

تعليقات على مسائل مذهب الاحكام في بيان الحلال و الحرام

مطابق لفتاوى المرجع الديني آية الله العظمى
السيد محمد تقي المدرسي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على خير الخلق أجمعين، المصطفى الأمين محمد، وآله الهداة الميامين.

وبعد:

لقد منَّ الله تعالى علينا بتوفيق التعليق على كتاب (العروة الوثقى) لسيد المجتهدين المتأخرين آية الله العظمى السيد محمد كاظم الطباطبائي قدس الله سره، وقد نُشر في كتاب مستقل، ولكن بما أن بعض أبواب الفقه لم تكن في الكتاب المذكور، مما دعى الفقيه الراحل آية الله العظمى السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري قدس الله سره، محاكاة كتاب العروة الوثقى في تلك الأبواب في موسوعته الفقهية الاستدلالية (مذهب الأحكام في بيان الحلال والحرام) فتوكلنا على الله وقررنا التعليق عليها، وأنجزنا بتوفيق الله سبحانه بعض تلك الأبواب مما دعا الأخوة في مكتبنا لوضعها على شبكة الانترنت تعميماً للفائدة.

نسأل الله أن يتقبل منا ذلك، وأن يجعل العمل بها مجزياً. إنه سميع الدعاء.

محمد تقي المدرسي

١٤٢٣/١٢/٢٨ هـ

المكاسب والمتاجر^(١)

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين.

في المكاسب والمتاجر.

مسألة ١: التكسب وتحصيل المعيشة محبوب عند الله تعالى، وقد رغب الشرع إليه أكمل ترغيب وحث إليه بأبلغ ما أمكنه، خصوصاً إن كان للتوسعة على العيال، وفعل الخيرات والمبرات، وقد يجب وقد يحرم وقد يكره.

مسألة ٢: أفضل^(٢) المكاسب التجارة -بلا فرق في التجارة الممدوحة بين أن يكون بالاشتراك مع مسلم أو غيره أو الانفراد والاستقلال- ثم الزرع^(٣) والغرس واتخاذ الأغنام ثم اقتناء البقر.
مسألة ٣: يجب على كل من يباشر كسباً- تجارة كان أو غيرها- معرفة صحيحه وفاسده، والأحكام المتعلقة به.^(٤)

مسألة ٤: القدر اللازم من تعلم أحكام التجارة أن يطلع على حكمها، والمعاملة التي يوقعها ولو بالتقليد الصحيح. ولا فرق فيه بين كون التعلم قبل الشروع فيها، أو حين إيقاعها، أو بعده. بأن يوقع معاملة مشكوكة في صحتها وفسادها ثم يسأل عن حكمها، فإذا تبين كونها صحيحة رتب عليها الأثر، وإلا فلا. هذا إذا كان مورد الجهل مجرد الصحة والفساد فقط، وأما لو كان متعلقه الحرمة التكليفية، كموارد الشك في كون المعاملة ربوية، فلا بد من الاجتناب حتى يتعلم حكمها.

(١) بداية الجزء ١٦ من موسوعة "مهذب الأحكام".

(٢) لقد رغب الشرع في التجارة كما رغب في الكثير من موارد الرزق، واستفادة الأفضلية من ترغيبه وبصورة مطلقة مشكولة. ولعل أفضل المكاسب الأنفع للناس ولل فرد وهو أمر مختلف حسب الظروف.

(٣) سبق الحديث في أن ترغيب الشرع في نوع من المعاش لا يدل على أنه الأفضل من جميع الجهات. بلى في الزراعة هناك تصريح بانها أحب إلى الله، مما يستفاد منه إستحباب إنتخابها، ولكن مع ذلك ينبغي أن يلاحظ سائر الجهات في معرفة الأفضلية والله العالم.

(٤) بل ينبغي له لكي لا يقع في الحرام. أما إثبات الوجوب الشرعي المستقل فمشكل.

فصل في ما يستحب في التجارة

- وهو أمور، الأول: الإجمال في طلب الرزق. (٥)
الثاني: إقالة النادم في البيع والشراء.
الثالث: التسوية بين المتبايعين في السعر، بلا فرق بين المماكس وغيره بأن يقلل الثمن للأول ويزيده للثاني. نعم لو فرق بينهم لسبب الفضل والدين والقراة والصدقة ونحو ذلك فلا بأس.
الرابع: أن يأخذ لنفسه ناقصاً ويعطي راجحاً بحيث لا يؤدي إلى الجهالة.
الخامس: أن يكون سهل الشراء، وسهل القضاء، وسهل الإقتضاء.
السادس: المبادرة إلى الصلاة في أول وقتها وترك الإشتغال بغيرها.
السابع: البيع عند حصول الربح.
الثامن: ذكر الله في الأسواق خصوصاً التسبيح والشهادتان.
إلى غير ذلك مما ذكروه من الآداب.

فصل في ما يكره في التجارة

- وهو أمور، الأول: مدح البائع ما يبيعه وذم المشتري ما يشتريه.
الثاني: اليمين على البيع والشراء إن كان صادقاً وإلا يكون حراماً.
الثالث: البيع في موضع يستر فيه العيب.
الرابع: الربح على المؤمن، وعلى من وعده بالإحسان إلا مع الضرورة أو كون الشراء للتجارة.
الخامس: السوم في ما بين الطلوعين.
السادس: الدخول (٦) إلى السوق أولاً، والخروج منه أخيراً.
السابع: مبايعة (٧) الأذنين الذين لا يبألون بما قالوا وما قيل لهم ولا يسرهم الإحسان ولا يسوءهم الاسائة، والذين يحاسبون على الشيء الدني.
الثامن: التعرض للكيل أو الوزن أو العد أو المساحة إذا لم يحسنه.

(٥) من معانيه طلب الحلال دون الحرام، ومنه عدم الإضرار بالنفس في طلبه، ومنه عدم ترك سائر ما اراده الله منه من واجبات أو مندوبات حرصاً في طلب الرزق.

(٦) بلى، إذا كان ذلك منافياً للإجمال في الطلب كان فيه ترك المستحب.

(٧) بحاجة إلى دليل لم نجده.

التاسع: الإستحطاط للثمن بعد العقد.

العاشر: الإستهانة بقليل الرزق.

الحادي عشر: الدخول في سوم المؤمن بيعاً أو شراء.

الثاني عشر: أن يتوكل حاضر عارف بسعر البلد، لباد غريب جاهل، بأن يصير وكياً عنه في البيع والشراء.

الثالث عشر: تلقي الركبان والقوافل للبيع عليهم أو الشراء منهم قبل وصولهم إلى البلد، ويشترط فيه أمور، الأول: الخروج بقصد ذلك، فلو خرج بدونه فاتفق ملاقة الركب فلا كراهة. الثاني: تحقق مسمى الخروج من البلد، فلو تلقى الركب اول وصوله إلى البلد، لم يثبت الحكم. الثالث: أن يكون دون الأربع فراسخ، فلو تلقى في الأربعة فصاعداً لم يثبت الحكم، بل يكون سفر تجارة، ولا يعتبر كون الركب جاهلاً بسعر البلد في ما يبيعه ويشتره، ويشمل الحكم غير البيع والشراء من سائر المعاملات.

مسألة ١: لو تلقى وفعل مكروهاً لا يثبت للبائع الخيار. نعم لو كان الغبن فاحشاً يثبت خيار الغبن، ولا يكون البيع باطلاً بناء على الحرمة.

الرابع عشر: الاحتكار، وهو حبس الطعام إنتظاراً به الغلاء. وتعرضه الأحكام الخمسة، فقد يحرم وقد يجب ، وقد يستحب، وقد يكون مباحاً، وقد يكره.

مسألة ١: يتحقق الاحتكار في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والدهن.

مسألة ٢: يُجَبَّر المحتكر على البيع ، ولا يُعَيَّن له السعر، بل له أن يبيع بما شاء. إلا إذا أجحف فيجبر على النزول من دون تسعير عليه، والحاكم الشرعي، هو الذي يجبره على البيع.

مسألة ٣: قد حدد الاحتكار في الخصب بأربعين يوماً. وفي الشدة والغلاء بثلاثة أيام.^(١)

مسألة ٤: التسعير تارة يكون بنحو الحكم من الحاكم الشرعي. وأخرى على نحو شرط في ضمن عقد لازم، وثالثة بنحو الشرط الابتدائي، وفي الأولين يجب الوفاء دون الثالث. ولو خالف وباع بالأكثر فلا ريب في الحرمة.^(٢)

فصل فيما يحرم التكسب به

مسألة ١: يحرم ولا يصح التكسب بالخمير وسائر المسكرات، والميتة ، والكلب غير الصيود

^(١) وهو على الغالب، بينما قد يكون أكثر من هذا أو أقل، حسب الظروف وحسب رأي الفقيه الولي.

^(٢) بل البطلان على الأحوط.

والخنزير. سواء كانت فيها المنافع المحللة أو لا (١) ولا فرق بين المسكر المايح والجامد، كما لا فرق في الحرمة بين بيعها وشرائها وجعلها ثمناً في البيع أو أجرة في الإجارة، وعضواً عن العمل في الجعالة، ومهراً في النكاح، وعضواً في الخلع ونحو ذلك، بل لا يجوز هبتها والصلح عليها بلا عوض أيضاً، بل لا يجوز إمساكها واقتنائها إلا للضرورة (١) الداعية إليه.

مسألة ٢: سائر الأعيان النجسة إن كانت لها منافع متعارفة محللة يجوز بيعها وشراؤها، وكذا جميع ما تقدم فيها، ولكن الأحوط كونها كالميتة والخمر والكلب في جميع ما مر .

مسألة ٣: كل عين نجس ولو كان مثل الميتة والكلب والخمر والخنزير، يكون لمن استولى عليها حق الاختصاص، سواء حصل هذا الحق من الحيابة، أو من كون أصلها ملكاً له، كما إذا صار غنمه مثلاً ميتة، أو عنبه خمراً أو نحو ذلك. وهذا الحق قابل للنقل القهري كالارث، أو الاختياري كالهبة والصلح بعوض أو بغير عوض، ويصح جعله عوضاً في جميع المعامضات، كالأجارة والجعالة ونحوها إذا جعل العوض في مقابل نفس الحق من حيث هو. ولكنه خلاف الاحتياط أيضاً، لاحتمال دخوله تحت الاكتساب المحذور. نعم لو بذل الغير مالا ليرفع صاحب الحق يده عن العين ويعرض عنها سلم عن هذا الإشكال .

مسألة ٤: يجوز بيع المملوك الكافر بجميع أقسامه حتى المرتد عن فطرة، وكذا كلب الصيد، وكذا كلب الماشية والزرع والبستان، والاحوط الترك ولا بأس باقتنائها لهذه الفائدة، كما لا إشكال في إيجارها وإعارتها.

مسألة ٥: يجوز بيع العصير المغلي قبل ذهاب ثلثيه بناء على نجاسته.

مسألة ٦: يجوز بيع مالا تحلله الحياة من الميتة -من أجزائها العشرة التي تقدمت في كتاب الطهارة- كالشعر، والصوف، والبيض، واللبن بناء على طهارته إن كانت فيها منافع محللة، وكذا ميتة ما ليس له نفس سائلة مع وجود المنفعة المحللة فيها.

مسألة ٧: لا فرق في حرمة بيع الميتة بين تمامها وأجزائها التي تحل فيها الحياة ولو جزء يسيراً منها (٢)

مسألة ٨: يجوز بيع المني بعد تحقق المنفعة المحللة له، كما يجوز بيع الدم كذلك، وكذا بيع العذرة والارواث النجسة على كراهة في الأخيرة، ولكن الاحوط في جميع ذلك الترك.

مسألة ٩: في موارد عدم جواز البيع، لا فرق بين كون مالا يجوز بيعه معلوماً بالتفصيل أو

(١) الأقوى صحة بيع أنواع الكلب المفيدة كما سيأتي.

(١) وحتى إذا كانت هناك مصلحة في اقتنائها ولم تكن محرمة جاز.

(٢) هذا هو المشهور وهو موافق للاحتياط.

بالإجمال، وكذا بين ما إذا كان المشتري مسلماً أو كافراً، مستحلاً لذلك الشيء أولاً .

مسألة ١٠ : لا بأس باقتناء الأعيان النجسة - ما عدى الكلب والخمر - ان كان فيه غرض صحيح غير منهي عنه شرعاً.

مسألة ١١ : الأعيان النجسة وان لم يكن لها ماليتها وأسقطها الشارع بناء على المشهور لكن لها حق الاختصاص لصاحبها.

مسألة ١٢ : لو تنازعا في صحة المعاملة - الواقعة على الأعيان النجسة - وعدمها، يقدم قول من يقول بالصحة^(١٣)

مسألة ١٣ : يجوز بيع الأرواث والأبوال الطاهرة مع وجود المنفعة المحللة فيها.

مسألة ١٤ : يجوز بيع كل متنجس يقبل التطهير، وكذا ما يصح الانتفاع به مع وصف النجاسة، كالقود والطابوق، والطين المتنجس. وأما ما لا يمكن الانتفاع به مع وصف نجاسته ولا يقبل التطهير، كالخل النجس مثلاً، فلا يجوز المعاوضة عليه، نعم لو فرض منفعة محللة فيه مع وصف نجاسته فيجوز بيعه حينئذ، كما في الدهن المتنجس للاستصباح وغيره.

مسألة ١٥ : كل ما اشتمل على ما يحرم أكله من غير جهة النجاسة يجوز بيعه مع استهلاكه فيه، خصوصاً إن كان في مثل الإبر التي تزرق للتداوي، بل لا محذور فيه ولو كان غير مستهلك، أو كان نجساً .

مسألة ١٦ : لو اضطر إلى التداوي بالخمر شرباً أو تزريقاً أو لطخاً تصح المعاوضة عليه ، ولكن الأحوط المعاوضة عليه باعتبار ظرفه ومحلّه، أو جعل العوض في مقابل عمل ونحوه.

مسألة ١٧ : كل حيوان غير مأكول اللحم إذا كانت فيه منفعة محللة متعارفة يجوز بيعه، وسائر المعاوضات بالنسبة إليه، صغيراً كان أو كبيراً، سباعاً كان أو غيره، ممسوخاً كان أو لا، كانت من الحشرات أو من غيرها، فيصح بيع دود القز، والعلق، ونحل العسل ونحوها من الحشرات، كما يجوز بيع الفيل ونحوه من المسوخ.

مسألة ١٨ : كل ما كان آلة للحرام بحيث كانت المنفعة المقصودة منحصرة فيه مثل: آلات اللهو من العيدان والمزامير والبرابيط، والطنبور ونحوها. وكذا آلات القمار. كالنرد والشطرنج ونحوهما يحرم بيعها وشراؤها، وكذا يحرم صنعها وأخذ الأجرة عليها أيضاً . بل يجب تغيير هيئتها ولو بالكسر. ولو كانت لها منافع محللة يجوز البيع لها. بل يجوز بيع موادها إن كانت لها ماليتها بعد الكسر، وكذا قبله، ولكن مع اشتراطه على المشتري وكونه ممن يوثق به، وكذا لو باع المادة فقط ممن يوثق بكسرها ولو لم يشترط، أو باعها بالشرط ولو ممن لا يثق به (١٤) .

(١٣) الأقرع الرجوع إلى أحكام النزاع.

(١٤) والأحوط ترك ذلك لشمول اطلاق حرمة بيع آلات اللهو لمثل هذه المعاملة.

مسألة ١٩: قد تقدم في المسألة الرابعة من (فصل حكم الأواني) عدم تمامية الدليل على حرمة اقتناء أواني الذهب والفضة، فلا وجه لحرمة بيعها وشراؤها وصياغتها وأخذ الأجرة عليها.

مسألة ٢٠: النقود المجهولة لأجل غش الناس يحرم صنعها والمعاملة بها مطلقاً، بل يجب إتلافها وإحراقها.

مسألة ٢١: يحرم بيع كل ما كان في العرف من المساعدة للحرام، كبيع العنب والتمر ليعمل خمراً، والخشب ليعمل آلة اللهو والقمار أو نحو ذلك، وتحقق المساعدة بذكر ذلك في الالتزام العقدي، وتواطئهما وبناء العقد عليه، ولو بأن يقول المشتري للبايع: يعني من العنب مثلاً لأعمل خمراً، فباعه إياه، وهكذا يبيع كل منفعة محللة على أن يصرف في الحرام، وكذا تحرم إجارة المساكن لتباع أو تحرز أو يعمل فيها المحرمات كالخمر ونحوها، وكذا يحرم إجارة السيارات والسفن والحمولة لحمل المحرمات من الخمر وغيرها بأحد الوجهين المتقدمين، كما تحرم المعاملة في المحرمات تكليفاً تفسد أيضاً، فلا يحل العوض لمن أخذه، ولا يحصل حق الاختصاص لمن انتقل إليه المحرم.

مسألة ٢٢: يجوز بيع العنب أو التمر لمن يعلم أنه يعمل خمراً من دون أن يكون يبعه لذلك، وكذا يجوز إجارة المساكن والسفن والسيارة ونحوها ممن يعلم أنه يجعلها محرراً للخمر أو لحملها فيها من دون أن تكون الإجارة لذلك، وكذا الكلام في جميع المحرمات. ولكن الأحوط تركه.

مسألة ٢٣: يحرم كل ما يوجب تقوية الباطل على الحق بأي نحو كان ولو ببيع معدات الحرب منهم، وهي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار. بلا فرق فيه بين حال قيام الحرب والهدنة إذا كان الاشتراء والجمع للتهيئة والعدة، ولا يعتبر في حرمة البيع القصد إلى الإعانة والتقوية، بل المناط الصدق العرفي^(١٥). نعم لو كان الحرب بين المسلمين وأهل الباطل يجوز البيع للمسلمين. وإذا كان بين طائفتين من أهل الباطل مهدوري الدم صح البيع لكل واحد منهما^(١٦) وإن كان الحرب بين طائفتين من محقون الدم لا بأس ببيع الأسلحة الدفاعية بخلاف الهجومية، ولا يجوز بيع الأسلحة ممن يتعدى على الناس، كقطع الطريق ونحوهم.

مسألة ٢٤: لا فرق في ما تقدم في المسألة السابقة بين البيع وسائر المعاوضات بل الهبة غير المعوضة أيضاً.

مسألة ٢٥: لو وقعت المعاملة على ما ذكر لا تفسد وإن عصى وارتكب الحرام ولكن الاحوط^(١٧) ترتيب آثار الفساد.

مسألة ٢٦: تبطل المعاملة على كل شيء ليس فيه غرض عقلائي محلل بلا فرق في ذلك الغرض بين كونه نوعاً أو شخصاً.

(١٥) أي صدق التعاون على الإثم والعدوان.

(١٦) إذا كان هدفه نصرة الحق، أما إذا أوجب انتشار الحرب وما تجره من الفساد في البلاد والعباد فلا.

(١٧) لا يترك.

فصل

مسألة ١: يحرم كل تدليس بالغير في المعاملة معه، ومنه تدليس الماشطة المرأة التي يراد تزويجها، والأمة التي يراد بيعها، ويحرم أخذ العوض عليه.

مسألة ٢: التدليس كتمان العيب واخفاؤه، وإظهار خلاف الواقع بصورة الواقع، ويتوقف ذلك على قصده وفعل ما يتحقق به ذلك، وكذا يتحقق بعلم من يعمل التدليس إن من يفعل به قاصد له.

مسألة ٣: لا بأس بتزيين الزوجة لزوجها بأي وجه أمكن وتيسر لها، مباشرة أو تسبيهاً، ولو بإظهار خلاف الواقع ما لم يترتب على ذلك محرم، ولا بأس بوصل شعر غيرها بشعرها وإن كره ذلك، ولا بأس بأخذ الأجرة على التزيين والتجميل الحلال.

مسألة ٤: الاحوط وجوباً ترك تزيين الرجل بما يختص بالمرأة وبالعكس، ويختلف ذلك باختلاف الأزمان والعادات والأمكنة، هذا في غير الحرير والذهب وأما فيهما فيحرم على الرجال مطلقاً.

مسألة ٥: الظاهر إن التزيين المرجوح للرجل بما يختص بالمرأة وبالعكس من الأمور القصدية فلا يحرم إن حصل بلا قصد واختيار.

مسألة ٦: يحرم^(١٨) حلق اللحية للرجال على الأحوط وجوباً.

مسألة ٧: يحرم التشبيب بالمرأة المحترمة المعروفة إذا استلزم ذلك إيذاءها أو فضيحتها وإغراء الناس بها، بل الأحوط^(١٩) الترك مطلقاً. وأما غير المعروفة فلا بأس بالتشبيب بها، وإن كان الأحوط^(٢٠) الترك. وأما التشبيب بالغلام^(٢١) فهو محرم على كل حال.

مسألة ٨: يحرم تصوير ذوات الأرواح مع كون الصورة مجسمة من الخشب أو المعدن أو نحوهما. بل غير المجسمة^(٢٢) أيضاً. وأما تصوير غير ذوات الأرواح كالأشجار والأوراد والبحار والجبال والشمس والقمر والآلات والأدوات ونحوها فلا بأس ولو مع التجسم.

^(١٨) كان الأولى أن يقال لا يجوز.

^(١٩) إن لم يكن أقوى.

^(٢٠) إذا انتهى إلى إشاعة الفساد فالحرمة، وإلا فلا.

^(٢١) بما يثير الغريزة الجنسية تجاهه.

^(٢٢) على الأحوط وإن كان الأقرب الجواز.

مسألة ٩: لا فرق في التصوير المحرم بين النقش والتخطيط والتطريز والحك ونحو ذلك، كما لا فرق في الحيوان المصور بين كون نوعه موجوداً أولاً، والاحوط وجوباً ترك تصوير الملك والجن والشياطين أيضاً، ولا فرق في الحيوان بين الصغير والكبير، فيشمل الذرة والفيل .

مسألة ١٠: ليس من التصوير المحرم أخذ الصورة بالأجهزة المعدة لذلك بجميع أقسامها وكيفياتها، نعم لو ترتب عليه مفسدة تحرم من تلك الجهة.

مسألة ١١: يحرم التكسب بما يحرم عمله من الصور ويحرم أخذ الأجرة عليه.

مسألة ١٢: يجوز^(٢٣) جمع الصور مطلقاً مجسمة كانت أولاً . ويجوز إقتناؤها واستعمالها والنظر إليها. نعم يكره اقتناؤها وإمسакها، خصوصاً المجسمة، لأن الكراهة فيها أشد وأكد، ولا كراهة في تماثيل غير الحيوان وإن بلغت من الحسن والجمال ما بلغت، كما لا بأس بتصوير بعض أجزاء الحيوان إن لم يقصد التمام.

مسألة ١٣: يحرم التطفيف، سواء كان في المكيل أو الموزون، أو المزروع أو المعدود أو غيرها من طرق تعيين المال.

مسألة ١٤: يحرم^(٢٤) التنجيم، وهو الإخبار بنحو الجزم عن حوادث العالم من النفع والضرر والخير والشر والصلح والحرب ونحوها من الأخبار الغيبية، مستنداً إلى التأثيرات الفلكية، معتقداً بهذا التأثير على نحو العلية في العالم.

مسألة ١٤: لا بأس بالإخبار عن الخسوف والكسوف، ودرجات الكواكب وبروجها، واقتران بعضها مع بعض وارتفاعها وحضيضها ومراتب سيرها وأضوائها، وطلوعها وأفولها إلى غير ذلك من أحوالها كما لا يخفى.

مسألة ١٥: كلما كان من شأنه الضلال والإضلال - كتاباً كان أو صحيفة أو غير ذلك - يحرم^(٢٥) بيعه وشراؤه وحفظه وتعليمه، ونسخه ومطالعة وقراءته، إن لم يكن غرض صحيح في البين، وإن كان فيه غرض صحيح يجوز ذلك كله، كما إذا كان لأجل النقض عليها مع كونه من أهله، والأمن من الضلال، وأما مجرد الاطلاع على مطالبها فليس من الأغراض الصحيحة المجوزة لحفظها لغالب الناس، فيجب عليهم التجنب عن كل ما يخالف الإسلام بل يجب إتلافها.

^(٢٣) الأحوط وجوباً عدم الاحتفاظ بالمجسمات.

^(٢٤) لعل التنجيم المحرم هو الاعتماد على قول المنجم في مقابل طرق الوحي والعقل كما الكهانة والسحر.

^(٢٥) القدر المتيقن من المحرم هو إضلال الناس، وإذا كان في إقتناء الكتب وحفظها ذلك حُرْم، والا فلا. والقدر المتيقن من كتب الضلال ما وضع لاجل ذلك، أما ما انطوى على الباطل ولو عرضاً فإنه ليس كذلك .

مسألة ١٦: يحرم إحقاق الباطل وإبطال الحق بأي وجه كان ذلك، ويحرم أخذ العوض عليه، ومنه ما يبذل للقاضي ليحكم له بالباطل، ويطلق عليه الرشوة، أو ليحكم له -حقاً كان أو باطلاً- أو ليعلمه طريق المخاصمة حتى يغلب على خصمه.

مسألة ١٧: لا بأس ببذل المال لقضاء الحاجة -سواء كانت لنفسه أو لغيره- ما لم تكن من تحليل الحرام وتحريم الحلال، ولم تكن في البين مفسدة أخرى.

مسألة ١٨: لو شك في مورد أنه من الرشوة المحرمة أو المحللة فهي محللة.

مسألة ١٩: يحرم سب المؤمن، ولا فرق فيه بين حضور المسبوب وغيبته والمرجع فيه العرف، وكلما صدق عليه عرفاً أنه سب يحرم، وكلما شك فيه لا يحرم، ولا فرق فيه بين جميع اللغات حتى لو سب أهل لغة خاصة بلغة أخرى لا يفهمها المسبوب حرم ذلك.

مسألة ٢٠: لا فرق في حرمة بين أفراد المسلمين إلا إذا تجاهر المسبوب بمخالفة الشرع بحيث ألقى الشرع احترامه، ويعتبر فيه القصد الجدي، فإذا كان من المزاح أو اللهو واللعب لا يحرم من حيث السب، كما لا فرق في حرمة بين البالغ وغيره، ولا بين الوالد والولد، والزوج والزوجة، والمعلم والمتعلم ونحوهما.

مسألة ٢١: يحرم السحر عملاً وتعليماً وتعلماً وتكسباً، سواء كان ذلك بكتابة أو تكلم، أو نفث أو عقد، أو دخنة أو تصوير، أثر ذلك في المسحور عقلاً أو قلباً أو بدنًا أو مالاً أو نومًا أو اغماء، حباً أو بغضاً أو نحو ذلك، ويلحق به استخدام الملائكة وإحضار الجن والأرواح ونحو ذلك.

مسألة ٢٢: لا بأس بحل السحر بالسحر إذا انحصر العلاج^(٢٦) به.

مسألة ٢٣: تحرم الشعبة^(٢٧) عملاً وتعليماً وتعلماً وتكسباً.

مسألة ٢٤: يحرم الغش بما يخفى في البيع والشراء كشوب اللبن بالماء، وخلط الجيد بالرديء مع كونه مخفياً من دون الاعلام به، بل يصدق الغش على كل عيب قصد به التلبيس على المشتري مطلقاً. نعم لو كان العيب واضحاً وقصّر المشتري في التوجه إليه لا يكون من الغش ولا يجب الاعلام به.

مسألة ٢٥: لا فرق في الغش بين ما إذا حصل بفعل البائع أو بغيره إذا باع المغشوش بقصد تلبيس الأمر على المشتري.

مسألة ٢٦: الغش وإن كان حراماً، لكن لا تفسد أصل المعاملة به. نعم لو كان الغش يظهار

(٢٦) وحتى عند عدم التوقف على احتياط.

(٢٧) إن اعتبرها العرف سحراً أو ترتب عليها ضرر أو مفسدة.

الشيء على خلاف جنسه، كبيع الممّوه على إنه ذهب أو فضة ونحو ذلك بطل أصل المعاملة.

٢٧: الغناء حرام، بلا فرق بين استعماله في كلام حق من قراءة قرآن أو دعاء أو غيره شعراً أو نثراً، بل يتضاعف عقابه لو استعماله في ما يطاع به الله تعالى، كقراءة القرآن ونحوها، ويستثنى غناء المغنيات في الأعراس، وإن كان الاحتياط في تركه، وقد يستثنى مراثي المعصومين خصوصاً الحسين عليه السلام، ولا وجه له بل هو حرام فيها أيضاً. وكذا الحداء لسوق الإبل .

٢٨: كما يحرم الغناء، يحرم إستماعه أيضاً وتعليمه وتعلمه والاكتساب به، ويحرم أخذ الأجرة عليه .

مسألة ٢٩: تحرم الغيبة وهي: أن يذكر الإنسان في خلفه بإظهار نقصه المستور بحيث يكره لو سمعه. ولو كان النقص ظاهراً، ولكن قصد المتكلم بذكره النقص، أو ترتب على ذكره الانتقاص قهراً فليس من الغيبة، وإن حرم من جهة أخرى، ولكن الاحوط إجراء حكم الغيبة عليه أيضاً.

مسألة ٣٠: الغيبة من الكبائر، ولا فرق في حرمتها بين كون المغتاب (بالفتح) مؤمناً اثنا عشرياً أو من سائر فرق المسلمين ما لم يحكم بكفره^(٢٨). كما لا فرق فيها بين البالغ وغيره^(٢٩)

مسألة ٣١: لا فرق في المقول بين كونه راجعاً إلى دينه أو دنياه، كهيئته وشكله ولباسه أو نحو ذلك، كما لا فرق في الذكر بين القول والإشارة والكتابة ونحوها .

مسألة ٣٢: يُعتبر فيها وجود مخاطب في البين، فلا غيبة فيما إذا ذكره عند نفسه، ولكن الأحوط الترك مطلقاً.

مسألة ٣٣: المغتاب (بالفتح) إما معلوم تفصيلاً أو مردد بين المحصور، أو غير المحصور، أو مجهول مطلق، وتتحقق الغيبة في الأولين دون الأخيرين. ولا فرق في حرمة الغيبة بين كون المغتاب شخصاً أو نوعاً كما إذا قيل: أهل بلد كذا بخيل مثلاً.

مسألة ٣٤: يحرم إستماع الغيبة المحرمة، وأما السماع فلا يحرم ما لم يتعمد ذلك، وكذا لو كانت في البين مصلحة ملزمة للاستماع.

مسألة ٣٥: يشتد عقاب المغتاب (بالكسر) إذا كان يمدح الشخص في حضوره ويغتابه في غيبته .

مسألة ٣٦: الاحوط رد الغيبة^(٣٠) لمن سمعها وقدر على ذلك.

مسألة ٣٧: يجوز الغيبة في موارد، بل قد تجب وموارد الجواز كثيرة:

^(٢٨)الظاهر إن هذا تكليف المؤمنين في هذه العصور.

^(٢٩)من الصبي المميز، اما المجنون وغير المميز فلا غيبة لهم ظاهراً.

^(٣٠)عن الأخ الإيماني باعتباره حقاً من حقوقه.

الأول: المتجاهر بالفسق^(٣١)، سواء قصد بها ارتداعه عن فسقه أو لا، ولا فرق فيه بين غيبته في ما تجاهر فيه وغيره، وإن كان الأحوط الاقتصار على الأول، ولو أبدى المتجاهر عذراً شرعياً لما تجاهر به لا يجوز غيبته.

الثاني: تظلم المظلوم في ما ظلم، والمرجع في الظلم ما هو المتعارف بين الناس، ويختلف ذلك باختلاف الأشخاص.

الثالث: نصح المستشير، والاستفتاء، والشهادة على إتيان المنكرات، وجرح الشهود والرواة، أو قصد ردع المغتاب (بالفتح) عن المنكر، أو دفع الضرر عنه، ورد من ادعى نسباً، وكذا لو كان أحد معروفاً بمعصية بين شخصين فذكره أحدهما للآخر بمعصيته المعروفة بينهما.

مسألة ٣٨: الغيبة من حقوق الناس، بل من حقوق الله تعالى أيضاً، خصوصاً إن كان المغتاب (بالفتح) من المخلصين لله تعالى، وبالنسبة إلى حق الله يسقط بالاستغفار وبالنسبة إلى المغتاب، فالأحوط الإسترضاء ومع عدم الإمكان يستغفر له.

مسألة ٣٩: يحرم القمار سواء كان بالآلات المعدة له مع العوض أو بالآلات المعدة له بلا عوض. أو بغير الآلات المعدة له بعوض، أو كان بغير عوض^(٣٢) في غير ما نص على جواز المسابقة فيه.

مسألة ٤٠: المرجع في الآلات المعدة للقمار أهل الخبرة بهذا العمل، وهي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار، وما كان أصله من آلات القمار فهجر عنه لا يلحقه حكم آلات القمار، وما كان بالعكس يلحقه الحكم.

مسألة ٤١: القمار عنوان خاص يكون أخص من مطلق اللعب واللهو. وهو من الأمور المتقومة بطرفين، فلو فعل ذلك شخص واحد في نفسه ولنفسه لا يكون منه وإن حرم من جهة أخرى، وكذا يتقوم بالقصد من الطرفين لهذا العنوان الخاص، فلو لم يكن قصد منهما أو قصد أحدهما دون الآخر، فلا حرمة من هذه الجهة.

مسألة ٤٢: لا حرمة مع الجهل بالموضوع أو النسيان، أو الاضطرار أو الإكراه أو التقية.

مسألة ٤٣: يحرم التصرف في العوض المأخوذ في القمار، فيضمن عينه مع البقاء، والعوض مثلاً أو قيمة مع التلف.

(٣١) وهو الذي يلقي عن نفسه جلباب الحياء فيصبح مفضوحاً عند الناس ولا يصدق ذلك على كل فاسق.

(٣٢) حكم الرهان سواء كان بالآلات القمار أو لم يكن هو الحرمة حسب الأدلة. أما اللعب بالآلات المعدة للقمار بلا رهان فالأحوط الاجتناب خصوصاً في مثل النرد والشطرنج الذي جاء النص بحرمته. أما بغير آلاته ومن دون عوض فإن تحريمه لا دليل عليه. أما إذا كانت آلة معينة من آلات القمار، فتبدل أمرها ولم يعد الناس يعتبرونها آله، فالجواز فيه من دون الرهان محكم، إلا أن الاحتياط يبقى في مثل النرد والشطرنج المنصوص على حرمة والله العالم.

مسألة ٤٤ : يحرم النقل والانتقال بالنسبة إلى آلات القمار ويحرم^(٣٣) إبقاؤها ويجب إتلاف صورها.

مسألة ٤٥ : تحرم القيادة والقيافة^(٣٤) .

مسألة ٤٦ : يحرم الكذب ومعناه من الأمور الوجدانية لكل أحد كالصدق الذي هو كذلك أيضاً.

مسألة ٤٧ : الكذب على الله وعلى رسوله وعلى المعصومين من الكبائر، وكذا^(٣٥) إن كان على المؤمنين، وكذا الكذب الذي تترتب عليه المفسدة. وأما مطلق الكذب فلا ريب في كونه من الصغائر والأحوط كونه^(٣٦) من الكبائر.

مسألة ٤٨ : يعتبر في تحققه ألقصد الجدي، فلو أخبر بلا قصد لا يكون حراماً، وكذا لو كان بعنوان الهزل واللغو، ولكن الاحوط الاجتناب منهما أيضاً، كما إن الإنشائيات مع عدم واقع لها لا يكون من الكذب كوعد غير العازم بالوفاء، ومدح^(٣٧) المذموم وبالعكس، وتمني المكاره، وإيجاب غير الموجب ونحو ذلك.

مسألة ٤٩ : التورية ليست بكذب وهي: أن يريد بلفظ معناه المطابق للواقع وقصد من إلقائه أن يفهم منه المخاطب خلاف ذلك مما هو ظاهر عند العرف.

مسألة ٥٠ : يجوز الكذب مع الاضطرار إليه ولا يجب التورية حينئذ ، ولكن الاحوط إعتباره مع القدرة عليها عرفاً، والضرر المسوغ للكذب ما هو المسوغ لسائر المحرمات، نعم يستحب^(٣٨) تحمل الضرر المالي الذي لا يجحف عليه تحمله.

مسألة ٥١ : يجوز الكذب مع ترتب المصلحة^(٣٩) عليه، كما يجوز الوعد الكاذب لمصلحة المدارات مع الزوجة والأهل.

مسألة ٥٢ : تحرم الكهانة، وهي عبارة عن الإخبار عما مضى أو يأتي بزعم إنه يأخذها عن الجان.

مسألة ٥٣ : اللهو حرام^(٤٠) وهو عبارة عن الإلهاء والاشتغال عن الله تعالى شأنه، وله مراتب

^(٣٢) على الاحوط.

^(٣٤) حرمة القيافة مع ترتب الآثار المفسدة عليها لا ريب فيها، ومع عدمها على الاحوط.

^(٣٥) في وجهه، بلى إذا كان فيه فساد فهو كذلك.

^(٣٦) اعتبارها من الكبائر قد يتناقض مع الاحتياط كما إذا اريد إلحاق صفة الفسق بمؤمن بسبب الكذب.

^(٣٧) عدم كونه من الكذب لا يعني حليته بل قد تنطبق عليه قاعدة فقهية اخرى.

^(٣٨) في استحباب ذلك نظر لا سيما إذا كان الضرر ظلماً من أحد.

^(٣٩) أي مصالح العباد.

^(٤٠) في إطلاقه نظر. بلى الملاهي المحرمة معروفة.

كثيرة جداً بعضها حرام والجميع مرجوح.

مسألة ٥٤: مدح شخص بما ليس فيه كذب، ومدح الظالم إن أوجب زيادة لشوكته حرام ولو كان بما فيه، ولا بأس^(١) في ما لم تترتب عليه المفسدة، بل قد يجب.

مسألة ٥٥: معونة الظالم في ظلمه حرام بل في كل محرم، وهي من الكبائر. وأما إعانته في غير المحرمات فليست محرمة^(٢) إلا إذا عد المعين من أعوانهم وممن يقوى به شوكتهم عرفاً.

مسألة ٥٦: لو كانت في البين تقية، أو ضرورة^(٣) للإعانة—أو إظهار المحبة—المحرمة، أو غير ذلك تزول الحرمة.

مسألة ٥٧: النجش حرام وهو: أن يزيد في ثمن السلعة، وهو لا يريد شراؤها ليسمعه غيره فيزيد لزيادته بشرط المواطاة مع البائع على ذلك، بل الأحوط ترك مطلق مدح السلعة في البيع لينفقها ويروجها لمواطاة بينه وبين البائع، ولا فرق فيه بين كون غرضه وصول النفع إلى البائع أو شيء آخر.

مسألة ٥٨: تحرم النميمة، وهي من الكبائر وقد تباح بل قد تجب.

مسألة ٥٩: تحرم النياحة بالباطل، كالمشتملة على الكذب وسائر الأمور غير الشرعية—ويحرم أخذ الأجرة عليها.

مسألة ٦٠: يحرم الدخول في الولايات والمناصب والأشغال من قبل الظلمة والجائرين إلا بما فيه مصلحة^(٤) المؤمنين ولا يخالف الشرع المبين.

مسألة ٦١: تجوز الولاية المحرمة مع الإكراه من الجائر، بأن يأمره بالولاية ويتوعده على تركها بما يوجب الضرر^(٥) بدنياً أو مالياً أو عرضياً عليه أو على من يتعلق به، بحيث يكون الإضرار عليه إضراراً به عرفاً، كمن يهمله أمره. ويباح به ما يلزمها من المحرمات الأخرى، وما يتفق في خلالها مما يصدر الإكراه به من الجائر، إلا في الدماء المحترمة، ويجوز للمكروه (بالفتح) تحمل الضرر المالي الذي توعد عليه وعدم قبول الولاية عن المكروه (بالكسر).

مسألة ٦٢: يعتبر في تحقق الإكراه عدم قدرة الشخص على التفصي عن توعيد المكروه (بالكسر) بما هو سهل له ولا ضرر^(٦) عليه فيه.

(١) فيه إشكال والحرمة أشبه، إذ يجب التبري منه وعدم الرضا بفعله.

(٢) الأحوط تركها إلا إذا كانت هناك مصلحة راجحة.

(٣) مثل إعانة المؤمنين، وإقامة العدل، ورد كيد الأعداء وما أشبه وهي كثيرة ومتنوعة ويعرفها المراجع، ولو كان ذلك كله باذئهم كان أولى.

(٤) مصلحة غالبية على مفسدة الولاية الذاتية

(٥) ضرراً بالغاً يسبب الحرج عليه ولا يأبه بكل ضرر.

(٦) بالغ مبلغ الحرج.

مسألة ٦٣: لا فرق في الدم المحقون -الذي لا يجوز سفكه لا إكراهاً ولا إضطراراً- بين الصغير والكبير، والذكر والأنثى، والوضيع والشريف، والعالم والجاهل.

مسألة ٦٤: يجوز أخذ الأجرة على كل مباح فيه غرض حلال، وكذا كل مكروه أيضاً، وكذا كل واجب كفائي نظامي لم يعلم أنه من الحقوق المجانية الدائرة بين البشر. وطريق الاحتياط أخذ الأجرة فيها لغير إتيان ذات ما هو الواجب، بل لسائر الخصوصيات كأخذ الطبيب الأجرة على الحضور عند المريض مثلاً لا لنفس الطبابة، وكذا يجوز على جميع المندوبات التوصلية غير المتقومة بالمجانبة، وكذا في الواجب التخييري فيجوز أخذ الأجرة على اختيار الخصوصية ولا يجوز أخذ الأجرة على الواجب العيني التعيني على الأجير. وكذا الكفائي^(٤٧) كتجهيزات الميت. نعم لو كان واجب عيني أو كفائي محفوف بأمور مباحة أو مندوبة يصح أخذ الأجرة بالنسبة إليها. وكذا لا يجوز أخذ الأجرة لتعليم الابتلايات بين الأنام من مسائل الحلال والحرام.

مسألة ٦٥: يجوز أخذ الأجرة لتعليم القرآن وسائر الكمالات الدينية أو الدنيوية، والأولى التنزه عنه في تعليم القرآن خصوصاً مع الشرط.

مسألة ٦٦: المراد بالواجب المبحوث عنه في المقام، ما إذا وجب شيء على الأجير نفسه، وأما إذا وجب على غيره ويعتبر^(*) فيه المباشرة فلا بأس بأخذ الأجرة عليه فيه.

مسألة ٦٧: يحرم هجاء المؤمن، وكذا يحرم الهجر^(٤٨) أي: الفحش من القول وما استقبح التصريح به.

مسألة ٦٨: لا يجوز بيع المصحف الشريف من الكافر ويبطل أصل البيع، والأحوط في البيع من المسلم جعل المعاوضة بالنسبة إلى الورق أو الغلاف ونحوهما، أو دفعه إليه بعنوان الهدية ودفع المشتري العوض بعنوان الهبة.

مسألة ٦٩: ما تأخذه الدولة من الضريبة على الأراضي جنساً أو نقداً وعلى النخيل والأشجار، يعامل معه معاملة ما يأخذه السلطان العادل، فتبرء ذمة الدافع عما كان عليه من الخراج الذي هو أجرة الأرض الخراجية، بل لو لم تأخذه الدولة، وأحال شخصاً على من عليه الخراج فدفعه إلى المحتال يحل له وتبرء ذمة المحال عليه عما اشتغلت به، ولكن الأحوط مراجعة الحاكم الشرعي والاستيذان منه. وحكم السلطان الموالف في ذلك حكم المخالف، والأحوط الرجوع إلى الحاكم

^(٤٧) كما هو المشهور، ولو قيل بالجواز باعتبار أخذ الأجرة على المبادرة إليه لكي يسقط عن غيره كان أشبهه، وكذا في أخذ الأجرة على الشؤون التعليمية إلا فيما يعتبر عرفاً من الحقوق المتبادلة بين العباد والتي يقبح طلب الأجرة عليها مثل إراءة الطريق.

(*) الظاهر (ولم يُعتبر) هو الصحيح.

^(٤٨) إذا كان بحيث يسبب الأذى للناس أو يكون فيه الكذب والغيبة وما أشبهه.

الشرعي في هذه الأعصار خصوصاً في الموالف.

مسألة ٧٠: جوائز السلطان يجوز أخذها والتصرف فيها، كما يجوز أخذها بعوض من البيع ونحوه.

مسألة ٧١: يجوز لكل أحد أن يتقبل الأراضي الخراجية ويضمنها من الدولة بشيء وينتفع بها بأي نفع محلل شاء، أو يقبلها ويضمنها لغيره، ولو بالزيادة، ويختص جميع ما قلناه بخصوص الشيعة (رفع الله شأنهم) بل يعم (٤٩) جميع المسلمين (زاد الله في شوكتهم).

مسألة ٧٢: الأموال المشتبهة بالحرام لا تخلو عن صور أربع: فإما أن يعلم بالتفصيل أنه حرام بجميع أجزائه وجزئياته وليس فيه حلال أبداً (٥٠)، وأما أن يعلم ذلك بالعلم الإجمالي المنجز (٥١) من كل جهة، أو بالعلم (٥٢) الإجمالي غير المنجز أو لا علم في البين أصلاً بل يكون من مجرد الشبهة فقط. ولو وقع مال محرم في يده، فإما أن يعلم صاحبه ومقداره (٥٣) أو لا يعلم كلا منهما (٥٤) أو يعلم الصاحب (٥٥) دون المقدار، أو يكون (٥٦) بالعكس.

مسألة ٧٣: لو دفع شخص مالاً إلى أحد ليصرفه في طائفة، وكان المدفوع إليه بصفتهم، كما إذا دفع إلى فقير مالاً - زكاة أو غيرها - ليصرفها في الفقراء، أو دفع إلى سيد خمساً ليصرفه في السادة ولم يعين شخصاً معيناً، جاز له أن يأخذ مثل أحدهم من غير زيادة، كما يجوز له أن يصرفه في عياله خصوصاً إذا قال: إن هذا المال للفقراء أو السادة وأن مصرفه ذلك ولكن الاحوط التنزه عنه إلا بالاذن الصريح.

مسألة ٧٤: تقدم سابقاً أن طلب الرزق ينقسم بانقسام الأحكام الخمسة: الوجوب والحرمة والاستحباب والكراهة والاباحة، وكذلك طلب العلم ينقسم حكمه إلى الاحكام الخمسة، وعند المزاحمة وقدم المرجح من كل جهة يرجح طلب الفقه، إن كان الطالب واجداً للشروط.

كتاب البيع

(٤٩) سائر المسلمين يعملون بفتاوى أئمتهم وعلمائهم، ولكن الجواز هنا قد يعني جواز التعامل معهم فيما أخذوه من الدولة كذلك.

(٥٠) والحكم فيه الاجتناب.

(٥١) والحكم فيه كالسابق.

(٥٢) والحكم فيه الجواز على كراهية وكذا حكم التالي.

(٥٣) فيعطيه إياه.

(٥٤) فيكون من الحلال المشتبه بالحرام الذي حكم بعض أقسامه اعطاء الخمس.

(٥٥) وهنا يسترضيه بما يتفقان عليه صلحاً.

(٥٦) وهنا مورد رد المظالم.

فصل : البيع : جعل^(٥٧) عين بإزاء عوض.

مسألة ١ : عقد البيع يحتاج إلى إيجاب وقبول، وكفي كل لفظ ظاهر في المعنى المقصود كبتت وملكت ونحوهما في الإيجاب، وقبلت، واشتريت، ورضيت، وابتعت ونحوها في القبول، وكذا في جميع العقود فيكفي فيها أيضاً الظهور^(٥٨) في المعنى المقصود.

مسألة ٢ : لا يعتبر في عقد البيع العربية، بل يصح بكل لفظ^(٥٩) حتى مع القدرة على العربية. وكذا لا يعتبر الماضوية فيصح بالمضارع أيضاً، وكذا لا يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والهيئة والأعراب بعد الظهور العرفي في المعنى المقصود، خصوصاً في اللغات المحرفة عند سواد الناس، كأن يقول بعث - بفتح الباء، أو كسر العين، أو سكون التاء -.

مسألة ٣ : يجوز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان بمثل اشتريت وابتعت، وكذا إن كان بمثل قبلت ورضيت ولكن الاحوط المنع فيهما، ويصح أيضاً إن كان بنحو الأمر والاستيجاب، كما إذا قال من يريد الشراء: بعني هذا الشيء بكذا، وقال البائع بعثك بما قلت وإن كان الاحوط فيه إعادة القبول.

مسألة ٤ : يعتبر الموالاة بين الإيجاب والقبول، والمراد بها عدم الفصل الطويل بينهما بما يخرجهما عن عنوان العقد والمعاقدة عند العرف، ولا يضر الفصل بحيث يصدق معه أن هذا قبول لذلك الإيجاب.

مسألة ٥ : يعتبر في العقد التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو اختلفا^(٦٠) - بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث المشتري أو المبيع أو الثمن أو توابع العقد من الشروط وقبل المشتري على وجه آخر - لم ينعقد.

مسألة ٦ : لو قال البائع : بعث هذا من موكلك، فقال الوكيل : إشتريته لنفسي لم ينعقد^(٦١) ، ولو قال بعث هذا من موكلك فقال الموكل الحاضر غير المخاطب : قبلت يصح حينئذ. ولو قال : بعثك هذا بكذا فقال : اشتريت لموكلي فإن كان الموجب قصد وقوع البيع للمخاطب من حيث هو وبنفسه لم ينعقد، وأما إن كان قصده أعم من كونه أصيلاً أو وكيلاً أو نائباً صح العقد.

^(٥٧) بل هو تمليك شيء بعوض أو مبادلة مال بمال.

^(٥٨) ويكفي الظهور عند طرفي المعاملة ولو بالإشارة وما أشبهه.

^(٥٩) بل تكفي الكتابة والتوقيع على المعاهدة والإشارة كالصفقة وما أشبهه.

^(٦٠) وكان الاختلاف بحيث فقد التراضي أما الاختلاف اليسير الذي لم يفقد وحدة الرضا فلا بأس به.

^(٦١) إن كانت خصوصية المشتري مهمة عند البائع. أما إذا كان هدفه مجرد البيع من أي شخص كان فلا بأس، كما إذا ذهب اثنان إلى محل وطلبا الشراء فظن صاحب المحل أنه يبيع هذا بينما المشتري كان ذاك فلا بأس.

مسألة ٧ : لو قال بعتك هذا بألف فقال: اشتريت بعضه بألف او بخمسائة لم ينعقد^(٦٢) ولو قال: اشتريت كل نصف منه بخمسائة يصح.

مسألة ٨: لو قال البائع لشخصين: بعكما بألف فقال أحدهما اشتريت نصفه بخمسائة لم ينعقد، ولو قال كل منهما ذلك صح البيع.

مسألة ٩: لو قال البائع: بعتك المبيع بالثمن المعلوم على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام - مثلاً- فقال: اشتريت، فإن أحرز -ولو من القرائن الحالية أو المقامية- أن مراده القبول مع شرط الخيار صح البيع، وإن أحرز من القرائن أنه قصد الشراء بلا خيار لم ينعقد البيع^(٦٣)، ولو انعكس بأن أوجب البائع بلا شرط وقبل المشتري مع الشرط فلا ينعقد مع الشرط، وكذا مطلقاً.

مسألة ١٠: يعتبر في العقد أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء، فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب لم ينعقد^(٦٤).

مسألة ١١: يقوم مقام اللفظ مع التعذر^(٦٥) لخرس أو غيره، الإشارة المفهومة ولو مع التمكن من التوكيل، ويقوم مقامه الكتابة مع العجز عنه وعن الإشارة.

مسألة ١٢: يقع البيع بالمعاطاة سواء كان في الخطير أو الحقيق، وهي في الغالب عبارة عن تسليم العين بقصد كونها ملكاً للغير بالعوض، وتسليم شيء آخر من الطرف بعنوان العوضية.

مسألة ١٣: يجوز في المعاطاة جعل الثمن كلياً في ذمة المشتري، ويصح السلف المعاطاتي، كما تجوز النسبة المعاطاتية.

مسألة ١٤: يعتبر في المعاطاة جميع ما يعتبر في البيع العقدي ما عدى الصيغة من شروط المتعاقدين والعوضين، فلا تصح مع فقد شيء منها، ويتحقق فيها الخيارات الآتية في محلها. وتسقط بما تسقط الخيارات في البيع اللفظي، فلو كان المبيع معيباً وتصرف فيه ليس له خيار العيب.

^(٦٢) إذا كان هدفه بيعه بالكامل وليس بالتجزأة، أما إذا كان هدفه البيع بأية صورة فإن ركن التراضي في البيع متوفر فهو صحيح. وهكذا في الفرع التالي.

^(٦٣) إن كان التراضي مبتنياً على هذا الشرط فقد التراضي من دونه لم ينعقد، وإن كان الشرط ليس أساسياً عند البائع بل إضافياً، بحيث كان أصل الرضا موجوداً عنده فالقول بالصحة ليس ببعيد، وهذا الفرع سارٍ في كل شرط أو شرط من أبعاد البيع، فكلما فُقد ركن التراضي لم ينعقد وإذا لم يفقد ينعقد.

^(٦٤) قد يكون هذا صحيحاً فيما إذا كان المشتري فاقداً لشرط القبول ثم بعد الإيجاب وُجد عنده مما أثر على ركن التراضي، أو فقد البائع الأهلية بالموت قبل قبول المشتري، أما إذا نام البائع بعد إيجابه فقبل المشتري فقد يقال بصحة البيع لأن شرط التراضي متوفر، والمعيار صدق التعاقد عرفاً وقد تختلف الأعراف فيه، وعلينا اتباع العرف السائد عند المتعاقدين.

^(٦٥) ولو من دونه كما سبق.

مسألة ١٥ : تتحقق المعاوضة بوصول المبيع إلى المشتري والعوض إلى البائع إن كان ذلك بعنوان إنشاء البيع الفعلي، وكذا بالمقاولة والمراضاة على العوضين بقصد إنشاء البيع الفعلي وإن لم يكن إعطاء في البين^(٦٦).

مسألة ١٦ : لو لم يمكن تمييز البائع عن المشتري بالقرائن المعتبرة، فأصل المعاوضة صحيحة، ولكن لا تترتب الآثار الخاصة للبائع ولا للمشتري على كل واحد منهما بالخصوص ويصح أن تكون معاملة مستقلة.

مسألة ١٧ : البيع العقدي لازم من الطرفين إلا مع وجود خيار في البين، أو إقالة من الطرفين، وأما المعاوضة فيصح القول^(٦٧) باللزوم فيها أيضاً، ولكن الاحوط التراضي إن أراد أحدهما، الرد دون الآخر.

مسألة ١٨ : تلزم المعاوضة بتلف أحد العينين، أو التصرف المغير، أو الناقل للعين بلا فرق بين النقل اللازم والجائز، ولو عادت العين بفسخ أو نحوه فلا يعود التراد .

مسألة ١٩ : لو امتزجت العينان أو أحدهما فلا رجوع، خصوصاً إن لحق ذلك بالتلف، وكذا لو تصرف في العين تصرفاً مغيراً للصورة كطحن الحنطة وفصل الثوب.

مسألة ٢٠ : لو مات أحدهما لم يكن لوارثه الرجوع، ولو جن يقوم وليه مقامه في الرجوع^(٦٨)
مسألة ٢١ : لو وهب أحد المتعاطيين ما وصل إليه هبة غير معوضة ليس للمالك الأول الرجوع في الهبة.

مسألة ٢٢ : لو باع العينَ ثالثاً فضولاً وأجاز المالك الأول يكون ذلك رجوعاً، ولو أجاز المالك الثاني قبله نفذ ويلزم المعاوضة ولا رجوع للأول، ولو أجازا متقارنين وكان إجازة المالك الأول بعنوان الرجوع نفذ^(٦٩) ولا يبقى موضوع لإجازة المالك الثاني ، ولو رجع المالك الأول في المعاوضة فأجاز الثاني الفضولي لغت الإجازة سواء قلنا بأنها ناقلة أو كاشفة.

مسألة ٢٣ : النماء يكون لمن انتقل إليه وإن رجع المالك الأول، فالنماء المنفصل والمستوفاة لا رجوع فيهما، والنماء المتصل يكون لمن رجع.

مسألة ٢٤ : التعاطي الحاصل في ضمن العقود اللفظية الفاسدة، إن كان الرضاء به مقيداً بذلك

(٦٦) أصل العقد التراضي، حيث يلتزم كل منهما بشيء شريطة التزام الآخر بشيء آخر، وهذا التراضي يعكسه اللفظ حيناً والفعل حيناً ومن دونهما يصعب القول بصحة العقد.

(٦٧) وهو الأظهر والاحتياط استجابي .

(٦٨) إن قلنا بأن المعاوضة غير لازمة.

(٦٩) فيه نظر، وكل هذه الفروع مبنية على أن مثل هذا العقد جائز ذاتاً.

العقد لا يكون من المعاطاة، وإن كان الرضاء حاصلًا (٧٠) على أي تقدير، أو كان في البين رضاء مستقل بالتعاطي مع قطع النظر عما حصل في العقد اللفظي يكون ذلك من المعاطاة.

مسألة ٢٥: لو أريد جعل شرط في ضمن المعاطاة من إثبات خيار، أو إسقاطه، أو جعل مدة لأحد العوضين أو نحو ذلك، فالاحوط (٧١) إجراء الصيغة وجعل ذلك في ضمنها.

مسألة ٢٦: تجري المعاطاة في جميع العقود، لازمة كانت أو جائزة، إلا ما دل الدليل على عدم جريانها فيه.

مسألة ٢٧: كما يقع العقد بالمباشرة يقع بالوكالة أو الولاية من طرف واحد أو طرفين. ويجوز لشخص واحد تولي طرفي العقد أصالة من طرف ووكالة أو ولاية من آخر، أو وكالة أو ولاية من الطرفين، أو وكالة من طرف وولاية من آخر.

مسألة ٢٨: لا يجوز تعليق العقد على شيء غير حاصل (٧٢) حينه سواء علم حصوله فيما بعد أولاً، ولا على شيء مجهول الحصول حينه، وأما تعليقه على ما هو معلوم الحصول حينه - كما إذا قال بعتك إن كان اليوم يوم السبت وكان كذلك فيجوز، وكذا يجوز إن قال: أنت وكيلتي ولا تبع الا يوم الجمعة بخلاف (٧٣) ما إذا قال: أنت وكيلتي في يوم الجمعة في البيع، أما التعليق على لوازم العقد وشرائطه مع تحققها حين العقد والعلم بذلك فلا بأس به.

مسألة ٢٩: لو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضموناً عليه، بمعنى أنه يجب عليه أن يرده إلى مالكة مع وجوده، ومع التلف بآفة سماوية وجب عليه رد عوضه من المثل أو القيمة.

فصل في شروط المتعاقدين

(٧٠) كما هو الغالب.

(٧١) وإن كان الاقوى جواز التراضي عليه من دون صيغة، فيصبح العقد ملفقاً بين اللفظي والفعلي.

(٧٢) إذا كان ذلك مغللاً بركن التراضي وعقد النية بين الطرفين، أما إذا كان التراضي متوفراً كأن يكون التعليق على شيء خارج عن العقد ذاته فلا بأس، وكذلك إذا كان ظاهر الكلام تعليقاً وواقعه جزءاً، كما إذا قال بعتك إن طلعت الشمس .

(٧٣) والظاهر صحة هذه الوكالة أيضاً إلا أنها خلاف الاحتياط.

الأول : البلوغ فلا يصح بيع الصبي وإن كان مميزاً^(٧٤) وكان باذن الولي إذا كان مستقلاً في إيقاع المعاملة، نعم لو كانت المعاملة بين البالغين الكاملين وكان الصبي كمجرد الآلة لا بأس به .
مسألة ١: بيع الصبيان، تارة يكون بلا اجتماع الشرائط ولا ريب في البطلان، وأخرى يكون مع اجتماع الشرائط حتى اذن الولي وثالثة يكون مع اجتماع الشرائط غير اذن الولي، ولو شك في ان بيع الصبي جامع للشرائط أو لا، فيحمل على الصحة^(٧٥) ولا فرق فيما تقدم بين الجليل والحقير .

مسألة ٢: يجوز تملك الصبي للمجانبات كالهبات والعطيات، والصدقات.

مسألة ٣: تثبت الوضعيات غير المتوقفة على القصد بالنسبة إلى الصبيان كالنجاسة، والطهارة والجنابة ونحوها، وأما الضمانات المالية والجنائية ففيها^(٧٦) وجهان.

مسألة ٤: عبادات الصبي صحيحة شرعية مع اجتماع الشرائط، والمشهور صحة وصيته إذا بلغ عشرًا.

مسألة ٥: النزاع في أن عقد الصبي صحيح أو باطل لا ثمره له في هذه الأعصار، وينحصر مورد العقد بالنكاح والإيقاع بالطلاق.

الثاني: العقل فلا يصح بيع المجنون.

الثالث: القصد فلا يصح بيع النائم، والهازل والغالط والساهي.

مسألة ١: لا يصح وحدة البائع والمشتري، بأن يبيع شخص ماله لنفسه ويشتريه لنفسه بماله، ويصح^(٧٧) أن يكون البائع أو المشتري أو كلاهما كلياً، كما يجوز أن يكون شخصاً خارجياً فيهما أو في أحدهما ويجوز الاختلاف بأن يكون أحدهما كلياً والآخر شخصياً خارجياً، بل يجوز أن يكون أحدهما أو كلاهما فرداً مردداً بعد أوله إلى التعيين.

مسألة ٢: لا يعتبر في قوام المعاوضة تعيين من يبيع ومن يشتري والعلم به إلا فيما إذا كان هناك غرض صحيح في البين كبيع الكلي، أو الشراء بثمن كلي .

مسألة ٣: لو كان أحد المتعاقدين أو كلاهما يعقد عن الغير - وكالة أو ولاية - فتارة تكون في البين قرائن خاصة معتبرة معلومة على الوكالة أو الولاية، فيصح حينئذ توجيه الخطاب إلى نفس العاقد من دون ذكر الوكالة أو الولاية، وأخرى، تكون هنا قرينة عامة ظاهرة في ان المخاطب

^(٧٤) والظاهر صحة معاملته المسبوقه أو الملحقه بإذن الولي وذلك إذا كان مميزاً، والاحوط في الأمور المهمة التي لم تجر السيرة بمعاملة الصبي فيها عدم ترتيب الأثر على معاملته.

^(٧٥) الحمل على الصحة في معاملته محل نظر.

^(٧٦) فيه تفصيل، فقد يكون الولي ضامناً إذا قصر في ضبطه، وقد لا يكون الضامن أحداً فيكون الإلتلاف كالقدر.

^(٧٧) كل ذلك إذا تحققت أركان العقد الخارجية مثل الجزم في الانشاء، وان يعتبر العرف ذلك عقداً.

ملحوظ بالعنوان الأعم من المباشرة أو الوكالة والولاية كما في المعاوضات، فيصح حينئذ توجيه الخطاب إلى نفس الطرف من دون ذكر الولاية أو الوكالة، وثالثة؛ لا يكون كذلك فلا بد من ذكرهما.

مسألة ٤: لو نذر أن لا يعقد مع شخص فعقد معه، فهل يبطل أصل العقد أو يصح وان فعل حراماً وتعلق به الكفارة؟ الظاهر صحة العقد، وكذا لو نذر أن لا يبيع ماله بأقل من ألف دينار - مثلاً - فباعه بالأقل.

الرابع: الاختيار، فلا يصح البيع من المكره، والمرجع فيه إنما هو العرف. ويصح بيع المضطر إليه وان كان حاصلاً من إلزام الغير لشيء، كما إذا الزمه ظالم على دفع مال فاضطر إلى بيع داره لدفع ذلك المال إليه، ولا فرق في الضرر المتوقع به بين أن يكون متعلقاً بالمكره بنفسه أو عرضه أو ماله، أو تعلق بمن يرتبط به كأولاده وعياله ممن يكون الضرر عليهم ضرره، ولو رضي المكره بالبيع صح ولزم.

مسألة ١: لو شك في أنه^(٧٨) مُكْرَهٌ أم لا، صح عقده ولزم.

مسألة ٢: لو حصل منه الرضاء وطيب النفس فعلا مع الإكراه لأجل الجهل بالحكم، أو اعتقاد أنه لا بد من طيب النفس في مورد الإكراه أيضاً ففي صحة العقد إشكال^(٧٩).

مسألة ٣: لو اعتقد الإكراه وأوقع العقد فبان عدمه، يشكّل الصحة ويصح في العكس.

مسألة ٤: لا يعتبر عدم إمكان التفصي بالتورية في الإكراه، فلو أُكْرِهَ على البيع، فباع قاصداً للمعنى مع إمكان التورية، بأن لا يقصد المعنى اصلاً، أو يقصد معنى آخر غير البيع، يكون مُكْرَهًا ولا أثر لبيعه إلا بعد الرضاء به عن اختيار.

مسألة ٥: لو تمكن من تخليص نفسه عن ضرر المُكْرَهَ بالاستعانة بمن يقتدر على ذلك، بلا ضرورة حينئذ ومشقة ومع ذلك لم يفعل لا يكون مُكْرَهًا^(٨٠).

مسألة ٦: لا فرق في الإكراه بين الوضعيات والتكليفيات من حيث الموضوع، فإذا تحقق الإكراه على محرم من المحرمات ترتفع حرمة، وكذا الوجوب عند الإكراه على تركه.

مسألة ٧: لو أكرهه على أحد أمرين: إما بيع داره أو عمل آخر، فباع داره، فإن كان في الشيء الآخر محذور ديني أو دنيوي يتحرز منه ولا يطيب نفسه بوقوعه، وقع البيع مُكْرَهًا عليه، وإلا^(٨١) وقع مختاراً.

^(٧٨) فيه إشكال إلا إذا كان بالنسبة إلى الغير كما لو شك المشتري بأن البائع مُكْرَهٌ.

^(٧٩) الأظهر الفساد.

^(٨٠) الإكراه من الأمور الوجدانية، والمدار فيها الصدق حسب تشخيص الفرد نفسه، والإنسان على نفسه بصيرة.

^(٨١) والمعيار هو تشخيص الفرد نفسه، حيث إنه أعرف بمدى استقلالية إرادته في تنفيذ العقد.

مسألة ٨: لو أكرهه على بيع أحد الشئيين على التخيير، فكلمما وقع منه كان مُكْرَهًا عليه، ولو أوقعهما معاً تدريجاً يقع الأول مُكْرَهًا عليه دون الثاني، وأما لو أوقعهما معاً دفعة يصحان^(٨٢) معاً، ولو أكرهه على بيع شيء معين فضم إليه غيره وباعهما معاً، بطل بالنسبة إلى ما أُكْرِهَ عليه وصح بالنسبة إلى البقية.

مسألة ٩: لو أكرهه على الجنس، فإن كان جميع أنواعه غير جائز يتحقق الإكراه، كما إذا أكرهه إما على شرب الخمر أو المغصوب أو المتنجس مثلاً، ولو كان بعض أنواعه جائزاً، فلا يتحقق الإكراه كما إذا أكرهه على شرب الخمر أو المغصوب أو الماء مثلاً، وكذا في الوضعيات فلو أكرهه على بيع داره أو كتبه، أو فرشه يتحقق موضوع الإكراه، وأما لو أكرهه إما على بيع داره أو أداء دينه فلا يتحقق موضوع الإكراه.

مسألة ١٠: لو أكره أحد الشخصين على شيء يتحقق الإكراه بالنسبة إلى كل منهما، إلا إذا اطمأن أحدهما بأنه لو لم يفعل يأتي به الآخر فلا يتحقق الإكراه بالنسبة إليه حينئذ، وكذا لو كان كل واحد منهما عالماً بأن الآخر يأتي بالمكره عليه، فمن بادر لا يكون مكرهاً عليه، وفعله يوجب سقوط الإكراه بالنسبة إلى الآخر أيضاً. ولو كان وقت الفعل متسعاً يجوز المبادرة مع خوف لحقوق الضرر في تركها ولا يجوز مع عدمه في الإكراه على المحرمات.

مسألة ١١: لو قال بع دارك أو دار زيد فضولياً ليس ذلك من الإكراه فلو باع داره يقع صحيحاً

مسألة ١٢: قد يكون الإكراه بالنسبة إلى المالك والعاقد معاً، سواء اتحدا أو تعددا وحكمه معلوم، وقد يكون بالنسبة إلى المالك دون العاقد، كما إذا أُكْرِهَ المالك على التوكيل في بيع داره فالمالك مُكْرَهٌ والوكيل العاقد مختار، وهذه الصورة من صغريات بيع الفضولي، وقد ينعكس الأمر بان يكون المالك مختاراً والعاقد مُكْرَهًا، كأن يقول المالك لشخص بع مالي وإلا أقتلك، ولا إشكال في صحة البيع في هذه الصورة.

الخامس: كونهما مالكين للتصرف، فلا تقع المعاملة عن غير المالك، إذا لم يكن وكيلاً عنه أو ولياً عليه، كالأب والجد والوصي عنهما، والحاكم الشرعي، ولا من المحجور عليه، لسفه أو فلس، أو غير ذلك من أسباب الحجر، والمراد بعدم الوقوع عن غير المالك، كالفضولي والمحجور عليه عدم اللزوم والنفوذ لا كونه لغواً بحيث لا يقبل الإنفاذ، فلو أجاز المالك العقد الواقع من غير المالك أو أجاز من له الحق العقد الواقع عن غيره صح ولزم.

^(٨٢) لعدم الإكراه، ولكن إذا كان الأمر بحيث يصدق الإكراه على بيعهما معاً بطل البيع، مثلاً إذا أجزه السلطان على بيع أحد العقارين إما داره أو بستانه الذي تقع الدار فيه، ولم يكن له غرض في دار بلا بستان أو بستان بلا دار، فباعهما صدق الإكراه.

مسألة ١: لا فرق في صحة بيع الفضولي - مع اجازة المالك - بين ما إذا قصد وقوعه للمالك وما إذا قصد وقوعه لنفسه، كما في بيع الغاصب ومن اعتقد أنه مالك وليس بمالك، كما لا فرق فيما إذا قصد الوقوع عن المالك، بين ما إذا سبقه منع المالك عن البيع وما لم يسبقه المنع.

مسألة ٢: لا فرق في صحة الفضولي، بين كون الثمن من الغير أو كون المثلث منه أوهما كذلك، ولا بين كون مورده العين الخارجي أو الكلي في ذمة الغير، سواء كان هو الثمن أو المثلث أو هما معاً، كما يجوز أن يكون بالاختلاف بان يكون أحد العوضين عين مال الغير والآخر كلياً في ذمة الغير.

مسألة ٣: لا فرق في صحة الفضولي بين ما إذا كان بالعقد أو بالمعاطة.

مسألة ٤: يعتبر في صحة الفضولي إجازة من له الحق، وهي تقع باللفظ الظاهر في الرضا بما وقع ظهوراً عرفياً مثل: أجزت، وأنفذت، ورضيت ونحوها، وكقوله للمشتري: بارك الله فيه ونحو ذلك من الكنايات التي هي أبلغ من التصريح، ويقع بالفعل الكاشف عرفاً عن الرضاء بالعقد، كما إذا تصرف في الثمن أو أجاز البيع الواقع عليه، وكما إذا امكنت الزوجة من نفسها إذا زوجت فضولاً، ونحو ذلك من الأفعال.

مسألة ٥: الإجازة من الأمور القصدية وليست من الأمور الانطباقية القهرية، فلو صدر منه لفظ أو فعل بلا قصد لا تتحقق به الإجازة، وكذا لو شك في كون اللفظ أو الفعل كاشفاً عن الرضا ولم يكن قرينة في البين على أحد الطرفين، لا تتحقق الإجازة.

مسألة ٦: لو تنازعا في ظهور ما صدر في الرضا وعدمه، فالقول قول المنكر بيمينه.

مسألة ٧: لا يكفي مجرد الرضا الباطني من دون كاشف عنه في البين في الخروج عن الفضولية، فيحتاج نفوذ العقد إلى الإجازة^(٣) خصوصاً إذا لم يلتفت حين العقد إلى وقوعه، لكن كان بحيث لو التفت لكان راضياً .

مسألة ٨: الاحوط انه يعتبر في نفوذ الإجازة أن لا يسبقها الرد.

مسألة ٩: الإجازة كاشفة عن صحة العقد الصادر من الفضولي من حين وقوعه، فتكشف عن أن المبيع كان ملكاً للمشتري والثمن ملكاً للبائع من زمان وقوع العقد، فكأن الإجازة وقعت حين العقد لا أن تكون ناقلة بمعنى: كونها شرطاً لتأثير العقد من حين وقوعها، وكأن العقد وقع حين الإجازة، وتظهر الثمرة بينهما في النماء المتخلل بين العقد والإجازة، فعلى الأول نماء المبيع للمشتري ونماء الثمن للبائع، وعلى الثاني بالعكس، وفي جواز تصرف الأصيل فيما انتقل إليه مع

(٣) بالفعل أو القول أو كتابة أو إشارة، درء للنزاع، وهذا الحكم موافق للاحتياط.

علمه بتحقيق الإجازة فيجوز^(٨٤) بناء على الكشف دون النقل، ولا يجوز مع عدم علمه.

مسألة ١٠: لا تورث^(٨٥) الإجازة لو مات المالك قبلها، وإنما تورث ما يكون مورد الإجازة.

مسألة ١١: تتعلق الإجازة بالعقد، وأما القبض والاقباض الحاصل فالاحوط^(٨٦) فيهما الاذن الجديد.

مسألة ١٢: الإجازة ليست على الفور فيصح التأخير فيها، ولو تضرر الأصل فله الخيار بعد^(٨٧) عدم إمكان الإيجاب.

مسألة ١٣: الإجازة تارة موافقة لما وقع كما وكيفاً، وأخرى مخالفة له من حيث النقيصة أو من حيث الزيادة، وكل منهما تارة بالنسبة إلى الجزء وأخرى بالنسبة إلى الشرط، فهذه أقسام خمسة ولا ريب في صحة القسم الأول، وكذا في البقية إن انحل الالتزام العقدي^(٨٨) والاجازي إلى التزامات متعددة حسب تعدد انحلال المتعلق.

مسألة ١٤: لو أجاز المالك بعد إيجاب الفضولي وقبل قبول الأصل، صح العقد وليس من الفضولي المعهود.

مسألة ١٥: لو باع المالك شيئاً مع تحقق قصد إنشاء البيع منه كالفضولي وقبل المشتري ولكن قال المالك أجزى بعد ثلاثة أيام -مثلاً- يصح البيع.

مسألة ١٦: لا يعتبر في الفضولي وحدة المكان، فلو كان الفضولي في بلد والأصل في بلد آخر والمجيز في بلد ثالث وحصل العقد والإجازة بينهم بالوسائل الحديثة صح ولزم.

مسألة ١٧: لا يشترط في الفضولي قصد الفضولية، فلو تخيل كونه ولياً أو وكيلاً فباع، ثم بان الخلاف يكون من الفضولي، وأما العكس بأن تخيل كونه غير جائز التصرف ثم بان أنه كان يجوز له التصرف بالولاية أو الوكالة أو كونه مالكاً يصح البيع في الجميع^(٨٩)، ولكن يحتاج إلى الإجازة في اللزوم، وكذا لو باع شيئاً لنفسه وانكشف كونه ولياً أو وكيلاً فالباع فيهما صحيح^(٩٠)

مسألة ١٨: يعتبر في المجيز أن يكون جائز التصرف حين الإجازة بالبلوغ، والعقل، والرشد، وعدم الحجر، ولا يعتبر في صحة الفضولي وجود مجيز حال العقد فيصح ولو تجدد حال

^(٨٤) فيه نظر.

^(٨٥) ويحتمل أن تورث بناءً على أنها من حقوق الملك وليس من أحكامه.

^(٨٦) إلا إذا كان من شؤون العقد فإجازته إجازة لهما، وهو الأظهر.

^(٨٧) وربما معه أيضاً، حيث لم نتأكد من لزوم العقد قبل الإجازة.

^(٨٨) طبعاً يكون حينئذ للأصل الخيار.

^(٨٩) إلا إذا كان قصده في بيع غيره مختلفاً عن بيعه للملك، بحيث لم يتمش منه قصد جدي في بيع ملكه، فحينئذ يحتاج الأمر إلى الإجازة وإلا فهو ماض.

^(٩٠) بالشرط المذكور سابقاً.

الإجازة، كما لا يعتبر فيه أن يكون جائز التصرف حين العقد على فرض وجوده، فإذا كان المالك غير جائز التصرف حين العقد لمانع من صغر، أو سفه، أو جنون أو نحو ذلك ثم ارتفع المانع فأجاز تنفيذ إجازته.

مسألة ١٩: لا يعتبر في المجيز أن يكون مالكاً حين العقد، فيجوز أن يكون المالك حين العقد غير المالك حين الإجازة كما إذا مات المالك حين العقد قبل الإجازة فيصح بإجازة الوارث، وكما إذا باع المالك العين بعد وقوع عقد الفضولي وقبل الإجازة فتصح الإجازة للمنتقل إليه وإن لم تصح بالنسبة إلى المنتقل عنه لفوات محل الإجازة بالنسبة إليه بالانتقال عن ملكه.

مسألة ٢٠: لو باع شيئاً فضولة ثم ملكه - إما باختياره كالشراء أو بغير اختياره كالارث - لم يبيع بإجازته بعدما ملكه.

مسألة ٢١: يعتبر في عقد الفضولي الذي يصير لازماً بالإجازة أن يكون جامعاً لجميع شروط العقد والعوضين والمتعاقدين، ويعتبر في المجاز أن يكون معلوماً للمجيز فلا يكفي إجازة المجهول إلا إذا علم بالقرائن أنه يجيز ويرضى بكل ما وقع وتحقق.

مسألة ٢٢: لو وقعت بيوع متعددة على مال الغير فصوره أربع، الأولى: ما إذا وقع على نفس مال الغير مكرراً. الثانية: ما إذا وقع عليه من أشخاص متعددين. الثالثة: ما إذا وقع من شخص واحد على الاعراض والأثمان بالتراخي، الرابعة: ما إذا وقع على العوض الشخصي مراراً، والقاعدة الكلية التي ذكرها الأصحاب أن العقود الواردة على مال المجيز يصح المجاز وما بعده دون ما قبله، والعقود الواردة على بدل ماله يصح المجاز وما قبله دون ما بعده.

مسألة ٢٣: الرد الذي يوجب بطلان عقد الفضولي إما قولي، وإما فعلي كما إذا تصرف فيه بما يوجب فوت محل الإجازة عقلاً كالاتلاف، أو شرعاً كالعقود الذي يفوت به محل الإجازة مطلقاً حتى بالنسبة إلى غير المالك.

مسألة ٢٤: قد يكون الرد مانعاً عن لحوق الإجازة بالنسبة إلى خصوص المالك حين العقد فقط لا مطلقاً، كالتصرف الناقل للعين كالباع والهبة ونحوهما، حيث إن بذلك لا يفوت محل الإجازة إلا بالنسبة إلى المنتقل عنه فقط، وأما المنتقل إليه فله أن يجيز بناء على عدم إعتبار كون المجيز مالكاً حين العقد كما مر.

مسألة ٢٥: يجوز التوكيل في الرد القولي والفعلي.

مسألة ٢٦: لو آجر المالك العين ثم أجاز البيع لفضولي تصح الإجازة بإجازة الأصيل.

مسألة ٢٧: كل لفظ أو فعل شك في كونه رداً لا يثبت به الرد.

مسألة ٢٨: لو باع الفضولي بخيار ففسخ ثم أجاز المالك تصح الإجازة^(٩١) وإذا باع الفضولي بخيار ففسخ المالك يصح فسخه.

مسألة ٢٩: لو اختلفا في أنه هل رد المالك العقد أو لا، فالقول قول المنكر، وكذا لو رد واختلفا في أنه هل أجاز قبل ذلك أو لا، يقدم قول منكر الإجازة.

مسألة ٣٠: لا يعتبر في الرد العلم بخصوصيات العقد، فيكفي رد العقد بنحو الإجمال.

مسألة ٣١: إذا لم يجز المالك عقد الفضولي -سواء تحقق منه الرد أو تردد- يجوز له انتزاع عين ماله مع بقاءه ممن وجده في يده، وله الرجوع بمنافعه في هذه المدة، وله مطالبة الباع الفضولي برد العين ومنافعها إذا كانت في يده وقد سلمها إلى المشتري^(٩٢) ولو كانت في رده مؤونة وجبت عليه، هذا مع بقاء العين، وأما مع تلفها فيرجع بدلها إلى من تلفت عنده.

مسألة ٣٢: لو تعاقبت أيادي متعددة على العين، بأن كانت مثلاً بيد الباع الفضولي وسلمها إلى المشتري وهو إلى الآخر وتلفت عنده، تخير المالك في الرجوع في أخذ البديل إلى أي واحد منهم وله الرجوع إلى الكل موزعاً عليهم بالتساوي أو التفاوت، وقرار الضمان على من تلف العين في يده إن لم يكن مغروراً وإلا فعلى الغار، هذا بالنسبة إلى ضمان أصل العين.

وأما الزيادة الفعلية أو السوقية فضمانها على من حصلت عنده، وقرار الضمان على من نقصت لديه، وإذا رجع المالك إلى أحد واستوفى حقه منه ليس له الرجوع إلى آخر بعد ذلك، هذا حكم المالك مع الفضولي وكل من جرت يده على ماله مشترياً كان أو غيره.

وأما حكم المشتري مع الباع الفضولي، فمع علمه بكونه غير مالك، فالمعروف أنه ليس له الرجوع بعوض الثمن إذا تلف عند الباع وعندى فيه إشكال^(٩٣) بل منع، وطريق الاحتياط التراضي، ومع البقاء يجوز له الاسترداد، كما أنه يجوز له الرجوع مع الجهل بكونه فضولياً سواء كان الثمن باقياً أو تلفاً، ولا يجوز للفضولي التصرف في ما انتقل إليه مع علم المشتري بالفضولية.

مسألة ٣٣: كل ما يغرمه المشتري للمالك، أو ترد عليه من الخسارة يرجع به إلى الباع مع الجهل بكونه فضولياً، بل مع العلم أيضاً إذا صدق الغرور منه عرفاً، وإن لم يصدق الغرور فلا رجوع في صورة الجهل فضلاً عن صورة العلم، وكل ما اغترم المشتري للمالك بدل النماءات

^(٩١) فيه نظر لأن العقد ينهدم به فلا يبقى محل للإجازة.

^(٩٢) هذا إذا لم يسقط عنه الضمان لسبب شرعي مثل قاعدة الإحسان، حيث إن أصل عقد الفضولي قد بحث في مورد التفضل من جانب الباع والإحسان كما إذا كان المال في معرض التلف فباعه الفضولي إنقاذاً له.

^(٩٣) إذ المشتري لم يقدم على إتلاف ماله، ولم يكن معتدياً ولا متعاوناً مع معتدي، إذ الفضولي لم يفعل حراماً.

التي استوفها يرجع به إلى البائع^(٩٤) فضلاً عما اغترم له عما لم يستوفه وفات عنده مع الجهل، فإذا اشترى داراً مع الجهل بأن البائع غير مالك وأنها مستحقة للغير، وسكنها مدة ثم جاء المالك وأخذ داره وأخذ منه أجره مثل الدار في تلك المدة، له أن يرجع بها إلى البائع وكذا يرجع إليه بكل خسارة وردت عليه، مثل نفقة الدابة، وما صرفه في العمارة، وما تلف منه وضاع من الغرس أو الزرع أو الحفر وغيرها، فإن البائع الغير المالك ضامن لدرك جميع ذلك، وللمشتري الجاهل أن يرجع بها إليه، ولا فرق في ذلك كله بين تمام المبيع أو أجزائه أو أوصافه.

مسألة ٣٥: كل ما يرجع المشتري به على البائع إن رجع المالك إليه، لا يرجع البائع به على المشتري إن رجع المالك عليه، وما لا يرجع المشتري به على البائع كمساوي الثمن من القيمة، يرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك.

مسألة ٣٦: لو كان فساد العقد مستنداً إلى سببين: تغيير البائع وجهة أخرى، يؤثر كل سبب مقتضيه^(٩٥).

مسألة ٣٧: لو مات الغار يجوز للمغرور الرجوع إلى ورثته ويخرج المال من الأصل، كما إنه لو مات المغرور يقوم ورثته مقامه في مطالبة حق مورثهم.

مسألة ٣٨: لو أحدث المشتري فيما إشتهر فضولة -بناءً أو غرساً أو زرعاً- فرد المالك، يجوز له إلزام المشتري بإزالة ما أحدثه وتسويته الأرض ومطالبته بأرش النقص لو كان، ولا يضمن المالك ما يرد عليه من الخسران، كما أن للمشتري إزالة ذلك^(٩٦) مع ضمانه أرش النقص الوارد على الأرض، وليس للمالك إلزام المشتري بالإبقاء ولو مجاناً، كما أنه ليس للمشتري حق الإبقاء ولو بالأجرة، ولو حفر بئراً أو أجرى نهراً في أرض الغير، وجب عليه طمها وردها إلى الحالة الأولى لو أراد المالك وأمكن، وضمن أرش النقص لو كان، وليس له مطالبة المالك أجره عمله أو ما صرفه فيه من ماله^(٩٧) وإن أراد به القيمة، كما أنه ليس له رده إلى الحالة الأولى بالطم ونحوه لو لم يرض به المالك، نعم يرجع بجميع ذلك من أجره عمله وكل ما صرفه من ماله وكل خسارة وردت عليه إلى البائع مع الغرور، وكذا الحال فيما إذا أحدث المشتري فيما اشتراه صفة محضاً في العين المشتراة كطحن الحنطة وغزل القطن أو نسجه أو صياغة الفضة.

مسألة ٣٩: لو جمع البائع بين ملكه وملك غيره في بيع واحد، أو باع ما كان مشتركاً بينه وبين

^(٩٤) هذا هو المشهور، والاحوط التراضي في المنافع التي استوفها، وإن كان الأقوى ما عليه المشهور.

^(٩٥) لدى صدق الغرر واستناد فعله إليه عرفاً

^(٩٦) إذا لم يكن فيه جهة أخرى محرمة مثل الاسراف أو الافساد في الأرض بعد إصلاحها، وعلى الثاني قد يحمل النبوي من زرع في أرض قوم بغير اذم فليس له من الزرع شيء وترد عليه نفقته.

^(٩٧) قد يقال أن له مطالبة البائع بذلك، وربما يطالب البائع المالك إذا كان محسناً كما سلف القول فيه.

غيره نفذ البيع بالنسبة إلى ملكه بما قابله من الثمن، ويتوقف نفوذه في ملك الغير على إجازته، فان أجازته صح، وإلا فللمشتري خيار الفسخ من أصله مع جهله.

مسألة ٤٠ : طريق معرفة حصة كل منهما من الثمن أن يقوم كل منهما بقيمته الواقعية، ثم يلاحظ نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة الآخر، فيجعل نصيب كل منهما من الثمن بتلك النسبة، فإذا باعهما معاً بستة وكانت قيمة أحدهما ستة وقيمة الآخر ثلاثة يكون حصة ما كان قيمته من ستة الثمن نصف حصة الآخر منها فأحدهما إثنان وللآخر أربعة.

مسألة ٤١ : لو كان مالكاً لنصف الدار -مثلاً- وقال بعث نصف الدار فان كانت قرينة دالة على انه أراد نصفه المختص به أو نصف الغير أو النصف المشاع بينه وبين غيره عمل به، وان لم تكن قرينة خارجية معينة في البين وأراد نفس مفهوم هذا اللفظ يحمل على نصفه المختص به^(٩٨) ولا فرق فيه بين كون البائع أجنبياً أو مأذوناً في بيع النصف الآخر وكالة أو ولاية.

مسألة ٤٢ : لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله في صفقة واحدة -كبيع الخل والخمر معاً- يصح في المملوك ويبطل في غيره.

مسألة ٤٣ : يجوز للأب والجد للأب وإن علا أن يتصرفا في مال الصغير بالبيع والشراء والإجارة وغيرها، وكل منهما مستقل في الولاية، وُجِدَ الآخر أو لا. ولا يعتبر العدالة فيهما، ولا يعتبر في نفوذ تصرفهما المصلحة^(٩٩) بل يكفي عدم المفسدة.

مسألة ٤٤ : كما أن للأب والجد الولاية في مال الصغير بأنواع التصرفات، لهما الولاية في نفسه بالإجارة والتزويج ونحوهما، إلا الطلاق فلا يملكانه، بل ينتظر بلوغه، ولا يلحق به فسخ عقد النكاح عند موجه وهبة المدة في المتعة.

مسألة ٤٥ : ليس بين الأقارب من له الولاية على الصغير غير الأب والجد للأب بل هم كالأجانب^(١٠٠) حتى الأم والأخ والجد للأم، ولو فُقدَ الأب وكان الجد وأب الجد موجوداً وهكذا يشترك الجميع في الولاية، ومن سبق تصرفه من الأب أو الجد -في مال الصغير أو في نفسه- ينفذ ولا يبقى موضوع لللاحق، وإن علم التقارن ينفذ تصرف الجد ولغا^(١٠١) تصرف الأب.

مسألة ٤٦ : لا يجب على الأب أو الجد المباشرة فيما يتولاه، ويجوز الاستنابة أيضاً، كما أنه

^(٩٨) إن كان ذلك هو المفهوم من كلامه عرفاً.

^(٩٩) التفكيك بين المصلحة وعدم وجود المفسدة صعب والاحوط رعاية المصلحة هنا وفي كل ولاية.

^(١٠٠) الأحوط رعاية ولايتهم منضمة الى ولاية الحاكم.

^(١٠١) في غير النكاح الأحوط رعاية الحقين.

لو كان التصرف في مال الصغير بتوقف على أجرة، يجوز إخراجه من ماله ولا يجب على الولي بذل المال، ولو تولى الولي العمل بنفسه يجوز له أخذ أجرة المثل من المال.

مسألة ٤٧: كما ان للأب والجد للأب الولاية على الصغير في زمان حياتهما، كذلك لهما نصب القيم بعد وفاتهما فينفذ منه ما كان ينفذ منهما، ويعتبر فيه الوثيقة والأمانة كما يعتبر في تصرفه المصلحة ولا يكفي مجرد عدم المفسدة.

مسألة ٤٨: لو فُقدَ (١٠٢) الأب والجد والوصي عنهما، يتصرف المجتهد العادل في أموال الصغار بما أدى إليه نظره من اعتبار المصلحة أو كفاية عدم المفسدة، ومع فقدته يرجع الأمر إلى عدول المؤمنين فيتصرفون في أموالهم بما فيه صلاحهم.

مسألة ٤٩: هل تعتبر العدالة في ولاية المؤمنين موضوعاً أو أن اعتبارها طريقي للإتيان بالعمل والقيام به على الوجه الشرعي، فيكفي مطلق الاطمئنان والثوق بالإتيان؟ المتيقن هو الأخير، والأول يحتاج إلى دليل وهو مفقود، وهل يكون إذن الحاكم الشرعي -على فرض التمكن منه - شرطاً (١٠٣) الوجوب أو شرط الواجب أو ليس منهما بل هو طريق للإتيان بالعمل مطابقاً للوظيفة الشرعية.

مسألة ٥٠: لو وقع العمل من الفاسق وشك في صحته وفساده بيني على الصحة (١٠٤) ولو شك في أنه هل أتى بأصل العمل أو لا، وأخبر بالإتيان، لا يسقط عن الغير إلا إذا حصل من خبره الوثوق والاطمئنان.

مسألة ٥١: لو شرع في الإتيان بالعمل يجوز لغيره مزاحمته. بل لو شرع الفقيه في عمل مما له الولاية عليه يجوز للفقيه الآخر مزاحمته.

مسألة ٥٢: يجب أن يكون ما يؤتى به موافقاً للموازن الشرعية ويجزي ان يكون بحسب تكليف نفسه.

مسألة ٥٣: لو لم يتمكن بنفسه من التصدي، وتوقف ذلك على معين ومعاون وجب الإعلام، كما لو توقف التصدي على بذل مال، فإن وُجدَ باذل أو بيت مال معد لذلك يجب، وكذا إن كان المورد تصرفاً مالياً، يجوز أخذ ما يحتاج إليه مع المصلحة، وإن لم يكن كذلك يعطل ولا

(١٠٢) سبق أن الاحتياط يقتضي بإذن اوليائهم من أرحامهم، وذلك مثلاً بتخصيصهم من قبل الفقيه بالتصرف، أو استيذانهم في التصرف، وهكذا في عدول المؤمنين.

(١٠٣) الاحتياط ذلك .

(١٠٤) إذا لم يكن لأبالياً، بحيث لا يحمل الناس امره على الصحة.

يجب عليه بذل المال لذلك^(١٠٥)

مسألة ٥٤: لو أتى بها الصبي جامعاً للشرائط فالظاهر السقوط عن الغير وإن كان خلاف الاحتياط في العباديات.

مسألة ٥٥: يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم ثمناً أو مثنماً أن يكون مسلماً، فلا يجوز نقله إلى الكافر، وأما إجارته منه أو إرتهانه لديه أو إعارته فيجوز^(١٠٦)، وكذا الملك القهري كالارث، ولكنه لا يقر على ملكه بل يجبر على البيع، والمشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر.

فصل في شرائط العوضين^{١٠٧}

وهي أمور:

الأول: يشترط في المبيع أن يكون عيناً^(١٠٨) متمولاً، سواء كان موجوداً في الخارج أو كلياً في ذمة البائع أو في ذمة غيره، كأن يبيع ما كان له في ذمة غيره بشيء، فلا يجوز أن يكون المبيع

^(١٠٥) إلا إذا عرف من الشرع إرادته بكل وسيلة، مثل إنقاذ الغريق فإن بذل المال مقدمه للواجب واجب وكذا في غيره من الأمور المطلوبة شرعاً.

^(١٠٦) الاحوط عدمه.

^(١٠٧) بداية الجزء ١٧ من موسوعة "مهذب الأحكام".

^(١٠٨) في اشتراط كونه عيناً نظراً.

منفعة^(١٠٩)، كمنفعة الدار ونحوها، أو عملاً كخياطة الثوب مثلاً، أو حقاً كحق التحجير والاختصاص. وأما الثمن، فيجوز أن يكون منفعة أو عملاً متمولاً، بل حقاً قابلاً للنقل والانتقال، بل يجوز أن يكون حقاً قابلاً للإسقاط وإن لم يكن قابلاً للنقل والانتقال، كحق الخيار والشفعة، وإن كان الاحوط خلافه.

الثاني: تقدير (١١٠) مقدار العوضين بكلما تعارف تقديرهما به: وزناً أو كيلاً أو مساحة أو غيرها (١١١) من انحاء التقديرات، فلا يكفي مجرد المشاهدة والمجازفة، ولا تقديره بغير ما يكون به تقديره، كتقدير الموزون بالكيل أو العد، والمعدود بالوزن أو الكيل، إذا لم يعلم قدر الوزن في الأول والعدد في الثاني، وأما إذا علم بذلك أيضاً فيصح ويجزي، ولو كيل جملة مما يُعدّ أو مما يُوزن بمكيال ثم يحسب الباقي بحسابه يصح ولا إشكال فيه.

مسألة ١: يجوز الاعتماد على إخبار البائع بمقدار المبيع فيشتره مبنياً على ما أخبر به إن حصل الاطمينان من قوله، ولو تبين النقص فله الخيار، فإن فسخ يرد تمام الثمن وإن أمضى ينقص من الثمن بحسابه، ولو تبين الزيادة فهي للبائع وللمشتري الخيار^(١١٢).
مسألة ٢: كما يصح الاعتماد على قول البائع مع حصول الاطمينان، يصح الاعتماد على قول أهل الخبرة أيضاً مع حصوله.

مسألة ٣: لو كان شيء له أجزاء وأفراد وهي متحدة من كل جهة في أصل المالية وخصوصياتها الموجبة لزيادة الرغبات والقيمة، يجوز بيع ذلك الشيء بأنحاء مختلفة:
الأول: بيع المجموع من حيث المجموع.
الثاني: الجزء المشاع منه -ثلثاً أو ربعاً أو عشاراً أو غير ذلك.
الثالث: بيع فرد موجود في الخارج في ضمن الكلي المتحقق فيه.
الرابع: أن يبيع في الذمة بشرط إعطائه مما في الخارج، هذا في المتساوي، وأما في مختلف الأجزاء فلا يجوز^(١١٣).

(١٠٩) بناءً على اشتراط العينية.

(١١٠) على الاحوط خصوصاً إذا لم يعتمد على بيع المجازفة.

(١١١) كالزمن مثل عمر الأشجار والحيوانات.

(١١٢) فيما لو كانت شركته مع البائع نقصاً في الصفقة، ولكن في غير ذلك لا يكون الأمر كذلك، كما لو باع طناً من الخنطة فتبين أنه طن ونصف فيأخذ البائع نصف الطن وتبقى البقية للمشتري ولا خيار له لأنه لم يقع في صفقته نقص.

(١١٣) إذا كانت الصفقة غريبة (توجب الجهالة والاختلاف).

مسألة ٤: كل مورد يكفي المتعارف فيه بالمشاهدة تجزي المشاهدة عن الوزن والكيل والعد، وما تعارف الاكتفاء في تعيين مقداره بالمساحة لا بد من التعيين بها ويجوز غيرها إن أفاد فائدتها، كما أنه يصح الاكتفاء بالمقاييس الحديثة المصنوعة لتعيين مقدار جملة من الأشياء.

مسألة ٥: إذا اختلفت البلاد في طريق تعيين المقدار، فلكل بلد حكم نفسه، ومع اختلاف بلد الوجود والمعاملة، فالمدار على بلد المعاملة إن لم تكن (١١٤) قرينة على الخلاف.

مسألة ٦: إذا كان الشيء معلوماً للمتعاملين قبل المعاملة يصح الاكتفاء به ما لم يتغير، وإذا كان العوضان معلومين حين إنشاء المعاملة، وعرضت الجهالة عليهما بعد تمامية العقد لا يضر ذلك بالصحة. وكذا تصح المعاملة لو كانا مجهولين حين الانشاء وعلمتا بانهما يصيران معلومين حين التسليم والتسلم.

مسألة ٧: لو كان المبيع معلوماً عند الوكيل المفوض ولم يكن معلوماً عند الموكل تصح المعاملة، ويمكن الصحة في العكس أيضاً.

مسألة ٨: لو كان الثمن معلوماً عند البائع دون المشتري والمثمن معلوماً عند المشتري دون البائع فكل منهما يعلم بالكمية في الجملة وأنه وصل بقدر عوض ماله إليه تصح (١١٥) المعاملة.

مسألة ٩: لا يجب ذكر المقدار في المعاملة لفظاً إذا كان معلوماً بلا فرق بين المعاطاة وغيرها، فلو كان عند البائع كيس من السكر وزنه كيلو -مثلاً- وقيمته درهم وكان في يد المشتري درهم فقال البائع بعث هذا بهذا صح.

مسألة ١٠: لو وقعت المعاملة ثم شك في أن العوضين كانا معلومين حين البيع أولاً، تحمل على الصحة الا مع القرينة على الخلاف.

الثالث من شرائط العوضين: معرفة جنسهما وأوصافهما التي تتفاوت بها القيمة وتختلف بها الرغبات، إما بالمشاهدة أو التوصيف الراجع للجهالة. ويجوز الإكتفاء بالرؤية السابقة إذا اطمأن بالبقاء وعدم التغير، وإذا تبين التغير تخير المتضرر منهما، وهو البائع إن تغير إلى ما يوجب زيادة القيمة، والمشتري إن تغير إلى ما يوجب النقصان. ولو إتفقا على الصفات السابقة وأنها كانت كذا وكذا باتفاق منهما واختلفا في البقاء إلى حال العقد وعدمه، فادعى احدهما البقاء وأنكره الآخر يقدم قول من يدعي البقاء، وكذا لو علم حصول التغير وشك في تاريخه وأنه حدث بعد العقد أو قبله مع العلم بتاريخ العقد. وكذا مع الجهل بتاريخ وقوع العقد، وإن إتفقا على الصفات الموجودة حال العقد وأختلفا في أنها هي المرئية سابقاً، أو أنها زالت وهي غيرها

(١١٤) وإذا اتفق الطرفان على التعامل بغير وضع البلد ورفع الغرر من الصفقة جاز لهما ذلك.

(١١٥) إذا لم يعد عرفاً غريباً لعدم معرفة قيمة المبادلة. بلى إذا كان عارفاً بما لديه بما يرفع الغرر كفى.

فللمتضرر منهما الخيار. وكذا الكلام لو إتفقا على التغيير بعد المشاهدة ووقوع العقد على الوصف المشاهد واختلفا في تقدم التغيير على البيع وعدمه.

مسألة ١١: كل شيء جرت السيرة فيه على إختباره طعماً أو ريحاً يجوز فيه الاختبار كذلك، بل قد يجب، كما يجوز الإعتماد على التوصيف والإشتراط، بل يجوز الإعتماد على إصالة الصحة وعدم (١١٦) الفساد. وما يفسده الاختبار يجوز إبتياغه بلا إختبار معتمداً (١١٧) على التوصيف أو الإشتراط، أو الأصل (١١٨)، وحينئذ فإن ظهر عيب فله خيار العيب على تفصيل يأتي في محله، وإن ظهر عدم المالية له رأساً يتدارك (١١٩) بالأرش المستوعب.

مسألة ١٢: بيع المجهول من كل جهة باطل، وكذا مع المعلوم بحيث تسري الجهالة إليه أيضاً، وأما بيعه تبعاً للمعلوم فيصح، وكذا بيع كل واحد منهما مستقلاً بأن ينحل البيع الى بيعين. مسألة ١٣: يجوز بيع الظرف مع المظروف ومنه بيع المسك في فأره، ويجوز أن يندر للظرف بما هو معلوم المقدار بلا زيادة ونقيصة، أو معهما لكن بما يتسامح فيه، وإن كان مع أحدهما بما لا يتسامح فيه فلا يصح البيع .

الرابع من شروط العوضين: كونهما ملكاً طلقاً، فلا يجوز بيع الماء والعشب والكلاء قبل حيازتها، والسموك والوحوش قبل إصطيادها، والموات من الأرض قبل إحيائها، نعم إذا استنبط بئراً في أرض مباحة ملك ماءها، وكذا لو حفر نهراً وأجرى الماء من ماء مباح (١٢٠) كالشط - مثلاً- ملك ماءه فله حينئذ بيعه، كسائر أملاكه، وكذا لا يجوز بيع الرهن الا بإذن المرتهن أو إجازته، وإذا باع الراهن العين المرهونة ثم إفتكت يصح البيع بلا حاجة إلى الإجازة. ويجوز بيع العبد الجاني -عمدياً كانت الجناية أو خطأ- نعم يكون للمشتري الخيار مع جهله بذلك.

مسألة ١٤: لا يجوز بيع الوقف إلا في مواضع:

الاول: عدم إمكان الانتفاع المناسب للعين الموقوفة مع بقائها، كان ذلك لأجل الخراب أو غيره، كانت منفعة في الجملة لها أو لا.

(١١٦) فيما يرتفع به الغرر عرفاً مثل أصل عدم الفساد أما كفاية اصالة الصحة في الخصوصيات التي تختلف الاذواق فيها ويحصل الغرر بعدمه فلا يجوز الاعتماد عليه.

(١١٧) ويكفي ان يكون هناك شرط ضمني عند العرف باشتراط الصحة والظاهر ارتفاع الغرر في مثله بذلك .

(١١٨) حسب تفصيل مضى .

(١١٩) والاقوى بطلان البيع رأساً فيرجع كل بما له، وهذا هو مقتضى شرط الصحة شرطاً ضمناً .

(١٢٠) شريطة ألا يتعلق به حق أحد من المسلمين بتفصيل يذكر في كتاب الإحياء.

مسألة ١٥: لو بيع الوقف يكون الثمن في حكم المثل، فيشترك جميع البتون فيه، ويجري عليه كل ما كان للمثل من الخصوصيات والجهات، ولا يحتاج في جريان حكم الوقف على الثمن إلى اجراء صيغة الوقف.

مسألة ١٦: يجب شراء ما فيه الصلاح بحكم الثقات ولو كان من غير المماثل (١٢١)، والمتولي للبيع مَنْ يقوم بأمر الوقف مع مراجعة الحاكم الشرعي (١٢٢) وملاحظة الخصوصيات وسائر الجهات.

مسألة ١٧: لو لم يتمكن من شراء البدل، ينتفع الموجودون بالثمن ولو بالاتجار به إلى أن يتمكن من البدل.

مسألة ١٨: حكم عدم الانتفاع ببعض العين الموقوفة، حكم عدم الانتفاع بكلها، فيجري فيه جميع ما مر في الكل، ولو كان سقوط المنفعة والانتفاع ما دامياً لا دائماً بحيث حرم البطن الموجود عن الاستفادة فقط، يجوز التبدل مراعاةً لحق الموجودين مع عدم الاضرار بالنسبة الى اللاحقين.

مسألة ١٩: لو كان للعين الموقوفة ناظر فبيعت لأجل عروض المحوز للبيع يبقى الناظر على ما كان.

مسألة ٢٠: قد يقال بجواز بيع الوقف مع تغير عنوانه، كما إذا وقف بستاناً فصار عرصة وذهبت الاشجار.

مسألة ٢١: لو خرجت العين الموقوفة عن الانتفاع المعتد به لجهة من الجهات، بحيث يصح أن يقال في العرف انه لا منفعة لها - كما إذا انهدمت الدار وصارت عرصة - ويمكن اجارتها بمقدار جزئي وكانت بحيث لو بيعت وبدلت بمال آخر يكون نفعه متساوياً مع الأول (١٢٣) أو قريباً منه يجوز بيعه. وكذا لو صارت المنفعة قليلة بحيث لا تلحق بالمعدوم، ولكن كان بحيث لو بيع يشتري بثمانه ماله (١٢٤) نفع كثير يجوز البيع حينئذ أيضاً.

الثاني: ما إذا أدى بقاءه إلى سقوط منفعته والانتفاع به سواء كان ذلك لخلاف بين أربابه أو بسبب آخر، بشرط أن يكون تأدية البقاء إلى الخراب بتصديق أهل الخبرة به (١٢٥). ولو فرض امكان الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كالانتفاع السابق لا يجوز بيعه.

(١٢١) رعاية المماثل احوط.

(١٢٢) احتياطاً .

(١٢٣) أي حينما كان في وضع عادي.

(١٢٤) ويكون بحيث إذا لم يبعه يصبح مضاراً بحال الموقوف عليهم .

(١٢٥) وهكذا لو كان بقاء الوقف ضرراً على الناس (الموقوف عليهم او غيرهم) مما ينفية حديث لا ضرر.

الثالث: أن يشترط الواقف بيعه عند حدوث أمر من قلة المنفعة، أو كثرة الخراج، أو وقوع خلاف بين الموقوف عليهم، أو حصول ضرورة وحاجة شديدة لهم، فيجوز بيعه وتبديله حينئذٍ.

مسألة ٢٢: لا يجوز بيع أم الولد، ويتحقق الموضوع بمجرد الحمل أيضاً بشرط أن لا يموت ولدها في حياة سيدها، وإلا فهي كسائر المماليك يجوز بيعها، كما يشترط أن يكون الحمل في زمان الملك، فلو ملكها بعد الحمل لا يجري عليها الحكم، ولو مات الولد من الصلب وبقي ولد الولد ففي جريان الحكم إشكال.

مسألة ٢٣: قد استثنى من عدم جواز بيع أم الولد مع حياة ولدها مواضع كلها مورد المناقشة، إلا في موضع واحد وهو بيعها في ثمن رقبته مع إعسار مولاه، والمتيقن من هذه الصورة أيضاً صورة موت المالك، بأن مات مديناً بئمنها ولم يترك سواها، وأما مع حياة مولاه فالحكم بالجواز مشكل.

مسألة ٢٤: لا يجوز بيع الأرض المفتوحة عنوة، وهي الماخوذة من يد الكفار قهراً المعمورة وقت الفتح، فانها ملك للمسلمين كافة، فهي باقية على حالها بيد من يعمرها، ويؤخذ خراجها ويصرف في مصالح المسلمين. وأما ما كانت مواتاً حال الفتح، ثم عرض لها الأحياء فهي ملك لمحبيها. وبذلك يسهل الخطب في الدور، والعقار، وبعض الاقطاع من تلك الأراضي فيعامل معها معاملة الأملاك، حيث أنه من المحتمل أن المتصرف فيها ملكها بوجه صحيح فيحكم بملكية ما في يده، ما لم يعلم خلافها، والمتيقن من المفتوح عنوة بعض أرض العراق وبعض الاقطار ببلاد العجم.

الشرط الخامس من شروط العوضين: القدرة على التسليم فلا يجوز بيع الطير المملوك الطائر في الهواء، والسمك كذلك السائر في الماء مع عدم قدرة المشتري على الأخذ (١٢٦) ولو قدر المشتري على التسلم ولم يقدر البايع على التسليم يصح. والعبرة في هذا الشرط على زمان استحقاق التسليم دون العقد. فلو كان مفقوداً حين العقد وموجوداً حين التسليم يصح بخلاف العكس، ولا فرق بين كون القدرة شرطاً أو العجز مانعاً.

مسألة ٢٥: لو أمكن التسليم والتسلم حدوثاً، فمات أحد المتعاقدين عنه، ثم طرأ العجز يوجب ذلك الخيار، وأما إذا لم يمكن ذلك من الاول بطل العقد.

مسألة ٢٦: لو عجز الوكيل في إجراء العقد عن التسليم والتسلم وقدر الأصيل عليه صح العقد بخلاف العكس إلا في الوكيل المفوض.

(١٢٦) إذا كان التسليم ميؤوساً منه. ولو كان ممكناً وشرطه المشتري والا فسخ العقد جاز على الاظهر.

مسألة ٢٧: المشهور أنه لا يجوز بيع الآبق منفرداً، نعم لو اشتراه المشتري للعتق وأعتقه مع عدم تسلمه يصح البيع.

مسألة ٢٨: كل مورد قلنا ببطان البيع لعدم القدرة على التسليم، لو باع البايع واشترط للمشتري رد الثمن أو مثله مع عدم تسليم المبيع على النحو الذي باعه يصح البيع، وكذا لو اشترط المشتري على البايع ذلك. ويصح بيع الضال والمجحود مع هذا الشرط أيضاً.

مسألة ٢٩: يجوز بيع الآبق مع الضميمة، وكذا (١٢٧) بيع اللبن في الضرع، وبيع السمك في الأجمة.

فصل في الخيارات

الخيار: سلطنة خاصة على حل العقد لطرفيه أو لأحدهما فقط على ما سيأتي.
وهي أقسام:

الاول: خيار المجلس، فإذا وقع البيع فللمتبايعين الخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا سقط الخيار من الطرفين ولزم البيع من الجانبين، وبكفي في الافتراق مجرد صدقه العرفي ولو تحقق بأقل من مقدار خطوة. ولا يعتبر فيه أن يكون عن الرضا فيسقط به الخيار ولو كان عن الغفلة والنسيان والاضطرار. (١٢٨)

مسألة ١: يثبت هذا الخيار للوكيل المفوض إليه أمر العقد من كل جهة دون غيره، وهل يثبت هذا الخيار للموكلين أيضاً مع ثبوته للوكيل المفوض، أو لمطلق الوكيل - لو قلنا به - مطلقاً، أو لا يثبت مطلقاً، أو يفصل بين حضورهما في محل العقد فيثبت وعدم الحضور فلا يثبت، أقوال (١٢٩) ذهب الى كل فريق، ويمكن تأييد الأخير. ولو قلنا بعدم الخيار للوكيل وثبوته للموكل فهل يجوز نقله الى الوكيل وتفويضه إليه، وجهان. (١٣٠)

مسألة ٢: لا يثبت هذا الخيار للفضولي. (١٣١)

(١٢٧) أي يجوز مع الضميمة كأن يبيع سمكاً في يده مع ما في الاجمة.
(١٢٨) في الإضطرار نظر، كما إذا تناديا بالبيع وهما في قارين ثم فرقهما الريح العاصف، أو تخابرا بالماتف فانقطع الخط، والظاهر بقاؤه إن تجدد اللقاء حتى يفترقا أو اعيد الاتصال، بل وكذلك في الغفلة والنسيان إذا لم يعبر افتراقهما عن الرضا والله العالم.
(١٢٩) أصل الخيار للبائع، والبائع عرفاً هو الوكيل المفوض إليه أو الأصيل عند عدم التفويض، ولكن إذا كان الاصيل حاضراً وأراد إستخدام حقه في الخيار فله ذلك.

(١٣٠) الاظهر صحة ذلك لان الخيار حق قابل للانتقال

(١٣١) إن اعتبرناه كالوكيل المفوض كان له الخيار. والظاهر إن الأمر كذلك.

مسألة ٣: لو كان العاقد واحداً لنفسه أو عن إثنين ولاية أو وكالة فلا خيار له ويمكن فرض الخيار في من يعتقد على أحد المتبايعين.

مسألة ٤: لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع بجميع أقسامه حتى بيع الصرف والسلم أيضاً.

مسألة ٥: مبدأ هذا الخيار من حين العقد .

مسألة ٦: يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في العقد. ويسقط أيضاً باسقاطه بعد العقد.

مسألة ٧: لو قال أحدهما لصاحبه اختر فإن ملك حق خياره إليه يسقط خياره، وإن فوّض إعمال خياره إليه لا يسقط الا بإعمال المفوض إليه، وإن أراد إستكشاف رأيه ونظره فالخيار باق ما لم يسقط بمسقط.

مسألة ٨: لو أسقط أحدهما خياره لا يسقط خيار الآخر، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يفسخ العقد.

مسألة ٩: لو شرط سقوط الخيار في بعض المدة دون بعضه - أولاً أو آخراً أو وسطاً- يصح الشرط فيثبت في غير مورد السقوط مطلقاً.

مسألة ١٠: لو اختلفا في تحقق الإفتراق وعدمه، يقدم قول منكره. ولو إفترقا واختلفا في الفسخ قبله يقدم قول منكره أيضاً، ولو إتفقا على الفسخ واختلفا في أنه قبل الافتراق أو بعده يبقى (١٣٢) ملكية كل منهما على ما انتقل إليه.

مسألة ١١: لو أكرها على عدم التفرق، فالخيار باق ما بقيا. (١٣٣)

مسألة ١٢: لو أكرها على التفرق ومنعا عن التخايير يسقط (١٣٤) الخيار فضلاً عما إذا لم يمنعا عنه.

مسألة ١٣: يحصل الافتراق بحركة كل منهما إلى طرف. وبحركة أحدهما وبقاء الآخر في محله.

مسألة ١٤: لو أكره أحدهما على التفرق ومُنِعَ عن التخايير، وبقي الآخر في المجلس ومُنِعَ من المصاحبة والتخايير يسقط (١٣٥) الخيار وكذا إن لم يمنع من المصاحبة. ومثله ما إذا أكره أحدهما على البقاء ممنوعاً عن التخايير وفارق الآخر اختياراً. (١٣٦)

(١٣٢) وقد يقال بأن الاصل بقاء أثر البيع بعد الشك في الفسخ، والاحوط التراضي .

(١٣٣) والظاهر إنتهاء حق الخيار بانتهاء المدة العرفية للمجلس، فلو كانا في زنازة وتبايعا كان لهما حق الخيار مدة مجلس العقد، وهي مدة غير طويلة عرفاً.

(١٣٤) الاظهر سقوط الخيار بعد مرور فترة من الوقت ينقضي عندها مجلس العقد عرفاً والله العالم.

(١٣٥) بناءً على سقوطه بالتفرق الاكراهي.

مسألة ١٥: لو افترقا (١٣٧) عن إكراه ثم زال الإكراه فالخيار باق ما لم يسقط بأحد المسقطات.

مسألة ١٦: يسقط هذا الخيار بالتصرف الكاشف عن الالتزام بالبيع.

مسألة ١٧: لو شرط بقاء خيار المجلس بعد الافتراق أيضاً يمكن القول بالصحة. (١٣٨)

الثاني: خيار الحيوان، فمن اشترى حيواناً -إنساناً أو غيره- يثبت له الخيار إلى ثلاثة أيام.

مسألة ١: يثبت هذا الخيار في كل حيوان يطلب حياته حتى مثل الزنبور (١٣٩) والسماك، والعلق، ودود القز، وأما مالا يطلب منه الحياة كالسماك المخرج من الماء، والجراد المحرز في الأثناء، والصيد المشرف على الموت والفناء فليس فيها خيار الحيوان.

مسألة ٢: يختص هذا الخيار ببيع الحيوان الشخصي فلا يجري في الكلي.

