منحصراً فيهما ولذلك حلفا.

إلّا أنّ ذلك كلّه أجنبي عن ظاهر الآية، كما أنّ هذا الخبر الذي هو السبب في نزول الآية أجنبي عمّا عند الأصحاب من قبول شهادة أهل الذمّة في الوصية؛ لعدم تضمّنه شيئاً من ذلك. وعلى كلّ حال فالعمل على ظاهر الآية ما لم يثبت نسخها. وقد أطنب في مجمع البيان[٨] في تفسيرها وإعرابها وقراءتها حتى حكى عن الزجّاج أنّها من ثمّ ﴿ فَإِن عُثِرَ ﴾[٩] إلى آخر الآية أصعب آية في القرآن إعراباً، خصوصاً على قراءة فـ «استحقّ» بالبناء للفاعل، وليس المقام مقام تحرير ذلك، فراجع وتأمّل، وإن كان الأظهر جعل «الأوليان» خبر مبتدأ محذوف أي هما الأوليان، بمعنى هما اللذان يقومان ويحلفان من بين الذين استحقّ عليهم أي الورثة، أو استحقّ الموصى له عليهم على قراءة البناء للفاعل.

---

(١) الوسائل ١٩: ٣١١، ب ٢٠ من الوصايا، ح ٦.
(٢) المائدة: ١٠٦.
(٣) (٦) (٩) المائدة: ١٠٧.
(٤) (٥) المائدة: ١٠٧.
(٧) الوسائل ١٩: ٣١٤، ب ٢١ من الوصايا، ح ١.
(٨) مجمع البيان ٢: ٢٥٧ ـ ٢٥٨.

ولو شهد عدل وذمّي فالأقرب وجوب اليمين حينئذٍ [١].

(و) كيف كان فـ[ـالمختار] [٢] أنّه (**تقبل في الوصية بالمال شهادة**) العدل الـ(**ـواحد مع اليمين**) [٣].

(**أو شاهد**) عدل ذكر (**وامرأتين**) ثقتين [٤].

[و] أنّه (**تقبل**) فيه (**شهادة**) الامرأة (**الواحدة**) العادلة لكن (**في ربع ما شهدت به ، وشهادة اثنتين في النصف** و) شهادة الـ(**ـثلاث في ثلاثة الأرباع ، و**) أمّا (**شهادة الأربع في الجميع**) فـهو مشترك بين المقام وغيره من الأموال [٥].

---

[١] **كما في القواعد**[١] ، ولعلّه لعدم تمام الحجّة بهما ، وإن كان العدل أولى من الذمّي ، لكنّه خارج من مفروض المشروعية ، ولا عبرة بمثل الأولوية المزبورة ، بل هي في الحقيقة قسم من الاستحسان ، والله العالم .

[٢] **[و] لا خلاف في [ذلك]**.

[٣] بل ولا إشكال ؛ لإطلاق دليله ، بل يمكن تحصيل الإجماع من الخاصّة عليه . **فما في نافع**[٢] **المصنّف من التردّد في ذلك** في غير محلّه .

[٤] **بلا خلاف و لا إشكال** ؛ لإطلاق ما دلّ على ذلك الشامل لما نحن فيه ، بل هو أخف ، (و) لذلك اختصّ بـ[ذلك].

[٥] **من غير خلاف في شيء من ذلك أجده** ، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه فضلاً عن محكيه . والأصل فيه المعتبرة المستفيضة منها قول الصادق عليه السلام في خبر ربعي : في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي ليس معها رجل ، فقال : « يجاز ربع ما أوصى بحسب شهادتها »[٣] .

ومنها قول أبي جعفر عليه السلام : « قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في وصيّة لم يشهدها إلّا إمرأة أن تجوز شهادتها في ربع الوصية إذاكانت مسلمة غير مريبة في دينها »[٤] .

ولا يعارضها خبر عبدالرحمن : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المرأة يحضرها الموت وليس عندها إلّا امرأة تجوز شهادتها ؟ قال : « تجوز شهادة النساء في العذرة والمنفوس ، وقال : تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجل »[٥] .

ومضمر عبدالله : سألته عن امرأة حضرها الموت وليس عندها إلّا امرأة أتجوز شهادتها ؟ فقال : « لا تجوز شهادتها إلّا في المنفوس والعذرة »[٦] .

ومكاتبة أحمد بن هلال إلى أبي الحسن عليه السلام : « امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدها غيرها وفي الورثة من يصدّقها ، ومنهم من يتّهمها ، فكتب : « لا ، إلّا أن يكون رجل وامرأتان ، وليس بواجب أن تنفذ شهادتها »[٧] ؛ لقصورها عن المقاومة من وجوه ، فلا بأس بطرحها أو حملها على إرادة عدم نفوذها في الجميع ، والأوّل منها على إرادة قبولها فيما هو أعظم من الوصية ، والثاني على الاستفهام الانكاري ونحو ذلك .

---

(١) القواعد ٢ : ٥٦٨ .
(٢) المختصر النافع : ١٩١ .
(٣) الوسائل ١٩ : ٣١٦ ، ب ٢٢ من الوصايا ، ح ١ .
(٤) المصدر السابق : ٣١٧ ، ح ٣ .
(٥) المصدر السابق : ٣١٨ ، ح ٦ .
(٦) المصدر السابق : ح ٧ .
(٧) المصدر السابق : ٣١٩ ، ح ٨ .

نعم الظاهر قصر الحكم على مورد النصّ ، فلا يتعدّى منه إلى غيره كقبول شهادة الرجل الواحد في النصف باعتبار كونه بمنزلة شهادة امرأتين [١].

بل قد يقال بعدم ثبوت الربع به فضلاً عن النصف [٢].

و[المختار] [٣] أنّ الخنثى المشكل لا يثبت بشهادتها وحدها شيء [٤].

وأمّا الخنثيان فيثبت الربع فقط والثلاثة ثلاثة أرباع ، والأربعة تمام المشهود عليه كما هو واضح بأدنى تأمّل .

ثمّ إنّ [الظاهر] [٥] عدم توقف قبول شهادتهنّ فيما عرفت على اليمين [٦].

وكذا لا يشترط في قبول شهادتهنّ هنا فقد الرجال [٧].

نعم لا يعتبر في شهادتهن غير العدالة ، فلا تجزي شهادة الفاسقة ولا الذمّية ، ولو في مقام تقبل فيه شهادة ذكورهم إذا فرض عدمهم [٨].

(و) كيف كان فـ(**لا تثبت الوصية بالولاية إلّا بشاهدين**) مسلمين عادلين [٩].

---

[١] وإن احتمل ، لكنّه في غير محلّه .

[٢] **وإن اختاره [= ثبوت الربع] الفاضل وثاني الشهيدين**[١] **وغيرهما** ؛ لابتناء الحكم على مصالح يقصر العقل عن إدراكها .

[٣] [كما] من ذلك يعلم [ذلك].

[٤] لعدم العلم بكونها امرأة .

[٥] [كما هو] مقتضى إطلاق النصّ والفتوى .

[٦] **خلافاً للمحكي عن التذكرة ، فقال بتوقّفه عليه كذلك كما في شهادة الرجل الواحد**[٢] . وفيه : أنّه لا دليل هنا على اعتبار اليمين ، بل ظاهر الأدلّة خلافه كما عرفت ، على أنّ اليمين مع شهادة الواحد توجب ثبوت الجميع ، فلا يلزم مثله في البعض . والتزامه فيما إذا انضمّ إلى شهادة الاثنين أو الثلاثة باعتبار قيامهما مقام الرجل بخلاف الواحدة ، يدفعه : أنّ مقتضى النصوص النصف في الأوّل وثلاثة الأرباع في الثاني بمجرّد الشهادة .

ووجود اليمين مع عدم اعتبار الشارع لها بمنزلة العدم وقيام الاثنين مقام الرجل في بعض الموارد لا يستلزم قياس ما نحن فيه عليه حتى أنّه يخرج عن مقتضى ظواهر النصوص بذلك .

[٧] للإطلاق ، **خلافاً للمحكي عن الإسكافي والطوسي فاشترطاه**[٣] . ولا ريب في ضعفه .

[٨] اقتصاراً فيما خالف الضوابط على المتيقّن وهو ذكور أهل الذمّة دون نسائهم ، ولو مع فقد ذكورهم وذكور المسلمين ونسائهم كما هو واضح ، والله العالم .

[٩] للأصل السالم عمّا يقتضي قطعه بغير ذلك ؛ لعدم ثبوت حجّيته .

---

(١) القواعد ٢ : ٥٦٨ . المسالك ٦ : ٢٠٥ .

(٢) التذكرة ٢ : ٥٢٢ (حجرية) .

(٣) نقله عن الاسكافي في المختلف ٨ : ٤٥٦ . النهاية : ٦١٢ .

(و) حينئذٍ فـ(لا تقبل شهادة النساء في ذلك) منفردات [١].

(و) على كلّ حال فـ(هل تقبل) فيها (شهادة) العدل (الواحد[١] مع اليمين؟ فيه تردّد أظهره المنع) [٢].

وأمّا شهادة أهل الذمّة [٣] [فلعلّ الأقرب العدم].

---

[١] **بل في المسالك ومحكي غيرها نفي الخلاف فيه**؛ لأنّها ليست وصية بمال، بل هي تسلّط على تصرّف فيه، وليس ممّا يخفى على الرجال غالباً، وذلك ضابط محل قبول شهادتهنّ منفردات[٢] نصّاً وفتوى.

قلت: كما أنّ ضابط قبولهنّ منضمّات كون المشهور عليه مالاً لا ولاية.

لكن قد يناقش بأنّها قد تتضمّن المال، كما إذا أراد الوصي أخذ الأجرة والأكل بالمعروف بشرطه، وبأنّ الولاية وإن لم تكن مالاً لكنّها متعلّقة به، كبيعه وإجارته وإعارته ونحو ذلك.

ومن ذلك يتّجه القول بالقبول؛ لعموم ما دلّ على قبول خبر العدل الشامل للذكر والأنثى، ولو بقاعدة الاشتراك.

اللهمّ إلّا أن يقوم إجماع هنا بالخصوص على عدم ثبوت ذلك بشهادتهنّ منفردات ومنضمّات، كما هي عساه يشعر به في الجملة نفي الخلاف المزبور، مؤيّداً بعدم العثور على ما ينافيه، وبتقرير من تأخّر عنه عليه على وجه يظهر منه الاعتراف به.

[٢] **عند المصنّف خاصّة في الكتاب خاصّة**. ينشأ ممّا عرفت.

لكن في المسالك: «قد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف في المسألة ولا تردّد، ولذا وافقهم المصنّف في مختصر الكتاب على القطع»[٣].

بل في الرياض: «أنّ النصوص كالاتّفاق المحكي في المسالك وغيرها متّفقة الدلالة على انحصار قبولهما في الحقوق المالية»[٤].

قلت: بل لعلّ الأصل أيضاً يقتضي عدم ثبوتها بعد قيام الأدلّة على اعتبار التعدّد في الشهادة وقيام اليمين مقام الواحد غير ثابت في المقام، فتأمّل جيّداً.

فإنّه قد أشبعنا الكلام في المسألة في كتاب القضاء والشهادات، ومنه يعلم قوّة القول بالاكتفاء به بل والمرأتين واليمين فضلاً عنهما مع الرجل، فلاحظ وتأمّل.

[٣] فقد يقال: إنّ مقتضى إطلاق الآية[٥] والرواية[٦] قبولها فيها أيضاً بالشرط المزبور. ولعلّه لذا ولأصالة عدم القبول نظر الفاضل فيها في القواعد، لكن قال: أقربه العدم[٧].

ولعلّه كذلك اقتصاراً فيما خالف الضوابط الشرعية على المتيقّن، ولا إطلاق في الأدلّة بحيث تطمئن به النفس على قبولها في ذلك بعد اقتصار المعظم على المال، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

---

(١) في الشرائع: «شاهد» بدل «الواحد».

(٢)(٣) المسالك ٦: ٢٠٦. انظر المختصر: ١٩١.

(٤) الرياض ٩: ٥٣٦.

(٥) المائدة: ١٠٦.

(٦) انظر الوسائل ١٩: ٣٠٩، ب ٢٠ من الوصايا.

(٧) القواعد ٢: ٥٦٨ ـ ٥٦٩.

(ولو أشهد إنسان عبدين له على حمل أمته أنّه منه ثمّ مات فاعتقا وشهدا بذلك) بعد العتق **(قبلت شهادتهما)** وإن لم نقل بقبول شهادة العبد [١].

[مع الايصاء بالشهادة] بل ومع عدم الإيصاء [٢].

---

[١] ١ ـ للصحيح : « في رجل مات وترك جارية [حبلى] ومملوكين فورثهما أخ له فأعتق العبدين وولدت الجارية غلاماً فشهدا بعد العتق أنّ مولاهما كان أشهدهما أنّه كان يقع على الجارية وأنّ الحبل منه ، قال : « تجوز شهادتهما ويردان عبدين كما كانا »[(١)].

٢ ـ والموثق : عن رجل كان في سفر ومعه جارية له وغلامان مملوكان فقال لهما : أنتما حرّان لوجه الله وأشهد أنّ ما في بطن جاريتي هذه منّي ، فولدت غلاماً فلمّا قدموا على الورثة ذكروا ذلك واسترقّوهم ثمّ إنّ الغلامين أُعتقا بعد ذلك فشهدا بعد ما أُعتقا أنّ مولاهما الأوّل أشهدهما على أنّ ما في بطن جاريته منه ، قال : « يجوز شهادتهما للغلام ، ولا يسترقّهما الغلام الذي شهدا له ؛ لأنّهما أثبتا نسبه »[(٢)].

٣ ـ **مضافاً إلى نفي الخلاف فيه في الرياض مع الإيصاء بالشهادة[(٣)] ، بل في المسالك : أنّ عليه أصحابنا[(٤)].**

[٢] **خلافاً للطوسي فخصّها بالأوّل[(٥)]** ، ولا وجه له سوى دعوى أنّ أمر الوصية أخفّ من غيره ، ولذا قبلت فيه شهادة أهل الذمّة .

وهو كما ترى .

٤ ـ وإلى ما تعرفه في محلّه من قبول شهادة العبد مطلقاً .

وعلى كلّ حال اتّفاقهم ظاهراً على الحكم هنا وخلافهم في قبول شهادة العبد على أقوال متعدّدة ، إمّا أن يكون للخبرين المزبورين المعتضدين بما عرفت أو لأنّهما حرّان في ظاهر الشرع وفي حقّ الورثة الذين شهدوا عليهم ، وإن استلزم ذلك رقيّتهما لغيرهم أخذاً بإقرارهما ، أو لعدم بيّنة على دعواهما العتق من سيّدهما الأصلي ، ولا تنافي بين الأمرين بعد أن كانا من الأحكام الظاهرية التي يمكن العمل بكلّ منهما نحو الصيد الواقع في الماء ، فإنّه يحكم بميتته وطهارة الماء عملاً بكلا الأصلين ، وليس ما نحن فيه ممّا يستلزم من وجوده عدمه ؛ لأنّ ذلك إنّما هو في الأحكام الواقعية دون الظاهرية ، فإنّ الأصحاب في غير مقام يجرون كلّاً من الأصلين على مقتضى سببه الظاهر ، وإن تنافيا في الواقع ، من غير فرق بين اتّحاد الموضوع وتعدّده .

ومن ذلك يظهر لك ما في المسالك حيث إنّه بعد أن ذكر الصحيح المزبور قال : « وهو مبني إمّا على قبول شهادة العبد مطلقاً أو على مولاه ؛ لأنّهما بشهادتهما للولد والحكم بها صارا رقّاً له ؛ لتبيّن أنّ معتقهما لم يكن وارثاً أو على أنّ المعتبر حرّيتهما حال الشهادة وإن ظهر خلافها بعد ذلك ، أو على أنّ الشهادة للمولى لا عليه فتقبل كما هو أحد الأقوال في المسألة »[(٦)].

---

(١) الوسائل ١٩ : ٤٠٤ ، ب ٧١ من الوصايا ، ح ٢ ، وفيه : ينزل ، بدل « يقع » .

(٢) المصدر السابق : ٤٠٣ ، ب ٧١ من أحكام الوصية ، ح ١ .

(٣) الرياض ٩ : ٥٣٦ .

(٤)(٦) المسالك ٦ : ٢٠٧ .

(٥) النهاية : ٣٣١ .

(و) كيف كان فقد قيل: إنّه (**لايسترقّهما المولود**) بمعنى أنّه يحرم عليه ذلك [١]. (**وقيل: يكره، وهو أشبه**) [٢] [وأقوى].

(**ولا تقبل شهادة الوصي فيما هووصي فيه ولا ما يجرّ به نفعاً أو يستفيد منه ولاية**) [٣].

---

[١] عملاً بظاهر النهي في الموثّق[١].

[٢] بأُصول المذهب وقواعده المؤيّدة بظاهر الصحيح الأوّل[٢]. وإن كان يمكن أن يقال: إنّه لا تعارض بينهما باعتبار ظهور الأوّل في رجوعهما مملوكين، والثاني في أنّه يحرم عليه استرقاقهما وهما غير متنافيين.

لكن الإنصاف أنّ الأوّل ظاهر في جواز إبقائهما فينافي الحرمة في الثاني، ومن هنا حمل النهي على الكراهة، خصوصاً بعد التعليل المزبور المشعر بها، بل الظاهر. فلا ريب أنّ القول بها هو الأقوى، والله العالم.

[٣] **على المشهور بين الأصحاب، بل الظاهر عدم الخلاف كما اعترف به غير واحد إلّا من الإسكافي[٣]، فجوّز شهادة الوصي لليتيم في حجره، وإن كان هو المخاصم للطفل ولم يكن بينه وبين المشهود عليه ما يفسد شهادته من عداوة ونحوها.**

ومال إليه المقداد بل وكذا ثاني الشهيدين[٤]، لكن قال: إنّ العمل على المشهور.

بل في الرياض بعد أن نقل ذلك قال: «وهو حسن إن بلغ الشهرة الإجماع كما هو الظاهر منه، وإلّا فمختار الإسكافي لعلّه أجود؛ لبعد التهمة من العدل، حيث إنّه ليس بمالك ولم يكن أُجرة على عمله في كثير من الموارد، ومضافاً إلى المكاتبة الصحيحة الصريحة المروية في الفقيه في باب شهادة الوصي للميّت وعليه دين وفيها: وكتب إليه أيجوز للوصي أن يشهد لوارث الميّت صغيراً أو كبيراً بحقّ له على الميّت أو على غيره وهو القابض للوارث الصغير وليس الكبير بقابض؟ فوقّع عليه السلام: «نعم، وينبغي للوصي أن يشهد بالحقّ ولا يكتم شهادته»[٥]. وظاهر الصدوق العمل بها»[٦].

وفيه: أنّ المانع فيه وفي نظائره أنّه يرجع إلى كونه مدّعياً باعتبار ثبوت حقّ له فيما شهد به فهو كشهادة المرتهن على المال المرهون أنّه ملك للراهن مثلاً، وكشهادة الشريك لشريكه وغرماء المفلّس بمال له بل لعلّ منه غرماء الميّت أيضاً مع قصور التركة بل ومع عدمه في وجه، ونحو ذلك ممّا يرجع إلى تعلّق حقّ للمدّعي، فعدم قبول شهادته حينئذٍ لذلك، وحينئذٍ فلا مدخلية لبعده عن التهمة بالعدالة، كما أنّ ما ذكرناه حاصل وإن لم يكن له أُجرة.

وأمّا المكاتبة - فمع إعراض المعظم عنها، وإمكان حملها على شهادته على ما لا حقّ له فيه من مال الكبير ونحوه - قاصرة عن معارضة ما يقتضي خلافها، على أنّها مشتملة على كتابته إليه أيضاً: أنّه هل تقبل شهادة الوصي للميّت بدين له على رجل آخر مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع عليه السلام: «إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدّعي يمين»[٧]. إذ لا يخفى أنّ يمين المدّعي مع العدل الواحد كافٍ في مثله، فلا يحتاج حينئذٍ إلى شهادته فاعتبار اليمين معها كناية عن عدم قبولها.

---

(١)(٢) تقدّم في ص٦٧٢.

(٣) نقله في المختلف ٨: ٥٣١.

(٤) التنقيح ٢: ٤١٩. المسالك ٦: ٢٠٩.

(٥) الفقيه ٣: ٧٣، ح٣٣٦٢. الوسائل ٢٧: ٣٧١، ب٢٨ من الشهادات، ح١، مع اختلاف.

(٦) الرياض ٩: ٥٣٨.

(٧) الوسائل ٢٧: ٣٧١، ب٢٨ من الشهادات، ح١.

نعم [المختار] [١] قبول شهادة الوصي فيما لم يكن وصيّاً فيه [٢].

ومن ذلك شهادته على الميّت بدين [٣].

(و) على كلّ حال فمقتضى ما ذكرنا أنّه (**لو كان وصياً في إخراج مال معيّن فشهد للميّت بما يخرج به ذلك المال من الثلث لم تقبل**) [٤].

اللهمّ إلّا أن يفرض على وجه لا يكون له حق أصلاً، فإنّه يتجه القبول حينئذٍ [٥].

نعم لو كان المال عائداً له اتّجه عدم القبول حينئذٍ لما ذكرناه، فتأمّل جيّداً.

(**مسائل أربع**):

[لو أعتق في مرض الموت]:

(**الأُولى: إذا**) أعتق في مرض الموت أو (**أوصى بعتق عبيده وليس له سواهم**) ولم يجز الورثة (**أُعتق ثلثهم**)

---

[١] **[إذ] لا خلاف كما اعترف به غير واحد بل ولا إشكال فيه [ـه].**

[٢] لعموم ما دلّ على قبول شهادة العدل[١].

[٣] ولا ينافي ذلك ما في المكاتبة المزبورة من أنّه كتب إليه أيضاً: أو تقبل شهادة الوصي على الميّت بدين مع شاهد آخر عدل، فوقّع عليه السلام: «نعم من بعد يمين»[٢].

فإنّ اعتبار اليمين هنا لا ينافي قبول شهادته لكون الدعوى على الميّت، فاعتبارها للاستظهار كما لو كان الشاهد غيره، وهو واضح.

وقد ظهر لك من ذلك كلّه أنّ الشهادة متى ما جرّت نفعاً لم تقبل، لكن على معنى رجوع الشاهد إلى كونه مدّعياً، ولو باعتبار تعلّق حقّ له فيما شهد عليه، فإنّ هذا القدر هو المسلّم من هذه الكلّية.

وإن كان في كلمات الأصحاب أمثلة لها تقتضي الزيادة على ذلك، إلّا أنّ إقامة الدليل بحيث يصلح للخروج عمّا دلّ على قبول شهادة العدل صعب.

كما لا يخفى على مَن لاحظ كلامهم في هذا المقام.

وإن كان ربّما ذكر لذلك بعض التعليلات الاعتبارية التي لا تصلح مدركاً للأحكام الشرعية والرجاء من الله تعالى أن يأتي زيادة تحقيق لذلك في محلّه، فإنّه قد أشبعنا الكلام فيها في كتاب الشهادات، فلاحظ وتأمّل، فإنّه ربّما كان بعض الاختلاف بين المقامين.

[٤] لما فيها من إثبات حقّ له.

[٥] وقد يقال: إنّ مجرّد وصايته على إخراج المال المعيّن لغيره ليس حقّاً يمنع من قبول شهادته.

---

(١) الوسائل ٢٧: ٣٧١، ب٢٨ من الشهادات، ح١، و١٩: ١٦٢، ب٢ من الوكالة، ح١، وانظر ٢١: ٨٩، ب٦ من نكاح العبيد والإماء وانظر ٥: ٣٧٨، ب٣ من الأذان والإقامة.

(٢) الوسائل ٢٧: ٣٧١، ب٢٨ من الشهادات، ح١.

بناءً على الأصحّ من كون المنجزات من الثلث (**بالقرعة**) بتعديلهم أثلاثاً بالقيمة وعتق ما أخرجته القرعة [١].

وقد عرفت أيضاً فيما تقدّم أنّ الوصايا إذا وقعت دفعة قسّط عليها الثلث بالنسبة [٢].

٢٥٩/٢٨

(**ولو رتّبهم**) في الإعتاق أو الوصية به (**أُعتق الأوّل فالأوّل حتى يستوفي الثلث، وتبطل الوصية**) أو التنجيز (**فيمن بقي**) إذا لم يجز الوارث [٣].

---

[١] **بلا خلاف أجده:**

١ ـ للمرسل عن النبيّ صلى الله عليه وآله: في ستّة عبيد أعتقهم مولاهم عند موته ولم يكن غيرهم فجزّأهم أثلاثاً ثمّ أقرع بينهم[١].

٢ ـ والصحيح عن أبي جعفر عليه السلام: في الرجل يكون له المماوكون فيوصي بعتق ثلثهم، فقال: «كان عليّ عليه السلام يسهم بينهم»[٢].

٣ ـ والخبر الذي رواه المشايخ الثلاثة عن موسى بن جعفر عليه السلام قال: «أنّ أبي ترك ستّين مملوكاً وعتق ثلثهم فأقرعت بينهم وأخرجت عشرين فأعتقتهم»[٣]. ولو استلزم التعديل التجزئة في العبد أُعتق ذلك الجزء السعي في الباقي، وإنّما لا يعتق ثلث كلّ واحد منهم مع أنّ كلّ واحد منهم بمنزلة الموصى له.

[٢] ١ ـ لما سمعته من فعل النبيّ صلى الله عليه وآله ذلك وغيره، وإن كان هو في المنجّز إلّا أنّ الإجماع بحسب الظاهر على عدم الفرق بينه وبين الوصية هنا.

٢ ـ مضافاً إلى الصحيح عن علي عليه السلام[٤].

٣ ـ بل يمكن أن يكون منها خبر موسى بن جعفر عليه السلام سيّما بعد قوله فاعتقتهم[٥].

٤ ـ ولاستلزام عتق الكلّ الإضرار بالورثة.

[٣] **بلا خلاف أجده كما اعترف به في الرياض**[٦]**:**

١ ـ للأصل المتقدّم.

٢ ـ وخصوص النصّ: في رجل أوصى عند موته أعتق فلاناً وفلاناً وفلاناً وفلاناً وفلاناً فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعتقهم، قال: «ينظر إلى الذين سمّاهم وبدأ بعتقهم، فيقوّمون وينظرون إلى ثلثه فيعتق معه أوّل شيء ثمّ الثاني ثمّ الثالث ثمّ الرابع ثمّ الخامس، فإن عجز الثلث كان في الذي سمّى أخيراً؛ لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، فلا يجوز له ذلك»[٧].

---

(١) انظر المستدرك ١٤: ١٠٤، ب١٦ من الوصايا، ح٣.

(٢) الوسائل ٢٣: ١٠٣، ب ٦٥ من العتق، ح ١.

(٣) الخبر ممزوج مما نقل عن موسى بن جعفر عن أبيه عليهما السلام وما نقل عن أبي عبدالله عليه السلام. انظر الوسائل ١٩: ٤٠٨، ب٧٥ من الوصايا، ح١، وذيله. و٢٣: ١٠٣، ب ٦٥ من العتق، ح ٢، وذيله أيضاً.

(٤) الوسائل ٢٣: ١٠٣، ب ٦٥ من العتق، ح ١.

(٥) تقدّم آنفاً.

(٦) الرياض ٩: ٥٤٠.

(٧) الوسائل ١٩: ٣٩٨، ب٦٦ من الوصايا، ح١.

(ولو أوصى بعتق عدد مخصوص من عبيده استخرج ذلك العدد بالقرعة) [١]. (وقيل: يجوز للورثة أن يتخيّروا بقدر ذلك العدد، والقرعة على الاستحباب) حينئذٍ (وهو حسن) [٢].

[لو أعتق مملوكه عند الوفاة]:

(الثانية: لو أعتق مملوكه عند الوفاة منجّزاً وليس له سواه) ولم يجزه الوارث (قيل: عتق[١] كلّه) [٣].

(وقيل: ينعتق ثلثه و) حينئذٍ فـ(يسعى للورثة في) الـ(باقي) من يجزه (قيمته وهو أشهر) وأقوى كما عرفته في الحجر وتعرفه هنا في محلّه إن شاء الله تعالى.

(ولو أعتق ثلثه) عند الوفاة (يسعى في باقيه) فيدفع جميع ما يكتسبه فاضلاً عن مؤنته بعد ذلك في فكّ باقيه، لا بنصيب الحريّة خاصّة [٤].

(ولو كان له) أي المعتق (مال غيره) أي العبد (أُعتق الباقي من ثلث تركته) [٥].

[لو أوصى بعتق رقبة]:

(الثالثة: لو أوصى بعتق رقبة) وأطلق ولم يكن ثمّة قرينة أجزأ الصغير والكبير والذكر والأنثى والخنثى [٦].

ولو قال: (مؤمنة وجب) امتثال ما أوصى به [٧]. والمراد بالإيمان عرفاً الاعتقاد بإمامة الاثني عشر، وقد يطلق على غير ذلك، إلّا أنّ المنساق عرفاً الآن ذلك، خصوصاً إذا كانت الوصية من أحدهم.

---

[١] لأنّها العدل بين العبيد الذين قد تعلّق لكلّ منهم حقّ بالوصية، ولا طريق لتمييزه إلّا القرعة.

[٢] **بل في المسالك: أنّه أقوى**[٢]؛ لأنّها لكلّ أمر مشكل. ولا إشكال بعد فرض كون الموصى به من المتواطئ الذي قد عرفت الخيار فيه للوارث.

[٣] بناءً على أنّ المنجّز [يخرج] من الأصل.

[٤] لكونه حينئذٍ كالمكاتب الذي تحرّر بعضه.

[٥] للسراية التي هو سببها، وبذلك كان كالمنجّز الذي قد عرفت أنّ الأصحّ خروجه من الثلث، مع احتمال كون ذلك من الأصل، وإن قلنا بكون المنجّز منه لا من الأصل باعتبار أنّ العتق بالسراية قهري، فيكون من الأصل؛ إذ ليس هو من التبرّعات، وإن كان الأوّل أقوى.

[٦] ١ ـ للإطلاق.

٢ ـ وفي خبر الحضرمي قلت له ـ أي لأبي عبدالله عليه السلام ـ: ـ إنّ علقمة بن محمّد وصّاني أن أعتق عنه رقبة، فأعتقت عنه امرأة فيجزيه أم أعتق عنه من مالي؟ قال: قال: «تجزئه، ثمّ قال لي: إنّ فاطمة أمّ ابني أوصت أن أعتق عنها رقبة فأعتقت عنها امرأة»[٣].

[٧] **بلا خلاف ولا إشكال**؛ للنهي عن تبديلها الذي يكون ترك امتثال ما أوصى به منه أو أولى بالنهي.

---

(١) في الشرائع: «أعتق».

(٢) المسالك ٦: ٢١١.

(٣) الوسائل ١٩: ٤٠٤، ب ٧٢ من الوصايا، ح ١، وفيه: «أوصاني» بدل «وصّاني».

نعم الظاهر إلحاق مستضعف هذه الفرقة بهم في الأحكام. (**فإن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب**) [١].

و[المختار] [٢] عدم الفرق بين النصب وغيره ممّا يوجب الكفر في فرق المسلمين [٣].

وقد عرفت المراد بالناصب في كتاب الطهارة.

(**و**) كيف كان فـ(**لو ظنّها مؤمنة**)؛ لإخبارها أو لإخبار من يعتدّ به أو لإظهارها الإيمان أو نحو ذلك من الطرق الشرعية (**فأعتقها ثمّ بانت بخلاف ذلك أجزأت عن الموصي**) [٤].

---

[١] **كما عن الشيخ**[١]، **بل في الرياض عن ظاهر التنقيح وصريح غيره عدم الخلاف فيه**[٢]؛ لخبر عليّ بن أبي حمزة ـ المنجبر ضعفه بالشهرة المحكية في الروضة[٣] وعن غيرها ـ قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك؟ قال: «يشتري من الناس فيعتق»[٤].

وهو وإن كان خالياً من التقييد بعدم النصب، إلّا أنّه معلوم من الخارج كفر الناصب، وعدم جواز عتقه.

[٢] [كما] منه يعلم [ذلك].

[٣] ولعلّ التقييد به لكثرته في المخالفين وللتصريح به في خبره الآخر: سألت عبداً صالحاً عن رجل هلك فأوصى بعتق نسمة مسلمة بثلاثين ديناراً فلم يوجد بالذي سمّى قال: «ما أرى لهم أن يزيدوا على الذي سمّى، قلت: فإن لم يجدوا، قال: فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصباً»[٥]. وهما وإن كانا فيمن لم يجد بما أوصى به الموصي، وهو غير مفروض المتن إلّا أنّ الظاهر عدم الفرق. بل ما في المتن أولى بهذا الحكم من ذلك. والمناقشة بضعف السند بعد التسليم مدفوعة بما عرفت من الانجبار بما سمعت. **فما عن ابن إدريس ـ من عدم الاجتزاء بذلك**[٦]، **وعن ابن البرّاج أنّه احتاط به**[٧]، **بل اختاره ثاني المحقّقين والشهيدين**[٨]؛ لعموم ﴿**مَن بَدَّلَهُ**﴾[٩] ونحوه. فيتوقّع المكنة حينئذٍ، فمع اليأس يكون حكمه حكم ما لو تعذّر صرف الموصى به فيما أوصى به ـ واضح الضعف، بل هو من الاجتهاد في مقابلة النصّ.

[٤] **بلا خلاف أجده كما في الرياض**[١٠]:

١ ـ لقاعدة الإجزاء في نحوه ممّا كان المرء متعبّداً فيه بظنّه.

٢ ـ وللصحيح: عن رجل أوصى بنسمة مؤمنة عارفة فلمّا أعتقناها بان أنّها بغير رشدة، فقال: «قد أجزأت عنه، إنّما مثل ذلك مثل رجل اشترى أُضحية على أنّها سمينة فوجدها مهزولة»[١١].

---

(١) النهاية: ٦١٦.
(٢) الرياض ٩: ٥٤١.
(٣) الروضة ٥: ٤٩.
(٤) الوسائل ١٩: ٤٠٥، ب٧٣ من الوصايا، ح١.
(٥) المصدر السابق: ٤٠٥، ب٧٣ من الوصايا، ح٢.
(٦) السرائر ٣: ٢١٣.
(٧) نقله في المختلف ٦: ٣٨٥.
(٨) جامع المقاصد ١٠: ٢١٠. المسالك ٦: ٢١٢.
(٩) البقرة: ١٨١.
(١٠) الرياض ٩: ٥٤٢.
(١١) الفقيه ٤: ٢٣٢، ح٥٥٥٢. الوسائل ١٩: ٤٣٢، ب٩٥ من الوصايا، ح٣ وذيله.

[لو أوصى بعتق رقبة بثمن معيّن]:

(**الرابعة: لو أوصى بعتق رقبة بثمن معيّن فلم يجد به لم يجب شراؤها**) بالزائد قطعاً [١].

حتى لو بذل له الوارث أو غيره بل لو تمكّن منه من ثلث الميّت لم يجب أيضاً.

بل قد يشكل جواز ذلك له فضلاً عن وجوبه بعدم كونه الموصى به.

نعم لو بذل صاحب الرقبة بأن رضي بالقدر المزبور عوضاً لها أمكن الوجوب حينئذٍ وهو خارج عن المفروض الذي قد عرفت أنّ حكمه ترك الشراء (**وتوقّع وجودها بما عيّن له**)، فإن آيس منه صرفه في وجوه البر التي هي طريق إيصال مال الميّت إليه [٢]. ولعلّ الأولى اختيار شراء شقص له وعتقه عنه من وجوه البر [٣]. وإن كان الأقوى عدم وجوب مراعاة مثل ذلك.

(**ولو**) توقّع فلم يجدها بذلك ولكن (**وجدها بأقلّ**) من الثمن الذي أوصى به (**اشتراها وأعتقها**) [٤].

(**و**) إنّما الكلام في قول المصنّف [٥]: (**دفع إليها ما بقي**) الظاهر في وجوب ذلك عليه، وأنّه لا يجوز صرفه في غيره من وجوه البرّ [٦].

---

[١] لعدم المقتضي.

[٢] إذ لا معنى لإرجاعه إلى الوارث بعد خروجه عنه بالوصية، وتعذّر إنفاذها بعد فرض كونها ممكنة في حدّ ذاتها حال الوصية لا يبطلها بحيث يرجع المال إلى الوارث.

[٣] لكونه أقرب إلى الموصى به.

[٤] **بلا خلاف أجده فيه**؛ لقاعدة «عدم سقوط الميسور بالمعسور»، ولإمكان دعوى كونه مراداً للموصي في هذا الحال، وللخبر الآتي.

[٥] **وغيره، بل قيل: إنّه لا خلاف فيه**[١].

[٦] ١ ـ ولعلّه لأنّه أقرب إلى الموصى به. ٢ ـ ولموثّق سماعة: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة من ثلثه بخمسمئة درهم فاشترى الوصي بأقلّ من خمسمئة درهم وفضلت فضلة فماترى في الفضلة؟ قال: «تدفع إلى النسمة من قبل أن تعتق، ثمّ تعتق عن الميّت»[٢]. المحمول على صورة تعذّر الموصى به، ولو بقرينة حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح، فلا يكون ترك الاستفصال فيه دليلاً على العموم، ومع التسليم يخصّ بظاهر اتّفاق الأصحاب على عدم الجواز إلّا مع التعذّر ترجيحاً لعموم «مَن بَدَّلَهُ» عليه، وسماعة وإن كان واقفياً، إلّا أنّه ثقة فيكون الخبر من الموثّق الذي قد فرغنا من إثبات حجّيته في الأُصول، على أنّه منجبر بالشهرة أو عدم الخلاف.

ولعلّ في قوله عليه السلام: «قبل أن تعتق» إشارة إلى ما ذكرناه من قرب ذلك إلى الموصى به باعتبار صيرورة دفع بقيّة المال إليها بمنزلة شرائها بالثمن المعيّن، فتأمّل جيداً.

---

(١) الرياض ٩: ٥٤٣.

(٢) الوسائل ١٩: ٤١٠، ب٧٧ من الوصايا، ح١.

[حكم الموصى له وشرائطه]:

الفصل (الرابع: في الموصى له):

(ويشترط فيه الوجود) حال الوصية **(فلو كان معدوماً لم تصحّ الوصية له، كما لو أوصى لميّت أو لمن ظنّ وجوده فبان ميّتاً عند الوصية، وكذا لو أوصى لما تحمله المرأة)** في الزمان المستقبل **(أو لمن يوجد من أولاد فلان)** [١].

بل الظاهر ذلك وإن اتّفق وجوده حال موت الموصي [٢]. نعم هذا كلّه في الوصية التمليكية، أمّا الوصية

---

[١] **بلا خلاف أجده في شيء من ذلك. بل عن نهج الحقّ والتذكرة الإجماع عليه**[١]؛ للأصل المقتصر في تقييده بالمنساق من إطلاقات الوصية في الكتاب والسنّة على الوصية للموجود. على أنّ المراد هنا الوصية التي قد عرفت كونها تمليك عين أو منفعة، والمعدوم ليس له أهلية التملّك ولا قابليّته؛ ضرورة كون الملك من الصفات الوجودية التي لا تقوم بالمعدوم، بل لا يتصوّر قيامها فيه، بل مرجع ملك المعدوم إلى الملك بلا مالك. وما ثبت في الوقف من صحّته على المعدوم تبعاً للموجود إنّما هو بمعنى جعل الشارع عقد الوقف سبباً لملك المعدوم بعد وجوده، فالوجود حينئذٍ كالقبض أحد أجزاء العلّة التامّة في ثبوت الملك له، لا أنّه مالك حال عدمه، وإلّا كان وجوده كاشفاً عن تحقّق شركته مع الموجود من أوّل الأمر، وهو معلوم البطلان، وهذا شيء لا مانع عقلاً ولا نقلاً من شرع الشارع له. كما أنّه شرعه لإثبات الملك للموجود ما دام موجوداً على وجه ينتقل عنه الملك بموته، ويتلقّاه الآخر من الواقف لا من الموقوف عليه على خلاف قياس باقي أسباب الملك. ولو أنّ الشارع شرع الوصية التمليكية على هذا الوجه لم يكن بأس في تمليك المعدوم لها على الوجه المزبور، إلّا أنّه لم يثبت ذلك من الشارع فيها، بل الثابت خلافه، وأنّها على قياس باقي أسباب الملك نحو الهبة والبيع والصلح ونحوها كما لا يخفى على من لاحظ أدلّتها. ولو سلّم قابلية تحميل إطلاقاتها ذلك، إلّا إنّ الإجماع بقسميه على كون المراد منها الموجود. فما في جامع المقاصد[٢] ـ من إشكال ما سمعته من الأصحاب بما مرّ في الوقف من صلاحية المعدوم للملك تبعاً للموجود مع أنّ الوصية أخفّ منه، كما هو واضح لمن لاحظ أحكامهما ـ في غير محلّه؛ لما سمعته من وضوح الفرق بين المقامين، ولا حاجة إلى ما تكلّفه ثاني الشهيدين[٣] في الفرق بينهما، وأطنب به ممّا لا يرجع إلى محصّل، فلاحظ وتأمّل، والتحقيق ما عرفت. ولا يرد عليه أنّ المعدوم لو كان غير قابل للتمليك والملك لم يكن قابلاً للتملّك، مع أنّ الإجماع بقسميه على صحّة الوصية بالمعدوم عيناً ومنفعة وعلى جواز بيع الثمار ونحو ذلك ممّا هو من تملّك المعدوم. لأنّا نقول ـ بعد الفرق بينهما بالإجماع ونحوه ـ أنّه يمكن منع تحقّق الملك في ذلك كلّه حقيقة، بل أقصاه التأهّل للملك والاستعداد له على حسب ملك النماء لمالك الأصل، وملك المنفعة لمالك العين فهو من ملك أن يملك لا أنّه ملك حقيقة، بل بالأسباب المزبورة استحقّ أن يملك المعدوم بعد وجوده، لا أنّه مالك للمعدوم حقيقة. ولو أنّه ثبت في الوصية صلاحيّتها لنحو ذلك في الموصى له كما ثبت صلاحيّتها له في الموصى به لقلنا به، لكنّه لم يثبت، بل الثابت خلافه كما عرفت.

[٢] ولذا قيّدنا الوجود في المتن بحال الوصية.

---

(١) نهج الحق: ٥١٧. التذكرة ٢: ٤٦٠ (حجرية).
(٢) جامع المقاصد ١٠: ٤١.
(٣) المسالك ٦: ٢١٥ ـ ٢١٦.

العهدية التي لم يقصد الموصي إنشاء تمليك فيها فلا أجد مانعاً من صحّتها للمعدوم، بمعنى أن يعهد الميّت في إعطاء شيء أو وقفه أو نحو ذلك لمن يتولّد من زيد مثلاً [١].

(و) على كلّ حال فـ[ـالمختار] [٢] أنّه (**تصحّ الوصية للأجنبي والوارث**) [٣].

---

[١] وإطلاق اشتراط الأصحاب «الموجود» في الموصى له منزّل بقرينة تعليلهم وغيره على التمليكية التي هي أحد العقود كما سمعته سابقاً، والله العالم.

[٢] [و] **لا خلاف بيننا في [ذلك]**.

[٣] ١ ـ **بل الإجماع** بقسميه عليه، بل المحكيّ منهما مستفيض أو متواتر.

٢ ـ مضافاً إلى إطلاق الوصية في الكتاب والسنّة وخصوصاً آية: ﴿**كُتِبَ**﴾[١] إلى آخره.

٣ ـ والمعتبرة المستفيضة الدالّة على جواز الوصية للوارث.

٤ ـ منها قول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح: «الوصية للوارث لا بأس بها»[٢]. وفي آخر: سأله محمّد بن مسلم عن الوصية للوارث؟ فقال: «يجوز»[٣]. وفي ثالث: فقال: «يجوز ثمّ تلا هذه»: ﴿**إِن تَرَكَ خَيراً**﴾[٤] إلى آخره»[٥] إلى غير ذلك. **فما عن العامّة**[٦] **من منع جوازها للوارث مطلقاً أو إذا لم يجز غيره من الورثة** ـ واضح الفساد. كوضوح حمل ما ورد في أخبارنا ممّا يوافق ذلك على التقيّة منهم، نحو ما عن تفسير العيّاشي من خبر أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام: في قوله تعالى: ﴿**كُتِبَ**﴾[٧] إلى آخره، قال: «هي منسوخة نسختها آية الفرائض التي هي المواريث»[٨]. أو على إرادة نسخ الوجوب دون الاستحباب أو الجواز. وخبر القاسم بن سليمان: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اعترف لوارث بدين في مرضه؟ فقال: «لا تجوز وصيّته لوارث، ولا اعتراف له بدين»[٩] المحتمل أيضاً إرادة نفي الوصية بالزائد على الثلث. كما في النبوي المروي عن تحف العقول: أنّه قال صلى الله عليه وآله في خطبة الوداع: «أيّها الناس إنّ الله قد قسّم لكلّ وارث نصيبه من الميراث، ولا تجوز وصيّة لوارث بأكثر من الثلث»[١٠]. ومن الغريب ما في دعائم الإسلام عن عليّ وأبي جعفر وأبي عبدالله صلوات الله عليهم أنّهم قالوا: لا وصية لوارث». وهذا إجماع فيما علمناه، ولو جازت الوصية للوارث لكان يعطى من الميراث أكثر ممّا سمّاه الله عزّ وجلّ له، ومن أوصى لوارث فإنّما استقلّ حقّ الله الذي جعل له، وخالف كتابه ومن خالف كتابه عزّ وجلّ لم يجز فعله، وقد جاءت رواية عن جعفر بن محمّد عليهما السلام دخلت من أجلها الشبهة على بعض من انتحل قوله، وهي: أنّه سئل عن رجل أوصى لقرابته فقال: «يجوز ذلك لقول الله عزّ وجلّ: ﴿**إِن تَرَكَ خَيراً الوَصيّة لِلوَالدينِ وَالأَقربين**﴾[١١]»[١٢] والذي ذكرناه عنه وعن آبائه الطاهرين هو أثبت وهو إجماع المسلمين إلى آخره. ولكن لا غرو فإنّ الرجل المزبور جديد التشيّع على ما ذكر في ترجمته، والله العالم.

---

(١) (٤) (٧) (١١) البقرة: ١٨٠.

(٢) الوسائل ١٩: ٢٨٨، ب ١٥ من الوصايا، ح ٤.

(٣) المصدر السابق: ح ٥.

(٥) المصدر السابق: ٢٨٧، ح ٢.

(٦) انظر المغني والشرح الكبير ٦: ٤١٨ ـ ٤١٩.

(٨) تفسير العياشي ١: ٧٧، ح ١٦٧. الوسائل ١٩: ٢٩٠، ب ١٥ من الوصايا، ح ١٥.

(٩) الوسائل ١٩: ٢٨٩، ب ١٥ من الوصايا، ح ١٢.

(١٠) تحف العقول: ٣٠. الوسائل ١٩: ٢٩٠، ب ١٥ من الوصايا، ح ١٤.

(١٢) دعائم الإسلام ٢: ٣٥٨، ح ١٣٠٥. المستدرك ١٤: ١٠١ ـ ١٠٢، ب ١٤ من الوصايا، ح ٣.

(و) كذا (تصحّ الوصية للذمّي ولو كان أجنبياً، وقيل: لا تجوز مطلقاً) [١]. (ومنهم من خص الجواز بذوي الأرحام، والأوّل أشبه) [٢].

(وفي الوصية للحربي تردّد) [٣] (أظهره المنع) [عند المصنّف] [٤].

---

[١] ولكن لم نعرف القائل.

[٢] بإطلاق الأدلّة وعمومها، بل عن الخلاف نفي الخلاف فيه[١].

[٣] وخلاف.

[٤] فكان حاصل مختاره التفصيل بين الذمّي والحربي، فالأوّل تجوز له الوصية مطلقاً، والثاني لا تجوز مطلقاً. وهو قول الشيخ في الخلاف وابن إدريس في السرائر[٢] وهو أحد الأقوال في المسألة.

١ و ٢ ـ ويدلّ عليه في الأوّل [أي الذمّي] مضافاً إلى نفي الخلاف المزبور قوله تعالى: ﴿ لَا يَنهَاكُمُ ﴾ إلى قوله ﴿ أَن تَبَرُّوهُم ﴾[٣] بناءً على أنّها من البرّ، أو أولى بالجواز منه.

٣ ـ وعموم الوصية وإطلاقها.

٤ ـ وما دلّ على وجوب إنفاذها وحرمة تبديلها[٤] وأنّها على حسب ما أوصى به الموصي.

٥ ـ والنصوص المستفيضة المشتملة على إنفاذ الوصية ولو كان الموصى له يهودياً أو نصرانياً[٥]، وغير ذلك.

١ ـ و[يدلّ عليه] في الثاني [أي الحربي] أنّها مودّة وقد نهى الله عنها بقوله: ﴿ لَا تَجِدُ قَوماً يُؤمِنُونَ بِاللهِ وَاليَومِ الآخِرِ يُوَادُّونَ مَن حَادَّ اللهَ وَرَسُولَهُ وَلَو كَانُوا آبَاءَهُم أَو أَبنَاءَهُم ﴾[٦].

ومنها يعلم عدم الفرق بين الأرحام وغيرهم إذا كانوا حربيّين.

٢ ـ وقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا يَنهَاكُمُ اللهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُم ﴾ إلى قوله: ﴿ أَن تَوَلَّوهُم ﴾[٧].

٣ ـ مضافاً إلى مفهوم الآية السابقة.

٤ ـ وما عساه يشعر به الوصل في تلك النصوص باعتبار ظهوره في أنّ أقصى أفراد الجواز اليهودي والنصراني، ولو كان الحربي جائزاً لكان أولى بالذكر.

٥ ـ ولأنّ الحربي غير قابل للملك؛ لأنّه وما معه ملك للمسلم.

٦ ـ ولأنّه لو صحّت لوجب تنفيذها وهو منافٍ لما دلّ على أخذ المال من الحربي، لكن قد يناقش بمنع كون الوصية التي هي

---

(١) الخلاف ٤: ١٥٣.

(٢) الخلاف ٤: ١٥٣، لم نعثر على الثاني بل المحكي عنه والموجود في السرائر ٣: ٨٦، ١٩٧ الجواز مطلقا.

(٣) الممتحنة: ٨.

(٤) انظر الوسائل ١٩: ٣٣٧، ب ٣٢ من الوصايا.

(٥) انظر الوسائل ١٩: ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٤٣، ب ٣٢، ٣٣، ٣٥، من الوصايا.

(٦) المجادلة: ٢٢.

(٧) الممتحنة: ٩.

عطية بعد الموت ـ مقابلة للهبة التي هي عطية حال الحياة ـ مودّة وتولية وبرّاً ؛ لأنّ الأغراض الداعية إلى ذلك كثيرة ، فإنّه يمكن أن يكون مكافأة وتأليفاً لهم ، وغير ذلك ممّا لا يندرج سببه في الآيتين اللتين يمكن دعوى كون المنساق منهما المنع من ذلك ، من حيث المحادّة لله والقتال للمسلمين وعدم الرغبة في الدين لا من غير هذه الحيثية ، وإلّا لمنعت الهبة لهم ولغيرهم .

كلّ ذلك مع أنّه يمكن منع اقتضاء ذلك عدم الفساد للعقد ، وإن أثم بالمودّة التي تترتّب عليها الوصية والهبة ، وليس ذلك من الوصية بالمحرّم حتى لو قلنا بحرمة الإيصاء عليه والوصل مثلاً ، والوصل المزبور إنّما تضمن اليهودي والنصراني وهو أعمّ من الذمّي والحربي .

ودعوى انسياق الأوّل منهما ـ ولذا يقابل بالحربيّ ـ محلّ منع ، فإنّ غالب أهل الحرب سابقاً ولاحقاً النصارى ، والمقابلة إنّما هي بين الذمّي والحربي لا بين النصراني مثلاً والحربي .

بل لا يبعد دعوى ظهور العبارة في إرادة بيان عدم فرد آخر أشرّ من ذلك نحو قوله فيمن ترك الحجّ : « إن شاء يموت يهودياً أو نصرانياً »[1] فهو حينئذٍ دلّ على التعميم لا على خلافه .

مؤيّداً ذلك بما دلّ على صحّة وصية المجوسي للفقراء ، وأنّها تنصرف إلى فقراء نحلته[2] ، مع أنّه مكلّف بالفروع .

ودعوى عدم قابلية الحربي للملك واضحة المنع ، وإن ورد أنّهم ومالهم فيء للمسلمين ، بمعنى إباحة ذلك للمسلمين ، لا أنّهم تجري أحكام المماليك حقيقة عليهم .

والمراد بتنفيذ الوصية الحكم بكونها للموصى له ، فلا ينافيه ثبوت استحقاق على الموصى له بمقاصّة ونحوها ، ومنه ما نحن فيه ؛ إذ لا منافاة بين صيرورة المال له بحسب الوصية وبين جواز أخذ المسلم له بعد ذلك . وخبر إبراهيم بن محمّد قال : كتب أحمد بن هلال إلى أبي الحسن عليه السلام يسأله عن يهودي مات وأوصى لديّانه بشيء ؟ فكتب عليه السلام : « أوصله إليّ وعرّفني لأنفذه فيما ينبغي إن شاء الله »[3] .

كخبر محمّد بن عيسى قال : كتب علي بن بلال إلى أبي الحسن عليّ بن محمّد عليهما السلام : يهودي مات وأوصى لديّانه بشيء أقدر على أخذه هل يجوز أن آخذه فأدفعه إلى مواليك ؟ أو أنفذه فيما أوصى [به] اليهودي ؟ فكتب عليه السلام : « أوصله إليّ وعرّفنيه لأنفذه فيما ينبغي إن شاء الله »[4] .

لا صراحة فيهما [= الخبرين] بالبطلان بل ولا ظهور ، بناءً على أنّ المراد من « الديّان » أهل دينه وملّته .

وعن الشيخ حملها على إنفاذه في الدين ؛ لأنّه أعلم بكيفيّة القسمة بينهم ووضعه مواضعه[5] ، وحينئذٍ يكون خارجاً عمّا نحن فيه .

---

(١) التهذيب ٥ : ١٧ ، ح ٤٩ . الوسائل ١١ : ٣٠ ، من وجوب الحجّ وشرائطه ، ذيل الحديث ١ ، مع اختلاف فيهما .

(٢) انظر الوسائل ١٩ : ٣٤٢ ، ب ٣٤ من الوصايا .

(٣) الوسائل ١٩ : ٣٤٤ ، ب ٣٥ من الوصايا ، ح ٢ ، وفيه : « لديّانهم » بدل « لديّانه بشيء » .

(٤) المصدر السابق : ح ٣ ، وفيه : « عن محمّد بن عيسى عن محمّد بن محمّد » .

(٥) التهذيب ٩ : ٢٠٤ ـ ٢٠٥ ، ذيل الحديث ٨١٢ .

و[لكن المختار] [١] قوّة القول بالجواز مطلقاً، من غير فرق بين الحربي وغيره والقريب وغيره [٢].

(ولا تصحّ الوصية لمملوك الأجنبي) أي غير الموصي ولا المطلق **(ولا لمدبّره ولا لأُمّ ولده ولا لمكاتبه المشروط أو الذي لم يؤدّ من مكاتبته شيئاً ولو أجاز مولاه)** [٣].

قلت: لا ينبغي التأمّل في بطلان القول بصحّة الوصية للمدبّر وعبدالوارث بناءً على عدم ملك العبد مطلقاً، كما عرفت تحقيقه في كتاب البيع أو غير ما يملّكه مولاه أو فاضل الضريبة أو أرش الجناية [٤].

بل هو كذلك في المدبّر فضلاً عن القنّ وإن تحرّر عند استحقاق الوصية بعد أن كان مملوكاً حالها [٥].

---

[١] [كما] ممّا عرفت يظهر لك [ذلك].

[٢] وإن دلّ على الجواز في الأوّل زيادة على ما عرفت عموم ما دلّ[١] على صلة الأرحام وبرّهم وإعطائهم والوصية لهم من الكتاب والسنّة[٢] حتى قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ المَوتُ إِن تَرَكَ خَيراً الوَصِيَّةُ لِلوَالِدَينِ﴾[٣] إلى آخر الآية، لكن ذلك لا يقتضي اختصاصهم بالجواز، كما هو واضح. ومن الغريب اعتماد بعض[٤] الأساطين على المنع في الحربي على ما حكي عن الشيخ في بعض كتبه من قوله: «لا تجوز الوصية للحربي عندنا»[٥] باعتبار إشعاره بالإجماع. وفيه ـ مع أنّ الشيخ هو الذي حكى الخلاف، ومنه يعلم عدم ظهور «عندنا» في ذلك ـ: أنّ إثبات الأحكام الشرعية بأمثال ذلك من مفاسد الفقه.

مضافاً إلى ما عن مجمع البيان من الإجماع على جواز أن يبرّ الرجل من يشاء من أهل الحرب قرابة كان أو غير قرابة، وقال: «وإنّما الخلاف في إعطائهم مال الزكاة والفطرة والكفّارات، فلم يجوّزه أصحابنا، وفيه خلاف بين الفقهاء»[٦]، والله العالم.

[٣] إجماعاً محكياً عن ظاهر المهذّب وصريح التذكرة بل والتنقيح[٧]، لكن خصّه بالقنّ وأُمّ الولد. وحكى الخلاف في المدبّر والمكاتب عن المفيد والديلمي حيث جوّزا الوصية له[٨]. خلافاً للمبسوط وابني حمزة وإدريس حيث منعوا فيهما[٩] وجعله[١٠] في الأوّل أشبه كما هو المشهور بين المتأخّرين، وقوّى[١١] الجواز في الثاني وفاقاً للشهيدين[١٢]. وفي الرياض: «لم أقف في شيء من كتب الأصحاب على من نقل الخلاف عنهما في ذلك. نعم عن المختلف والمهذّب حكاية الخلاف عن المبسوط وابن حمزة في الوصية لعبد الوارث حيث جوّزاه، وهذا الخلاف كسابقه لو صحّ النقل شاذ، بل على فساد الأوّل ادّعى الإجماع في التذكرة»[١٣].

[٤] ضرورة عدم كون ما نحن فيه من ذلك.

[٥] **كما في القواعد**[١٤]؛ ضرورة كونه حينئذٍ كالوصية للمعدوم حالها إذا وجد حال الاستحقاق، فإنّ المنساق من أدلّة مشروعية الوصية خلاف ذلك، وأنّه بالموت يتحقّق ملك الموصى له من غير توقّف على شيء آخر.

---

(١) الأنفال: ٧٥. الأحزاب: ٦. الوسائل ٩: ٣٨٤، ب٨ من الصدقة، ح٤، و٣٩٧، ب١٣، ح٧.
(٢) انظر الوسائل ١٩: ٤٠١، ب٦٨ من الوصايا.
(٣) البقرة: ١٨٠.
(٤)(١٣) الرياض ٩: ٤٥١، ٤٥٤.
(٥) المبسوط ٤: ٤، وفيه: «الكافر» بدل «الحربي».
(٦)(١٤) مجمع البيان ٩: ٢٧٢. القواعد ٢: ٤٤٩.
(٧) حكا عنها في الرياض ٩: ٤٥٣. انظر المهذب البارع ٣: ١٠٢. التذكرة ٢: ٤٦١ (حجرية) التنقيح ٢: ٣٧٢.
(٨) حكاه في التنقيح ٢: ٣٧٢. انظر المقنعة: ٦٦٨. المراسم: ٢٠٢.
(٩) المبسوط ٤: ٥١. الوسيلة: ٣٧٣، ٣٧٥. السرائر ٣: ١٨٩.
(١٠)(١١) التنقيح ٢: ٣٧٢.
(١٢) الدروس ٢: ٢٥١. المسالك ٦: ٢٢٣.

فالمتّجه حينئذٍ البطلان في الفرض حتى لو صرّح باشتراط حرّيته عند استحقاق الوصية.

إنّما الإشكال إن كان ففي المكاتب [١].

---

[١] لانقطاع سلطنة المولى عنه، ولذا يصحّ بيعه واكتسابه، بل الوصية له نوع من الاكتساب.

ومن هنا مال من عرفت وغيره كالكركي[١] إلى صحّة الوصية له:

١ ـ لكن فيه أوّلاً: ما سمعت من دعوى الإجماع على عدم صحّة الوصية له.

٢ ـ مضافاً إلى ما تقدّم في محلّه من عدم قابلية المملوك للملك، وأنّه كَلٌّ على مولاه لا يقدر على شيء كالبهائم، من غير فرق في ذلك بين جميع أفراده والكتابة لا تقتضي قابليّته للملك وإن شرّعت على وجه تتعقّبها الحرّية إذا حصل الوفاء بما ضرب عليه وإن كان هو مال السيّد. لا يقال: إنّ المراد من صحّة الوصية له معاملة الموصى به معاملة ما يستفيده بكسبه؛ لأنّا نقول: إنّه لم يثبت اقتضاء عقد الكتابة ذلك في غير كسبه. ودعوى أنّ قبول الوصية والهبة له من كسبه يمكن منعها.

ولو سلّم اقتضاء إطلاقها ذلك، لكن يجب الخروج عنه هنا: ١ ـ بالإجماع المزبور. ٢ ـ وصحيح محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في مكاتب كانت تحته امرأة حرّة فأوصت له عند موتها بوصية فقال أهل الميراث: لا يجوز وصيّتها أنّه مكاتب لم يعتق ولا يرث، فقضى أنّه يرث بحساب ما أعتق منه، ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه، وقضى في مكاتب أوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصية وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز له ربع الوصية، وقال في رجل أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها فأجاز لها بحساب ما أُعتق منها»[٢]. ورواه في الفقيه عن أبي جعفر عليه السلام لكن فيه قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب... إلى آخره»[٣]. وكذا رواه في التهذيب لكن بدون حديث النصف وزاد في آخره: «وقضى في وصيّة مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيّته بحساب ما أُعتق منه»[٤]. والظاهر إرادته وصيّة نفسه، كما هو مضمون غير واحد من النصوص، لا الوصية له الذي هو مفروض المسألة. والمناقشة في السند باشتراك محمّد بن قيس بين الثقة وغيره، يدفعها: منع الاشتراك في الراوي للقضايا، مع أنّ الراوي عنه هنا عاصم بن حميد، وهو قرينة واضحة على كونه البجلي الثقة، وأمّا إبراهيم بن هاشم فهو أجلّ من أن يوصف بالوثاقة. وكذا المناقشة في جامع المقاصد في الدلالة بأنّها واقعة عين لا عموم فيها[٥] بأنّها واضحة الفساد؛ لظهور دلالتها في المطلوب، بل صراحتها، خصوصاً مع ملاحظة تقرير الورثة فيها على دعواهم، بل هي من النصوص المشتملة على سؤال وجواب قد ترك الاستفصال عنه، كما هو محرّر في محلّه. كلّ ذلك مع تأيّدها بما في خبر ابن الحجاج عن أحدهما عليهما السلام: «لا وصية لمملوك»[٦] الذي يظهر كون المراد منه ما نحن فيه بملاحظة الخبر الآتي في المسألة الثانية باعتبار وقوع نحو ذلك فيه، ومفروض السؤال أنّه قد أوصى له بوصية فلا مجال حينئذٍ عن القول ببطلان الوصية له.

---

(١) انظر جامع المقاصد ١٠: ٤٥.

(٢) التهذيب ٩: ٢٢٣، ح ٨٧٤. الوسائل ٢٦: ٤٧، ب ١٩ من موانع الإرث، ح ١، وذيله.

(٣) الفقيه ٤: ٢١٦، ح ٥٥٠٦. الوسائل ١٩: ٤١٣، ب ٨٠ من الوصايا، ح ١.

(٤) التهذيب ٨: ٢٧٥، ح ١٠٠٠. الوسائل ٢٣: ١٦٥، ب ٢٠ من المكاتبة، ح ٢.

(٥) جامع المقاصد ١٠: ٤٥.

(٦) الوسائل ١٩: ٤١١، ب ٧٨ من الوصايا، ح ٢.

[والمختار البطلان أيضاً]. نعم لو كان قد تحرّر بعضه صحّت الوصية له بالنسبة. ولو أوصى للجزء الحرّ منه كان فيه إشكال أقواه عدم الصحّة [١].

(و) كيف كان فـ[ـالمختار][٢] أنّـه (**تصحّ**) الوصية (**لعبد الموصي ولمدبّره ومكاتبه وأمّ ولده**) في الجملة [٣].

٢٧١/٢٨ (و) المراد بصحّة الوصية له أنّه (**يعتبر ما أوصى**[١] **به لمملوكه بعد خروجه من الثلث، فإن كان بقدر قيمته**

---

[١] لأنّ المالك من تحرّر بعضه لا البعض المحرّر، وبذلك وردت الأخبار وجرى عليه كلام الفقهاء الأخيار. مع أنّه قد يقال: إنّ المالكية من الأعراض النفسانية والمملوكية من الأعراض الجسمانية، وحصول الأولى للنفس الإنسانية كاملاً مشروط بانتقال الثانية عن البدن، فإذا انتفت عن بعضه ثبت الملك بالنسبة، وزوال الملك بالموت إنّما هو لمدخلية اتّصالها بالبدن فيه. ثمّ إنّ الظاهر من قول المصنّف: «ولو أجاز مولاه» راجع إلى الجميع، ويحتمل الأخير [أي المكاتب] فيستفاد حكم غيره بطريق أولى، والغرض منه الردّ به على بعض[٢] العامّة القائلين بذلك إذا استمرّ رقّه.

وفيه: أنّ ملك المولى له مع عدم قصد الناقل وعدم معارضته بعين مملوكة له كي يدخل معوّضها في ملكه قهراً وإن قصد الناقل خلافه مخالف للضوابط الشرعية التي منها أنّ العقود تابعة للقصود، والله العالم.

[٢] [كما] لا خلاف في الظاهر ـ كما اعترف به غير واحد ـ في [ذلك].

[٣] بل في جامع المقاصد وعن المهذّب الإجماع عليه في الجميع[٣]، وعن فخر الدين والصيمري الإجماع في الأوّل[٤] والتذكرة في الأخير[٥]. وهو الحجّة بعد النصوص التي منها كما قيل[٦] ـ الصحيحان.

في أحدهما: رجل أوصى بثلث ماله لمواليه ولمولياته الذكر والأنثى فيه سواء أو للذكر مثل حظّ الأنثيين من الوصية، فوقّع عليه السلام: «جائز للميّت ما أوصى به على ما أوصى به إن شاء الله»[٧].

وفي الثاني: رجل أوصى لمواليه وموالي أبيه بثلث ماله فلم يبلغ ذلك، قال: «المال لمواليه وسقط موالي أبيه»[٨]. وإن ناقش في الاستدلال بهما في الرياض باشتراك لفظ «المولى» بين العبد وغيره، فلعلّه المراد دون الأوّل، ولا قرينة ترجّح إرادته، بل لعلّ القرينة على خلافه واضحة لظهورها في إعطاء الثلث للموصى له بأن يسلّم إليه دون أن يعتق منه بحسابه[٩].

وقد تدفع بظهور المولى في العبد وخصوصاً في المقام، ولذا أسقط الوصية في الثاني: «موالي أبيه». وأمّا الإعطاء له فهو وإن كان ظاهر الخبرين ذلك، إلّا أنّه فسّره غيرهما بالعتق منه بحسابه، كما ستعرف، فلا بأس حينئذٍ بحمل ما فيهما عليه، والأمر في ذلك سهل بعد عدم انحصار الدليل فيهما.

---

(١) في الشرائع: «يوصي».
(٢) روضة الطالبين ٦: ١٠١.
(٣) جامع المقاصد ١٠: ٤٨. المهذب البارع ٣: ١٠٢.
(٤) الايضاح ٢: ٤٨٥. انظر غاية المرام ٢: ٤٣٦ ـ ٤٣٧.
(٥) التذكرة ٢: ٤٦٣ (حجرية). حكا عنه وعما قبله في الرياض ٩: ٤٥٦
(٦) الرياض ٩: ٤٥٦.
(٧) الكافي ٧: ٤٥، ح ٢. الوسائل ١٩: ٣٩٤، ب ٦٣ من الوصايا، ح ١ وذيله.
(٨) الوسائل ١٩: ٤٠٢، ب ٦٩ من الوصايا، ح ٢.
(٩) الرياض ٩: ٤٥٧.

وكان الموصى به للورثة ، وإن كانت قيمته أقلّ أُعطي الفاضل ، وإن كانت أكثر سعى للورثة فيما بقي)لكن [قيد] [١]. بـ(**ما لم تبلغ قيمته ضعف ما أوصى له به ، فإن بلغت ذلك**) كما لو كانت قيمته مئتين والموصى بها له مئة . (**بطلت الوصية**) [٢].

(**وقيل**) [٣]: (**تصح**) الوصية مطلقاً (**ويسعى في الباقي كيف كان**) ففي الفرض يسعى في قيمة نصفه أي مئة ويتحرى ، (**وهو حسن**) ، بل الأقوى [٤].

---

[١] **[كما] قيّده المفيد والشيخ في النهاية بل والقاضي والديلمي**(١) **على ما حكي عنهما .**

[٢] أمّا لو كانت قيمته مئتين مثلاً والموصى به مئة وخمسين ولكن الثلث ليس إلّا مئة سعى عندهم في قيمة نصفه وهو مئة ، **كما صرّح به في المسالك نافياً عنه الخلاف**(٢) ؛ لعدم كون قيمته ضعف ما أوصى به ، وإن لم يصل ذلك إليه لقصور الثلث . لكنّه قد يناقش بأنّ المفروض في المقنعة والنهاية(٣) الوصية للعبد بالثلث ، بل في السرائر(٤) نسبة عبارة النهاية إلى الرواية . بل لعلّ وجه اعتبار زيادة الحرّية على النصف بالوصية ولو يسيراً كي يرجّح ما فيه من الحرّية على الآخر ، فيستسعى بخلاف ما إذا كانت قيمته ضعف ما أوصى له فما زاد ، فإنّه لا يقتضي الوصية حينئذٍ إلّا النصف فما دون : فلا ترجيح فيبقى على أصالة عدم صحة الوصية للعبد . والأصل فيه الرواية التي سمعتها عن السرائر(٥) بل لعلّ ذلك ظاهر المقنعة أيضاً ؛ لأنّه ذكر المسألة وغيرها ، ثمّ قال : « بهذا جاء الأثر عن آل محمّد عليهم السلام »(٦).

[٣] **والقائل والد الصدوق والشيخ في الخلاف والحلبي والحلّي**(٧).

[٤] **وفاقاً لمن عرفت ، بل المشهور ، بل عن الخلاف الإجماع عليه**(٨). مضافاً إلى إطلاق ما عن فقه الرضا عليه السلام بناءً على حجّيته : « فإن أوصى لمملوكه بثلث ماله قوّم المملوك قيمة عادلة ، فإن كانت قيمته أكثر من الثلث استسعى في الفضيلة »(٩). وخبر الحسن بن صالح عن أبي عبدالله عليه السلام : في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله ، قال : فقال : « يقوّم المملوك بقيمة عادلة ، ثمّ ينظر ما ثلث الميّت ، فإن كان الثلث أقلّ من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة ، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد أُعتق العبد ودفع إليه ما فضل من الثلث بعد القيمة »(١٠). بناءً على أنّ المراد بقوله : « بقدر ... إلى آخره » المثال لغيره لا خصوصه فما دون ؛ للإجماع على مساواة الثلث ونحوه ما لم يبلغ النصف في هذا الحكم . ومن ذلك يظهر وجه الاستدلال بالخبر المزبور لكلّ من القولين ، فإنّ المفيد وأصحابه يجعلونه مثالاً لما لم يبلغ النصف من الأقلّ ممّا لا تزيد فيه الحرّية على النصف ؛ لأصالة بطلان الوصية للعبد ، والمشهور يجعلونه مثالاً لجميع أفراد الأقلّ ، ويشهد له الإجماع المحكيّ المعتضد بالشهرة وإطلاق الرضوي وغير ذلك كما يشهد للأوّل ما سمعته من المرسلة في السرائر وظاهر المقنعة . ومن الغريب تقرير الكركي وثاني الشهيدين(١١) وغيرهما الاستدلال

---

(١) المقنعة : ٦٧٦. النهاية : ٦١٠. المهذب ٢ : ١٠٧. المراسم : ٢٠٤.

(٢)(٨) المسالك ٦ : ٢٢٣. الخلاف ٤ : ١٦٥. (٣) المقنعة : ٦٧٦. النهاية : ٦١٠.

(٤)(٥) السرائر ٣ : ١٩٨. (٦) المقنعة : ٦٧٦.

(٧) نقله عن علي بن بابويه في المختلف ٦ : ٣٦٩. الخلاف ٤ : ١٦٥. الكافي : ٣٦٥. السرائر ٣ : ١٩٨.

(٩) فقه الرضا عليه السلام : ٢٩٩ ـ ٣٠٠. المستدرك ١٤ : ٩٩، ب ١٠ من الوصايا ، ح ٩.

(١٠) الوسائل ١٩ : ٤١٢، ب ٧٩ من الوصايا ، ح ٢. (١١) جامع المقاصد ١٠ : ٤٨. المسالك ٦ : ٢٢٤.

[بقي الكلام في شيء وهو أنّه هل يكون فرق بين ما لو كانت الوصية بجزء مشاع وبين معيّن ؟]
[المختار عدم الفرق بين الجزء المعيّن والمشاع].

للمفيد بالخبر المزبور بدلالة المفهوم على معنى أنّه لو لم يكن أقلّ بقدر الربع لا يستسعى ، وإنّما يتحقّق عدم الاستسعاء مع البطلان ، ثمّ اعترضوا عليه بأنّ المفهوم إن لم يكن الثلث أقلّ من قيمة العبد بقدر الربع لا يستسعى في ربع القيمة ، لا أنّه لا يستسعى مطلقاً . وهذا مفهوم صحيح لا يفيد مطلوبهم ، فلا ينافي القول بأنّه يستسعى بحسبه ، فإن كان أقلّ بقدر الثلث يستسعى في الثلث ، أو بقدر النصف يستسعى في النصف وهكذا ، وأيضاً لو كان المفهوم الذي ذكروه صحيحاً لزم منه أنّه متى لم يكن الثلث أقلّ من قيمته بقدر الربع لا يستسعى ، بل تبطل الوصية ، وهذا شامل لما لو كانت القيمة قدر الضعف ، أو أقلّ من ذلك إلى أن يبلغ النقصان قدر الربع فمن أين خصّوا البطلان بما لو كانت القيمة قدر الضعف بل قال في المسالك : « ما هذا إلّا عجب عن مثل هذين الشيخين الجليلين »[١] . ولا يخفى عليك أنّ مبنى استدلال المفيد إن كان هو ما عرفت من أنّ الأصل بطلان الوصية للعبد والمتيقّن ممّا في الرواية كونه مثالاً للأقلّ من النصف ولو بقرينة ما عرفت ، لا المفهوم المزبور الذي لا يكاد يخفى فساده على أصاغر الطلبة . وأمّا المناقشة في سند الخبر فيدفعها اتّفاق الجميع على العمل به . **بقي الكلام في شيء وهو أنّ الفاضل في المختلف[٢] وافق المشهور فيما إذا كانت الوصية بجزء مشاع من التركة كالثلث والربع والخمس ونحو ذلك ، فإنّ العبد حينئذٍ يكون من جملته ، فكأنّه قد أوصى بعتق جزء منه فيعتق ويسري في الباقي ويدفع عنه من الوصية ؛ لأنّه في قوّة الوصية بعتقه . بخلاف ما لو كانت بجزء معيّن كدار أو بستان أو جزء مشاع منه كنصفهما ، فإنّه تبطل الوصية** ؛ لعموم « لا وصية لمملوك » ، ولعدم ما سمعته في المشاع ، ولأنّ تنفيذ الوصية بالمعيّن محال ؛ لامتناع ملك العبد ، والتخطّي إلى رقبته يقتضي تبديل الوصية .

وفيه : مع منافاته لإطلاق الأصحاب ـ كما اعترف به في محكيّ التذكرة[٣] ، بل فيها : أنّ كلمة الأصحاب متّفقة على عدم الفرق ، وكذا عن المهذّب[٤] ، بل وإطلاق الخبر المزبور[٥] . فإنّ « الثلث » فيه أعمّ من المشاع والمعيّن ، بل لو سلّم إرادة الأوّل كان أعمّ أيضاً ممّا يشمل ثلث العبد وغيره ، بل قد يدّعى أنّ المنساق من مثله الثاني ـ أنّه ليس ذلك مبنى الصحّة حتى يختصّ بالمشاع ؛ ضرورة عدم صحّة الوصية أيضاً للعبد بثلثه فإنّه غير قابل لأن يملك غيره فضلاً عن أن يملك نفسه وتنزيله على إرادة عتقه وفكّه للسراية بما أوصى له غير ظاهر من الوصية ، ولو كان عدم قابلية العبد للملك سبباً لتنزيل الوصية على ذلك لاتّجه ذلك في عبد الغير أيضاً فضلاً عن الوصية لعبده المعيّن . ومن هنا كان الظاهر أنّ الحكم المزبور مستفاد من الشارع لا أنّه مستفاد من الموصي ، بل لا يبعد تنزيله على ذلك حتى لو علم قصد الموصي غيره ، بل لعلّه هو الظاهر ؛ ضرورة ظهور عبارته في إرادة تمليكه ما أوصى له به لا فكّه به وعتقه منه ، ومن ذلك قلنا : إنّ الموافق للضوابط بطلان الوصية لولا الأدلّة الشرعية التي عرفتها ، وقد سمعت أنّ مقتضاها عدم الفرق بين الجزء المشاع والمعيّن . ومن الغريب قول بعضهم : إنّه « ما أمتن تحقيق المختلف »[٦] ، وأغرب منه عدم عضّه في المسالك[٧] على ذلك بضرس قاطع ، بل هو ظاهر في التردّد والوسوسة وإن كان قد عدّ ذلك تحقيقاً ، فلاحظ وتأمّل .

---

(١) المسالك ٦ : ٢٢٤ .
(٢) المختلف ٦ : ٣٦٩ ـ ٣٧٠ .
(٣) التذكرة ٢ : ٤٦٢ .
(٤)(٦) المهذب البارع ٣ : ١٠٥ .
(٥) الوسائل ١٩ : ٤١٢ ، ب٧٩ من الوصايا ، ح ٢ .
(٧) المسالك ٦ : ٢٢٥ .

وعلى كلّ حال فهل يحتاج إلى صيغة عتق في صورة زيادة الثلث على القيمة ؟ [١] أو لا ؟ [٢] وجهان ، أحوطهما الأوّل ، والله هو العالم . ثمّ إنّ ظاهر عبارة المصنّف [٣] عدم الفرق فيما ذكره من التقويم بين القن وغيره [٤] ، ولعلّ ذلك [القن] متعيّن [٥] . نعم قد يقال : إنّه [= المدبّر] أولى من القن [٦] ، فتصح الوصية حينئذٍ له وتصرف في فكّه أو تعطى له مع فكّه من غيرها كما سمعته في القن . بل لعلّ ذلك أولى [٧] .

فيعتق حينئذٍ من الثلث وتدفع الوصية له كما في صورة زيادة الموصى به على قيمته [٨] .

---

[١] كما عساه يشعر به قوله عليه السلام [في خبر الحسن بن صالح] : « اعتق »[١] .

[٢] كما عساه يشعر به قوله في صورة القصور : « استسعى العبد في ربع القيمة »[٢] بناءً على عدم الفرق بينهما بالنسبة إلى ذلك ، فيكون المراد حينئذٍ من قوله : « اعتق » الانعتاق شرعاً .

[٣] وغيرها .

[٤] اللهمّ إلّا أن يكون ما ذكره بقوله : « ويعتبر ما أوصى به لمملوكه ... إلى آخره » راجعاً إلى الأوّل .

[٥] ضرورة أنّه لا وجه لإجراء ما ذكره على المدبّر والمكاتب وأمّ الولد ، خصوصاً بعد ذكره الأخير مستقلّاً ، والمدبّر غير محتاج إلى إعتاق ، بل ولا إلى ملاحظة مساواة الموصى به لقيمته وزيادته وقلّته بحيث يبلغ قيمته الضعف على القول به ، بل هو بمجرّد موت السيّد يتحرّر ، فإن كان له مال أخذ ما يقابل الثلثين عن ثلثه ، وإلّا سعى في ذلك . ومن هنا يظهر أنّه غير مندرج في الخبر المزبور الذي هو العمدة في إثبات صحّة الوصية للعبد بعد الإجماع كما اعترف به في المسالك[٣] .

[٦] الذي هو موضوع خبر الحسن بن صالح[٤] على الظاهر ، مضافاً إلى ما سمعته من الإجماع المحكيّ .

[٧] ضرورة كونهما وصيّتين له .

[٨] **فإنّه لا إشكال ولا خلاف في دفع الزيادة له** ، ولا ينافي ذلك أنّ المراد بصحّة الوصية له صرفها في فكّه من الرق ؛ لإمكان كون ذلك حيث لا يكون سبب غيرها لحرّيته كالتدبير الذي هو مع الوصية له بمنزلة الوصية بعتقه ، ودفع الموصى به له ، من غير فرق بين تقدّمها على التدبير وتأخّرها عنه ، وبين كون الوصية بالجزء المشاع والمعيّن . واحتمال بطلان التدبير فيما لو فرض تأخّر الوصية عنه وكانت بالجزء المشاع باعتبار أنّها بمنزلة الوصية بعتقه الظاهرة في العدول عن التدبير ، وكذا احتمال بطلان الوصية له لو فرض تأخّر التدبير عنها لنحو ذلك أيضاً واضح الضعف ، بل الفساد ؛ ضرورة عدم انحلال ذلك إلى ما سمعت ، بل لا يبعد تأكّد الوصية بتدبيره بالوصية له بالجزء المشاع . **ولذا قال في القواعد : « لو أوصى لعبده برقبته احتمل ضعيفاً البطلان »**[٥] ؛ لعدم قابلية العبد ملك غيره فضلاً عن نفسه والتدبير حملاً للوصية على ذلك بتعذّر الحمل على الحقيقة . **وفي جامع المقاصد : « أنّ عليه - أي الثاني - الفتوى »**[٦] . وإن [كان] قد يناقش في إرادة التدبير الذي هو إنشاء عتق معلّق على الموت من ذلك .

اللهمّ إلّا أن يكون حكم التدبير على معنى حصول الحرية بالموت بعد فرض قيام الثلث بقيمته كما في المدبّر ، والله العالم .

---

(١)(٢) الوسائل ١٩ : ٤١٢ ، ب ٧٩ من الوصايا ، ح ٢ .
(٣) المسالك ٦ : ٢٢٥ .
(٤) تقدّم في ص ٦٨٦ .
(٥) القواعد ٢ : ٤٥٣ .
(٦) جامع المقاصد ١٠ : ٨٢ .

وأمّا مكاتب السيد فـ[ـتصحّ الوصية له] [١]. إنّما الكلام في أنّ إعتاقه كالقنّ باعتبار قيمته وقيمة ما أوصى له به من غير ملاحظة لما وقعت الكتابة عليه زاد على ذلك أو نقص أو باعتبار ما وقعت الكتابة عليه من غير ملاحظة لقيمته ويعطى حينئذٍ الوصية ويؤدّي منه ما عليه من مال الكتابة على حسب ما لو اكتسب أو باعتبار أقلّ الأمرين منهما وجوه ثلاثة ؟ [٢]. ولكن يقوى في النظر الثاني منها [٣].

(**وإذا أوصى بعتق مملوكه**) ولم يكن عنده سواه (**و**) كان (**عليه دين**) يحيط بقيمته بطلت وصيّته وبيع المملوك في الدين وإن لم يكن محيطاً به (**فـ**) ـعند جماعة أنّه (**إن كانت قيمة العبد بقدر الدين مرّتين اعتق المملوك**) لنفوذ وصيّته في ثلثه وهو هنا سدس العبد ، فإنّ نصفه للدين وثلثاً من النصف الثاني للوارث فيبقى السدس ثلث الموصي ، فإذا انعتق السدس سرى في الجميع (**ويسعى**) العبد حينئذٍ (**في خمسة أسداس قيمته**) ثلثه منها للدين وسدسان منها للورثة ، وكذلك لو كان أزيد من المرّتين وإن نقص مقدار ما سعى به (**وإن كانت قيمته أقلّ**) من الدين مرّتين أحاط بها أو لا (**بطلت الوصية بعتقه**) [٤].

---

[١] [و]لا ريب في عدم شمول الخبر المزبور[١] له ولعلّه . ولما عساه يشعر من النصوص السابقة[٢] من اعتبار صحّة الوصية للمكاتب بتحرير بعضه حتى في مكاتب الإنسان نفسه قد يحتمل بطلان الوصية له كمكاتب الغير .

لكن لا ريب في ضعفه ، خصوصاً بعد ما سمعته من الإجماع المحكيّ ؛ إذ لو سلّم عدم شمول الخبر له فلا ريب في أولويته من القنّ بذلك ، بل قد عرفت أنّ جماعة جوّزوا الوصية له إذا كان للغير وإن كان قد عرفت ما فيه .

[٢] **قد اختار الأخير منها الفاضل في قواعده والمحقّق الثاني**[٣] ، عملاً بكلّ من الدليلين ، فلا يلزم إلّا بالأقلّ للإجماع على عدم وجوبهما معاً ، كالإجماع على عدم التوزيع .

[٣] لما عرفت من عدم شمول خبر المقام له[٤] ، وإنّما صحّحنا الوصية له بالأولوية والكناية من العقود اللازمة التي لا تنفسخ بالموت ، وحينئذٍ مالها كالدين في ذمّته يجب عليه أداؤها ، ولا يقوم مقامها أداء قيمته ممّا أوصى له بعد فرض عدم شمول الدليل له على أنّ احتمال الالزام بالأكثر مراعاة لحقّ الورثة مقابل لاحتمال الأقلّ كما هو واضح ، والله العالم .

بل قد يقال : إنّ فحوى ما سمعته في القنّ يقتضي صرف ما أوصى له في فكّ رقبته لو كان مشروطاً ولو بعضها ، كما أنّه يقتضي صرف ما قابل الجزء المملوك من المطلق الذي تحرّر بعضه في فكّه أيضاً ، وإن أعطى ما قابل الجزء الحرّ من الوصية ؛ ضرورة اندراجه في المملوك الشامل للكلّ والبعض ، وحينئذٍ فمع فرض تحرّره بذلك يخرج عن موضوع الكتابة كما لو أعتقه ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

[٤] **[كما هو] عند الشيخين وابن البرّاج**[٥] **وغيرهم** ؛ لما تسمعه من النصوص الواردة في التنجيز الذي هو كالوصية في الحكم وغير ذلك .

---

(١) الوسائل ١٩ : ٤١٢ ، ب ٧٩ من الوصايا ، ح ٢ .
(٢) انظر الوسائل ١٩ : ٤١٣ ، ٤١٤ ، ب ٨٠ ، ٨١ ، من الوصايا .
(٣) القواعد ٢ : ٤٥٣ . جامع المقاصد ١٠ : ٨٣ .
(٤) الوسائل ١٩ : ٤١٢ ، ب ٧٩ من الوصايا ، ح ٢ .
(٥) المقنعة : ٦٧٦ . النهاية : ٦١٠ . المهذب ٢ : ١٠٨ .

ولكن مع هذا (**والوجه**) عند المصنّف [١] (**أنّ الدين يقدّم على الوصية فيبدأ به**) إن كان له تركة غير العبد ، وإلّا كان في مقابلة بعض العبد (**ويعتق منه الثلث مما فضل عن الدين**) وإن قلّ ثمّ يسعى للدين والورثة [٢] .

هذا كلّه في الوصية (**أمّا لو نجّز عتقه عند موته كان الأمر كما ذكرنا**)ه (**أوّلاً**) من السعي في الخمسة أسداس لو كانت القيمة بقدر الدين مرّتين والبطلان إذا كانت أقلّ من ذلك (**عملاً برواية عبد الرحمن**) بن الحجاج (**عن أبي عبد الله** عليه السلام) [٣] .

---

[١] **وجماعة** .

[٢] قال الحلبي : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل قال : إن مت فعبدي حرّ وعلى الرجل دين ، فقال : « إن توفّي وعليه دين قد أحاط بثمن الغلام بيع العبد ، وإن لم يكن قد أحاط بثمن العبد استسعى [العبد] في قضاء دين مولاه وهو حرّ إذا أوفى »[1] . وعدم ذكر الورثة حينئذٍ فيه للوضوح ، وإلّا فالمراد سعيه في قضاء دين مولاه أوّلاً ثمّ في حقّ الورثة . وما يقال : من أنّ الصحيح المزبور في التدبير وهو كالعتق المنجّز فلا يستفاد منه حكم الوصية ، يدفعه : ما دلّ على أنّ التدبير كالوصية بالعتق . ولا يتوهّم من عبارة المتن أنّه لا ينعتق من العبد ما قابل الدين ، بل الذي يعتق منه الثلث ممّا فضل عن الدين لا غير ؛ ضرورة منافاته لما دلّ على سراية العتق .

ومن هنا صرّح به في القواعد وغيرها ، بل لا أجد فيه خلافاً بين القائلين بذلك ، قال فيها : « ولو أوصى بعتق مملوكه وعليه دين قدّم الدين ، فإن فضل من التركة ما يسعه ثلث قيمة العبد عتق ، وإلّا عتق ما يحتمله ويسعى في الباقي ، ولو لم يبق شيء بطلت ، وقيل : إن كانت قيمته ضعف الدين عتق وسعى في خمسة أسداس قيمته ثلثه للديان ، وسهمان للورثة وإن كانت أقلّ بطلت »[2] . وحينئذٍ فالخلاف في الصورة الثانية لا الأُولى .

[٣] قال : سألني أبو عبدالله عليه السلام هل يختلف ابن أبي ليلى وابن شبرمة ؟ فقلت : بلغني أنّه مات مولى لعيسى بن موسى وترك عليه ديناً كثيراً وترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت ، فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك ، فقال ابن شبرمة : أرى أن تستسعيهم في قيمتهم فتدفعها إلى الغرماء فإنّه قد أعتقهم عند موته وقال ابن أبي ليلى : أرى أن أبيعهم وأدفع أثمانهم إلى الغرماء ، فإنّه ليس له أن يعتقهم عند موته وعليه دين يحيط بهم ، وهذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده إلى السماء فقال : سبحان الله يابن أبي ليلى متى قلت هذا القول ؟ والله ما قلته إلّا طلب خلافي ، فقال أبو عبدالله عليه السلام : « وعن رأي أيّهما صدر ؟ قال : قلت : بلغني أنّه أخذ برأي ابن أبي ليلى ، وكان له في ذلك هوىً ، فباعهم وقضى دينه ، قال : فمع أيّهما من قبلكم ؟ قلت : له مع ابن شبرمة ، وقد رجع ابن أبي ليلى إلى رأي ابن شبرمة بعد ذلك فقال : أما والله إنّ الحقّ لفي الذي قال ابن أبي ليلى ، وإن كان قد رجع عنه فقلت له : هذا ينكسر عندهم في القياس فقال : هات قايسني ، فقلت : أنا أُقايسك ؟ فقال : لتقولنّ بأشدّ ما يدخل فيه من القياس ، فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالاً غيره وقيمة العبد ستمئة درهم ودينه خمسمئة درهم فأعتقه عند الموت كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد فيأخذ الغرماء خمسمئة درهم ، ويأخذ الورثة مئة درهم ، فقلت : أليس قد بقي من قيمة العبد مئة درهم من دينه ، فقال : بلى ، قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء ؟ قال : بلى ، قلت : أليس

---

(١) الوسائل ١٩ : ٣٥٣ ، ب ٣٩ ، من الوصايا ، ح ٣ .

(٢) القواعد ٢ : ٤٦٩ .

قد أوصى للعبد بالثلث من المئة حين أعتقه ؟ فقال : إنّ العبد لا وصية له ، إنّما أمواله لمواليه ، فقلت له : فإن كان قيمة العبد ستمئة درهم ودينه أربعمئة ، قال : كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمئة درهم ، ويأخذ الورثة مئتين ولا يكون للعبد شيء ، قلت له : فإن كان قيمة العبد ستمئة درهم ودينه ثلثمئة درهم فضحك ، وقال : من هاهنا أتى أصحابك جعلوا الأشياء شيئاً واحداً ولم يعلموا السنّة ، إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء ولم يتّهم الرجل على وصيّته وأُجيزت وصيّته على وجهها ، فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ، ويكون ثلثه للورثة ، ويكون له السدس »[١] . وصحيح زرارة عن أحدهما عليه السلام في رجل أعتق مملوكه عند موته وعليه دين فقال : إن كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه وإلّا لم يجز »[٢] .

وفي صحيح آخر : إذا ملك المملوك سدسه استسعى »[٣] .

إلى غير ذلك من النصوص التي لا محيص عن العمل بها بعد جمعها لشرائط الحجّية من حيث السند والدلالة والعمل ، فلا بأس حينئذٍ بتخصيص العمومات بها ولو كانت قطعية . ودعوى إعراض المشهور عنها ممنوعة على مدّعيها .

فما وقع من الفاضل[٤] وغيره من طرحها والرجوع إلى ما تقتضيه القواعد العامّة من نفوذ العتق في ثلث الزائد عن الدين مطلقاً واضح الضعف .

وأضعف منه ما عن الحلّي من نفوذ العتق من الأصل وسقوط الدين من رأس[٥] ولعلّه مبني على كون المنجّز من الأصل الذي قد عرفت ضعفه في كتاب الحجر .

إنّما الكلام هنا في إلحاق الوصية بالعتق المنجّز في الحكم المزبور ، وقد عرفت من جماعة إلحاقه . بل حكي عن جميع العاملين بالنصوص المزبورة في العتق عدا المصنّف :

١ ـ ولعلّه لإطلاق الصحيح الأخير .

٢ ـ ومعلومية اتّحاد المنجّز مع الوصية بناء على خروجهما من الثلث في أكثر الأحكام .

٣ ـ بل ربّما احتمل عموم « أعتقهم » لهما معاً أو اختصاصها بالوصية ، خصوصاً بعد قوله في الذيل : « لم يتهم الرجل على وصيته وأُجيزت وصيّته على وجهها » ومع الإغضاء عن ذلك فلا ريب في ظهور سياقها فيه .

٤ ـ مضافاً إلى أولويّتها من المنجّز بالحكم المزبور ؛ ضرورة كونه أقوى منها ، حتى قيل[٦] : إنّه من الأصل بخلافها ، ومع ذلك بطل إذا نقص عن مقابلة الدين مرّتين فهو أولى منه قطعاً . ومن ذلك وغيره يتّجه تخصيص العمومات وصحيح التدبير السابق بذلك .

على أنّه قد احتمل حمله على التقيّة ؛ لأنّه مذهب العامّة في تلك الأزمنة كما يستفاد من سياق تلك الصحيحة ، والله العالم .

---

(١) الوسائل ١٩ : ٣٥٤ ، ب ٣٩ من الوصايا ، ح ٥ .

(٢) التهذيب ٩ : ٢١٨ ، ح ٨٥٦ . الوسائل ١٩ : ٣٥٦ ، ب ٣٩ من الوصايا ، ذيل الحديث ٦ .

(٣) الوسائل ١٩ : ٣٥٣ ، ب ٣٩ من الوصايا ، ح ١ .

(٤) القواعد ٢ : ٤٦٩ .

(٥) السرائر ٣ : ١٩٩ .

(٦) انظر الرياض ٩ : ٤٦٤ .

(ولو أوصى لمكاتب غيره المطلق و) كان **(قد أدّى بعض مكاتبته[١] كان له من الوصية بمقدار ما أدّاه) [١].**

لكن لو قلنا بصحّة الوصية للجزء الحرّ فهل تكون أيضاً على نسبته أو يملك الكلّ به ؟ وجهان أقواهما الثاني ، والله العالم .

(ولو أوصى الإنسان لأُمّ ولده صحّت الوصية من الثلث) [٢].

(و) إنّما الكلام في أنّها **(هل تعتق من الوصية)** إذا وفت بقيمتها **(أو من نصيب ولدها)** أو على التخيير بينهما أو من ثلث الميّت غير ما أوصى به ؟ **(قيل) [٣]: (تعتق من نصيب ولدها وتكون لها الوصية ، وقيل) [٤]: (بل تعتق من الوصية) [٥]؛ (لأنّه لاميراث إلّا بعد الوصية) [٦].**

والأقوى في النظر منها الثاني **[٧].**

---

[١] لأنّها تصحّ له على قدر ما تحرّر منه إن نصفاً فنصف وإن ثلثاً فثلث ، كما عرفت الكلام فيه سابقاً ، وفيما لو أوصى للجزء الحرّ منه أيضاً ، فلاحظ وتأمّل .

[٢] **بلا خلاف كما اعترف به غير واحد ولا إشكال .**

[٣] **والقائل جماعة منهم الكركي في جامعه[٢] .**

[٤] **والقائل أيضاً جماعة منهم المصنّف[٣] في باب الاستيلاد .**

[٥] **بل عن المهذّب نسبته للشهرة[٤] .**

[٦] **وفي الرياض : أنّه وسابقه قولان مشهوران[٥] ، وفي غيره متكافئان . وقيل والقائل الصدوق فيما حكي عنه[٦] : تعتق من ثلث الميّت وتعطى ما أوصى لها به[٧] . وقيل والقائل الإسكافي : تخيّر في عتقها بينهما[٨] .** عملاً بكلّ من الدليلين بعد الإجماع على عدم التوزيع بينهما .

[٧] لعموم ما دلّ عليه من النصّ وغيره ، مضافاً إلى قاعدة انعتاق الأبوين بحصول سبب ملك الولد لهما ، ولا ريب في تحقّقه هنا باعتبار ملك الوارث للتركة بموت الموروث ، وهي من التركة قطعاً ، حتى لو قلنا بكون الثلث الموصى به على حكم مال الميّت ، ولا يدخل في ملك الوارث إلّا الثلثان ؛ ضرورة كونها منهما دونه ، ومجرّد الوصية لها لا يخرجها عن ذلك . واحتمال تنزيلها منزلة ما أوصى بعتقها فتكون منه [= الثلث] دونهما . يدفعه : منع ذلك أوّلاً ، وثانياً : أنّه لا يجدي فيما لو فرض زيادة قيمتها على ما أوصى به لها ، فإنّه لا إشكال حينئذٍ في كون الزائد تركة للورثة ، فيدخل جزء منها في ملك الولد ، وينعتق عليه ، ويسري في الغير ، ويتمّ ذلك بعدم القول بالفصل ، مضافاً إلى إطلاق النصوص[٩] جعلها في نصيب ولدها .

واحتمال دفع قيمتها ممّا أوصى به لها وإن انعتقت على الولد بملك جزء منها وجعل الباقي في نصيبه ، يدفعه أيضاً : معلوميّة

---

(١) في الشرائع : « مكاتبه » .
(٢) جامع المقاصد ١٠ : ٥٤ .
(٣) الشرائع ٣ : ١٣٩ .
(٤) المهذب البارع ٣ : ١٠٩ .
(٥) الرياض ٩ : ٤٦٥ .
(٦) المختلف ٦ : ٣٧٣ .
(٧) انظر الفقيه ٤ : ٢١٦ ، ح ٥٥٠٧ ، ٥٥٠٨ .
(٨) نقله في المختلف ٦ : ٣٧٣ .
(٩) الوسائل ١١ : ٥٣ ، ب ١٨ من أحكام الوصية .

اقتضاء جعلها في نصيب ولدها الانعتاق على الولد وأنّ الغرامة عليه . وبذلك كلّه يظهر لك ضعف الأقوال جميعها وإن شهد للثالث منها المرسل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام : في أُمّ الولد إذا مات عنها مولاها وقد أوصى لها ، قال : « تعتق من الثلث ولها الوصية »[١] .

وصحيح أبي عبيدة المروي في الكافي وغيره قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له أُمّ ولد وله منها غلام فلمّا حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو بأكثر للورثة أن يسترقّوها ؟ قال : فقال : لا ، بل تعتق من ثلث الميّت ، وتعطى ما أوصى لها به ، وفي كتاب العباس تعتق من نصيب ابنها ، وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به »[٢] .

وكأنّ المراد أنّه قد روي الخبر المزبور في كتاب العبّاس على هذا النحو ، وحينئذٍ يكون نصّاً في المختار .

بخلافه على النحو الأوّل فإنّه يكون مهجوراً معرضاً عنه بين الأصحاب ، بل لم أجد عاملاً به عدا ما يحكى عن الصدوق ، بل عن التنقيح[٣] الإجماع على عدم العمل به . مع أنّه محتمل لأُمّ الولد التي قد مات ولدها ، كما في خبر أحمد بن محمّد بن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام ، قال : نسخت من كتاب بخطّ أبي الحسن عليه السلام : فلان مولاك توفّى ابن أخ له وترك أُمّ ولد له ليس لها ولد فأوصى لها بألف درهم هل تجوز الوصية ؟ وهل يقع عليها عتق وما حالها ؟ رأيك فدتك نفسي ، فكتب عليه السلام : « تعتق من الثلث ، ولها الوصية »[٤] . وإن كان هو على هذا التقدير محتاجاً إلى التأويل لما عرفته من حكم الوصية للملوك الذي منه أُمّ الولد مع فرض موت ولدها في حياة سيّدها قطعاً ، فلا بدّ من تأويله بإرادة العتق من الوصية بالعتق من الثلث ، وتعطى ما فضل منها على تقدير الزيادة أو بإرادة عتقها في مرض الموت ثمّ أوصى لها ، أو بغير ذلك ، هذا .

وفي الرياض ـ بعد أن ذكر الرواية مستدلّاً بها للقول الثالث ، ثمّ حكى الإجماع على الإعراض عنها وأنّه لا بدّ من تأويلها بأحد الأمرين ـ قال : « لكن يرجّح حملها على الأوّل دلالة مقابلتها برواية العبّاس التي هي في آخرها مذكورة على كون موردهما واحداً ، ولا ريب في أنّه في الثانية هو أُمّ الولد التي لم تعتق بالكلّية ، فلتكن مورد الأُولى أيضاً تلك الجارية ، مضافاً إلى شيوع إطلاق الثلث على الوصية ، مع احتمال أن يكون المراد منه تأكيد الحكم الأوّل من انعتاقها من الثلث ، وهذا إن لم نقل بكونه ظاهراً من الرواية ليس ببعيد كبعد الحمل الآخر بلا شبهة ، فيمكن بملاحظة الإجماع وقرينة المقابلة أخذها للقول بالانعتاق من الوصية حجّة ، كما هو ظاهر المفاتيح وصريح الكفاية ، فإذن هو في غاية القوّة »[٥] .

قلت : قد عرفت أنّه في غاية الضعف ، والخبر بعد تسليم ما ذكره فيه من المأوّل الذي لا يكون حجّة ، والمقابلة التي ذكرها هي ليست في الخبر حتى تصلح لأن تكون قرينة ، بل هي من الكافي ، لا أنّها كذلك في الخبر نفسه ، كما هو واضح . نعم ما في كتاب العبّاس على ما عرفت دليل تامّ على المطلوب . وأمّا التخيير ففيه : أنّه لا وجه له فيما كان من القهريات ، فإنّ الانعتاق القهري الذي يكون على الولد لا وجه للتخيير فيه ، بل وكذا على تقدير الانعتاق من الوصية بناءً على أنّه مثل الانعتاق من الولد ، بمعنى ينعتق منها ما قابل الموصى به بموت الموصي من غير حاجة إلى صيغة ، وإن كان هو مشكلاً لعدم دليل يصلح لذلك ، والله العالم .

---

(١) الوسائل ١٩ : ٤١٦ ، ب ٨٢ من الوصايا ، ح ٣ .

(٢) الكافي ٧ : ٢٩ ، ح ٤ . الوسائل ١٩ : ٤١٦ ، ب ٨٢ من الوصايا ، ح ٤ .

(٣) التنقيح ٢ : ٣٧٩ .

(٤) الوسائل ١٩ : ٤١٥ ، ب ٨٢ من الوصايا ، ح ١ .

(٥) الرياض ٩ : ٤٦٦ ، ٤٦٧ نقلاً بالمعنى .