مسألة ٣: يثبت هذا الخيار للبايع إذا كان الثمن هو الحيوان.

مسألة ٤: مبدأ هذا الخيار من حين العقد إلى انقضاء ثلاثة أيام، والليلتان المتوسطتان داخلتان.

مسألة ٥: يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في العقد وإسقاطه بعده، ويسقط أيضاً بتصرف

المشتري في الحيوان تصرفاً يكشف عن الالتزام بالبيع.

مسألة ٦: لو تلف الحيوان في زمن الخيار، كان من مال البايع فيبطل البيع ويرجع إليه المشتري

بالثمن إذا دفعه إليه.

مسألة ٧: العيب الحادث في الثلاثة من غير تفريط من المشتري، لا يمنع عن الفسخ والرد،

وإن كان مع التفريط فالضمان عليه.

مسألة ٨: لا فرق في التصرف المسقط للخيار بين ما كان بمباشرة المشتري أو بتوكيله، ولو

اختلفا في التصرف وعدمه فالخيار باق.

مسألة ٩: يختص خيار الحيوان بخصوص البيع ولا يثبت في غيره من المعاملات، ويثبت لو

كان المبيع بعض الحيوان، ولو كان المبيع حيواناً وغيره يثبت خيار الحيوان بالنسبة إليه دون غيره.

الثالث: خيار الشرط، أي الثابت بالاشتراط في ضمن العقد، ويجوز جعله لهما، أو لأحدهما،

ولا يتقدر بمدة معينة بل هو بحسب ما اشترطه قلة أو كثرة، ولا بد من كونها مضبوطة من حيث

(١٣٦) والأظهر التفصيل فيما لو ضاعت فرصة الخيار بالنسبة إلى المكره فعلياً اعطاؤه بقدرها والا فلا.

(١٣٧) هذا بناء على القول المشهور وليس على مبناه رحمه الله.

(١٣٨) وحينئذ يكون خيار الشرط على الظاهر.

(١٣٩) صدق النصوص على مثلها مشكل.

المقدار^(١٤٠) ومن حيث الاتصال والانفصال. نعم لو ذكرت مدة معينة كشهر مثلاً واطلقت تتصل بالعقد.

مسألة ١: يجوز جعل الخيار للأجنبي، ولا بد فيه أيضاً من تعيين^(١٤١) المدة وتعيين الطرف، ولو جعل له الخيار يجوز له الفسخ والامضاء وإسقاط الخيار.

مسألة ٢: ليس للجاعل الفسخ، والامضاء، وإسقاط الخيار، إلا إذا كان الجعل بعنوان التوكيل أو بمعنى جعل خيار له في عرض خيار نفسه، ولا يلزم على المجعول له مراعاة المصلحة.^(١٤٢)

مسألة ٣: لو بادر الموكل - في صورة التوكيل في الخيار - فسخاً أو انفاذاً يصح ولا يبقى موضوع لخيار الوكيل، ولو بادر الوكيل إلى ذلك ثم خالفه الأصيل يمكن تقديم رأيه.^(١٤٣)

مسألة ٤: يجوز أن يشترط لأحدهما أو لهما الخيار بعد الاستيمار والاستشارة، بأن يشاور مع ثالث في أمر العقد فكل ما رأى من الصلاح ابقاءً للعقد أو فسخاً يتبعه، ولا بد^(١٤٤) من تعيين المدة فيه أيضاً، وليس للمشروط له الفسخ قبل أمر ذلك الثالث. ولا يجب عليه لو أمره بالفسخ بل يجوز له ذلك، فإن شاء فسخ وإن شاء ترك.

مسألة ٥: يجري خيار الشرط في جميع العقود اللازمة، إلا النكاح، ولا في الايقاعات كالطلاق والعتق والابراء، ويجري خيار الشرط في القرض والخلع والمباراة.

مسألة ٦: يجري هذا الخيار في الصلح المشتمل للإبراء.^(١٤٥)

مسألة ٧: شرط الخيار في البيع تارة من أحد المتبايعين على الآخر، وأخرى من كل منهما على الآخر، وثالثة للأجنبي، والكل صحيح.

مسألة ٨: يجوز اشتراط الخيار للبايع إذا رد الثمن عيناً أو مثلاً أو قيمة إلى مدة معينة، فإن مضت المدة ولم يأت كاملاً لزم البيع. ويسمى هذا بيع الخيار، ويصح اشتراط أن يكون للبايع فسخ الكل برد بعض الثمن أو فسخ البعض برد البعض، ويكفي في رد الثمن فعل البائع ماله دخل في القبض من طرفه، وإن أبى المشتري من قبضه. فلو أحضر الثمن وعرضه عليه ومكّنه من قبضه فأبى من القبول وامتنع، تحقق الرد المعبر في الفسخ، فله الفسخ.

^(١٤٠) إذا كان الجهل بالمقدار أو غيره يسبب الغرر في العقد فهناك الاحتياط يقتضي التحديد أما في غير هذا الفرض فلا بأس به.

^(١٤١) احتياطاً إذا كان سبباً للغرر.

^(١٤٢) إلا إذا كانت رعاية المصلحة من مقتضى جعل الخيار له عرفاً.

^(١٤٣) فيه نظر، لأن توكيل الخيار هنا طرف آخر هو المشتري أو البائع، فيكون كالتوكيل في عقد لازم فلا معنى لنقضه فتأمل.

^(١٤٤) إذا تسبب في الغرر من دونها.

^(١٤٥) إذا لم يكن مخالفاً لحقيقة الصلح عرفاً.

مسألة ٩: نماء المبيع ومنافعه للمشتري، كما أن تلفه عليه. والخيار باق مع التلف (١٤٦) وليس للمشتري قبل انقضاء المدة التصرف الناقل وإتلاف العين.

مسألة ١٠: لا يختص بيع الخيار بما إذا كان المدفوع عيناً، بل يشمل الكلي الذمي أيضاً، فإذا كان الثمن كلياً في ذمة البائع تبرأ ذمته بمجرد جعله ثمناً للمبيع. ويتحقق الرد باداء ما في ذمته ودفع ما كان عليه.

مسألة ١١: لو لم يقبض البائع الثمن من المشتري حتى انقضت المدة يجوز له الفسخ أيضاً، سواء كان الثمن عيناً موجوداً عند المشتري أو كلياً في ذمته، ولو قبضه فان كان الثمن كلياً لا يتعين عليه رد عين ذلك الثمن المقبوض بل يجزي كل ما انطبق عليه الكلي، إلا إذا اشترط كون المردود عين المقبوض، وكذا لو كان المقبوض عيناً شخصياً خصوصياً، إن كان انتفاعه المتعارف بصرف عينه إلا إذا اشترط رد العين بالخصوص.

مسألة ١٢: كما يتحقق الرد إلى نفس المشتري يتحقق أيضاً بإيصاله إلى وكيله في ذلك بالخصوص، أو وكيله المطلق أو وليه كالحاكم في ما إذا صار مجنوناً أو غائباً، بل وعدول المؤمنين في مورد ولايتهم، هذا إذا اطلق الرد إلى المشتري، وأما لو إشتراط الرد إلى نفسه بالخصوص فلا يتعدى إلى غيره. (١٤٧)

مسألة ١٣: لو اشترى الولي شيئاً للموئى عليه ببيع الخيار، فارتفع حجره قبل انقضاء المدة يجزي الايصال إلى نفس الموئى عليه، فيملك البائع الفسخ بذلك، وفي كفاية رده إلى الولي إشكال. ولو اشترى الأب للصبي شيئاً، يجوز للبائع رد الثمن إلى الجد مع عدم تمكنه من الرد إلى الأب، بل يجوز ولو مع التمكن منه أيضاً ما لم (١٤٨) تكن خصوصية في البين، وكذا الكلام في الحاكم الشرعي، فإذا اشترى أحد الحاكمين لمن هو وليه، يجوز الرد إلى حاكم شرعي آخر مع عدم التمكن من الرد إلى الأول، ويشكل مع التمكن منه. (١٤٩)

مسألة ١٤: إذا مات البائع ينتقل هذا الخيار كسائر الخيارات إلى ورثته، فيردون الثمن ويفسخون البيع ويرجع اليهم ويقسم بينهم على حسب قواعد الإرث، وكذا الثمن المردود يوزع عليهم على الحصص، وإذا مات المشتري يجوز للبائع الفسخ برد الثمن إلى ورثته، نعم لو شرط

(١٤٦) إذا كان قصد البائع عودة ماليته، ولكن إذا كانت له حاجة إلى عين ماله (كالدار) فلا.. والظاهر من بيع الشرط، الثاني في غير المثلثات كالدار والعقار، أما فيها مثل السيارة والهاتف فإن الغرض هو رد مثله، بل مع استخدام المبيع قد يكون مراد الطرفين رد مثله فقط، فيجوز ذلك. والمعيار قصد الطرفين وعند الاختلاف ظاهر العرف.

(١٤٧) إلا إذا حكم الحاكم فإن الرد اليه بمثابة الرد إلى المشتري مثلما إذا جرت المشتري.

(١٤٨) أي إذا عرفنا عدم الخصوصية.

(١٤٩) إلا إذا عرفنا عدم الخصوصية.

رد الثمن إلى خصوص المشتري فقط يسقط بموته، وكما يجوز للبائع إشتراط الخيار لنفسه برد الثمن، يجوز للمشتري إشتراط الخيار لنفسه برد المثل، بل يجوز لكل منهما ذلك.

الرابع: خيار الغبن، فإذا باع بدون ثمن المثل، أو اشترى بأكثر منه يتحقق الغبن ويكون للمغبون^(١٥٠) الخيار .

مسألة ١: يعتبر في ثبوت هذا الخيار أمران: الأول جهل المغبون بالقيمة، فلو علم بها ومع ذلك أقدم على المعاملة فلا خيار له مع ظهور الغبن، وكذا مع الشك فضلاً عن الظن بالقيمة^(١٥١) الثاني: أن يكون التفاوت بما لا يتسامح الناس فيه في مثل هذه المعاملة، فلو كان مما يتسامح فيه فلا خيار في البين.

مسألة ٢: لو شك في أن التفاوت مما يتسامح فيه أولاً، فلا خيار في البين. ولو اعتقد أنه مما يتسامح فيه فبان أنه مما لا يتسامح فيه يثبت الخيار .

مسألة ٣: لا فرق في ثبوت الخيار للجاهل بالقيمة بين قدرته على السؤال وعدمه، والمدار على جهل المالك دون الوكيل في مجرد إجراء العقد، نعم لو كان وكياً مفوضاً إليه من كل حيثة وجهة يكون المدار على جهله.

مسألة ٤: يثبت جهل المغبون باعتراف الغابن وبالقرائن المفيدة للاطمينان، ولو اختلفا في القيمة حال العقد مع تعذر الاستعلام فلا خيار.

مسألة ٥: ليس^(١٥٢) للمغبون مطالبة الغابن بتفاوت القيمة، بل له الخيار بين أن يفسخ المبيع من أصله أو يلتزم ويرضى به بالثمن المسمى، كما أنه لا يسقط^(١٥٣) خياره ببذل الطرف المقابل التفاوت. نعم يسقط بتراضي الطرفين.

مسألة ٦: الخيار ثابت للمغبون من حين العقد لا أنه يحدث من حين الاطلاع عليه، فلو فسخ قبل ذلك وصادف أثر^(١٥٤) الفسخ أثره.

مسألة ٧: خيار الغبن فوري^(١٥٥) لمن إطلع عليه وتمكن من أعمال الخيار. فإذا اطلع عليه ولم يبادر إلى الفسخ لأجل جهله بحكم الخيار فلا يسقط خياره بذلك، وكذا بالنسبة إلى

^(١٥٠) ولو قيل أن خياره يكون بالمطالبة بأحد الأمرين: إما رد العقد وفسخه رأساً أو بردّ التفاوت، كان حسناً.

^(١٥١) الخيار ثابت له مع الشك والظن غير المعترف به خصوصاً مع تقرير البائع، وهو أمر يلازم الغبن عادةً.

^(١٥٢) سبق حسن ذلك مخيراً بينه وبين الفسخ.

^(١٥٣) فيه نظر.

^(١٥٤) فيه نظر وطريق الاحتياط في المعاملات التراضي.

^(١٥٥) فوريته لا تتناقى مع أعمال النظر والمشورة.

الناسي، وكذا لو كان عالماً وكان بانياً على الفسخ غير راضٍ بهذا البيع إلا أنه أخر انشاء الفسخ لغرض صحيح معتبر . نعم ليس له التواني فيه بحيث يؤدي إلى ضرر الغابن وتعطيل أمر عليه.

مسألة ٨: لو علم بالغبن ولم يبين على الفسخ ولم يكن بصدده، فبدا له بعد ذلك أن يفسخ، سقط خياره ولا حق له في ذلك.

مسألة ٩: المدار في الغبن على القيمة حال العقد، فلو زادت بعده ولو قبل إطلاع المغبون لا يسقط (١٥٦) الخيار، كما أنه لو نقص بعده أو زاد لم يؤثر في ثبوته.

مسألة ١٠: يسقط هذا الخيار بأمور:

أحدها: اشتراط سقوطه في ضمن العقد، ويقتصر في السقوط على خصوص ما كانت العبارة ظاهرة فيه.

مسألة ١١: لو كان المشروط سقوط مرتبة خاصة من الغبن كالعشر، فتبين كونه الخمس لم يسقط الخيار، بل لو اشترط سقوطه ولو كان فاحشاً أو أفحش لا يسقط إلا ما كان كذلك بالنسبة إلى ما يحتمل في مثل هذه المعاملة فقط لا أزيد، فلو فرض ان ما اشترى بمائة لا يحتمل فيه ان لا يسوى عشرة أو عشرين، وأن المحتمل فيه من الفاحش الى خمسين ومن الافحش الى ثلاثين وشرط سقوط الغبن فاحشاً كان أو أفحش لم يسقط الخيار إذا كان يسوى عشراً أو عشرين.

الثاني : إسقاطه بعد العقد ولو قبل ظهور الغبن إذا أسقطه على فرض ثبوته.

وهذا أيضاً كسابقه يقتصر فيه على مرتبة من الغبن كانت مقصودة عند الإسقاط، فلو أسقط مرتبة خاصة منه كالعشر فبان كونه أزيد لم يسقط الخيار بعد العقد.

مسألة ١٢: كما يجوز إسقاط هذا الخيار بعد العقد مجاناً، يجوز المصالحة عنه بالعوض، ولا فرق فيه بين العلم بمرتبة الغبن والجهل بها، إذا صرح بالتعميم، بأن يصلح عن خيار الغبن الموجود في هذه المعاملة بأي مرتبة كان، ولو أطلق وكان للاطلاق منصرف عرفي فبان الخلاف يبطل الصلح، وكذا لو لم يكن له منصرف، وكذا لو عين مرتبة خاصة وصلح عن خياره فبان كونه أزيد.

الثالث: تصرف المغبون بعد العلم بالغبن فيما ينتقل إليه بما يكشف عن رضاه بالبيع، بأن يتصرف البائع المغبون في الثمن، والمشتري المغبون في المثلثن فيسقط خياره به، خصوصاً إذا كان تصرفه بالإتلاف، أو بما يمنع الرد كالاتيلاذ، أو بإخراجه عن ملكه كالعق، أو بنقل لازم

(١٥٦) حيث يجوز له فسخ العقد معتمداً على الغبن أما إذا فسخته لسبب آخر ففيه تأمل، وعموماً الاحوط في مثله التراضي.

كالبيع، وأما تصرفه قبل العلم بالغبن فلا (١٥٧) يسقط به الخيار، كتصرف الغابن فيما انتقل اليه مطلقاً.

مسألة ١٣: لو اطلع البايع المغبون على الغبن وفسخ البيع، فإن كان المبيع موجوداً عند المشتري باقياً على حاله، إسترده منه، وإن تلف أو أتلّفه رجع إليه بالمثل أو القيمة (١٥٨)، وإن حدث فيه عيب عنده سواء كان بفعله أو بآفة سماوية إسترده مع أرشه، وإذا أخرجته عن ملكه بالعتق أو الوقف أو نقله إلى الغير بعقد لازم كالبيع فهو بحكم التلف، فيرجع إليه بالمثل أو القيمة، ولو رجعت العين إلى المشتري بإقالة أو عقد جديد فإن كان البايع قد أخذ منه البدل فلا يرجع إليه بالعين، بل وكذا لو كان قبل أخذ البدل، ولو كان النقل بما هو غير لازم كالهبة والبيع بالخيار فليس له إلزام المشتري بالفسخ والرجوع وتسليم العين إن أمكن.

مسألة ١٤: لو نقل منفعة العين إلى الغير بعقد لازم كالإجارة، لم يمنع ذلك عن الفسخ، كما أنه بعد الفسخ تبقى الإجارة على حالها وترجع (١٥٩) العين إلى الفاسخ مسلوبة المنفعة، وله سائر المنافع غير ماملكه المستأجر لو كانت، والاحوط التراضي بينهما بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ، إما بأجرة المثل أو بتدارك النقص، ولا تفاوت بينهما غالباً.

مسألة ١٥: بعدما فسخ البائع المغبون، لو كان المبيع موجوداً عند المشتري ولكن تغير بتصرفه، فإما أن يكون بالنقيصة، أو بالزيادة، أو بالامتزاج، فإن كان بالنقيصة أخذه مع الأرش (١٦٠) وإن كان بالزيادة، فإما أن تكون صفة محضة كطحن الحنطة وقصارة الثوب وصياغة الفضة، أو صفة مشوبة بالعين كالصبغ، أو عيناً محضاً كالغرس والزرع والبناء.

أما الاول، فإن لم يكن للزيادة دخل في زيادة القيمة يرجع إلى العين ولا شيء عليه، كما أنه لا شيء على المشتري، وأما لو كان لها دخل في زيادة القيمة يرجع إلى العين وتكون زيادة القيمة للمشتري، فيأخذ البايع العين ويدفع إليه زيادة القيمة والاحوط التراضي، وقد يكون بعض مراتب السمن والنمو في الشجر والزرع داخلاً في ما نحن فيه، ولو حصلت الزيادة في ملك الغابن ثم زالت ففسخ المغبون بعد زوالها لا شيء عليه. كما انها لو زالت بعد دخولها في ملك الغابن، بالفسخ وجب التدارك عليه.

(١٥٧) الاشبه سقوطه وتبدله إلى رد قيمة التفاوت.

(١٥٨) بناءً على بقاء الخيار له، والاشبه تحوله إلى رد قيمة التفاوت، ومنه يعرف حكم الفروع التالية، وسبيل الاحتياط التراضي.

(١٥٩) فيه نظر والاقوى إما أخذ الارش وإما فسخ الاجارة، والاول أولى.

(١٦٠) او اخذ الارش الذي انجر به غبنه.

وكذا الثاني، وهو ما لو كانت الزيادة صفة مشوبة بالعين كالصنغ، فيأخذ البائع العين ويدفع اليه زيادة القيمة.

وأما الثالث، وهو ما إذا كانت الزيادة عيناً محضاً فيرجع البائع إلى المبيع(*) ويكون الغرس والزرع والبناء للمشتري، وليس للبائع إلزامه بالقلع أو الهدم ولو بالأرث(١٦١) ولا إلزامه بالبقاء ولو مجاناً، كما أنه ليس للمشتري حق الإبقاء مجاناً وبلا اجرة، فعلى المشتري إما ابقاؤها بالأجرة وإما قلعها مع طم الحفر وتدارك النقص الوارد على الأرض، وللبيع إلزامه بأحد الأمرين لا خصوص أحدهما. وكلما اختاره المشتري من الأمرين ليس للبائع الفاسخ منعه، نعم لو أمكن غرس المقلوع بدون أن يحدث فيه شيء الا تبدل المكان فقط فللبائع إلزامه به. والزرع مثل الغرس فيما مر.

وأما الامتزاج فإن كان بالجنس، يتحقق الشركة بحسب الكمية، وإن كان بالأردى أو الاجود لكن مع أخذ الارش في الأول وإعطاء زيادة القيمة في الثاني والاحوط التراضي، وإن كان الامتزاج بغير الجنس، فإن حكم أهل الخبرة بأنه مثل التلف فيرجع الى المثل او القيمة، وإلا فثبت الشركة في القيمة أو في العين بنسبة القيمة.

مسألة ١٦: لو كان المغبون هو المشتري، فيجري فيه جميع ما تقدم فيما إذا كان المغبون هو البائع من غير فرق.

مسألة ١٧: إذا كان العوض شيئين-ثمناً أو مثنياً- صفقة واحدة له التبعيض في الفسخ. وللطرف أيضاً خيار تبعض الصفقة.

مسألة ١٨: يجري خيار الغبن في جميع المعاوضات المالية إلا ما أحرز ان بناءها على المسامحة.

الخامس: خيار التأخير، وهو فيما إذا باع شيئاً ولم يقبض المبيع ولا تمام الثمن فإنه يلزم البيع ثلاثة أيام، فإن أتى المشتري بالثمن فهو أحق بالسلعة، وإلا فللبائع فسخ المعاملة. وقبض بعض المبيع أو الثمن كلا قبض.

مسألة ١: يثبت هذا الخيار فيما إذا كان المبيع عيناً شخصياً، بل وفي الكلي الذمي أيضاً، والأحوط (١٦٢) أن يكون الفسخ برضاء الطرفين، ولا فرق في الثمن بين أن يكون معيناً او كلياً.

(*) الظاهر إن العبارة مغلوطة والصحيح: "فيرجع المبيع إلى البائع".

(١٦١) وإذا كان هناك ضرر في البين فعليهما أن يتصالحا، أو يقضي بينهما قاضٍ بالحق، فيؤخذ لكل منهما حقه بالقسط.

(١٦٢) أي في الكلي الذمي، والاقوى عدم وجوب الاحتياط.

مسألة ٢: لا فرق في ثبوت الخيار بين ما إذا كان عدم القبض لعذر أولاً، ولو قبض أحد العوضين دون الآخر فلا خيار، وكذا لو بذل المشتري الثمن ولم يأخذه البائع أو بالعكس.

مسألة ٣: يعتبر في القبض المسقط للخيار أن يكون جامعاً للشرائط، فلو كان فاقداً لبعضها لا يسقط به الخيار.

مسألة ٤: ليس هذا الخيار على الفور، فلو أصر الفسخ لم يسقط الخيار إلا بأحد المسقطات.

مسألة ٥: يسقط هذا الخيار بإشتراط سقوطه في ضمن العقد، وبإسقاطه بعد الثلاثة، بل وكذا يسقط بإسقاطه قبلها أيضاً، ويسقط أيضاً بأخذ الثمن بعد الثلاثة بعنوان الاستيفاء لا بعنوان آخر كالعارية وغيرها، ولا يسقط بمطالبة الثمن إلا إذا كانت قرينة معتبرة في البين دالة على أنها كاشفة عن الرضا^(١٦٣)، ولا يسقط ببذل المشتري الثمن بعد الثلاثة قبل فسخ البائع^(١٦٤).

مسألة ٦: لا يشترط في ثبوت خيار التأخير عدم خيار آخر في البين، سواء كان مشتركاً بين المتعاقدين أو مختصاً بأحدهما، شرطاً كان أو غيره، وسواء كان قبل الثلاثة أو حينه أو بعده أو استمر من أول العقد إلى بعد الثلاثة. ^(١٦٥)

مسألة ٧: المراد بالثلاثة أيام هو بياض اليوم ولا يشمل الليالي، ولكن الليلتين المتوسطتين داخلتان، فلو أوقع البيع في أول النهار يكون آخر الثلاثة غروب النهار نعم لو وقع في الليل تدخل الليلة الأولى أو بعضها في المدة ويكفي التلفيق، فلو وقع البيع في أول الزوال يكون مبدأ الخيار بعد زوال اليوم الرابع وهكذا.

مسألة ٨: لا يثبت^(١٦٦) هذا الخيار في غير البيع من سائر المعاملات.

مسألة ٩: لو رضي البائع بالتأخير، أو ضمن الثمن ضامن عن المشتري، فلا خيار.

مسألة ١٠: لو اختلفا في مضي الثلاثة فالقول قول المشتري، ولو اختلفا في كون العقد حالاً أو مؤجلاً، أو تحقق القبض وعدمه، فالقول قول البائع.

مسألة ١١: لو تلف المبيع كان من مال البائع في الثلاثة وبعدها.

مسألة ١٢: إذا باع ما يسرع إليه الفساد بحيث يفسد لو صار بايئاً - كالبقول، وبعض الفواكه واللحم في بعض الأمكنة والأوقات ونحوها - وبقي عنده وتأخر المشتري من أن يأتي بالثمن

^(١٦٣) وعن إسقاط الخيار والا فمشكل سقوط الخيار.

^(١٦٤) الاحوط فيه التراضي خصوصاً إذا انتفى الضرر بالبذل كما هو الأكثر.

^(١٦٥) لم تظهر لنا ثمرة مهمة للمسألة والا فان للنظر فيها مجالاً.

^(١٦٦) نصوص خيار التأخير مختصة بالبيع، ولكن أدلة الضرر وقواعد العدل قد تشمل غيره من العقود.

ويأخذ المبيع، فللبايع الخيار قبل أن يطرأ عليه الفساد، فيفسخ البيع ويتصرف في المبيع كيف يشاء.^(١٦٧)

السادس: خيار الرؤية، وهو فيما إذا اشترى أو باع شيئاً موصوفاً غير مشاهد، ثم وجد على خلاف ذلك الوصف يثبت الخيار، وكذا إذا وجد على خلاف الرؤية السابقة.

مسألة ١: الخيار هنا بين الرد والامسك مجاناً، وليس لذي الخيار حق أخذ الأرش.

مسألة ٢: لا يسقط هذا الخيار ببذل الأرش ولا بإبدال العين بعين أخرى، نعم لو كان للوصف المفقود دخل في الصحة^(١٦٨) توجه أخذ الأرش.

مسألة ٣: مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة حين المعاملة، ويشترط في صحته^(١٦٩) إما الرؤية السابقة مع عدم اليقين بزوال تلك الصفات، أو توصيفه بما يرفع به الجهالة الموجبة للغرر بذكر جنسها ونوعها وصفاتها التي تختلف باختلافها الاثمان ويتفاوت لأجلها رغبات الناس. مسألة ٤: هذا الخيار فوري ولكن الاحوط التراضي مع التأخير.

مسألة ٥: يسقط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد، وبإسقاطه بعد الرؤية، وبالتصرف في العين بعد الرؤية تصرفاً كاشفاً عن الرضاء بالبيع و(عدم) المبادرة على الفسخ بعد الرؤية.

مسألة ٦: يجري خيار الرؤية في غير البيع أيضاً كالأجارة والصلح .

مسألة ٧: لو شرط في متن العقد الإبدال مع تخلف الوصف، أو بذل^(١٧٠) التفاوت صح الشرط ووجب الوفاء به، ومع التخلف يثبت خيار الشرط ويسقط خيار الرؤية.

مسألة ٨: لو اختلفا فقال البايع: لم يقع البيع على التوصيف، وقال المشتري: بل وقع عليه وليس كما وصف، يقدم قول البايع.

مسألة ٩: لو اختلفا في تعيين الوصف بعد اتفاقهما على ذكر وصف، فقال أحدهما: إن المذكور هو الوصف المفقود، وقال الآخر: بل هو الموجود، يقدم قول البايع وكذا لو اتفقا على ذكره واتفقا في زواله ايضاً، ولكن قال أحدهما بزواله قبل العقد وقال الآخر بزواله بعده .

السابع: خيار العيب، وهو فيما إذا وجد المشتري في المبيع عيباً، تخير بين الفسخ والامضاء^(١٧١) بالأرش.

^(١٦٧) وكذا لو كان التأخير يؤثر في السعر بسبب تقلبات السوق ، ويكون سبباً للضرر .

^(١٦٨) حتى أصبح الشيء معيوباً من دونه، دخل في اطار خيار العيب .

^(١٦٩) على الاحتياط.

^(١٧٠) إذا لم يكن غريباً، فإذا كان فلاحوط إجتنابه.

^(١٧١) الاحوط التراضي فيما إذا لم يقبل البائع إلا الرد عند إمكانه.

مسألة ١: كما يثبت هذا الخيار للمشتري إذا وجد في المبيع عيباً، يثبت للبائع أيضاً إذا وجد في الثمن عيباً.

مسألة ٢: المراد بالعيب كل ما كان خلاف المتعارف وخلاف أغلب افراد ذلك النوع.

مسألة ٣: يثبت الخيار بوجود العيب واقعاً حين العقد وإن لم يظهر بعد، وظهوره كاشف عن ثبوته من أول الأمر لا أنه سبب حدوثه.

مسألة ٤: يسقط الرد بأمور:

الأول إسقاط الرد بخصوصه بعد العقد، ولا فرق بين أن يكون ذلك قبل ظهور العيب أو بعده.

الثاني: اشتراط سقوطه كذلك في ضمن العقد، ويجوز له إسقاط الأرض أيضاً في الصورتين، كما يجوز له إسقاط الارش فقط.

الثالث: التصرف في المعيب تصرفاً مغيراً للعين، وكذا التصرف الكاشف عن الالتزام بالبيع عرفاً.

الرابع: تغير المبيع عما كان عليه ولو بحدوث عيب فيه عند المشتري، وكذا لو تصرف فيه بنقل لازم أو جائز، من بيع أو إجارة أو هبة أو رهن. ولا فرق في كون التصرف المغير للعين والبدال على الرضاء بالبيع مسقطاً، بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده.

الخامس: التبري من العيوب بان يقول مثلاً: بعته بكل عيب. ويسقط به مطالبة الأرض ايضاً وكذا يسقطان معاً فيما إذا علم بالعيب ومع ذلك أقدم على الشراء.

مسألة ٥: يسقط الارش فقط فيما إذا اشترط سقوطه كذلك كما مر، وكذا فيما إذا لم يكن العيب موجباً للأرش.

مسألة ٦: لو كان المبيع ربوياً وظهر فيه عيب يثبت فيه خيار العيب، ويجوز للمشتري أخذ الأرض ايضاً (١٧٢)، وكذا في بيع الصرف، ولكن الاحوط (١٧٣) في إختيار الارش أن يكون بعنوان مصالحة جديدة لا بعنوان الارشية.

مسألة ٧: لو كان المبيع صحيحاً حين العقد وحدث فيه عيب قبل القبض، كان ذلك كالعيب الحادث قبل العقد، فيكون المشتري مخيراً ايضاً بين الرد وأخذ الارش، وكذا العيب الحادث في زمان أحد الخيارات الثلاثة من المجلس والشرط والحيوان، ولو حدث بعد القبض قبل انقضاء زمان الخيار.

(١٧٢) وذلك من غير جنس المبيع الربوي أما معه فمشكل، والاحتياط في الكل الرد.

(١٧٣) لا يتك.

مسألة ٨: كل عيب حدث في المبيع وكان في عهدة البائع، كالحادث قبل القبض أو في زمان الخيارات الثلاثة لا يسقط به الرد، وأما العيب الحادث بعد القبض وبعد انقضاء زمان الخيار فيسقط به الرد.

مسألة ٩: لو كان التغير أو التعيب بفعل البائع بلا إذن من المشتري لا يمنع عن الرد.

مسألة ١٠: إذا رضي البائع برده مع التغير أو العيب مجاناً أو مع الارش يبقى التخيير، ولو زال التغير أو العيب الحادث قبل الرد يجوز الرد حينئذ.

مسألة ١١: لو رد بالعيب السابق قبل ظهور العيب الجديد عنده، ثم بان الخلاف يصير رده باطلاً، فلو اسقط المشتري الارش بانياً على اختيار الرد، فحدث ما يمنع عنه من عيب أو نحوه، فهل يصح الرد حينئذ أو يسقط الخيار بالمرّة؟ وجهان، والاحوط التصالح والتراضي.

مسألة ١٢: هذا الخيار موضوعه رد العين، فلو تلف العين ورضي البائع برد البدل أيضاً، فهل يصح أن يكون ذلك بعنوان خيار العيب اولاً؟ وجهان.

مسألة ١٣: لو كان سبب العيب سابقاً على العقد، ولكن حدوثه كان بعد القبض وبعد انقضاء زمان الخيار فهل يثبت به الخيار أو لا؟.

مسألة ١٤: لو كان معيوباً حين العقد وزال العيب قبل ظهوره، يسقط الخيار بطرفيه من الرد والارش، وإن كان الاحوط التصالح بالنسبة الى الارش.

مسألة ١٥: لا يحرم عدم ذكر العيب، جلياً كان أو خفياً، إلا إذا انطبق عليه عنوان الغش فيحرم حينئذ.

مسألة ١٦: كيفية أخذ الارش: بأن يقوم الشيء صحيحاً، ثم يقوم معيباً، ويلاحظ النسبة بينهما، ثم ينقص من الثمن المسمى بتلك النسبة. فإذا قوّم صحيحاً بتسعة ومعيباً بستة وكان الثمن عشرة ينقص من الستة إثنان وهكذا، ولا بد فيه من مراجعة أهل الخبرة، ويكفي قول واحد منهم مع حصول الوثوق والاطمينان، ولا يعتبر التعدد والعدالة، والاحوط اعتبارهما.

مسألة ١٧: لو اختلف أهل الخبرة في تقويم الصحيح أو المعيب أو هما معاً، فقوّم الصحيح بعضهم بقدر معين والمعيب بقدر آخر منهم، فإن اتفقت النسبة - كما إذا قوّم بعضهم الصحيح بثمانية والمعيب بأربعة، وبعضهم الصحيح بستة والمعيب بثلاثة، فالتفاوت على كل منهما بالنصف - فيكون الارش نصف الثمن، وإن اختلفت النسبة، كما إذا قوّم بعضهم الصحيح بثمانية والمعيب بأربعة، وبعضهم الصحيح بثمانية والمعيب بستة، فتكون النسبة على الأول بالنصف وعلى الأخير بالربع، فيبنى على الأقل والاحوط (١٧٤) التصالح.

(١٧٤) لا يترك الاحتياط بالأخذ بالمعدل بين اقوال الخبراء لرعاية العدالة، والتصالح أفضل.

مسألة ١٨: لو باع شيئين صفقة واحدة، فظهر العيب في أحدهما، فإن للمشتري أخذ الارش أو رد الجميع ويجوز له التبعيض برد المعيب وحده^(١٧٥)، وكذا لو اشترك إثنان في شراء شيء فوجداه معيباً، يجوز لأحدهما رد حصته خاصة وإن لم يوافقه شريكه في ذلك، وهكذا لو اشترك إثنان في بيع شيء، فوجد الثمن معيباً يجوز لأحدهما رد حصته خاصة وإن لم يوافقه شريكه. ولكن الاحوط عدم الخيار مطلقاً إلا برضاء الطرفين خصوصاً في القسم الاول.

مسألة ١٩: لو اختلفا في العيب وعدمه، أو اختلفا في كون الموجود عيباً مع عدم امكان تبين الحال^(١٧٦)، أو اختلفا في أن حدوث العيب كان في عهدة البايع - كما إذا كان قبل القبض أو في زمان الخيار- أو انه بعد ذلك، فالقول قول منكر الخيار في جميع ذلك مع يمينه.

مسألة ٢٠: لو رد المشتري على البايع متاعاً، وقال إن هذا متاعك وهو معيب، وأنكر البايع ذلك، يقدم قول البايع، وإذا اتفقا على الخيار واختلفا في المتاع، فقال المشتري هو لك وأنكره البايع، فللمشتري إعمال الخيار، ويقدم قول البايع في إنكاره للمبيع المردود.

مسألة ٢١: لو اتفقا على أصل ثبوت الخيار، واختلفا في سقوطه وعدمه، قدم قول من يدعي عدم السقوط .

مسألة ٢٢: العيب الموجب للخيار ما كان قبل العقد، أو بعده وقبل القبض أو بعدهما وقبل انقضاء الخيارات الثلاثة، وان كان بعد ذلك فلا يوجب الخيار مطلقاً الا في موارد اربعة: الجنون والبرص والجذام والقرن، فإنها لو حدثت الى سنة من يوم العقد يثبت لأجلها الخيار، ولأجل ذلك سميت بأحداث السنة .

مسألة ٢٣: خيار العيب على الفور.^(١٧٧)

مسألة ٢٤: لو اختلفا في علم المشتري بالعيب قبل العقد وعدمه، قدم قول منكر العلم به، فيثبت الخيار. ولو تسالما على العيب، واتفقا على حدوث عيب فيه ايضاً، واتفقا على زوال عيب في الجملة ايضاً، واختلفا في أن الزائل كان ما وقع عليه العقد وزال قبل القبض فلا خيار في البين، أو أن الزائل العيب الحادث، فالخيار باق.

مسألة ٢٥: لو اختلفا في جهل المشتري بأصل الخيار، أو فوريته -بناءً عليها- يقدم قول المنكر. ولو اختلفا في البراءة من العيوب، أو اتفقا عليها واختلفا في السماع وعدمه، يقدم قول المنكر .

^(١٧٥) فيكون للطرف الآخر خيار تبعض الصفقة وهكذا فيما يلي.

^(١٧٦) فيهما وفيما بعدها بالرجوع الى اهل الخبرة والا فهو اللازم.

^(١٧٧) فيه اشكال، والقول بالتراخي فيما إذا لم يتضرر الطرف الثاني وجيه، للاستصحاب.

مسألة ٢٦: المرجع في موضوع العيب في كل شيء أهل الخبرة بذلك الشيء، بلا فرق بين العيب الظاهر والخفي، ومع الاختلاف، فمع سبق السلامة يرجع إليها وكذا في العيب ، ومع الجهل بالحالة السابقة فلا خيار.

مسألة ٢٧: الثفل الخارج عن المتعارف في الادهان ونحوها عيب يثبت به الخيار. فائدة: ذكر الشهيد (قدس سره) في المقام خيار التدليس، وخيار تعذر التسليم ، وخيار الاشتراط، أي: عدم تسليم الشرط لمن اشترط له، وخيار الشركة وخيار التفليس ويمكن إدخال جميع ذلك فيما تقدم من أقسام الخيارات.

فصل في الشروط وما يتعلق بها

مسألة ١: يصح جعل الشرط في البيع، وكل عقد -لازماً كان أو لا- .
مسألة ٢: يجب الوفاء بالشرط كما يجب الوفاء بأصل العقد المشروط فيه إن كان لازماً، وإن كان جائزاً، فلوجوب الوفاء بالشرط مادام العقد باقياً وجهه، ويشترط في وجوب الوفاء بالشرط أمور:

الاول: كونه مقدوراً للمشروط عليه، فيلغو مالا قدرة له بالنسبة إليه، ويكفي الاطمينان العرفي بقدرته وإن احتمل تخلل مانع في البين ومنه اشتراط ما هو محرم شرعاً.
الثاني: أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد.

الثالث: أن يكون فيه غرض صحيح عقلائي، نوعياً او شخصياً. (١٧٨)
الرابع: أن لا يكون مخالفاً للأحكام الشرعية المستفادة من الكتاب والسنة.
الخامس: أن يكون العقد مبنياً عليه، إما مطابقة أو تضمناً أو التزاماً بأي نحو من الالتزامات العرفية المحاورية الملتفت إليها حين انشاء العقد.

السادس: التنجز (١٧٩) وعدم الجهالة المؤدية الى الغرر، وأن لا يكون مستلزماً لمحال.
مسألة ٣: إذا امتنع المشروط عليه عن الوفاء بالشرط، كان للمشروط له إجباره عليه. وإذا تعذر (١٨٠) الاجبار كان للمشروط له الخيار.

(١٧٨) لكي لا تصبح المعاملة سفهية.

(١٧٩) على الاحوط فيهما .

(١٨٠) وحتى عند عدم تعذر الاجبار يكون له الخيار.

مسألة ٤: إذا لم يتمكن المشروط عليه من الشرط لقصور فيه أو لتلف الموضوع يكون للمشروط له الخيار فقط، وليس له المطالبة بعوض الشرط إن لم يكن المشروط في حد (١٨١) نفسه بما يقابل بالمال عرفاً .

مسألة ٥: لو تعذر الشرط، ولم يمكن الرجوع الى العين لتلف أو نحوه، لا يمنع ذلك عن ثبوت الخيار، فلو فسخ يرجع إلى القيمة.

مسألة ٦: يجوز للمشروط له إسقاط شرطه بعوض أو بغيره.

مسألة ٧: كل شرط كان بناء نوع المتعاملين على تقسيط الثمن بالنسبة إليه يقسط الثمن عليه. (١٨٢)

مسألة ٨: ليس للمشروط له بعد ثبوت الخيار تأخير أعمال خياره بما يوجب الضرر على الطرف (الآخر)، ولو اختلفا في الشرط وعدمه، أو اختلفا في العمل به وعدمه، فالقول قول المنكر.

مسألة ٩: كل شرط فاسد إختل به شيء من شرائط صحة العقد، فسد العقد به ايضاً، وكل (١٨٣) شرط فاسد لا يسري فساده إلى أصل العقد فالعقد باق على صحته وإن فسد الشرط. ولكن الاحوط التراضي، ومع صحة البيع وفساد الشرط كما قلناه، للمشروط له الخيار مع جهله بالحال.

مسألة ١٠: لا فرق في الشرط الفاسد بين ذكره في العقد أو بناء العقد عليه.

مسألة ١١: المقبوض بالشرط الفاسد كالمقبوض بالعقد الفاسد في الضمان وما مر من الاحكام.

مسألة ١٢: لو اختلفا في صحة الشرط وفساده فالقول قول منكر الفساد. (١٨٤)

مسألة ١٣: لا تجري الاحكام الخاصة للبيع بالنسبة الى الشروط، فلو باع ثوباً بدرهم وشرط ملكية حيوان للمشتري، أو باع سلفاً واشترط فيه شيئاً على المشتري، أو باع كتاباً بدينار واشترط أن يكون درهماً من أحدهما للآخر بدرهم، لا يجري خيار الحيوان في الأول ولا القبض في المجلس في الأخيرين.

مسألة ١٤: الاحوط إستحباباً الوفاء بالشروط الابتدائية أيضاً.

(١٨١) فهناك يحق له المطالبة إما بالارش وإما بفسخ البيع، أما الارش فقط فمشكل.

(١٨٢) والأشبه أنه يملك الخيار، وإنما الارش بالتراضي، بلى في الاجزاء يقسط الثمن، وللمشتري الحق بالمطالبة إما ببقية الاجزاء وإما بالارش.

(١٨٣) الشرط الفاسد يكون مفسداً إذا كان ركناً عند المتعاقدين أو أدى الى سبب للفساد في العقد مثل الغرر.

(١٨٤) إذا رجع الشك إلى فعل المسلم، وأما إذا رجع الى الموضوع فالمرجع العرف، وإذا رجع إلى الحكم فالمرجع الشرع والفقهاء.

فصل في أحكام الخيار

وهي: إما عامة تعم جميع الخيارات، أو يختص ببعضها دون بعض، والاول أمور:
الاول: ان الخيار يسقط بالإسقاط قولاً أو فعلاً.

الثاني: لو مات من له الخيار، انتقل خياره إلى وارثه بلا فرق بين أنواع الخيار، وما هو المانع عن إرث الاموال - كالرقية، والقتل، والكفر - مانع عن هذا الارث أيضاً. كما أن ما يحجب عنه - حجب حرمان وهو وجود الأقرب إلى الميت - يحجب هنا أيضاً.

مسألة ١: لو مات عن دين مستغرق للتركة يورث الخيار وإن لم يورث المال.

مسألة ٢: لو كان مورد الخيار ما يحرم عنه بعض الورثة، كالعقار بالنسبة الى الزوجة والحبوة بالنسبة الى غير الولد الاكبر، تراث الزوجة وغير الولد الاكبر حق الخيار^(١٨٥)

مسألة ٣: إذا كان الوارث واحداً يرث حق الخيار، فله الفسخ والامضاء بلا مزاحم ومعارض في البين، وأما إذا كان متعدداً فيثبت حق الخيار لمجموع الورثة من حيث المجموع في تمام المال كذلك، فلا أثر لفسخ بعضهم بدون ضم الباقيين لا في تمام المال ولا في حصته.

مسألة ٤: إذا اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورثهم، فإن كان عين الثمن موجوداً دفعوه إلى المشتري، وإن لم يكن موجوداً أخرج من مال الميت، فإن لم يكن له مال فيشتغل ذمته به فيجب تفرغها بالمبيع المردود إليه، فإن بقي منه شيء بعد ذلك يكون للورثة، وإن لم يف بتفريغ ما عليه يبقى الباقي في ذمته.^(١٨٦)

مسألة ٥: لو كان الخيار للأجنبي فمات يسقط أصل الخيار.

مسألة ٦: إذا مات من عليه الخيار لم يسقط خيار صاحبه، فيفسخ هو أو وارثه ويسترد العين أو بدلها من التركة، ومع تلفها وعدم التركة تبقى ذمة الميت مشغولة^(١٨٧)

الثالث من أحكام الخيار: أنه يسقط بالتصرف الكاشف عن الرضا، كما يسقط بالقول كذلك، والتصرف كذلك إن وقع فيما إنتقل عنه كان فسخاً، وإن وقع فيما إنتقل إليه كان إجازة، وفي مورد الشك في ذلك يبقى الخيار.

^(١٨٥) المسألة لا تخلو من إشكال والاحتياط حسن على كل حال.

^(١٨٦) والأشبه تحكيم قاعدة من له الغنم فعليه الغرم، وهكذا يرجع الى الورثة المبيع، وعليهم إرجاع ثمنه، والاحتياط في التراضي.

^(١٨٧) المسألة كالسابقة والاحتياط التراضي.

مسألة ١: لا أثر لمجرد الرضاء القلبي والكرهه القلبية في الامضاء والفسخ، ما لم يكن مبرز خارجي في البين من فعل أو قول.

مسألة ٢: لو ادعى ذو الخيار أنه فسخ، فإن كان ذلك بعد إنقضاء زمان الخيار لا يسمع منه بلا حجة شرعية، وإن كان قبله يسمع.

مسألة ٣: إنكار البيع ليس بفسخ.

مسألة ٤: لو صدر منه فسخ وإمضاء للبيع، وشك في المتقدم والمتأخر، فالبيع باق ولكن لا وجه لاحتمال الخيار.

مسألة ٥: إذا وكل غيره في أعمال الخيار، فأمضى الوكيل وفسخ الموكل، أو بالعكس يقدم ما صدر عن الموكل. هذا مع التقارب، وأما مع السبق واللحق فيقدم السابق مطلقاً.

مسألة ٦: لو اشترى عبداً بجارية مع الخيار وقال اعتقتهما^(١٨٨) لاوجه لتقديم الفسخ على الاجازة هنا.

الرابع من أحكام الخيار: أنه يجوز للطرف الآخر التصرف في مورد^(١٨٩) الخيار، وكما يجوز ذلك تكليفاً ينفذ وضعاً ايضاً، ولكن لو أمكنه رد نفس العين بفسخ وإقالة او شراء ثانياً من المشتري وجب عليه ذلك بل يجبر عليه، وكذا الكلام في التصرف في المنافع إتلافاً أو نقلاً، ولو وقع تصرف من قبيل من له الخيار يوجب ذلك سقوط أصل الخيار، ولو علم من القرائن المعترية أن المقصود من الخيار رد شخص العين من حيث هو، لا يجوز تصرف من عليه الخيار تكليفاً، ولو خالف وتصرف فبالنسبة الى نفوذه يكون من صغريات الفضولي فيتوقف على إمضاء من له الخيار.

الخامس من أحكام الخيار: إن أثره تزلزل العقد فقط لا أن تكون الملكية تحدث بعد انقضائه، بل هي تحدث بمجرد العقد فيصير الخيار حق لصاحبه في ملك الآخر.

السادس من أحكام الخيار: ما جعل من القواعد^(١٩٠) وهي: أن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له .

^(١٨٨) الاولى أن يقع عتق من هو في ملكه الآن وهو العبد، والمسألة تجري فيما اذا باع الثمن والمثمن.

^(١٨٩) يجري ذلك عادة في المفليات حيث لا يتعلق غرض بشخص المبيع، أما في القيميات فمشكل.

^(١٩٠) الاشبه إتباع الأدلة الخاصة بكل مورد. ففي خيار الحيوان الهلاك من البائع لانه - كما يبدو - حكمة هذا الخيار هي احتمال هلاك الحيوان. اما بيع الشرط فالهلاك من مال المشتري بنص الأحاديث. اما خيار المجلس فان الاشبه ان الهلاك على المالك الاول أي من له الخيار والاحوط التراضي لأن البيع لما يكتمل. كذلك في بيع الشرط الذي لما يكتمل البيع أي تكون صورة البيع موجودة ولا يزال طرف او طرفان مترددين ففيه الهلاك من مال من اوجب البيع والاحوط التراضي. والمعيار هو ان الخيار اذا كان بمعنى عدم ايجاب البيع مثل خيار الحيوان والمجلس وبعض انواع الشرط، فالهلاك من مال الصاحب الاول، والا فمن الصاحب الثاني أي المالك الجديد، والله العالم.

السابع من احكام الخيار: أنه لو شك في سقوطه بعد ثبوته يحكم بعدم السقوط.
الثامن: بعد تحقق الفسخ يجب على الفاسخ إعلام المفسوخ عليه بالحال لو لم يعلم به،
ويضمن لو تلف في يده وكذا العوض في يد المفسوخ عليه.

فصل فيما يدخل في المبيع

مسألة ١: يدخل في المبيع كل ما يشمله اللفظ بحسب المتعارف عند الناس، فلو باع بستاناً دخل فيه الارض والشجر والنخل والابنية التي فيها وسورها وما يعد من توابعها ومرافقها كالبيئر والناعور والحظيرة ونحوها، ولو باع أرضاً لا يدخل فيها النخيل والاشجار التي فيها، وكذا لا يدخل الزرع فيها الا مع الشرط، وكذا لا يدخل الحمل في بيع الام، والثمرة في بيع الشجر بلا شرط.

مسألة ٢: لو باع نخلاً، فإن كان مؤبراً فالثمرة للبايع ويجب على المشتري إبقاؤها على ما جرت به العادة في إبقاء تلك الثمرة، وإن لم يكن مؤبراً كان للمشتري، ويختص هذا التفصيل بالبيع وأما في غيره فالثمرة للناقل سواء كانت مؤبرة أو لا، كما أنه مختص بالنخل فلا يجري في غيره، فالثمرة فيه للناقل مطلقاً إلا مع الشرط.

مسألة ٣: إذا باع الاصول وبقيت الثمرة للبايع واحتاجت الثمرة إلى السقي يجوز لصاحبها أن يسقيها وليس لصاحب الاصول منعه، وكذا العكس. ولو تضرر أحدهما بالسقي والآخر بتركه يقدم حق المشتري، ولكن الاحوط التصالح والتراضي بأي نحو كان ولو ببذل الارش للمتضرر منهما.

مسألة ٤: لو باع بستاناً واستثنى نخلة مثلاً فله الممر اليها والمخرج ومد جرائدها في الفضاء وعروقها في الارض، وليس للمشتري منع شيء من ذلك، وإذا باع داراً دخل فيها الارض والابنية الاعلى والاسفل، إلا أن يكون الاعلى مستقلاً عند المتعارف وينظر أهل الخبرة، وكذا يدخل السرايب والابواب والاشباب المتداخلة في البناء والاطواد المثبتة فيه، بل السلم المثبت على شبه الدرج ونحو ذلك من آلات الكهرباء ونحوه، ولا يدخل الرحي المنصوبة والشجر والنخل والمفاتيح إلا مع جريان العادة أو الشرط.

مسألة ٥: الاحجار المخلوقة في الارض والمعادن المكتومة فيها تدخل في بيعها تبعاً وأما الاحجار المدفونة فيها فهي خارجة.

فصل في النقد والنسيئة

مسألة ١: من باع شيئاً ولم يشترط فيه تأجيل الثمن يكون نقداً وحالاً، فللبايع بعد تسلم المبيع مطالبة متى أراد، وليس له الامتناع عن أخذه متى دفعه المشتري إليه.

وإذا اشترط تأجيله يكون نسيئة، ولا يجب على المشتري دفعه قبل الاجل وإن طوّل به، كما أنه لا يجب على البايع أخذه إذا دفعه المشتري قبله.

مسألة ٢: لا بد (١٩١) في النسيئة أن تكون المدة معينة مضبوطة لا يتطرق إليها احتمال الزيادة والنقصان، ولا بأس بما يتسامح به عرفاً.

مسألة ٣: لو اشترط التأجيل ولم يعين أجلاً أو عيّن أجلاً مجهولاً، كان البيع باطلاً (١٩٢) ولا بد في المدة أن تكون معلومة عند المتعاملين فلا يكفي تعيينه الواقعي بعد جهل (١٩٣) المتعاملين به، ولا فرق في المدة بين القصيرة - كساعة أو ساعتين - والطويلة كمائة سنة مع وجود غرض صحيح في البين.

مسألة ٤: لو باع شيئاً بثمن حالاً وبأزيد منه إلى أجل، بأن قال بعتك نقداً بعشرة ونسيئة إلى سنة مثلاً بخمسة عشر، وقال المشتري قبلت هكذا - فالاحوط التراضي بينهما بأقل الثمن (١٩٤) ولو باعه إلى أجل وبأزيد منه إلى أجل آخر بطل (١٩٥)

مسألة ٥: إذا كان التأجيل حقاً للمديون - مشترياً كان أو غيره - فأسقطه بإختياره يجوز لصاحب الدين مطالبة الدين.

مسألة ٦: لا يجوز تأجيل الثمن الحال بل مطلق الدين بأزيد منه، بأن يزيد في ثمنه الذي استحققه البايع مقداراً ليؤجله إلى أجل خاص، وكذا لا يجوز أن يزيد في الثمن المؤجل ليزيد في الاجل، سواء وقع ذلك بنحو البيع أو الصلح أو الجعالة أو غيرها، ويجوز ذلك بوجهين (١٩٦).

الاول: أن يهدي الى الدائن هدية مثلاً والدائن زاد في المدة تقرباً الى الله واحساناً اليه فقط، وكذا لو كان ذلك بنحو الجعالة او الصلح بشرط أن لا يجعل متعلقهما نفس الزيادة في المدة بل

(١٩١) إذا كان ذلك يؤدي الى الغرر فالاحوط ما ذكر، والا فان تراضي الطرفين يكفي لتصحيح العقد.

(١٩٢) اذا كان يتسبب في الغرر فالاحوط إحتنا به كما مر .

(١٩٣) إذا كان سبباً للغرر، وأما إذا لم يكن، مثلاً يبيع بضاعة مؤجلة إلى قدوم الحاج، وهو إذ ذاك فقط يحتاج الى ثمنها فأبي غرر في ذلك؟

(١٩٤) وفي حديث اشتهر العمل به إتمام العقد بأقل الثمنين وأبعد الاجلين والعمل به جيد.

(١٩٥) إذا استلزم الغرر او الرباء.

(١٩٦) شريطة أن يكون الواقع هو الظاهر ولا يكون تظاهراً بذلك مع قصد الرباء.

حصلا بالنسبة الى شيء آخر، وحصلت الزيادة بداع آخر من صلة رحم أو احسان محض أو نحو ذلك.

الثاني: أن يجعل الزيادة المبذولة في عوض معاملة أخرى من ثمن مبيع أو أجره أو عوض صلح معاوضي مع إشتراط التأخير في الدين الحال إلى أجل خاص، من غير أن يجعل ذلك في مقابل بذل الزيادة، ويجوز عكس ذلك وهو تعجيل المؤجل من الحقوق المالية المؤجلة بنقصان منها بنحو الصلح أو الابراء أو نحوهما.

مسألة ٧: لو باع شيئاً نسيئة يجوز شراؤه منه قبل حلول الاجل وبعده بجنس الثمن او بغيره سواء كان مساوياً للثمن الاول او ازيد منه او اقل، وسواء كان البيع الثاني حالاً او مؤجلاً، وربما يحتال بذلك للتخلص من الرباء ببيع من عنده الدراهم شيئاً على من يحتاج اليها بثمان الى اجل ثم يشتري منه ذلك الشيء حالاً باقل من ذلك الثمن فيعطيه الثمن الاقل ويبقى على ذمته الثمن الاول ، وانما يجوز ذلك كله إذا لم يشترط في البيع الأول، فلو اشترط البايع في بيعه على المشتري أن يبيعه بعد شرائه او شرط المشتري على البايع أن يشتريه منه لم يصح على الاحوط. (١٩٧)

مسألة ٨: يجوز بيع الثمن (١٩٨) الذي يكون نسيئة بأقل منه أو أكثر إلى نفس المشتري أو إلى غيره.

القبض والتسليم

مسألة ١: يجب على المتبايعين تسليم العوضين بعد العقد لو لم يشترط التأخير، فلا يجوز لكل منهما التأخير مع الامكان الا برضاء صاحبه. فإن امتنع (١٩٩) أجبراً، ولو امتنع أحدهما مع تسليم صاحبه أجبر الممتنع، ولو اشترط كل منهما تأخير التسليم الى مدة معينة جاز.

مسألة ٢: ليس لغير من اشترط التأخير الامتناع عن التسليم لعدم تسليم صاحبه الذي اشترط التأخير.

(١٩٧) ومن الشرط التباين الذي يحدث عادة عند من يريد التهرب من الربا فالاحوط اجتناب ذلك.

(١٩٨) بيع الثمن المؤجل باكثر منه بعد مدة قد يعتبر من الربا فالاحوط إن لم يكن الاقوى الاجتناب عنه.

(١٩٩) إن كان الامتناع من الطرفين فقد يكون بمثابة الفسخ المشترك (التقابل) فلا إجبار، وقد يكون ذات العقد قائماً على الالتزام المشترك فمع عدمه فلا عقد فالقول بالاجبار مشكل.

مسألة ٣: يجوز أن يشترط البايع لنفسه سكنى الدار أو ركوب المركوب، أو زرع الأرض أو نحو ذلك من الانتفاعات.

مسألة ٤: القبض في العقود مطلقاً - بيعاً كان أو غيره، سواء كان واجباً شرعياً والتزاماً بنائياً أو كان شرطاً للصحة كالصرف بالنسبة إلى العوضين والسلف بالنسبة إلى الثمن، والهبة، والرهن - يرجع فيه إلى المتعارف، وكلما حكم العرف بأنه قبض يثبت بذلك شرعاً وما لم يحكم لا يثبت، فإذا رفع البايع يده عن المبيع فيما لا ينتقل - كالدار والعقار - وأذن للمشتري في الدخول فيه، ورفع المنافيات عن ذلك يتحقق القبض به، وكذا في المنقول مع تحقق التخلية العرفية واستيلاء الطرف عليه كاستيلائه على سائر أمواله.

مسألة ٥: لو تشاحا(٢٠٠) في البدئة بالتسليم بعد بنائهما على أصله وعدم الامتناع عنه، يقدم قول البائع .

مسألة ٦: لو امتنعا عن القبض، أو أحدهما، وقبض الممتنع بدون رضاه صاحبه لم يصح القبض.

مسألة ٧: وجوب التسليم وجوب نفسي مطلق يعم كلاً من المتعاضين في عرض واحد، وكذا وجوب تفريغ البايع المبيع من أمواله، والمشتري الثمن كذلك أيضاً إن كان عيناً مشغولاً بأمواله، فلو قصر أو أحدهما في التفريغ، وكان للبقاء أجره وجب دفعها، بل وكذا لو لم يقصر في وجه مطابق للاحتياط، نعم(٢٠١) لا أجره في مورد العذر المقبول.

مسألة ٨: لو تلف المبيع قبل تسليمه إلى المشتري كان من مال البايع، فيفسخ البيع ويعود الثمن إلى المشتري، وإذا حصل للمبيع نماء كالنجاج والثمرة كان ذلك للمشتري(٢٠٢) وإن تلف الأصل قبل قبضه عاد الثمن إليه وله النماء، ولو تلف النماء من غير تفريط عند البايع لم يضمن، ولو تعيب قبل القبض يتخير المشتري بين الفسخ والامضاء لكل الثمن. والاحوط التصالح بالنسبة إلى الارش.

مسألة ٩: لو باع جملة فتلف بعضها، إنفسخ البيع بالنسبة إلى التالف وعاد إلى المشتري ما يخصه من الثمن، وله فسخ العقد والرضاء بالموجود بحصة من الثمن.

(٢٠٠) إذا كان هناك عرف سواء في تقديم تسليم البائع أو المشتري اتبع، والا فالواجب الاستلام المتبادل والله العالم.

(٢٠١) العذر في التسليم لا يلغي حق صاحب المال خصوصاً عند الاضرار به والاحتياط التراضي.

(٢٠٢) هذا هو المشهور حسب الادعاء بينهم، والاشبه أنه للبائع، لان التلف يلغي العقد ولان الخراج بالضمنان ولعدم دليل واضح في المسألة والتراضي هو سبيل الاحتياط.

مسألة ١٠: إذا اختلط المبيع بغيره في يد البايع اختلاطاً لا يتميز كان المشتري بالخيار إن شاء فسخ وإن شاء كان شريكاً للبايع.

مسألة ١١: يجب على البايع مضافاً إلى التسليم تفريغه عما كان فيه من أمتعته وغيرها، حتى لو كان مشغولاً بزرع آن وقت حصاده وجب إزالته، ولو كانت له عروق تضربه بالانتفاع كالقطن والذرة، أو كانت في الأرض حجارة مدفونة وجب عليه إزالتها وتسوية الأرض، ولو كان فيها شيء لا يخرج إلا بتغيير شيء من الابنية وجب إخراجه واصلاح ما انهدم، ولو كان فيه زرع لم يبلغ وقت حصاده فله إبقاؤه إلى أوانه من غير أجره مع اطلاع المشتري عليه، والاحوط التصالح.

مسألة ١٢: لو باع شيئاً فغصبه غاصب معلوم من يد البايع، فإن أمكن إستعادته في زمان لا يتضرر به المشتري فليس له الفسخ، وإلا كان له ذلك وتلفه في هذه المدة وإن كثرت من مال البايع، وأجرة المدة لو كانت لها أجره للمشتري^(٢٠٣) والاحوط التصالح، ولو منع البايع من التسليم بغير حق ثم سلمه بعد مدة كان للمشتري مطالبة^(٢٠٤) الاجرة.

مسألة ١٣: لو اشترى شيئاً ولم يقبضه، فإن كان مما لا يكال ولا يوزن جاز بيعه قبل قبضه، وكذا إذا كان منهما وباع تولية، بل وكذا إذا باع بالمرايحة ايضاً، لكنه مكروه. هذا إذا باعه على غير البايع، وأما إذا باعه عليه فلا إشكال ولا كراهة في البين، كما لا إشكال فيما إذا ملك شيئاً بغير الشراء - كالميراث، والصداق، والخلع - فيجوز بيعه قبل قبضه بلا ريب فيه حرمة أو كراهة، كما أنه يختص ذلك بخصوص البيع فلا محذور في جعله صداقاً أو أجره أو غير ذلك، وكذا يختص الحكم بالمبيع فلا يجري في الثمن .

مسألة ١٤: لو كان له على غيره طعام من سلم وعليه مثل ذلك، فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الاخر لا بأس بذلك.

مسألة ١٥: مع تعيين الثمن يتعين ومع عدمه فهو النقد الغالب.

مسألة ١٦: لو ادعى البايع زيادة الثمن والمشتري عدمها، يقدم قول البايع مع يمينه إن كان المبيع باقياً، وقول المشتري مع يمينه إن كان تلفاً، سواء كان الثمن كلياً في الذمة أو شخصياً خارجياً.

مسألة ١٧: لو ادعى أحدهما ان البيع نقد وقال الآخر أنه نسيئة، يقدم قول من يدعي أنه نقد مع يمينه.

(٢٠٢) على القول بأنه يملك النماء وقد سبق النظر فيه .

(٢٠٤) أي مطالبة الغاصب.

وهو حرام، ومن الكبائر العظام .

مسألة ١: كما يحرم أخذ الربا يحرم دفعه، وكتابته، والشهادة عليه. ولا فرق في الحرمة والفساد بين حالة الاختيار والاضطرار. نعم، لو وصلت الضرورة إلى حد جواز أكل مال الغير صحّ الأكل مع التضمين.

مسألة ٢: الربا قسمان: إما معاملي، أو قرضي. والأول هو بيع أحد المثلين بالآخر مع الزيادة العينية، كبيع كيلو من الحنطة بكيلوبين منها، أو كيلو منها بكيلو مع زيادة درهم، أو حكمية كبيع كيلو من الحنطة نقداً بكيلو منها نسيئة، ولو باع كيلو ونصف من الحنطة مثلاً بكيلو منها نسيئة فهل يرتفع الربا بوقوع نصف كيلو في مقابل الاجل وبصير حينئذ مثلاً بمثل وجهان.

مسألة ٣: لا يجري الربا في سائر المعاوضات وان كان الاحوط (٢٠٥) الاجتناب فيها ايضاً.

مسألة ٤: يشترط في الرباء المعاملي أمران:

(الاول): إتحد العوضين في الجنس، وضابطه الاتحاد في الحقيقة النوعية الكاشف عنه دخولهما تحت لفظ خاص. فكلما صدق عليه الحنطة، أو الارز، أو التمر، أو العنب جنس واحد، فلا يجوز بيع بعضها ببعض بالتفاضل، وإن تخالفا في الصفات والخواص، فلا يتفاضل بين الحنطة الرديئة الحمراء والجيدة البيضاء، ومثل ذلك في التمر ونحوه، فإذا اختلف الاسم يصح البيع متفاضلاً، فيصح بيع الأرز مع العدس، أو الحنطة ونحو ذلك من مختلفي الاسم متفاضلاً.

مسألة ٥: لو شك في مورد في إتحد الجنس وعدمه يصح البيع متفاضلاً.

الامر الثاني: كون العوضين من المكيل والموزون، فلا ربا في ما يباع بالعد والذرع والمشاهدة.

مسألة ٦: الحنطة والشعير جنس واحد في الربا فقط فلا يصح التفاضل بينهما. وان لم يكونا كذلك في الزكاة، فلا يكمل نصاب أحدهما بالآخر.

مسألة ٧: يجوز بيع العلس بالسلت والاول (٢٠٦) بالحنطة، والثاني بالشعير، وان كان الاحوط الترك مطلقاً.

مسألة ٨: لكل نوع من الانواع أصناف كثيرة ربما تبلغ المئات بل أكثر، وجميع تلك الاصناف من كل نوع تحت جنس واحد جيدة كانت أو رديئة أو باختلاف.

(٢٠٥) بل الاقوى.

(٢٠٦) فيه إشكال.

مسألة ٩: كل شيء (٢٠٧) مع أصله وما يتفرع عنه جنس واحد وان اختلفا في الاسم، كالمسمم والشيرج، واللبن مع الجبن، والمخيض واللبا وغيرها، والتمر والعنب مع خلهما ودبسهما، وكذا الفرعان من اصل واحد كالجبين والاقط والزبد وغيرها.

مسألة ١٠: اللحوم والالبان والادهان تختلف باختلاف الحيوان المتخذ ذلك منه، فيجوز التفاضل بين لحم الغنم ولحم البقر، وكذا بين لبنهما أو دهنهما، وكذا بين ما يتفرع من لبنهما، وكذا في الطيور فيجوز التفاضل بين لحم بعض الطيور مع البعض الآخر إذا اختلفا في الاسم. والادهان المتخذة من النباتات تابع لما اتخذ منه، فيجوز التفاضل بين دهن السمسم ودهن اللوز، والضان والمعز جنس واحد، وكذا البقر والجاموس، والخلّ تابع لما يعمل منه فيجوز التفاضل بين خلّ العنب وخلّ التمر، ولكن خلّ العنب والزبيب شيء واحد، وكذا خلّ الرطب والتمر.

مسألة ١١: الصوف غير الشعر وهما غير الوبر، وصوف كل حيوان تابع له، فيجوز التفاضل بين صوف الغنم وصوف البعير. الشحم والإلية والقلب والكبد غير اللحم، فيصح التفاضل بينها وبين اللحم، وكذا بين بعضها مع بعض.

مسألة ١٢: ما عمل من جنسين فإن عدّ من أحدهما عرفاً لا يجوز بيعه معه متفاضلاً، وإن لم يعدّ أو شك فيه يجوز.

مسألة ١٣: المناطق في كون شيء مكيلاً أو موزوناً متعارف البلدان وعند متعارف الناس، ومع الاختلاف فحكم كل بلد على ما هو المعتاد فيه.

مسألة ١٤: لا تجري تبعية الفرع للأصل في المكيلية والموزونية، فما كان أصله مما يكال أو يوزن فخرج منه شيء لا يكال ولا يوزن، لا بأس بالتفاضل بين أصله وما خرج منه، وكذا بين ما خرج منه بعضه مع بعض، وذلك كالقطن والكتان، فإن أصلهما وغزلهما يوزن ومنسوجهما لا يوزن، فلا بأس بالتفاضل بين أصلهما أو غزلهما وبين منسوجهما، وكذا بين أفراد منسوجهما، بان يباع ثوبان بثوب واحد، وكذا دهن الجوز فإنه موزون وأصله -وهو الجوز- معدود، فيجوز التفاضل بينهما.

مسألة ١٥: إن كان شيء مكيلاً أو موزوناً في حال دون حال، كالثمرة غير موزونة حال كونها على الشجرة وإذا جئيت صارت من الموزون، وكذا الحيوان قبل أن يذبح ويصير لحماً ليس من الموزون، ولكن يصير منه بعد الذبح وسلخ جلده فيجوز التفاضل بينهما، وكذا يجوز شاة بشاتين بلا إشكال.

(٢٠٧) على المشهور ولعله موافق للاحتياط، بلى في الحنطة والدقيق، والعنب والزبيب، نصوص خاصة وهي القدر المعلوم من المماثلة.

مسألة ١٦: يكره^(٢٠٨) بيع اللحم بالحيوان الحي سواء كان من جنسه ، كبيع لحم الغنم بالشاة، او يبيعه بغير جنسه.

مسألة ١٧: إذا كان لشيء حالتان: حالة رطوبة وحالة جفاف ، كالتمر يكون رطباً ثم يصير تمراً، والعنب يصير زبيباً، وكذا الخبز واللحم ونحوها، يجوز بيع جافه بجافه ورطبه برطبه مثلاً بمثل، ولا يجوز بالتفاضل، ولا يجوز بيع جافه برطبه بالتفاضل، ويكره مثلاً بمثل بل الاحوط الترك.

مسألة ١٨: التفاوت بالجودة والرداءة في أفراد الجنس الواحد لا يوجب جواز التفاضل بينهما، فلا يصح بيع كيلو من الحنطة الجيدة بكيلوين من الرديئة منها، ولا بيع مثقال من الذهب الجيد بمثقالين من الرديء منه.

مسألة ١٩: يتخلص^(٢٠٩) من الربا بوجوه:

الاول: ضم غير الجنس الى الطرفين، كأن يبيع منّا من الحنطة مع درهم بمنين من الحنطة ودرهمين. أو ضم غير الجنس الى الطرف الناقص، كأن يبيع منّا من حنطة مع درهم بمنين منها، ولو خرجت القيمة مستحقة للغير لا يضر بصحة البيع، سواء أجاز الغير أولاً.^(٢١٠)

الثاني: أن يبيع كيلو من الحنطة -مثلاً- الى زيد بدرهم ثم يشتري منه كيلوين من الحنطة بالدرهم.

الثالث: ما إذا وهب كل من المتبايعين جنسه للآخر مجاناً من غير قصد المعاوضة، ولا إشتراط الهبة في الهبة.

الرابع: أن يقرض كل منهما جنسه لصاحبه ثم يتبارعا مع عدم الشرط.

الخامس: أن يتبايعا بقصد كون المثل في مقابل المثل وكون الزائد هبة مستقلة مجانية.

السادس: أن تكون الزيادة مورد الصلح بعوض أو بلا عوض، شرط فيه مبادلة المثل بالمثل أو لم يشترط.

السابع: أن يبيع كيلو من الحنطة بدرهم، ثم يعطيه المشتري كيلوين وفاءً عما في ذمته.

مسألة ٢٠: لو عمل^(٢١١) في أحد العوضين عملاً يوجب زيادة القيمة، فبيع بجنسه بالتفاضل، كما إذا انقي كيلو من حنطة بأجرة درهم مثلاً، فبيع بكيلو ونصف بحيث يقع النصف في مقابل الدرهم لا بأس به، وكذا كلما يصح أن يقع بإزائه مال.

^(٢٠٨) إذا كان غريباً فالاحوط إجتنابه، وإذا كان الحيوان من الموزون فلا بد من إجتنابه لمكان الربا.

^(٢٠٩) الاحوط ترك مثل هذه الخيل الا عند الاضطرار إلى إجراء المعاملة.

^(٢١٠) على إشكال والاحتياط الترك.

^(٢١١) فيه إشكال والترك أحوط.

مسألة ٢١: إذا وقعت المعاملة الربوية بين شخص وبين الظلمة، وأخذ ذلك الشخص الزائد يمكن أن يصححها الحاكم الشرعي .

مسألة ٢٢: تقدم ذكر بعض الموارد التي ليس فيها الرباء المعاملي تخصصاً، وقد وردت موارد أخرى نفى الشارع فيها الرباء المعاملي والرباء القرضي تخصيصاً:

الاول: بين الوالد وولده.

الثاني: بين المولى ومملوكه.

الثالث: بين الرجل وزوجته.

فيجوز لكل من الطائفتين أخذ الفضل من الآخر .

الرابع: بين المسلم والحربي إذا أخذ المسلم الفضل ويثبت بين المسلم والذمي.

مسألة ٢٣: لا فرق في الولد بين الذكر والانثى والنخشي، ولا بين ولد الولد، والاحوط الاقتصار على خصوص الذكر وبلا فصل (٢١٢) والحكم مخصوص بالأب فلا يشمل الأم فيثبت الرباء بينها وبين الولد، ولا بد من الاقتصار على النسبي دون الرضاعي، وعلى الأب دون الجد.

مسألة ٢٤: النقود الورقية المعمولة بها في العالم لا يجري فيها الرباء المعاملي.

(٢١٢) لا يترك الاحتياط في عدم الفصل.

بيع الصرف^(٢١٣)

وهو: بيع الذهب بالذهب أو الفضة، أو الفضة بالفضة أو بالذهب بلا فرق بين المسكوك منهما وغيره، ولا فرق فيه بين الخالص والمغشوش والمركب من أحدهما مع شيء آخر، حتى الخيوط المصوغة من الذهب أو الفضة ومن شيء آخر، ويشترط في صحته التقابض في مجلس العقد^(٢١٤) فلو تفرقا ولم يتقابضا بطل البيع، ولو قبض البعض صح فيه خاصة وبطل بالنسبة إلى ما لم يقبض ويتخيران معاً في إجازة ما صح فيه وفسخه، وكذا إذا بيع أحد النقدين مع غيرهما صفقة واحدة ولم يقبض الجملة حتى تفرقا بطل البيع بالنسبة إلى النقد وصح بالنسبة إلى غيره مع الخيار كما مر.

مسألة ١: لو فارقا^(٢١٥) المجلس مصطحبين لم يبطل البيع فإذا تقابضا قبل أن يفترقا صح.

مسألة ٢: إنما يشترط التقابض في معاوضة النقيدين إذا كانت بالبيع دون ما إذا كانت بغيره، كالصالح والهبة المعوّضة وغيرهما^(٢١٦).

مسألة ٣: يكفي في القبض كونه في الذمة ولا يحتاج إلى قبض آخر، فلو كان في ذمة زيد دراهم لعمرو فباعها بالدنانير قبل التفرق صح، بل لو وكلّ زيدا بأن يقبض عنه الدنانير التي صارت ثمن الدراهم صح أيضاً.

مسألة ٤: إذا اشترى منه دراهم ببيع الصرف ثم اشترى بها منه دنانير قبل قبض الدراهم لم يصح البيع الثاني، فإذا قبض الدراهم بعد ذلك قبل التفرق صح الأول وإن لم يقبضها حتى افترقا بطل الأول أيضاً.

(٢١٣) يبدو أن المعيار في بيع الصرف عندهم الدراهم والدنانير كنفود راحة، وليس ذهباً أو فضة فلا يترك الاحتياط في عدم بيعها من دون التقابض، وبالعكس يجوز مثل ذلك في أنواع الذهب والفضة.

(٢١٤) هذا هو الرأي المشهور وعليه العمل احتياطاً.

(٢١٥) بحيث يصدق أنهما باعا بدأ بيد، أما إذا كان الزمن طويلاً فمشكل.

(٢١٦) وإن كان الاحتياط استيجاباً رعايته في كل معاوضة.

مسألة ٥: إذا كان له على شخص دراهم فقال للذي عليه الدراهم: "حولها دنانير" فرضي بذلك وتقبل دنانير في ذمته بدل الدراهم صح ذلك ويتحول ما في ذمته من الدراهم إلى الدنانير^(٢١٧) وإن لم يتقابضا، وكذلك لو كان له عليه دنانير فقال له حولها دراهم.

مسألة ٦: الدراهم والدنانير المغشوشة إن كانت رائحة بين عامة الناس مع علمهم بأنها كذلك، يجوز إخراجها وإنفاقها والمعاملة بها، وإلا فلا يجوز إنفاقها إلا بعد إظهار حالها، بل الأحوط ترك المعاملة بها ولو كانت معمولة لأجل غش الناس لا يجوز^(٢١٨) إبقاؤها .

مسألة ٧: لو بيع الفضة بالفضة أو الذهب بالذهب لا بد من مراعات أن لا يلزم الربا، وحينئذ يتخلص منه بإحدى الطرق التي تقدم^(٢١٩) سابقاً، ومنها الضميمة ولو كانت هي الغش فيهما، بخلاف ما إذا بيع الذهب بالفضة أو بالعكس إذ لا ربا حينئذ، وكذا لا ربا في الريال المعهود إذا بيع بمثله، وكذا في كسور الريال من النصف والعشر ونحو ذلك.

مسألة ٨: يكفي في الضميمة وجود الغش إن كان له مالية عرفية فإذا بيعت فضة مغشوشة بمثلها جاز بالمثل إذا فرض التساوي في الغش عند أهل الخبرة أو كان تفاوت في البين ولكن كان بحيث يتسامح فيه عرفاً، وكذا يجوز بالتفاضل^(٢٢٠) أيضاً، وإذا بيعت المغشوشة بالخالصة لا بد وأن تكون للخالصة زيادة على فضة المغشوشة لتقع تلك الزيادة في مقابل الغش.

مسألة ٩: إذا اشترى فضة معينة بفضة أو بذهب فوجدها من غير الجنس - كالنحاس والرصاص - بطل البيع وليس له مطالبة البدل ولا الأرش، كما إنه ليس للبايع إلزامه به، ولو وجد بعضها كذلك بطل فيه وصح في الباقي وله رد الكل، كما أن له أخذ الجيد فقط بحصة من الثمن، وإذا اشترى فضة كلياً في الذمة بذهب أو فضة، وبعدها قبضها وجد المقبوض - كلاً أو بعضاً - من غير الجنس فإن كان قبل أن يتفرقا للبايع الإبدال بالجنس وللمشتري مطالبة البدل، وإن كان بعد التفرق بطل البيع في الكل أو البعض كما مر، هذا كله إذا كان من غير الجنس، ولو كان من الجنس ولكن ظهر فيه عيب كخشونة الجوهر والغش الزائد على المتعارف واضطراب السكة ونحوها، ففي ما إذا كان المبيع فضة معينة في الخارج كان له الخيار برد الجميع أو إمساكه بل له رد المعيب وحده أيضاً، ويجوز له أخذ الارش لو كان العوضان متجانسين - كالفضة بالفضة - فضلاً عما اختلفا كالفضة بالذهب أو بالعكس ولا فرق في ذلك بين كون الأرش من غير النقدين أو منهما، هذا في المبيع الشخصي.

وأما إذا كان كلياً في الذمة وظهر عيب في المقبوض كان له الخيار بين فسخ البيع ورد المقبوض وبين إمضائه وإمساك المعيب بالثمن، كما أن له مطالبة البدل أيضاً قبل التفرق وبعده أيضاً، وإن كان

(٢١٧) سعر وقت الاتفاق بينهما.

(٢١٨) إذا كان سبباً للفساد والإفساد، أما إبقاؤها للعرض أوما أشبه فلا بأس.

(٢١٩) وتقدم الحكم فيها.

(٢٢٠) بمعنى وجود غش (مثل الرصاص) في الدرهم بحيث يكون الدرهم الآخر في مقابله.

الأحوط خلافه، كما إنه يجوز له أخذ الأرش في المتجانسين (٢٢١) كالذهب بالذهب فضلاً عن المتخالفين كالذهب بالفضة، وبعد التفرق فضلاً عما قبله.

مسألة ١٠: لا يجوز أن يشتري من الصائغ خاتماً أو قرطاً مثلاً من فضة أو ذهب بجنسه مع زيادة بملاحظة أجرته، ويجوز أن يشتريه بغير جنسه مماثلاً ويعين له أجرة معينة لصياغته ولو كانت من نفس الثمن، كما يجوز فيما إذا كان الفص من الصائغ وكان من غير الجنس أن يجعل الزيادة في مقابل الفص. مسألة ١١: لو اشتغلت ذمته لشخص بإحدى النقود الورقية -الرائجة في الدول- المختلفة السعر بعضها مع بعض مع قسم آخر منها، يتصور فيه وجوده:

الأول: أن يكون عليه نقد عراقي مثلاً وأعطاه من النقد الإيراني مثلاً بعنوان الوفاء والاستيفاء دفعة أو تدريجاً فتفرغ ذمته بمقدار ما أعطاه بسعر وقت الأداء.

الثاني: أن الدفع والأخذ بعنوان القرض والاقتراض ممن اشتغلت ذمته لشخص بالنقود العراقية يدفع إليه بعنوان القرض نقوداً إيرانية، ولا ريب في بقاء إشتغال ذمته بما كانت مشغولة به واشتغال ذمة الآخذ بالنقود الإيرانية فهناك ذمتان مشغولتان بشيئين ويجوز لكل منهما مطالبة صاحبه عما عليه مع حلول الأجل، ولا يقع التهاوتر (٢٢٢) بين الذمتين.

الثالث: أن يبيع أحدهما ما في ذمته بما في ذمة الآخر مع حلول كل منهما، ولكن الأحوط الترك. الرابع: إبراء كل منهما ماله على الآخر أو مصالحة كل منهما ذمته بما في ذمة الآخر ولا بأس بهما. الخامس: دفع أحد النقدين دفعةً أو متدرجاً بعنوان الأمانة ثم الاحتساب من الدين بعد ذلك ولا بأس به أيضاً ويلاحظ السعر عند الاحتساب في هذه القسمين ولا ينظر إلى اختلاف السعر قبل ذلك. مسألة ١٢: إذا حصل دين بنقد معين كمائة ريال سعودي مثلاً، سواء كان من الاقتراض أو من ثمن البيع أو غيرهما إلى أجل معلوم، وزاد سعر ذلك النقد أو نقص عنه عند حلول الأجل عن سعره يوم الاشتغال، لا يستحق إلا عين ذلك النقد ولا ينظر إلى زيادة سعره (٢٢٣) ونقصانه .

مسألة ١٣: يجوز أن يبيع مثقالاً من فضة خالصة من الصائغ مثلاً بمثقالين من فضة فيها غش متمول ويشترط عليه أن يصوغ له خاتماً مثلاً، وكذا يجوز أن يقول للصائغ صغ لي خاتماً وأنا أبيعك عشرين مثقالاً من فضة جيدة بعشرين مثقالاً من فضة رديئة مثلاً ولا يلزم الربا في الصورتين.

مسألة ١٤: لو باع عشرة دنانير عراقية بمائة ريال سعودي إلا ريال - مثلاً- صح لكن بشرط أن يعلمنا نسبة السعر بين العوضين، وكذا الكلام في جميع النقود الورقية العالمية تماماً أو كسراً.

(٢٢١) الاحوط عدم أخذ الزيادة لشبهة الربا خصوصاً إذا كان الأرش ذا نسبة كبيرة من البيع.

(٢٢٢) إذا فورا التهاوتر بسعر معين أو بسعر لحظة التهاوتر فلا بأس، لأن النقود الورقية للملاحظة فيها قيمتها السوقية عادة، والتهاوتر يقع عليها.

(٢٢٣) إلا إذا كان سعره سابقاً عن أصله بما لا يتصور مما يسبب ضرراً ولا يكون مراداً للدائن قطعاً، مثل سعر الدينار العراقي بعد الغزو والليرة اللبنانية بعد الحرب الأهلية والله العالم.

مسألة ١٥: النقود المتعارفة بين الناس يتعين بالتعيين (٢٢٤) فإذا باع نقداً معيناً أو اشترى شيئاً بنقد معين وجب إعطاؤه فقط، ولا يكفي مثله وإن لم يكن فرق بينهما أبداً.

فصل في بيع السلف

ويقال له: السلم أيضاً، وهو: ابتياع كلي مؤجل بثمن حال عكس النسبة. ويقال للمشتري "المسلم" بكسر اللام، وللثمن "المسلم" بفتحها وللبائع "المسلم إليه" وللمبيع "المسلم فيه" وهو يحتاج إلى إيجاب وقبول، ومن خواصه أن كل واحد من البائع والمشتري صالح لأن يصدر منه الإيجاب والقبول من الآخر، فالإيجاب من البائع بلفظ البيع وأشباهه بأن يقول: ويقول المشتري: "قبلت" أو "اشترت". وأما الإيجاب من المشتري فيختص بلفظي "أسلمت" و "أسلفت" فيقول للبائع "أسلمت إليك أو أسلفتك مائة دينار في طن من الحنطة بصفة كذا" ويقول المسلم إليه وهو البائع "قبلت"، ويصح فيه المعاطاة.

مسألة ١: مورد السلم تارة: هو (٢٢٥) النقود الورقية بعضها مع بعض، وأخرى: مطلق الأمتعة والاجناس مع كونها من المكيل أو الموزون بعضها مع بعض، وثالثة: الأمتعة والأجناس وغير المكيل والموزون مع النقود الورقية أو الذهبية أو الفضية، ورابعة: الاجناس بعضها مع بعض واتحاد الجنس وكونها من المكيل أو الموزون، وخامسة: النقود (٢٢٦) الذهبية أو الفضية بعضها مع بعض مع اتحاد الجنس أو اختلافه والكل صحيح إلا القسمين الأخيرين.

مسألة ٢: يشترط فيه أمور:

الأول: ذكر الوصف الرافع للجهالة وكلما أمكن ضبط أوصافه التي تختلف القيمة والرغبات باختلافها يصح السلم فيه، وكلما توقف درك أوصافه وخصوصياته على المشاهدة لا موضوع للسلف فيه، والمرجع في ذلك أهل الخبرة من العرف، ويكفي في التوصيف بما هو المتعارف بالنسبة إلى كل شيء لا ما يؤدي إلى عزة الوجود وندرته (٢٢٧).

الثاني: قبض (٢٢٨) الثمن قبل التفرق عن مجلس العقد، ولو قبض البعض صح فيه وبطل في الباقي مع ثبوت الخيار بالنسبة إلى من لم يقصر في القبض، والاقباض ولو كان الثمن ديناً في ذمة البائع فإن كان مؤجلاً لا يجوز جعله ثمناً للمسلم فيه على الأحوط، وإن كان حالاً يجوز وإن كان الأحوط تركه، ولو

(٢٢٤) إذا لم يكن التعيين سلفياً بأن تعلق به غرض عقلائي.

(٢٢٥) على القول باشتراط التقابض في بيع الصرف بشكل في كل نقد ورقاً كان أو ذهباً أو فضة.

(٢٢٦) المشهور حرمة تسليم النقود وفي بعض الروايات تصريح بجوازها.

(٢٢٧) فإذا سبب المزيد من الأوصاف في تحول البيع إلى غرري، باعتبار ندرة وجود ما يريد بطل وأصبح كبيع العبد الآق والسماك في الأحام وقد يقال يجوز ذلك في السلم مع الضمنية والله العالم.

(٢٢٨) هذا الشرط هو المشهور بين العلماء في جميع المذاهب والدليل الواضح عليه مفقود ولكن العمل به احوط.

جعل الثمن كلياً في ذمة المشتري ثم حاسبه به بما له في ذمة البائع المسلم إليه فلا إشكال فيه ولا وجه للاحتياط حينئذ.

الثالث: تقدير المبيع بما يعتبر فيه من الكيل أو الوزن أو العد أو الذرع أو نحوه.

الرابع: تعيين أجل مضبوط للمسلم فيه بالأيام أو الشهور أو السنين أو نحو ذلك. فلو جعل الأجل مدة مجهولة^(٢٢٩) كان باطلاً ولا فرق في الأجل بعد كونه مضبوطاً بين أن يكون قليلاً كيوم بل نصف يوم أو كثيراً كعشرين أو ثلاثين سنة.

الخامس: إمكان وجوده وقت الحلول وإن كان معدوماً حين العقد وفي البلد الذي شرط التسليم فيه إن شرط ذلك.

مسألة ٣: يجب تعيين بلد التسليم إن اختلفت الأعراض المعاملية بذلك^(٢٣٠) إلا إذا كان متعيناً خارجاً من انصراف أو نحوه.

مسألة ٤: إذا جعل الأجل شهراً أو شهرين أو شهوراً، فإن وقعت المعاملة في أول الشهر يحسب الشهر واحداً كان أو متعدداً- هلالياً تم الشهر أو نقص، وإن وقعت المعاملة في أثناء الشهر يحسب كل شهر ثلاثين يوماً، ويمكن فرض الهلالي أيضاً بأن يعد من الشهر اللاحق ما فات من الشهر السابق فإذا وقع العقد في العاشر من الشهر وكان الأجل شهراً مثلاً حل الأجل في العاشر من الشهر الثاني وهكذا، فربما لا يكون ثلاثين يوماً لو كان الشهر الأول ناقصاً والأحوط^(٢٣١) التصالح.

مسألة ٥: إذا جعل الأجل إلى جمادي أو الربيع حمل على أقربهما، وكذا لو جعل إلى الخميس أو الجمعة حمل إلى الأقرب منهما فيحل الأجل بأول جزء من رؤية الهلال في الأول وبأول جزء من نهار اليوم في الثاني.

مسألة ٦: لو اشترى شيئاً سلفاً لم يجز بيعه قبل حلول الأجل^(٢٣٢) لا على البائع ولا على غيره، سواء باعه بجنس الثمن الأول أو غيره، وسواء كان مساوياً له أو أقل أو أكثر، ويجوز بعد حلوله سواء قبضه أو لم يقبضه على البائع وعلى غيره بجنس الثمن أو مخالفه بالمساوي له أو بالأقل أو الأكثر ما لم يستلزم الربا.

نعم لو كان المسلم فيه مما يكال أو يوزن يكره بيعه قبل قبضه.

مسألة ٧: إذا دفع المسلم إليه إلى المشتري بعد حلول الأجل الجنس الذي أسلم فيه، وكان دونه من حيث الصفة أو المقدار لم يجب قبوله، ويجوز مع الرضاء وطيب النفس، وكذا لو كان من غير الجنس،

(٢٢٩) بحيث ينتهي إلى الجهالة في السلعة ويتناقض مع حرمة البيع الغرري.

(٢٣٠) وكان سبباً للضرر المنهي عنه .

(٢٣١) هذه الأمور مما يختلف فيها العرف حسب البضائع، والمعارف ألا يصبح البيع غريباً وإن كان كذلك فلا بد من تحديد المدة بحيث يرتفع الغرر وقد يجب تحديدها بالساعات.

(٢٣٢) هذا هو المشهور والعمل به أحوط.

وإذا كان مثله فيهما وجب القبول كغيره من الديون، وكذا إذا كان فوقه من حيث الصفة^(٢٣٣)، وأما إذا كان أكثر منه بحسب المقدار لم يجب عليه قبول الزيادة.

مسألة ٨: إذا حل الأجل ولم يتمكن البائع من أداء المبيع لعارض من آفة أو عجز له من تحصيل أو اعوازه في البلد مع عدم إمكان جلبه من مكان آخر أو غير ذلك من الأعذار حتى انقضى الأجل، كان المشتري بالخيار بين أن يفسخ المعاملة ويرجع بثمنه ورأس ماله وبين أن يصبر إلى أن يوجد ويتمكن البائع من الأداء، ولهما أن يتراضيا بقيمة وقت الأداء سواء زادت عن الثمن أو ساوت أو نقصت عنه، وليس للمشتري إلزام البائع بأداء قيمة وقت الأداء إن كانت أزيد من ثمن المسمى.

مسألة ٩: لا فرق^(٢٣٤) في هذا الخيار بين كون التأخير بتفريط من البائع أو غيره. نعم لو كان ذلك لتقصير من المشتري فلا خيار له حينئذ، ولو تعذر البعض دون الجميع كان للمشتري الخيار بالنسبة إلى ما تعذر، وكذا بالنسبة إلى الجميع.

مسألة ١٠: هذا الخيار على التراخي وليس فورياً، فلو أصر لعذر أو لغيره لا يسقط خياره، ولو اختار الصبر يصح له الفسخ بعد ذلك.

مسألة ١١: إذا اتفقا على أصل القبض واختلفا في أنه كان قبل التفرق حتى يصح العقد أو بعده حتى يبطل، يقدم قول مدعي الصحة^(٢٣٥)، ولو اختلفا في تحقق أصل القبض وعدمه فإن كان بعد التفرق بطل العقد وإن كان قبله فالقول قول منكر القبض.

مسألة ١٢: لو ظهر عيب في الثمن المعين، فإن كان من غير الجنس بطل العقد إن كان في الجميع وبالنسبة إن كان في البعض، وله حينئذ خيار التبعض، ولو كان العقد على الكلي يبطله قبل التفرق، وإن كان بعده بطل العقد^(٢٣٦)، وإن كان من الجنس كخشونة الجوهر ونحوها فللبائع الخيار بين الرد وأخذ الأرش.

أقسام البيع بالنسبة إلى الثمن

أقسام البيع بالنسبة إلى ملاحظة الثمن أربعة:

الأول: بيع شيء معلوم بثمن معلوم مع تراضيهما عليه من دون ذكر رأس المال والربح والخسران ولا يلاحظ ذلك كله في العقد، ويسمى ذلك بالمساومة.

(٢٣٣) إن لم يكن لديه حاجة بمثل ما أراد، أو كان له مانع من قبول الأفضل مثل الترفع من مئة البائع فلا يجب القبول.

(٢٣٤) قد يقال إن البائع إذا فُضّر وأضر بالمشتري كان عليه دفع الضرر، والاحوط - حينئذ - التراضي.

(٢٣٥) إذا كان ذلك بعد إتمام العقد ومع العلم والالتفات إلى شرط القبض.

(٢٣٦) وقد يقال بصحة، والسبب أن القبض قد تم والتبديل كافي ولا تشمله أدلة وجوب القبض.

الثاني: البيع برأس المال مع الزيادة ويسمى ذلك بالمراجحة.

الثالث: البيع برأس المال مع النقيصة ويسمى ذلك بالمواضعة.

الرابع: البيع برأس المال من دون زيادة ولا نقيصة ويسمى ذلك بالتولية، ويأتي ما يتعلق بالتشريك، والكل صحيح، وأفضل هذه الأقسام المساومة، والمراجحة مكروهة.

مسألة ١: يعتبر في تحقق ما تقدم - من الأقسام الأربعة - القصد ولفظ ظاهر في العنوان الخاص المنشأ، ويتحقق بالمعاطاة أيضاً بعد المقابلة على تعيين العنوان، ويعتبر في المراجحة تعيين مقدار الربح وفي المواضعة تعيين مقدار النقيصة.

مسألة ٢: عبارة عقد المراجحة بعد تعيين رأس المال - أو تعيينه من الخارج - أن يقول البائع: بعثك هذا المتاع بما اشتريت وريح كذا ويقول: المشتري قبلت أو اشتريت هكذا، وعبارة المواضعة أن يقول: بعثك بما اشتريت مع نقصان كذا، وعبارة التولية أن يقول: بعثك بما اشتريت.

مسألة ٣: إذا قال البائع في المراجحة: بعثك هذا بمائة وريح درهم في كل عشرة مثلاً، وقال في المواضعة: بعثك بمائة ووضيعة درهم في كل عشرة، فإن تبين للمشتري مقدار الثمن ومبلغه بعد ضم الربح أو تنقيص الوضيعة أو كان في معرض التبين قريباً عرفاً بحيث لا يصدق بيع المجهول في المتعارف عند التجار يصح البيع وإلا يبطل.

مسألة ٤: لو تعددت النقود واختلف سعرها وصرفها لا بد من تعيين ذلك وكذا لا بد من ذكر الشروط والأجل ونحو ذلك مما يتفاوت لأجله الثمن.

مسألة ٥: إذا اشترى متاعاً بثمن معين ولم يحدث فيه ما يوجب زيادة قيمته فرأس ماله ذلك الثمن فيجوز عند إخباره عنه أن يقول: "اشتريت بكذا، أو رأس مالي كذا، أو تقوم عليّ بكذا أو هو عليّ كذا"، وإن أحدث فيه ما يوجب زيادة القيمة، فإن كان بعمل نفسه لم يجز أن يضم أجرة عمله إلى الثمن المسمى ويخبر بأن رأس ماله كذا أو إشتريته بكذا، ويجوز أن يذكر كلاً من رأس ماله وعمله مستقلاً، بأن يقول مثلاً: إشتريته بكذا، وعملت فيه كذا، وإن كان بإستيجار غيره جاز أن يضم الأجرة إلى الثمن ويقول: "بأنه تقوم عليّ أو هو عليّ بكذا"، ولا يجوز أن يقول إشتريته بكذا أو رأس ماله كذا.

مسألة ٦: لو اشترى متاعاً معيناً ورجع بالأرض إلى البائع فيجوز أن يخبر بالواقع، وله أن يسقط مقدار الأرض من الثمن ويجعل رأس المال ما بقي، فيقول: "رأس مالي كذا"، وليس له أن يجعل رأس المال الثمن المسمى من دون إسقاط قدر الأرض، بخلاف ما إذا حط البائع بعض الثمن فإنه يجوز للمشتري أن يخبر بالأصل من دون إسقاط الحطيط.

مسألة ٧: يجوز أن يبيع متاعاً ثم يشتره بزيادة أو نقيصه إذا لم يشترط على المشتري بيعه منه وإن كان من قصدهما ذلك، وبذلك ربما يحتال من أراد أن يجعل رأس ماله أزيد مما اشترى به المتاع فيشترى متاعاً بثمن ثم يبيعه من ابنه أو زوجته أو أجنبي مثلاً بثمن أزيد فيشترى منه بالثمن الزائد ثم يخبر بالزائد

فلم يكذب حينئذ في الأخبار برأس المال، مثل أن يشتري متاعاً في السوق بدينارين ثم يبيعه من إبنه أو زوجته بأربعة ثم يشتريه منه بأربعة فيقول في مقام المراجعة: أن رأس مالي أربعة فلم يكذب في رأس المال وصح بيعه بلا إشكال لأنه ليس بأعظم من الكذب الصريح في الإخبار برأس المال لكنه غش وخيانة ، نعم لو لم يكن ذلك عن مواطاة ويقصد الاحتيال جاز له ذلك ولا محذور فيه.

مسألة ٨: لو ظهر كذب البائع في إخباره برأس المال كما إذا أخبر: بأن رأس المال مائة وباعه بربح عشرة فظهر إنه كان تسعين صح البيع ويتخير المشتري بين فسخ البيع وإمضائه بتمام الثمن وهو مائة وعشرة في المثال، ولا فرق بين تعمد الكذب وصدوره غلطاً واشتباهاً، ولا يسقط هذا الخيار بالتلف فيعمل المشتري خياره ويرد المثل أو القيمة.

مسألة ٩: لو سلم التاجر متاعاً إلى الدلال لبيعه له وعين له ثمناً معيناً وجعل ما زاد على ذلك له بأن قال له: "بعه عشرة برأس ماله فما زدت عليه فهو لك" لا يجوز له ان يبيعه مراجعة بأن يجعل رأس المال ما عينه التاجر ويزيد عليه مقداراً بعنوان الربح بل اللازم إما أن يبيعه مساومة أو يبين ما هو الواقع من أن ما قومه التاجر كذا وإنما أريد النفع كذا فإن باعه بزيادة كانت الزيادة له. وإن باعه بما قومه التاجر صح البيع ويكون الثمن له ولم يستحق الدلال شيئاً وإن كان الاحوط إرضاءه بشيء، وإن باعه بالأقل يكون فضولياً يتوقف صحته على إجازة التاجر.

مسألة ١٠: لو اشترى شخص متاعاً أو داراً أو عقاراً أو غيرها جاز له أن يشرك فيه غيره بما اشتراه بالمناصفة بتنصيب الثمن وبالمثلثة بثالث الثمن وهكذا، ويجوز إيقاعه بلفظ التشريك بأن يقول: شركتك في هذا المتاع نصفه بنصف الثمن أو ثلثه بثالث الثمن مثلاً فقال قبلت، ولو أطلق ينصرف إلى المناصفة ويجوز إيقاعه بالمعاطة أيضاً مع التعيين.

فصل في بيع الثمار والزرع والخضروات

مسألة ١: لا يجوز^(٢٣٧) بيع الثمار في النخيل والأشجار قبل بروزها وظهورها عاماً واحداً وبلا ضمنية.

(٢٣٧) للمبار في حرمة البيع أن يكون غريباً (فيه جهالة) وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها يكون عادة غريباً وينسب في الخصومة، ويرتفع الغرر بما يلي :

الأول: الأمن من الآفة، فإذا عرف المشتري أن الثمرة تحصل له عادة لمعرفته بالوضع الزراعي كفي.

الثاني: البيع لأكثر من سنة .

الثالث: البيع مع الضمنية .

الرابع: البيع بعد ظهورها بحيث يأمن الآفة، مثل بدو صلاحها (الزهر في النمر والعقد في العنب وسائر الثمر) .

الخامس: البيع بعد ظهورها إذا كان ذلك سبباً للاستيطان. أما مع عدم الأمن من الآفة وعدم الاستيطان وعدم الضمنية وعدم تعدد الأعوام فالاحوط الامتناع عن البيع للغرر. والظاهر إن هذا أيضاً حكم الخضروات وأوراق الشجر.

ويجوز بيعها عامين فما زاد ومع الضميمة^(٢٣٨) وأما بعد الظهور فإن بدا صلاحها أو كان في عامين أو مع الضميمة يجوز بيعها أيضاً بل ويجوز بعد الظهور^(٢٣٩) وإن كان قبل بدو الصلاح ومع عدم الضميمة وفي عام واحد لا في عامين أو أكثر ولكن يكره ذلك.

مسألة ٢: بدو الصلاح في التمر إحمراه أو إصفراره وفي غيره انعقاد حبه بعد تناثر ورده .

مسألة ٣: يعتبر في الضميمة عند الاحتياج إليها كونها مما يجوز بيعها منفردة^(٢٤٠) وكونها مملوكة للمالك، ومنها الأصول لو بيعت مع الثمرة ولا فرق بين كون الضميمة تابعة أو متبوعة فيصح البيع بكل منهما .

مسألة ٤: إذا ظهر بعض ثمرة البستان جاز بيع ثمرة أجمع الموجودة والمتجددة في تلك السنة سواء إتحدت الشجرة أو تعددت، وسواء إتحد الجنس أو اختلف، وكذلك لو أدركت ثمرة بستان جاز بيعها مع ثمرة بستان آخر لم تدرك ثمرة.

مسألة ٥: لو كانت الشجرة تثمر في سنة واحدة مرتين تكون المرتان بمنزلة عامين فيجوز بيع ثمرة في المرتين قبل الظهور.

مسألة ٦: إذا باع الثمرة سنة أو سنتين أو أزيد بيعاً صحيحاً ثم باع الأصول من شخص آخر لم يطل بيع الثمرة، فتنقل الأصول إلى المشتري مسلوبة المنفعة، ولو كان جاهلاً كان له الخيار في فسخ بيع الأصول كالعين المستأجرة.

مسألة ٧: لا تدخل الثمرة الموجودة في بيع الأصول إلا بالشرط^(٢٤١).

مسألة ٨: يجب على مشتري الأصول إبقاء الثمرة مجاناً إلى بلوغها.

مسألة ٩: لو اختلف في وقت البلوغ يرجع في تعيينه إلى ثقات أهل الخبرة، ومع اختلافهم فلا بد من التصالح والتراضي.

مسألة ١٠: لكل من مالكة الأصل والثمرة سقي الشجرة مع المصالحة وانتفاء الضرر عن الآخر.

مسألة ١١: لو انتفع أحدهما بالسقي وتضرر الآخر فإن حكم أهل الخبرة بالترجيح يعمل به^(٢٤٢).

مسألة ١٢: الأوراق التي ينتفع بها انتفاعاً شائعاً في حكم الثمرة في هذه الجهة، فيجوز بيعها من شخص ويباع الأصل من آخر، كورق التوت، والحناء، والخلاف المسمى في الفارسية (بيد مشك) في البلدان التي ينتفع بها وكذا بعض الأوراد.

(٢٣٨) بحيث يرفع جهالة البيع والغرر.

(٢٣٩) إن كان ذلك رافعاً للغرر وسبباً للإستيان.

(٢٤٠) ليرتفع الغرر بها.

(٢٤١) إلا إذا كان تابعاً للأصل عرفاً.

(٢٤٢) في مثل هذه الأمور المرجع القضاء الذي يبحث عن العدالة وتحقيق مصالح الجميع.

مسألة ١٣: لا يبطل بيع الثمار بموت بايعها ولا بموت مشتريها، بل تنتقل الثمرة إلى ملك ورثة المشتري ويبقى الأصل على البايع وإن مات ينتقل إلى ورثته.

مسألة ١٤: لو باع الثمرة بعد ظهورها أو بدو صلاحها فأصيبت بأفة سماوية أو أرضية قبل قبضها الذي هو التخلية كان من مال بايعها، وكذا النهب والسرقه مما لا يكون المتلف فيه معلوماً . نعم لو كان المتلف شخصاً معيناً كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه ومطالبة المتلف بالبدل ، ولو أتلفه المشتري قبل القبض إستقر العقد ، كما أنه لو كان التلف بعد القبض كان من مال المشتري مطلقاً ولا يرجع إلى البايع بشيء.

مسألة ١٥: لو تلف بعض المبيع قبل القبض كان من مال البايع أيضاً، فيأخذ المشتري السليم بحصته من الثمن وكان له خيار التبعض، ويجري حكم التلف قبل القبض وبعده بالنسبة إلى ثمرة السنة الثانية لو كانت بعض المعقود عليه، ولا يكون القبض بالنسبة إلى السنة الأولى قبضاً بالنسبة إلى الثانية حتى يجري فيها حكم التلف بعد القبض فقط، ولكن لو ظهر عدم الثمرة في السنة الثانية أصلاً فلا ضمان على البايع حينئذ.

مسألة ١٦: يجوز أن يستثنى البايع لنفسه حصة مشاعة من الثمرة كالثلث والرابع أو مقداراً معيناً - كمأة كيلو مثلاً- كما يجوز له أن يستثنى ثمرة نخل أو شجرٍ معين، فإن خاست الثمرة يسقط من الثنيا بحسابه في الأولين. ولا يسقط شيء منه في الأخير.

مسألة ١٧: يجوز بيع الثمرة على النخل والشجر بكل شيء يصح أن يجعل ثمناً في سائر البيوع من النقود والأمتعة والطعام والحبوب والحيوان وغيرها بل المنافع والأعمال ونحوها ، نعم لا يجوز بيع التمر على النخل بالتمر وهو المسمى بالمزابنة، سواء كان مقداراً من تمرها أو تمر آخر على النخيل أو موضوعاً على الأرض، والأحوط إلحاق ثمرة ما عدى النخيل من الفواكه بها فلا تباع بجنسها.

مسألة ١٨: يجوز الصلح أو الهبة المعوضة ونحوها في التمر على النخل بالتمر، والاحتياط في ترك كل معاوضة مطلقاً.

مسألة ١٩: لو مزج التمر بغيره، وجعله ثمناً أو مثنماً، يجوز بيعه بالتمر ، ولو باع الطلع بالتمر كان مزابنة.

مسألة ٢٠: لا فرق في المنع بين كون المبيع نفس ما على النخلة وبين جعله كلياً في الذمة ويشترط أدائه منها.

مسألة ٢١: قد استثنى من حرمة المزابنة العرايا بخرصها تماً.

مسألة ٢٢: يجوز أن يبيع ما اشتراه من الثمرة بزيادة عما إبتاعه به أو نقصان قبل قبضة أو بعده .

مسألة ٢٣: لا يجوز^(٢٤٣) بيع الزرع بذراً قبل ظهوره ويجوز الصلح عنه، كما يجوز بيعه تبعاً للأرض لو باعها وأدخله في المبيع بالشرط. وأما بعد ظهوره وطلوع خضرته فيجوز بيعه قصيلاً بأن يبيعه بعنوان أن يكون قصيلاً ويقطعه المشتري قبل أن يسنبل، سواء بلغ أو أن فصله أولاً، وسواء عين مدة لإبقائه بالشرط أو أطلق، ويجب على المشتري قطعه إذا بلغ وأنه إلا إذا رضي البائع بإبقائه فيجوز حينئذ. ولو لم يرض به ولم يقطعه المشتري فللبائع قطعه والأحوط أن يكون بعد الاستيذان من الحاكم الشرعي مع الإمكان، وله تركه والمطالبة بأجرة أرضه مدة بقاءه، ولو أبقاه إلى أن طلعت سنبلته فالأحوط التصالح والتراضي بينهما^(٢٤٤).

وكما يجوز بيع الزرع قصيلاً يجوز بيعه من أصله لا بعنوان كونه قصيلاً واشتراط قطعه بل بعنوان كونه ملكاً للمشتري إن شاء فصله وإن شاء تركه إلى أن يسنبل.

مسألة ٢٤: لا يجوز^(٢٤٥) بيع السنبل قبل ظهوره وانعقاد حبه، ويجوز بعد انعقاد حبه سواء كان حبه بارزاً كالشعير، أو مستتراً كالحنطة، منفرداً أو مع أصوله، قائماً أو حصيداً، ولا يجوز بيعه بحب من جنسه، بأن تباع سنابل بالحنطة، وسنابل الشعير بالشعير. بل يشمل بيع سنبل الحنطة بالشعير وسنبل الشعير بالحنطة على الأحوط، وكذا إلحاق باقي الحبوب بالحنطة كالأرز والدخن والذرة وغيرها فلا يجوز بيع سنبلها بها على الأحوط.

مسألة ٢٥: لا يجوز^(٢٤٦) بيع الخضر - كالخيار، والبادنجان، والبطيخ - قبل ظهورها، ويجوز بعد انعقادها وتناثر وردها لقطعة أو لقطعات معلومة، والمرجع في اللقطة إلى عرف الزراع وشغلهم وعاداتهم. والظاهر أن ما يقطع منها من الباكورة لا تعد لقطعة.

مسألة ٢٦: إنما يجوز بيع الخضر - كالخيار والبطيخ - مع مشاهدة ما يمكن مشاهدته في خلال الأوراق ولا يضر عدم مشاهدة بعضها المستورة كما لا يضر عدم تناهي عظمها كلاً أو بعضاً وعدم تناثر ورد بعضها، بل لا يضر إنعدام ما عدا الأولى من اللقطات بعد ضمها إلى الأولى.

مسألة ٢٧: إذا كان الخضر مما كان المقصود منه مستوراً في الأرض، كالجزر والشلجم والثوم ونحوها، فإن أحرز بتعيين أهل الخبرة مقدارها وسائر خصوصياتها يجوز بيعها مستوراً في الأرض، وإلا فيصح الصلح بالنسبة إليها، وكذا في مثل البصل مما يكون ظاهره مقصوداً أيضاً.

مسألة ٢٨: يجوز بعد الظهور بيع ما يجز ثم ينمو كالرطوبة والكراث والنعناع جزءة وجزات معينة، وكذا ما يخرط كورق التوت والحناء خرطة وخرطات. والمرجع في الجزءة والخرطة هو المتعارف بين أهل خبرة هذه

(٢٤٣) يبدو أن حكم الزرع هو حكم النخل والتمرات وفيه يأتي ما سبق وأن قلناه في المسألة تلك من معيارية العرف في حرمة البيع.

(٢٤٤) ولو تخاضنا فالقضاء يحكم بينهما حسب خيرة الخيرة بالعدل.

(٢٤٥) القول في هذا ما قلناه في مسألة النخل.

(٢٤٦) القول فيها ما ذكرناه آنفاً في نظائرها، فالمعيار هو حرمة العرف فإذا انقضى بأية وسيلة جاز بيعها على كراهة في بعضها.

الأمر، ولا يضر إنعدام بعض الأوراق بعد وجود مقدار يكفي للخرط وإن لم يبلغ أو أن فيضم الموجود إلى المعدوم كإنضمام الثمرة المتجدة في السنة أو في سنة أخرى مع الموجود.

مسألة ٢٩: إذا كان نخل أو شجر أو زرع بين اثنين مثلاً بالمناصفة يجوز أن يتقبل أحد الشريكين حصة صاحبه بخرص معلوم، بأن يخرص المجموع بمقدار فيتقبل أن يكون المجموع له ويدفع لصاحبه من الثمر نصف المجموع بحسب خرصه زاد أو نقص ويرضى به صاحبه، ويصح أن تكون معاملة خاصة مستقلة، وليس لها صيغة خاصة فتقع بكل لفظ ظاهر في المقصود عرفاً.

مسألة ٣٠: إذا مر بثمره نخل أو شجر أو زرع مار مجتازاً لا قاصداً إليها لأجل الأكل، جاز له أن يأكل منها بمقدار شبعه وحاجته من دون أن يحمل منها شيئاً ومن دون إفساد للأغصان وإتلاف للثمار.

ولا فرق بين ما كان على الشجر أو متساقطاً عنه، ويلحق الخضروات بالثمار أيضاً في هذا الحكم، والأحوط الاقتصاد على ما إذا لم يعلم كراهة المالك في الجميع، ولا فرق في ذلك كله بين الثمار المعهودة في تلك الأزمنة القديمة وبين المستحدثة بعدها.

فصل في بيع الحيوان

الناطق منه والصامت.

مسألة ١: يجوز إسترقاق الحربي، أي: الكافر الأصلي إذا لم يكن معتصماً بعهد أو ذمام، سواء كان (٢٤٧) في دار الحرب أو في دار الإسلام، وسواء كان بالسرقة أو الغيلة أو القهر والاعتنام، بل لو قهر الحربي حربياً آخر فباعه صح البيع وإن كان أخاه أو زوجته، بل لو باع الحربي من يعتق عليه كبنته وابنه وأبوه واشتراه المسلم يملكه بعد الشراء وإن لم يكن شراءً حقيقياً، بل كان استنقازاً فيثبت الملك للمشتري بالاستيلاء والتسلط عليه، ويشكل كونه من الشراء الحقيقي.

مسألة ٢: إذا استرق المسلم حربياً يسري في أعقابه وذرائبه ما لم تعرض الأسباب المحررة وإن كان قد أسلم الرق، وأما المرتد، ملياً كان أو فطرياً، فلا يصح إسترقاقه.

مسألة ٣: يملك الرجل كل أحدٍ عدا أحد عشر: الأب والأم والأجداد والجندات وإن علوا والأولاد وأولادهم ذكوراً وإناثاً وإن سفلوا والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت وإن سفلن

نسباً ورضاعاً ، ويملك ما عدا هؤلاء من الأقارب حتى الأخ. نعم يكره بالنسبة إلى الأخ. بل يكره أن يملك العم والخال وأولادهم أيضاً.

وتملك المرأة كل أحد عدا الأباء وإن علوا والأولاد وإن نزلوا نسباً ورضاعاً، والمراد بعدم ملك هؤلاء عدم استقراره، فلو ملك الرجل والمرأة أحد هؤلاء بناقل اختياري كالشراء أو قهري كالإرث إنعتق عليهما في الحال. ويملك كل من الزوجين صاحبه ولو بعضاً لكن يبطل النكاح مطلقاً.

مسألة ٤: الكافر لا يملك المسلم ابتداءً، ولو كان له مملوك كافر فأسلم المملوك أُجبر على بيعه من مسلم ولمولاه ثمنه.

مسألة ٥: كل من أقر على نفسه بالعبودية حكم عليه بها مع وجود شرائط صحة الإقرار من البلوغ والعقل والاختيار، إن لم يكن مشهوراً بالحرية ، ولا فرق بين كون المقر له مسلماً أو كافراً، ولا يلتفت إلى رجوعه عن إقراره.

مسألة ٦: لو اشترى عبداً فادعى الحرية لا يقبل قوله إلا بالبينة.