(**وإطلاق الوصية**) لجماعة محصورة (**يقتضي التسوية**) ما بينهم، من غير فرق بين القريب والبعيد والذكر والأنثى والفاضل في الإرث وغيره [١].

بل الظاهر عدم اعتبار قصد الموصي في ذلك.

نعم يعتبر فيه عدم قصد الخلاف [٢].

نعم لو لم تكن الجماعة محصورة كان المراد من الوصية الصرف فيهم، كما في كلّ موصى له غير محصور، بل لو كان بلفظ الجمع لم يجب ملاحظة أقلّ مصداقه في الامتثال، وإن كان هو الأحوط.

وكيف كان (**فإذا أوصى لأولاده وهم ذكور وإناث فهم فيه سواء، وكذا لأخواله وخالاته أو لأعمامه وعمّاته، وكذا لو أوصى لأخواله وأعمامه كانوا سواء على الأصحّ**) [٣]، (و) إن كان (**فيه رواية**) صحيحة لكنّها (**مهجورة**) [٤].

هذا كلّه إذا أطلق في الوصية (**أمّا إذا**[١] **نصّ على التفضيل اتّبع**) [٥].

(**وإذا أوصى لذوي قرابته كان للمعروفين بنسبه مصيراً إلى العرف**) [٦].

---

[١] **بلا خلاف ولا إشكال**؛ للتساوي في سبب الملك فهم كالمشتركين في الحيازة مثلاً.

[٢] فالتسوية المزبورة حينئذٍ شرعية. واحتمال بطلان الوصية لعدم قصد الموصي تشخيص الملك للموصى له، يدفعه: أنّه خلاف مقتضى عموم الكتاب والسنّة، ومعقد الإجماع مضافاً إلى خصوص الفتوى به هنا على وجه لم يظهر فيه خلاف.

[٣] لما عرفت **خلافاً للمحكيّ عن الشيخ وجماعة**[٢] **وإن لم أتحقّق ذلك فكالإرث**. ولا ريب في ضعفه، **بل عن ظاهر التذكرة الإجماع على خلافه**[٣].

[٤] وهي صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام: في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه وأخواله، فقال: «لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث»[٤]. وقد حملت أيضاً على ما لو أوصى بذلك على كتاب الله.

وكذا الخبر الآخر الضعيف المقتضي لقسمة الوصية للأولاد بين الذكور والإناث على كتاب الله[٥]، وفي المسالك: «لم يعمل به أحد»[٦].

[٥] لعموم: «مَن بَدَّلَه» وما دلّ على إنفاذ الوصية على حسب ما أوصى به الموصي[٧].

[٦] كما هو الضابط في كلّ لفظ. قال محمّد بن أبي نصر: نسخت من كتاب بخطّ أبي الحسن عليه السلام رجل أوصى لقرابته بألف درهم، وله قرابة من قبل أبيه وأُمّه ما حدّ القرابة يعطي من كان بينه وبينه قرابة أو لها حدّ ينتهي إليه؟ فرأيك فدتك نفسي، فكتب عليه السلام: «إن لم يسمّ أعطاها قرابته»[٨]. وكذا عن الحميري إلّا أنّه قال: «أعطى أهل بيت قرابته»[٩].

---

(١) في الشرائع: «لو».

(٢) حكاه في المسالك ٦: ٢٣١. انظر النهاية: ٦١٤.

(٣) حكاه في الرياض ٩: ٦٩. انظر التذكرة ٢: ٤٧٥.

(٤) الوسائل ١٩: ٣٩٣، ب٦٢ من الوصايا، ح١.

(٥) الوسائل ١٩: ٣٩٥، ب٦٤ من الوصايا، ح٢.

(٦) المسالك ٦: ٢٣١.

(٧) انظر الوسائل ١٩: ٣٣٧، ب٣٢ من الوصايا.

(٨) الوسائل ١٩: ٤٠١، ب٦٨ من الوصايا، ح١.

(٩) قرب الاسناد: ٣٨٨، ح١٣٦٢، وليس فيه: «بيت».

من غير فرق بين الوارث وغيره والمسلم والكافر والذكر والأنثى والفقير والغني، كما أنّه لا فرق في انصراف الوصية إلى الموجود منهم سواء اتّحد أو تعدّد، وسواء ذكرهم في الوصية بصيغة الجمع أو الإفراد (**وقيل**) [١]: (**كان**) أي الموصى به (**لمن يتقرّب إليه إلى آخر أب وأمّ له في الإسلام**) [٢] (**وهو غير مستند إلى شاهد**) [٣]. (**ولو أوصى لقومه قيل**) [٤]: (**هو لـ**) لمذكور من (**أهل لغته**) أو مطلقاً ذكوراً وإناثاً [٥]. و[القول بأن يكون للرجال من قبيلته ممّن ينطق العرف بأنّهم أهله وعشيرته دون من سواهم] لا بأس به [٦].

٧٨/٥٧٨

---

[١] **والقائل الشيخ[١] على ما حكي عنه.**

[٢] بمعنى الارتقاء بالقرابة من الأدنى إليه إلى ما قبله، وهكذا إلى أبعد جدّ في الإسلام وفروعه، ويحكم للجميع بالقرابة ولا يرتقى إلى آباء الشرك وإن عرفوا بقرابة عرفاً. وهو عجيب.

وأعجب منه الاستدلال له[٢] بقوله عليه السلام: «قطع الإسلام أرحام الجاهليّة»[٣]، وقوله تعالى لنوح عن ابنه: ﴿**إِنَّهُ لَيسَ مِن أَهلِكَ**﴾[٤]. وهما كما ترى، لا يدلّان على تمام المطلوب بل ولا شيء منه؛ ضرورة كون المدار هنا على صدق اللفظ، ولا ريب فيه لغة وعرفاً على المعروفين بنسبه وإن كانوا كفّاراً، إلّا أن تكون هناك قرينة على إرادة المسلم نحو ما ذكروه في الفقراء، كما أنّه لا ريب في عدم صدقه على البعيد بحيث لا يعرف بنسبه وإن كان مسلماً.

ومن هنا قال المصنّف: [وهو غير...].

[٣] **وأمّا ما يحكى عن الإسكافي من أنّي «لا اختار أن يتجاوز بالتفرقة ولد الأب الرابع؛ لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لم يتجاوزه في تفرقة سهم ذوي القربى من الخمس»[٥].**

فقد يدفعه العرف أيضاً، وفعل النبيّ صلى الله عليه وآله لا يدلّ على نفي القرابة مطلقاً عمّا عداه، فإنّ ذلك معنى آخر للقرابة.

وأضعف منه القول باختصاص القرابة بالوارث دون غيره، والقول باختصاصها بالمحرّم من ذوي الأرحام دون غيرهم كبني الأعمام والأخوال، مع أنّهما مجهولا القائلين، والله العالم.

[٤] **والقائل الشيخان[٦] وأكثر الأصحاب في المسالك[٧] والمشهور في غيرها.**

[٥] وهو كما ترى يشهد العرف بخلافه.

ولعلّه لذلك نسبه المصنّف إلى القيل، بل عن ابن إدريس: أنّهم الرجال من قبيلته ممّن ينطق العرف بأنّهم أهله وعشيرته دون من سواهم، وعليه قول الشاعر:

قومي هم قتلوا أُميم أخي ... فإذا رميت يصيبني سهمي[٨]

[٦] وإن سلّمنا كونه في اللغة كما ذكروه، والله العالم.

---

(١) النهاية: ٦١٤.
(٢) المسالك ٦: ٢٣٢.
(٣) البحار ٧٤: ١٠٩ ـ ١١٠.
(٤) هود: ٤٦.
(٥) نقله المختلف ٦: ٣٥٩.
(٦) المقنعة: ٦٥٥. النهاية: ٥٩٩.
(٧) المسالك ٦: ٢٣٣.
(٨) السرائر ٣: ١٦٤.

(**ولو قال لأهل بيته دخل فيهم الآباء والأولاد**[١]) وإن نزلوا (**والأجداد**) وإن علوا قطعاً، بل الظاهر دخول الأعمام وأولادهم [١].

و[قد قيل][٢] [بمساواة أهل البيت للقرابة] قلت: هو جيد، لكن قد يمنع شموله للأخوال والخالات وفروعهم [٣]. وعلى كلّ حال فالأقوى الرجوع إلى عرف بلد الموصي، ومع انتفائه يدخل كلّ قريب. وأمّا أهل بيت النبيّ ﷺ فإنّهم أخصّ من ذلك [٤].

(**ولو قال لعشيرته كان لأقرب الناس إليه في نسبه**) [٥].

قلت: لكنّ الظاهر تحقّق العرف في القبيلة، لا خصوص الأقرب، ولا مطلق القرابة، والله العالم.

(**ولو قال لجيرانه**) كان للقريبين منه، وفي المتن (**قيل: كان لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً من كلّ جانب، وفيه قول آخر مستبعد**) وهو من يلي داره إلى أربعين داراً [٦].

فالأولى جعل المدار على العرف والمشكوك فيه خارج، وتمام البحث في ذلك مرّ في باب الوقف.

---

[١] بل عن تذكرة الفاضل تفسيره بالقرابة التي يدخل فيها الأخوال وفروعهم، وحكى عن ثعلب أنّه قال: أهل البيت عند العرب آباء الرجال وأولادهم كالأجداد والأعمام وأولادهم، ويستوي فيه الذكور والإناث[٢].

[٢] [كما] في المسالك: «ما اختاره العلّامة من مساواة أهل البيت للقرابة هو الظاهر في الاستعمال، يقال: الفلانيّون أهل البيت في النسب معروفون، وعليه جرى قوله ﷺ: «إنّا أهل البيت لا تحلّ لنا الصدقة»[٣]»[٤].

[٣] ونعم ما سمعته من ثعلب، كما أنّه لا إشكال في عدم كونه ما في المتن خاصّة وإلّا لخرج أمير المؤمنين عليه السلام عن أهل بيت النبيّ ﷺ، وهو باطل **إجماعاً كما في المسالك**[٥].

[٤] بالرواية الواردة عنه في حصرهم في أهل الكساء[٦]، والله العالم.

[٥] **عند جماعة من الأصحاب.**

ففي محكيّ القاموس: «عشيرة الرجل بنو أبيه الأدنون»[٧].

وعن الفاضل: أنّ العشيرة هي القرابة[٨] مطلقاً. وفي المسالك: «الأجود الرجوع إلى العرف، ومع انتفائه فالعموم حسن»[٩].

[٦] وإن كان فيه روايات[١٠] من الطريقين إلّا أنّه مخالف للعرف، كما أنّ التحديد بالأربعين ذراعاً لم نقف له على شاهد.

---

(١) في الشرائع: «الأولاد والآباء».

(٢) التذكرة ٢: ٤٧٧ (حجرية)، وفيه: «قال ثعلب».

(٣) الوسائل ٩: ٢٧٠، ب٢٩ من المستحقّين للزكاة، ح٦، وفيه والمسالك: «أهل بيت».

(٤)(٥) المسالك ٦: ٢٣٤.

(٦) البحار ٢٣: ١٠٩، ح١٢.

(٧) القاموس المحيط ٢: ٩٠.

(٨) القواعد ٢: ٤٥١. التحرير ٣: ٣٧٢.

(٩) المسالك ٦: ٢٣٥.

(١٠) الوسائل ١٢: ١٢٥، ب٨٦ من أحكام العشرة، ح١ وانظر ١٣٢، ب٩٠. سنن البيهقي ٦: ٢٧٦. مجمع الزوائد ٨: ١٦٨.

(**وتصحّ الوصية للحمل الموجود**) حال الوصية وإن لم يكن قد حلّته الحياة [١].

(و) لكن لا (**تستقرّ**) إلّا (**بانفصاله حيّاً**) كالإرث.

(و) حينئذٍ فـ(**لو وضعته ميّتاً بطلت الوصية**) بمعنى ظهور بطلانها وإن كان قد حلّته الحياة في بطن أُمّه، كظهور الصحّة لو انفصل حيّاً، فالنماء المتخلّل يتبع العين في ذلك.

(**ولو وقع حيّاً ثمّ مات**) استقرّت و(**كانت الوصية لورثته**) [٢].

والذي يقوى في النظر عدم الاحتياج إلى القبول في الوصية للحمل، بل الظاهر عدم الولي له وهو حمل بحيث يقبل عنه الهبة والبيع وغيرهما، خصوصاً قبل ولوج الروح [٣].

(**ولو**[1] **أوصى المسلم للفقراء**) مثلاً (**كان لفقراء ملّته**) عرفاً في الوصيّة ونحوها، وإن كان اللفظ للأعمّ من ذلك لغة وعرفاً في غيرها.

(**ولو كان**) الموصي (**كافراً انصرف إلى فقراء نحلته**) لذلك أيضاً [٤]. بل لا يبعد تنزيل اللفظ على خصوص المذهب فالإمامي من المسلمين لفقراء الإمامية، وهكذا. بقي شيء ينبغي التنبيه عليه وهو أنّه قد عرفت عدم صحّة الوصية للمعدوم والمنساق منه معدوم الذات، وهل مثله معدوم الوصف؟ بمعنى عدم تلبّسه بالوصف حال الوصف ثمّ تجدّد له ذلك في حياة الموصي أو بعده يحتمل ذلك فلا يعطي الفقير بعد الوصية ولا الجار كذلك ولا غيرهم؟ وجهان: أقواهما الصحّة مع إرادة العنوان [٥].

(**ولو أوصى لإنسان فمات قبل الموصي قيل: بطلت الوصية، وقيل: إن رجع الموصي بطلت الوصية، سواء**

---

[١] **بلا خلاف أجده فيه**؛ لعموم ما دلّ على جوازها.

[٢] **لكن في المسالك: «يعتبر هنا قبول الوارث لإمكانه في حقّه، وإنّما أسقطنا اعتباره عن الحمل لتعذّره كما سقط اعتباره في الوصية للجهات العامّة إلى أن قال: والمتّجه اعتبار القبول في الوصية للحمل مطلقاً، فيقبله وليّه ابتداءً، ووارثه هنا وتظهر الفائدة فيما لو ردّها الوارث قبل قبوله، فإن اعتبرناه بطلت، وإلّا فلا أثر للردّ»**[2].

[٣] واحتمال كون المراد قبول وليّه بعد الولادة، يدفعه: أنّه خلاف ظاهر الفتاوى المتضمّنة استقرار الوصية بانفصاله حيّاً، وحينئذٍ فلا يحتاج وارثه إلى قبول؛ ضرورة كون ملكه بالإرث للحمل لا بالوصية، والله العالم.

[٤] قال أبو طالب عبدالله بن الصلت: كتب الخليل بن هاشم إلى ذي الرئاستين وهو والي نيسابور: أنّ رجلاً من المجوس مات وأوصى للفقراء بشيء من ماله، فأخذه قاضي نيسابور فجعله في فقراء المسلمين، فكتب الخليل إلى ذي الرئاستين بذلك فسأل المأمون عن ذلك فقال: ليس عندي في هذا شيء، فسأل أبا الحسن عليه السلام فقال أبو الحسن عليه السلام: «إنّ المجوسي لم يوصِ لفقراء المسلمين، ولكن ينبغي أن يؤخذ مقدار ذلك المال من مال الصدقة، فيردّ على فقراء المجوس»[3]. ونحوه غيره.

[٥] لعموم «مَن بَدَّلَهُ» وغيره، والله العالم.

---

(١) في الشرائع: «وإذا».

(٢) المسالك ٦: ٢٣٦.

(٣) الوسائل ١٩: ٣٤٢، ب ٣٤ من الوصايا، ح ١، وليس فيه: «عن ذلك».

رجع قبل موت الموصى له أو بعده وإن لم يرجع كانت الوصية لورثة الموصى له ، وهو أشهر الروايتين) بل هو المختار كما عرفته سابقاً [١].

(ولو لم يخلف الموصى له أحداً رجعت) الوصية (إلى ورثة الموصي) [٢].

(ولو قال : أعطوا فلاناً كذا ولم يبيّن الوجه وجب صرفه إليه يصنع به ما شاء) [٣].

كما أنّه لو عيّن الصرف في جهة خاصّة فقال : أعطوه كذا لبناء مسجد مثلاً تعيّن عليه صرفه فيها [٤].

فلو صرفه في غيرها ضمن ، ولزمه إعطاء عوضه وصرفه في الوجه المعيّن .

(ولو أوصى في سبيل الله صرف إلى ما فيه أجر وقيل : يختص بالغزاة ، والأوّل أشبه) وإن كان الثاني أحوط كما بيّنا ذلك في باب الزكاة ، ولو أوصى بثلثه ولم يبيّن الوجه صرف في وجوه البرّ .

(وتستحبّ الوصية لذوي القرابة وارثاً كان أو غيره) [٥].

---

[١] نعم في المسالك : « والفرق بين هذه وبين السابقة أنّ السابقة تضمّنت كون وارث الموصى له يرث القبول لو مات الموصى له قبله ، وليس فيها تعرّض لملك الموصى به وعدمه ، والغرض من هذه بيان أنّ الموصى به ينتقل بموت الموصى له إلى وارثه إن لم يرجع الموصي عن الوصية على خلاف فيه ، سواء كان مورثّه قد قبل الوصية قبل موت الموصي أم لا ، فلو فرض أنّه قبل الوصية في حياة الموصي ثمّ مات في حياته واكتفينا بالقبول الواقع في حياة الموصي لم يفتقر وارثه إلى القبول ، ولكن يبقى الخلاف في بطلان الوصية وعدمه ، وهو المقصود بالبحث هنا وإن لم يكن قد قبل انتقل إلى الوارث حق القبول ، وهو المستفاد من السابقة ومعه يملك الموصى به على الخلاف ، وهو المذكور هنا »[1] . لكن قد عرفت هناك ما يعرف منه التحقيق فيما هنا أيضاً ، فلاحظ وتأمّل .

[٢] **عند جماعة من الأصحاب** ، كما تقدّم أيضاً تحقيق ذلك كلّه ، حتى في قيام الوارث العام كالوارث الخاصّ وعدمه سيّما إذا مات الموصى له بعد القبول قبل الموصي وقلنا باعتبار قبوله حال الحياة ، فإنّ المتّجه انتقال الموصى به إليه ، فلاحظ وتأمّل .

[٣] لأنّ الوصية تقتضي تسليط الموصى له على المال [نحو] تسليط غيره من الملّاك على أملاكهم .

[٤] للنهي عن تبديل الوصية[2] .

[٥] **بلا خلاف فيه عندنا نصّاً وفتوى** ، بل في خبر السكوني عن جعفر بن محمّد عن أبيه عليهما السلام : « من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممّن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصية »[3] . وقالت سالمة مولاة أبي عبدالله عليه السلام : كنت عند أبي عبدالله عليه السلام حين حضرته الوفاة فأُغمي عليه ، فلمّا أفاق قال : « أُعطوا الحسن بن عليّ بن الحسين - وهو الأفطس - سبعين ديناراً ، وأعطوا فلاناً كذا وكذا ، وفلاناً كذا وكذا ، فقلت : أتعطي رجلاً حمل عليك بالشفرة .... يريد أن يقتلك ، فقال : « تريدين أن لا أكون من الذين قال الله عزّ وجلّ : ﴿ **الَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَن يُوصَلَ** ﴾[4] الآية ، نعم يا سالمة إنّ الله تبارك وتعالى خلق الجنّة ، وطيّبها وطيّب ريحها ، وإنّ ريحها ليوجد من مسيرة ألفي عام ، ولا يجد ريحها عاق ولا قاطع رحم »[5] . إلى غير ذلك من النصوص .

---

(١) المسالك ٦ : ٢٣٧ .

(٢) انظر الوسائل ١٩ : ٣٣٧ ، ب ٣٢ من الوصايا .

(٣) الوسائل ١٩ : ٤١٨ ، ب ٨٣ من الوصايا ، ح ٣ .

(٤) الرعد : ٢١ .

(٥) الكافي ٧ : ٥٥ ، ح ١٠ . الوسائل ١٩ : ٤١٧ ، ٤١٨ ، ب ٨٣ من الوصايا ، ح ١ ، ٢ .

(**وإذا أوصى للأقرب نزّل على مراتب الإرث**) بالنسب بمعنى تقديم المرتبة الأولى على الثانية، وتقديمها على الثالثة (**و**) حينئذٍ فـ(**لا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب**)، لا أنّ المراد التنزيل في كيفيّة الاستحقاق [١]. والظاهر أنّ من الأبعد هنا ابن العمّ ولو للأب والأمّ، فلا يعطى مع وجود العمّ ولو لأب [٢]. أمّا الأخ من الأب فـ[قد قيل:] [٣] إنّ الأقوى تقديم الأخ من الأبوين عليه كما في الإرث. قلت: قد يحتمل تساويهما [٤].

[حكم ما يعتبر في الوصي]:

الفصل (**الخامس: في الأوصياء**):

جمع وصي من الوصاية بكسر الواو وفتحها، وهي الولاية على إخراج حقّ أو استيفائه أو على طفل أو مجنون يملك الموصي الولاية عليه بالأصالة كالأب والجدّ، أو بالعرض كالوصي المأذون له في الايصاء [٥]. وعلى كلّ حال فـ[لا تكون عقداً] [٦]. نعم قد تكون بصورة العقد كما لو أوصى الموصي فقال الوصي: قبلت، وليس ذلك كافياً في العقد [٧]. وبذلك ظهر لك الفرق بين الوصية والوصاية، فإنّ الأولى وإن لم تحتج إلى قبول في بعض أفرادها كالوصية للجهات العامّة بناءً على عدم احتياج القبول فيها، لكن حيث يحتاج إلى القبول فيها كالوصية للمخصوص يكون معتبراً فيها بحيث إذا لم يحصل يقع باطلاً، بخلاف الوصاية فإنّ عدم القبول لا يبطلها، إلّا إذا كان

---

[١] لما عرفت من أنّ الوصية يتساوى فيها الذكر والأنثى، والمتقرّب بالأبوين والمتقرّب بالأمّ.

[٢] وإن قدّم عليه في الإرث لدليل خاصّ.

[٣] [**قاله**] **في المسالك**[١].

[٤] وخروج الإرث بالدليل، ولو كان التقرّب بالسببين محقّقاً للأقربية عرفاً لاقتضائها بالنسبة إلى المتقرّب بالأمّ خاصّة.

[٥] **وهو معنى ما في القواعد من أنّ «الوصيّة بالولاية استنابة بعد الموت في التصرّف فيما كان له التصرّف فيه من قضاء ديونه واستيفائها وردّ الودائع واسترجاعها والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين والنظر في أموالهم والتصرّف فيها بما لهم الحظّ فيه، وتفريق الحقوق الواجبة والمتبرّع بها»**[٢]. بل لعلّ تعريفها بالولاية أولى من الاستنابة باعتبار كونها كذلك بعد الموت، لا أنّها نيابة عن الميّت الذي بموته تنقطع ولايته وإن كان هو قد نصبه وليّاً.

[٦] [**لكن**] **في القواعد وجامع المقاصد والمسالك**[٣] **وغيرها، بل في الحدائق: الظاهر اتّفاقهم عليه أنّها عقد**[٤]. وفيه: أنّ العقد كما عرفته في محلّه ما اعتبر فيه الإيجاب والقبول، والمشهور كما تعرفه أنّ المعتبر في لزوم الوصية عدم الردّ الذي يبلغ الموصي، وهو أعمّ من القبول، بل يتحقّق بالردّ وعدم القبول إذا لم يبلغ ذلك الموصي، وهو منافٍ لدعوى العقدية المزبورة.

[٧] ضرورة كونه اسماً لما اعتبر فيه القبول على جهة الجزئيّة. ولقد أجاد في الدروس حيث إنّه بعد أن ذكر جواز تأخّر قبولها عن إيجابها كفاية الفعل فيه، قال: «وعلى ما قلناه من اللزوم بالموت وعدم الردّ فلا عبرة بقبول الوصي وعدمه، بل العبرة بعدم الردّ الذي يبلغ الموصي، فإن حصل وإلّا التزم»[٥].

---

(١)(٢) المسالك ٦: ٢٤٠. القواعد ٢: ٥٦٢.
(٣) القواعد ٢: ٥٦٥. جامع المقاصد ١١: ٢٨٢. المسالك ٦: ٢٥٥.
(٤) الحدائق ٢٢: ٥٩٧.
(٥) الدروس ٢: ٣٢٦.

بردّ لها على وجه يبلغ الموصي، كما هو واضح. ثمّ إنّ صيغة الوصاية: أوصيت إليك أو فوّضت أو جعلتك وصيّاً أو أقمتك مقامي في أمر أولادي أو حفظ مالهم والتصرّف فيه، أو كذا وكذا، أو ولّيتك كذا بعد موتي أو جعلتك وليّاً بعد الموت، أو نحو ذلك من الألفاظ التي تفيد توليته على ما يريدها عليه عموماً أو خصوصاً.

أمّا لو قال: أنت وصيّي مثلاً واقتصر وقع لغواً [١].

[فالتحقيق أنّه إن كان هناك قرينة حال حمل عليه، وإلّا أمكن البطلان ويحتمل التصرّف فيما لابدّ منه كحفظ المال ومؤونة اليتيم مع فرض تيقّن إرادته من اللفظ المزبور أو ظهوره مع الشكّ في غيره].

ولو قال: أوصيت إليك أو أقمتك مقامي في أمر أولادي ولم يذكر التصرّف فالظاهر تنزيله على التصرّف [٢].

(و) كيف كان فـ(يعتبر في الوصي العقل والإسلام) فلا يصحّ الإيصاء إلى مجنون مطبقاً أو إدواراً [٣]. بل لو طرأ الجنون على الوصي بطلت وصيّته في وجه، وإن كان تسمع في المسائل إن شاء الله تعالى أنّ الأقوى خلافه [٤].

بل الظاهر عدم عودها لو عاد العقل إن كان على وجه الفسخ كما في العقد الجائز [٥].

---

[١] لعدم ظهور المتعلّق منه، وعمومه كخصوصه بالنسبة إلى التقدير، ومطلق طبيعة الوصايا لا تجدي من دون ذكر المتعلّق بخلاف الأوامر، بل وبخلاف نحو ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾[١] ونحوه؛ ضرورة كون المقام كالإخبار، وكما لو قال: وكّلتك. **وعن التذكرة[٢] التصريح به. بل عن فخر المحقّقين[٣] عدم الخلاف في ذلك.** والتحقيق ما في الدروس من أنّه «إن كان هناك قرينة حال حمل عليه، وإلّا أمكن البطلان، ويحتمل التصرّف فيما لا بدّ منه كحفظ المال، ومؤونة اليتيم»[٤]. قلت: لا بأس بالاحتمال المزبور مع فرض تيقّن إرادته من اللفظ المزبور أو ظهوره مع الشكّ في غيره، وإلّا فاللابدّية أعمّ من الوصاية به.

[٢] لأنّه المفهوم عرفاً، خصوصاً عند من يرى أنّ المفرد المضاف يفيد العموم. لكن عن التذكرة[٥] أنّ فيه احتمالين هذا أحدهما، والثاني عدم التصرّف إلّا في الحفظ؛ لأنّه المتيقّن دون غيره، وهو كما ترى؛ ضرورة إرادة التصرّف منه عرفاً.

[٣] لعدم صحّة تصرّفاته وعدم صلوحه للوكالة فضلاً عن الوصاية التي هي أعظم منها؛ لأنّها إحداث ولاية ومنصب يقصر المجنون عنها قطعاً لكونه مولّى عليه.

[٤] وفي دعائم الإسلام عن عليّ عليه السلام: «لا يزيل الوصي عن الوصية ذهاب عقل أو ارتداد أو تبذير أو خيانة أو ترك سنّة، والسلطان وصي من لا وصي له، والناظر لمن لا ناظر له»[٦].

[٥] **وفاقاً للفاضل[٧]**؛ للأصل وعدم مقتض لعودها، وإن تردّد فيه في الدروس[٨]، وتسمع إن شاء الله تعالى تحقيق الحال في ذلك في المسائل.

---

(١) البقرة: ٢٧٥.
(٢) التذكرة ٢: ٥٠٨ (حجرية).
(٣) الايضاح ٢: ٦٢٣.
(٤) الدروس ٢: ٣٢٦.
(٥) التذكرة ٢: ٥٠٨ (حجرية).
(٦) دعائم الإسلام ٢: ٣٦٣، ح ١٣٢٥، وفيه: «عن الوصية إلّا ذهاب عقله».
(٧) القواعد ٢: ٥٦٤.
(٨) الدروس ٢: ٣٢١.

نعم لو صرّح الموصي بذلك أمكن القول بالصحّة [١].

قلت: قد يقال بصحّة الإيصاء إلى المجنون حال جنونه معلّقاً ذلك على حصول الإفاقة له إن حصلت منضمّاً إلى الوصاية إلى بالغ مستقلّ في التصرّف أو غير منضمّ على إشكال [٢]. (و) إنّما الكلام هنا في أنّه (**هل يعتبر العدالة**) في الوصي ؟ (**قيل**) [٣]: (**نعم**) [٤]؛ (**لأنّ الفاسق لا أمانة له**) [٥].

---

[١] **لعموم أدلّة الوصيّة ووجوب إنفاذها على حسب ما أوصى. ومن هنا قال في الدروس: « الأقرب صحّة الإيصاء لمن يعتوره الجنون إدواراً ويحمل على أوقات الإفاقة » ثمّ قال: « والفرق بينه وبين الأوّل ـ أي من طرأ له الجنون ـ انصراف الوصية في ابتدائها ـ أي في الأدواري ـ إلى أوقات إفاقته وفي غيرها إلى دوام عقله الذي لم يدم، ولو قلنا بعود ولاية الأوّل فلا إشكال »**[1].

[٢] ينشأ من عموم الأدلّة، ومن كون المتيقّن منها الإذن في نصب غير ذلك، على أنّ تعليق تأثير السبب على غير الشرط الشرعي مخالف للضوابط الشرعية، والظاهر ما دلّ على التسبيب، وسيأتي لذلك نظائر إن شاء الله تعالى، كما أنّه يأتي البحث على ما يتفرّع على الشرط الثاني عند تعرّض المصنّف له.

[٣] **والقائل جماعة، بل هو المشهور.**

[٤] **بل في الغنية الإجماع عليه**[2].

[٥] ١ ـ لوجوب التثبّت عند خبره[3] وظالم لا يركن إليه[4]. ٢ ـ ولأولويّتها من وكيل الوكيل المجبور بنظر الموكّلين الذي قد اعتبر فيه العدالة. ٣ ـ وولايتها قد تكون ولاية على طفل أو على أداء حقّ واجب، أو نحو ذلك ممّا لا ينبغي فيه ائتمان غير العدل. ٤ ـ ولأنّ الوصاية إثبات الولاية بعد الموت الذي به ترتفع ولاية الموصي ويصير التصرّف متعلّقاً بحقّ غير المستنيب من طفل أو مجنون أو فقير وغيرهم، فيكون أولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل، ووكيل الحاكم على مثل هذه المصالح، ومن هنا كان رضا الموصي بالفاسق غير معتدّ به. كما أنّ منه يعلم الفرق بين الوصاية والوكالة والاستيداع المتعلّقين بحقّ الموكّل والمودع المسلّطين شرعاً على إتلاف مالهما فضلاً عن تسليط غير العدل عليه، والموصي إنّما يسلّط على حقّ الغير لخروجه عن ملكه بالموت مطلقاً مع أنّا نمنع عدم اشتراط العدالة في الودعي والوكيل إذا كانا على مثل ذلك. ٥ ـ كلّ ذلك مضافاً إلى التأيّد بظواهر كثير من النصوص[5] الواردة بالنسبة إلى من مات وله أموال وورثته صغار ولا وصي له حيث اشترطت عدالة المتولّي لذلك، وهي وإن كانت خارجة عمّا نحن فيه إلّا أنّ فيها إشعاراً بأنّ المتولّي لأمر الوصاية كذلك، بل لا فرق بينهما إلّا كون الأوّل منصوباً من قبل الشارع والثاني من قبل الميّت، وإلّا فهما بالنسبة إلى ما يتصرّفان فيه واحد، فكما يراعى العدالة فيه من حيث إنّ الناصب له الشرع يراعى كذلك فيه من حيث إنّ الناصب الموصي فلا ينصب لذلك إلّا عدلاً. والفرق ـ بأنّ للموصي التسلّط على ماله يدفعه إلى من يشاء ويسلّط عليه من يختاره لتسلّط الناس على أموالهم بخلاف الحاكم الشرعي المنوط تصرّفه بالمصلحة دون ما فيه مفسدة ـ يظهر ضعفه ممّا مرّ، فإنّ الموصي بعد الموت وانتقال التركة إلى الورثة وفيهم الصغير، وفيها وصايا إلى الجهات العامّة ونحو ذلك من التصرّفات المحتاجة إلى الوثوق والائتمان لا تعلّق له بذلك، فتصرّفه فيما ذكر إنّما هو تصرّف في مال الغير لا مال نفسه.

---

(١)(٢) الدروس ٢: ٣٢١ـ ٣٢٢. الغنية: ٣٠٦.
(٣) الحجرات: ٦.
(٤) هود: ١١٣.
(٥) انظر الوسائل ١٩: ٤٢١، ب ٨٨ من الوصايا.

(وقيل) [١]: (لا) تعتبر العدالة في الوصي (**لأنّ المسلم محلّ للأمانة كما في الوكالة والاستيداع، ولأنّها ولاية تابعة لاختيار الموصي فيتحقق بتعيينه**). وقيل [٢]: المعتبر عدم ظهور الفسق لا ظهور العدالة [٣].

وحينئذٍ فالأقوال في المسألة ثلاثة وقد اتفقت جميعاً على عدم الفرق بين متعلّق الوصاية في ذلك من ولاية على قاصر أو على أداء حقّ لازم أو على صرف ثلث في وجوه البرّ أو نحو ذلك.

ولعلّ خيرها أوسطها ما لم يكن فيه مفسدة على القاصر [٤].

---

[١] **والقائل جماعة منهم الفاضل في المختلف وابن إدريس[١] فيما حكي عنه وغيرهما.**

[٢] **كما في المسالك[٢]:**

[٣] قال [في المسالك]: «لأنّه لا يلزم من عدم أهليّة الفاسق للاستئمان، وقبول الخبر اشتراط العدالة هنا لوجود الواسطة بينهما، وهو المستور والمجهول الحال، فإنّه لا يصحّ وصفه بالفسق، بل يعزّر واصفه به فلا يدخل في المدلول. واشتراط عدالة وكيل الوكيل إن أرادوا به اشتراط ظهور عدالته كما هو المشهور فهو عين المتنازع فيه، وإن أرادوا به عدم ظهور الفسق سلّمناه لكن لا يفيد الاشتراط. وبالجملة لا ريب في اشتراط عدم ظهور فسقه، أمّا اشتراط ظهور عدالته ففيه بحث. والاستدلال عليه بأنّ الفسق لمّا كان مانعاً فلا بدّ من العلم بانتفائه وذلك هو اشتراط العدالة واضح المنع؛ لأنّ المانع لا يشترط العلم بعدمه في التأثير، بل عدم العلم بوجوده كافٍ، كما في كلّ مانع»[٣].

[٤] لعموم الأدلّة وإطلاقها، خصوصاً ما ورد[٤] منها في وصاية الامرأة التي من الغالب عدم عدالتها، وفي وصاية ولده وفيهم الصغار والكبار، وأنّ الصبي يكون وصيّاً بذلك عند بلوغه أو قبله والتصرّف عند البلوغ، وغير ذلك من النصوص التي لا ينكر ظهور سياقها في عدم اعتبار العدالة، سيّما ما ورد من وصية الكاظم عليه السلام جميع ولده ومنهم [من] غير العدل وجعل الولاية بيد عليّ عليه السلام منهم لا يجدي بناءً على عدم صلاحية الفاسق للوصاية ولو مع انضمامه إلى غيره ممّن له الولاية عليه.

ودعوى عدم صحّة ائتمان الفاسق والركون إليه واضحة المنع، فإنّ الفسق قد يكون بما لا مدخليّة له في حفظ المال، والوصاية ليست ركوناً، ومع التسليم فالممنوع من الركون إلى الظالم من الفاسق لا مطلقاً. ودعوى كونه ظالماً لنفسه كماترى لا تستأهل جواباً. وكذا ما ذكر من القياس على وكيل الوكيل الممنوع اعتبار العدالة فيه أيضاً، فإنّ الأمر فيه يتبع إذن الموكّل أو مصلحته، ولا ريب في أنّ الوصاية فرع ولاية الموصي، وإن لم تكن هي استنابة بمعنى ثبوت الولاية له بعد الموت وأنّ الوصي نائب عنه؛ضرورة انقطاعها بعد الموت، ولكن لولايته الثابتة حال الحياة قد جوّز له الشارع جعل وليّ بعد موته فيما له الولاية عليه، وأدلّة جواز ذلك عامّة أو مطلقة.

نعم هي مخصّصة أو مقيّدة في بعض أفرادها كالولاية على القاصر ونحوها بما إذا لم يكن في ذلك مفسدة أو بما فيه مصلحة، من غير فرق في ذلك بين العدل والفاسق، وكذا الوكالة والوديعة من الحيّ للطفل.

ودعوى خروج المال منه كلّه بالموت مدفوعة: بأنّ الثلث باقٍ على حكم ماله، فله الولاية عليه على أيّ نحو شاء، كما أنّ له

---

(١) المختلف ٦: ٣٩٥. السرائر ٣: ١٨٩.

(٢)(٣) المسالك ٦: ٢٤٢.

(٤) انظر الوسائل ١٩: ٣٧٥، ٣٧٩، ب ٥٠، ٥٣ من الوصايا.

[ولو ظهر للحاكم اختلال حال الطفل عزل الوصي ومنعه من التصرّف].

الولاية لمن يشاء على قضاء ديونه ونحوها، وبراءة ذمّته مراعاة بحصول ذلك من الولي، من غير فرق بين العدل والفاسق كحال الحياة وقبول خبرهما في ذلك باعتبار كونهما مسلمين مصدّقين فيما يسندانه إليهما خصوصاً مع تكليفهما بذلك، فلا فرق من هذه الجهة، والتأييد بالنصوص المزبورة.

يدفعه: أنّ موضوعها تولّي عدول المسلمين الذين هم أحد الأولياء مع فقد الحاكم لا من حيث الوكالة عنه وإلّا فالحاكم قد يجوز له أو يجب عليه توكيل الفاسق إذا اقتضته المصلحة. نعم قد يفرّق بين العدل والفاسق فيما يلزم الموكّل والولي فيه مراعاة المصلحة أو عدم المفسدة عند اشتباه الحال لديه، فإنّه حينئذٍ بتوكيل العدل وتوليته معذور، بخلاف الفاسق الذي هو مظنّة الفساد، لا أنّه لا يجوز تولية الفاسق الذي يعلم الصلاح في توليته لكون فسقه بما لا يضرّ المولّى عليه كما هو واضح.

بل لو وقع ذلك من الموكّل والموصي، ولم يعلم الحال لا بدّ لنا من حمل فعلهما على الوجه الصحيح، وهو الذي يعلم الولي عدم مفسدته أو صلاحه، لا أنّه يحمل على معلوم الفساد كي يحكم ببطلان وصايته.

ومن الغريب أنّ بعض من اشترط عدالة الوصي قال: «واعلم أنّ هذا الشرط إنّما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصي ويقبل خبره كما يستفاد ذلك من دليله لا في الفعل في نفسه، فلو أوصى إلى من ظاهره العدالة وهو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصية فالظاهر نفوذ فعله وخروجه عن العهدة، ويمكن كون ظاهر الفسق كذلك لو أوصى إليه فيما بينه وبينه وفعل مقتضاها بل لو فعله كذلك لم يبعد الصحّة، وإن حكم ظاهراً بعدم وقوعه وضمان ما ادّعى فعله، وتظهر الفائدة لو فعل مقتضى الوصية باطّلاع عدلين أو باطّلاع الحاكم، نبّه على ذلك في التذكرة والروضة، وهو حسن»[1].

قلت: وقريب منه ما صرّح به في جامع المقاصد[2]، ولا يخفى عليك منافاة ذلك لاشتراط العدالة في الوصي في سياق اشتراط العقل ونحوه ممّا يقضي بانعدام المشروط بعدمه.

وأقصى ما يقال في دفعه: أنّه يمكن تنزيله على أنّ المراد أنّها شرط في صحّة الاستنابة لا في صحّة النيابة، وأنت إذا تأمّلت لم تجد لهذا الكلام حاصلاً ينطبق عليه ظاهراً من ذكر ذلك شرطاً على حسب اشتراط العقل ونحوه.

وأغرب من هذا ما عساه يظهر من بعضهم[3] من الاستدلال على اشتراط العدالة بأنّ الفاسق لا يصلح للولاية على الطفل.

وفيه: أنّه لا خلاف ظاهراً في ثبوت ولاية الأب والجدّ على الطفل، وإن كانا فاسقين.

بل في جامع المقاصد[4] الاعتراف بأنّ ذلك مقتضى النصّ والإجماع، وأنّه لا دليل على اشتراط العدالة.

نعم قال: «فيدفع محذور الفسق بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل إذا كان للأب عليه ولاية عزله ومنعه من التصرّف في ماله وإثبات اليد عليه، وإن ظهر خلافه فولايته ثابتة، وإن لم يعلم استعلم بالاجتهاد وتتبّع سلوكه وشواهد أحواله»[5].

وفيه: أنّه لِمَ لا يكون كذلك في الوصي مع [ذلك]؟

---

(١) الرياض ٩: ٤٧٩ ـ ٤٨٠.

(٢)(٤)(٥) جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

(٣) انظر المسالك ٦: ٢٤١. الرياض ٩: ٤٧٨.

نعم الظاهر منع وجوب الاستعلام بالاجتهاد وتتبّع الأحوال [١].

هذا كلّه في الوصية إلى الفاسق ابتداءً (**أمّا لو أوصى إلى العدل**) من حيث كونه عدلاً (**ففسق بعد موت الموصي أمكن القول ببطلان وصيّته**) ، بل ينبغي الجزم به ، وإن لم نقل باشتراط العدالة في الوصي [٢] ؛ (**لأنّ الوثوق ربّما كان باعتبار صلاحه فلم يتحقق**) الوثوق (**عند زواله**) .

نعم لو أوصى إلى العدل لا من حيث العدالة بل من حيث ذاته ففسق ، فإنّ وصيّته ثابتة ، بناءً على صحّة وصاية الفاسق ، بل لعلّه كذلك أيضاً إذا كانت العدالة داعياً وباعثاً للوصاية ، لكن لم تتعلّق الوصاية عليها [٣].

بل قد يقال : إنّها كذلك إذا أوصى إلى العدل ولم يعلم منه ملاحظة الوصف على الوجه الأوّل أو غيره [٤].

بل لو علم ملاحظة الوصف لكن لا على جهة دورانها معه وجوداً وعدماً ، بل لاحظه غير خاطر في باله العاري عنه [٥].

وكيف كان فلا تعود الوصاية بعود الوصف إلّا إذا صرّح بذلك الموصي أو ظهر من عبارته فإنّ الأقوى جواز مثل هذا النصب [٦].

---

[١] لوجوب حسن الظنّ بالمسلم وحمل فعله على الوجه الصحيح ، وأنّه لا يقصّر فيما وجب عليه ، كما هو مقرّر في محلّه .

[٢] **بلا خلاف أجده فيه ، بل عن المهذّب وشرح الصيمري الإجماع عليه إلّا من الحلّي**[1] **وفي جامع المقاصد : « كأنّه لا خلاف فيه »**[2] ؛ لعدم مقتضيها ؛ ضرورة كون فرض عبارة النصب له من حيث العدالة ، فمع فسقه لم تشمله عبارة النصب فلا يكون وصيّاً .

ودعوى أنّ العدالة من الأوصاف التي لا يتغيّر الموضوع بفقدها ، يدفعها : وضوح فسادها ؛ إذ الموضوع إن كان الذات مع الوصف فلا ريب في تغيّر الموضوع بعدمها .

كوضوح فساد دعوى الاكتفاء بالعدالة في ابتداء النصب دون استمراره .

[٣] لما تقرّر غير مرّة من أنّ الدواعي لا تقيّد أمثال هذه الأسباب .

[٤] فإنّ استصحابها كافٍ في الحكم ببقائها .

[٥] فإنّ الاستصحاب أيضاً يمكن جريانه ؛ ضرورة عدم معلوميّة علّية الوصف ، ومحالّ الاستصحاب غالباً تقترن معها الأوصاف التي لم يفهم علّيتها ، ومنها المقام الذي كان الوصف فيه شبه مفهوم اللقب .

ولا يقال : إنّه لا يجري باعتبار تغيّر الموضوع في الفرض ؛ لما عرفت من أنّ الموضوع لا يتغيّر بتغيّر مثل هذا الوصف ، بل التغيّر يحصل بتغيّر الذات أو الوصف الذي يجعل مداراً للحكم .

وقد ظهر لك ممّا ذكرنا أنّ الصور في المقام خمسة ، والمتّجه البطلان في الأُولى التي نزّلنا عليها عبارة المصنّف ، وإن كان فيه صعوبة ؛ فراراً ممّا عساه يظهر منها من مساواتها لغيرها التي قد عرفت كون المتّجه فيها الصحّة .

[٦] لإطلاق الأدلّة .

---

(١) المهذب البارع ٣ : ١١٦ . غاية المرام ٢ : ٤٤١ .

(٢) جامع المقاصد ١١ : ٢٧٧ .

ومثل هذه الصورة تأتي أيضاً فيما لو فسق حال حياة الموصي أيضاً [١].

وعلى كلّ حال فالمتّجه في الصورة الأولى [أي لو فسق المأخوذ عدالته في الوصاية] انعزاله من غير حاجة إلى عزل الحاكم [٢].

٢٩٧/٢٨

فقول المصنّف: [٣] (**فحينئذٍ يعزله الحاكم ويستنيب مكانه**) في غير محلّه، اللهمّ إلّا أن يكون المراد بالعزل قطعه عن التصرفات بعد أن تحقّق العزل الشرعي، والأمر سهل بعد وضوح المقصود، والله العالم (**ولا تجوز الوصية إلى المملوك**) [٤].

(**إلّا**) أن يكون ذلك (**بإذن مولاه**) فتصحّ الوصاية إليه حينئذٍ [٥].

وحينئذٍ فليس للمولى الرجوع في الإذن بعد موت الموصي بل ولا قبله إذا كان بحيث لم يبلغه الردّ، وبالجملة هو كالحرّ بالنسبة إلى ذلك [٦].

---

[١] ضرورة عدم الفرق فيما ذكرناه من مدارك الصور بين حالي الموت والحياة.

[٢] ضرورة تقييد وصايته من الموصي بحال العدالة التي تنتقي بإنتفائها.

[٣] **والفاضل في القواعد**[١].

[٤] **بلا خلاف فيه في الجملة، بل عليه مطلقاً عن صريح محكيّ الغنية**[٢]**، وظاهر التذكرة الإجماع**[٣]. وهو الحجّة.

مضافاً إلى أدلّة الحجر عليه، واستلزام ذلك التصرّف فيه والانتفاع به بغير إذن مولاه؛ لاحتياج تنفيذ الوصاية إلى أفعال وأقوال وهو ممنوع منها.

[٥] **بلا خلاف كما اعترف به في الرياض**[٤]؛ لزوال المانع.

[٦] **هذا، وفي الرياض: « ولا فرق في محلّ المنع بين كون العبد قنّاً أو مدبّراً أو مكاتباً مبعّضاً للموصي أو غيره عند الشيخ وابن حمزة والحلّي والمختلف. خلافاً للمفيد والديلمي فجوّزا الوصية إلى من عدا القنّ، إمّا مطلقاً كما يظهر من المختلف والدروس، أو إذا كان عبد نفسه كما يستفاد من التنقيح، ومال إليه قال: لحرية المدبّر حال المباشرة ولزوم الكتابة وتصرّف المكاتب من غير حجر.** ولا يخلو عن قوّة؛ لعمومات الكتاب[٥] والسنّة[٦] الناهية عن تغيير الوصية وسلامتها في المفروض عمّا مرّ من الأدلّة المانعة لما ذكر »[٧].

قلت: قال في الدروس: « خامسها: إذن المولى لو أوصى إلى عبد الغير أو مكاتبه أو مدبّره أو أُمّ ولده ولو أوصى

---

(١) القواعد ٢: ٥٦٤.

(٢) حكا عنه وعما بعده في الرياض ٩: ٤٨١. انظر الغنية: ٣٠٦.

(٣) انظر التذكرة ٢: ٥١١ (حجرية).

(٤) الرياض ٩: ٤٨١.

(٥) البقرة: ١٨١.

(٦) انظر الوسائل ١٩: ٣٣٧، ب ٣٢ من الوصايا.

(٧) الرياض ٩: ٤٨٢.

. . . . . .

إلى عبد نفسه أو مدبّره أو مكاتبه أو أُمّ ولده لم يصحّ عند الشيخ، وجوّز المفيد وسلّار الوصية إلى المدبّر والمكاتب مطلقاً»[1].

ولعلّه ليست كما حكي عنهما في الجملة، والموجود في المقنعة: «ولا يوصي إلى العبد؛ لأنّه لا يملك مع سيّده أمراً، ولا بأس بالوصية إلى المدبّر والمكاتب»[2].

وفي المراسم: «ولا يوصي إلى العبد إلّا من كان منهم مكاتباً أو مدبّراً»[3]، فتأمّل.

وكيف كان فقد أطلق المصنّف وغيره أيضاً عدم جواز وصيّة المملوك الشامل لذلك كلّه وغيره، بل الظاهر عدم الفرق فيه بين مملوك نفسه ومملوك غيره.

وقوله: «إلّا بإذن مولاه» لا يقضي باختصاص المستثنى منه في الثاني لغة ولا عرفاً، وإن كان لا يتصوّر إخراجه منه باعتبار اقتضاء الوصية إليه الإذن في قبولها.

لكن قد يقال: إنّ إذنه لا تجدي؛ لأنّ أثر الوصاية بعد الموت الذي ينقطع به ملكه أو ينتقل إلى غيره.

ودعوى أنّ ذلك من الوصية بمنافعه فليس للوارث الاعتراض واضحة الفساد؛ ضرورة عدم كون ذلك منها بعد عدم قصدها.

ومن هنا كان مقتضى ما حكاه المفروغية من عدم جواز وصية القنّ ولو كان عبد نفسه وأنّ الخلاف في غيره، وكأنّه ﷺ مال إلى الجواز بناءً منه على أنّ مدرك المنع ما سمعت من الحجر عليه واقتضاء الوصاية التصرّف فيه، وهما مفقودان في الفرض فتبقى العمومات سالمة عن المعارض. وفيه: أنّه يمكن أن يكون الدليل الإجماع المحكيّ المعتضد:

١ ـ بظاهره.

٢ ـ وبإطلاق الأكثر.

٣ ـ وبإطلاق قوله عليه السلام: «لا وصيّة لمملوك»[4] في خبر ابن الحجّاج الذي لا قرينة على اختصاصه بالوصية التمليكية، بل هو شامل لذلك، ولجعل الولاية له.

٤ ـ وبمعلوميّة قصور العبد عن هذا المنصب الذي من الواضح الفرق بينه وبين الوكالة. بل لولا الإجماع على الصحّة بإذن السيّد لأمكن القول بالمنع معها أيضاً كما عن الشافعي[5] وجمع من العامّة سيّما الولاية على الطفل مثلاً؛ لقصوره عنه كالملك الذي لا يجدي فيه إذن السيّد، بل لعلّ الولاية أعظم منه، من غير فرق بين مملوك السيّد بأقسامه وغيره.

ووجود القابلية له في المدبّر مثلاً بعد الموت لا يجدي مع فقدها حال الوصية، كما أنّه لا يجدي التبعيض أيضاً، وإن أجدى في الملك؛ لعدم قابلية الولاية التوزيع كالملك، فتأمّل.

---

(١) الدروس ٢: ٣٢٢.

(٢) المقنعة: ٦٦٨.

(٣) المراسم: ٢٠٢.

(٤) الوسائل ١٩: ٤١١، ب٧٨ من الوصايا، ح٢.

(٥) انظر المغني (لابن قدامة) ٦: ٥٧٠، ٥٧١.

[والظاهر عدم الفرق فيه بين مملوك نفسه ومملوك غيره].

[ولا فرق أيضاً بين القنّ والمدبّر والمكاتب وكذلك المبعّض].