مسألة ٧: إذا أراد مالك الجارية أن يبيعهها وقد وطأها يجب عليه أن يستبرئها قبل بيعها بحيضة إن كانت تحيض، وبخمس أربعين يوماً إن كانت لا تحيض، وهي في سن من تحيض بأن كان بيعها بعد انقضاء هذه المدة من زمن وطئها. وإن لم يستبرئها البائع وباعها صح البيع، والمراد بالاستبراء عدم وطأها إلا بعد حيضة أو انقضاء خمسة وأربعين يوماً، بل لو لم يعلم أن البائع قد وطأها أو استبرأها بعد وطئها يجب عليه استبرؤها.

نعم لو علم أو أخبره ثقة أنه قد استبرأها البائع ولم يطأها لم يجب عليه الاستبراء ، كما أنه لا يجب لا على البائع ولا على المشتري لو كان البائع امرأة أو كانت الجارية صغيرة أو يائسة.

مسألة ٨: لا يختص وجوب الاستبراء بالبيع والشراء، بل كل من ملك أمة بوجه من وجوه التملك وجب عليه قبل وطأها الاستبراء إذا لم تستبرئ قبل ذلك حتى لو ملكها بالإرث أو الاسترقاق، وكذا لا يختص بالبائع، بل يعم كل ناقل لها يمثل الصلح والهبة وغيرها فيجب عليه الاستبراء بالشروط المتقدمة قبل إيجاد السبب المملك.

مسألة ٩: إذا باع جارية حبلى لم يجب على البائع استبرؤها ، نعم يجب على كل من انتقلت إليه الجارية الحبلى بأي وجه من وجوه التملك ترك وطئها قبل أن ينقضي حملها أربعة أشهر وعشرة أيام، ويكره بعد ذلك فإن وطأها وقد استبان حملها عزل إستحباباً، فإن لم يعزل فالأحوط وجوباً عدم جواز بيع الولد، بل يجب عتقه وجعل شيء له من ماله يعيش به.

مسألة ١٠: لو كانت الأمة حائضاً حين نقلها إلى الغير يجوز له وطؤها إلا زمان حيضها بلا استبراء لها حينئذ.

مسألة ١١: المحرم في زمان الإستبراء إنما هو الوطي فقط وأما سائر الاستمتاع فلا يحرم .

مسألة ١٢: يكره^(٢٤٨) التفرقة بين الأطفال وأمهاهم قبل استغنائهم عن أمهاهم.

مسألة ١٣: العبد يملك ، فلو ملكه مولاه شيئاً ملكه، وكذا ما حاز لنفسه من المباحات بإذن مولاه أو اشترى في الذمة بإذنه، ولكن ليس ملكه تاماً لأنه محجور عليه، ولا ينفذ تصرفاته فيما ملكه بدون إذن مولاه وللمولى السلطة التامة على ملكه حتى أنّ له أن ينتزعه^(٢٤٩) منه .

مسألة ١٤: كل حيوان مملوك كما يجوز بيع جميعه يجوز بيع بعضه المشاع كالنصف والربع مثلاً، بلا فرق بين الناطق والصامت، ولا بين مأكول اللحم وغيره. وأما جزؤه المعين كرأسه وجلده أو يده ورجله أو نصفه الذي فيه رأسه مثلاً فإن كان مما يؤكل لحمه، أو لم يكن المقصود منه اللحم وإن حل أكله بل كان المقصود منه الركوب والحمل وإدارة الرحى ونحو ذلك لم يجز بيعه^(٢٥٠)، وأما إذا كان المقصود منه الذبح مثل ما يشتريه القصابون ويبيع منهم يصح بيعه ولا بأس به، فإن ذبحه يكون للمشتري ما اشتراه وإن باعه ولم يذبحه يكون المشتري شريكاً في الثمن بنسبة ماله، بأن ينسب قيمة الرأس والجلد مثلاً على تقدير الذبح إلى البقية وله من الثمن بتلك النسبة، وكذا الحال فيما لو باع حيواناً قصد به اللحم واستثنى الرأس والجلد، أو اشترك إثنان أو جماعة في إشتراء حيوان وشرط أحدهم لنفسه الرأس والجلد أو الرأس والقوائم مثلاً، أو إشتري شخص حيواناً ثم شرك غيره معه في الرأس والجلد مثلاً، كما إذا اشترى شاة بعشرة دنانير ثم شرك شخصاً بدينارين بالرأس والجلد فالكل صحيح فيما يراد ذبحه، فإذا ذبح استحق العين وإلا كان شريكاً بالنسبة.

مسألة ١٥: لو قال شخص لآخر اشتر حيواناً بشركتي، كان ذلك توكيلاً له في الشراء، فلو اشتراه حسب استدعاء الأمر كان المبيع بينهما نصفين وعلى كل منهما دفع نصف من الثمن، إلا إذا صرح بأن الشركة على نحو آخر، ولو دفع المأمور عن الأمر ما عليه من الثمن ليس له الرجوع إليه^(٢٥١) نعم لو كانت في البين قرينة معتبرة على أن المقصود الشراء والدفع عنه ما عليه من الثمن كالشراء من مكان بعيد لا يدفع المبيع حتى يدفع الثمن، فيرجع حينئذ إلى الأمر بما دفع عنه.

مسألة ١٦: تقدم في باب الربا إنه يجوز بيع شاة بشاتين وكذا سائر الحيوانات.

مسألة ١٧: لو اشترى أمة فوطأها فظهر إنها ملك لغير البائع كان للمالك إنتزاعها منه وله على المشتري عُشر قيمتها إن كانت بكراً ونصف العشر إن كانت ثيباً، ولو حملت منه فالولد حر وكان عليه قيمة الولد يوم ولد حياً، ويرجع إلى البائع بما اغترمه للمالك إن كان جاهلاً.

مسألة ١٨: إذا اشترى كل من العبدین المأذونین صاحبه عن مولاه فإن اقترن العقدان وكان شراؤهما لأنفسهما بطلا معاً. وإن كان شراؤهما لغيرهما يصحان معاً ، وإن ترتبا صح السابق بأي وجه معتبر أحرز

(٢٤٨) الاحوط بل الأقوى المنع خصوصاً مع الإضرار بأحد الطرفين بسبب الفرقة.

(٢٤٩) فيه تردد.

(٢٥٠) إن كان سفهياً أو غريباً.

(٢٥١) إذا كان ذلك بمعنى التبرع عنه عرفاً .

السبق واللاحق، وأما اللاحق فإن كان الشراء لنفسه فهو باطل وإن كان الشراء لسيدته توقف على إجازته.

مسألة ١٩: لو وطى الشريك الجارية المشتركة لا حدَّ عليه مع الشبهة، ومع عدمها يسقط عنه الحد بقدر نصيبه ويثبت بمقدار نصيب غيره، فإن حملت فُوِّمَتْ عليه وانعقد الولد حراً وعليه قيمة حصص الشركاء من الولد عند سقوطه حياً.

مسألة ٢٠: يستحب لمن اشترى مملوكاً أن يغير إسمه، ويطعمه شيئاً من الحلاوة، والصدقة عنه بأربعة دراهم وأن لا يريه ثمنه.

فصل في الإقالة

وهي: فسخ العقد من أحد الطرفين، ورضاء الآخر به وتجري في جميع العقود سوى النكاح.

مسألة ١: تقع الإقالة بكل لفظ أفاد المعنى المقصود عرفاً كما إذا قال المتعاقدان أو أحدهما: تفاسخنا أو تقايلنا أو يقول أحدهما للآخر: (اقتلك) وقبل الآخر، أو التمس أحدهما إقالة الآخر، فأقال، أو رد كل واحد منهما ما انتقل إليه إلى صاحبه بعنوان الإقالة، ففتحقق بالفعل من كل منهما بل فتحقق بالفعل من أحدهم والقول من الآخر، وبعد تحقق الإقالة وجب على من بيده المال رده إلى صاحبه.

مسألة ٢: لا تجوز الإقالة بزيادة عن الثمن ولا نقصان، فلو أقال المشتري بزيادة عن الثمن الذي اشترى به أو أقال البائع بوضعية بطلت الإقالة وبقي العوضان على ملك صاحبهما، هذا إذا جعلت الزيادة أو النقصان من حدود نفس الإقالة، وأما إن كانت خارجة عنها كما إذا كانت بجعالة أو شرط أو هبة أو صلح أو بيع مستأنف فيجوز ذلك.

مسألة ٣: لا يجري في الإقالة الفسخ والإقالة .

مسألة ٤: تصح الإقالة في جميع ما وقع عليه العقد وفي بعضه ويقسط الثمن حينئذ بالنسبة إلى حصته، بل إذا تعدد البائع أو المشتري تصح إقالة أحدهما مع الطرف الآخر وإن لم يوافق صاحبه.

مسألة ٥: تلف أحد العوضين أو كليهما لا يمنع من صحة الإقالة، فإذا تقايل رجوع بتمثله إن كان مثلياً وبقيمتته إن كان قيمياً، والمناط في القيمة على يوم الأداء^(٢٥٢)، والخروج عن الملك ببيع أو هبة أو نحوهما كالتلف.

مسألة ٦: تلف البعض كتلف الكل يستوجب الرجوع إلى البدل في البعض التالف وحصول العيب يوجب الرجوع إلى الأرض.

مسألة ٧: حق الإقالة كحق الفسخ موروث، ولكن الاحوط التراضي من الورثة مستقلاً بصلح أو هبة ونحوهما من دون أن يكون ذلك بعنوان حق الورثة للإقالة.

مسألة ٨: لا فرق في صحة الإقالة بين قصر المدة بين البيع وبينها ولا بين طول المدة.

كتاب الشفعة

مسألة ١: إذا باع أحد الشريكين حصته من شخص أجنبي للشريك الآخر مع اجتماع الشروط الآتية حق تملكها أو انتزاعها من المشتري بما بذله من الثمن، ويسمى هذا الحق بالشفعة وصاحبه بالشفيع.

مسألة ٢: تثبت الشفعة في كل مالا ينقل إذا كان قابلاً للقسمة بالأراضي، والبساتين ونحوهما. بل تثبت فيما ينقل كالثياب والمتاع والسفينة والحيوان، وفيما لا ينقل وكان غير قابل للقسمة، كالضيقة من الأنهار والطرق والآبار وغالب الأرحية والحمامات، وكذا في الشجر والنخيل والأبنية والثمار على النخيل والأشجار، ولكن الأحوط للشريك عدم الأخذ بها إلا برضى المشتري كما أن الأحوط للمشتري إجابة الشريك إن أخذ بها، وكذا الأحوط لهما ذلك في أشياء خمسة: النهر، والطريق، والرحى، والحمام، والسفينة.

مسألة ٣: موضوع ثبوت الشفعة إنما هو بيع الحصة المشاعة من العين المشتركة فلا شفعة بالجوار، فلو باع أحد داره أو عقاره ليس لجاره الأخذ بالشفعة، وكذا لا شفعة في العين المقسومة إذا باع أحد الشريكين حصته المفروزة إلا إذا كانت داراً قد قسمت بعد اشتراكها، أو كانت من أول الأمر مفروزة ولها طريق، فباع بعض الشركاء حصته المفروزة من الدار فإنه تثبت الشفعة للآخر لكن إذا بيعت مع طريقها. وكذا إذا كانت داران تختص كل واحدة منهما بشخص، وكانتا مشتركتين في الطريق فبيعت إحدى الدارين مع الحصة المشاعة في الطريق، وأما إذا بيعت الحصة أو الدار مستقلاً من دون الطريق بل بقي الطريق على ما كان عليه من الاشتراك بين الملاك، فلا شفعة حينئذ لا في الدار ولا في الطريق، نعم لو باع حصته من الطريق تثبت فيها الشفعة إن كان قابلاً للقسمة، وكذا إن كان غير قابل للقسمة من جهة الضيق مثلاً وإن كان الأحوط فيه التراضي. ويجري ما قلناه في سائر الأملاك المشتركة في الطريق، كالبستان مثلاً، وكذا الاشتراك في الشرب كالبر والنعيم والساقية فإنه كالإشتراك في الطريق أيضاً فيما مر (٢٥٣). ولكن الأحوط فيهما التراضي بين الشفيع والآخر.

مسألة ٤: لو باع ما فيه حق الشفعة مع ما ليس فيه الشفعة، كما إذا باع حصته من الدار المشتركة بينه وبين غيره مع دار يملكها مستقلاً ببيع واحد صفقة واحدة، كان للشريك الشفعة في تلك الحصة المشاعة بحصتها من الثمن ولكن الأحوط تراضيها في ذلك.

مسألة ٥: تختص الشفعة بخصوص البيع، فإذا انتقلت الحصة إلى الأجنبي بالصلح، أو الهبة، أو الخلع، أو الإرث أو غير ذلك فلا شفعة للشريك. والأحوط التراضي في غير البيع من سائر النواقل خصوصاً في الأراضي والمساكن.

مسألة ٦: إنما تثبت الشفعة إذا كانت العين بين شريكين، فلا شفعة فيما إذا كانت بين ثلاثة فما فوقها، من غير فرق بين أن يكون البائع اثنين من ثلاثة فكان الشفيع واحداً أو بالعكس، نعم لو باع أحد الشريكين حصته من اثنين دفعة أو تدريجاً فصارت العين بين ثلاثة بعد البيع لا مانع من الشفعة للشريك الآخر. ويجوز حينئذ له التبعيض بان يأخذ بالشفعة بالنسبة إلى أحد المشتريين دون الآخر، ولكن الأحوط أن يكون أصل الشفعة والتبعيض فيها بالتراضي.

مسألة ٧: إذا كانت العين مشتركاً بين الوقف والمملك والملك والملك والملك والملك، لم يكن للموقوف عليه ولو كان واحداً ولا لولي الوقف الشفعة، نعم لو بيع الوقف في صورة جوازه تثبت لدى المملك، إلا إذا كان الوقف على أشخاص بأعيانهم وكانوا متعددين، ولكنه مشكل.

مسألة ٨: يعتبر في ثبوت الشفعة كون الشفيع قادراً على أداء الثمن، فلو كان عاجزاً عن أدائه فلا شفعة له وإن بذل الضامن أو الرهن، لا أن يرضى المشتري بالصبر، بل يعتبر^(٢٥٤) فيه إحضار الثمن عند الأخذ بها.

ولو اعتذر به في مكان آخر فذهب ليحضر الثمن، فإن كان في البلد ينتظر ثلاثة أيام، وإن كان في بلد آخر ينتظر بمقدار يمكن بحسب العادة نقل المال من ذلك البلد بزيادة ثلاثة أيام، فإن لم يحضر الثمن في تلك المدة فلا شفعة له، إلا أن يرضى المشتري بالصبر، ويكفي في ثلاثة أيام التلفيق، ومبدؤها من حين الأخذ بالشفعة لا من زمان البيع. والصبر إلى ثلاثة أيام أو الانتظار إلى أن ينقل المال إنما هو فيما إذا لم يتضرر المشتري، وإلا فيدور مدار رضاه^(٢٥٥) ولا فرق في ذلك كله بين كون إشتراء المشتري الحصة نقداً أو نسيئة.

مسألة ٩: يشترط في الشفيع الإسلام إذا كان المشتري مسلماً، فلا شفعة للكافر على المسلم وإن اشتراه من كافر وتثبت للكفار على مثله وللمسلم على الكافر.

مسألة ١٠: تثبت الشفعة للغائب، فله الأخذ بها بعد إطلاعه على البيع ولو بعد زمان طويل^(٢٥٦). وإذا كان له وكيل مطلق أو في خصوص الأخذ بالشفعة جاز له الأخذ بالشفعة للموكل مع إطلاعه على البيع.

(٢٥٤) يكفي في الأخذ بالشفعة ما يكفي في إجراء صفقة البيع عند العرف.

(٢٥٥) ويكون للعبار بومئذ الضرر وعدمه فيقدر الضرر تنفي الشفعة.

(٢٥٦) شرط عدم إلحاق الضرر بالمشتري بغيبته والأحوط المصالحة.

مسألة ١١: تثبت الشفعة للشريك وإن كان سفيهاً أو صبيّاً أو مجنوناً فيأخذ لهم الولي، بل إذا أخذ الصبية أو الصبي بإذن الولي صح.

مسألة ١٢: تثبت الشفعة للمفلس إذا رضي المشتري ببقاء الثمن في ذمته أو استبدال الثمن من غيره أو دفعه من ماله بإذن الغرماء. وليس للغرماء الأخذ بها ولا إجبار المفلس عليه وإن بذلوا الثمن .

مسألة ١٣: لو أسقط الولي على الصبي أو المجنون أو السفيه حق الشفعة لم يكن لهم المطالبة بها بعد البلوغ والرشد والعقل ، وكذا إذا لم يكن في الأخذ بها مصلحة فلم يطالب ، ولو ترك المطالبة بها مساهلة في حقهم لهم المطالبة بعد الكمال^(٢٥٧).

مسألة ١٤: إذا كان المبيع مشتركاً بين الولي والمولى عليه فباع الولي عنه جاز له أن يأخذ بالشفعة، وكذا إذا باع الولي عن نفسه فإنه يجوز له أن يأخذ بالشفعة للمولى عليه، وكذا الحكم في الوكيل إذا كان شريكاً مع الموكل.

مسألة ١٥: لو اشترى عامل المضاربة ما يكون مشتركاً بين صاحب المال في المضاربة وبين شخص آخر بحيث يصير صاحب المال هو الشفيع يملكه صاحب المال بنفس الشراء لا بالشفعة.

مسألة ١٦: يثبت حق الشفعة بمجرد وقوع المعاملة سواء كان بالعقد اللفظي أو بالمعاطاة ولا يتوقف على انقضاء الخيار مطلقاً.

مسألة ١٧: حق الشفعة من الحقوق القائمة بطرف واحد وهو الشفيع ولا يحتاج إلى قبول الطرف ولا التقابض فهو مثل حق الخيار إنشاءً إيقاعي لا أن يكون عقداً، فيحصل الأخذ بها بكل لفظ له ظهور عربي في ذلك ولو بقرينة، وبكل فعل كان كذلك، فالقول مثل أن يقول: "أخذت المبيع المذكور بثمانه" والفعل مثل أن يدفع الثمن ويستقل بالمبيع.

مسألة ١٨: لا يجوز للشفيع أخذ بعض المبيع وترك بعضه، بل إما أن يأخذ الجميع أو يدع الجميع.

مسألة ١٩: الشفيع يأخذ بقدر الثمن لا بأكثر منه ولا بالأقل، ولا يلزم أن يأخذ بعين الثمن بل له أن يأخذ بمثله إن كان مثلياً، وبالقيمة إن كان قيمياً.

والأحوط التراضي، والمرجع في المثلية والقيمة متعارف أهل الخبرة.

مسألة ٢٠: إذا غرم المشتري شيئاً من أجرة^(٢٥٨) الدلال أو غيرها أو تبرع له البائع بشيء لا يلزم على الشفيع تداركه، وكذا إذا حط البائع شيئاً من الثمن للمشتري أو احتسب له من الحقوق ليس للشفيع تنقيصه، نعم لو تصالحا على شيء زيادة أو نقيصة مع قطع النظر عن الشفعة لا بأس به.

مسألة ٢١: لو اطلع الشفيع على البيع فله المطالبة بها في الحال، وتبطل الشفعة بالمماطلة والتأخير بلا داع عقلائي وعذر شرعي أو عقلي أو عادي^(٢٥٩). بخلاف ما إذا كان التأخير لعذر من الأعذار –

(٢٥٧) شريطة ألا ينضّر المشتري بالتأخير الزائد عن الحد، فإن كان، فالأحوط التراضي ويحمل الولي أضرار الصغير إن كانت على الأقوى لتقصيره في حقه.

(٢٥٨) إذا لم يعتبر عرفاً أنه جزء من الثمن كما هو الحال في دلالة البيوت عند البعض.

كعدم إطلاعهم على البيع، أو عدم كون المخبر به ثقة لديه، أو جهله بثبوت حق الشفعة له، أو توهم كثرة الثمن فبان قليلاً، أو كونه بحيث يصعب عليه تحصيله، إلى غير ذلك من الأعذار التي لا تخصي (٢٦٠) - ففي جميع موارد التأخير لعذر أي عذر كان تثبت الشفعة.

مسألة ٢٢: المراد بالمبادرة اللازمة في الأخذ بالشفعة هو المبادرة على النحو المتعارف الذي جرت به العادة، فإذا كان مشغولاً بعبادة واجبة أو مندوبة لم يجب عليه قطعها، وإذا كان مشغولاً بأكل أو شرب لم يجب عليه قطعه ولا يجب عليه الإسراع في المشي، ويجوز له إن كان غائباً إنتظار الرفقة إذا احتاج إليها عرفاً أو إنتظار زوال الحر أو البرد إن جرت العادة بذلك، وإن كان في الحمام وعلم بالبيع يجوز له قضاء وطره وأمثال ذلك من الأمور المتعارفة، وكذا مثل تشييع الجنازة وعبادة المريض، والإتيان بالنافلة ونحو ذلك مما لا يصدق عليها المماثلة عرفاً، ومع صدق المماثلة تسقط ومع الشك فيها تثبت.

مسألة ٢٣: يجوز للمشتري والشفيع أن يتراضيا بتأخير الأخذ بالشفعة بما شاء وأرادا.

مسألة ٢٤: إذا كان الشفيع غائباً عن محل البيع وعلم بوقوعه وكان يتمكن من الأخذ بالشفعة مباشرة أو تسيباً فلم يبادر إليه (٢٦١) سقطت الشفعة.

مسألة ٢٥: يقبل قول الشفيع في وجود العذر بلا بينة ولا يمين ما لم يكن (٢٦٢) متهماً، من غير فرق بين مالا يعرف إلا من قبله وغيره.

مسألة ٢٦: تقدم أنه يتحقق الأخذ بالشفعة بالقول كما يتحقق بالفعل، ولكن لا يكفي مجرد القول من دون ترتب أثر عليه، فلو أخذ بما قولاً وهرب أو ماطل أو لم يقدر على دفع الثمن بقي المبيع على ملك المشتري لا أنه ينتقل بالقول إلى ملك الشفيع وبالعجز أو الهرب أو المماثلة يرجع إلى ملك المشتري.

مسألة ٢٧: يجوز للمشتري التصرف في المبيع بكل ما شاء وأراد ولا يمنع حق الشفعة عن ذلك ولا يسقط بذلك حق الشفيع.

مسألة ٢٨: لو باع المشتري ما اشتراه من الشريك كان للشفيع الأخذ من المشتري الأول بما بذله من الثمن فيبطل شراء الثاني، وله الأخذ من الثاني بما بذله من الثمن فيصح الأول، وكذا لو زادت البيوع على إثنين فإن له الأخذ من المشتري الأول بما بذله من الثمن فيبطل البيوع اللاحقة، وله الأخذ من الأخير بما بذله من الثمن فيصح جميع البيوع المتقدمة وله الأخذ من الوسط فيصح ما تقدم ويبطل ما تأخر.

(٢٥٩) بما يدل على إسقاطه لحقه وإقدامه على الضرر الذي قد يلحق به جراء الشركة ورضاه بالشركة، ولكن إذا لم يدل على ذلك فالأشبه أيضاً سقوط شفعته ولكن للاحتياط بالتراضي مجال واسع.

(٢٦٠) ومنها عذر التأمل في الأمر والمشورة مع الخبراء، وما أشبه.

(٢٦١) من دون أي عذر بحيث يصدق عليه أنه بماطل ولا يريدتها جدياً.

(٢٦٢) إذا كان متهماً فإن المرجع القضاء الإسلامي.

ثم أنه لو باعه الشريك إلى المشتري الأول بعشرة مثلاً وباعه المشتري إلى آخر بعشرين وباعه الآخر بثلاثين، فبأي مشتري يرجع الشفيع يلزم عليه إعطاء ثمنه الذي اشتراه به، فإن رجع إلى الثاني يلزمه إعطاء عشرين وإلى الثالث ثلاثين.

مسألة ٢٩: لو تصرف المشتري فيما اشتراه بغير البيع - كالوقف والهبة ونحوهما - مما لا شفعة فيه فللشفيع الأخذ بالشفعة فيبطل ذلك كله.

مسألة ٣٠: لو تلف المبيع تماماً بحيث لم يبق منه شيء أصلاً سقطت الشفعة، وإن بقي منها شيء كالدار إذا أهدمت وبقيت عرصتها وأنقاضها، أو عابت لم تسقط الشفعة، فللشفيع الأخذ بها وانتزاع ما بقي منها من العرصه والانقاض مثلاً بتمام الثمن أو الترك من دون ضمان على المشتري.

مسألة ٣١: لو كان التلف بعد الأخذ بالشفعة وكان بفعل المشتري ضمنه، وكذا إذا كان بفعل الغير مع أخذ الشفيع ومماثلة المشتري في الإقباض. وأما مع عدم مماثلته في ذلك فيرجع إلى من أتلفه. وكذا الكلام في أورش العيب لو تعيبت الحصه.

مسألة ٣٢: لا يشترط في الأخذ بالشفعة علم الشفيع بالثمن حين الأخذ فلو قال بعد إطلاعه عليها: "أخذت بالشفعة بالثمن بالغاً ما بلغ" صح إن علم بعد ذلك ولكن الأحوط^(٢٦٣) اعتبار علمه به.

مسألة ٣٣: الشفعة موروثه، والاحتياط في التراضي، وإذا أخذ جميع الورثة بالشفعة يقسم المشفوع بينهم على ما فرضه الله تعالى في الموارث، فلو خلف زوجة وإناً كان الثمن لها والباقي له، ولو خلف إناً وبنناً كان للذكر مثل حظ الأنثيين، وليس لبعض الورثة الأخذ بها ما لم يوافقه الباكون. نعم لو عفى بعضهم وأسقط حقه كانت الشفعة لمن لم يعف ويكون العافي كأن لم يكن رأساً^(٢٦٤).

مسألة ٣٤: إذا باع الشفيع نصيبه قبل أن يأخذ الشفعة يسقط حقه خصوصاً إذا كان بعد علمه بها.

مسألة ٣٥: لو اسقط الشفيع حقه قبل البيع لم يسقط^(٢٦٥). وكذا إذا شهد على البيع أو بارك للمشتري، لكن الأحوط للمشتري إسترضاء الشفيع^(٢٦٦)، ولو كانت في البين قرينة على أن المراد الإسقاط بعد البيع يصح وتسقط.

مسألة ٣٦: يجوز أن يصلح الشفيع مع المشتري عن شفيعته بعوض وبدونه، ويكون أثره سقوطها فلا يحتاج بعد إلى إنشاء مستقل، ولو صالح معه على إسقاطه أو ترك الأخذ بها صح أيضاً، ولزم الوفاء به،

(٢٦٣) لا يترك.

(٢٦٤) والأحوط - آخذ - التراضي إلا أن يكون الشركاء (الورثة) يتضررون بعدم الشفعة. فالشفعة حق لهم لأن أصل تشريعها دفع الضرر.

(٢٦٥) إذا كان معناه إسقاط ما لم يجب على تردد، وأما إذا كان مراده أنه لا يأخذ بالشفعة. فحائز كما يأتي. والظاهر إن المراد بالإسقاط هو هذا.

(٢٦٦) يبدو من الشرح أن الماتن يرى إمكانية الإسقاط، وعلى ذلك بني تعبيره بالاحتياط للمشتري استرضاء الشفيع، أي بعد أن يتم الإسقاط، وهو احتياط حسن.

ولو أتم ولم يف به وأخذ بالشفعة ففيما إذا كان مورد الصلح هو الإسقاط (٢٦٧) يصح أخذه بالشفعة مع الإثم، ولا يصح فيما إذا كان مورده ترك الأخذ بالشفعة.

مسألة ٣٧: لو كان العين مشتركاً بين حاضر وغائب، وكانت حصة الغائب بيد ثالث فباعها بدعوى الوكالة عن الغائب، جاز الشراء منه والتصرف فيه بأنواع التصرفات، ويجوز للشريك الحاضر الأخذ بالشفعة بعد اطلاعه على البيع، فإذا حضر الغائب وصدق الوكيل فهو، وإن أنكر كان القول قوله بيمينه، فإذا حلف انتزع الحصة من يد الشفيع وكان له عليه عوض المنافع الفائتة سواء كانت مستوفاة له أولاً، فإن دفعها إلى المالك يرجع بها على مدعي الوكالة.

مسألة ٣٨: لو كان الثمن مؤجلاً جاز للشفيع الأخذ بالشفعة بالثمن المؤجل، ويصح للمشتري إلزام الشفيع بالكفيل لو حصل المقتضي له ويجوز أيضاً الأخذ بضمن حالاً مع رضاء المشتري به.

مسألة ٣٩: الشفعة (٢٦٨) لا تبطل بالإقالة، فيكون نماء المبيع بعدها للمشتري ونماء الثمن للبايع كما كان كذلك قبل الإقالة، ولكن الأحوط التصالح والتراضي مطلقاً.

مسألة ٤٠: ثبوت الخيار للبايع - أي خيار كان - لا ينافي ثبوت حق الشفعة للشفيع.

مسألة ٤١: ليس للشفيع فسخ البيع الواقع بين الشريك والمشتري ولو بالإقالة وعن تراض بينه وبين البايع.

المسألة ٤٢: لو كانت العين معيبة فإن علمه المشتري فلا خيار له ولا أورش وإذا أخذ الشفيع

بالشفعة مع علمه بالعيب فلا شيء له أيضاً، وإن كان جاهلاً كان له الخيار في الرد فقط دون اختيار الأورش (٢٦٩).

وإذا كان المشتري جاهلاً له الأورش ولا خيار له (٢٧٠) في الرد، ولو أخذ الشفيع بالشفعة يصح له أخذ الأورش من المشتري سواء كان المشتري قد أخذ الأورش من البايع أو لا بل أسقطه (٢٧١).

مسألة ٤٣: إذا اتفق اطلاع المشتري على العيب بعد أخذ الشفيع للشفعة يجوز له أخذ الأورش من البايع وعليه دفعه إلى الشفيع.

ولو اطلع الشفيع عليه دون المشتري فليس له مطالبة البايع بالأورش ويجوز له مطالبة المشتري به (٢٧٢) والاحوط (٢٧٣) التصالح والتراضي في جميع هذه المسألة وما قبلها.

(٢٦٧) ولم يدل على الإسقاط فعلاً لشفعه والذي هو عادة مراد الطرفين ولا يتجهون إلى هذا الفرق الدقيق بين الطرفين.

(٢٦٨) هذا الرأي هو المشهور بينهم، ودليله عقلي، والنفس غير مطمئنة به، فالاحوط التراضي في موارد.

(٢٦٩) ويحتمل أن يكون له أخذ الأورش أيضاً والاحوط التراضي.

(٢٧٠) قالوا لأن حق الشفيع قد تعلق بالمبيع فليس له رده والاحوط فيه التراضي.

(٢٧١) للمسألة صورتان: الأولى، أن يرضى بالشفعة مع الأورش ثم يسقط الأورش وفيه يصح ما في المتن. الثانية، أن يرضى بالشفعة من دون الأورش، فيشكل ما في المتن والاحوط فهما التراضي.

(٢٧٢) المسألة شبيهة بالسابقة.

(٢٧٣) لا يترك.

مسألة ٤٤: لو أراد المالك أو المشتري أن لا يثبت حق الشفعة للشريك أنشأ نقل الملك بالصلح أو الهبة لا البيع^(٢٧٤).

مسألة ٤٥: إذا أقر المالك أنه باع نصيبه من أجنبي وأنكر الأجنبي البيع لا يثبت حق الشفعة للشريك.

كتاب الصلح

وهو التراضي^(٢٧٥) والتسالم على أمر من تمليك عين أو منفعة، أو إسقاط دين أو حق وغير ذلك، ولا يشترط كونه مسبوقاً بالنزاع وإن كان تشريعه في شرع الإسلام لقطع التجاذب ورفع النزاع بين الأنام، ويجوز إيقاعه على كل أمر وفي كل مقام إلا إذا كان محرماً لحلال أو محلاً لحرام.

مسألة ١: الحق أن الصلح عقد مستقل بنفسه وعنوان برأسه، وليس كما قيل راجعاً إلى سائر العقود وإن أفاد فائدتها.

فيفيد فائدة البيع إذا كان عن عين بعوض، وفائدة الهبة إذا كان عن عين بلا عوض، وفائدة الإجارة إذا كان عن منفعة بعوض، وهكذا؛ فلم يلحقه أحكام سائر العقود ولم يجر فيه شروطها، وإن أفاد فائدتها، فإذا أفاد فائدة البيع لا يلحقه أحكامه وشروطه فلا يجري فيه الخيارات المختصة بالبيع كخيارى المجلس والحيوان ولا الشفعة.

ولا يشترط فيه قبض العوضين إذا تعلق بمعاوضة النقدين وما أفاد فائدة الهبة من تمليك عين بلا عوض لا يعتبر فيه قبض العين كما اعتبر في الهبة وهكذا.

مسألة ٢: لما كان الصلح عقداً من العقود، (فإنه) يحتاج إلى الإيجاب والقبول مطلقاً حتى فيما أفاد فائدة الإبراء وإسقاط الحق على الأقوى، فإبراء المديون من الدين وإسقاط الحق، عمن عليه الحق وإن لم يتوقفا على قبول من عليه الدين أو الحق، لكن إذا وقعا بعنوان الصلح توقفا على القبول.

مسألة ٣: لا يعتبر في الصلح صيغة خاصة، بل يقع بكل لفظ أفاد في متفاهم العرف التسالم أو التراضي على أمر من نقل عين أو منفعة أو إقرار مشروع بين المتصالحين.

(٢٧٤) إذا لم يقصد البيع حقيقة تمهده الألفاظ ولا فمشكل.

(٢٧٥) عقد الصلح، عقد يهدف لقطع التجاذب حالاً أو مستقبلاً.

نعم، اللفظ الدائر في الألسن الذي هو كالصريح في إفادة هذا المعنى من طرف الإيجاب (صالح) وهو يتعدى إلى المفعول الأول بنفسه وإلى المفعول الثاني بـ (عن) أو (على) فيقول مثلاً: (صالحتك عن الدار أو منفعتها بكذا) فيقول المصالح: (قبلت المصالحة أو اصطلحتها بكذا).

مسألة ٤: عقد الصلح لازم من الطرفين لا يفسخ إلا بإقالة المتصالحين أو بوجود خيار في البين حتى فيما أفاد فائدة الهبة الجائزة، والظاهر جريان جميع الخيارات فيه إلا خيارات ثلاثة خيار المجلس والحيوان والتأخير^(٢٧٦)، فإنها مختصة بالبيع.

وفي ثبوت الأرش لو ظهر عيب في العين المصالح عنها أو عوضها، (تردد)، فالأحوط التصالح والتراضي بالنسبة إلى الأرش.

مسألة ٥: متعلق الصلح إما عين أو منفعة أو دين أو حق، وعلى التقادير إما أن يكون مع العوض أو بدونه، وعلى الأول إما أن يكون العوض عيناً أو منفعة أو ديناً أو حقاً، فهذه عشرون صورة كلها صحيحة فيصح الصلح عن عين بعين ومنفعة ودين وحق وبلا عوض، وعن منفعة بمنفعة وعين ودين وحق وبلا عوض وهكذا.

مسألة ٦: الصلح إذا تعلق بعين أو منفعة أفاد انتقالهما إلى المصالح سواء كان مع العوض أو بدونه، وكذا إذا تعلق بدين على غير المصالح له، أو حق قابل للانتقال كحقي التحجير والاختصاص، وإذا تعلق بدين على المتصالح أفاد سقوطه، وكذا إذا تعلق بحق قابل للإسقاط غير قابل للنقل والانتقال كحقي الشفعة والخيار.

مسألة ٧: يصح الصلح على مجرد الانتفاع بعين أو فضاء، كأن يصالح على أن يسكن داره، أو يلبس ثوباً له مدة، أو على أن يكون جذوع سقفه على حائطه، أو يجري مائه على سطح داره، أو يكون ميزابه على عرصة داره، أو يكون الممر والمخرج من داره أو بستانه، أو على أن يخرج جناحاً في فضاء ملكه، أو على أن يكون أغصان أشجاره في فضاء أرضه وغير ذلك، فإن هذه كلها صحيحة سواء كانت بعوض أو بغير عوض.

مسألة ٨: إنما يصح الصلح عن الحقوق التي تسقط بالإسقاط كحقي الشفعة والخيار ونحوهما، وما تكون قابلة للنقل والانتقال كحقي التحجير والاختصاص، ومن ذلك حق الأولوية لمن بيده الأراضى الخراجية المسمى في العرف الحاضر بحق اللزمة.

وأما مالا تسقط بالإسقاط ولا يقبل النقل والانتقال فلا يصح الصلح عنها، وذلك مثل حق العزل الثابت للموكل في الوكالة، وحق مطالبة الدين الثابت للدين في الدين الحال، وحق الرجوع^(٢٧٧) الثابت للزوج في الطلاق الرجعي، وحق الرجوع في البذل الثابت للزوجة في الخلع وغير ذلك.

(٢٧٦) إذا سبب التأخير خللاً في بنود الصلح عند العرف أو ضرراً معتاداً به فالحكم بالخيار فيه حسن والاحتياط أحسن.

(٢٧٧) الأصل في الحق أنه قابل للتصالح عليه إلا ما ثبت عدمه بينما الحكم ليس كذلك، ويبدو أن بعض الموارد من الحكم وإن سمي حقاً مثل حق الرجوع.

- مسألة ٩: يشترط في المتصالحين ما يشترط في المتبايعين من البلوغ والعقل والقصد والاختيار.
- مسألة ١٠: الظاهر أنه تجري الفضولية في الصلح كما تجري في البيع، حتى فيما إذا تعلق بإسقاط دين أو حق وأفاد فائدة الإبراء والإسقاط الذين لا تجري فيهما الفضولية.
- مسألة ١١: يجوز الصلح عن الثمار والخضر وغيرها قبل وجودها ولو في عام واحد وبلا ضميمة وإن لم يجز بيعها كما مر في بيع الثمار^(٢٧٨).
- مسألة ١٢: لا إشكال في أنه يغتفر الجهالة في الصلح، فيما إذا تعذر للمتصالحين معرفة المصالح عنه مطلقاً، كما إذا اختلط مال أحدهما بالآخر ولم يعلم مقدار كل منهما فاصطلحا على أن يشتركا فيه بالتساوي أو الاختلاف أو صالح أحدهما ماله مع الآخر بمال معين، وكذا إذا تعذر عليهما معرفته في الحال لتعذر الميزان والمكيال على الأظهر، وأما مع إمكان معرفتهما بمقداره في الحال ففيه إشكال.
- مسألة ١٣: إذا كان لغيره عليه دين، أو كان منه عنده عين هو يعلم مقدارها ولكن الغير لا يعلم المقدار، فأوقعا الصلح بينهما بأقل من حق المستحق لم يحل له الزائد، إلا أن يعلمه ويرضي به، نعم لو رضى بالصلح عن حقه الواقعي على كل حال بحيث لو بين له الحال لصالح عنه بذلك المقدار بطيب نفسه حل له الزائد.
- مسألة ١٤: تقدم (٢٧٩) في أحكام الربا المعاملي أنه لا يجري حكم الربا المعاملي في الصلح، وحينئذ فلو صولح عن الربوي بجنسه بالتفاضل صح وإن كان الأحوط تركه، ولا إشكال مع الجهل وإن احتمل التفاضل، كما لو كان لكل واحد من شخصين طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فأوقعا الصلح على أن يكون لكل منهما ما عنده مع احتمال التفاضل في البين.
- مسألة ١٥: يصح الصلح عن دين بدين، حالين أو مؤجلين أو بالاختلاف، متجانسين أو مختلفين، سواء كان الدينان على شخصين أو على شخص واحد، كما إذا كان له على ذمة زيد وزنة حنطة ولعمرو عليه وزنة شعير فصالح مع عمرو على ماله في ذمة زيد بما لعمر في ذمته، والظاهر صحة الجميع إلا في المتجانسين مما يكال أو يوزن مع التفاضل ففيه إشكال من جهة الربا، نعم لو صالح عن الدين ببعضه— كما إذا كان له عليه دراهم إلى أجل فصالح عنها بنصفها حالاً— فلا بأس به إذا كان المقصود إسقاط الزيادة والإبراء عنها والاكتفاء بالناقص كما هو المقصود المتعارف في نحو هذه المصالحة لا المعاوضة بين الزائد والناقص.
- مسألة ١٦: يجوز أن يصطلح الشريكان (٢٨٠) على أن يكون الربح والخسران على أحدهما وللآخر رأس ماله .

(٢٧٨) وقد مر المختار هناك.

(٢٧٩) والأحوط إن لم يكن أقوى شمول أحكام الربا للصلح وسائر المعاملات.

(٢٨٠) أي بعد الشراكة وليس قبل البدء بها.

مسألة ١٧: يجوز للمتداعيين في دين أو عين أو منفعة أن يتصالحا بشيء من المدعى به أو بشيء آخر حتى مع إنكار المدعى عليه، ويسقط بهذا الصلح حق الدعوى، وكذا حق اليمين الذي كان للمدعى على المنكر، وليس للمدعى بعد ذلك تجديد المرافعة.

لكن هذا فصل ظاهري ينقطع به الدعوى في ظاهر الشرع ولا يحل به ما أخذه من كان غير محق منهما. فإذا ادعى شخص على شخص بدين فأنكره ثم تصالحا على النصف، فهذا الصلح وإن أثر في سقوط الدعوى، لكن إن كان المدعى محقاً بحسب الواقع فقد وصل إليه نصف حقه وبقي الباقي على ذمة المنكر يطالب به في الآخرة إذا لم يكن إنكاره بحق بحسب اعتقاده، إلا إذا فرض رضا المدعى باطناً بالصلح عن جميع ماله في الواقع، وإن كان مبطلاً واقعاً يجرم عليه ما أخذه من المنكر إلا مع فرض طيب نفسه واقعاً، بأن يكون للمدعى ما صالح به لا أنه رضي به تخلصاً من دعواه الكاذبة.

مسألة ١٨: إذا قال المدعى عليه للمدعى: (صالحني) لم يكن هذا إقراراً بالحق، لما عرفت أن الصلح يصح مع الإنكار كما يصح مع الإقرار، أما لو قال: (بعني أو ملكني) كان إقراراً (٢٨١).

مسألة ١٩: إذا كان لواحد ثوب بعشرين درهماً مثلاً ولآخر ثوب بثلاثين واشتبهها ولم يميز كل منهما ماله عن مال صاحبه، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه. فكل ما اختاره يحل له ويحل الآخر لصاحبه، وإن تضايقا فإن كان المنظور والمقصود لكل منهما المالية - كما إذا اشتريهما للمساومة والمعاملة - يباع وقسم الثمن بينهما بنسبة مالهما، فيعطى صاحب العشرين في المثال سهمين من خمسة والآخر ثلاثة أسهم منها، وإن كان المقصود والمنظور نفس المالكين - كما إذا اشترى كل منهما عباءً ليلبسه وليس لهما نظر إلى القيمة والمالية - فلا بد من القرعة (٢٨٢).

مسألة ٢٠: لو اتلف على شخص ثوباً - ونحوه - قيمته درهم مثلاً فصالحه على درهمين (٢٨٣) أو أقل أو أكثر يجوز ذلك.

مسألة ٢١: لو كان (٢٨٤) معهما درهماً وادعاهما أحدهما وادعى الآخر أحدهما كان لمدعيهما درهم ونصف وللآخر ما بقي.

مسألة ٢٢: لو كان لأحد مقدار من الدراهم ولآخر مقدار منها عند ودعي أو غيره فتلف مقدار لا يُدرى أنه من أي منهما. فإن تساوى مقدار الدراهم منهما - بأن كان لكل منهما درهماً أو ثلاثة مثلاً - يحسب التالف عليهما ويقسم الباقي بينهما نصفين.

وإن تفاوتتا، فإما أن يكون التالف بمقدار ما لأحدهما وأقل مما للآخر أو يكون أقل من كل منهما، فعلى الأول يُعطى للآخر ما زاد على التالف ويقسم الباقي بينهما نصفين، كما إذا كان لأحدهما

(٢٨١) إذا كانت لكلمته دلالة عرفية على ذلك.

(٢٨٢) والاحوط التراضي أو التحول إلى القيمة كالقرع السابق بعد تعذر تحديد المالك مثل دينارى الودعي.

(٢٨٣) والاحوط فيما إذا كانت القيمة التي في ذمة للتلف من نوع واحد عرفاً إحتساب ذلك تفادياً لشبهة الربا.

(٢٨٤) الاحوط إجراء احكام القضاء عليه من اليمين والبينة ولكن الأقوى ما ذكر في المتن.

درهمان وللاخر درهم وكان التالف درهماً يُعطى صاحب الدرهمين درهماً ويقسم الدرهم الباقي بينهما نصفين، أو كان لأحدهما خمسة دراهم وللاخر درهمان وكان التالف درهمين يُعطى لصاحب الخمسة ثلاثة ويقسم الباقي -وهو الدرهمان- بينهما نصفين، وعلى الثاني يُعطى لكل منهما ما زاد على التالف ويقسم الباقي بينهما نصفين، فإذا كان لأحدهما خمسة وللاخر أربعة وكان التالف ثلاثة يُعطى لصاحب الخمسة اثنان ولصاحب الأربعة واحداً ويقسم الباقي -وهو الثلاثة- بينهما نصفين، فلصاحب الخمسة ثلاثة ونصف ولصاحب الأربعة اثنان ونصف هذا كله إذا كان المالان مثلين كالدرهم والدنانير، وأما إذا كانا قيميين كالشباب والحيوان فلا بد من المصالحة أو تعيين التالف بالقرعة (٢٨٥).

مسألة ٢٣: يجوز (٢٨٦) إحداث الروشن المسمى في العرف الحاضر بالشناشيل على الطرق النافذة والشوارع العامة إذا كانت عالية بحيث لم تضر بالمارة. وليس لأحد منعه حتى صاحب الدار المقابل وان استوعب عرض الطريق بحيث كان مانعاً عن إحداث روشن في مقابله، ما لم يضع منه شيئاً على جداره. نعم إذا استلزم الإشراف على دار الجار ففي جوازه إشكال (٢٨٧) بل منع وإن جوّزنا مثل ذلك في تعلية البناء في ملكه . فلا يترك الاحتياط.

مسألة ٢٤: لو بنى روشنا على الجادة ثم انهدم أو هدم فإن لم يكن من قصده تجديد بنائه لا مانع لأن يبني الطرف المقابل ما يشغل ذلك الفضاء ولم يحتج إلى الاستيذان من الباني الأول. وإلا ففيه إشكال، بل عدم الجواز لا يخلو من قوة فيما إذا هدمه ليبنيه جديداً.

مسألة ٢٥: لو أحدث شخص روشناً على الجادة لا يجوز للطرف المقابل له إحداث روشن بدون إذن الأول ان تضرر الأول به، ولو لم يكن ضرر في البين فلا بأس به، والمرجع في الضرر (٢٨٨) ثقة أهل الخبرة بهذه الأمور .

مسألة ٢٦: كما يجوز إحداث الروشن على الجادة، يجوز فتح الأبواب المستجدة فيها، سواء كانت له باب أخرى أم لا. وكذا فتح الشباك والروازن عليها ونصب الميزاب فيها، وكذا بناء ساباط عليها إذا لم يكن معتمداً على حائط غيره مع عدم إذنه ولم يكن مضراً بالمارة ولو من جهة الظلمة، ولو فرض أنه كما يضرهم من جهة ينفعهم من جهات أخرى كالوقاية عن الحر والبرد والتحفظ عن الطين وغير ذلك لا يبعد الموازنة بين الجهتين فيراعى ما هو الاصلح، والأولى المراجعة في ذلك إلى حاكم الشرع فيتبع نظره، وكذا يجوز إحداث البالوعة للأمطار فيها مع التحفظ عن كونها مضرة بالمارة وكذا يجوز نقب سرداب تحت الجادة مع إحكام أساسه وبنائه وسقفه بحيث يؤمن من الثقب والخسف والانهدام.

(٢٨٥) على إشكال في القرعة فالمصالحة أحوط.

(٢٨٦) الأصل سلطة الفرد على ما يملكه، ولكن حقوق الناس على بعضهم تختلف حسب الأعراف والظروف، والأولى إرجاع مثل ذلك إلى الحاكم أو ما يتعارف عليه الناس، سواء في الرواشن، أو الأجنحة في الطرق النافذة، وغيرها وكذلك في حريم البيوت

وفي مقدار ارتفاع البناء ، وفي سعة الطرق وما أشبه مما يرتبط اليوم بالبلديات؟

(٢٨٧) إذا كان ضرراً والأولى الرجوع الى العرف في امثاله.

(٢٨٨) بل هذا هو المرجع في كل هذه الأحكام حيث ينبغي أن نعمل بما يراه العرف حقاً.

مسألة ٢٧: لا يجوز لأحد إحداث شيء من روشن أو جناح أو بناء سابات أو نصب ميزاب أو فتح باب أو نقب سرداب وغير ذلك على الطرق الغير النافذة المسماة بالرفوعة والرافعة وفي العرف الحاضر بالدريه إلا بإذن أربابها، سواء كان مضرراً أو لم يكن، وكما لا يجوز إحداث شيء من ذلك لغير أربابها إلا بإذنتهم كذلك لا يجوز لبعضهم إلا بإذن شركائه فيها، ولو صالح غيرهم معهم أو بعضهم مع الباقين على إحداث شيء من ذلك صح ولزم. سواء كان مع العوض أو بلا عوض، ويأتي في كتاب إحياء الموات بعض المسائل المتعلقة بالطريق إن شاء الله تعالى .

مسألة ٢٨: لا يجوز لأحد أن يبني بناءً أو يضع جذوع سقفه على حائط جاره إلا بإذنه ورضاه، وإذا التمس ذلك من الجار لم يجب عليه إجابته وإن استحب له استحباباً مؤكداً من جهة ما ورد من التأكيد في قضاء حوائج الإخوان ولا سيما الجيران، ولو بنى أو وضع الجذوع بإذنه ورضاه فإن كان ذلك بعنوان ملزم كالشرط في ضمن عقد لازم أو بالإجارة أو بالصلح عليه لم يجز له الرجوع، وأما إذا كان مجرد الإذن والرخصة جاز له الرجوع قبل البناء والوضع قطعاً وأما بعد ذلك فهل يجوز له الرجوع مع الأرش وعدمه أم لا، مع استحقاق الأجرة وعدمه؟ وجوه وأقوال^(٢٨٩) والمسألة في غاية الإشكال، فلا يترك الاحتياط بالتصالح والتراضي بينهما ولو بالإبقاء مع الأجرة أو الهدم مع الأرش.

مسألة ٢٩: لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا إدخال خشبة أو وتد أو غير ذلك إلا بإذن شريكه أو إحراز رضاه بشاهد الحال كما هو الحال في التصرفات اليسيرة كالاستناد إليه أو وضع يده أو طرح ثوب عليه أو غير ذلك، بل الظاهر أن مثل هذه الأمور اليسيرة لا يحتاج إلى إحراز الإذن والرضا كما جرت به السير .

نعم إذا صرح بالمنع وأظهر الكراهة لم يجز.

مسألة ٣٠: لو إنهدم الجدار المشترك وأراد أحد الشريكين تعميره لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته، وهل له التعمير من ماله مجاناً بدون إذن شريكه؟ لا إشكال في إن له ذلك إذا كان الأساس مختصاً به وبناه بآلات مختصة به، كما انه لا إشكال في عدم الجواز إذا كان الأساس مختصاً بشريكه. وأما إذا كان الأساس مشتركاً فإن كان قابلاً للقسمة ليس له التعمير بدون أذنه. نعم له المطالبة بالقسمة فيبني على حصته المفروزة، وإن لم يكن قابلاً للقسمة ولم يوافقه الشريك في شيء يرفع أمره إلى الحاكم^(٢٩٠). ليخيره بين عدة أمور من بيع أو إجارة أو المشاركة معه في العمارة أو الرخصة في تعميره وبنائه من ماله مجاناً^(٢٩١) وكذا الحال لو كانت الشركة في بئر أو نهر أو قناة أو ناعور ونحو ذلك فلا يجبر الشريك على المشاركة في التعمير والتنقية^(٢٩٢) ولو أراد الشريك تعميرها وتنقيتها من ماله تبرعاً

(٢٨٩) الأقوى انه لا يجوز له الرجوع ولجعل هذا نوعاً من العارية اللازمة.

(٢٩٠) إذا كان هناك حقان لشخصين اختلفا في كيفية استيفائهما فعلى الحاكم ان يرفع النزاع بما يحكم العدالة، يوفر القسط وهذا من اوضح مصاديقه..

(٢٩١) أو بالشراكة معه حسب اقتضاء العدالة في حق كل واحد من الشريكين في الاستفادة من حقوقهما.

(٢٩٢) إلا إذا اقتضت العدالة ذلك حسب نظر الحاكم الشرعي، ذلك لأنه لا يجوز منع أي شخص من الاستفادة من ملكه بلا سبب معقول، وعند تضارب المصالح يتدخل الحاكم لإجراء ما هو العدل حسب العقل والعرف.

ومجاناً له ذلك على الظاهر، وليس للشريك منعه خصوصاً إذا لم يمكن القسمة، كما انه لو انفق في تعميرها فنبع الماء أو زاد ليس له أن يمنع شريكه الغير المنفق من نصيبه من الماء لأنه من فوائد ملكهما المشترك.

مسألة ٣١: لو كانت جذوع دار أحد موضوعة على حائط جاره ولم يعلم على أي وجه وضعت، حكم في الظاهر بكونه عن حق واستحقاق حتى يثبت خلافه، فليس للجار أن يطالبه برفعها عنه، ولا منعه من التجديد لو إنهدم السقف، وكذا الحال لو وجد بناء أو مجرى ماء أو نصب ميزاب من أحد في ملك غيره ولم يعلم سببه فإنه يحكم في أمثال ذلك بكونه عن حق واستحقاق إلا أن يثبت كونها عن عدوان أو بعنوان العارية التي يجوز فيها الرجوع.

مسألة ٣٢: إذا خرجت أغصان شجرة إلى فضاء ملك الجار من غير استحقاق، له أن يطالب مالك الشجرة بعطف الأغصان أو قطعها من حد ملكه، وإن امتنع صاحبها يجوز للجار عطفها أو قطعها. ومع إمكان الأول لا يجوز الثاني.

فصل

مسألة ١: يعتبر في المصالح عدم الحجر لسفه أو فلس (٢٩٣) أو رق.

مسألة ٢: يجوز للولي أن يصالح عن المولى عليه مع المصلحة، كما أنه يجوز له قبول الصلح له .

مسألة ٣: لو تصالح شخص مع الراعي بأن يسلم نعاجه إليه ليرعاها سنة مثلاً ويتصرف في لبنها ويعطي مقداراً معيناً من الدهن مثلاً صحت المصالحة، بل لو آجر نعاجه من الراعي سنة على أن يستفيد من لبنها بعوض مقدار معين من دهن أو غيره صحت الإجارة.

مسألة ٤: يشترط في مورد الصلح أن لا يكون من المحرمات الشرعية - كالخمر والخنزير - والأعمال والمنافع المحرمة.

مسألة ٥: لو بان أحد العوضين مستحقاً للغير بطل الصلح في المعين، ويصح في الكلي.

مسألة ٦: الظاهر أن الهواء المجاور لكل ملك - من فوقه أو من جوانبه - تبع لأصل (٢٩٤) الملك.

مسألة ٧: يجوز صرف الزكاة - من سهم سبيل الله - في المصالحة بين شخصين من المؤمنين إن توقف الصلح بينهما عليه، كما يجوز المصالحة عن الحقوق المجاملية مع تركها بعوض أو غير عوض بالهبة، بل الأولى عدم ترك ذلك.

(٢٩٣) إذا كانت المصالحة مالية.

(٢٩٤) سبق ان مثل ذلك يرجع الى العرف والى جملة معفوات لابد من ملاحظتها.

كتاب الجعالة

وهي الالتزام بعوض معلوم على عمل، ويقال للملتزم "الجاعل" ولمن يعمل ذلك العمل "العامل" وللعوض "الجعل" و"الجعيلة" ويفتقر إلى الإيجاب (٢٩٥) وهو كل لفظ أفاد ذلك الالتزام، وهو إما عام كما إذا قال: "من رد عبدي أو دابتي أو خايط ثوبي أو بنى حائطي مثلاً فله كذا" وإما خاص كما إذا قال لشخص: "إن رددت عبدي أو دابتي مثلاً فلك كذا" ولا يفتقر إلى قبول حتى في الخاص فضلاً عن العام.

مسألة ١: الفرق بين الإجارة على العمل والجعالة أن المستأجر في الإجارة يملك العمل على الأجير، وهو يملك الأجرة على المستأجر بنفس العقد. بخلافه في الجعالة حيث أنه ليس أثرها إلا استحقاق العامل الجعل المقرر على الجاعل بعد العمل.

مسألة ٢: إنما تصح الجعالة على كل عمل محل مقصود في نظر العقلاء كالإجارة، فلا تصح على المحرم ولا على ما يكون لغواً عند العقلاء، وبذل المال بازائه سفهاً كالذهاب إلى الأمكنة المخوفة والصعود على الجبال الشاهقة والأبنية المرتفعة والثوبة من موضع إلى موضع آخر ونحو ذلك (٢٩٦).

مسألة ٣: كما لا يصح الإجارة على الواجبات العينية والكفائية (٢٩٧) على التفصيل الذي مر في كتابها لا تصح الجعالة عليها.

مسألة ٤: يعتبر في الجاعل أهلية الاستيجار من البلوغ والعقل والرشد والقصد وعدم الحجر والاختيار، وأما العامل فلا يعتبر فيه إلا إمكان تحصيل العمل بحيث لا مانع منه عقلاً أو شرعاً، كما إذا وقعت الجعالة على كنس المسجد فلا يمكن حصوله شرعاً من الجنب والحائض، فلو كنسا لم يستحقا (٢٩٨) شيئاً على عملهما. ولا يعتبر فيه نفوذ التصرف، فيجوز أن يكون صبيماً مميزاً ولو بغير إذن الولي، بل ولو كان غير مميز أو مجنوناً على الأظهر (٢٩٩) فجميع هؤلاء يستحقون الجعل.

مسألة ٥: يجوز أن يكون العمل مجهولاً في الجعالة بما لا يعتفر في الإجارة، فإذا قال: "من رد دابتي فله كذا" صح وإن لم يعين المسافة ولا شخص الدابة مع شدة اختلاف الدواب في الظفر بها من حيث السهولة والصعوبة، وكذا يجوز أن يوقع الجعالة على المردد مع اتحاد الجعل كما إذا قال: "من رد عبدي

(٢٩٥) يفترق إلى التزام وتعهد وهو إما ثوبي أو كتابي أو عملي.

(٢٩٦) إذا لم تتوفر غاية عقالية على مثل ذلك.

(٢٩٧) سبق من القول بان أخذ الأجرة على الواجبات الكفائية لو كان بعنوان المبادرة إليها لإسقاطها عن غيره يبدو بلا مانع، والاحتياط واضح.

(٢٩٨) فيه نظر، يلي إذا كان العمل بذاته مجزئاً مثل أن يقول من سقاني حرماً فله كذا، لا يستحق العامل شيئاً لأنه من التعاون على الإثم. أما تطهير المسجد فيذاته ليس حراماً، فيستحق الأجرة عليه ظاهراً.

(٢٩٩) إذا صدق عليه الاستيفاء والمنفعة والعمل.

أو دابتي فله كذا" أو بالاختلاف كما إذا قال: "من رد عبدي فله عشرة ومن رد دابتي فله خمسة" نعم لا يجوز جعل موردها مجهولاً صرفاً ومبهماً بحتاً لا يتمكن العامل من تحصيله^(٣٠٠) كما إذا قال: "من وجد وأوصلني ما ضاع مني فله كذا" بل وكذا لو قال: "من رد حيواناً ضاع مني" ولم يعين انه من جنس الطيور أو الدواب أو غيرها هذا كله في العمل، وأما العوض فلا بد من تعيينه جنساً ونوعاً ووصفاً، بل كيباً أو وزناً أو عدا إن كان مكيباً أو موزوناً أو معدوداً. فلو جعله ما في يده أو إنائه مثلاً بأن قال: "من رد دابتي فله ما في يدي أو ما في هذا الاناء" بطلت الجعالة^(٣٠١) نعم الظاهر انه يصح أن يجعل الجعل حصة معينة مما يرده ولو لم يشاهد ولم يوصف، بأن قال: "من رد دابتي فله نصفها" وكذا يصح أن يجعل للدلال ما زاد على رأس المال كما إذا قال: "بع هذا المال بكذا والزائد لك" كما مر فيما سبق.

مسألة ٦: كل مورد بطلت الجعالة للجعالة استحق العامل أجره المثل. والظاهر انه من هذا القبيل ما هو المتعارف^(٣٠٢) من جعل الحلاوة المطلقة لمن دل على ولد ضايع أو دابة ضالة.

مسألة ٧: لا يعتبر أن يكون الجعل ممن له العمل فيجوز أن يجعل جعلاً من ماله لمن خاط ثوب زيد أو رد دابته.

مسألة ٨: لو عين الجعالة لشخص واتي بالعمل غيره لم يستحق ذلك الشخص، لعدم العمل منه ولا ذلك الغير، لأنه ما أمر بإتيان العمل ولا جعل لعمله جعل فهو كالمتبرع^(٣٠٣)، نعم لو جعل الجعالة على العمل لا بقيد المباشرة بحيث لو حصل ذلك الشخص العمل بالإجارة والاستنابة أو الجعالة شملته الجعالة وكان عمل ذلك الغير تبرعاً عن المجمعول له ومساعدة له استحق المجمعول له بسبب عمل ذلك العامل الجعل المقرر.

مسألة ٩: إذا جعل الجعل على عمل وقد عمله شخص قبل إيقاع الجعالة^(٣٠٤) أو بقصد التبرع وعدم أخذ العوض يقع عمله ضايعاً وبلا جعل وأجرة.

مسألة ١٠: إنما يستحق العامل الجعل المقرر لو كان عمله لأجل ذلك. فيعتبر اطلاعه على التزام العامل به، فلو عمل لأجل ذلك بل تبرعاً لم يستحق شيئاً، وكذا^(٣٠٥) لو تبين كذب المخبر، كما إذا أخبر مخبر بأن فلاناً قال من رد دابتي فله كذا فردها أحد اعتماداً على إخباره مع انه لم يقله لم يستحق شيئاً لا على صاحب الدابة ولا على المخبر الكاذب، نعم لو كان قوله أوجب الاطمينان لا يبعد ضمانه أجره مثل عمله للغرور.

(٣٠٠) والمعيار أن يبلغ الجهل درجة الغر عراً.

(٣٠١) على الأشبه.

(٣٠٢) فيه نظر فإن المتعارف فيه قدر من المعلومية.

(٣٠٣) فتحكمه حكم الفرع الآتي

(٣٠٤) الظاهر إستحقاق العامل في مثل هذه الحالات اجرة المثل بشرطين: الأول الا يكون متبرعاً. الثاني ان يعتبر عمله معتزلاً ومستحقاً للجزاء، كمن أنقذ مال شخص من السرقة وتضرر بعمله أو بذل جهداً مستحقاً للجزاء عراً ولم يكن متبرعاً فالعرف

يرى ان جزاءه الإحسان إليه وهذا باب واسع وله الفقه وله مصاديق كثيرة والله العالم.

(٣٠٥) فيه ما سبق الحديث عنه في المسألة التاسعة.

مسألة ١١: لو قال: "من دلني على مالي فله كذا" فدلته من كان ماله في يده لم يستحق شيئاً لأنه واجب عليه شرعاً، وأما لو قال: "من رد مالي فله كذا" فإن كان المال مما في رده كلفة ومؤونة كالعبد الأبق والدابة الشاردة استحق الجعل المقرر، وإن لم يكن كذلك كالدرهم والدنانير لم يستحق شيئاً.

مسألة ١٢: إنما يستحق الجعل بتسليم العمل فلو جعل على رد الدابة إلى مالكها فجاء بها في البلد فشردت لم يستحق الجعل، نعم لو كان الجعل على مجرد إيصالها إلى البلد إستحققه، كما أنه لو كان الجعل على مجرد الدلالة عليها وإعلام محلها إستحق بذلك الجعل وإن لم يكن منه إيصال أصلاً.

مسألة ١٣: لو قال: "من رد دابتي مثلاً فله كذا" فردها جماعة إشتراكوا في الجعل المقرر بالسوية إن تساوا في العمل وإلا فيوزع عليهم بالنسبة.

مسألة ١٤: لو جعل جعلاً لشخص على عمل كبناء حائط أو خياطة ثوب فشاركه غيره في العمل يسقط عن جعله المعين ما يكون بازاء عمل ذلك الغير. فإن لم يتفاوتا كان له نصف الجعل، وإلا فبالنسبة، وأما الآخر فلم يستحق شيئاً لكونه متبرعاً، نعم لو لم يشترط على العامل المباشرة بل أريد منه العمل مطلقاً ولو بمباشرة غيره وكان اشتراك الغير معه بعنوان التبرع عنه ومساعدته استحق الجعول له تمام الجعل.

مسألة ١٥: الجعالة قبل تمامية العمل جائزة من الطرفين ولو بعد تلبس العامل بالعمل وشروعه فيه، فله رفع اليد عن العمل، كما أن للجاعل فسخ الجعالة ونقض التزامه على كل حال، فإن كان ذلك قبل التلبس لم يستحق الجعول له شيئاً، وأما لو كان بعد التلبس فإن كان الرجوع من العامل لم يستحق شيئاً، وإن كان من طرف الجاعل فعليه للعامل أجره مثل ما عمل، ويحتمل الفرق في الأول - وهو ما كان الرجوع من العامل - بين ما كان العمل مثل خياطة الثوب وبناء الحائط ونحوهما مما كان تلبس العامل به بإيجاد بعض العمل وبين ما كان مثل رد الضالة والأبق ونحوهما مما كان التلبس به بإيجاد بعض مقدماته الخارجة فله من المسمى بالنسبة إلى ما عمل في الأول، بخلاف الثاني فإنه لم يستحق شيئاً، والمسألة محل إشكال، فلا ينبغي ترك الاحتياط بالتراضي والتصالح على كل حال.

مسألة ١٦: ما ذكرنا من أن للعامل الرجوع عن عمله على كل حال ولو بعد التلبس والاشتغال إنما هو في مورد لم يكن في عدم إنهاء العمل ضرر على الجاعل وإلا فيجب عليه: إما عدم الشروع في العمل وإما إتمامه بعد الشروع، مثلاً إذا وقعت الجعالة على قلع عينه أو بعض العمليات المتداولة بين الأطباء في هذه الأزمنة، حيث أن الصلاح والعلاج مترتب على تكميلها، وفي عدمه فساد، لا يجوز له رفع اليد عن العمل بعد التلبس له والشروع فيه، ولو رفع اليد عنه لم يستحق في مثله شيئاً بالنسبة إلى ما عمل بلا إشكال (٣٠٦).

مسألة ١٧: لو جعل مقداراً معيناً من مسافة معينة فرده من بعض تلك المسافة، فإن كان المقصود خصوص الرد وذكرت المسافة المعينة من باب الظن بأنه يوجد فيها فيستحق تمام المقدار، وإن كان من باب الموضوعية وتقسيم الجعل على المسافة يستحق من الجعل بمقدار ما سافر، وإن شك في أنه من أي القسمين يستحق الأقل والأحوط التصالح بالنسبة إلى الأكثر.

مسألة ١٨: لو أنكر المالك الجعل أصلاً وإدعاه العامل يقدم قول المالك، ولو تنازعا في مقدار الجعل يقدم قول الجاعل مع اليمين، وإذا حلف يثبت عليه أقل الأمرين فيما يدعيه العامل.

مسألة ١٩: لو قال المالك للعامل حصل المجمعول له من دون سعيك فلا تستحق الجعل، وقال العامل بل حصل بسعيي يقدم قول المالك.

مسألة ٢٠: لو اختلفا في صحة الجعالة وفسادها يقدم قول (٣٠٧) مدعي الصحة.

مسألة ٢١: لو اختلفا في ان الواقع بينهما جعالة أو إجارة يقدم قول من يدعي الثانية (٣٠٨).

مسألة ٢٢: لو اختلفا في تسليم المجمعول له إلى الجاعل وعدمه يقدم من يدعي العدم.

فصل في التأمين

التأمين: هو الالتزام بتدارك النقص أو التلف - بما هو المقرر عندهم - في شيء بعوض معين. ولا ريب في مشروعيته.

مسألة ١: يصح أن يكون التأمين عقداً معاوضياً مستقلاً بنفسه في مقابل سائر العقود. كما يمكن أن يكون من الجعالة، أو من غيرها كالصلح مع العوض، والهبة المعوضة، أو ضمان عين بالعوض. والأول هو الصحيح. أيضاً نعم لو انشأ بعنوان الجعالة يجري عليه حكمها.

مسألة ٢: عقد التأمين يحتاج إلى الإيجاب والقبول ويكفي فيهما كل لفظ ظاهر في إنشاء هذا العنوان ولا تعتبر فيهما العربية ولو مع القدرة عليها، وتجري فيه المعاطاة والفضولية، ويكفي في الإيجاب والقبول وقوعهما بالكتابة.

مسألة ٣: يعتبر في المتعاقدين في التأمين الشروط العامة - في كل عقد - من البلوغ، والعقل، والاختيار وعدم الحجر لفلس وسفه ونحوهما.

مسألة ٤: يصح وقوع الإيجاب والقبول عن كل من المستأمن والمؤمن، فيقول المستأمن، الجمعية التأمين بعد تعيين الخصوصيات: "أمنت داري - مثلاً - لك لتدارك الضرر المتوجه إليه بكذا وكذا" فيقول

(٣٠٧) لو كان مجرى قاعدة حمل فعل المؤمن على الصحة.

(٣٠٨) فيه إشكال، والأصل عدمهما والرجوع إلى الأقل من مستحقاًهما. أو التداخي والتحاليف أو التراضي وهو الأحوط.

المؤمن " قبلت أو يقول المؤمن للمستأمن: " أمنت دارك عن كل ضرر وخسارة لو توجه إليه" فيقول المستأمن: "قبلت". وإن كان الغالب أن الإيجاب من المستأمن والقبول من المؤمن (أي الجمعية).
مسألة ٥: التأمين من العقود اللازمة من الطرفين فلا يجوز لأحدهما الفسخ إلا بأحد موجباته كما سيأتي.

مسألة ٦: يجوز لكل واحد من المتعاقدين تعيين كل شرط سائغ شرعاً في متن العقد كما إذا شرط المؤمن (الشركة أو الجمعية) على المستأمن أن يعلمه بما يطرأ عليه من الخطر في حينه، ويجب أن يكون الشرط جامعاً لشرائط الصحة.

مسألة ٧: لا يجري في هذا العقد الخيارات إلا خيار الشرط، وخيار الاشتراط (أي تخلف الشرط) وخيار الغبن في ما إذا كان التفاوت بينهما (أي: التعويض، وقسط التأمين) بما لا يتسامح فيه عرفاً.
مسألة ٨: يجوز أن يكون عقد التأمين موقتاً بوقت خاص فلا بد من تعيينه وتحديده، كما يمكن أن يكون دائماً ما دام حياة المستأمن مثلاً.

مسألة ٩: لا فرق في مورد التأمين (المؤمن عليه) بين أن يكون الخطر الوارد عليه محتمل الوقوع في المستقبل أو معلوم^(٣٠٩) العدم كذلك أو معلوم الوجود.

مسألة ١٠: لا يخص التأمين بالشركة المعدة لذلك بل يصح التأمين بين أشخاص بعضهم مع بعض (أي التأمين بالتقابل). وكذا يجوز التأمين بين أعضاء الشركة بعضهم مع بعض كما يجوز ترامي التأمين (أي إعادة التأمين أو التأمين المضاعف) فيؤمن المؤمن مؤمّن آخر وهكذا، ويجوز تعدد المؤمن ووحدة المستأمن كما يجوز العكس.

مسألة ١١: يصح تأمين السفن والشاحنات إن كانت حمولتها من المحللات، ولو كانت الحمولة من المحرمات - كالمسكرات - فيصح تأمين السفن والشاحنات دون الحمولة (البضاعة)، ولو وقع التأمين عليهما معاً بعقد واحد يصح بالنسبة إلى السفن والشاحنات دون الحمولة، وأما التأمين على المكائن التي تولد المحرمات كالخمر فلا يصح تأمينها بوجه إلا إذا كانت من المكائن المشتركة في نتاجها بين المحرم والمحلل وقصدت المنفعة المحللة، وكذا الكلام في المخازن.

مسألة ١٢: لو ظهر بطلان عقد التأمين، فإن كان قبل حدوث الخسارة المؤمن عليها وقبل دفع المستأمن شيئاً من الأقساط فلا شيء عليهما، وإن دفع المستأمن بعض الأقساط فيملكه المؤمن^(٣١٠) - الشركة -، ولو تحمل الخسارة وظهر البطلان للمستأمن دفع الأقساط بما هي عليه^(٣١١).

مسألة ١٣: لو خالف أحدهما بما التزم به للآخر يثبت الخيار للطرف الآخر.

(٣٠٩) يبدو أن معلوم العدم لا يدخل ضمن عقد التأمين لأن ما يعطيه الفرد للشركة يصبح بلا مقابل فيكون من مصاديق آكل المال بالباطل.

(٣١٠) فيه إشكال بل عليه أن يرد ما أعطاه وله أجرة المثل بما قدم من خدمات.

(٣١١) الأعباء استحقاق أجرة المثل.

مسألة ١٤: الأرباح المجتمعة عند المؤمنين (الشركات) من الأموال المأخوذة من المستأمنين في التأمين على الحياة يجوز لهم (أي لطالب التأمين) أخذ ما يعطيه (٣١٢) المؤمن .

مسألة ١٥: ما تدفعه (٣١٣) شركة التأمين إلى المستأمن في تأمين الحياة من الفائدة بعنوان الترغيب يجوز أخذه .

كتاب العارية

وهي التسليط على العين للانتفاع بها على جهة التبرع ، وهي من العقود التي تحتاج إلى إيجاب وقبول، فالإيجاب كل لفظ له ظهور عرفي في إرادة هذا المعنى كقوله: "أعرتك" أو "أذنت لك في الانتفاع به" أو "أخذته لتنتفع به" ونحو ذلك ، والقبول كلما أفاد الرضاء بذلك.

ويجوز أن يكون بالفعل بأن يأخذ العين المعارة بعد إيجاب المعير بهذا العنوان، بل الظاهر أنه لا يحتاج في وقوعها وصحتها إلى لفظ أصلاً، فتقع بالمعاطاة كما إذا دفع إليه قميصاً ليلبسه فأخذه للبس، أو دفع إليه إناء أو بساطاً ليستعمله فأخذه واستعمله.

مسألة ١: يعتبر في المعير، أن يكون مالكاً للمنفعة وله أهلية التصرف، فلا تصح إعارة الغاصب عيناً أو منفعة، وتجري الفضولية فيها وتصح بإجازة المالك كالبيع والإجارة، وكذا لا تصح إعارة الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفهه أو فلس إلا مع إذن الولي والغرماء، وتصح إعارة الصبي إذا كان بإذن الولي.

مسألة ٢: لا يشترط في المعير ملكية العين، بل يكفي ملكية المنفعة بالإجارة أو بكونها موصى بها له بالوصية، نعم إذا اشترط إتياء المنفعة في الإجارة بنفسه ليس له الإعارة.

مسألة ٣: يعتبر في المستعير أن يكون أهلاً للانتفاع بالعين، فلا تصح إستعارة المصحف للكافر واستعارة الصيد للمحرم لا من المحل ولا من المحرم، وكذا يعتبر فيه التعيين فلو أعار شيئاً أحد هذين أو أحد هؤلاء لم يصح (٣١٤) ولا يشترط أن يكون واحداً، فيصح إعارة شيء واحد لجماعة كما إذا قال أعرت هذا الكتاب أو الإناء لهؤلاء العشرة فيستوفون المنفعة بينهم بالتناوب أو القرعة كالعين المستأجرة، وكذا يجوز أن يكون عدداً غير محصور كما إذا قال أعرت هذا الشيء لكل الناس وإن كان الأحوط خلافه.

مسألة ٤: يعتبر في العين المستعارة كونها مما يمكن الانتفاع بها منفعة محللة مع بقاء عينها كالعقارات والدواب والثياب والكتب والأمتعة والصفير (القدور) والحلي، بل وفحل الضراب والهرة والكلب للصيد

(٣١٢) إن لم يصدق عليه الربا.

(٣١٣) إن لم يكن بشرط مسبق وأما إذا كان فمشكلاً.

(٣١٤) إن لم يعين بعد.

والحراسة وأشباه ذلك، فلا يجوز إعاره مالا منفعة له محللة كآلات اللهو، وكذا آنية الذهب والفضة بناء على عموم حرمة الانتفاع بها، وأما بناء على اختصاص الحرمة باستعمالها في الأكل والشرب فلا تجوز إعارتها لخصوص هذه المنفعة وكذا مالا ينتفع به إلا بإتلافه كالحبذ والدهن والأشربة وأشباهها.

مسألة ٥: يجوز إعاره الشاة للانتفاع بلبنها وصوفها، والبئر للإستقاء منها.

مسألة ٦: لا يجوز إستعارة الجواري للاستمتاع بها لانحصار سبب حليتها بالتزويج وملك العين وبالتحليل الراجع إلى أحدهما، نعم لا بأس بإعارتهن للخدمة، ولا يجوز للمستعير أن ينظر إلى مالا يجوز النظر إليه منه لولا الاستعارة إلا بتحليل المعير.

مسألة ٧: لا يشترط تعيين العين المستعارة عند الإعاره، فلو قال: "أعرتني إحدى دوابك" فقال: "أدخل الاصطبل وخذ ما شئت منها" صحت العارية.

مسألة ٨: العين التي تعلق بها العارية إن انحصرت جهة الانتفاع بها في منفعة خاصة كالبساط للافتراش، واللحاف للتغطية، والخيمة للاكتنان وأشباه ذلك، لا يلزم التعرض لجهة الانتفاع بها عند إعارتها واستعارتها.

وإن تعددت جهات الانتفاع بها كالأرض ينتفع بها للزرع والغرس والبناء، والدابة ينتفع بها للحمل والركوب ونحو ذلك، فإن كانت إعارتها واستعارتها لأجل منفعة أو منافع خاصة من منافعها يجب التعرض لها واختص حلية الانتفاع للمستعير بما خصصه المعير، وإن كانت لأجل الانتفاع المطلق جاز التعميم والتصريح بالعموم بأن يقول: "أعرتك هذه الدابة -مثلاً- لأجل أن تنتفع بها كل انتفاع مباح يحصل منها"، كما أنه يجوز إطلاق العارية، بأن يقول: "أعرتك هذه الدابة" فيجوز للمستعير الانتفاع بسائر الانتفاعات المباحة المتعلقة بها، نعم ربما يكون لبعض الانتفاعات بالنسبة إلى بعض الأعيان خفاء لا يندرج في الإطلاق ففي مثله لا بد من التنصيص به أو التعميم على وجه يعمه، وذلك كالدفن فإنه وإن كان من أحد وجوه الانتفاعات من الأرض كالبناء والزرع والغرس ومع ذلك لو أعيرت الأرض إعاره مطلقة لا يعمه الإطلاق .

مسألة ٩: العارية جائزة من الطرفين، فللمعير الرجوع متى شاء كما أن للمستعير الرد متى شاء، نعم في خصوص إعاره الأرض للدفن لم يجز للمعير بعد الموت والدفن الرجوع عن الإعاره ونبش القبر وإخراج الميت على الأصح. وأما قبل ذلك فله الرجوع حتى بعد وضعه في القبر قبل مواريثه (٣١٥) وليس على المعير أحرة الحفظ ومؤنته إذا رجع بعد الحفر قبل الدفن كما أنه ليس على ولي الميت طم الحفر بعدما كان بإذن من المعير.

مسألة ١٠: تبطل (٣١٦) العارية بموت المعير، بل بزوال سلطته بجنون ونحوه. ؟

(٣١٥) إن لم يكن في ذلك ضرر لا يخلل مثل إهانة الميت، وإن كان هناك ضرر يتدارك فعله إن رحع عن إذنه كحفظ الميت ونقله وما أشبه والمرجع في كل هذه الأمور القضاء وأهل الخبرة، والاحتياط التراضي.

(٣١٦) باعتبار العارية عقداً جائزاً، ولكن إذا كانت بمعنى تملك المنفعة لمدة معينة، فقد يقال: بعدم بطلانها بالموت، والله العالم.

مسألة ١١: يجب على المستعير الاقتصار في نوع المنفعة على ما عينها المعير فلا يجوز له التعدي إلى غيرها ولو كانت أدنى وأقل ضرراً على المعير (٣١٧)، وكذا يجب أن يقتصر في كيفية الانتفاع على ما جرت به العادة، فلو أعاره دابة للحمل لا يحملها إلا القدر المعتاد بالنسبة إلى ذلك الحيوان وذلك المحمول وذلك الزمان والمكان، فلو تعدى نوعاً أو كيفية كان غاصباً وضامناً وعليه أجره ما استوفاه من المنفعة.

مسألة ١٢: لو أعاره أرضاً للبناء أو الغرس جاز له الرجوع وله إلزام المستعير بالقلع لكن عليه الأرش، وكذا في عاريتها للزرع إذا رجع قبل إدراكه، ويحتمل عدم استحقاق المعير إلزام المستعير بقلع الزرع لو رضي المستعير بالبقاء بالأجرة والاحوط لهما التراضي والتصالح، ومثل ذلك ما إذا أعار جذوعه للتسقيف ثم رجع بعدما أثبتتها المستعير في البناء.

مسألة ١٣: العارية أمانة بيد المستعير لا يضمنها لو تلفت إلا بالتعدي أو التفريط. نعم لو شرط الضمان ضمنها وإن لم يكن تعد ولا تفريط، كما أنه لو كانت العين المعارة ذهباً أو فضة ضمنها شرط فيها الضمان أو لم يشترط.

مسألة ١٤: لا يجوز للمستعير إعارة العين المستعارة ولا إجارتها إلا بإذن المالك، فيكون إعارته حينئذ في الحقيقة إعارة المالك ويكون المستعير وكيلاً ونائباً عنه، فلو خرج المستعير عن قابلية الإعارة بعد ذلك كما إذا جن بقيت العارية الثانية على حالها.

مسألة ١٥: إذا تلفت العارية بفعل المستعير فإن، كان بسبب الاستعمال المأذون فيه من دون تعدٍ عن المتعارف ليس عليه ضمان. كما إذا هلكت الدابة المستعارة للحمل بسبب الحمل عليها حملاً متعارفاً، وإن كان بسبب آخر ضمنها إن كان مثلياً فبالمثل وإلا فبالقيمة والمناط على قيمة يوم الأداء.

مسألة ١٦: إنما يبرأ المستعير عن عهدة العين المستعارة بردها إلى مالكيها أو وكيله أو وليه، ولو ردها إلى حرزها الذي كانت فيه بلا يد من المالك ولا إذن منه لم يبرأ (٣١٨) كما إذا رد الدابة إلى الإسطبل وربطها فيه بلا إذن من المالك فتلفت أو أتلفها متلف.

مسألة ١٧: إذا استعار عيناً من الغاصب، فإن لم يعلم بغصبه كان قرار الضمان على الغاصب، فإن تلفت في يد المستعير فللمالك الرجوع بعوض ماله على كل من الغاصب والمستعير، فإن رجع على المستعير يرجع هو على الغاصب فإن رجع على الغاصب لم يكن له الرجوع على المستعير، وكذلك بالنسبة إلى بدل ما استوفاه المستعير من المنفعة فإنه إذا رجع به على المستعير يرجع هو على الغاصب دون العكس، وأما لو كان عالماً بالغصب لم يرجع المستعير على الغاصب لو رجع المالك عليه بل الأمر

(٣١٧) إلا إذا حمله اذن الفجوى أو كان من مستقرمات إذنه السابق.

(٣١٨) إلا إذا اعير ذلك رداً عرفاً.

بالعكس. فيرجع الغاصب على المستعير لو رجع المالك عليه ولا يجوز له (٣١٩) إن يرد العين إلى الغاصب بعدما علم بالغصبية بل يجب أن يردّها إلى مالكها.

مسألة ١٨: لو أنكر العارية بعد طلب المالك لها بطل استيمانه.

مسألة ١٩: إذا ادعى المستعير التلف فالقول قوله مع اليمين، ولو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه.

مسألة ٢٠: لو قال: أعرتك هذا المتاع بشرط أن تعيرني متاعك الخاص، فالأحوط أن يكون التعويض بعنوان التصالح لا بعنوان العارية المحضة.

مسألة ٢١: إذا قال المستعير أعرتنيها -لدفْع العوض عن نفسه- وقال المالك: بل آجرتك بكذا -أو وهبتك بكذا- يقدم قول (٣٢٠) المستعير.

مسألة ٢٢: لو نقصت العين المستعارة بسبب الاستعمال ثم تلفت وقد شرط ضمانها ضمن (٣٢١).

مسألة ٢٣: لو استعار مركباً إلى محل خاص فجاوزه ضمن ما تجاوزه.

كتاب الوديعة

وهي إستئابة في الحفظ، وبعبارة أخرى هي وضع المال عند الغير ليحفظه للمالكه، ويطلق كثيراً على المال الموضوع، ويقال لصاحب المال: "المؤدع" ولذلك الغير "الودعي" و"المستودع"، وهي عقد يحتاج إلى الإيجاب -وهو كل لفظ دال على تلك الاستئابة، كأن يقول: "أودعتك هذا المال"، أو "لأحفظه" أو "هو وديعة عندك" ونحو ذلك -والقبول الدال على الرضا بالنيابة في الحفظ، ولا يعتبر فيها العربية بل تقع بكل لغة، ويجوز أن يكون الإيجاب باللفظ، والقبول بالفعل -بأن قال له المالك مثلاً هذا المال وديعة عندك فتسلم المال لذلك- بل يصح وقوعها بالمعاطاة بأن يسلم مالاً إلى أحد بقصد أن يكون محفوظاً عنده ويحفظه فتشمله بهذا العنوان.

مسألة ١: لو طرح ثوباً مثلاً عند أحد وقال هذا وديعة عندك، فإن قبلها بالقول أو الفعل الدال عليه ولو بالسكوت الدال على الرضا بذلك صار وديعة وترتبت عليها أحكامها، بخلاف ما إذا لم يقبلها

(٣١٩) أي للمستعير.

(٣٢٠) والاحتياط التراضي.

(٣٢١) مثلها يوم التلف أو قيمتها يوم التلف لا قبل نقصها.

حتى فيما إذا طرحه المالك عنده بهذا القصد وذهب عنه، فلو تركه من قصد استيداعه وذهب لم يكن عليه ضمان وإن كان الأحوط القيام بحفظه مع الإمكان.

مسألة ٢: إنما يجوز قبول الوديعة لمن كان قادراً على حفظها فمن كان عاجزاً لم يجز له قبولها على الأحوط^(٣٢٢).

مسألة ٣: الوديعة جائزة من الطرفين فللمالك استرداد ماله متى شاء وللمستودع رده كذلك، وليس للمودع الامتناع من قبوله، ولو فسخها المستودع عند نفسه انفسخت وزالت الأمانة المالكية وصار المال عنده أمانة شرعية، فيجب عليه رده إلى مالكة أو إلى من يقوم مقامه، أو إعلامه بالفسخ وكون المال عنده، فلو أهمل في ذلك لا لعذر عقلي أو شرعي ضمن.

مسألة ٤: يعتبر في كل من المستودع والمودع البلوغ والعقل، فلا يصح استيداع الصبي ولا المجنون وكذا إيداعهما^(٣٢٣) من غير فرق بين كون المال لهما أو لغيرهما من الكاملين، بل لا يجوز وضع اليد على ما أودعاه، ولو أخذ منهما ضمنه ولا يبرأ برده إليهما وإنما يبرأ بإيصاله إلى وليهما نعم لا بأس بأخذه منهما إذا خيف هلاكه وتلفه في أيديهما فيؤخذ بعنوان الحسبة في الحفظ، ولكن لا يصير بذلك وديعة وأمانة مالكية بل تكون أمانة شرعية يجب عليه حفظها والمبادرة على إيصالها إلى وليهما وإعلامه بكونها عنده وليس عليه ضمان لو تلف في يده.

مسألة ٥: لو أرسل شخص كامل مالاً بواسطة الصبي أو المجنون إلى شخص ليكون وديعة عنده وقد أخذه منهما بهذا العنوان فتصير وديعة عنده، لكونها حقيقة بين الكاملين وإنما الصبي والمجنون بمنزلة الآلة.

مسألة ٦: لو أودع عند الصبي والمجنون مالاً لم يضمنه بالتلف، بل بالإتلاف أيضاً إذا لم يكونا مميزين لكونه هو السبب.

مسألة ٧: يجب على المستودع حفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها به ووضعها في الحرز الذي يناسبها، كالصندوق المقفل للشوب والدرهم والحلى ونحوها، والإصطبل المضبوط بالغلق للدابة والمراح كذلك للشاة. وبالجملة: حفظها في محل لا يعد معه عند العرف مضيعةً ومفرطاً وخائناً، حتى فيما إذا علم المودع بعدم وجود حرز لها عند المستودع، فيجب عليه بعدما قبل الاستيداع تحصيله مقدمة للحفظ الواجب عليه، وكذا يجب عليه القيام بجميع ماله دخل في صوتها من التعيب أو التلف كالشوب بنشره في الصيف إذا كان من الصوف أو الإبريسم، والدابة يعلفها ويسقيها ويقيها من الحر والبرد، فلو أهمل عن ذلك ضمنها.

(٣٢٢) وإن قيل بالجواز والضمان كان حسناً.

(٣٢٣) بمعنى عدم ضمانهما لو أودعها وتلفت الوديعة.

مسألة ٨: تصح الوديعة باعتبار أصل المالية لا بلحاظ خصوص العينية الخارجية، فيودع عنده مائة دينار عراقي مثلاً أعم من أن يكون مورد وجوب الحفظ أربع من ورقة خمس وعشرين ديناراً أو عشرة من ورقة عشرة دنانير مع التحفظ على أصل المالية.

مسألة ٩: لو عين المودع موضعاً خاصاً لحفظ الوديعة اقتصر عليه، ولا يجوز نقلها إلى غيره بعد وضعها فيه وإن كان أحفظ، فلو نقلها منه ضمنها.

نعم لو كانت في ذلك المحل في معرض التلف جاز نقلها إلى مكان آخر أحفظ ولا ضمان عليه حتى مع نهي المالك بأن قال لا تنقلها وإن تلفت، وإن كان الأحوط حينئذ مراجعة الحاكم مع الإمكان.

مسألة ١٠: لو تلفت الوديعة في يد المستودع من دون تعدٍ منه ولا تفريط لم يضمها، وكذا لو أخذها منه ظالم قهراً سواء إنتزعتها من يده أو أمره بدفعها له بنفسه فدفعها كرهاً، نعم يقوى الضمان لو كان هو السبب لذلك^(٣٢٤) ولو من جهة إخباره بها أو إظهارها في محل كان مظنة الوصول إلى الظالم فوصل إليه، بل مطلقاً على إحتمال قوي.

مسألة ١١: لو تمكن من دفع الظالم بالوسائل الموجبة لسلامة الوديعة وجب، حتى أنه لو توقف دفعه عنها على إنكارها كاذباً بل الحلف على ذلك جاز بل وجب. فإن لم يفعل ضمن، وفي وجوب التورية عليه مع الإمكان إشكال أحوطه ذلك وأقواه العدم.

مسألة ١٢: إذا كانت مدافعتة عن الظالم مؤدية إلى الضرر على بدنه من جرح وغيره أو هتك في عرضه أو خسارة في ماله^(٣٢٥) لا يجب تحمله بل لا يجوز في غير الأخير^(٣٢٦) بل فيه أيضاً ببعض مراتبه، نعم لو كان ما يترتب عليها يسيراً جداً بحيث يتحمله غالب الناس كما إذا تكلم معه بكلام خشن لا يكون هاتكاً له بالنظر إلى شرفه ورفعة قدره وإن تأذى منه بالطبع فالظاهر وجوب تحمله^(٣٢٧).

مسألة ١٣: لو توقف دفع الظالم عن الوديعة على بذل مال له أو لغيره، فإن كان بدفع بعضها وجب، فلو أهمل فأخذ الظالم كلها ضمن المقدار الزائد على ما يندفع به منها لاتمامها، فلو كان يندفع بدفع نصفها فأهمل فأخذ تمامها ضمن النصف، ولو كان يقنع بالثلث فأهمل فأخذ الكل ضمن الثلثين وهكذا. وكذا الحال فيما إذا كان عنده من شخص وديعتان وكان الظالم يندفع بدفع احديهما فأهمل حتى أخذ كليهما فإن كان يندفع بإحديهما المعين ضمن الأخرى وإن كان بإحديهما لا بعينها ضمن

(٣٢٤) بحيث صدق الإتلاف أو التفريط في الحفظ.

(٣٢٥) وللعبار صدق الضرر لأنه مفني بالشرع.

(٣٢٦) لعل مراده هتك العرض.

(٣٢٧) أما الخسارة المالية فإن كانت من شؤون حفظ المال فعليه ان يتحملها أما إذا كانت كبيرة بحيث يصدق عليه الضرر والخرج فلا يجب.

أكثرهما قيمة، ولو توقف دفعه على المصانعة معه بدفع مال من المستودع لم يجب عليه دفعه تبرعاً^(٣٢٨) ومجاناً.

وأما مع إمكان الرجوع به على المالك، فإن أمكن الاستيذان منه أو ممن يقوم مقامه كالحاكم عند عدم الوصول إليه لزم، فإن دفع بلا إستيذان لم يستحق الرجوع^(٣٢٩) به عليه وإن كان من قصده ذلك، وإن لم يمكن الإستيذان فله أن يدفع ويرجع به على المالك إذا كان من قصده الرجوع عليه.

مسألة ١٤: لو كانت الوديعة دابة يجب عليه سقيها وعلفها ولو لم يأمره المالك، بل ولو نجاه، ولا يجب أن يكون ذلك بمباشرة وأن يكون ذلك في موضعها، فيجوز أن يسقيها بواسطة غلامه مثلاً وكذا يجوز إخراجها من منزله للسقي وإن أمكن سقيها في موضعها بعد جريان العادة بذلك، نعم لو كان الطريق مخوفاً لم يجز إخراجها كما أنه لا يجوز أن يوي غير ذلك إذا كان غير مأمون إلا مع مصاحبة أمين معه.

وبالجملة: لا بد من مراعاة حفظها على المعتاد بحيث لا يعد معها عرفاً مفرطاً ومتعدياً، هذا بالنسبة إلى أصل سقيها وعلفها، وأما بالنسبة إلى نفقتها، فإن وضع المالك عنده عينها أو قيمتها أو أذن له في الإنفاق عليها من ماله على ذمته فلا إشكال، وإلا فالواجب أولاً الإستيذان من المالك أو وكيله، فإن تعذر رفع الأمر إلى الحاكم ليأمره بما يراه صلاحاً ولو يبيع بعضها للنفقة، فإن تعذر الحاكم أنفق هو من ماله ويرجع به على المالك مع نيته.

مسألة ١٥: تبطل الوديعة بموت كل واحد من المودع والمستودع أو جنونه، فإن كان هو المودع تكون في يد الودعي أمانة شرعية، فيجب عليه فوراً ردها إلى وارث المودع أو وليه أو إعلامهما بها، فإن أهمل لا لعذر شرعي ضمن، نعم لو كان ذلك لعدم العلم بكون من يدعي الإرث وارثاً أو انحصار الوارث فيمن علم كونه وارثاً فاخر الرد والإعلام لأجل التروي والفحص عن الواقع لم يكن عليه ضمان على الأقوى، وإن كان الوارث متعدداً سلمها إلى الكل أو إلى من يقوم مقامهم، ولو سلمها إلى البعض من غير إذن ضمن حصص الباقيين. وإن كان هو المستودع تكون أمانة شرعية في يد وارثه أو وليه يجب عليهما ما ذكر من الرد إلى المودع أو إعلامه فوراً.

مسألة ١٦: يجب رد الوديعة عند المطالبة في أول وقت الإمكان وإن كان المودع كافراً محترماً المال، بل وإن كان حريباً مباح المال على الأحوط .

والذي هو الواجب عليه رفع يده عنها والتخلية بين المالك وبينها لا نقلها إلى المالك، فلو كانت في صندوق مقفل أو بيت مغلق ففتحتها عليه فقال هاهي وديعتك خذها فقد^(٣٣٠) أدى ما هو

(٣٢٨) إلا إذا كان ذلك من شؤون حفظ الوديعة عرفاً.

(٣٢٩) فيه نظر والاحتياط لا يترك بالتراضي.

(٣٣٠) المعيار هو أن يسمى ذلك إداء عرفاً.

تكليفه وخرج من عهده، كما أن الواجب عليه مع الإمكان الفورية العرفية، فلا يجب عليه الركن ونحوه والخروج من الحمام فوراً وقطع الطعام والصلاة وإن كانت نافلة ونحو ذلك، وهل يجوز له التأخير ليشهد عليه، قولان. أقواهما ذلك^(٣٣١) خصوصاً لو كان الإيداع مع الإشهاد، هذا إذا لم يرخص في التأخير وعدم الإسراع والتعجيل وإلا فلا إشكال في عدم وجوب المبادرة.

مسألة ١٧: لو أودع اللص ما سرقه عند أحد لا يجوز له رده عليه مع الإمكان، بل يكون أمانة شرعية في يده فيجب عليه إيصاله إلى صاحبه إن عرفه، وإلا عرف سنة، فإن لم يجد صاحبه تصدق به عنه، فإن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار أجر الصدقة كان له وإن اختار الغرامة غرم له وكان الأجر له.

مسألة ١٨: كما يجب رد الوديعة عند مطالبة المالك، يجب ردها إذا خاف عليها من تلف أو سرق أو حرق ونحو ذلك^(٣٣٢) فإن أمكن إيصالها إلى المالك أو وكيله الخاص أو العام تعين وإلا فليوصلها إلى الحاكم لو كان قادراً على حفظها^(٣٣٣) ولو فقد الحاكم أو كانت عنده أيضاً في معرض التلف بسبب من الأسباب أودعها عند ثقة أمين متمكن من حفظها.

مسألة ١٩: إذا ظهر للمستودع إمارة الموت بسبب المرض المخوف أو غيره يجب^(٣٣٤) عليه ردها إلى مالكها أو وكيله مع الإمكان، وإلا فيألى الحاكم، ومع فقده يوصي ويشهد بها، فلو أهمل عن ذلك ضمن، وليكن الإيصال والإشهاد بنحو يترتب عليهما حفظ الوديعة وعدم ذهابها على مالكها، فلا بد من ذكر الجنس والوصف وتعيين المكان والمالك، فلا يكفي قوله عندي وديعة لبعض الناس فإن مثل هذا لا يجدي في إيصالها إلى مالكها، نعم يقوى عدم لزومهما رأساً ومن أصله فيما إذا كان الوارث مطلعاً عليها وكان ثقة أميناً.

مسألة ٢٠: يجوز للمستودع أن يسافر ويُبقي الوديعة في حوزها السابق عند أهله وعياله لو لم يكن السفر ضرورياً إذا لم يتوقف حفظها على حضوره، وإلا فيلزم عليه إما الإقامة وترك السفر وإما ردها إلى مالكها أو وكيله مع الإمكان وإيصالها إلى الحاكم مع التعذر، ومع فقده فالظاهر تعيين الإقامة وترك السفر^(٣٣٥) ولا يجوز أن يسافر بها ولو مع أمن الطريق ولا إيداعها عند الأمين على الأحوط^(٣٣٦) لو لم يكن أقوى، وأما لو كان السفر ضرورياً له فإن تعذر ردها إلى المالك أو وكيله وكذا إيصالها إلى الحاكم تعين إيداعها عند أمين، فإن تعذر سافر بها محافظاً لها بقدر الإمكان وليس عليه ضمان، نعم في مثل

(٣٣١) إذا كانت بحاجة إليها.

(٣٣٢) لتحقق واجب الحفظ للأمانة.

(٣٣٣) الترتيب ليس لازماً بل المعيار الحفظ ولو كان أحوط.

(٣٣٤) إلا إذا كان وثقاً من وصول الأمانة إلى أهلها بعد وفاته فيكتفي الوصية بردها وإن كان الأحوط المبادرة بالرد إن استطاع.

(٣٣٥) إن لم يكن في ذلك ضرر عليه.

(٣٣٦) هذا الاحتمال غير واجب عند الثقة بالحفظ وكذلك يجوز إيداعه عند الحفيظ.

سفر الحج ونحوه من الأسفار الطويلة الكثيرة الخطر، اللازم أن يعامل فيه معاملة من ظهر له أمانة الموت من ردها ثم الإيضاء والإشهاد بها على ما سبق تفصيله^(٣٣٧).

مسألة ٢١: المستودع أمين ليس عليه ضمان لو تلفت الوديعة أو تعيبت بيده إلا عند التفريط أو التعدي، كما هو الحال في كل أمين، أما التفريط فهو الإهمال في محافظتها وترك ما يوجب حفظها على مجرى العادات بحيث يعدّ معه عند العرف مضيعاً ومساحماً، كما إذا طرحها في محل ليس بحرز وذهب عنها غير مراقب لها، أو ترك سقى الدابة وعلفها، أو ترك نشر ثوب الصوف والإبريسم في الصيف، أو أودعها أو سافر بها من غير ضرورة، أو ترك التحفظ من الندى فيما تفسده الندوة كالكتب وبعض الأقمشة وغير ذلك وأما التعدي وهو: أن يتصرف فيها بما لم يأذن له المالك، مثل أن يلبس الثوب أو يفرش الفراش أو يركب الدابة إذا لم يتوقف حفظها على التصرف، كما إذا توقف حفظ الثوب والفراش من الدود على اللبس والافتراش، أو يصدر منه بالنسبة إليها ما ينافي الأمانة ويكون يده عليها على وجه الخيانة، كما إذا جحدتها لا لمصلحة الوديعة ولا لعذر من نسيان ونحوه، وقد يجتمع التفريط مع التعدي كما إذا طرح الثوب أو القماش أو الكتب ونحوها في موضع يعفنها أو يفسدها.

ولعل من ذلك ما إذا أودعه دراهم مثلاً في كيس محتوم أو مخيطاً أو مشدود فكسر ختمه أو حل خيطه وشده من دون ضرورة ومصلحة، ومن التعدي^(٣٣٨) خلط الوديعة بماله سواء كان بالجنس أو بغيره وسواء كان بالمساوي أو بالأجود أو بالأردى، أما لو مزجه بالجنس من مال المودع كما إذا أودع عنده دراهم في كيسين غير محتومين ولا مشدودين فجعلها كيساً واحداً ففيه إشكال.

مسألة ٢٢: معنى كونها مضمونة بالتفريط والتعدي كون ضمانها عليه ولو لم يكن تلفها مستنداً إلى تفريطه وتعديه، وبعبارة أخرى تبدل يده الأمانية الغير الضمانية إلى الخيانية الضمانية^(٣٣٩).

مسألة ٢٣: لو نوى التصرف في الوديعة ولم يتصرف فيها لم يضمن بمجرد النية، نعم لو نوى الغصبية بأن قصد الاستيلاء عليها والتغلب على مالها كسائر الغاصبين ضمنها لصيرورة يده يد عدوان بعدما كانت يد إstimان، ولو رجع عن قصده لم يزل الضمان^(٣٤٠) ومثله ما إذا جحد الوديعة أو طلبت منه فامتنع من الرد مع التمكن عقلاً وشرعاً فإنه يضمنها بمجرد ذلك، ولم يبرأ من الضمان لو عدل عن جحوده أو امتناعه.

مسألة ٢٤: لو كانت الوديعة في كيس محتوم مثلاً ففتحها وأخذ بعضها ضمن الجميع بل المتجه الضمان بمجرد الفتح كما سبق^(٣٤١) وأما لو لم تكن مودعة في حرز أو كانت في حرز من المستودع

(٣٣٧) وسبق أن المعيار هو المحافظة على الأمانة حسب العرف.

(٣٣٨) الموارد كلها بحاجة إلى عرضها على العرف والعرف يختلف كثيراً ولكل عصر ومصر وشيء وشخص عرفه.

(٣٣٩) هذا هو المشهور والنسأ لم عند الفقهاء والاحوط التراضي فيما لو تلفت الوديعة بغير سبب التفريط لان اليد لازالت امانية.

(٣٤٠) فيه نظر والتراضي طريق الاحتياط.

(٣٤١) وسبق ان الاحوط التراضي بالرغم من انه المشهور كما حكى عنهم.

فأخذ بعضها فإن كان من قصده الاقتصار عليه فالظاهر قصر الضمان على المأخوذ دون ما بقى وأما لو كان من قصده عدم الاقتصار بل أخذ التمام شيئاً فشيئاً فلا يبعد أن يكون ضامناً للجميع^(٣٤٢) مسألة ٢٥: لو سلمها إلى زوجته أو ولده أو خادمه ليحزروها ضمن^(٣٤٣)، إلا أن يكون كالألة لكون ذلك بمحضه وباطلاعه ومشاهدته.

مسألة ٢٦: إذا فرط في الوديعة ثم رجع عن تفريطه بأن جعلها في الحز المصبوط وقام بما يوجب حفظها، أو تعدى ثم رجع كما إذا لبس الثوب ثم نزع لم يبرأ من الضمان^(٣٤٤)، نعم لو جدد المالك له الإستيمان إرتفع الضمان، فهو مثل ما إذا كان مال بيد الغاصب فجعله بيده أمانة فإن الظاهر أنه بذلك يرتفع الضمان من جهة تبدل عنوان يده من العدوان إلى الإستيمان، ولو أبرأه من الضمان ففي سقوطه بذلك قولان^(٣٤٥)، نعم لو تلفت العين في يده واشتغلت ذمته بعوضها لا إشكال في صحة الإبراء وسقوط الحق به.

مسألة ٢٧: لو أنكر الوديعة أو اعترف بها وادعى التلف أو الرد^(٣٤٦) ولا بينة فالقول قوله بيمينه. وكذلك لو تسالم على التلف ولكن ادعى عليه المودع التفريط أو التعدي.

مسألة ٢٨: لو دفعها إلى غير المالك وإدعى الإذن من المالك فأنكر المالك ولا بينة فالقول قول المالك، وأما لو صدّقه على الإذن لكن أنكر التسليم إلى من أذن له فهو كدعواه الرد إلى المالك مع إنكاره في القول فالقول قوله.

مسألة ٢٩: إذا أنكر الوديعة، فلما أقام المالك البينة عليها صدقها لكن إدعى كونها تالفة قبل أن ينكر الوديعة لا تُسمع دعواه فلا يقبل منه اليمين ولا البينة على إشكال. وأما لو ادعى تلفها بعد ذلك فلا إشكال في أنه تُسمع دعواه لكن يحتاج إلى البينة.

مسألة ٣٠: إذا أقر بالوديعة ثم مات، فإن عيّنها في عين شخصية معينة موجودة حال موته أخرجت من التركة، وكذا إذا عينها في ضمن مصاديق من جنس واحد موجودة حال الموت، كما إذا قال إحدى هذه الشياء وديعة عندي من فلان ولم يعينها، فعلى الورثة إذا احتملوا صدق المورث ولم يميزوا الوديعة عن غيرها أن يعاملوا معها معاملة ما إذا علموا إجمالاً بأن إحدى هذه الشياء لفلان، وإذا عين الوديعة ولم يعين المالك كان من مجهول المالك وقد مر حكم الصورتين في كتاب الخمس، وهل يعتبر قول المودع ويجب تصديقه لو عينها في معين واحتمل صدقه وجهان^(٣٤٧).

(٣٤٢) حكمه حكم ما مضى.

(٣٤٣) إلا إذا كان ذلك من شؤون الحفظ وطرقه.

(٣٤٤) فيه نظر مادام إذن الفحوى من المالك موجود، بلى إذا سلب هذا الإذن. فمشكل والضمان أشبه.

(٣٤٥) الأشبه الكفاية لأنه لا أقل من تجديد الوديعة عنده.

(٣٤٦) في ادعاء الرد الاحوط التراضي وإن كان الأقوى قبول دعواه.

(٣٤٧) إن لم يكن منهما وإلا فالمرجع القضاء.

وإذا لم يعينها بأحد الوجهين لا إعتبار بقوله إذا لم يعلم الورثة بوجود الوديعة في تركته حتى إذا ذكر الجنس ولم يوجد من ذلك الجنس في تركته إلا واحداً، إلا إذا علم أن مراده ذلك الواحد.

فصل

مسألة ١: لو اشترط اللزوم في الوديعة لزمت .

مسألة ٢: يجوز للولي استيداع مال المولى عليه مع المصلحة إلى الثقة الأمين.

مسألة ٣: لو اشترط الضمان في الوديعة حتى مع عدم التعدي والتفريط، فهل يصح الشرط أولاً؟ وجهان: يمكن تقريب الأول. والأحوط أن يكون ذلك بعنوان التعهد من ماله الخسارة التالف لا بشرط الضمان في الوديعة.

مسألة ٤: لو اشتبهت العين المودعة بغيرها من مال المستودع، فإما أن تكونا مثليين من كل جهة يتخير المستودع بين أخذ أيهما شاء، وكذا لو كانتا قيمتين وكانتا متساويين في القيمة من كل جهة، وأما لو كانتا مختلفتين في القيمة فيجزى دفع ما هو أقل قيمة. ولكن الأحوط التصالح سواء كان المودع مدعياً لما هو الأكثر قيمةً وكان المستودع منكرًا أولاً.

مسألة ٥: لو أقام أحد البينة على أنه هو المالك فأعطاه المستودع الوديعة ثم بان الخلاف فالظاهر عدم الضمان^(٣٤٨)

مسألة ٦: يجوز أن يودع المستودع الوديعة عند شخص أمين بإذن المودع بل يجوز الترامي فيها أيضاً بإذنه.

مسألة ٧: نماء العين المودعة للمودع إن لم يشترط كونها للمستودع.

مسألة ٨: تصح الوديعة في غير المنقول كالعقارات والأراضي ونحوها.

مسألة ٩: يجوز أن يجعل المودع للمستودع جعلاً لحفظ الوديعة.

مسألة ١٠: لو اتلف المستودع الوديعة واشترى مثلها من كل جهة وحيثية ودفعها إلى المودع لا ريب في أنه أثم وهل يجب عليه إعلامه بذلك؟

مسألة ١١: الأموال المودعة في المصارف إن كان الإيداع لحفظ عينها بخصوص العينية لا يجوز للمصرف التصرف فيها، وإن كان الإيداع لحفظ المالية من غير نظر إلى خصوصية العين يجوز التصرف فيها. ولو شك في ذلك فالظاهر جواز التصرف فيها وإن كان الأحوط خلافه.

مسألة ١٢: ما تعطيه المصارف لأرباب الأموال المودعة فيها يجوز لهم أخذها^(٣٤٩).

(٣٤٨) فيه نظر والأحوط الرضاوي.

(٣٤٩) فيه إشكال ظاهر لأنه من مصاديق الربا القرضي، لأن القرض هو إعطاء المال لغيره وتحمله ذمياً وهو صادق في الأموال المودعة فتأمل.

مسألة ١٣: يستحب أن يودع الإنسان دينه ونفسه وماله وأهله في كل صباح عند الله تعالى وخصوصاً عند إرادة السفر.

(خاتمة)

الأمانة على قسمين مالكية وشرعية.

أما الأول: فهو ما كان بإستيمان من المالك وإذنه سواء كان عنوان عمله مخصصاً في ذلك كالوديعة، أو بتبع عنوان آخر مقصود بالذات كما في الرهن والعارية والإجارة والمضاربة، فإن العين بيد المرتهن والمستعير والمستأجر والعامل أمانة مالكية، حيث أن المالك قد سلمها بعنوان الإستيمان وتركها بيدهم من دون مراقبة فجعل حفظها على عهدتهم .

وأما الثاني: فهو ما لم يكن الاستيلاء على العين ووضع اليد عليها بإستيمان من المالك ولا إذن منه وقد صارت تحت يده لا على وجه العدوان، بل إما قهراً كما إذا طارته الريح أو جاء بها السيل مثلاً في ملكه، وإما بتسليم المالك لها بدون إطلاع منهما كما إذا اشترى صندوقاً فوجد فيه المشتري شيئاً من مال البائع بدون اطلاعه، أو تسلم البائع أو المشتري زائداً على حقهما من جهة الغلط في الحساب، وإما برخصة من الشرع كاللقطة والضالة وما ينتزع من يد السارق أو الغاصب من مال الغير حسبة للإيصال إلى صاحبه، وكذا ما يؤخذ من الصبي أو المجنون من مالهما عند خوف التلف في أيديهما حسبة للحفظ، وما يؤخذ مما كان في معرض الهلاك والتلف من الأموال المحترمة كحيوان معلوم المالك في مسبعة أو مسيل ونحو ذلك، فإن العين في جميع هذه الموارد تكون تحت يد المستولي عليها أمانة شرعية يجب عليه حفظها وإيصالها في أول أزمته الإمكان إلى صاحبها ولو مع عدم المطالبة، وليس عليه ضمان لو تلف في يده مع التفريط أو التعدي كالأمانة المالكية، ويحتمل عدم وجوب إيصالها وكفاية إعلام صاحبها بكونها عنده وتحت يده والتخلية بينها وبينه بحيث كلما أراد أن يأخذ أخذها، بل لا يخلو هذا من قوة، ولو كانت العين أمانة مالكية بتبع عنوان آخر وقد ارتفع ذلك العنوان، كالعين المستأجرة بعد انقضاء مدة الإجارة، والعين المرهونة بعد فك الرهن، والمال الذي بيد العامل بعد فسخ المضاربة، ففي كونها أمانة مالكية أو شرعية وجهان بل قولان لا يخلو أولهما من رجحان.

حينئذ أو كان مبنياً على العرف ومن باب حصول الداعي بحصول الأذن من المالك للأمين فيرجع إلى بقاء الأذن حينئذ، ويمكن الاختلاف باختلاف الموارد والاختصاص والخصوصيات.

كتاب الشركة ٣٥٠

وهي: عبارة عن كون شيء واحد لاثنين أو أزيد، ملكاً أو حقاً، وهي إما (واقعية قهرية) كما في المال أو الحق الموروث، وأما (واقعية اختيارية) من غير إستناد إلى عقد كما إذا أحي شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك، أو حفراً بئراً، أو اغترباً ماءً، أو اقتلعا شجراً، وإما (ظاهرية قهرية^(٣٥١)) كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما ولو بفعل أجنبي بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطة بحنطة، أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير أو دهن اللوز بدهن الجوز أو الخل بالدبس، وإما (ظاهرية اختيارية) كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة، فإن مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الآخر، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله^(٣٥٢)، وأما الاختلاط مع التمييز فلا يوجب الشركة ولو ظاهراً^(٣٥٣) إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهري أو القرعة، وإما (واقعية) مستندة إلى عقد غير عقد الشركة، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة أو نحوها، وإما (واقعية) منشأة بتشريك أحدهما الآخر في ماله، كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشركه فيه ويسمى عندهم بالتشريك، وهو صحيح لجملة من الأخبار، وإما (واقعية) منشأة بتشريك كل منهما الآخر في ماله ويسمى هذا بالشركة العقدية ومعدود من العقود، ثم إن الشركة قد تكون في عين، وقد تكون في منفعة، وقد تكون في حق، وبحسب الكيفية إما بنحو الإشاعة، وإما بنحو الكلي في المعين، وقد تكون على وجه يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلاً في التصرف^(٣٥٤) كما في شركة الفقراء في الزكاة، والسادة في الخمس، والموقوف عليهم في الأوقاف العامة ونحوها.

(٣٥٠) المسائل المذكورة من بداية كتاب الشركة إلى آخر المسألة ١٣، هي من كتاب "العروة الوثقى". أما سائر المسائل المذكورة في "فصل في القسمة" فهي من إضافات "مهذب الأحكام".

(٣٥١) الظاهر إن عدم تمييز شخص المال يجعل المتعلق به الحق قيمته، أي ماليته، وليس شخصه فتحقق الشركة الواقعية .

(٣٥٢) هذا صادق في كل اختلاط وليس منشأ الحكم.

(٣٥٣) إلا إذا كانت المنفعة فيه مشتركة مثل أن تكون أجزاء بيت واحد أو سيارة واحدة مشتركة فإن العرف يرى السيارة واحدة فلو كان لأحدهما مآكة السيارة وللآخر بقيتها يرى العرف إنها واحدة والله العالم.