نعم لو أوصى إليه معلّقاً ذلك على حرّيته أمكن الجواز [١].

(و) ممّا يعتبر في الوصي البلوغ [٢] فـ(**بلا تصحّ الوصية إلى الصبي منفرداً**) [٣].

(و) لكن [المختار] [٤] أنّه (**تصحّ**) وصايته (**منضمّاً إلى البالغ**) الكامل، و(**لكن لا يتصرّف**) الصبي (**إلّا بعد بلوغه**).

وإنّما فائدة نصبه جواز تصرّفه بعد البلوغ على وجه يكون شريكاً للبالغ [٥].

و[المختار أيضاً أنّه] [٦] (**لو أوصى إلى اثنين**) مثلاً (**أحدهما صغير**) والآخر كبير (**تصرّف الكبير منفرداً حتى يبلغ الصغير**) [٧].

---

[١] بناءً على قبول الوصاية مثل هذا التعليق كما عرفته فيما تقدّم، والله العالم.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه.**

[٣] لقصوره بالصبا السالب لأقواله وأفعاله عن منصب الوكالة.

فضلاً عن الوصاية التي قد عرفت أنّها أعظم منها باعتبار كونها ولاية بخلافها، بل لا يتعقّل ثبوت السلطنة لغير المميّز من الصبيان على المميّز منهم.

[٤] [كما] قد ورد [ذلك] في خبرين معتبرين بفتوى الأصحاب على وجه لا يعرف فيه خلاف بينهم.

[٥] قال عليّ بن يقطين: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى إلى امرأة وشرّك في الوصية معها صبياً؟ فقال: «يجوز ذلك وتمضي المرأة الوصية، ولا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له إلّا الرضا[١] إلّا ما كان من تبديل أو تغيير فإنّ له أن يردّه إلى ما أوصى به الميّت»[٢].

وقال الصفّار كتبت إلى أبي محمّد عليه السلام: رجل أوصى إلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغار أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيّته، ويقضوا دينه إن صحّ على الميّت شهود[٣] عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقّع عليه السلام: «نعم على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم، ولا يحبسوه بذلك»[٤].

[٦] [**كما**] **منهما يعلم الحكم فيما ذكره المصنّف (و) غيره من أنّه** [ذلك].

[٧] ولأنّه وصيّ في الحال منفرداً.

إذ الشريك معه بعد البلوغ كما لو قال أنت وصيّي فإذا حضر فلان فهو شريكك، ومن ثمّ لم يكن للحاكم أن يداخله (و) لا أن يضمّ إليه آخر ليكون نائباً عن الصغير.

---

(١) في المصدر: «أن لا يرضى».

(٢) الوسائل ١٩: ٣٧٥، ب ٥٠ من الوصايا، ح ٢.

(٣) في المصدر: «لمن صح على الميت بشهود».

(٤) المصدر السابق: ح ١.

نعم (عند بلوغه لا يجوز للبالغ التفرّد) [١].

بل قد يقال ببطلان وصاية الموصي إن صرّح بوصاية الصبي فعلاً [٢].

نعم لو صرّح بعدم تصرّف الكبير حتى يبلغ الصغير صحّ [٣].

بل الظاهر الصحّة أيضاً مع التصريح بانعزال الكبير عند بلوغ الصغير [٤].

بل يصحّ غير ذلك من الشرائط التي لم تحلّل حراماً ولا تحرّم حلالاً ، ولا تخالف كتاباً ولا سنّة كالترتيب في الوصية بأن يقول : أوصيت إلى زيد فإن مات فإلى عمرو ، ونحو ذلك [٥].

---

[١] لحصول الشريك له حينئذٍ ، كما لو أوصى إلى اثنين كاملين ابتداءً على ما ستعرف هذا . وفي المسالك وغيرها : « أنّ صحّة الوصية إلى الصبي منضمّاً على خلاف الأصل ؛ لأنّه ليس من أهل الولاية ، ولكن جاز ذلك للنصّ ، فلا يلزم مثله في الوصية إليه مستقلاً ، وإن شرط في تصرّفه البلوغ وكان ذلك في معنى الضمّ ، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده ، ولأنّه يغتفر في حال التبعيّة ما لا يغتفر استقلالاً »[١].

قلت : قد عرفت سابقاً ما يقتضي أنّ الأصل جواز نصب الصبي وصيّاً إذا علّق ذلك على بلوغه رشيداً ؛ ضرورة كونه للعمومات وأنّ الوصاية كالإمارة لا يقدح فيها التعليق ونحوه ، ولذا جاز الوصية إلى المجنون الأدواري ، وجاز الإيصاء إلى زيد فإن مات فإلى عمرو ، أو إلى ولده إن بلغ رشيداً ، كما نصّ عليه في الدروس وكذا في القواعد[٢] . وحينئذٍ فالمتّجه كون المنضمّ على الوجه المزبور على وفق الأصل لا على خلافه . بل المتّجه جواز الانضمام كذلك والاستقلال إن لم يقم إجماع على خلافه ، ودونه خرط القتاد . ودعوى أنّ محلّ البحث الوصاية فعلاً لا المعلّقة على البلوغ ، وقد ثبت في المنضمّ للخبرين السابقين دون المستقلّ الذي لا ريب في مخالفة وصايته الفعلية للأصل ؛ لعدم قابليّته للولاية ، وبذلك صحّ للمصنّف وغيره الفرق بين وصاية المنضمّ والمستقلّ واضحة الفساد ؛ ضرورة عدم صحّة الوصاية فعلاً للمنضمّ أيضاً ولا صراحة في الخبرين بذلك بل ولا ظهور ، بل لعلّ ظاهرهما خلافه وإلّا كان شريكاً فعلاً ، وتوقّف التصرّف في المال إلى بلوغه أو يقوم وليّه مقامه أو يضمّ الحاكم نائباً عنه ، والجميع مخالف ؛ لما عرفت من النصّ والفتوى .

[٢] لعدم مشروعيّتها ، وهو معنى اشتراطهم البلوغ في الوصي الذي مقتضاه انعدام المشروط بانعدامه .

[٣] لعموم « المؤمنون عند شروطهم » .

[٤] لذلك كما هو صريح القواعد والدروس وجامع المقاصد[٣] .

[٥] وعن فاطمة عليها السلام : أنّها أوصت في وقفها إلى أمير المؤمنين عليه السلام فإن حدث به حدث فإلى ولديها[٤] .

وقد تقدّم سابقاً أنّ الوصاية قريبة من التأمير ، كما اعترف به في جامع المقاصد[٥] . وقد روى أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال : « الأمير زيد ، فإن قتل فجعفر ، فإن قتل فعبد الله بن رواحة »[٦] .

---

(١) المسالك ٦ : ٢٤٦ .
(٢) الدروس ٢ : ٣٢٤ . القواعد ٢ : ٥٦٧ .
(٣) انظر القواعد ٢ : ٥٦٧ . الدروس ٢ : ٣٢٤ . جامع المقاصد ١١ : ٣٠١ ولكن لم يصرح فيها بالانعزال .
(٤) الوسائل ١٩ : ١٩٨ ، ب ١٠ من الوقوف والصدقات ، ح ١ .
(٥) جامع المقاصد ١١ : ٣٠١ .
(٦) البحار ٢١ : ٥٢ ـ ٥٣ ، ح ٢ ، مع اختلاف .

وبذلك كلّه يعلم أنّ موضوع المسألة في المتن [١] ما لو أطلق الوصاية إلى الصغير والكبير، فإنّه الذي حكمه تصرّف الكبير حتى يبلغ الصغير فيشاركه، وأنّه ليس للصغير الاعتراض عليه فيما تصرّف فيه الكبير سابقاً على بلوغه، كما عرفته وتعرفه فيما يأتي إن شاء الله تعالى، فتأمّل جيّداً، فإنّه قد ظهر لك عدم الفرق بين المميّز وغيره في المسألة، ولا بين البالغ خمس سنين وغيره [٢]. (و) كيف كان فـ(**لو مات الصغير أو بلغ فاسد العقل كان للعاقل الانفراد بالوصية ولم يداخله الحاكم؛ لأنّ للميّت وصياً**) مسلّماً [٣]. (و) [المختار] [٤] أنّه (**لو تصرّف البالغ ثمّ بلغ الصبي لم يكن له نقض شيء ممّا أبرمه**) في الزمن السابق الذي لا شركة له فيه [٥]. (**إلّا أن يكون مخالفاً لمقتضى الوصيّة**) بل مثله منقوض لنفسه لا يحتاج إلى نقض كما هو واضح [٦].

بقي الكلام في شيء [٧] وهو لو مات الكبير مثلاً قبل بلوغ الصبي، والمتّجه على ما قلناه صحّتها لو بلغ وإن

---

[١] وغيره.

[٢] وإن كان ظاهر خبر زياد بن أبي الحلال الثاني، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله هل أوصى إلى الحسن والحسين عليهما السلام مع أمير المؤمنين عليه السلام ؟ قال: « نعم، قلت: وهما في ذلك السنّ ؟ قال: نعم ولا يكون لغيرهما في أقلّ من خمس سنين »[1]. لكن لم أجد عاملاً به، بل ظاهر غيره من النصوص والفتاوى خلافه، والله العالم.

[٣] لعدم شريك له لكون الفرض موت الصبي قبل البلوغ الذي هو شرط صحّة نصبه وصيّاً، وكذا الكمال فلم يشاركه أحد في وصايته، ولا وجد ما يزيلها فهي مستصحبة على الحال الأوّل. لكن ومع ذلك تردّد فيه في الدروس[2]، من ذلك، ومن دلالة لفظ الوصي على الضمّ في وقت إمكانه عادة. بل في الرياض: أنّه الأظهر لقوّة دليله، قال: « وينبغي القطع به فيما إذا بلغ الصبي رشيداً ثمّ مات بعده ولو بلحظة؛ لانقطاع الاستصحاب الأوّل حينئذٍ، بلا خلاف وتبدّله باستصحاب عدم الاستقلال فيتّبع »[3]. قلت: كيف ينبغي القطع به مع أنّ أقصاه صيرورته كالوصية إلى اثنين كاملين ثمّ مات أحدهما، وستعرف أنّ المشهور بين الأصحاب استقلال الباقي، وأنّه لا يضمّ إليه الحاكم. ومنه يعلم ضعف القول به في الفرض الذي هو مرجوح بالنسبة إلى ذلك قطعاً؛ ضرورة عدم حصول الشريك للوصي أصلاً، بل يمكن القطع بكون مراد الموصي الشركة له إذا بقي وبلغ قابلاً للشركة. ومن هنا جزم المصنّف وغيره باستقلال الكبير في الفرض، والله العالم.

[٤] [كما] قد ظهر لك من ذلك الحكم في جميع أطراف المسألة حتى ما ذكره المصنّف وغيره ونص عليه في الخبرين السابقين بل لا أجد فيه خلافاً من [أنّه ذلك].

[٥] إذ لا ريب في ظهور عبارة الموصي في إرادة الوصاية للكبير، وأنّه إذا بلغ الصبي شاركه، فليس له نقض شيء من ذلك.

[٦] **ومن الغريب ما في القواعد فإنّه بعد أن ذكر ما هنا بتمامه قال: « وهل يقتصر البالغ من التصرّف على ما لا بدّ منه ؟ نظر »**[4]. وهو منافٍ لإطلاق النصّ والفتوى، بل ولما هو كالصريح من خبر عليّ بن يقطين[5]، فلاحظ وتأمّل.

[٧] **[و] لم أجد تصريحاً به من أحد.**

---

(١) الوسائل ١٩: ٣٧٦، ب ٥٠ من الوصايا، ح ٣.
(٢) (٣) الدروس ٢: ٣٢٥. الرياض ٩: ٤٨٤.
(٤) القواعد ٢: ٥٦٤.
(٥) الوسائل ١٩: ٣٧٥، ب ٥٠ من الوصايا، ح ٢.

رجع الأمر إلى الحاكم قبل البلوغ، فإذا بلغ استقلّ في وجه، وداخله الحاكم في آخر [١]، هذا.

(و) قد عرفت سابقاً أنّ من شرائط الوصي الإسلام فـ(**بلا تجوز**) حينئذٍ (**الوصية**) من المسلم (**إلى الكافر، ولو كان رحماً**) [٢]. من غير فرق بين تعلّقها بالمسلمين وما في حكمهم أو غيرهم. (**نعم يجوز أن يوصي إليه**) أي الكافر (**مثله**) في الكفر [٣]. ويكفي حينئذٍ عدالته في دينه [بناءً على اشتراطها] [٤].

---

[١] وأمّا احتمال بطلان وصاية الصبي ـ ولو بعد البلوغ باعتبار اشتراط صحّتها ابتداءً واستدامة بالانضمام المفروض إنعدامه قبل البلوغ ـ فهو واضح الضعف؛ لمنافاته الاستصحاب وغيره. نعم قد يشكل تولّي الحاكم الأمر قبل البلوغ ـ بناءً على ما عساه يظهر من بعضهم من ثبوت الوصاية للصبي حال الانضمام وإن لم يجز له التصرّف ـ بأنّه لا ولاية له مع وجود الوصي، فالمتّجه له حينئذٍ الانتظار إلى البلوغ إلّا فيما لا بدّ منه. إلّا أنّ ذلك كما ترى؛ ضرورة عدم تعقّل ثبوت ولاية وسلطنة للطفل على غيره سيما إذا كان مميّزاً وهو غير مميّز، كما هو مقتضى إطلاق كلامهم.

[٢] **بلا خلاف كما في الرياض**[١]؛ لقصوره عن منصب الولاية عن المسلم، وعليه إذ المؤمنون بعضهم أولياء بعض بل قال الله تعالى: ﴿ **لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاء مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللهِ فِي شَيْءٍ** ﴾[٢] إلى آخر الآية، وقال جلّ شأنه أيضاً: ﴿ **وَلَن يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً** ﴾[٣].

ومن هنا أطلق المصنّف وغيره عدم وصايته عن المسلم.

[٣] **كما صرّح به غير واحد** بناءً على عدم اشتراط العدالة، بل وعلى اشتراطها بناءً على إرادة الوقوف من اشتراطها.

[٤] إذ الغرض صيانة مال الطفل وأداء الأمانة وهو يحصل بالعدل منهم. فما في الروضة من أنّ «الأقوى المنع بالنظر إلى مذهبنا، ولو أُريد صحّتها عندهم وعدمه فلا غرض لنا في ذلك ولو ترافعوا إلينا فإن رددناهم إلى مذهبهم، وإلّا فاللازم الحكم ببطلانها بناءً على اشتراط العدالة في الوصي؛ إذ لا وثوق بعدالته في دينه ولا ركون إلى أفعاله، لمخالفتها الكثير من أحكام الإسلام»[٤] لا يخلو من نظر أمّا أوّلاً؛ لحصول الوثوق وجداناً، بل ربّما يحصل الوثوق ببعض عدولهم أكثر ممّا يحصل لبعض عدول المسلمين سيّما المخالفين منهم ومخالفة أفعالهم لكثير من أحكام الإسلام لا تنافي عدالته في دينه وما هو المقصود منها من الوثوق والاعتماد في مال الطفل مثلاً، وأمّا ثانياً فلمنع اشتراك الكفّار. ولعلّه لذا قال في المسالك: «ويحتمل قويّاً الحكم بصحّتها مطلقاً مع عدالته في دينه؛ لأنّ الغرض منها صيانة مال الطفل وحفظ ماله وأداء الأمانة، وإذا كان الكافر في دينه مجانباً للمحرّمات قائماً بالأمانات حصل الغرض المطلوب منه، بخلاف فاسق المسلمين»[٥]. وإن كان فيه أيضاً أنّه يمكن فرض الوثوق بفاسق المسلمين، كما عرفته سابقاً. هذا، وقد يقال في أصل المسألة بمنع اشتراك الكفّار مع المسلمين في هذا الحكم، وإن قلنا به في غير المقام؛ لاختصاص الدليل بالنهي عن اتّخاذ المؤمنين الكافرين أولياء دون الكافرين بعضهم مع بعض، بل مقتضى الآية الأُخرى[٦] كونهم كذلك. وحينئذٍ فحمل عبارة المصنّف وغيره ـ الدالة على صحّة وصية الكافر إلى الكافر ـ على إرادة الإلزام بما في مذهبه وإن كان فاسداً عندنا خلاف الظاهر.

---

(١) الرياض ٩: ٤٧٧.
(٢) آل عمران: ٢٨.
(٣) النساء: ١٤١.
(٤) الروضة ٥: ٦٨ ـ ٦٩.
(٥) المسالك ٦: ٢٤٨.
(٦) الأنفال: ٧٣.

نعم ينبغي تقييد ذلك [١] بما إذا لم يستلزم ذلك ولاية على مسلم [٢].

ولو أوصى الكافر إلى المسلم صحّ وتصرّف فيما يجوز للمسلم التصرّف فيه من تركته دون غيره كالخمر، والله العالم.

ولا يعتبر في الوصي الذكورة (و) لا البصر ولا كونه غير وارث [٣].

فـ(تجوز الوصية) حينئذٍ (إلى المرأة إذا جمعت الشرائط) وكذا الأعمى والوارث [٤].

(ولو أوصى إلى اثنين) فصاعداً جاز [٥].

(فإن أطلق أو شرط اجتماعهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرّف) [٦].

سواء ذكر الاجتماع شرطاً في التصرّف أو جعل الولاية لهما مجتمعين فإنّ الظاهر جوازه أيضاً [٧].

وعلى كلّ حال فلا إشكال [٨] في عدم جواز تفرّد أحدهما في هذه الصورة.

---

[١] كما عن جماعة.

[٢] لما عرفت.

[٣] بلا خلاف فيه بيننا.

[٤] لإطلاق الأدلّة وعمومها والإجماع بقسميه وخصوص خبر عليّ بن يقطين[١] السابق في الوصية إلى المرأة والطفل.

فما عن بعض[٢] العامّة من الخلاف في ذلك لبعض الوجوه الاعتبارية التي لا تصلح مدركاً للأحكام الشرعية عندنا، واضح الفساد.

وعليه يحمل مرسل السكوني عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهم السلام: «المرأة لا يوصى إليها؛ لأنّ الله تعالى يقول: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾[٣]»[٤].

أو على فقد شرط من الشرائط السابقة أو غير ذلك، والله العالم.

[٥] ١ ـ إجماعاً بقسميه.

٢ ـ وسنّة عموماً وخصوصاً.

[٦] بلا خلاف أجده في الثاني.

[٧] لإطلاق الأدلّة السالم عمّا يقتضي الاتّحاد في الوصي، بل لعلّ ذلك هو المراد من شرط الاجتماع في العبارة وغيرها، بل ستعرف فيما يأتي التصريح من ثاني الشهيدين وغيره بأنّ كلّاً منهما في صورة الاجتماع جزء ولي.

وعليه يبنى ما قيل من بطلان الوصية بردّ أحدهما وإن قبل الآخر.

[٨] كما لا خلاف [فيه].

---

(١) الوسائل ١٩: ٣٧٥، ب ٥٠ من الوصايا، ح ٢.

(٢) المجموع ١٥: ٥١٠.

(٣) النساء: ٥.

(٤) الوسائل ١٩: ٣٧٩، ب ٥٣ من أحكام الوصية، ح ١.

إنّما الكلام فيما إذا أطلق ولم يكن في اللفظ ما يدلّ على الاستقلال ولا على الاجتماع. و[المختار][١] مساواتهما في الحكم لصورة الاجتماع[٢].

---

[١] [كما هو] المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة.

[٢] ١ ـ لكونه المتيقّن بناءً على دوران الأمر بينه وبين الإنفراد الترخيصي لا العزيمي.

٢ ـ ولتساويهما في استحقاق الولاية فهي شبه العين الموصى بها لاثنين مثلاً المحكوم باشتراكها بينهما، فكذا الولاية المجعولة لهما؛ ضرورة تصوّر الاشتراك فيها على وجه يكون مجموعهما الولي.

٣ ـ ولظاهر الصحيح: في رجل مات وأوصى إلى رجلين أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف؟ فوقّع عليه السلام: «لا ينبغي لهما أن يخالفا الميّت ويعملان على حسب ما أمرهما إن شاء الله»[١].

٤ ـ المؤيّد بالرضوي بناءً على كونه رواية: «وإذا أوصى رجل إلى رجلين فليس لهما أن ينفرد كلّ واحد منهما بنصف التركة، وعليهما إنفاذ الوصية على ما أوصى الميّت»[٢].

٥ ـ بل وبخبر صفوان بن يحيى: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل كان لرجل عليه مال فهلك وله وصيّان فهل يجوز أن يدفع المال إلى أحد الوصيّين؟ فقال: «لا يستقيم إلّا أن يكون السلطان قد قسّم المال، فوضع على يد هذا النصف وعلى يد هذا النصف أو يجتمعان بأمر السلطان»[٣] بناءً على أنّ المراد سلطان العدل.

والمناقشة في الأوّل باشتماله على لفظ «لا ينبغي» الذي هو غير صريح في الحرمة، يدفعها: أنّه لا بدّ من إرادة ذلك منه هنا وإن قلنا بعدم صراحته في غير المقام باعتبار جعل الانفراد فيه مخالفة للميّت والاجتماع عملاً بأمره. ومن المعلوم حرمة المخالفة المزبورة ووجوب العمل بأمره، وإلّا كان تبديلاً للوصية المعلوم عدم جوازه كتاباً[٤] وسنّة[٥] وإجماعاً، على أنّ قوله: «ويعملان» معطوف على جملة «لا ينبغي» لا على متعلّقها، فيكون أمراً بالعمل بمقتضى أمره المكنّى به عن الاجتماع، وإلّا لم يكن الجواب مطابقاً للسؤال.

نعم فيما حضرني من نسخة الكافي: «وأن يعملا ... إلى آخره»[٦]، وحينئذٍ يكون معطوفاً على سابقه إلّا أنّ المقدّر حينئذٍ من العامل فيه لو سلّم أنّه ينبغي وجب إرادة الوجوب منه؛ لما عرفت، كلّ ذلك مضافاً إلى الانجبار بفهم المعظم والاعتضاد بما عرفت.

ولا ينافيه الموثّق: أنّ رجلاً مات وأوصى إلى رجلين فقال أحدهما لصاحبه: خذ نصف ما ترك وأعطني نصف ما ترك فأبى عليه الآخر فسألوا أبا عبدالله عليه السلام عن ذلك، فقال: «ذلك له»[٧]؛ لإجماله وبناء المنافاة فيه على رجوع الإشارة إلى القسمة،

---

(١) الفقيه ٤: ٢٠٣، ح ٥٤٧١. الوسائل ١٩: ٣٧٦، ب ٥١ من الوصايا، ح ١ وذيله.

(٢) فقه الرضا عليه السلام: ٢٩٩. المستدرك ١٤: ١٢٧، ب ٤٣ من الوصايا، ح ١.

(٣) الوسائل ١٩: ٣٧٧، ب ٥١ من الوصايا، ح ٢، مع اختلاف.

(٤) البقرة: ١٨١.

(٥) انظر الوسائل ١٩: ٣٣٧، ب ٣٢ من الوصايا.

(٦) الكافي ٧: ٤٦ ـ ٤٧، ح ١.

(٧) الوسائل ١٩: ٣٧٧، ب ٥١ من الوصايا، ح ٣.

والضمير المجرور إلى الطالب، مع أنّه يحتمل رجوع الإشارة إلى الإباء، والضمير إلى المطلوب، بل لعلّ هذا أولى كما عن المختلف[١] وغيره؛ لقرب مرجع الإشارة وموافقته لما عرفت.

ودعوى أولويّة العكس لوضع «ذلك» للإشارة إلى البعيد، يدفعها: معلوميّة عدم ملاحظة ذلك في استعمالها في أمثال هذه الخطابات التي يراد منها محض التفهيم.

بل في الرياض: «أنّه يدفعها توقّف ذلك على وجود «اللام»، وهي في نسخة الكافي[٢] والفقيه[٣] مفقودة... نعم في نسخة الشيخ[٤] موجودة، لكنّها مرجوحة بالنسبة إلى تلك النسخة سيّما مع وحدتها وتعدّد تلك مع كونها الأصل لها، وهي منها مأخوذة وعلى تقدير تكافؤ النسختين يبقى الإجمال بحاله؛ لعدم المرجّح لأحدهما في البين»[٥].

والأمر سهل بعد وضوح الحال لديك.

ومنه يعلم ضعف المحكي عن ظاهر النهاية[٦] ـ التي ليست كتاب فتوى ـ والقاضي[٧] من جواز الانفراد في صورة الإطلاق.

ولعلّهما يريدان ما لو قال لكلّ منهما بعبارة مستقلّة: «أنت وصيّي على كذا»، فإنّه ظاهر حينئذٍ في جواز الانفراد، كما في الوكالة وإن كان هو خارجاً عن محلّ النزاع، بل قد يقال بعدم ظهوره في ذلك، كما هو مقتضى إطلاق العبارة وغيرها.

بل في القواعد والدروس وغيرهما ما هو كالصريح في ذلك [=لكلّ منهما بعبارة مستقلّة] في مسألة ما لو أوصى إلى زيد ثمّ إلى عمرو.

قال في القواعد: «ولو أوصى إلى زيد ثمّ إلى عمرو لم يكن رجوعاً، ولو لم يقبل عمرو إنفرد زيد، ولو قبلا لم ينفرد أحدهما بالتصرّف إلّا مع قرينة دالّة على الرجوع أو التفرّد»[٨] وقال في الدروس: «ولو أوصى إلى زيد ثمّ إلى عمرو اشتركا ولا انفراد، ولا يعزل الأوّل بالوصية إلى الثاني، ولو قبل أحدهما دون الآخر قيل: يتصرّف وحده، بخلاف ما لو أوصى إليهما معاً فإنّه ينعزل القابل بردّ صاحبه، وفي الفرق نظر؛ لأنّ الضمّ قد حصل في الموضعين، فإن كان شرطاً ثبت فيهما وإلّا انتفى فيهما»[٩]. وتبعه على ذلك المحقّق الثاني[١٠] بعد أن حكى القيل المزبور عن التذكرة.

---

(١) المختلف ٦: ٤٠٤.
(٢) الكافي ٧: ٤٧، ح٢، وفيه: «ذلك له».
(٣) الفقيه ٤: ٢٠٣، ح٥٤٧٢.
(٤) التهذيب ٩: ١٨٥، ح٧٤٦.
(٥) الرياض ٩: ٤٨٧ ـ ٤٨٨.
(٦) حكا عنه وعما بعده في الرياض ٩: ٤٨٧. انظر النهاية: ٦٠٦.
(٧) انظر المهذب ٢: ١١٦.
(٨) القواعد ٢: ٥٦٧.
(٩) الدروس ٢: ٣٢٥.
(١٠) جامع المقاصد ١١: ٢٩٨.

قلت قد يفرّق بينهما بظهور المعيّة في وصاية المجتمعين وكونهما معاً الوصي، بخلاف غيره فإنّه ظاهر في الاستقلال حتى لو قبلا معاً [١].

ولو سلّم فالمراد شركته على تقدير قبوله نحو ما لو قال لزيد: أوصيت إليك ثمّ قال: ضممت إليك عمرواً.

فإنّه [٢] إن قبل عمرو شارك وإلّا استقلّ زيد، ولو قبل عمرو خاصّة لم يكن له الانفراد لو جعله مضموماً، وهل ينعزل أو يضمّ إليه الحاكم؟ فيه نظر [٣].

وعلى كلّ حال فالانصاف اختلاف ذلك باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال التي ليس من وظائف الفقيه تنقيحها، والتحقيق ما عرفت.

ومنه يعلم أنّ الناظر المستعمل في زماننا ليس وصيّاً مستقلّاً، بل ولا شريكاً في الوصاية [٤].

قلت:

التحقيق فيه كونه أيضاً مختلفاً باختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة والأحوال، ومن هنا لم يمكن ضبطه بحال فإنّه قد يراد إطّلاعه فقط لئلّا يخون الوصي، وقد يراد نظره في الصرف والمصرف وقد يراد غير ذلك، والحكم يختلف باختلافه حتى مدخلية الحاكم فيما لو مات أو جنّ مثلاً وعدمها.

ثمّ المراد باجتماعهما اتّفاقهما على الرأي على وجه يحكمان بكونه مصلحة وإيقاع العقد لو احتيج إليه عن رأيهما بمباشرة أحدهما وإذن الآخر أو غيرهما بإذنهما.

(و) على كلّ حال فـ(لو تشاحّا) على وجه لا ينافي عدالتهما، بناءً على اعتبارها لتخيّل كلّ منهما الصلاح في ضدّ ما يقوله الآخر (**لم يمض ما ينفرد به كلّ واحد منهما عن صاحبه إلّا ما لابدّ منه مثل كسوة اليتيم ومأكوله**)

---

[١] فإنّ تعدّد الأولياء كما هو ظاهر العبارة غير عزيز.

وكذا الكلام في الوكالة.

[٢] **كما في القواعد**[١].

[٣] **كما في الدروس**[٢] **وجزم الفاضل**[٣] **بالثاني.**

[٤] لعدم ظهور عبارة الموصي فيه، بل لعلّها ظاهرة في إرادة الصرف باطّلاعه.

وقد تعرّض له بعض الأصحاب كالمحقّق الثاني حيث قال: «ويجوز أن يوصي إلى واحد ويجعل آخر مشرفاً عليه.

ولا يكون للمشرف شيء من التصرّفات، لكن يشترط صدورها عن إذنه، ولو امتنع فهل يستقلّ الوصي؟ فيه وجهان أقربهما لا، بل يرفع الأمر إلى الحاكم»[٤].

---

(١) القواعد ٢: ٥٦٧.

(٢) الدروس ٢: ٣٢٥.

(٣) القواعد ٢: ٥٦٧.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٩٦.

والرقيق والدوابّ وإصلاح العقار وشراء كفن الميت ونحو ذلك ممّا لا يمكن تأخيره إلى وقت الاتفاق [١]. [ولكن المتجه عدم جواز الانفراد حتى في كسوة اليتيم ومأكوله]. نعم قد يتّجه ذلك فيما تشتدّ الضرورة إليه على وجه لا يمكن الوصول إلى الحاكم أو من يقوم مقامه فيتولّاه حينئذٍ أحدهما أو غيرهما من العدول من باب الحسبة لا من حيث الوصاية، ولعلّ الضابط ذلك، وهو خارج عمّا نحن فيه من انفراد أحدهما من حيث الوصاية. (و) كيف كان فلا ريب في أنّ (**للحاكم**) الشرعي المعدّ لحسم أمثال ذلك (**جبرهما على الاجتماع**) مع الإمكان من غير استبدال [٢]. (**فإن تعاسرا**) على وجه يتعذّر جمعهما (**جاز له الاستبدال بهما**) [٣].

٢٨/٩/٤

---

[١] **بل عن بعضهم[١] زيادة قضاء ديونه وإنفاذ الوصيّة المعيّنة وقبول الهبة عن الصغير مع خوف فوات النفع والخصومة عن الميّت وله وعن الطفل وله مع الحاجة، و ردّ الوديعة المعيّنة والعين المغصوبة. وفي القواعد الفرق بين صورتي الإطلاق والنهي عن الانفراد، فيجوز ذلك في الأوّل ولا يجوز في الثاني[٢].**

وفيه: أنّه لا فرق بينهما بعد تنزيل الإطلاق على عدم جواز الانفراد إلّا بالظهور والصراحة وذلك لا يصلح فارقاً. كما أنّه قد يناقش فيما قبله بأنّ ذلك لا ضرورة تقتضي فعله قبل الرجوع إلى الحاكم أو عدول المؤمنين بل الأوّل أيضاً كذلك، فالمتّجه ما عن المبسوط والحلبي من عدم جواز الانفراد مطلقاً حتى في كسوة اليتيم ومأكوله امتثالاً لنهي الموصي عنه[٣].

[٢] لعدم ولاية له فيما فيه للميّت وصي. **وعن الحلبي: أنّه يردّ الحاكم الأمر إلى أعلمهما وأقواهما ويجعل الثاني تبعاً له[٤].** وأُشكل بأنّ فيه تخصيصاً لأحدهما بالنظر وقد منعه الموصي. وقد يدفع بأنّ المراد الإجبار على الاجتماع الذي منه ردّ غير الأعلم إلى الأعلم ونحو ذلك ممّا مرجعه إلى ردّ المرجوح في نظر الحاكم إلى الراجح، ولعلّه بذلك لا يكون منافاة بين القولين.

[٣] ١ ـ حذراً من الترجيح بلا مرجّح. ٢ ـ وصوناً لوصايا الميّت عن التعطيل. ٣ ـ وحفظاً للمال عن التلف. ٤ ـ ولبقاء المال بلا ولي بعد فرض تعذّر الاجتماع الذي هو شرط ولايتهما فينتفي المشروط بانتفائه، ويكون حينئذٍ وجودهما بمنزلة عدمهما. **وفي الدروس: «وله عزل أحدهما والضمّ إليه، وليس له جعله منفرداً. وقال الحلبي: له جعله منفرداً إذا كان أعلم وأقوى، فيتبعه الباقون من الأوصياء»[٥].** هذا، ولكن في الروضة: «كذا أطلق الأصحاب وهو يتمّ مع عدم اشتراط عدالة الوصي، أمّا معه فلا؛ لأنّهما بتعاسرهما يفسقان؛ لوجوب المبادرة إلى إنفاذ الوصية مع الإمكان فيخرجان بالفسق عن الوصاية ويستبدل بهما الحاكم، فلا يتصوّر إجبارهما على هذا التقدير، وكذا لو لم نشترطها وكانا عدلين لبطلانها بالفسق حينئذٍ على المشهور، نعم لو لم نشترطها ولا كانا عدلين أمكن إجبارهما مع التشاحّ»[٦]. وفيه: أنّ تشاحّهما إذا كان مستنداً إلى اعتقاد رجحان ما رأياه بحسب المصلحة لا التشهّي والمعاندة لا يقتضي الفسق. لكن يرد حينئذٍ أنّ جواز جبر الحاكم لهما على الاجتماع محلّ نظر، فاشتراط العدالة لا يتمّ مع التعاسر الذي كان للحاكم معه إجبارهما. وقد يدفع ـ كما في بعض حواشي الروضة[٧] ـ بأنّه لا مانع من التزام جواز جبر الحاكم لهما بما هو الأصلح عنده في نظره، ومع التساوي يتخيّر، وهذا لا ينافي عدالتهما. وفيه: أنّ جبر الحاكم لا يكون إلّا مع امتناع المخالف على ما يجب عليه، ومع فرض عدالتهما وكون تكليفهما الرجوع إلى الأصلح في نظر الحاكم لا امتناع منهما فلا جبر، فالأولى إبدال الجبر بأمر الحاكم لهما بما هو تكليفهما في التعاسر المفروض.

---

(١)(٤) المسالك ٦: ٢٥١. الكافي: ٣٦٦.
(٢)(٣) القواعد ٢: ٥٦٦. المبسوط ٤: ٥٤. الكافي: ٣٦٦.
(٥)(٦) الدروس ٢: ٣٢٤. الروضة ٥: ٧٤.
(٧) انظر الروضة ٢: ٤٨ (حجرية) نقلاً بالمعنى.

كما أنّ الأولى التصريح بالتفصيل على القول باشتراط العدالة بأنّ التشاحّ إن كان لاختلاف النظر لم يلزم فسقهما، وإن كان يوجب الاختلال بالواجب مع إمكان الاجتماع يلزم فسقهما إن أصرّا على ذلك، إذا لم يثبت كونه من الكبائر [١].

(و) على كلّ حال فـ(لو أرادا قسمة المال بينهما) حيث يجب عليهما الاجتماع (لم يجز) [٢].

(ولو مرض أحدهما أو عجز) على وجه لا يقوى على القيام بتمام ما أوصى إليه ولو بالتوكيل والاستئجار (ضمّ إليه الحاكم من يقوّيه) ويعينه على ما كلّف به [٣].

(أمّا لو مات أو فسق) مثلاً على وجه ينعزل عن الوصاية (لم يضمّ الحاكم إلى الآخر وجاز له الانفراد) [٤]، (لأنّه لا ولاية للحاكم مع وجود وصي[١]) [٥].

---

[١] ولعلّه مراد من أطلق ممّن اشترطها من الأصحاب.

[٢] بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنّه خلاف مقتضى الوصية من الاجتماع في التصرّف.

[٣] على حسب ما تسمعه[٢] في شرح قوله: «ولو ظهر من الوصي عجز... إلى آخره».

وفي الدروس: إطلاق كون الضمّ إلى الآخر بالعجز لا إلى العاجز[٣].

بل عن الكفاية: أنّ ذلك هو الأشهر[٤]. وتظهر الثمرة في وجوب قيام ثلاثة على التصرّف في الوصيّة على الأوّل، واثنين على الثاني.

وفي المسالك: «لإمكان حمل كلامه [=الدروس] على العجز بالكلّية لا في الجملة»[٥].

وهو جيّد، وإلّا لأشكل بأنّ العجز في الجملة لا يخرج الوصي عن الوصاية؛ لجواز الوصية إلى العاجز كذلك ابتداء.

بل عن التذكرة[٦] وجامع المقاصد[٧] الإجماع عليه، فكذا في الاستدامة، بل أولى من الابتداء بذلك، كما هو واضح.

[٤] كما عن الأكثر على ما في محكيّ شرح الشرائع للصيمري[٨] والكفاية[٩].

[٥] وشرطيّة الشركة التي مقتضاها انتفاء المشروط بانتفائها فتنتقل الولاية إلى الحاكم مقيّدة بحسب العرف والعادة ببقاء كلّ منهما على قابلية الوصاية.

فكأنّه قال: كلّ وصيّ على الاشتراك بشرط بقاء كلّ منهما على قابليّة الوصاية.

---

(١) في الشرائع: «الوصي».

(٢) يأتي في ص ٧٢١.

(٣) الدروس ٢: ٣٢٤.

(٤) حكاه في الرياض ٩: ٤٩٠. انظر كفاية الأحكام ٢: ٦٨.

(٥) المسالك ٦: ٢٥٣.

(٦) التذكرة ٢: ٥١١ (حجرية).

(٧) انظر جامع المقاصد ١١: ٢٧٩، ٢٩٦.

(٨) غاية المرام ٢: ٤٤٢.

(٩) كفاية الأحكام ٢: ٦٨.

(و) لكن مع ذلك (**فيه تردد**) [١]. ولكن مع ذلك فالاحتياط [بضمّ أمين إليه] لا ينبغي تركه، والله هو العالم.

(و) على كلّ حال فـ(**لو شرط لهما الاجتماع والانفراد**) بمعنى أنّه قد أذن له في كلّ منهما (**كان تصرّف كلّ واحد منهما ماضياً ولو انفرد**) للإذن.

(و) كذا (**يجوز أن يقتسما المال ويتصرّف كلّ واحد منهما فيما يصيبه**)، وفيما في يد صاحبه (**كما يجوز انفراده قبل القسمة**) [٢].

أمّا لو شرط لهما الانفراد ففي جواز الاجتماع حينئذٍ نظر [٣]. قلت: كما أنّه ينبغي القطع بمراعاة الانفراد

---

[١] ممّا سمعت، ومن أنّ ظاهر الشرطيّة عدم رضا الموصي برأي أحدهما منفرداً والوصي إنّما هما معاً، لا أحدهما منفرداً فلا بدّ أن ينضمّ إليه أمين. **ومن هنا كان ذلك [= انضمام الأمين] خيرة الفاضل في قواعده ومحكي إرشاده وتحريره والشهيدين وفاضل الرياض**[١]**، بل هو المحكيّ عن فخر الدين وجماعة**[٢].

إلّا أنّه لا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت من تقييد الاشتراط بذلك، وإلّا كان مقتضى ما ذكروه انتفاء وصاية الآخر أيضاً؛ ضرورة كونها مشروطة بشرط، والفرض انتفاؤه فيستقلّ الحاكم بالوصاية، وبقاء أحدهما كعدمه حينئذٍ؛ لعدم الإذن له في هذا الحال كما لو تشاحّا. ومن ذلك يعلم الحال فيما فرّعه في الرياض على الثاني بعد أن اختاره من أنّه «هل للحاكم أن يفوّض جميع الولاية إلى الثاني منهما بدلاً عن الضميمة تنزيلاً له مقامهما؟ وجهان من أنّ النظر قد صار للحاكم، فيولّي من يختاره، ومن أنّ الموصي لم يرض برأي الآخر على الانفراد، فليس للحاكم تفويض جميع الأمر إليه، وإلّا لزم التبديل المنهي عنه في الشريعة، وهذا أجود، بخلاف ما لو حصل لهما معاً العجز أصلاً فإنّ للحاكم أن ينصب ولو واحداً؛ للفرق بين المقامين بأنّ الثاني من الوصيّين في المقام الأوّل منصوب من قبل الموصي ولم يرض برأيه منفرداً كما مضى، وهنا قد انقطع نظره لعجزهما وصار النظر إليه كملاً فله نصب من شاء ولو واحداً»[٣]. إذ لا يخفى عليك أنّ الموصي لم يرض برأي أحدهما إلّا مجتمعاً مع خصوص الآخر، فإذا تعذّر انتفت الوصاية من رأس، واستقلّ الحاكم، لا أنّه يريد انضمامه إلى شخص آخر أيّ شخص يكون كي يقوم أمين الحاكم مقامه، وهو واضح بأدنى تأمّل. ومنه يعلم قوّة ما عن الأكثر على ما عرفت من تقييد الشرطية بحال الإمكان، وإلّا انفرد الآخر.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك**؛ لكون الفرض شمول الإذن.

[٣] من مخالفة الشرط فلا يصحّ، ومن اقتضاء الاتّفاق على الاجتماع صدوره عن رأي كلّ منهما وشرط الانفراد اقتضى الرضا برأي كلّ منهما، وهو حاصل إن لم يكن هنا آكد، فيكون شرط الانفراد رخصة لا تضييق.

وفي الرياض: «وهذا ظاهر العبارة والروضة، وهو حسن حيث تقوم قرينة على كون اشتراط الانفراد رخصة لا عزيمة، ومع هذا لو حصل لهما حال الاجتماع نظر مخالف له حالة الانفراد ينبغي القطع بالمنع لجواز كون المصيب حالة الانفراد ولم يرض الموصي إلّا به»[٤].

---

(١) القواعد ٢: ٥٦٦. الارشاد ١: ٤٦٣. التحرير ٣: ٣٧٩. الدروس ٢: ٣٢٤. المسالك ٦: ٢٥٤. الرياض ٩: ٤٩٠.

(٢) حكا عنهم في الرياض ٩: ٤٩٠. الايضاح ٢: ٦٣٢.

(٣)(٤) الرياض ٩: ٤٩١ ـ ٤٩٢.

وعدم التردّد في الرأي مجتمعين مع اشتراط الانفراد الذي لم تقم قرينة على إرادة الرخصة منه [١].

(و) كيف كان فـ**(للموصى إليه أن يردّ الوصيّة)** وإن كان قد قبلها **(ما دام الموصي حيّاً بشرط أن يبلغه الردّ)** كما أنّ للموصي عزل الوصي [٢]. [نعم لو أمر الوالد بالقبول على وجه يؤذيه الردّ وجب القبول].

---

[١] فإنّ ذلك بمنزلة ما لو نهاهما عن الاجتماع فإنّه لا إشكال في اتّباعه، عملاً بمقتضى الوصية المنهي عن تبديلها[١]، والله هو العالم.

[٢] **بلا خلاف أجده في الثاني**؛ للأصل والمعتبرة المستفيضة[٢] في جواز الرجوع في الوصية الشاملة إطلاقاً في بعض وفحوى في آخر لمفروض المسألة. **بل و [لا خلاف] في الأوّل من غير الصدوق في خصوص ما إذا كان الموصي أباً أو كان الأمر منحصراً فيه ـ أي الموصى إليه ـ فلم يجز الردّ فيهما**[٣]:

١ ـ لمكاتبة عليّ بن الريان إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل دعاه والده إلى قبول وصيّته هل له أن يمتنع من قبول وصيّته؟ فوقّع عليه السلام: «ليس له أن يمتنع»[٤].

٢ ـ ومفهوم صحيح ابن يسار عن أبي عبدالله عليه السلام: في رجل يوصى إليه، فقال: «إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها وإن كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه»[٥]. ونحوه غيره. **وعن المختلف الميل إليه**. مؤيّداً للأوّل بأنّ امتناع الولد نوع عقوق، والثاني بأنّ من لا يوجد غيره يتعيّن عليه؛ لأنّه فرض كفاية إلى أن قال: وبالجملة أصحابنا لم ينصّوا على ذلك فلا بأس بقوله[٦].

وفي الرياض: «وهو كذلك إن لم ينعقد الإجماع على خلافه، ولا يمكن دعواه بإطلاق عبائر الأصحاب بجواز الردّ مطلقاً؛ لعدم تبادر المقامين منه جدّاً، ومنه يظهر الجواب عن إطلاقات النصوص بذلك أيضاً، مضافاً إلى وجوب حمل المطلق على المقيّد حيث تضمّن شرائط الحجّية كما هنا»[٧].

قلت: لكن يعتبر فيه المقاومة، ولا ريب في عدمها هنا؛ لتعدّد نصوص الإطلاق واتّحاد خبر التقييد واعتضاد الأوّل بإطلاق الفتاوى الذي لا وجه لدعوى عدم شموله لذلك، خصوصاً بعد معلوميّة خلاف الصدوق عندهم، فيمكن حينئذٍ دعوى كون الإطلاق كالصريح فيما يخالفه. والعقوق مبني على أمر الوالد بذلك على وجه يؤذيه عدم القبول، وعلى وجوب طاعة الولد في مثل ذلك وإن كان هو الظاهر؛ لإطلاق ما دلّ على وجوبها من الكتاب[٨] والسنّة[٩]، لكن محلّ البحث عدم قبول الوصية من حيث كونها كذلك لا ما إذا اشتملت مع ذلك على أمر بالقبول، ويمكن حمل المكاتبة المزبورة على ذلك، بل لعلّه الظاهر منها فتخرج حينئذٍ عن محلّ البحث. ودعوى أنّ مجرّد إيجاب الوصية طلب للقبول على وجه الحتم ممنوعة، على أنّ مقتضى ذلك تعميم الحكم للآباء وإن علوا، والأمّهات وإن نزلن، وهو خلاف ظاهر القائل.

---

(١) انظر الوسائل ١٩: ٣٣٧، ب٣٢ من الوصايا.
(٢) انظر الوسائل ١٩: ٣٠٢، ب١٨ من الوصايا.
(٣) نقله في المختلف ٦: ٤٠٥. انظر المقنع: ٤٧٩. الفقيه ٤: ١٩٥، ح٥٤٤٦ ـ ٥٤٤٧.
(٤) الوسائل ١٩: ٣٢٢، ب٢٤ من الوصايا، ح١.
(٥) الوسائل ١٩: ٣٢٠، ب٢٣ من الوصايا، ح٢.
(٦) المختلف ٦: ٤٠٥ ـ ٤٠٦.
(٧) الرياض ٩: ٤٩٣.
(٨) لقمان: ١٤، ١٥. الأحقاف: ١٥.
(٩) انظر الوسائل ٢١: ٥٠٥، ب١٠٦ من أحكام الأولاد.

ثمّ إنّ الولد لوّرد حيث يأمره الوالد بالقبول يأثم ولا يكون وصيّاً أو إنّ ردّه كلا ردّ ؟ وجهان، أقواهما الأوّل [١]. [وكذا يجوز الردّ حتى مع الانحصار بالموصى إليه].

[ولا فرق بين المتمكّن من نصب وصيّ آخر وغيره ومن حيث إقامته البيّنة وغيرها].

(و) على كلّ حال فـ(لو مات) الموصي (قبل الردّ أو بعده ولم يبلغه لم يكن للردّ أثر، وكانت الوصية لازمة للموصى) إليه [٢] فيما لو كان قد قبلها قبل الرد [٣]، بل وإن لم يكن قد قبلها [٤].

---

[١] ودعوى كون قبول الوصاية من فروض الكفاية كي يتعيّن مع الانحصار واضحة المنع، خصوصاً بعد قيام الحاكم بأمثال هذه الأمور، فالمتّجه حينئذٍ جواز الردّ مطلقاً مع الشرط المزبور. قال الصادق عليه السلام في خبر محمّد بن مسلم: «إن أوصى رجل إلى رجل وهو غائب فليس له أن يردّ وصيّته، وإن أوصى إليه وهو بالبلد، فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل»[(١)]. وفي خبر منصور بن حازم: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيّته؛ لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»[(٢)]. إلى غير ذلك ممّا هو دالّ منطوقاً أو مفهوماً على جواز الردّ. نعم الظاهر أنّ المراد بالغيبة والحضور في النصوص المزبورة الكناية عن بلوغ الردّ إليه وهو حيّ؛ للإجماع على عدم مدخلية ذلك وللتعليل في خبر منصور. مؤيّداً ذلك كلّه بفتاوى الأصحاب، وبالرضوي: «إذا أوصى رجل إلى رجل وهو شاهد فله أن يمتنع من قبول الوصية وإن كان الموصى إليه غائباً ومات الموصي من قبل أن يلتقي مع الموصى إليه فإنّ الوصية لازمة له»[(٣)]. نعم في المسالك وكذا الرياض: «هل يشترط مع بلوغ الموصي الردّ إمكان إقامته وصيّاً غيره أم يكفي مطلق بلوغه حيّاً؟ ظاهر الفتاوى الثاني، ومقتضى التعليل الأوّل؛ لأنّه إذا لم يمكنه نصب وصي آخر يكون بمنزلة ما لو لم يعلم بالردّ، والأجود اعتبار الإمكان كما يرشد إليه قوله عليه السلام: «لو كان شاهداً... إلى آخره»[(٤)]. فإنّ العلّة المنصوصة تتعدّى على الأقوى، ولانتفاء الفائدة بدونه. فعلى هذا لو كان حيّاً ولا يمكنه نصب أحد ولو بالإشارة لم يصحّ الردّ، ولو أمكن ولكن كان المنصوب غائباً بحيث يتوقّف ثبوت وصايته على البيّنة ولم يحضر الموصي من يثبت به الوصاية ففي تنزيله منزلة عدم التمكّن من الوصاية وجهان، من حصول أصل القدرة، وتحقّق الشرط، ومن انتفاء فائدته باعتبار عدم ثبوته»[(٥)].

قلت: لكن قد يناقش بكون المنساق من التعليل إرادة بيان واقع، فهو شبه الحكمة، لا أنّ المراد من التعليل قصد دوران الحكم مداره؛ضرورة عدم لزوم طلب غيره؛ إذ قد لا يريد وصيّة غير هذا الذي ردّها، فاستصحاب بقاء الردّ بحاله حينئذٍ، من غير فرق بين المتمكّن وغيره من حيث البيّنة وغيرها، والله العالم.

[٢] بلا خلاف أجده فيه.

[٣] بل في المسالك ومحكي المبسوط والخلاف والتذكرة الإجماع عليه[(٦)].

[٤] على المشهور بين الأصحاب، بل عن صريح الغنية وظاهر الدروس الإجماع عليه[(٧)]:

---

(١) الوسائل ١٩: ٣١٩، ب٢٣ من الوصايا، ح١.
(٢) المصدر السابق: ٣٢٠، ح٣.
(٣) فقه الرضا عليه السلام: ٢٩٨. المستدرك ١٤: ١١٠، ب٢٢ من الوصايا، ح٢، وفيه: «للموصى إليه» بدل «له».
(٤) تقدّم آنفاً في خبر منصور.
(٥) المسالك ٦: ٢٥٦. الرياض ٩: ٤٩٣.
(٦) المسالك ٦: ٢٥٧. المبسوط ٤: ٦٣. الخلاف ٤: ١٤٨. التذكرة ٢: ٥١٢ (حجرية).
(٧) حكا عنهما في الرياض ٩: ٤٩٤. انظر الغنية: ٣٠٦. الدروس ٢: ٣٢٥، ٣٢٦.

١ ـ لما سمعته من النصوص السابقة[١].

٢ ـ وخبر هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام : في الرجل يوصي إلى رجل بوصية فيكره أن يقبلها ، فقال أبو عبدالله عليه السلام : « لا يخذله على هذا الحال »[٢].