(٣٥٤) أي بعد القبض وهو يستطيع أن يمتلك حق التصرف لوحده بعد تخصصه به، ونحوه حيازة المباحات وقوله صلى الله عليه وآله الناس شركاء في ثلاث.

مسألة ١: لا تصح الشركة العقدية إلا في الأموال بل الأعيان، فلا تصح في الديون، فلو كان لكل منهما دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح، وكذا لا تصح في المنافع^(٣٥٥) بأن كان لكل منهما دار مثلاً وأوقعا العقد على أن يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف مثلاً. ولو أراد ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر، أو صالح نصف منفعة داره بدينار -مثلاً- وصالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار، وكذا لا تصح شركة الأعمال -وتسمى شركة الأبدان أيضاً^(٣٥٦)- وهي أن يوقعا العقد على أن يكون أجره عمل كل منهما مشتركاً بينهما، سواء اتفق عملهما كالخياطة مثلاً أو كان عمل أحدهما الخياطة والآخر النساجة، وسواء كان ذلك في عمل معين أو في كل ما يعمل كل منهما، ولو أرادوا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعينة أو منافعه إلى مدة كذا بنصف منفعة أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين وصالحه الآخر أيضاً بنصف منفعته بذلك العوض، ولا تصح أيضاً شركة الوجوه^(٣٥٧)، وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يتناح كل منهما في ذمته إلى أجل ويكون ما يتناحه بينهما فيبيعانه ويؤديان الثمن ويكون ما حصل من الربح بينهما، وإذا أراد ذلك على الوجه الصحيح وكُلَّ كل منهما الآخر في الشراء فاشترى لهما وفي ذمتهما، وشركة المفاوضة^(٣٥٨) أيضاً باطلة وهي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجارة أو زراعة أو كسب آخر أو إرث أو وصية أو نحو ذلك مشتركاً بينهما، وكذا كل غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما، فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الأعيان المملوكة فعلاً وتسمى بشركة العنان.

مسألة ٢: لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة، صح وكانت الأجرة مقسمة عليهما بنسبة عملهما، ولا يضر الجهل بمقدار حصة كل منهما حين العقد لكفاية معلومية المجموع، ولا يكون من شركة الأعمال التي تكون باطلة بل من شركة الأموال، فهو كما لو استأجر كلاً منهما لعمل وأعطاهما شيئاً واحداً بازاء أجرتهما، ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما فإن احتمل التساوي حمل عليه لأصالة^(٣٥٩) عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر. وإن علم زيادة أحدهما على الآخر فيحتمل القرعة في المقدار الزائد، ويحتمل الصلح القهري.

(٣٥٥) لا يبدو وجود مانع في المشاركة في الديون والمنافع إذا سميت شركة عرفاً، بلى، المشهور عدم إمكان ذلك فلاحوط التفصي ببعض الوجوه المذكورة لاحقاً.

(٣٥٦) هذا هو المذكور عند الفقهاء، ولعلمهم وجدوا نصاً على ذلك، ولولا ذلك لأمكن القول بصحة كل شركة عقدية لا تتنافى مع أحكام الشريعة مثل النهي عن الغرر.

(٣٥٧) فيها ما في شركة الأبدان، والمعيار عندنا أن كل حق لشخص يمكن أن يقع طرفاً لعقد الشركة كما لعقد الصلح وغيره من العقود المالية إلا مع الغرر المنهي عنه.

(٣٥٨) فيه ما في سابقه والاحوط ما جاء في المتن.

(٣٥٩) لا اصل في ذلك بل المرجع، إن لم يكن ظاهر في البين، التصالح.

مسألة ٣: لو اقتلعا شجرة، أو اغترفا ماءً بآنية واحدة، أو نصبا معاً شبكة للصيد، أو أحيا أرضاً معاً، فإن ملك كل منهما نصف منفعته بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوي، وإلا فلكل (٣٦٠) منهما بنسبة عمله ولو بحسب القوة والضعف، ولو اشتبه الحال فكالمسألة السابقة (٣٦١)، وربما يحتمل التساوي مطلقاً لصدق اتحاد فعلهما في السببية واندراجهما في قوله: "من حاز ملك"، وهو كما ترى.

مسألة ٤: يشترط على ما هو ظاهر كلما تم في الشركة العقدية - مضافاً إلى الإيجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس أو سفه - إمتزاج المالكين سابقاً على العقد أو لاحقاً بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر من النقود كانا أو من العروض، بل اشترط جماعة إتحادهما في الجنس والوصف، والأظهر عدم اعتباره بل يكفي الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه أو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر، بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير، وذلك للعمومات العامة كقوله تعالى: "أوفوا بالعقود" وقوله عليه السلام: "المؤمنون عند شروطهم" وغيرهما، بل لو لا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً عملاً بالعمومات، ودعوى عدم كفايتها لإثبات ذلك كما ترى، لكن الأحوط مع ذلك أن يبيع كل منهما حصة مما هو له بحصة مما للآخر أو يهبها كل منهما للآخر أو نحو ذلك في غير صورة الامتزاج الذي هو المتيقن، هذا وكفي في الإيجاب والقبول كل ما دل على الشركة من قول أو فعل .

مسألة ٥: يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوي المالكين، ومع زيادة فبنسبة الزيادة رجحاً وخسراناً، سواء كان العمل (٣٦٢) من أحدهما أو منهما، مع التساوي فيه أو الاختلاف، أو من متبرع أو أجير. هذا مع الإطلاق، ولو شرطاً في العقد زيادة لأحدهما فإن كان للعامل منهما أو لمن عمله أزيد فلا إشكال ولا خلاف على الظاهر عندهم في صحته، أما لو شرطاً لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففي صحة الشرط والعقد، وبطلانهما، وصحة العقد وبطلان الشرط فيكون كصورة الإطلاق، أقوال أفواها الأولى (٣٦٣)، وكذا لو شرطاً كون الخسارة على أحدهما أزيد، وذلك لعموم "المؤمنون عند شروطهم"، ودعوى أنه مخالف لمقتضى العقد كما ترى، نعم هو مخالف لمقتضى إطلاقه، والقول بأن جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة بل هو أكل بالباطل كما

(٣٦٠) إلا إذا كان كل ذلك بنية الشركة في العمل على القول بصحته وبشرط وجود عقد شرعي وعدم وجود غرر منهني.

(٣٦١) حسبما ذكرنا فيها من التعليق.

(٣٦٢) إن لم يكن العمل مؤثراً في الربح كثيراً، وإلا فالمسألة من صغريات الاختلاف في الربح ولو اشترط التساوي فيه مع عمل أحدهم وحمول الثاني إلا بقدر لا يؤثر كثيراً في الربح عرفاً.

(٣٦٣) فيه تأمل، والظاهر انه الثالث إلا إذا كان الشرط محور المعاملة، كما هو الغالب في مثل ذلك، فالعقد كله باطل وهو الوجه الثاني. نعم، إذا كان هناك وجه وجيه لمثل هذا الشرط، مثلاً إذا كان الشريك ممن يطلب وجاهته عند الناس أو عند الله فالقول الأول هو الأظهر. والمعيار في ذلك أن يعتبر العرف هذه الشركة مقبولة فلا يكون الشرط مخالفاً لحقيقة عقد الشركة أو أكلاً للمال بالباطل .

ترى باطل، ودعوى أن العمل بالشرط غير لازم لأنه في عقد جائز^(٣٦٤)، مدفوعة أولاً: بأنه مشترك الورد إذ لازمه عدم وجوب الوفاء به في صورة العمل أو زيادته وثانياً: بأن غاية الأمر جواز فسخ العقد فيسقط وجوب الوفاء بالشرط والمفروض في صورة عدم الفسخ فما لم يفسخ يجب الوفاء به، وليس معنى الفسخ حل العقد من الأول بل من حينه فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين. هذا ولو شرطاً تمام الربح لأحدهما بطل العقد لأنه خلاف مقتضاه. نعم لو شرطاً كون تمام الخسارة على أحدهما فالظاهر صحته لعدم كونه منافياً^(٣٦٥).

مسألة ٦: إذا اشترط في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما فهو المتبع ولا يجوز التعدي، وإن أطلقا لم يجوز لواحد منهما التصرف إلا بإذن الآخر، ومع الإذن بعد العقد أو الاشتراط فيه، فإن كان مقيداً بنوع خاص من التجارة لم يجوز التعدي عنه وكذا مع تعيين كيفية خاصة، وإن كان مطلقاً فاللازم الاقتصار على المتعارف من حيث النوع والكيفية، ويكون حال المأذون حال العامل في المضاربة، فلا يجوز^(٣٦٦) البيع بالنسيئة بل ولا الشراء بها ولا يجوز السفر بالمال، وإن تعدى عما عين له أو عن المتعارف ضمن الخسارة والتلف ولكن يبقى الإذن بعد التعدي أيضاً إذ لا ينافي الضمان بقاءه، والأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظة المصلحة وإن كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة^(٣٦٧).

مسألة ٧: العامل أمين فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعد.

مسألة ٨: عقد الشركة من العقود الجائزة فيجوز^(٣٦٨) لكل من الشريكين فسخه، لا بمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الأول أو من حينه بحيث تبطل الشركة، إذ هي باقية ما لم تحصل القسمة، بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الإذن في التصرف الذي بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة، أو بمعنى مطالبة القسمة، وإذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر فيما لو كان كل منهما مأذوناً لم يجوز التصرف للآخر ويبقى الجواز بالنسبة إلى الأول، وإذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجوز لواحد منهما، وبمطالبة القسمة يجب القبول على الآخر، وإذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زيادة في الربح أو نقصان

(٣٦٤) في كون عقد الشركة عقد جائز تفصيل يأتي .

(٣٦٥) فيه تأمل كما سبق، إلا أن تكون هناك من الملابس المعاملية ما يجعل العرف يعتبر الشركة عقداً عرفياً وعند الشك لا يجوز التمسك بعموم إطلاق الشركة عليه..

(٣٦٦) الأفضل في مثل هذه الأمور أن نوكل الأمر إلى العرف الخاص بكل معاملة ومنطقة .

(٣٦٧) إذا كان في ذات إجراء العقد مصلحة مثل عدم الركود وعدم إلحاق الأذى بالسمة الطيبة للشركة وما أشبهه.

(٣٦٨) الشركة عقد معروف وعند الإطلاق يرجع فيه إلى المحددات العرفية له وهي - كعقد - جائزة إلا إذا كانت محددة بمدة معينة فالظاهر إن العرف يرى أنها لازمة إلى انقضاء تلك المدة، وهكذا إذا كانت محددة بانتهاء عمل مثل شركة نقل المسافرين إلى الحج فهي محددة بانتهاء مهمتها، وعند فسخها فإن العقد ومستلزماته المختلفة ينتهي، وأما ما يبقى قبل القسمة فإنه ليست الشركة العقدية بل الشركة المزجية (اختلاط الأموال) ومستلزماتها مختلفة.

في الخسارة يمكن الفسخ، بمعنى إبطال هذا القرار، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالكين على ما هو مقتضى إطلاق الشركة.

مسألة ٩: لو ذكر في عقد الشركة أجلاً لا يلزم، فيجوز^(٣٦٩) لكل منهما الرجوع قبل انقضائه إلا أن يكون مشروطاً في ضمن عقد لازم فيكون لازماً.

مسألة ١٠: لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط في الحفظ فأنكر عليه الحلف مع عدم البينة.

مسألة ١١: إذا ادعى العامل التلف، قبل قوله مع اليمين لأنه أمين.

مسألة ١٢: تبطل الشركة بالموت^(٣٧٠) والجنون والإغماء^(٣٧١) والحجر بالفلس أو السفه بمعنى أنه لا يجوز للآخر التصرف. وأما أصل الشركة فهي باقية^(٣٧٢)، نعم يبطل أيضاً ما قرراه من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة إلى ماله أو نقصان الخسارة كذلك، وإذا تبين بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله محكمة بالصحة ويكون الربح على نسبة المالكين لكفاية المفروض حصوله.

نعم لو كان مقيداً بالصحة تكون كلها فضولياً بالنسبة إلى من يكون إذنه مقيداً، ولكل منهما أجرة مثل عمله بالنسبة إلى حصة الآخر إذا كان العمل منهما، وإن كان من أحدهما فله أجرة مثل عمله^(٣٧٣).

مسألة ١٣: إذا اشترى أحدهما متاعاً وأدعى أنه اشتراه لنفسه وأدعى الآخر أنه اشتراه بالشركة فمع عدم البينة القول قوله مع اليمين لأنه أعرف بنيته، كما أنه كذلك لو ادعى أنه اشتراه بالشركة وقال الآخر إنه اشتراه لنفسه فإنه يقدم قوله أيضاً لأنه أعرف ولأنه أمين.

فصل في القسمة

^(٣٦٩) فيه إشكال، إذ إن جواز عقد الشركة ليس من حقيقته بل من مقتضياته، فإذا حدده الطرفان بمدة واشترطوا الإلتزام به إلى انقضائها كان عليهما ذلك وفاءً بالعقد والشرط، ولا يلزم أن يكون ذلك ضمن عقد لازم.

^(٣٧٠) إذا مات أحد الشركاء فإن عضويته في الشركة تنعدم إلا إذا شرط عليه سائر الأعضاء الاستمرار بعد موته، فهنا حقان: حق الشركاء في قبول أو رفض الورثة كأعضاء فيها وقد تنازلوا عنه لهم، وحق الورثة في قبول أو رفض الشركة ويبدو أن قبول المورث بهذا الشرط جعل المال ينتقل إليهم مسلوباً من حق الفسخ من الشركة كما لو أن المورث قد أجر ماله لمدة .. أو وهب التصرف فيه لمدة معينة أو وقف أو حبس أو ما أشبه ولكن مع ذلك لا يترك الاحتياط في مثل ذلك بالتصالح.

^(٣٧١) في الإغماء الموقت تردد.

^(٣٧٢) إذا فسخت الشركة العقدية فإن آثارها وشروطها وما أشبه كلها تلاشى، وأما الشركة القائمة قبل القسمة بسبب إمتزاج الأموال فهي باقية وآثارها وما ذكر في المتن من آثارها.

^(٣٧٣) إذا كانت له أجرة عرفية، ولا بد من مراجعة جزئيات كثيرة عند بطلان الشركة أو فسخها وهي من صلاحيات القضاء .

وهي: تعيين حصة الشركاء بعضها عن بعض، وليست ببيع ولا صلح ولا معاوضة وإن اشتملت على الرد، فليس فيها الشفعة ولا خيار المجلس ولا خيار الحيوان ولا يدخلها الربا وإن عممناها لجميع المعاوضات، بل تكون أمراً مستقلاً بنفسها.

مسألة ١: يشترط فيها الرضا في تعيين الحصة في الشركة الاشاعية حتى في قسمة الإجماع، ولو لم يتراضيا يتعين القرعة، وإذا كانت الشركة بنحو الكلي في المعين فالتعيين باختيار من وجب عليه الدفع كالباع في البيع، والمتولي في الوقف، والمالك في الزكاة والخمس، ويمكن أن يصير الكلي في المعين من الإشاعة فيعتبر رضاه الجميع حينئذ.

مسألة ٢: يجوز تصدي الشريكين للقسمة بنفسهما أو بوكيلهما ولو كان أحدهما عن الآخر، ولا يعتبر في الوكيل الإيمان والعدالة بل ولا البلوغ، وكفي الوثوق والمعرفة بكيفية القسمة.

مسألة ٣: لو احتاجت الوكالة فيها إلى أجره تكون عليهما، وكذا لو احتاجت القسمة إليها ولو بدون الوكالة.

مسألة ٤: لا يحتاج أصل القسمة إلى القرعة، وتحقق بدونها مع التراضي أيضاً، نعم لو توقف رفع التنازع عليها لابد من القرعة حينئذ، وإن كان الأحوط القرعة مطلقاً.

مسألة ٥: لا بأس بقسمة بعض المال المشترك وإبقاء بعضه على الاشتراك، وكذا يجوز مع تعدد الشركاء إفراز حصة بعضهم وإبقاء حصة الباقيين على الاشتراك.

مسألة ٦: لابد في القسمة من تعديل السهام، وهو أقسام ثلاثة:

الأول: أن تكون القسمة بحسب الأجزاء كيلاً أو وزناً أو عدداً أو مساحة وتسمى "قسمة الإفراز" وهي جارية في المثليات مطلقاً - كالحبوب والادهان والخل والألبان ونحوها - وكذا في القيميات المتساوية الأجزاء - كجملة كثيرة من المزروعات، والكثير مما يخرج من معمل واحد بقالب واحد - وكذا في الأراضي المتساوية الأجزاء.

الثاني: أن تكون القسمة بحسب القيمة والمالية، كجملة القيميات إذا تعددت مثل الجواهر والأنعام والأشجار إذا تساوى بعضها مع بعض من حيث القيمة، ويسمى ذلك: "قسمة التعديل" كما إذا اشترك إثنان في ثلاثة أغنام مثلاً، قد ساوى قيمة أحدهما مع إثنين منها، فيعدل ذلك ويجعل الواحد سهماً وإثنان سهماً آخر.

الثالث: ما تسمى بـ "قسمة الرد" وهي ما إذا احتاجت القسمة إلى ضم مقدار من المال إلى بعض السهام ليعادل السهم الآخر، كما إذا كان بين إثنين شيئان قيمة أحدهما خمسة دنانير والآخر أربعة دنانير فإذا ضم الأول إلى الثاني نصف دينار ساوى مع الأول.

مسألة ٧: الأموال المشتركة قد لا تجزي فيها إلا قسمة الإفراز وهو فيما إذا كان من جنس واحد من المثليات، كما إذا اشترك إثنان أو أزيد في وزنة حنطة، وقد تتعين فيها قسمة التعديل، كما إذا اشترك

إثنان في ثلاثة أغنام قد ساوى أحدهم مع إثنين منهم بحسب القيمة، وقد تتعين قسمة الرد كما إذا كان بين إثنين غنمان قيمة أحدهما خمسة دنانير والآخر أربعة، وقد تجري قسمة الإفراز والتعديل معاً وذلك فيما إذا اشترك إثنان في جنسين مثليين مختلفي القيمة والمقدار، وكانت قيمة أقلهما مساوية لقيمة أكثرهما، كما إذا كان بين اثنين وزنة من حنطة ووزنتان من شعير وكانت قيمة وزنة من حنطة مساوية لقيمة وزنتين من شعير، فإذا قسم المجموع بجعل الحنطة سهماً يكون من قسمة التعديل وإذا قسم كل منهما منفرداً يكون من قسمة إفرازه، وقد تجري فيها قسمة الإفراز والرد معاً كما في المثال السابق إذا فرض كون قيمة الحنطة خمسة عشر درهماً وقيمة الشعير عشرة، وقد تجري فيها قسمة التعديل مع قسمة الرد كما إذا كان بينهما ثلاثة أغنام أحدها يقوم بعشرة دنانير وإثنان منها كل منهما بخمسة، فيمكن أن يجعل الأول سهماً والآخران سهماً فتكون من قسمة التعديل، وأن يجعل الأول مع واحد من الآخرين سهماً والآخر منهما مع عشرة دنانير سهماً فتكون من قسمة الرد، وقد تجري فيها كل من قسمتي الإفراز والرد، كما إذا كان بينهما وزنة حنطة كانت قيمتها إثني عشر درهماً مع وزنة شعير قيمتها عشرة، فيمكن قسمة الإفراز بتقسيم كل منهما منفرداً وقسمة الرد بجعل الحنطة سهماً والشعير مع درهين سهماً.

وقد تجري الأقسام الثلاثة كما إذا اشترك إثنان في وزنة حنطة قيمتها عشرة دراهم مع وزنة شعير قيمتها خمسة ووزنة حمص قيمتها خمسة عشر، فإذا قسمت كل منها بانفرادها كانت قسمة إفراز، وإن جعلت الحنطة مع الشعير سهماً والحنطة مع عشرة دراهم سهماً كانت قسمة الرد، ولا إشكال في صحة الجميع مع التراضي، وأما قسمة الرد مع إمكان غيرها فقد يشكل في صحتها بعد التراضي، وقالوا: يحتاج بعد ذلك إلى صلح أو هبة، والإشكال ضعيف وإن كان الاحوط التراضي بالصلح أو الهبة .

مسألة ٨: لا يعتبر في القسمة تعيين مقدار السهام بعد أن كانت معدلة، فلو كانت صبرة من حنطة مجهولة الوزن بين ثلاثة أقسام معدلة بمكيال مجهول المقدار، أو كانت بينهم عرصمة متساوية الأجزاء فجعلت ثلاثة أجزاء متساوية بخشبة أو جبل لا يدري كمية ذراعها صحت القسمة.

مسألة ٩: إذا طلب أحد الشريكين القسمة بأحد أقسامها ليس للآخر الامتناع عنها، ومع الامتناع يجبر عليها. نعم، لو استلزمت القسمة ضرراً على الشريك الآخر لا تصح القسمة إلا برضاه، فإذا كان المال المشترك مما لا يمكن فيه إلا قسمة الإفراز أو التعديل من دون ضرر في البين أجبر الممتنع، كما إذا كان شريكين في أنواع متساوية الأجزاء - كالحنطة والشعير والتمر والزبيب - وطلب أحدهما قسمة كل نوع بانفراده قسمة الإفراز أجبر الممتنع، وكذا إن طلب قسمتها بالتعديل ما لم يكن ضرر في البين، وإن كان الأحوط التراضي في الأخير، وكذا الكلام في الأرض والدار والدكان ونحوها إذا كانت متساوية الأجزاء فيجري فيها قسمة الرد والتعديل ويجبر الممتنع مع عدم الضرر.

مسألة ١٠: الدار ذات العلو والسفل المشتركة لا بد من قسمتها بحيث لا يتضرر أحد الشركاء لا من حيث قرار البناء ولا من حيث الهواء بحسب نظر الثقة من أهل الخبرة بهذه الأمور بأي نحو رأوا ذلك، فإن تراضوا بذلك وإلا يجبر الممتنع مع عدم ضرر في البين، وكذا في دار ذات بيوت، أو خان ذات حجر بين الشركاء، وطلب بعض الشركاء القسمة أجبر الباقيون مع عدم الضرر .

مسألة ١١: إذا كانت بين الشركاء أرض مشتملة على نخيل وأشجار فقسمتها بما فيها بالتعديل تكون قسمة إجبار، فإذا طلبها أحد الشركاء يجبر الآخر إن لم يكن ضرر في البين.

مسألة ١٢: إذا كانت بين الشركاء أرض مزروعة يجوز قسمة كل من الأرض والزرع -قصيلاً كان أو سنبلاً- على حدة وتكون القسمة قسمة إجبار. وأما قسمتهما معاً فهي قسمة تراضٍ لا يجبر الممتنع عليها إلا إذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر فيها فيجبر عليها، هذا إذا كان الزرع قصيلاً أو سنبلاً، وأما إذا كان حباً مدفوناً أو مخضراً في الجملة ولم يكمل نباته فلا إشكال في قسمة الأرض وحدها وبقاء الزرع على إشاعته، كما أنه لا يجوز قسمة الزرع مستقلاً^(٣٧٤) نعم يجوز قسمة الأرض بزرعها بحيث يجعل الزرع من توابعها، ولكن الأحوط قسمة الأرض وحدها والتصالح والتراضي بالنسبة إلى الزرع.

مسألة ١٣: لو كانت بين الشركاء دكاكين متعددة -متجاورة أو منفصلة- فإن أمكن قسمة كل منها بانفراده وطلبها بعض الشركاء، وطلب بعضهم قسمة بعضها في بعض بالتعديل لكي يتعين حصة كل منهم في دكان تام أو أزيد، يقدم ما طلبه الأول^(٣٧٥) مع عدم الضرر وحينئذ فيجبر البعض الآخر. نعم إذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر في النحو الثاني يجبر الأول.

مسألة ١٤: لو كان بين الشركاء مالا تقبل القسمة الخالية عن الضرر كالحمام ونحوها لم يجبر الممتنع، نعم لو أمكن تدارك الضرر بوجه صحيح عربي يجبر حينئذ.

مسألة ١٥: لو كانت حصة أحد الشركاء العُشر مثلاً، وهو لا يصلح للانتفاع بها ويتضرر بالقسمة دون باقي الشركاء، فلو طلب هو القسمة لغرض صحيح يجبر البقية ولم يجبر هو لو طلبها الآخرون.

مسألة ١٦: المرجع في تحقق الضرر متعارف أهل الخبرة، فيكفي فيه نقصان في العين أو في القيمة بسبب القسمة بما لا يتسامح فيه عادة بالنسبة إلى المال المقسوم، وإن لم يسقط المال عن قابلية الانتفاع بالمرة.

مسألة ١٧: لا بد في القسمة من تعديل السهام ثم القرعة، أما كيفية التعديل فإن كانت حصص الشركاء متساوية -كما إذا كانوا إثنين ولكل منهما نصف أو ثلاثة ولكل منهم ثلث وهكذا- يعدل السهام بعدد الرؤوس، فيجعل سهمين متساويين إن كانوا إثنين، وثلاثة أسهم متساويين إن كانوا ثلاثة وهكذا، ويعلم كل سهم بعلامة تميزه عن غيره، فإذا كانت قطعة أرض متساوية الأجزاء بين ثلاثة مثلاً،

(٣٧٤) إذا كان فيه غرر وجهالة.

(٣٧٥) فيه تأمل والأحوط التراضي عند التشاح في طريقة القسمة.

تجعل ثلاث قطع متساوية بحسب المساحة ويميز بينها (فتجعل) إحداها الأولى والأخرى الثانية والثالثة والثالثة، وإذا كانت دار مشتملة على بيوت بين أربعة مثلاً، تجعل أربعة أجزاء متساوية بحسب القيمة وتميز كل منها بـمميز، كالقطعة الشرقية والغربية والشمالية والجنوبية المحدودات بحدود كذا، وإن كانت الحصص متفاوتة - كما إذا كان المال بين ثلاثة سدس وعمرو وثلاث لزيد ونصف لبكر - يجعل السهام على أقل الحصص، ففي المثال تجعل السهام ستة معلّمة كل منها بعلامة كما مر.

وأما كيفية القرعة، ففي الأول - وهو فيما إذا كانت الحصص متساوية - تؤخذ رقاع بعدد رؤوس الشركاء، رقتان إذا كانوا إثنين وثلاث إن كانوا ثلاثة وهكذا، ويتخير بين أن يكتب عليها أسماء الشركاء على إحداها زيد وأخرى عمرو وثالثة بكر مثلاً، أو أسماء السهام على إحداها أول وعلى أخرى ثاني وعلى الأخرى ثالث مثلاً، ثم تشوش وتستر ويؤم من لم يشاهدها فيخرج واحدة واحدة، فإن كتب عليها اسم الشركاء يعين السهم الأول ويخرج رقعة باسم ذلك السهم قاصدين أن يكون هذا السهم لكل من خرج اسمه، فكل من خرج اسمه يكون ذلك السهم له ثم يعين السهم الثاني، ويخرج رقعة أخرى لذلك السهم فكل من خرج اسمه كان السهم له، وهكذا وإن كتب عليها اسم السهام يعين أحد الشركاء ويخرج رقعة، فكل سهم خرج اسمه كان ذلك السهم له، ثم يخرج رقعة أخرى لشخص آخر وهكذا، وأما في الثاني - وهو ما كانت الحصص متفاوتة كما في المثال المتقدم الذي قد تقدم أنه يجعل السهام على أقل الحصص وهو السدس - يتعين فيه أن يؤخذ الرقاع بعدد الرؤوس، يكتب مثلاً على إحداها زيد وعلى الأخرى عمرو وعلى الثالثة بكر وتستر كما مر، ويقصد أن كل من خرج اسمه على سهم كان له ذلك مع ما يليه بما يكمل تمام حصته، ثم يخرج إحداها على السهم الأول فإن كان عليها اسم صاحب السدس تعين له، ثم يخرج أخرى على السهم الثاني فإن كان عليها اسم صاحب الثلث كان الثاني والثالث له، ويبقى الرابع والخامس والسادس لصاحب النصف ولا يحتاج إلى إخراج الثالثة، وإن كان عليها اسم صاحب النصف كان له الثاني والثالث والرابع ويبقى الأخيران لصاحب الثلث، وإن كان ما خرج على السهم الأول صاحب الثلث كان الأول والثاني له، ثم يخرج أخرى على السهم الثالث فإن خرج اسم صاحب السدس كان ذلك على السهم الثالث فإن خرج اسم صاحب السدس كان ذلك له، ويبقى الثلاثة الأخيرة لصاحب النصف، وإن خرج صاحب النصف كان الثالث والرابع والخامس له ويبقى السادس لصاحب السدس، وقس على ذلك غيرها.

مسألة ١٨: الظاهر إنه ليست للقرعة كيفية خاصة، وإنما يكون كقيمتها منوطة بمواضع القاسم والمتقاسمين بإنابة التعيين بأمر ليس لإرادة المخلوق مدخلية مفوضاً للأمر إلى الخالق جل شأنه، سواء كان بكتابة رقاع أو إعلام علامة في حصاة أو نواة أو ورق أو خشب أو غير ذلك.

مسألة ١٩: الأقوى إنه إذا بنوا على التقسيم وعدلوا السهام وأوقعوا القرعة قد تمت القسمة ولا يحتاج إلى تراصٍ آخر بعدها، فضلاً عن إنشائه وإن كان هو الأحوط في قسمة الرد.

مسألة ٢٠: إذا طلب بعض الشركاء المهالبة في الانتفاع بالعين المشتركة، إما بحسب الزمان بأن يسكن هذا في شهر وذاك في شهر مثلاً، وإما بحسب الأجزاء بأن يسكن هذا في الفوقاني وذاك في التحتاني مثلاً لم يلزم^(٣٧٦) على شريكه القبول ولم يجبر إذا امتنع.

نعم يصح مع التراضي لكن ليس بلازم^(٣٧٧) فيجوز لكل منهما الرجوع، هذا في شركة الأعيان وأما في شركة المنافع فينحصر إفرازها بالمهالبة لكنها فيها أيضاً غير لازمة^(٣٧٨) نعم لو حكم الحاكم الشرعي بها في مورد لأجل حسم النزاع والجدال يجبر الممتنع وتلزم.

مسألة ٢١: القسمة في الأعيان إذا وقعت وتمت لزممت وليس لأحد من الشركاء إبطالها وفسخها، بل ليس لهم فسخها وإبطالها بعنوان الإقالة^(٣٧٩) نعم يجوز التبادل بعنوان البيع كما يجوز تغيير القسمة في ضمن عقد لازم.

مسألة ٢٢: لا تشرع القسمة في الديون المشتركة، فإذا كان لزيد وعمرو معاً ديون على الناس بسبب يوجب الشركة كالإرث، فأرادا تقسيمها قبل إستيفائها فعدلا بين الديون وجعلوا ما على الحاضر مثلاً لأحدهما وما على البادي لأحدهما، لم يفرز بل تبقى إشاعتها فكل ما حصل كل منهما يكون لهما وكل ما يبقى على الناس يكون بينهما. نعم، لو اشتركا في دين على أحد واستوفى أحدهما حصته بأن قصد كل من الدائن والمديون أن يكون ما يأخذه وفاء وأداء لخصته من الدين المشترك، الظاهر تعيينه له وبقاء حصة الشريك في ذمة المديون.

مسألة ٢٣: لو ادعى أحد الشريكين الغلط في القسمة أو عدم التعديل فيها وأنكر الآخر، لا تسمع دعواه إلا بالبينة، فإن أقامها على دعواه نقضت القسمة واحتاج إلى قسمة جديدة، وإن لم يكن بينة كان له إحلاف الشريك.

مسألة ٢٤: إذا قسم الشريكان، فصار في حصة هذا بيت وفي حصة الآخر بيت آخر، وقد كان يجري ماء أحدهما على الآخر لم يكن للثاني منعه إلا إذا اشترطا حين القسمة رد الماء عنه، ومثل ذلك لو كان مسلك البيت الواقع لأحدهما في نصيب الآخر من الدار.

مسألة ٢٥: لا يجوز قسمة الوقف بين الموقوف عليهم إلا إذا وقع تشاح بينهم مؤدياً إلى خرابه لا يرتفع غائلته إلا بالقسمة^(٣٨٠) نعم يصح قسمة الوقف عن الطلق، بأن كان ملك واحد نصفه المشاع وفقاً ونصفه ملكاً، بل الظاهر جواز قسمة وقف عن وقف وهو فيما إذا كان ملك بين اثنين فوقف

(٣٧٦) إلا إذا انحصر استيفاء حقه بذلك فيجبر الثاني عليه.

(٣٧٧) إلا إذا كان ذلك ضمن عقد لازم بل حتى إذا تعاهدا عليه لمدة معينة يحتمل أن يشمل إطلاقات الوفاء بالعقد والعهد.

(٣٧٨) إلا إذا كان بحكم العقد فيحتمل قوياً لزومه عملاً بالوفاء بالعقود.

(٣٧٩) فيه نظر.

(٣٨٠) حسب تفصيل ذكر في كتاب البيع.

أحدهما حصته على ذريته مثلاً والآخر حصته على ذريته، فيجوز إفراد أحدهما عن الآخر بالقسمة، والمتصدي لذلك الموجودون من الموقوف عليهم وولي البطون اللاحقة.

مسألة ٢٦: لو تحققت القسمة بين الشركاء ثم ظهر شريك آخر وكانت شركته بنحو الإشاعة تبطل القسمة، ولو ظهر بعد القسمة كون بعض المقسوم مستحقاً للغير وكان معيناً في حصة أحد الشريكين بطلت القسمة، ولو كان ذلك مشاعاً في حصص الشركاء بالسوية تصح القسمة، ولو قسم الورثة تركة مورثهم ثم ظهر على الميت دين، فإن أدوا الدين من غير الإرث تصح القسمة وإلا فيباع من التركة ما يفي بالدين.

مسألة ٢٧: تجري الفضولية في القسمة بأن يقسم مال الشركاء شخص أجنبي فأجازوا قسمته.

مسألة ٢٨: لو نهي الوالد أولاده عن قسمة أموالهم وخالفوا وقسموا المال ففي بطلان القسمة وجهان^(٣٨١).

مسألة ٢٩: تبقى الشركة بين أربابها ما لم يقسم المال، ولو كان عدم التقسيم لأجل مانع من الخوف من الظالم أو نحوه، ولو أجبر الظالم الشركاء على القسمة فاقسموا بينهم فمع تحقق طيب النفس بما تصح، ومع عدمه تبقى الشركة بحالها.

مسألة ٣٠: تجري القسمة في مثل المكائن والسيارات ونحوها لو كانت متعددة، وأما لو انفردت وكانت مشتركة بين اثنين أو أكثر فتنحصر القسمة بالمهاياة^(٣٨٢) حينئذ.

كتاب الكفالة

وهي التعهد^(٣٨٣) والالتزام بإحضار نفس لمن له الحق متى طلبه.

مسألة ١: الكفالة عقد واقع بين الكفيل وصاحب الحق - وهو المكفول له - ويشترط فيها أمور:
الأول: الإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له.

مسألة ٢: يكفي^(٣٨٤) في الإيجاب كل لفظ ظاهر في التعهد المزبور كأن يقول: "كفلت لك نفس فلان" أو "أنا كفيل لك بإحضاره" ونحو ذلك، وفي القبول كل ما هو ظاهر في الرضاء بذلك.

الثاني: يعتبر في الكفيل الشرائط العامة - كالبلوغ والعقل والاختيار - والتمكن^(٣٨٥) من الإحضار.

مسألة ٣: لا يشترط في المكفول له البلوغ والعقل فتصح الكفالة للصبي والمجنون إن قبلها الولي^(٣٨٦).

(٣٨١) والوجه عدم البطلان .

(٣٨٢) أو قسمة التعديل والرد حسب الأشياء.

(٣٨٣) وهي عقد يتعهد طرف بموجبه للطرف الثاني بإحضار نفس عليها حق له.

(٣٨٤) ويكفي فيه كل مظهر مثل الكتابة والإشارة الواضحة وحتى العمل المعاطاتي إن كان ممكناً.

(٣٨٥) أو أداء ما يتفقان عليه إن لم يحضره.

(٣٨٦) ولكن العقد لا يقع معهما بل مع وليهما فالشروط قائمة في طريقي العقد.

الثالث: رضاء الكفيل والمكفول له بلا إشكال، وكذا المكفول على الأحوط^(٣٨٧) بل ينبغي الاحتياط^(٣٨٨) في جعله طرفاً للعقد بأن يكون عقدها مركباً من إيجاب وقبولين من المكفول له والمكفول.

مسألة ٤: تصح الكفالة بإحضار من عليه حق مالي ولا يشترط^(٣٨٩) العلم بمبلغ ذلك المال. الرابع: أن يكون المال ثابتاً في الذمة بحيث يصح ضمانه ويكفي المعرضة العرفية للشبوت أيضاً فتصح بالنسبة إلى مال الجمالة بعد حصول السبب وإن لم يعمل العامل بعد.

مسألة ٥: تصح كفالة كل من يستحق عليه الحضور إلى مجلس الشرع بأن تكون عليه دعوى مسموعة وإن لم تقم البينة عليه بالحق، ولا تصح كفالة من عليه^(٣٩٠) عقوبة من حد أو تعزير. مسألة ٦: الكفالة على أقسام ثلاثة إما معجلة، أو مؤجلة فحينئذ يعتبر تعيين الأجل على وجه لا يختلف زيادة^(٣٩١) ونقصاً، أو مطلقة فتكون مثل الأول^(٣٩٢).

مسألة ٧: عقد الكفالة لازم لا يجوز فسخه إلا بالإقالة، ويجوز جعل الخيار فيه لكل من الكفيل والمكفول له مدة معينة.

مسألة ٨: يصح للمكفول له أن يطالب الكفيل إن كانت الكفالة مطلقة أو معجلة مع حلول الحق، وبعد الأجل إن كانت مؤجلة، فإن كان المكفول حاضراً وجب على الكفيل إحضاره، فإن أحضره وسلمه تسليمًا تاماً بحيث يتمكن المكفول له منه فقد برئ مما عليه.

مسألة ٩: لو امتنع الكفيل عن إحضار المكفول، فللمكفول له مطالبة حبسه عند الحاكم حتى يحضره أو يؤدي ما عليه^(٣٩٣).

^(٣٨٧) إن كان عقد الكفالة نوعاً من التسلط عليه فلا بد من رضاه، وإن كان مجرد استخدام سلطة الشرع والولاية عليه فلا. مثلاً المجرم الذي يتكفله قريبه لا يشترط رضاه لأن الكفيل لا يعدو أن يستخدم الحق العام في إحضاره وليس له عليه سلطة أخرى وإن كان اشتراط رضاه عموماً أولى.

^(٣٨٨) في حالة الحاجة إلى رضاه فالاحتياط لا يترك في جعله طرفاً للعقد.

^(٣٨٩) إن كان مقتضى العقد أداء الدين عند فرار المكفول فلا بد أن يكون معلوماً مبلغه بما يرفع الجهالة التي لا يقدم العقلاء عليها عادة، بلى لا يجب العلم بكل خصوصياته.

^(٣٩٠) بحيث يسبب في تعطيل إقامة الحدود أو حتى تأخيرها.

^(٣٩١) بحيث يسبب جهالة غررية فإن لم يسبب فلا بأس.

^(٣٩٢) أي تكون الكفالة معجلة، وذلك لأن الإطلاق في العقود يدل على ذلك، وفيه تأمل من أن ذلك يكون تابعاً للعرف فيها فإن كان يدل على العجلة كان كما قالوا وإلا كان حسب العرف.

^(٣٩٣) إن كانت الكفالة مالية كفى أداء المال، وإن كانت نفسية (هدفها إحضار النفس) لم يكتف بأداء المال، ولو كان له بدل إضطراري أي مثل الدية لمن وجب عليه القصاص، وبما أن خصوصيات الكفالة تختلف جداً من حيث ما على الكفيل من وقت الإحضار ومحلّه وما يلزم عند نكوله وما يلزم عند عدم قدرته وما أشبهه، فإن على الكفيل والمكفول له أن يتفقا سلفاً على كل الأمور التي تختلف بها الأغراض العقلانية ويسبب إهمالها جهالة وغرراً وتنازعاً فإن لم يفعلا فإن عقد الكفالة يكون مظنة البطلان لأنه عقد غرري.

مسألة ١٠: لو كان المكفول غائباً، فإن كان مكانه معلوماً يمكن الكفيل رده منه أمهل بقدر ذهابه ومحيطه، فإذا مضى قدر ذلك ولم يأت به من غير عذر حبس كما مر^(٣٩٤) وإن كان غائباً غيبية منقطعة لا يعرف موضعه وانقطع خبره، لم يكلف الكفيل إحضاره، وهل يلزم بأداء^(٣٩٥) ما عليه؟ الأقرب ذلك خصوصاً إذا كان بتفريط من الكفيل بأن طالبه المكفول له وكان متمكناً منه فلم يحضره حتى هرب. نعم، لو كان بحيث لا يرجى الظفر به بحسب العادة يشكل صحة الكفالة من أصلها^(٣٩٦).

مسألة ١١: إذا لم يحضر الكفيل المكفول فأخذ منه المال، فإن لم يأذن له المكفول لا في الكفالة ولا في الأداء ليس له الرجوع عليه بما أداه، وإذا أذن له الأداء كان له أن يرجع به عليه، سواء أذن له في الكفالة أيضاً أم لا، وإن أذن في الكفالة دون الأداء فإن كان إذنه فيها ملازماً عرفاً^(٣٩٧) للأداء يرجع إليه وإلا فلا.

مسألة ١٢: لو عين الكفيل في الكفالة مكان التسليم، تعين فلا يجب عليه تسليمه في غيره، ولو طلب ذلك المكفول له لم تجب إجابته، كما أنه لو سلمه في غير ما عين لم يجب على المكفول له تسلمه.

مسألة ١٣: لو أطلق عقد الكفالة ولم يعين مكان التسليم، فإن أوقعا العقد في بلد المكفول له أو بلد قراره انصرف إليه^(٣٩٨) وإن أوقعا في بركة أو بلد غربة لم يكن من قصده القرار والاستقرار فيه، فإن كانت قرينة على التعيين فهو بمنزله وإلا بطلت الكفالة من أصلها^(٣٩٩).

مسألة ١٤: يجب على الكفيل التوسل بكل وسيلة مشروعة لإحضار المكفول، حتى أنه لو احتاج إلى الاستعانة بشخص قاهر لم يكن فيها مفسدة أو مضرة دينية أو دنيوية لم يبعد وجوبها.

مسألة ١٥: لو كان المكفول غائباً واحتاج حمله إلى مؤونة فعلى المكفول نفسه، ولو صرفها الكفيل لا بعنوان التبرع، له أن يرجع بها عليه على إشكال في بعضها.

مسألة ١٦: ينحل عقد الكفالة بأمور:

الأول: لو برأ ذمة الكفيل بإحضار المكفول، أو حضوره وتسليم نفسه تسليماً تاماً.

(٣٩٤) أو أدى ما على المكفول.

(٣٩٥) إذا كان مقتضى العقد عرفاً أنه كفالة مالية بصورة مباشرة كما هو الظاهر من الكفالات اليوم أو كفالة مالية بدلاً عن الشخص كما هو الظاهر أيضاً في بعض الكفالات فالمرجع مقتضى العقد وإلا فلا دليل على التبدل إلى المال.

(٣٩٦) البحث في أن شرط الكفالة - كسائر العقود - القدرة والتمكن من الوفاء وعند انعدامها فإن الوفاء بما يصبح غير واجب، وهكذا إذا طرأت حالة العجز من دون أي إفراط أو تفريط من الكفيل فليس عليه شيء، وهذا مما لا ينبغي الشك فيه لأن المفهوم من التعهد بالمال هو مع القدرة على الوفاء وعدم الوفاء..

(٣٩٧) وهو الظاهر عادة .

(٣٩٨) إذا كان هناك انصراف عربي لموقع التسليم فهو، وإلا فالمرجع القضاء الذي ينظر في الأمر فيحكم بينهما بالقسط ولو بأن يكون التسليم في موقع وسط بين الموقعين والله العالم.

(٣٩٩) ولكن دون أن يتم ضياع حق المكفول له.

الثاني: لو أخذ المكفول له المكفول طوعاً أو كرهاً بحيث تمكن من استيفاء حقه أو إحضاره مجلس الحكم.

الثالث: ما إذا أبرأ المكفول له الحق الذي على المكفول.

الرابع: ما إذا رفع المكفول له يده عن الكفالة.

الخامس: ما إذا أدى المكفول حق المكفول له.

السادس: ما إذا مات الكفيل أو المكفول.

مسألة ١٧: لو مات المكفول له فالكفالة باقية وينتقل حق المكفول له إلى ورثته.

مسألة ١٨: لو نقل المكفول له الحق الذي على المكفول إلى غيره ببيع أو صلح أو حوالة بطلت الكفالة .

مسألة ١٩: من خلى غريباً من يد صاحبه قهراً وإجباراً ضمن إحضاره أو أداء ما عليه ، ولو خلى قاتلاً من يد ولي الدم لزمه إحضاره^(٤٠٠) أو إعطاء الدية وإن كان القتل عمداً.

مسألة ٢٠: يجوز ترامي الكفالات، بأن يكفل كفيل آخر ثم يكفل الكفيل كفيل آخر وهكذا، وحيث أن الكل فروع الكفالة الأولى وكل لاحق فرع سابقه، فلو أبرأ المستحق الكفيل الأول أو أحضر الأول المكفول الأول أو مات أحدهما برؤوا أجمع، ولو أبرأ المستحق بعض من توسط، برئ هو ومن بعده دون من قبله، وكذا لو مات برئ من كان فرعاً له.

مسألة ٢١: لو نهي الوالد ولده عن الكفالة فخالف وعصى وتكفل ولكن أحضر المكفول لدى المكفول له يترتب عليه الأثر، وكذا لو نذر أن لا يكفل شخصاً ينعقد نذره وتجب الكفارة مع المخالفة.

مسألة ٢٢: يجوز^(٤٠١) الكفالة مع العوض وغير العوض سواء كان العوض على المكفول أو المكفول له أو الأجنبي.

مسألة ٢٣: تجري الفضولية في الكفالة وتصح مع الإجازة اللاحقة كما تصح مع الإذن السابق.

مسألة ٢٤: يجوز كفالة المسلم عن الكافر وبالعكس وإن كان الأحوط ترك العكس.

مسألة ٢٥: لو تضرر^(٤٠٢) الكفيل بالكفالة فلا يجب على المكفول له تداركه إن لم يكن منه تسبب في البين.

مسألة ٢٦: يكره التعرض للكفالات وقد قال مولانا الصادق عليه السلام في خبر لبعض أصحابه: " مالك والكفالات أما إنها أهلكت القرون الأولى " وعنه عليه السلام: " الكفالة خسارة غرامة وندامة".

(٤٠٠) فإن لم يمكنه إحضاره فعليه الدية.

(٤٠١) شريطة عدم المنافاة مع حقيقة الكفالة كأن يجعل العوض بقدر الغرامة المالية مثلاً.

(٤٠٢) إذا كانت الكفالة بإذن المكفول فإنه ضامن لكافة الأضرار التي يتحملها الكفيل بالكفالة عرفاً.

مسألة ٢٧: يجوز اشتراط كل شرط سائغ في عقد الكفالة سواء كان للكفيل أو للمكفول له أو للجميع ويصح إشتراط أصل الكفالة إلى مدة معينة.

مسألة ٢٨: لو أنكر الكفيل الكفالة وادعاهما المكفول له فإن ثبت دعوى المدعي بحجة معتبرة يقبل قوله وإلا فيحلف المنكر على نفي الكفالة.

كتاب الدين والقرض

أحكام الدين

الدَّيْنُ هو (٤٠٣) المال الكلي الثابت في ذمة شخص لآخر بسبب من الأسباب، ويقال لمن اشتغلت ذمته "المديون" و "المدين" وللآخر "الدائن و" الغريم" ، وسببه إما الاقتراض ، أو أمور أخرى اختيارية، كجعله مبيعاً في السلم، أو ثمناً في النسيئة، أو أجره في الإجارة، أو صداقاً في النكاح، أو عوضاً في الخلع وغير ذلك، أو قهرية كما في موارد الضمانات ونفقة الزوجة الدائمة ونحو ذلك، وله أحكام مشتركة وأحكام مختصة بالقرض.

أحكام الدين

مسألة ١: الدين إما حال، وهو ما كان للدائن مطالبته واقتضاؤه، ويجب على المديون أدائه مع التمكن واليسار في كل وقت، وإما مؤجل فليس للدائن حق المطالبة، ولا يجب على المديون القضاء إلا بعد انقضاء المدة المضروبة وحلول الأجل. وتعيين الأجل تارة يجعل المتدائنين كما في السلم والنسيئة، وأخرى يجعل الشارع كالنجوم والأقواس المقررة في الدية كما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى.

مسألة ٢: إذا كان الدين حالاً، أو مؤجلاً وقد حل الأجل، فكما يجب على المديون المؤسر أدائه عند مطالبة الدائن كذلك يجب على الدائن أخذه (٤٠٤) وتسلمه إذا صار المديون بصدده أدائه وتفرغ ذمته، وأما الدين المؤجل قبل حلول أجله فلا إشكال في أنه ليس للدائن حق المطالبة، وإنما الإشكال في أنه

(٤٠٣) وقد يقال: أن الدَّيْنُ هو ما في عهدة الإنسان لغيره من مال أو حق.

(٤٠٤) قيل إن ذلك فنوى الفقهاء جميعاً، ولولا ذلك لكان فيه مجال للتأمل، إذ للإنسان الحق في أمواله وحقوقه باستيفائها أو تركها، بلى لو كان في ترك الاستيفاء ضرر على الآخرين، كان عليه حبره ولعل ذلك مراد المجمعين فتأمل.

هل يجب عليه القبول لو تبرع المديون بأدائه أم لا؟ وجهان بل قولان أقواهما الثاني إلا إذا علم بالقرائن أن التأجيل لمجرد إرفاق على المديون من دون أن يكون حقاً للدائن.

مسألة ٣: قد عرفت أنه إذا أدى المديون دينه الحال يجب على الدائن أخذه^(٤٠٥)، فإذا امتنع اجبره الحاكم لو التمس منه المديون، ولو تعذر إجباره أحضره عنده ومكّنه منه بحيث صار تحت يده وسلطانه عرفاً، وبه تفرغ ذمته، ولو تلف بعد ذلك فلا ضمان عليه وكان من مال الدائن، ولو تعذر عليه ذلك فله أن يسلمه إلى الحاكم وبه تفرغ ذمته، وهل يجب على الحاكم القبول؟ فيه تأمل وإشكال^(٤٠٦)، ولو لم يوجد الحاكم له أن يعين الدين في مال مخصوص ويعزله وبه تبرأ ذمته.

وليس عليه ضمان لو تلف من غير تفريط منه، هذا إذا كان الدائن حاضراً وامتنع من أخذه.
مسألة ٤: لو كان الدائن غائباً ولا يمكن إيصال المال إليه وأراد المديون تفرغ ذمته، أوصله إلى الحاكم عند وجوده، وفي وجوب القبول عليه الإشكال السابق، ولو لم يوجد الحاكم يبقى في ذمته إلى أن يوصله إلى الدائن أو من يقوم مقامه.

مسألة ٥: لو انقطع خبر الدائن بالمرّة وجب على المديون نية القضاء بالدين والوصية به عند الوفاة، وإن جهل خبره وقطع بموته وجب تسليمه إلى ورثته، ومع عدم معرفتهم أو مع عدم التمكن من الوصول إليهم يتصدق.

مسألة ٦: لو استقرض ولم ينو الأداء من حين الاقتراض، فهل يبطل أصل القرض حتى يكون تصرف المديون فيما استدانه حراماً أولاً؟ وجهان الظاهر هو الأول^(٤٠٧).

مسألة ٧: يجوز التبرع بأداء دين الغير حياً كان أو ميتاً، وبه تبرأ ذمته وإن كان بغير إذنه، بل وإن منعه ويجب^(٤٠٨) على من له الدين القبول كما في أدائه عن نفسه.

مسألة ٨: لا يتعين الدين فيما عينه المدين، ولا يصير ملكاً للدائن ما لم يقبضه، إلا إذا سقط اعتبار قبضه بسبب الامتناع كما مر، فلو كان عليه درهم وأخرج من كيسه درهماً ليدفعه إليه وفاء عما عليه وقبل وصوله بيده تلف كان من ماله، وبقي ما في ذمته على حاله.

مسألة ٩: يحل الدين المؤجل إذا مات المديون قبل حلول الأجل، ولو مات الدائن يبقى على حاله ينتظر ورثته إنقضاء الأجل، فلو كان الصداق مؤجلاً إلى مدة معينة ومات الزوج قبل حلوله استحقت

^(٤٠٥) وقد عرفت ما فيه، أما إذا امتنع فإنه يحل بينه وبين حقه، وهكذا تفرغ ذمته، والله العالم.

^(٤٠٦) الظاهر أنه من شؤون الحكم فعليه القبول.

^(٤٠٧) فيما إذا كانت العملية مجرد صورة القرض مثل ما يقوم به المختالون، وأما إذا كان بنوي القرض حقاً وكان نية عدم الأداء مثل الداعي وليس قيدياً، فقد يقال بصحة القرض ووجوب الأداء وجواز التصرف، والاحتياط لا يترك بعدم التصرف.

^(٤٠٨) فيه تأمل، لأن القبول شأن من شؤون المالك ولا دليل على وجوبه عليه من هذا الطريق.

الزوجة مطالبته بعد موته، بخلاف ما إذا ماتت الزوجة، فليس لورثتها المطالبة قبل انقضاء المدة، ولا يلحق بموت الزوج طلاقه، فلو طلقها يبقى صداقها^(٤٠٩) المؤجل على حاله.

مسألة ١٠: لا يلحق بموت المدينون تحجيره بسبب الفلوس، فلو كان عليه ديون حالة وديون مؤجلة يقسم ماله بين أرياب الديون الحالية، ولا يشاركهم أرياب المؤجلة.

مسألة ١١: لا يجوز بيع الدين بالدين فيما إذا كانا مؤجلين بأن كان العوضان كلاهما ديناً قبل البيع، كما إذا كان لأحدهما على الآخر طعام كوزنة من حنطة وللآخر عليه طعام آخر كوزنة من شعير فباع الشعير بالحنطة، أو كان لأحدهما على شخص طعام وللآخر على ذلك الشخص طعام آخر، فباع ما له على ذلك الشخص بما للآخر على ذلك الشخص، أو كان لأحدهما طعام على شخص وللآخر طعام على شخص آخر فبيع أحد الطعامين بالآخر، وأما إذا لم يكن العوضان كلاهما ديناً قبل البيع وإن صاراً معاً أو صار أحدهما ديناً بسبب البيع - كما إذا باع ماله في ذمة الآخر بثمن في ذمته نسيئة مثلاً - فله شقوق وصور كثيرة لا يسعها هذا المختصر.

مسألة ١٢: يجوز تعجيل الدين المؤجل بنقصان مع التراضي وهو الذي يسمى في الوقت الحاضر في لسان التجار بـ (النزول) ولا يجوز تأجيل الحال ولا زيادة أجل المؤجل بزيادة، نعم لا بأس بالاحتياط بجعل الزيادة المطلوبة في ثمن مبيع مثلاً ويجعل التأجيل والتأخير إلى أجل معين شرطاً على البائع، بأن يبيع الدائن من الدين مثلاً ما يسوى عشرة دراهم بخمسة عشر درهماً على أن لا يطالب المشتري عن الدين الذي عليه إلى وقت كذا، ومثله ما إذا باع المدينون من الدائن ما يكون قيمته خمسة عشر درهماً بعشرة شرطاً عليه تأخير الدين إلى وقت كذا^(٤١٠).

مسألة ١٣: لا يجوز قسمة الدين المشترك. فإذا كان لاثنين دين مشترك على ذمم متعددة - كما إذا باعاً عيناً مشتركة بينهما من أشخاص، أو كان لمورثهما دين على أشخاص فورثاه فجعلنا بعد التعديل ما في ذمة بعضهم لأحدهما وما في ذمة آخرين لآخر، لم يصح وبقي ما في الذمم على الاشتراك السابق، فكل ما استوفى منها يكون بينهما وكل ما توى وتلف يكون منهما، نعم الظاهر كما مر في كتاب الشركة أنه إذا كان لهما دين مشترك على أحد يجوز أن يستوفي أحدهما منه حصته، فيتعين له وتبقى حصة الآخر في ذمته، وهذا ليس من قسمة الدين في شيء.

مسألة ١٤: يجب على المدينون، عند حلول الدين ومطالبة الدائن، السعي في أدائه بكل وسيلة ولو يبيع سلعته ومتاعه وعقاره، أو مطالبة غريم له، أو إجارة أملاكه وغير ذلك، وهل يجب عليه التكسب

(٤٠٩) إلا إذا كانت هنالك قرينة عرفية بذلك وهي كذلك في الأغلب، حيث أن البعض يضع الصداق الغائب ضماناً للمرأة لكي لا تطلق أو إذا طلقت تكون مكفولة.

(٤١٠) شريطة أن يكون ذلك معاملة حقيقية وليست صورية مما يجعل الدين قد تأجل بربا وفائدة عند العرف.

اللائق بحاله من حيث الشرف والقدرة؟ وجهان بل قولان، أحوطهما ذلك خصوصاً فيما لا يحتاج إلى تكلف وفي من شغله التكسب بل وجوبه حينئذ قوي جداً. نعم يستثنى من ذلك بيع دار سكناه وثيابه المحتاج إليها ولو للتجمل ودابة ركوبه وخادمه إذا كان من أهلها واحتاج إليهما، بل وضروريات بيته من فراشه وغطائه وظروفه وإنائه لأكله وشربه وطبخه ولو لأضيافه مراعيّاً في ذلك كله مقدار الحاجة بحسب حاله وشرفه، وأنه بحيث لو كلف ببيعه لوقع في عسر وشدة وحزاة ومنقصة، وهذه كلها من مستثنيات الدين لا خصوص الدار والمركوب، بل لا يبعد أن يعد منها الكتب العلمية لأهلها بمقدار حاجته بحسب حاله ومرتبته.

مسألة ١٥: لو كانت دار سكناه أزيد عما يحتاجه، سكن ما احتاجه وباع ما فضل عن حاجته، أو باعها واشترى ما هو أدون مما يليق بحاله، وإذا كانت له دور متعددة واحتاج إليها سكنها لم يبيع شيئاً منها، وكذلك الحال في المركوب والثياب ونحوهما.

مسألة ١٦: لو كانت عنده دار موقوفة عليه تكفي لسكناه حسب حاله وشرفه، وله دار مملوكة فالأحوط^(٤١١) لو لم يكن الأقوى أن يبيع المملوكة ويكتفي بالموقوفة.

مسألة ١٧: إنما لا تباع دار السكنى في أداء الدين مادام المديون حياً، فلو مات ولم يترك غير دار سكناه تباع وتصرف في الدين.

مسألة ١٨: معنى كون الدار ونحوها من مستثنيات الدين أنه لا يجبر على بيعها لأجل أدائه، ولا يجب عليه ذلك، وأما لو رضي به لقضائه جاز للدائن أخذه، نعم ينبغي أن لا يرضى ببيع مسكنه، ولا يصير سبباً له وإن رضي هو به وأراد، كما في خبر عثمان ابن أبي زياد.

مسألة ١٩: لو كان عنده متاع أو سلعة أو عقار زائداً على المستثنيات لا تباع إلا بأقل من قيمتها يجب بيعها للدين^(٤١٢) عند حلوله ومطالبة صاحبه، ولا يجوز له التأخير وانتظار من يشتريها بالقيمة، نعم لو كان ما يشتري به أقل من قيمته بكثير جداً بحيث يعد بيعه به تضييعاً للمال وإتلافاً له لا يبعد عدم وجوب بيعه.

مسألة ٢٠: كما لا يجب على المعسر الأداء والقضاء، يحرم على الدائن إعساره بالمطالبة والاقتضاء بل يجب أن ينظره إلى اليسار، كما في جملة من الأخبار.

مسألة ٢١: مماثلة الدائن مع القدرة معصية كبيرة بل يجب عليه نية القضاء مع عدم القدرة بأن يكون من قصده الأداء عند القدرة.

مسألة ٢٢: لو امتنع المدين عن أداء الدين ولم يمكن إجباره يجوز للدائن المقاصة من ماله وأخذ مقدار دينه عنه، ولا يشترط في صحة المقاصة بعد تحقق موضوعها مراجعة الحاكم الشرعي.

(٤١١) إن لم يكن ذلك حرجاً عليه والمعيار أن يسمى موسراً وليس معسراً.

(٤١٢) شريطة ألا يلحق به ضرر معتد به، لأنه منفي لقاعدة لا ضرر.

مسألة ٢٣: إذا كان المدين حاضراً ولم يكن ممتنعاً ولكن لم يمكن إيصال الدين إلى الدائن لوجود مانع في البين وأمكن للدائن أخذ مقدار دينه من مال المديون يجوز له ذلك.

مسألة ٢٤: لا فرق في مورد المقاصة بين ما إذا كان من نوع الدين أو غيره، بل يجوز بيع بعض أموال المدين وأخذ عوضه عن دينه.

مسألة ٢٥: لو علم بتعلق دين بدمته وتردد بين الأقل والأكثر أو المتباينين، يجب عليه الأقل في الأول والأحوط الأكثر، ويتخير في الثاني والأحوط التراضي.

مسألة ٢٦: يجوز المقاصة إلى بعض الحق دون تمامه.

مسألة ٢٧: إذا علم بأن عليه مقداراً معيناً من الدين ولا يعلم بأنه من حق الناس أو مثل الزكاة والخمس، ولم يدر صاحبه على الأول يدفعه إلى الفقير بقصد ما في الذمة.

مسألة ٢٨: لو نذر أن لا يستدين أو نهاه والده عن الدين، فخالف واستدان لا ريب في تحقق الإثم، والكفارة في الأول ولكنه يملك ما استدانه.

مسألة ٢٩: لو باع الذمي ما لا يصح للمسلم تملكه كالخمر والخنزير، جاز للمسلم أخذ ثمنه عوضاً عن دينه.

القرض وأحكامه

القرض^(١٣) هو تمليك مال لآخر بالضمان، بأن يكون على عهده أدائه بنفسه أو بمثله أو بقيمته ، ويقال للمُتَمَلِّك "المُقْرَض" وللمُتَمَلِّك "المُقْتَرَض" و"المِسْتَقْرَض" .

مسألة ١: يكره الاقتراض مع عدم الحاجة وتخف كراهته مع الحاجة، وكلما خفت الحاجة اشتدت الكراهة، وكلما اشتدت خفت، إلى أن زالت بل ربما وجب لو توقف عليه أمر واجب كحفظ نفسه أو عرضه ونحو ذلك، والأحوط^(١٤) لمن لم يكن عنده ما يوفي به دينه ولم يتربح حصوله عدم الاستدانة إلا عند الضرورة.

مسألة ٢: إقراض المؤمن من المستحبات الأكيدة، سيما لذوي الحاجة لما فيه من قضاء حاجته وكشف كربته .

(١٣) بل هو: عقد بين طرفين، أهم أركانه تمليك المالك مالا إلى أجل ليؤديه المقترض.

(١٤) وإن كان الأقوى جوازه إن كان بنية الأداء مما يتفضل الله عليه .

مسألة ٣: القرض عقد من العقود يحتاج إلى إيجاب كقوله: "أقرضتك" وما يؤدي معناه، وقبول دال على الرضاء بالإيجاب، ولا يعتبر في عقده العربية بل يقع بكل لغة، وتجري المعاطاة فيه باقباض العين وقبضها بهذا العنوان من دون إحتياج إلى صيغة.

مسألة ٤: يعتبر في المقرض والمقترض ما يعتبر في المتعاقدين في سائر المعاملات من البلوغ والعقل والقصد والاختيار^(٤١٥).

مسألة ٥: يعتبر في المال أن يكون عيناً مملوكاً، فلا يصح إقراض الدين ولا المنفعة، ولا ما لا يصح تملكه كالخمر والخنزير. ولا يعتبر كونه عيناً شخصياً فيصح إقراض الكلي، بأن يوقع العقد على الكلي وإن كان إقباضه لا يكون إلا بدفع عين شخصي.

مسألة ٦: مال القرض إما مثلي أو قيمي، ويعتبر في الأول ضبط أوصافه وخصوصياته التي تختلف باختلافها القيمة والرغبات كالحبوب والأدهان، وأما الثاني فيجري فيه معرفة القيمة كالأغنام والجواهر، فلا يجوز إقراض ما لا يمكن ضبط أوصافه إلا بالمشاهدة كاللحم والجواهر ونحوهما.

مسألة ٧: لا بد أن يقع القرض على معين، فلا يصح إقراض المبهم كأحد هذين، وأن يكون معلوماً قدره بالكيل فيما يكال أو الوزن فيما يوزن والعدّ فيما يقدر بالعد، فلا يصح إقراض صبرة من طعام جزافاً، ولو قُدِّرَ بكيلة معينة وملاً إناء معين غير الكيل المتعارف، أو وزن بصخرة معينة غير العيار المتعارف عند العامة لم يبعد الاكتفاء به، لكن الأحوط خلافه.

مسألة ٨: يشترط في صحة القرض القبض والاقباض، فلا يملك المستقرض المال المقترض إلا بعد القبض^(٤١٦)، ولا يتوقف على التصرف.

مسألة ٩: القرض عقد لازم، فليس للمُقْرِضِ فسخه والرجوع بالعين المقترضة لو كانت موجودة، نعم للمقرض عدم الإنظار ومطالبة المقرض بالأداء^(٤١٧) والقضاء ولو قبل قضاء وطره أو مضي زمان يمكن فيه ذلك.

مسألة ١٠: لو كان المال المقترض مثلياً - كالحنطة والشعير والذهب والفضة ونحوها - ثبت في ذمة المقرض مثل ما إقترض، ولو كان قيمياً - كالغنم ونحوها - ثبت في ذمته قيمته، وفي اعتبار قيمة وقت الاقتراض أو قيمة حال الأداء والقضاء وجهان، الأحوط التراضي والتصالح في مقدار التفاوت بين القيمتين لو كان^(٤١٨).

^(٤١٥) وصلاحيه التصرف في الجملة، فمن كان سفياً لا يُقرض ولا يُقرض، ومن كان مفلساً محجوراً عليه لا يُقرض، والمرضى مرض الوفاة لا يُقرض بأكثر من ثلثه على القول بتحديد تصرفاته فيه إلا بإذن ورثته، هذا على الأشبه.

^(٤١٦) نُسب ذلك إلى المشهور، ولم تتأكد النسبة لاحتمال كلامهم في القرض المعاطاتي، ولكن الأشبه امتلاك المقرض المال بمجرد العقد، إلا أن يكون عرف مخالف أو شرط عند العقد، والأحوط أن يشترط ذلك في العقد إن أراد الدقة.

^(٤١٧) ظاهره جواز لغو الأجل في القرض والمطالبة بالأداء فوراً، ولكن سيأتي في المسألة ١٦ لزوم الأجل.

^(٤١٨) والأحوط منه توضيح طريقة الرد في ذات العقد إلا إذا كان هنالك عرف متبع.

مسألة ١١: يجوز في قرض المثلي أن يشترط المقرض على المقترض أن يؤديه من غير جنسه، بأن يؤدي عوض الدراهم مثلاً دنانير وبالعكس، ويلزم عليه ذلك بشرط أن يكونا متساويين في القيمة، أو كان ما شرط عليه أقل قيمة مما اقترض.

مسألة ١٢: لو كان المال المقترض مثلياً، كالدراهم والدنانير والحنطة والشعير، كان وفاؤه وأداؤه بإعطاء ما يماثله في الصفات من جنسه، سواء بقى على سعره الذي كان له وقت الاقتراض أو ترقى أو تنزل، وهذا هو الوفاء الذي لا يتوقف على التراضي، فللمقرض أن يطالب المقترض به وليس له الامتناع، ولو ترقى سعره عما أخذه بكثير، كما أن المقترض لو أعطاه للمقرض ليس له الامتناع ولو تنزل بكثير، ويمكن أن يؤدي بالقيمة أو بغير جنسه، بأن يعطي بدل الدراهم الدنانير مثلاً أو بالعكس. لكن هذا النحو من الأداء والوفاء يتوقف على التراضي، فلو أعطى بدل الدراهم دنانير فللمقرض الامتناع من أخذها ولو تساوى في القيمة، بل ولو كانت الدنانير أغلًا كما أنه لو أراد المقرض كان للمقترض الامتناع وإن تساوى في القيمة أو كانت الدنانير أرخص.

مسألة ١٣: إذا كان المال المقترض قيمياً فقد مر أنه تشتغل ذمة المقترض بالقيمة، وإنما تكون بالنقود الرائجة، فأداؤه الذي لا يتوقف على التراضي بإعطائها، ويمكن أن يؤدي بجنس آخر من غير النقود بالقيمة لكنه يتوقف على التراضي.

مسألة ١٤: لو شك في أن المال المقترض مثلي أو قيمي، فالأحوط دفع المثل لو أمكن، ومع التعذر فالقيمة.

مسألة ١٥: لو كانت العين المقترضة موحودة فأراد المقرض أداء الدين بإعطائها أو أراد المقترض ذلك، ففي جواز امتناع الآخر تأمل وإشكال فلا يترك الاحتياط^(٤١٩) بالاسترضاء.

مسألة ١٦: لو شرط التأجيل في القرض صح ولزم العمل به وكان كسائر الديون المؤجلة ليس للمقرض مطالبته قبل حلول الأجل.

مسألة ١٧: لو شرط على المقترض أداء القرض وتسليمه في بلد معين صح ولزم^(٤٢٠)، وإن كان في حمله مؤونة، فإن طالبه في غير ذلك البلد لم يلزم عليه الأداء، كما أنه لو أداه في غيره لم يلزم على المقرض القبول، وإن أطلق القرض ولم يعين بلد التسليم، فالذي يجب على المقترض أدائه فيه — لو طالبه المقرض ويجب على المقرض القبول لو أداه المقترض فيه — هو بلد القرض^(٤٢١)، وأما غيره فيحتاج إلى

^(٤١٩) وإن كان الأشبه كفاية دفع مثله أو قيمته.

^(٤٢٠) إذا لم يلزم منه الربا عند العرف.

^(٤٢١) العرف الذي يعكسه اليوم القانون هو بلد المقرض، وهو موافق لأصل البراءة، وقد يقال أنه عند عدم العرف بلد المقرض، لما يقتضيه واجب الأداء، والأول أشبه والثاني أحوط، وأحوط منه تحديد بلد الأداء في العقد لو لم يكن محددًا عرفاً، وذلك درءً للنزاع في العقود.

التراضي، وإن كان الأحوط للمقترض مع عدم الضرر وعدم الاحتياج إلى مؤونة الحمل، الأداء لو طالبه الغريم فيه^(٤٢٢).

مسألة ١٨: يجوز أن يشترط في القرض إعطاء الرهن أو الضامن أو الكفيل، وكل شرط سائغ لا يكون فيه النفع للمقرض ولو كان مصلحة^(٤٢٣) له.

مسألة ١٩: لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه إلا الدراهم^(٤٢٤) الأولى.

نعم في مثل الصكوك المتعارفة في هذه الأزمنة المسماة بـ (النوط) و(الاسكناس) وغيرهما إذا سقطت عن الاعتبار الظاهر إشتغال الذمة بالدراهم والدنانير التي تتناول هذه الصكوك بدلاً عنها، لأن الاقتراض في الحقيقة يقع على الدراهم أو الدنانير التي هي من النقدين ومن الفضة والذهب المسكوكين، وإن كان في مقام التسليم والإيصال يكتفي بتسليم تلك الصكوك وإيصالها. نعم لو فرض وقوع القرض^(٤٢٥) على الصك الخاص بنفسه — بأن قال مثلاً اقرضتك هذا الكاغذ الكذائي المسمى بالنوط الكذائي — كان حالها حال الدراهم في أنه إذا أسقط اعتبارها لم يكن على المقترض إلا أداء الصك، وهكذا الحال في المعاملات والمهور الواقعة على الصكوك^(٤٢٦).

مسألة ٢٠: لو أدى المديون دينه من المال غير الخمس أو غير المزكي لا تبرأ ذمته إن كان تمام الدين منه^(٤٢٧) وبمقداره إن كان بعضه منه، ولا فرق فيه بين علم الدائن بالحال وجهله، ويجوز للحاكم الشرعي إمضاء ذلك إن رأى فيه المصلحة فتبرأ ذمة المديون حينئذ.

مسألة ٢١: لو شك في أصل الدين، أو علم به وشك في الوفاء، لا يجب عليه شيء في الأول ويجب عليه الوفاء في الثاني.

مسألة ٢٢: لو ادعى الدافع إن ما أعطاه دين، وإدعى الآخذ أنه هبة، يقدم قول الدافع مع عدم البينة على الخلاف.

مسألة ٢٣: لو ادعى المديون الوفاء وأنكره الدائن، يقدم قول الدائن ما لم يكن حجة على الخلاف.

(٤٢٢) ولعل وجهه أنه لو أخره يعتبر من الماطلة في إداء حق الناس وهو جيد، فلا يترك الاحتياط عندئذ إن لم يكن هناك شرط مخالف أو عرف متبع.

(٤٢٣) مثل المزيد من ضمان إسترداد حقه.

(٤٢٤) فيما إذا كان في إسقاط السلطان تأثير على قيمة الدراهم مثل تأثير تغييرات السوق عليها، أما إذا كان في إسقاط السلطان تبديد قيمتها كلياً أو تأثير كبير عليها فلا بد من إعادة قيمتها، خصوصاً إذا كانت قيمة الدراهم في إعتبار السلطان وليس في مادتها، هذا وكذلك لو تنزلت قيمة الأوراق النقدية بسبب حرب أو قحط أو ما أشبه تنزلاً فاحشاً، ولعل قوله تعالى في آية الربا: لا تظلمون ولا تظلمون شاملة لمثل هذه الحالات، إذ أن رؤوس الأموال ينبغي المحافظة عليها في القرض، والغرض منها قيمتها وليس ذاتها والله العالم

(٤٢٥) هذا فرض بعيد.

(٤٢٦) فقيمتها، مع تنزلها، قيمتها الشرائية وليست ذات القيمة.

(٤٢٧) على القول بأن الحق متعلق به، أما على القول بأن الحق متعلق بالشخص في ماله فالأمر مختلف، والاحتياط موافق لما في المتن.

فصل في الربا القرضي

وهو الإقتراض مع شرط الزيادة على التفصيل الآتي:

مسألة ١: لا يجوز شرط الزيادة، بأن يقرض مالاً على أن يؤدي المقرض أزيد مما اقترضه، سواء إشتراطه صريحاً أو أضمراه بحيث وقع القرض مبنياً عليه، وهذا هو الربا القرضي الذي ورد التشديد عليه في الشريعة المقدسة.

مسألة ٢: لا فرق في الزيادة بين أن تكون عينية، كما إذا أقرضه عشرة دراهم على أن يؤدي إثني عشر، أو عملاً كخياطة ثوب له، أو منفعة، أو انتفاعاً، كالانتفاع بالعين المرهونة عنده، أو صفة مثل أن يقرضه دراهم مكسورة على أن يؤديها صحيحة^(٤٢٨)، وكذا لا فرق بين أن يكون المال المقرض ربوياً بأن كان من المكييل والموزون وغيره بأن كان معدوداً كالجوز والبيض.

مسألة ٣: إذا أقرضه شيئاً وشرط عليه أن يبيع منه شيئاً بأقل من قيمته أو يؤجره بأقل من أجرته كان داخلاً في شرط الزيادة. نعم لو باع المقرض من المقرض مالاً بأقل من قيمته وشرط عليه أن يقرضه مبلغاً معيناً لا بأس به^(٤٢٩) وإن أفاد فائدة الأول وبه يحتال في الفرار عن الربا كسائر الحيل الشرعية ولنعم الفرار من الحرام إلى الحلال.

مسألة ٤: لا إشكال في تحقق الربا القرضي فيما إذا قصد المقرض والمقرض عنوان الربا من حيث أنه عنوان خاص، ولكن لو اختلف قصدهما بأن قال المقرض: "أقرضك عشرة دنانير على أن تعطيني ديناراً نفعاً ورباً" وقال المقرض: "لا أعطيك رباً ولكن أعطيك هدية أو زكاة أو خمساً أو نحو ذلك من العناوين المنطبقة على المقرض" فهل يكون هذا داخلاً في الربا المحرم أيضاً أولاً؟ وجهان.

مسألة ٥: إنما تحرم الزيادة مع الشرط، وأما بدونه فلا بأس به، بل يستحب ذلك للمقرض، حيث أنه من حسن القضاء و"خير الناس أحسنهم قضاءً" بل يجوز ذلك إعطاءً وأخذاً لو كان الإعطاء لأجل أن يراه المقرض حسن القضاء فيقرضه كل ما احتاج إلى الاقتراض، أو كان الاقتراض لأجل أن ينتفع من المقرض لكونه حسن القضاء ويكافئ من أحسن إليه بأحسن الجزاء بحيث لو لا ذلك لم يقرضه. نعم يكره أخذه للمقرض، خصوصاً إذا كان إقرضه لأجل ذلك، بل يستحب أنه إذا أعطاه المقرض شيئاً بعنوان الهدية ونحوها يحسبه عوض طلبه، بمعنى أنه يسقط منه بمقداره.

مسألة ٦: إنما يحرم شرط الزيادة للمقرض على المقرض فلا بأس بشرطها للمقرض، كما إذا أقرضه عشرة دراهم على أن يؤدي ثمانية، أو أقرضه دراهم صحيحة على أن يؤديها مكسورة، فما تداول بين

^(٤٢٨) وهكذا لو أقرضه في بلد على أن يؤديه في بلد آخر إذا كان الفرق كبيراً بحيث يعد ربا عند العرف.

^(٤٢٩) إذا كان قصدهما حقيقة المعاملة الأولى وجاءت الثانية تبعاً لها، أما إذا كان هدفهم القرض وكانت المعاملة الأولى مجرد وسيلة للاشتراط فيشكل، وإن ادعي ذهب المشهور من الفقهاء إلى الجواز، لادعاء أن المشهور ربما أرادوا صورة كون المعاملة الأولى أساساً لا الثانية والله العالم.

التجار من أخذ الزيادة وإعطائها في الحوائل المسماة عندهم بـ (صرف البرات) ويطلقون عليه بيع الحوالة وشراؤها، إن كان بإعطاء مقدار من الدراهم وأخذ الحوالة من المدفوع إليه بالأقل منه لا بأس به، كما إذا احتاج أحد إلى إيصال مبلغ إلى بلد فيجيء عند التاجر ويعطي له مائة درهم على أن يعطيه الحوالة بتسعين درهماً على طرفه في ذلك البلد، حيث أن في هذا القرض يكون مائة درهم في ذمة التاجر وهو المقترض وجعل الزيادة له، وإن كان بإعطاء الأقل وأخذ الحوالة بالأكثر يكون داخلاً في الربا، كما إذا احتاج أحد إلى مقدار من الدراهم ويكون له المال في بلد آخر فيجيء عند التاجر ويأخذ منه تسعين درهماً على أن يعطيه الحوالة بمائة درهم على من كان عنده المال في بلد آخر ليدفع إلى طرف التاجر في ذلك البلد، حيث أن التاجر في هذا القرض قد أقرض تسعين وجعل له زيادة عشرة، فلا بد لأجل التخلص من الربا من أعمال بعض الحيل الشرعية.

مسألة ٧: لو ارتكب الربا القرضي عالماً عامداً، لا يبطل أصل القرض وإنما الفاسد هو الزيادة المشروطة، فيكفي رد الزائد مع وجوده لصاحبه إن كان معلوماً وأما لو كان مجهولاً فمع وجوده يكون في حكم مجهول المالك، ومع تلف الزائد وصيرورته في الذمة يلحقه حكم المظالم.

مسألة ٨: إذا علم بوقوع عقد ربوي في ضمن معاملاته ولكن جهل عدده، أو علم بالعقد وجهل بمقدار الزيادة المشتركة في القرض، يكفي إخراج القدر المتيقن منها في صورتين، والأحوط المصالحة مع المالك إن عرفه، ومع الحاكم الشرعي إن كان مجهولاً.

مسألة ٩: إذا علم إجمالاً بوجود الربا في ماله المعلوم ولكنه اختلط به ولم يعلم الربا تفصيلاً فمع معرفة المالك يصالح معه ومع الجهل بالقدر والمالك يجب تخميسه.

مسألة ١٠: إذا قلد في بعض المسائل الربوية من يقول بصحة الارتكاب موضوعاً أو حكماً، ثم قلد من يقول بعدم الجواز فيها، فبالنسبة إلى ما مضى يصح ولا شيء عليه وإن بقي^(٤٣٠) عينه، ولا يجوز له الارتكاب ما دام يقلد من يقول بالربا فيها.

مسألة ١١: لو ارتكب الربا مع الجهل بالحكم أو ببعض الخصوصيات أو بالموضوع ليس عليه شيء، ولكن الأحوط التصالح مع المالك إن أمكن ومع العدم أن يجري عليه حكم مجهول المالك.

مسألة ١٢: إذا ورث مالاً وعلم أن فيه الربا ولم يعلم أنه الربا^(٤٣١) المحلل أو المحرم لا شيء عليه، وكذا لو شك في أصل الربا. وإن علم أنه الربا المحرم وكان جميع الأطراف مورداً لا بتلائه وجب عليه الاجتناب^(٤٣٢)، وإن لم يكن كذلك فلا شيء عليه. نعم إن كان عينه موجوداً رده إلى مالكه إن علم به وإلا يجري عليه حكم مجهول المالك حيثئذ.

(٤٣٠) مع بقاء العين فيه إشكال فلا يترك الاحتياط.

(٤٣١) في العبارة تساهل.

(٤٣٢) حسب المسألة التاسعة.

مسألة ١٣: يمكن التخلص من الربا بأمر: (الأول): أن يبيع المقرض ماله إلى المقترض بما شاء من الثمن، مثل أن يبيع له مائة دينار بمائة وثلاثة دنانير إلى مدة معلومة^(٤٣٣). (الثاني): أن يعطي ماله مضاربة إلى المقرض (أو المصرف) ويتصالحا في الربح أو في الزيادة^(٤٣٤) (الثالث): أن يتقارضا مثلاً بمثل من غير شرط الزيادة ويهب المقترض (أو البنك) الزيادة هبة مستقلة إلى المقرض^(٤٣٥). (الرابع): أن تكون الزيادة صلحاً مستقلاً بعد القرض لا أن يكون مشروطاً في عقد القرض.

مسألة ١٤: لو أعطى المالك ماله إلى المصارف أو البنوك أو غيرها بعنوان الوديعة مع الإذن في تصرفهم فيها يجوز له أخذ الزيادة حينئذ^(٤٣٦) منهم.

مسألة ١٥: لو اضطر إلى القرض الربوي -أو معاملة ربوية- لا يحل به الربا^(٤٣٧).

مسألة ١٦: القروض الربوية الواقعة بين الكفار صحيحة بعد إسلامهم. وإن لم يسلموا، فإن كانت صحيحة على مذهبهم يمكن تصحيحه بالنسبة إلينا أيضاً.

مسألة ١٧: وردت موارد نفى الشارع فيها الربا مطلقاً تقدم ذكرها في الربا المعاملي.

مسألة ١٨: يجوز أخذ المال -قرضاً أو غيره- من البنوك والمصارف مسلماً كان أهلها أو لا.

مسألة ١٩: لا يجوز للمملوك أن يتصرف في ماله بالقرض والاقتراض إلا بإذن سيده.

كتاب الرهن

وهو دفع العين للاستيثاق^(٤٣٨) على الدين ويقال للعين "الرهن" و"المرهون" ولدافعها "الراهن" ولأخذها "المرتهن" ويحتاج إلى العقد المشتمل على الإيجاب والقبول، والأول من الراهن، وهو كل لفظ أفاد المعنى المقصود في متفاهم أهل المحاورة كقوله: "رهنتك" أو "أرهنتك" أو "هذا وثيقة عندك على مالك" ونحو ذلك، والثاني من المرتهن، وهو كل لفظ دال على الرضا بالإيجاب ولا يعتبر فيه العربية بل الظاهر عدم اعتبار الصيغة فيه أصلاً فيقع بالمعاطاة.

^(٤٣٣) فيه: أولاً، إن التقاض شرط عندهم في بيع الصرف ولا يجوز بيع النقود ديناً لشبهة الربا فكيف للتخلص منها، ثانياً: إن العقود تتبع القصد والقصد هو محتوى العقود، والظاهر إن محتوى العقد هنا هو الإقراض الربوي.

^(٤٣٤) بحاجة إلى تأمل، إذ المضاربة عقد معلوم والربح الثابت بعد مدة معينة ليس منه ظاهراً.

^(٤٣٥) هذا هو الزيادة بلا شرط، وقد سبق أن الربا قد جاء من الشرط، فلا بأس ولكن لا يجوز للمقرض في هذه الحال مطالبة المقترض بالزيادة وكذلك ما بعده.

^(٤٣٦) شريطة ألا يكون شرطاً بينهما.

^(٤٣٧) إذا استطاع التخلص من الربا بطريقة أو بأخرى وإلا حل له ما اضطر إليه بقدره.

^(٤٣٨) فالرهن وثيقة الدين، ومعناها اللغوي جعل الدين محفوظاً لا يزول بالخيانة وغيرها.

مسألة ١: يشترط في الرهن والمرتهن البلوغ والعقل والقصد والاختيار، وفي خصوص الأول عدم الحجر بالسفه^(٤٣٩) والفلس، ويجوز لولي الطفل والمجنون رهن ما لهما مع المصلحة والغبطة.

مسألة ٢: يشترط في صحة الرهن القبض من المرتهن بإقباض من الراهن أو بإذن منه، ولو كان في يده شيء وديعة أو عارية بل ولو غصباً فأوقعا عقد الرهن عليه كفى، ولا يحتاج إلى قبض جديد، ولم ينزل الضمان في الغصب^(٤٤٠) ولو رهن المشاع لا يجوز تسليمه إلى المرتهن إلا برضا شريكه، ولكن لو سلمه إليه فالظاهر كفايته في تحقق القبض الذي هو شرط لصحته وإن تحقق العدوان بالنسبة إلى حصة^(٤٤١) شريكه.

مسألة ٣: إنما يعتبر القبض في الابتداء، ولا يعتبر استدامته، فلو قبضه المرتهن ثم صار في يد الراهن أو غيره بإذن الراهن أو بدونه لم يضر ولم يطرأه البطلان، نعم للمرتهن إستحقاق إدامة القبض وكونه تحت يده، فلا يجوز إنتزاعه منه إلا إذا شرط^(٤٤٢) في العقد كونه بيد الراهن أو يد ثالث.

مسألة ٤: يشترط في المرهون أن يكون عيناً مملوكاً يمكن قبضه ويصح بيعه، فلا يصح رهن الدين قبل قبضه^(٤٤٣) ولا رهن^(٤٤٤) المنفعة ولا الحر والخمر والخنزير، ولا مال الغير إلا بإذنه أو إجازته، ولا الأرض الخراجية^(٤٤٥)، ولا الطير المملوك في الهواء إذا كان غير معتاد عودده، ولا الوقف^(٤٤٦) ولو كان خاصاً.

مسألة ٥: لو رهن ما يملكه مع ملك غيره في عقد واحد صح في ملكه، ووقف في ملك غيره على إجازة مالكه.

مسألة ٦: لو كان له غرس أو بناء في الأرض الخراجية لا إشكال في صحة رهن ما فيها مستقلاً، وكذا مع أرضها بعنوان التبعية، وأما رهن أرضها مستقلاً ففيه إشكال.

مسألة ٧: لا يعتبر أن يكون الرهن ملكاً لمن عليه الدين، فيجوز لشخص أن يرهن ماله على دين غيره تبرعاً ولو من غير إذنه، بل ولو مع نهيته، وكذا يجوز للمدين أن يستعير شيئاً ليرهنه على دينه، ولو رهنه وقبضه المرتهن ليس لمالكه الرجوع، ويبيعه المرتهن كما يبيع ما كان ملكاً للمدين، ولو يبيع كان

^(٤٣٩) في قبول عقد السفه تردد حتى في طرف المرتهن، لأنه معاملة مالية تختمل الغبن، بلى لو لم يكن هناك أي تصرف مالي مثل قبول الرهن على دين غيره يمكن القول بصحته لأنه ليس تصرفاً مالياً.

^(٤٤٠) فيه تأمل إذ بعد تحول الغصب إلى عنوان آخر فاستمرار الضمان لا معنى له.

^(٤٤١) فيحتاج إلى إجازته.

^(٤٤٢) إن لم يكن ذلك منافياً للفائدة الأساسية المرجوة من الرهن وهي الاستيثاق فيكون شرطاً باطلاً، فإن كان بنحو القيدية كان مفسداً.

^(٤٤٣) فيه تأمل، فلو حصل الاستيثاق بالدين فما المانع من جعله رهناً.. فإن لم يف اقتص منه به.

^(٤٤٤) فيه تأمل، فمن تحقق فائدة الرهن وكونه عند العرف رهناً لا إشكال فيه.

^(٤٤٥) إلا إذا تعلق بما حق للمقرض يمكن للمقرض إستيفاء دينه منه لو تخلف المقرض عن أداء دينه.

^(٤٤٦) كذلك الوقف حتى ولو كان عاماً لو تعلق به حق للمقرض يمكن أن يجعل رهناً مثل حق السبق، فلو كان أحدهم قد سبق إلى غرفة في مدرسة موقوفة ورهن حقه عند المقرض واستدان منه بقدره فما المانع منه؟.

لمالكه مطالبة المستعير بما بيع به لو بيع بالقيمة أو بالأكثر وبقيمة تامة لو بيع بأقل من قيمته، ولو عين له أن يرهنه على حق مخصوص من حيث القدر أو الحلول أو الأجل أو عند شخص معين لم يجوز له مخالفته، ولو أذنه في الرهن مطلقاً جاز له الجميع وتخيير.

مسألة ٨: لو كان الرهن على الدين المؤجل، وكان مما يسرع إليه الفساد قبل الأجل، فإن شرط بيعه قبل أن يطرأ عليه الفساد صح الرهن، ويبيعه الراهن أو يوكل المرتهن في بيعه، وإن امتنع أجبره الحاكم فإن تعذر باعه الحاكم، ومع فقدده باعه المرتهن، فإذا بيع يجعل ثمنه رهناً، وكذلك الحال لو أطلق ولم يشترط البيع ولا عدمه، وأما لو شرط عدم البيع إلا بعد الأجل بطل الرهن^(٤٤٧) ولو رهن مالا يتسارع إليه الفساد فعرض ما صيره عرضة للفساد، كالحنطة لو ابتلت، لم يفسخ الرهن، بل يباع ويجعل ثمنه رهناً.

مسألة ٩: لا إشكال في أنه يعتبر في المرهون كونه معيناً، فلا يصح رهن المبهم كأحد هذين^(٤٤٨). نعم، يصح رهن الكلي في المعين كصاع من صبرة وشاة من هذا القطيع، وقبضه إما بقبض الجميع أو بقبض ما عينه الراهن منه، فإذا عين بعد العقد صاعاً أو شاة وقبضه المرتهن صح ولزم، ولا يصح رهن المجهول من جميع الوجوه، كما إذا رهن ما في الصندوق المقفل، وإذا رهن الصندوق بما فيه صح بالنسبة إلى الظرف دون المظروف، وأما المعلوم الجنس والنوع المجهول المقدار كصبرة من حنطة مشاهدة فالظاهر صحة رهنه.

مسألة ١٠: يشترط^(٤٤٩) فيما يرهن عليه أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة لتحقق موجه من اقتراض أو إسلاف مال أو شراء أو إستئجار عين بالذمة وغير ذلك، حالاً كان الدين أو مؤجلاً، فلا يصح الرهن على ما يقترض أو على ثمن ما يشتريه فيما بعد، فلو رهن شيئاً على ما يقترض ثم اقترض لم يصح بذلك رهناً، ولا على الدية قبل إستقرارها بتحقق الموت وإن علم أن الجناية تؤدي إليه، ولا على مال الجعالة قبل تمام العمل.

مسألة ١١: كما يصح في الإجارة أن يأخذ المؤجر الرهن على الأجرة التي في ذمة المستأجر كذلك يصح أن يأخذ المستأجر الرهن على العمل الثابت في ذمة المؤجر.

مسألة ١٢: الظاهر أنه يصح الرهن على الأعيان المضمونة كالمغصوبة والعارية المضمونة والمقبوض بالسوم ونحوها، وأما عهدة الثمن أو المبيع أو الأجرة أو عوض الصلح وغيرها لو خرجت مستحقة للغير ففي صحة الرهن عليها تأمل وإشكال^(٤٥٠).

مسألة ١٣: لو اشترى شيئاً بثمن في الذمة جاز جعل المبيع رهناً على الثمن.

^(٤٤٧) إن كان بنحو التقييد أو بطل الشرط وحده.

^(٤٤٨) إلا إذا كان الفرق بينهما ضئيلاً بحيث لا يعتبر العرف أن ذلك جهالة وغرر في عقد الرهن فيجوز على أن يتم الاختيار من قبل أحدهما أو ثالث.

^(٤٤٩) هذا هو المشهور ولعل حقيقة عقد الرهن توجب هذا الشرط أو كون العقد بذاته يدعو إلى الإنجاز (التنجيز) .. والله العالم.

^(٤٥٠) وإن كان الأشبه صحة الرهن فيها مع صدقه عرفاً.

مسألة ١٤: لو رهن على دينه رهناً ثم استدان مالاً آخر من المرتهن جاز جعل ذلك الرهن رهناً على الثاني أيضاً، وكان رهناً عليهما معاً سواء كان الثاني مساوياً للأول في الجنس والقدر أو مخالفاً، وكذا له أن يجعله على دين ثالث ورابع إلى ما شاء وكذا إذا رهن شيئاً على دين جاز أن يرهن شيئاً آخر على ذلك الدين وكانا جميعاً رهناً عليه.

مسألة ١٥: لو رهن شيئاً عند زيد ثم رهنه عند آخر أيضاً باتفاق من المرتهنين كان رهناً على الحقين إلا إذا قصدوا بذلك فسخ الرهن الأول وكونه رهناً على خصوص الدين الثاني.

مسألة ١٦: لو استدان إثنان من واحد كل منهما ديناً، ثم رهنا عنده مالاً مشتركاً بينهما، ولو بعقد واحد ثم قضى أحدهما دينه، إنفكت حصته عن الرهانة وصارت طلقاً^(٤٥١). ولو كان الراهن واحداً والمرتهن متعدداً—بأن كان عليه دين لاثنتين فرهن شيئاً عندهما بعقد واحد— فكل منهما مرتهن للنصف مع تساوي الدين، ومع التفاوت فالظاهر التقسيط والتوزيع بنسبة حقهما، فإن قضى دين أحدهما إنفك عن الرهانة ما يقابل حقه، هذا كله في التعدد ابتداءً، وأما التعدد الطارئ فالظاهر أنه لا عبرة به، فلو مات الراهن عن ولدين لم ينفك نصيب أحدهما بأداء حصته من الدين، كما أنه لو مات المرتهن عن ولدين فأعطي أحدهما نصيبه من الدين لم ينفك بمقداره من الرهن.

مسألة ١٧: لا يدخل الحمل الموجود في رهن الحامل ولا الثمر في رهن النخل والشجر، وكذا ما يتجدد إلا إذا اشترط دخولها. نعم الظاهر دخول الصوف والشعر والوبر في رهن الحيوان، وكذا الأوراق والأغصان حتى اليابسة في رهن الشجر، وأما اللبن في الضرع ومغرس الشجر وأس الجدار—أعني موضع الأساس من الأرض— ففي دخولها تأمل وإشكال، لا يبعد عدم الدخول وإن كان الأحوط التصالح والتراضي.

مسألة ١٨: الرهن لازم من جهة الراهن، وجائز من طرف المرتهن، فليس للراهن إنتزاعه منه بدون رضاه إلا أن يسقط حقه من الارتهان أو ينفك الرهن بفراغ ذمة الراهن من الدين بالأداء أو الإبراء أو غير ذلك، ولو برأت ذمته من بعض الدين فالظاهر بقاء الجميع رهناً على ما بقي، إلا إذا اشترط التوزيع، فينفك منه على مقدار ما برأ منه، ويبقى رهناً على مقدار ما بقي، أو شرطاً كونه رهناً على المجموع من حيث المجموع، فينفك الجميع بالبراءة عن بعض الدين.

مسألة ١٩: لا يجوز للراهن التصرف في الرهن إلا بإذن المرتهن، سواء كان ناقلاً للعين كالبيع، أو المنفعة كالإجارة، أو مجرد الانتفاع به وإن لم يضر به كالركوب والسكنى ونحوها، فإن تصرف بغير الناقل

(٤٥١) عموم هذه المسألة بفروعها يعتمد على مبنى العقد عند العرف، فإن كان الهدف أن يكون الرهن وثيقة الدين كله بحيث لا ينفك إلا بعد أدائه كله، فلا ينفك حتى ولو تعدد الراهن، ولو كان المبنى على نحو التوزيع ينفك كل جزء من الرهن بكل جزء من الأداء حتى ولو كان الراهن واحداً، ولا بد من استكشاف الأمر وعند الاختلاف لا بد من اشتراط ذلك عند العقد وعند عدمه تتمسك بأصالة بقاء الرهن والله العالم.

أثم^(٤٥٢)، ولم يترتب عليه شيء إلا إذا كان بالإتلاف، فيلزم قيمته وتكون رهناً، وإن كان بالبيع أو الإجارة أو غيرهما من النواقل وقف على إجازة المرتهن ففي مثل الإجارة تصح بالإجارة، وبقيت الرهانة على حالها بخلافها في البيع، فإنه يصح بها وتبطل الرهانه، كما أنها تبطل بالبيع إذا كان عن إذن سابق من المرتهن.

مسألة ٢٠: لو أتلّف العين المرهونة متلف فإن كان مثلياً يضمن بالمثل وإلا فبالقيمة وتبقى الرهانة على حالها.

مسألة ٢١: لا يجوز للمرتهن التصرف في الرهن بدون إذن الراهن، فلو تصرف فيه بركوب أو سكنى ونحوهما ضمن العين لو تلفت تحت يده للتعدي، ولزمه أجره المثل لما استوفاه من المنفعة^(٤٥٣) ولو كان يبيع ونحوه أو بإجارة ونحوها وقع فضولياً، فإن أجازه الراهن صح، وكان الثمن والأجرة المسماة له وكان الثمن رهناً في البيع لم يجز لكل منهما التصرف فيه إلا بإذن الآخر، وبقي العين رهناً في الإجارة، وإن لم يجز كان فاسداً.

مسألة ٢٢: منافع الرهن - كالسكنى والركوب - وكذا نماءاته المنفصلة - كالتأجير والثمر والصفوف والشعر والوبر - والمتصلة - كالسمن والزيادة في الطول والعرض - كلها للراهن. سواء كانت موجودة حال الارتهان أو وجدت بعده ولا يتبعه في الرهانة إلا نماءاته المتصلة.

مسألة ٢٣: لو رهن الأصل والثمر، أو الثمرة منفردة، صح فلو كان الدين مؤجلاً وأدركت الثمرة قبل حلول الأجل، فإن كانت تحفف ويمكن إبقاؤها بالتجفيف، جففت وبقيت على الرهن، وإلا بيعت وكان الثمن رهناً.

مسألة ٢٤: ليس للراهن أن يجعل منافع العين المرهونة للمرتهن.

مسألة ٢٥: يجوز للراهن أن يؤجر العين المرهونة إلى المرتهن باجرة المثل أو أكثر أو أقل مع عدم الشرط .

مسألة ٢٦: إذا كان الدين حالاً، أو حل وأراد المرتهن إستيفاء حقه، فإن كان وكيلاً عن الراهن في بيع الرهن واستيفاء دينه منه فله ذلك من دون مراجعة إليه، وإلا ليس له أن يبيعه بل يراجع الراهن ويطالبه بالوفاء ولو بيع الرهن أو توكيله في بيعه، فإن امتنع من ذلك رفع أمره إلى الحاكم ليلزمه بالوفاء أو البيع، فإن امتنع على الحاكم إلزامه باعه عليه بنفسه أو بتوكيل الغير ولو كان هو المرتهن نفسه، ومع فقد الحاكم أو عدم اقتداره على إلزام بالبيع وعلى البيع عليه لعدم بسط اليد باعه المرتهن بنفسه واستوفى

(٤٥٢) إن لم يكن هناك تجاوز لحق المرتهن في الاستيفاء فالأشبه الجواز ولا إثم .

(٤٥٣) وعادة يكون نفقة المحافظة على المال مساوية أو قريبة لفائدته، ومن هنا جاز مثل هذا التصرف عند العرف مثل إنفاق المرتهن على الدابة والاستفادة من ظهرها وضرعها.

حقه أو بعضه من ثمنه إذا ساواه أو كان أقل، وإن كان أزيد كان الزائد عنده أمانة شرعية يوصله إلى صاحبه.

مسألة ٢٧: لو لم يكن عند المرتهن بينة مقبولة لإثبات دينه وخاف من أنه لو اعترف عند الحاكم بالرهن جحد الراهن الدين فأخذ منه الرهن بموجب إقراره وطولب منه البينة على حقه، جاز له بيع الرهن من دون مراجعة إلى الحاكم وكذا لو مات الراهن وخاف المرتهن جحد الوارث.

مسألة ٢٨: لو وفي بيع بعض الرهن بالدين اقتصر عليه على الأحوط لو لم يكن الأقوى. وبقي الباقي أمانة عنده إلا إذا لم يمكن التبعض ولو من جهة عدم الراغب أو كان فيه ضرر على المالك فيباع الكل.

مسألة ٢٩: إذا كان الرهن من مستثنيات الدين كدار سكناه ودابة ركوبه جاز للمرتهن^(٤٥٤) بيعه واستيفاء طلبه منه كسائر الرهون.

مسألة ٣٠: إذا كان الراهن مفلساً أو مات وعليه ديون للناس كان المرتهن أحق من باقي الغرماء باستيفاء حقه^(٤٥٥) من الرهن فإن فضل شيء يوزع على الباقيين بالحصص، وإن نقص الرهن عن حقه استوفى بعض حقه من الرهن ويضرب بما بقي مع الغرماء في سائر أموال الراهن لو كان.

مسألة ٣١: الرهن أمانة في يد المرتهن لا يضمنه لو تلف أو تعيب من دون تعد وتفريط، ويصدق قوله في دعوى التلف مع اليمين من غير فرق بين ذهابه وحده أو مع جملة من ماله. نعم لو كان في يده مضموناً لكونه مغضوباً أو عارية مضمونة مثلاً ثم ارتهن عنده لم يزل الضمان إلا إذا أذن له المالك في بقائه تحت يده فيرتفع الضمان على الأقوى^(٤٥٦)، وإذا إنفك الرهن بسبب الأداء أو الإبراء أو نحو ذلك يبقى أمانة مالكية في يده لا يجب تسليمه إلى المالك إلا مع المطالبة كسائر الأمانات .

مسألة ٣٢: لا تبطل الرهانة بموت الراهن ولا بموت المرتهن، فينتقل الرهن إلى ورثة الراهن مرهوناً على دين مورثهم وينتقل إلى ورثة المرتهن حق الرهانة، فإن امتنع الراهن من استئمانهم كان له ذلك^(٤٥٧) فإن اتفقوا على أمين وإلا سلمه الحاكم إلى من يرتضيه، وإن فقد الحاكم فعدول المؤمنين.

مسألة ٣٣: لو ظهر للمرتهن إمارات الموت يجب عليه الوصية بالرهن وتعيين المرهون والراهن والإشهاد كسائر الودائع، ولو لم يفعل كان مفترطاً وعليه ضمانه.

^(٤٥٤) لأنه أسقط حقه في الاحتفاظ بما بسبب جعلها رهناً ولكنه مشكل خصوصاً إذا لم يجز بالبيع عند عدم الأداء.

^(٤٥٥) إن كان ذلك مقتضى الرهن عرفاً وإلا فالأمر مشكل فلا يترك الاحتياط بالتراضي.

^(٤٥٦) هذا هو الأشبه ولكنه مناف ظاهراً لما ذكره (ره) في المسألة الثانية .

^(٤٥٧) إن لم يكن هذا من الحقوق الرهنية الموروثة والظاهر انه كذلك، وإذا اختلفا رجعا إلى الحاكم فقد يضع الرهينة في يد ثالث.

مسألة ٣٤: لو كان عنده رهن قبل موته ثم مات ولم يعلم بوجوده في تركته لا تفصيلاً ولا إجمالاً ولم يعلم كونه تالفاً بتفريط منه لم يحكم به في ذمته ولا بكونه موجوداً في تركته، بل يحكم بكونها^(٤٥٨) لورثته. نعم، لو علم أنه قد كان موجوداً في أمواله الباقية إلى بعد موته ولم يعلم أنه باقٍ فيها أم لا، كما إذا كان سابقاً في صندوقه داخلياً في الأموال التي كانت فيه وبقيت إلى زمان موته، ولم يعلم انه قد أخرجها وأوصله إلى مالكة أو باعه واستوفى ثمنه أو تلف بغير تفريط منه أم لا، لم يبعد أن يحكم ببقائه فيها^(٤٥٩) فيكون بحكم معلوم البقاء، وقد مر بعض ما يتعلق بهذه المسألة في بعض مسائل المضاربة.

مسألة ٣٥: لو اقترض من شخص ديناراً مثلاً برهن وديناراً آخر منه بلا رهن، ثم دفع إليه ديناراً بنية الأداء والوفاء، فإن نوى كونه عن ذي الرهن سقط وانفك رهنه، وإن نوى كونه عن الآخر لم ينفك الرهن وبقي دينه، وإن لم يقصد إلا أداء دينار من الدينارين من دون تعيين كونه عن ذي الرهن أو غيره لا إشكال في عدم إنفكك الرهن، وهل يوزع على الدينين فإذا أكمل أداء دين ذي الرهن إنفك رهنه أو يحسب ما دفعه أداء لغير ذي الرهن ويبقى ذو الرهن بتمامه لا ينفك رهنه إلا بأدائه؟ وجهان^(٤٦٠).

مسألة ٣٦: يقبل إقرار الراهن بالإقباض إلا مع القرينة على الخلاف وتسمع^(٤٦١) دعواه لو ادعى المواطاة على الإقرار مع اليمين.

مسألة ٣٧: لو اختلفا في ما عليه الرهن قلة أو كثرة مثل ما لو قال الراهن: الدين مائة دينار وقال المرتهن: إنه أكثر، يقدم قول الراهن.

مسألة ٣٨: لو اختلفا في متاع، فقال المالك أنه وديعة، وقال الممسك أنه رهن يقدم قول المالك مع اليمين.

مسألة ٣٩: لو أذن الراهن في بيع الرهن ورجع، ثم اختلفا فقال المرتهن: رجعت بعد البيع، وقال الراهن بل قبله، يقدم قول المرتهن.

مسألة ٤٠: إذا ادعى الراهن أن العين المرهونة كان فرساً وادعى المرتهن إنها كانت غنماً بطل الرهن^(٤٦٢).

مسألة ٤١: لو اختلفا في رد الرهن فالقول قول الراهن مع يمينه.

مسألة ٤٢: لو اختلف الراهن والمرتهن في القيمة المضمونة بالتفريط فالقول قول الراهن.

(٤٥٨) أي يكون العين المشكوكة أنها من تركته، لان ظاهر اليد يدل على إنها منه.

(٤٥٩) في ضمان الورثة من دون علم بسببه تأمل، والاشبه عدم تحقق الضمان إلا بالعلم بوجوده.

(٤٦٠) ولعل الأوجه الأول والاحوط الثاني أو التراضي.

(٤٦١) معنى ذلك أنه لو ادعى الراهن انه إنما أقر بإقباض الرهينة إلى المرتهن لأنه كان يصعب عليه الإشهاد على عقد الرهن وقت الاقباض فاتفق مع المرتهن على هذا الإقرار فإذا أنكر المرتهن ذلك حلف المرتهن فإن نكل كان الحق مع الراهن وعبارة المتن غير واضحة.

(٤٦٢) بعد الاتفاق على أصل الرهانة يصعب القول بسقوط حق المرتهن حتى يصبح دينه بلا وثيقة فالأشبه تحوله إلى قيمة يتوافق عليها قولهما معاً.

مسألة ٤٣: الرهن الدائرة في المصارف على أقسام: (الأول): ما إذا كان أخذ النقد من المصرف بعنوان القرض، ودفع العين إليه لأجل الرهن على الدين، واشترط المصرف أن يبيع الرهن عند الأجل لاستيفاء دينه وهذا صحيح. (الثاني): هذه الصورة بعينها مع اشتراط الزيادة وأخذ النفع وهذه الصورة باطلة. (الثالث): لو أخذ القرض ودفع الرهن وأعطى الراهن شيئاً للمصرف لأجرة عمل مشروع من دون شرط في عقد الرهانة أصلاً وهذا صحيح. (الرابع): ما إذا كان قرضاً محضاً ورهن عليه من دون شرط الزيادة ولكن أعطى الراهن شيئاً تبرعاً إلى المصرف لأجل أغراض صحيحة مشروعة فإنه يجوز بلا إشكال.

مسألة ٤٤: ينبغي للمسلم أن يكون وثوقه لأخيه المسلم أكثر من وثوقه إلى الرهن خصوصاً إذا كان المرتهن أهل أمانة وثقة.

كتاب الحجر

وهو في الأصل بمعنى المنع، وشرعاً: كون الشخص ممنوعاً في الشرع عن التصرف في ماله بسبب من الأسباب، وهي كثيرة نذكر منها ما هو العمدة وهي ستة: (الأول): الصغر. (الثاني): الجنون. (الثالث): السفه. (الرابع): الفلاس. (الخامس): مرض الموت. (السادس): الرق.

الأول: الصغر

مسألة ١: الصغير—وهو الذي لم يبلغ حد البلوغ—محجور عليه شرعاً لا تنفذ تصرفاته في أمواله ببيع وصلاح وهبة وإقراض وإيداع وإعارة وغيرها في غاية الغبطة والصلاح، بل لا يجدي في الصحة إذن الولي سابقاً ولا إجازته لاحقاً عند المشهور.

مسألة ٢: كما أن الصبي محجور عليه بالنسبة إلى ماله كذلك محجور عليه بالنسبة إلى ذمته، فلا يصح منه الاقتراض ولا البيع والشراء في الذمة بالسلم والنسيئة، وإن كانت مدة الأداء مصادفة لزمان بلوغه، وكذلك بالنسبة إلى نفسه، فلا ينفذ منه التزويج، ولا الطلاق، ولا إجارة نفسه، ولا جعل نفسه عاملاً في المضاربة أو المزارعة أو المساقاة وغير ذلك. نعم يجوز له حيازة المباحات بالاحتطاب والاحتشاش ونحوهما ويملكها بالنية، بل وكذا يملك الجعل في الجعالة بعمله وإن لم يأذن له الولي فيهما.

مسألة ٣: يعرف البلوغ في الذكر والأنثى بأحد أمور ثلاثة:

الأول: نبات الشعر الخشن على العانة ولا اعتبار بالزغب والشعر الضعيف.

الثاني: خروج المنى، سواء خرج يقظة أو نوماً، بجماع أو إحتلام أو غيرهما.

الثالث: السن، وهو في الذكر إكمال خمس عشرة سنة هلالية، وفي الأنثى تسع سنين^(٤٦٣) كذلك.
مسألة ٤: لا يكفي البلوغ في زوال الحجر عن الصبي، بل لابد معه من الرشد وعدم السفه بالمعنى الذي سنبينه.

مسألة ٥: ولاية التصرف في مال الطفل والنظر في مصالحه وشؤونه لأبيه وجده لأبيه، ومع فقدهما للقيم من أحدهما، وهو الذي أوصى أحدهما بأن يكون ناظراً في أمره، ومع فقد الوصي تكون الولاية والنظر للحاكم الشرعي، وأما الأم والجد للأُم والأخ فضلاً عن الأعمام والأخوال، فلا ولاية لهم عليه بحال. نعم الظاهر ثبوتها لعدول المؤمنين مع فقد الحاكم.

مسألة ٦: الظاهر أنه لا يشترط العدالة في ولاية الأب والجد، فلا ولاية للحاكم مع فسقهما، لكن متى ظهر له ولو بقرائن الأحوال الضرر منهما على المولّى عليه عزلهما ومنعهما من التصرف في أمواله، ولا يجب عليه الفحص عن عملهما وتتبع سلوكهما.

مسألة ٧: الأب والجد مستقلان في الولاية، فينفذ تصرف السابق منهما ولغى اللاحق، ولو اقتربا ففي تقديم الجد أو الأب أو عدم الترجيح وبطلان تصرف كليهما وجوه، بل أقوال، فلا يترك الاحتياط^(٤٦٤).

مسألة ٨: الظاهر أنه لا فرق بين الجد القريب والبعيد، فلو كان له أب وجد وأب الجد وجدّ الجد فلكل منهم الولاية.

مسألة ٩: يجوز للولي بيع عقار الصبي مع الحاجة واقتضاء المصلحة، فإن كان البائع هو الأب والجد جاز للحاكم تسجيله وإن لم يثبت عنده أنه مصلحة، وأما غيرهما كالصبي فلا يسجله إلا بعد ثبوت كونه مصلحة عنده على الأحوط.

مسألة ١٠: يجوز للولي المضاربة بمال الطفل وإبضاعه بشرط وثاقة العامل وأمانته، فإن دفعه إلى غيره ضمن.

مسألة ١١: يجوز للولي تسليم الصبي إلى أمين يعلمه الصنعة، أو إلى من يعلمه القراءة والخط والحساب وعلوم العربية وغيرها من العلوم النافعة لدينه ودينه، ويلزم عليه أن يصونه عما يفسد أخلاقه فضلاً عما يضر بعقائده.

مسألة ١٢: يجوز لولي اليتيم إفراجه بالمأكل والملبوس من ماله، وأن يخلطه بعائلته ويحسبه كأحدتهم فيوزع المصارف عليهم على الرؤوس في المأكل والمشروب، وأما الكسوة فيحسب على كل شخص

^(٤٦٣) البلوغ حالة طبيعية في الإنسان وعلاماته كثيرة، والسن مختلف من بلد لآخر، وما هو مذكور في الروايات غالبي، ولعله كان ينطبق على ظروف معينة، والاشبه في بلوغ الصبية مراعاة سائر العلامات، والغالب بلوغها في بلادنا بعد السن التاسع، والأولى مراعاة الاحتياط الذي يختلف أيضاً باختلاف الأحكام.
^(٤٦٤) ومن الاحتياط إرضاء الجد لأنه أول في النكاح حسب الأحاديث.

كسوته، وكذا الحال في اليتامى المتعددين، فيجوز لمن يتولى إنفاقهم إفراد كلٍ وأن يخلطهم في المأكول والمشروب ويوزع المصارف عليهم على الرؤوس دون الكسوة، ويجسب على كل واحد ما يحتاج إليه منها.

مسألة ١٣: إذا كان للصغير مال على غيره جاز للولي أن يصالحه عنه ببعضه مع المصلحة، لكن لا يجلب على المتصالح باقي المال وليس للولي إسقاطه بحال .

مسألة ١٤: ينفق الولي على الصبي بالاقتصاد لا بالإسراف ولا بالتقتير ملاحظاً له عادته ونظراءه، فيطعمه ويكسوه ما يليق بشأنه.

مسألة ١٥: لو ادعى الولي الإنفاق على الصبي أو على ماله أو دوابه بالمقدار اللائق وأنكر بعد البلوغ أصل الإنفاق أو كفيته فالقول قول الولي مع اليمين، إلا أن يكون مع الصبي البينة.

مسألة ١٦: لو أقر الصبي بالبلوغ لا يقبل قوله إلا بالاختبار.

مسألة ١٧: لو شك في بلوغ الصغير يحكم بعدمه، ويقبل قول الولي في الصغر والكبر إن لم يكن معارض في البين.

الثاني: الجنون

مسألة ١: الجنون كالصغير في جميع ما ذكر، نعم في ولاية الأب والجد ووصيهما عليه إذا تجدد جنونه بعد بلوغه ورشده أو كونها للحاكم إشكال، فلا يترك الاحتياط بتوافقهما معاً.

مسألة ٢: الجنون الأدواري في حال جنونه ممنوع عن التصرف، وأما بعد الإفاقة فيكون كالعاقل .

مسألة ٣: البالغ السكران الفاقد للقصد تبطل عباداته ومعاملاته ولا ولاية لأحد عليه، وأما المغمى عليه فقد مر حكمه سابقاً.

مسألة ٤: لا فرق في الجنون بين الاختياري منه - كشراب دواء يوجهه - أو غيره.

الثالث: السفه

السفيه هو الذي ليس له حالة باعثة على حفظ ماله والاعتناء بحاله، يصرفه في غير موقعه، ويتلفه بغير محله، وليست معاملاته مبنية على المكايسه والتحفظ عن المغابنة، لا يبالي بالانخداع فيها، يعرفه أهل العرف والعقلاء بوجدانهم إذا وجدوه خارجاً عن طورهم ومسلكتهم بالنسبة إلى أمواله تحصيلاً وصرفاً.

مسألة ١: السفينة محجور عليه شرعاً لا ينفذ تصرفاته في ماله ببيع وصلاح وإجارة وهبة وإيداع وعارية وغيرها، ولا يتوقف حجره على حكم الحاكم على الأقوى^(٤٦٥) ولا فرق بين أن يكون سفينة متصلاً بزمان صغره أو تجدد بعد البلوغ، فلو كان سفينة ثم حصل له الرشد إرتفع حجره، فإن عاد إلى حالته السابقة حُجِرَ عليه، ولو زالت فك حجره، ولو عاد عاد الحجر عليه وهكذا.

مسألة ٢: ولاية السفينة للأب والجد ووصيهما إذا بلغ سفينة، وفيمن طرأ عليه السفينة بعد البلوغ للحاكم الشرعي^(٤٦٦).

مسألة ٣: كما أن السفينة محجور عليه في أمواله، كذلك في ذمته بأن يتعهد مالياً أو عمالاً، فلا يصح إقتراضه وضمانه، ولا يبيعه وشراؤه بالذمة، ولا إجارة نفسه، ولا جعل نفسه عاملاً في المضاربة أو المزارعة أو المساقاة وغير ذلك.

مسألة ٤: معنى عدم نفوذ تصرفات السفينة عدم استقلاله، فلو كان بإذن الولي أو إجازته صح ونفذ، نعم في مثل العتق والوقف مما لا يجري فيه الفضولية يشكل صحته بالإجازة اللاحقة من الولي، ولو أوقع معاملة في حال سفينة ثم حصل له الرشد فأجازها كانت كإجازة الولي.

مسألة ٥: لا يصح^(٤٦٧) زواج السفينة بدون إذن الولي أو إجازته، لكن يصح طلاقه وظهاره وخلعه، ويقبل إقراره إذا لم يتعلق بالمال كما لو أقر بالنسب أو بما يوجب القصاص ونحو ذلك ولو أقر بالسرقة يقبل في القطع دون المال.

مسألة ٦: لا ريب في صحة عبادات السفينة وعدم توقفها على إذن الولي، وأما العبادات المتوقفة على المال مثل الزكاة والحج فيصح أن يقال بعدم توقف صحتها عليه أيضاً^(٤٦٨).

مسألة ٧: لو وكل شخص السفينة في بيع أو هبة أو إجارة مثلاً جاز ولو كان وكيلاً في أصل^(٤٦٩) المعاملة لا مجرد إجراء الصيغة.

مسألة ٨: لو حلف السفينة أو نذر على فعل شيء أو تركه مما لا يتعلق بماله إنعقد حلفه ونذره، ولو حنث كقَر كسائر ما أوجب الكفارة، كقتل الخطأ أو الإفطار في شهر رمضان، وهل يتعين عليه الصوم لو تمكن منه أو يتخير بينه وبين الكفارة المالية كغيره؟ وجهان، أحوطهما الأول بل لا يخلو من قوة، نعم

^(٤٦٥) فيما يتصل بالسلوك الفردي لا يجوز لمن علم من شخص السفينة أن يتعامل معه في الأمور المالية، أما من الناحية الاجتماعية لا يمكن الحكم على أحد بالسفينة إلا بحكم الحاكم.

^(٤٦٦) هذا هو المشهور كالمجنون والاحوط مع وجودهما التوافق مع الحاكم.

^(٤٦٧) يبدو أن الرشد شرط صحة كل عقد، ولكن انعدامه ليس بدرجة واحدة فما دام الفرد غير سوي السلوك يشكل تصرفه في ذات الموضوع الذي يفقد استواء السلوك عرفاً فيه، ولعل العرف يسمي مثله مجنوناً أو مخلوطاً أو ما أشبهه، وإنما يسمى السفينة في الأمور المالية. ومن هنا فيشكل صحة طلاق أو ظهار من كان سفينة في مثل هذه الأمور أيضاً.

^(٤٦٨) إذا لم يكن في صرفها مظنة السفينة.

^(٤٦٩) إن كان الموكل عارفاً بواقع السفينة فإن توكيله إجازة، وإلا توقفت صحة معاملته على إجازة الموكل.

لو لم يتمكن من الصوم تعين غيره، كما إذا فعل ما يوجب الكفارة المالية على التعيين، كما في كفارات الإحرام كلها أو جلها.

مسألة ٩: لو كان للسفيه حق القصاص^(٤٧٠) جاز أن يعفو عنه بخلاف الدية وأرش الجنائية.

مسألة ١٠: لو اطلع الولي على بيع أو شراء -مثلاً- من السفيه ولم ير المصلحة في إجازته، فإن لم يقع إلا مجرد العقد^(٤٧١) ألغاه، وإن وقع تسليم وتسلم للعوضين فما سلمه إلى الطرف الآخر يسترده ويحفظه، وما تسلمه وكان موجوداً يردّه إلى مالكه، وإن كان تالفاً ضمنه السفيه فعليه مثله أو قيمته لو قبضه بغير إذن من مالكه، وإن كان بإذن منه وتسليمه لم يضمه^(٤٧٢) وقد تلف من مال مالكه، نعم يقوى الضمان لو كان المالك الذي سلمه الثمن أو المبيع جاهلاً بحاله، خصوصاً إذا كان التلف بإتلاف منه. وكذا الحال فيما لو اقترض السفيه وأتلف المال.

مسألة ١١: لو أودع شخص ودیعة عند السفيه فأتلفها ضمنها على الأقوى^(٤٧٣) سواء علم المودع بحاله أو جهل بها، نعم لو تلفت عنده لم يضمه حتى مع تفريطه في حفظها.

مسألة ١٢: لا يُسَلَّم إلى السفيه ماله ما لم يحرز رشده، وإذا أشتبه حاله يختبر بأن يفوض إليه مدة معتدلاً بما بعض الأمور مما يناسب شأنه كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار لمن يناسبه مثل هذه الأمور، والرتق والفتق في بعض الأمور، مثل مباشرة الإنفاق في مصالحة أو مصالح الولي ونحو ذلك فيمن يناسبه ذلك، وفي السفیهة يفوض إليها ما يناسب النساء من إدارة بعض مصالح البيت والمعاملة مع النساء من الإجارة والاستئجار للخياطة أو الغزل أو النساجة وأمثال ذلك، فإن أنس منه الرشد بأن رأى منه المداقة والمكايسة والتحفظ عن المغابنة في معاملاته وصيانة المال من التضييع وصرفه في موضعه وجريه مجرى العقلاء دفع إليه ماله وإلا فلا.

مسألة ١٣: إذا احتتمل حصول الرشد للصبي قبل البلوغ، يجب إختباره قبله ليسلم إليه ماله بمجرد بلوغه لو أنس منه الرشد، وإلا ففي كل زمان احتتمل فيه ذلك عند البلوغ أو بعده، وأما غيره فإن ادعى حصول الرشد له واحتمله الولي يجب إختباره، وإن لم يدع حصوله ففي وجوب الاختبار بمجرد الاحتمال إشكال لا يبعد عدم الوجوب بل لا يخلو من قوة^(٤٧٤).

مسألة ١٥: لو أقر شخص على نفسه بالسفاهة يقبل إقراره إن كان مأموماً فيحجره الحاكم.

^(٤٧٠) في مثل قصاص النفس الذي يتبدل إلى المال يستشكل حق العفو.

^(٤٧١) بل اعتبر لاغياً من دون إجازته.

^(٤٧٢) باعتباره إقداماً منه على الضرر بنفسه وهذا الملاك موجود غالباً لا دائماً.

^(٤٧٣) قد يكون السفيه ممن يحفظ الوديعة فضمانه هو الأقوى، وإن كان ممن لا يبالي بالوديعة لسفه عنده فيشكل الحكم بضمانه لأن المالك قد هنك حرمة ماله بالإبداع عند مثله.

^(٤٧٤) إلا إذا كان الاحتمال قوياً يعنى به العرف لدره خطر الوقوع في الحرام وهو التصرف في مال الإنسان الرشيد.

مسألة ١٦: يثبت السفه بما يثبت به غيره من الموضوعات من العلم والشياخ والبيئة.
مسألة ١٧: قد يصل العبد من جهة الانقطاع إلى الله تعالى إلى حد لا يعتني بالدنيا وما فيها فليس هذا بسفيه وإن اعتبره الناس منه.

الرابع: المفلس

وهو من حجر عليه عن ماله لقصوره عن ديونه^(٤٧٥).

مسألة ١: مَنْ كَثُرَتْ عَلَيْهِ الدَّيُونُ وَلَوْ كَانَتْ أضعاف أمواله يجوز^(٤٧٦) له التصرف فيها بأنواعه ونفذ أمره فيها بأصنافه ولو بإخراجها جميعاً عن ملكه مجاناً أو بعوض ما لم يحجر عليه الحاكم الشرعي، نعم لو كان صلحه عنها أو هبتها مثلاً لأجل الفرار من أداء الديون يشكل الصحة، خصوصاً فيما إذا لم يرج حصول مال آخر له باكتساب ونحوه.

مسألة ٢: لا يجوز الحجر على المفلس إلا بشروط أربعة.

الأول: أن تكون ديونه ثابتة شرعاً.

الثاني: أن تكون أمواله من عروض ونقود ومنافع وديون على الناس—ما عدا مستثنيات الدين—قاصرة عن ديونه.

الثالث: أن تكون الديون حالة فلا حجر عليه لأجل الديون المؤجلة^(٤٧٧) وإن لم يف ماله بما لو حلت، ولو كان بعضها حالاً وبعضها مؤجلاً فإن قصر ماله عن الحالة يحجر عليه وإلا فلا.

الرابع: أن يرجع الغرماء كلهم أو بعضهم إلى الحاكم ويلتمسوا^(٤٧٨) منه الحجر عليه.

مسألة ٣: بعد ما تمت الشروط الأربعة وحجر عليه الحاكم وحكم بذلك، تعلق حق الغرماء بأمواله، ولا يجوز له التصرف فيها بعوض كالبيع والإجارة، وبغير عوض كالوقف والهبة إلا بإذنهم أو إجازتهم، وإنما يمنع عن التصرفات الابتدائية، فلو اشترى شيئاً سابقاً بخيار ثم حجر عليه فالخيار باق وكان له فسخ البيع وإجازته، نعم لو كان له حق مالي سابقاً على الغير ليس له إسقاطه وإبرأؤه كلاً أو بعضاً.

^(٤٧٥) ولعل الأوجه أن يقال: من حجر عن التصرف في أمواله لقصوره عن أداء ديونه.

^(٤٧٦) يشكل الحكم بالجواز إذا كان فيه تضييع لحق الدائنين وظلم لهم، بلى الجواز بمعنى النفاذ صحيح.

^(٤٧٧) إذا رأى الحاكم إن إقامة القسط تتوقف عليه فلا بأس به.

^(٤٧٨) إلا إذا تعلق حق عام بالوضع مثل الفساد الاقتصادي للبلد أو ضياع سمعة البلد مثل إفلاس بنك وما أشبه فيجوز للحاكم إعلان إفلاس المؤسسة المالية حتى قبل طلب الغرماء.

مسألة ٤: إنما يمنع عن التصرف في أمواله الموجودة في زمان الحجر عليه، وأما الأموال المتجددة الحاصلة له بغير إختياره كالإرث، أو باختياره بمثل الاحتطاب والاصطياد وقبول الوصية والهبة ونحو ذلك ففي شمول الحجر لها إشكال^(٤٧٩). نعم لا إشكال في جواز تجديد الحجر عليها.

مسألة ٥: لو أقر بعد الحجر بدين سابق صح وشارك^(٤٨٠) المقر له مع الغرماء. وكذا لو أقر بدين لاحق وأسنده إلى سبب لا يحتاج رضاء الطرفين مثل الإلتاف والجنابة ونحوهما، وأما لو أسنده إلى سبب يحتاج إلى ذلك كالإقتراض والشراء بما في الذمة ونحو ذلك نفذ الإقرار في حقه، لكن لا يشارك المقر له مع الغرماء.

مسألة ٦: لو أقر بعين من الأعيان التي تحت يده لشخص لا إشكال في نفوذ إقراره في حقه، فلو سقط حق الغرماء وانفك الحجر لزمه تسليمها إلى المقر له أخذاً بإقراره، وأما نفوذه في حق الغرماء، بحيث تدفع إلى المقر له في الحال ففيه إشكال والأقوى العدم.

مسألة ٧: بعدما حكم الحاكم بحجر المفلس ومنعه عن التصرف في أمواله يشرع في بيعها وقسمتها بين الغرماء بالحصص وعلى نسبة ديونهم مستثنياً منها مستثنيات الدين وقد مرت في كتاب الدين، وكذا أمواله المرهونة عند الديان لو كان، فإن المرتهن أحق باستيفاء حقه من الرهن الذي عنده ولا يحاصه فيه سائر الغرماء وقد مر في كتاب الرهن.

مسألة ٨: إن كان من جملة مال المفلس عين اشتراها وكان ثمنها في ذمته كان البائع بالخيار^(٤٨١) بين أن يفسخ البيع ويأخذ عين ماله وبين الضرب مع الغرماء بالثمن ولو لم يكن له مال سواها.

مسألة ٩: قيل هذا الخيار على الفور فإن لم يتبادر بالرجوع في العين تعين له الضرب مع الغرماء وهو الأحوط، لكن الظاهر العدم، نعم ليس له الإفراط في تأخير الاختيار بحيث يتعطل أمر التقسيم على الغرماء، فإذا وقع منه ذلك خيّر الحاكم بين الأمرين، فإن امتنع عن اختيار أحدهما ضربه مع الغرماء بالثمن.

مسألة ١٠: يعتبر في جواز رجوع البائع بالعين حلول الدين فلا رجوع لو كان مؤجلاً.

مسألة ١١: لو كانت العين من مستثنيات الدين ليس للبائع أن يرجع إليها على الأظهر^(٤٨٢).

مسألة ١٢: المقرض كالبايع في أن له الرجوع في العين المقترضة لو وجدها عند المقرض، بل وكذا المؤجر فإن له فسخ الإجارة إذا حُجر على المستأجر قبل استيفاء المنفعة.

^(٤٧٩) والأشبه شمول الحكم لها أيضاً لأداء حقوق الناس إليهم.

^(٤٨٠) في المشاركة تأمل وذلك لأن الإقرار يصبح بحق الغير.

^(٤٨١) باعتبار أن المفلس لا يدفع الثمن فله الخيار بفسخ العقد واخذ متاعه.

^(٤٨٢) فيه تردد، بل الأظهر أن له الرجوع لأنه من جملة الخيارات المعتبرة عرفاً.

مسألة ١٣: لو وجد البايع أو المقرض بعض العين المبيعة أو المقترضة كان لهما الرجوع إلى الموجود بحصته من الدين والضرب بالباقي مع الغرماء، كما أن لهما الضرب بتمام الدين معهم، وكذا إذا استوفى المستأجر بعض المنفعة كان للمؤجر فسخ الإجارة بالنسبة إلى ما بقي من المدة بحصتها من الأجرة والضرب مع الغرماء بما قابلت المنفعة الماضية، كما إن له الضرب معهم بتمام الأجرة.

مسألة ١٤: لو زادت في العين المبيعة أو المقترضة زيادة متصلة^(٤٨٣) كالسمن تتبع الأصل فيرجع البايع أو المقرض إلى العين كما هي، وأما الزيادة المنفصلة كالحمل والولد واللبن والتمر على الشجر فهي للمشتري والمقترض، وليس للبايع والمقرض الرجوع إلى الأصل.

مسألة ١٥: لو تعييت العين عند المشتري مثلاً، فإن كان بأفة سماوية أو بفعل المشتري فللبائع أن يأخذها كما هي بدل الثمن^(٤٨٤) وان يضرب بالثمن مع الغرماء، وكذا لو حصل بفعل البايع، وأما إن كان بفعل الأجنبي فالبايع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بتمام الثمن وبين أن يأخذ العين معيياً، وحينئذ فيحتمل أن يضارب الغرماء في جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة الارش إلى قيمة العين، ويحتمل أن يضاربهم في تمام الأرش فإذا كان الثمن عشرة وقيمة العين عشرين وأرش النقصان أربعة (خمس القيمة) فعلى الأول يضاربهم في إثنين وعلى الثاني في أربعة، ولو فرض العكس بأن كان الثمن عشرين والقيمة عشرة وكان الأرش إثنين (خمس العشرة) يكون الأمر بالعكس، يضاربهم في أربعة على الأول وفي إثنين على الثاني، والمسألة محل إشكال فالاحوط^(٤٨٥) للبايع أن يقتصر على أقل الأمرين وهو الاثنان في صورتين.

مسألة ١٦: لو اشترى أرضاً فحدث فيها بناءً أو غرساً ثم فلس، كان للبايع الرجوع إلى أرضه، لكن البناء والغرس للمشتري وليس له حق البقاء ولو بالأجرة، فإن تراضيا على البقاء مجاناً أو بالأجرة وإلا فللبائع إزماءه بالقلع لكن مع دفع الأرش، كما أن للمشتري^(٤٨٦) القلع لكن مع طم الحفر، والاحوط^(٤٨٧) للبايع عدم إزماءه بالقلع والرضا ببقائه ولو بالأجرة إذا أراد المشتري.

مسألة ١٧: لو خلط^(٤٨٨) المشتري مثلاً ما اشتراه بماله، فإن كان بغير جنسه ليس للبايع الرجوع في ماله وبطل حقه من العين. وإن كان بجنسه كان له ذلك سواء خلط بالمساوي أو الأردى أو الأجود،

^(٤٨٣) إن كانت الزيادة يسيرة بحيث لا تعتبر عند العرف ذات مالية فهي تابعة، وإلا فهي ملك للمشتري ويضرب الغرماء فيها.

^(٤٨٤) الظاهر ضمان المشتري لأن يده يد ضامنة ولقاعدة على اليد، ولا مسقط للضمان له والفسخ يكون من حين العقد لا من حينه ولكن على البائع أن يشترك مع الغرماء فيه.

^(٤٨٥) وفي مسائل الضمان الاحوط الرجوع إلى القضاء ثم التراضي.

^(٤٨٦) فيه تأمل.

^(٤٨٧) لا يترك.

^(٤٨٨) قد يقال بالشراكة في القيمة وهو الأشبه.

وبعد الرجوع يشارك المفلس بنسبة مالهما في المقدار، لكن فيما إذا اختلط بالمساوي اقتسماه عيناً بنسبة مالهما وأما في غيره فيباع المجموع ويخص كل منهما من الثمن بنسبة قيمة ماله، فإذا خلط مناً من زيت يسوى درهماً بمن من زيت يسوى درهمين يقسم الثمن بينهما أثلاثاً، وإذا أراد أحدهما البيع ليس للآخر الامتناع، نعم لصاحب الأجود مطالبة القسمة العينية بنسبة مقدار المالكين فإنه قد رضي بدون حقه، وليس للآخر الامتناع ومطالبة البيع وتقسيم الثمن بنسبة القيمة. هذا، ولكن في أصل المسألة وهو كون البائع أحق بماله في صورة الامتزاج عندي تأمل وإشكال، فالأحوط عدم الرجوع إلا مع رضی الغرماء.

مسألة ١٨: لو اشترى غزلاً فنسجه، أو دقيقاً فخبزه، أو ثوباً فقصره أو صبغه، لم يبطل حق البائع من العين على إشكال^(٤٨٩) في الأولين.

مسألة ١٩: غريم الميت كغريم المفلس، فإذا وجد عين ماله في تركته كان له الرجوع إليه، لكن بشرط أن يكون ما تركه وافيّاً بدين الغرماء، وإلا فليس له ذلك بل هو كسائر الغرماء يضرب بدينه معهم وإن كان الميت قد مات محجوراً عليه.

مسألة ٢٠: يجري على المفلس إلى يوم قسمة ماله نفقته وكسوته، ونفقة من يجب عليه نفقته وكسوته على ما جرت عليه عادته، ولو مات قُدِّم كفننه بل وسائر مؤن تجهيزه من السدر والكافور وماء الغسل ونحو ذلك على حقوق الغرماء، ويقتصر على الواجب على الأحوط وإن كان القول باعتبار المتعارف بالنسبة إلى أمثاله لا يخلو^(٤٩٠) من قوة.

مسألة ٢١: لو قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر لم ينقض القسمة على الأقوى^(٤٩١) بل يشارك مع كل منهم على الحساب، فإذا كان مجموع ماله ستين وكان له غريمان يطلب أحدهما ستين والآخر ثلاثين فأخذ الأول أربعين والثاني عشرين، ثم ظهر ثالث يطلب منه عشرة يأخذ من الأول أربعة ومن الثاني اثنين فيصير حصة الأول ستة وثلاثين والثاني ثمانية عشر والثالث ستة يأخذ كل منهم ثلاثة أخماس طلبه وهكذا.

مسألة ٢٢: لو قال المفلس^(٤٩٢) هذا المال أمانة لغائب عندي ولم يكن له بينة يقبل قول المفلس^(٤٩٣) مع اليمين ويقر في يده^(٤٩٤)، ولو قال أنه لحاضر وصدقه دفع إليه وإن أكذبه قسم بين الغرماء.

^(٤٨٩) في الإشكال إشكال يظهر مما مرّ.

^(٤٩٠) حسب التفصيل الذي مرّ في باب تكفين وتجهيز الموتى .

^(٤٩١) فيه تأمل والاشبهه نقض التقسيم وإعادة .

^(٤٩٢) الإقرار طريق عقلائي لإثبات الحقائق، وهو حجة لأنه يورث الثقة عند الغالب، كما اليد وشهادة العدل واليمين وما أشبهه، فإن كانت هناك شبهة أو تحمة أو ما ينقض من قيمة الإقرار فالأشبهه هو إلتماس المزيد من الأدلة المثبتة مثل اليمين وغيره.

^(٤٩٣) إذا أوردت يمينه ما يكفي من الثقة بكلامه وإلا فمشكل.

مسألة ٢٣: إذا باع شقصاً وفلس المشتري كان للشريك المطالبة بالشفعة ويكون البايع أسوة مع الغرماء في الثمن.

مسألة ٢٤: إذا باع شيئاً سلفاً ثم فلس المشتري وحل الأجل، يرجع البايع إلى عين ماله مع وجوده ويضرب مع الغرماء إن كان تالفاً.

مسألة ٢٥: لو جنى على المفلس جان خطأً تعلق حق الغرماء بالدية، وإن كان عمداً كان بالخيار بين القصاص وأخذ الدية إن بذلت له ولا يتعين له قبول الدية^(٤٩٥).

مسألة ٢٦: لا تحل الديون المؤجلة بالحجر وتحل بالموت.

مسألة ٢٧: لو مات المفلس حل ما عليه ولا يحل ما له.

الخامس: المرض

المريض إذا لم يتصل مرضه بموته، فهو كالصحيح يتصرف في ماله بما شاء، وكيف شاء، وينفذ جميع تصرفاته في جميع ما يملكه، إلا فيما أوصى بأن يصرف شيء بعد موته، فإنه لا ينفذ فيما زاد على ثلث ما يتركه، كما أن الصحيح أيضاً كذلك ويأتي تفصيل ذلك في محله، وأما إذا إتصل مرضه بموته لا إشكال في عدم نفوذ وصيته بما زاد على الثلث كغيره، كما أنه لا إشكال في نفوذ عقوده المعاوضية المتعلقة بماله، كالبيع بثمن المثل، والإجارة بأجرة المثل ونحو ذلك. وكذا أيضاً لا إشكال في جواز انتفاعه بماله بالأكل والشرب والإنفاق على نفسه ومن يعوله، والصرف على أضيافه وفي مورد يحفظ شأنه واعتباره وغير ذلك. وبالجملة كل صرف يكون فيه غرض عقلائي مما لا يعد سرفاً وتبذيراً أي مقدار كان، وإنما الإشكال والخلاف في مثل الهبة والعنق والوقف والصدقة والإبراء والصلح بغير عوض ونحو ذلك من التصرفات التبرعية في ماله، مما لا يقابل بالعوض ويكون فيه إضرار بالورثة، وهي المعبر عنها بالمنجزات، وانها هل هي نافذة من الأصل يعني نفوذها وصحتها مطلقاً وإن زادت على ثلث ماله، بل وإن تعلقت بجميع ماله بحيث لم يبق شيء للورثة، أو هي نافذة بمقدار الثلث، فإن زادت يتوقف صحتها ونفوذها في الزائد على إمضاء الورثة، والأقوى هو الأول.

مسألة ١: لا إشكال ولا خلاف في أن الواجبات المالية التي يؤديها المريض في مرض موته كالخمس والزكاة والكفارات تخرج من الأصل.

(٤٩٤) فيه تأمل والأشبه تقديم حق البائع في فسخ العقد وأخذ ماله لأنه أسبق سبباً.

(٤٩٥) الأحوط قبول ذلك باعتبار لزوم أداء دين الناس به، ولكن الأقوى عدم وجوبه.

مسألة ٢: البيع والإجارة المحاباتيان كالمهبة بالنسبة إلى ما حاباه، فيدخلان في المنجزات التي هي محل الإشكال والخلاف، فإذا باع شيئاً يسوى مائة بخمسين فقد أعطى المشتري خمسين كما إذا وهبه.

مسألة ٣: الصدقة وإن كانت من المنجزات كما أشرنا إليه لكن الظاهر أنه ليس منها ما يصدق المريض لأجل شفائه وعافيته، بل هي ملحقة بالمعاوضات فكأن المريض يشتري به حياته وسلامته.

مسألة ٤: لو قلنا بكون المنجزات ينفذ من الثلث يشكل القول به في المرض الذي يطول سنة أو سنتين أو أزيد إلا فيما إذا وقع التصرف في أواخره القريب من الموت، بل ينبغي أن يقتصر على المرض المخوف الذي يكون معرضاً للخطر والهلاك، فمثل حمى يوم خفيف اتفق الموت به على خلاف مجاري العادة يمكن القول بخروجه، كما أنه ينبغي الاقتصار على ما إذا كان الموت بسبب ذلك المرض الذي وقع التصرف فيه، فإذا مات فيه لكن بسبب آخر من قتل أو افتراس سبع أو لدغ حية ونحو ذلك يكون خارجاً.

مسألة ٥: لا يبعد أن يلحق بالمرض حال كونه معرض للخطر والهلاك، كأن يكون في حال المرامات في الحرب، أو في حال إشراف السفينة على الغرق أو كانت المرأة في حال الطلق.

مسألة ٦: لو أقرّ بدين أو عين من ماله في مرض موته لوارث أو أجنبي، فإن كان مأموناً غير متهم نفذ إقراره في جميع ما أقرّ به، وإن كان زائداً على ثلث ماله، بل وإن استوعبه. وإلا فلا ينفذ فيما زاد على ثلثه، والمراد بكونه متهما وجود أمارات يظن معها بكذبه، كأن يكون بينه وبين الورثة معادة يظن معها بأنه يريد بذلك إضرارهم، أو كان له محبة شديدة مع المقر له يظن معها بأنه يريد بذلك نفعه.

مسألة ٧: إذا لم يعلم حال المقر وأنه كان متهماً أو مأموناً ففي الحكم بنفوذ إقراره في الزائد على الثلث وعدمه إشكال^(٤٩٦) فالاحوط التصالح بين الورثة والمقر له.

مسألة ٨: إنما يحسب الثلث في مسألتي المنجزات والإقرار بالنسبة إلى مجموع ما يتركه في زمان موته من الأموال عيناً أو ديناً أو منفعة أو حقاً مالياً يبذل بازائه المال كحق التحجير، وهل تحسب الدية من التركة وتضم إليها ويحسب الثلث بالنسبة إلى المجموع أم لا، وجهان بل قولان، لا يخلو أولهما من الرجحان.

مسألة ٩: ما ذكرنا من عدم النفوذ فيما زاد على الثلث في الوصية وفي المنجزات على القول به إنما هو إذا لم يجز الورثة، وإلا نفذتا بلا إشكال، ولو أجاز بعضهم نفذ بمقدار حصته، ولو أجازوا بعضاً من الزائد عن الثلث نفذ بقدره.

(٤٩٦) ولعل المعيار هو مدى ثقة العرف بمثل إقراره، ولكن ما ذكر في المتن هو الاحوط.

مسألة ١٠: لا إشكال في صحة إجازة الوارث بعد موت المورث، وهل تصح منه في حال حياته بحيث تلزم عليه ولا يجوز له الرد بعد ذلك أم لا، قولان أقواهما الأول، خصوصاً في الوصية وإذا رد في حال الحياة يمكن أن يلحقه الإجازة بعد ذلك على الأقوى.

مسألة ١١: لو تصرف في حال سكرات الموت مع كمال شعوره يصح تصرفاته.

السادس: الرق

وهو ممنوع عن التصرف في ماله إلا بإذن من مولاه .

كتاب الوكالة

وهي (٤٩٧) تولية الغير في إمضاء أمر أو إستنابته في التصرف فيما كان له ذلك، وحيث أنها من العقود تحتاج إلى إيجاب وقبول، ويكفي في الإيجاب كل ما دل على التولية والاستنابة المزبورتين كقوله: "وكلتك" أو "أنت وكيل في كذا" أو "فوضته إليك" أو "إستنتك فيه" ونحوها، بل الظاهر كفاية قوله: "بع داري" مثلاً قاصداً به الاستنابة في بيعها، وفي القبول كل ما دل على الرضا، بل الظاهر أنه يكفي فيه فعل ما وكل فيه، كما إذا أوكله في بيع شيء فباعه أو شراء شيء فاشتراه له، بل يقوى وقوعها بالمعاطاة بأن سلم إليه متاعاً ليبيعه فتسلمه لذلك، بل لا يبعد تحققها بالكتابة من طرف الموكل والرضا بما فيها من طرف الوكيل، وإن تأخر وصولها إليه مدة، فلا يعتبر فيه الموالاة بين إيجابها وقبولها. وبالجملة يتسع الأمر فيها بما لا يتسع في غيرها من العقود، حتى أنه لو قال الوكيل: "أنا وكيلك في بيع دارك" مستفهماً فقال: "نعم" صح وتم، وإن لم نكتف بمثله في سائر العقود.

مسألة ١: يشترط فيها التنجيز بمعنى عدم تعليق أصل الوكالة بشيء، كأن يقول مثلاً: إذا قدم زيد وجاء رأس الشهر وكلتك أو أنت وكيل في أمر كذا.

(٤٩٧) وهي عقد يخول أحد بموجبه صلاحية لآخر.

نعم لا بأس بتعليق متعلق الوكالة والتصرف الذي إستنبأه فيه، كما لو قال: "أنت وكيل في أن تبيع داري إذا قدم زيد، ووكلتك في شراء كذلك في وقت كذا"^(٤٩٨).

شروط الموكل والوكيل

مسألة ٢: يشترط في كل من الموكل والوكيل: البلوغ والعقل والقصد والاختيار، فلا يصح التوكيل ولا التوكل من الصبي والمجنون والمكره، وفي الموكل كونه جائز التصرف فيما وكل فيه، فلا يصح توكيل المحجور عليه لسفه أو فلس فيما حجر عليهما فيه دون ما لم يحجر عليهما فيه كالطلاق ونحوهما، وفي الوكيل كونه متمكناً عقلاً وشرعاً من مباشرة ما توكل فيه، فلا تصح وكالة المحرّم فيما لا يجوز له كابتياح الصيد وإمساكه وإيقاع عقد النكاح.

مسألة ٣: لا يشترط في الوكيل الإسلام، فتصح وكالة الكافر بل والمرتد وإن كان عن فطرة عن المسلم والكافر، إلا فيما لا يصح وقوعه من الكافر كابتياح مصحف أو مسلم على إشكال فيما إذا كان لمسلم، وكاستيفاء حق أو مخاصمة مع مسلم على تردد خصوصاً إذا كان لمسلم^(٤٩٩).

مسألة ٤: تصح وكالة المحجور عليه لسفه أو فلس من غيرهما ممن لا حجر عليه لاختصاص ممنوعيتهما بالتصرف في أموالهما.

مسألة ٥: لو جوزنا للصبي بعض التصرفات في ماله كالوصية بالمعروف لمن بلغ عشر سنين، كما يأتي، جاز له التوكيل فيما جاز له.

مسألة ٦: ما كان شرطاً في الموكل والوكيل ابتداءً شرط فيهما استدامة، فلو جتا أو أغمي عليهما^(٥٠٠) أو حجر على الموكل بالنسبة إلى ما وكل فيه بطلت الوكالة، ولو زال المانع إحتاج عودها إلى توكيل جديد.

شروط الموكل فيه وموارده

مسألة ٧: يشترط فيما وكل فيه أن يكون سائغاً في نفسه وأن يكون للموكل السلطنة شرعاً على إيقاعه، فلا توكيل في المعاصي كالغصب والسرقه والقمار ونحوهما، ولا فيما ليس له السلطنة على إيقاعه

^(٤٩٨) والمعيار أن لا يكون هناك تردد عند العاقد في أصل العقد حتى يتناقى مع روح العقد القاضية بالالتزام.

^(٤٩٩) إذا لم يصدق عليه أنه من السبيل المنفي فلا بأس .

^(٥٠٠) فيه تأمل فيما لم يفقد بالإغماء أهلية التصرف، مثل الإغماء الموقت لإجراء عملية جراحية فإنه لا يفقد صلاحية التصرف عرفاً.

كبيع مال الغير من دون ولاية له عليه، ولا يعتبر القدرة عليه خارجاً مع كونه مما يصح وقوعه منه شرعاً، فيجوز لمن لم يقدر على أخذ ماله من غاصب أن يوكل في أخذه منه من يقدر عليه.

مسألة ٨: إذا لم يتمكن شرعاً أو عقلاً من إيقاع أمر إلا بعد حصول أمر غير حاصل حين التوكيل، كتطبيق امرأة لم تكن في حالته، وتزويج من كانت مزوجة أو معتدة، وإعتاق عبد غير مملوك له ونحو ذلك، لا إشكال في جواز التوكيل فيه تبعاً لما تمكن منه، بأن يوكله في إيقاع المرتب عليه ثم إيقاع ما رتب عليه، بأن يوكله مثلاً في تزويج امرأة له ثم طلاقها، أو شراء عبد له ثم إعتاقه، أو شراء مال ثم بيعه، ونحو ذلك^(٥٠١) وأما التوكيل فيه إستقلالاً من دون التوكيل في المرتب عليه ففيه إشكال، بل الظاهر عدم الصحة من غير فرق بين ما كان المرتب عليه غير قابل للتوكيل، كإنقضاء العدة، وبين غيره، فلا يجوز أن يوكل في تزويج المعتدة بعد انقضاء العدة، والمزوجة بعد طلاق زوجها، أو بعد موته، وكذا في طلاق زوجة سينكحها، أو إعتاق عبد سيملكه، أو بيع متاع سيشتريه ونحو ذلك.

مسألة ٩: يشترط في الموكل فيه أن يكون قابلاً للنيابة، بأن لم يعتبر في مشروعية وقوعه عن الإنسان إيقاعه بالمباشرة، كالعبادات البدنية من الطهارات الثلاث والصلاة والصيام فرضها ونفلها، دون المالية منها كالزكاة والخمس والكفارات، فإنه لا يعتبر فيها المباشرة فيصح التوكيل والنيابة فيها إخراجاً وإيصلاً إلى مستحقيها.

مسألة ١٠: يصح التوكيل في جميع العقود، كالبيع والصلح والإجارة والهبة والعارية والوديعة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والقرض والرهن والشركة والضمان والحوالة والكفالة والوكالة والنكاح، إيجاباً وقبولاً في الجميع، وكذا في الوصية والوقف، وفي الطلاق والإعتاق والإبراء والأخذ بالشفعة وإسقاطها وفسخ العقد في موارد ثبوت الخيار وإسقاطه. نعم، الظاهر أنه لا يصح التوكيل في الرجوع إلى المطلقة في الطلاق الرجعي^(٥٠٢) كما أنه لا يصح في اليمين والندب، والعهد واللعان والإيلاء والظهار والشهادة والإقرار^(٥٠٣) على إشكال في الأخير.

مسألة ١١: يصح التوكيل في القبض والاقباض في موارد لزومهما، كما في الرهن والقرض والصرف بالنسبة إلى العوضين والسلم بالنسبة إلى الثمن وفي إبقاء الديون واستيفائها وغيرها.

مسألة ١٢: يجوز التوكيل في الطلاق، غائباً كان الزوج أم حاضراً، بل يجوز توكيل الزوجة في أن تطلق نفسها^(٥٠٤) أو بأن توكل الغير عن الزوج أو عن نفسها.

(٥٠١) مثل إعطاء وكالة مطلقة في أموره ومنها ذلك الذي لم يقع.

(٥٠٢) بلى يجوز التوكيل في الإعلان عن الرجوع.

(٥٠٣) كذلك في الشهادة والإقرار بجوز التوكيل في الإعلان عنهما.

(٥٠٤) إذا لم يتناف مع حق الطلاق المخصوص بالزوج على تفصيل سيأتي أن شاء الله في باب الطلاق.

مسألة ١٣: يجوز الوكالة والنيابة في حيازة المباح كالاستقاء والاحتطاب والاحتشاش وغيرها، فإذا وكل واستتاب شخصاً في حيازتها وقد حازها بعنوان النيابة عنه كانت بمنزلة حيازة المنوب عنه وصار ما حازه ملكاً له .

مسألة ١٤: يشترط في الموكل فيه التعيين، بأن لا يكون مجهولاً أو مبهماً، فلو قال وكلتك من غير تعيين أو على أمر من الأمور أو على شيء مما يتعلق به ونحو ذلك لم يصح، نعم لا بأس بالتعميم أو الإطلاق كما انفصله.

أقسام الوكالة وأحكامها

مسألة ١٥: الوكالة إما خاصة وإما عامة وإما مطلقة، فالأولى ما تعلق بتصرف معين في شخص معين، كما إذا وكله في شراء عبد شخصي معين وهذا مما لا إشكال في صحته، وأما الثانية فإما عامة من جهة التصرف وخاصة من جهة متعلقه، كما إذا وكله في جميع التصرفات الممكنة في داره المعينة من بيعها وهبتها وإجارتها وغيرها، وإما بالعكس، كما إذا وكله في بيع جميع ما يملكه، وإما عامة من كلتا الجهتين كما إذا وكله في جميع التصرفات الممكنة في جميع ما يملكه أو في إيقاع جميع ما كان له فيما يتعلق به بحيث يشمل التزويج له وطلاق زوجته، وكذا الثالثة قد تكون مطلقة من جهة التصرف خاصة من جهة متعلقه، كما إذا وكله في أنه إما أن يبيع داره المعينة بيعاً لازماً أو خيارياً أو يرهنها أو يؤجرها وأوكل التعيين إلى نظره، وقد تكون بالعكس كما إذا احتاج إلى بيع أحد أملاكه من داره أو عقاره أو دوابه أو غيرها فوكل شخصاً في أن يبيع أحدها وفوض الأمر في تعيينه بنظره ومصالحته، وقد تكون مطلقة من كلتا الجهتين كما إذا وكله في إيقاع أحد العقود المعاوضية من البيع أو الصلح أو الإجارة مثلاً على أحد أملاكه من داره أو دكانه أو خانة مثلاً وأوكل التعيين من الجهتين إلى نظره، والظاهر صحة الجميع وإن كان بعضها لا يخلو من مناقشة لكنها مندفة.

مسألة ١٦: قد مر أنه يعتبر في الموكل فيه التعيين ولو بالإطلاق أو التعميم، فإنهما أيضاً نحو من التعيين، ويقتصر الوكيل في التصرف على ما شمله عقد الوكالة صريحاً أو ظاهراً ولو بمعونة القرائن الحالية أو المقالية، ولو كانت هي العادة الجارية على أن من يوكل في أمر كذا يريد ما يشمل كذا، كما إذا وكله في البيع بالنسبة إلى تسليم المبيع، أو في الشراء بالنسبة إلى تسليم الثمن دون قبض الثمن والمثمن، إلا إذا شهدت قرائن الأحوال بأنه قد وكله في البيع أو الشراء بجميع ما يترتب عليهما.

مسألة ١٧: لو خالف الوكيل عما عين له وأتى بالعمل على نحو لم يشمل عقد الوكالة، فإن كان مما يجري فيه الفضولية كالعقود، توقفت صحته على إجازة الموكل وإلا بطل، ولا فرق في ذلك بين أن يكون

التخالف بالمباينة كما إذا وكله في بيع داره فأجرها، أو ببعض الخصوصيات كما إذا وكله في أن يبيع نقداً فباع نسيئة أو بالعكس، أو يبيع بخيار فباع بدونه أو بالعكس، أو يبيعه من فلان فباعه من غيره وهكذا ، نعم لو علم شمول التوكيل لفاقد الخصوصية أيضاً صح، كما إذا وكله في أن يبيع السلعة بدينار فباعها بدينارين، حيث أن الظاهر عرفاً بل المعلوم من حال الموكل أن تحديد الثمن بدينار إنما هو من طرف النقيصة فقط لا من طرف النقيصة والزيادة معاً، فكأنه قال إن ثمنها لا ينقص عن دينار، نعم لو فرض وجود غرض صحيح في التحديد به زيادة ونقيصة كان بيعها بالزيادة كبيعها بالنقيصة فضولياً يحتاج إلى الإجازة، ومن هذا القبيل ما إذا وكله في أن يبيعها في سوق مخصوصة بثمن معين فباعها في غيرها بذلك الثمن، فربما يفهم عرفاً أنه ليس الغرض إلا تحصيل الثمن فيكون ذكر السوق المخصوص من باب المثال، ولو فرض احتمال وجود غرض عقلائي في تعيينها احتمالاً معتاداً به، لم يجز التعدي عنه .

مسألة ١٨: لو وكل امرأة زوجها في شيء أو بالعكس ثم حصل الطلاق بينهما تبقى الوكالة على حالها إلا أن تكون قرينة في البين على إرتباط بقائها ببقاء الزوجية.

مسألة ١٩: يجوز للولي كالأب والجد للصغير أن يوكل غيره فيما يتعلق بالمولى عليه مما له الولاية فيه.

مسألة ٢٠: لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره في إيقاع ما توكل فيه، لا عن نفسه ولا عن الموكل، إلا بإذن الموكل، ويجوز بإذنه بكلا النحويين، فإن عين الموكل في إذنه أحدهما بأن قال مثلاً: "وكل غيرك عني أو عنك" فهو المتبع ولا يجوز له التعدي عما عينه، ولو أطلق فإن وكله في أن يوكل كما إذا قال مثلاً " وكتلك في أن توكل غيرك" فهو إذن في توكيل الغير عن الموكل، وإن كان مجرد الأذن فيه كما إذا قال: "وكل غيرك" فهو إذن في توكيله عن نفسه (٥٠٥) على تأمل.

مسألة ٢١: لو كان الوكيل الثاني وكياً عن الموكل كان في عرض الوكيل الأول ، فليس له أن يعزله ولا يعزل بانعزاله، بل لو مات الأول يبقى الثاني على وكالته، وأما لو كان وكياً عن الوكيل كان له أن يعزله وكانت وكالته تبعاً لوكالته، فينعزل بانعزاله أو بدونه، وهل للموكل أن يعزله حتى من دون أن يعزل الوكيل الأول لا يبعد أن يكون له ذلك (٥٠٦).

مسألة ٢٢: يجوز أن يتوكل إثنان فصاعداً عن واحد في أمر واحد، فإن صرح الموكل بانفرادهما جاز لكل منهما الاستقلال في التصرف من دون مراجعة الآخر، وإلا لم يجز الانفراد لأحدهما ولو مع غيبة صاحبه أو عجزه، سواء صرح بالانضمام والاجتماع أو أطلق، بأن قال مثلاً وكتلكما أو إنتما وكيلاي ونحو ذلك، ولو مات أحدهما بطلت الوكالة رأساً مع شرط الاجتماع أو الإطلاق المنزل منزلته، وبقي وكالة الباقي فيما لو صرح بالانفراد (٥٠٧).

(٥٠٥) إن كانت هناك قرائن أو أعراف معتمدة واضحة فهي المرجع، وإلا فيشكل أصل صحة الوكالة، إذ توجب الغرر فالاحوط توضيح كل ذلك في أصل الوكالة.

(٥٠٦) بل هو بعيد لمخالفته لوكالته المفروضه فيها للوكيل.

(٥٠٧) المعيار في كل ذلك العرف، وفي حال عدم وجوده فالمعيار هو ما يذكر في أصل العقد ومن دونه تشكل صحته.

مسألة ٢٣: الوكالة عقد جائز من الطرفين، فللوكيل أن يعزل نفسه مع حضور الموكل وغيبته، وكذا للموكل أن يعزله لكن انعزاله بعزله مشروط ببلوغه إياه، فلو أنشأ عزله ولكن لم يطلع عليه الوكيل لم يعزل، فلو أمضى أمراً قبل أن يبلغه العزل ولو بإخبار ثقة كان ماضياً نافذاً.

مسألة ٢٤: تبطل الوكالة بموت الوكيل، وكذا بموت الموكل وإن لم يعلم الوكيل بموته، وبعرض الجنون والإغماء^(٥٠٨) على كل منهما، وأما الحجر على الموكل فتبطل الوكالة أيضاً إن كان موردها التصرفات المالية في مال الموكل، وتبطل ما تعلقت به الوكالة، وبفعل الموكل ما تعلقت به الوكالة، كما لو وكله في بيع سلعة ثم باعها، أو فعل ما ينافيه كما لو وكله في بيع عبد ثم أعتقه .

مسألة ٢٥: كل مورد تبطل الوكالة فيه، يجب على الوكيل دفع العين الموكل فيه إلى الموكل فوراً وإلا ضمن لو تلف، وأما لو لم يتمكن من الفورية وتلف حينئذ فلا ضمان عليه.

مسألة ٢٦: يجوز التوكيل في الخصومة والمرافعة، فيجوز لكل من المدعي والمدعى عليه أن يوكل شخصاً عن نفسه، بل يكره لذوي المرات من أهل الشرف والمناصب الجليلة أن يتولوا المنازعة والمرافعة بأنفسهم، خصوصاً إذا كان الطرف بذية اللسان، ولا يعتبر رضى صاحبه فليس له الامتناع عن خصومة الوكيل.

مسألة ٢٧: الوكيل في الخصومة، إن كان وكيلاً عن المدعي كانت وظيفته بث الدعوى على المدعى عليه عند الحاكم، وإقامة البينة، وتعديلها، وتحليف المنكر، وطلب الحكم على الخصم، والقضاء عليه، وبالجملة كل ما يقع وسيلة إلى الإثبات، وأما الوكيل عن المدعى عليه فوظيفته الإنكار، والطعن على الشهود، وإقامة بينة الجرح، ومطالبة الحاكم بسماعها، والحكم بها وبالجملة عليه السعي في الدفع ما أمكن.

مسألة ٢٨: لو إدعى منكر الدين مثلاً في أثناء مرافعة وكيله ومدافعتة عنه، والأداء والإبراء إنقلب مدعياً وصارت وظيفة وكيله إقامة البينة على هذه الدعوى، وطلب الحكم بها من الحاكم، وصارت وظيفة وكيل خصمه الإنكار والطعن في الشهود وغير ذلك.

مسألة ٢٩: لا يقبل إقرار الوكيل في الخصومة على موكله^(٥٠٩) فلو أقر وكيل المدعى القبض أو الإبراء أو قبول الحوالة أو المصالحة أو بأن الحق مؤجل أو أن البينة فسقة، أو أقر وكيل المدعى عليه بالحق للمدعى لم يقبل وبقيت الخصومة على حالها، سواء أقر في مجلس الحكم أو في غيره، لكن يعزل وتبطل وكالته وليس له المرافعة، لأنه بعد الإقرار ظالم في الخصومة بزعمه.

(٥٠٨) سبق الحديث فيه.

(٥٠٩) إلا إذا قلنا بأن الإقرار أيضاً قابل للوكالة وكان الوكيل مفوضاً فيه أيضاً فيكون إقراره مثل إقرار موكله.

مسألة ٣٠: الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح عن الحق ولا الإبراء منه، إلا أن يكون وكيلاً في ذلك أيضاً بالخصوص.

مسألة ٣١: يجوز أن يوكل إثنين فصاعداً في الخصومة كسائر الأمور، فإن لم يصرح باستقلال كل واحد منهما لم يستقل بها أحدهما، بل يتشاوران ويتباصران ويعضد كل واحد منهما صاحبه ويعينه على ما فوض إليهما.

مسألة ٣٢: إذا وكل الرجل وكيلاً بحضور الحاكم في خصوماته واستيفاء حقوقه مطلقاً أو في خصومة شخصية، ثم قدم الوكيل خصماً لموكله ونشر الدعوى عليه، يسمع الحاكم دعواه عليه، وكذا إذا ادعى عند الحاكم أن يكون وكيلاً في الدعوى وأقام البينة عنده على وكالته، وأما إذا ادعى الوكالة من دون بينة عليها فإن لم يحضر خصماً عنده أو أحضر ولم يصدقه في وكالته لم يسمع دعواه، وأما إذا صدقه فيها فالظاهر أنه يسمع دعواه، لكن لم يثبت بذلك وكالته عن موكله بحيث يكون حجة عليه، فإذا قضت موازين القضاء بحقية المدعي يلزم المدعى عليه بالحق، وإما إذا قضت بحقية المدعى عليه فالمدعى على حجته، فإذا أنكر الوكالة تبقى دعواه على حالها.

مسألة ٣٣: إذا وكله في الدعوى وتثبت حقه على خصمه وثبته، لم يكن له قبض الحق فللمحكوم عليه أن يمتنع عن تسليم ما ثبت عليه إلى الوكيل.

مسألة ٣٤: لو وكله في استيفاء حق له على غيره، فجحده من عليه الحق، لم يكن للوكيل مخاصمته والمرافعة معه وتثبيت الحق عليه ما لم يكن وكيلاً في الخصومة.

مسألة ٣٥: لو نذر أن لا يتصدى الوكالة، فوكله غيره وقبل وأتى بموردها، فعل حراماً ويجب عليه الكفارة ولكن يصح ما فعله.

مسألة ٣٦: يجوز التوكيل بجعل وبغير جعل، وإنما يستحق الجعل فيما جعل له الجعل بتسليم العمل الموكل فيه، فلو وكله في البيع أو الشراء وجعل له جعلاً كان للوكيل مطالبة الموكل به بمجرد إتمام المعاملة وإن لم يتسلم الموكل الثمن أو المثمن، وكذا لو وكله في المرافعة وتثبيت حقه إستحق الجعل بمجرد إتمام المرافعة وثبوت الحق وإن لم يتسلمه الموكل.

مسألة ٣٧: لو وكله في قبض دينه من شخص فمات قبل الأداء، لم يكن له مطالبة وارثه. نعم، لو كانت عبارة الوكالة شاملة له، كما لو قال إقبض حقي الذي على فلان، كان له ذلك.

مسألة ٣٨: لو وكله في استيفاء دينه من زيد، فحاء إلى زيد للمطالبة، فقال زيد للوكيل: خذ هذه الدراهم واقض بها دين فلان، يعني موكله، فأخذها صار الوكيل وكيل زيد في قضاء دينه، وكانت الدراهم باقية على ملك زيد ما لم يقبضها صاحب الدين، فلزيد إستردادها مادامت في يد الوكيل، ولو تلفت عنده بقي الدين بحاله، ولو قال خذها عن الدين الذي تطالبني به لفلان فأخذها كان قابضاً للموكل وبرئت ذمة زيد وليس له الاسترداد.

مسألة ٣٩: الوكيل أمين بالنسبة إلى ما في يده لا يضمنه إلا مع التفريط أو التعدي، كما إذا لبس ثوباً توكل في بيعه، أو حمل على دابة توكل في بيعها، لكن لا تبطل بذلك وكالته، فلو باع الثوب بعد لبسه صح بيعه وإن كان ضامناً له لو تلف قبل أن يبيعه، وبتسليمه إلى المشتري يبرأ عن ضمانه.

مسألة ٤٠: لو وكله في إيداع مال فأودعه بلا إشهاد فجدد الودعي، لم يضمنه الوكيل إلا إذا وكله في أن يودعه عنده مع الإشهاد^(٥١٠)، وكذا الحال فيما لو وكله في قضاء دينه فأداه بلا إشهاد وأنكر الدائن.

مسألة ٤١: إذا وكله في بيع سلعة أو شراء متاع، فإن صرح بكون البيع أو الشراء من غيره أو بما يعم نفسه فلا إشكال، وإن أطلق وقال أنت وكيل في أن تباع هذه السلعة أو تشتري لي المتاع الفلاني، فهل يعم نفس الوكيل فيجوز أن يبيع السلعة من نفسه أو يشتري له المتاع من نفسه أم لا؟ وجهان بل قولان، أقواهما الأول وأحوطهما الثاني^(٥١١).

مسألة ٤٢: لو تعدى الوكيل في مورد الوكالة ثم تاب وتلف العين بعد التوبة فالاحوط^(٥١٢) الضمان.

مسألة ٤٣: لو اشتبه الوكيل في مورد الوكالة وأوجب خسارة على الموكل ففي ضمانه وجه^(٥١٣).

مسألة ٤٥: تثبت الوكالة بالعلم والبينة وإقرار الموكل ولا يثبت بغير ذلك إلا إذا أفاد العلم^(٥١٤).

مسألة ٤٦: يجوز للمالك أن يوكل غير الأمين في مال نفسه دون مال غيره كمال القصر والوقف وغيرهما^(٥١٥).

مسألة ٤٧: لو اتفقا في أصل الوكالة واختلفا في ما هو دائر بين المتباينين، أو بين الأقل والأكثر، أو بين المطلق والمقيد يقدم قول الموكل^(٥١٦).

مسألة ٤٨: لو اختلفا في العمل بمورد الوكالة، فقال الموكل: ما عملت فيه، وقال الوكيل: بل عملت بما وكلتني فيه، يقدم قول الوكيل.

^(٥١٠) أو كان ذلك عرفاً شائعاً فخالفه.

^(٥١١) لا يترك مع الانصراف في عقد الوكالة إلى غيره.

^(٥١٢) وإن كان الأشبه عدم الضمان.

^(٥١٣) وجهه، خصوصاً إذا نسب التلف إليه فتشمله قاعدة: من أتلف...

^(٥١٤) أو الوثوق العربي بالصدق فهو من الاستيلاء الذي أمرنا به في مثل هذه الموارد.

^(٥١٥) فلا يجوز لعدم المصلحة ولأن الولاية مشروطة بالمصلحة، أما إذا كانت هناك مصلحة فيجوز، مثل ما إذا كان التوكيل لحاكم ظالم قد يعتدي على مال القصر ولكنه بالوكالة يحافظ على أنفسهم وما أشبه.

^(٥١٦) فيما إذا كان الأصل معه، أما إذا ادعى الموكل أن الوكيل كان وكيلاً في الأكثر وادعى الوكيل أنه كان في الأقل فالأمر مختلف لأن الأصل فيه مع الوكيل.

مسألة ٤٩: إذا وكله في شراء شيء واختلفا في قدر الثمن، فقال الوكيل: إشتريته بكذا، وقال الموكل: إشتريته بأقل منه، يقدم قول الوكيل، وكذا لو اختلفا في تصرف الوكيل وعمله بما وكل فيه من بيع أو شراء أو قبض حق أو وفاء دين أو نحو ذلك وعدمه يقدم قول الوكيل أيضاً .

مسألة ٥٠: لو اشترى الوكيل شيئاً، فقال الموكل: إشتريته لي، وقال الوكيل: إنما إشتريته لغيرك أو لنفسي، قدم قوله مع اليمين.

مسألة ٥١: إذا اختلفا في الوكالة فالقول قول منكرها، ولو اختلفا في التلف أو في تفريط الوكيل فالقول قول الوكيل، وإذا اختلفا في دفع المال إلى الموكل فالظاهر أن القول قول الموكل خصوصاً إذا كانت يجعل، وكذا الحال فيما إذا اختلف الوصي والموصى له في دفع المال الموصى به إليه، والأولياء حتى الأب والجد إذا اختلفوا مع المولى عليه بعد زوال الولاية عليه في دفع ماله إليه، فإن القول قول المنكر في جميع ذلك، نعم لو اختلف الأولياء مع المولى عليهم في الإنفاق عليهم أو على ما يتعلق بهم في زمان ولايتهم فالظاهر أن القول قول الأولياء بيمينهم.

كتاب الإقرار

وهو (٥١٧) الإخبار الجازم بحق لازم على المخبر أو بنفي حق له، كقوله: له أو لك علي كذا، أو عندي أو في ذمتي كذا، أو هذا الذي في يدي لفلان، أو ليس لي حق على فلان وما أشبه ذلك، بأي لغة كان، بل يصح إقرار العربي بالعجمي وبالعكس والهندي والتركي وبالعكس إذا كان عالماً بمعنى ما تلفظ به في تلك اللغة، والمعتبر فيه الجزم بمعنى عدم إظهار التردد وعدم الجزم به، فلو قال "أظن أو أحتمل أنك تطلبني كذا" لم يكن إقراراً .

مسألة ١: يعتبر في صحة الإقرار، بل في حقيقته وأخذ المقر بإقراره، كونه دالاً على الإخبار المزبور بالصراحة أو الظهور، فإن احتمل إرادة غيره احتمالاً يخل بظهوره عند أهل المحاورة لم يصح، وتشخيص ذلك راجع إلى العرف وأهل اللسان كسائر التكلمات العادية، وكل كلام ولو لخصوصية مقام يفهم منه أهل اللسان أنه قد أخبر بثبوت حق عليه أو سلب حق عن نفسه من غير تردد كان ذلك إقراراً، وكل ما لم يفهم منه ذلك من جهة تطرق الاحتمال الموجب للتردد والإجمال لم يكن إقراراً.

مسألة ٢: لا يعتبر في الإقرار صدوره من المقر ابتداءً وكونه مقصوداً بالإفادة، بل يكفي كونه مستفاداً من تصديقه لكلام آخر، واستفادة ذلك من كلامه بنوع من الاستفادة كقوله (نعم) أو (بلى) أو (أجل) في جواب من قال: (لي عليك كذا)، أو قال: (أليس لي عليك كذا) وكقوله في جواب من قال:

(٥١٧) أو هو: الشهادة على النفس بحق أو نفي حق للآخر وهو نوع تعهد له فلذلك الخلق بالإنشائيات.

(استقرضت ألفاً) أو (لي عليك ألف)، (رددتها) أو (أديتها) لأنه إقرار منه بأصل ثبوت الحق عليه ودعوى منه بسقوطه، ومثل ذلك ما إذا قال في جواب من قال (هذه الدار التي تسكنها لي)، (اشتريتها منك) فإن الإخبار بالإشارة اعتراف منه بثبوت الملك له ودعوى منه بانتقالها إليه، ومن ذلك ما إذا قال لمن يدعي ملكية شيء معين "ملكني"، نعم قد توجد قرائن على أن تصديقه لكلام الآخر ليس تصديقاً حقيقياً له فلم يتحقق الإقرار، بل دخل في عنوان الإنكار، كما إذا قال - في جواب من قال: لي عليك ألف دينار-: نعم أو صدقت، محرراً رأسه مع صدور حركات منه دلت على أنه في مقام الاستهزاء والتهكم وشدة التعجب والإنكار.

مسألة ٣: يشترط في المقرّ به أن يكون أمراً لو كان المقرّ صادقاً في إخباره كان للمقر له حق إلزام عليه ومطالبته به^(٥١٨) بأن يكون مالا في ذمته عيناً أو منفعة أو عملاً، أو ملكاً تحت يده، أو حقاً يجوز مطالبته كحق الشفعة والخيار والقصاص وحق الاستطراق في درب، وإجراء الماء في نهر، ونصب الميزاب على ملك، ووضع الجذوع على حائط، أو يكون نسباً أوجب نقصاً في الميراث أو حرماناً في حق المقر وغير ذلك.

مسألة ٤: يشترط في المقر له أن يكون ممن يملك المقر به، فلا يصح الإقرار لمسلم بخمر أو خنزير.

مسألة ٥: إنما ينفذ الإقرار بالنسبة إلى المقر ويمضي عليه فيما يكون ضرراً عليه، لا بالنسبة إلى غيره، ولا فيما يكون فيه نفع المقر إذا لم يصدقه الغير، فإذا أقر بزوجة امرأة لم تصدقه تثبت الزوجية بالنسبة إلى وجوب إنفاقها عليه^(*) لا بالنسبة إلى وجوب تمكينها منه.

مسألة ٦: يصح الإقرار بالمجهول والمبهم ويقبل من المقرّ، ويلزم ويطلب بالتفسير والبيان ورفع الإبهام، ويقبل منه ما فسره به ويلزم به لو طابق التفسير مع المبهم بحسب العرف واللغة وأمكن بحسبهما أن يكون مراداً منه، فلو قال: لك علي شيء، ألزم التفسير فإذا فسره بأي شيء كان مما يصح أن يكون في الذمة على العهدة يقبل منه وإن لم يكن متمولاً كحبة من حنطة^(٥١٩) وأما لو قال: لك علي مال، لم يقبل منه إلا إذا كان ما فسره به من الأموال، لا مثل حبة من حنطة أو حفنة من تراب أو الخمر أو الخنزير.

مسألة ٧: لو قال: لك أحد هذين، مما كان تحت يده، أو: لك عليّ إما وزنة من حنطة أو شعير، ألزم بالتفسير وكشف الإبهام، فإن عين الزم به ولا يلزم بغيره، فإن لم يصدقه المقر له وقال ليس لي ما

^(٥١٨) هذا في الحقوق المالية، أما في غيرها مثل الاعتراف بالغبية، أو التحامل عليه بحمية، أو إضاعة حق لا بدل له أو لا مالية له، فهو أيضاً إقرار ولكنه ليس مالياً فلا يلزم.

^(*) أي وجوب نفقتها عليه.

^(٥١٩) هذا مجرد التمثيل، وإلا فقد لا يقبل من شخص يعترف بان للآخر عليه شيئاً تفسيره بالحبة من الحنطة بل ولا بقلم وكتاب حسب شأن المقر والمقر له، فالقارئ الحالية والمقالية ذات أثر حاسم في دلالة الالفاظ.

عينت سقط حقه لو كان المقر به في الذمة، ولو كان عيناً كان بينهما مسلوباً بحسب الظاهر عن كل منهما فيبقى إلى أن يتضح الحال ولو برجوع المقر عن إقراره أو المنكر عن إنكاره، ولو ادعى عدم المعرفة حتى يفسره، فإن صدقه المقر له في ذلك وقال: أنا أيضاً لا أدري، فلا محيص عن الصلح أو القرعة مع احتمال الحكم بالاشتراك، والأحوط هو الأول، وإن ادعى المعرفة وعين أحدهما فإن صدقه المقر له فذاك، وإلا فله أن يطالبه بالبينة ومع عدمها فله أن يخلفه وإن نكل أو لم يمكن أحلافه يكون الحال كما لو جهلا معاً فلا محيص عن التخلص بأحد الوجوه الثلاثة المتقدمة.

مسألة ٨: إذا قال المدعي: " لي عليك ألف دينار" مثلاً، فقال الآخر انقده فهو إقرار إن لم تكن قرينة على الخلاف.

مسألة ٩: كما لا يضر الإبهام والجهالة في المقر به لا يضران في المقر له أيضاً، فلو قال: هذه الدار التي بيدي لأحد هذين، يقبل ويلزم بالتعيين، فمن عينه يقبل ويكون هو المقر له، فإن صدقه الآخر فذاك وإلا تقع المخاصمة بينه وبين من عينه المقر، ولو ادعى عدم المعرفة وصدقه في ذلك سقط عنه الإلزام بالتعيين، ولو ادعيا أو أحدهما عليه العلم كان القول قوله بيمينه.

مسألة ١٠: لا يجوز التعليق في الإقرار ولو كان على مشية غيره.

مسألة ١١: يعتبر في المقر: البلوغ والعقل والقصد والاختيار، فلا إعتبار بإقرار الصبي والمجنون والسكران وكذا لهازل والساهي والغافل وكذا المكره. نعم، لا يبعد صحة إقرار الصبي إذا تعلق بما له أن يفعل كالوصية بالمعروف ممن له عشر سنين.

مسألة ١٢: السفه إن أقر بمال في ذمته أو تحت يده لم يقبل، ويقبل فيما عدا المال كالطلاق والخلع ونحوهما، وإن أقر بأمر مشتمل على مال وغيره كالسرقة، لم يقبل بالنسبة إلى المال ويقبل بالنسبة إلى غيره، فيحد من أقر بالسرقة ولا يلزم بأداء المال.

مسألة ١٣: المملوك لا يقبل إقراره بما يوجب حداً عليه ولا بجناية أوجبت ارشاً أو قصاصاً أو استرقاقاً (٥٢٠) ولا بمال تحت يده من مولاه أو من نفسه بناء على ملكه. نعم، لو كان مأذوناً في التجارة من مولاه يقبل إقراره بما يتعلق بها ويؤخذ ما أقر به مما في يده، فإن كان أكثر لم يضمه المولى بل يضمه المملوك يتبع به إذا اعتق، كما أنه لو أقر بما يوجب مالاً على ذمته من إتلاف ونحوه يقبل في حقه ويتبع به إذا اعتق.

(٥٢٠) ولو قيل بقبول إقراره فيها جميعاً وأنه يتبع بما بعد عتقه إن لم يعترف مولاه بما أقر، لو قيل ذلك كان حسناً .

مسألة ١٤ : يقبل إقرار المفلس بالدين سابقاً ولاحقاً، ويشارك المقر له مع الغرماء على التفصيل الذي تقدم في كتاب الحجر^(٥٢١) كما تقدم الكلام في إقرار المريض بمرض الموت وأنه نافذ إلا مع التهمة فينفذ فينفذ بمقدار الثلث.

مسألة ١٥ : إذا ادعى الصبي البلوغ، فإن ادعاه بالإنبات أختبر ولا يثبت بمجرد دعواه ، وكذا إن ادعاه بالسن فإنه يطالب بالبينة، وأما لو ادعاه بالاحتلام في الحد الذي يمكن وقوعه، فثبوتة بقوله بلا يمين بل مع اليمين محل تأمل وإشكال.

مسألة ١٦ : يعتبر في المقر له أن يكون له أهلية الاستحقاق، فلو أقر لدابة مثلاً لغى. نعم، لو أقر لمسجد أو مشهد أو مقبرة أو رباط أو مدرسة ونحوها بمال فالظاهر قبوله وصحته، إذ المقصود من ذلك في المتعارف إشتغال ذمته ببعض ما يتعلق بها من غلّة موقوفاتها أو المنذور أو الموصى به لمصالحها ونحوها.

مسألة ١٧ : لو أقر لحمل يصح الإقرار وصح ملكية الحمل له كالإرث والنذر ونحوهما.

مسألة ١٨ : إذا كذب المقر له المقر في إقراره، فإن كان المقر به ديناً أو حقاً لم يطالب به المقر وفرغت ذمته في الظاهر، وإن كان عيناً كانت مجهول المالك بحسب الظاهر، فتبقى في يد المقر أو في يد الحاكم^(٥٢٢) إلى أن يتبين مالكة. هذا بحسب الظاهر، وأما بحسب الواقع فعلى المقر بينه وبين الله تفرغ ذمته من الدين وتخليص نفسه من العين بالإيصال إلى المالك وإن كان بدسّه في أمواله ولو رجع المقر له عن إنكاره يلزم المقر بالدفع إليه .

مسألة ١٩ : إذا أقر بشيء ثم عقبه بما يصاده وينافيه يؤخذ بإقراره ويلغى ما ينافيه، فلو قال: له عليّ عشرة لا بل تسعة، يلزم بالعشرة، ولو قال له عليّ كذا وهو من ثمن الخمر أو بسبب القمار، يلزم بالمال ولا يسمع منه ما عقبه^(٥٢٣) وكذا لو قال عندي وديعة وقد هلكت، فإن إخباره بتلف الوديعة وهلاكها ينافي قوله (عندي) الظاهر في وجودها عنده. نعم، لو قال " كانت له عندي وديعة وقد هلكت " فهو بحسب الظاهر إقرار بالإيداع عنده سابقاً، ولا تنافي بينه وبين طرو الهلاك عليها، لكن هذا دعوى منه لا بد من فصلها على الموازين الشرعية.

مسألة ٢٠ : ليس الاستثناء من التعقيب المنافي، بل يكون المقر به ما بقي بعد الاستثناء إن كان الاستثناء من المثبت، ونفس المستثنى إن كان الاستثناء من المنفي، لأن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات، فلو قال: " له عليّ عشرة إلا درهماً " أو " هذه الدار التي بيدي لزيد إلا الغرفة الفلانية " كان إقراراً بالتسعة وبالدار ما عدا الغرفة، ولو قال : " ما عليّ شيء إلا درهم " أو " ليس له من هذه الدار إلا الغرفة الفلانية " كان إقراراً بدرهم والغرفة، هذا إذا كان الإخبار بالإثبات أو النفي متعلقاً بحق الغير

(٥٢١) وتقدم المختار فيه.

(٥٢٢) وقد يبقى في مكان حفيظ كالبنك وما أشبهه، المهم المحافظة على المال من الضياع والتلف.

(٥٢٣) إذا كان الكلام الثاني غير الأول، أما إذا كانا جملة واحدة فيشكل ما ذكر في المتن لعدم التأكد من أصل الإقرار.

عليه، وأما لو كان متعلقاً بحقه على الغير كان الأمر بالعكس، فلو قال: "لي عليك عشرة إلا درهماً" أو لي هذه الدار إلا الغرفة الفلانية" كان إقراراً بالنسبة إلى نفي حقه عن الدراهم الزائدة على التسعة ونفي ملكية الغرفة، فلو إدعى بعد ذلك استحقاقه تمام العشرة أو تمام الدار حتى الغرفة لم يسمع منه. ولو قال: "ليس لي عليك إلا درهم" أو "ليس لي من هذه الدار إلا الغرفة الفلانية" كان إقراراً منه بنفي إستحقاق ما عدا درهم وما عدا الغرفة.

مسألة ٢١: الاستثناء المستغرق باطل^(٥٢٤) وكذا لو أقر بشيء ثم أضرب عنه فيؤخذ بإقراره.

مسألة ٢٢: لو أقر بعين لشخص ثم أقر بها لشخص آخر، كما إذا قال هذه الدار لزيد، ثم قال بل لعمرو، حكم بكونها للأول وأعطيت له وأغرم للثاني^(٥٢٥) بقيمتها.

مسألة ٢٣: من الاقارير النافذة الإقرار بالنسب كالبنوة والأخوة وغيرهما، والمراد بنفوزه إلزام المقر وأخذه بإقراره بالنسبة إلى ما عليه من وجوب إنفاق أو حرمة النكاح أو مشاركته معه في إرث أو وقف ونحو ذلك، وأما ثبوت النسب بين المقر والمقر به بحيث يترتب جميع آثاره ففيه تفصيل، وهو أنه إن كان الإقرار بالولد وكان صغيراً غير بالغ يثبت ولادته بإقراره إذا لم يكذبه الحس والعادة كالإقرار بينوة من يقاربه في السن بما لم تجر العادة بتولده من مثله، ولا الشرع كإقراره بينوة من كان ملتحقاً بغيره من جهة الفراش ونحوه، ولم يناعه فيه منازع فحينئذ يثبت بإقراره كونه ولداً له ويترتب جميع آثاره، ويتعدى إلى أنسابهما، فيثبت بذلك كون ولد المقر به حفيداً للمقر، وولد المقر أخاً للمقر به، وأبيه جده، ويقع التوارث بينهما وكذا بين أنسابهما بعضهم مع بعض، وكذا الحال لو كان كبيراً وصدق المقر في إقراره مع الشروط المزبورة. وإن كان الإقرار بغير الولد وإن كان ولد ولد، فإن كان المقر به كبيراً وصدقه، أو كان صغيراً وصدقه بعد بلوغه، يتوارثان إذا لم يكن لهما وارث معلوم ومحقق، ولا يتعدى التوارث إلى غيرهما من أنسابهما حتى إلى أولادهما، ومع عدم التصادق ووجود وارث محقق لا يثبت بينهما النسب الموجب للتوارث بينهما إلا بالبينة .

مسألة ٢٤: إذا أقر بولد صغير فثبت نسبه ثم بلغ فأنكر لم يلتفت إلى إنكاره.

مسألة ٢٥: إذا أقر أحدٌ ولدي الميت بولد آخر له وأنكر الآخر، لم يثبت نسب المقر به فيأخذ المنكر نصف التركة ويأخذ المقر الثلث، حيث أن هذا نصيبه بمقتضى إقراره ويأخذ المقر به السدس وهو تكملة نصيب المقر وقد تنقص بسبب إقراره.

(٥٢٤) فإذا قال علي عشرة إلا عشرة بطل كلامه مطلقاً إذا اعتبر العرف كل كلامه جملة واحدة، وأما إذا اعتبر القسم الأول إقراراً بطل الاستثناء منه، والمعيار في كل ذلك فهم العرف في المحاورات، فما اعتبره العرف إقراراً أخذ به، وما شك فيه لم يؤخذ به.

(٥٢٥) هذا فيما إذا كانت في كلامه دلالة عرفية على إقرارين للأول وللثاني بحيث يكون الثاني إقراراً آخر (ربما كان مديوناً بشمن الدار للثاني)، أما إذا كان الكلام الثاني إقراراً وكان الحديث في جملة واحدة مما جعل العرف يشك في الإقرار الأول فالدار للثاني، أو كان الثاني إقراراً بذات الدار، فبعد أن أصبحت بالإقرار الأول للأول يكون إقراراً بمال الغير، وهكذا علينا التأكد من محتوى الكلام بالقرائن وهي مختلفة والحكم في كل مورد يتبع قرائنه.

مسألة ٢٦: لو كان للميت أخوة وزوجة، فأقرت بولد له، كان لها الثمن وكان الباقي للولد إن صدقها الأخوة، وإن أنكروا كان لهم ثلاثة أرباع وللزوجة الثمن وباقي حصتها للولد.

مسألة ٢٧: إذا مات صبي مجهول النسب فأقر إنسان ببنوته، ثبت نسبه وكان ميراثه للمقر إذا كان له مال^(٥٢٦).

مسألة ٢٨: ينفذ إقرار المريض كالصحيح ويصح إلا في مرض الموت مع التهمة فلا ينفذ إقراره فيما زاد على الثلث سواء أقر لوارث أو أجنبي وقد تقدم في كتاب الحجر.

مسألة ٢٩: لو أقر الورثة بأسرهم بدين على الميت أو بشيء من ماله للغني، ر كان مقبولاً لأنه كإقرار الميت، ولو أقر بعضهم وأنكر البعض، فإن أقر اثنين وكانا عدلين ثبت على الميت وكذا العين للمقر له بشهادتهما، وإن لم يكونا عدلين أو كان المقر واحداً نفذ إقرار المقر في حق نفسه خاصة، ويؤخذ منه الدين الذي أقر به مثلاً بنسبة نصيبه من التركة، فإذا كانت التركة مائة ونصيب كل من الوارثين خمسين فأقر أحدهما لأجنبي بخمسين وكذبه الآخر أخذ المقر له من نصيب المقر خمسة وعشرين، وكذا الحال فيما إذا أقر بعض الورثة بأن الميت أوصى لأجنبي بشيء وأنكر البعض.

مسألة ٣٠: لو أقر بأن لله عليّ مائة دينار مثلاً، فإن بيّن خصوصياته صرفه في ذلك، وإلا فيعطيه إلى الحاكم الشرعي مع بيان الموضوع له^(٥٢٧).

مسألة ٣١: لو تنازع المقر والمقر له، فقال المقر له أقررت بمائة دينار مثلاً وأنكره المقر، يحلف المنكر إن لم يكن للمقر له بينة.

مسألة ٣٢: إذا تنازع المقر والمقر له فقال المقر: "أقررت لك بشاة" وقال المقر له: "إنما أقررت ببقرة" مثلاً يجري عليه حكم التداعي.

مسألة ٣٣: لو أشار إلى شخص وقال: "هذا الزيد الجالس يطلبني مئة دينار" ثم بان أنه عمرو وليس يزيد لا يتحقق الإقرار بالنسبة إلى الجالس ويكون الإقرار بالنسبة إلى زيد^(٥٢٨).

كتاب الهبة

وهي تملك عين مجاناً ومن غير عوض، وقد يُعبر عنها بالعطية والنحلة، وهي عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول.

^(٥٢٦) هذا الحكم قد نسب إلى المشهور، ولا دليل قوي لهم، فإن دلت القرائن إلى صحة الإقرار فيها وإلا فمشكل فلا يترك الاحتياط بالتأكد من الأمر.

^(٥٢٧) فيصرفه في المصارف العامة التي تتوافق عليها الحقوق المختلفة.

^(٥٢٨) إنما الإقرار لمن أراه ودل عليه كلامه عرفاً.

ويكفي في الإيجاب كل لفظ دل على التملك المذكور، مثل: وهبتك أو ملكتك أو هذا لك ونحو ذلك، وفي القبول كل ما دل على الرضا بالإيجاب ولا يعتبر فيه العربية. والأقوى وقوعها بالمعاطاة بتسليم العين وتسلمها بعنوان التملك والتملك.

مسألة ١: يعتبر في كل من الواهب والموهوب له البلوغ والعقل والقصد والاختيار، وفي الواهب عدم الحجر عليه بسفه أو فلس، وتصح من المريض بمرض الموت وإن زاد على الثلث بناء على ما هو الأقوى من أن منجزات المريض تنفذ من الأصل كما تقدم في كتاب الحجر.

مسألة ٢: يعتبر في الواهب أن يكون مالكاً فلا يصح هبة مال الغير إلا بإذنه أو بإجازته، وكذا يعتبر في الموهوب له أن يصح تملكه للموهوب فلا تصح هبة المصحف والعبد المسلم للكافر.

مسألة ٣: يشترط في الموهوب أن يكون عيناً فلا تصح هبة المنافع، وأما الدين فإن كانت لمن عليه الحق صحت بلا إشكال وأفادت فائدة الإبراء، ويعتبر فيها القبول على الأحوط لو لم يكن الأقوى، وإن لم يعتبر في الإبراء على الأقوى، والفرق بين هذه الهبة والإبراء أن الثاني إسقاط لما في ذمة المدينون وهذه تمليك له وإن كان يترتب عليه السقوط، كبيع الدين على من عليه الدين، وإن كانت لغير من عليه الحق ففيه إشكال.

مسألة ٤: يشترط في صحة الهبة قبض الموهوب له ولو في غير مجلس العقد، ويشترط في صحة القبض كونه بإذن الواهب، نعم لو وهب ما كان في يد الموهوب له صح ولا يحتاج إلى قبض جديد ولا مضي زمان يمكن فيه القبض، وكذا لو كان الواهب ولياً على الموهوب له كالأب والجد للولد الصغير وقد وهبه ما في يده صح بمجرد العقد، لأن قبض الولي قبض عن المولى عليه والأحوط أن يقصد القبض عن المولى عليه بعد الهبة، ولو وهب الصغير غير الولي فلا بد من القبض ويتولاه الولي.

مسألة ٥: إذا وهبه ديناً له على غيره وكان الموهوب له مديوناً لذلك الغير بقدره صح وتبرأ ذمة المدينون بذلك.

مسألة ٦: لا يشترط في الهبة أن يكون المال الموهوب معلوم المقدار، فتصح هبة الصبرة أو بعضها مع عدم العلم بمقدارها، وكذا تصح هبة الدين الذي لم يعلم مقداره.

مسألة ٧: يجوز أن يكون الموهوب كلياً في العين كصاع من صبرة معينة، أو كلياً في ذمة الواهب مثل أن يهبه مناً من الخنطة في ذمته أو عشرة دنانير وكذا الفرد المردد.

مسألة ٨: يجوز للراهن هبة العين المرهونة مع إجازة المرتهن، وكذا تصح للمعير أو المودع هبة العين المعارة والمودعة، وأما هبة المستعير والودعي فيتوقف على إذن مالكهما^(٥٢٩).

(٥٢٩) لأنها هبة فضولية.

مسألة ٩: يجوز للمؤجر هبة العين المستأجرة ولكن قبضها يتوقف على إذن المستأجر، كما يجوز للمستأجر هبة العين المستأجرة ولكنها تتوقف على إذن المؤجر، وكذا يجوز للمالك هبة العين المغصوبة منه إن تمكن الموهوب له من قبضها.

مسألة ١٠: القبض في الهبة كالقبض في البيع، وهو في غير المنقول، كالدار والبستان، التخلية برفع يده عنه ورفع المنايا والاذن للموهوب له في التصرف بحيث صار تحت استيلائه^(٥٣٠) وفي المنقول الاستقلال والاستيلاء عليه باليد أو ما هو بمنزلته كوضعه في حجره أو في جيبه ونحو ذلك.

مسألة ١١: يجوز هبة المشاع لإمكان قبضه ولو بقبض المجموع بإذن الشريك، أو بتوكيل المتهب إياه في قبض الحصة الموهوبة عنه، بل الظاهر تحقق القبض الذي هو شرط للصحة في المشاع باستيلاء المتهب عليه من دون إذن الشريك أيضاً وترتب الأثر عليه وإن كان تعدياً بالنسبة إليه.

مسألة ١٢: لا يعتبر الفورية في القبض ولا كونه في مجلس العقد، فيجوز فيه التراخي عن العقد ولو بزمان كثير، ولو تراخي يحصل الانتقال إلى الموهوب له من حينه، فما كان له من النماء سابقاً على القبض يكون للواهب.

مسألة ١٣: لو مات الواهب بعد العقد وقبل القبض بطل العقد وانفسخ وانتقل الموهوب إلى ورثته، ولا يقوم مقامه في الاقباض، فيحتاج إلى إيقاع هبة جديدة بينهم وبين الموهوب له كما أنه لو مات الموهوب له لا يقوم ورثته مقامه في القبض، بل يحتاج إلى هبة جديدة من الواهب إياهم.

مسألة ١٤: لا فرق في القبض المعبر في الهبة بين قبض الموهوب له بنفسه أو وليه أو وكيله، بل الظاهر جريان الفضولية في القبض أيضاً^(٥٣١).

مسألة ١٥: لا يتحقق القبض بإتلاف الموهوب له العين الموهوبة^(٥٣٢) بل الظاهر ضمانه للواهب.

مسألة ١٦: الإقرار بالهبة ليس إقراراً بالقبض^(٥٣٣).

مسألة ١٧: لو وهب شيئاً لشخصين، لكل واحد منهما أحدهما، أو شيئاً واحداً لهما على سبيل الإشاعة، فقبلاً وقبضاً صح ولو قبض أحدهما دون الآخر صح بالنسبة إلى القابض، وكذا لو كان وكيلاً عن الآخر في القبض.

مسألة ١٨: إذا تمت الهبة بالقبض، فإن كانت لذي رحم—أباً كان أو أمماً أو ولداً أو غيرهم— وكذا إن كانت للزوج أو الزوجة على الأقوى، لم يكن للواهب الرجوع في هبته^(٥٣٤) وإن كانت لأجنبي غير

^(٥٣٠) في إطلاقه نظر، والقبض هنا كالقبض في سائر الموارد أمر عربي يختلف باختلاف موضوعه.

^(٥٣١) أي إذا لحقته الإجازة، فتكون يد الفضولي كيده.

^(٥٣٢) إلا إذا قصد ذلك منه.

^(٥٣٣) إلا إن يكون الإقرار بما إقراراً بالقبض عرفاً.

^(٥٣٤) وقيل يكره وما في المتن أشبه واحوط.

الزوج والزوجة كان له الرجوع فيها مادامت العين باقية، فإن تلفت كلاً أو بعضاً فلا رجوع، وكذا لا رجوع إن عوّض المتهب عنها ولو كان يسيراً، من غير فرق بين ما كان إعطاء العوض لأجل اشتراط له في الهبة وبين غيره، بأن أطلق في العقد لكن المتهب آثاب الواهب وأعطاه العوض، وكذا لا رجوع فيها لو قصد الواهب في هبته القرية وأراد بها وجه الله تعالى.

مسألة ١٩: يلحق بالتلف التصرف الناقل كالبيع والهبة، أو المغير للعين بحيث يصدق معه عدم قيام العين بعينها كالحنطة يطحنها والدقيق يخبزه والثوب يفصله أو يصبغه ونحو ذلك، دون غير المغير كالثوب يلبسه والفرش يفرشه والدابة يركبها أو يعلفها أو يسقيها ونحوها، فإن أمثال ذلك لا يمنع عن الرجوع، ومن الأول على الظاهر الامتزاج الرافع للامتياز ولو بالجنس^(٥٣٥) كما أن من الثاني -على الظاهر- قصارة الثوب.

مسألة ٢٠: لو أعار الموهوب له العين الموهوبة أو أودعها لا يسقط جواز الرجوع في الهبة الجائزة.

مسألة ٢١: لو تصرف الأجنبي في العين الموهوبة بلا التفات وتسبب من الموهوب له يشكل حينئذ جواز الرجوع.

مسألة ٢٢: لو شك في أن الهبة قائمة بعينها أولاً، فالأحوط عدم الرجوع إلا بالتراضي.

مسألة ٢٣: فيما جاز للواهب الرجوع في هبته لا فرق بين الكل والبعض، فلو وهب شيئاً لأجنبي بعقد واحد يجوز له الرجوع بأحدهما، بل لو وهب شيئاً واحداً يجوز له الرجوع في بعضه مشاعاً أو معيناً ومفروزاً.

مسألة ٢٤: الهبة إما معوضة أو غير معوضة، والمراد بالأولى ما شرط فيها الثواب والعوض وإن لم يعط العوض، أو عوض عنها وإن لم يشترط فيها العوض.

مسألة ٢٥: إذا وهب وأطلق لم يلزم على المتهب إعطاء الثواب والعوض، سواء كانت من الأدنى للأعلى أو العكس أو من المساوي للمساوي، وإن كان الأولى بل الأحوط^(٥٣٦) في الصورة الأولى إعطاء العوض، وكيف كان لو أعطى العوض لم يجب على الواهب قبوله، وإن قبل وأخذه لزمته الهبة ولم يكن له الرجوع فيما وهبه ولم يكن للمتهب أيضاً الرجوع في ثوابه.

مسألة ٢٦: إذا شرط الواهب في هبته على المتهب إعطاء العوض، بأن يهبه شيئاً مكافأة وثواباً لهبته، ووقع منه القبول على ما اشترط وكذا القبض للموهوب، يلزم عليه دفع العوض فإن دفع لزمته الهبة الأولى على الواهب، وإلا فله الرجوع في هبته.

(٥٣٥) مع إمكان تقسيمه بشكل صدق التغير وعدم كون الموهوب قائماً.

(٥٣٦) بل الأفضل.

مسألة ٢٧: لو وهب شيئاً وكانت في البين قرائن دالة على أنها بعنوان العوض^(٥٣٧) ولم يكن في اللفظ شيء يدل عليه فالظاهر وجوب دفع العوض .

مسألة ٢٨: لو عين العوض في الهبة المشروط فيها العوض تعين ويلزم على المتهد بذل ما عين، ولو أطلق بأن شرط عليه أن يثيب ويعوض ولم يعين العوض، فإن اتفقا على قدر فذاك، وإلا وجب عليه أن يثيب بمقدار الموهوب مثلاً^(٥٣٨) أو قيمة.

مسألة ٢٩: الظاهر أنه لا يعتبر في الهبة المشروط فيها العوض أن يكون التعويض المشروط بعنوان الهبة بأن يشترط على المتهد أن يهبه شيئاً، بل يجوز أن يكون بعنوان الصلح عن شيء بأن يشترط عليه أن يصلحه عن مال أو حق، فإذا صالحه عنه وتحقق منه القبول فقد عوضه ولم يكن له الرجوع في هبته، وكذا يجوز أن يكون إبراء عن حق أو إيقاع عمل له كحياطة ثوبه أو صياغة خاتمه ونحو ذلك، فإذا أبرأه عن ذلك الحق أو عمل له ذلك العمل فقد أثابه وعوضه.

مسألة ٣٠: إذا اشترط المتهد على الواهب عدم رجوعه في ضمن عقد لازم لزم، وكذا إذا اشترط في ضمن عقد الهبة^(٥٣٩).

مسألة ٣١: إذا اشترط الواهب على المتهد أن يكون له الخيار في فسخ العقد إلى مدة معينة جاز له، وحينئذ له الفسخ والرجوع حتى في هبة ذي الرحم أو بعد التلف.

مسألة ٣٢: لو رجع الواهب في هبته فيما جاز له الرجوع، وكان في الموهوب نماء منفصل حدث بعد العقد والقبض، كالثمرة والحمل والولد واللبن في الضرع، كان من مال المتهد ولا يرجع إلى الواهب بخلاف المتصل كالسمن فإنه يرجع إليه، ويحتمل أن يكون ذلك مانعاً عن الرجوع لعدم كون الموهوب معه قائماً بعينه ولا يخلو من قوة^(٥٤٠).

مسألة ٣٣: لو مات الواهب بعد إقباض الموهوب لزمته الهبة، وإن كانت لأجنبي ولم تكن معوضة، وليس لورثته الرجوع، وكذلك لو مات الموهوب له فينتقل الموهوب إلى ورثته إنتقالاً لازماً.

مسألة ٣٤: لو باع الواهب العين الموهوبة، فإن كانت الهبة لازمة بأن كانت لذي رحم أو معوضة أو قصد بها القرية يقع البيع فضولياً، فإن أجاز المتهد صح وإلا بطل، وإن كانت غير لازمة فالظاهر صحة

^(٥٣٧) بحيث كانت الهبة مبنية عليها عرفاً.

^(٥٣٨) فيه تأمل، بل يتبع العرف، وقد يكون مجرد العوض ولو كان أقل من المثل أو القيمة كافياً عند العرف في صدق العوض.

^(٥٣٩) أي هبة أخرى، فما دامت تلك الهبة تامة وجب الوفاء بشرطها في الالتزام بالهبة الثانية وعدم الرجوع فيها، وإذا فسخت تلك الهبة (أي رجع فيها) فلا يبقى موضوع للشرط في الهبة الثانية، وهكذا يجب الوفاء بالشرط في العقد الجائز مادام العقد قائماً، والله العالم.

^(٥٤٠) فيه نظر، بل في بعض مراتبه لا يعد الموهوب قائماً بعينه مثل الفسيل يصبح نخلاً والفصيل إبلاً.

البيع ووقوعه من الواهب وكان رجوعاً في الهبة، هذا إذا كان ملتفتاً إلى هبته وأما لو كان ناسياً أو غافلاً وذاهلاً ففي كونه رجوعاً قهرياً تأمل وإشكال فلا يترك الاحتياط^(٤١).

مسألة ٣٥: الرجوع إما بالقول كأن يقول رجعت وما يفيد معناه، وإما بالفعل كاسترداد العين وأخذها من يد المتهب، ومن ذلك بيعها^(٤٢) بل وإيجارها ورهنها إذا كان ذلك بقصد الرجوع.

مسألة ٣٦: لا يشترط في الرجوع إطلاع المتهب، فلو أنشأ الرجوع من غير إطلاعه صح.

مسألة ٣٧: يستحب العطية للأرحام الذين أمر الله تعالى أكيداً بصلتهم ونهى شديداً عن قطيعتهم، فعن مولانا الباقر عليه السلام قال في كتاب علي عليه السلام: "ثلاثة لا يموت صاحبهن أبداً حتى يرى وبالهن: البغي وقطيعة الرحم واليمين الكاذبة يبارز الله بها، وإن أعجل الطاعة ثواباً لصلة الرحم، وإن القوم ليكونون فجاراً فيتواصلون فتنمى أموالهم ويشرون، وإن اليمين الكاذبة وقطيعة الرحم ليذران الديار بلاقع من أهلها"، وخصوصاً الوالدين الذين أمر الله تعالى ببرهما، فعن مولانا الصادق عليه السلام أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وآله وقال أوصني قال: "لا تشرك بالله شيئاً وإن أحرقت بالنار وعذبت إلا وقلبك مطمئن بالإيمان، ووالديك فأطعمهما وبرهما حين كانا أو ميتين وإن أمرك أن تخرج من أهلك ومالك فافعل فإن ذلك من الإيمان". إلى غير ذلك من الأخبار ولا سيما الأم التي يتأكد برها وصلتها أزيد من الأب كما وردت في روايات كثيرة.

مسألة ٣٨: يجوز تفضيل بعض الولد على بعض في العطية على كراهية، وربما يحرم إذا كان سبباً لإثارة الفتنة والشحناء والبغضاء المؤدية إلى الفساد، كما أنه ربما يفضل التفضيل فيما إذا يؤمن من الفساد ويكون لبعضهم خصوصية موجبة لأولوية رعايته.

مسألة ٣٩: الصلح في مقام الهبة لا يجري عليه حكم الهبة.

مسألة ٤٠: لو تبين أن الموهوب بعد قبضه مستحقاً للغير بطلت الهبة^(٤٣).

مسألة ٤١: إذا تبين فساد الهبة بعد القبض وتلف العين الموهوبة، فإن كانت مجانية فلا ضمان وإن كانت معوضة يضمن.

مسألة ٤٢: إذا اختلفا في أنه كان هبة أو رشوة قدم قول مدعي الهبة، ولو أعطاه شيئاً ولم يعلم أنه أراد الصلح أو الهبة لم يجر عليه الأحكام الخاصة لكل منهما.

مسألة ٤٣: لو علم أنه قصد التمليك من غير أن يقصد عنواناً معيناً من صلح أو هبة أو غيرها فالظاهر جريان أحكام الهبة عليه.

^(٤١) وإن كان الأقوى عدم كونه رجوعاً وعدم وجوب العمل بهذا الاحتياط.

^(٤٢) إن لم يكن بقصد الفضولية، بان يقصد البيع للموهوب له وليس لنفسه (الواهب).

^(٤٣) إلا ان تكون بعنوان الفضالة فتصح بإجازة المالك.

كتاب السبق والرماية

وهو قرار معاوضي مشروع لغرض التمرين على الجهاد في سبيل الله تعالى.

مسألة ١: لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر، ويقع بالعقد اللفظي وبالمعاطة.

مسألة ٢: يعتبر في الطرفين البلوغ والعقل وعدم الحجر^(٤٤) وتعيين سائر^(٤٥) الخصوصيات.

مسألة ٣: يشترط فيه شروط:

(الأول) أن يكون المتسابقان قادرين على المسابقة والرماية، فلو علم قصورهما أو أحدهما بطل العقد،

والمناطق القدرة حين العمل لا حين إنشاء العقد .

(الثاني): تعيين العوض إن بنيا عليه، ويجوز إيقاع المسابقة والرماية بلا عوض.

مسألة ٤: لا فرق في العوض أن يكون من المتسابقين أو من أحدهما أو أجني أو من بيت المال.

مسألة ٥: يجوز أن يكون العوض المجعول عيناً أو ديناً حالاً أو مؤجلاً .

مسألة ٦: لا بد وأن يكون العوض المجعول للسابق أو الناضل أو للمحلل مع الشرط، فلو جعل

للأجني أو للمسبق بطل العقد^(٤٦)

مسألة ٧: يملك المتسابق والناضل العوض بعد انتهاء العمل لا بالعقد.

مسألة ٨: لو ظهر استحقاق العوض للغير ضمن البازل مثله أو قيمته والأحوط التصالح بالعوض

وأجرة المثل.

مسألة ٩: لا يشترط فيه الحلل - وهو الذي يدخل بين المتراهنين لتعيين السابق منهما- ولو شرط

وجوده لزم.

(الثالث): تقدير المسافة في السبق ابتداءً وغايةً، وكذا عدد الإصابة وصفتها في الرمي.

(الرابع): تعيين ما يتسابق عليه بالمشاهدة^(٤٧) فلا يكفي التعيين بالوصف.

مسألة ١٠: تصح^(٤٨) المسابقة في غير ما تقدم كالعدو والسباحة والآلات المستعملة في الحرب في

هذه الإحصار إن كان فيه غرض صحيح شرعي غير منهي عنه.

مسألة ١١: إذا اختلفا في السابق فإن كانت قرينة وإلا فلا وجه لتقديم أحدهما على الآخر ولا

يملك العوض.

مسألة ١٢: لو اختلفا في مقدار العوض فالقول مع منكر الزيادة بيمينه.

^(٤٤) إن كان مالياً، أما إذا كان فيه مجرد الكسب كما إذا أعلنوا أنه من سبق كان له كذا، فالظاهر جوازه للسفيه والمفلس بل والطفل.

^(٤٥) بما يوجب رفع الغرر المضر.

^(٤٦) فيه إشكال بالنسبة إلى جعل السبق للأجني إلا إذا كان منافياً لمقتضى العقد.

^(٤٧) أو بما يرفع الغرر.

^(٤٨) والأحوط أن يكون بعنوان الجعالة .

مسألة ١٣ : إذا فسد العقد فلا أجره^(٤٩) للغالب.

كتاب الغصب

وهو الاستيلاء على ما للغير من مال أو حق عدواناً، وقد تطابق العقل والنقل كتاباً وسنة وإجماعاً على حرمة، وهو من أفحش الظلم الذي قد إستقل العقل بقبحه وفي النبوي: " من غصب شبراً من الأرض طوقه الله من سبع أرضين يوم القيامة" وفي نبوي آخر: "من خان جاره شبراً من الأرض جعله الله طوقاً في عنقه من تخوم الأرض السابعة حتى يلقي الله يوم القيامة مطوقاً إلا أن يتوب ويرجع" وفي آخر " من أخذ أرضاً بغير حق كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر" ومن كلام أمير المؤمنين عليه السلام: "الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها".

مسألة ١ : المغصوب إما عين مع المنفعة من مالك واحد أو مالكين، وإما عين بلا منفعة، وإما منفعة مجردة، وإما حق مالي متعلق بالعين.

فالأول: كغصب الدار من مالكةا، وكغصب العين المستأجرة إذا غصبها غير المؤجر والمستأجر فهو غاصب للعين من المؤجر وللمنفعة من المستأجر.

والثاني: كما إذا غصب المستأجر العين المستأجرة من مالكةا مدة الإجارة.

والثالث: كما إذا غصب المؤجر العين المؤجرة وانتزعها من يد المستأجر واستولى على منفعتها مدة الإجارة.

والرابع : كما إذا استولى على أرض محجرة أو العين المرهونة بالنسبة إلى المرتهن الذي له فيها حق الرهانة، ومن ذلك غصب المساجد والمدارس والربط والقناطر والطرق والشوارع العامة^(٥٠) وغصب المكان الذي سبق إليه أحد في المساجد والمشاهد.

مسألة ٢ : المغصوب منه قد يكون شخصاً كما في غصب الأعيان والمنافع المملوكة للأشخاص والحقوق كذلك، وقد يكون هو النوع كما في غصب مال تعين خمساً أو زكاة قبل أن يدفع إلى المستحق، وغصب الرباط المعد لنزول القوافل، والمدرسة المعدة لسكنى الطلبة، فإذا استولى على حجرة قد سكنها واحد من الطلبة وانتزعها منه فهو غاصب لحق الشخص، وإذا استولى على أصل المدرسة ومنع عن أن يسكنها الطلبة فهو غاصب لحق النوع.

(٤٩) ولكن يُعطى أجره المثل لكي لا يضيع حقه.

(٥٠) ويصدق على بعضها غصب ملكي فإذا إستملك المسجد فإنه قد غصب ملكاً عرفاً وليس فقط أضعاً حقاً.

مسألة ٣: للغصب حكمان تكليفيان وهما: الحرمة ووجوب رفع اليد والرد إلى المغصوب منه أو وليه، وحكم وضعي وهو الضمان، بمعنى كون المغصوب على عهدة الغاصب وكون تلفه وخسارته عليه وأنه إذا تلف يجب عليه دفع بدله، ويقال لهذا الضمان ضمان اليد.

مسألة ٤: يجري الحكمان التكليفيان في جميع أقسام الغصب، ففي الجميع الغاصب يأثم ويجب عليه رفع اليد ورد المغصوب إلى المغصوب منه، وأما الحكم الوضعي وهو الضمان فيختص بما إذا كان المغصوب من الأموال عيناً كان أو منفعة، فليس في غصب الحقوق هذا الضمان أعني ضمان اليد على إشكال في بعضها كحقي التحجير والاختصاص.

مسألة ٥: لو استولى على حر فحبسه، لا يتحقق الغصب لا بالنسبة إلى عينه ولا بالنسبة إلى منفعته^(٥٥١) وإن أثم بذلك وظلمه، سواء كان كبيراً أو صغيراً فليس عليه ضمان اليد الذي هو من أحكام الغصب، فلو أصابه حرق أو غرق أو مات تحت استيلائه من غير تسبب منه لم يضمن، وكذا لا يضمن منافعه كما إذا كان صانعاً ولم يشتغل بصنعه في تلك المدة فلا يضمن أجرته^(٥٥٢) نعم لو استوفى منه بعض منافعه كما إذا استخدمه لزمه أجرته، وكذا لو تلف بتسبب منه مثل ما إذا حبسه في دار فيه حية مؤذية فلدغته أو في محل السباع فافترسته، ضمنه من جهة سببته للتلف لا لأجل الغصب واليد.

مسألة ٦: لو منع غيره عن إمساك دابته المرسلة أو من القعود على فراشه أو عن الدخول في داره أو عن بيع متاعه لم يكن غاصباً، لعدم وضع اليد على ماله وإن كان غاصباً وظالماً له من جهة منعه، فلو هلكت الدابة أو تلف الفراش أو تهدمت الدار أو نقصت قيمة المتاع بعد المنع لم يكن على المانع ضمان من جهة الغصب واليد، وهل عليه ضمان من جهة أخرى أم لا؟ أقواهما العدم في الأخير، وهو ما إذا نقصت القيمة، وأما في غيره فإن كان الهلاك والتلف والإنهزام غير مستند إلى منعه، بأن كانت بأفة سماوية وسبب قهري لا يتفاوت في ترتبها بين ممنوعة المالك وعدمها، لم يكن عليه ضمان قطعاً، وأما إذا كان مستنداً إليه كما إذا كانت الدابة ضعيفة أو في موضع السباع وكان المالك يحفظها فلما منعه المانع ولم يقدر على حفظها وقع عليه الهلاك، فللضمان وجه بل لا يخلو^(٥٥٣) من قوة.

مسألة ٧: حيث عرفت أن المدار في تحقق الغصب على استيلاء الغاصب على المغصوب وصيرورته تحت يده عرفاً بدون إذن صاحبه، فليعلم أنه يختلف ذلك باختلاف المغصوبات، ففي المنقول غير الحيوان يتحقق بأخذه باليد أو بنقله إليه أو إلى بيته أو دكانه أو مخزنه وغيرها مما يكون محرزاً لأمواله ولو

(٥٥١) فيه تأمل وبالذات فيما إذا اعتبر العرف حيسه تضييعاً لمنافعه فعليه أن يردها عليه لقاعدة الإلتلاف ولقاعدة إقامة القسط.

(٥٥٢) سبق التأمل في ذلك.

(٥٥٣) بل وهكذا لو نقصت القيمة بسبب منعه، والمعيار أن كل ظلم وجور يجب أن يعود إلى القسط والعدل الذين أمر الله بجماع.

كان ذلك بأمره^(٥٤) فلو نقل حمال بأمره متاعاً من الغير بدون إذنه إلى بيته، أو طعاماً منه إلى مخزنه، كان بذلك غاصباً للمتاع والطعام، ويلحق بالأخذ باليد قعوده على البساط والفرش بقصد الاستيلاء. وأما في الحيوان، ففي الصامت منه يكفي الركوب عليه أو أخذ مقوده وزمامه بل وكذا سوقه بعد طرد المالك أو عدم حضوره إذا كان يمشي بسياقه ويكون منقاداً لسائقه، فلو كانت قطيع غنم في الصحراء معها راعيها فطرده واستولى عليها بعنوان القهر والانتزاع من مالكةا وجعل يسوقها وصار بمنزلة راعيها يحافظها ويمنعها عن التفرق والتشتت، فالظاهر أنه يكفي ذلك في تحقق الغصب لصدق الاستيلاء ووضع اليد عرفاً. وأما في العبيد والإماء فيكفي مع رفع يد المالك أو عدم حضوره القهر عليه بحبسه عنده أو في بيته واستخدامه في حوائجه، هذا كله في المنقول.

وأما غير المنقول، فيكفي في غصب الدار أن يسكنها، أو يسكن غيره ممن ياتمر بأمره فيها بعد إزعاج المالك عنها أو عدم حضوره، وكذا لو أخذ مفاتيحها من صاحبها قهراً، أو كان يغلق الباب ويفتحه ويتردد فيها. وكذلك الحال في الدكان والخان، وأما البستان فإن كان لها باب وحيطان فيكفي في غصبها أخذ المفتاح وغلق الباب وفتحته مع التردد فيها بعنوان الاستيلاء وبعض التصرفات فيها، وكذا الحال في غصب القرية والمزرعة، هذا كله في غصب الأعيان.

وأما غصب المنافع، فإنما هو بانتزاع العين ذات المنفعة عن مالك المنفعة وجعلها تحت يده، كما في العين المستأجرة إذا أخذها المؤجر أو شخص ثالث من المستأجر واستولى عليها في مدة الإجارة، سواء استوفى تلك المنفعة التي ملكها المستأجر أم لا.

مسألة ٨: لو دخل الدار وسكنها مع مالكةا، فإن كان المالك ضعيفاً غير قادر على مدافعتة وإخراجه، واختص استيلاؤه وتصرفه بطرف معين منها، إختص الغصب والضمان بذلك الطرف دون الأطراف الأخرى، وإن كان استيلاؤه وتصرفاته وتقلبته في أطراف الدار وأجزائها بنسبة واحدة، وتساوى يد الساكن مع يد المالك عليها، فالظاهر كونه غاصباً للنصف فيكون ضامناً له خاصة، بمعنى أنه لو إخدمت تمام الدار ضمن الساكن نصفها، ولو إخدم بعضها ضمن نصف ذلك البعض، وكذا يضمن نصف منافعتها، ولو فرض أن المالك والساكن أزيد من واحد ضمن الساكن الغاصب بالنسبة، فإن كانا إثنين ضمن الثلث، وإن كانوا ثلاثة ضمن الربع وهكذا، هذا إذا كان المالك ضعيفاً، وأما لو كان الساكن ضعيفاً بمعنى أنه لا يقدر على مقاومة المالك وأنه كلما أراد أن يخرج من داره أخرجه، فالظاهر عدم تحقق الغصب بل ولا اليد، فليس عليه ضمان اليد. نعم، عليه بدل ما استوفاه من منفعة الدار ما دام كونه فيها لو كان لها بدل.

(٥٤) بحيث يستند فعل المأمور به إلى الأمر عرفاً.

مسألة ٩: لو أخذ بمقود الدابة فقادها وكان المالك راكباً عليها، فإن كان في الضعف وعدم الاستقلال عما به المحمول عليها، كان القائد غاصباً لها بتمامها ويتبعه الضمان، ولو كان بالعكس بل كان المالك الراكب قوياً قادراً على مقاومته ومدافعتة، فالظاهر عدم تحقق الغصب من القائد أصلاً، فلا ضمان عليه لو تلفت الدابة في تلك الحال. نعم، لا إشكال في ضمانه لها لو اتفق تلفها بسبب قوده لها، كما يضمن السائق لها لو كان لها جماح فشردت بسوقه فوقعت في بئر أو سقطت عن مرتفع فتلفت.

مسألة ١٠: إذا اشترك إثنان في الغصب، فإن لم يستقل واحد منهما بانفراده، بأن كان كل واحد منهما ضعيفاً، وإنما كان استيلاءهما على المغصوب ودفع المالك بالتعاوض والتعاون، فالظاهر إشراكهما في اليد والضمان، فكل منهما يضمن النصف. وأما إذا كان كل واحد منهما مستقلاً في الاستيلاء، بأن كان كل منهما كافياً في دفع المالك والقهر عليه أو لم يكن المالك حاضراً، فالظاهر أن كل واحد منهما ضامن للتمام، فيتخير المالك في تضمين أيهما شاء كما يأتي في الأيادي المتعاقبة.

مسألة ١١: غصب الأوقاف العامة، كالمساجد والمقابر والمدارس والقناطر والربط المعدة لنزول المسافرين والطرق والشوارع العامة ونحوها، والاستيلاء عليها وإن كان حراماً ويجب ردها ورفع اليد عنها، لكن^(٥٥٥) الظاهر أنه لا يوجب الضمان لا عيناً ولا منفعة ضمان اليد، فلو غصب مسجداً أو مدرسة أو رباطاً ووضع اليد عليها فأنهدمت تحت يده من دون تسبب منه لم يضمن عينهما، كما أنه لو كانت تحت يده مدة ثم رفع يده عنها لم يكن عليه أجرتها في تلك المدة^(٥٥٦) نعم الأوقاف العامة على العناوين الكلية كالفقراء والطلبة بنحو وقف المنفعة يوجب غصبها الضمان عيناً ومنفعة، فإذا غصب خاناً أو دكاناً أو بستاناً كانت وقفاً على الفقراء أو الطلبة على أن يكون منفعتها ونماؤها لهم، ترتب عليه الضمان، فإذا تلفت تحت يده كان ضامناً لعينها، وإذا كانت تحت يده مدة ثم ردها كان عليه أجره مثلها فيكون غصبها كغصب الأعيان المملوكة للأشخاص .

مسألة ١٢: إذا حبس حراً لم يضمن لا نفسه ولا منفعته ضمان اليد^(٥٥٧) حتى فيما إذا كان صانعاً، فليس على الحابس أجره صنعتته مدة حبسه، نعم لو كان أجيراً لغيره ضمن منفعته الفائتة للمستأجر وكذا لو استخدمه واستوفى منفعته كان عليه أجره عمله. هذا كله في حبس الحر وأما لو غصب عبداً أو دابة مثلاً ضمن منافعها سواء استوفاه الغاصب أم لا.

(^{٥٥٥}) فيه تأمل والضمان أشبه خصوصاً إذا كان اغتصابه لغير وجه الوقف، مثلاً لو غصب مسجداً لا للصلاة ولكن لتحويله إلى بيت السكن فهو ضامن له إذا تلف والله العالم.

(^{٥٥٦}) سبق الإشكال منا في ذلك وأن الأشبه في مثله الضمان إذا كانت له مالية قد فوتت على أصحابها، بلى إذا كان الغاصب ممن ينطبق عليه عنوان الوقف واستفاد منه في حدود حقه فلا ضمان .

(^{٥٥٧}) مع صدق تفويت الحق عليه يعتبر من الظلم وخلافه من القسط الذي أمرنا به في قوله سبحانه "واقسطوا إن الله يحب المقسطين" وهكذا يضمن عمل الحر بإتلافه بحبسه عنه، والمعيار في صدق الإتلاف وفي مقداره العرف والقضاء.

مسألة ١٣: لو منع حرّاً أو عبداً عن عمل له أجره من غير تصرف واستيفاء ولا وضع يده عليه، لم يضمن^(٥٥٨) عمله ولم يكن عليه أجرته وإن أتم بمنعه وكان ظلماً.

مسألة ١٤: يلحق بالغصب في الضمان المقبوض بالعقد المعاوضي الفاسد^(٥٥٩) فالمبيع الذي يأخذه المشتري والتمن الذي يأخذه البائع في البيع الفاسد يكون في ضمانهما كالمغصوب، سواء علما بالفساد أو جهلا به، وكذا الأجرة التي يأخذها المؤجر في الإجارة الفاسدة، وأما المقبوض بالعقد الفاسد الغير المعاوضي فليس فيه^(٥٦٠) الضمان، فلو قبض المتهم ما وهب له بالهبة الفاسدة ليس عليه ضمان، وكذا يلحق بالغصب، المقبوض بالسوم والمراد به ما يأخذه الشخص لينظر فيه أو يضع عنده ليطلع على خصوصياته لكي يشتريه إذا وافق نظره، فهذا في ضمان آخذه فلو تلف عنده ضمنه.

مسألة ١٥: لو أخذ مال الغير غصباً ثم وضعه في محله فتلف بعد ذلك يضمن^(٥٦١) نعم لو تاب بعد الوضع وتلف المال يشكّل ضمانه.

مسألة ١٦: يجب رد المغصوب إلى مالكة مادام باقياً وإن كان في رده مؤونة، بل وإن استلزم رده الضرر عليه، حتى أنه لو أدخل الخشبة المغصوبة في بناء لزم عليه إخراجها وردّها لو أرادها المالك وإن أدى إلى خراب البناء^(٥٦٢) وكذا إذا أدخل اللوح المغصوب في سفينة يجب عليه نزعها، إلا إذا خيف من قلعه الغرق الموجب لهلاك نفس محترمة أو مال محترم، وهكذا الحال فيما إذا خاط ثوبه بخيوط مغصوبة فإن للمالك إلزامه بنزعها ويجب عليه ذلك وإن أدى إلى فساد الثوب، وإن ورد نقص على الخشب أو اللوح أو الخيط بسبب إخراجها ونزعها يجب على الغاصب تداركه، هذا إذا كان يبقى للخارج من الخشبة والمنزوع من الخيط قيمة، وأما إذا كان بحيث لا يبقى له قيمة بعد الإخراج أصلاً، كما إذا كان الخيط ضعيفاً يفسد بنزعها، فالظاهر إنه يحكم التالف فيلزم الغاصب بدفع البدل وليس للمالك مطالبة العين.

مسألة ١٧: لو امتزج المغصوب بما يمكن تمييزه ولكن مع المشقة كما إذا مزج الشعير المغصوب بالحنطة أو الدخن بالذرة يجب عليه أن يميزه ويرده^(٥٦٣).

^(٥٥٨) سبق أن أشبه الضمان.

^(٥٥٩) مع صدق أحد عناوين الضمان، مثل قوله عليه الصلاة والسلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدي، ومثل قاعدة الإلتلاف والاستيفاء مما استفيد من الشرع بالعمومات.

^(٥٦٠) إذا صدق عليه أحد العناوين المستقطبة للضمان مثل قاعدة الإحسان وقاعدة الإقدام وما أشبهه.

^(٥٦١) الضمان يستمر مع استمرار الأخذ، أما بعد الأداء فلا ضمان لقوله صلى الله عليه وآله: على اليد ما أخذت حتى تؤدي، فإن كان وضع الشيء في محله أداء فلماذا الضمان؟

^(٥٦٢) يشكّل ذلك جداً إذا سبب فساداً في الأرض بل وحتى لو سبب حرجاً وضرراً بالغاً لقوله تعالى في الربا: "لا تظلمون ولا تُظلمون" فرد الظلم بظلم ليس مطلوباً، وقد قال سبحانه: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم.

^(٥٦٣) إلا أن يكون فيه حرج أو ضرر بالغ أو فساد.

مسألة ١٨: يجب على الغاصب مع رد العين بدل ما كانت لها من المنفعة في تلك المدة إن كانت لها منفعة، سواء استوفاهما كالدار يسكنها والدابة ركبها أو لم يستوفها بل كانت العين معطلة.

مسألة ١٩: إذا كانت للعين منافع متعددة وكانت معطلة، فالمدار على المنفعة المتعارفة بالنسبة إلى تلك العين، ولا ينظر إلى مجرد قابليتها لبعض المنافع، فمنفعة الدار بحسب المتعارف هي السكنى وإن كانت قابلة في نفسها بأن تجعل محرزاً أو مسكناً لبعض الدواب وغير ذلك، فلا ينظر إلى غير السكنى، ومنفعة بعض الدواب كالفرس بحسب المتعارف الركوب، ومنفعة بعضها الحمل وإن كانت قابلة في نفسها لأن تستعمل في إدارة الرحى والدولاب أيضاً، فالمضمون في غضب كل عين هو المنفعة المتعارفة بالنسبة إلى تلك العين، ولو فرض تعدد المتعارف منها فيها كبعض الدواب التي تعارف استعمالها في الحمل والركوب معاً، فإن لم تتفاوت أجره تلك المنافع ضمن تلك الأجرة، فلو غضب يوماً دابة تستعمل في الركوب والحمل معاً وكانت أجره كل منهما في كل يوم درهماً كان عليه درهم واحد، وإن كانت أجره بعضها أعلى ضمن الأعلى، فلو فرض أن أجره الحمل في كل يوم درهماً وأجره الركوب درهم كان عليه درهماً^(٥٦٤) والظاهر أن الحكم كذلك مع الاستيفاء أيضاً، فمع تساوي المنافع في الأجرة كان عليه أجرة ما استوفاه، ومع التفاوت كان أجره الأعلى سواء استوفى الأعلى أو الأدنى.