٣ ـ وخبر الفضيل عنه عليه السلام أيضاً « في الرجل يوصي إليه ، قال : « إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها »[٣]. إلى غير ذلك من النصوص المحمولة على التفصيل المزبور لما عرفت. **خلافاً للفاضل في المختلف والتحرير فجوّز الردّ أيضاً بعد أن اعترف بنسبة عدم الجواز إلى الأصحاب كافّة[٤]، ومال إليه في المسالك[٥]:**

١ ـ للأصل المانع من إثبات حقّ على الموصى إليه على وجه قهري ، وتسليط الموصي على إثبات وصيّته على من شاء.

٢ ـ ولاستلزام ذلك الحرج العظيم والضرر الكثير في أكثر مواردها ، وهما منفيّان بالآية[٦] والرواية[٧].

٣ ـ ولعدم صراحة النصوص في الدلالة على المطلوب ؛ لاحتمال حملها على الاستحباب أو سبق القبول ، أو نحو ذلك ممّا لا بأس بحملها عليه ، بخلاف إثبات مثل هذا الحكم العظيم المخالف للأُصول العقلية والشرعية بمثل ذلك.

وفيه : أنّ ذلك كلّه كالاجتهاد في مقابلة النصّ ؛ ضرورة الخروج عن الأصل المزبور بالدليل من النصّ والإجماع وغيرهما والحرج والضرر مع فرض عدم إمكان تحمّلهما يسقط التكليف معهما ، كما عن التنقيح[٨] التصريح به وهو غير ما نحن فيه ، وإلّا لم يكن بهما بأس بعد قيام الدليل. وعدم الصراحة لو سلّم لا ينفي أصل الاستدلال ؛ إذ أكثر الفقه مبني على الظواهر والمحملان لو سلّم إمكان الجميع لهما ، إنّما يرتكبان بعد قوّة المعارض وليست ، بل الأمر بالعكس كما عرفت.

وممّا ذكرناه في الحرج والضرر يعلم ما في المسالك حيث إنّه بعد أن مال إلى قول الفاضل قال: « ولو حصل للوصي ضرر ديني أو دنيوي أو مشقّة لا يتحمّل مثلها عادة أو لزم من تحمّلها ما لا يليق بحاله من شتم ونحوه قوّى جواز الرجوع »[٩]. وظاهره أنّه كذلك على القولين. إلّا أنّ المتّجه بناءً على عدم جواز الرجوع الاقتصار في الضرورة على قدرها ، لا ردّ الوصية وفسخها كما ستعرفه في مسألة العجز وغيره من نظائر المسألة.

بل في خبر إسماعيل قال : سألت الرضا عليه السلام عن رجل حضره الموت فأوصى إلى ابنه وأخوين شهد الابن وصيّته وغاب الأخوان فلمّا كان بعد أيام أبيا أن يقبلا الوصية مخافة أن يتوثّب عليهما ابنه ولم يقدرا أن يعملا بما ينبغي فضمن لهما ابن عمّ لهما وهو مطاع فيهم أن يكفيهما ابنه فدخلا بهذا الشرط فلم يكفهما ابنه وقد اشترطا عليه ابنه فقالا نحن برآء من الوصية ونحن في حلّ من ترك جميع الأشياء والخروج منه أيسعنا أن يخلّيا عمّا في أيديهما ويخرجا منه ؟ فقال : « هو لازم لك ، فارفق على أيّ الوجوه كان ، فإنّك مأجور ، لعلّ ذلك يحلّ بابنه »[١٠]. إيماء إليه بناءً على أنّ الخطاب فيه لأحد الوصيّين.

---

(١) انظر الوسائل ١٩: ٣١٩، ب٢٣ من الوصايا.
(٢) الوسائل ١٩: ٣٢١، ب٢٣ من الوصايا، ح ٤، وفيه : «هذه».
(٣) المصدر السابق : ح ٤.
(٤) المختلف ٦: ٣٣٧. التحرير ٣: ٣٨٠.
(٥)(٩) المسالك ٦: ٢٥٨.
(٦) الحجّ : ٧٨.
(٧) الوسائل ١٨: ٣٢، ب١٧ من الخيار، ح ٣ـ ٥.
(٨) التنقيح ٢: ٣٩٣.
(١٠) الوسائل ١٩: ٣٢١، ب٢٣ من الوصايا، ح ٦.

[ولو حصل ضرر ديني أو دنيوي أو مشقّة لا يحتمل مثلها عادة أو لزم من تحمّلها ما لا يليق بحاله من شتم ونحوه، فالمتّجه بناءً على عدم جواز الرجوع الاقتصار في الضرورة على قدرها لا ردّ الوصية].

ثمّ إنّ الظاهر اعتبار اللفظ أو ما يقوم مقامه في إفادة إنشاء الردّ، فلا يكفي فيه مجرّد عدم الرضا الباطني، نحو ما سمعته في إجازة الفضولي ونحوها مع احتماله، إلّا أنّ الأوّل هو الأقوى [١]. ومنه يعلم صحّة الوصية لمن يعلم عدم رضاه بقبولها لو علم بها مع إخفائها إلى أن مات الموصي، بل لو ردّها على وجه يعلم منه استمراره على معنى الردّ ثمّ أوجب الموصي بعد الإيجاب المردود ثمّ أخفاه إلى أن مات اتّجه لزومها له [٢].

بل يمكن ذلك لو صدر منه ما يقتضي الردّ مع عدم علمه بالإيجاب، لكن يقوى في النظر خلافه، والله العالم، فتأمّل جيّداً، فإنّي لم أجد تحريراً لذلك في كلماتهم.

(**ولو ظهر من الوصي عجز**) عن الاستقلال بإنفاذ الوصية لكبر أو هرم أو غير ذلك من موانع الاستقلال ولو على جهة التوكيل والاستئجار (**ضمّ إليه مساعد**) ولا ينعزل بذلك [٣].

بل الظاهر جواز الوصاية للعاجز ابتداء [٤].

---

[١] للأصل المقتصر في انقطاعه على المتيقّن.

[٢] لعدم العبرة بما في نفسه.

[٣] **بلا خلاف أجده فيه، بل عن التذكرة وجامع المقاصد الإجماع عليه**[١].

[٤] **كما عن التذكرة نسبته إلى أصحابنا**[٢]. **وفي القواعد وإن ذكر كفاية الوصي واهتداءه إلى ما فوّض إليه في شرائطه لكنّه صرّح بإرادة شرطيّة ذلك في الاستقلال دون أصل الوصيّة**[٣]، **وكذا شارحه الكركي**[٤].

نعم في الدروس: «سابعها: ـ أي الشرائط ـ كفاية الوصي، فلو أوصى إلى هرم يعجز عن التصرّف أو إلى مريض مدنف أو إلى سفيه ففي بطلانها من رأس أو صحّتها ويضمّ إليه الحاكم مقوّماً نظر، ينشأ من وجوب العمل بقوله ما أمكن، ومن عدم الفائدة المقصودة بالوصية»، لكن قال: «ولو عرض العجز في الأثناء ضمّ الحاكم إليه قطعاً، ولا ينعزل»[٥].

وفيه: أنّ عدم انعزاله بالتجدّد يقتضي عدم مانعيّته في الابتداء، وأنّه يمكن أن يكون العاجز ذا رأي وتدبير، ولكنّه عاجز عن الاستقلال، فيفوّض إليه الموصي أمره لذلك، ويعتمد في تمام الفعل على نصب الحاكم له معيناً لتحصل الفائدة المطلوبة من الوصية، ويسلم من «تبديلها» المنهي عنه بل قد يفرض غير ذلك من الأغراض والفوائد على وصايته وإن كان عاجزاً نظراً وتدبيراً فضلاً عن عجز المباشرة بنفسه أو بغيره. وبالجملة عمومات الوصاية وإطلاقاتها تقتضي جواز الوصاية لمثل ذلك والأغراض الباعثة عليه كثيرة، ولا يحتاج إلى تقسيم العجز إلى أقسام وكثرة الكلام في تشقيقه على وجه لا فائدة فيه.

---

(١) التذكرة ٢: ٥١١ (حجرية). جامع المقاصد ١١: ٢٧٩، ٢٩٦.

(٢) التذكرة ٢: ٥١١ (حجرية).

(٣) القواعد ٢: ٥٦٥ ولم يقترح بالاستقلال.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٧٩ ـ ٢٨٠.

(٥) الدروس ٢: ٣٢٣.

إنّما البحث في أنّ هذا الضمّ باعتبار قصور ولايته، فتكون الولاية التامّة مشتركة بينه وبين الحاكم الذي تكون له الولاية خاصّة بعد فقد الوصي، أو أنّ الولاية بتمامها للوصي ولكن يضمّ إليه مساعداً على ما كلّف به وجهان، بل قد يقوى في النظر الثاني [١]. و[المختار] [٢] أنّ الوجه مع زوال العجز يستقلّ الوصي، وليس للمساعد مشاركته قهراً [٣]. وكذا علم حال العجز عن النظر والتدبير أو عن المباشرة وعن التوكيل والاستئجار وعدمه، فتأمّل جيّداً؛ فإنّ ذلك كلّه غير محرّر في كلماتهم، والله العالم.

(و) كيف كان فـ(**إن ظهر منه**) أي الوصي (**خيانة**) في وصيّته (**وجب على الحاكم عزله ويقيم مكانه أميناً**) [٤]. [ولكن يشكل]، بل أقصاه منع الحاكم له في استقلاله بالتصرف، بل يجعل عليه ناظراً منفّذاً للوصايا معه على وجهها. اللهمّ إلّا أن يفهم من الموصي اشتراط وصايته بأمانته، وأنّه متى خان لم يكن وصيّاً، وحينئذٍ يتّجه

---

[١] لعدم معهودية شركة الحاكم وغيره في الولاية، بل حال الوصي حال الأب العاجز مثلاً، فإنّ الظاهر عدم شركة الحاكم له، وإن ضمّ إليه مساعد أيضاً. بل إن لم يقم إجماع على اعتبار الضمّ من الحاكم أمكن القول بوجوبه كفاية على الناس؛ للأمر بالمعاونة على البرّ والتقوى وغيره ممّا دلّ على ذلك. ويكون ذلك هو النكتة في بناء «الضمّ» للمجهول في المتن لا ما في المسالك من أنّه اتكالاً على المعلوم من قيام الحاكم بهذه الوظائف، ولبيان أنّه مع عدم التمكّن من الحاكم يقوم عدول المؤمنين مقامه في هذا الضمّ[1]، كما يقومون مقامه في غيره من ولاياته.

[٢] [كما] ممّا ذكرنا يعلم [ذلك].

[٣] **وإن قال في جامع المقاصد: أنّ في ذلك وجهين**[2]، كما أنّه علم ممّا ذكرنا حال العجز ابتداءً وفي الأثناء. بل لعلّ قول المصنّف: «ولو ظهر» ظاهر في الأوّل، ويمكن شموله لهما معاً.

[٤] **بل في المسالك: «إنّما يتوقّف على عزل الحاكم لو لم نشترط عدالته فللحاكم حينئذٍ أن يعزل الخائن مراعاة لحقّ الأطفال وأموال الصدقات ونحوهما، أمّا إذا اشترطنا عدالته فإنّه ينعزل بنفس الفسق وإن لم يعزله الحاكم، وقد تقدّم مثله. ولعلّ المصنّف يريد بعزل الحاكم منعه من التصرّف، أو ما هو أعمّ منه ومن مباشرة عزله، فيجري على المذهبين؛ إذ لم يتقدّم منه ترجيح لأحد المذهبين»**[3] انتهى.

وظاهره أنّ الخيانة في الوصية غير باقي أسباب الفسق فإنّ الحاكم يعزله، وإن لم يشترط العدالة في الوصي، ولعلّ وجهه ما سمعته سابقاً في أوّل الشرائط من خبر الدعائم[4]، وأنّ ظاهر حال الموصي ملاحظة أمانته في تنفيذ وصاياه، فمع فرض خيانته في ذلك لا ولاية له من الموصي، فهو كما لو أوصى إلى عدل من حيث عدالته ففسق فإنّه لا وصاية له وإن لم نقل باشتراط العدالة. لكن قد يشكل ذلك فيما إذا علم الموصي بحاله، ومع ذلك قد أوصاه فيما له الوصاية عليه وإن كان خائناً.

ويشكل أيضاً في اقتضاء ذلك انعزاله حتى فيما لم يخن فيه فيضمن حينئذٍ كلّ وصية أنفذها على وجهها بعد الخيانة.

بل قد يشكل أصل عزله بذلك.

---

(١) المسالك ٦: ٢٥٩.
(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٨٠.
(٣) المسالك ٦: ٢٦٠.
(٤) تقدّم في ص ٧٠٠.

منع الحاكم له، ولا يحتاج إلى عزل، وكذا الوكيل [١]. [فالمتّجه حينئذٍ عدم بطلان وصايته بالخيانة]. [فإن تاب فلعلّه يرجع إلى حال الأوّل]. نعم لو قلنا بانفساخ إيجاب الوصية بذلك كان المتّجه عدم عودها؛ لعدم المقتضي إلّا أن يفهم من الموصي ذلك وهو خارج عمّا نحن فيه، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

(و) كيف كان فـ(ـالوصي أمين) [بلا إشكال] [٢].

وحينئذٍ فـ(ـلا يضمن ما يتلف) في يده (إلّا) ما كان (عن مخالفته لشرط الوصية أو تفريط) [٣]. [نعم إذا كان الاستعمال والتصرّف لغرض يعود على مال الطفل في الولاية بحيث لا يتمّ بدونه كما إذا ركب الدابّة لقضاء حوائج الطفل واستيفاء دينه حيث يتوقّف على الركوب أو دخل داره لإصلاح أمره أو لبس الثوب ليدفع عنه الدود ونحو ذلك فلا تعدّ من التفريط والتعدّي]. والظاهر أنّه من التفريط التكاسل في أمر الوصية والتهاون، والله العالم.

---

[١] ولعلّ التمسّك بأصالة بقاء حكم الوصي عليه هو المتّجه فإنّه كالوكيل في المعنى، بل هو أقوى ولاية، ولم يثبت ما يقتضي انعزال الوكيل بمجرّد خيانته حتى لو جاء بباقي ما وكّل فيه على وجهه فضلاً عن الوصي.

وخبر الدعائم[1] يمكن إرادة زوال الاستقلال بالتصرّف فيه بالنسبة إلى الخيانة، فالمتّجه حينئذٍ عدم بطلان وصايته.

وأولى منه بذلك المجتهد والأب والجدّ الذين ولايتهم من الشارع، فلا ترتفع بذلك ونحوه، وإن منعوا من التصرّف مستقلّين حتى يتوبوا، فإن تابوا رجعوا إلى حالهم الأوّل، ولعلّ الوصي كذلك أيضاً.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه؛ بل في جامع المقاصد نفيه بين أهل الإسلام[2] ولا إشكال**؛ ضرورة كون استيلاء يده على ما أوصى عليه بإذن مالكيّة وشرعية فلا يكون إلّا أميناً.

[٣] كما هو الحال في كلّ أمين، وإطلاق بعض النصوص بضمانه محمول على ذلك، ومنه ما استفاضت النصوص بضمانه بتبديله الوصية، كالصحيح عن رجل أوصى إلى رجل وأمر [ه] أن يعتق عنه نسمة بستمئة درهم من ثلثه فانطلق الوصي وأعطى الستمئة درهم رجلاً يحجّ بها عنه؟ فقال عليه السلام: «أرى أن يغرم الوصي من ماله ستمئة درهم ويجعل الستمئة درهم فيما أوصى به الموصي»[3].

وربّما كان فيه إيماء إلى عدم انعزال الوصي بالخيانة، اللهمّ إلّا أن يكون ذلك ليس منها بل هو شيء قد فعله الوصي بجهله بتخيّل أنّه أنفع للميّت، ولكن حيث كان تبديلاً للوصية لم يمض ووجب عليه الضمان.

وكأنّ المصنّف أراد بمخالفة شرط الوصية ما يشمل التعدّي، كما اعترف به في المسالك قال: «فإنّه إذا لبس الثوب مثلاً فقد خالف شرط الوصية؛ لأنّ مقتضاها حفظ مال الطفل، أو بيعه وصرفه في الجهة المأمور بها ونحو ذلك، فاستعماله لا يدخل في شرط الوصية ومثل ذلك ركوب الدابّة وغير ذلك. هذا إذا لم يتعلّق به غرض يعود على ما له من الولاية بحيث لا يتمّ بدونه. كما لو ركب الدابّة لقضاء حوائج الطفل واستيفاء دينه حيث يتوقّف على الركوب أو دخل داره لإصلاح أمره أو لبس الثوب ليدفع عنه الدود، ونحو ذلك»[4] انتهى.

---

(١) دعائم الإسلام ٢: ٣٦٣ ـ ٣٦٤، ح ١٣٢٥. المستدرك ١٤: ١٤١، ب ٦٩ من الوصايا، ح ٣.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٨٥.

(٣) الكافي ٧: ٢٢، ح ٣. الوسائل ١٩: ٣٤٨، ب ٣٧ من الوصايا، ح ١.

(٤) المسالك ٦: ٢٦٠.

(**ولو كان للوصي**) على وفاء الديون أو على ما يشمله على وجه له التخيير في جهات القضاء (**دين على الميّت**) الذي هو وصيّه على الوجه المزبور (**جاز أن يستوفي**) دينه (**ممّا في يده من غير إذن**) الـ(**ـحاكم، إذا لم يكن له حجّة**) على إثبات حقّه (**و**) دينه، بل الأقوى ما (**قيل**) من أنّه (**يجوز مطلقاً**) أي سواء كان له حجّة أو لا [١].

---

[١] **وعن الشهيدين اختياره**[(١)]؛ لأنّ فائدتها [= الحجّة] احتمال كذب المدّعي والمفروض عدمه، كما أنّ المفروض وصايته على الوفاء على وجه له التخيير في جهات القضاء، فلم يكن إشكال في استيفائه؛ ضرورة أولويّته ممّا حكي الاتفاق عليه من جواز إيفائه ما يعلمه من دين الأجنبي كذلك. ولا يشكل ذلك بالأصل وموثّق يزيد بن معاوية عن أبي عبدالله عليه السلام قلت له: إنّ رجلاً أوصى إليّ فسألته أن يشرك معي ذا قرابة له ففعل وذكر الذي أوصى أنّ له قبل الذي أشركه في الوصيّة خمسين ومئة درهم وعنده رهن بها جام فضة فلمّا هلك الرجل أنشأ الوصي يدّعي أنّ له قبله أكرار حنطة قال: «إن أقام البيّنة وإلاّ فلا شيء له، قال: قلت له: أيحلّ له أن يأخذ ممّا في يده شيئاً؟ قال: لا يحلّ له، قلت: أرأيت لو أنّ رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أكان ذلك له؟ قال: إنّ هذا ليس مثل هذا»[(٢)]؛ لانقطاع الأصل بما عرفت، وخروج الموثّق عن الفرض باعتبار الاشتراك في الوصية على وجه ليس لأحدهما الاستقلال بالتصرّف من دون إذن الآخر الذي ليس له إجازة هذا الأخذ من دون إثبات، مع أنّه لم يعلم الوصاية فيه على وفاء الدين، والمقاصّة مع عدم علم المقتصّ منه، وكون امتناعه على الشرع غير مشروعة، وأنّها موضوعها نحو ما في الخبر: «الأخذ من مال من عدا عليك» و«أخذ مالك» المندرج في قوله تعالى: ﴿**مَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**﴾[(٣)] ومن هنا قال: «إنّ هذا ليس مثل ذاك». ومن ذلك يعلم أيضاً الفرق بين موضوع الفرض وبين الأجنبي الذي له دين؛ ضرورة كون الفرض أنّ الديّان الوصي الذي له الولاية على وفاء الدين بأيّ فرد شاء من أفراد التركة بخلاف الأجنبي؛ فإنّه لا ولاية له على ذلك، ولذا جعل الأصحاب موضوع المسألة «الوصي». نعم قد استدلّ بعض[(٤)] الناس له بالمقاصّة وبأنّه محسن في استيفاء الدين، و﴿**مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ**﴾[(٥)]. ومقتضاهما عدم الفرق بين الأجنبي والوصي في ذلك. ويتأتّى البحث حينئذٍ في اشتراط المقاصّة بإذن الحاكم وعدمه مع اختلاف الجنس أو مطلقاً وبعدم التمكّن من قيام البيّنة وإمكانه، وإن كان قد يقوى في النظر عدم اشتراط شيء من ذلك في الممتنع عملاً بإطلاق أدلّة المقاصّة، من غير فرق بين المديون نفسه ووارثه؛ لإطلاق أدلّة المقاصّة[(٦)]. وكذا من تعذّر له الوصول إلى حقّه لعدم البيّنة المثبتة مثلاً، وإن لم يكن امتناع فإنّه يرجّح حقّه على غيره بقاعدة «نفي الضرر» و«العسر والحرج» ونحوها، أمّا غير الممتنع الذي يتمكّن صاحب الحقّ من إثبات حقّه عليه فقد يشكل مقاصّته من غير إذنه باعتبار اقتضائها إسقاط حقّه من تخيير الوفاء بأيّ جنس شاء، من غير فرق أيضاً بين المديون ووارثه. ولعلّه لذا فصّل المصنّف هنا والحلّي والفاضل فيما حكي عنهما[(٧)] بين صورتي العجز عن الإثبات وعدمه، فيقتصّ في الأوّل دون الثاني. وهو جيّد، لكنّك قد عرفت أنّ موضوع المسألة هنا الوصي الذي قد عرفت عدم جريان هذا التفصيل فيه باعتبار ولايته على استيفاء الدين على وجه له التخيير. اللهمّ إلّا أن يكونوا جعلوا موضوعها الوصي المساوي للأجنبي، وهو الذي لم يجعل وصيّاً على وفاء الدين فيتّجه حينئذٍ لهم هذا التفصيل.

---

(١) الدروس ٢: ٣٢٦. المسالك ٦: ٢٦١.
(٢) الوسائل ١٩: ٤٢٨، ب٩٣ من الوصايا، ح١.
(٣) البقرة: ١٩٤.
(٤) انظر المسالك ٦: ٢٦١ ـ ٢٦٢.
(٥) التوبة: ٩١.
(٦) انظر الوسائل ١٧: ٢٧٢، ب٨٣ ممّا يكتسب به.
(٧) حكاه في الرياض ٩: ٤٩٨. انظر السرائر ٣: ١٩٢. المختلف ٦: ٣٩٩.

[وأمّا الوصيّ الذي لم يجعل وصيّاً على وفاء الدين فالمتّجه فيه التفصيل بين صورتي العجز عن الإثبات وعدمه فيقتصّ في الأوّل دون الثاني]. بل لعلّ منه أيضاً الوصي على وفاء الدين الذي لم يجعل التخيير في الوفاء إليه فإنّه حينئذٍ كالأجنبي.

بل لعلّ من أطلقت وصايته على وفاء الدين كذلك [١].

٢٢٣/٢٨ (و) كيف كان فـ(في شرائه) أي الوصي (لنفسه من نفسه) باعتبار ولايته على المال الذي يريد شرائه بالوصاية من غير فرق بين كونه مال طفل أو غيره (تردّد) [٢].

---

[١] فإنّ الإطلاق لا يقتضي تخييره في الأفراد من غير إذن الوارث فيبقى حقّه في التخيير. ومن ذلك كلّه يعلم لك الحال في جميع شقوق المسألة، كما أنّه يعلم لك الحال فيما أطنب فيه في الرياض[١]، مع أنّه لم يأت بشيء، كما لا يخفى على من لاحظه، والله العالم والموفّق.

[٢] **وخلاف، فالمشهور على الأوّل [أي الصحّة]:** ١ ـ لوجود المقتضي الذي هو صدور العقد من أهله في محلّه، فتشمله العمومات والإطلاقات، وانتفاء المانع؛ إذ لم يثبت اشتراط التغاير الحقيقي بين الموجب والقابل، بل مقتضى العمومات نفيه، ولذا جاز شراء الأب من مال ولده. وجاز في النكاح الذي هو أعظم من هذا المقام، مع أنّه يمكن فرضه في التوكيل عن نفسه، أو عمّن هو ولي عنه. اللهمّ إلّا أن يلتزم الخصم بجواز مثل ذلك أو بمنع كونه تعدّداً حقيقياً؛ ضرورة كون لفظ الوكيل لفظ الموكّل، فالعمدة في الدليل الأوّل. ٢ ـ مضافاً إلى الخبر المنجبر قصوره بعمل الأكثر، وفيه: هل للوصي أن يشتري من مال الميّت إذا بيع فيمن زاد يزيد ويأخذ لنفسه؟ فقال: «يجوز إذا اشترى صحيحاً»[٢]. **وقيل ـ كما عن[٣] الخلاف والحلّي ـ: لا يجوز[٤]:** ١ ـ لوجوب التغاير بين الموجب والقابل وهو مفقود، وقياسه على شراء الأب من مال ولده قياس. ٢ ـ ولما عن ابن مسعود: من أنّ رجلاً أوصى إلى رجل ببيع فرس له فاشتراه الوصي لنفسه واستفتى عبدالله بن مسعود، فقال: «ليس له ذلك»[٥]. ٣ ـ وفي محكي الخلاف بعد أن حكى ذلك عن ابن مسعود قال: ولا يعرف له مخالف[٦]. ٤ ـ وللأخبار[٧] المانعة عن شراء الوكيل لنفسه الذي هو بمنزلة الوصي. وفيه: منع اعتبار التغاير حقيقة كما هو مقتضى الإطلاقات والعمومات، فيكفي حينئذٍ التغاير الاعتباري نحو ما في شراء الأب من مال ولده الصغير الثابت بالإجماع حتى من الخصم، وكذا النكاح، بل عن الطوسي[٨] دعوى الإجماع على الاكتفاء به فيه. والاستدلال بهما على المطلوب ليس من القياس، بل من اتّحاد طريق المسألتين، بل لعلّ المقام أولى من النكاح في الجواز. ولا أقلّ من أن يكون ذلك عاضداً للإطلاقات والعمومات وكاشفاً عن إرادة العموم منها على وجه يشمل ذلك. وخبر ابن مسعود بعد أن لم يكن مستنداً إلى من يجب اتّباعه لا حجّة فيه. وعدم وجدان المخالف له لا يصيّره إجماعاً: وأخبار الوكيل بعد فرض القول بها فيه يمكن الفرق بينه وبين الوصي بثبوت الولاية للثاني بخلافه.

---

(١) انظر الرياض ٩: ٤٩٨ ـ ٤٩٩.
(٢) الوسائل ١٩: ٤٢٣، ب ٨٩ من الوصايا، ح ١.
(٣) حكاه في الرياض ٩: ٥٠٠.
(٤) الخلاف ٣: ٣٤٦. انظر السرائر ٣: ١٩٣.
(٥) المغني (لابن قدامة) ٥: ٢٣٨، مع اختلاف.
(٦) الخلاف ٣: ٣٤٧.
(٧) انظر الوسائل ١٧: ٣٩١، ب ٦ من آداب التجارة، و١٨: ٩٣، ب ٣٣ من أحكام العقود.
(٨) حكاه في الرياض ٩: ٥٠٠. الخلاف ٣: ٣٤٦.

(و) [المختار][١] [أنّ] (الأشبه[١]) [٢] (الجواز).

لكن (إذا أخذ) أي الوصي (بالقيمة العدل) ولم يكن ثمّة من يزيد عليه [٣].

(وإذا أذن الموصي للوصي أن يوصي) على ما أوصاه به من أطفال أو حقوق أو غير ذلك (جاز إجماعاً) [٤]. فيكون حينئذٍ وصيّاً عن الوصي لا عن الموصي فيجوز له الرجوع عنه ما دام حيّاً.

وهل يجوز نصب وصي عن الموصي مع التصريح من الموصي بذلك، وجهان، لا يخلو أوّلهما من قوّة.

وعلى كلّ حال لا إشكال في الجواز في الجملة مع الإذن، كما أنّه لا يجوز له ذلك إذا نهاه لذلك أيضاً.

(و) إنّما الخلاف فيما (إذا[٢] لم يأذن له) و(لكن لم يمنعه) أيضاً (فهل له أن يوصي) على ما بقي من وصايا الميّت أو جميعها إن لم يكن قد أنفذ منها شيئاً؟ (فيه خلاف) بين الأصحاب.

(أظهره المنع) [٥].

---

[١] [كما] قد ظهر من ذلك كلّه.

[٢] بأصول المذهب وقواعده.

[٣] لوجوب مراعاة المصلحة في ذلك، خصوصاً بعد قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[٣]، وقد تقدّم تمام الكلام في باب البيع والرهن والحجر وغيرها في هذه المسائل وفي جواز اقتراض الولي المال مع الملاءة والرهن وعدمهما، فلاحظ وتأمّل، والله هو العالم.

[٤] بقسميه؛ لعموم «مَن بَذَلَهُ» وغيره.

[٥] **وفاقاً للأكثر**؛ لعدم ثبوت ولاية له بعد الموت على ذلك؛ إذ الفرض عدم ظهور عبارة الموصي في ذلك. بل قيل[٤]: إنّ المتبادر من استنابته مباشرته بنفسه أو بوكيله الذي هو بمنزلته ومجبور عمله بنظره ومندرج في وصايته دون الإيصاء إلى الغير المشتمل على الولاية بعد موته الذي يكفي في عدم جوازه عدم ثبوت الإذن من الموصي الأوّل فيه فضلاً عمّا يقتضي عدمها. **خلافاً للشيخ وابني الجنيد والبرّاج فجوّزوا الإيصاء له**[٥]: ١ ـ لأنّ الاستنابة من جملة التصرّفات التي يملكها حيّاً بالعموم كما يملكها بالخصوص. ٢ ـ ولأنّ الموصي أقامه مقام نفسه فيثبت له من الولاية ما يثبت له، ومن ذلك الاستنابة بعد الموت. ٣ ـ ومكاتبة الصفّار في الصحيح إلى أبي محمّد الحسن عليه السلام: رجل كان وصيّ رجل فمات وأوصى إلى رجل هل يلزم الوصي وصيّة الرجل الذي كان هذا وصيّه؟ فكتب: «يلزمه بحقّه إن كان له قبله حقّ إن شاء الله»[٦]. بناءً على أنّ المراد حقّ الإيمان على معنى أنّه يلزمه الوفاء بحقّه إن كان مؤمناً فإنّ الله قد عقد الأُخوة بين المؤمنين وهو مقتضى إعانة المؤمن وقضاء حوائجه فضلاً عن إنفاذ وصيّته التي هي أهمّ من ذلك، أو أنّ المراد يلزم الوصي الثاني أن ينفذ وصيّة الموصي الأوّل بسبب حقّه الذي على الوصي الثاني؛ لأنّه كان له، أي للأوّل عليه حقّ من حيث الوصية، فيجب على الثاني إنفاذ كلّ حقّ على الأوّل، فينبغي قراءتها «أن» بفتح الهمزة حتى

---

(١) في الشرائع: «أشبهه».

(٢) في الشرائع: «إن».

(٣) الاسراء: ٣٤.

(٤) انظر المسالك ٦: ٢٦٣.

(٥) النهاية: ٦٠٧. نقله عن ابن الجنيد في المختلف ٦: ٣٩٧. المهذب ٢: ١١٧.

(٦) الوسائل ١٩: ٤٠٢، ب ٧٠ من الوصايا، ح ١.

يكون منصوباً بنزع الخافض على الوجه الذي ذكرناه.

وفيه: أنّ الأوّل مصادرة بل والثاني، والصحيح محتمل لذلك، ولإرادة الوصية إليه بأن يوصي من حقّه على أن يكون ضمير «حقّه» راجعاً إلى الموصي الأوّل فيكون الحاصل: أنّ الوصيّة تلزم الوصي الثاني بحقّ الأوّل إن كان له ـ أي للأوّل ـ قبله أي الوصي الأوّل حقّ بأن يكون قد أوصى إليه بأن يوصي له إذا حضرته الوفاة، فإنّه حينئذٍ يكون له حقّ الإيصاء عليه، فإذا أوصى بها لزمت الوصي الثاني، ومع تطرّق الاحتمال يبطل الاستدلال. بل في الرياض «أنّ الذي يظهر منها بعد تعمّق النظر فيها كون المراد بالسؤال أنّ الوصي أوصى إلى الغير فيما يتعلّق به وجعله وصيّاً لنفسه فهل تدخل في هذه الوصية وصيّة الموصي الأوّل فيلزم الوصي الثاني العمل بها أيضاً أم لا؟ فكتب الجواب بما مضى، فلا وجه للاستدلال بها لكونها على هذا التقدير مجملة، ومقتضاها حينئذٍ أنّه إن كان للموصي الأوّل قبله أي الموصي الثاني حقّ من جهة وصيّته إليه بالإيصاء لزمه الوفاء به، وإلّا فلا، ويكون المراد بـ«الحقّ» حقّ التوصية إلى الوصي الثاني بأن صرّح بالوصية. فيرجع حاصل الجواب إلى أنّ وصيّة الأوّل لا تدخل في إطلاق وصيّة الموصي الثاني، إلّا أن يصرّح به. وهو كما ترى غير مورد النزاع، وإطلاقها وإن شمله إلّا أنّه لا عبرة به بناءً على ظهور وروده لبيان حكم غيره فيكون الخبر بالنسبة إلى مورد النزاع ـ من جواز وصيّة الوصي إلى الغير فيما أوصى به إليه الموصي وعدمه ـ مجملاً محتملاً لاختصاص الحكم فيه بالجواز مع الشرط بالموضع المتيقّن المجمع عليه، وهو صورة الإذن فيها لا مطلقاً»[1].

وإن كان هو كما ترى من صعوبة تطبيق الجواب حينئذٍ على السؤال. وقد يحتمل قراءة «قبل» ظرفاً، على أن يكون الحاصل أنّ الوصي الثاني يلزمه القيام بحقّ الموصي الأوّل إن كان له قبل الإيصاء إلى الثاني حقّ على وصيّته الأوّل، بأن أوصى إليه بالإيصاء إذا حضرته الوفاة، أمّا إذا لم يكن كذلك فإنّه لا يلزمه؛ لعدم الحقّ له حينئذٍ على الوصي الأوّل. بل قد يحتمل غير ذلك ممّا لا يفيد الخصم، ولو سلّم عدم رجحان شيء ممّا ذكرناه من الاحتمال بالشهرة ونحوها، فلا أقلّ من المساواة المقتضية للإجمال المسقط للخبر عن الحجّية فلا دليل يعتدّ به للخصم. واحتمال الاستدلال له بأنّه يكفي في الجواز عموم الوصية الذي يكفي في تناولها عدم النهي عن الموصي عن الإيصاء بعد أن أثبت له حقّ الوصية الذي لم يعلم ثبوته له على وجه يصحّ له الإيصاء به وعدمه، فإذا أوصى شملته العمومات كما في الشكّ في كلّ مورد من موارد العقود.

يدفعه: عدم العموم الصالح لمشروعية نحو ذلك ممّا هو تصرّف في مال الغير الموقوف على إذنه، فهو شبه توكيل الوكيل عن نفسه من غير نصّ من الموكّل على ذلك، تمسّكاً بعمومات الوكالة الذي قد علم فساده في محلّه، باعتبار معلومية توقّف مثل هذا التصرّف على الإذن من المالك، فلا يشمله العمومات، وبعينه آتٍ في المقام. كما أنّ به يفرّق بينه وبين موارد العقود المشكوك في تناول العقد لها، وأنّه لا يكفي عدم النهي في جواز الإيصاء، بل لا بدّ من الإذن كما هو واضح بأدنى تأمّل في الوليّ الذي ولايته بحسب تولّيه غيره إيّاها، والفرض عدم خطاب منه يقتضي العموم، وإلّا كان خروجاً عن البحث، فدعوى اقتضاء عموم: «مَن بَدَّلَهُ» تناول ذلك كما ترى. على أنّ المنساق من الوصية عهد الإنسان فيما يتعلّق به لا ما يشمل الغير الذي لم تثبت ولايته عليه في هذا الحال. وبذلك يفرّق بين وصاية الأب والجدّ وبين وصاية الوصي، مضافاً إلى ما دلّ على صحّة الوصاية منهما على الطفل مثلاً بخلافه.

---

(١) الرياض ٩: ٥٠٨ ـ ٥٠٩.

بقي شيء تقدّمت الإشارة إليه في الجملة وهو أنّه هل يكفي في صحّة وصيّة الوصي بما أوصى إليه وقوع ذلك منه [١].

أو لا بدّ من ثبوت الإيصاء بذلك بطريق شرعي فلا يكفي دعواه فضلاً عن مجرّد فعله ؟ [٢].

وجهان.

[والمختار الثاني] [٣].

(و) على كلّ حال فقد ظهر لك بطلان إيصاء الوصي من دون إذن، فإذا مات الوصي (**يكون النظر بعده إلى الحاكم**) الذي هو وليّ من لا وليّ له ونائبه الخاصّ أو العامّ (**وكذا لو مات إنسان ولا وصيّ له**) ولا ولي إجباري وله أطفال ووصايا وغير ذلك ممّا يحتاج إلى الولي (**كان للحاكم النظر في تركته**) بالوجوه الشرعية، بل الظاهر وجوبه عليه بل لعلّه المراد من الجواز في مثل المقام (**ولو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولّاه من المؤمنين من يوثق به**) [٤].

[ولكن] (**وفي هذا تردّد**) [عند المصنّف] [٥]، بل لا يبعد ثبوت ولاية الفاسق مع عدم العدل وإن كان الظاهر تقييدها بما إذا كان المقام مقام الحسبة لا مطلقاً.

بل ربّما احتمل ذلك في العدل [أيضاً] [٦].

---

[١] حملاً لفعل المسلم على الوجه الصحيح الذي هو الإذن له في ذلك.

[٢] لأنّ الشكّ في الشرط شكّ في المشروط، وأصالة الصحّة لا تجدي في إثبات شغل ذمّة الغير.

[٣] بل مقتضى التفصيل في الصحيح المزبور[١] بناءً على ما قلناه في مقابلة القائل بالجواز الثاني، والله العالم.

[٤] على ما هو المشهور بين الأصحاب من ثبوت الولاية لهم على مثل ذلك؛ للمعتبرة المستفيضة[٢] المؤيّدة بما دلّ على الحسبة وحسن الإحسان[٣]، وولاية المؤمنين بعضهم على بعض[٤] وغير ذلك.

ولكن مع ذلك قال المصنّف وغيره: [وفي هذا...].

[٥] **بل عن ابن إدريس التصريح بعدم الولاية لهم على ذلك**[٥]؛ للأصل.

وفيه:

أنّه مقطوع بما عرفت.

[٦] وظنّي أنّه لا يخالف فيه ابن إدريس وإن نفى الولاية عنهم، لكن مراده نفيها على حسب ولاية الأب والجدّ والحاكم لا مطلقاً، وحينئذٍ يرتفع النزاع على هذا التقدير.

---

(١) تقدّم في ص٧٢٦.

(٢) الوسائل ١٩: ٤٢١، ب٨٨ من الوصايا، ح١، ٢.

(٣) التوبة: ٩١.

(٤) التوبة: ٧١.

(٥) السرائر ٣: ١٩٣، ١٩٤.

اللهمّ إلّا أن يمنع تقييد ولاية العدل بالحسبة، وهو قوي أيضاً [١]. وعلى كلّ حال فمحلّ التردد أو المنع هو غير ما يضطرّ إليه الأطفال والدواب وحفظ المال المشرف على التلف ونحو ذلك ممّا هو واجب على الناس كفاية، والله العالم. **(ولو أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبي وله أب لم يصحّ وكانت الولاية إلى جدّ اليتيم)** الصالح للولاية **(دون الوصي)** [٢]. إنّما الكلام في بطلان الوصيّة على الوجه المزبور من رأس [٣]. أو بطلانها في زمان حياة الجدّ، فإذا مات ثبتت وصاية الوصي [٤]. أو بطلانها فيما عدا الثلث؟ كما أشار إليه المصنّف بقوله: **(وقيل: يصح ذلك في**

---

[١] عملاً بإطلاق النصوص الظاهرة في الولاية، والنصب التي لا وجه لاحتمال كون ذلك فيها إذناً من الحاكم في بعض الخصوصيّات؛ ضرورة أنّه لا يخفى على من تأمّلها ظهورها في الإذن العام الذي هو من قبيل الأحكام الشرعية، بل من قبيل نصب الفقيه الجامع للشرائط: ١ ـ ففي خبر إسماعيل بن سعد الأشعري قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك أولاداً ذكراناً وغلماناً صغاراً وترك جواري ومماليك هل يستقيم أن تباع الجواري؟ قال: «نعم»، وعن الرجل يموت بغير وصيّة، وله ولد صغار وكبار أيحلّ شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك؟ فإن تولّاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع، وقام عدل في ذلك»[١]. ٢ ـ وخبر محمّد بن إسماعيل قال: مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصيّر عبدالحميد القيّم بماله، وكان الرجل خلّف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري فباع عبدالحميد المتاع فلمّا أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهنّ؛ إذ لم يكن الميّت صيّر إليه وصيّته وكان قيامه فيها بأمر القاضي؛ لأنّهنّ فروج، قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصي إلى أحد ويخلّف جواري فيقيم القاضي رجلاً منّا فيبيعهنّ، أو قال: يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه لأنّهنّ فروج فماترى في ذلك؟ قال: فقال: «إذا كان القيّم به مثلك، أو مثل عبدالحميد فلا بأس»[٢]. ٣ ـ وخبر زرعة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيّة وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ قال: «إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كلّه، فلا بأس»[٣]. ٤ ـ إلى غير ذلك من النصوص الظاهرة في الإذن لخصوص العدل في تولّي ذلك؛ ضرورة عدم الفرق بينه وبين غيره من الناس في الحسبة والمعاونة على البرّ والتقوى.

[٢] **بلا خلاف أجده فيه في الجملة، بل الظاهر الإجماع عليه**؛ لما عرفت من ترتّب ولاية الوصي على ولاية الأب الصادق على الجدّ، واشتراكهما في الولاية حال حياتهما، ولو مرّتين كما في جامع المقاصد والمسالك[٤]، وإن كان الأصحّ خلافه سيّما في النكاح لا يقتضي جواز تولية أحدهما على وجه يشارك الآخر بعد موته، بل الأصل يقتضي عدم ذلك. مضافاً إلى ما دلّ[٥] على ولاية الجدّ والأب ممّا هو ظاهر في انحصار أمر الطفل فيهما مع وجودهما أو أحدهما على وجه ينافيه ولاية أحدهما مع وصي الآخر. وإلى ظهور اتّفاق كلمة الأصحاب عليه.

[٣] كما هو أحد الأقوال في المسألة.

[٤] لعدم المعارض لها حينئذٍ.

---

(١) الوسائل ١٧: ٣٦٢، ب١٦ من عقد البيع وشروطه، ح ١. (٢) المصدر السابق: ٤٦٣، ح ٢، وفيه: «ومثل».
(٣) الوسائل ١٩: ٤٢٢، ب٨٨ من الوصايا، ح ٢، وفيه: «عن زرعة عن سماعة».
(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٦٦، ٢٦٨. المسالك ٦: ٢٦٧. (٥) انظر الوسائل ٢٠: ٢٧٥، ٢٨٩، ب٥، ١١ من عقد النكاح.

قدر الثلث مما ترك)ـه [١] **(وفي أداء الحقوق)** كوفاء الدين ونحوه مما لا مدخلية له في ولاية الطفل. والأقوى الأوّل [٢]. ولا فرق بين الثلث وغيره بعد أن لم يخرجه عن ملك الطفل [٣]. وهل تصحّ وصيّته في أداء الحقوق التي عليه من ديون ونحوها [٤]. وإن كان لو لم يوص تولّى الجدّ ذلك [٥].

والظاهر أنّ له الولاية على ذلك [=نصب المستوفى للمال] مع وجود الجدّ، كما أنّ له ذلك في الورثة الكبار، فإنّ له أن ينصب وصيّاً على تشخيص ماله من الديون ثمّ دفعه للوارث على وجه لا ضرر فيه عليهم، بل ومعه إذا لم يزد على مقدار الثلث، وكذا تشخيص ما عليه من الحقوق بأن ينصب وصيّاً على دفع ذلك عنه على أنّ ولاية التشخيص بيده على وجه لا ضرر فيه عليهم [٦].

---

[١] لأنّ له إخراجه عن الطفل، فله التولية عليه بالأولى.

[٢] لما سمعت من عدم ولاية للأب مع وجود الجدّ وبالعكس، فلو صرّح أحدهما بوصاية الوصي بعد موت الآخر لم يكن صحيحاً؛ لعدم الولاية له في هذا الحال، ولو بالنسبة إلى الزمان المتأخّر فضلاً عن محلّ الفرض وإن جوّزنا التعليق في الوصية والتأخير في زمانها، لكن فيما للموصي الولاية عليه.

[٣] ضرورة صيرورته كباقي أموال الطفل التي ولايتها بيد الوليّ الإجباري، وولايته على إخراجه عنه لا تقتضي جواز التولية عليه، وهو للطفل المنافي لما دلّ على أنّ ولاية ماله لجدّه.

[٤] **كما جزم به في المسالك**، بل حكى الإجماع عليه[١]؛ لعدم معارضته للجدّ في ذلك.

[٥] **كما عن التذكرة**[٢] **التصريح به**، لكن ذلك لا يقتضي عدم صحّة الوصيّة بذلك فإنّ الحاكم تكون له الولاية إذا لم ينصب وصياً وإن نصب لم يكن له الولاية، والورثة الكبار إذا لم يجعل وصيّاً لوفاء ديونه تولّى الورثة ذلك، وإلّا تولّاه الوصي عليه، هذا. ولكن في الدروس في المقام: «ولو أوصى بإخراج حقوق أو استيفائها كان جائزاً، ويشكل بأنّ الاستيفاء ولاية على مال الطفل فلا يملكها الأجنبي، نعم لو عيّن المستوفي لتلك الحقوق جاز»[٣]. وفيه: بعد الإغضاء عن مراده في قوله: «نعم... إلى آخره» أنّ الاستيفاء ـ وإن كان الظاهر إرادة المال المستوفى ـ ليس ولاية على مال الطفل، وإن كان الكلّي له؛ ضرورة أنّه لا يتشخّص ولا يصير مالاً للطفل إلّا بقبض المستحقّ أو وليه فتوليته على أن يشخّص الكلّي للطفل.

[٦] ضرورة كونه أولى من تشخيص مال مخصوص لوفاء دينه الذي اعترف هو بجوازه ممّا يشمله عمومات الوصيّة[٤] وتسلّطه على ماله[٥]. وغير ذلك ممّا لا معارض له من النصوص المشتملة على منعه من التصرّف في الزائد على الثلث، فتأمّل جيّداً. بقي شيء وهو أنّ ظاهر المتن اندراج الوصية في أداء الحقوق تحت «القيل». ومقتضاه أنّ هذا تفصيل في موضوع المسألة. وقد عرفت أنّه فرضه في الوصية بالنظر في مال ولده وهو لا يشمل مثل ذلك. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ ذلك من النظر في مال الولد أيضاً بناءً على انتقال التركة جميعاً للوارث وإن تعلّق بها حقّ الدين فهو من النظر في مال الولد حينئذٍ. ولكنّ المتّجه بناءً على ذلك صحّة الوصاية على مثل ذلك، وليس معارضاً لولاية الجدّ التي لم يعلم شمولها لمثل ذلك بحيث لا يجوز له أن يجعل وصيّاً له عليه. مع أنّ المطابق للحقّ من التركة كالخارج عن مال الطفل، ولعلّ هذا لا يخلو من قوّة، وإن كان الأوّل لا يخلو عن وجه، والله العالم.

---

(١)(٢) المسالك ٦: ٢٦٨. التذكرة ٢: ٥١٠.
(٣)(٥) الدروس ٢: ٣٢٢ـ٣٢٣. البحار ٢: ٢٧٢، ح٧.
(٤) انظر الوسائل ١٩: ٢٥٧، ٢٥٩، ٢٦٠، ٢٦٢، ٢٧١، ب ١ ـ ٤، ٩، ١٠ من الوصايا.

[والمتّجه صحّة الوصاية في أداء الحقوق بناءً على انتقال التركة جميعاً للوارث وتعلّق بها حقّ الدين].

[ولعلّ كون المطابق للحقّ خارجاً عن مال الطفل لا يخلو من قوّة، وإن كان عدم خروجه عنه لا يخلو من وجه].

(و) على كلّ حال فقد ظهر لك من مطاوي البحث أنّ الوصاية كالوكالة، بل قد تزيد عليها بأشياء، فحينئذٍ (**إذا أوصى بالنظر في شيء معيّن اختصّت ولايته به، ولا يجوز له**) أي الوصي (**التصرّف في غيره وجرى مجرى الوكيل في الاقتصار على ما يوكّل فيه**). وكذا لو خصّها بزمان دون زمان أو حال دون حال [١].

(**مسائل ثلاث**):

[الصفات المراعاة في الوصي]:

(**الأُولى: الصفات المراعاة في الوصي**) من التكليف والإسلام والحريّة ونحوها (**تعتبر حالة الوصية. وقيل: حين الوفاة، فلو أوصى إلى صبي**) مثلاً (**فبلغ ثمّ مات الموصي صحّت الوصية، وكذا الكلام في الحرية والعقل**) [٢]. (**والأوّل أشبه**) عند المصنّف [٣].

---

[١] إذ هي كما عرفت شبيهة بنصب الأُمراء، كلّ ذلك لعموم «فَمَن بَدَّلَهُ» وغيره كما هو واضح، والله العالم.

[٢] **وقيل[١]: من حين الوصية إلى حين الوفاة. وقيل[٢]: إلى حين نفوذ الوصيّة وانتهائها. وقيل[٣]: من حين الوفاة إلى حين الانتهاء.**

[٣] **والأكثر، كما في المسالك[٤]** قضاءً للشرط المعتبر تقدّمه على المشروط أو مقارنته، فإذا كانت هذه شرائط لصحّة الوصيّة ولم تكن موجودة حال إنشائها لم يكن العقد صحيحاً لانتفاء الشرط المقتضي لانتفاء المشروط، بل هو منهي وقت الوصيّة عن التفويض إلى من ليس بالصفات، والنهي المتوجّه إلى ركن المعاملة يقتضي فسادها كما هو مقرّر في محلّه.

ولأنّه يجب في الوصي أن يكون بحيث لو مات الموصي كان نافذ التصرّف مشتملاً على صفات الوصاية، وهو هنا منتفٍ؛ لأنّ الموصي لو مات في هذه الحالة لم يكن الوصي أهلاً له.

والجميع كماترى مشترك في كونه مصادرة على المطلوب؛ ضرورة أنّ كون هذه الشروط شروطاً للنصب حال إنشائه أوّل البحث، وكذا كونه منهيّاً وقت ذلك عن النصب، بل وكذا الأخير.

مع أنّه نظر فيه [=الأخير] في المسالك[٥] بأنّه من يكتفي بوجودها حالة الموت يحصل على مذهبه المطلوب، فإنّ الموصي إذا فرض موته بعد الوصاية بلا فصل قبل أن يتّصف الوصي بالصفات لا يكون نافذ التصرّف، من حيث أنّ الموصي قد مات وهو غير جامع لها، وذلك كافٍ في البطلان.

وإن كان قد يدفع بأنّ مراد المستدلّ اعتبار كون الوصي جامعاً لها حال الوصية بحيث لو مات الموصي حالها كان نافذ التصرّف، فالشرط أهليّته لذلك حال النصب.

---

(١)(٣) الدروس ٢: ٣٢٣. حكاه في كفاية الأحكام ٢: ٦٧.

(٢)(٤)(٥) المسالك ٦: ٢٧١ ـ ٢٧٢.

وعلى كلّ حال فـ[ـالظاهر][١] قوّة القول الثاني[٢].

---

[١] [كما] من ذلك يظهر لك [ذلك].

[٢] الموافق لمقتضى عمومات الوصية المقتصر في تخصيصها على ما تيقّن من شرطية هذه الأشياء في الوصي بمعنى المتلبّس بالولاية، وأوّل آنات تلبّسه بذلك مع الإطلاق من حين الوفاة، فتعتبر الشرائط ذلك الوقت؛ إذ هو قبل ذلك ليس بوصي بمعنى تحقّق الولاية، بل أقصاه وقوع العبارة التي تقتضي نصبه حين الوفاة إذا جمع غيرها من الشرائط ذلك الوقت ففقدها قبل تلبّسه بالولاية غير ضائر بعد شمول عموم: «فَمَن بَدَّلَهُ» ونحوه له.

وليس في أدلّة الشرائط كما عرفته سابقاً ما يقتضي اشتراطها حال إيجاد عبارة النصب.

بل ربّما كان فيها ما يقتضي خلاف ذلك، كنصب الصبي وصيّاً بعد بلوغه منضمّاً أو مطلقاً على البحث السابق، بل هو ظاهر فيما ذكرناه من كون المدار على وجود الصفات حال الوفاة، فإنّ الصبي مثلاً قد يبلغ بعد الوفاة، وكذا المجنون لو أوصى إليه مريداً حال إفاقته كما سمعته سابقاً.

لا يقال:

إنّ العمومات تقتضي أيضاً صحّة وصيّة الجامع لها حال الوصية وإن فقدها قبل الوفاة ثمّ تجدّدت بعدها فينّجه حينئذٍ كون الشرط أحد الأمرين حال الوصيّة أو حال الموت.

لأنّا نقول:

مع كون ذلك خرقاً للإجماع على الظاهر ـ منافٍ لما دلّ على اعتبار الصفات في الوصي المقتضي؛ لعدم قابليّة المجنون والكافر والمملوك للولاية، فإنّ دليل شرطيّتها يقتضي ذلك فينافي العمومات المزبورة بخلاف الفاقد لها حال النصب الجامع حال الوفاة، فإنّ دليل الشرطية لا ينافي شمول العمومات له؛ لعدم كونه وليّاً حينئذٍ.

ودعوى تحقّق ولاية الوصي حال نصبه ـ وإن تأخّر تصرّفه إلى ما بعد الموت فهو كالوكيل فعلاً المشروط عليه تأخّر التصرّف وإلّا لزم التعليق المبطل.

وحينئذٍ فلو قال أنت وصيّي بعد موتي على معنى كونك وليّاً بعد الموت بطل ـ واضحة الفساد؛ ضرورة عدم شركة أحد الأبوين الكاملين حال حياتهما في الولاية.

على أنّ معنى الوصاية نقل الولاية بعد الموت، وهو الذي أراده الموصي.

بل لو صرّح بإرادة غيره ممّا يقتضي تحقّقها قبل الموت بطل على الظاهر.

والتعليق فيها غير منافٍ؛ لأنّ بناءها عليه وقد شرّعت على الوجه المزبور، كما لا ينافيه في تعليق الوصية التمليكية، بل هما عند التأمّل من وادٍ واحد وإن اختلفا في بعض الأحكام، لكنّهما متّحدان في أنّ الوصاية نقل الولاية والوصية نقل الملك مثلاً.

والتزام حصول الملك المتزلزل للموصى له حال الوصية ممّا لا يجوز نسبته للمتفقّه فضلاً عن الفقيه؛ خصوصاً بعد أن كان المعلوم من حال كلّ موص أنّ قصده حصول الأثر بهد الوفاة، سواء كان ملكاً أو ولاية.

وبذلك كلّه يظهر ضعف بقيّة الأقوال المشتركة في اعتبار الشرائط من حين الوصية الذي قد عرفت عدم الدليل عليه.

نعم يبقى الكلام في اعتبار استمرار الشرائط من حين الوفاة إلى حين الانتهاء في استمرار الوصاية وعدمه [١].

[لا بمعنى انكشاف فسادها بالعروض في الأثناء].

إنّما البحث في انفساخ الوصية بعروض ذلك بعد الوفاة فلا تعود حينئذٍ وعدمه وإن كان لا تصرّف له حينئذٍ، بل أقصاه قيام الحاكم مثلاً مقامه.

فإذا زال العارض عادت ولايته كالأب الذي اعتراه الجنون ثمّ زال، فإنّه لا تنقطع بذلك ولايته على ولده الصغير احتمالان، بل الثاني منهما لا يخلو من قوّة [أي عدم الانفساخ] [٢].

[وأقصى ما يمكن القطع به عدم صحّة تصرّفاته مع عروض العارض، بعدم العقل ونحوه لا بطلان الوصاية من رأس].

بل يمكن دعوى عدم القطع ببطلانها كذلك بعروض العارض قبل الوفاة بعد الوصية وإن استمرّ إليها عند القائل باعتبار الصفات حال الوصية [٣].

كما أنّه يمكن القول بأنّ الانفساخ بعروض العارض لا يقتضي القول باشتراط الاستمرار في أصل الصحّة، بل

---

[١] أمّا احتمال اشتراط الاستمرار في أصل الوصاية ـ على معنى انكشاف فسادها بالعروض في الأثناء، كما هو مقتضى إطلاق بعضهم شرطيّته ـ فواضح الفساد.

وإلّا لاقتضى فساد تصرّفاته جميعها قبل العروض. ومن المعلوم ضرورة بطلانها، كما أنّ من المعلوم عدم كونه وليّاً متصرّفاً حال عروضها.

[٢] وإن ظهر من بعضهم[1] المفروغيّة من بطلان الوصاية بذلك حتى أنّه حمل قول القائل باشتراطها حال الوفاة ومن حين الوصية إليها على ذلك تجنّباً عن التزام عدم بطلانها بذلك.

والظاهر أنّه اشتباه، فإنّ أقصى ما يمكن القطع به عدم صحّة تصرّفاته مع عروض العارض؛ لعدم العقل ونحوه، لا بطلان الوصاية من رأس.

[٣] وإن ادّعاه القائل المزبور أيضاً محتجّاً بمعلوميّة كون الوصاية لها حكم العقد الجائز إن لم تكن منه، ولا ريب بانفساخه بعروض الجنون ونحوه.

مع أنّه خلاف ظاهر كلّ من تعرّض لذكر الأقوال، حيث إنّهم يجعلونه والقول باعتبارها حال الوفاة مقابلاً للقول بالاستمرار من حين الوصية إلى حين الوفاة كما في الدروس[2].

ويمكن القول بعدم جريان حكم الجائز عليه بالنسبة إلى ذلك، كما لو اعترى الموصي الإغماء والجنون، على أنّ الشرائط غير منحصرة في العقل ونحوه ممّا ينفسخ العقد بفقده.

---

(١) انظر المسالك ٦: ٢٧٢.

(٢) الدروس ٢: ٣٢٣.

أقصاه اشتراط استمرار الصحّة باستمرار ذلك [١].

---

[١] لأنّ أصل الصحّة مشروطة بالاستمرار بحيث لو زال انكشف الفساد ، وهو محلّ البحث ، ولعلّه يلتزمه القائل باعتبار الصفات من حين الوصية إلى حين الوفاة ، بل ولا الفسخ بحيث لو عاد لم يعد حكم السبب السابق الذي اقتضى ولايته حتى لو قلنا بانقطاعها باعتبار عدم قابليّته ؛ ضرورة عدم اقتضاء ذلك الفسخ نحو العقد الجائز ، وإلّا لاقتضاه بالإغماء ونحوه .

فالتحقيق رجوعه إلى ولايته نحو الأب والمجتهد ، وأنّ ولايتهما من الشرع ، إلّا أنّ المفروض بعد مشروعيّته صار النصب منه كالنصب من الشارع ، بل العبارة عنهما واحدة .

وكون ولايته من حيث الأبوة المحقّقة بعد زوال العارض لا يصلح فارقاً بينهما ؛ ضرورة إمكان دعوى أنّ وصاية الوصي من حيث كونه زيداً أو ابناً مثلاً وهو متحقّق وإن انقطعت ولايته بالعارض .

لكن قد عرفت أنّ ذلك لا يقتضي انفساخ سبب الوصاية الذي لا مانع من دعوى تأثيره على هذا الوجه ، ولا يقدح فيه حصول المانع ، فتأمّل جيّداً ، فإنّه دقيق نافع في المقام وغيره .

وبذلك ظهر لك الحال في المقام ، بل وما في كلام غير واحد من الأصحاب ، حتى ثاني الشهيدين منهم في المسالك[1] ، وإن كان لم يألُ جهداً في تحقيق المسألة ، وأرجع الأقوال الأربعة أو الخمسة [في الشرائط] إلى قولين : أحدهما : الاعتبار من حين الوصيّة إلى حين الانتهاء ، والثاني : من حين الوفاة إلى حين الانتهاء ، واختار هو الأوّل منها .

لكن من تأمّل كلامه يجده أيضاً غير محرّر وغير منقّح باعتبار عدم اشتماله على الفرق بين اشتراط أصل الصحّة بالاستمرار وبين اشتراط الاستمرار بالاستمرار وعدم الدليل على ما ادّعاه من معلوميّة الانفساخ بمجرّد عروض فقدها ، وغير ذلك ممّا لا يخفى على المتأمّل .

والتحقيق ما عرفت ، وبناؤه على عدم تحقّق الولاية قبل الوفاة ، وعلى تنقيح ما تقتضيه أدلّة الشرائط وعلى مراعاة مقتضى العمومات ، فإنّ ملاحظة جميع ذلك تقتضي ما ذكرنا .

وأمّا بناء بعض أفراد المسألة ـ ولو بالنسبة إلى بعض الأقوال ـ على مسألة ما لو أوصى إلى عدل ففسق التي قد عرفت الاتّفاق فيها على الانفساخ من القائلين باشتراط العدالة وعدمه .

ففيه : أنّ ذلك مبني على تعرّف حال الموصي وقصده وإرادة تقييده الولاية وعدمها ، ومحلّ البحث الآن في كيفيّة اشتراط الشرائط شرعاً ، وذلك لا دخل له في قصد الموصي .

ومنه ينقدح خروج تصريح الموصي بالإيصاء إلى مجنون بعد عقله ، وإلى صبيّ بعد بلوغه ونحو ذلك عن محلّ النزاع في المقام بما عرفته من أنّ الوصاية أشبه شيء بنصب الإمارة فلا يقدح فيها تعليق ولا غيره لعموم « مَن بَدَّلَهُ » وغيره ، مضافاً إلى ظهور الاتفاق عليه والتصريح به من بعض على وجه المفروغية منه ، فمحلّه حينئذٍ ما لو أوصى مطلقاً للوصية ، فهل يكفي جمع الوصي الشرائط حال الإيصاء ؟ أو لا بدّ من الجميع حال الوفاة ؟ أو من حين الإيصاء إلى حين الوفاة ؟ على حسب ما عرفت ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

---

(١) انظر المسالك ٦ : ٢٧٠ ـ ٢٧٣ .

[الحكم فيمن تصح الوصية عليه]:

المسألة (**الثانية**): قد عرفت فيما تقدّم أنّه (**تصحّ الوصية على كلّ من للموصي عليه ولاية شرعية**) بحيث يصحّ الإيصاء بها (**كالولد وإن نزلوا بشرط الصغر**) أو البلوغ مع عدم الكمال وعدم ولي إجباري.

فلا يندرج في ذلك ـ ولو بملاحظة ما تقدّم سابقاً ـ أحد الأبوين مع وجود الآخر، والوصي الغير المأذون والحاكم [١].

وعلى كلّ حال (**فلو أوصى**) بالولاية (**على أولاده الكبار العقلاء أو على أبيه أو على أقاربه لم تمضِ الوصية عليهم**) [٢].

(**ولو أوصى بالنظر في المال الذي تركه لهم لم يصحّ له التصرّف**) في شيء منه [٣].

بل (**ولا في ثلثه**[1]) منه [٤]. [هذا إذا كان ضرر على الوارث وإلّا فيصحّ].

نعم لو أوصى به وأخرجه عن إرث الوارث جاز له نصب ولي عليه، لكن حينئذٍ يكون شريكاً للوارث، فليس له الاستقلال بتمييزه إلّا إذا نصّ الموصي على ذلك فإنّ الظاهر الصحّة [٥].

(**و**) على كلّ حال [فالمختار] [٦] أنّه (**تصحّ**) الوصيّة (**في إخراج الحقوق**[2] **عن الموصي كالديون والصدقات**) الواجبة ولو بأن يعيّن أشياء مخصوصة لذلك ويجعل لها وصيّاً.

وليس حينئذٍ للوارث معارضة الوصي [٧].

---

[١] لما تقدّم من عدم ولاية لهم على التولية بعد الوفاة.

[٢] لعدم الولاية له على ذلك.

[٣] لأنّه من الولاية عليهم أيضاً.

[٤] لأنّه لا ولاية له عليه مع عدم الوصية به وعدم إخراجه عن إرث الوارث، فلا تصحّ الولاية عليه، مع كونه ملكاً للوارث كما في نظائره.

[٥] لأنّ له مثل هذه الولاية التي هي أولى من حصره ثلثه في عين معيّنة، فإنّه مع عدم ضرر على الوارث ينقص في ماله لم يكن له معارضة، بل قد تقدّم سابقاً عند البحث في صحّة الوصيّة بالمضاربة في التركة ما يقتضي جوازها بالنظر في المال مع عدم الضرر على الوارث في ذلك مثل الوصية ببيع التركة مثلاً بثمن المثل وغيره ممّا تقدّم. وحينئذٍ يشكل ما سمعته من المصنّف.

[٦] [كما] من ذلك وغيره يعلم أيضاً [ذلك].

[٧] وإن قلنا بكونها ملكاً له بالموت ويستحقّ نماؤها، إلّا أنّها انتقلت إليه على هذا الوجه الذي تقتضي عمومات أولويّته بماله جواز هذه الوصية؛ لأنّها ليس ممّا خرج عن الموصي بالدليل الشرعي، وهو النقص في الثلثين قهراً على الوارث، وأحقّيته بأعيان التركة من الديان وغيره إنّما هو إذا لم يوص الموصي، وإذا تبرّع ووفى دين الديّان بالرضا منه كانت الأعيان له، وليس له إلزام الوصي بأخذها وإن بذل مقدار الدين مع فرض وصاية الموصي بالوفاء كما هو واضح.

---

(١)(٢) بدل العبارة في الشرائع: «ولا في ثلثه ولا في إخراج الحقوق».

بل لو أوصى وصيّاً على وفاء دينه مصرّحاً بأنّ له ولاية التشخيص بما شاءه من الأعيان لم يكن للوارث معارضته أيضاً على الظاهر [١].

نعم لو أوصى وصيّاً على قضاء دينه وأطلق لم يكن له معارضة الوارث لو أراد بذل الدين من نفسه أو من بعض أعيان التركة [٢].

[حكم أخذ الأُجرة على الوصاية]:

أمّا لو امتنع عن الوفاء أجبره الحاكم، أو يأذن للوصي في البيع عليه [٣].

المسألة (الثالثة: **يجوز لمن يتولّى أموال اليتيم**) بوصاية ونحوها (**أن يأخذ أُجرة المثل من**[١] **نظره في ماله**) [٤].

(**وقيل**) [٥]: (**يأخذ قدر كفايته. وقيل**) [٦]: يأخذ (**أقلّ الأمرين**) [٧].

---

[١] لعموم: «فَمَن بَدَّلَهُ» وغيره ممّا لا معارض له في مثل ذلك.

[٢] لأحقّيته بأعيانها من غيره.

[٣] ودعوى كون الإطلاق في الوصاية يقتضي الوصية بالتخيير له في الأعيان فلا يعارضه الوارث، وكذا الوصي على الثلث يمكن منعها؛ ضرورة أعمّية الإيصاء بذلك من ذلك، والله العالم.

[٤] **كما عن الاسكافي والشيخ في آخر باب التصرّف في أموال اليتامى**[٢]**، بل هو خيرة جماعة من المتأخّرين كالفاضل في القواعد والمحقّق**[٣] **وغيره، بل عن مجمع البيان: أنّه الظاهر من روايات أصحابنا**[٤].

[٥] **والقائل الشيخ في المحكيّ عن نهايته وابن إدريس**[٥].

[٦] **والقائل الشيخ أيضاً في المحكيّ من خلافه وتبيانه**[٦].

[٧] إن كانت كفايته أقلّ من أُجرة المثل فله قدر الكفاية دون أُجرة المثل، وإن كانت أُجرة المثل أقلّ من الكفاية فله الأُجرة دون الكفاية.

ونحوه عن المبسوط، لكن قيّد ذلك بالفقر، فقال: الولي إن كان فقيراً جاز له أن يأكل من مال اليتيم أقلّ الأمرين [من] كفايته أو أُجرة مثله[٧]. ومع ملاحظة الإطلاق السابق وتقييده يكون الأقوال أربعة بل خمسة **مع زيادة القول بأخذ أُجرة المثل إن كان فقيراً وإلّا لم يجز له أخذ شيء منه، كما هو خيرة ثاني الشهيدين في المسالك**[٨].

---

(١) في الشرائع: «عن».

(٢) نقله عن الاسكافي في المختلف ٥: ٣٥. النهاية: ٣٦٢.

(٣) القواعد ٢: ٥٦٧. المختصر النافع: ١٨٩.

(٤) مجمع البيان ٢: ١٠.

(٥) النهاية: ٣٦١. السرائر ٢: ٢١١.

(٦) الخلاف ٣: ١٧٩. التبيان ٣: ١١٩، وفيه: «له أُجرة المثل سواء كان قدر كفايته أو لم يكن».

(٧) المبسوط ٢: ١٦٣.

(٨) المسالك ٦: ٢٧٧.

(و) على كلّ حال فـ(**الأوّل أظهر**) من غير فرق بين الغني والفقير، وبين الوصي والحاكم وأمينه وعدول المؤمنين وغيرهم ما لم يوجد المتبرّع الجامع للشرائط، فلا يجوز للحاكم مثلاً أن يجعل النظر إلى غيره ممّن يريد الأُجرة بلا مصلحة لليتيم، وبين العمل الواجب على الأمين فعله من حيث الأمانة، وبين غيره ممّا لم يجب عليه كالتنمية بناءً على عدم وجوبها [١].

---

[١] ١ ـ لأصالة احترام فعل المسلم كماله.

ووجوبه عليه ـ كوجوب بذل المال في المخمصة بالقيمة ـ لا ينافي أخذ العوض عليه مع إمكان منع وجوب المباشرة بنفسه، فله حينئذٍ استئجار من يحفظه مثلاً بشيء منه ولو نفسه.

٢ ـ ولعلّه إلى ذلك أومأ صحيح هشام بن الحكم الذي هو دليل آخر للمسألة أيضاً قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عمّن تولّى مال اليتيم ما له أن يأكل منه ؟

فقال: « ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم، فيأكل بقدر ذلك »[١].

٣ ـ بل لعلّه المراد بـ« المعروف » في الآية الشريفة[٢].

٤ ـ بل وفيما جاء من تفسيرها في موثّق سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام فيها: « من كان يلي شيئاً لليتامى وهو يحتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم ويقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر ولا يسرف، وإن كان ضيعتهم لا تشغله عمّا يعالج نفسه فلا يرزأنّ من أموالهم شيئاً »[٣].

٥ ـ وصحيح عبدالله بن سنان عنه عليه السلام أيضاً: أنّه سئل وأنا حاضر عن القيم لليتامى والشراء لهم والبيع فيما يصلحهم أله أن يأكل من أموالهم ؟

فقال: « لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف كما قال الله عزّ وجلّ: ﴿ **فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[٤] وهو القوت »[٥].

٦ ـ وصحيحه الآخر عنه أيضاً فيها: « المعروف هو القوت، وإنّما عنى الوصي والقيّم في أموالهم [و]ما يصلحهم »[٦].

٧ ـ وخبر أبي الصباح عنه عليه السلام أيضاً فيها: فقال: « ذاك لرجل يحبس نفسه عن المعيشة، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم، فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً »[٧].

٨ ـ ونحوه خبرا سماعة[٨] وأبي أُسامة[٩] المرويّان عن تفسير العيّاشي عنه أيضاً فيها.

---

(١) الوسائل ١٧: ٢٥١، ب ٧٢ ممّا يكتسب به، ح ٥.
(٢) النساء: ٦.
(٣) الوسائل ١٧: ٢٥١، ب ٧٢ ممّا يكتسب به، ح ٤.
(٤) النساء: ٦.
(٥) التهذيب ٩: ٢٤٤، ح ٩٤٩، وفيه: «في الشراء».
(٦) الوسائل ١٧: ٢٥٠، ب ٧٢ ممّا يكتسب به، ح ١.
(٧) المصدر السابق: ٢٥١، ح ٣، وفيه: «ذلك رجل».
(٨) تفسير العياشي ١: ٢٢١ ـ ٢٢٢، ح ٣٠، المستدرك ١٣: ١٩٥، ب ٦٠ ممّا يكتسب به، ح ٢.
(٩) تفسير العياشي ١: ٢٢١، ح ٢٩. المستدرك ١٣: ١٩٥، ب ٦٠ ممّا يكتسب به، ح ١.

نعم لو لم يكن لفعله أُجرة في العادة كوضع الدراهم والدنانير عنده أو كان المال قليلاً غير محتاج إلى عمل له

---

٩ ـ وكذا خبر أبي بصير المروي في التفسير[١] المزبور عنه أيضاً فيها قال: « هذا رجل يحبس نفسه لليتيم على حرث أو ماشية ويشغل فيها نفسه فليأكل منه بالمعروف، وليس له ذلك في الدنانير والدراهم التي عنده موضوعة »[٢].

١٠ ـ وخبر زرارة المروي فيه أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام فيها: سأله عنها فقال: « ذلك إذا حبس نفسه في أموالهم فلا، يحترف لنفسه فليأكل بالمعروف من مالهم »[٣].

بناءً على أنّ ذلك أُجرة مثله لغلبة عدم زيادة احتراف الناس على ما يحتاجونه في أقواتهم.

١١ ـ بل لعلّ ذلك هو المراد أيضاً من مضمر محمّد بن مسلم المروي عن تفسير العيّاشي[٤]: سألته عن رجل بيده ماشية لابن أخ يتيم في حجره أيخلط أمرها بأمر ماشيته؟ فقال: « إن كان يليط حياضها ويقوم على مهنتها ويردّ شاردها فليشرب من ألبانها غير مجهد ولا مضرّ بالولد »، ثمّ قال: « ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً ﴾[٥] إلى آخره »[٦].

١٢ ـ وموثّق حنّان قال أبوعبدالله عليه السلام: « سألني عيسى بن موسى عن القيّم للأيتام في الإبل ما يحلّ له فيها؟ فقلت له: إذا لاط حوضها وطلب ضالّتها وهنأ جرباها فله أن يصيب من لبنها من غير نهك بضرع ولا فساد لنسل »[٧].

بناءً على أنّ ذلك أُجرة مثله عرفاً أو أقلّ، فإنّه من المعروف أيضاً؛ ضرورة كون المراد أنّ الأكل من مال اليتيم لا يكون إلّا في مقابلة عمله له فيما له، وإلّا كان من الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً.

نعم أعلى أفراد الأكل بالمعروف شرعاً وعرفاً أُجرة المثل، فإن نقص عنها زاد في المعروف وقد أحسن إلى اليتيم، بل إن لم يأخذ شيئاً فقد زاد في الإحسان ولم يكن من الأكل بالمعروف الذي قد رخّص فيه في مقابلة العمل للفقير دون الغني الذي أُريد منه الاستعفاف عن ذلك مع عمله لليتيم في ماله.

فالمراد حينئذٍ أنّ الفقير إن أراد الأكل فلا يأكل إلّا بالمعروف وهو أن يكون في مقابلة عمل له في مال اليتيم، وأن لا يزيد على أُجرة المثل، وكلّما نقص عن ذلك فهو من المعروف.

بل لعلّ ذلك هو المراد من النصوص سيّما المرسل في كنز العرفان[٨]، قال: إنّ رجلاً قال للنبيّ صلى الله عليه وآله: إنّ في حجري يتيماً أفآكل من ماله؟ قال: « بالمعروف غير متأثّل مالاً ولا واقٍ »[٩].

أي غير مستأصل للمال، ولا واق بماله مالك.

---

(١) تفسير العياشي ١: ٢٢٢، ح ٣١.
(٢) الوسائل ١٧: ٢٥٢ ـ ٢٥٣، ب ٧٢ ممّا لا يكتسب به، ح ٩.
(٣) تفسير العياشي ١: ٢٢٢، ح ٣٢. الوسائل ١٧: ٢٥٣، ب ٧٢ ممّا يكتسب به، ح ١٠.
(٤) تفسير العياشي ١: ٢٢١، ح ٢٨.
(٥) النساء: ٦.
(٦) المستدرك ١٣: ١٩٥، ب ٦٠ ممّا يكتسب به، ح ٣، مع اختلاف.
(٧) الوسائل ١٧: ٢٥٠، ب ٧٢ ممّا يكتسب به، ح ٢، وفيه: «وما يحل له منها».
(٨) كنز العرفان ٢: ١٠٥.
(٩) المستدرك ١٣: ١٩٤، ب ٥٩ ممّا يكتسب به، ح ٣، وفيه: «لا مستأثراً مالاً».

أُجرة يعتدّ بها عرفاً لم يأخذ شيئاً [١]. كما أنّه ينبغي له التعفّف لو كان غنياً غير محتاج كي يمنعه اشتغاله بمال اليتيم عن قوته وقوت عياله الواجبي النفقة [٢].

---

[١] على ما أومأ إليه في بعض النصوص[١] السابقة.

[٢] فإنّ الآية[٢] وإن اشتملت على الأمر الظاهر في الوجوب، خصوصاً في أوامر الكتاب، لكن المادة تشعر بالندب، فيضعف الظنّ بإرادته منه على وجه يعارض ما سمعته من القاعدة والصحيح وغيرهما، سيّما في الأعمال التي لا يجب عليه مباشرتها كالتنمية ونحوها. فدعوى أنّ له بذل الأُجرة للغير دون نفسه واضحة الفساد، بل هي كذلك في كلّ عمل كان له ذلك فيه؛ ضرورة عدم الفرق بينه وبين غيره في ذلك، بل لعلّه أولى باعتبار بقاء نظره على مال الطفل واحتياطه عليه. ومن ذلك يظهر لك ضعف التفصيل بين الفقير والغني في الاستحقاق وعدمه، كما أنّ منه يظهر لك ضعف مستند الأقوال البقيّة التي وجهها الأخذ بالآية[٣]، وما ورد في تفسيرها في خصوص الفقير. أو الجمع بينها وبين ما دلّ على وجوب الأُجرة بأخذ الأقلّ منهما الذي هو الأحسن في مال الطفل المنهي عن القرب إلى ماله إلّا بالتي هي أحسن[٤]. ولأنّ الكفاية إن كانت أقلّ من الأُجرة فمع حصولها يكون غنياً يجب عليه الاستعفاف، وإن كانت الأُجرة أقلّ فهو لا يستحقّ الأزيد في البالغ فضلاً عن اليتيم. واستجوده في المسالك لو تحقّق للكفاية معنى مضبوط، قال: «لأنّه إن أُريد بالأكل بالمعروف المتعارف كما يظهر من الآية والرواية وجعل مختصّاً بالولي لا يتعدّى إلى عياله، فلا منافاة بين الفقر وحصول الكفاية منه بهذا الاعتبار حينئذٍ؛ لأنّ حصول القوت محتاج معه إلى مؤونة السنة من نفقة وكسوة ومسكن وغيرها حتى يتحقّق ارتفاع الفقر؛ إن لم يشترط حصول ذلك في بقيّة عياله الواجبي، النفقة وحينئذٍ فقولهم في الاستدلال مع حصول الكفاية يكون غنياً غير صحيح. وإن أُريد به مطلق السرف كما هو المراد من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسرَافاً﴾[٥] إلى آخره، وقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوالَكُم بَينَكُم بِالبَاطِلِ﴾[٦] وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِين يَأْكُلُونَ أَموَالَ اليَتَامَى ظُلماً﴾[٧] إلى آخر الآية وغير ذلك، فقيد «المعروف» في غير ذلك غير واضح المراد يعتبر معه أقلّ الأمرين؛ لأنّ التصرّف على هذا الوجه مختلف باختلاف الأشخاص والحاجة، وربّما أدّى ذلك إلى الإضرار بمال اليتيم. وقوله في الرواية «هو القوت»[٨] تخصيص لمعنى الأكل إلّا أنّه ليس بصريح في اختصاصه بأكله بنفسه لما عرفت من أنّ الأكل مستعمل لغةً فيما هو أعمّ من ذلك. وعلى كلّ معنى من الأكل لا يتمّ الحكم فيه على إطلاقه؛ لأنّ العمل ربّما كان قليلاً والقوت كثيراً فيؤدّي إلى الإضرار باليتيم زيادة على المكلّف»[٩]. وفيه: أنّه لا إجمال في الأكل بالمعروف عرفاً خصوصاً بعد توضيح النصوص له، وأنّه القوت المراد به ما يحتاج إليه عرفاً. بل يمكن إرادة الضرورة من الكسوة وغيرها له ولمن يعول به لكن بشرط اشتغاله بمال الطفل على وجه يمنعه من تحصيل ذلك، وأنّه لولا عمله به لأمكنه الاشتغال بما يحصل ذلك له منه، وهو أمر مضبوط في العرف، ولذا أطلق الأمر به في الكتاب[١٠] والسنّة في مقام البيان، خصوصاً مع ملاحظة ما سمعته في مرسل كنز العرفان[١١] مع ذلك. نعم يقوى الظنّ بما سمعته من انطباق ذلك على أُجرة المثل التي مقتضى القاعدة والصحيح وغيرهما، ولذا كان الأقوى ذلك لا للإجمال في الآية والرواية كما هو واضح والله العالم.

---

(١) الوسائل ١٧: ٢٥١، ب٧٢ ممّا يكتسب به، ح٣. المستدرك ١٣: ١٩٥، ب٦٠ ممّا يكتسب به، ح١، ٢.
(٢)(٣)(٥)(١٠) النساء: ٦.
(٤) الأنعام: ١٥٢.
(٦) البقرة: ١٨٨.
(٧) النساء: ١٠
(٨)(١١) تقدّم في ص٧٣٧، ٧٣٨.
(٩) المسالك ٦: ٢٧٦.

هذا كلّه إذا لم يتبرّع الولي، وإلّا لم يستحقّ شيئاً. أمّا لو لم يقصد الرجوع ولا عدمه فالظاهر الاستحقاق أيضاً [١]. هذا، ولكن الاحتياط لا ينبغي تركه فيه وفي المسألة السابقة أيضاً [٢].

هذا كلّه إذا لم يوص إليه بجعل يكون أُجرة لمثله عن عمله وإلّا وجب [٣].

فإن زاد عليها توقّف على سعة الثلث أو إجازة الوارث [٤].

[في لواحق الوصية]:

الفصل (**السادس: في اللواحق**):

(**وفيه قسمان: القسم الأوّل**):

(**وفيه مسائل**):

[لو أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه]:

(**الأُولى: إذا أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه وليس له إلّا واحد فقد شرك بينهما في تركته**) [٥].

وحينئذٍ (**فللموصى له النصف**) من التركة إلّا أنّه لمّا كان أزيد من الثلث (**فإن**) أجاز الولد قسّم المال بينهما نصفين وإن (**لم يجز الوارث فله**) أي الموصي له (**الثلث**) والباقي للولد.

(و) كذا (**لو كان له ابنان**) وقد أوصى لأجنبي بمثل نصيب أحدهما (**كانت الوصية بالثلث**) [٦].

---

[١] لقاعدة الاحترام التي لا ينافيها عدم الأمر من المالك الصوري بعد الإذن بالعمل من المالك الحقيقي، بل مقتضى إطلاق الآية[١] التي عرفت تنزيلها على ما قلناه ذلك أيضاً هذا.

[٢] لشدّة التأكيد كتاباً[٢] وسنّة في التجنّب عن أموال اليتامى. وخصوصاً بعد خبر رفاعة المروي عن تفسير العيّاشي عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله تعالى: ﴿ **فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[٣] قال: «كان أبي يقول: إنّها منسوخة»[٤]. بل عن مجمع البيان عن جماعة من العامّة تفسيرها بأخذ قدر الحاجة من مال اليتيم على جهة القرض ثمّ يردّ عليه ما أخذ إذا وجد، قال: «وهو مروي عن الباقر عليه السلام»[٥]. وإن كان الثابت عندنا خلافهما، وهو ما عرفته من النصوص المعتضدة بالفتاوى وخصوصاً في الأعمال الواجبة على الوصي كحفظ المال في حرزه ونحوه من الأعمال التي لا يتجدّد لها مال للطفل.

[٣] **بلا خلاف كما عن التنقيح**[٦]**، بل ولا إشكال [فيه]**.

[٤] **كما صرّح به غير واحد**؛ ضرورة كونه حينئذٍ من الوصية التي قد عرفت أنّ حكمها ذلك، والله العالم.

[٥] لأنّه أضاف إلى الوارث واحداً آخر بالوصية.

[٦] لأنّه قد أضاف إليهما ثالثاً.

---

(١)(٣) النساء: ٦.

(٢) الأنعام: ١٥٢.

(٤) تفسير العياشي ١: ٢٢٢، ح٣٣. الوسائل ١٧: ٢٥٣، ب٧٢ ممّا يكتسب به، ح١١.

(٥) مجمع البيان ٢: ٩. الوسائل ١٧: ٢٥٢، ب٧٢ ممّا يكتسب به، ح٧.

(٦) التنقيح ٢: ٣٩٦.

(ولو كان له ثلاثة كان له الربع) وهكذا **(والضابط أنّه يضاف إلى الوارث ويجعل كأحدهم إن كانوا متساوين وإن اختلفت سهامهم جعل مثل أضعفهم سهماً)** [١].

(إلّا أن يقول مثل أعظمهم) سهماً **(فيعمل)** حينئذٍ **(بمقتضى وصيّته)** إن لم تزد على الثلث وإلّا وقف على الإجازة [٢]. بل لا فرق في ذلك بين الوصية بنصيب واحد منهم غير معيّن وبين الوصية بمثل نصيب واحد معيّن فإنّ له أيضاً مثل نصيبه مزاداً على الفريضة، فإن زاد على الثلث توقّف على الإجازة، وإلّا نفذت الوصية. بل لا فرق أيضاً بين الوصية لأجنبي أو أحد الورثة بناءً على ما عندنا من جواز الوصية للوارث [٣]. فإذا أوصى لوارث بمثل نصيب أحد ورّاثه فكالوصية للأجنبي التي قد عرفت الحال في أمثلتها التي منها أيضاً لو كان له ابن وبنت وأوصى بمثل نصيب الابن فإنّ له سهمين من خمسة إن أجازا، ولو قال: مثل نصيب البنت فله الربع، ولو كان له ثلاثة بنين وثلاث بنات وأوصى له بمثل سهم بنت أو أحد ورّاثه فله العشر، ولو قال: مثل نصيب ابنه فله سهمان من أحد عشر، وهكذا كما هو واضح بعد ما عرفت. **(فلو قال)** في وصيّته: **(له مثل نصيب بنتي فعندنا يكون له النصف إذا لم يكن)** له **(وارث سواها)** لأنّ المال لها فرضاً وردّاً، فهي كالولد حينئذٍ في ذلك.

---

[١] لأنّه المتيقّن.

[٢] **بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا**، بل قد يشعر نسبته في جامع المقاصد إلى علمائنا[١] بالإجماع عليه. **نعم عن جمع من العامّة[٢] أنّه يعطى الموصى له مثل نصيب أحدهم إذا كانوا متساوين من أصل المال ويقسّم الباقي بين الورثة؛ لأنّ نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال. وحينئذٍ فإذا أوصى له بمثل نصيب ابنه وليس له إلّا واحد فالوصية بجميع المال الذي هو نصيب الابن قبل الوصية وإن كان له اثنان فالوصية بنصف المال الذي هو نصيب أحدهما قبل الوصية ويبقى النصف الآخر لهما، وهكذا. بل في محكي التحرير: أنّه قريب من الصواب[٣]**. وفيه: أنّ ظاهر عبارة الموصي أو صريحها في المثال الأوّل التشريك بينهما لا حرمان الوارث، فيكون المراد حينئذٍ منها أنّ له نصيباً مثل نصيب ابني بعد الوصية، فإنّ التماثل يقتضي شيئين، كما أنّ الوارث لا يستحقّ شيئاً إلّا بعد الوصية النافذة فالوارث الموصى بمثل نصيبه لا نصيب له إلّا بعد الوصية، وحينئذٍ فيكون ما للموصى له مماثلاً لنصيبه بعد الوصية، وعلى ما ذكروه لا يكون للوارث نصيب مماثل لنصيب الموصى له، فإنّه في الأوّل لا نصيب له أصلاً، وفي الثاني لكلّ واحد من الولدين الربع، وفي الثالث لكلّ واحد من الأولاد الثلاثة ثلث من الثلثين وهو لا يماثل ثلث الأصل، كما أنّ الربع لا يماثل النصف، وهو حينئذٍ خلاف مدلول الوصية وتبديل له: ﴿فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَه﴾[٤]. وعلى كلّ حال فهذه المسألة وأشباهها من المسائل الدورية؛ لأنّ معرفة نصيب الوارث متوقّفة على إخراج الوصية، ومعرفة نصيب الموصى له إنّما يكون إذا عرف نصيب الوارث، إلّا أنّه لمّا كان الأمر فيها ظاهراً ـ؛ ضرورة انتقال الذهن إلى المراد بأدنى التفات ـ لم يذكروا في معرفتها طريق الجبر والمقابلة، بل اكتفوا بما عرفت من تصحيح الفريضة على الورثة ثمّ زيادة واحدة يساوي أحدهم أو الأقلّ منهم على حساب ما سمعت.

[٣] **خلافاً لبعض[٥] العامّة.**

---

(١)(٣) جامع المقاصد ١٠: ٢٣٥. التحرير ٣: ٣٥٤.
(٢) حكا عنهم في جامع المقاصد ١٠: ٢٣٥.
(٤) البقرة: ١٨١.
(٥) المغني (لابن قدامة) ٦: ٤١٩.

(و) في أنّه (يردّ إلى الثلث إذا لم تجز، و) كذا (لو كان له بنتان كان له الثلث؛ لأنّ المال عندنا للبنتين) فرضاً ورداً (دون العصبة فيكون الموصى له كثالثة) [١]. (ولو كان له ثلاث أخوات من أمّ وثلاثة إخوة[١] من أب فأوصى لأجنبي بمثل نصيب أحد ورثته كان كواحدة من الأخوات) [٢]. فأصل الفريضة حينئذٍ ثلاثة، للأخوات من الأمّ الثلث وللإخوة من الأب الثلثان ثمّ تنكسر على الفريضة، والفرض أنّ عددهما متماثل فيضرب عدد أحدهما في أصل الفريضة تبلغ تسعة، للأخوات الثلاث ثلاثة، لكلّ واحدة سهم وللإخوة ستّة لكلّ واحد اثنان، فإذا أوصى بمثل نصيب أحدهم، وحمل على الأقلّ الذي هو نصيب إحدى الأخوات ازدادت الفريضة واحداً [٣] فالوصية حينئذٍ بعشر التركة (فيكون له سهم من عشرة، وللأخوات) من الأمّ (ثلاثة وللإخوة ستّة). نعم ينبغي أن يعلم أنّ كون الموصى له كواحد من الأخوات مبني على فرض كون الإخوة للأب ثلاثة مثلاً، وإلّا فلو فرض كونهم سبعة مثلاً لم يتمّ المثال [٤]. (ولو كان له زوجة وبنت وقال: له مثل نصيب بنتي) التي هي أعظم نصيباً (وأجاز الورثة) [قيل:] [٥] (كان له سبعة أسهم، وللبنت مثلها وللزوجة سهمان) [٦]. (ولو قيل لها) أي الزوجة: (سهم واحد من خمسة عشر كان أولى) بل لعلّه يتعيّن [٧].

---

[١] كالولدين وقد أوصى للثالث أنّ له مثل نصيب أحدهما الذي قد سمعت الكلام فيه.

نعم عند العامّة[٢] الوصية في الأوّل بالثلث؛ لأنّ المسألة عندهم من اثنين واحد للبنت وواحد للعصبة، فيزيد بالوصية على الاثنين سهماً، فيعطي واحداً من ثلاثة، وفي الثاني بالربع؛ لأنّ المسألة عندهم من ثلاث اثنان وهما الثلثان للبنتين وواحد للعصبة فيزيد عليها للموصى له بالوصية سهماً، فتكون أربعة له الربع منها.

[٢] لما عرفت من تنزيل الوصية في مثله على الأقلّ الذي هو المتيقّن.

[٣] لما عرفت من أنّ الضابطة تصحيح الفريضة بين الورثة ثمّ زيادة نصيب الموصى له عليها.

[٤] ضرورة كون الأقلّ حينئذٍ واحداً منهم لا منهنّ، إلّا أنّ الأمر سهل بعد معرفة الضابط، وإن أطلق المصنّف الإخوة مع احتمال إرادته أقلّ الجمع، والله العالم.

[٥] قال الشيخ[٣] [ذلك].

[٦] وفيه: أنّ الوصية حينئذٍ من نصيب البنت خاصّة؛ لأنّ الاثنين ثُمن الفريضة التي هي ستّة عشر، فيكون سهم الزوجة تامّاً، والواجب أن تكون الوصية مع الإجازة من أصل التركة ويدخل النقص بها على جميع الورثة كلّ على حسب استحقاقه. ومن هنا قال المصنّف: [ولو قيل...].

[٧] كما في القواعد وجامع المقاصد والمسالك[٤]؛ ضرورة أنّه مقتضى الضابط السابق الذي هو تصحيح الفريضة أوّلاً، وهي هنا ثمانية للزوجة الثمن سهم، وللبنت الباقي وهو سبعة أسهم، ويزاد عليها مثل نصيب البنت بالوصية أي سبعة، فيكون مجموع التركة خمسة عشر.

---

(١) في الشرائع: «وأخوة ثلاثة».

(٢) انظر المغني والشرح الكبير ٦: ٤٥٣، ٥٣٨.

(٣) المبسوط ٤: ٦.

(٤) القواعد ٢: ٤٧٤. جامع المقاصد ١٠: ٢٣٨. المسالك ٦: ٢٨٢.

هذا كلّه مع الإجازة. أمّا إذا لم يجز الوارث فالمسألة من اثني عشر له الثلث أربعة، والثمانية بين الزوجة والبنت على أصل الفريضة الشرعية للزوجة الثمن سهم، وللبنت الباقي فرضاً وردّاً.

ولو أجازت إحداهما خاصّة [١] [فتضرب إحدى الفريضتين في وفق الأُخرى تبلغ ستّين، لأنّ بين الاثني عشر والخمسة عشر توافقاً بالثلث فتضرب بنت إحديهما في الأُخرى فمن أجاز ضربت بعينه من مسألة الإجازة في وفق مسألة الردّ ومن ردّ ضربت نصيبه من مسألة الردّ في وفق مسألة الإجازة ذلك نصيبه والباقي للموصى له وهذا الضابط في كلّ ما يردّ عليك في إجازة البعض وردّ الآخرين ولو فرض كون الفريضتين متباينتين ضربت إحداهما نصيب من أجاز من مسألة الإجارة في مسألة الردّ ونصيب من ردّه من مسألة الردّ في مسألة الإجازة فلو كان المجيز البنت فنصيبها من مسألة الإجازة هو سبعة من خمسة عشر تضربها في أربعة وفق مسألة الردّ تبلغ ثمانية وعشرين فهو نصيبها من الستّين وللزوجة واحد من اثني عشر في مسألة الردّ تضربه في وفق مسألة الإجازة وهو خمسة من خمسة عشر تبلغ خمسة فهي نصيبها من الستّين والباقي هو سبعة وعشرون للموصى له].

[ولو كان المجيز هو الزوجة ضربت نصيبها من مسألة الإجازة وهو واحد من خمسة عشر في أربعة وفق مسألة الردّ فلها أربعة من ستّين ونصيب البنت من مسألة الردّ وهو سبعة من اثني عشر في وفق مسألة الإجازة وهو خمسة

---

[١] ففي المسالك: «ضربت إحدى الفريضتين في وفق الأُخرى تبلغ ستّين؛ لأنّ بين الاثني عشر والخمسة عشر توافقاً بالثلث، فضرب ثلث إحداهما في الأُخرى، فمن أجاز ضرب نصيبه من مسألة الإجازة في وفق مسألة الردّ، ومن ردّ ضرب نصيبه من مسألة الردّ في وفق مسألة الإجازة فذلك نصيبه والباقي للموصى له.

وهذا ضابط في كلّ ما يرد عليك في إجازة البعض وردّ الآخرين، فلو فرض كون الفريضتين متباينتين ضربت إحداهما [في الأُخرى] ونصيب من أجاز من مسألة الإجازة في مسألة الردّ، ونصيب من ردّ من مسألة الردّ في مسألة الإجازة. فلو كان المجيز البنت فنصيبها من مسألة الإجازة سبعة من خمسة عشر تضربها في أربعة وفق مسألة الردّ تبلغ ثمانية وعشرين فهو نصيبها من الستّين وللزوجة واحد من اثني عشر في مسألة الردّ تضربه في وفق مسألة الإجازة وهو خمسة من خمسة عشر تبلغ خمسة فهي نصيبها من الستّين والباقي وهو سبعة وعشرون للموصى له. ولو كان المجيز هو الزوجة ضربت نصيبها من مسألة الإجازة وهو واحد في أربعة وفق مسألة الردّ فلها أربعة ونصيب البنت من مسألة الردّ وهو سبعة من اثني عشر في وفق مسألة الإجازة وهو خمسة تبلغ خمسة وثلاثين، والباقي وهو أحد وعشرون للموصى له فله مع إجازتها ثمانية وعشرون، وللبنت كذلك، وللزوجة أربعة، ومع ردّهما عشرون وللبنت خمسة وثلاثون، وللزوجة خمسة، ومع إجازة إحداهما يأخذ الموصى له التفاوت. ولو انعكس الفرض: بأن أوصى له بمثل نصيب الزوجة وأجاز فللموصى له التسع؛ لأنّك تزيد نصيب الزوجة، وهو واحد على الفريضة»[1].

وفي جامع المقاصد[2] والمسالك: أنّه «وهم الشيخ هنا أيضاً فجعل للزوجة سهماً من ثمانية وللموصى له سهماً وللبنت ستّة فأخرج الوصية من نصيب البنت خاصّة، والصواب إدخال نصيبه عليهما فيكون من تسعة»[3].

---

(١) المسالك ٦: ٢٨٣.

(٢)(٣) جامع المقاصد ١٠: ٢٣٨. المسالك ٦: ٢٨٤.

تبلغ خمسة وثلاثين، والباقي هو واحد وعشرون للموصى له فله مع إجازتها ثمانية وعشرون، وللبنت كذلك، وللزوجة أربعة، ومع ردّهما عشرون وللبنت خمسة وثلاثون، وللزوجة خمسة، ومع إجازة إحديهما يأخذ الموصى له التفاوت].

[ولو انعكس الفرض بأن أوصى له بمثل نصيب الزوجة وأجاز فللموصى له التسع].

(ولو كان له أربع زوجات وبنت فأوصى بمثل نصيب إحداهنّ) [قيل:] [١] **(كانت الفريضة من اثنين وثلاثين، فيكون للزوجات الثمن، أربعة بينهنّ بالسويّة، وله سهم كواحدة)** منهن **(ويبقى سبعة وعشرون للبنت)** [٢] ومقتضى الضابط المزبور أن يفرض له واحد كإحدى الزوجات ويزاد على الفريضة ليدخل النقص على الجميع، فأصل الفريضة ثمانية نصيب الزوجات الأربع منها واحد، وينكسر عليهنّ، فيضرب عددهن في الفريضة تبلغ اثنين وثلاثين، ويزاد عليها واحد بالوصية فتكون ثلاثة وثلاثين.

(و) من هنا قال المصنف: **(لو قيل:)** له واحد **(من ثلاثة وثلاثين كان أشبه)** بل هو متعيّن [٣].

ولو كانت الوصية في الفرض بمثل نصيب البنت ألحقت ثمانية وعشرين مقدار نصيبها بأصل الفريضة تبلغ ستّين إن أجازوا الوصية، وإن ردّوا ألحقت نصف الفريضة بها ليصير للموصى له ثلث المجموع ويكون الثلثان قائمين بالفريضة، فيكون من ثمانية وأربعين للموصى له ثلثها ستّة عشر وللزوجات أربعة وللبنت ثمانية وعشرون.

ولو أجازت إحداهنّ ضربت وفق مسألة الإجازة وهو هنا جزء من اثني عشر هو نصف السدس في مسألة الردّ أو بالعكس فتضرب خمسة في ثمانية وأربعين أو أربعة في ستّين تبلغ مئتين وأربعين، فمن أجاز أخذ نصيبه من مسألة الإجازة مضروباً في وفق مسألة الردّ، ومن ردّ أخذ نصيبه من مسألة الردّ مضروباً في وفق مسألة الإجازة، فمع إجازة البنت يكون لها مئة واثنا عشر هو الحاصل في ضرب ثمانية وعشرين في أربعة، وللزوجات عشرون هي الحاصلة من ضرب أربعة في خمسة والباقي وهو مئة وثمانية للموصى له.

ولو أجاز بعض الزوجات فله نصيبها من المجاز وهو سهم واحد يضاف إلى ما يصيبه ثلث التركة وهو ثمانون [٤].

[وقيل:] وإن شئت مع إجازة البعض أن تدفع الثلث إلى الموصى له، ويقسّم الباقي بين الوارث فريضة على تقديري الإجازة وعدمها، فيأخذ الموصى له التفاوت فتدفع هنا إلى الموصى له ثمانين، ثمّ تقسّم الباقي وهو مئة

---

[١] **قال الشيخ**(١): [ذلك]

[٢] وفيه ما عرفت من اختصاص النقص بالبنت أيضاً.

[٣] ولذا جزم غير واحد بأنّه سهو من قلمه الشريف كالسابق.

[٤] **وهو خلاصة ما في الدروس**(٢) **المفروض فيها المسألة بالابن وأربع زوجات الذي لا فرق بينه وبين البنت في ذلك. ثمّ قال [ذلك].**

---

(١) المبسوط ٤: ٦.

(٢) الدروس ٢: ٣١٥.

وستّون فريضة، للزوجات عشرون وللابن مئة وأربعون. هذا على تقدير الردّ، وفي تقدير الإجازة للابن مئة واثنى عشر، وللزوجات الأربع ستّة عشر، ويظهر من ذلك بأنّ الزائد على الثلث في مسألة الإجازة وهي ستّون ثمانية أسهم وقد صارت مضروبة في أربعة فيكون اثنين وثلاثين سهماً فيقسّمها فريضة فيكون للزوجات أربعة وللابن ثمانية وعشرون، فالتفاوت بين نصيبي الابن ثمانية وعشرون، وبين نصيب كلّ واحدة من الزوجات سهم، فبالإجازة من البعض تدفع ذلك التفاوت. ولك طريق ثالث وهو أن تنظر ما زاد على الثلث في مسألة الإجازة فتقسّم بين الورثة فريضة، فإن انقسم صحّت المسألتان من مسألة الإجازة، وإن انكسرت ضربت مسألة الإجازة في مخرج الكسر، وقد عرفت أنّ الزائد على الثلث هنا ثمانية فتقسّمها على الورثة ينكسر في مخرج الربع، فتضرب أربعة في ستّين تبلغ مئتين وأربعين ويبقى الزائد على الثلث اثنان وثلاثون فتقسّم بين الورثة كما مرّ، فلو أجاز الزوجات دون الابن صحّت المسألة من ستّين؛ لأنّ الموصى له يأخذ نصيبهنّ من الزائد وهو سهم وتبقى للابن سبعة[1] [١].

[لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده]:

المسألة (**الثانية: لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده قيل**) [٢]: (**تبطل الوصيّة؛ لأنّها وصيّة بمستحقّة**) [٣]. (**وقيل**) [٤]: (**تصح فيكون كما لو أوصى بمثل نصيه وهو أشبه**) عند المصنّف[٥]. ٧٨/٨٤٤

---

[١] إلى غير ذلك ممّا هو واضح عند من له معرفة بالحساب، بل ربّما كان غير الفقيه أعرف منه في ذلك، والله العالم.

[٢] **والقائل الشيخ في المحكيّ من خلافه ومبسوطه وتبعه عليه الفاضل في المختلف**[2].