مسألة ٢٠: إن كان المغصوب منه شخصاً يجب الرد إليه أو إلى وكيله إن كان كاملاً وإلى وليه إن كان قاصراً، كما إذا كان صبيّاً أو مجنوناً، فلو رد في الثاني إلى نفس المالك لم يرتفع منه الضمان. وإن كان المغصوب منه هو النوع، كما إذا كان المغصوب وقفاً على الفقراء وقف منفعة، فإن كان له متولي خاص يردّه إليه وإلا فيرده إلى الولي العام وهو الحاكم، وليس له أن يردّه إلى بعض أفراد النوع بأن يسلمه في المثال المذكور إلى أحد الفقراء، نعم في مثل المساجد والشوارع والقناطر بل الربط إذا غضبها يكفي في ردها رفع اليد عنها وإبقاؤها على حالها، بل يحتمل أن يكون الأمر كذلك في المدارس، فإذا غضب مدرسة يكفي في ردها رفع اليد عنها والتخلية بينها وبين الطلبة، لكن الأحوط الرد إلى الناظر الخاص لو كان وإلا فيلّي الحاكم.

مسألة ٢١: إذا كان المغصوب والمالك كلاهما في بلد الغصب فلا إشكال، وكذا إن نقل المال إلى بلد آخر وكان المالك في بلد الغصب فإنه يجب عليه عود المال إلى ذلك البلد وتسليمه إلى المالك، وأما إن كان المالك في غير بلد الغصب فإن كان في بلد المال فله إلزامه بأحد أمرين إما بتسليمه له في ذلك البلد وإما بنقله إلى بلد الغصب، وأما إن كان في بلد آخر فلا إشكال في أن له إلزامه بنقل المال إلى بلد الغصب وهل له إلزامه بنقل المال إلى البلد الذي يكون فيه المالك فيه إشكال^(٥٦٥).

(٥٦٤) إذا صدق أنه قد فوّتتما على المالك.

(٥٦٥) الاحوط ذلك إن لم يكن هناك ضرر بالغ أو حرج، وإن كان الأقوى كفاية نقله إلى بلد الغصب إن لم يسبب ضرراً على المالك، والمرجع عند الشك القضاء.

مسألة ٢٢: لو حدث في المغصوب نقص وعيب، وجب على الغاصب أرش النقصان وهو التفاوت بين قيمته صحيحاً وقيمه معيباً ورد المعيوب إلى مالكة، وليس للمالك إلزامه بأخذ المعيوب ودفع تمام القيمة^(٥٦٦) ولا فرق على الظاهر بين ما كان العيب مستقراً وبين ما كان مما يسري وبتزايد شيئاً فشيئاً حتى يتلف المال بالمرّة، كما إذا عرضت على الحنطة أو الارزيلة وعفونة ففي الثاني أيضاً يجب على الغاصب أرش النقصان وتفاوت القيمة بين كونها مبلولة وغير مبلولة فإن للحنطة المبلولة أيضاً قيمته عند العرف وأهل الخبرة.

مسألة ٢٣: لو كان المغصوب باقياً لكن نزلت قيمته السوقية رده ولم يضمن^(٥٦٧) نقصان القيمة ما لم يكن ذلك بسبب نقصان في العين.

مسألة ٢٤: لو تلف المغصوب أو ما يحكمه كالمقبوض بالعقد الفاسد والمقبوض بالسوم قبل رده إلى المالك، ضمنه بمثله إن كان مثلياً أو بقيمته إن كان قيمياً، والمراد بالمثلي، ما تساوت قيمة أجزائه لتقاربها في غالب الصفات والخواص كالحبوب من الحنطة والشعير والأرز والذرة والدخن والماش والعدس وغيرها، وكذا الأدهان وعقاقير الأدوية ونحوها، والمراد من القيمي ما يكون بخلافه كالعبيد والإماء وأنواع الحيوان^(٥٦٨) كالفرس والبغل والحمار والغنم والبقر وغيرها وكذا الجواهر الكبار والثياب والفرش والبسط وأنواع المصنوعات وغيرها^(٥٦٩).

مسألة ٢٥: إنما يكون مثل الحنطة مثلياً إذا لوحظ أشخاص كل صنف منها على حدة ولم يلاحظ أشخاص صنف مع أشخاص صنف آخر منها مبائن له في كثير من الصفات والخصوصيات، فإذا تلف عنده مقدار من صنف خاص من الحنطة يجب عليه دفع ذلك الصنف لا صنف آخر، نعم التفاوت الذي بين أشخاص ذلك الصنف لا ينظر إليه، وكذلك الأرز فإن فيه أصنافاً متفاوتة جداً فأين العنبر من الحويزوي أو غيره، فإذا تلف عنده مقدار من العنبر يجب عليه دفع ذلك المقدار منه لا من غيره، وكذلك الحال في العنبر وأصنافه والأدهان وغير ذلك مما لا يحصى^(٥٧٠).

مسألة ٢٦: لو تعذر المثل في المثلي ضمن قيمته، وإن تفاوتت القيمة وزادت ونقصت بحسب الأزمنة، بأن كان له حين الغصب قيمة، وفي وقت تلف العين قيمة، ويوم التعذر قيمة، واليوم الذي

^(٥٦٦) في بعض موارد العيب يكون رد حق المالك مستلزماً للتبديل، مثل أنه يكون العيب كثيراً مما يوجب ضرراً للمالك ويعتبر العرف أن رد حقه لا يكون إلا بالتبديل، وكذلك فيما لو كان هنالك ضرر على المالك بقبول المعيوب وأرشه فيجوز له أن يطالب ببدله على إشكال في الثاني.

^(٥٦٧) إذا كان الغاصب مسبباً لعدم استفادة المالك من ماله، كما إذا ألغت الدولة النقود بعد الإنذار، أو إذا تبدلت الأسعار تدريجياً من الصيف إلى الشتاء وكانت البضاعة صيفية مما سبب استيلاء الغاصب نقصان القيمة، فإن ضمانه مسلم لقاعدة الإلتاف والتسبب، وفي حالة النقصان الحاد الملحق بالتلف يحتمل ذلك أيضاً فلا يترك الاحتياط بالتراضي.

^(٥٦٨) إلا ما اعتبر العرف أنه مثلي.

^(٥٦٩) مما يصعب وجدان المثل لها أما ما يسهل ذلك فهو من المثلي.

^(٥٧٠) والمعيار ما سبق من المثلية عند العرف فيما تتفاوت الأسعار والرغبات فيها عند أغلب الناس.

يدفع القيمة إلى المغصوب منه قيمة، فالمدار على الأخير فيجب عليه دفع تلك القيمة^(٥٧١) فلو غصب مناً من الحنطة كان قيمتها درهمين، فأتلفها في زمان كانت الحنطة موجودة وكانت قيمتها ثلاثة دراهم، ثم تعذرت وكانت قيمتها أربعة دراهم، ثم مضى زمان وأراد أن يدفع القيمة من جهة تفرغ ذمته وكانت قيمة الحنطة في ذلك الزمان خمسة دراهم يجب عليه دفع هذه القيمة.

مسألة ٢٧: يكفي في التعذر الذي يجب معه دفع القيمة فقدانه في البلد وما حوله مما ينقل منها إليه عادة.

مسألة ٢٨: لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل وجب عليه الشراء ودفعه إلى المالك.

مسألة ٢٩: لو وجد المثل ولكن تنزل قيمته لم يكن على الغاصب إلا إعطاؤه، وليس للمالك مطالبته بالقيمة ولا بالتفاوت^(٥٧٢) فلو غصب مناً من الحنطة في زمان كانت قيمتها عشرة دراهم وأتلفها، ولم يدفع مثلها قصوراً أو تقصيراً إلى زمان قد تنزلت قيمتها وصارت خمسة دراهم، لم يكن عليه إلا إعطاء من الحنطة، ولم يكن للمالك مطالبة القيمة ولا مطالبة خمسة دراهم مع من الحنطة، بل ليس له الامتناع عن الأخذ فعلاً وإبقاؤها في ذمة الغاصب إلى إن تترقى القيمة إذا كان الغاصب يريد الأداء وتفرغ ذمته فعلاً.

مسألة ٣٠: لو سقط المثل عن المالية بالمرّة من جهة الزمان أو المكان، فالظاهر أنه ليس للغاصب إلزام المالك بأخذ المثل، ولا يكفي دفعه في ذلك الزمان أو المكان في ارتفاع الضمان لو لم يرض به المالك، فلو غصب جمداً في الصيف وأتلفه وأراد أن يدفع إلى المالك مثله في الشتاء، أو قرية ماء في مغارة فأراد أن يدفع إليه قرية ماء عند الشط، ليس له ذلك وللمالك الامتناع، فله أن يصبر ويتنظر زماناً أو مكاناً آخر فيطالبه بالمثل الذي له القيمة، وله أن يطالب الغاصب بالقيمة فعلاً كما في صورة تعذر المثل، وحينئذ فالظاهر أنه يراعي قيمة المغصوب في زمان الغصب ومكانه^(٥٧٣).

مسألة ٣١: لو تلف المغصوب وكان قيمياً كالذوايب والثياب ضمن قيمته، فإن لم يتفاوت قيمته في الزمان الذي غصبه مع قيمته في زمان تلفه فلا إشكال، وإن تفاوتت بأن كانت قيمته يوم الغصب أزيد من قيمته يوم التلف أو العكس، فهل يراعي الأول أو الثاني فيه قولان مشهوران^(٥٧٤) لا يخلو ثانيهما من رجحان، لكن الاحوط التراضي والتصالح فيما به التفاوت. هذا إذا كان تفاوت القيمة من جهة

(٥٧١) إلا إذا صدق على التلف عنوان الإلحاق والإضرار، مثلاً لو ارتفعت القيمة وطالب المالك الغاصب بأداء ماله وكان متمكناً فقصر فأضاع على المالك فرصة البيع بالقيمة العالية فإنه يصدق عليه أنه قد أضاع عليه الفرصة وأضر به فيضمن الزيادة والمرجع في تشخيص ذلك القضاء.

(٥٧٢) سبق بعض الاستثناء وأنه إذا كان الغصب سبباً في الخسارة، ضمن الغاصب وكذا إذا كان التنزل بقدر يلحق السلعة إلى التلف على إشكال فيه يصلح بالتراضي.

(٥٧٣) أو زمان قريب منه، ولدى الشك في القيمة يرجع إلى العرف الذي يحدده القضاء عادة.

(٥٧٤) وهناك احتمال آخر هو دفع قيمة المغصوب يوم الأداء، والمعيار في تحديد القيمة العرف، لأنه يحدد حقوق الناس على بعضهم في مثل هذه الأمور، ولعله يختلف من حالة لأخرى مما يجعل القضية قضائية، وإن كان الأشبه أنه يدفع قيمة العين يوم الأداء، لأنه مكلف برد العين فإن لم يستطع فقيمتها.

السوق وتفاوتت رغبة الناس، وأما إن كان من جهة زيادة ونقصان في العين كالسمن والهزال فلا إشكال في أنه يراعي أعلى القيم وأحسن الأحوال، بل لو فرض أنه لم يتفاوتت قيمة زماني الغصب والتلف من هذه الجهة لكن حصل فيه ارتفاع بين الزمانين ثم زال، ضمن ارتفاع قيمته الحاصل في تلك الحال مثل إنه كان الحيوان هازلاً حين الغصب ثم سمن ثم عاد إلى الهزال وتلف فإنه يضمن قيمته حال سمنه.

مسألة ٣٢: إذا اختلفت القيمة باختلاف المكان، كما إذا كان المغصوب في بلد الغصب بعشرة وفي بلد التلف بعشرين، فالظاهر اعتبار محل التلف (٥٧٥).

مسألة ٣٣: تقدم أنه لو تلف المغصوب يجب على الغاصب دفع بدله إلى المالك مثلاً أو قيمة، كذلك فيما إذا تعذر على الغاصب -عادة- تسليمه، كما إذا سرق أو دُفن في مكان لا يقدر على إخراجه أو ابق العبد أو شردت الدابة ونحو ذلك، فإنه يجب عليه إعطاء مثله أو قيمته ما دام كذلك ويسمى ذلك البدل "بدل الحيلولة" ويملك المالك البدل مع بقاء المغصوب في ملكه وإذا أمكن تسليم المغصوب ورده يسترجع البدل (٥٧٦).

مسألة ٣٤: لو كان للبدل نماء ومنافع في تلك المدة كان للمغصوب منه، نعم نماؤه المتصل كالسمن يتبع العين، فإذا استرجعها الغاصب استرجعها بنماؤها وأما المبدل فلما كان باقياً على ملك مالكة فنماؤه ومنافعه له، لكن الغاصب لا يضمن منافعها غير المستوفاة في تلك المدة على الأقوى.

مسألة ٣٥: القيمة التي يضمنها الغاصب في القيميات، وفي المثليات عند تعذر المثل، هو نقد البلد من الذهب والفضة (٥٧٧) المضروبين بسكة المعاملة، وهذا هو الذي يستحقه المغصوب منه كما هو كذلك في جميع الغرامات والضمانات، فليس للضامن دفع غيره إلا بالتراضي بعد مراعات قيمة ما يدفعه مقيساً إلى النقدين.

مسألة ٣٦: الظاهر إن الفلزات والمعادن المنطبعة كالحديد والرصاص والنحاس كلها مثلية (٥٧٨) حتى الذهب والفضة، مضروبين أو غير مضروبين، وحينئذ تضمن جميعها بالمثل وعند التعذر تضمن بالقيمة كسائر المثليات المتعذر المثل. نعم في خصوص الذهب والفضة تفصيل، وهو أنه إذا قوم بغير الجنس كما

(٥٧٥) هنا أيضاً المرجع العرف، لانه أعرف بحق المغصوب منه، والاشبه أنه أعلى القيمتين والاحوط التراضي.

(٥٧٦) لأنه لا نص لدينا في بدل الحيلولة، وإنما هو اجتهاد الفقهاء السابقين رحمهم الله تعالى فالأشبه إرجاع أمره إلى القضاء الذي يختلف حكمه باختلاف الموارد حسب حكم العرف بأن حق كل ذي حق كيف يمكن إعادته.

والصور الممكنة هي التالية: أولاً أن يحكم العرف بان العين المفقودة تلحق بالتالفة فيكون حكمها حكم تلف العين تماماً.

ثانياً إن يتوقع وجدان العين المفقودة ويتراضيا بأن يستلم المالك عوض عينه حين عودته، فإذا وجدها عاد كل ملك لصاحبه وهذا يكون شبيهاً ببيع الشرط وأحكامه أحكامه ويبدو انه مراد الفقهاء من بدل الحيلولة .

ثالثاً: أن يتراضيا بدفع الغاصب غرامة حيلولته للعين المفقودة عن المالك، فإذا دفع إليه يكون مثل الإجارة وأحكامه أحكامها ولكن لا يمكن للمالك أن يأخذ من الغاصب أكثر من قيمة العين باسم الإجارة، ودفع الخسارة، والمرجع في كل هذه الموارد العرف والقضاء.

(٥٧٧) أو غيرها من النقود الشائعة.

(٥٧٨) إذا كانت ذات المعادن مطلوبة، أما إذا كانت صياغتها وهيئتها فقد تكون قيمة.

إذا قوم الذهب بالدرهم أو قوم الفضة بالدينار فلا إشكال، وأما إذا قوم بالجنس بأن قوم الفضة بالدرهم أو قوم الذهب بالدينار فإن تساوى القيمة والمقوم وزناً، كما إذا كانت الفضة المضمونة المقومة عشرة مثاقيل فقومت بثمانية دراهم وكان وزنها أيضاً عشرة مثاقيل، فلا إشكال أيضاً، وإن كان بينهما التفاوت، بأن كانت الفضة المقومة عشرة مثاقيل مثلاً وقد قومت بثمانية دراهم وزنها ثمانية مثاقيل فيشكل دفعها غرامة عن الفضة، لاحتمال كونه داخلاً في الربا فيحرم كما أفتى به جماعة، فالأحوط أن يقوم بغير الجنس بأن يقوم الفضة بالدينار والذهب بالدرهم حتى يسلم من شبهة الربا.

مسألة ٣٧: لو تعاقبت الأيادي الغاصبة على عين ثم تلفت، بأن غصبها شخص عن مالكة، ثم غصبها من الغاصب شخص آخر، ثم غصبها من الثاني شخص ثالث وهكذا، ثم تلفت ضمن الجميع، فللمالك أن يرجع ببدل ماله من المثل أو القيمة إلى كل واحد منهم وإلى أكثر من واحد بالتوزيع متساوياً أو متفاوتاً، حتى أنه لو كانوا عشرة مثلاً له أن يرجع إلى الجميع، ويأخذ من كل عُشْر ما يستحقه من البدل، وله أن يأخذ من واحد منهم النصف والباقي من الباقي بالتوزيع متساوياً أو بالتفاوت، هذا حكم المالك معهم، وأما حكم بعضهم مع بعض فأما الغاصب الأخير الذي تلف المال عنده فعليه قرار الضمان بمعنى أنه لو رجع عليه المالك وغرمه، لم يرجع هو على غيره بما غرمه، بخلاف غيره من الأيادي السابقة، فإن المالك لو رجع إلى واحد منهم فله أن يرجع على الآخر الذي تلف المال عنده، كما أن لكل منهم الرجوع على تاليه وهو على تاليه وهكذا إلى أن ينتهي إلى الأخير.

مسألة ٣٨: لو غصب شيئاً مثلياً فيه صنعة محللة، كالحلي من الذهب والفضة، وكالآنية من النحاس وشبهه، فتلف عنده أو أتلّفه ضمن مادته بالمثل وصنعتة بالقيمة، فلو غصب قرطاً من ذهب كان وزنه مثقالين وقيمة صنعتة وصياغته عشرة دراهم، ضمن مثقالين من ذهب بدل مادته وعشرة دراهم قيمة صنعتة، ويحتمل قريباً^(٥٧٩) صيرورته بعد الصياغة وبعد ما عرض عليه الصنعة قيماً، فيقوم القرط - مثلاً - بمادته وصنعتة ويعطي قيمته السوقية، والاحوط التصالح. وأما احتمال كون المصنوع مثلياً مع صنعتة فبعيد جداً، نعم لا يبعد ذلك بل قريب جداً في المصنوعات التي لها أمثال متقاربة جداً، كالمصنوعات بالمكائن والمعامل المعمولة في هذه الإعصار من أنواع الظروف والأدوات والأثواب وغيرها فتضمن كلها بالمثل مع مراعاة صنفتها.

مسألة ٣٩: لو غصب المصنوع وتلف عنده الهيئة والصنعة فقط دون المادة، رد العين وعليه قيمة الصنعة، وليس للمالك إلزامه بإعادة الصنعة^(٥٨٠) كما أنه ليس عليه القبول لو بذله الغاصب وقال إني أصنعه كما كان سابقاً.

(٥٧٩) وهو الأشبه والمعيار في كل ذلك العرف.

(٥٨٠) قد يكون ذلك ممكناً وبعد امتثالاً لإعادة الحق إلى صاحبه عرفاً، فيجب فيه وفيما بعده، إذ ليس عليه إلا إعادته كما كان خصوصاً في هذه الأزمنة مع تطور الصناعة وتمائل المصوغات.

مسألة ٤٠: لو كانت في المصوب المثلي صنعة محرمة غير محترمة، كما في آلات القمار والملاهي وآنية الذهب والفضة ونحوها، لم يضمن الصنعة سواء أتلّفها خاصة أو مع ذبيها، فيرد المادة لو بقيت إلى المالك وليس عليه شيء لأجل الهيئة والصنعة.

مسألة ٤١: إذا تعيب المصوب في يد المغاصب، كان عليه أرش النقصان، ولا فرق في ذلك بين الحيوان وغير الحيوان. نعم أختص العبيد والإماء ببعض الأحكام وتفصيل لا يسعها المقام.

مسألة ٤٢: لو غصب شيئين تنقص قيمة كل واحد منهما منفرداً عنهما فيما إذا كانا مجتمعين، كمصراعي الباب والخفين، فتلف أحدهما أو أتلّفه، ضمن قيمة التالف مجتمعاً ورد الباقي مع ما نقص من قيمته بسبب انفراده^(٥٨١) فلو غصب خفين كان قيمتهما مجتمعين عشرة وكان قيمة كل منهما منفرداً ثلاثة، فتلف أحدهما عنده ضمن التالف بقيمته مجتمعاً وهي خمسة ورد الآخر مع ما ورد عليه من النقص بسبب انفراده وهو اثنان، فيعطي للمالك سبعة مع أحد الخفين. ولو غصب أحدهما وتلف عنده ضمن التالف بقيمته مجتمعاً وهي خمسة في الفرض المذكور وهل يضمن النقص الوارد على الثاني وهو اثنان حتى تكون عليه سبعة أم لا؟ فيه وجهان بل قولان لا يخلو أولهما من رجحان^(٥٨٢).

مسألة ٤٣: لو زادت بفعل الغاصب زيادة في العين المصوبة فهي على أقسام ثلاثة: (أحدها): أن يكون أثراً محضاً، كتعليم الصنعة في العبد، وخطاظة الثوب بخيوط المالك، وغزل القطن ونسج الغزل وطحن الطعام وصياغة الفضة ونحو ذلك، (ثانيها): أن تكون عينية محضة كغرس الأشجار والبناء في الأرض البسيطة ونحو ذلك (ثالثها): أن تكون أثراً مشوباً بالعينية كصبغ الثوب ونحوه وسيأتي أحكامها في المسائل الآتية.

مسألة ٤٤: لو زادت في العين المصوبة بما يكون أثراً محضاً، ردها كما هي ولا شيء له لأجل تلك الزيادة ولا من جهة أجره العمل، وليس له إزالة^(٥٨٣) الأثر وإعادة العين إلى ما كانت بدون إذن المالك، حيث انه تصرف في مال الغير بدون إذنه، بل لو أزاله بدون إذنه ضمن قيمته للمالك وإن لم يرد نقص على العين وللمالك إلزامه بإزالة الأثر وإعادة الحالة الأولى للعين إذا كان فيه غرض عقلائي، ولا يضمن الغاصب حينئذ قيمة الصنعة نعم لو ورد نقص على العين ضمن أرش النقصان.

مسألة ٤٥: لو غصب أرضاً فزرعها أو غرسها، فالزرع والغرس ونماؤها للغاصب وعليه أجره الأرض مادامت مزروعة أو مغروسة ويلزم عليه إزالة غرسه^(٥٨٤) وزرعه وإن تضرر بذلك، وعليه أيضاً طم الحفر وارش النقصان إن نقصت الأرض بالزرع والقلع، إلا أن يرضى المالك بالبقاء مجاناً أو بالأجرة، ولو بذل

(٥٨١) إن بقيت لفردة منهما قيمة، أما إذا فقدت قيمتها فلا بد أن تعود إلى القيمة فيها، وله الحق آتخذ في أخذ الفردة، والله العالم.

(٥٨٢) فيه تأمل وتردد والاحوط الرجوع إلى العرف فإن لم يحكم فالتراضي.

(٥٨٣) فيه تأمل يظهر من التأمل في الفرع الثاني بل الصنعة عرفاً له ويجوز له دفعها من دون إضرار للمالك وليس للمالك منعه منها.

(٥٨٤) إلا إذا استوجب إسرافاً أو إفساداً في الأرض.

صاحب الأرض قيمة الغرس أو الزرع لم يجب على الغاصب إجابته^(٥٨٥) وكذا لو بذل الغاصب أجرة الأرض أو قيمتها لم يجب على صاحب الأرض قبوله، ولو حفر الغاصب في الأرض بئراً كان عليه طمها مع طلب المالك وليس له طمها مع عدم الطلب^(٥٨٦) فضلاً عما لو منعه، ولو بنى في الأرض المغصوبة بناءً فهو كما لو غرس فيها، فيكون البناء للغاصب إن كان أجزاءه له وللمالك إلزامه بالقلع، فحكمه حكم الغرس في جميع ما ذكر.

مسألة ٤٦: لو غرس أو بنى في أرض غصبها، وكان الغرس وأجزاء البناء لصاحب الأرض كان الكل للمالك وليس للغاصب قلعهما أو مطالبة الأجرة، وللمالك إلزامه بالقلع والهدم إن كان له غرض عقلائي في ذلك.

مسألة ٤٧: لو غصب^(٥٨٧) ثوباً وصبغه بصبغه، فإن أمكن إزالته مع بقاء مالية له كان له ذلك وليس لمالك الثوب منعه، كما أن للمالك إلزامه به. ولو ورد نقص على الثوب بسبب إزالة صبغه ضمنه الغاصب، ولو طلب مالك الثوب من الغاصب أن يملكه الصبغ بقيمته، لم يجب عليه إجابته كالعكس بأن يطلب الغاصب منه أن يملكه الثوب، هذا إذا أمكن إزالة الصبغ، وأما إذا لم يمكن الإزالة أو تراضيا على بقاءه، اشتركا في الثوب المصبوغ بنسبة القيمة، فلو كان قيمة الثوب قبل الصبغ يساوي قيمة الصبغ كان بينهما نصفين، وإن كانت ضعف قيمته كان بينهما أثلاثاً ثلثان لصاحب الثوب وثلث لصاحب الصبغ، فإن بقيت قيمة كل واحد منهما محفوظة من غير زيادة ولا نقصان فالثلث بينهما على نسبة ماليهما، ولم يكن على الغاصب ضمان، كما إذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وقيمة الثوب المصبوغ عشرين، أو كانت قيمة الثوب عشرين وقيمة الصبغ عشرة وقيمة المجموع ثلاثين، فيكون الثمن بينهما بالتصنيف في الأول وفي الثاني أثلاثاً، وكذا لو زادت قيمة المجموع تكون الزيادة بينهما بتلك النسبة، فلو فرض انه يبيع الثوب المصبوغ في الأول بثلاثين كانت العشرة الزائدة بينهما بالسوية، ولو يبيع في الفرض الثاني بأربعين كانت العشرة الزائدة بينهما أثلاثاً ثلثان لصاحب الثوب وثلث لصاحب الصبغ، وإن نقصت قيمته مصبوغاً عن قيمتهما منفردين كما إذا كانت قيمة كل منهما عشرة وكانت قيمة الثوب مصبوغاً خمسة عشر، فإن كان ذلك من جهة انتقاص الثوب بسبب الصبغ ضمنه الغاصب وإن كان بسبب تنزل القيمة السوقية فهو محسوب على صاحبه ولا يضمه الغاصب.

مسألة ٤٨: لو صبغ الثوب المغصوب بصبغ مغصوب، حصلت الشركة بين صاحبي الثوب والصبغ بنسبة قيمتهما، ولا غرامة على الغاصب لو لم يرد نقص عليهما، وإن ورد^(٥٨٨) ضمنه الغاصب لمن ورد

(٥٨٥) إلا من باب درء الوقوع في محذور الإسراف والإفساد، والأشبه في كل هذه الفروع مراجعة القضاء لكي يحكم بالعدل.

(٥٨٦) فيه تأمل بظهور مما مضى .

(٥٨٧) هذا موافق لقاعدة العدل والقسط ولكنه مخالف فيما يبدو مع ما ذكره (ر) في المسألة ٤٤.

(٥٨٨) ولو من جهة ذات الشراكة التي يعتبر نقصاً عند العرف.

عليه، فلو فرض أن قيمة كل من الثوب والصبيغ عشرة وكانت قيمة الثوب المصبوغ خمسة عشر ضمن الغاصب لهما خمسة لكل منهما اثنان ونصف.

مسألة ٤٩: لو مزج الغاصب المغمصوب بغيره، أو امتزج في يده بغير اختياره مزجاً رافعاً للتمييز بينهما، فإن كان بجنسه وكانا متماثلين ليس أحدهما أجود من الآخر أو أردى، تشاركا في المجموع بنسبة ماليهما، وليس على الغاصب غرامة بالمثل أو القيمة، بل الذي عليه تسليم المال والإقدام على الإفراز والتقسيم بنسبة المالكين، أو البيع وأخذ كل منهما حصته من الثمن كسائر الأموال المشتركة، وإن خلط المغمصوب بما هو أجود أو أردى منه، تشاركا أيضاً بنسبة المالكين، إلا أن التقسيم وتوزيع الثمن بينهما بنسبة القيمة، فلو خلط مناً من زيت قيمته خمسة بمن منه قيمته عشرة كان لكل منهما نصف المجموع، لكن إذا بنيا على القسمة، يجعل ثلاثة أسهم ويعطى لصاحب الأول سهم ولصاحب الثاني سهمان، وإذا باعاه يقسم الثمن بينهما أثلاثاً، والاحوط^(٥٨٩) في مثل ذلك - أعني اختلاط مختلفي القيمة من جنس واحد - البيع وتوزيع الثمن بنسبة القيمة، لا التقسيم بالتفاضل بنسبتها من جهة شبهة لزوم الربا في الثاني كما قال به جماعة. هذا إذا مزج المغمصوب بجنسه، وأما إذا اختلط بغير جنسه، فإن كان فيما يعد معه تالفاً كما إذا اختلط ماء الورد المغمصوب بالزيت، ضمن المثل، ولولم يكن كذلك، كما لو خلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو خلط الخل بالعسل، فالظاهر أنه بحكم الخلط بالأجود أو الرديء من جنس واحد، فيشتركان في العين بنسبة المالكين، ويقسمان العين ويوزعان الثمن بينهما بنسبة القيمتين كما مر.

مسألة ٥٠: لو خلط المغمصوب بالأجود أو الأردى، وصار قيمة المجموع المخلوط أنقص من قيمة الخليطين منفردين، فورد بذلك النقص المالي على المغمصوب، ضمنه الغاصب، كما لو غصب مناً من زيت جيد قيمته عشرة وخلطه بمن منه رديء قيمته خمسة، وبسبب الاختلاط يكون قيمة المنين إثني عشر فصار حصة المغمصوب منه من الثمن بعد التوزيع ثمانية والحال أن زيتة غير مخلوط كان يسوى عشرة فورد النقص عليه باثنين، وهذا النقص يغرمه الغاصب، وإن شئت قلت يستوفي المالك قيمة ماله غير مخلوط من الثمن وما بقي للغاصب.

مسألة ٥١: فوائد المغمصوب مملوكة للمغمصوب منه وإن تجددت بعد الغصب، وهي كلها مضمونة على الغاصب، أعياناً كانت كاللبن والولد والشعر والثمر، أو منافع كسكنى الدار وركوب الدابة، بل كل صفة زادت بها قيمة المغمصوب لو وجدت في زمان الغصب ثم زالت وتنقصت بزوالها قيمته، ضمنها الغاصب وإن رد العين كما كانت قبل الغصب^(٥٩٠) فلو غصب دابة هازلة أو عبداً جاهلاً ثم سمنت

(٥٨٩) لا يترك.

(٥٩٠) بناء على شمول إطلاق قوله صلى الله عليه وآله: على اليد ما أخذت حتى تؤدي، وفيه تأمل، فللمعيار في كل زيادة تلفت عند الرد أو كل منفعة فاتت أتم مع صدق التلف أو الإتلاف يجب جبرها، ومع عدم صدق ذلك فلا، والمرجع العرف والقضاء، والظاهر ان الزيادة التي استقرت وكان المالك مطالباً بالعين حينها ويصدق انه فوّتها عليه فهي مضمونه دون غيرها والله العالم.

الدابة أو تعلم العبد الصنعة فزادت قيمتهما بسبب ذلك ثم هزلت الدابة أو نسي المملوك الصنعة ضمن الغاصب تلك الزيادة التي حصلت ثم زالت. نعم لو زادت القيمة لزيادة صفة ثم زالت تلك الصفة ثم عادت الصفة بعينها، لم يضمن قيمة الزيادة التالفة لانجبارها بالزيادة العائدة، كما إذا سمت الدابة في يده فزادت قيمتها ثم هزلت ثم سمت فإنه لا يضمن الزيادة الحاصلة بالسمن إلا إذا نقصت الزيادة الثانية عن الأولى بأن كانت الزيادة الحاصلة بالسمن الأول درهمين والحاصلة بالثاني درهماً مثلاً فيضمن التفاوت. مسألة ٥٢: لو حصلت فيه صفة فزادت قيمته، ثم زالت فنقصت، ثم حصلت فيه صفة أخرى زادت بها قيمته، لم يزل ضمان الزيادة الأولى ولم ينجر نقصانها بالزيادة الثانية، كما إذا سمت الجارية المغصوبة (فزادت قيمتها) ثم هزلت فنقصت قيمتها ثم تعلمت الخياطة فزادت قيمتها بقدر الزيادة الأولى أو أزيد، لم يزل ضمان الغاصب للزيادة الأولى^(٥٩١).

مسألة ٥٣: إذا غصب حبا فزرعه، أو بيضاً فاستفرخه تحت دجاجته مثلاً، كان الزرع والفرخ للمغصوب منه^(٥٩٢) وكذا لو غصب خمراً فصار خلاً أو غصب عصيراً فصار خمراً عنده ثم صار خلاً فإنه ملك للمغصوب منه لا الغاصب، وأما لو غصب فحلاً فانزاه على الأنتى وأولدها كان الولد لصاحب الأنتى وإن كان هو الغاصب وعليه أجرة الضراب.

مسألة ٥٤: جميع ما مر من الضمان وكيفيته وأحكامه وتفصيله جارية في كل يد جارية على مال الغير بغير حق وإن لم تكن عادية وغاصبة وظالمة، إلا في موارد الأمانات مالكية كانت أو شرعية، كما عرفت التفصيل في كتاب الوديعة، فتجري في جميع ما يقبض بالمعاملات الفاسدة، وما وضع اليد عليه بسبب الجهل والاشتباه، كما إذا لبس حذاء غيره أو ثوبه إشتبهاً، أو أخذ شيئاً من سارقٍ عاريةً باعتقاد أنه ماله، وغير ذلك مما لا يحصى .

مسألة ٥٥: كما أن اليد الغاصبة وما يلحق بها موجبة للضمان، وهو المسمى بضمان اليد وقد عرفت تفصيله في المسائل السابقة، كذلك للضمان سببان آخران: الإلتلاف والتسبيب، وبعبارة أخرى له سبب آخر وهو الإلتلاف سواء كان بالمباشرة أو بالتسبيب.

مسألة ٥٦: الإلتلاف بالمباشرة واضح لا يخفى مصاديقه، كما إذا ذبح حيواناً أو رماه بسهم فقتله، أو ضرب على أناء فكسره، أو رمى شيئاً في النار فأحرقه، وغير ذلك مما لا يحصى، وأما الإلتلاف بالتسبيب فهو إيجاد شيء يترتب عليه الإلتلاف بسبب وقوع شيء، كما لو حفر بئراً في المعابر فوق فيها إنسان أو حيوان، أو طرح المعائر والمزالق كقشر البطيخ والرقي في المسالك أو أوتد في الطريق فأصاب به عطب أو جناية على حيوان أو إنسان أو وضع شيئاً على الطريق فتمر به الدابة فتفتر بصاحبها فتعقره،

(٥٩١) بناءً على ما ذكر في المسألة ٥١ وقد تأملنا فيها.

(٥٩٢) هذا صحيح على مباحثهم من تبعية النماء للملك مطلقاً، ولكن بناءً على أن النماء إذا كان بفعل الغاصب، فهو مثل أية زيادة تكون بفعله - مثل صبغ الثوب - فعليه، يكون النماء مشتركاً بين المالك والغاصب والمسألة هنا مشكلة. فالأحوط التراضي.

أو أخرج ميزاباً على الطريق فأضر بالمارة، أو القى صبيلاً أو حيواناً يضعف عن الفرار في مسبعة فقتله السبع، ومن ذلك ما لو فك القيد عن الدابة فشردت، أو فتح قفصاً عن طائر(فطار) مبادراً أو بعد مكث، وغير ذلك ففي جميع ذلك يكون فاعل السبب ضامناً، ويكون عليه غرامة التالف وبدله، إن كان مثلياً فبالمثل وإن كان قيمياً فبالقيمة، وإن صار سبباً لتعيب المال كان عليه الأرش كما مر في ضمان اليد .

مسألة ٥٧: لو غضب شاة ذات ولد فمات ولدها جوعاً، أو حبس مالك الماشية أو راعيها عن حراستها فاتفق تلفها، لم يضمن بسبب التسبب إلا إذا انحصر غذاء الولد بإرتضاع من أمه وكانت الماشية في محال السباع ومظان الخطر وانحصر حفظها بحراسة راعيها، فعليه الضمان على الأقوى.

مسألة ٥٨: ومن التسبب الموجب للضمان ما لو فك وكاء ظرف فيه مائع فسال ما فيه، وأما لو فتح رأس الظرف، ثم اتفق أنه قلبته الريح الحادثة أو انقلبت بوقوع طائر عليه مثلاً فسال ما فيه، ففي الضمان تردد وإشكال^(٥٩٣) نعم: يقوى الضمان فيما كان ذلك في حال هبوب الرياح العاصفة أو في مجتمع الطيور ومظان وقوعها عليه.

مسألة ٦٠: ليس^(٥٩٤) من التسبب الموجب للضمان ما لو فتح باباً على مال فسرق، أو دل سارقاً عليه فسرقه فلا ضمان عليه.

مسألة ٦١: لو وقع الحائط على الطريق مثلاً، فتلف بوقوعه مال أو نفس، لم يضمن صاحبه إلا إذا بناه مائلاً إلى الطريق، أو مال إليه بعدما كان مستويماً وقد تمكن صاحبه من الإزالة ولم يزله، فعليه الضمان في الصورتين على الأقوى.

مسألة ٦٢: لو وضع شربة أو كوزاً مثلاً على حائطه فسقط وتلف به مال أو نفس لم يضمن إلا إذا وضعه مائلاً إلى الطريق أو وضعه على وجه يسقط مثله .

مسألة ٦٣: ومن التسبب الموجب للضمان أن يشعل ناراً في ملكه وداره فتعدت وأحرقت دار جاره مثلاً، فيما إذا تجاوز قدر حاجته ويعلم أو يظن تعديها لعصف الهواء مثلاً، بل الظاهر كفاية الثاني فيضمن مع العلم أو الظن بالتعدي ولو كان بمقدار الحاجة، بل لا يبعد الضمان إذا اعتقد عدم كونها متعدية فتبين خلافه، كما إذا كانت ريح حين إشعال النار وهو قد اعتقد أن يمثل هذه الرياح لا تسري النار إلى الجار ، فتبين خلافه، نعم لو كان الهواء ساكناً بحيث يؤمن معه من التعدي فاتفق عصف الهواء بعتة فطارت شرارتها يقوى عدم الضمان^(٥٩٥).

^(٥٩٣) الظاهر أن العرف يراه سبباً، ولا إشكال فيه ولا فرق بينه وبين الفرع التالي.

^(٥٩٤) إن كان من المشاركة والمواطأة مع السارق فهو سبب، وإن لم يكن وكان ينظر العرف ان رفع المانع سبب فهو أيضاً كذلك، مثل أن يكون الوضع الأمني غير مستقر، فكان فتح الباب عند العرف سبباً لإغراء السارق بالسرقة وفي غير ذلك تردد، ولعل العرف يختلف في الموارد، والمرجع القضاء.

^(٥٩٥) وإن كان هناك احتمال في بعض صورته فالمرجع القضاء.

مسألة ٦٤: إذا أرسل الماء في ملكه فتعدى إلى ملك غيره فأضر به ضمن مطلقاً ولو مع اعتقاده عدم التعدي فضلاً عما لو علم أو ظن به.

مسألة ٦٥: لو تعب حمال الخشبة فأسندهما إلى جدار الغير ليستريح بدون إذن صاحب الجدار فوقع بإسناده إليه ضمنه وضمن ما تلف بوقوعه عليه، ولو وقعت الخشبة فأتلفت شيئاً ضمنه سواء وقعت في الحال أو بعد ساعة.

مسألة ٦٦: لو فتح قفصاً عن طائر فخرج وكسر بخروجه قارورة شخص، مثلاً، ضمنها الفاتح، وكذا لو كان القفص ضيقاً مثلاً فاضطرب بخروجه فسقط وانكسر.

مسألة ٦٧: لو وقع طائر على جداره فطيّره وضاع الطائر عن مالكه يضمن، خصوصاً إذا كان الطائر معتاداً إلى العود إلى محله.

مسألة ٦٨: إذا أكلت دابة شخص زرع غيره أو أفسده، فإن كان معها صاحبها راكباً أو سائقاً أو قائداً أو مصاحباً ضمن ما أتلفته، وإن لم يكن معها بأن انفلتت من مراحتها، مثلاً، فدخلت زرع غيره ضمن ما أتلفته إن كان ذلك ليلاً، وليس عليه ضمان إن كان نهاراً^(٥٩٦).

مسألة ٦٩: لو كانت الشاة أو غيرها في يد الراعي، أو الدابة في يد المستعير أو المستأجر، فأتلفتا زرعاً أو غيره، كان الضمان على الراعي والمستأجر والمستعير لا على المالك والمعير.

مسألة ٧٠: لو اجتمع سببان للإتلاف بفعل شخصين، فإن لم يكن أحدهما أسبق في التأثير إشتراكاً في الضمان، وإلا كان الضمان على المتقدم في التأثير، فلو حفر شخص بئراً في الطريق ووضع شخص آخر حجراً بقرعها، فعثر به إنسان أو حيوان فوقع في البئر، كان الضمان على واضع الحجر دون حافر البئر، ويحتمل قوياً إشتراكهما في الضمان مطلقاً^(٥٩٧).

مسألة ٧١: لو اجتمع السبب مع المباشر كان الضمان على المباشر دون فاعل السبب، فلو حفر شخص بئراً في الطريق فدفع غيره فيها إنساناً أو حيواناً كان الضمان على الدافع دون الحافر. نعم، لو كان السبب أقوى من المباشر كان الضمان عليه لا على المباشر، فلو وضع قارورة تحت رجل شخص نائم فمد رجله وكسرها كان الضمان على الواضع دون النائم.

مسألة ٧٢: لو أكره على إتلاف مال غيره كان الضمان على من أكرهه وليس عليه ضمان، لكون ذي السبب أقوى من المباشر. هذا إذا لم يكن المال مضموناً في يده بأن أكرهه على إتلاف ما ليس تحت يده، أو على إتلاف الوديعة التي عنده مثلاً، وأما إذا كان المال مضموناً في يده كما إذا غضب مالاً فأكرهه شخص على إتلافه فالظاهر ضمان كليهما، فللمالك الرجوع على أيهما شاء، فإن رجع

(٥٩٦) إن لم يكن عليه حفظها أو كان على صاحب المتاع حفظه منها، وإلا فعليه ضمان ما أتلفته.

(٥٩٧) المرجع في ذلك القضاء الذي يستكشف بالقرائن المتنوعة نظر العرف في السبب، أو نظر الخبراء، وفي المثل المذكور فإن العرف يرى أنه لولا الحفر لما تحتمت عظامه ولولا الحجر لما وقع، فهما معاً مؤثران في السبب.

على المكره (بالكسر) لم يرجع على المكره (بالفتح) بخلاف العكس، هذا إذا أُكْرِهَ على إتلاف المال، وأما لو أُكْرِهَ على قتل أحد معصوم الدم فقتله فالضمان على القاتل من دون رجوع على المكره وإن كان عليه عقوبة، فإنه لا إكراه في الدماء.

مسألة ٧٣: لو غصب مأكولاً -مثلاً- فأطعمه المالك مع جهله بأنه ماله، بأن قال له هذا ملكي وطعامي أو قدمه إليه ضيافة، مثلاً لو غصب شاة واستدعى من المالك ذبحها فذبحها مع جهله بأنها شاته، ضمن الغاصب وإن كان المالك هو المباشر للإتلاف. نعم، لو دخل المالك دار الغاصب مثلاً ورأى طعاماً فأكله على اعتقاد إنه طعام الغاصب فكان طعام الآكل، فالظاهر عدم ضمان الغاصب وقد برئ عن ضمان الطعام.

مسألة ٧٤: لو غصب طعاماً من شخص وأطعمه غير المالك على أنه ماله مع جهل الآكل بأنه مال غيره، كما إذا قدمه إليه بعنوان الضيافة مثلاً، ضمن كلاهما فللمالك أن يغرم أيهما شاء، فإن أغرم الغاصب لم يرجع على الآكل، وإن أغرم الآكل رجوع على الغاصب لأنه قد غره.

مسألة ٧٥: إذا سعى بأحد إلى الظالم واشتكى عليه عنده بحق أو بغير حق، فأخذ الظالم منه مالاً بغير حق، لم يضمن الساعي والمشتكى ما خسره وإن إثم بسبب سعائته أو شكائته إذا كانت بغير حق، وإنما الضمان على من أخذ المال^(٥٩٨).

مسألة ٧٦: إذا تلف المغصوب وتنازع المالك والغاصب في القيمة ولم تكن بينة، فالقول قول الغاصب مع يمينه، وكذا لو تنازعا في صفة تزيد بها الثمن، بأن ادعى المالك وجود تلك الصفة فيه يوم غصبه أو حدوثها بعده وإن زالت فيما بعد، وأنكره الغاصب ولم يكن بينة فالقول قول الغاصب مع يمينه.

مسألة ٧٧: إذا كان على العبد المغصوب الذي تحت يد الغاصب ثوب أو خاتم مثلاً، أو على الدابة المغصوبة رحل وعلق بها حبل، واختلفا فيما عليهما، فقال المغصوب منه هو لي، وقال الغاصب هو لي ولم يكن بينة فالقول قول الغاصب مع يمينه لكونه ذا يد فعلية عليه.

مسألة ٧٨: لو غصب شيئاً من أحد ثم فقد صاحبه ولم يقدر عليه، يجري عليه حكم مجهول المالك.
مسألة ٧٩: لو كان شيء غصباً عند المغصوب منه اجتهاداً أو تقليداً دون الغاصب يجري عليه حكم الغصب على الأحوط^(٥٩٩).

مسألة ٨٠: لو غصب من محل شيئاً معيناً ووضع ثمنه في دخل المغصوب منه بحيث يعلم أنه يأخذه فالإثم ثابت والضمان مشكل^(٦٠٠).

(٥٩٨) لعل الدلالة في بعض الموارد يعتبر تسبباً كافياً للضمان، مثله في ذلك مثل التغير، والمرجع العرف والقضاء.

(٥٩٩) ولكن الأشبه أن كل شخص يعمل بما كلف به اجتهاداً أو تقليداً، وعند الخلاف المرجع القضاء.

(٦٠٠) في حال قبول المغصوب منه بعدئذ يشكل الضمان ولكن من دونه يشكل القول بعدمه.

مسألة ٨١: لو غصب زيد عن عمرو ديناراً مثلاً، وغصب عمرو عن زيد ديناراً، مع تساويهما من كل جهة، يتحقق الإثم ويشكل الضمان.

مسألة ٨٢: لا فرق في حرمة الغصب والضمان بين الغصب من المسلم أو الكافر المحترم المال.

مسألة ٨٣: لو اضطر إلى الغصب -كاضطراره إلى أكل الميتة- يرتفع الحكم التكليفي ويثبت الضمان.

كتاب الوقف وأخواته

الحمد لله الواقف على جميع السرائر، الموقوفة لدى حكمته عقول ذوي البصائر والصلاة، والسلام على محمد وآله الذين هم الموقوف عليهم عناياته الخاصة التي لا تحدها المشاعر.

هذه المادة - و - ق - ف - تستعمل بمعنى السكون والحبس والوقوف في مقابل الحركة والجريان والذهاب، وتستعمل بهذا المعنى اللغوي في السُّنة واصطلاح الفقهاء، فإنه في الاصطلاحين عبارة عن " تحبيس الأصل وتسييل الثمرة" فعنوان الحبس والإيقاف والسكون مأخوذ في معناه الاصطلاحية كما في معناه اللغوي، ويطلق عليه في الأخبار: الصدقة، بل هذا الإطلاق هو الغالب فيه، وبالمعنى اللغوي يطلق على السكنى والرقي والعمري، لتحقق الحبس والسكون فيها أيضاً في الجملة، ويصح إطلاق الصدقة عليها أيضاً. ولكن إطلاق الصدقة على الوقف وأخواته إطلاق بالمعنى الأعم أي: مطلق الانتفاع مجاناً، وإلا فالصدقة بالمعنى الأخص تمليك مجاناً قربة إلى الله تعالى.

ويصح أن يقال: أن الصدقة إما حدوثي فقط، كما في الزكاة ونحوها، وإما مادامي كما في السكنى والعمري والرقي، وإما دائمي كما في الوقف.

والوقف هو: تحبيس العين وتسييل المنفعة، وفيه فضل كثير وثواب جليل. قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: "إذا مات ابن آدم إنقطع عمله إلا عن ثلاثة: ولد صالح يدعو له، وعلم يُنتفع به بعد موته، وصدقة جارية" وفُسِّرت الصدقة الجارية بالوقف.

فصل فيما يعتبر في الوقف

وهو أمور:

الأول^(٦٠١): الصيغة، وهي كل ما دل على إنشاء المعنى المذكور مثل "وقفت" و "حبست" و "سبّلت" بل و "تصدقت"، إذا أقرن به بعض ما يدل على إرادة المعنى المقصود كقوله: "صدقة مؤبدة لا تباع ولا توهب" ونحو ذلك، وكذا قوله: "جعلت أرضي أو داري أو بستاني موقوفة أو محبسة أو مسبلة على كذا".

مسألة ١: لا يعتبر فيه العربية ولا الماضوية بل تكفي الجملة الاسمية كقوله: "هذا^(٦٠٢) وقف أو هذه أرضي موقوفة أو محبسة أو مسبلة".

مسألة ٢: لا بد في وقف المسجد قصد عنوان المسجدية، فلو وقف مكاناً على صلاة المصلين وعبادة المتعبدين لم يصير بذلك مسجداً ما لم يكن المقصود ذلك العنوان، والظاهر كفاية قوله: "جعلته مسجداً" في صيغته وإن لم يذكر ما يدل على وقفه وتحييسه وإن كان أحوط، بأن يقول: "وقفت هذا المكان أو هذا البنيان مسجداً أو على أن يكون مسجداً".

مسألة ٣: الظاهر كفاية المعاطاة في مثل المساجد والمقابر والشوارع والقناطر والربط المعدة لنزول المسافرين، والأشجار المغروسة لانتفاع المارة بظلها أو ثمرها، بل البواري للمساجد والقناديل للمشاهد وأشباه ذلك، وبالجملة ما كان محبساً على مصلحة عامة، فلو بنى بعنوان المسجدية وأذن في الصلاة فيه للعموم وصلى فيه بعض الناس كفى في وقفه وصيرورته مسجداً، وكذا لو عين قطعة من الأرض لأن تكون مقبرة للمسلمين وخلقى بينها وبينهم وأذن إذناً عاماً لهم في الإقبار فيها فأقبروا فيها بعض الأموات، أو بنى قنطرة وخلقى بينها وبين العابرين فشرعوا في العبور عليها، وهكذا.

مسألة ٤: ما ذكرنا من كفاية المعاطاة في المسجد إنما هو فيما إذا كان أصل البناء والتعمير في المسجد بقصد المسجدية، بأن نوى بنائه وتعميره أن يكون مسجداً، خصوصاً إذا حاز أرضاً مباحاً لأجل المسجد وبنى فيها بتلك النية، وأما إذا كان له بناء مملوك كدار وخان فنوى أن يكون مسجداً وصرف الناس بالصلاة فيه من دون إجراء صيغة الوقف عليه يشكل الاكتفاء^(٦٠٣) به، وكذلك الحال في مثل الرباط والقنطرة، فإذا بنى رباطاً في ملكه أو في أرض مباح للمارة والمسافرين ثم خلقى بينه وبينهم

(٦٠١) الوقف نوع تعهد من قبل الواقف والذي نسميه بالإيقاع، والظاهر إنه بحاجة إلى مبرز ومظهر، من قول دالٍ عليه عرفاً، أو فعل يهدي إليه عند العرف كذلك، فلو لم يكتمل أركان هذا التعهد، مثل أن يكون الواقف غير قاصد بإنجازه حالياً أو كان متردداً أو لم يتم إظهاره بما يدل عليه عرفاً من قول أو فعل لم يتم.

(٦٠٢) إذا كانت دلالة عرفاً كافية على إنشاء الوقف.

(٦٠٣) إلا إذا كان دعوة الناس للصلاة فيه كافية عرفاً للدلالة على إنشائه الوقف والمعيار هو ما سبق من كفاية (التعهد) وإظهاره بقول أو بفعل يدلان عليه دلالة عرفية كافية.

ونزل بعض القوافل كفى ذلك في وقفته على تلك الجهة، بخلاف ما إذا كان له خان مملوك له معدّ للإجارة ومحلاً للتجارة مثلاً، فنوى أن يكون وقفاً على الغرياء والنازلين من المسافرين وخلقى بينه وبينهم من دون إجراء صيغة الوقف عليه.

مسألة ٥: لا إشكال في جواز التوكيل في الوقف، وفي جريان الفضولية فيه خلاف وإشكال لا يبعد جريانها فيه لكن الأحوط^(٦٠٤) خلافه، فلو وقع فضولاً لا يكتفى بالإجازة بل تجدد الصيغة.

مسألة ٦: الأقوى عدم اعتبار القبول في الوقف على الجهات العامة كالمساجد والقناطر ونحوها، وكذا الوقف على العناوين الكلية كالوقف على الفقراء والفقهاء ونحوها، وأما الوقف الخاص كالوقف على الذرية فالأحوط^(٦٠٥) اعتباره فيه فيقبله الموقوف عليهم، وإن كانوا صغاراً قام به وليهم، ويكفي قبول الموجودين ولا يحتاج إلى قبول من سيوجد منهم بعد وجوده، والأحوط رعاية القبول في الوقف العام أيضاً، والقائم به الحاكم أو المنصوب من قبله.

مسألة ٧: الأحوط قصد القرية في الوقف وإن كان في اعتباره نظر، خصوصاً في الوقف الخاص كالوقف على زيد وذريته ونحو ذلك.

الثاني: مما يشترط في صحة^(٦٠٦) الوقف القبض، ويعتبر أن يكون بإذن الواقف، وهو في كل مورد بحسبه .

مسألة ٨: القبض في الوقف الخاص - وهو الوقف الذي كان على أشخاص كالوقف على أولاده وذريته - يتحقق بقبض الموقوف عليهم أو بعضهم، ويكفي قبض الطبقة الأولى عن بقية الطبقات اللاحقة، بل يكفي قبض الموجودين من الطبقة الأولى عمن يوجد منهم فيما بعد، فإذا وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده وكان الموجود من أولاده ثلاثة فقبضوا ثم تولد رابع بعد ذلك فلا حاجة إلى قبضه، ولو كان الموجودون جماعة فقبض بعضهم دون بعض، صح بالنسبة إلى من قبض وبطل بالنسبة إلى من لم يقبض.

مسألة ٩: القبض في الوقف على الجهات والمصالح كالمساجد وما وقف عليها يتحقق بقبض المتولي إن جعل الواقف له متولياً أو بقبض الحاكم الشرعي، والأحوط الاكتفاء بالثاني مع وجود الأول، وإن لم يكن قيمّ تعين قبض الحاكم، وكذا الحال في الوقف على العناوين العامة كالفقراء والطلبة والعلماء، وهل يكفي قبض بعض المستحقين من أفراد ذلك العنوان العام، بأن يقبض مثلاً فقير من الفقراء في الوقف

(٦٠٤) هذا الاحتياط حسن، ولكن لا يجب التقيّد به، والسبب أن صحة الفضالة مطابقة للأصل مادامت أركان الوقف مكتملة من الإنشاء والإظهار والرضا من المالك، فلو بنى أحدهم مسجداً على أرض لغيره بزعم أنه وكيل في ذلك ثم ظهر عدم وكالته ولكن المالك أجاز الوقفية، يُعتقد صحة فعله منذ تسليمه المسجد للناس .

(٦٠٥) وإن كان للقول بأن الرد مفسد للوقف وجه وجيه، وليس القول بأن القبول شرط.

(٦٠٦) قد يقال إن القبض شرط اللزوم وليس شرط الصحة ولذلك فإن النماء المتخلل هو للموقوف عليهم.

على الفقراء، أو عالم من العلماء في الوقف على العلماء، قيل نعم وقيل لا ، ولعل الأول هو الأقوى فيما إذا سلم الوقف إلى المستحق لاستيفاء ما يستحق كما إذا سلم الدار الموقوفة على سكنى الفقراء إلى فقير فسكنها أو الدابة الموقوفة على الزوّار والحجاج إلى زائر وحاج فركبها.

مسألة ١٠: لا يكفي في القبض مجرد إستيفاء المنفعة والثمرة من دون إستيلاء على العين، فإذا وقف بستاناً على الفقراء، لا يكفي في القبض إعطاء شيء من ثمرتها لبعض الفقراء مع كون البستان تحت يده.

مسألة ١١: لو وقف مسجداً أو مقبرة كفى في قبضها صلاة واحدة في المسجد ودفن ميت واحد في المقبرة.

مسألة ١٢: لو وقف الأب على أولاده الصغار لم يحتج إلى قبض جديد، وكذا كل ولي إذا وقف على المولى عليه، لأن قبض الولي قبض المولى عليه، والأحوط أن يقصد كون قبضه عنه.

مسألة ١٣: فيما يُعتبر أو يكفي قبض المتولي كالوقف على الجهات العامة، لو جعل الواقف التولية لنفسه لا يحتاج إلى قبض آخر، ويكفي قبضه الذي هو حاصل.

مسألة ١٤: لو كانت العين الموقوفة بيد الموقوف عليه قبل الوقف بعنوان الوديعة أو العارية أو على وجه آخر، لم يحتج إلى قبض جديد بأن يستردها ثم يقبضها.

نعم، لا بد أن يكون بقاؤها في يده بإذن الواقف بناءً على اشتراط كون القبض بإذنه كما مر.

مسألة ١٥: لا يشترط في القبض الفورية، فلو وقف عيناً في زمان ثم أقبضها في زمان متأخر، كفى وتم الوقف من حينه^(٦٠٧).

مسألة ١٦: لو مات الواقف قبل القبض بطل الوقف وكان ميراثاً، وإذا مات الموقوف عليه، فإن كان الوقف على العنوان، يقوم غيره ممن ينطبق عليه العنوان مقامه في القبض، وكذا إذا كان معيناً وبعده على شخص آخر .

الثالث: مما يشترط في صحة الوقف الدوام، بمعنى عدم توقيته بمدة، فلو قال: "وقفت هذه البستان على الفقراء إلى سنة" بطل وقفاً، وفي صحته حبساً أو بطلانه كذلك وجهان: أوجههما الثاني، إلا إذا علم أنه قصد كونه حبساً.

مسألة ١٧: إذا وقف على من ينقرض، كما إذا وقف على أولاده واقتصر على بطن أو بطون ممن ينقرض غالباً، ولم يذكر المصرف بعد انقراضهم صح^(٦٠٨) وقفاً، فيصح الوقف المنقطع الآخر، بأن يكون وقفاً حقيقة إلى زمان الانقراض والانقطاع، وينقضي بعد ذلك ويرجع إلى الواقف أو ورثته.

(٦٠٧) بناءً على اشتراطه في الصحة، وأما بناءً على شرطية لزوم فالوقف تم من حين الوقف.

(٦٠٨) في صحته وقفاً إشكال، بلى إنه يصح حبساً إذا عرفنا مراده ذلك، ويصح وقفاً إذا عرفنا أن مراده الصدقة بالمال، وأن كون ذلك على أولاده من باب تعدد المطلوب فيرجع بعدهم إلى وجوه البر.

مسألة ١٨: الفرق بين الوقف والحبس أن الوقف يوجب زوال ملك الواقف عنه أو ممنوعيته من جميع التصرفات وسلب أنحاء السلطنة منه، حتى أنه لا يورث، بخلاف الحبس فإنه باق على ملك الحابس، ويورث ويجوز له جميع التصرفات غير المنافية لاستيفاء الحبس عليه المنفعة، ولو مات الحابس عليه ترجع العين إلى الحابس، ولو مات الحابس تكون لورثته.

مسألة ١٩: إذا انقرض الموقوف عليه وكان الواقف حياً رجع إليه، ولو مات الواقف يرجع إلى ورثة الواقف حين موته لا حين انقراض الموقوف عليه، فلو وقف على من ينقرض كزيد وأولاده مثلاً، ثم مات الواقف عن ولدين، ومات بعده أحد الولدين عن ولد قبل انقراض الموقوف عليهم، ثم انقرضوا يرجع إلى الولد الباقي وابن أخيه، حيث أنه يقوم مقام أبيه فيشاركه عمه لا أن يرجع إلى الولد الباقي فقط.

مسألة ٢٠: من الوقف المنقطع الآخر ما كان الوقف مبنياً على الدوام، لكن كان وقفاً على من يصح الوقف عليه في أوله دون آخره، كما إذا وقف على زيد وأولاده وبعد انقراضهم على الكنائس والبيع مثلاً، فعلى ما اخترناه في الوقف على من ينقرض يصح وقفاً بالنسبة إلى من يصح الوقف عليه ويبطل بالنسبة إلى مالا يصح، فظهر أن صور الوقف المنقطع الآخر ثلاث يبطل الوقف رأساً في صورة ويصح في صورتين^(٦٠٩).

مسألة ٢١: الوقف المنقطع الأول إما يجعل الواقف كما إذا وقفه إذا جاء رأس الشهر الكذائي، وإما بحكم الشرع بأن وقف أولاً على مالا يصح الوقف عليه ثم على غيره والظاهر بطلانه رأساً، وإن كان الأحوط في الثاني تحديد صيغة الوقف عند انقراض الأول أو العمل بالوقف بعده، وأما المنقطع الوسط - كما إذا كان الموقوف عليه في الوسط غير صالح للوقف عليه بخلافه في المبدأ والمنتهى - فهو بالنسبة إلى شرطه الأول كالمنقطع الآخر فيصح وقفاً وبالنسبة إلى شرطه الآخر كالمنقطع الأول يبطل رأساً.

مسألة ٢٢: إذا وقف على غيره أو على جهة وشرط عودته إليه عند حاجته صح على الأقوى، ومرجعته إلى كونه وقفاً مادام لم يحتج إليه فإذا احتاج إليه ينقطع ويدخل في منقطع الآخر، وقد مرّ حكمه، وإذا مات الواقف فإن كان بعد طرو الحاجة كان ميراثاً وإلا بقي على وقفته^(٦١٠).

الرابع: يشترط في صحة الوقف التنجيز، فلو علقه على شرط متوقع الحصول كمنجيء زيد أو شيء غير حاصل يقيني الحصول فيما بعد، كما إذا قال: "وقفت إذا جاء رأس الشهر" بطل^(٦١١).

(٦٠٩) قد مرّ التفصيل وأنه يرجع إلى نية الواقف، فقد يكون وقفه على الكنائس بناءً على تعدد المطلوب.

(٦١٠) يظهر من بعض الأخبار إنه بمجرد الموت يرجع ميراثاً، ولعله بسبب أن ذات الوقف محدود في مثل هذه الحالة بالحياة، وأن الموت بذاته حاجة، أو لأنه قد جعل بحيث كان مراده حين حياته فقط، وسبل الاحتياط واضحة.

(٦١١) إذا كان منافياً لطبيعة العقد، أي كان ينتهي إلى التردد وعدم عقد القلب مما يتناقض وحقيقة العقد، وهذا هو المعيار في المسائل التالية.

مسألة ٢٣: لا بأس بالتعليق على شيء حاصل حين الوقف كما إذا قال: "وقفت إن كان اليوم يوم الجمعة" مع علمه بكونه يوم الجمعة، بل ولو لم يعلم به وكان يوم الجمعة.
مسألة ٢٤: لو قال: "هو وقف بعد موتي" فإن فهم منه في متفاهم العرف أنه وصية بالوقف صح، وإلا بطل.

الخامس: يشترط في صحة الوقف إخراج نفسه عن الوقف. فلو وقف على^(٦١٢) نفسه لم يصح.
مسألة ٢٥: لو وقف على نفسه وعلى غيره، فإن كان بنحو التشريك بطل بالنسبة إلى نفسه وصح بالنسبة إلى غيره، وإن كان بنحو الترتيب، فإن وقف على نفسه ثم على غيره كان من الوقف المنقطع الأول، وإن كان بالعكس كان من المنقطع الآخر، وإن كان على غيره ثم على نفسه ثم على غيره كان من المنقطع الوسط، وقد مرّ حكم هذه الصور.

مسألة ٢٦: لو وقف على غيره كأولاده أو الفقراء مثلاً، وشرط أن يقضي ديونه، أو يؤدي ما عليه من الحقوق المالية كالزكاة والخمس، أو ينفق عليه من غلة الوقف لم يصح وبطل الوقف من غير فرق بين ما لو أطلق الدين أو عين، وكذا بين أن يكون الشرط الإنفاق عليه وإدراجه مؤونته إلى آخر عمره أو إلى مدة معينة، وكذا بين تعيين مقدار المؤونة وعدمه.

نعم، لو شرط ذلك على الموقوف عليه من ماله ولو من منافع الوقف بعد ملكه جاز.
مسألة ٢٧: لو شرط أكل أضيافه ومن يمرّ عليه من ثمرة الوقف جاز، وكذا لو شرط إدراجه مؤونة أهله وعياله وإن كان ممن يجب عليه نفقته حتى الزوجة الدائمة^(٦١٣) إذا لم يكن بعنوان النفقة الواجبة عليه حتى تسقط عنه، وإلا رجع إلى الوقف على النفس مثل شرط أداء ديونه.

مسألة ٢٨: إذا أجر عيناً ثم وقفها صح الوقف وبقيت الإجارة على حالها وكان الوقف مسلوباً المنفعة في مدة الإجارة، فإذا انفسخت الإجارة بالفسخ أو الإقالة بعد تمام الوقف رجعت المنفعة إلى الواقف المؤجر ولا يملكها الموقوف عليهم، فإن أراد أن ينتفع بما يوقف يمكنه الاحتياط بأن يؤجره مدة عشرة سنة مثلاً مع شرط خيار الفسخ له ثم يفسخ الإجارة بعد تمامية الوقف فترجع إليه منفعة تلك المدة.

مسألة ٢٩: يجوز استثناء بعض العين الموقوفة لنفسه حين الوقف، كما يجوز استثناء مقدار من منافع العين الموقوفة لحق التولية.

مسألة ٣٠: لا إشكال في جواز انتفاع الواقف في الأوقاف على الجهات العامة كالمساجد والمدارس والقناطر والخانات المعدة لتنزل الزوار والحجاج والمسافرين ونحوها، وأما الوقف على العناوين العامة كالفقراء والعلماء إذا كان الواقف داخلياً في العنوان حين الوقف أو صار داخلياً فيه فيما بعد فإن كان

(٦١٢) الظاهر أنه لو وقف على نفسه بطل، أما على عنوان كان هو داخلياً فيه أو أمسى داخلياً فيه بعدئذ فإن الجواز أظهر.

(٦١٣) إن لم يُعتبر عرفاً أنه وقف على نفسه، أما معه فمشكل.

المراد التوزيع عليهم فلا إشكال في عدم جواز أخذه حصته من المنافع ، بل يلزم أن يقصد من العنوان المذكور حين الوقف من عدا نفسه ويقصد خروجه عنه ، ومن ذلك ما إذا وقف شيئاً على ذرية أبيه أو جده إذا كان المقصود البسط والتوزيع كما هو الشائع المتعارف، وإن كان المراد بيان المصرف كما هو الغالب المتعارف في الوقف على الفقراء والزوار والحجاج والفقهاء والطلبة ونحوها فلا إشكال في خروجه وعدم جواز انتفاعه منه إذا قصد خروج نفسه، وإنما الإشكال فيما لو قصد الإطلاق والعموم بحيث تشمل نفسه وأنه هل يجوز له الانتفاع به أم لا؟ أقواهما الأول وأحوطهما الثاني خصوصاً فيما إذا قصد دخول نفسه.

مسألة ٣١: في الأوقاف العامة، لو شك في اعتبار قيد أو خصوصية في الموقوف عليه هو فاقد له، لم يجز له التصرف إلا بعد إحراز أنه من أهله.

فصل في شرائط الواقف والموقوف

يعتبر في الواقف البلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس أو سفه، فلا يصح وقف الصبي وإن بلغ عشرًا على الأقوى.

نعم، حيث أن الأقوى صحة وصية من بلغ ذلك كما يأتي، فإذا أوصى بالوقف صح وقف الوصي عنه.

مسألة ٢٢: لا يعتبر في الواقف أن يكون مسلماً فيصح وقف الكافر فيما يصح من المسلم على الأقوى، وكذا فيما يصح على مذهبه.

مسألة ٢٣: يعتبر في الموقوف أن يكون عيناً مملوكاً يصح الانتفاع به منفعة محللة مع بقاء عينه ويمكن قبضه، فلا يصح وقف المنافع ولا الديون ولا وقف مالا يملك مطلقاً كالحجر، أو لا يملكه المسلم كالحنوزير، ولا ما لا انتفاع به إلا بإتلافه كالأطعمة والفواكه، ولا ما انحصر انتفاعه المقصود في المحرم كآلات اللهو والقمار، ويلحق به ما كانت المنفعة المقصودة من الوقف محرمة كما إذا وقف الدابة لحمل الخمر أو الدكان لحرزه أو بيعه، وكذا لا يصح مالا يمكن قبضه كالعبد الأبق والدابة الشاردة، ويصح وقف كل ما صح الانتفاع به مع بقاء عينه كالأراضي والدور والعقار والثياب والسلاح والآلات المباحة والأشجار والمصاحف والكتب والحلي وصنوف الحيوان حتى الكلب المملوك والسنور ونحوها.

مسألة ٣٤: لا يعتبر في العين الموقوفة كونها مما ينتفع بها فعلاً، بل يكفي كونها معرضاً للانتفاع ولو بعد مدة وزمان، فيصح وقف الدابة الصغيرة والأصول المغروسة التي لا تثمر إلا بعد سنين.

مسألة ٣٥: لا يصح وقف المبهم كما إذا قال: "وقف بعض أملاكي أو شيئاً (٦١٤) من مالي".
مسألة ٣٦: المنفعة المقصودة في الوقف أعم من المنفعة المقصودة في العارية والإجارة فتشمل النماءات والثمرات، فيصح وقف الأشجار لثمرها، والشاة لصفوها ولبنها ونتاجها، وإن لم يصح إجارتها لذلك (٦١٥).

مسألة ٣٧: يجوز وقف الدراهم والدنانير إن فرض لهما منافع صحيحة شرعية.
مسألة ٣٨: لو ترددت العين الموقوفة بين شيئين أو أكثر، كأن لم يعلم أنه وقف داره أو دكانه بعد العلم بوقوع عقد الوقف جامعاً للشرائط فالمرجع القرعة.
مسألة ٣٩: لو كانت العين مشتركة بين الطلق والوقف، فباع صاحب الطلق حصته، أو كانت العين الموقوفة بين إثنين مثلاً فباع أحدهما حصته لعروض مجوز للبيع عنده، ففي ثبوت الشفعة في صورتين إشكال .

فصل في الموقوف عليه

ينقسم الوقف باعتبار الموقوف عليه على قسمين: "الوقف الخاص" وهو ما كان وقفاً على شخص أو أشخاص، كالوقف على أولاده وذريته أو على زيد وذريته، و"الوقف العام" وهو ما كان على جهة ومصلحة عامة، كالمساجد والقناطر والخانات المعدة لنزول القوافل، أو على عنوان عام كالفقراء والفقهاء والطلبة والأيتام.

مسألة ٤٠: يُعتبر في الوقف الخاص وجود الموقوف عليه حين الوقف (٦١٦) فلا يصح الوقف ابتداءً على المعدوم ومن سيوجد، بل وكذا على الحمل قبل أن يولد، والمراد بكونه ابتداءً أن يكون هو الطبقة الأولى من دون مشاركة موجود في تلك الطبقة.

نعم، لو وقف على المعدوم أو الحمل تبعاً للموجود - بأن يُجعل طبقة ثانية أو مساوياً للموجود في الطبقة بحيث لو وجد لشاركه - صح بلا إشكال، كما إذا وقف على أولاده الموجودين ومن سيولد له على التشريك أو الترتيب.

وبالجملية: يعتبر في بطلان الوقف على المعدوم أن يكون مستقلاً وابتداءً، وأما لو كان كل منهما تبعاً للموجود عرضاً أو طولاً فيصح، فلو وقف على ولده الموجود ثم على أولاد الولد ثم على زيد، فتوفي ولده قبل أن يولد الولد ثم تولد صح الوقف، وكذا لو وقف على ذريته نسلاً بعد نسل وكان له أولاد وأولاد الأولاد فانقرضوا ووصلت النوبة إلى الطبقة الثالثة.

(٦١٤) إلا إذا تحدد بعدئذ إن لم يكن من التعليق المبطل.

(٦١٥) مرّ المختار فيها أيضاً.

(٦١٦) هذا هو المشهور وهو موافق للاحتياط، وإن كان الاستدلال عليه مشكلاً.

مسألة ٤١: لا يعتبر في الوقف على العنوان العام وجوده في كل زمان، بل يكفي إمكان وجوده فعلاً في بعض الأزمان، فإذا وقف بستاناً مثلاً على فقراء البلد ولم يكن في زمان الوقف فقير في البلد لكن سيوجد، صح الوقف ولم يكن من المنقطع الأول، كما أنه لو كان موجوداً لكن لم يوجد في زمان ثم وجد لم يكن من المنقطع الوسط بل هو باق على وقفيته فيحفظ غلته في زمان عدم وجود الفقير إلى أن يوجد.

مسألة ٤٢: يشترط^(٦١٧) في الموقوف عليه التعيين فلو وقف على أحد الشخصين أو أحد المشهدين أو أحد المسجدين أو أحد الفريقين لم يصح^(٦١٨).

مسألة ٤٣: لا يصح الوقف على الكافر الحربي والمرتد عن فطرة، وأما الذمي والمرتد لا عن فطرة فالظاهر صحته، سيما إذا كان رحماً للواقف.

مسألة ٤٤: لا يصح الوقف على الجهات المحرمة وما فيه إعانة على المعصية، كمعونة الزناة وقطاع الطرق وكتابة كتب الضلال، وكالوقف على البيع والكنائس وبيوت النيران لجهة عمارتها وخدمتها وفرشها ومعلقاتها وغيرها.

نعم، يصح وقف الكافر عليها.

مسألة ٤٥: إذا وقف مسلم على الفقراء أو فقراء البلد إنصرف إلى فقراء المسلمين، بل الظاهر إنه لو كان الواقف شيعياً إنصرف إلى فقراء الشيعة، وإذا وقف كافر على الفقراء إنصرف إلى فقراء نحلته، فاليهود إلى اليهود، والنصارى إلى النصارى وهكذا، بل الظاهر إنه لو كان الواقف سنياً انصرف إلى فقراء أهل السنة. نعم، الظاهر أنه لا يختص بمن يوافق في المذهب فلا انصراف لو وقف الحنفي إلى الحنفي والشافعي إلى الشافعي^(٦١٩) وهكذا.

مسألة ٤٦: إذا كان أفراد عنوان الموقوف عليه منحصرة في أفراد محصورة، كما إذا وقف على فقراء محلة أو قرية صغيرة، توزع منافع الوقف على الجميع، وإن كانوا غير محصورين لم يجب الاستيعاب، لكن لا يترك الاحتياط بمراعاة الاستيعاب العربي مع كثرة المنفعة فيوزع على جماعة معتد بها بحسب مقدار المنفعة، ويتساوى الأفراد في التوزيع عليهم في الصورتين إلا مع القرينة على الخلاف، ولو دار الأمر بين الاستيعاب وتقليل الحصص، أو عدمه وتكثيرها يُعمل بشواهد الحال^(٦٢٠).

(٦١٧) على المشهور وفيه نظر.

(٦١٨) إلا إذا كان على وجه الجامع للفردين.

(٦١٩) هذا وأمثاله يرجع إلى ظروف وملابسات الواقف، وما يفهمه العرف من الألفاظ التي تستخدم في ذلك.

(٦٢٠) الظاهر هو العمل بشواهد الحال في كل ذلك، وهي متغيرة ومختلفة من منطقة لأخرى ومن عرف لآخر.

مسألة ٤٧: إذا وقف عيناً على أشخاص بعنوان خاص فيهم راجح شرعاً - كالعَدالة أو الاشتغال بالعلم مثلاً - فاتفق عدم تحقق ذلك العنوان في طبقة منهم، فهل يجوز أن يُجرها إلى أن يتحقق العنوان أو لا، وجهان؟ لا يخلو أولهما من رجحان^(٦٢١).

مسألة ٤٨: إذا وقف على فقراء قبيلة - كبنِي فلان - وكانوا متفرقين، لم يقتصر على الحاضرين بل يجب تتبع الغائبين وحفظ حصتهم للإيصال إليهم^(٦٢٢).

نعم، إذا لم يمكن التفتيش عنهم وصعب إحصاؤهم لم يجب الاستقصاء بل يقتصر على من حضر.

مسألة ٤٩: إذا وقف على المسلمين كان لكل من أقر بالشهادتين، ولو وقف على المؤمنين إختص بالاثني عشري لو كان الواقف إمامياً وكذا لو وقف على الشيعة^(٦٢٣).

مسألة ٥٠: إذا وقف في سبيل الله، يُصرف في كل ما يكون وصلة إلى الثواب، وكذلك لو وقف في وجوه البر.

مسألة ٥١: لو وقف على جيرانه فالمرجع العرف .

مسألة ٥٢: إذا وقف على أن يُصرف على ميت أو أموات، صرف في مصالحهم الأخروية من الصدقات عنهم وفعل الخيرات لهم، وإذا احتمل اشتغال ذمتهم بالديون صُرف^(٦٢٤) أيضاً في إفراغ ذمتهم.

مسألة ٥٣: إذا وقف على أرحامه أو أقاربه فالمرجع العرف، وإذا وقف على الأقرب فالأقرب كان ترتيباً على كيفية طبقات الإرث.

مسألة ٥٤: إذا وقف على أولاده، إشتراك الذكر والأنثى والخنثى ويكون التقسيم بينهم على السواء، وإذا وقف على أولاد أولاده، عمّ أولاد البنين والبنات ذكورهم وإناثهم بالسوية.

مسألة ٥٥: إذا قال: "وقفت على ذريتي" عم الأولاد بنين وبنات وأولادهم بلا واسطة ومعها ذكوراً وإناثاً، ويكون الوقف تشريكاً يشارك الطبقات اللاحقة مع السابقة ويكون على الرؤوس بالسوية، وأما إذا قال: "وقفت على أولادي" أو قال: "على أولادي وأولاد أولادي" فالمشهور أن الأول ينصرف إلى الصلبي فلا يشمل أولاد الأولاد والثاني يختص ببنين فلا يشمل سائر البطون لكن الظاهر^(٦٢٥) خلافه وإن الظاهر منهما عرفاً التعميم خصوصاً في الثاني.

(٦٢١) بل لا يخلو من قوة إذا كان من قبيل الشرط.

(٦٢٢) إذا كان اللفظ ظاهراً في الاستيعاب، أما إذا كان ظاهراً في المصروف فلا.

(٦٢٣) يختلف الأمر حسب عرف الواقف، ولكن اليوم قد استقر المصطلح عليهم حفظهم الله تعالى.

(٦٢٤) مع الاحتمال يمكن صرفه فيها ولكن لا يجب.

(٦٢٥) الظاهر الرجوع إلى العرف الخاص أو العام.

مسألة ٥٦: إذا قال: "وقفت على أولادي نسلاً بعد نسل وبتناً بعد بطن" الظاهر المتبادر منه عند العرف أنه وقف ترتيب فلا يشارك الولد أباه ولا ابن الأخ عمه.

مسألة ٥٧: إذا قال: "وقفت على ذريتي أو قال على أولادي وأولاد أولادي" ولم يذكر أنه وقف تشريك أو وقف ترتيب يُحمل على الأول، وكذا لو علم من الخارج وقفية شيء على الذرية ولم يعلم أنه تشريك أو وقف ترتيب.

مسألة ٥٨: لو قال: "وقفت على أولادي الذكور نسلاً بعد نسل" يختص الذكور من الذكور في جميع الطبقات ولا يشمل الذكور من الإناث.

مسألة ٥٩: إذا كان الوقف ترتيبياً كانت الكيفية تابعة لجعل الواقف. فتارة: يجعل الترتيب بين الطبقة السابقة واللاحقة ويراعى الأقرب فالأقرب إلى الواقف فلا يشارك الولد أباه ولا ابن الأخ عمه وعمته ولا ابن الأخت خاله وخالته.

وأخرى: يجعل الترتيب بين خصوص الأبناء من كل طبقة وأبنائهم فإذا كانت أخوة ولبعضهم أولاد لم يكن للأولاد شيء مادام حياة الأبناء، فإذا توفي الأبناء شارك الأولاد أعمامهم، ويمكن أن يجعل الترتيب على نحو آخر ويتبع فإن "الوقوف على حسب ما يقفها أهلها".

مسألة ٦٠: لو قال: "وقفت على أولادي طبقة بعد طبقة وإذا مات أحدهم وكان له ولد فنصيبه لولده"، فلو مات أحدهم وله ولد يكون نصيبه لولده، ولو تعدد الولد يقسم النصيب بينهم على الرؤوس وإذا مات من لا ولد له فنصيبه لمن كان في طبقته ولا يشاركهم الولد الذي أخذ نصيب والده.

مسألة ٦١: لو وقف على العلماء انصرف إلى علماء الشريعة فلا يشمل غيرهم كعلماء الطب والنجوم والحكمة^(٦٦).

مسألة ٦٢: لو وقف على أهل مشهد (كالنجف مثلاً) اختص بالمتوطنين والمجاورين ولا يشمل الزوّار والمترددين.

مسألة ٦٣: لو وقف على المشتغلين في النجف مثلاً من أهل البلد الفلاني كبغداد أو غيره من البلدان اختص بمن هاجر من بلده إلى النجف للاشتغال، ولا يشمل من جعله وطناً له معرضاً عن بلده.

مسألة ٦٤: لو وقف على مسجد صرفت منافعه مع الاطلاق في تعميره ووضوئه وفرشه وخادمه ولو زاد شيء يُعطى لإمامه^(٦٧).

مسألة ٦٥: لو وقف على مشهد يصرف في تعميره ووضوئه وخدّامه المواظبين لبعض الأشغال اللازمة المتعلقة بذلك المشهد.

(٦٦) إلا إذا كان ذلك منصرف الكلام عرفاً.

(٦٧) يرجع الأمر إلى المنصرف فقد يكون الإمام أهم مصرف عند الواقف أو العرف المعتمد عليه.

مسألة ٦٦: لو وقف على الحسين عليه السلام يصرف في إقامة تعزيتته من أجرة القارئ وما يتعارف صرفه في المجلس للمستمعين، ولو وقف على إمام العصر (عجل الله تعالى فرجه الشريف) يرجع أمره إلى الحاكم الشرعي.

مسألة ٦٧: لو وقف على من انتسب إلى شخص من نبي أو إمام فهو لمن انتسب إليه من طرف الأب دون الأم.

مسألة ٦٨: لا إشكال في أنه بعد تمام الوقف ليس للواقف التغيير في الموقوف عليه بإخراج بعض من كان داخلاً أو إدخال من كان خارجاً إذا لم يشترط ذلك في ضمن عقد الوقف، وهل يصح ذلك إذا شرط ذلك؟ فالمشهور وهو المنصور جواز الإدخال دون الإخراج، فلو شرط إدخال من يريد صح وجاز له ذلك ولو شرط إخراج من يريد بطل الشرط^(٦٢٨)، بل الوقف أيضاً على إشكال، ومثل ذلك لو شرط نقل الوقف من الموقوف عليهم إلى من سيوجد.

نعم، لو وقف على جماعة إلى أن يوجد من سيوجد وبعد ذلك كان الوقف على من سيوجد صح بلا إشكال.

مسألة ٦٩: إذا عُلمَ وقفية شيء ولم يُعلم مصرفه ولو من جهة نسيانه، فإن كانت المحتملات متصادفة غير متباينة يصرف في المتيقن، كما إذا لم يدر أنه وقف على الفقراء أو على الفقهاء فيقتصر على مورد تصادف العنوانين وهو الفقهاء الفقراء، وإن كانت متباينة فإن كان الاحتمال بين أمور محصورة كما إذا لم يدر أنه وقف على أهالي النجف أو كربلاء أو لم يدر أنه وقف على المسجد الفلاني أو المشهد الفلاني ونحو ذلك، يوزع بين المحتملات بالتنصيف لو كان مردداً بين أمرين والتثليث لو كان مردداً بين ثلاثة وهكذا، ويحتمل القرعة، وإن كان بين أمور غير محصورة، فإن كان مردداً بين عناوين وأشخاص غير محصورين - كما إذا لم يدر أنه وقف على فقراء البلد الفلاني أو فقهاء البلد الفلاني أو سادة البلد الفلاني أو ذرية زيد أو ذرية عمرو أو ذرية خالد وهكذا - كانت منافعه بحكم مجهول المالك، فيتصدق بها، وإن كان مردداً بين جهات غير محصورة - كما إذا لم يعلم أنه وقف على المسجد أو المشهد أو القناطر أو إعانة الزوار أو تعزية سيد الشهداء عليه السلام وهكذا - يصرف في وجوه البر.

مسألة ٧٠: إذا كانت للعين الموقوفة منافع متجددة وثمرات متنوعة، يملك الموقوف عليهم جميعها مع إطلاق الوقف، فإذا وقف العبد يملك جميع منافع متجددة وثمرات متنوعة، يملك الموقوف عليهم جميعها مع الاحتشاش وغير ذلك، وفي الشاة الموقوفة يملكون صوفها المتجدد ولبنها ونتاجها، وفي الشجر والنخل ثمرهما، ومنفعة الاستغلال بهما، والسعف والأغصان والأوراق اليابسة، بل وغيرها إذا قطعت للإصلاح

(٦٢٨) فيه تردد، إذ قد يكون مآل ذلك إشتراط أن يكون الوقف على عنوان يراه فيطبقه على من يرى فيدخل من يشاء ويُخرج من أراد، والله العالم.

وكذا فروجهما وغير ذلك، وهل يجوز تخصيص بعض المنافع حتى يكون للموقوف عليهم بعض المنافع دون بعض، فيه تأمل وإشكال^(٦٢٩).

مسألة ٧١: يصح اشتراط كل شرط سائغ في الوقف بالنسبة إلى الواقف والعين الموقوفة عليهم وكيفية الصرف وكميته وكذا بالنسبة إلى المتولي والناظر.

مسألة ٧٢: لو وقف على مصلحة فبطل رسمها - كما إذا وقف على مسجد أو مدرسة أو قنطرة فخربت ولم يمكن تعمييرها، أو لم يحتج المسجد إلى مصرف لانقطاع من يصلي فيه، والمدرسة لعدم الطلبة، والقنطرة لعدم المارة - صرف الوقف في وجه البر، والأحوط صرفه في مصلحة أخرى من جنس تلك المصلحة، ومع التعذر يُراعى الأقرب فالأقرب منها.

مسألة ٧٣: إذا خرب المسجد لم تخرج عرصته عن المسجدية فتجري عليها أحكامها وكذا لو خربت القرية التي هو فيها بقي المسجد على صفة المسجدية^(٦٣٠).

مسألة ٧٤: لو وقف داراً على أولاده أو على المحتاجين منهم، فإن أطلق فهو وقف منفعة، كما إذا وقف عليهم قرية أو مزرعة أو خاناً أو دكاناً ونحوها يملكون منافعها، فلهم استنماؤها فيقسمون بينهم ما يحصلون منها بإجارة وغيرها على حسب ما قرره الواقف من الكمية والكيفية، وإن لم يقرر كيفية في القسمة يقسمونه بينهم بالسوية.

وإن وقفها عليهم لسكناهم فهو وقف انتفاع، ويتعين لهم ذلك وليس لهم إجارتها. وحينئذٍ فإن كفت لسكنى الجميع سكنوها، وليس لبعضهم أن يستقل به ويمنع غيره، وإذا وقع بينهم التشاح في اختيار الحجر، فإن جعل الواقف متولياً يكون له النظر في تعيين المسكن للسكان، كان نظره وتعيينه هو المتبع، ومع عدمه كانت القرعة^(٦٣١) هي المرجع، ولو سكن بعضهم ولم يسكنها البعض فليس له مطالبة السكان باجرة حصته إذا لم يكن مانعاً عنه، بل كان باذلاً له الإسكان وهو لم يسكن بميله واختياره أو لمانع خارجي، هذا كله إذا كانت كافية لسكنى الجميع، وإن لم تكف لسكنى الجميع سكنها البعض، ومع التشاح وعدم المتولي من قبل الواقف يكون له النظر في تعيين السكان، وعدم تسالمهم على المهياة لا محيص عن القرعة^(٦٣٢) ومن خرج اسمه يسكن وليس لمن لم يسكن مطالبته بأجرة حصته.

(٦٢٩) فإذا كان بمثابة الوقف على النفس فالأظهر الإشكال فيه وذلك مثل أن يوقف البيت كله لله ولكنه يجعل منفعة سكنى بعض غرفه لنفسه إما إذا رجع الوقف إلى وقف بعض منافع البيت والباقي منها تكون له فلا إشكال.

(٦٣٠) فيه تأمل، بل المعيار فيه وفي أمثاله من الاعتباريات، العرف، فمادام ملك المالك الأصلي ممتد زماناً فهو قادر على التصديق به وقفاً أو غيره، والمفروض أن الملكية زائلة عرفاً عن الأرض إذا غرقت في البحر، أو أصبحت منطقة براكين، أو خربت القرية تماماً بالزلازل، وهكذا تزول الوقفية الطارئة عليها، والاحتياط ما عليه المشهور.

(٦٣١) فيه تأمل، والأقرب المراجعة إلى القضاء لأنه قد يكون من باب تحديد الحق فيرجع إلى الحاكم الشرعي فيه.

(٦٣٢) وقد يقال إن على السكان أن يدفع لمن لم يسكن حقه إذا كان الوقف على أساس الشراكة، إلا إذا كان على أساس المصرف فالقرعة هي المرجع.

مسألة ٧٥: الثمر الموجود حال الوقف على النخل والشجر لا يكون للموقوف عليهم بل هو باقٍ على ملك الواقف، وكذلك الحمل الموجود حال وقف الحامل. نعم، في الصوف على الشاة واللبن في ضرعها إشكال فلا يترك الاحتياط^(٦٣٣).

مسألة ٧٦: لو قال وقفت على أولادي وأولاد أولادي شمل جميع البطون كما أشرنا سابقاً، فمع اشتراط الترتيب أو التشريك أو المساواة أو التفضيل أو قيد الذكورية أو الأنوثة أو غير ذلك يكون هو المتبع، وإذا أطلق فمقتضاه التشريك والشمول للذكور والإناث والمساواة وعدم التفضيل.

ولو قال وقفت على أولادي ثم على أولاد أولادي أفاد الترتيب بين الأولاد وأولاد الأولاد قطعاً، وأما أولاد الأولاد بناءً على شموله لجميع البطون فالظاهر عدم الدلالة على الترتيب بينهم إلا إذا قامت قرينة على أن حكمهم كحكمهم مع الأولاد، وأن دُكِرَ الترتيب بين الأولاد وأولاد الأولاد من باب المثال والمقصود الترتيب في سلسلة الأولاد وأن الوقف للأقرب فالأقرب إلى الواقف.

مسألة ٧٧: لا ينبغي الإشكال في أن الوقف بعد ما تم يوجب زوال ملك الواقف عن العين الموقوفة، كما أنه لا ينبغي الريب في أن الوقف على الجهات العامة، كالمساجد والمشاهد والقناطر، والخانات المعدة لنزول القوافل، والمقابر، والمدارس وكذا أوقاف المساجد والمشاهد وأشباه ذلك لا يملكها أحد، بل هو فك ملك بمنزلة التحرير بالنسبة إلى الرقبة، وتسبيل للمنافع على جهات معينة، وأما الوقف الخاص كالوقف على الأولاد، والوقف العام على العناوين العامة - كالوقف على الفقراء والفقهاء والطلبة ونحوها - فإن كانت وقف منفعة، بأن وقف عليهم ليكون منافع الوقف لهم فيستوفونها بأنفسهم أو بالإجارة أو ببيع الثمرة وغير ذلك، فالظاهر أنهم كما يملكون المنافع ملكاً طلقاً يملكون الرقبة أيضاً ملكاً غير طلق، وإن كان وقف انتفاع كما إذا وقف الدار لسكنى ذريته أو الخان لسكنى الفقراء، ففي كونه كوقف المنفعة فيكون ملكاً غير طلق للموقوف عليهم، أو كالوقف على الجهات العامة فلا يملكه أحد، أو الفرق بين الوقف الخاص فالأول والوقف العام فالثاني؟ وجوه.

مسألة ٧٨: لا يجوز تغيير الوقف وإبطال رسمه وإزالة عنوانه ولو إلى عنوان آخر، كجعل الدار خاناً أو دكاناً أو بالعكس. نعم، إذا كان الوقف وقف منفعة، وصار بعنوانه الفعلي مسلوب المنفعة أو قليلها في الغاية، لا يبعد جواز تبديله إلى عنوان آخر ذي منفعة، كما إذا صارت البستان الموقوفة من جهة انقطاع الماء عنها أو لعارض آخر لم ينتفع منها بخلاف ما إذا جعلت داراً أو خاناً.

مسألة ٧٩: لو خرب الوقف وانهدم وزال عنوانه - كالبستان انقلعت أو يبست أشجاره، والدار تهدمت حيطانها وعفت آثارها - فإن أمكن تعمييره وإعادة عنوانه، ولو بصرف حاصله بالإجارة ونحوها فيه، لزم وتعين. وإلا ففي خروج العرصه عن الوقفية وعدمه فيستتمى منها بوجه آخر ولو بزرع

(٦٣٣) والمعيار في كل ذلك العرف وعند الشك يعتمد أصالة عدم الدخول في الوقفية.

ونحوه، وجهان بل قولان أقواهما الثاني، والأحوط أن يجعل وقفاً ويجعل مصرفه وكيفياته على حسب الوقف الأول.

مسألة ٨٠: إذا احتاجت الأملاك الموقوفة إلى تعمیر وترميم وإصلاح لبقائها والاستئناء بها، فإن عيّن الواقف لها ما يصرف فيها فهو، وإلا يصرف فيها من نمائها مقدماً على حق الموقوف عليهم، حتى أنه إذا توقف بقاؤها على بيع بعضها جاز.

مسألة ٨١: الأوقاف على الجهات العامة - التي قد مر أنه لا يملكها أحد كالمساجد والمشاهد والمدارس والمقابر والقناطر ونحوها - لا يجوز بيعها بلا إشكال، وإن آل إلى ما آل، حتى عند خرابها واندراسها بحيث لا يرجى الانتفاع بها في الجهة المقصودة أصلاً، بل تبقى على حالها فلو خرب المسجد وخربت القرية التي هو فيها، وانقطعت المارة عن الطريق الذي يسلك إليه، لم^(٦٣٤) يجوز بيعه وصرّف ثمنه في إحداث مسجد آخر أو تعميّره، هذا بالنسبة إلى أعيان هذه الأوقاف وأما ما يتعلق بها من الآلات والفرش والحيوانات ووثياب الضرايح وأشباه ذلك، فما دام يمكن الانتفاع بها، باقية على حالها، ولا يجوز بيعها فإن أمكن الانتفاع بها في المحل، الذي أعدت له، ولو بغير ذلك الانتفاع الذي أعدت له، بقيت على حالها في ذلك المحل، فالفرش المتعلقة بمسجد أو مشهد إذا أمكن الانتفاع بها في ذلك المحل بقيت على حالها فيه، ولو فرض إستغناء المحل عن الافتراض بالمرّة لكن يحتاج إلى ستر يقي أهله من الحر أو البرد تجعل سترًا لذلك المحل، ولو فرض إستغناء المحل عنها بالمرّة بحيث لا يترتب على إمساكها وإبقائها فيه إلا الضياع والضرر والتلف تجعل في محل آخر مماثل له، بأن تجعل ما للمسجد لمسجد آخر وما للمشهد لمشهد آخر، فإن لم يمكن المماثل أو استغنى عنها بالمرّة جعلت في المصالح العامة، هذا إذا أمكن الانتفاع بها باقية على حالها، وأما لو فرض أنه لا يمكن الانتفاع بها إلا ببيعها وكانت بحيث لو بقيت على حالها ضاعت وتلفت بيعت، وصرّف ثمنها في ذلك المحل إن احتاج إليه، وإلا ففي المماثل ثم المصالح حسبما مر.

مسألة ٨٢: كما لا يجوز بيع تلك الأوقاف، الظاهر أنه لا يجوز إجارتها، ولو غصبها غاصب واستوفى منها غير تلك المنافع المقصودة منها - كما إذا جعل المسجد أو المدرسة بيت المسكن أو محرراً - لم يكن عليه أجره^(٦٣٥) المثل. نعم، لو أتلف أعيانها متلف، الظاهر ضمانه فيؤخذ منه القيمة وتصرّف في بدل التالف ومثله.

مسألة ٨٣: الأوقاف الخاصة كالوقف على الأولاد، والأوقاف العامة التي كانت على العناوين العامة كالفقراء وإن كانت ملكاً للموقوف عليهم كما مر، لكنها ليست ملكاً طلقاً لهم، حتى يجوز لهم بيعها

(٦٣٤) هذا هو المشهور وفيه تردد، خصوصاً إذا أزيلت الملكية عن سائر الأراضي أو رأى الحاكم الشرعي ضرورة تبديل الوقف، ولكن الاحتياط ما ذكره المشهور.

(٦٣٥) فيه تردد والأقوى وجوب دفع الأجرة.

ونقلها بأحد النواقل متى شاءوا وأرادوا كسائر أملاكهم، وإنما يجوز لهم ذلك لعروض بعض العوارض وطرو بعض الطوارئ وهي أمور:

أحدها: فيما إذا خربت بحيث لا يمكن إعادتها إلى حالتها الأولى ولا الانتفاع بها إلا بيعها فينتفع بثمرها، كالحيوان المذبوح والجذع البالي والحصير الخلق، فتباع ويُشترى بثمرها ما ينتفع به الموقوف عليهم، والأحوط لو لم يكن الأقوى مراعاة الأقرب فالأقرب إلى العين الموقوفة.

الثاني: أن يسقط بسبب الخراب أو غيره عن الانتفاع المعتد به، بحيث كان الانتفاع به بحكم العدم بالنسبة إلى منفعة أمثال العين الموقوفة، كما إذا تهدمت الدار واندرست البستان فصارت عرضة لا يمكن الانتفاع بها إلا بمقدار جزئي جداً، يكون بحكم العدم بالنسبة إليهما، لكن إذا بيعت يمكن أن يُشترى بثمرها دار أو بستان أخرى أو ملك آخر تكون منفعتها تساوي منفعة الدار أو البستان أو تقرب منها. نعم، لو فرض أنه على تقدير بيع العرضة لا يُشترى بثمرها إلا ما يكون منفعتها بمقدار منفعتها باقية على حالها لم يجز بيعها بل تبقى على حالها.

الثالث: فيما إذا علم أو ظن أنه يؤدي بقاؤه إلى خرابه على وجه لا ينتفع به أصلاً أو ينتفع به قليلاً ملحقاً بالعدم، سواء كان ذلك بسبب الاختلاف الواقع بين أربابه أو لأمر آخر.

الرابع: فيما إذا اشترط^(٦٣٦) الواقف في وقفه أن يباع عند حدوث أمر مثل قلة المنفعة أو كثرة الخراج أو المخارج أو وقوع الاختلاف بين أربابه أو حصول ضرورة أو حاجة لهم أو غير ذلك فإنه لا مانع حينئذٍ من بيعه عند حدوث ذلك الأمر على الأقوى.

الخامس: فيما إذا وقع بين أرباب الوقف اختلاف شديد لا يؤمن معه من تلف الأموال والنفوس، ولا ينحسم^(٦٣٧) ذلك إلا ببيعه فيجوز حينئذٍ بيعه وتقسيم ثمنه بينهم.

نعم، لو فرض أنه يرتفع الاختلاف بمجرد بيعه وصرف الثمن في شراء عين أخرى لهم أو تبادل العين الموقوفة بعين أخرى تعين ذلك فيُشترى بالثمن عينٌ أخرى أو يبدل بملك آخر فيجعل وقفاً ويبقى لسائر البطون والطبقات.

مسألة ٨٤: لا إشكال في جواز إجارة ما وقف منفعة، سواء كان وقفاً خاصاً أو عاماً كالدكاكين والمزارع والخانات الموقوفة على الأولاد أو الفقراء أو الجهات والمصالح العامة، حيث أن المقصود استنماؤها بإجارة ونحوها، ووصول نفعها ونمائها إلى الموقوف عليهم، بخلاف ما كان وقف انتفاع، كالدار الموقوفة

(٦٣٦) هذا واضح إذا كان الواقف قد اشترط ظاهراً، وكذلك لو كان هذا شرطه ضمناً، بمعنى علمنا بأنه كان يشترط ذلك لو علم، وأن الوقف مبني على الشرط فإن ذلك يعتبر على الأقوى مثل الشرط المذكور والله العالم.

(٦٣٧) وكذلك لو كان هناك ضرر آخر مثل استغلال المنافقين للموقع.

على سكنى الذرية وكالمدرسة والمقبرة والقنطرة والخانات الموقوفة لنزول المارة فإن الظاهر عدم جواز إجارتها في حال من الأحوال^(٦٣٨).

مسألة ٨٥: إذا حرب بعض الوقف بحيث جاز بيعه، واحتاج بعضه الآخر إلى تعمیر ولو لأجل توفير المنفعة، لا يبعد أن يكون الأولى بل الأحوط^(٦٣٩) أن يصرف ثمن البعض الخراب في تعمیر البعض الآخر.

مسألة ٨٦: لا إشكال في جواز قسمة الوقف عن الملك المطلق فيما إذا كانت العين مشتركة بين الوقف والمطلق، فيتصديها مالك المطلق مع متولي الوقف أو الموقوف عليهم، بل الظاهر جواز قسمة الوقف أيضاً لو تعدد الوقف والموقوف عليه، كما إذا كانت دار مشتركة بين شخصين فوق كل منهما حصته على أولاده، بل لا يبعد جوازها فيما إذا تعدد الوقف والموقوف عليه مع اتحاد الواقف كما إذا وقف نصف داره مشاعاً على مسجد والنصف الآخر على مشهد^(٦٤٠) ولا يجوز قسمته بين أربابه إذا اتحد الوقف والواقف مع كون الموقوف عليهم بطوناً متلاحقة.

نعم لو وقع الخلاف بين أربابه بما جاز معه بيع الوقف لا ينحسم ذلك الاختلاف إلا بالقسمة جازت على الأقوى.

مسألة ٨٧: لو أجر الوقف البطن الأول وانقضوا قبل انقضاء مدة الإجارة بطلت بالنسبة إلى بقية المدة، وفي صحتها بإجازة البطن اللاحق إشكال^(٦٤١). فالأحوط تحديد الإجارة منهم لو أرادوا بقاؤها هذا إذا أجر البطن الأول، وأما لو أجر المتولي فإن لاحظ في ذلك مصلحة الوقف صحت ونفذت بالنسبة إلى سائر البطون، وأما لو كانت لأجل مراعاة البطن اللاحق دون أصل الوقف فنفوذها بالنسبة إليهم من دون إجازتهم لا يخلو من إشكال.

فصل في ناظر الوقف ومتوليه

يجوز للواقف أن يجعل تولية الوقف ونظارته لنفسه -دائماً أو إلى مدة- مستقلاً أو مشتركاً مع غيره وكذا يجوز جعلها للغير كذلك.

(٦٣٨) قد تصح الإجارة للأسباب التي يجوز بها البيع، مثل شرط الواقف صريحاً أو ضمناً، ومثل تضرر الموقوف عليه مثل صورة التشاح في السكنى وما أشبهه، أو ضرر الناس كما إذا رأى الحاكم عدم صلاح سكنى الموقوف عليهم في المكان لضرورة أمنية وما أشبهه، بل لو قيل بصحة الإجارة مطلقاً لم يكن بعيداً.

(٦٣٩) إن كانت مصلحة الوقف أو مصلحة الموقوف عليه تقتضي ذلك وإلا فلا.

(٦٤٠) مع اقتضاء مصلحة الوقف وعدم اشتراط الواقف صريحاً أو ضمناً عدم ذلك.

(٦٤١) وإن كان الأوجه الصحة.

مسألة ٨٨: يجوز أن يجعل أمر التولية بيد شخص بأن يكون المتولي كل من يعينه ذلك الشخص، بل يجوز التولية لشخص ويجعل أمر تعيين المتولي بعده وهكذا كل متولي يعين المتولي بعده.

مسألة ٨٩: إنما يكون للواقف جعل التولية لنفسه أو لغيره حين إيقاع الوقف وفي ضمن عقده، وأما بعد تمامه فهو أجنبي عن الوقف، فليس له جعل التولية لأحد، ولا عزل من جعله متولياً عن التولية، إلا إذا اشترط لنفسه ذلك، بأن جعل التولية لشخص وشرط أنه متى أراد أن يعزله عزله.

مسألة ٩٠: لا إشكال في عدم اعتبار العدالة فيما إذا جعل التولية والنظر لنفسه، وفي اعتبارها فيما إذا جعل النظر لغيره قولان أقواهما العدم.

نعم، الظاهر أنه يعتبر فيه الأمانة والكفاية^(٦٤٢) فلا يجوز جعل التولية خصوصاً في الجهات والمصالح العامة لمن كان خائناً غير موثوق به، وكذا من ليس له الكفاية في تولية أمور الوقف، ومن هنا يقوى اعتبار التمييز والعقل فيه، فلا يصح تولية المجنون والصبي غير المميز.

مسألة ٩١: لو جعل التولية لشخص، لم يجب عليه القبول سواء كان حاضراً في مجلس العقد أو لم يكن حاضراً فيه ثم بلغ إليه الخبر ولو بعد وفاة الواقف، ولو جعل التولية لأشخاص على الترتيب وقبل بعضهم لم يجب القبول على المتولين بعده، فمع عدم القبول كان الوقف بلا متولٍ منصوب، ولو قبل التولية فهل له عزل نفسه بعد ذلك كالوكيل أم لا قولان لا يترك الاحتياط بأن لا يرفع اليد عن الأمر ولا يعزل نفسه، ولو عزل يقوم بوظائفه مع المراجعة إلى الحاكم.

مسألة ٩٢: لو شرط التولية لاثنين، فإن صرح باستقلال كل منهما إستقل ولا يلزم عليه مراجعة الآخر، وإذا مات أحدهما أو خرج عن الأهلية إنفرد الآخر، وإن صرح بالاجتماع ليس لأحدهما الاستقلال، وكذا لو أطلق ولم تكن على إرادة الاستقلال قرائن الأحوال، وحينئذٍ لو مات أحدهما أو خرج عن الأهلية يضم الحاكم إلى الآخر شخصاً آخر على الأحوط لو لم يكن الأقوى.

مسألة ٩٣: لو عيّن الواقف وظيفة المتولي وشغله فهو المتبع ولو أطلق كانت وظيفته ما هو المتعارف من تعمیر الوقف وإجارته وتحصيل أجرته وقسمتها على أربابه وأداء خواجه ونحو ذلك، كل ذلك على وجه الاحتياط ومراعاة الصلاح، وليس لأحد مزاحمته في ذلك حتى الموقوف عليهم، ويجوز أن ينصب الواقف متولياً في بعض الأمور وآخر في الآخر، كما إذا جعل أمر التعمير وتحصيل المنافع إلى أحد، وأمر حفظها وقسمتها على أربابها إلى آخر، أو جعل لواحد أن يكون الوقف بيده وحفظه، وللآخر التصريف، ولو فوّض إلى واحد التعمير وتحصيل الفائدة وأهمل باقي الجهات من الحفظ والقسمة وغيرها كان الوقف بالنسبة إلى غير ما فوّض إليه بلا متولٍ منصوب فيجري عليه حكمه وسيأتي.

(٦٤٢) المعيار هو الحفاظ على الوقف ومصلحة الموقوف عليهم بأية وسيلة ممكنة.

مسألة ٩٤: لو عين الواقف للمتولي شيئاً من المنافع تعين، وكان ذلك أجرة عمله ليس له أزيد من ذلك وإن كان أقل من أجرة مثله^(٦٤٣)، ولو لم يذكر شيئاً فالأقرب أن له أجرة المثل.

مسألة ٩٥: ليس للمتولي تفويض التولية إلى غيره حتى مع عجزه عن التصدي إلا إذا جعل الواقف له ذلك عند جعله متولياً.

نعم، يجوز له التوكيل في بعض ما كان تصديه من وظيفته إذا لم يشترط عليه المباشرة.

مسألة ٩٦: يجوز للواقف أن يجعل ناظراً على المتولي، فإن أحرز أن المقصود مجرد إطلاعه على أعماله لأجل الاستيثاق، فهو مستقل في تصرفاته ولا يُعتبر إذن الناظر في صحتها ونفوذها، وإنما اللانم عليه إطلاعه، وإن كان المقصود أعمال نظره وتصويب عمله لم يجز له التصرف إلا بإذنه وتصويبه ولو لم يُحرز مراده فاللانم^(٦٤٤) مراعاة الأمرين.

مسألة ٩٧: إذا لم يعين الواقف متولياً أصلاً، فأما الأوقاف العامة فالمتولي لها الحاكم أو المنصوب من قبله على الأقوى^(٦٤٥)، وأما الأوقاف الخاصة، فالحق أنه بالنسبة إلى ما كان راجعاً إلى مصلحة الوقف ومراعاة البطون من تعميده وحفظ الأصول وإجارته على البطون اللاحقة ونحوها كالأوقاف العامة توليتها للحاكم أو منصوبه، وأما بالنسبة إلى تنميته وإصلاحاته الجزئية المتوقف عليها في حصول النماء الفعلي كتتقية أنهاره وكريه وحرثه وجمع حاصله وتقسيمه وأمثال ذلك فأمرها راجع إلى الموقوف عليهم الموجودين.

مسألة ٩٨: في الأوقاف التي توليتها للحاكم ومنصوبه، مع فقده^(٦٤٦) وعدم الوصول إليه توليتها لعدول المؤمنين.

مسألة ٩٩: لا فرق فيما كان أمره راجعاً إلى الحاكم بين ما إذا لم يعين الواقف متولياً وبين ما إذا عين ولم يكن أهلاً لها أو خرج عن الأهلية، فإذا جعل التولية للعدل من أولاده ولم يكن بينهم عادل، أو كان ففسق كان كأن لم ينصب متولياً.

مسألة ١٠٠: لو جعل التولية لعدلين من أولاده مثلاً ولم يكن فيهم إلا عدل واحد ضم الحاكم إليه عدلاً آخر، وأما لو لم يوجد فيهم عدل أصلاً فهل اللانم على الحاكم نصب عدلين أو يكفي نصب واحد؟ أحوطهما الأول وأقواهما الثاني.

(٦٤٣) بشرط قبوله لذلك.

(٦٤٤) بل الظاهر كفاية النظارة والاطلاع لأنه من الأقل والأكثر على الأظهر.

(٦٤٥) بناءً على عموم ولاية الفقيه لمثل ذلك، وقد يقال بكفاية ولاية المؤمنين مع رضا الناس بهم، لأنه من أمورهم التي ترجع إليهم وولاية بعضهم لبعض والله العالم.

(٦٤٦) بل ومع وجوده وإن كان الأحوط استيذانه.

مسألة ١٠١: إذا احتاج الوقف إلى التعمير ولم يكن وجه يصرف فيه، يجوز للمتولي أن يقتصر له قاصداً أداء ما في ذمته بعد ذلك مما يرجع إليه كمنافعه أو منافع موقوفاته، فيقتصر متولي البستان مثلاً لتعميرها بقصد أن يؤدي بعد ذلك دينه من عائداتها، ومتولي المسجد أو المشهد أو المقبرة ونحوها بقصد أن يؤدي دينه من عائدات موقوفاتها، بل يجوز أن يصرف في ذلك من ماله بقصد الاستيفاء مما ذكر. نعم، لو اقتصر له لا بقصد الأداء منه، أو صرف من ماله لا بنية الاستيفاء منه، لم يكن له ذلك بعد ذلك.

مسألة ١٠٢: لو باع المتولي العين الموقوفة ولم يُعلم أن بيعه كان مع وجود المسوّغ أو لا؟ يُحكّم بصحته.

فصل فيما يثبت به الوقف

تثبت الوقفية بالشياع إذا أفاد العلم أو الاطمئنان بإقرار ذي اليد أو ورثته، وبكونه في تصرف الوقف بأن يعامل المتصرفون فيه معاملة الوقف بلا معارض^(٦٤٧) وكذا تثبت بالبينة الشرعية.

مسألة ١٠٣: إذا أقر بالوقف ثم ادعى أن إقراره كان لمصلحة، يُسمع منه لكن يحتاج إلى الإثبات بخلاف ما إذا وقع العقد وحصل القبض ثم ادعى أنه لم يكن قاصداً فإنه لا يسمع منه أصلاً كما هو الحال في جميع العقود والإيقاعات.

مسألة ١٠٤: كما أن معاملة المتصرفين معاملة الوقفية دليل على أصل الوقفية ما لم يثبت خلافها، كذلك كيفية عملهم من الترتيب والتشريك والمصرف وغير ذلك دليل على كفيته فيتبع ما لم يعلم خلافها.

مسألة ١٠٥: إذا كان ملك بيد شخص يتصرف فيه بعنوان الملكية، لكن عُلم أنه قد كان في السابق وقفاً، لم يُنتزع من يده بمجرد ذلك ما لم يثبت وقفيته فعلاً، وكذا لو ادعى أحد أنه قد وقف على آباءه نسلاً بعد نسل وأثبت ذلك من دون أن يثبت كونه وقفاً فعلاً.

نعم، لو أقر ذو اليد في مقابل خصمه بأنه قد كان وقفاً إلا أنه قد حصل المسوّغ للبيع وقد اشتراه سقط حكم يده وينتزع منه، ويلزم بإثبات الأمرين وجود المسوّغ للبيع ووقوع الشراء.

مسألة ١٠٦: إذا كان كتاب أو مصحف أو صفر (قدر نحاس) مثلاً بيد شخص وهو يدعي ملكيته وكان مكتوباً عليه أنه وقف لم يحكم بوقفيته بمجرد ذلك^(٦٤٨) فيجوز الشراء منه.

^(٦٤٧) إذا أفاد ذلك ثقة واطمئناناً، وكذلك كلما أفاد ذلك مثل طراز البناء، ومثل تسجيل العقار في دائرة الأوقاف وما أشبهه.

^(٦٤٨) إلا إذا كان ذلك مفيداً للثقة بوقفيته.

نعم: الظاهر أن وجود مثل ذلك عيب ونقص في العين، فلو خفي على المشتري ثم اطلع عليه كان له خيار الفسخ.

مسألة ١٠٧: لو ظهر في تركة الميت ورقة بخطه أن ملكه الفلاني وقف، وإنه قد وقع القبض والإقباض، لم يُحْكَم بوقفه بمجرد ذلك ما لم يحصل العلم أو الاطمئنان به، لاحتمال أنه كتب ليجعله وقفاً كما يتفق ذلك كثيراً.

مسألة ١٠٨: إذا كانت العين الموقوفة من الأعيان الزكوية كالأنعام الثلاثة لم يجب على الموقوف عليهم زكاتها وإن بلغت حصة كل منهم حد النصاب، وأما لو كانت نماؤها منها كالعنب والتمر، ففي الوقف الخاص وجبت الزكاة على كل من بلغت حصته النصاب من الموقوف عليهم لأنها ملك طلق لهم بخلاف الوقف العام، وإن كان مثل الوقف على الفقراء، لعدم كونه ملكاً لواحد منهم إلا بعد قبضه. نعم، لو أعطى الفقير مثلاً حصة من الحاصل على الشجر قبل وقت تعلق الزكاة - كما قبل احمرار التمر واصفراره - وجبت عليه الزكاة إذا بلغت حد النصاب.