[٣] ١ ـ التي مرجعها إلى العزل عن الميراث أو إلى الوصية بمال الغير، وهي فيهما معاً باطلة. ٢ ـ ولأنّ صحّتها موقوفة على بطلانها فيستلزم وجودها عدمها؛ إذ لا تكون صحيحة إلّا أن يكون للابن نصيب، ولا يكون له نصيب حتى تبطل هذه الوصية؛ لأنّه لا يملك الموصى به؛ لقوله تعالى: ﴿مِن بَعدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِها أَو دَينٍ﴾[3]. ٣ ـ ولأنّ بطلانها لازم لكلّ من النقيضين فإنّه إن ثبت للابن نصيب امتنعت صحّتها وإن لم يكن له نصيب انتفى متعلّقها.

[٤] **والقائل بعض علمائنا كما في المختلف**[4].

[٥] بقاعدة وجوب الحمل على المجاز عند تعذّر الحقيقة التي لها صحّت الوصية بمثل نصيب الابن مع أنّه لا نصيب له فعلاً. ولكن فيه: أنّ البطلان على تقدير الحقيقة ليس من تعذّر الحقيقة؛ ضرورة أنّه لا بأس بالتزامه، وصحّة الوصية بمثل نصيب الابن؛ للظهور في إرادة المعنى المزبور الممنوع دعواه هنا. واحتمال كون المراد الوصية بجميع المال ـ باعتبار أنّ الولد لمّا لم يكن له نصيب الآن، وإنّما يكون نصيبه بعد الموت كان إضافة النصيب إليه مجازاً في جميع التركة، فكأنّه قال: جميع التركة لفلان التي هي نصيب ابني لو فرض كونه وارثاً لها وحده من غير مزاحم له من وصيّة ولا غيرها، وهذا وإن كان مجازاً إلّا أنّه ليس هنا معنى حقيقي يمكن حمله عليه حتى يقال: تقدّم الحقيقة على المجاز ـ يدفعه عدم القرينة الدالّة عليه، بل حمله على إرادة حرمان الوارث ووضع الموصى له موضعه أظهر من ذلك. نعم قد يناقش في البطلان على هذا التقدير أيضاً؛ لعموم أدلّة الوصية.

---

(١) الدروس ٢: ٢٣١٥ ـ ٣١٦.
(٢) الخلاف ٤: ١٣٧. المبسوط ٤: ٧. المختلف ٦: ٣٤٧.
(٣) النساء: ١٢.
(٤) المختلف ٦: ٣٤٧.

فالمتجه حينئذٍ نفوذها مع إجازة الوارث ومع عدمها تبطل منها ما زاحم الوارث وتصحّ في غير ذلك، وهو الثلث، وتكون حينئذٍ كالوصية بجميع المال. اللهمّ إلّا أن يقال: إنّها ظاهرة في إرادة الوصية بنصيب الوارث من حيث كونه نصيباً وهو لا تصحّ الوصية به؛ ضرورة عدم اجتماع كونه نصيباً وكونه موصى به [١].

[إلّا إذا كان هناك قرينة خارجة تدلّ على ما يقتضي البطلان أو الجميع أو المشاركة فيكون خارجاً عن محلّ النزاع وهو اللفظ المجرّد عن القرائن الخارجية].

(و) كيف كان فـ(لو كان له ابن قاتل) أو كافر أو عبد (فأوصى) بنصيبه حمل على مثله [٢].

---

[١] ولعلّه لذا قال في الدروس: «ولو أوصى بنصيب وارث فإن قصد عزله من الإرث فالأقرب البطلان، وإلّا حمل على المثل»[(١)].

وفيه: معلومية إرادة كونه نصيباً لولا الوصية به لا كونه نصيباً مع كونه موصى به، فالمتّجه حينئذٍ الصحّة مع الإجازة وعدمها مع عدمها، وليست هي كالوصية بمال الغير الذي لا تعلّق للموصي فيه، ولا ممّا يستلزم وجودها عدمها، ولا بطلانها لازم للنقيضين على التقدير الذي سمعت. بل منه يعلم ما في إطلاق الشيخ[(٢)] بطلانها وإطلاق غيره الصحّة، والحمل على المثل أو على الجميع الذي أطنب فيه في المسالك تبعاً لجامع المقاصد[(٣)] مدّعياً أنّه المتبادر عند الإطلاق وأنّه لا يفهم من اللفظ إلّا ذلك، بل معظم القائلين بالصحّة لا يريدون إلّا ذلك، وإن ذكر بعضهم لفظ المثل، لكن مرادهم: من الوصية بجميع المال، على معنى أنّه مثل ابني لو لم تكن وصية ولا وارث، لا أنّ المراد له نصيب مثل نصيب ابني فيكون شريكاً له في النصف إذا لم يكن سواهما على حسب ما سمعته في المسألة السابقة. قال [في المسالك]: «نعم في عبارة الشيخ فخرالدين ما يؤذن بفهمه إرادة النصف من القائل بالصحّة؛ لأنّه قال في شرحه بعد تقرير القولين: فعلى الصحّة لا فرق بين زيادة لفظ المثل وحذفها، فقوله: «أوصيت بنصيبه» مثل «أوصيت بمثل نصيبه»، وإنّما فرّق القائل بالبطلان وهي كالصريحة في المشاركة كما لو كان المثل مذكوراً»[(٤)].

وقد شدّد [المسالك] النكير على المحقّق الثاني في دعواه اختصاصه باحتمال الصحّة على معنى إرادة الجميع، وأنّ المعروف بين الفقهاء قولان: أحدهما البطلان والثاني الصحّة على إرادة المثل على وجه المشاركة. ثمّ حكى عبارة المختلف والتذكرة وبعض عبارات العامّة. [ثمّ قال:] «والحاصل أنّ حمله على الوصية بالجميع في عبارة أصحابنا أكثر مع وجود الآخر، وحمله على النصف في كلام العامّة أكثر مع وجود الآخر»[(٥)].

قلت: ولكن قد عرفت أنّ المفهوم من العبارة غير ذلك كلّه، وهو ما عرفته إلّا مع قرينة خارجة تدلّ على ما يقتضي البطلان أو الجميع أو المشاركة، وحينئذٍ يكون خارجاً عن محلّ النزاع الذي من المعلوم كون هذا اللفظ مجرّداً عن القرائن الخارجية، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

[٢] كما في الدروس[(٦)]؛ لدلالته على إرادة ذلك.

---

(١) الدروس ٢: ٣١٦.

(٢) المبسوط ٤: ٧.

(٣) انظر المسالك ٦: ٢٨٧، ٢٨٩. جامع المقاصد ١٠: ٢٣٩ ـ ٢٤٠.

(٤)(٥) المسالك ٦: ٢٨٨ ـ ٢٨٩.

(٦) الدروس ٢: ٣١٧.

نعم لو أوصى (**بمثل نصيبه قيل: صحّت الوصيّة**) [١]. (**وقيل**) [٢]: (**لا تصحّ؛ لأنّه لا نصيب له، وهو أشبه**) عند المصنّف [٣].

إلّا أنّ الأقوى في النظر الصحّة مطلقاً [٤].

[لو أوصى لأجنبي بضعف نصيب ولده]:

المسألة (**الثالثة: إذا أوصى بضعف نصيب ولده**) مثلاً (**كان له مثلاه**) [٥] [ولكن فيه إشكال].

وحينئذٍ فالمتّجه في محلّ البحث أن يكون له مثله.

اللهمّ إلّا أن يكون المراد مثله مضاعفاً وحينئذٍ يكون له مثلاه [٦].

---

[١] على معنى نصيبه لو لم يكن قاتلاً؛ صوناً للكلام عن الهذريّة. **وفي المختلف: صحّت إن كان الموصي جاهلاً بأنّ الابن قاتل أو بأنّ القاتل لا يرث، وتبطل إن كان عارفاً بهما**(١). **واستحسنه في المسالك**(٢).

[٢] **والقائل الشيخ في مبسوطه**(٣):

[٣] **بل عن المبسوط القطع بذلك**، ولم يذكره غيره(٤).

[٤] لظهور كون المفهوم منه عرفاً أنّ له نصيباً مثل نصيبه لو لم يكن مانع الإرث ولو كان جاهلاً؛ إذ جهله لا ينافي صحّة الوصية المعلوم عدم اشتراطها بفعلية نصيبه، كمعلوميّة عدم توقّف المعنى على ذلك، كما هو واضح.

[٥] لأنّ ضعف الشيء مثلاه. **كما هو الأشهر بين الفقهاء على ما في المسالك**(٥). **بل عن الخلاف**(٦) **حكايته عن عامّة الفقهاء والعلماء**. وإن كان فيه أنّه خلاف ما في الصحاح وعن الجمهرة وأبي عبيد القاسم بن سلام(٧) من أنّ الضعف المثل.

نعم عن الأزهري(٨) الضعف المثل فما فوقه، وليس بمقصور على مثليه، فأقلّ الضعف محصور في الواحد وأكثره غير محصور. وعن الخليل(٩) الضعف أن يزاد على أصل الشيء فيجعل مثلين أو أكثر. وعن نهاية ابن الأثير(١٠) الضعف مثلان. ويمكن أن يريد الأزهري والخليل بيان الضعف بالمعنى المصدري الذي لا ينحصر في المثل أي المضاعفة، فلا ينافي حينئذٍ معناه الذي هو المثل في غيره. بل لعلّ عرفنا اليوم شاهد على ذلك.

[٦] **كما ذكره المصنّف وغيره**، بل قيل: إنّه المشهور(١١)، وأنّه يشهد له قوله تعالى: ﴿ **إِذاً لَأَذَقْنَاكَ ضِعفَ الحَيَاةِ وَضِعفَ المَمَاتِ** ﴾(١٢)، أي عذاب الدنيا وعذاب الآخرة مضاعفاً، وقوله: ﴿ **فَأُولَئِكَ لَهُم جَزَاءُ الضِّعفِ** ﴾(١٣)، وقوله: ﴿ **فَأُولَئِكَ هُمُ المُضعِفُونَ** ﴾(١٤).

---

(١) المختلف ٦: ٣٤٧.
(٢) المسالك ٦: ٢٩٠.
(٣)(٤) المبسوط ٤: ٧. حكاه في المسالك ٦: ٢٨٩ ـ ٢٩٠.
(٥)(١١) المسالك ٦: ٢٩١.
(٦) الخلاف ٤: ١٣٨.
(٧) الصحاح ٤: ١٣٩٠. الجمهرة ٢: ٩٠٣. نقله عن أبي عبيد في غاية المراد ٢: ٥٠٨.
(٨) تهذيب اللغة ١: ٤٨٠.
(٩) العين ١: ٢٨٢.
(١٠) النهاية (لابن الأثير) ٣: ٨٩.
(١٢) الإسراء: ٧٥.
(١٣) سبأ: ٣٧.
(١٤) الروم: ٣٩.

(و) لكن المتجه على ذلك أنّه (**لو قال: ضعفاه كان له أربعة**) أمثاله [١]. (و) مع ذلك (**قيل: ثلاثة**) أمثاله، بل في المتن (و) غيره (**هو أشبه؛ أخذاً بالمتيقّن**) [٢]. [والمختار أنّه يكون له المثلان]. وعلى كلّ حال فلا ريب في أنّ المتجه [٣] [أنّه يعطى أربعة أمثاله] بناءً على أنّ المراد من الضعف المثلان [٤]. ومنه يعلم أنّ ما في قوله أيضاً. (**وكذا لو قال: ضعف ضعف نصيبه**) أي كالضعفين في القولين، وأنّ الأشبه ثلاثة أمثاله [٥].

---

[١] **كما عن المبسوط**[(١)].

[٢] وفيه: أنّ المتيقّن المثلان؛ لما عرفت من تفسير الضعف بالمثل ممّن سمعت، كما أنّ المتيقّن هو [أي المثل] في الوصية بالضعف التي حكم فيها [المصنّف] بالمثلين. وما في المسالك من أنّه لم يعتدّ بالقولين لضعفهما وشذوذهما، بخلاف القول بالثلاثة المحكي عن بعض أهل اللغة التصريح بأنّ ضعفي الشيء هو ومثلاه فيكون ثلاثة أمثاله[(٢)]. يدفعه: ما عرفت من تصريح من سمعت به؛ لأنّها عبارة، والتصريح الذي ذكره هو المحكي عن أبي عبيدة معمر بن المثنى قال: «ضعف الشيء هو ومثله، وضعفاه هو ومثلاه»[(٣)]. قلت: وعليه تكون الوصية بضعف النصيب وصيّة بالنصيب ومثله، وبضعفيه به ومثليه، وليس هو المراد قطعاً. ويمكن أن يكون المراد مقدار النصيب ومثله الضعف فيكون مثلين، ومقدار النصيب، ومثلاه الضعفان، فيكون ثلاثة أمثاله. وفي الدروس: «ولو أوصى له بضعف نصيب ولده أُعطي مثليه، وبضعفيه ثلاثة أمثاله، وفي المبسوط: أربعة أمثاله وبثلاثة أضعافه أربعة أمثاله، والأصل فيه أنّ ضعف الشيء هو ومثله، وضعفاه هو ومثلاه، وهكذا، وعلى قول المبسوط كلّ ضعف مثلان»[(٤)].

[٣] **[كـ]ـما في المبسوط**[(٥)].

[٤] والأخذ بالمتيقّن لا يعارض ظاهر اللفظ.

[٥] وذلك لأنّ من قال: إنّ الضعف المثلان فتضعيفه قدره مرّتين، وهو أربعة أمثال، فيكون الموصى به ضعف ضعف النصيب، ومن قال: بأنّه ضمّ مثل الشيء إليه فيضعّف هذا الضمّ زيادته مرّة أُخرى، فيكون ثلاثة وضعفه. وقد اعترف في المسالك هنا بضعفه فقال: «إنّه مخالف للتفسيرين السابقين للضعف؛ لأنّ من جعله المثل فالتضعيف مثلان، ومن جعله مثلين لزم أن يكون تضعيفه أربعة، وأمّا اعتبار المنضمّ خاصّة، ففيه: أنّ الضعف عند هذا القائل هو المجموع من المماثل والزائد لا نفس الزائد، وإلّا لكان هو القول بالمثل. وبالجملة فالقول بأنّ ضعف الضعف ثلاثة أمثاله ضعيف جدّاً، وقد وافقه عليه العلّامة في التذكرة والإرشاد. وفي المسألة وجه ثالث: أنّ ضعف الضعف ستّة أمثال بأن يكون الضعف ومثله معاً هو الموصى به، ويضعّف بأنّ الوصية بالمضاف خاصّة، ورابع: أنّه مثل واحد، بناء على أنّ الضعف هو المثل، فضعف الضعف مثل المثل والمثل واحد فمثله كذلك، وقد عرفت ضعف المبنى عليه، وقد ظهر أنّ أرجح الأقوال كون ضعف [الضعف] أربعة أمثال»[(٦)]. قلت: لكنّه ينافي ظاهراً موافقته للمصنّف في المسألة السابقة من الأخذ بالمتيقّن، نعم هو متّجه على ما قلناه، فتأمّل جيّداً، فإنّ ما في المسالك هنا لا يخلو من المناقشة من وجوه أُخر، والله العالم.

---

(١) المبسوط ٤: ٧.
(٢) المسالك ٦: ٢٩١ ـ ٢٩٢.
(٣) حكاه في غاية المراد ٢: ٥٠٨.
(٤) الدروس ٢: ٣١٦.
(٥) المبسوط ٤: ٧.
(٦) المسالك ٦: ٢٩٢.

[لو أوصى بثلثه للفقراء]:

المسألة (**الرابعة: إذا أوصى بثلثه للفقراء وله أموال متفرّقة جاز صرف كلّ ما في بلد إلى فقرائه**) قطعاً [١].

(و) كذا (**لو صرف الجميع في فقراء بلد الموصي جاز أيضاً**) [٢] [وإن استلزم ذلك التغرير بالمال أو التأخير في الإخراج فإنّه يأثم أو يضمن].

[إلّا إذا كان في النقل إلى بلد الموصي غرض صحيح كأولوية المستحقّ ووجود الحاكم فلا إثم].

أمّا لو فرض عدم المستحقّ في بلد المال وعدم الخطر في نقله فلا إشكال أصلاً، كما أنّه لا إشكال في جواز إخراج قدر الثلث من المال الذي في بلد الموصي، وترك الأموال المتفرّقة للورثة مع رضاهم بذلك [٢].

إلّا أن يتعلّق غرض للموصي بشيء من الأعيان أو الجميع فيتّبع مراده حينئذٍ.

(و) كيف كان فـ(**يدفع إلى الموجودين في البلد، ولا[1] يجب**) عليه (**تتبّع من غاب**) [٤].

(و) على كلّ حال فـ(**هل يجب أن يعطى ثلاثة فصاعداً؟ قيل: نعم، وهو الأشبه**) عند المصنّف (**عملاً بمقتضى اللفظ**) الذي هو جمع، وأقلّه ثلاثة على المختار.

---

[١] للصدق الذي لا ينافيه احتمال إرادة فقراء بلده بعد عدم الدليل عليه، فالأخذ بظاهر اللفظ حينئذٍ الشامل لهذا الفرد متّجه.

[٢] لذلك. نعم في المسالك: «إن لم يستلزم تغريراً بالمال بسبب نقله، ولا تأخيراً لإخراج الوصية مع إمكان التعجيل وإلّا أشكل الجواز لذلك»[2].

وفيه: أنّه لا إشكال أيضاً وإن أثم أو ضمن؛ إذ الكلام في أصل جواز صرفه فيهم على أنّه يمكن فرض غرض صحيح لجواز النقل كأولويّة المستحقّ ووجود الحاكم وغير ذلك ممّا سمعته في الزكاة.

[٣] لأنّ المعتبر إخراج ثلث المال بالقيمة، لا الإخراج من كلّ شيء ثلثه وإن كان إطلاق الثلث يقتضي الإشاعة.

[٤] لأنّ الفقراء غير منحصرين فلا يجب الاستيعاب ولا تتبّع من ليس في البلد لذلك. وفي المسالك: «ويفهم منه وجوب استيعاب من في البلد منهم، ووجهه أنّ الموصى لهم مستحقّون على جهة الاشتراك لا على جهة بيان المصرف كالزكاة، وبهذا يظهر أنّ عدم وجوب التتبّع رخصة، وأنّه لو صرفه إلى غير الموجودين أو إليهم مع غيرهم جاز»[3].

قلت: فيه:

أوّلاً: منع عدم إرادة المصرف من مثل هذا اللفظ الذي لا فرق بين تعلّق خطاب الزكاة وغيره في فهم أهل العرف منه ذلك ولو بقرينة عدم حصر الفقراء ونحوه.

وثانياً: أنّ استحقاق الموصى لهم على جهة الاشتراك لا على المصرف لا يقتضي ما ذكره من الرخصة ومن جواز الصرف إلى غير الموجودين أو إليهم وإلى غيرهم كما هو واضح، خصوصاً بعد أن ذكر ذلك وجهاً لوجوب استيعاب من في البلد المنافي لذلك، والله العالم.

---

(١) في الشرائع: «فلا».

(٢)(٣) المسالك ٦: ٢٩٣.

وحينئذٍ لا يجوز أن يقصر عن ثلاثة ، فإن لم يوجد في البلد وجب الإكمال من غيره [١].

(وكذا لو قال: اعتقوا رقاباً وجب أن يعتق ثلاثة فما زاد ، إلّا أن يقصر ثلث مال الموصي) [٢].

نعم قد يشكل بظهور إرادة الجنس الذي يلغى فيه مراعاة أقلّ الجمع ، كما يلغى مراعاته مع إرادة الاستغراق من مثل هذا اللفظ الذي علم عدم إرادة الاستغراق منه ، ولذا لم يراع في مصرف الزكاة والخمس أقلّ الجمع فصاعداً.

ولكن لا ريب في أنّ الأحوط ما ذكره [= لا يعطى أقلّ من ثلاثة].

كما أنّه لا ريب في عتق الممكن من الأقلّ مع عدم سعة الثلث [فيما لو قال اعتقوا رقاباً] [٣].

إنّما الكلام فيما لو قصر حتى عن الواحد فهل يجب إعتاق شقص مع الإمكان ؟ قولان [٤].

---

[١] مراعاة للفظ الجمع ، وأنّ الحكم ليس لبيان المصرف عنده ، وإلّا لاكتفى بالواحد وأشكله في المسالك : « بأنّه إن كان للاشتراك وجب تتبّع الممكن ، وإن كان لبيان المصرف لزمه الاكتفاء بواحد ، فالجمع بين وجوب استيعاب من في البلد وعدم وجوب صرفه إلى غيرهم ، مع وجوب الدفع إلى ثلاثة لا يخلو من إشكال » .

ثمّ قال : « ولعلّ الوجه فيه أنّ مراعاة الجمع يوجب الثلاثة فصاعداً ، واستيعاب من حضر لاشتراكهم في الاستحقاق وعدم وجوب الدفع إلى من سواهم رخصة وتخفيف »[١] .

قلت : لِمَ لا يكون هذا منه قرينة على عدم إرادته استيعاب من في البلد من قوله : « ولا يجب تتبّع من غاب » فيكون حاصله عدم وجوب تتبّع من غاب ، وعدم وجوب استيعاب من في البلد ، ولكن يجب إعطاء الثلاثة فصاعداً مراعاة للفظ الجمع المراد من تعريفه الجنس لا الاستغراق فهو للمصرف عنده ، إلّا أنّه يراعي في المصرف أقلّ الجمع فصاعداً بل قوله [ذلك].

[٢] شاهد لذلك ؛ ضرورة كون المراد منه عدم الفرق بين الجمع المنكر والمعرّف الذي لا يراد الاستغراق بتعريفه ، وإنّما المراد منه العهد الذهني على حسب الإرادة في المفرد ، في نحو « أدخل السوق واشتر اللحم » ونحو ذلك .

[٣] لعدم سقوط الميسور بالمعسور ، ولأنّ دلالة الجمع على أفراده كدلالة اسم كلّ واحد منها عليه ، فلا يسقط التكليف بالممكن منها بتعذّر الآخر ، فلا يرد أنّ الموصى به مسمّى الجمع ، فينبغي بطلان الوصية أو توقّع تنفيذها مع رجائه .

[٤] **مع أنّه في المسالك استقرب الوجوب**[٢] ؛ لثبوت عتق الجزء كالكلّ ، ولعموم « لا يسقط » ، و« ما استطعتم » ونحوهما.

لكن قد يناقش فيه : بأنّ لفظ « الرقبة » لا يدلّ على البعض إلّا تضمّناً ، والدلالة التضمّنية تابعة للمطابقيّة ، فإذا فات المتبوع انتفى التابع .

ودعوى أنّ عتق الرقبة لمّا لم يتحقّق إلّا بعتق جميع أجزائها ، فكلّ جزء مقصود عتقه ، ومأمور به بالذات لا بالتبعية ، فيجب حيث يمكن واضحة المنع ؛ ضرورة أنّ المقدّمة وجوبها تبعي لا ذاتي كما حقّق في محلّه .

---

(١) المسالك ٦ : ٢٩٣ ـ ٢٩٤.

(٢) المسالك ٦ : ٢٩٤.

نعم قد يقال: إنّ صرفه في ذلك أولى [١].

[لو أوصى لإنسان بعيد ولآخر بتمام الثلث]:

المسألة (**الخامسة: إذا أوصى لإنسان بعيد ولآخر بتمام الثلث**) باعتبار قيمة العبد صحّت الوصيّتان [٢]. فيقوّم العبد يوم موت الموصي الذي هو حال نفوذ الوصية وينظر إلى بقيّة التركة فإن خرج العبد من الثلث صحّت وصيّته وينظر بعد ذلك، فإن بقي من الثلث بقية فهي للموصى له الثاني، وإلّا بطلت الوصية [٣]. إنّما الكلام فيما لو تغيّرت قيمة العبد أو بقيّة التركة، وقد عرفت فيما تقدّم أنّ المعتبر في قيمة التركة حال الوفاة بالنسبة إلى الزيادة والنقصان، وحينئذٍ فإذا فرض حدوث نقص في التركة قبل قبض الوارث فالنقص على الموصى له الثاني [٤].

ولو (**حدث في العبد عيب قبل تسليمه إلى الموصى له كان للموصى له الآخر تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحاً؛ لأنّه قصد عطية التكملة والعبد صحيح**). فلا بدّ من ملاحظة قيمته صحيحاً في الإخراج من الثلث، فلو فرض أنّ قيمة العبد صحيحاً مئة والباقي من التركة خمسمئة فأصل الثلث مئتان والوصية للثاني بمئة، فإذا تجدّد نقص العبد خمسون مثلاً رجعت التركة إلى خمسمئة وخمسين وثلثها مئة وثلاثة وثمانون وثلثاً، فإذا وضعت منه قيمة العبد صحيحاً بقي ثلاثة وثمانون وثلث للموصى له [٥]. وعلى كلّ حال فالزيادة للوارث [٦].

---

[١] لأنّه أقرب إلى مراد الموصي، ولأنّه بعض أنواع البرّ الذي هو مصرف الوصية المتعذّرة على الأصحّ كما تقدّم، من غير فرق بين ما تجدّد تعذّرها وبين المتعذّرة ابتداء، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

[٢] لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

[٣] لفوات متعلّقها، وهذا واضح.

[٤] لأنّ الوصية بتكملة الثلث بعد الوصية الأُولى، فلا بدّ من اعتبار خروج الأُولى أوّلاً (ثمّ) الثانية إن بقي لها من الثلث شيء.

[٥] لكن في المسالك: «ويشكل بأنّ مقتضى الوصية الثانية أن يكون بيد الورثة ضعف ما بيد الموصى له الثاني بعد إسقاط الأُولى وهنا ليس كذلك؛ لأنّ الباقي من المال بعد قيمة العبد خمسمئة، فيجب أن يكون نقص العبد محسوباً من التركة بالنسبة إلى الأوّل فهو كالباقي، فالمتّجه أن يكون للثاني مئة والواصل إلى الورثة الثلثان وزيادة»[1].

وفيه: أنّه منافٍ لغرض قصد الموصي الوصية للثاني بما زاد عن قيمة العبد صحيحاً ولو باعتبار ظهور الوصية به كذلك، ثمّ الوصية بالتتمّة للثاني، واعتبار كون ما بيد الورثة ضعف ما بيد الموصى له مسلّم مع عدم صدور النقص بالعين الموصى بها الذي هو كتلف بعض العين الموصى بها؛ ضرورة اقتضائه زيادة الورثة حينئذٍ واحتساب نفس النقص من التركة مناف للواقع ومضرّ للوارث، كما هو واضح.

[٦] ضرورة عدم استحقاق الموصى له بالعبد إيّاها؛ لأنّها ليست ممّا أوصى بها له، ولا الثاني؛ لأنّها ليست من التتمّة ففي الفرض يأخذ الموصى له الثاني ما زاد عن قيمة العبد صحيحاً من المئة والثلاثة وثمانين وثلث وهو ما عدا المئة، فتكون الخمسون للورثة، وعلى ما ذكره هو يكون للوارث ثلاثة وثلاثون وثلث.

---

(١) المسالك ٦: ٢٩٦.

هذا كلّه في النقص للعيب. أمّا لو كان باعتبار السوق وكان خمسين مثلاً اعتبر قيمة التركة عند الوفاة، ولا ينقص بسببه شيء على الثاني، بل يعطى تمام الثلث حينئذٍ وهو مئة وثلاثون وثلث. والفرق أنّ العين هنا قائمة بحالها، والثلث إنّما يعتبر عند انتقال التركة عن الموصي وهو حال الوفاة، بخلاف نقص المعيب فإنّه نقص محسوس له حصّة من الثمن، ولهذا ضمنه الغاصب ويثبت أرشه للمشتري دون رخص السوق، مع احتمال أن يقال أيضاً: إنّ الموصي قصد التتمّة مع مساواة العبد القيمة العليا، فتأمّل.

(وكذا لو مات العبد قبل موت الموصي بطلت الوصية) به بفوات متعلّقها.

(وأُعطي الآخر ما زاد عن قيمة العبد الصحيح) [١]. نعم لو فرض نقص المال غير العبد كأن ينقص مئة مثلاً فالنقص على الثاني فيكون له ستّة وستّون وثلثان، ولا يجري مجرى موت العبد [٢].

كما أنّه لو كان تلف المال بعد قبض الوارث الواقع بعد الوفاة كان محسوباً عليهم، فيكون للثاني تمام المئة [٣].

كما أنّه لا فرق في أصل المسألة بين تسليم العبد إلى الموصى له وعدمه بعد فرض كون التعيّب في حياة الموصي [٤]، هذا.

---

[١] لأنّ له تكملة الثلث، فلا يسقط بموته شيء فيعتبر قيمته عند وفاة الموصي لو كان حيّاً ويحطّ قيمته من الثلث ويدفع الباقي إلى الموصى له الثاني.

[٢] لأنّ الفائت هنا على الورثة وهناك على الموصى له الأوّل وجانب الورثة موفّر.

[٣] **هذا، ولكن في الدروس: «ولو أوصى له بعبد ولآخر بتمام الثلث صحّ، فإن مات العبد قبل الموصي بطلت الوصية به ويعطى الآخر التتمّة، فلو كان قيمته مئة وباقي المال خمسمئة أُعطي الثاني مئة، ويشكل بأنّ الثلث الآن أنقص من الأوّل، وكذا لو عاب أو رخّص»**[1]. ومقتضاه حينئذٍ إعطاء تتمّة الثلث الآن لاغير بعد إسقاط قيمة العبد صحيحاً؛ لأنّ الموصي قصد ذلك. وفيه: أنّ الموصي قصد ذلك بعد ملاحظة العبد من التركة، لا أنّه يخرج من ثلث ما عداه. فلا فرق حينئذٍ بين موته قبل الموصي وبعده.

[٤] كما عساه يومئ إليه الحكم ببطلان الوصية بموته؛ ضرورة أنّ تسلّمه قبل موت الموصي كعدم تسلّمه، فالتقييد حينئذٍ في المتن وغيره بذلك غير واضح. ودعوى إمكان إرادته الأعمّ من حياة الموصي وموته، يدفعها: عدم تماميّة الحكم حينئذٍ فيما بعد الموت بناءً على أنّ القبول كاشف عن الملك حين الموت، فالنقص بالعيب حينئذٍ داخل في ملك الموصى له الأوّل فلا يحتسب على غيره. وبذلك كلّه وما تقدم في المباحث السابقة ظهر لك الحال في أقسام المسألة.

وإن كثّرها في المسالك فقال: «إنّما الكلام فيما لو تغيّرت قيمة العبد أو بقيّة التركة بزيادة أو نقصان قبل موت الموصي أو بعده وقبل تسلّم الموصى له العبد أو بعده وقبل وصول الثلثين إلى الورثة أو بعده»[2]. لكن عند التأمّل لا محصل لها فتأمّل جيّداً.

---

(١) الدروس ٢: ٣١٤.

(٢) المسالك ٦: ٢٩٥.

(و) [المختار][١] أنّه (لو كانت قيمة العبد بقدر الثلث بطلت الوصية للآخر)[٢].

[لو أوصى له بأبيه]:

المسألة (السادسة: إذا أوصى له بأبيه فقبل الوصية وهو مريض عتق عليه من أصل المال إجماعاً منّا) سواء قلنا: بأنّ المنجّزات منه أو من الثلث؛ (لأنّه) على الثاني (إنّما يعتبر من الثلث ما يخرجه عن ملكه) ممّا فيه ضرر بالوارث (وهنا) مع أنّه (لم يخرجه) عن ملكه حتى يكون من التنجيز (بل بالقبول ملكه و) لكن (انعتق عليه) قهراً، (تبعاً لملكه) لم يكن فيه ضرر على الوارث[٣].

ومثل ما لو وهب فقبل الهبة وهو مريض، وكذا لو كان قد ملكه بغير اختيار كالإرث، بل هو أولى بالحكم من الأوّل.

نعم لو ملكه مختاراً بعوض موروث كما لو اشتراه مثلاً بثمن المثل اتّجه القول بخروجه من الثلث[٤].

أمّا لو اشتراه بما يزيد عن ثمن المثل فلا ريب في كون الزائد محاباة يخرج من الثلث بناءً على القول بكون التبرّعات منه.

كما أنّ الظاهر خروجه من الأصل على القولين لو ملكه بعوض موروث ولكنّه بغير اختياره، بمعنى استناده إلى أمر الشارع له به، مثل ما لو نذر في حال المرض إن جوّزنا كونه من الأصل أنّه إذا وجد قريبه يباع بعوض هو قادر عليه اشتراه فوجده وهو مريض فاشتراه[٥].

---

[١] [كما] قد ظهر مما قدّمناه سابقاً.

[٢] لانتفاء موضوعها.

[٣] وما عن بعض[١] العامّة ـ أنّ خروجه من الثلث كالعتق اختياراً، بل عن العلّامة أنّه قوّاه في التحرير[٢]؛ لأنّ اختيار السبب كاختيار المسبّب، فمتى كان الأوّل مقدوراً فالثاني كذلك، وقهرية العتق لا يقتضي الخروج من الأصل مع استنادها إلى اختيار المريض في التملّك ـ واضح الضعف بعد ما عرفت.

[٤] لأنّ تملكه له باختياره سبب عتقه، فجرى مجرى المباشرة المفوّتة للمال على الوارث ولو باعتبار بذل الثمن في مقابلة ما يعلم فواته، وزوال ماليّته. مع أنّ المحكيّ عن أحد قولي الفاضل في القواعد نفوذه من الأصل أيضاً[٣]؛ لأنّه إنّما يحجر عليه في التبرّعات والشراء ليس بتبرّع فلا يكون محجوراً عليه، والعتق حصل بغير اختياره فلا يعتبر فيه الثلث. وإن كان فيه ما لا يخفى بعد ما ذكرناه.

[٥] وقد يحتمل ضعيفاً كونه من الثلث لحصول السبب المقتضي للتصرّف في المرض، وفيه: أنّه بعد أن كان ذلك سبب إيجاب الشارع صار بمنزلة الدين.

---

(١) انظر المغني (لابن قدامة) ٦: ٤٩٦. المجموع ١٥: ٤٣٧.

(٢) التحرير ٣: ٤٠٢.

(٣) انظر القواعد ٢: ٤٧٢، ٣٣٥.

وكذا لو ملكه بعوض غير موروث باختياره كما لو آجر نفسه للخدمة به فيعتق من الأصل على القولين [١].

وأولى أن يملكه كذلك بغير اختياره بل بإلزام الشارع ، كما لو كان قد نذر تملّكه بالإجارة كذلك . ولو اشترى أباه بدون ثمن المثل بأن حاباه البائع بالنصف مثلاً فباعه إيّاه بخمسمئة وهو يسوى ألفاً [٢] ، فالمتّجه حينئذٍ بطلان البيع في ثلاثة أخماس العبد في مقابلة ما زاد على ثلث التركة أعني ثلاثة أخماس الثمن وهو ثلاثمئة ، ويصحّ في خمسيه بمئتين فينعتق فيه الخمسان ، ويكون التصرّف في ثلث التركة أعني المئتين ، والله العالم .

[لو أوصى له بدار فانهدمت]:

المسألة (**السابعة : لو**[1] **أوصى له بدار**) مثلاً (**فانهدمت**) لا بفعل الموصي (**وصارت براحاً ثمّ مات الموصي بطلت الوصية ؛ لأنّها خرجت عن اسم الدار**) [٣]. (و) لكن مع ذلك (**فيه تردد**) [٤]. [ولا فرق بين كون الدار معيّنة أو لا].

---

[١] لعدم تفويته شيئاً على الورثة .

[٢] **صحّ حينئذٍ في سبعة أعشاره عند الشيخ**[2] **ومن وافقه** ؛ لأنّ نصفه بمنزلة الهبة التي تخرج من الأصل وعشران منه ينفذ فيهما البيع بناءً على أنّ التركة ستمئة فثلثها منها مئتان فينفذ فيهما البيع ويبطل في الباقي ويردّ من الثمن ثلاثمئة فهي مع المئة الباقية أربعة ثلثان للورثة . وفيه : أنّ بطلان البيع في جزء من أحد العوضين يقتضي بطلانه في مقابله من العوض الآخر ؛ لأنّ المجموع في مقابل المجموع ، وليست المحاباة هبة حقيقة ، وإنّما هي في معنى الهبة فتمتنع الصحّة في مجموع أحد العوضين والبطلان في البعض الآخر .

[٣] الذي هو للمركّب الفائت بفوات أحد أجزائه ، وخصوصاً ما تفوت به حقيقته .

[٤] ينشأ ممّا سمعت ، ومن بقاء بعض متعلّق الوصية الذي لا يفوت بفوات البعض الآخر بعد أن كانت الوصية بكلّ جزءٍ جزءٍ ، وإن أدّاها بالوصية باسم المجموع ، لكنّه كما ترى ؛ ضرورة ظهور اللفظ في الوصية بالبعض من حيث كونه جزء من المركّب ، لا أنّه وصية به لنفسه مستقلاً كما أوضحنا ذلك في باب البيع عند البحث على مسألة جواز بيع الوقف عند خرابه . **وربّما فصّل بعضهم بأنّه إن كان الموصى به داراً معيّنة فانهدمت فالوصية باقية**[3] ؛ لانتفاء الدليل الصالح للبطلان ، وتغيّر الاسم لم يثبت كونه قادحاً . والباقي منها بعض ما أوصى به . وإن كان قد أوصى له بدار من دوره فانهدمت جميع دوره قبل موته بطلت ؛ لانتفاء المسمّى ، **واستحسنه في المسالك**[4] .

وفيه : ما لا يخفى بعد ما سمعت ؛ ضرورة الاكتفاء في البطلان بانتفاء الموصى به باعتبار جعل عنوان الوصية الاسم المخصوص المفروض انتفاء مسمّاه بالانهدام ، وكفى بذلك مبطلاً ، من غير فرق بين كونها معيّنة أو لا ، هذا . **وفي المسالك : « وموضع الخلاف ما إذا كان الانهدام لا بفعل الموصي ، وإلّا كان رجوعاً »**[5] . قلت : هو ليس إلّا لما ذكرناه ممّا لا فرق فيه بين فعل الموصي وغيره ، فتأمّل جيّداً كي تعرف الحكم في نظائر المسألة ، بل وفي غير الوصية .

---

(١) في الشرائع : « إذا » .

(٢) انظر المبسوط ٤ : ٨ .

(٣) حكاه في مفتاح الكرامة (٩ : ٤٨٩) عن الحواشي .

(٤)(٥) المسالك ٦ : ٣٠١ .

٤٥٩/٢٨

[لو قال: أعطوا زيداً والفقراء]:

المسألة (الثامنة: **إذا قال: أعطوا زيداً والفقراء كذا كان لزيد النصف من الوصية**) كما لو أوصى لقبيلتين مختلفي العدد (**وقيل: الربع**) [١]. (و) [المختار] [٢] أنّ (**الأوّل**) منهما (**أشبه**)، بل لعلّه كذلك إذا وصف زيداً بوصف الجمع فقال: لزيد الفقير والفقراء وأولى منه لو وصفه بغير وصفهم كما لو قال: لزيد الكاتب والفقراء. وعلى كلّ حال فلا بدّ من الصرف إلى ثلاثة من الفقراء [٣]: إذا لم يفهم منه إرادة الجنس على جهة مصرف الزكاة كما عرفته سابقاً، والله العالم.

[تصرّفات المريض]:

(**القسم الثاني: في تصرّفات المريض وهي نوعان: مؤجّلة**) بما بعد الموت (**ومنجّزة**) أي حاضرة معجّلة لم تؤجّل بالموت (**والمؤجّلة**[1]) وصية كتمليك عين أو منفعة مثلاً وغير وصية كالتدبير والنذر المؤجّل بالموت. وعلى كلّ حال فـ(**حكمها حكم الوصيّة**) في الخروج من الثلث (**إجماعاً وقد سلفت. وكذا**) لك (**تصرّفات الصحيح إذا قرنت بما بعد الموت**) [٤].

ولعلّ الأولى منه جعل تصرّفاته قسمين وصية أي معلّقة بما بعد الموت ومنجزة، والأولى من الثلث، والثانية

---

[١] لأنّ أقلّ الفقراء ثلاثة، وقد شرك بينهم وبين زيد بالعطف، فيكون كأحدهم.

وفيه: أنّ التشريك بين زيد والفقراء لا بينه وبين آحاد الجمع، فهو حينئذٍ فريق والجمع فريق آخر، وإلّا لم يكن الربع؛ ضرورة عدم انحصار آحاد الجمع في الثلاثة، وكونها أقلّ لا يوجب المصير إليها مع وجود اللفظ الشامل له ولغيره. ومن هنا يحكى عن بعض[2] العامّة وجه ثالث في المسألة، وهو أن يكون زيد كأحد الفقراء، فإن قسّم المال على أربعة من الفقراء أُعطي زيد الخمس، وهكذا.

ورابع: أنّه يعطى زيد أقلّ ما يتموّل، ولا يجوز حرمانه وإن كان غنياً.

وخامس: أنّه إن كان فقيراً فهو كأحدهم، وتخصيصه للاهتمام به وإن كان غنياً فله النصف.

وسادس: إن كان غنياً فله الربع، وإلّا فالثلث؛ لدخوله فيهم.

وسابع: أنّ الوصية في حقّ زيد باطلة؛ لجهالة من أُضيف إليه، وإن كان الجميع كما ترى.

ولذا انحصر أقوال أصحابنا في الأوّلين.

[٢] [كما] قد عرفت.

[٣] مراعاة لصيغة الجمع.

[٤] بناءً على أنّه ليس من الوصية بل هو عتق.

وقد تبعه على هذا التعبير الفاضل في القواعد[3]، والإنصاف عدم خلوّه عن سماجة.

---

(١) في الشرائع: «فالمؤجّلة».

(٢) انظر المجموع ١٥: ٤٦٦.

(٣) القواعد ٢: ٥٢٩.

ففيها البحث المعروف [١].

(أمّا منجّزات المريض إذا كانت تبرّعاً) محضاً (كالمحاباة في المعاوضات والهبة والعتق والوقف فقد قيل: إنّها من أصل المال، وقيل: من الثلث، واتّفق القائلان على أنّه لو برئ) المريض (لزمت من جهته وجهة الوارث أيضاً) أي من حيث كونها تبرّع مريض (والخلاف فيما لو مات في ذلك المرض).

وقد أشبعنا الكلام في جميع أطراف المسألة في كتاب الحجر، حتى فيما ذكره المصنّف هنا أيضاً من قوله: (ولا بدّ من الإشارة إلى) ذلك (المرض الذي معه يتحقّق وقوف التصرّف على الثلث) بناءً عليه (فنقول:) [٢] إنّ عنوان الحكم في ذلك المرض المخوف.

وحينئذٍ فـ(كلّ مرض لا يؤمن معه من الموت غالباً فهو مخوف كحمى الدقّ والسلّ وقذف الدم والأورام السوداويّة والدموية والإسهال المنتن والذي يمازجه دهنية أو براز أسود يغلي على الأرض وما شاكله) ممّا يرجع فيه إلى أهل الخبرة والتجربة من الأطبّاء، فإنّ الأمراض يحصل بها تفاوت، وله طرفان وواسطة، أمّا أحد الطرفين فهو الذي يقارن الموت كحال من قطع حلقومه ومريئه، وشقّ جوفه وأُخرج حشوه بل قيل: إنّ في اعتبار نطق مثل هذا [= من قطع حلقومه ومريه...] إشكال [٣].

---

[١] ولا يرد التدبير والنذر المقيّد بالموت بناءً على أنّهما من الوصية، بل وعلى تقدير أنّهما ليسا منها فحكمهما في محلّهما، ولم يثبت صحّة تصرّف مؤجّل بما بعد الموت غير وصيّة غيرهما. على أنّ إلحاق النذر المزبور بالوصية في الحكم المذكور أحد القولين في المسألة والآخر أنّه من الأصل، فلا يناسب دعوى الإجماع عليه، بل في دعوى الإجماع على خروج الوصية من الثلث فضلاً عنه مناقشة؛ لمعروفيّة خلاف الصدوق[1] في ذلك، اللهمّ إلّا أن لا يعتدّ بخلافه، وأيضاً فمحلّ البحث هنا تصرّفات المريض التي معظمها الوصية، ولم يفده إلّا بالتشبيه، مع أنّ الحكم المزبور غير خاصّ بالمريض، كما اعترف هو به.

وما في المسالك من أنّه بناءً على ما استفيد من تعريف المصنّف الوصية «بأنّها تمليك عين أو منفعة» إلى آخره يتحقق أفراد كثيرة يطلق عليها اسم التصرّف المؤجّل دون الوصية، كالوصية بالعتق والوقف على جهة عامّة والوصية بإبراء المديون وغير ذلك[2].

فيه ما لا يخفى؛ ضرورة أنّه لا وجه لإنكار إطلاق اسم الوصية العهدية على ذلك، وإن انتفى عنها اسم الوصية التمليكية كما كشفنا عن ذلك في أوّل الكتاب، والأمر في ذلك سهل بعد وضوح المراد.

[٢] [كما] أنّ المحكيّ عن الشيخ[3] ومن تبعه[ذلك].

[٣] ينشأ من عدم استقرار حياته، فلا يجب بقتله دية كاملة ولا قصاص في النفس، بل حكمه حكم الميّت، ولذا لا يصحّ إسلام الكافر في هذا الحال، ولا توبة الفاسق، فلا يعدّ حينئذٍ بيعه بيعاً ولا إقراره إقراراً. ومن صدق كونه عاقلاً رشيداً، فالعمومات متناولة، ولا يلزم من إلحاقه بالأموات في بعض الأحوال لدليل خاصّ إلحاقه بهم في جميعها.

---

(١) نقله عنه في المختلف ٦: ٣٩٣.

(٢) المسالك ٦: ٣٠٤، وفيه: «يتخلّف أفراد».

(٣) المبسوط ٤: ٤٤.

وإن كان الأقوى الأخير.

(**وأمّا**) الثاني: وهي (**الأمراض التي**) لا يقارنها الموت عادة، بل (**الغالب فيها السلامة فـ**) إنّ هذه (**حكمها حكم الصحّة كحمى يوم وكالصداع عن مادة أو غير مادة والدمل والرمد والسلاق**) الذي هو غلظ في الأجفان عن مادّة رديّة غليظة يحمر لها الجفنان وينتثر الهدب، بل ربّما أدّى إلى قلع الجفن وفساد العين ونحو ذلك من الأمراض التي ليست بمخوفة.

بل قيل[١]: منها الفالج والسلّ المستمرّ لتطاول أزمانهما [١].

وقيل[٢]: إنّ انتهاءه مخوف، وابتداءه غير مخوف [٢].

وربّما قيل: إنّ ابتداءه مخوف، فإذا استمر لم يكن مخوفاً [٣].

[والمرجع فيه قوانين الطبّ والتجربة خصوصاً مع عدم زمان الانتهاء فإنّه غير مضبوط كالابتداء].

وأمّا الواسطة فهي ما أشار إليه المصنّف بقوله: (**وكذا ما يحتمل الأمرين كحمّى العفن**) المتعلّقة بالأخلاط الأربعة مع تعفّنها [٤]. [والمرجع في ذلك أهل الطبّ والتجربة].

(**و**) كذا الكلام في (**الزحير**) الذي هو حركة منكرة تدعو إلى البراز بسبب ورم أو خلط لاذع أو برد نال الموضع أو غيره (**والأورام البلغمية**) والطاعون وغيرها.

وإن ذكروا في الأوّل منهما يكون مخوفاً مع اقترانه بإسهال ونحوه.

---

[١] وذلك لأنّ الفالج استرخاء لأحد شقي البدن لانصباب خلط بلغمي يفسد منه مسالك الروح، والسل داء يصيب الرئة ويأخذ البدن منه في النقصان والاصفرار، فليسا بمخوفين لا في الأوّل ولا في الثاني؛ إذ الثاني منهما وإن كان لم يسلم منه صاحبه غالباً، لكن لا يخشى من الموت عاجلاً فهو بمنزلة الشيخوخة والهرم.

[٢] لأنّ مدّته تتطاول فلا يخاف من الموت عاجلاً، فإذا انتهى خيف منه.

[٣] ولكنّك خبير أنّه لا وجه لهذا الخلاف بين الفقهاء، فإنّ الفقه لا مدخل له في ذلك.

وإنّما المرجع فيه قوانين الطبّ والتجربة، خصوصاً مع عدم معرفة زمان الانتهاء فإنّه غير مضبوط كالابتداء.

[٤] **وفي المسالك: «أنّ الحمى العفنيّة أنواع منها الورد وهي التي تأتي كلّ يوم، والغبّ وهي التي تأتي يوماً وتترك يوماً والثلث وهي التي تأتي يومين وتترك يوماً [والربع... وهي التي تأتي يوماً وتترك يومين] وتعود في الرابع، والأخوين وهي التي تأتي يومين وتترك يومين وقد أطلق المصنّف أنّها ليست مخوفة، بل محتملة لأمرين، وذكر جماعة منهم العلّامة أنّ ما عدا الغبّ والربع مخوف»**[٣]. **قلت: لكن في القواعد تمثيل المحتمل بحمى المطبقة قال: «لا كحمى الربع والغبّ إلّا أن ينضمّ إليها برسام أو رعاف دائم أو ذات جنب أو وجع صدر أو رئة أو قولنج»**[٤].

والأمر في ذلك سهل بعد أن عرفت أنّ المرجع في ذلك أهل الطبّ والتجربة.

---

(١) القواعد ٢: ٥٣٠.

(٢)(٤) نقله في التذكرة ٢: ٥٢٣ (حجرية). القواعد ٢: ٥٣٠.

(٣) المسالك ٦: ٣١٣.

بل قيل[١]: إنّ الإسهال إذا تواتر ولم يمكن منعه فهو مخوف؛ لأنّ من لحقه ذلك أسرع في موته لتجفيفه رطوبات البدن، نعم إن لم يكن متواتراً فإن كان يوماً أو يومين ولم يدم فليس بمخوف؛ لأنّه قد يكون من فعل الطعام إلّا أن يقترن به زحير، وهو أن يخرج بشدّة أو بوجع أو تقطيع بمعنى خروجه مقطّعاً، وقد يتوهّم انفصال شيء كثير فإذا نظر كان قليلاً، فإنّه حينئذٍ يكون مخوفاً لإضعافه القوّة، وكذا لو كان معه دم؛ لأنّه يسقط القوّة، وكذا الإسهال المنتن؛ إذ الذي يمازجه دهنيّة أو براز أسود يغلي على الأرض، وفي الأخير [=الطاعون] أنّه يكون من هيجان الدم على جميع البدن فينتفخ به البدن مع الحمى، أو على بعض البدن فينتفخ به ذلك العضو [١].

(ولو قيل: يتعلّق الحكم بالمرض الذي يتّفق به الموت سواء كان مخوفاً في العادة أو لم يكن لكان حسناً) [٢].

---

[١] إلى غير ذلك من كلماتهم المتكثّرة في هذا المقام. والمهمّ بيان أصل الحكم فإنّه لم نعثر فيما وصل إلينا من النصوص على جعل المخوف عنواناً للحكم كي يتّجه المباحث المزبورة وغيرها، وإنّما الموجود فيها «حضرته الوفاة» أو «عند وفاته»، و«المريض» و«غير الصحيح»[٢] ونحو ذلك. ودعوى كون المتيقّن فيها المرض المخوف فيبقى غيره على الأُصول والعمومات كماترى. أو [دعوى] عدم صدق المريض على غير المخوف عرفاً، بل هو خاصّ بالمخوف والحقيقة العرفية مقدّمة على غيرها.

وكذا [أي كما ترى] دعوى كون المراد من قوله: «عند موته»[٣] ظهور أماراته لا نزول الموت قطعاً، على أنّه أقرب منه. والمراد ظهور أماراته بالمرض لإشعار قوله: «المريض محجور عليه إلّا في ثلث ماله»[٤] بذلك، وللإجماع على عدم الحجر بغير المرض. **ومن هنا قال المصنّف: [ولو قيل...].**

[٢] لإطلاق الأدلّة. **بل في القواعد: أنّه الأقرب**[٥]. وحينئذٍ يراد بـ«حضور الوفاة» و«عند الموت» المرض الذي يموت به. لكن قد يناقش بمنع صدق اسم المرض بوجع السنّ ونحوه وإن اتّفق الموت، بل لا يكاد يتّفق العلم بحصول الموت به عادة. واحتمال الاكتفاء له بمقارنة الموت له وإن لم يعلم كون الموت به مخالف لظاهر العبارة. نعم ربّما كان ذلك ظاهر ما في القواعد: «الأقرب عندي أنّ كلّ تصرّف وقع في مرض اتّفق الموت معه، سواء كان مخوفاً أم لا، فإنّه يخرج من الثلث»[٦]. بل في جامع المقاصد: «أنّه يعمّ ما حصل الموت بسببه أو غيره حتى لو قتله قاتل أو أكله سبع أو نحو ذلك»[٧]. وإن كان الإنصاف معلومية عدم إرادته ذلك، كما أنّ الإنصاف عدم ظهور الأدلّة فيما يشمل ذلك، وإن لم يعلم استناد الموت إليه، وقد ذكرنا تمام الكلام في كتاب الحجر. لكن قد يقال هنا: إنّ مقتضى الأدلّة الخروج عن الثلث بأحد أمرين. أحدهما: المرض الذي يموت به سواء كان مخوفاً أم لا. وثانيهما: حال حضور الوفاة وإن لم يكن بمرض سابق، بل كان تنجيزه في حال نزعه وتشاغله بخروج روحه إن لم يكن إجماع على خروج ذلك من الأصل كما عساه يظهر ممّا سمعته سابقاً من جامع المقاصد. وإلّا كان المتّجه تقييد إطلاقات المريض به فيختصّ الخروج من الثلث بما إذا كان عند حضور الوفاة عرفاً، ولعلّه شمل ما عدا الأمراض المزمنة التي تستمرّ سنين.

---

(١) انظر جامع المقاصد ١١: ١٠٣. التذكرة ٢: ٥٢٣ (حجرية). (٢) انظر الوسائل ١٩: ٢٩٦، ب١٧ من الوصايا.
(٣) الوسائل ١٩: ٢٧٢، ب١٠ من الوصايا، ح٣. (٤) انظر الوسائل ١٨: ٤١٢، ب٣ من الحجر.
(٥)(٦) القواعد ٢: ٥٢٩. (٧) جامع المقاصد ١١: ٩٧.

[والمتّجه أنّ الخروج من الثلث مختصّ بما إذا كان عند حضور الوفاة عرفاً، ولعلّه شمل ما عدا الأمراض المزمنة التي تستمرّ سنين].

فإنّ الخروج من الثلث فيهما مختصّ بما إذا قرب موته بها عرفاً [١].

والمتّجه الحكم بمحلّ الشكّ بما تقتضيه، وهو الخروج من الأصل لا الثلث، ومنه يعلم الوجه فيما ذكره المصنّف بقوله: (**أمّا وقت المراماة في الحرب**) وامتزاج الطائفتين للقتال مع تساويهما أو تقاربهما في التكافؤ، بل الظاهر عدم اعتبار الامتزاج [٢]. خصوصاً في المراماة بالرصاص ونحوه [٣].

(**والطلق للمرأة وتزاحم الأمواج في البحر فلا أرى الحكم يتعلّق بها؛ لتجرّدها عن إطلاق اسم المرض**) [٤].

[ولعلّ القول بكون الطلق من المخوف في بعض الأحوال غير بعيد]. (**وها هنا مسائل**) كثيرة في المقام كما لا يخفى على من لاحظ الكتب المطوّلة، إلّا أنّ المصنّف اقتصر على ستّة.

---

[١] خصوصاً بعد مخالفة المسألة للقواعد.

[٢] **كما هو ظاهر المتن.**

[٣] **نعم في المسالك: «لو كانت إحداهما قاهرة لكثرتها أو قوّتها، والأُخرى منهزمة فالخائفة [هي] المنهزمة»**[١] مع أنّه قد يقال: بتحقّق الخوف أيضاً في بعض أفراد ما فرض سيّما مع الثبات.

[٤] **وفاقاً للمشهور بين أصحابنا، بل في المسالك لم ينقل المصنّف ولا غيره خلافاً فيه**[٢]. **بل في جامع المقاصد**[٣] **ما سمعته من الإجماع المزبور. لكن عن ابن الجنيد إلحاقها بالمرض المخوف، بل عنه أنّه زاد ما إذا قدّم لاستيفاء قود أو ليقتل رجماً في الزنا، أو قطع الطريق، أو كان أسيراً في يد عدوّ من عادته قتل الأسير وغير ذلك ممّا كان في حالة الأغلب فيها التلف**[٤]. وهو كماترى لا دليل عليه بعد كون المراد من قوله: «حضرته الوفاة»[٥]، و«عند وفاته»[٦] حالة مرض. ولو فرض نزع روحه بقرينة غيرها من النصوص التي تكشف بعضها عن بعض، خصوصاً ما صرّح فيها بأنّ تصرف الصحيح الصادق على مثل الفرض قطعاً من الأصل كما هو واضح، فلا إشكال في المسألة حينئذٍ بناءً على عدم حجّية العلّة المستنبطة التي هي رأي المخالفين. وربّما كان ذلك هو الداعي إلى ابن الجنيد في اختيار ذلك قبل رجوعه عن القول بالقياس. **وأمّا ما يحكى عن الشيخ من أنّ للحامل ثلاثة أحوال قبل الطلق ومعه وبعده، فما قبله ليس مخوفاً، وما معه مخوف، وما بعده إن لم يكن معه دم وألم فليس مخوفاً وإلّا فهو مخوف**[٧]. **بل ربّما لاح من الفاضل في القواعد**[٨] **موافقته. بل في جامع المقاصد: أنّه لا يخلو من وجه**[٩]. فليس خلافاً في المسألة في الحقيقة، وإنّما هو في خصوص ذلك. بل لعلّ القول به في بعض الأحوال غير بعيد، والله العالم.

---

(١) المسالك ٦: ٣١٥.
(٢) المسالك ٦: ٣١٥ـ٣١٦.
(٣) انظر: جامع المقاصد ١١: ٩٦.
(٤) نقله في المسالك ٦: ٣١٦.
(٥) الوسائل ١٩: ٣٥٩، ب٤٣ من الوصايا، ح١.
(٦) الوسائل ١٩: ٢٧٤، ب١٠ من الوصايا، ح٨.
(٧) المبسوط ٤: ٤٦.
(٨) انظر القواعد ٢: ٥٣٠.
(٩) جامع المقاصد ١١: ١٠٥.

[لو تبرع بتنجيز أُمور متعددة في مرض موته]:

(**الأُولى: إذا**) تبرّع بتنجيز أُمور متعدّدة في مرض موته كما لو (**وهب**) وباع (**وحابى**) أي باع بدون ثمن المثل (**فإن وسعهما الثلث فلا كلام**) في نفوذهما معاً منه (**وإن قصر بدئ بالأوّل فالأوّل حتى يستوفى الثلث وكان النقص على الأخير**) [١]. فإذا استوفى الثلث وقع التصرّف حينئذٍ في حقّ الوارث المحتاج إلى الإجازة، من غير فرق في ذلك بين العتق وغيره [٢]. وكذا الكلام على الأصحّ فيما لو أوصى بوصايا متعدّدة ما لم تقم قرينة على إرادة العدول، من غير فرق بين أن يكون في اللفظ ما يقتضي الترتيب وعدمه [٣].

[لو جمع بين عطيّة منجّزة ومؤخّرة بعد الموت]:

المسألة (**الثانية: إذا جمع بين عطية منجّزة و**) عطية (**مؤخّرة**) بعد الموت (**قدّمت المنجّزة**) وإن كانت متأخّرة؛ لاقتضائها الملك فعلاً، (**فإن اتّسع الثلث للباقي**) نفذ أيضاً، (**وإلّا صحّ فيما يحتمله الثلث وبطل فيما قصر عنه**) إلّا إذا أجاز الوارث [٤].

ومن ذلك كلّه ظهر لك أنّ المنجّزات تشارك الوصية في توقّف نفوذها على سعة الثلث أو إجازة الوارث، وفي البدأة بالأوّل، فالأوّل، من غير فرق بين العتق وغيره وفي أنّها تصحّ عندنا للوارث وغيره [٥].

وفي أنّ المدار على الثلث فيهما حال الموت لا قبله ولا بعده أو قبله [٦].

---

[١] **بلا خلاف في شيء من ذلك عندنا ولا إشكال**؛ لأنّ الأوّل قد وقع عن حال نفوذ تصرّفه في ثلثه من غير حاجة إلى إذن الوارث.

[٢] **خلافاً لبعض**[١] **العامّة فقدّمه مطلقاً وآخر منهم فساوى بينه وبين المحاباة على تقدير تأخيرها عنه**. ولا ريب في ضعف الجميع.

[٣] ١ ـ لأنّ السابق قد حكم بصحّته فلا يبطل إلّا بدليل. ٢ ـ ولخبر حمران عن الباقر عليه السلام[٢] المتضمّن لعتق من ابتدأ بالوصية بعتقه ثمّ من بعده وهكذا وقد تقدّم البحث في ذلك، والله العالم.

[٤] **بلا خلاف ولا إشكال [فيه]**.

[٥] **خلافاً للعامّة**[٣].

[٦] **قيل**[٤]: **وفي أنّه يزاحم بها الوصايا في الثلث فيدخل النقص على الوصايا بسببها كما يدخل النقص على وصيّته بسبب أُخرى**. وفيه نظر. **وفي أنّ فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحّة**. وفيه نظر؛ لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله سئل عن أفضل الصدقه؟ فقال: «أن تتصدّق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم، قلت: لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان وقد كان لفلان»[٥].

---

(١) (٣) انظر المغني (لابن قدامة) ٦: ٥٢٦، ٤٩١. المجموع ١٥: ٤٤٦ـ٤٤٧.

(٢) الوسائل ١٩: ٣٩٨، ب٦٦ من الوصايا، ح١.

(٤) جامع المقاصد ١١: ١٢٦. المسالك ٦: ٣١٧.

(٥) المستدرك ٧: ١٨٩، ب١٤ من الصدقة، ح٤، مع اختلاف.

وتفارقها في أنّ قبول المنجّزة على الفور بخلاف الوصية التي يقع قبولها بعد الموت وفي أنّها مشروطة بالشروط المعتبرة فيها إذا صدرت في حال الصحّة كالعلم النافي للغرر في المحاباة، والتنجيز المعتبر في البيع وغيره من العقود، بخلاف الوصية فإنّها معلّقة بالموت، وعدم الغرر غير شرط في صحّتها. وفي أنّها لازمة في حقّ المعطي ليس له الرجوع فيها وإن كثرت [١]. وإنّما كان له الرجوع في الوصية [٢]. وفي أنّها لازمة في حقّ المعطى والوارث معاً على تقدير البرء فإنّه ليس لواحد منهما حينئذٍ إبطالها بخلاف الوصية. وفي أنّ اللزوم في حقّ المتبرّع عليه حيث يكون التصرّف لازماً من طرفه بخلاف الوصية، والأمر في ذلك كلّه سهل، والله العالم.

[لو باع كرّاً من طعام بكرّ مجانس له أقلّ قيمة]:

المسألة (**الثالثة: إذا باع كرّاً من طعام**) أو غيره ممّا هو ربوي (**قيمته ستّة دنانير**) مثلاً (**وليس له سواه بكرّ رديء**) مجانس له (**قيمته ثلاثة دنانير**) مثلاً (**فالمحاباة هنا بنصف تركته**) ولم يجز الوارث، فلا إشكال في البطلان في الزائد على الثلث، كما لا إشكال (**ف**) ـي أنّه (**يمضي في قدر الثلث**) وحينئذٍ فالذي بطل فيه المحاباة في الفرض السدس [٣]. لكن (**لو رددنا السدس على الورثة لكان رباءً**) [٤].

[ولا يبطل البيع من أصله]. نعم (**الوجه في تصحيحه**) بحيث يسلم منه من الربا ومن مخالفته قاعدة مقابلة الثمن للمثمن (**أن يردّ على الورثة ثلث كرّهم ويرد على المشتري ثلث كرّه**) وحينئذٍ (**فيبقى مع الورثة ثلثا كرٍّ قيمتهما ديناران، ومع المشتري ثلثا كرٍّ**) من الجيّد (**قيمتهما أربعة**) دنانير مضافاً إلى ثلث الكرّ المردود إليه الذي قيمته دينار، فيكون المجتمع عنده خمسة دنانير، كما أنّ المجتمع عند الورثة أربعة دنانير، لكن منها دينار قيمته ثلث كرّه الذي يرجع إليه، وأمّا الباقي عنده من كرهم أربعة دنانير اثنان منها قد استحقّهما في مقابلة ثلثي كرّه الرديء. (**فيفضل معه**) أي المشتري (**ديناران و**) هذه الفضلة (**هي قدر الثلث من الستّة**) الذي نفذت فيه المحاباة.

---

[١] لأنّ المنع من الزيادة على الثلث إنّما كان لحقّ الورثة فلم يملك إجازتها ولا ردّها.

[٢] لأنّ التبرّع بها مشروط بالموت، وقبولها المعتبر إنّما هو بعده فقبل حصوله لم يوجد التبرّع فكان للموصي الرجوع، بخلاف العطية المفروض حصول الإيجاب والقبول والقبض على الوجه المثمر للزوم؛ للاقتران بنيّة القربة ونحوه؛ ضرورة كونها حينئذٍ كالوصية إذا قبلت بعد الموت. **وقيل**[1]: **في أنّها مقدّمة على الوصية بالتنفيذ وإن تأخّرت، من غير فرق بين العتق وغيره على ما عرفت**، وفيه نظر.

[٣] ضرورة أنّ له من الستّة ثلثها، وهو اثنان، والفرض أنّه قد حابى بنصف التركة وهو ثلاثة (ف)ـيزيد على الثلث واحد هو سدس التركة.

[٤] لمعلوميّة اقتضاء البطلان في المبيع ـ ولو جزء منه ـ البطلان فيما قابله من الثمن. كمعلوميّة عدم اقتضاء ذلك بطلان البيع من أصله هنا؛ لأنه عقد صدر من أصله في محلّه، فيندرج تحت إطلاق الأدلّة وعموماتها. (و) من هنا لم أجد خلافاً في ذلك هنا، بل ربّما ظهر من بعضهم الإجماع عليه.

---

(١) المسالك ٦: ٣١٨.

وبذلك يحصل الجمع بين حقّي الوارث والمشتري، ومراعاة القاعدة التي سمعتها، وحينئذٍ يبطل البيع في ثلث الكرّ وما قابله من الثمن، ويصحّ في ثلثيه، وما قابلهما من الثمن. والضابط أنّه يجب أن يبقى مع الورثة ضعف ما صحّت فيه المحاباة من غير لزوم الربا، وطريقه أن يسقط قيمة كرّ المشتريين من قيمة كرّ الورثة، وينسب ثلث المبيع إلى الباقي فيصحّ البيع في تلك النسبة، ففي الفرض مثلاً إذا سقط ثلاثة دنانير من ستّة بقي ثلاثة، فإذا نسب إليها ديناران كانا ثلثيهما، فيصحّ البيع في ثلثي كرّ بثلثي الآخر، ويترادّان الثلث. ولو فرض أنّ قيمة كرّ المريض تسعة وكرّ المشتري بحاله كانت المحاباة بثلثي التركة، وتصحيحه إنّما يكون بترادّ النصف من كلّ منهم، فيكون المجتمع عند الورثة ستّة دنانير، أربعة ونصف قيمة كرّهم الذي رجع إليهم، ودينار ونصف قيمة الكرّ الذي هو الثمن، وعند المشتري أيضاً ستّة، لكنّ منها دينار ونصف قيمة كرّه الذي رجع إليه، وأمّا الباقي عنده من كرّهم نصف قيمته أربعة دنانير ونصف منها دينار ونصف في مقابلة نصف كرّه الذي عند الورثة، وثلاثة دنانير بالمحاباة النافذة فيها؛ لأنّها قدر الثلث الذي فرض أنّه في يد الورثة ضعفاه أي ستّة. وطريقه على ما سبق أن تسقط ثلاثة قيمة كرّه الرديء من التسعة قيمة الكر الجيّد يبقى حينئذٍ ستّة، فإذا نسب الثلث إليها كان نصفاً منها، فيعلم حينئذٍ صحّة البيع في نصف أحدهما بنصف الآخر. وهكذا القياس في جميع ما يرد عليك من الأمثلة في هذه المسألة الدورية [١].

[لو باع عبداً قيمته مئتان بمئة ثمّ برئ من مرضه]:

المسألة (**الرابعة: لو باع عبداً قيمته مئتان بمئة وبرئ**) من المرض ولم يكن له سواه (**لزم العقد**) كما في غيره ممّا ينجّزه [٢].

(**و**) كذا لو مات وأجاز الوارث. نعم (**إن مات ولم تجز الورثة صحّ البيع**) في الجملة [٣].

كما [أنّ المختار] [٤] على القول بأنّ المنجّزات من الثلث في عدم النفوذ في الجميع. إنّما الكلام (**في**) تعيّن

---

[١] لتوقّف معرفة قدر المبيع فيها على معرفة قدر التركة؛ لاشتمالها على المحاباة التي لا تخرج إلّا من الثلث التي تجب معرفة قدره، ومعرفته متوقّفة على معرفة قدر مجموع التركة، ومعرفة قدر مجموع التركة متوقّفة على معرفة قدر الثمن؛ لأنّه من جملتها، ومعرفة قدر الثمن متوقّفة على معرفة قدر المبيع، فيدور، ولكنّه دور معيّة، وهو الذي يتوقّف كلّ منهما على مصاحبه الآخر كالمتضائفين، لا الدور المحال، وهو الذي يتوقّف وجود كلّ منهما على وجود صاحبه، بمعنى أنّه لا يوجد إلّا بعد وجوده. وللعلماء في التخلّص من هذا الدور وبيان المطلوب طرائق: منها طريق الجبر والمقابلة، ومنها طريق الخطأين كما أطنب بهما في المسالك[1] وإن كان في غير محلّه؛ ضرورة عدم كونه وظيفة الفقيه، وستسمع كيفيّة الأوّل منهما إن شاء الله تعالى في المسألة الآتية التي يقاس عليها غيرها من المسائل الدورية التي أطنب فيها في القواعد[2]، والأمر سهل.

[٢] **بلا خلاف ولا إشكال**؛ لإطلاق الأدلّة.

[٣] **بلا خلاف**؛ للإطلاق.

[٤] [**إذ**] **لا خلاف** [**فيه**].

---

(١) المسالك ٦: ٣١٩ ـ ٣٢٤.

(٢) القواعد ٢: ٥٣٨.

قدر المبيع ، وحيث إنّ المقام لا ربا فيه فـ[ـالمختار][١] على أنّه (**النصف في مقابلة ما دفع**) من الثمن المفروض مساواته للنصف (**وهي ثلاثة أسهم من ستّة وفي السدسين بالمحاباة وهي سهمان هما الثلث من ستّة**) الذي نفذت فيه المحاباة ، (**فيكون ذلك خمسة أسداس العبد وبطل**) أي المحاباة (**في الزائد**) عن الثلث (**وهو سدس**) العبد (**فيرجع على الورثة ، و**) لكن (**المشتري**) مع جهله بالحال (**بالخيار إن شاء فسخ لتبعّض الصفقة وإن شاء أجاز**) ، وكانت الخمسة أسداس في مقابلة مجموع الثمن ، (**و**) رجع السدس على الورثة من غير ردّ شيء من الثمن ، بل (**لو بذل العوض عن السدس كان الورثة بالخيار بين الامتناع والإجابة ؛ لأنّ حقّهم منحصر في العين**) فلا يلزمون بالعوض قهراً[٢].

---

[١] [**كما هو قول**] **المصنّف والمحكيّ عن الشيخ ومن تبعه**(١) **، بل نسبه بعضهم إلى المشهور .**

[٢] كلّ ذلك لأصالة لزوم العقد من الجانبين إلّا في قدر الضرورة ، ولأنّ هذا العقد في قوّة بيع وهبة صحّت فيما له ، وبطلت فيما ليس له ولا ربا في المقام . ولكن فيه : أنّه منافٍ لقاعدة اقتضاء بطلان البيع في المبيع البطلان أيضاً فيما قابله من الثمن كما في غيره من أفراد البيع الذي يصحّ في بعض ويبطل في آخر . **ومن هنا قال الفاضل في القواعد ـ بل قيل**(٢) **: في أكثر كتبه ـ : « الحقّ عندي هنا مقابلة أجزاء الثمن بأجزاء المبيع كما في الربوي** ، ولأنّ فسخ البيع في البعض يقتضي فسخه في قدره من الثمن ، **وكما لا يصحّ فسخ البيع في الجميع مع بقاء بعض الثمن كذا لا يصحّ في البعض مع بقاء جميع الثمن »**(٣) .

وتبعه على ذلك الكركي محتجّاً بما أومأ إليه من « أنّ البيع يقتضي مقابلة جميع أجزاء المبيع ، بجميع أجزاء الثمن ؛ لأنّ ذلك معنى المعاوضة ، فإذا بطل البيع في شيء من المبيع وجب أن يبطل في مقابلته من الثمن ، وإلّا لبقي ذلك البعض من غير مقابل ، فينتفي فيه معنى المعاوضة »(٤) . وبذلك يبطل استدلالهم بالأصل المزبور . والعقد المذكور لم يشتمل على بيع وهبة بالاستقلال ، وإنّما هو بيع يلزمه ما هو كالهبة وليس للهبة فيه ذكر ؛ إذ ليس هناك إلّا الإيجاب والقبول ، اللذان هما عقد البيع ، ولا يلزم من لزوم ما هو كالهبة أن يتخلّف عن البيع مقتضاه ، وهو المقابلة المزبورة ولا أقلّ من أن يكون هذا التحابي مثل من حابا بماله ومال غيره فلم يجز ، فإنّه يبطل من الثمن بمقدار ما قابله ، ومثله المحاباة . قلت : قد يفرّق بين المقام وغيره من المقامات باعتبار كون المال أجمعه ملكاً للمريض ، ليس لأحد فيه شيء حال بيعه ، وليس بطلان البيع فيه انكشاف بطلان ، بل حدوث ملك للوارث بموت المورّث فكأن البيع حال وقوعه وقع على المحاباة بما زاد على ما قابل الثمن من المبيع ، إلّا أنّ في الزائد على الثلث منه تعلّق حقّ للوارث وإن انتقل إليه قبل الموت انتقالاً متزلزلاً ، فإن لم يجز الوارث تبطل المحاباة فيه ، فمع فرض تناول ما دلّ على خروج التبرّعات من الثلث للمحاباة لا شكّ في إرادة ما يقوله المشهور من خروجها ؛ضرورة أنّ المعنى وقوع المحاباة في الثلث خاصّة وفي غيره على الإجازة وكون الثمن مقابل ما يساويه من المبيع إلّا أنّه لمّا منع الربا من إجراء ذلك في الربوي احتيج إلى ما عرفت ، بخلاف المقام الذي لا ربا فيه ، وظاهر دليله المذكور اختصاص مقابلة الثمن بما يساويه ، وأنّ التحابي وقع في الثلث وغيره ، ولا أقلّ من أن يكون ذلك مخصّصاً لتلك القاعدة بعد تسليم شمولها للمقام ، ومن ذلك يظهر قوّة قول المشهور .

---

(١) حكاه في المسالك ٦: ٣٢٤. انظر المبسوط ٤: ٦٤. (٢)(٤) جامع المقاصد ١١: ١٤١.

(٣) القواعد ٢: ٥٣٦.

وعلى كلّ حال فقد بان لك الحال في القسمين الربوي وغيره.

ففي المقام لو باع عبداً لا يملك سواه وقيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى بثلثي ماله فعلى المشهور يأخذ ثلثي العبد بجميع الثمن [١].

وعلى [القول الآخر:] [٢] يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن، وينفسخ البيع في الباقي [٣].

ولو باع العبد بخمسة عشر كانت محاباته بالنصف فعلى المشهور صحّ البيع في خمسة أسداسه بجميع الثمن [٤].

وعلى [القول الآخر:] [٥] صحّ في ثلثيه بثلثي الثمن [٦].

ولو فرض أنّه خلّف عشرة أُخرى مع العبد المذكور.

فعلى [القول الآخر:] [٧] يصحّ البيع في ثمانية أتساع العبد وهي ستّة وعشرون وثلثان بثمانية أتساع الثمن، وهي ثلاثة عشر وثلث [٨].

---

[١] لاستحقاق أحدهما بالمحاباة والآخر بالثمن.

[٢] [وهو] قول الفاضل[١].

[٣] لأنّ فيه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذّر جميعه، كما سمعته في الربوي الذي يشبه نظر الفرض فيه، كما لو اشترى قفيزاً يساوي تسعة بقفيز يساوي ثلاثة.

[٤] وذلك لأنّ الضابط فيه نسبة الثمن وثلث التركة إلى قيمته، فيصحّ البيع في مقدار تلك النسبة.

وفي الفرض خمسة أسداس.

[٥] [وهو] قول الفاضل[٢].

[٦] نحو ما سمعته في القفيز الذي قيمته ستّة مثلاً ثمّ بيع بثلثيه الذي قد عرفت الضابط فيه إسقاط الثمن من قيمة المبيع ونسبة الثلث إلى الباقي، فيصحّ البيع من قدر تلك النسبة وينسب الثلث إلى المحاباة فيصحّ البيع في قدر تلك النسبة، وعلى التقديرين في الفرض يصحّ البيع في ثلثي العبد بثلثي الثمن، ويبطل في الزائد ثمناً ومثمناً وقيمة كما في الربوي.

[٧] [وهو] قول الفاضل [أيضاً][٣].

[٨] وذلك لأنّه قد حابى في الفرض بثلث تركته وثمن ثلثها، فإذا أسقطنا الخمسة عشر من ثلاثين ونسبنا الثلث، وهو ثلاثة عشر وثلث إلى الباقي من القيمة، وهو خمسة عشر يكون ثمانية أتساعها، أو نسبنا الثلث المزبور إلى المحاباة وهو ثلث التركة وثمن ثلثها أي خمسة عشر يكون ثمانية أتساعه أيضاً ويبقى من العبد ستّة، وهو ثلاثة وثلث، فإذا ضمّت إلى العشرة، وضمّ المجموع إلى الثمن كان مقدار المحاباة مرّتين، وهو الميزان في المقام.

---

(١) القواعد ٢: ٥٣٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) القواعد ٢: ٥٣٧.

وعلى المشهور يصحّ في نصف العبد وأربعة أتساعه بجميع الثمن [١].

[لو أعتق أمة في مرض الموت ثمّ تزوّج بها]:

المسألة (**الخامسة: إذا أعتق أمة**[1] **في مرض الموت وتزوّج**) بها جاعلاً مهرها عتقها (**ودخل بها صحّ العقد والعتق وورثته**) بالزوجية (**إن أُخرجت من الثلث**) [٢].

(**وإن لم تخرج فعلى ما مرّ من الخلاف في المنجّزات**) في الخروج من الأصل والثلث، فعلى الأوّل أيضاً يصحّ العتق والعقد وترث، وعلى الثاني يعتق منها قدر الثلث وربّما احتمل بطلان العتق أيضاً [٣].

نعم لا ترث [٤].

---

[١] وذلك لأنّك إذا نسبت الثمن وثلث التركة إلى قيمة العبد يكون المجموع نصفها وأربعة أتساعها فيصحّ حينئذٍ في ذلك، ويبطل في نصف تسعه فيكون نصفه في مقابل الثمن، وأربعة أتساعه بالمحاباة وذلك ثلث التركة، ويبقى في يد الورثة خمسة عشر هي الثمن، ونصف تسعه، واحد وثلثان مع عشرة، وذلك ضعف المحاباة.

ويمكن على قول الفاضل[2] استخراج ذلك بطريق الجبر والمقابلة في المسائل الثلاث بأن ينسب الثمن إلى المثمن، ويستخرج قدر المحاباة، فللورثة ضعفها من العبد والثمن.

فيقال: في الأُولى صحّ البيع في شيء من العبد بثلث شيء من الثمن، فالمحاباة بثلثي شيء، فللورثة شيء، وثلث شيء والشيء من العبد فيبطل من الثمن ثلث شيء، فالثمن في تقدير ثلثي شيء والعبد في تقدير شيئين، فالشيء خمسة عشر فللمشتري خمسة عشر، هي نصفه، ويرجع إليه من الثمن خمسة وكذا للورثة.

وفي الثانية يصحّ البيع بنصف شيء من الثمن، فالمحاباة بنصف شيء فللورثة شيء، وقد حصل لهم من الثمن نصف شيء يبقى لهم نصف شيء من العبد، فيبطل البيع في مقابله، وهو ربع شيء من الثمن فالعبد في تقدير شيء ونصف، والثمن في تقدير نصف شيء وربع، فالشيء إذن عشرون، وفي الثالثة يصحّ البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن، فللورثة مقابل المحاباة شيء من التركة والثمن، وقد حصل لهم نصف شيء من الثمن، فالعبد والعشرة الزائدة في تقدير شيء ونصف، فالشيء إذن ستّة وعشرون وثلثان.

إلى غير ذلك ممّا ليس هو وظيفة الفقيه وإن أطنب فيه جماعة من العلماء، خصوصاً ثاني الشهيدين في المسالك[3]، فإنّه ذكر استخراج ذلك بهذا الطريق، وطريق الخطأين أيضاً في الربوي، والأمر سهل على العارف بطريقة الحساب، والأسهل لغيره ما ذكرناه بالطريق الأوّل، والله العالم.

[٢] **خلافاً للمحكي عن الشافعي فإنّه قال: لا ترث**[4].

[٣] لأنّه لم يعتقها إلّا على تقدير التزويج بها، ولا ريب في ضعفه.

[٤] لبطلان النكاح بتبعّض البضع.

---

(١) في الشرائع: «إذا أعتقها».

(٢) القواعد ٢: ٥٣٧.

(٣) المسالك ٦: ٣٢٦ ـ ٣٢٧.

(٤) انظر المجموع ١٥: ٤٣٩.

وهل لها عوض البضع شيء وجهان[١] [الأوّل: لا يكون لها شيء والثاني: يكون لها من مهر المثل بالنسبة وهو المختار].

إذ لو كان قد سمّى لها مهراً لوجب اعتباره من الثلث أيضاً، وكانت كالمسألة الآتية التي فيها الدور، ولو كانت مفوّضة البضع أو المهر لوجب بالدخول بها مهر المثل، أو ما يفرضه المفوّض إليه، فيعتبر خروجه من الثلث أيضاً[٢].

وأمّا التقييد بالدخول فلمعلوميّة اشتراط نكاح المريض به، وإلّا بطل العقد، وترتّب عليه عدم الإرث والمهر.

ولو أعتق أمة وتزوّجها بمهر ودخل صحّ الجميع إن خرجت هي وما زاد عن مهر مثلها من الثلث وورثت، وإن لم تخرج هي من الثلث بطل العتق في الزائد، وما قابله من المهر، وإن خرجت هي من الثلث دون مهرها المسمّى بطل المسمّى خاصّة، وصحّ العتق والنكاح، ووجب لها مهر المثل بالدخول وإن زاد على المسمّى؛ لأنّه كالأرش[٣].

[لو أعتق أمة قيمتها ثلث تركته ثمّ أصدقها الثلث الآخر]:

المسألة (السادسة:) وهي (**لو أعتق أمة**[١] **وقيمتها ثلث تركته ثمّ أصدقها الثلث الآخر**) مثلاً (**ودخل ثمّ مات فـ**) بأنّه لا إشكال في أنّ (**النكاح صحيح و**) في أنّه بـ(**ـبطل المسمّى**) مع عدم إجازة الوارث على المختار؛ (**لأنّه**

---

[١] **كما عن شرح الإرشاد للشهيد**[٢]، من أنّه لم يجعل لها عوضاً سوى عتق رقبتها وقد بطل في الزائد على الثلث، وصار حقّاً للوارث، فلم يستحقّ غيره. **وكأنّه ظاهر الفاضل في القواعد**[٣]. ومن إلحاقها بمن أمهرها قدر قيمتها، فإنّ المسمّى يبطل ويستحقّ من مهر المثل بالنسبة، ويدخلها الدور حينئذٍ كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

وفيه [=الأوّل، نظر] لقاعدة عدم خلوّ الوطء المحترم عن عوض، فلو كان مهر مثلها بقدر قيمتها في الفرض المذكور، ولم يخلّف سواها عتق نصفها، وتستحقّ من مهر المثل مثله، ولا يحسب من الثلث؛ لأنّه كعوض الجناية، فيكون للورثة ثيثان مقابل ما عتق منها، وحينئذٍ فيكون في تقدير أربعة أشياء وربع منها بالعتق وربع بالوطء، فيكون نصفاً ويبقى للوارث نصف، هذا ولم يصرّح المصنّف بجعل مهرها صداقها، لكن في قوله: «إن اخرجت» تنبيه على ذلك.

[٢] فلا يتمّ إطلاق أنّها مع خروجها من الثلث يصحّ العقد والعتق.

[٣] وحينئذٍ فالمسألة دورية أيضاً؛ لأنّ معرفة ما انعتق منها إنّما يكون إذا عرف مقدار ما يبقى من التركة بعد ما تستحقّه من المهر، وبالعكس فنقول: عتق منها شيء ولها من مهر المثل شيء، وللورثة ثيثان ضعف ما عتق منها، فيكون ذلك بتقدير أربعة أشياء مع فرض بقاء ذلك من التركة، بأن يكون قد خلّف مثلها معها، فالشيء حينئذٍ نصفها. ومن ذلك يعرف الوجه في [المسألة الآتية].

---

(١) في الشرائع: «أمته».

(٢) غاية المراد ٢: ٥٣٦.

(٣) انظر القواعد ٢: ٥٣٢.

على الثلث) [١] . (و) كيف كان فهي (**ترثه**) ، بل (**وفي ثبوت مهر المثل**) لها (**تردّد**) [٢] . والطريق حينئذٍ [= على منع الدور] إلى تحصيل مقدار العتق ونصيبها من مهر المثل أن يقال : إنّه إمّا أن يساوي قيمتها أو ينقص عنها أو يزيد ، ففي الأوّل يقال : عتق منها بشيء ، ولها من مهر المثل شيء ، وللورثة شيئان في مقابلة ما عتق منها لا في مقابلة المهر الذي هو من الأصل ، فالتركة إذن في تقدير أربعة أشياء ، فلو فرض قيمتها مئة ومهر المثل مئة وبقي من التركة غير رقبتها مئتان فالشيء خمسة وسبعون ، فيعتق منها ثلاثة أرباعها ولها ثلاثة أرباع مهر المثل ، وللورثة مئة وخمسون ضعف ما عتق منها . ولو فرض زيادة قيمتها عن مهر المثل بأن كان بقدر نصف قيمتها وهي مستوعبة للتركة فالدور أيضاً لازم بسبب الدخول بها ؛ لاستحقاقها به من مهر المثل قدر ما أُعتق منها ، ونفوذ العتق في ثلث الباقي منها بعد القدر الذي تستحقّه من مهر المثل وبزيادته تقلّ التركة ، فيقل المنعتق منها وبنقصانه يزيد فيقال : عتق منها شيء ولها من مهر المثل نصف شيء ، وللورثة شيئان في مقابلة ما عتق منها مرّتين ، فالتركة في تقدير ثلاثة أشياء ونصف ، فإذا بسطت من جنس الكسر تكون سبعة ، لها منها ثلاثة ، اثنان من نفسها بالعتق ، وواحد بالمهر ، وللورثة أربعة فينعتق مقدار سبعي التركة من الجارية ، ولها من مهر المثل سبع آخر ، وللورثة في مقابلة ما انعتق منها أربعة أسباع فتحرّر ثلاثة أسباعها ؛ لأنّ ما استحقّته من نفسها مهراً يجب انعتاقه أيضاً [٣] .

---

[١] ولأنّه لو صحّ لزم الدور لتوقّف صحّته على ثبوت النكاح المتوقّف على العتق المتوقّف على بطلان المهر ؛ لقصور الثلث عن قيمتها مع صحّته ، وهذا هو الدور المحال ، لا الدور الجائز في نظائر المسألة ؛ ضرورة أنّه على ما عرفت ممّا يستلزم ثبوته نفيه ، وهو محال . **ومن هنا لم يعرف مخالف في المسألة وإن حكي عن التذكرة أنّه حكى قولاً** لم يعيّن قائله **أنّ المعتقة تتخيّر ، فإن عفت عن مهرها عتقت وصحّ النكاح ، وإن لم تعف كان لها من مهر المثل بقدر ما عتق منها**[1] **وفي جامع المقاصد : أنّه لا بعد فيه**[2] . لكن لا ريب أنّ الأقوى ما سمعت .

[٢] من استلزام ثبوته الدور المزبور ، ومن جريانه مجرى أرش الجناية التي هي من الأصل ومع منع اقتضائه الدور باعتبار عدم ترتّبه على صحّة النكاح ، بل على مجرّد الوطء .

[٣] **بل في القواعد : أنّه « لو أراد الورثة أن يدفعوا حصّتها من مهرها وهو سبعها وينعتق منها سبعاها ، ويسترقّوا خمسة أسباعها فليس لهم ذلك »**[3] . **وإن كان هو خلاف المحكي عنه في التحرير من أنّ لهم ذلك**[4] . **وفي محكيّ التذكرة : « ثمّ السبع المصروف إن رضيت به بدلاً عمّا لها من المهر فذلك ، ويعتق عليها حين ملكته لا بالإعتاق الأوّل ، وإن امتنعت بيع سبعها في مهرها »**[5] . ولعلّ المحصل من ذلك أنّ في المسألة قولين : أحدهما أنّ الورثة يجيزون في دفع دينها الذي استحقّته مهراً لما عتق منها ، فإن دفعوه من عينها ورضيت به عتق بملكها إيّاه ، وإن أرادوا دفعه من محلّ آخر ويبقى سبع الجارية ملكاً لهم كان لهم ذلك ؛ لأنّهم مخيّرون في جهات الأداء . **الثاني : أنّه لا خيار للورثة** ؛ لأنّ السعي في باقي القيمة لتعتق ثابت ، فإذا ثبت لها في التركة دين كان انعتاقها منه بطريق أولى ، ولا يكون للورثة خيار . وهو واضح بناءً على السعي ، من غير فرق في هذه المسألة ونظائرها .

---

(١)(٥) التذكرة ٢ : ٥٤٦ (حجرية) .
(٢) جامع المقاصد ١١ : ٢٢٠ .
(٣)(٤) القواعد ٢ : ٥٥٤ . التحرير ٣ : ٣٩٩ .

وهل لها أن تمتنع من قبول بعضها مهراً عوض المهر [والقول بتوقّف الأمر على رضاها متجه] [١].

ولو فرض زيادة مهر المثل عن قيمتها وفرض كونه بقدرها مرّتين قلنا: عتق منها شيء ولها مهر المثل شيئان، وللورثة شيئان في مقابلة ما عتق منها مرّتين، فالتركة حينئذٍ في تقدير خمسة أشياء، ومقتضى ذلك انعتاقها حينئذٍ أجمع؛ لعدم مزاحمة حقّ الورثة لمهر المثل الذي هو من الديون.

نعم يأتي فيه البحث السابق من أنّ للورثة الدفع من غير عينها [٢]. هذا كله على المختار من الوقوف على الثلث (**وعلى القول الآخر**) أي النفوذ من الأصل (**يصح الجميع**) كما هو واضح.

وهذا آخر الكلام في هذه المسائل [٣].

---

[١] **صريح كلام التذكرة توقّف الأمر على رضاها**[١]. وهو متّجه بناءً على أنّ السعي وعدمه منوط. **وفي جامع المقاصد: هو محتمل**[٢]. ولتمام الكلام في ذلك محلّ آخر.

[٢] ولقد ظهر لك من ذلك كلّه أنّ إطلاق المصنّف صحّة النكاح مبنيّ على عدم وجوب المثل؛ ليتمّ العتق حينئذٍ في جميعها، أمّا إذا حكمنا فيه بشيء بطل العتق بسببه، فيبطل النكاح للتبعيض كالمسألة السابقة.

ويمكن أن يريد المصنّف بصحّة النكاح ثبوته فعلاً على وجه يترتّب عليه استباحة وطئها بذلك العقد؛ لأنّه محكوم بصحّته إلى الموت، ووجه الصحّة وجود المقتضي وصدور العقد من أهله في محلّه وانتفاء المانع؛ إذ لا حقّ لغيره الآتي في رقبتها، وإنّما ينكشف ذلك عند الموت كما عن التحرير[٣] التصريح به.

[٣] وإن أطنب الفاضل في القواعد[٤] فيها وفي نظائرها، لكن من أحاط بما ذكرنا علم الحال فيها أجمع. ويتلوه الكلام في كتاب النكاح، والله الموفّق والمؤيّد والمسدّد، والحمد لله أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً.

---

(١) انظر التذكرة ٢: ٥٤٦ (حجرية).
(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٢٤.
(٣) حكاه في جامع المقاصد ١١: ٢٢٤، انظر التحرير ٣: ٣٩٨.
(٤) القواعد ٢: ٥٥٤.

الفهرس التفصيلي لمواضيع الكتاب

كتاب المزارعة والمساقاة

المزارعة ٧
كون النماء مشاعاً ١١
شرطية تعيين المدة ١٧
كون الأرض ممّا يمكن الانتفاع بها ٢١
حكم ما لو استأجر أرضاً مدّة معينة ليغرس فيها ٢٩
حكم ما لو كان من أحدهما الأرض فقط ومن الآخر البذر وغيره ٣٠
تنازع المزارع وربّ الأرض في المدة ٣٣
حكم ما لو اختلفا فقال الزارع: أعرتنيها وإنكار المالك ٣٥
مشاركة المزارع غيره في حصته ٣٧
خراج الأرض ومؤونتها ٣٩
الموضع الذي يحكم فيه بطلان المزارعة ٤١
حكم خرص صاحب الأرض على الزارع ٤٢
المساقاة ٤٣
العقد في المساقاة ٤٦
حكم ما يساقي عليه ٥١
المدّة المعتبرة في المساقاة ٥٣

حكم العمل ٥٥
فائدة المساقاة ٥٩
أحكام المساقاة ٦٣
حكم كلّ موضع تفسد فيه المساقاة ٦٣
حكم ما لو استأجر الأجير للعمل بحصة من الثمرة ٦٤
حكم ما لو قال: ساقتيك بكذا على أن أُساقيك على الآخر بكذا ٦٥
حكم ما لو كانت الأُصول الاثنين ثمّ قالا لو احد ساقيناك ٦٥
هروب العامل ٦٦
حكم ما لو ادعى المالك خيانة العامل ٦٨
حكم ما لو ساقاه على أُصول ثمّ تبيّن أنّها مستحقة ٦٩
مساقاة العامل لغير المعيّن ٧١
خراج الأرض في المساقاة ٧٣
حكم ملك فائدة المساقاة بين العامل وربّ الأُصول ٧٣

كتاب الوديعة

عقده ٨١
موجبات الضمان ١٠٦
لواحق الوديعة ١١٩
حكم السفر بالوديعة إذا خيف تلفها ١١٩
ردّ المودع وبراءته ١٢٠
لو دفعها إلى الثقة مع قدرته على الحاكم ١٢٠
حكم ما لو أراد السفر فدفنها ١٢٠
حكم ما لو أعاد الوديعة بعد التفريط ١٢١
حكم ما لو أنكر الوديعة ثمّ ادعى التلف ولا بيّنة ١٢٢
حكم ما لو أقام المالك البيّنة على الوديعة بعد الإنكار فصدّقها ثمّ ادعى التلف قبل الإنكار ١٢٣
لو اودع ولم يعين له حرزاً مخصوصاً ١٢٥
حكم ما لو اعترف بالوديعة ثمّ مات وجهلت عينها ١٢٥

حكم ما لو كان في يده وديعه فادعاها اثنان ١٢٦
حكم ما لو فرط واختلفا في القيمة ١٢٩
حكم الوديعة فيما لو مات المودع ١٢٩

كتاب العارية

عقده ١٣٣
الكلام في المعير ١٣٦
الكلام في المستعير ١٣٧
العين المستعارة ١٤٢
الأرض المستعارة ١٤٦
الأحكام المتعلّقة في العارية ١٥٤
العارية أمانة ١٥٤
ردّ العارية ١٥٧
بيع المستعير غروسه وأبنيته في الأرض المستعارة للمعير ١٥٨
حمل الأهوية أو السيول حبّاً إلى ملك إنسان ثمّ بنت ١٥٩
نقصان العين المستعارة ثم تلفت ١٦٠
حكم لو قال الراكب أعرتنيها وقال المالك آجرتكها ١٦١
حكم ما لو استعار لينتفع به في شيء فانتفع به في غيره ١٦٤
حجد العارية ١٦٤
ادعاء التلف ١٦٤
لو فرّط في العارية ثمّ تلفت ١٦٥
حكم ما لو قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك ١٦٥

كتاب الاجارة

عقد الإجارة ١٦٩
شرائط الإجارة ١٨١
ما يصحّ منه الإجارة ١٨١
معلومية الوزن أو الكيل أو الزمان وغيره ١٨١

مملوكية المنفعة ٢٠٩
كون الإجارة معلومة المنفعة ٢١١
حكم ما لو استأجره لحمل عشرة أقفزة من صبرة ثمّ حملها فكانت أكثر . ٢٤٦
المنفعة المباحة ٢٤٩
كونه مقدور التسليم ٢٤٩
أحكام الإجارة ٢٥٤
لو وجد المستأجر عيباً بالعين المستأجرة ٢٥٤
لو تعدّى على العين المستأجرة ٢٥٦
سقي الدابة وعلفها على المستأجر ٢٦٠
لو أفسد الصانع بأن يحرق الثوب وغيره ٢٦١
حكم من استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه ٢٦٧
لو آجر مملوكاً له صانعاً ثمّ أفسد ٢٦٨
حكم صاحب الحمام بالنسبة إلى الضمان ٢٦٩
لو أسقط الأُجرة بعد تحققها في الذمّة ٢٦٩
لو آجر عبده ثمّ أعتقه ٢٦٩
لو تسلّم أجيراً ليعمل له عملاً ثمّ هلك الأجير ٢٧٢
لو دفع سلعة إلى غيره ليعمل عملاً له ٢٧٢
لو تنازعا في أصل الإجارة ٢٧٧
لو ادّعى الصانع أو غيره هلاك المتاع ٢٧٨
لو قطع الخياط ثوباً قباءً ولكن قال المالك أمرتك بقطعة قيمصاً ٢٨٠

كتاب الوكالة

حكم عقد الوكالة ٢٨٥
حكم متعلّق بالوكالة ٣٠٩
حكم الموكّل ٣١٦
حكم الوكيل ٣٢١
لو قال: وكّلتك في قبض حقي من شخص ثمّ مات ذلك الشخص ٣٣٤
حكم ما تثبت به الوكالة ٣٣٥

الكلام في لواحق الوكالة ٣٤١
حكم الوكيل الأمين فيما تلف في يده ٣٤١
تسليم ما في يد الوكيل إلى الموكّل مع المطالبة وعدم العذر ٣٤٤
حكم كلّ من في يده مال لغيره أو في ذمته ٣٤٥
حكم الوكيل في الإيداع فيما إذا لم يشهد على الودعي ٣٤٧
ولو تعدّى الوكيل في الموكّل ٣٤٧
لو أذن الموكّل لوكيله في بيع ماله من نفسه ٣٤٨
أحكام التنازع ٣٥٠
لو اختلفا في دفع المال ٣٥١
لو ادعى الوكيل التصرّف وأنكر الموكّل ٣٥٢
لو اشترى إنسان سلعة ثمّ ادعى أنّه وكيل لإنسان آخر ٣٥٣
لو زوجه الوكيل امرأة وأنكر الموكّل الوكالة ٣٥٤
لو وكّله شراء عبد فادعى الوكيل شرائه بمئة والموكّل بثمانين ٣٥٧
لو اشترى الوكيل لموكّله مع تصريحه بذلك في العقد ٣٥٧
لو طالب الوكيل بما وكّل عليه ٣٥٩
قبول شهادة الوكيل لموكّله فيما لا ولاية له فيه ٣٥٩
لو وكّله الوكيل بقبض دينه ثمّ أقرّ بالقبض وصدّقه الغريم ثمّ أنكر الموكّل القبض ٣٦١

كتاب الوقوف والصدقات

حكم عقد الوقف ٣٦٩
شرائط عقد الوقف ٣٧٩
شرائط الموقوف ٣٧٩
شرائط الواقف ٣٨٥
شرائط الموقوف عليه ٣٩٠
شرائط الوقف ٤١٤
لواحق عقد الوقف ٤٤٤
زوال الملك مع الوقف ٤٤٤

حكم ما لو وقف الواقف مملوكاً ٤٤٨
ما لو جنى العبد الموقوف ٤٥٠
لو وقف في سبيل الله ٤٥٤
لو كان له موالٍ من أعلى وموالٍ من أسفل ثمّ وقف على مواليه ٤٥٤
ما لو وقف على أولاد أولاده ٤٥٦
لو وقف في مسجداً ثمّ خرب ٤٥٩
حكم الدار الموقوفة لو انهدمت ولم يبق شيء من آثارها ٤٦٠
لو آجر الواقف البطن الأوّل مدة معيّنة ثمّ انقرضوا أجمع ٤٦٤
حكم ما لو وقف على الفقراء ٤٦٦
حكم الصدقة ٤٧٢
حكم العمرى والرقبى مع الإطلاق ٤٩١

كتاب الهبات

حقيقة الهبة ٥٠٣
حكم الهبات ٥٣٤
لو وهب ثمّ أقبض ثمّ باع من آخر ٥٣٤
حكم ما لو تراخى القبض عن العقد ثمّ أقبض ٥٣٨
لو قال وهبت ولم أقبضه ٥٣٩
لو رجع في الهبة وقد عابت ٥٤١
لو وهب وأطلق ٥٤٢
حكم التصرّف بصبغ الموهو له الثوب ٥٤٨
لو وهب الواهب في مرض مخوف ثمّ برئ منه ٥٤٨

كتاب السبق والرماية

الألفاظ المستعملة في السبق ٥٥٢
ما يسبق به ٥٥٦
عقد المسابقة ٥٥٩
أحكام النضال ٥٦٨

لو قال أجنبي لخمسة من سبق فله خمسة ثمّ تساووا في بلوغ الغاية ٥٦٨
حكم ما لو شرطا المبادرة والرشق عشرين والإصابة خمسة ٥٧١
حكم ملكية الناضل للعوض ٥٧٢
لو أُفسد عقد السبق ٥٧٤
لو فضل أحدهما الآخر في الاصابة ٥٧٥
حكم عقد النضال بني حزبين ٥٧٦

كتاب الوصايا

حكم الوصية ٥٧٩
حكم ما لو أوصى بجارية وحملها ٥٩٤
حكم ما يعتبر في الموصي ٦٠١
حكم الموصى به ٦٠٨
لو أوصى بثلثه مشاعاً ٦٣٧
حكم الوصية المبهمة ٦٣٩
أحكام الوصية ٦٥٢
لو أعتق في مرض الموت ٦٧٤
لو أعتق مملوكه عند الوفاة ٦٧٦
لو أوصى بعتق رقبة ٦٧٦
لو أوصى بعتق رقبة بثمن معيّن ٦٧٨
حكم الموصى له وشرائطه ٦٧٩
حكم ما يعتبر في الوصي ٦٩٩
الصفات المراعاة في الوصي ٧٣١
الحكم فيمن تصح الوصية عليه ٧٣٥
حكم أخذ الأُجرة على الوصاية ٧٣٦
في لواحق الوصية ٧٤٠
لو أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه ٧٤٠
لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده ٧٤٥
لو أوصى لأجنبي بضعف نصيب ولده ٧٤٧

لو أوصى بثلثه للفقراء ٧٤٩
لو أوصى لإنسان بعيد ولآخر بتمام الثلث ٧٥١
لو أوصى له بأبيه ٧٥٣
لو أوصى له بدار فانهدمت ٧٥٤
لو قال: أعطوا زيداً والفقراء ٧٥٥
تصرّفات المريض ٧٥٥
لو تبرع بتنجيز أُمور متعددة في مرض موته ٧٦٠
لو جمع بين عطيّة منجّزة ومؤخّرة بعد الموت ٧٦٠
لو باع كرّاً من طعام بكرّ مجانس له أقلّ قيمة ٧٦١
لو باع عبداً قيمته مئتان بمئة ثمّ برئ من مرضه ٧٦٢
لو أعتق أمة في مرض الموت ثمّ تزوّج بها ٧٦٥
لو أعتق أمة قيمتها ثلث تركته ثمّ أصدقها الثلث الآخر ٧٦٦