مسألة ١٠٩: الوقف المتداول بين الأعراب وبعض الطوائف من غيرهم: يعمدون إلى نعجة أو بقرة ويتكلمون بألفاظ متعارفة بينهم، ويكون المقصود أن تبقى وتذبح أولادها الذكور وتبقى الإناث، وهكذا، الظاهر بطلانه لعدم الصيغة وعدم القبض وعدم تعيين المصرف وغير ذلك.

مسألة ١١٠: الأموال التي تجمع لعزاء سيد الشهداء عليه السلام، أو غيره من المعصومين عليهم السلام من صنف خاص، أو أهل بلد، لإقامة مأتمهم، أو للأنصار الذين يذهبون في زيارة مخصوصة إلى مشاهدهم عليهم السلام أنها من قسم الصدقات المشروطة صرفها في جهة معينة، وليست باقية على ملك مالكةا، ولا يجوز الرجوع فيها، وإذا مات قبل صرفها لا يجوز لوارثه المطالبة بها، وإذا تعذر صرفها في الجهة المعينة تصرف في سبل الخير.

مسألة ١١١: يجوز أن يشتري ملكاً من سهم سبيل الله من الزكاة ويجعله مسجداً أو مدرسة أو مسكناً للزوار أو الفقراء أو نحو ذلك مما فيه مصلحة المسلمين، كما يجوز تعمیر ما احتاج إليه، مثل الموقوفات المذكورة من السهم المذكور أو مما مصرفه وجوه البر.

فصل في الحبس وأنواعه

مسألة ١: يجوز للإنسان أن يحبس ملكه على كل ما يصح الوقف عليه، بأن يصرف منافعه فيما عيّنه، فلو حبسه على سبيل من سبل الخير ومواقع قرب العبادات مثل الكعبة المعظمة والمساجد والمشاهد المشرفة، فإن كان مطلقاً أو صرح بالدوام فلا رجوع ولا يعود على ملك المالك ولا يورث، وإن

كان إلى مدة لا رجوع في تلك المدة وبعد انقضائها يرجع إلى المالك، ولو حبّسه على شخص فإن عيّن مدة أو مدة حياته لزم حبسه عليه في تلك المدة، ولو مات الحابس قبل انقضائها يبقى على حاله إلى أن تنقضي، وإن أطلق ولم يعيّن وقتاً لزم مادام حياة الحابس، وإن مات كان ميراثاً، وهكذا الحال لو حبّس على عنوان عام كالفقراء، فإن حدده بوقت لزم إلى انقضائه وإن لم يوقّت لزم مادام حياة الحابس. مسألة ٢: إذا جعل لأحد سكنى داره - مثلاً - بأن سلطه على إسكانها مع بقائها على ملكه يقال له "السكنى" سواء أطلق ولم يعين مدة أصلاً كأن يقول "أسكنتك داري" أو "لك سكنها" أو قدره بعمر أحدهما، كما إذا قال: "لك سكنى داري مدة حياتك" أو "مدة حياتي" أو قدره بالزمان كسنة وستين مثلاً.

نعم، في كل من الأخيرين له اسم يختص به وهو العمرى في أولهما والرقبي في ثانيهما. مسألة ٣: يحتاج كل من هذه الثلاثة إلى عقد مشتمل على إيجاب من المالك وقبول من (٦٤٩) الساكن، فالإيجاب كل ما أفاد التسليط المزبور بحسب المتفاهم العربي، كأن يقول في السكنى "أسكنتك هذه الدار" أو "لك سكنها" وما أفاد معناها بأي لغة كان، وفي العمرى "أسكنتكها" أو "لك سكنها مدة حياتك أو حياتي" وفي الرقبى "أسكنتكها سنة أو سنتين" مثلاً، وللعمرى والرقبي لفظان آخران فلأولى "أعمرتك هذه الدار عمرك أو عمري أو ما بقيت أو بقيت أو ما حييت أو حييت أو ما عشت أو عشت ونحوها" وللثانية "أرقتك مدة كذا" وأما القبول فهو كل ما دل على الرضا والقبول من الساكن، وتجري فيها المعاطاة.

مسألة ٤: يشترط في كل من الثلاثة قبض الساكن، فلو لم يقبض حتى مات المالك بطلت كالوقف. مسألة ٥: هذه العقود الثلاثة لازمة يجب العمل بمقتضاها، وليس للمالك الرجوع وإخراج الساكن، ففي السكنى المطلقة حيث أن الساكن إستحق مسمى الإسكان ولو يوماً لزم العقد في هذا المقدار، فليس للمالك منعه عن ذلك.

نعم، له الرجوع والأمر بالخروج في الزائد متى شاء، وفي العمرى المقدرة بعمر الساكن أو عمر المالك لزمّت مدة حياة أحدهما، وفي الرقبى لزمّت في المدة المضروبة، فليس للمالك إخراجها قبل انقضائها.

مسألة ٦: إذا جعل داره سكنى أو عمرى أو رقبى لشخص لم تخرج عن ملكه، وجاز له بيعها ولم يبطل الإسكان ولا الإعمار ولا الإرقاب، بل يستحق الساكن السكنى على النحو الذي جعلت له، وكذا ليس للمشتري إبطاها. نعم، لو كان جاهلاً كان له الخيار بين فسخ البيع وإمضائه بجميع الثمن.

مسألة ٧: لو جعل المدة في العمرى طول حياة المالك ومات الساكن قبله، كان لورثته (٦٥٠) السكنى إلى أن يموت المالك، ولو جعل المدة طول حياة الساكن ومات المالك قبله، لم يكن لورثته إزعاج

(٦٤٩) في كونه عقداً بهذا المعنى تردد، وقد سبق في الوقف ويأتي في الوصية إن شاء الله.

(٦٥٠) هذا فيما إذا لم يكن الظاهر أن مراده سكوته بنفسه وليس تملكه حق السكن كما في الإيجار.

السكن، بل يسكن طول حياته. ولو مات الساكن لم يكن لورثته السكنى إلا إذا جعل له السكنى مدة حياته ولعقبه ونسله بعد وفاته، فلهم ذلك ما لم ينقضوا، فإذا انقضوا رجعت إلى المالك أو ورثته.

مسألة ٨: إطلاق السكنى يقتضي أن يسكن من جعلت له السكنى بنفسه وأهله وأولاده، والأقرب جواز إسكان من جرت العادة بالسكنى معه، كغلامه وجاريته ومرضعة ولده وضيوفه، بل وكذا دابته إذا كان الموضوع معداً لمثلها، ولا يجوز أن يسكن غيرهم إلا أن يشترط ذلك أو يرضى المالك، وكذا لا يجوز أن يؤجر المسكن أو يعيره لغيره على الأقوى^(٦٥١).

مسألة ٩: كل ما صح وقفه صح إعمارده من العقار والحيوان والأثاث وغيرها، ويختص مورد السكنى بالمساكن، وأما الرقبي ففي كونها في ذلك بحكم العمرى أو بحكم السكنى تأمل وإشكال^(٦٥٢).

مسألة ١٠: يشترط في الحبس وما يلحق به الشرائط العامة وجميع ما تقدم من الشرائط في الوقف. مسألة ١١: يجوز أن يجعل مورد الحبس نفس المنفعة مثل ما إذا استأجر شخص داراً من غير شرط استيفاء المنفعة بنفسه مدة معينة ثم حبس تلك المدة لغيره.

مسألة ١٢: لو ادعى المالك الحبس، وادعى المحبوس عليه الوقف يقدم قول المالك إن لم تكن بيّنة في البين.

خاتمة في الصدقة

التي قد تواترت النصوص على ندبها والحث عليها، خصوصاً في أوقات مخصوصة كالجمعة وعرفة وشهر رمضان، وعلى طوائف مخصوصة كالجيران والأرحام، بل ورد في الخبر "لا صدقة وذو رحم محتاج"، وهي دواء المريض، ودافعة البلاء وقد أبرم إبراهيم، وبها يستنزل الرزق، ويقضى الدين، وتحلف البركة، وتزيد في المال، وبها تدفع ميتة السوء والداء والحرق والغرق والهدم والجنون إلى سبعين باباً من السوء، وبها في أول كل يوم يدفع نحوسة ذلك اليوم وشوروه، وفي أول كل ليلة تدفع نحوسة تلك الليلة وشوروها، ولا يستقل قليلها فقد ورد: "تصدقوا ولو بقبضة أو ببعض قبضة ولو بشقة تمر، فمن لم يجد فبكلمة طيبة، ولا يستكثر كثيرها فإنها تجارة رابحة" ففي الخبر: "إذا أملتكم تاجروا الله بالصدقة" وفي خبر آخر: "إنها خير الذخائر"، وفي آخر: "إن الله تعالى يربي الصدقات لصاحبها حتى يلقاه يوم القيامة كجبل عظيم".

(٦٥١) إلا إذا كان مراده تملك المنفعة تماماً وهو خلاف الظاهر.

(٦٥٢) والظاهر انه مثل العمرى إذا كان الانتفاع ممكناً.

مسألة ١: يعتبر في الصدقة قصد القرية ولو نوى الرياء بطل، والأقوى أنه لا يعتبر فيها العقد المشتمل على الإيجاب والقبول كما نسب إلى المشهور، بل يكفي المعاطاة فتتحقق بكل لفظ أو فعل من إعطاء أو تسليط قصد به التمليك مجاناً مع نية القرية، ويشترط^(٦٥٣) فيها الاقباض والقبض.

مسألة ٢: تجري في الصدقة الفضولية أيضاً.

مسألة ٣: لا يجوز الرجوع في الصدقة مع القرية بعد القبض وإن كانت على أجنبي على الأصح.

مسألة ٤: تحل صدقة الهاشمي لمثله ولغيره مطلقاً حتى الزكاة المفروضة والفطرة، وأما صدقة غير الهاشمي للهاشمي فتحل في المندوبة وتحرم في الزكاة المفروضة والفطرة، وأما المفروضة غيرهما كالمظالم والكفارة ونحوها فالظاهر أنها كالمندوبة وإن كان الأحوط عدم إعطائها لهم وتنزههم عنها.

مسألة ٥: يعتبر في المتصدق البلوغ والعقل وعدم الحجر لفلس أو سفه.

نعم، في صحة صدقة من بلغ عشر سنين وجه لكنه لا يخلو عن إشكال.

مسألة ٦: لا يعتبر في المتصدق عليه في الصدقة المندوبة الفقر، ولا الإيمان، بل ولا الإسلام، فيجوز على الغني وعلى المخالف وعلى الذمي وإن كانا أجنبيين.

نعم، لا يجوز على الناصب ولا على الحربي وإن كانا قريبين.

مسألة ٧: الصدقة المندوبة سرّاً أفضل، فقد ورد: "أن صدقة السر تطفئ غضب الرب" و "تطفئ الخطيئة كما يطفئ الماء النار" و: "تدفع سبعين باباً من البلاء" وفي خبر آخر عن النبي صلى الله عليه وآله: "سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله - إلى أن قال - ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لم تعلم يمينه ما تنفق شماله".

نعم، إذا أتهم بترك المواساة فأراد دفع التهمة عن نفسه، أو قصد اقتداء غيره به لا بأس بالاجهار بها، ولم يتأكد إخفاؤها، هذا في الصدقة المندوبة وأما الواجبة فالأفضل إظهارها مطلقاً.

مسألة ٨: يستحب اختيار الصدقة على المؤمن على ما سواها من العبادات المندوبة.

مسألة ٩: يستحب أن يقبل الإنسان يده بعد التصديق مطلقاً.

مسألة ١٠: لا تختص الصدقة المندوبة بالمال فقط، بل تجري في كل ما فيه غرض صحيح شرعي إن أريد به وجه الله تعالى.

مسألة ١١: لو دار الأمر بين التوسعة على العيال والصدقة المندوبة يقدم الأول^(٦٥٤).

مسألة ١٢: يستحب المساعدة والتوسط في إيصال الصدقة إلى المستحق فعن مولانا الصادق عليه السلام: "لو جرى المعروف على ثمانين كفاً لا وجروا كلهم من غير أن ينقص صاحبه من أجره شيئاً" بل

(٦٥٣) لعل الشرط هذا هو شرط اللزوم وليس الصحة متأمل.

(٦٥٤) ينبغي أن يدبر المرء أمره بالحكمة، فلكل من التوسعة والصدقة موقعهما، فلا يدور الأمر بينهما عادة.

في خير آخر عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال في خطبة له: "من تصدق بصدقة عن رجل إلى مسكين كان له مثل أجره ولو تداولها أربعون ألف إنسان ثم وصلت إلى المسكين كان لهم أجر كامل".

مسألة ١٣: يكره كراهة شديدة أن يتملك من الفقير ما تصدق به بشراء أو اتحاب أو بسبب آخر بل قيل بجرمته ، نعم لا بأس بأن يرجع إليه بالميراث.

مسألة ١٤: يكره رد السائل ولو ظن غناه، بل أعطاه ولو شيئاً يسيراً فعن مولانا الباقر عليه السلام: "إعط السائل ولو كان على ظهر فرس"، وعنه عليه السلام قال: "كان فيما ناجى الله عز وجل به موسى عليه السلام قال: "يا موسى أكرم السائل ببذل يسير أو برد جميل - الخير".

مسألة ١٥: يكره كراهة شديدة السؤال من غير احتياج بل مع الحاجة أيضاً، وربما يقال بجرمة الأول، ولا يخلو من قوة فعن النبي صلى الله عليه وآله: "من فتح على نفسه باب مسألة فتح الله عليه باب فقر"، وعن مولانا الصادق عليه السلام قال: "قال علي بن الحسين عليه السلام: ضمنت على ربي أنه لا يسأل أحد من غير حاجة إلا اضطر به المسألة يوماً إلى أن يسأل من حاجة"، وعن مولانا الباقر عليه السلام: "لو يعلم السائل ما في المسألة ما سأل أحد أحداً، ولو يعلم المعطي ما في العطية ما رد أحد أحداً، ثم قال عليه السلام: "إنه من سأل وهو يظهر غنى لقي الله مخموشاً وجهه يوم القيامة" وفي خبر آخر: "من سأل من غير فقر وإنما يأكل الخمر". وفي خبر آخر: "من سأل الناس وعنده قوت ثلاثة أيام لقي الله يوم القيامة وليس على وجهه لحم". وفي آخر قال أبو عبد الله عليه السلام: "ثلاثة لا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزيكهم ولهم عذاب أليم الديوث والفاحش المتفحش والذي يسأل الناس وفي يده بظهر غنى".

#####

كتاب الوصية

وهي إما مصدر "وصى يصي" بمعنى الوصل، حيث أن الموصي يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياة، وإما إسم مصدر (٦٥٥) بمعنى العهد من "وصى يوصي توصية" أو "أوصى يوصي إيصاء" وهي إما تمليلية أو عهدية، وبعبارة أخرى: إما تملك عين أو منفعة، أو تسليط على حق، أو فك ملك، أو عهد متعلق بالغير، أو عهد متعلق بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه (٦٥٦)، وتنقسم إنقسام الأحكام الخمسة.

(٦٥٥) هذا هو الظاهر من معنى الكلمة الآن، فهي عهد الإنسان إلى غيره في حياته أو بعد وفاته أو عند غيبته، ولعل عمق معناها: جعل الشيء في ذمة الشخص الآخر، وكل عقد وعهد فيه جانب شغل ذمة الطرف الآخر بعد شغل ذمة الطرف الأول ولكن مراتبه تختلف، وفي الوصية شغل ذمة الآخر أشد مرتبة من شغل ذمة الطرف الأول، بعكس الضمان والكفالة وما أشبه مما يكون شغل ذمة الطرف الأول أشد والله العالم.

(٦٥٦) وهذا أيضاً نوع من إلقاء المسؤولية على عاتق الثاني، حيث ان المطلوب عمل الوصي لا الموصي..

مسألة ١: الوصية العهدية لا تحتاج إلى القبول، وكذا الوصية بالفك كالعقود، وأما التمليلية فالمشهور على أنه يعتبر فيها القبول جزءاً وعليه تكون من العقود أو شرطاً - على وجه الكشف أو النقل - فيكون من الإيقاعات، ويحتمل قوياً عدم اعتبار القبول فيها بل يكون الرد مانعاً وعليه تكون من الإيقاع الصريح، ودعوى: أنه يستلزم الملك القهري، وهو باطل في غير مثل الإرث، مدفوعة: بأنه لا مانع منه عقلاً، ومقتضى عمومات الوصية ذلك، مع أن الملك^(٦٥٧) القهري موجود في مثل الوقف.

مسألة ٢: بناءً على اعتبار القبول في الوصية يصح إيقاعه بعد وفاة الموصي بلا إشكال وقبل وفاته على الأقوى، ولا وجه لما عن جماعة من عدم صحته حال الحياة، لأنها تمليك بعد الموت فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية، فلا محل له، ولأنه كاشف أو ناقل وهما معاً منتفیان حال الحياة، إذ يمنع عدم المحل له، إذ الإنشاء المعلق على الموت قد حصل فيمكن القبول المطابق له، والكشف والنقل إنما يكونان بعد تحقق المعلق عليه فهما في القبول بعد الموت لا مطلقاً.

مسألة ٣: تنضيق الواجبات الموسعة بظهور أمارات الموت، مثل قضاء الصلوات والصيام والندور المطلقة والكفارات ونحوها، فيجب المبادرة إلى إتيانها مع الإمكان، ومع عدمه يجب الوصية بها سواء فاتت لعذر أو لا لعذر، لوجوب تفرغ الذمة بما أمكن في حال الحياة، وإن لم يجز فيها النيابة فبعد الموت تجزي فيها ويجب التفرغ بها بالإيصاء، ويجب ردّ أعيان أموال الناس التي كانت عنده كالوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوها^(٦٥٨)، ومع عدم الإمكان يجب الوصية بها، وكذا يجب أداء ديون الناس الحالة، ومع عدم الإمكان، أو مع كونها مؤجلة يجب الوصية بها، إلا إذا كانت معلومة أو موثقة بالأسناد المعتمدة، وكذا إذا كان عليه زكاة أو خمس أو نحو ذلك فإنه يجب عليه أدائها أو الوصية بها، ولا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركة أو لا، إذا احتمل وجود متبرع أو أدائها من بيت المال^(٦٥٩).

مسألة ٤: ردّ الموصى له للوصية مبطل لها إذا كان قبل حصول الملكية^(٦٦٠) وإذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلاً لها، فعلى هذا إذا كان الردّ منه بعد الموت وقبل القبول أو بعد القبول الواقع حال حياة الموصي مع كون الرد أيضاً كذلك يكون مبطلاً لها لعدم حصول الملكية بعد، وإذا كان بعد الموت وبعد القبول لا يكون مبطلاً سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أو قبله، وسواء كان قبل القبض أو بعده بناءً على الأقوى من عدم اشتراط القبض في صحتها لعدم الدليل على اعتباره، وذلك لحصول الملكية حينئذٍ له فلا تزول بالرد، ولا دليل على كون الوصية جائزة بعد تماميتها بالنسبة إلى الموصى له كما أنها جائزة بالنسبة إلى الموصي، حيث أنه يجوز له الرجوع في وصيته كما سيأتي، وظاهر كلمات العلماء حيث

(٦٥٧) وليس من الملك القهري مع وجود سلطة الرد وهي كافية في نفي القهر.

(٦٥٨) والمراد بذلك العمل لكي تردّ إلى أهلها قبل أو بعد موته، بحيث يثق بذلك.

(٦٥٩) المعيار هو رد الحقوق إلى أهلها مباشرة أو عن طريق الوصية أو ما أشبهه، أما السبيل إلى ذلك فمختلف حسب الظروف.

(٦٦٠) على التفصيل القادم.

حكموا ببطلانها بالرد عدم صحة القبول بعده، لأنه عندهم مبطل للإيجاب الصادر من الموصي، كما أن الأمر كذلك في سائر العقود حيث أن الرد بعد الإيجاب يبطله وإن رجع وقبل بلا تأخير، وكما في إجازة الفضولي حيث إنها لا تصح بعد الرد لكن لا يخلو عن إشكال إذا كان الموصي باقياً على إيجابه^(٦٦١)، بل في سائر العقود أيضاً مشكل إن لم يكن إجماع خصوصاً في الفضولي، حيث أن مقتضى بعض الأخبار صحتها ولو بعد الرد، ودعوى عدم صدق المعاهدة عرفاً إذا كان القبول بعد الرد ممنوعة، ثم إنهم ذكروا أنه لو كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياة صح، وهو أيضاً مشكل على ما ذكره من كونه مبطلاً للإيجاب^(٦٦٢) إذ لا فرق حينئذٍ بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت، إلا إذا قلنا أن الرد والقبول لا أثر لهما حال الحياة وأن محلها إنما هو بعد الموت وهو محل منع.

مسألة ٥: لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد فقبل الموصى له أحدهما دون الآخر، صح فيما قبل وبطل فيما رد، وكذا لو أوصى له بشيء فقبل بعضه مشاعاً أو مفروزاً ورد بعضه الآخر، وإن لم نقل بصحة مثل ذلك في البيع ونحوه بدعوى عدم التطابق حينئذٍ بين الإيجاب والقبول^(٦٦٣)، لأن مقتضى القاعدة الصحة في البيع أيضاً إن لم يكن إجماع. ودعوى عدم التطابق ممنوعة.

نعم، لو علم من حال الموصي إرادة تملك المجموع من حيث المجموع لم يصح التبويض.

مسألة ٦: لا يجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين من القبول أو الرد، وليس لهم إجباره على اختيار أحدهما معجلاً إلا إذا كان تأخيره موجباً للضرر عليهم^(٦٦٤) فيجبره الحاكم حينئذٍ على اختيار أحدهما.

مسألة ٧: إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد فالمشهور قيام وارثه مقامه^(٦٦٥) في ذلك، فله القبول إذا لم يرجع الموصي عن وصيته من غير فرق بين كون موته في حياة الموصي أو بعد موته وبين علم الموصي بموته وعدمه، وقيل بالبطلان بموته قبل القبول، وقيل بالتفصيل بين ما إذا علم أن غرض الموصي خصوص الموصى له فتبطل وبين غيره فلورثته، والقول الأول وإن كان على خلاف القاعدة^(٦٦٦)

(٦٦١) أي قبل وفاته.

(٦٦٢) ولكن حيث إن الإيجاب لا يزال قائماً مع وجود الموصي في حالة الحياة يصح الحاق القبول به.

(٦٦٣) إنما يُبطل الاختلاف بين الإيجاب والقبول إذا كان سبباً لضعف التراضي أو إنعدامه، أما مع وجوده فلا بأس، والظاهر وجوده في مثل الحالات المذكورة.

(٦٦٤) كما إذا توقف تقسيم ملك آخر على قبول أو رد الموصى له، وليس مجرد عدم الانتفاع بالعين التي وصى بها الميت ضرراً عرفياً.

(٦٦٥) ظاهر المتن كما المشهور أن الورثة إما أن يقبلوا وإما أن يردّوا الوصية، وظاهر الحديث الذي اعتمدوا عليه أن الوصية إنما هي للورثة والقاعدة تساعد ظاهر الحديث، ذلك لأن الوصية ماضية إلا إذا ردها الموصى إليه ولأن الموصى إليه قد مات بعد غيبة فلم يثبت رده، فالوصية ماضية وهي لورثته، ولكن ذلك إنما يكون عندما لا تعلم أن مراد الموصي شخصه، وإذا علمنا ذلك فإن الوصية ترجع إليه أو إلى وارثه، وهذا مفهوم من قضاء علي عليه السلام، لأن القضاء يتم عند الجهالة ومع العلم بأن مراد الوصي شخصه فلا جهالة، على أن ذلك مفهوم أيضاً من قوله في الحديث المزبور: "إلا أن يرجع في وصيته قبل موته" وعلى هذا تحمل الروايات المخالفة.

(٦٦٦) لم يثبت كونه على خلاف القاعدة كما سبق آنفاً.

مطلقاً - بناءً على اعتبار القبول في صحتها- لأن المفروض أن الإيجاب مختص بالموصى له وكون قبول الوارث^(٦٦٧) بمنزلة قبوله ممنوع، كما أن دعوى انتقال حق القبول إلى الوارث أيضاً محل منع صغرى وكبرى لمنع كونه حقاً، ومنع كون كل حق منتقلاً إلى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به الذي لا يصدق كونه من تركته، وعلى ما قويننا - من عدم اعتبار القبول فيها بل كون الرد مانعاً أيضاً يكون الحكم على خلاف القاعدة في خصوص صورة موته قبل موت الموصى له لعدم ملكيته في حياة الموصي^(٦٦٨) لكن الأقوى مع ذلك هو إطلاق الصحة كما هو المشهور، وذلك لصحيفة محمد بن قيس الصريجة في ذلك حتى في صورة موته في حياة الموصي المؤيدة بخبر الساباطي وصحيح المثني ولا يعارضها صحيفتا محمد بن مسلم ومنصور بن حازم بعد إعراض المشهور عنهما وإمكان حملهما على محامل منها التقية^(٦٦٩)، لأن المعروف بينهم عدم الصحة. نعم، يمكن دعوى انصراف الصحيفة عما إذا علم كون غرض الموصي خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد، بل ربما يقال إن محل الخلاف غير هذه الصورة، لكن الانصراف ممنوع وعلى فرضه يختص الإشكال بما إذا كان موته قبل موت الموصي وإلا فبناءً على عدم اعتبار القبول بموت الموصي صار مالكاً بعد فرض عدم رده فينتقل إلى ورثته، بقي هنا أمور:

أحدها: هل الحكم يشمل ورثة الموارث؟ كما إذا مات الموصى له قبل القبول ومات وارثه أيضاً قبل القبول فهل الوصية لوارث الوارث أولاً؟ وجوه: الشمول^(٦٧٠) وعدمه لكون الحكم على خلاف القاعدة، والابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حق القبول فتشمل، وكونه الأخبار فلا.

الثاني: إذا قبل بعض الورثة وردّ بعضهم فهل تبطل، أو تصح ويرث الراد أيضاً مقدار حصته، أو تصح بمقدار حصة القابل فقط، أو تصح وتماه للقابل، أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصي فتبطل أو بعده فتصح بالنسبة إلى مقدار حصة القابل؟ وجوه^(٦٧١).

الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثم إليه أو إليه ابتداءً من الموصي؟ وجهان، أوجههما الثاني^(٦٧٢) وربما يبنى على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً فعلى الثاني الثاني، وعلى الأول الأول، وفيه أنه على الثاني أيضاً يمكن أن يقال بانتقاله إلى الميت آنأ ما ثم إلى وارثه، بل على الأول يمكن أن

(٦٦٧) لسنا بحاجة إلى قبوله، بل رده هو المبطل ولم يثبت.

(٦٦٨) الملكية الشأنية كافية والإرث سبب لنقلها أيضاً.

(٦٦٩) أو على ما إذا حدد الموصي الوصية بالشخص أو رجوع عن وصيته، وقوله عليه السلام: ليس بشيء، يحتل أن يكون مراده ليس الوصية ملزمة للموصي فله ان يرجع عنها.

(٦٧٠) وهو الأقوى.

(٦٧١) الأشبه ان الجميع يرثون وهو الوجه الثاني، على اعتبار أن القبول ليس شرطاً، وردّ الوارث ليس مانعاً وإنما المانع هو رد الموصى له شخصياً كما سبق، وعليه يدل مستند هذا الحكم ظاهراً.

(٦٧٢) وهو الظاهر من مستند الحكم، أي قضاء الإمام علي عليه السلام.

يقال بكشف قبوله عن الانتقال إليه من حيث موت الموصي لأنه كأنه هو القابل، فيكون منتقلاً إليه من الأول.

الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصي له إذا كان قبل موت الموصي، أو الوارث حين موت الموصي، أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلى الميت ثم إليه أو كونه موجباً للانتقال إليه أولاً من الموصي فعلى الأول الأول، وعلى الثاني الثاني؟ وجوه^(٦٧٣).

الخامس: إذا أوصى له بأرض فمات قبل القبول فهل ترث زوجته منها أو لا؟ وجهان^(٦٧٤) مبنيان على الوجهين في المسألة المتقدمة فعلى الانتقال إلى الميت ثم إلى الوارث لا ترث وعلى الانتقال إليه أولاً لا مانع من الانتقال إليها، لأن المفروض أنها لم تنتقل إليه إرثاً من الزوج بل وصية من الموصي، كما أنه يبني على الوجهين إخراج الديون والوصايا من الموصي به بعد قبول الوارث وعدمه، أما إذا كانت بما يكون من الحبوقة ففي اختصاص الولد الأكبر به بناءً على الانتقال إلى الميت أولاً، فمشكل لانصراف الأدلة عن مثل هذا.

السادس: إذا كان الموصي به ممن ينعق على الموصي له فإن قلنا بالانتقال إليه أولاً بعد قبول الوارث، فإن قلنا به كشافاً وكان موته بعد موت الموصي انعق عليه وشارك الوارث ممن في طبقته. ويقدم عليهم مع تقدم طبقته فالوارث يقوم مقامه في القبول^(٦٧٥) ثم يسقط عن الوارثية لوجود من هو مقدم عليه، وإن كان موته قبل موت الموصي، أو قلنا بالنقل وأنه حين قبول الوارث ينتقل إليه آنناً ما فينعق لكن لا يرث إلا إذا كان انعاقه قبل قسمة الورثة وذلك لأنه على هذا التقدير انعق بعد سبق سائر الورثة بالإرث.

نعم، لو انعق قبل القسمة في صورة تعدد الورثة شاركهم وإن قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصي لا من الموصي له فلا ينعق عليه لعدم ملكه بل يكون للورثة إلا إذا كان ممن ينعق عليهم أو على بعضهم فحينئذ ينعق ولكن لا يرث إلا إذا كان ذلك مع تعدد الورثة وقبل قسمتهم.

السابع: لا فرق في قيام الوارث مقام الموصي له بين التمليلية والعهدية^(٦٧٦).

مسألة ٨: اشتراط القبول على القول به مختص بالتمليلية كما عرفت فلا يعتبر في العهدية ويختص بما إذا كان لشخص معين أو أشخاص معينين وأما إذا كان للنوع أو للجهات كالوصية للفقراء والعلماء أو للمساجد فلا يعتبر قبولهم أو قبول الحاكم فيما للجهات وإن احتمل ذلك أو قيل.

ودعوى: أن الوصية لها ليست من التمليلية بل هي عهدية وإلا فلا يصح تملك النوع أو الجهات، كما ترى وقد عرفت سابقاً قوة عدم اعتبار القبول مطلقاً وإنما يكون الرد مانعاً وهو أيضاً لا يجري في

(٦٧٣) أوجهها الأول وهو الظاهر من مستند الحكم ومن القاعدة.

(٦٧٤) الوجه هو الأول فيه وفي الشق التالي.

(٦٧٥) إن قلنا بالحاجة إلى القبول وهو غير مؤيد كما اسلفنا.

(٦٧٦) إلا إذا كانت الوصية شخصية.

مثل المذكورات فلا تبطل برد بعض الفقهاء مثلاً، بل إذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فرد لا تبطل.

مسألة ٩: الأقوى في تحقق الوصية كفاية كل ما دل عليها من الألفاظ ولا يعتبر فيه لفظ خاص، بل يكفي كل فعل دال عليها حتى الإشارة والكتابة ولو في حال الاختيار إذا كانت صريحة في الدلالة بل أو ظاهرة، فإن ظاهر الأفعال معتبر كظاهر الأقوال، فما يظهر من جماعة اختصاص كفاية الإشارة والكتابة بحال الضرورة لا وجه له، بل يكفي وجود مكتوب منه بخطه ومهره إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصية، ويمكن أن يستدل عليه بقوله عليه السلام: " لا ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليلة إلا ووصيته تحت رأسه " ، بل يدل عليه ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمد الهمداني قال: " كتبت إليه كتب رجل كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل إني قد أوصيت إلا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب: إن كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره".

مسألة ١٠: يشترط في الموصي أمور:

الأول: البلوغ، فلا تصح وصية غير البالغ.

نعم، الأقوى وفاقاً للمشهور صحة وصية البالغ عشرين عاماً إذا كان عاقلاً في وجوه المعروف للأرحام أو غيرهم لجملة من الأخبار المعتبرة. خلافاً لابن إدريس وتبعه جماعة.

الثاني: العقل فلا تصح وصية المجنون.

نعم، تصح وصية الادواري منه إذا كانت في دور إفاقته، وكذا لا تصح وصية السكران حال سكره، ولا يعتبر استمرار العقل فلو أوصى ثم جنّ لم تبطل، كما أنه لو أغمي عليه أو سكر لا تبطل وصيته، فاعتبار العقل إنما هو حال إنشاء الوصية.

الثالث: الاختيار.

الرابع: الرشيد، فلا تصح وصية^(٦٧٧) السفية، وإن كانت بالمعروف سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده، وأما المفلس فلا مانع من وصيته وإن كانت بعد حجر الحاكم لعدم الضرر بما على الغرماء لتقدم الدين على الوصية.

الخامس: الحرية، فلا تصح وصية المملوك بناءً على عدم ملكه وإن أجاز مولاه بل وكذا بناءً على ما هو الأقوى من ملكه، لعموم أدلة الحجر وقوله عليه السلام: " لا وصية للملوك " بناءً على إرادة نفي وصيته لغيره لا نفي الوصية له.

(٦٧٧) وصيته المالية نافذة إذا كانت قد أصابت موضع الرشيد حيث ان الولاية عليه تعني ضبط تصرفاته لكي تكون رشيدة، وهذا هو المفروض وأما سائر وصاياه فإن لم تكن سفاهته الى درجة إسقاط تصرفاته عرفاً عن الاعتبار فهي نافذة أيضاً.

نعم، لو أجاز مولاه صح على البناء المذكور، ولو أوصى بماله ثم انعتق وكان المال باقياً في يده صحت على إشكال.

نعم، لو علقها على الحرية فالأقوى صحتها ولا يضر التعليق المفروض، كما لا يضر إذا قال هذا لزيد إن متّ في سفري، ولو أوصى بدفنه في مكان خاص لا يحتاج إلى صرف مال فالأقوى الصحة، وكذا ما كان من هذا القبيل.

السادس: أن لا يكون قاتل نفسه بأن أوصى بعدما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه - من جرح أو شرب سم أو نحو ذلك - فإنه لا تصح وصيته على المشهور المدعى عليه الإجماع، للنص الصحيح الصريح خلافاً لابن إدريس وتبعه بعض، والقدر المنصرف إليه الإطلاق الوصية بالمال، وأما الوصية بما يتعلق بالتجهيز ونحوه مما لا تعلق له بالمال فالظاهر صحتها^(٦٧٨)، كما أن الحكم مختص بما إذا كان فعل ذلك عمداً لا سهواً أو خطأً وبرجاء أن يموت لا لغرض آخر، وعلى وجه العصيان لا مثل الجهاد في سبيل الله، وبما لو مات من ذلك، وأما إذا عوفي ثم أوصى صحت وصيته بلا إشكال، وهل تصح وصيته قبل المعافاة؟ إشكال ولا يلحق التنجيز بالوصية. هذا ولو أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثم أحدث صحت وصيته وإن كان حين الوصية بانياً على أن يحدث ذلك بعدها، للصحيح المتقدم، مضافاً إلى العمومات.

مسألة ١١: يصح لكل من الأب والجد الوصية بالولاية على الأطفال مع فقد الآخر، ولا تصح مع وجوده، كما لا يصح ذلك لغيرهما حتى الحاكم الشرعي فإنه بعد فقدهما له الولاية عليهم مادام حياً، وليس له أن يوصي بها لغيره بعد موته فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر، فحاله حال كل من الأب والجد مع وجود الآخر، ولا ولاية في ذلك للأم خلافاً لابن الجنيد حيث جعل لها بعد الأب إذا كانت رشيدة، وعلى ما ذكرنا فلو أوصى للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال وجعل أمره إلى غير الأب والجد وغير الحاكم لم تصح، بل يكون للأب والجد مع وجود أحدهما وللحاكم مع فقدهما.

نعم، لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصي ثم يملكه لهم بعد بلوغهم أو على أن يصرفه عليهم من غير أن يملكهم يمكن أن يقال بصحته وعدم رجوع أمره إلى الأب والجد أو الحاكم.

فصل في الموصى به

تصح الوصية بكل ما يكون فيه غرض عقلائي محلل من عين أو منفعة أو حق قابل للنقل، ولا فرق في العين بين أن تكون موجودة فعلاً أو قوة، فتصح بما تحمله الجارية أو الدابة أو الشجرة، وتصح بالعبد

(٦٧٨) فيه تأمل.

الأبق منفرداً ولو لم يصح بيعه إلا بالضميمة، ولا تصح بالمحرمات^(٦٧٩) كالخمر والخنزير ونحوهما ولا بآلات اللهو ولا بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائي كالحشرات وكلب الهراش، وأما كلب الصيد فلا مانع منه، وكذا كلب الحائط والماشية والزرع وإن قلنا بعدم مملوكية ما عدا كلب الصيد إذ يكفي وجود الفائدة فيها، ولا تصح بما لا يقبل النقل من الحقوق كحق القذف ونحوه، وتصح بالخمر المتخذ للتخليل، ولا فرق في عدم صحة الوصية بالخمر والخنزير بين كون الموصي والموصى له مسلمين أو كافرين أو مختلفين لأن الكفار أيضاً مكلفون بالفروع.

نعم، هم يقرون على مذهبهم وإن لم يكن عملهم صحيحاً. ولا تصح الوصية بمال الغير^(٦٨٠) ولو أجاز ذلك الغير إذا أوصى لنفسه. نعم، لو أوصى فضولاً عن الغير احتمال صحته إذا أجاز^(٦٨١).

مسألة ١: يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه، فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد إلا مع إجازة الورثة بلا إشكال، وما عن علي بن بابويه - من نفوذها مطلقاً على تقدير ثبوت النسبة - شاذ، ولا فرق بين أن يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة، ولو كانت زائدة وأجازها بعض الورثة دون بعض نفذت في حصة المحيز فقط، ولا يضر التبعض كما في سائر العقود فلو خلف ابناً وبناتاً وأوصى بنصف تركته فأجاز الابن دون البنت كان للموصى له ثلاثة إلا ثلث من ستة ولو إنعكس كان له اثنان وثلث من ستة.

مسألة ٢: لا يشترط في نفوذها قصد الموصي كونها من الثلث الذي جعله الشارع له، فلو أوصى بعين غير ملتفت إلى ثلثه وكانت بقدره أو أقل صحت، ولو قصد كونها من الأصل أو من ثلثي الورثة وبقاء ثلثه سليماً مع وصيته بالثلث سابقاً أو لاحقاً بطلت مع عدم إجازة الورثة، بل وكذا إن اتفق أنه لم يوص بالثلث أصلاً لأن الوصية المفروضة مخالف للشرع وإن لم تكن حينئذ زائدة على الثلث^(٦٨٢).

نعم، لو كانت في واجب نفذت لأنه يخرج من الأصل إلا مع تصريحه بإخراجه من الثلث.

مسألة ٣: إذا أوصى بالأزيد أو تمام تركته ولم يعلم كونها في واجب حتى تنفذ أو لا حتى يتوقف الزائد على إجازة الورثة فهل الأصل النفاذ إلا إذا ثبت عدم كونها بالواجب، أو عدمه إلا إذا ثبت كونها بالواجب؟ وجهان، ربما يقال بالأول ويحمل عليه ما دل من الأخبار على أنه إذا أوصى بماله كله فهو

(٦٧٩) للإنتفاع بها في الأمور المحرمة أما لو أوصى بالخمر للتعقيم أو بآلات اللهو للوقود أو ما أشبه فلا بأس.

(٦٨٠) لا يسمى هذا وصية ولكن لا بأس بها، مثل أن يقول إذا أنا مت فإن قطعة الأرض التي هي لإبني تكون للمسجد ورضي الإبن بذلك فإنه قد يكون هبة معلقة ولكنها ليست وصية بالمعنى المعروف.

(٦٨١) لا بأس بصحته فإن أركان الصحة موجودة فيه بعد كون عقد الفضولي قابلاً للتصحیح مع الرضا بصورة عامة وإذا كان العقد صحيحاً فالإيقاع أولى لأنه أخف مؤنة.

(٦٨٢) بان كان على وجه التقييد ومع ذلك ففيه تأمل.

جائز وأنه أحق بماله مادام فيه الروح، لكن الأظهر الثاني لأنه مقتضى ما دل على عدم صحتها إذا كانت أزيد من ذلك والخارج منه كونها بالواجب وهو غير معلوم^(٦٨٣).

نعم، إذا أقر بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل، بل وكذا إذا قال أعطوا مقدار كذا خمساً أو زكاة أو نذراً أو نحو ذلك، وشك في أنها واجبة عليه أو من باب الاحتياط المستحجي، فإنها أيضاً تخرج من الأصل، لان الظاهر من الخمس والزكاة الواجب منهما والظاهر من كلامه اشتغال ذمته بهما.

مسألة ٤: إذا أجاز الوارث بعد وفاة الموصي فلا إشكال في نفوذها ولا يجوز له الرجوع في إجازته، وأما إذا أجاز في حياة الموصي ففي نفوذها وعدمه قولان، أقواهما الأول - كما هو المشهور - للأخبار المؤيدة باحتمال كونه ذا حق في الثلثين، فيرجع إجازته إلى إسقاط حقه كما لا يبعد استفادته من الأخبار الدالة على أن ليس للميت من ماله إلا الثلث، هذا والإجازة من الوارث تنفيذ لعمل الموصي وليست ابتداء عطية من الوارث، فلا ينتقل الزائد إلى الموصى له من الوارث بأن ينتقل إليه بموت الموصي أولاً ثم ينتقل إلى الموصى له بل ولا بتقدير ملكه، بل ينتقل إليه من الموصي من الأول.

مسألة ٥: ذكر بعضهم أنه لو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة ثم قالوا ظننا أنه قليل قضي عليهم بما ظنوه وعليهم الحلف على الزائد، فلو قالوا ظننا أنه ألف درهم فبان أنه ألف دينار قضي عليهم بصحة الإجازة في خمسمائة درهم واحلفوا على نفي ظن الزائد، فللموصى له نصف ألف درهم من التركة وثلث البقية، وذلك لأصالة عدم تعلق الإجازة بالزائد وأصالة عدم علمهم بالزائد، بخلاف ما إذا أوصى بعين معينة كدار أو عبد فأجازوا ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك أزيد من الثلث بقليل فبان أنه أزيد بكثير فإنه لا يسمع منهم ذلك، لأن إجازتهم تعلقت بمعلوم وهو الدار أو العبد، ومنهم من سوى بين المسألين في القبول، ومنهم من سوى بينهما في عدم القبول، وهذا هو الأقوى^(٦٨٤) أخذاً بظاهر كلامهم في الإجازة كما في سائر المقامات، كما إذا أقر بشيء ثم ادعى أنه ظن كذا، أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادعى أنه ظن كذا فإنه لا يسمع منه، بل الأقوى عدم السماع حتى مع العلم بصدقهم

(٦٨٣) على أن أصالة الصحة لا تنفي شروط الصحة، والوصية بأكثر من الثلث صحيحة ولكنها بحاجة إلى إذن الورثة، وكثيراً ما يوصي الناس بأمل ذلك الإذن الذي يحصل أيضاً كثيراً.

(٦٨٤) الأشبه التفصيل بين الموارد كما في كل قضاء، وذلك لأنه إما أن تكون الإجازة على النصف أو على شيء معين، فإن كانت على النصف مثلاً وكانوا ممن ظاهر وضعه احاطته علماً بالنصف فلا تسمع دعواهم إلا بالبينة، وأما إذا كانوا ممن ظاهر وضعه يدل على عدم علمه بأموال المتوفى فالظاهر هنا ليس بحجة، إذ كلامهم بالنصف ليس ظاهر - مع عدم علمهم بقدر المال - في مبلغ المال بالدقة، فتكون دعواهم بعدم الإجازة موافقة لأصالة عدم الإجازة والقول قولهم، أما إذا كان مورد الخلاف عيناً معلومة مثل أنهم اجازوا داراً ثم قالوا أنهم لم يكونوا يعلمون قيمتها، فإذا كانت دعواهم صحيحة وكانت إجازتهم للدار مقيدة بمبلغها - كما هو الظاهر من وضع كثير من الورثة - تسمع دعواهم واجازتهم لاغية وإلا فإجازتهم نافذة والحمد لله.

في دعواهم، إلا إذا علم كون إجازتهم مقيدة بكونه بمقدار كذا فيرجع إلى عدم الإجازة ومعه يشكل السماع فيما ظنوه أيضاً.

مسألة ٦: المدار في اعتبار الثلث على حال وفاة الموصي لا حال الوصية بل على حال حصول قبض الوارث للتركة إن لم تكن بيدهم حال الوفاة، فلو أوصى بحصة مشاعة كالربع أو الثلث وكان ماله بمقدار ثم نقص كان النقص مشتركاً بين الوارث والموصي، ولو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً، وإن كانت كثيرة جداً، وقد يقيد بما إذا لم تكن كثيرة، إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة المتجددة والأصل عدم تعلق الوصية بها، ولكن لا وجه له للزوم العمل بإطلاق الوصية^(٦٨٥).

نعم، لو كان هناك قرينة قطيعة على عدم إرادته الزيادة المتجددة صح ما ذكر، لكن عليه لا فرق بين كثرة الزيادة وقتها، ولو أوصى بعين معينة كانت بقدر الثلث أو أقل ثم حصل نقص في المال أو زيادة في قيمة تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة إلى الزائد مع عدم إجازة الوارث، وإن كانت أزيد من الثلث حال الوصية ثم زادت التركة أو نقصت قيمة تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقل صحت الوصية فيها، وكذا الحال إذا أوصى بمقدار معين كلي كمائة دينار مثلاً.

مسألة ٧: ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينة أو بكلي كمائة دينار^(٦٨٦) - مثلاً - أنه إذا أتلف من التركة بعد موت الموصي يرد النقص عليهما أيضاً بالنسبة كما في الحصة المشاعة وإن كان الثلث وافياً، وذلك بدعوى أن الوصية بهما ترجع إلى الوصية بمقدار ما يساوي قيمتها فيرجع إلى الوصية بحصة مشاعة، والأقوى عدم ورود النقص عليهما مادام الثلث وافياً ورجوعهما إلى الحصة المشاعة في الثلث أو في التركة لا وجه له خصوصاً في الوصية بالعين المعينة.

مسألة ٨: إذا حصل للموصي مال بعد الموت كما إذا نصب شبكة فوقه فيها صيد بعد موته يخرج منه الوصية كما يخرج منه الديون، فلو كان أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث ذلك المال أيضاً مثلاً، وإذا أوصى بعين وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت منه بضم ذلك المال نفذت فيها^(٦٨٧)، وكذا إذا أوصى بكلي كمائة دينار مثلاً، بل لو أوصى ثم قتل حسبت دينته من جملة تركته فيخرج منها الثلث كما

(٦٨٥) الوصية - كآية وثيقة مكتوبة أو مسموعة أخرى - تبقى حجة بالظاهر منها إطلاقاً وعموماً وما أشبهه في حدود الفهم العربي، فإذا تبدلت ظروف أفقدت الظهور العربي بأي سبب وفي أي بُعد، فإن الوثيقة تفقد اعتبارها وتعود إلى الأصول العامة والله العالم.

(٦٨٦) لو أوصى بمائة دينار عراقي مثلاً ففقد الدينار قيمته السوقية بحيث عرفنا أنه ليس مقصود الموصي أصلاً فعلياً إتمام قيمتها بقدر ماليتها من بقية الثلث - إذا كان وافياً - كل ذلك للفهم العربي للوثائق (كالوصية)، أما لو لم تتأكد من ذلك وإن الموصي كان يقصد المالية من وصيته وليست العين، مثلاً كان يقصد مالية البيت الذي أوصى به وليس ذات البيت حتى تكمل ماليته المفقودة مثلاً بغيره، أقول: لو لم يكن كذلك فالمرجع ظاهر الوصية.

(٦٨٧) شريطة أن تحسب من مال الميت عرفاً، أما إذا انتقلت الشبكة إلى الوارث واعتبر العرف مالك الصيد هو مالك الشبكة فيشكل الأمر، حيث إن الميت لو أوصى بالثلث من مطلق ماله حسب من الثلث أما لو حدد الوصية في غير الشبكة وصيدها فالزيادة لا تحسب من الثلث، وهكذا لو زادت قيمة دار من دوره أو أرض من أراضيه وكانت الوصية في غيرها لم تحسب الزيادة من الثلث.

يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأً وإن كان عمداً وصالحوا على الدية ، للنصوص الخاصة ، مضافاً إلى الاعتبار وهو كونه أحق بعوض نفسه من غيره، وكذا أخذ دية جرحه خطأً، بل أو عمداً*).

مسألة ٩: للموصي تعيين ثلثه في عين مخصوصة من التركة، وله تفويض التعيين إلى الوصي فيتعين فيما عينه ، ومع الإطلاق، كما لو قال : "ثلث مالي لفلان" كان شريكاً مع الورثة بالإشاعة فلا بد وأن يكون الإفراز والتعيين برضى الجميع كسائر الأموال المشتركة.

مسألة ١٠: يشترط في الوصية العهدية أن يكون ما أوصى به عملاً سائغاً يتعلق به الأغراض العقلائية فلا تصح الوصية بصرف ماله في معونة الظالم، وكذا كل محرم كتعمير الكنائس ونسخ كتب الضلال ونحوها، وكذا الوصية بما يكون صرف المال فيه سفهاً وعبثاً.

مسألة ١١: لو أوصى بما هو جائز عنده اجتهاداً أو تقليداً وغير جائز عند الوصي كجملة من المسائل الاختلافية لا يصح للوصي إنفاذها ولو إنعكس الأمر إنعكس.

مسألة ١٢: لو أوصى لغير الولي بمباشرة تجهيزاته من الغسل والصلاة فالأحوط للوصي والولي أن يتراضيا عليه ولا يستقل أحدهما (عن) الآخر (٦٨٨).

مسألة ١٣: إنما يحسب الثلث بعد إخراج ما يخرج من الأصل كالدين والواجبات المالية، فإن بقي بعد ذلك شيء يخرج ثلثه.

مسألة ١٤: لو أوصى بوصايا متعددة غير متضادة، فإن كانت من نوع واحد فإن كانت الجميع واجبات مالية أو واجبات بدنية كانت الجميع بمنزلة وصية واحدة فتنفذ الجميع من الأصل في الواجب المالي ومن الثلث في الواجب البدني، فإن وفي الثلث بالجميع نفذت في الجميع وكذا إن زادت عليه وأجاز الورثة، وأما لو لم يجيزوا يوزع النقص على الجميع بالنسبة ، فلو أوصى بمقدار من الصوم ومقدار من الصلاة ولم يف الثلث بما وكانت أجره الصلاة ضعف أجره الصوم ينتقص من وصية الصلاة ضعف ما ينتقص من وصية الصوم، كما إذا كانت التركة ثمانية عشر وأوصى بستة لاستيجار الصلاة ثم أوصى بثلاثة لاستيجار الصوم فإن أجاز الوارث نفذت الوصيتان، وإن لم يجز بطلتا بالنسبة إلى ثلاثة وتوزعت على الوصيتين بالنسبة فينقص عن الوصية الأولى اثنان وعن الثانية واحد، فيصرف في الصلاة أربعة وفي الصوم اثنان، وإن كانت الجميع تبرعية فإن لم يكن بينها ترتيب بل كانت مجتمعة كما إذا قال: " أعطوا زيداً و عمراً و خالداً كلاً منهم مائة" كانت بمنزلة وصية واحدة، فإن زادت على الثلث ولم يجز الورثة ورد النقص على الجميع بالنسبة، وإن كان بينها ترتيب تقدم وتأخير في الذكر، بأن كانت الثانية بعد تمامية الوصية الأولى والثالثة بعد تمامية الثانية وهكذا، كما إذا قال: "أعطوا زيداً مائة ثم قال أعطوا عمراً مائة

(*) من بداية الوصية إلى هنا، كان من العروة الوثقى، أما المسائل التالية حتى آخر الوصية فهي من إضافات المرجع الراحل السبزواري (رحمه الله).

(٦٨٨) سبق حكم هذا الفرع في المسألة ٧ من فصل مراتب الأولياء في أحكام الموتى من كتاب العروة الوثقى وهناك وافقنا على عدم لزوم الاذن وان الاحتياط هنا استحبابي.

ثم قال أعطوا خالداً مائة" وكانت المجموع أزيد من الثلث ولم يجز الورثة يبدأ بالأول فالأول إلى أن يكمل الثلث، فإذا كان الثلث مائة نفذت الأولى ولغت الأخيرتان، وإن كان مائتين نفذت الأوليان ولغت الأخيرة، وإن كان مائة وخمسين نفذت الأولى والثانية في نصف الموصى به ولغت البواقي وهكذا.

مسألة ١٥: لو أوصى بوصايا مختلفة بالنوع، كما إذا أوصى بأن يعطى مقداراً معيناً خمساً وزكوة، ومقداراً صوماً وصلاة، ومقداراً لإطعام الفقراء، فإن أطلق ولم يذكر المخرج يبدأ بالواجب المالي فيخرج من الأصل، فإذا بقي شيء يعين ثلثه ويخرج منه البدني والتبرعي، فإن وفي بهما أو لم يف بهما وأجاز الوارث نفذت في كليهما، وإن لم يف بهما ولم يجز الوارث في الزيادة يقدم الواجب البدني ويرد النقص على التبرعي، وإن ذكر المخرج وأوصى بأن تخرج من الثلث يعين الثلث فيخرج منه الواجب المالي، فإن بقي منه شيء يصرف في الواجب البدني فإن بقي شيء يصرف في التبرعي، حتى إنه لو لم يف الثلث إلا بالواجبات المالية لغت الوصايا الأخيرة بالمرّة إلا أن يجيز الورثة.

مسألة ١٦: لو أوصى بوصايا متعددة متضادة بأن كانت المتأخرة منافيه للمتقدمة كما لو أوصى بعين شخصية لواحد ثم أوصى بها لآخر، ومثله ما إذا أوصى بثلثه لشخص وقال: "أعطوا ثلثي لزيد بعد موتي" ثم قال: "أعطوا ثلثي لعمرو بعد موتي" كانت اللاحقة عدولاً عن السابقة فيعمل باللاحقة، ولو أوصى بعين شخصية لشخص ثم أوصى بنصفها مثلاً لشخص آخر، فالظاهر كون الثانية عدولاً بالنسبة إلى نصفها لا تمامها فيبقى النصف الآخر للأول.

مسألة ١٧: لو أراد أحد أن لا تقسم تركته بين ورثته إلى مدة معلومة يجعلها حبساً عليهم إلى تلك المدة.

مسألة ١٨: لو كان لشخص عند آخر أمانة وأوصى له أن يصرف ذلك المال في مصرف خاص، يلحظ فيها مراعاة مقدار الثلث أيضاً، ولو خاف الوصي من إظهار ذلك للورثة يرجع في حكمه إلى الحاكم الشرعي.

مسألة ١٩: متعلق الوصية إن كان كسراً مشاعاً من التركة كالثلث أو الربع مثلاً ملكه الموصى له بالموت والقبول بناءً على اعتباره^(٦٨٩) وكان له من كل شيء ثلثه أو ربهه مثلاً، وشارك الورثة في التركة من حين ما ملكه. هذا في الوصية التمليلية، وأما في الوصية العهدية كما إذا أوصى بصرف ثلثه أو ربع تركته في العبادات والزيارات كان الموصى به فيها باقياً على حكم مال الميت، فهو يشارك الورثة حين ما ملكوا بالإرث، فكان للميت من كل شيء ثلثه أو ربهه مثلاً والباقي للورثة، وهذه الشركة باقية ما لم يفرز الموصى به عن مال الورثة ولم تقع القسمة بينهم وبين الموصى له، فلو حصل نماء متصل أو منفصل قبل القسمة كان بينهما ولو تلفت من التركة شيء كان منهما، وإن كان ما أوصى به مالاً معيناً

(٦٨٩) وعدم الرد بناءً على انه المانع كما سبق.

يساوي الثلث أو دونه اختص به الموصى له ، ولا اعتراض فيه للورثة ، ولا حاجة إلى إجازتهم ، لما عرفت سابقاً أن للموصي تعيين ثلثه فيما شاء من تركته، لكن إنما يستقر ملكية الموصى له أو الميت في تمام الموصى به إذا كان يصل إلى الوارث ضعف ما أوصى به ، فإذا كان له مال حاضر عند الورثة بهذا المقدار استقرت ملكية تمام المال المعين للموصى له أو الوصي أن يتصرف فيه أنحاء التصرف ، وإن كان ما عدا ما عين للوصية غائباً توقف التصرف فيه على حصول مثليه بيد الورثة، فإن لم يحصل بيدهم شيء منه شاركوا الموصى له في المال المعين أثلاثاً ثلث للموصى له وثلثان للورثة.

فصل فيما يشترط في الموصى له

مسألة ٢٠: يشترط في الموصى له الوجود حين الوصية، فلا تصح الوصية للمعدوم ، كما لو أوصى للميت أو لما تحمله المرأة في المستقبل أو لمن يوجد من أولاد فلان ، وتصح الوصية للحمل بشرط وجوده حين الوصية وإن لم تلجه الروح وانفصاله حياً، فلو انفصل ميتاً بطلت الوصية ورجع المال ميراثاً لورثة الموصي.

مسألة ٢١: تصح الوصية للذمي وكذا للمرتد الملى إذا لم يكن المال مما لا يملكه الكافر - كالمصحف والعبد المسلم - ولا تصح للحربي ولا للمرتد عن فطرة على إشكال^(٦٩٠).

مسألة ٢٢: لا تصح الوصية لمملوك الغير وإن أجاز المالك وتصح لمملوك نفسه ، ولكن لا يملك الموصى به كالأحرار، بل إن كان بقدر قيمته ينعقد ولا شيء له وإن كان أكثر من قيمته انعتق وكان الفاضل له، وإن كان أقل ينعقد منه بمقداره وسعى للورثة في البقية.

فصل في الوصي والناظر

مسألة ٢٣: يجوز للموصي أن يعين شخصاً لتنجز وصاياه وتنفيذها فيتعين ويقال له: "الموصى إليه" "الوصي" ويشترط فيه أمور: البلوغ والعقل والإسلام ، فلا تصح وصاية الصغير ولا المجنون ولا الكافر عن المسلم وإن كان ذمياً قريباً، وهل يشترط فيه العدالة كما نسب إلى المشهور أم يكفي الوثاقة؟ لا يبعد الثاني وإن كان الأول أحوط.

مسألة ٢٤: إنما لا تصح وصاية الصغير منفرداً وأما منضمماً إلى الكامل فلا بأس به، فيستقل الكامل بالتصرف إلى زمن بلوغ الصغير ولا ينتظر بلوغه، فإذا بلغ شاركه من حينه، وليس له الاعتراض فيما

(٦٩٠) والأشبه العدم لأنه من البر المنهي عنه .

أمضاه الكامل سابقاً إلا ما كان على خلاف ما أوصى به الميت فيرده إلى ما أوصى به، ولو مات الصغير أو بلغ فاسد العقل كان للكامل الإنفرد بالوصاية.

مسألة ٢٥: لو طرأ الجنون على الوصي بعد موت الموصي بطلت (٦٩١) وصايته، ولو أفاق بعد ذلك لم تعد واحتاج إلى نصب جديد من الحاكم.

مسألة ٢٦: لا يجب على الموصى إليه قبول الوصاية وله أن يردها مادام الموصي حياً بشرط أن يبلغه الرد، فلو كان الرد بعد موت الموصي أو قبله ولكن لم يبلغه الرد حتى مات لم يكن أثر للرد وكانت الوصاية لازمة على الوصي، بل لو لم يبلغه أنه قد أوصى إليه وجعله وصياً إلا بعد موت الموصي لزمته الوصاية وليس له ردها وإن كان الأحوط (٦٩٢) عدم الرد مطلقاً خصوصاً في وصية الوالد.

مسألة ٢٧: يجوز للموصي أن يجعل الوصاية لاثنين فما فوق، فإن نص على الاستقلال والانفراد فهو وإلا فليس لكل منهما الاستقلال بالتصرف لا في جميع ما أوصى به ولا في بعضه، وليس لهما أن يقسّما الثلث مثلاً وينفرد كل منهما في نصفه، من غير فرق في ذلك بين أن يشترط عليهما الاجتماع أو يطلق، ولو تشاحا ولم يجتمعا أجبرهما الحاكم على الاجتماع فإن تعذر استبدل بهما.

مسألة ٢٨: لو مات أحد الوصيين أو طرأ عليه الجنون أو غيره مما يوجب إرتفاع وصايته إستقل الآخر ولا يحتاج إلى ضم شخص آخر من قبل الحاكم (٦٩٣). نعم، لو ماتا معاً احتاج إلى النصب من قبله، فهل اللازم نصب إثنين أو يكفي نصب واحد إذا كان كافياً؟ وجهان أحوطهما الأول وأقواهما الثاني.

مسألة ٢٩: يجوز أن يوصي إلى واحد في شيء بعينه وإلى آخر في غيره ولا يشارك أحدهما الآخر.

مسألة ٣٠: لو قال أوصيت إلى زيد فإن مات فإلى عمرو صح ويكونان وصيين، إلا أن وصاية عمرو موقوفة على موت زيد، وكذا لو قال أوصيت إلى زيد فإن كبر إبني أو تاب عن فسقه أو اشتغل بالعلم فهو وصيي.

مسألة ٣١: لو ظهرت خيانة الوصي فللحاكم عزله ونصب شخص آخر مكانه أو ضم أمين إليه حسب ما يراه من المصلحة، وأما لو ظهر منه العجز ضم إليه من يساعده.

(٦٩١) إذا طالت بقدر شك في شمول دليل الوصاية لمثله، أما إذا زال عقله ثم عاد إليه فالأقرب أن الوصاية تعود إليه إذا كان دليلها شاملاً لمثل حاله، ذلك لأن اشتراط العقل في الأمور ما دامي، فما دام العقل موجوداً يصح التعامل معه وإذا فقد فقد التعامل معه وليس الجنون مثل الفسخ حتى يؤثر فيما قبله أو بعده فتأمل .

(٦٩٢) لا يترك في وصية الوالد خصوصاً إذا لزم من رده ايذاءً معتداً به إليه .

(٦٩٣) إلا إذا عرفنا أن الوصاية إلى اثنين معناها عدم كفاية الواحد وهذا هو الأقرب إلى الفهم العربي فلا يترك الاحتياط بالضم.

مسألة ٣٢: إذا لم ينجز الوصي ما أوصى إليه في زمن حياته ليس له أن يجعل وصياً لتنجيزه وإمضائه بعد موته إلا إذا كان مأذوناً من الموصي في الإيصاء^(٦٩٤).

مسألة ٣٣: الوصي أمين، فلا يضمن ما كان في يده إلا مع التعدي أو التفريط ولو بمخالفة الوصية، فيضمن لو تلف فضلاً عما لو أتلف .

مسألة ٣٤: لو أوصى إليه بعمل خاص أو قدر مخصوص أو كيفية خاصة اقتصر عليه ولم يتجاوز عنه إلى غيره ، وأما لو أطلق بأن قال: " أنت وصي " من دون ذكر المتعلق فالأقرب وقوعه لغواً، إلا إذا كان هناك عرف خاص وتعارف يدل على المراد فهو المتبع، كما في عرف الأعراب وبعض طوائف الاعجام ، حيث أن مرادهم، بحسب الظاهر، الولاية على أداء ما عليه من الديون واستيفاء ماله على الناس وردّ الأمانات والبضائع إلى أهلها وأخذها وإخراج ثلثه وصرفه فيما ينفعه ولو بنظر حاكم الشرع من استيجار العبادات وأداء الحقوق والمظالم ونحوها.

نعم، في شموله بمجردة للقيمومة على الأطفال تأمل وإشكال، فالأحوط أن يكون تصدّيه لأموالهم بإذن من الحاكم، ولعل المنساق منه في بعض البلاد ما يشملها، وبالجملة بعد ما كان التعارف هو المدار فيختلف باختلاف الأعصار والأمصار.

مسألة ٣٥: ليس للوصي أن يعزل نفسه بعد موت الموصي ولا أن يفوض أمر الوصية إلى غيره. نعم، له التوكيل في إيقاع بعض الأعمال المتعلقة بالوصية مما لم يتعلق الغرض إلا بوقوعها من أي مباشر كان، خصوصاً إذا كان مما لم تجر العادة على مباشرة أمثال هذا الوصي، ولم يشترط عليه المباشرة.

مسألة ٣٦: لو نسي الوصي مصرف الوصية صرف الموصى به في وجوه البر .

مسألة ٣٧: إذا أوصى الميت وصية عهدية ولم يعين وصياً أو بطلت وصاية من عينه بموت أو جنون أو غير ذلك تولى الحاكم أمرها أو عين من يتولاه، ولو لم يكن الحاكم ولا منصوبه تولاه من المؤمنين من يوثق^(٦٩٥) به.

مسألة ٣٨: يجوز للموصي أن يجعل ناظراً على الوصي ووظيفته تابعاً لجعل الموصي ، فتارة من جهة الاستيثاق على وقوع ما أوصى به على ما أوصى به يجعل الناظر رقيباً على الوصي وأن يكون أعماله بإطلاعه حتى أنه لو رأى منه خلاف ما قرره الموصي لاعترض عليه، وأخرى من جهة عدم الاطمئنان بأنظار الوصي والاطمئنان التام بأنظار الناظر، يجعل على الوصي أن يكون أعماله على طبق نظر الناظر ولا يعمل إلا ما رآه صلاحاً ، فالوصي وإن كان ولياً مستقلاً في التصرف لكنه غير مستقل في الرأي والنظر، فلا يمضي من أعماله إلا ما وافق نظر الناظر، فلو استبدّ الوصي بالعمل على نظره من دون

^(٦٩٤) أو كان ذلك ظاهر الوصية مثل ان يكون محتوى الوصية بناء الوصي مسجداً فلما قريت من الوصي الوفاة وصّى ببنائه لغيره حيث أن هدف الموصي لم يكن إلا بناء المسجد فتم على يد الوصي الثاني فتأمل.

^(٦٩٥) والأحوط ان يكونوا من العدول.

مراجعة الناظر وإطلاعه وكان عمله على طبق ما قرره الموصي فالظاهر صحة عمله ونفوذته على الأول بخلافه على الثاني، ولعل الغالب^(٦٩٦) المتعارف في جعل الناظر في الوصايا هو النحو الأول.

مسألة ٣٩: يشترط في القيم على الأطفال ما اشترط في الوصي على المال والقول باعتبار العدالة هنا لا يخلو من قوة وإن كان الاكتفاء بالأمانة ووجود المصلحة ليس ببعيد.

مسألة ٤٠: لو عين الموصي على القيم تولى جهة خاصة وتصرفاً مخصوصاً، اقتصر عليه ويكون أمره في غيره إلى الحاكم أو المنصوب من قبله، فلو جعله قيماً بالنسبة إلى حفظ أمواله وما يتعلق بإنفاقه، ليس له الولاية على أمواله بالبيع والإجارة والمزارعة وغيرها، وعلى نفسه بالإجارة ونحوها، وعلى ديونه بالوفاء والاستيفاء، ولو أطلق وقال فلان قيم على أولادي -مثلاً- كان ولياً على جميع ما يتعلق بهم مما كان للموصي الولاية عليه، فله الإنفاق عليهم بالمعروف والإنفاق على من عليهم نفقته كالأبوين الفقيرين وحفظ أموالهم واستنمائتها، واستيفاء ديونهم وإيفاء ما عليهم كأرش ما أتلفوا من أموال الناس وكفارة القتل دون الدية فإنها في العمد والخطأ على العاقلة، وكذا إخراج الحقوق المتعلقة بأموالهم كالخمس إذا تعلق بمالهم وغيره ذلك. نعم، في ولايته على تزويجهم كلام يأتي في محله إن شاء الله تعالى.

مسألة ٤١: يجوز جعل الولاية على الأطفال لاثنتين فما زاد بالاستقلال والاشتراك وجعل الناظر على الوصي كالوصية بالمال.

مسألة ٤٢: ينفق الوصي على الصبي من غير إسراف ولا تقتير فيطعمه ويلبسه عادة أمثاله ونظرائه، فإن أسرف ضمن الزيادة، ولو بلغ فأنكر أصل الإنفاق أو إدعى عليه الإسراف فالقول قول الوصي بيمينه، وكذا لو إدعى عليه أنه باع ماله من غير حاجة ولا غبطة. نعم، لو اختلفا في دفع المال إليه بعد البلوغ فادعاه الوصي وأنكره الصبي قدم قول الصبي والبينة على الوصي .

مسألة ٤٣: يجوز للقيم الذي يتولى أمور اليتيم أن يأخذ من ماله أجرة مثل عمله سواء كان غنياً أو فقيراً، وإن كان الأحوط الأولى للأول التجنب، وأما الوصي على الأموال فإن عين الموصي مقدار المال الموصى به، وطبقه على مصرفه المعين بحيث لم يبق شيئاً لأجرة الوصي واستلزم أخذ الأجرة، أما الزيادة عن المال الموصى به أو النقصان في مقدار المصرف كما إذا أوصى بأن يصرف ثلثه أو عيناً معيناً من تركته أو مقداراً من المال كآلف درهم في استيجار عشرين سنة عبادة كل سنة كذا مقداراً أو إطعام خمسين فقيراً بخمسين درهماً، وقد ساوى المال مع المصرف بحيث لو أراد أن يأخذ شيئاً لنفسه لزم أحد الأمرين المذكورين لم يجز له أن يأخذ الأجرة لنفسه، حيث أن مرجع هذه الوصية إلى الإيصاء إليه بأن يتولى أمور الوصية تبرعاً وبلا أجرة، فهو كما لو نص على ذلك، والوصي قد قبل الوصاية على هذا النحو فلم

^(٦٩٦) يختلف باختلاف الناس، والاحتياط لا يترك في الأخذ بالثاني.

يستحق^(٦٩٧) شيئاً، وإن عين المال والمصرف على نحو قابل للزيادة والنقصان، كان حاله حال متولي الوقف في أنه لو لم يعين له جعلاً معيناً جاز له أن يأخذ أجرة مثل عمله، وذلك كما إذا أوصى بأن يصرف ثلثه أو مقداراً معيناً من المال في بناء القناطر وتسوية المعابر وتعمير المساجد، وكذا لو أوصى بأن يعمر المسجد الفلاني من ماله أو من ثلثه.

مسألة ٤٤: الوصية جائزة من طرف الموصي فله أن يرجع عن وصيته مادام فيه الروح وتبديلها من أصلها أو من بعض جهاتها وكيفياتها ومتعلقاتها، فله تبديل الموصى به كلاً أو بعضاً وتغيير الوصي والموصى له وغير ذلك.

ولو رجع عن بعض الجهات يبقى غيرها بحالها، فلو أوصى بصرف ثلثه في مصارف مخصوصة وجعل الوصاية لزيد ثم بعد ذلك عدل عن وصاية زيد وجعل الوصاية لعمرو تبقى أصل الوصية بحالها، وكذلك إذا أوصى بصرف ثلثه في مصارف معينة على يد زيد ثم بعد ذلك عدل عن تلك المصارف وعين مصارف أخرى، وهكذا وكما له الرجوع في الوصية المتعلقة بالمال كذلك له الرجوع في الوصية بالولاية على الأطفال.

مسألة ٤٥: يتحقق الرجوع عن الوصية بالقول، وهو كل لفظ دال عليه بحسب متفاهم العرف بأي لغة كان، نحو: رجعت عن وصيتي أو أبطلتها وعدلت عنها أو نقضتها ونحوها، وبالفعل وهو إما بإعدام موضوعها كإتلاف الموصى به وكذا نقله إلى الغير بعقد لازم كالبيع أو جائر كالهبة مع القبض، وإما بما يعد عند العرف رجوعاً وإن بقي الموصى به بحاله وفي ملكه كما إذا وكل شخصاً على بيعه أو وهبه ولم يقبض بعد.

مسألة ٤٦: الوصية بعدما وقعت تبقى على حالها ويعمل بها ما لم يرجع الموصي وإن طالت المدة، ولو شك في الرجوع - ولو للشك في كون لفظ أو فعل رجوعاً - يحكم ببقائها وعدم الرجوع، لكنه فيما إذا كانت الوصية مطلقة بأن كان مقصود الموصي وقوع مضمون الوصية والعمل بها بعد موته في أي زمان قضى الله عليه، فلو كانت مقيدة بموته في سفر كذا أو عن مرض كذا ولم يتفق موته في ذلك السفر أو عن ذلك المرض بطلت تلك الوصية واحتاج إلى وصية جديدة، ولا ريب أن الغالب في الوصايا ولا سيما ما تقع عند المسافرة إلى البلاد البعيدة بالطرق الغير المأمونة كسفر الحج ونحوه وفي حال الأمراض الشديدة وأمثال ذلك قصر نظر الموصي إلى موته في ذلك السفر وفي ذلك المرض، وقد يصرح بذلك وقد يشهد بذلك ظاهر حاله بحيث لو سأل عنه إذا رجعت عن هذا السفر سالماً أو طببت عن هذا المرض إن شاء الله تعالى وبقيت مدة مديدة هل تعمل بهذه الوصية؟ يقال: لا، لا بد لي من نظر

^(٦٩٧) بالرغم من أن الوصية ليست عقداً إلا أنها كسائر التعهدات تخضع لقصد الطرفين وطريقة توافقهما، فإن كان قبول الوصي للوصية قبولاً مجانياً فلا حق له في الأجرة، وإن كان قبولاً بثمن وأجر فله ذلك، وإن لم يكن قصد ولا اطلاق في الكلام نرجع الى العرف، فإن لم يكن فنرجع الى الاصول والأصل إحترام حق كل عامل إلا إذا تنازل عنه والله العالم.

جديد ووصية أخرى، وحيثُ يُشكل العمل بالوصايا الصادرة عند الإسفار وفي حال الأمراض بمجرد^(٦٩٨) عدم رجوع الموصي وعدم نسخها بوصية أخرى، خصوصاً مع طول المدة إلا إذا علم بالقرائن وظهر من حاله أن عدم الإيصاء الجديد منه إنما هو لأجل الاعتماد على الوصية السابقة، كما إذا شوهد منه المحافظة على ورقة الوصية وتكرر منه ذكرها عند الناس واشهادهم بها.

مسألة ٤٧: لا تثبت الوصية بالولاية سواء كانت على المال أو على الأطفال إلا بشهادة عدلين من الرجال، ولا تقبل فيها شهادة النساء لا منفردات ولا منضمات مع الرجال، وأما الوصية بالمال فهي كسائر الدعاوى المالية تثبت بشهادة رجلين عدلين وشاهد ويمين وشهادة رجل وامرأتين، وتمتاز بين الدعاوى المالية بأمرين:

أحدهما: أنها تثبت بشهادة النساء منفردات وإن لم تكمل الأربع ولم تنظم اليمين فتثبت ربع الوصية بواحدة ونصفها باثنين وثلاثة أرباعها بثلاث وتمامها بأربع.

ثانيهما: أنها تثبت بشهادة رجلين ذميين عدلين في دينهما عند الضرورة وعدم عدول المسلمين ولا تقبل شهادة غير أهل الذمة من الكفار.

مسألة ٤٨: إذا كانت الورثة كباراً وأقروا كلهم بالوصية بالثلث وما دونه لوارث أو أجنبي أو بأن يصرف على الفقراء مثلاً تثبت في تمام الموصى به ويلزمون بالعمل بها أخذاً بإقرارهم، ولا يحتاج إلى بينة، وإذا أقر بها بعضهم دون بعض فإن كان المقرّ اثنين عادلين تثبت أيضاً في التمام لكونه إقراراً بالنسبة إلى المقرّ وشهادة^(٦٩٩) بالنسبة إلى غيره فلا يحتاج إلى بينة أخرى، وإلا تثبت بالنسبة إلى حصة المقر خاصة أخذاً بإقراره وأما بالنسبة إلى حصة الباقيين يحتاج إلى البينة.

نعم، لو كان المقرّ عدلاً واحداً وكانت الوصية بالمال لشخص أو أشخاص كفى ضم يمين المقر له مع إقرار المقر في ثبوت التمام، بل لو كان المقر امرأة تثبت في ربع حصة الباقيين إن كانت واحدة وفي نصفها إن كانت اثنتين وفي ثلاثة أرباعها إن كانت ثلاثة وفي تمامها إن كانت أربع، وبالجملة بعدما كان المقر من الورثة شاهداً بالنسبة إلى حصة الباقي كان كالشاهد الأجنبي فيثبت به ما يثبت به.

مسألة ٤٩: إذا أقرّ الوارث بأصل الوصية كان كأجنبي فليس له إنكار وصاية من يدعي الوصاية ولا يسمع منه هذا الإنكار كغيره.

نعم، لو كانت الوصية متعلقة بالقصر أو العناوين العامة كالفقراء، أو وجوه القرب كالمساجد والمشاهد، أو الميت نفسه كاستيجار العبادات والزيارات له ونحو ذلك، كان لكل من يعلم بكذب من يدعي الوصاية خصوصاً إذا رأى منه الخيانة، الإنكار عليه والترافع معه عند الحاكم من باب الحسبة، لكن الوارث والأجنبي في ذلك سيّان.

(٦٩٨) الظاهر عند عدم وجود قرائن من أي طرف يحكم العرف ببقاء ما كان على ما عليه استصحاباً حتى يتم رده والله العالم.

(٦٩٩) انهما شهدا، فإن للشهادة شروطها الخاصة التي ليست للإقرار والا فإيضاً يثبت في نصيهما فقط.

نعم ، فيما إذا تعلقت بأمور الميت لا يبعد أولوية الوارث من غيره واختصاص حق الدعوى به مقدماً على غيره.

مسألة ٥٠: إذا تصرف الإنسان في مرض موته فإن كان معلقاً على موته كما إذا قال أعطوا فلاناً بعد موتي كذا أو هذا المال المعين أو ثلث مالي أو ربعة أو نصفه مثلاً لفلان بعد موتي ونحو ذلك فهو وصية، وقد عرفت أنها نافذة مع اجتماع الشرائط ما لم تزد على الثلث وفي الزائد موقوف على إجازة الورثة ، كالواقعة في مرض آخر غير مرض الموت أو في حال الصحة، وإن كان منجزاً بمعنى كونه غير معلق على الموت، وإن كان معلقاً على أمر آخر فإن لم يكن مشتملاً على المجانبة والمحابة كبيع شيء بثلثي المثل وإجارة عين بأجرة المثل فهو نافذ بلا إشكال ، وإن كان مشتملاً على المحابة بأن لم يصل ما يساوي ماله إليه، سواء كان مجاناً محضاً كالوقف والعتق والإبراء والهبة الغير المعوضة أم لا كالبيع بأقل من ثمن المثل والإجارة بأقل من أجرة المثل والهبة المعوضة بما دون القيمة وغير ذلك، ففي نفوذه مطلقاً أو كونه مثل الوصية في توقف ما زاد على الثلث على إمضاء الورثة قولان معروفان أقواهما الأول كما مرّ (٧٠٠) في كتاب الحجر.

مسألة ٥١: إذا جمع في مرض الموت بين عطية منجزة ومعلقة بالموت، فإن وفي الثلث بهما لا إشكال في نفوذهما في تمام ما تعلقتا به، وإن لم يف بهما فعلى المختار من إخراج المنجزة من الأصل يبدأ بها فتخرج من الأصل وتخرج المعلقة من ثلث ما بقي ، وأما على القول الآخر فإن أمضى الورثة تنفذان معاً وإن لم يمضوا تخرجان معاً من الثلث ويبدأ أولاً بالمنجزة (٧٠١) فإن بقي شيء يصرف فيه المعلقة.

مسألة ٥٢: لو أوصى بالقسط أو النصيب، أو القليل أو الكثير ، فإن علم المراد ولو بالقرينة المعتبرة يعمل بها، وإلا فيؤخذ بما يصدق عليه ذلك العنوان عرفاً، وكذا لو أوصى بالجزء أو السهم، وكذا مثل الوصية بالمتاع في الصندوق أو السفينة.

كتاب الأيمان والندور

اليمين: هو الحلف بالله تعالى لترك فعل فيما مضى أو عدم إتيان فعل فيما يأتي.

ويُطلق عليه القَسَمَ أيضاً.

وهو على أقسام :

(٧٠٠) وسوف نتحدث ثمة عن رأينا إن شاء الله تعالى .

(٧٠١) إن لم يفهم غير ذلك بالقرائن وقد يفهم التساوي .

الأول : ما يقع تأكيداً وتحقيقاً للإخبار عما وقع في الماضي أو عن الواقع في الحال ، كما يقال : " والله جاء زيد بالأمس " أو " هذا المال لي " .

الثاني: يمين المناشدة، وهو ما يقرن به الطلب والسؤال يقصد به حث المسؤول على إنجاز المقصود، كقول السائل: "اسئلك بالله أن تعطيني كذا"، ويقال للقائل : "الحالف" و"المقسم" وللمسؤول "المحلوف عليه" و"المقسم عليه" والأدعية المأثورة وغيرها مشحونة بهذا القسم من القسم.

الثالث: يمين العقد، وهو ما يقع تأكيداً وتحقيقاً لما بنى عليه والتزم به من إيقاع أمر أو تركه في المستقبل ، كقوله: "والله لأصومن أو لأتركن شرب الدخان" مثلاً.

ولا إشكال في أنه لا ينعقد القسم الأول ولا يترتب عليه شيء، سوى الإثم لو كان كاذباً في إخباره عن عمد وهي المسماة بيمين الغموس التي في بعض الأخبار عدت من الكبائر، وفي بعضها أنها تدع الديار بلاقع، وقد قيل إنها سميت بالغموس لأنها تغمس صاحبها في الإثم أو في النار. وكذا لا ينعقد القسم الثاني ولا يترتب عليه شيء من إثم أو كفارة لا على الحالف في إحلافه ولا على المحلوف عليه في حنثه وعدم إنجاز مسؤوله.

وأما القسم الثالث: فهو الذي ينعقد عند اجتماع الشرائط الآتية ويجب برّه والوفاء به ويحرم حنثه ويترتب على حنثه الكفارة.

مسألة ١: لا ينعقد اليمين إلا باللفظ أو ما يقوم مقامه كإشارة الأخرس ، وفي انعقاده بالكتابة إشكال ، والظاهر أنه لا يعتبر فيه العربية خصوصاً في متعلقاته.

مسألة ٢: لا ينعقد اليمين إلا إذا كان المقسم به هو " الله" جل شأنه، أعني ذاته المقدسة إما بذكر اسمه العلمي المختص به كلفظ الجلالة ويلحق به ما لا يُطلق على غيره كالرحمن، أو بذكر الأوصاف والأفعال المختصة به التي لا يشاركه فيها غيره، كقوله: ومقلب القلوب والأبصار، والذي نفسي بيده ، والذي فلق الحبة وبرء النسمة، وأشبه ذلك، أو بذكر الأوصاف والأفعال المشتركة التي تطلق في حقه تعالى وفي حق غيره لكن الغالب إطلاقها في حقه بحيث ينصرف إطلاقها إليه كقوله والرب الخالق والبارئ والرازق والرحيم، ولا ينعقد بما لا ينصرف إليه كالموجود والحي والسميع والبصير والقادر وإن نوى الحلف بذاته المقدسة على إشكال^(٧٠٢) فلا يترك الاحتياط.

مسألة ٣: المعتبر في انعقاد اليمين أن يكون الحلف بالله تعالى لا بغيره، فكل ما صدق عرفاً أنه قد حلف به (ينعقد اليمين به)، والظاهر صدق ذلك بأن يقول: وحق الله، وبجلال الله، وعظمة الله، وكبرياء الله، بل وقوله: وقدرة الله، وعلم الله، ولعمر الله .

(٧٠٢) مع صدق اليمين بالله سبحانه لا إشكال فيه.

مسألة ٤: يعتبر في اليمين القربة بمعنى كونها مضافاً إلى الله تبارك وتعالى، وهل يفسدها الرياء (٧٠٣)؟
فيه إشكال.

مسألة ٥: لا يعتبر في انعقاده أن يكون إنشاء القسم بحروفه بأن يقول: والله، أو بالله، أو تالله لأفعلن، بل لو أنشأه بصيغتي القسم والحلف كقوله: أقسمت بالله، أو حلفت بالله، انعقد أيضاً. نعم لا يكفي لفظاً أقسمت وحلفت بدون لفظ الجلالة أو ما هو بمنزله.

مسألة ٦: لا ينعقد اليمين بالحلف بالنبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام وسائر النفوس المقدسة المعظمة ولا بالقرآن الشريف ولا بالكعبة المشرفة وسائر الأماكن الشريفة المحترمة.

مسألة ٧: لا ينعقد اليمين بالطلاق والعتاق، بأن يقول: "زوجتي طالق وعبدي حرّ إن فعلت كذا أو إن لم أفعل كذا"، فلا يؤثر مثل هذا اليمين لا في حصول الطلاق والعتاق بالحنث، ولا في ترتب إثم أو كفارة عليه، وكذا اليمين بالبراءة من الله أو من رسوله صلى الله عليه وآله وسلم أو من دينه أو من الأئمة بأن يقول مثلاً: "برئت من الله أو من دين الإسلام إن فعلت كذا أو إن لم أفعل كذا" فلا يؤثر في ترتب الإثم أو الكفارة على حنثه، نعم هذا اليمين بنفسه حرام ويأثم حالفه من غير فرق بين الصدق والكذب والحنث وعدمه، ففي خبر يونس بن ظبيان عن الصادق عليه السلام أنه قال: "يا يونس لا تحلف بالبراءة منّا فإن من حلف بالبراءة منّا صادقاً أو كاذباً براء منّا"، وفي خبر آخر عن النبي صلى الله عليه وآله: "أنه سمع رجلاً يقول أنا بريء من دين محمد، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: ويلك إذا برئت من دين محمد فعلى دين من تكون؟ قال: فما كلمه رسول الله صلى الله عليه وآله حتى مات" بل الأحوط تكفير الحالف بإطعام عشرة مساكين لكل مسكين مدّ ويستغفر الله تعالى شأنه، ومثل اليمين بالبراءة أن يقول: إن لم يفعل كذا أو لم يترك كذا فهو يهودي أو نصراني مثلاً.

مسألة ٨: لو علق اليمين على مشيئة الله بأن قال: "والله لأفعلن كذا إن شاء الله" وكان المقصود التعليق على مشيئته تعالى لا مجرد التبرك بهذه الكلمة لم تنعقد إلا إذا (٧٠٤) كان المحلوف عليه فعلاً واجباً أو ترك حرام، بخلاف ما إذا علق على مشيئة غيره بأن قال والله لأفعلن كذا إن شاء زيد مثلاً فإنها تنعقد على تقدير مشيئته، فإن قال زيد أنا شئت أن تفعل كذا انعقدت وتحقق الحنث بتركه، وإن قال لم أشأ لم تنعقد، وكذا لو لم يعلم أنه شاء أو لم يشأ (٧٠٥) وكذلك الحال لو علق على شيء آخر غير المشيئة، فإنه تنعقد على تقدير حصول المعلق عليه، فيحنث لو لم يأت بالمحلوف عليه على ذلك التقدير.

(٧٠٣) إذا صدق عليه اللغو في اليمين فإنها لاغية، وإلا فالأظهر لزومها عليه.

(٧٠٤) إذا كان ذلك سبباً لانعقاد العزم على اليمين وعدم التردد فيه فهو ماضٍ وإلا فلا.

(٧٠٥) فبعد الفحص وعدم العلم وإجراء أصالة عدم المشيئة ينعدم موضوع اليمين.

مسألة ٩: يعتبر في الحالف البلوغ والعقل والاختيار والقصد، فلا تنعقد يمين الصغير والمجنون مطبقاً أو أدواراً ولا المكره ولا السكران ، بل ولا الغضبان في شدة الغضب السالب للقصد، وكذا لا يصح من المحجور فيما حجر عليه.

مسألة ١٠: لا تنعقد يمين الولد مع منع الوالد، ولا يمين الزوجة مع منع الزوج، ولا يمين المملوك مع منع المالك، إلا أن يكون المحلوف عليه فعل واجب أو ترك حرام ، ولو حلف أحد الثلاثة في غير ذلك كان للأب أو الزوج أو المالك حل اليمين وارتفع أثرها، فلو حنث لا كفارة عليه ، وهل يشترط إذنهم ورضاهم في انعقاد يمينهم حتى أنه لو لم يطلعوا على حلفهم أو لم يخلوا مع علمهم لم تنعقد من أصلها، أو لا بل كان منعهم مانعاً عن انعقادها، وحلهم رافعاً لاستمرارها فصحت وانعقدت في صورتين الميزورتين؟ قولان أحوطهما ثانيهما بل لا يخلو من قوة.

مسألة ١١: لا إشكال في انعقاد اليمين إذا تعلق بفعل واجب أو مستحب أو بترك حرام أو مكروه ، وفي عدم انعقادها إذا تعلق بترك واجب أو مستحب أو بفعل حرام أو مكروه، وأما المباح المتساوي الطرفين في الدين وفي نظر الشرع فإن ترجح فعله على تركه بحسب المنافع والأغراض العقلانية الدنيوية أو العكس فلا إشكال في انعقادها إذا تعلق بطرفه الراجح وعدم انعقادها إذا تعلق بطرفه المرجوح ، وأما إذا تساوى طرفاه بحسب الدنيا أيضاً فهل تنعقد إذا تعلقت به فعلاً أو تركاً قولان أشهرهما أو أحوطهما أو لهما ولا يخلو من قوة .

مسألة ١٢: كما لا تنعقد اليمين على ما كان مرجوحاً، تنحل إذا تعلقت براجح ثم صار مرجوحاً ، ولو عاد إلى الرجحان لم تعد اليمين بعد انحلالها على الأقوى.

مسألة ١٣: إنما تنعقد اليمين على المقدور دون غيره، ولو كان مقدوراً ثم طرأ العجز عنه بعد اليمين انحلت اليمين، ويلحق بالعجز العسر والجرح الرفعان للتكليف.

مسألة ١٤: إذا انعقدت اليمين وجب عليه الوفاء بها وحرمت عليه مخالفتها ووجبت الكفارة بحنثها ، والحنث الموجب للكفارة هي المخالفة عمداً فلو كانت جهلاً أو نسياناً أو اضطراراً أو إكراهاً فلا حنث ولا كفارة.

مسألة ١٥: إذا كان متعلق اليمين الفعل كالصلاة والصوم، فإن عين له وقتاً تعين وكان الوفاء بها بالإتيان به في وقته وحنثها بعدم الإتيان به في وقته وإن أتى به في وقت آخر، وإن أطلق كان الوفاء بها بإيجاده في أي وقت كان ولو مرة وحنثها بتركه بالمرة ، ولا يجب التكرار ولا الفور والبدار، ويجوز له التأخير ولو بالاختيار إلى أن يظن الفوت لظن طرو العجز أو عروض الموت ، وإن كان متعلقها الترك كما إذا حلف أن لا يأكل الثوم أو لا يشرب الدخان، فإن قيده بزمان كان حنثها بإيجاده ولو مرة في ذلك الزمان، وإن أطلق كان مقتضاه التأيد مدة العمر فلو أتى به مدة ولو مرة في أي زمان كان تحقق الحنث.

مسألة ١٦: إذا كان المخلوف عليه الإتيان بعمل، كصوم يوم سواء كان مقيداً بزمان كصوم يوم من شعبان، أو مطلقاً من حيث الزمان، لم يكن له إلا حنث واحد، فلا تتكرر فيه الكفارة، إذ مع الإتيان في الوقت المعين أو مدة العمر ولو مرة لا مخالفة ولا حنث، ومع تركه بالمرة تحقق الحنث الموجب للكفارة، وكذلك إذا كان ترك عمل على الإطلاق، سواء كان مقيداً بزمان كما إذا حلف على ترك شرب الدخان في يوم الجمعة، أو غير مقيد به كما إذا حلف على تركه مطلقاً، لأن الوفاء بهذا اليمين إنما هو بترك ذلك العمل بالمرة وحنثها بإيقاعه ولو مرة، فلو أتى به حنث وانحلت اليمين، فلو أتى به مراراً لم يحنث إلا بالمرة الأولى فلا تتكرر الكفارة، وهذا مما لا إشكال فيه، إنما الإشكال في مثل ما إذا حلف على أن يصوم كل خميس، أو حلف على أن لا يأكل الثوم في كل جمعة مثلاً، فهل يتكرر الحنث والكفارة إذا ترك الصوم في أكثر من يوم، أو أكل الثوم في أكثر من جمعة واحدة، أم لا بل تنحل اليمين بالمخالفة الأولى فلا حنث بعدها، قولان: أحوطهما الأول وأشهرهما الثاني.

مسألة ١٧: كفارة اليمين عتق رقبة أو إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم، فإن لم يقدر فصيام ثلاثة أيام، وسيجيء تفصيلها وما يتعلق بها من الأحكام في كتاب الكفارات إن شاء الله تعالى.

مسألة ١٨: الأيمان الصادقة كلها مكروهة، سواء كانت على الماضي أو المستقبل، وتتأكد الكراهة في الأول، ففي خبر الحزاز عن مولانا الصادق عليه السلام: "لا تحلفوا بالله صادقين ولا كاذبين فإنه يقول عز وجل ولا تجعلوا الله عرضة لإيمانكم". وفي خبر ابن سنان عنه عليه السلام: "اجتمع الحواريون إلى عيسى على نبينا وآله وعليه السلام فقالوا: يا معلم الخير أرشدنا، فقال لهم: إن موسى نبي الله أمركم أن لا تحلفوا بالله كاذبين وأنا أمركم أن لا تحلفوا بالله كاذبين ولا صادقين".

نعم، لو قصد بها رفع مظلمة عن نفسه أو عن غيره من إخوانه جاز بلا كراهة ولو كذباً، ففي خبر زرارة عن الباقر عليه السلام: "إنما نمر بالمال على العشارين فيطلبون منّا أن نحلف لهم ويخلون سبيلنا ولا يرضون منا إلا بذلك، فقال: إحلف لهم فهو أحلى من التمر والزبد" بل ربما تجب اليمين الكاذبة لدفع ظالم عن نفسه أو عرضه أو عن نفس مؤمن أو عرضه، لكن إذا كان ملتفتاً إلى التورية ويحسنها فالأحوط^(٧٠٦) لو لم يكن الأقوى أن يوري، بأن يقصد باللفظ خلاف ظاهره من دون قرينة مفهومة.

مسألة ١٩: الأقوى أنه يجوز الحلف بغير الله في الماضي والمستقبل وإن لم يترتب على مخالفتها اثم ولا كفارة كما أنه ليس قسماً فاصلاً في الدعاوى والمرافعات.

مسألة ٢٠: لو نذر أن لا يحلف أبداً، فحلف على فعل شيء أو تركه يشكل^(٧٠٧) تحقق الحلف.

مسألة ٢١: لو أنشأ الحلف بالفارسي مثلاً - اجتهاداً أو تقليداً - ثم تبدل رأيه إلى عدم الجواز كذلك كان حلفه صحيحاً^(٧٠٨).

^(٧٠٦) ولكن الأظهر عدم وجوبها وبالذات إذا كان مظنة الفضح.

^(٧٠٧) وإن كان الأحوط ذلك.

مسألة ٢٢: لو حلف صحيحاً، ثم زال عقله بالإغماء ونحوه، فصحى الظاهر بقاء حلفه وعدم زواله.

النذر وأحكامه

النذر هو الالتزام بعمل لله تعالى على نحو مخصوص. ولا ينعقد بمجرد النية بل لابد من الصيغة وهي ما كانت مفادها إنشاء الالتزام بفعل أو ترك لله تعالى كأن يقول: "الله عليّ أن أصوم أو أن أترك شرب الخمر" مثلاً، وهل يعتبر في الصيغة قول (الله) بالخصوص أو يجزي غير هذه اللفظة من أسمائه المختصة كما تقدم في اليمين؟ الظاهر هو الثاني فكل ما دل على الالتزام بعمل لله جل شأنه يكفي في الانعقاد، بل لا يبعد انعقاده بما يرادف القول المزبور من كل لغة خصوصاً لمن لم يحسن العربية.

مسألة ١: لو اقتصر على قوله: "عليّ كذا" لم ينعقد النذر وإن نوى في ضميره معنى لله، ولو قال: "نذرت لله" أن أصوم مثلاً أو "الله عليّ نذر صوم يوم" مثلاً لم ينعقد على إشكال^(٧٠٩) فلا يترك الاحتياط.

مسألة ٢: يشترط في الناذر البلوغ والعقل والاختيار والقصد وانتفاء الحجر في متعلق النذر، فلا ينعقد نذر الصبي وإن كان مميزاً وبلغ عشرًا، ولا المجنون ولو أدواريا حال دوره، ولا المكره ولا السكران بل ولا غضبان غضباً رافعاً للقصد، وكذا السفهية إن كان المنذور مالاً ولو في ذمته، والمفلس إن كان المنذور من المال الذي حجر عليه وتعلق به حق الغرماء.

مسألة ٣: لا يصح نذر الزوجة مع منع الزوج، ولو نذرت بدون إذنه كان له حلّه، كاليمين وإن كان متعلقاً بما لها ولم يكن العمل به مانعاً عن الاستمتاع بها، ولو أذن لها في النذر فنذرت عن إذنه، إنعقد وليس له بعد ذلك حله ولا المنع عن الوفاء به، وهل يشترط انعقاد نذر الولد بإذن الوالد فلا ينعقد^(٧١٠) بدونه، أو ينعقد وله حلّه، أو لا يشترط بالإذن ولا له حلّه فيه؟ خلاف وإشكال. والأحوط أن يكون بإذنه، ثم بعد ذلك لزم وليس له حلّه ولا منعه عن الوفاء.

مسألة ٤: النذر إما نذر برّ ويقال له: "نذر المجازات"، وهو ما علق على أمر، إما شكراً لنعمة دنيوية أو أخروية، كأن يقول إن رزقت ولداً وإن وفقت لزيارة بيت الله فله عليّ كذا، وإما استدفاعاً لبليّة، كأن يقول: إن شفى الله مريضى فله عليّ كذا، وإما نذر زجر وهو ما علق على فعل حرام أو مكروه زجراً للنفس عن ارتكابهما، مثل أن يقول: إن تعمدت الكذب أو بليت في الماء فله عليّ كذا، أو على ترك واجب أو مستحب زجراً لها عن تركهما، مثل أن يقول: إن تركت فريضة أو نافلة الليل فله عليّ كذا،

(٧٠٨) فيه تردد.

(٧٠٩) والإشكال ليس كافياً لرد إطلاقات وعمومات النذر الشاملة لمثل هذه الصيغة عرفاً.

(٧١٠) إذا كان نية سبباً لمرجوحية المنذور فالأمر واضح وإلا فلا، وإن كان الأشبه الاشتراط.

وإما نذر تبرع وهو ما كان مطلقاً ولم يعلق على شيء. كأن يقول: لله عليّ أن أصوم غداً، لا إشكال ولا خلاف في انعقاد الأولين، وفي انعقاد الأخير قولان أقواهما الانعقاد.

مسألة ٥: لو كان النذر مشروطاً، وحصل الشرط قبل إنشاء النذر ولا يعلم به الناذر ثم علم به بعد إنشائه لا ينعقد النذر، وهل يجري ذلك فيما لو علق النذر بما هو مطلوب له مطلقاً كشفاء مريض أو قدوم مسافر وحصل ذلك قبل إنشاء النذر؟^(٧١).

مسألة ٦: يشترط في متعلق النذر - سواء كان معلقاً أو مشروطاً، شكراً أو زجراً، أو كان تبرعاً - أن يكون مقدوراً للناذر، وأن يكون طاعة لله تعالى صلاة أو صوماً أو حجاً أو صدقة أو عتقاً ونحوها مما يعتبر في صحتها القرية، أو أمراً ندب إليه الشرع ويصح التعرّف به كزيارة المؤمنين وتشجيع الجنائز وعبادة المرضى وغيرها، فينعقد في كل واجب أو مندوب ولو كفاثياً، كتجهيز الموتى إذا تعلق بفعله، وفي كل حرام أو مكروه إذا تعلق بتركه، وأما المباح كما إذا نذر أكل طعام أو تركه، فإن قصد به معنى راجحاً، كما لو قصد بأكله التقوي على العبادة أو بتركه منع النفس عن الشهوة، فلا إشكال في انعقاده، كما لا إشكال في عدم الانعقاد فيما إذا صار متعلق النذر فعلاً أو تركاً بسبب اقترانه ببعض العوارض مرجوحاً ولو دنيوياً، وأما إذا لم يقصد به معنى راجحاً ولم يطرأ عليه ما يوجب رجحانه أو مرجوحيته فالظاهر عدم انعقاد النذر به ولكن لا ينبغي ترك الاحتياط.

مسألة ٧: يعتبر في النذر والعهد القرية بالمعنى الذي تقدم في اليمين.

مسألة ٨: قد عرفت أن النذر إما معلق على أمر أو غير معلق، والأول على قسمين نذر شكر ونذر زجر، فليعلم أن المعلق عليه في نذر الشكر إما من فعل الناذر (أو من فعل غيره) أو من فعل الله تعالى، ولا بد في الجميع من أن يكون أمراً صالحاً لأن يشكر عليه حتى يقع المنذور مجازاة له، فإن كان من فعل الناذر فلا بد أن يكون طاعة لله تعالى من فعل واجب أو مندوب أو ترك حرام أو مكروه فيلتزم بالمنذور شكراً لله تعالى، حيث أنه وقفه عليها، مثل أن يقول: إن حججت في هذه السنة، أو زرت زيارة عرفه، أو إن تركت الكبائر، أو المكروه الفلاني في شهر رمضان فله عليّ أن أصوم شهراً، فلو علق النذر شكراً على ترك واجب أو مندوب أو فعل حرام أو مكروه لم ينعقد، وإن كان من فعل غيره فلا بد أن يكون مما فيه منفعة دينية أو دنيوية للناذر، صالحة لأن يشكر عليها شرعاً أو عرفاً، مثل أن يقول إن اقبل الناس على الطاعات فله عليّ كذا، أو يقول إن قدم مسافري أو لم يقدم عدوي الذي يؤذيني فله عليّ كذا، فإن كان على عكس ذلك مثل أن يقول إن تجاهر الناس على المعاصي أو شاع بينهم المنكرات فله عليّ صوم شهر مثلاً لم ينعقد، وإن كان من فعله تعالى لزم أن يكون أمراً يسوغ تميّيه ويحسن طلبه منه تعالى، كشفاء مريض، أو إهلاك عدو ديني، أو أمن في البلاد، أو سعة على العباد ونحو ذلك، فلا ينعقد إن

(٧١) ولا يترك الاحتياط في الوفاء بالنذر.

كان على عكس ذلك، كما إذا قال إن أهلك الله هذا المؤمن الصالح، أو إن شفى الله هذا الكافر الطالح، أو قال: إن وقع القحط في البلاد، أو شمل الخوف على العباد فله عليّ كذا هذا في نذر الشكر، وأما نذر الزجر فلا بد أن يكون الشرط والمعلق عليه فعلاً أو تركاً اختيارياً للناذر، وكان صالحاً لأن يزجر عنه حتى يقع النذر زاجراً عنه كفعل حرام أو مكروه، مثل أن يقول، إن تعمدت الكذب، أو تعمدت الضحك في المقابر -مثلاً- فله عليّ كذا، أو ترك واجب أو مندوب، كما إذا قال: إن تركت الصلاة أو نافلة الليل فله عليّ كذا.

مسألة ٩: إذا كان الشرط فعلاً اختيارياً للناذر، فالنذر المعلق عليه قابل لأن يكون نذر زجر أو نذر شكر، والمميز هو القصد، مثلاً إذا قال: إن شربت الخمر فله عليّ كذا إن كان في مقام زجر النفس وصرفها عن الشرب، وإنما أوجب على نفسه شيئاً على تقدير شربه ليكون زاجراً عنه فهو نذر زجر فينعتقد، وإن كان في مقام تنشيط النفس وترغيبها وقد جعل المندوب جزاءً لصدوره منه وتحمياً لأسبابه له كان نذر شكر فلا ينعقد.

مسألة ١٠: لو نذر الصلاة أو الصوم أو الصدقة في زمان معين تعين، فلو أتى بها في زمان آخر مقدّم أو مؤخر لم يجز، وكذا لو نذرهما في مكان فيه رجحان فلا يجزي في غيره وإن كان أفضل، وأما لو نذرهما في مكان ليس فيه رجحان، ففي إنعقاده وتعينه وجهان بل قولان: أقواهما الانعقاد. نعم، لو نذر إيقاع بعض فرائضه أو بعض نوافله الراتبه كصلاة الليل أو صوم شهر رمضان مثلاً في مكان أو بلد لا رجحان فيه بحيث لم يتعلق النذر بأصل الصلاة والصيام بل تعلق بإيقاعهما في المكان الخاص، فالظاهر عدم انعقاد النذر لعدم الرجحان في متعلقه، هذا إذا لم يطرأ عليه عنوان راجح، مثل كونه افرغ للعبادة، أو أبعد عن الرياء، ونحو ذلك وإلا فلا إشكال في الانعقاد.

مسألة ١١: لو نذر صوماً ولم يعين العدد كفى صوم يوم، ولو نذر صلاة ولم يعين الكيفية والكمية يجزي ركعتان ولا يجزي ركعة على الأقوى^(١٢)، ولو نذر صدقة ولم يعين جنسها ومقدارها كفى أقل ما يتناوله الاسم، ولو نذر أن يفعل قرية أتى بعمل قربي ويكفي صيام يوم أو التصديق بشيء أو صلاة ولو مفردة الوتر وغير ذلك.

مسألة ١٢: لو نذر صوم عشرة أيام مثلاً، فإن قيّد بالتتابع أو التفريق تعين وإلا تخير بينهما، وكذا لو نذر صيام سنة فإن الظاهر أنه مع الإطلاق يكفي صوم إثني عشر شهراً ولو متفرقاً، نعم لو نذر صوم شهر لم يبعد ظهوره في التتابع^(١٣)، ويكفي ما بين الهلالين من شهر ولو ناقصاً، وله أن يشرع فيه في

(١٢) إلا إذا كان قصده مثل صلاة الوتر فينعتقد.

(١٣) يعود هذا وأمثاله إلى ظاهر الكلام والقرائن المحيطة به في الظاهر.

أثناء الشهر، وحينئذٍ فهل يجب إكمال ثلاثين أو كفي التلفيق بأن يكمل من الشهر الثاني مقدار ما مضى من الشهر الأول أظهرهما الثاني والاحوط^(٧١٤) إتمامه ثلاثين يوماً.

مسألة ١٣: إذا نذر صيام سنة معينة إستثنى منها العيدان فيفطر فيهما ولا قضاء عليه، وكذا يفطر في الأيام التي عرض فيها مالا يجوز معه الصيام من مرض أو حيض أو نفاس أو سفر لكن يجب القضاء على الأقوى.

مسألة ١٤: لو نذر صوم كل خميس مثلاً فصادف بعضها أحد العيدين أو أحد العوارض المبيح للإفطار من مرض أو حيض أو نفاس أو سفر أفطر ويجب عليه القضاء حتى في الأول على الأقوى.

مسألة ١٥: لو نذر صوم يوم معين فأفطر عمداً يجب قضاؤه مع الكفارة.

مسألة ١٦: إذا نذر صوم يوم معين جاز له السفر وإن كان غير ضروري ويفطر ثم يقضيه ولا كفارة عليه.

مسألة ١٧: لو نذر زيارة أحد من الأئمة عليهم السلام أو بعض الصالحين لزم ويكفي الحضور والسلام على المزور، والظاهر عدم وجوب غسل الزيارة وصلاتها مع الإطلاق وعدم ذكرهما^(٧١٥) في النذر، وإن عين إماماً لم يجز غيره وإن كان زيارته أفضل، كما أنه إن عجز عن زيارة من عينه لم يجب زيارة غيره بدلاً عنه، وإن عين للزيارة زماناً تعين، فلو تركها في وقتها عامداً حنث وتجب الكفارة، وهل يجب معها القضاء فيه تردد وإشكال^(٧١٦).

مسألة ١٨: لو نذر أن يحج أو يزور الحسين عليه السلام ما شيئاً، إنعقد مع القدرة وعدم الضرر، فلو حج أو زار ركباً مع القدرة على المشي فإن كان النذر مطلقاً ولم يعين الوقت أعاده ماشياً، وإن عين وقتاً وفات الوقت حنث بلا إشكال ولزم الكفارة، وهل يجب مع ذلك القضاء ماشياً فيه تردد.

والأحوط القضاء وكذلك الحال لو ركب في بعض الطريق ومشى في البعض.

مسألة ١٩: ليس لمن نذر الحج أو الزيارة ماشياً أن يركب البحر، أو يسلك طريقاً يحتاج إلى ركوب السفينة ونحوها ولو لأجل العبور من الشط ونحوه^(٧١٧)، ولو انحصر الطريق في البحر فإن كان كذلك من أول الأمر لم ينعقد النذر، وإن طرأ ذلك بعد النذر، فإن كان النذر مطلقاً وتوقع المكنة من طريق البر والمشى منه فيما بعد انتظر، وإن كان معيناً وطرأ ذلك في الوقت أو مطلقاً ويأس من المكنة بالمرّة سقط عنه^(٧١٨) ولا شيء عليه.

(٧١٤) لا يترك.

(٧١٥) إلا إذا ذكرها في نذره أو كان ذلك مراده من خلال سلوكه السابق أو ما أشبهه.

(٧١٦) والوجه عدم الوجوب إلا إن الاحتياط أولى.

(٧١٧) إلا إذا كان ذلك غير مناف مع إطلاق الحج ماشياً.

(٧١٨) أي المشي، وأما الحج ففي الرواية عليه أن يؤديه ركباً.

مسألة ٢٠: لو طرأ لناذر المشي العجز عنه في بعض الطريق دون البعض، الأحوط لو لم يكن الأقوى أن يمشي مقدار ما يستطيع ويركب في البعض ولا شيء عليه، ولو اضطر إلى ركوب السفينة الأحوط أن يقوم فيها بقدر الإمكان.

مسألة ٢١: لو نذر التصدق بعين شخصية تعينت، ولا يجزي مثلها أو قيمتها مع وجودها، ومع التلف، فإن كان لا بإتلاف منه إنحل النذر ولا شيء عليه، وإن كان بإتلاف منه ضمنها بالمثل أو القيمة فيتصدق بالبدل، بل يكفر أيضاً على الأحوط^(٢١٩).

مسألة ٢٢: لو تردد المنذور بين الأقل والأكثر لا يجب إلا الأول، ولو تردد بين المتباينين يحتاط بالجمع، وإن كان في وجوبه إشكال، وكذا الكلام في العهد واليمين، ولو تردد المنذور له بين شخصين يدفعه إلى الحاكم^(٢٢٠) ويبيّن الحال.

مسألة ٢٣: لو نذر الصدقة على شخص معين لزم، ولا يملك المنذور له الإبراء منه، فلا يسقط من الناذر بالإبراء، ولا يلزم على المنذور له القبول فينحل النذر بعدم قبوله للتعذر، ولو إمتنع ثم رجع إلى القبول فهل يعود النذر ويجب التصدق عليه؟ فيه تأمل، والاحتياط^(٢٢١) لا يترك.

مسألة ٢٤: لو مات الناذر قبل أن يفى بالنذر، يخرج من أصل تركته، وكذا كل ما تعلق بالمال كسائر الواجبات المالية، ولو مات المنذور له قبل أن يتصدق عليه، قام وارثه مقامه على إحتمال مطابق للاحتياط^(٢٢٢) ويقوى هذا الاحتمال لو نذر أن يكون مال معين صدقة على فلان فمات قبل قبضه.

مسألة ٢٥: لو نذر شيئاً لمشهد من المشاهد المشرفة، صرفه في مصالحه كتعميره وضيائه وفرشه وقوامه وخدامه ونحو ذلك، وفي معونة زواره، وأما لو نذر شيئاً للإمام أو بعض أولاد الإمام كما لو نذر شيئاً للأمير أو الحسين أو العباس عليهم السلام، فالظاهر أن المراد صرفه في سبل الخير بقصد رجوع ثوابه إليهم، من غير فرق بين الصدقة على المساكين وإعانة الزائرين وغيرهما من وجوه الخير كبناء مسجد أو قنطرة ونحو ذلك، وإن كان الأحوط الاقتصار على معونة زوارهم، وصلة من يلوذ بهم من المجاورين المحتاجين والصلحاء من الخدام المواطنين بشؤون مشاهدهم وإقامة مجالس تعازيهم، هذا إذا لم يكن في قصد الناذر جهة خاصة، وإلا اقتصر عليها. ولو شك في أنه نذر للمشهد أو لمن هو مدفون^(٢٢٣) فيصرف في وجوه البر.

^(٢١٩) بل على الأقوى، أما الضمان فعلى الأحوط وإن كان الأشبه علامه، إلا إذا كان على نحو تعدد المطلوب، فعليه أن يفى نذره بمثله.

^(٢٢٠) وهو يقوم بتقسيم المال بينهما لقاعدة العدل.

^(٢٢١) خصوصاً مع عدم مضي مدة طويلة على الرد لعدم صدق التعذر آنذا.

^(٢٢٢) وإن كان الأصل ينفيه.

^(٢٢٣) إن كانت جهة جامعة يُصرف فيها مثل خدمة الزوار، وإلا فالأقرب إلى منويات الناذر.

مسألة ٢٦: لو عين شاة للصدقة أو لأحد الأئمة أو لمشهد من المشاهد يتبعها نماؤها المتصل كالسمن، وأما المنفصل كالتاج واللبن فالظاهر أنه ملك للناذر.

مسألة ٢٧: لو نذر التصدق بجميع ما يملكه لزم، فإن شق عليه قَوْم الجميع بقيمة عادلة على ذمته ويتصرف في أمواله بما شاء، وكيف شاء، ثم يتصدق عما في ذمته شيئاً فشيئاً، ويحسب منها ما يعطي إلى الفقراء والمساكين وأرحامه المحتاجين ويقيد ذلك في دفتر إلى أن يوفي التمام، فإن بقي منه شيء أوصى بأن يؤدي مما تركه بعد موته وهل يجري هذا الحكم فيما إذا نذر بعين خاص ثم تعسر عليه الوفاء به وجهان^(٢٤).

مسألة ٢٨: النذر إما نذر فعل أو نذر نتيجة، والأول كما إذا نذر أن يتصدق بمال على شخص مثلاً، والثاني كما إذا نذر أن يكون ماله الخاص صدقة أو لشخص بعنوان التملك أو وقفاً أو نحو ذلك من العناوين ولا ريب في صحة الأول، وأما الثاني^(٢٥) ففيه تفصيل.

مسألة ٢٩: لو أتى بالجزاء في النذر المعلق قبل حصول المعلق عليه لا يجزي وتجب الإعادة بعده .

مسألة ٣٠: في النذر المعلق يجوز للناذر تفويت المعلق عليه قبل حصوله وإن كان الأحوط خلافه.

مسألة ٣١: قد مر أنه يجوز للزوج حل نذر الزوجة ولكنه على أقسام:

الأول: ما إذا كان الحل لغرض شرعي.

الثاني: ما إذا كان لغرض صحيح عقلائي.

الثالث: ما إذا كان مجرد الاقتراح بلا ترتيب غرض عليه أصلاً لا شرعياً ولا عقلياً.

الرابع: عدم المبالاة بالشرع كما إذا نذرت الزوجة أن تسبح الله كل يوم عشرة مرات فأظهر زوجها عدم الرضاء به فهل يكون لحلّه أثر في القسمين الأخيرين؟ وجهان^(٢٦).

مسألة ٣٢: يكره الإيجاب على النفس بالنذر ونحوه.

مسألة ٣٣: إذا عجز الناذر عن المنذور في وقته إن كان موقتاً، أو مطلقاً إن كان مطلقاً إنحل نذره وسقط عنه ولا شيء عليه، نعم لو نذر صوماً فعجز عنه تصدق عن كل يوم بمد من طعام على الأحوط وأحوط منه التصدق بمدين.

مسألة ٣٤: النذر كاليمين في إنه إذا تعلق بإيجاد عمل من صوم أو صلاة أو صدقة وغيرها فإن عين له وقتاً تعين ويتحقق الحنث ويجب الكفارة بتركه فيه، فإن كان صوماً أو صلاة يجب قضاؤه أيضاً على

(٢٤) الأوجه نعم.

(٢٥) إن تلك النتيجة المطلوبة بالنذر تقع بسبب معين، فإن كان مجرد النذر يتمثل فيه ذلك السبب فإنها تقع، وإلا فمشكل، فمثلاً الهبة تقع بقصد العطاء، والنذر على نحو النتيجة يتحقق هذا القصد فتقع الهبة، وليس كذلك الطلاق والنكاح وما أشبهه.

(٢٦) والأشبه الإطلاق.

الأقوى^(٢٢٧) بل وإن كان غيرهما أيضاً على الأحوط^(٢٢٨)، وإن كان مطلقاً كان وقته العمر وجزاز له التأخير إلى أن يظن بالوفاة فيضيق، ويتحقق الحنث بتركه مدة الحياة. هذا إذا كان المنذور فعل شيء، وإن كان ترك شيء فإن عين له الوقت كان حنثه بإيجاده فيه، وإن كان مطلقاً كان حنثه بإيجاده مدة حياته ولو مرة ولو أتى به تحقق الحنث وانحل النذر كما مر في اليمين.

مسألة ٣٥: إنما يتحقق الحنث الموجب للكفارة بمخالفة النذر اختياراً، فلو أتى بشيء تعلق النذر بتركه نسياناً أو جهلاً أو اضطراراً لم يترتب عليه شيء، بل الظاهر عدم انحلال النذر به، فيجب الترك بعد ارتفاع العذر لو كان النذر مطلقاً أو مؤقتاً وقد بقي الوقت.

مسألة ٣٦: لو كان النذر حين إنشائه صحيحاً - اجتهداً أو تقليداً - فصار باطلاً بعده كذلك وكانت العين المنذورة موجودة ففيه تفصيل^(٢٢٩).

مسألة ٣٧: كفارة حنث النذر كفارة اليمين، وقيل كفارة من أفطر شهر رمضان وسيجيء في كتاب الكفارات إن شاء الله تعالى.

أحكام العهد

وهو الاحتفاظ بالشيء^(٢٣٠). ولا ينعقد بمجرد النية بل يحتاج إلى الصيغة على الأقوى، وصورتها أن يقول: "عاهدت الله" أو "عليّ عهد الله"، ويقع مطلقاً، ومعلقاً على شرط كالنذر، والظاهر أنه يعتبر في المعلق عليه إذا كان مشروطاً ما اعتبر فيه في النذر المشروط، وأما ما عاهد عليه فهو بالنسبة إليه كاليمين، يعتبر فيه أن لا يكون مرجوحاً ديناً أو دنياً.

مسألة ١: لا يعتبر فيه الرجحان فضلاً عن كونه طاعة، كما اعتبر ذلك في النذر، فلو عاهد على فعل مباح لزم كاليمين، نعم لو عاهد على فعل كان تركه أرجح أو على ترك أمر كان فعله أولى ولو من جهة الدنيا لم ينعقد، ولو لم يكن كذلك من أول الأمر ثم طرأ عليه ذلك إنحل.

مسألة ٢: مخالفة العهد بعد انعقاده يوجب الكفارة، وهل هي كفارة من أفطر شهر رمضان أو كفارة اليمين؟ قولان أظهرهما الأول كما يجيء في الكفارات.

(٢٢٧) فيه نظر وإن كان الاحوط ذلك.

(٢٢٨) في وجوبه نظر.

(٢٢٩) الظاهر أن المعيار هو حين إنشاء النذر، فمن قلده آتئذ كان كلامه حجة عليه، وإن كانت المسألة بحاجة إلى دقة أكثر، ولا يترك الاحتياط في العمل بكلا الرأيين ما أمكن.

(٢٣٠) الحفظ من مستلزمات العهد، أما أن يكون معناه ذلك ففيه نظر، ولعل العهد أساساً ذمة الإنسان وعهده وما يحفظه عادةً.

كتاب الكفارات

وهي ما توجب نحو ذنوب خاصة بما سيأتي.

والكلام في أقسامها وأحكامها.

أما الأول: فهي على أربعة أقسام مرتبة، ومختيرة وما اجتمع فيه الأمران، وكفارة الجمع.

أما المرتبة فهي ثلاث كفارات: الظهار، وكفارة قتل الخطأ ويجب فيهما العتق، فإن عجز فصيام شهرين متتابعين فإن عجز فإطعام ستين مسكيناً وكفارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال، وهي إطعام عشرة مساكين فإن عجز فصيام ثلاثة أيام متتابعات.

وأما المختيرة فهي أيضاً ثلاث: كفارة من أفطر في شهر رمضان بأحد الأسباب الموجبة للكفارة التي مرت في كتاب الصوم، وكفارة حنث العهد، وكفارة جز المرأة شعرها في المصاب، وهي: العتق أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً مخيراً بينها على الأظهر.

وأما ما اجتمع فيه الأمران فهي كفارة حنث اليمين، وكفارة حنث النذر على الأظهر^(٧٣١) وكفارة نتف المرأة شعرها وخذش وجهها في المصاب، وشق الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته، ويجب في جميع ذلك عتق رقبة أو إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم مخيراً بينها، فإن عجز عن الجميع فصيام ثلاثة أيام، وقيل إن كفارة النذر مثل كفارة إفطار شهر رمضان، وحيث أن هذا هو المشهور فلا ينبغي ترك الاحتياط لمن عجز عن العتق باختيار الإطعام وإكمال الستين، ومع العجز عنه صيام شهرين متتابعين فقط مع العجز عن إكساء عشرة مساكين والجمع بينهما مع التمكن منه.

وأما كفارة الجمع فهي كفارة قتل المؤمن عمداً وظلماً، وكفارة الإفطار في شهر رمضان بالحرّم على^(٧٣٢) الأحوط لو لم يكن الأقوى، وهي عتق رقبة مع صيام شهرين متتابعين وإطعام ستين مسكيناً.

مسألة ١: لا فرق في جز المرأة شعرها بين جز تمام شعر رأسها وجز بعضه بما يصدق عرفاً أنه قد جرت شعرها^(٧٣٣)، كما أنه لا فرق بين كونه في مصاب زوجها ومصاب غيره، وبين القريب والبعيد، ولا يبعد^(٧٣٤) إلحاق الحلق بالجز بل الأحوط إلحاق الإحراق به أيضاً.

مسألة ٢: لا يعتبر في خدش الوجه تمامه بل يكفي مسماه نعم، الظاهر أنه يعتبر فيه الإدماء، ولا عبرة بخدش غير الوجه ولو مع الإدماء، ولا بشق ثوبها وإن كان على ولدها أو زوجها، كما لا عبرة

(٧٣١) وإن كان الأحوط ما عليه المشهور من أنها كفارة شهر رمضان .

(٧٣٢) وقد مرّ التفصيل فيه في كتاب الصوم.

(٧٣٣) ولا يصدق بجز بعض الشعر بلى لو جرت أكثره يصدق عليه.

(٧٣٤) بل هو بعيد، والاقتصار على موضع النص أولى، والاحتياط حسن.

بجدش الرجل وجهه ولا يجز شعره ولا يشق ثوبه على غير ولده وزوجته، نعم لا فرق في الولد بين الذكر والأنثى. وفي شموله لولد الولد خصوصاً ولد البنت تأمل، وإن كان الأحوط الشمول، وكذلك في شمول الزوجة غير الدائمة فإنه قد يشك فيه، لكن لا يبعد الشمول خصوصاً لمن كانت مدتها طويلة كتسعين سنة.

أحكام الكفارات

مسألة ٣: لا يجزي عتق الكافر في الكفارة مطلقاً فيشترط فيه الإسلام^(٧٣٥) ويستوي في الإجزاء الذكر والأنثى والكبير والصغير الذي كان بحكم المسلم بأن كان أحد أبويه مسلماً، ويشترط أيضاً أن يكون سالماً من العيوب التي يوجب الانعتاق قهراً كالعمى والجذام والاقعاد والتنكيل ولا بأس بسائر العيوب فيجزي عتق الأصم والأخرس وغيرهما، ويجزي عتق الآبق وإن لم يعلم مكانه إذا لم يعلم موته.

مسألة ٤: يعتبر في الخصال الثلاث: العتق والصيام والإطعام النية المشتملة على قصد العمل وقصد القرية وقصد كونه عن الكفارة وتعيين نوعها إذا كانت عليه أنواع متعددة^(٧٣٦) فلو كانت عليه كفارة ظهار، وكفارة يمين، وكفارة إفطار، فأعتق عبداً ونوى القرية والتكفير لم يجز عن واحد منها، نعم في المتعدد من نوع واحد يكفي قصد النوع ولا يحتاج إلى تعيين آخر، فلو أفطر أياماً من شهر رمضان من سنة أو سنين متعددة فأعتق عبداً بقصد أنه عن كفارة الإفطار كفى وإن لم يعين اليوم الذي أفطر فيه وكذلك بالنسبة إلى الصيام والإطعام، ولو كان عليه كفارة ولا يدري نوعها كفى الإتيان بإحدى الخصال نواياً عما في ذمته، بل لو علم أن عليه إعتاق عبد مثلاً ولا يدري أنه مندور أو عن كفارة القتل مثلاً كفى إعتاق عبد بقصد ما في الذمة.

مسألة ٥: يتحقق العجز عن العتق الموجب لوجوب الصيام أو الإطعام في الكفارة المرتبة، إما بعدم الرقبة، أو عدم ثمنها، أو عدم التمكن من شرائها وإن وجد الثمن، أو احتياجه إلى خدمتها لمرض أو كبر أو زمانة أو لرفعة شأن، أو احتياجه إلى ثمنها في نفقته ونفقة عياله الواجبي النفقة أو أداء ديونه، بل كل واجب يجب صرف المال فيه، بل إذا لم يكن عنده إلا مستثنيات الدين لاتباع في العتق وكان داخلاً في عنوان العاجز عنه، نعم لو بيع العبد بأزيد من ثمن المثل وكان عنده الثمن، وجب الشراء ولا يعد ذلك عجزاً، إلا إذا استلزم قبحاً وضرراً محققاً، وكذا لو كان له مال غائب يصل إليه قريباً، أو كان عنده ثمن الرقبة دون عينها ويتوقع وجودها بعد مدة غير مديدة لم يعد ذلك من العجز، بل ينتظر إلا إذا شق عليه

(٧٣٥) هذا هو المشهور وهو أقرب إلى الاحتياط وأشبه إلى الأدلة.

(٧٣٦) فيه نظر، بل إذا اعتق سقطت عنه إحدى الكفارات وبقيت البقية بذمته وإن كان التعيين أحوط.

تأخير التكفير، كالمظاهر الشَّيق الذي يشق عليه ترك مباشرة زوجته ، ويتحقق العجز من الصيام الموجب لتعين الإطعام بالمرض المانع منه أو خوف حدوثه أو زيادته وبكونه شاقاً عليه مشقة لا تتحمل، وهل يكفي وجود المرض أو خوف حدوثه أو زيادته في الحال ولو مع رجاء البرء وتبدل الأحوال أو يعتبر اليأس، وجهان بل قولان لا يخلو أولهما من رجحان^(٧٣٧) نعم لو رجي البرء بعد زمان قصير كيوم أو يومين يشكل الانتقال إلى الإطعام، وكيف كان، لو أحر الصيام والإطعام إلى أن برء من المرض وتمكن من الصوم لاشك في تعيينه في المرتبة ولم يجز الإطعام.

مسألة ٦: ليس طرو الحيض والنفاس موجباً للعجز من الصيام والانتقال إلى الإطعام، وكذا طرو الاضطرار إلى السفر الموجب للإفطار لعدم انقطاع التتابع بطرو ذلك.

مسألة ٧: المعتبر في العجز القدرة على^(٧٣٨) حال الأداء لا حال الوجوب فلو كان حال حدوث موجب الكفارة قادراً على العتق عاجزاً عن الصيام، فلم يعتق حتى صار بالعكس، صار فرضه الصيام وسقط عنه وجوب العتق.

مسألة ٨: إذا عجز عن العتق في المرتبة فشرع في الصوم ولو ساعة من النهار ثم وجد ما يعتق لم يلزم العتق فله إتمام الصيام ويجزي عن الكفارة، وفي جواز رفع اليد عن الصوم واختيار العتق وجه، بل ربما قيل أنه الأفضل، لكن لا يخلو من إشكال فالأحوط إتمام الصيام، نعم لو عرض ما يوجب استينافه بأن عرض في أثناءه ما أبطل التتابع تعيّن عليه العتق مع بقاء القدرة، عليه وكذا الكلام فيما لو عجز عن الصيام فدخل في الإطعام^(٧٣٩) ثم زال العجز.

مسألة ٩: يجب التتابع في الصوم في جميع الكفارات بعدم تخلل الإفطار ولا صوم آخر غير الكفارة بين أيامها، من غير فرق بين ما وجب فيه شهران مرتباً على غيره أو مخيراً أو جمعاً، وكذا بين ما وجب فيه شهران وما وجب فيه ثلاثة أيام ككفارة اليمين، ومتى أحل بالتتابع وجب الاستيناف ويتفرع على وجوب التتابع أنه لا يجوز الشروع في الصوم من زمان يعلم بتخلل صوم آخر يجب في زمان معين بين أيامه، فلو شرع في صيام ثلاثة أيام قبل شهر رمضان أو قبل خميس معين نذر صومه بيوم أو يومين لم يجز بل وجب استينافه.

مسألة ١٠: إنما يضر بالتتابع ما وقع الإفطار في البين بالاختيار، فلو وقع ذلك لعذر من الأعذار، كما إذا كان الإفطار بسبب الإكراه أو الاضطرار أو بسبب عروض المرض أو طرو الحيض أو النفاس لم يضر به، ومن العذر وقوع السفر في الأثناء إذا كان ضرورياً دون ما كان بالاختيار^(٧٤٠) وكذا منه^(٧٤١)

^(٧٣٧) فيه نظر، ولا يترك الاحتياط باعتبار العذر المستمر عرفاً بحيث يراه العرف غير قادر في المستقبل المنظور.

^(٧٣٨) يبدو أن العبارة ينبغي أن تكون هكذا: (المعتبر في العجز والقدرة، حال الأداء لا حال الوجوب).

^(٧٣٩) وإن كان الأحوط له أنفذ أن يعود إلى الصيام.

^(٧٤٠) على الأحوط بل الأشبه.

ما إذا نسي النية حتى فات وقتها بان تذكر بعد الزوال، وكذا الحال فيما إذا كان تخلل صوم آخر في البين لا بالاختيار، كما إذا نسي فنوى صوماً آخر ولم يتذكر إلا بعد الزوال، ومنه ما إذا نذر صوم كل خميس مثلاً ثم وجب عليه صوم شهرين متتابعين فلا يضر بالتتابع تخلل المنذور في البين، ولا يتعين عليه البدل في المخيرة، ولا ينتقل إلى الإطعام في المرتبة، نعم في صوم ثلاثة أيام يحله فيلزم الشروع فيها من زمان لم يتخلل المنذور بينها كما أشرنا إليه في المسألة السابقة.

مسألة ١١: يكفي في تتابع الشهرين في الكفارة مرتبة كانت أو مخيرة صيام شهر^(٧٤٢) ويوم متتابعاً ويجوز التفريق في البقية ولو اختياراً لا لعذر، فمن كان عليه صيام شهرين متتابعين يجوز له الشروع فيه قبل شعبان بيوم، ولا يجوز له الاقتصار على شعبان لتخلل شهر رمضان قبل إكمال شهر ويوم، وكذا يجوز له الشروع قبل الأضحى بواحد وثلاثين يوماً ولا يجوز قبله بثلاثين.

مسألة ١٢: من وجب عليه صيام شهرين، فإن شرع فيه من أول الشهر يجزي هلاليان وإن كانا ناقصين، وإن شرع في أثناء الشهر، وإن كان فيه وجوه بل أقوال، ولكن الأحوط إنكسار الشهرين وجعل كل شهر ثلاثين فيصوم ستين يوماً مطلقاً، سواء كان الشهر الذي شرع فيه مع تاليه تامين أو ناقصين أو مختلفين، ويتعين ذلك بلا إشكال فيما إذا وقع التفريق بين الأيام بتخلل مالا يضر بالتتابع شرعاً.

مسألة ١٣: يتخير في الإطعام الواجب في الكفارات بين إشباع المساكين والتسليم لهم، ويجوز إشباع البعض والتسليم إلى البعض، ولا يتقدر الإشباع بمقدار بل المدار على أن يأكلوا بمقدار شعبهم قل أو كثر، وأما التسليم فلا بد من أن يسلم إلى كل منهم مداً من الطعام^(٧٤٣) لا أقل، والأفضل بل الأحوط مدان، ولا بد في كل من النحوين كمال العدد من ستين أو عشرة، فلا يجزي إشباع ثلاثين - أو خمسة - مرتين، أو تسليم كل واحد منهم مدين، ولا يجب الاجتماع لا في التسليم ولا في الإشباع، فلو أطمع ستين مسكيناً في أوقات متفرقة من بلاد مختلفة ولو كان هذا في سنة وذلك في سنة أخرى لأجزء وكفى.

مسألة ١٤: الواجب في الإشباع إشباع كل واحد من العدد مرة، وإن كان الأفضل إشباعه في يومه وليلته غداً وعشاءً.

مسألة ١٥: يجزي في الإشباع كل ما يتعارف التغذية والتقوت به لغالب الناس من المطبوخ وما يصنع من أنواع الأطعمة ومن الخبز من أي جنس كان مما يتعارف تخبيزه من حنطة أو شعير أو ذرة أو دخن وغيرها، وإن كان بلا إدام.

(٧٤١) على تردد سبق في كتاب الصيام

(٧٤٢) حسبما ذكرنا في كتاب الصيام.

(٧٤٣) الأشبه جعل الإشباع عادة معياراً سواء كان بمد أو أكثر أو أقل والأحوط اعتبار أكثر الأمرين من المد والإشباع.

والأفضل أن يكون مع الادم، وهو كل ما جرت العادة على أكله مع الخبز جامداً أو مابعاً وإن كان خلاً أو ملحاً أو بصلاً وكل ما كان أفضل كان أفضل، وفي التسليم بذل ما يسمى طعاماً من بي^(٧٤٤) ومطبوخ من الحنطة والشعير ودقيقهما وخبزهما والأرز وغير ذلك، والاحوط الحنطة أو دقيقه ويجزي التمر والزبيب تسليماً وإشباعاً.

مسألة ١٦: يجوز الترامي في الكفارة بلا فرق بين أقسامها، بأن يأخذها الفقير ثم يعطيه إلى فقير آخر عما وجب عليه.

مسألة ١٧: التسليم إلى المسكين تمليك له كسائر الصدقات^(٧٤٥) فيملك ما قبضه ويفعل به ما شاء ولا يتعين عليه صرفه في الأكل.

مسألة ١٨: يتساوى الصغير والكبير إن كان التكفير بنحو التسليم فيعطى الصغير مداً من طعام كما يعطي الكبير، وإن كان اللازم في الصغير التسليم إلى الولي، وإن كان بنحو الإشباع فكذلك إذا اختلط الصغار مع الكبار فإذا أشبع عائلة كانت^(٧٤٦) ستين نفساً مشتملة على كبار وصغار أجزاء وإن كان الصغار منفردين فاللازم احتساب اثنين بواحد، فيلزم إشباع مائة وعشرين بدل ستين، وعشرين بدل عشرة، والظاهر أنه لا يعتبر في إشباع الصغير إذن الولي.

مسألة ١٩: لا إشكال في جواز إعطاء كل مسكين أزيد من مدّ من كفارات متعددة ولو مع الاختيار من غير فرق بين الإشباع والتسليم، فلو أفطر تمام شهر رمضان جاز له إشباع ستين شخصاً معينين في ثلاثين يوماً أو تسليم ثلاثين مداً من طعام لكل واحد منهم وإن وجد غيرهم.

مسألة ٢٠: لو تعذر العدد في البلد وجب النقل إلى غيره، وإن تعذر إنتظر، ولو وجد بعض العدد كرر على الموجود حتى يستوفي المقدار، ويقتصر في التكرار على مقدار التعذر، فلو تمكن من عشرة كرر عليهم ست مرات ولا يجوز التكرار على خمسة اثنتي عشرة مرة، والأحوط عند تعذر العدد الاقتصار على الإشباع دون التسليم وأن يكون في أيام متعددة.

مسألة ٢١: المراد بالمسكين - الذي هو مصرف الكفارة - هو الفقير الذي يستحق الزكاة وهو من لم يملك قوت سنته لا فعلاً ولا قوة، ويشترط فيه الإسلام بل الإيمان على الأحوط، وإن لا يكون ممن تجب نفقته على الدافع كالوالدين والأولاد والمملوك والزوجة الدائمة دون المنقطعة ودون سائر الأقارب والأرحام حتى الأخوة والأخوات، ولا يشترط فيه العدالة ولا عدم الفسق، نعم لا يعطي المتجاهر بالفسق

(٧٤٤) إذا كان تياً فالأحوط إعطاء ما يطبخ به ولو من ذات الطعام إذا قُيِّم بحيث يكفي لإشباع الفرد.

(٧٤٥) فيه تردد ونظر والاحوط اشتراط الطعام.

(٧٤٦) هذا هو المشهور وفيه رواية غير واضحة الدلالة، والاحتياط بإعطاء الكبار والصغار مثل بعضهم مداً من طعام أو احتساب كل صغيرين بكبير واحد.

الذي ألقى جلباب الحياء^(٧٤٧)، وفي جواز إعطاء غير الهاشمي إلى الهاشمي قولان لا يخلو الجواز من رجحان، وإن كان الأحوط الاقتصار على مورد الاضطرار والاحتياج التام الذي يحل معه أخذ الزكاة.

مسألة ٢٢: يعتبر في الكسوة التي تخير بينها وبين العتق والإطعام في كفارة اليمين وما بحكمها أن يكون ما يعد لباساً عرفياً، من غير فرق بين الجديد وغيره ما لم يكن منخرقاً أو منسحقاً وبالياً بحيث ينخرق بالاستعمال، فلا يكتفي بالعمامة والقلنسوة والحزام والخف والجورب، والأحوط عدم الاكتفاء بثوب واحد خصوصاً بمثل السراويل أو القميص القصير، بل لا يكون أقل من قميص مع سراويل، ويعتبر فيها العدد كالإطعام، فلو كرر على واحد بأن كساه عشر مرات لم تحسب له إلا واحدة، ولا فرق في المكسو بين الصغير^(٧٤٨) والكبير والحر والعبد والذكر والأنثى، نعم في الاكتفاء بكسوة الصبي إن كان في نهاية الصغر كابن شهر أو شهرين إشكال، فلا يترك الاحتياط، والظاهر اعتبار كونه مخيطاً فلو سلم إليه الثوب غير مخيط لم يكن مجزياً، نعم الظاهر أنه لا بأس بأن يدفع أجرة الخياطة معه ليخيطه ويلبسه ولا يجزي إعطاء لباس الرجال للنساء وبالعكس، ولا إعطاء لباس الصغير للكبير، ولا فرق في جنسه بين كونه من صوف أو قطن أو كتان أو قنب أو حرير، وفي الاجتزاء بالحرير المحض للرجال إشكال ولو تعذر تمام العدد كسي الموجود وانتظر للباقي والأحوط^(٧٤٩) التكرار على الموجود فإذا وجد باقي العدد كساه.

مسألة ٢٣: لا يجب ملاحظة الكسوة الصيفية في الصيف والشتوية في الشتاء.

مسألة ٢٤: لا تجزي القيمة في الكفارة لا في الإطعام ولا في الكسوة، بل لا بد في الإطعام من بذل الطعام إشباعاً أو تملكاً وكذلك في الكسوة، نعم لا بأس بأن يدفع القيمة إلى المستحق ويوكله في أن يشتري بها طعاماً فيأكله أو كسوة فيلبسها، فيكون هو المعطي عن المالك ومعطى له لنفسه باعتبارين.

مسألة ٢٥: إذا وجبت عليه كفارة مخيرة لم يجز أن يكفر بجنسين، بان يصوم شهراً ويطعم ثلاثين في كفارة شهر رمضان أو يطعم خمسة ويكسو خمسة مثلاً في كفارة اليمين، نعم لا بأس باختلاف أفراد الصنف الواحد منها، كما لو أطمع بعض العدد طعاماً خاصاً وبعضه غيره، أو كسى بعضهم ثوباً من جنس وبعضهم من جنس آخر، بل يجوز في الإطعام أن يشبع بعضاً ويسلم إلى بعض كما مر.

مسألة ٢٦: لا بدل شرعاً للعتق في الكفارة مخيرة كانت أو مرتبة أو كفارة الجمع فيسقط بالتعذر وأما صيام شهرين متتابعين والإطعام لو تعذرا بالتمام صام ثمانية عشر يوماً متتابعات، فإن عجز عنه صام ما استطاع أو تصدق بما وجد، ومع العجز عنهما بالمرّة استغفر الله تعالى ولو مرة.

مسألة ٢٧: الظاهر أن وجوب الكفارات موسع، فلا تجب المبادرة إليها، ويجوز التأخير ما لم يؤد إلى حد التهاون.

(٧٤٧) إذا كان في ذلك إعانة على الإثم .

(٧٤٨) في كسوة الصغار وحدهم إشكال لدعوى الانصراف فلا يترك الاحتياط.

(٧٤٩) مع العجز ينتقل إلى الخيار الثاني وعند العذر أيضاً يستغفر الله.

مسألة ٢٨: يجوز التوكيل في إخراج الكفارات المالية وأدائها، ويتولى الوكيل النية إذا كان وكيلاً في الإخراج، والموكل حين دفعه إلى الوكيل إذا كان وكيلاً في الأداء، وأما الكفارات البدنية فلا يجزي فيها التوكيل ولا تجوز فيها النيابة على الأقوى إلا عن الميت.

مسألة ٢٩: الكفارات المالية بحكم الديون، فإذا مات من وجبت عليه تخرج من أصل المال، وأما البدنية فلا يجب على الورثة أداؤها ولا أخراجها من التركة ما لم يوص بها الميت فيخرج من ثلثه، نعم في وجوبها على الولي وهو الولد الأكبر احتمال قوي، وإنما يجري هذا الاحتمال فيما إذا تعين على الميت الصيام، وأما إذا تعين عليه غيره - بأن كانت مرتبة وتعين عليه الإطعام أو كانت مخيرة وكان متمكناً من الصيام والإطعام - لم يجب على الولي قطعاً بل يخرج من تركة الميت مقدار الإطعام .

مسألة ٣٠: لو علم بأن عليه كفارات وتردد بين الأقل والأكثر يجزي دفع الأقل والأحوط الأكثر، ولو ترددت بين المتباينين يصح الاكتفاء بدفع قيمة أقلها والأحوط الأكثر.

مسألة ٣١: يصح للحاكم الشرعي أخذ الكفارات وصرفها في مصالح الفقراء.

كتاب الصيد والذباحة

وليعلم أنه كما يُدكَّى الحيوان ويحُلُّ أكل لحم ما حلَّ أكله بالذبح الواقع على النحو المعتبر شرعاً، يدكى أيضاً بالصيد على النحو المعتبر، وهو إما بالحيوان أو بغير الحيوان، وبعبارة أخرى الآلة التي يصاد بها إما حيوانية أو جمادية، ويتم الكلام في القسمين في ضمن مسائل:

مسألة ١: لا يحل من صيد الحيوان ومقتوله إلا ما كان بالكلب المعلم، سواء كان سلوقياً أو غيره، وسواء كان أسوداً^(٧٥٠) أو غيره، فلا يحل صيد غير الكلب من جوارح السباع كالفهد^(٧٥١) والنمر وغيرهما، وجوارح الطير كالبازي والعقاب والباشق وغيرها وإن كانت معلّمة، فما يأخذه الكلب المعلم ويقتله بعقره وجرحه مذكّي حلال أكله من غير ذبح، فيكون عض الكلب وجرحه على أي موضع من الحيوان بمنزلة ذبحه.

مسألة ٢: يعتبر في حلّية صيد الكلب أن يكون معلّماً للاصطياد، وعلامة كونه بتلك الصفة أن يكون من عادته مع عدم المانع أن يسترسل ويهيج إلى الصيد لو أرسله صاحبه وأغراه به، وأن ينزجر

(٧٥٠) وقد وردت رواية تنهى عن أكل ما صاده الأسود والبهيم فالأولى تركه.

(٧٥١) وفي الفهد رواية بالجواز وقد حملت على التقية.

ويقف عن الذهاب والهباج إذا زجره^(٧٥٢) واعتبر المشهور مع ذلك أن يكون من عادته التي لا تتخلف إلا نادراً أن يمسك الصيد ولا يأكل منه شيئاً حتى يصل صاحبه، وفي اعتبار ذلك نظر وإن كان أحوط.

مسألة ٣: يشترط في حلية صيد الكلب أمور:

الأول: أن يكون ذلك بإرساله للاصطياد، فلو استرسل بنفسه من دون إرسال لم يحل مقتوله وإن أغراه صاحبه بعد الاسترسال، حتى فيما إذا أثر إغراؤه بأن زاد في عدوه بسببه على الأحوط^(٧٥٣)، وكذلك الحال لو أرسله لا للاصطياد بل لأمر آخر من دفع عدو أو طرد سبع أو غير ذلك فصادف غزلاً مثلاً فصاده، والمعتبر قصد الجنس لا الشخص فلو أرسله إلى صيد غزال فأصاب غزلاً آخر فأخذه وقتله كفى في حله، وكذا لو أرسله إلى صيد فصاده وغيره حلاً معاً.

الثاني: أن يكون المرسل مسلماً أو بحكمه كالصبي الملحق به، فلو أرسله كافر بجميع أنواعه^(٧٥٤) أو من كان بحكمه كالنواصب لم يحل أكل ما يقتله.

الثالث: أن يسمي، بأن يذكر اسم الله عند إرساله فلو ترك التسمية عمداً لم يحل مقتوله، ولا يضر لو كان الترك نسياناً، وفي الاكتفاء بالتسمية قبل الإصابة وجه قوي إلا أن الاحوط احتياطاً لا يترك أن تكون عند الإرسال^(٧٥٥).

الرابع: أن يكون موت الحيوان مستنداً إلى جرحه وعقره فلو كان بسبب صدمة أو خنقه أو اتباعه في العدو أو ذهاب مرارته من جهة شدة خوفه لم يحل.

الخامس: عدم إدراك صاحب الكلب الصيد حياً مع تمكنه من تذكيته بأن أدركه ميتاً أو أدركه حياً لكن لم يسع الزمان لذبحه.

وملخص هذا الشرط أنه إذا أرسل كلبه إلى الصيد فإن لحق به بعد ما أخذه وعقره وصار غير ممتنع فوجده ميتاً، ذكياً وحل أكله، وكذا إن وجده حياً ولم يتسع الزمان لذبحه فتركه حتى مات، وأما إن اتسع الزمان لذبحه لا يحل إلا بالذبح، فلو تركه حتى مات كان ميتة، وأدنى ما يدرك ذكاته أن يجده تطرف عيناه أو تركض رجله أو يحرك ذنبه أو يده، فإن وجده هكذا واتسع الزمان لذبحه لم يحل أكله إلا بالذبح، وكذلك الحال لو وجده بعد عقر الكلب عليه ممتنعاً فجعل يعدو خلفه فوقف له فإن بقي من حياته زمانٌ يتسع لذبحه لم يحل إلا بالذبح، وإن لم يتسع له حل بدونه، ويلحق بعدم اتساع الزمان ما إذا

^(٧٥٢) في معيارية الزجر مطلقاً نظر والأولى إيكاله إلى العرف فإنه أعرف بالمعلم عن غيره، وكذا فيما بعده.

^(٧٥٣) إذا كان صيده مستنداً إلى إرساله عرفاً كفى على الأقوى، مثل أن يكون هباجه الأول غير كاف للصيد أو أنه كان قادراً على زجره فلم يفعل بل أرسله، والاحوط ترك فريسته في الحالتين.

^(٧٥٤) سيأتي حكم هذا النوع عند تعرض المؤلف في كتاب الذباجة (المسألة ١).

^(٧٥٥) يشكل الحكم بحمة الفريسة إذا لم يسم عند الإرسال وسمى بعده وقبل الصيد.

وسع ولكن كان ترك التذكية لا بتقصير منه كما إذا اشتغل بأخذ الآلة وسلّ السكين وامتنع الصيد من التمكين بما فيه من بقية قوة ونحو ذلك فمات قبل أن يمكنه الذبح.

نعم، لا يلحق به فقد الآلة على الأحوط لو لم يكن أقوى فلو وجده حياً واتسع الزمان لذبحه إلا أنه لم يكن عنده السكين فلم يذبحه لذلك حتى مات لم يحل أكله^(٧٥٦).

مسألة ٤: هل يجب على من أرسل الكلب المسارعة والمبادرة إلى الصيد من حين الإرسال أو من حين ما رآه قد أصاب الصيد، وإن كان بعد امتناعه، أو من حين ما أوقفه وصار غير ممتنع، أو لا تجب أصلاً؟ الظاهر وجوبها^(٧٥٧) من حين الإيقاف، فإذا أشعر بإيقافه وعدم امتناعه يجب عليه المسارعة العرفية حتى لو أدركه حياً ذبحه، فلو لم يتسارع ثم وجده ميتاً لم يحل أكله، وأما قبل ذلك فالظاهر عدم وجوبها وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه، هذا إذا احتمل ترتب أثر على المسارعة، واللحوق بالصيد بأن احتمل أنه يدركه حياً ويقدر على ذبحه من جهة اتساع الزمان ووجود الآلة، وأما مع عدم احتمال ولو من جهة عدم ما يذبح به فلا إشكال في عدم وجوبها، فلو خلاه حينئذٍ على حاله إلى أن قتله الكلب وأزهق روحه بعقره حل أكله.

نعم لو توقف إحراز كون موته بسبب جرح الكلب لا بسبب آخر على التسارع إليه وتعرف حاله لزم عليه لأجل ذلك.

مسألة ٥: لا يعتبر في حلية الصيد وحدة المرسل ولا وحدة الكلب، فلو أرسل جماعة كلباً واحداً، أو أرسل واحد أو جماعة كلاباً متعددة فقتلت صيداً حل أكله.

نعم، يعتبر في المتعدد صائداً أو آلة أن يكون الجميع واحداً للأمر المعتبرة شرعاً، فلو كان المرسل اثنين أحدهما مسلم والآخر كافر، أو سمى أحدهما دون الآخر، أو أُرسِلَ كلبان أحدهما معلّم والآخر غير معلّم لم يحل.

مسألة ٦: إذا عض الكلب الصيد كان موضع العضة نجساً فيجب غسله ولا يجوز أكله قبل غسله.

مسألة ٧: لا يؤكل من الصيد بالآلة الجمادية إلا ما قتله السيف والسكين والخنجر ونحوها من الأسلحة التي تقطع بجدها، أو الرمح والسهم والنشاب مما يشاك بجده، حتى العصا التي في طرفها حديدة محدودة، من غير فرق بين ما كان فيه نصل كالسهم الذي يركب عليه الريش، أو صنع قاطعاً أو شائكاً بنفسه، بل لا يبعد عدم اعتبار كونه من الحديد فيكفي بعد كونه سلاحاً قاطعاً أو شائكاً كونه من أي فلز كان حتى الصفر والذهب والفضة، بل يحتمل قوياً عدم اعتبار كونه مستعملاً سلاحاً في العادة فيشمل المخيط والشك والسفود ونحوها، إلا أن الأحوط^(٧٥٨) خلافه، والظاهر أنه لا يعتبر الخرق والجرح

^(٧٥٦) وجاء في حديث صحيح أنه يمكن أن يتركه حتى يقتله الكلب فيأكله والعمل به حسن.

^(٧٥٧) فيه نظر ولكنه أحوط.

^(٧٥٨) لا يترك.

في الآلة المذكورة أعني ذات الحديد المحددة، فلو رمى الصيد بسهم أو طعنه برمح فقتله بالرمي والطعن من دون أن يكون فيه أثر السهم والرمح حل أكله، ويلحق بالآلة الحديدية ما لم تشمل على الحديد لكن تكون محددة كالمعارض الذي هو كما قيل خشبة لا نصل فيها - إلا أنها محددة الطرفين ثقيلة الوسط - والسهم الحاد الرأس الذي لا نصل فيه، لكن إنما يحل مقتول هذه الآلة لو قتلت الصيد بخزقها إياه وشوكها فيه ولو يسيراً، فلو قتلته بثقلها من دون خرق لم يحل (٧٥٩)، والحاصل أنه يعتبر في الآلة الجمادية إما أن تكون حديدية محددة وإن لم تكن خارقة، وإما أن تكون محددة غير حديدية بشرط كونها خارقة.

مسألة ٨: كل آلة جمادية لم تكن ذات حديدية محددة ولا محددة غير حديدية قتلت بخزقها من الثقلات - كالحجارة والمقموعة والعمود والبنديقة - لا يحل مقتولها، كالمقتول بالحبال والشبكة والشرك ونحوها.

نعم، لا بأس بالاصطياد بها وبالحيوان غير الكلب - كالفهد والنمر والبازي ونحوها - بمعنى جعل الحيوان الممتنع بها غير ممتنع وتحت اليد لكنه لا يحل ما يصطاد بها إلا إذا أدرك ذكاته فدكاه.

مسألة ٩: لا يبعد حلية ما قتل بالآلة المعروفة المسماة بالتفنك، إذا سمى الرامي واجتمعت سائر الشرائط، والبنديقة التي قلنا في المسألة السابقة بجرمة مقتولها غير هذه البنديقة النافذة الخارقة، خصوصاً في الطرز الجديد منها المستحدث في هذه الإعصار الأخيرة مما صنع الرصاص فيه بشكل يشبه المخروط، ولا يكون بشكل البنديقة.

نعم، إذا كانت صغيرة الحجم المعبر عنها في عرفنا (بالصجمة) فالأحوط (٧٦٠) المنع.

مسألة ١٠: لا يعتبر في حلية الصيد بالآلة الجمادية وحدة الصائد ولا وحدة الآلة، فلو رمى شخص بالسهم وطعن آخر بالرمح وسمياً معاً فقتلا صيداً، حل إذا اجتمعت الشرائط في كليهما، بل إذا أرسل أحد كلبه إلى صيد ورماه آخر بسهم فقتل بهما حل ما قتلاه.

مسألة ١١: يشترط في الصيد بالآلة الجمادية جميع ما اشترط في الصيد بالآلة الحيوانية فيشترط كون الصايد مسلماً، والتسمية عند استعمال الآلة، وأن يكون استعمال الآلة للاصطياد، فلو رمى إلى هدف أو إلى عدو أو إلى خنزير فأصاب غزلاً فقتله لم يحل (٧٦١) وإن كان مسمى عند الرمي لغرض من الأغراض، وكذا لو أفلت من يده فأصاب صيداً فقتله. وأن لا يدركه حياً زماناً يتسع للذبح، فلو أدركه كذلك لم يحل إلا بالذبح، والكلام في وجوب المسارعة وعدمه كما مر. وأن تستقل الآلة المحللة في قتل

(٧٥٩) هذا هو المشهور، وهو الأحوط، إلا أن الأشبه ما عليه بعض الروايات من كفاية المعارض من دون خرق إذا كان هو سلاحه، فالمعيار هو السلاح، والخرق أيضاً معيار آخر، فأيهما تحقق حل الأكل من الصيد.

(٧٦٠) إذا كان خارقاً فالأشبه الحلية.

(٧٦١) فيه نظر وإن كان أحوط لفتوى المشهور بذلك.

الصيد، فلو شاركها فيه غيرها لم يحل، فلو سقط -بعد إصابة السهم- من الجبل أو وقع في الماء واستند موته إليهما، بل وإن لم يعلم استقلال إصابة السهم في إماتته لم يحل، وكذا لو رماه شخصان فقتلاه وسمى أحدهما ولم يسم الآخر، أو كان أحدهما مسلماً دون الآخر.

مسألة ١٢: لا يشترط في حلية الصيد إباحة الآلة، فيحل الصيد بالكلب أو السهم المغصوبين وإن فعل حراماً، وعليه الأجرة ويملكه الصائد دون صاحب الآلة.

مسألة ١٣: الحيوان الذي يحل مقتوله بالكلب والآلة مع اجتماع الشرائط كل حيوان ممتنع مستوحش من طير أو وحش، سواء كان كذلك بالأصل كالحمام والظبي وبقر الوحش، أو كان انسياً فتوحش أو استعصى كالبقر المستعصي والبعير العاصي، وكذلك الصائل من البهائم كالجاموس الصائل ونحوه.

وبالجملة كل ما لا يجيء تحت اليد ولا يقدر عليه غالباً إلا بالعلاج، فلا تقع التذكية الصيدية على كل حيوان أهلي مستأنس سواء كان استيناسه أصلياً -كالدجاج والشاة والبعير والبقرة- أو عارضاً كالظبي والظبي المستأنسين، وكذا ولد الوحش قبل أن يقدر على العدو، وفرخ الطير قبل نوحه للطيران، فلو رمى طائراً وفرخه الذي لم ينهض فقتلهما حل الطائر دون الفرخ.

مسألة ١٤: الظاهر أنه كما تقع التذكية الصيدية على الحيوان المأكول اللحم فيحل بها أكل لحمه تقع على غير المأكول اللحم القابل للتذكية أيضاً فيطهر بها جلده ويجوز الانتفاع به.

نعم، القدر المتيقن ما إذا كانت بالآلة الجمادية وأما الحيوانية ففيها تأمل وإشكال^(٧٦٢)

مسألة ١٥: لو قطعت الآلة قطعة من الحيوان فإن كانت الآلة غير محللة -كالشبكة والحباله- يحرم الجزء الذي ليس فيه الرأس ومحال التذكية، وكذلك الجزء الآخر إذا زالت عنه الحياة المستقرة، وإن بقيت حياته المستقرة يحل بالتذكية، وإن كانت الآلة محللة كالسيف في الصيد مع اجتماع الشرائط فإن زالت الحياة المستقرة عن الجزئين بهذا التقطيع حلاً معاً، وكذا إن بقيت الحياة المستقرة ولم يتسع الزمان للتذكية، وإن اتسع لها لا يحل الجزء الذي فيه الرأس إلا بالذبح، وأما الجزء الآخر فهو جزء مبان من الحي فيكون ميتة^(٧٦٣).

مسألة ١٦: يُملك الحيوان الوحشي وحشاً كان أو طيراً بأحد أمور ثلاثة:

أحدها: وضع اليد عليه وأخذه حقيقة، مثل أن يأخذ رجله أو قرنه أو جناحه أو شده بجبل ونحوه.

ثانيها: وقوعه في آلة معتادة للاصطياد بها كالحباله والشرك والشبكة ونحوها إذا نصبها لذلك.

ثالثها: أن يصير غير ممتنع، ويمسكه بآلة مثل ما إذا رماه فجرحه جراحة منعتة عن العدو، أو كسر جناحه فمنعه عن الطيران، سواء كانت الآلة من الآلات المحللة للصيد كالسهم والكلب المعلم، أو من

(٧٦٢) وإن كان الأشبه أنه كذلك.

(٧٦٣) والمعيار حسب رد الروايات إلى بعضها أن ما اعتبرت قطعة مبانة من الحي فهي ميتة مثل أن يضرب ذنب الغزال فيقطعه ثم يموت الغزال، فإن القطعة الصغيرة ميتة وغيرها حلال. أما إذا قدها نصفين وذهبت الحياة عنهما معاً فإنه يجوز أكلهما، والله العالم.

غيرها كالحجارة والخشب والفهد والباز والشاهين وغيرها، ويعتبر في هذا أيضاً أن يكون إعمال الآلة بقصد الاصطياد والتملك ، فلو رماه عبثاً أو هدفاً أو لغرض آخر لم يملكه الرامي فلو أخذه شخص آخر بقصد التملك ملكه.

مسألة ١٧: الظاهر أنه يلحق بآلة الاصطياد كل ما جعل وسيلة لإثبات الحيوان وزوال امتناعه ولو بحفر حفيرة في طريقه ليقع فيها فوقها، أو باتخاذ أرض وإجراء الماء عيها لتصير موحلة فيتوحد فيها، أو فتح باب البيت وإلقاء الحبوب فيه لتدخل فيه العصافير فدخلت فأغلق عليها الباب. نعم، لو عشعش الطير في داره لم يملكه بمجرد ذلك، وكذا لو توحد حيوان في أرضه الموحلة ما لم يجعلها كذلك لأجل ذلك، فلو أخذه إنسان بعد ذلك ملكه وإن عصى في دخول داره أو أرضه بغير إذنه.

مسألة ١٨: لو سعى خلف حيوان حتى أعياه^(٧٦٤) ووقف عن العدو لم يملكه ما لم يأخذه فلو أخذه غيره قبل أن يأخذه ملكه.

مسألة ١٩: لو وقع حيوان في شبكة منصوبة للاصطياد ولم تمسكه الشبكة لضعفها وقوته فانفلت منها لم يملكه ناصبها، وكذا إذا أخذ الشبكة وانفلت بها من دون أن يزول عنه الامتناع، فإن صاده غيره ملكه ورد الشبكة إلى صاحبها.

نعم، لو أمسكته الشبكة وأثبتته ثم انفلت منها بسبب من الأسباب الخارجية لم يخرج بذلك عن ملكه^(٧٦٥)، كما لو أمسكه بيده ثم انفلت منها وكذا لو مشى بالشبكة على وجه لا يقدر على الامتناع فإنه لناصرها فلو أخذه غيره لم يملكه بل يجب أن يرد إليه .

مسألة ٢٠: لو رماه فجرحه لكن لم يخرج عن الامتناع فدخل داراً فأخذه صاحب الدار ملكه بأخذه لا بدخول الدار، كما أنه لو رماه ولم يثبتته فرماه شخص آخر فهو للثاني لا الأول^(٧٦٦).

مسألة ٢١: لو أطلق الصائد صيده من يده، فإن لم يقصد الإعراض عنه لم يخرج عن ملكه^(٧٦٧) ولا يملكه غيره باصطياد، وإن قصد الإعراض وزوال ملكه عنه فالظاهر أنه يصير كالمباح جاز اصطياده لغيره ويملكه، وليس للأول الرجوع إلى الثاني بعد ما ملكه على الأقوى.

مسألة ٢٢: إنما يملك غير الطير بالاصطياد إذا لم يعلم كونه ملكاً للغير، ولو من جهة وجود آثار اليد التي هي أمانة على الملك فيه، كما إذا كان طوق في عنقه أو قرط في أذنه أو شدّ حبل في أحد

(٧٦٤) إلا إذا كان الإعياء عرفاً جزءاً من سبب الصيد فيشتركان.

(٧٦٥) فيه تفصيل، فإنه إن عاد إلى الإباحة عرفاً كما لو مسك طيراً ثم طار واصبح من سرب الطير فيشكل الحكم ببقاء الملكية، والميعار العرف والمسألة غير واضحة.

(٧٦٦) إلا إذا كان عند العرف جزءاً من السبب وهو عادة كذلك فهما فيه شريكان.

(٧٦٧) إذا عاد عند العرف إلى الإباحة فالأمر مشكل والأشبه أن الملكية تزول بانعدام الاستيلاء مطلقاً وعدم رجاء عودته.

قوائمه، وأما إذا علم ذلك لم يملكه الصائد بل يرد إلى صاحبه إن عرفه وإن لم يعرفه يكون بحكم اللقطة ومجهول المالك^(٧٦٨)، وأما الطير فإن كان مقصوص الجناحين كان بحكم ما علم أن له مالكاً فيرد إلى صاحبه إن عرف وإن لم يعرف كان لقطه.

وأما إن ملك جناحية يتملك بالاصطياد إلا إذا كان له مالك معلوم فيجب عليه رده إليه، والاحوط فيما إذا علم أن له مالكاً ولم يعرفه أن يعامل معه معاملة اللقطة ومجهول المالك كغير الطير.

مسألة ٢٣: لو صنع برجاً لتعشيش الحمام فعششت فيه لم يملكها^(٧٦٩)، خصوصاً لو كان الغرض حيازة ذرقها مثلاً فيجوز لغيره صيدها ويملك ما صاده، بل لو أخذ حمامة من البرج ملكها وإن أتم من جهة الدخول فيه بغير إذن مالكة، وكذلك فيما إذا عششت في بئر مملوك فإنه لا يملكها مالك البئر.

مسألة ٢٤: الظاهر أنه يكفي في تملك النحل غير المملوكة أخذ أميرها، فمن أخذه من الجبال مثلاً واستولى عليه يملكه ويملك كل ما تتبعه من النحل مما تسير بسيره وتقف بوقوفه وتدخل الكن وتخرج منه بدخوله وخروجه.

مسألة ٢٥: لو صاد مجنون حيواناً، يحل صيده إن تحقق منه القصد وسائر الشرائط، وكذا المرأة.

فصل في ذكاة السمك والجراد

ذكاة السمك إما بإخراجه من الماء حياً أو بأخذه بعد خروجه منه قبل موته^(٧٧٠)، سواء كان ذلك باليد أو بآلة كالشبكة ونحوها، فلو وثب على الجدد أو نبذه البحر إلى الساحل أو نضب الماء الذي كان فيه، حل لو أخذه إنسان قبل أن يموت، وحرم لو مات قبل الأخذ، وإن أدركه حياً ناظراً إليه على الأقوى^(٧٧١).

مسألة ١: لا يشترط في تذكية السمك عند إخراجه من الماء أو أخذه بعد خروجه التسمية، كما أنه لا يعتبر في صائده الإسلام، فلو أخرجه كافر أو أخذه فمات بعد أخذه، حل سواء كان كتابياً أو غيره.

نعم، لو وجد في يده ميتاً لم يحل أكله ما لم يعلم أنه قد مات خارج الماء بعد إخراجه أو أخذه بعد خروجه وقبل موته، ولا يحرز ذلك بكونه في يده ولا بقوله لو أخبر به، بخلاف ما إذا كان في يد المسلم فإنه يحكم بتذكيته حتى يعلم خلافها.

^(٧٦٨) أن لم يتم إعراض أو ما يحكمه، وإلا فهو صيد يملكه من سبق إليه.

^(٧٦٩) إن لم يصنع البرج للحيازة كما هو الظاهر عادة.

^(٧٧٠) وفي الأحاديث المستفيضة صيد الحيتان أخذها .

^(٧٧١) إلا أن يعتبر ذلك أخذاً لها عرفاً.

مسألة ٢: لو وثبت من الماء سمكة إلى السفينة لم تحل ما لم تؤخذ باليد^(٧٧٢) ولم يملكه السقن ولا صاحب السفينة بل كل من أخذه ملكه.

نعم، لو قصد صاحب السفينة الصيد بها بأن جعل في السفينة ضوءً بالليل ودق بشيء كالجرس لتشب فيها السمك فوثبت فيها، فالوجه أنه يملكها ويكون وثوبها فيها بسبب هذا الصنع بمنزلة إخراجها حياً فيكون به تذكيتها.

مسألة ٣: لو نصب شبكة أو صنع حظيرة في الماء لاصطياد السمك فكل ما وقع واحتبس فيهما ملكه، فإن أخرج ما فيها من الماء حياً حل بلا إشكال، وكذا لو نضب الماء وغار ولو بسبب جزره فماتت فيهما بعد نضوبه، وأما لو ماتت في الماء فهل هي حلال أم لا؟ قولان أشهرهما وأحوطهما الثاني بل لا يخلو من قوة^(٧٧٣).

نعم، لو أخرج الشبكة من الماء فوجد بعض ما فيه من السمك أو كُله ميتاً، ولم يدر أنه قد مات في الماء أو بعد خروجه، لا يبعد البناء على الثاني وحلية أكله.

مسألة ٤: لو أخرج السمك من الماء حياً ثم أعاده إلى الماء مربوطاً أو غير مربوط فمات فيه حرم.

مسألة ٥: لو طفئ السمك على الماء وزال امتناعه بسبب من الأسباب -مثل أن ضرب بمضرب أو بلع ما يسمى بالزهر في لسان بعض الناس أو غير ذلك- فإن أدركه إنسان وأخذه وأخرجه من الماء قبل أن يموت حل، وإن مات على الماء حرم^(٧٧٤) وإن ألقى الزهر أحد فبلعه السمك وصار على وجه الماء لم يملكه الملقى ما لم يأخذه، فلو أخذه غيره ملكه^(٧٧٥) من غير فرق بين ما إذا لم يقصد سمكاً معيناً -كما إذا ألقاه في الشط فبلعه بعض السموك- أو قصد سمكاً معيناً وألقاه له فبلعه فطفئ على الماء، على إشكال في الثاني لاحتمال كونه كإثبات صيد البر وإزالة امتناعه بالرمي، وقد مر في بابه أنه للرامي فلا يملكه غيره بالأخذ، وكذلك الحال فيما إذا أزيل امتناع السمك باستعمال آلة كما لو رماه بالرصاص فطفئ على الماء وفيه حياة، بل الأمر فيه أشكل، لقوة احتمال كونه ملكاً لراميه لا لمن أخذه.

مسألة ٦: لا يعتبر في حلية السمك بعدما أُخرج من الماء حياً أو أخذ حياً بعد خروجه أن يموت خارج الماء بنفسه، فلو قطعته قبل أن يموت ومات بالتقطيع بل لو شواه حياً حل أكله، بل لا يعتبر في حله الموت من أصله فيحل بلعه حياً بل لو قطع منه قطعة وأعيد الباقي إلى الماء حل ما قطعه سواء مات الباقي في الماء أم لا.

(٧٧٢) ولكن العرف يعتبر الاستيلاء عليها والنظر إليها حتى تموت، يعتبر ذلك أخذاً لها غالباً فتحل لذلك، وإن كان الاحوط اجتنابها.

(٧٧٣) في قوته نظر والاحتياط حسن.

(٧٧٤) على الاحوط.

(٧٧٥) فيه نظر، بل إذا اعتبر ملقي السم أخذاً وصائداً عند العرف فهو مالكها دون أخذها.

نعم، لو قطع منه قطعة وهو في الماء حياً أو ميتاً لم يحل ما قطعه^(٧٧٦).

مسألة ٧: الصيد بالمكائن أو السفن الحديثة ينقسم إلى أقسام:
الأول: ما إذا صاد السمك ومات خارج الماء^(٧٧٧).

الثاني: ما إذا جعل السمك في صندوق مثلاً ومات في الصندوق في داخل الماء ولكن لم يكن في الصندوق ماء^(٧٧٨).

الثالث: موت السمك في الشبكة بسبب الاصطدام في الشبكة المحيطة به^(٧٧٩).

الرابع: تخفيفه في الماء بواسطة الآلات الحديثة^(٧٨٠).

الخامس: تسممه قبيل الأخذ ثم أخذه بعد التسمم بالشبكة^(٧٨١).

السادس: الشك في أنه من أي الأقسام^(٧٨٢).

مسألة ٨: ذكاة الجراد أخذه حياً، سواء كان باليد أو بالآلة فلو مات قبل أخذه حرم، ولا يعتبر فيه التسمية ولا إسلام الآخذ كما مر في السمك.

نعم، لو وجدته ميتاً في يد الكافر لم يحل ما لم يعلم بأخذه حياً ولا يجدي يده ولا إخباره في إحراز ذلك كما تقدم في السمك.

مسألة ٩: لو وقعت نار في أجمة ونحوها فأحرق ما فيها من الجراد، لم يحل وإن قصده المحرق. نعم، لو أحرقتها أو شواها أو طبخها بعد ما أخذت قبل أن تموت حل، كما مرّ في السمك، كما أنه لو فرض كون النار آلة صيد الجراد بأنه لو أحجها اجتمعت من الأطراف وألقت أنفسها فيها فأحجها لذلك فاجتمعت واحترقت بها لا يبعد حلية ما أحرقت بها من الجراد، لكونها حينئذٍ من آلات الصيد كالشبكة والحظيرة للسمك.

مسألة ١٠: لا يحل من الجراد ما لم يستقل بالطيران وهو المسمى بالدبّا -على وزن العصا- وهو الجراد إذا تحرك ولم تنبت بعد أجنحته.

الذباحة وأحكامها

^(٧٧٦) إلا إذا اعتبرنا مجرد الأخذ تذكية كما في الروايات، والاحتياط الحرمة.

^(٧٧٧) فيكون أكلها حلالاً.

^(٧٧٨) فهي حلال.

^(٧٧٩) الأقوى حليتها، والاحوط الاجتناب منها.

^(٧٨٠) الأقوى حليتها والاحوط الاجتناب.

^(٧٨١) الاحوط الاجتناب إن ماتت في الماء.

^(٧٨٢) الاحوط الاجتناب.

والكلام في الذابح، وآلة الذبح، وكيفيته، وبعض الأحكام المتعلقة به في طي مسائل:

شروط الذابح والذبح

مسألة ١: يشترط في الذابح أن يكون مسلماً أو بحكمه كالمتولد منه، فلا تحل ذبيحة الكافر مشركاً كان أم غيره، حتى الكتابي على الأقوى^(٧٨٣).

ولا يشترط فيه الإيمان، فتحل ذبيحة جميع فرق الإسلام عدا النواصب، والمحكوم بكفرهم وهم المعلنون بعداوة أهل البيت عليهم السلام كالخارجي وإن أظهر الإسلام^(٧٨٤).

مسألة ٢: لا يشترط فيه الذكورة ولا البلوغ ولا غير ذلك، فتحل ذبيحة المرأة فضلاً عن الخنثى وكذا الحائض والجنب والنفساء والطفل إذا كان مميزاً والأعمى والأغلف وولد الزنا.

مسألة ٣: يشترط في الذبح أن يكون بالحديد^(٧٨٥) مع الاختيار، فإن ذبح بغيره مع التمكن منه لم يجل وإن كان من المعادن المنطبعة كالصفر والنحاس والذهب والفضة وغيرها.

نعم، لو لم يوجد الحديد وخيف فوت الذبيحة بتأخير ذبحها جاز بكل ما يفري أعضاء الذبح ولو كان قصباً أو ليطة أو حجارة حادة أو زجاجة أو غيرها.

نعم، في وقوع الذكاة بالسن والظفر مع الضرورة إشكال، وإن كان الوقوع لا يخلو من رجحان^(٧٨٦).

مسألة ٤: الواجب في الذبح قطع تمام الأعضاء الأربعة: الحلقوم وهو مجرى النفس دخولاً وخروجاً، والمريء وهو مجرى الطعام والشراب ومحلّه تحت الحلقوم، والودجان وهما العرقان الغليظان المحيطان بالحلقوم أو المريء^(٧٨٧)، وربما يطلق على هذه الأربعة الأوداج الأربعة، واللازم قطعها رأساً فلا يكفي شقها من دون قطعها وفصلها.

مسألة ٥: محل الذبح في الحلق تحت اللحيين على نحو يقطع به الأوداج الأربعة، واللازم^(٧٨٨) وقوعه تحت العقدة المسماة في لسان أهل هذا الزمان بالجوزة وجعلها في الرأس دون الجثة والبدن، بناءً على ما

(٧٨٣) هذا هو المشهور بين الفقهاء عليهم الرحمة، وهو موافق للاحتياط جداً، لأن المعيار حسب الآية الكريمة وروايات مستفيضة هو اسم الله تبارك وتعالى ولا يؤمن عليه إلا المسلم، ولكن عند التأكد من التسمية وسائر الشروط فالأشبه كفايته، وإن كان مخالفاً للاحتياط فلا يصار إليه إلا عند الحرج.

(٧٨٤) وفيه رواية بالجواز تحمل على حالة الضرورة أو التقية العملية.

(٧٨٥) ولعل السكين المصنوع اليوم من الاستيل أو ما أشبهه كافٍ في الذبح وإن كان الأحوط الاستحبابي أن يكون بالحديد.

(٧٨٦) ولا يترك الاحتياط في تركهما مع عدم الضرورة.

(٧٨٧) هذا هو الذبح الأتم، وفي رواية إذا قطع الحلقوم وجرى الدم فلا بأس، والعمل بالأول أحوط.

(٧٨٨) هذا موافق لمقتضى الاحتياط وبالذات إذا شك في قطع الأوداج من دونه.

قد يدعى من تعلق الحلقوم أو الأعضاء الأربعة بتلك العقدة على وجه لو لم ييقها الذابح في الرأس بتمامها ولم يقع الذبح بتمامها من تحتها لم تقطع الأوداج بتمامها، وهذا أمر يعرفه أهل الخبرة الممارسون لذلك فإن كان الأمر كذلك أو لم يحصل القطع بقطع الأوداج بتمامها بدون ذلك فاللازم مراعاته، كما أنه يلزم أن يكون شيء من هذه الأعضاء الأربعة على الرأس حتى يعلم أنها قد انقطعت وانفصلت عما يلي الرأس.

مسألة ٦: يشترط أن يكون الذبح من القدام، فلو ذبح من القفا وأسرع إلى أن قطع ما يعتبر قطعه من الأوداج قبل خروج الروح حرمت.

نعم، لو قطعها من القدام لكن من فوق بان أدخل السكين تحت الأعضاء وقطعها إلى فوق لم تحرم الذبيحة، وإن فعل مكروهاً بل الأحوط تركه.

مسألة ٧: يجب التتابع في الذبح بأن يستوفي قطع الأعضاء قبل زهوق الروح من الذبيحة، فلو قطع بعضها وأرسلها حتى انتهت إلى الموت ثم استأنف وقطع الباقي حرمت، بل لا يترك الاحتياط بان لا يفصل بينها بما يخرج عن المتعارف المعتاد ولا يعد معه عملاً واحداً عرفاً بل يعد عملين وإن استوفى التمام قبل خروج الروح منها.

مسألة ٨: لو قطع رقبة الذبيحة من القفا وبقيت أعضاء الذبابة، فإن بقيت لها الحياة المستكشفة بالحركة ولو كانت يسيرة ذبحت وحلت، وإلا لم تحل وصارت ميتة.

مسألة ٩: لو أخطأ الذابح وذبح من فوق العقدة ولم يقطع الأعضاء الأربعة، فإن لم تبق لها الحياة حرمت، وإن بقيت لها الحياة يمكن أن يتدارك بأن يتسارع إلى إيقاع الذبح من تحت وقطع الأعضاء حلت .

مسألة ١٠: لو أكل الذئب مثلاً مذبح الحيوان وأدركه حياً، فإن أكل الأوداج من فوق أو من تحت وبقي مقدار من الجميع معلقة بالرأس أو متصلة بالبدن، يمكن ذبحه الشرعي بأن يقطع ما بقي منها، وكذلك لو أكل بعضها كذلك كما إذا أكل الحلقوم بالتمام وأبقى الباقي كذلك، وكان بعد حياً فلو قطع الباقي مع الشرائط وقعت عليه الذكاة وكان حلالاً، وأما إذا أكل التمام بحيث لم يبق شيء منها فالظاهر أنه غير قابل للتذكية.

ما يعتبر في التذكية

مسألة ١١: يشترط في التذكية الذبيحة مضافاً إلى ما مر أمور:

أحدها: الاستقبال بالذبيحة حال الذبح، بأن يوجه مذبحها ومقاديم بدنها إلى القبلة، فإن أحل به فإن كان عامداً عالماً حرمت، وإن كان ناسياً أو جاهلاً أو خطأ في القبلة أو في العمل لم تحرم، ولو لم

يعلم جهة القبلة أو لم يتمكن من توجيهها إليها سقط هذا الشرط، ولا يشترط استقبال الذابح على الأقوى وإن كان أحوط وأولى.

ثانيها: التسمية من الذابح بأن يذكر اسم الله تعالى عليه حينما يتشاغل بالذبح أو متصلاً به عرفاً، فلو أخل بها فإن كان عمداً حرمت وإن كان نسياناً لم تحرم، وفي إلحاق الجهل بالحكم بالنسيان أو العمد قولان؟ أظهرهما الثاني، والمعتبر في التسمية وقوعها بهذا القصد، أعني بعنوان كونها على الذبيحة ولا تجزي التسمية الاتفاقية الصادرة لغرض آخر.

ثالثها: صدور حركة منها بعد تمامية الذبح كي تدل على وقوعه على الحي، ولو كانت جزئية - مثل أن تطرف عينها أو تحرك أذنها أو ذنبها أو تركض برجلها ونحوها- ولا يحتاج مع ذلك إلى خروج الدم المعتدل، فلو تحرك ولم يخرج الدم أو خرج متثاقلاً ومتقاطراً لا سائلاً ومعتدلاً كفى في التذكية، وفي الاكتفاء به أيضاً حتى يكون المعتبر أحد الأمرين من الحركة أو خروج الدم المعتدل قول مشهور لكن عندي فيه تردد وإشكال، هذا إذا لم يعلم حياته وأما إذا علم حياته بخروج مثل هذا الدم اكتفى به بلا إشكال^(٧٨٩).

مسألة ١٢: لا يعتبر كيفية خاصة في وضع الذبيحة على الأرض حال الذبح، فلا فرق بين أن يضعها على الجانب الأيمن كهيئة الميت حال الدفن وأن يضعها على الأيسر.

مسألة ١٣: لا يعتبر في التسمية كيفية خاصة وأن يكون في ضمن البسملة، بل المدار على صدق ذكر اسم الله عليها، فيكفي أن يقول "باسم الله" أو "الله أكبر" أو "الحمد لله" أو "لا إله إلا الله" ونحو ذلك، وفي الاكتفاء بلفظ "الله" من دون أن يقرن بما يصير به كلاماً تاماً دالاً على صفة كمال أو ثناء أو تمجيد إشكال، كالتعدي من لفظ الله إلى سائر أسمائه الحسنى كالرحمن والرحيم والخالق وغيرها، وكذا التعدي إلى ما يرادف هذه اللفظة المباركة في لغة أخرى كلفظة (يزدان) في الفارسية وغيرها في غيرها فإن فيه إشكالاً بل عدم الجواز قوي جداً^(٧٩٠).

مسألة ١٤: ذهب جماعة من الفقهاء إلى أنه يشترط في حلية الذبيحة استقرار الحياة لها قبل الذبح، فلو كانت غير مستقرة الحياة لم تحل بالذبح وكانت ميتة، وفسروا الاستقرار المزبور بأن لا تكون مشرفة على الموت بحيث لا يمكن أن يعيش مثلها في اليوم أو نصف يوم، كالمشقوق بطنه والمخرج حشوته والمذبوح من قفاه الباقية أوداجه والساقط عن شاهق تكسرت عظامه وما أكل السبع بعض ما به حياته وأمثال ذلك، والأقوى عدم اعتبار استقرار الحياة بالمعنى المزبور، بل المعتبر أصل الحياة ولو كانت عند

(٧٨٩) وما يعلم به بقاء الحياة إلى حيث الذبح وجود حركة في العين أو الأذن أو الذنب قبل الذبح، مما هو ظاهر أن الحيوان لا يزال حياً وقد وردت بذلك نصوص كثيرة.

(٧٩٠) فيه نظر والحلية أقوى وعدمها أحوط.

إشراف انقطاعها وخروجها^(٧٩١) فإن علم ذلك وإلا يكون الكاشف عنها الحركة بعد الذبح ولو كانت جزئية يسيرة كما تقدم.

مسألة ١٥: لا يشترط في حلية أكل الذبيحة بعد وقوع الذبح عليها حياً أن يكون خروج روحها بذلك الذبح، فلو وقع عليها الذبح الشرعي ثم وقعت في نار أو ماء أو سقطت من جبل ونحو ذلك فماتت بذلك حلت على الأقوى.

مسألة ١٦: تختص الإبل من بين البهائم بأن تذكيتها بالنحر كما أن غيرها يختص بالذبح فلو ذبحت الإبل أو نحرته غيرها كانت ميتة.

نعم، لو بقيت له الحياة بعد ذلك أمكن التدارك بأن يذبح ما يجب ذبحه بعد ما نحر، أو ينحر ما يجب نحره بعدما ذبحه ووقعت عليه التذكية.

مسألة ١٧: كيفية النحر ومحلّه أن يدخل سكيناً أو رمحاً ونحوهما من الآلات الحادة الحديدية في لَبْتِه، وهي المحل المنخفض الواقع بين أصل العنق والصدر.

ويشترط فيه كل ما اشترط في تذكية الذبيحة، فيشترط في الناحر ما اشترط في الذابح، وفي آلة النحر ما اشترط في آلة الذبح، ويجب التسمية عند النحر كما تجب عند الذبح ويجب الاستقبال بالمنحور كما يجب بالذبيحة، وفي اعتبار الحياة أو استقرارها هنا ما مر في الذبيحة.

مسألة ١٨: يجوز نحر الإبل قائمة وباركة مقبلة إلى القبلة، بل يجوز نحرها ساقطة على جنبها مع توجيه منحورها ومقاديم بدنها إلى القبلة وإن كان الأفضل كونها قائمة.

مسألة ١٩: كل ما يتعذر ذبحه أو نحره من الحيوان، إما لاستعصائه أو لوقوعه في موضع لا يتمكن الإنسان من الوصول إلى موضع الذكاة لينحجه أو ينحره، كما لو تردّى في البئر أو وقع في مكان ضيق وخيف موته، جاز أن يعقره^(٧٩٢) بسيف أو سكين أو رمح أو غيرها مما يجرحه ويقتله ويحلّ أكله، وإن لم يصادف العقر موضع التذكية وسقطت شرطية الذبح والنحر وكذلك الاستقبال.

نعم، في سائر الشرائط من التسمية وشرائط الذابح والناحر يجب مراعاتها، وأما الآلة فيعتبر فيه ما مر في آلة الصيد الجمادية، وفي الاجتزاء هنا بعقر الكلب وجهان أقواهما^(٧٩٣) ذلك في المستعصي دون غيره كالمتردي.

آداب الذبحة والنحر

(٧٩١) شريطة ألا يصدق عليه قوله تعالى: والمنخنقة، والموقودة، والمتردية، والنطيحة، ولعل كلامهم رحمهم الله إشارة إلى ما في الآية.

(٧٩٢) بعد أن يسمي الله سبحانه.

(٧٩٣) لا يترك الاحتياط في كليهما.

للذباحة والنحر آداب ووظائف مستحبة ومكروهة.

مسألة ٢٠: الآداب المستحبة كثيرة فمنها: أن يربط يدي الغنم مع إحدى رجليه ويطلق الأخرى ويمسك صوفه وشعره بيده حتى تبرد، وفي البقر أن يعقل قوائمه الأربع ويطلق ذنبه، وفي الإبل تكون قائمة ويربط يديها ما بين الخفين إلى الركبتين أو الإبطين ويطلق رجليها، وفي الطير أن يرسله بعد الذبح حتى يرفرف.

ومنها: أن يكون الذابح أو الناحر مستقبل القبلة.

ومنها: أن يعرض عليه الماء قبل الذبح أو النحر.

ومنها: أن يعامل مع الحيوان في الذبح أو النحر ومقدماتها ما هو الأسهل والأروح، وأبعد من التعذيب والأذية له، بأن يساق إلى الذبح أو النحر برفق، ويضعه للذبح برفق، وأن يحدّ الشفرة، وتوارى وتستتر عنه حتى لا يراها، وأن يسرع في العمل، ويمرّر السكين في المذبح بقوة، فعن النبي صلى الله عليه وآله: "إن الله تعالى شأنه كتب عليكم الإحسان في كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته" وفي نبوي آخر أنه صلى الله عليه وآله أمر أن تحدّ الشفار وأن توارى عن البهائم.

وأما المكروهة، فمنها: إبانة الرأس قبل خروج الروح منها عند الأكثر، وحرّمها جماعة وهو الأحوط ولا تحرم الذبيحة بفعلها ولو قلنا بالحرمة على الأقوى، هذا مع التعمد وأما مع الغفلة أو سبق السكين فلا حرمة ولا كراهية لا في الأكل ولا في الإبانة بلا إشكال.

ومنها: أن تنزع الذبيحة بمعنى إصابة السكين إلى نخاعها وهو الخيط الأبيض وسط الفقرة الممتدة من الرقبة إلى عجب الذنب.

ومنها: أن يسلم جلودها قبل خروج الروح منها، وقيل فيه بالحرمة وإن لم تحرم الذبيحة وهي الأحوط.

ومنها: أن يقلب السكين ويدخلها تحت الحلقوم ويقطع إلى فوق .

ومنها: أن يذبح حيوان وحيوان آخر ينظر إليه.

ومنها: أن يذبح ليلاً وبالنهاري قبل الزوال يوم الجمعة إلا مع الضرورة.

ومنها: أن يذبح بيده ما رباه من النعم.

ذكاة الجنين وما تقبل التذكية من الحيوانات

مسألة ٢١: إذا خرج الجنين أو أخرج من بطن أمه، فمع حياة الأم أو موتها بدون التذكية لم يحل أكله، إلا إذا كان حياً ووقعت عيه التذكية، وكذا إن خرج أو أخرج حياً من بطن أمه المذكاة فإنه لم يحل إلا بالتذكية.

فلو لم يذك لم يحل وإن كان عدم التذكية من جهة عدم اتساع الزمان لها على الأقوى، وأما لو خرج أو أخرج ميتاً من بطن أمه المذكاة حل أكله وكانت تذكيته بتذكية أمه ، لكن بشرط كونه تام الخلقة وقد أشعر أو أوبر، فإن لم يتم خلقتة ولم يشعر ولا أوبر كان ميتة وحراماً، ولا فرق في حليته مع الشرط المزبور بين ما لم تلجه الروح بعد وبين ما ولجته فمات في بطن أمه على الأقوى.

مسألة ٢٢: لو كان الجنين حياً حال إيقاع الذبح أو النحر على أمه ومات بعده قبل أن يشقوا بطنها ويستخرج منها، حل على الأقوى، أو بادر على شق بطنها ولم يدرك حياته، بل ولو لم يبادر أو لم يتأخر زائداً على القدر المتعارف في شق بطون الذبائح بعد الذبح، وإن كان الاحوط المبادرة وعدم التأخير حتى بالمقدار المتعارف، وأما لو أخر زائداً عن المقدار المتعارف ومات قبل أن يشق البطن فالظاهر عدم حليته.

مسألة ٢٣: لا إشكال في وقوع التذكية على كل حيوان حل أكله ذاتاً، وإن حرم بالعارض - كالجلال والموطوء - بحرياً كان أو برياً، وحشياً كان أو إنسياً، طيراً كان أو غيره، وإن اختلف في كيفية التذكية على ما سبق تفصيلها، وأثر التذكية فيها طهارة لحمها وجلدها وحلية أكل لحمها لو لم يحرم بالعارض. وأما غير المأكول من الحيوان فيما ليس له نفس سائلة لا أثر للتذكية فيه لا من حيث الطهارة ولا من حيث الحلية، لأنه طاهر ومحرم أكله على كل حال. وأما ما كان له نفس سائلة فما كان نجس العين كالكلب والخنزير ليس قابلاً للتذكية، وكذا المسوخ غير السباع كالفيل والدب والقرد ونحوها^(٧٩٤) والحشرات وهي الدواب الصغار التي تسكن باطن الأرض، كالفارة وابن عرس والضب ونحوها على الأحوط، لو لم يكن الأقوى فيهما^(٧٩٥).

وأما السباع، وهي ما تفترس الحيوان وتأكل اللحم سواء كانت من الوحوش كالأسد والنمر والفهد والثعلب وابن آوى وغيرها، أو من الطيور كالصقر والبازي والباشق وغيرها فالأقوى قبولها، وبها يظهر لحومها وجلودها، فيحل الانتفاع بها بأن تلبس في غير الصلاة ويفترش بها، بل بأن تجعل وعاء للمبيعات كأن تجعل قربة ماء أو عكة سمن أو دبة دهن ونحوها ، وإن لم تدبغ على الأقوى، وإن كان الأحوط أن لا تستعمل ما لم تكن مدبوغة.

مسألة ٢٤: الظاهر أن جميع أنواع الحيوان المحرم الأكل مما كانت له نفس سائلة غير ما ذكر من أنواع الوحوش والطيور المحرمة تقع عليها التذكية فتطهر بها لحومها وجلودها.

مسألة ٢٥: تذكية جميع ما يقبل التذكية من الحيوان المحرم الأكل إنما يكون بالذبح مع الشرائط المعتبرة في ذبح الحيوان المحلل، وكذا الاصطياد بالآلة الجمادية في خصوص الممتنع منها كالمحلل، وفي تذكيته بالاصطياد بالكلب المعلم تردد وإشكال.

(٧٩٤) عدم قبولها للتذكية مبني على الاحتياط، والأشبه خلاف ذلك.

(٧٩٥) في قوته نظر.

مسألة ٢٦: ما كان بيد المسلم من اللحوم والشحوم والجلود، إذا لم يُعلم كونها من غير الذكي يؤخذ منه ويعامل معه معاملة المذكي، فيجوز بيعه وشرائه وأكله واستصحابه في الصلاة وسائر الاستعمالات المتوقفة على التذكية، ولا يجب عليه الفحص والسؤال بل ولا يستحب بل نهي عنه، وكذلك ما يباع منها في سوق المسلمين سواء كان بيد المسلم أو مجهول الحال، بل وكذا ما كان مطروحاً في أرضهم، إذا كان فيه أثر الاستعمال، كما إذا كان اللحم مطبوخاً أو الجلد مخيطاً أو مذبوحاً، وبالجملة كانت فيه أمانة تدل على وقوع اليد عليه، بل وكذا إذا أخذ من الكافر وعلم كونه مسبقاً بيد المسلم على الأقوى، وأما ما يؤخذ من يد الكافر ولو في بلاد المسلمين ولم يعلم كونه مسبقاً بيد المسلم، وما كان بيد مجهول الحال في بلاد الكفار أو كان مطروحاً في أرضهم يعامل معه معاملة غير المذكي وهو بحكم الميتة، والمدار في كون البلد أو الأرض منسوباً إلى المسلمين غلبة السكان والقاطنين بحيث ينسب عرفاً إليهم، ولو كانوا تحت سلطنة الكفار، كما أن هذا هو المدار في بلد الكفار، ولو تساوت النسبة من جهة عدم الغلبة فتحكمه حكم بلد الكفار.

مسألة ٢٧: لا فرق في إباحة ما يؤخذ من يد المسلم بين كونه مؤمناً أو مخالفاً يعتقد طهارة جلد الميتة بالدبغ، ويستحل ذبائح أهل الكتاب، ولا يراعي الشروط التي اعتبرناها في التذكية، وكذا لا فرق بين كون الآخذ موافقاً مع المأخوذ منه في شرائط التذكية اجتهاداً أو تقليداً أو مخالفاً معه فيها إذا احتمل تذكيته على وفق مذهب الآخذ، كما إذا كان المأخوذ منه يعتقد كفاية قطع الحلقوم في الذبح، ويعتقد الآخذ لزوم قطع الأوداج الأربعة إذا احتمل أن ما بيده قد روعي فيه ذلك، وإن لم يلزم رعايته عنده .

ختم في الصيد والذباحة

وفيه مسائل:

الأولى: لا يجزي التوكيل في التسمية عند الاصطياد أو الذبح.

الثانية: لو شك في أنه سمى عند التذكية أو لا، فإن كان^(٧٩٦) بانياً على إتيان العمل صحيحاً يحل، وإن كان غافلاً بالمرّة يشكل الحلية، وكذا لو سمى وشك في إنها كانت لأجل التذكية أو من باب الاتفاق والعادة.

الثالثة: لو أصاب السهم إلى شيء ثم وثب منه إلى الصيد فإن كانت الإصابة إلى الصيد ببقاء حركته الأولية يحل وفي غيره لا يحل.

(٧٩٦) هذا الشرط تأكدي لأن المسلم الملتزم بانٍ على القيام بأعماله وفق ما أراد الله سبحانه، فأصالة الصحة جارية فيه.

الرابعة: لو ذبح بآلة مغصوبة أو في محل مغصوب تحل الذبيحة مع تحقق الشرائط وإن كان آثماً ضامناً لأجرة المثل، بل لو غصب حيواناً وذبحه يحل مع الشرائط وإن كان ضامناً لصاحبه.
الخامسة: لو كان له سكين طويل -مثلاً- فذبح حيوانين أو أكثر بتلك الآلة مرة واحدة يحل مع تحقق الشرائط.

السادسة: يصح صيد المضطر وذبيحته، وكذا المكره لو كان قصد ذلك موجوداً لديه.
السابعة: لو تردد سمك بين أن يكون قد مات في الماء أو بعد إخراج منه، يمكن القول بحليته والاحوط الاجتناب عنه.

الثامنة: لو كان هناك أطنان من السمك، وعلم أن فيها حلال وحرام يجري عليها حكم العلم الإجمالي.

التاسعة: يجوز الذبح بالمقراض، وبوضع السكين على الحلقوم وضغطه حتى تنقطع الأوداج الأربعة، ولكن الاحوط الترك فيهما.

العاشرة: من نذر أضحية يزول ملكه عنه^(٧٩٧)
الحادية عشرة: تجزي تسمية الأخرس لنفسه وأما صحة وكالته لغيره في الذبح مع تمكن الموكل من توكيل الكامل بل القادر عليها مشكلاً^(٧٩٨).

الثانية عشرة: لو أخرج سمكةً من الماء حياً ووجد في جوفها سمكة أخرى حلاً معاً.

الثالثة عشرة: يحل ما يصيده الأطفال من السمك والجراد.

الرابعة عشرة: بيض الطير تابع للأنثى في الملك.

الخامسة عشرة: في جواز وقوع التذكية على الحيوان غير المأكول اللحم البحري قولان؟ لا يبعد الأول

السادسة عشرة: ما يذبح بالمكائن الحديثة يحرم أكله وبيعه، فلا يملك البائع الثمن ولا المشتري المثمن، سواء علم أنه ذبح بطريق غير شرعي أو شك فيه.

السابعة عشرة: اللحوم المستوردة من البلاد الأجنبية المطبوعة عليها: " ذبح على الطريقة الإسلامية" تنقسم إلى أقسام ثلاثة:

الأول: ما إذا علم أن ما طبع مطابق للواقع.

الثاني: ما إذا علم الخلاف وأنه طبع لغرض تسويق السلعة وترويجها.

الثالث: ما إذا شك في ذلك.

وتحل في خصوص القسم الأول دون الأخيرين.

(٧٩٧) في زوال الملك عنها نظر بلى لا يجوز له بيعها أو استبدالها.

(٧٩٨) فالأشبه كفاية تسميته إن كانت ذات نطق مما تسمى تسمية للأخرس وفي غير ذلك إشكال.

الثامنة عشرة: لو ترك الاستقبال في الذبيحة عمداً معتقداً عدم وجوبه -اجتهاداً وتقليداً- فالظاهر الحليلة (٧٩٩).

كتاب الأطعمة والأشربة

والمقصود من هذا الكتاب بيان المحلل والمحرم من الحيوان وغير الحيوان.

القول في الحيوان

مسألة ١: لا يؤكل من حيوان البحر إلا السمك فيحرم غيره من أنواع حيوانه حتى ما يؤكل مثله في البر كبقرة الماء على الأقوى (٨٠٠)

مسألة ٢: لا يؤكل من السمك إلا ما كان له فلس وقشور بالأصل، وإن لم تبق وزال بالعارض كالكنت، فإنه -على ما ورد فيه- حوت سيئة الخلق تحتك بكل شيء فيذهب فلسها، ولذا لو نظرت إلى أصل أذنّها وجدته فيه، ولا فرق بين أقسام السمك ذي القشور فيحل جميعها، صغيرها من البني والشبوط والقطان والطيرامي والابلامي وغيرها، ولا يؤكل منه ما ليس له فلس في الأصل كالجري والزمار والزهو والمار ماهي.

مسألة ٣: الأريان المسمى في لسان أهل هذا الزمان بالروبيان من جنس السمك الذي له فلس فيحوز أكله.

مسألة ٤: بيض السمك يتبع السمك، فيبيض المحلل حلال وإن كان أملس، وبيض المحرم حرام وإن كان خشناً، وإذا اشتبه أنه من المحلل أو من المحرم حل أكله (٨٠١)، والأحوط في حال الإشتباه عدم أكل ما كان أملس.

مسألة ٥: لو تردد سمك حي بين المحلل والمحرم يحرم.

(٧٩٩) والأحوط الحرمة.

(٨٠٠) هذا هو المشهور، وهناك رواية بحلية كلما لم يذكر في الكتاب نص على حرمة، ولا ريب أن ما عليه المشهور أقرب إلى الاحتياط وأقرب إلى سلامة الجسم والروح. وفيما يلي من الفروع نجري على ما أفتى به المشهور إن شاء الله تعالى، ولا يعني ذلك ترك الرواية الأخرى ذات القوة أيضاً.

(٨٠١) فيه إشكال.

مسألة ٦: البهائم البرية من الحيوان صنفان: إنسية ووحشية، أما الإنسية فيحل منها جميع أصناف الغنم والبقر والإبل، ويكره الخيل والبغال والحمير، وأخفها كراهية الأول، واختلف في الأخيرين فقيل بأخفية الثاني وقيل بأخفية الأول، وتحرم منها غير ذلك كالكلب والسنور وغيرها، وأما الوحشية فتحل منها الظبي والغزلان والبقر والكباش الجبلية واليحمور والحمير الوحشية، وتحرم منها السباع^(٨٢)، وهي ما كان مفترساً وله ظفر وناب، قوياً كان - كالأسد والنمر والفهد والذئب - أو ضعيفاً - كالثعلب والضبع وابن آوى - وكذا يحرم الأرنب وإن لم يكن من السباع وكذا تحرم الحشرات كلها - كالحية والفارة والضب واليربوع والقنفذ والصراصر والجعل والبراغيث والقمل - وغيرها مما لا تحصى.

مسألة ٧: يحرم الذباب والزنبور والديدان حتى التي في الفواكه.

مسألة ٨: يحل من الطير، الحمام بجميع أصنافه كالقماري وهو الأزرق، والدباسي وهو الأحمر، والوشان وهو الأبيض، والدراج والقَبَج والقَطَا والطيحوج والبط والكروان والحبارى والكركي والدجاج بجميع أقسامه، والعصفور بجميع أنواعه، ومنه البلبل والزرزور والقبرة وهي التي على رأسها القنزعة، وقد ورد إنها من مسحة سليمان عليه السلام، ويكره منه الهدهد والخطاف وهو الذي يأوى البيوت وأنس الطيور بالناس، والصرد وهو طائر ضخم الرأس والمنقار يصيد العصفير أبقع نصفه أسود ونصفه أبيض، والصمّام وهو طائر أغبر اللون طويل الرقبة أكثر ما يبست في النخل، والشقراق وهو طائر أخضر مليح بقدر الحمام خضرته حسنة مشبعة، في أجنحته سواد، ويكون مخططاً بحمرة وخضرة وسواد ولا يحرم شيء منها، حتى الخطّاف على الأقوى، ويحرم منه الخفّاش والطاووس.

وكل ذي مخلب، سواء كان قوياً يقوى به على افتراس الطير كالبازي والصقر والعقاب والشاهين والباشق أو ضعيفاً لا يقوى به على ذلك كالنسر والبعث.

مسألة ٩: الأحوط التنزه والاجتناب عن الغراب بجميع أنواعه حتى الزاغ - وهو غراب الزرع - والغداف الذي هو أصغر منه أغبر اللون كالرماد ويتأكد الاحتياط في الأبقع الذي فيه سواد وبياض ويقال له العققق، والأسود الكبير الذي يسكن الجبال وهما يأكلان الجيف، ويحتمل قوياً كونهما من سباع الطير فيقوى فيهما الحرمة.

مسألة ١٠: يميّز محلّل الطير عن محرّمه بأمرين جعل كل منهما في الشرع علامة للحل والحرمة فيما لم ينص على حليّته ولا على حرّمته، دون ما نص فيه على حكمه من حيث الحل أو الحرمة، كالأنواع المتقدمة.

أحدهما: الصفيف والدفيف فكل ما كان صفيفه - وهو بسط جناحيه عند الطيران - أكثر من دفيفه - وهو تحريكهما عنده - فهو حرام، وما كان بالعكس بأن كان دفيفه أكثر من صفيفه فهو حلال.

(٨٢) على المشهور وهناك رواية على حلية ما لم ينص الكتاب على حرّمته، والمشهور أحوط.

ثانيهما: الحوصلة، والقانصة، والصيصية فما كان فيه أحد هذه الثلاثة فهو حلال، وما لم يكن شيء منها فهو حرام، والحوصلة: ما يجتمع فيه الحب وغيره من المأكول عند الحلق، والقانصة في الطير: بمنزلة الكرش لغيره، أو هي قطعة صلبة تجتمع فيها الحصة الدقاق التي يأكلها الطير، والصيصية: هي الشوكة التي في رجل الطير موضع العقب.

ويتساوى طير الماء مع غيره في العلامتين المزبورتين، فما كان دفيفه أكثر من صفيفه أو كان فيه أحد الثلاثة: الحوصلة والقانصة والصيصية فهو حلال وإن كان يأكل السمك، وما كان صفيفه أكثر من دفيفه أو لم يوجد فيه شيء من الثلاثة فهو حرام.

مسألة ١١: لو تعارضت العلامتان كما إذا كان ما صفيفه أكثر من دفيفه ذا حوصلة أو قانصة أو صيصية، أو كان ما دفيفه أكثر من صفيفه فاقداً للثلاثة، فالظاهر إن الاعتبار بالصفيف والدفيف فيحرم الأول ويحل الثاني على إشكال في الثاني، فلا يترك الاحتياط.

ولكن ربما قيل بالتلازم بين العلامتين وعدم وقوع التعارض بينهما فلا إشكال.

مسألة ١٢: لو رأى طيراً يطير وله صفيف ودفيف ولم يتبين أيهما أكثر، تعين له الرجوع إلى العلامة الثانية^(١٣) وهي وجود إحدى الثلاثة وعدمها فيه، وكذا إذا وجد طيراً مذبوحاً لم يعرف حاله.

مسألة ١٣: لو فرض تساوي الصفيف والدفيف فيه فالمشهور على حليته لكن لا يخلو من إشكال فالاحوط أن يرجع فيه إلى العلامة الثانية.

مسألة ١٤: بيض الطيور تابعة لها في الحل والحرمه فيبيض المحلل حلال وبيض المحرم حرام، وما اشبهه أنه من المحلل أو المحرم يؤكل ما اختلف طرفاه وتميز رأسها من تحتها مثل بيض الدجاج، دون ما اتفق وتساوى طرفاه.

مسألة ١٥: النعامة من الطيور وهي حلال لحمًا وبيضًا على الأقوى.

مسألة ١٦: اللقلق لم ينص على حرمة ولا على حليته فليرجع في حكمه إلى علامات الحل والحرمه، أما من جهة الدفيف والصفيف فقد اختلف في ذلك أنظار من تفقده، فبعض إدعى أن دفيفه أكثر من صفيفه وبعض إدعى العكس ولعل طيرانه غير منتظم، وكيف كان إذا تبين حاله من جهة الدفيف والصفيف فهو، وإلا فليرجع إلى العلامة الثانية وهي وجود إحدى الثلاث وعدمها.

الحيوان المحرم بالعارض

تعرض الحرمة على الحيوان المحلل بالأصل في موارد ثلاثة:

(١٣) إن لم يمكن التأكد بلا حرج.

الأول: الجلل وهو أن يتغذى الحيوان عذرة الإنسان بحيث يصدق عرفاً أنها غذاؤه، ولا يلحق بعذرة الإنسان عذرة غيره ولا سائر النجاسات.

مسألة ١: يتحقق صدق الجلل بانحصار غذائه بعذرة الإنسان، فلو كان يتغذى بها مع غيرها لم يتحقق الصدق، فلم يجرم، إلا أن يكون تغذيه بغيرها نادراً جداً بحيث يكون في أنظار العرف بحكم العدم، وبأن يكون تغذيه بها مدة معتداً بها، والظاهر عدم كفاية يوم وليلة بل يشك صدقه بأقل من يومين بل ثلاثة^(٨٠٤).

مسألة ٢: يعم حكم الجلل كل حيوان محلل حتى الطير والسماك.

مسألة ٣: كما يجرم لحم الحيوان بالجلل، يجرم لبنه وبيضه ويحلان بما يحل به لحمه، وبالجملة هذا الحيوان المحرم بالعارض كالحيوان المحرم بالأصل في جميع الأحكام قبل أن يستبرأ وينزل حكمه.

مسألة ٤: الظاهر أن الجلل ليس مانعاً عن وقوع التذكية فيذكي الجلال بما يذكي به غيره، ويترتب عليها طهارة لحمه وجلده كسائر الحيوان المحرم بالأصل القابل للتذكية.

مسألة ٥: تزول حرمة الجلال بالاستبراء بترك التغذي بالعذرة والتغذي بغيرها مدة وهي في الإبل أربعون يوماً. وفي البقر عشرون يوماً، والاحوط ثلاثون يوماً، وفي الشاة عشرة أيام، وفي البطة خمسة أيام، وفي الدجاجة ثلاثة أيام، وفي السمك يوم وليلة، وفي غيرها، ما ذكر فالمدار على زوال اسم الجلل، بحيث لم يصدق عليه أنه يتغذى بالعذرة بل يصدق أن غذاءه غيرها.

مسألة ٦: كيفية الاستبراء أن يمنع الحيوان بربط أو حبس عن التغذي بالعذرة في المدة المقررة، ويعلف في تلك المدة علفاً طاهراً على الأحوط، وإن كان الاكتفاء بالتغذي بغير ما أوجب الجلل مطلقاً وإن كان متنجساً أو نجساً لا يخلو من قوة خصوصاً في المتنجس.

مسألة ٧: يستحب ربط الدجاجة التي يراد أكلها أياماً ثم ذبحها وإن لم يعلم جليلها.

الثاني: أن يطأه الإنسان قبلاً أو دبراً وإن لم ينزل، صغيراً كان الواطئ أو كبيراً، عالماً كان أو جاهلاً، مختاراً كان أو مكرهاً، فحلاً كان الموطوء أو أنثى، فيحرم بذلك لحمه ولحم نسله^(٨٠٥) المتجدد بعد الوطئ ولبنه.

مسألة ٨: الحيوان الموطوء إن كان مما يراد أكله كالشاة والبقرة والناقة يجب أن يذبح ثم يحرق ويغرم الواطئ قيمته لمالكه إذا كان غير المالك، وإن كان مما يراد ظهره حملاً أو ركوباً وليس يعتاد أكله - كالحمار والبغل والفرس - أخرج^(٨٠٦) من المحل الذي فعل به إلى بلد آخر فيباع فيه فيعطى ثمنه للواطئ

(٨٠٤) المعيار هو التغذي بالنجاسة، وهو لا يصدق إلا إذا نبت لحمه منها، وهذا المعيار يختلف باختلاف الحيوان، كما أن إستبراءه مختلف، فنبات لحم الإبل يطول أكثر من البقرة وهي أكثر من الشاة وهي أكثر من الطير.

(٨٠٥) فيه نظر وإن كان أحوط.

(٨٠٦) على الأشبه.

ويغرم قيمته إن كان غير المالك، ولعلنا نستوفي بعض ما يتعلق بهذه المسألة في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى.

الثالث: أن يرتضع حمل أو جدي أو عجل من لبن خنزيرة حتى قوي ونبت لحمه واشتد عظمه فيحرم لحمه ولحم نسله ولبنهما.

مسألة ٩: لا تلحق بالخنزيرة، الكلبة ولا الكافرة.

مسألة ١٠: في تعميم الحكم للشرب من دون رضاع أو للرضاع بعد ما كبر وفطم إشكال، وإن كان أحوط.

مسألة ١١: إذا لم يشتد عظم الجدي أو الحمل أو العجل من لبن الخنزيرة كره^(٨٧) لحمه وتزول الكراهية بالاستبراء سبعة أيام بأن يمنع عن التغذية بلبن الخنزيرة ويعلف إن استغنى عن اللبن، وإن لم يستغن عنه يلقي على ضرع شاة مثلاً في تلك المدة.

مسألة ١٢: لو شرب الحيوان المحلل الخمر حتى سكر وذبح في تلك الحال يؤكل لحمه لكن بعد غسله، ولا يؤكل ما في جوفه من الأمعاء والكرش والقلب والكبد وغيرها وإن غسل، ولو شرب بولاً ثم ذبح عقيب الشرب حل لحمه بلا غسل ويؤكل ما في جوفه بعد ما يغسل.

مسألة ١٣: لو رضع جدي أو عناق أو عجل من لبن امرأة حتى فطم وكبر لم يحرم لحمه لكنه مكروه.

ما يحرم من الحيوان المحلل

يحرم من الحيوان المحلل وإن ذكي أربعة عشر شيئاً .

الدم، والروث، والطحال، والقضيب، والانتيان، والمثانة، والمرارة، والنخاع وهو خيط أبيض كالمخ في وسط فقار الظهر، والغدد وهي كل عقدة في الجسد مدورة يشبه البندق في الأغلب، والمشيمة وهي موضع الولد أو قرينه الذي يخرج معه -ويجب الاحتياط بالتنزه عنهما-، والعلباوان وهما عصبتان عريضتان صفراوان ممتدتان على الظهر من الرقبة إلى الذنب، وخرزة الدماغ وهي حبة في وسط الدماغ بقدر الحمصة تميل إلى الغبرة في الجملة يخالف لونها لون المخ الذي في الجمجمة، والحدقة وهي الحبة الناضرة من العين لا جسم العين كله.

مسألة ١: تختص حرمة الأشياء المذكورة بالذبيحة، والمنحورة، فلا يحرم من السمك والجراد شيء منها ما عدا الرجيع والدم على إشكال فيهما.

(٨٧) الاحوط الاحتباب قبل الإستبراء.

مسألة ٢: لا يوجد في الطيور شيء مما ذكر عدا الرجيع، والدم، والمرارة، والطحال، والبيضتين في الديكة ولا إشكال في حرمة الأولين منها فيها ، وأما البواقي ففيها إشكال فلا يترك فيها الاحتياط.

مسألة ٣: يؤكل من الذبيحة غير ما مر، فيؤكل القلب والكبد والكرش والأمعاء والغضروف والعضلات وغيرها.

نعم، يكره الكليتان وأذن القلب والعروق خصوصاً الأوداج، وهل يؤكل منها الجلد والعظم مع عدم الضرر أم لا؟ أظهرهما الأول وأحوطهما الثاني.

نعم، لا إشكال في جلد الرأس وجلد الدجاج وغيره من الطيور، وكذا في عظم صغار الطيور كالعصفور.

مسألة ٤: يجوز أكل لحم ما حل أكله نيئاً ومطبوخاً بل ومحروقاً أيضاً إذا لم يكن مضراً. نعم، يكره أكله غريباً بمعنى كونه طرياً لم يتغير بشمس ولا نار ولا بذر الملح عليه وتحفيفه في الظل وجعله قديداً.

مسألة ٥: اختلفوا في حلية البول من ما يؤكل لحمه كالغنم والبقر عند عدم الضرورة على قولين فقال بعض بالحلية، وحرّمه جماعة ، وهو الأحوط^(٨٨).

نعم، لا إشكال في حلية بول الإبل للاستشفاء .

مسألة ٦: يحرم رجيع كل حيوان ولو كان مما حل أكله.

نعم، الظاهر عدم حرمة فضلات الديدان الملتصقة بأجواف الفواكه والبواقي ونحوها، وكذا ما في جوف السمك والجراد إذا أكل معهما.

مسألة ٧: يحرم الدم من الحيوان ذي النفس حتى العلقة والدم في البيضة^(٨٩) عدا ما يتخلف في الذبيحة على إشكال فيما يجتمع منه في القلب والكبد، وأما الدم من غير ذي النفس فما كان مما حرم أكله كالوزغ والضفدع والقرد فلا إشكال في حرمة، وأما ما كان مما حل أكله كالسمك الحلال ففيه خلاف، والظاهر حليته إذا أكل مع السمك بأن أكل السمك بدمه، وأما إذا أكل منفرداً ففيه إشكال.

مسألة ٨: قد مر في كتاب الطهارة، طهارة مالا تحله الحياة من الميتة حتى اللبن والبيضة إذا اكتست جلدها الأعلى الصلب والانفحة وهي كما أنها طاهرة حلال أيضاً.

مسألة ٩: لا إشكال في حرمة القيح والوسخ والبلغم والنخامة من كل حيوان ، وأما البصاق والعرق من غير نجس العين فالظاهر حليتهما، خصوصاً إذا كان من الإنسان أو مما يؤكل لحمه من الحيوان.

^(٨٨) وإن كان الأقوى خلافه فيما لم يكن خبيثاً وبالذات عند الحاجة إليه للتداوي أو غيره.

^(٨٩) فيه نظر.

القول في غير الحيوان

مسألة ١: يحرم تناول الأعيان النجسة وكذا المنتجسة ما دامت باقية على النجاسة، ما عدا ما كانت أو جامدة.

مسألة ٢: يحرم تناول كل ما يضر بالبدن، سواء كان موجباً للهلاك كشرب السموم القاتلة، وشرب الحامل ما يوجب سقوط الجنين، أو سبباً لانحراف المزاج أو لتعطيل بعض الحواس ظاهرة أو باطنة أو لفقد بعض القوى، كالرجل يشرب ما يقطع به قوة الباه والتناسل، أو المرأة تشرب ما به تصير عقيماً لا تلد.

مسألة ٣: لا فرق في حرمة تناول المضرّ بين معلوم الضرر ومظنون، بل ومحمّله أيضاً إذا كان احتمالاً معتداً به عند العقلاء بحيث أوجب الخوف عندهم^(١٠) وكذا لا فرق بين أن يكون الضرر المترتب عليه عاجلاً أو بعد مدة.

مسألة ٤: يجوز التداوي والمعالجة بما يحتمل فيه الخطر ويؤدي إليه أحياناً إذا كان النفع المترتب عليه حسبما ساعدت عليه التجربة وحكم به الحدّاق وأهل الخبرة غالباً، بل يجوز المعالجة بالمضرّ العاجل الفعلي المقطوع به إذا يدفع به ما هو أعظم ضرراً وأشدّ خطراً، ومن هذا القبيل قطع بعض الأعضاء دفعاً للسرّاية المؤدية إلى الهلاك، وربط الجرح، والكّي بالنار، وبعض العمليات المعمولة في هذه الإعصار بشرط أن يكون الإقدام على ذلك جارياً مجرى العقلاء، بأن يكون المباشر للعمل حاذقاً محتاطاً مبالياً غير متسامح ولا متهور، لا إذا كان على خلاف ذلك كبعض المتطبّين.

مسألة ٥: ما كان يضرّ كثيره دون قليله يحرم كثيره المضرّ دون قليله غير المضرّ، ولو فرض العكس كان بالعكس، وكذا ما يضرّ منفرداً لا منضمماً مع غيره يحرم منفرداً لا منضمماً، وما كان بالعكس كان بالعكس.

مسألة ٦: إذا كان شيء لا يضرّ تناوله مرة أو مرتين مثلاً، ولكن يضرّ إدمانه وزيادة تكريره والتعود عليه، يحرم تكريره المضرّ خاصة، ومن ذلك شرب الأفيون بابتلاعه أو شرب دخانه، فإنه لا يضرّ مرة أو مرتين لكن تكراره والمداومة عليه والتعود به كما هو المتداول في بعض البلاد خصوصاً ببعض كفيّاته المعروفة عند أهل مضرّ غايته، وفيه فساد وأي فساد بل هو بلاء وأي بلاء، داء عظيم وبلاء جسيم وخطر خطير وفساد كبير أعاد الله المسلمين منه، فمن رام شربه لغرض من الأغراض فليلتفت إلى أن لا يكثره ولا يكرره إلى حد يتعود ويتلّى به، ومن تعود به يجب عليه الاجتهاد في تركه وكف النفس والعلاج بما يزيل عنه هذا الاعتقاد.

(١٠) كأنه لوجب حفظ النفس ومع الخوف عليها يجب التحفظ مما يخاف والله العالم.

مسألة ٧: يحرم أكل الطين ، وهو التراب المختلط بالماء حال بلته، وكذا المدر وهو الطين اليابس، ويلحق بهما التراب أيضاً على الأحوط.

نعم لا بأس بما تختلط به الحنطة أو الشعير مثلاً من التراب والمدر، وكذا ما يكون على وجه الفواكه ونحوها من التراب والغبار، وكذا الطين الممتزج بالماء المتوحد الباقي على إطلاقه، وذلك لاستهلاك الخليط في المخلوط.

نعم، لو أحس ذائقة الأجزاء الطينية حين الشرب فلا يترك الاحتياط بترك شربه أو تركه إلى أن يصفو وترسب تلك الأجزاء.

مسألة ٨: الظاهر أنه لا يلحق بالطين الرمل والأحجار وأنواع المعادن فهي حلال كلها مع عدم الضرر.

مسألة ٩: يستثنى من الطين، طين قبر الحسين عليه السلام فإن في تربته المقدسة الشفاء من كل داء، وإنها من الأدوية المفردة، وإنها لا تمر بداء إلا هضمته ولا يجوز أكلها لغير الاستشفاء، ولا أكل ما زاد عن قدر الحمصة المتوسطة، ولا يلحق به طين غير قبره من قبور سائر المعصومين على الأحوط لو لم يكن الأقوى.

نعم، لا بأس بأن يمزج بماء أو مائع آخر شربة والتبرك والاستشفاء بذلك الماء أو مائع آخر.

مسألة ١٠: لأخذ التربة المقدسة وتناولها عند الحاجة آداب وأدعية مذكورة في محالها خصوصاً في كتب المزار ولا سيما مزار بحار الأنوار، لكن الظاهر أنها كلها شروط كمال لسرعة تأثيرها، لا أنها شرط لجواز تناولها.

مسألة ١١: القدر المتيقن من محل أخذ التربة هو القبر الشريف وما يقرب منه على وجه يلحق به عرفاً، ولعله كذلك الحائر المقدس بأجمعه، لكن في بعض الأخبار يؤخذ طين قبر الحسين عليه السلام من عند القبر على سبعين ذراعاً، وفي بعضها طين قبر الحسين فيه شفاء وإن أخذ على رأس ميل، بل وفي بعضها أنه يستشفى مما بينه وبين القبر على رأس أربعة أميال، بل وفي بعضها على عشرة أميال، وفي بعضها فرسخ في فرسخ، بل وروي إلى أربعة فراسخ ، ولعل الاختلاف من جهة تفاوت مراتبها في الفضل، فكل ما قرب إلى القبر الشريف كان أفضل، والأحوط الاقتصار على ما حول القبر إلى سبعين ذراعاً، وفيما زاد على ذلك أن تستعمل ممزوجة بماء أو شربة على نحو لا يصدق عليه الطين ويستشفى به رجاءً.

مسألة ١٢: تناول التربة المقدسة للاستشفاء إما بازديادها وابتلاعها، وإما بجلها في الماء وشربه، أو بان يمزجها بشربة ويشربها بقصد التبرك والشفاء.

مسألة ١٣: إذا أخذ التربة بنفسه أو علم من الخارج بأن هذا الطين من تلك التربة المقدسة فلا إشكال، وكذا إذا قامت على ذلك البيئة، بل الظاهر كفاية قول عدل واحد بل شخص ثقة، وهل

يكفي إخبار ذي اليد بكونه منها أو بذله لها على أنه منها لا يبعد ذلك^(١١)، وإن كان الاحوط في غير صورة العلم وقيام البينة تناولها بالامتزاج بماء أو شربة.

مسألة ١٤: قد استثنى بعض العلماء من الطين طين الأرمي للتداوي به، وهو غير بعيد لكن الاحوط عدم تناوله إلا عند انحصار العلاج، أو ممزوجاً بالماء أو شربة أو أجزاء أخر بحيث لا يصدق معه أكل الطين.

مسألة ١٥: يحرم الخمر بالضرورة من الدين، بحيث أن مستحله في زمرة الكافرين، بل عن مولانا الباقر عليه السلام أنه: "لا يبعث الله نبياً ولا يرسل رسولاً إلا ويجعل في شريعته تحريم الخمر"، وعن الرضا عليه السلام: "أنه ما بعث الله نبياً قط إلا بتحريم الخمر"، وعن الصادق عليه السلام: "إن الخمر أم الخبائث ورأس كل شر، يأتي على شاربها ساعة يسلب لبه فلا يعرف ربه ولا يترك معصية إلا ركبتها ولا يترك حرمة إلا انتهكها ولا رحماً ماسة إلا قطعها، ولا فاحشة إلا أتاها وإن من شرب منها جرعة لعنه الله وملائكته ورسله والمؤمنون، وإن شربها حتى سكر منها نزع روح الإيمان من جسده وركبت فيه روح سخيفة ملعونة ولم تقبل صلاته أربعين يوماً، ويأتي شاربها يوم القيامة مسوداً وجهه مدلغاً لسانه ليسيل لعابه على صدره ينادي العطش العطش".

وقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: "من شرب الخمر بعد ما حرمها الله على لساني فليس بأهل أن يزوج إذا خطب، ولا يشفع إذا شفع، ولا يصدق إذا حدث، ولا يعاد إذا مرض، ولا يشهد له جنازة، ولا يؤتمن على أمانة"، بل: "لعن رسول الله صلى الله عليه وآله فيها عشرة: غارسها وحارسها وعاصرها وشاربها وحاملها والمحمولة إليه وبياعها ومشتريها وأكل ثمنها"، وقد ورد أن من تركها ولو لغير الله بل صيانة لنفسه سقاه الله من الرحيق المختوم، وبالجملة الأخبار في تشديد أمرها والترغيب في تركها أكثر من أن تحصى، بل نص في بعضها أنه أكبر الكبائر خصوصاً مدمنه، فقد ورد في أخبار مستفيضة أو متواترة أنه كعابد وثن أو كمن عبد الأوثان، وقد فسر المدمن في بعض الأخبار بأنه ليس الذي يشربها كل يوم، ولكنه الموطن نفسه أنه إذا وجدها شربها، هذا مع كثرة المضار في شربها التي اكتشفها حذاق الأطباء في هذه الأزمنة وأذعن المنصفون في غير ملتنا.

مسألة ١٦: يلحق بالخمر موضوعاً أو حكماً كل مسكر جامداً كان أو مايعاً، وما أسكر كثيره دون قليله حرم قليله وكثيره.

مسألة ١٧: ولو فرض في الخمر عدم الإسكار في بعض الطباع أو في بعض الأزمنة أو الأمكنة أو مع العادة لا يوجب ذلك الحلية.

(١١) إن أورث قوله ثقة عند العقلاء لا مطلقاً.

مسألة ١٨: إذا انقلبت الخمر خلاً حلت، سواء كان بنفسها أو بعلاج، وسواء كان العلاج بدون بمازجة شيء فيها كما إذا كان بتدخين أو مجاورة شيء، أو كان بالممازجة سواء استهلك الخليط فيها قبل أن تنقلب خلاً كما إذا مزجت بقليل من الملح أو الخل فاستهلكا فيها ثم انقلبت خلاً أو لم يستهلك بل بقي فيها إلى ما بعد الانقلاب، ويظهر ذلك الممتزج الباقي بالتبعية كما يظهر بها الإناء.

مسألة ١٩: ومن المحرمات المايعة الفقاع إذا صار فيه غليان ونشيش وإن لم يسكر، وهو شراب معروف كان في الصدر الأول يتخذ من الشعير في الأغلب، وليس منه ماء الشعير المعمول بين الأطباء.

مسألة ٢٠: يحرم عصير العنب إذا نش وغلى بنفسه أو غلى بالنار، وكذا عصير الزبيب على الاحوط لو لم يكن الأقوى.

وأما عصير التمر فالأقوى أنه يحرم إذا غلى بنفسه^(١١٢)، ويحل إذا غلى بالنار، والظاهر أن الغليان بالشمس كالغليان بالنار فله حكمه.

مسألة ٢١: الظاهر^(١١٣) أن الماء الذي في جوف حبة العنب بحكم عصيره فيحرم إذا غلى بنفسه أو بالنار.

نعم، لا يحكم بحرمته ما لم يعلم بغليانه، وهو نادر جداً لعدم الإطلاع على باطنها غالباً، فلو وقعت حبة من العنب في قدر يغلي وهي تعلو وتسفل في الماء المغلي، فمن يطلع على كيفية ما في جوف تلك الحبة؟ ولا ملازمة بين غليان ماء القدر وغليان ما في جوفها، بل لعل المظنون عدمها لأن المظنون أنه لو غلى ما في جوفها لتفسخت وانشقت، وبالجمل المدار على حصول العلم بالغليان وعدمه فمن علم به حرم عليه ومن لم يعلم به حل له.

مسألة ٢٢: من المعلوم أن الزبيب ليس له عصير في نفسه، فالمراد بعصيره ما اكتسب منه الحلاوة، إما بأن يدق ويخلط بالماء، وإما بأن ينقع في الماء ويمكث إلى أن يكتسب حلاوته بحيث صار في الحلاوة بمثابة عصير العنب، وإما بأن يمرس ويعصر بعد النقع فيستخرج عصارته، وأما إذا كان الزبيب على حاله وحصل في جوفه ماء فالظاهر أن ما فيه ليس من عصير الزبيب فلا يحرم بالغليان وإن كان الأحوط الاجتناب عنه، لكن العلم به غير حاصل عادة، فإذا القي زبيب في قدر فيه ماء أو مرق وكان يغلي فرأينا الزبيب فيه منتفخاً، من أين ندري أن ما في جوفه قد غلى، مع أنه بحسب العادة لو غلى ما في جوفه لا نشق وتفسخ، وأولى من ذلك بعدم وجوب الاجتناب ما إذا وضع في وسط طبيخ أو كبة أو محشى ونحوها مما ليس فيه ماء، وإن انتفخ فيه لأجل الابجرة الحاصلة فيه.

(١١٢) إذا أصبح بذلك مسكراً كما هو المحكي.

(١١٣) فيه نظر والأقوى عدم حرمته ما لم يسمى بعصير العنب والاحوط الاجتناب.

مسألة ٢٣: الظاهر أن ما غلى بنفسه من أقسام العصير لا تزول حرمة إلا بالتخليل ، كالخمر، حيث إنها لا تحل إلا بانقلابها خلاً ولا أثر فيه لذهاب الثلثين، وأما ما غلى بالنار تزول حرمة بذهاب ثلثيه وبقاء ثلث منه، والأحوط^(١٤) أن يكون ذلك بالنار لا بالهواء وطول المكث مثلاً. نعم، لا يلزم أن يكون ذهاب الثلثين في حال غليانه بل يكفي كون ذلك مستنداً إلى النار ولو بضميمة ما ينقص منه بعد غليانه قبل أن يبرد، فلو كان العصير في القدر على النار قد غلى حتى ذهب نصفه (ثلاثة أسداسه) ثم وضع القدر على الأرض فنقص منه قبل أن يبرد بسبب صعود البخار سدس آخر كفى في الحلّية.

مسألة ٢٤: إذا صار العصير المغلي دساً قبل أن يذهب ثلثاه لا يكفي في حلّيته على الأقوى. مسألة ٢٥: إذا اختلط العصير بالماء ثم غلى يكفي في حلّيته ذهاب ثلثي المجموع وبقاء ثلثه، فلو صب عشرين رطلاً من ماء في عشرة أرطال من عصير العنب ثم طبخه حتى ذهب منه عشرون وبقي عشرة فهو حلال، وبهذا يمكن العلاج في طبخ بعض أقسام العصير مما لا يمكن لغلظها وقوامها أن تطبخ على الثلث لأنه يحترق ويفسد قبل أن يذهب ثلثاه، فيصب فيه الماء بمقداره أو أقل منه أو أكثر ثم يطبخ إلى أن يذهب الثلثان ويبقى الثلث.

مسألة ٢٦: لو صب على العصير المغلي قبل أن يذهب ثلثاه مقداراً من العصير غير المغلي، وجب ذهاب ثلثي مجموع ما بقي من الأول مع ما صب ثانياً، ولا يحسب ما ذهب من الأول أولاً، فإذا كان في القدر تسعة أرطال من العصير فغلى حتى ذهب منه ثلاثة وبقي ستة، ثم صب عليه تسعة أرطال أحر فصار خمسة عشر، يجب أن يغلي حتى يذهب عشرة ويبقى خمسة ولا يكفي ذهاب تسعة وبقاء ستة.

مسألة ٢٧: لا بأس بأن يطرح في العصير قبل ذهاب الثلثين مثل اليقطين والسفرجل والتفاح وغيرها ويطبخ فيه حتى يذهب ثلثاه فإذا حلّ حلّ ما طبخ فيه.

مسألة ٢٨: يثبت ذهاب الثلثين من العصير المغلي بالعلم وبالبيّنة وبإخبار ذي اليد المسلم، بل وبالأخذ منه إذا كان ممن يعتقد حرمة ما لم يذهب ثلثاه بل وإذا لم يعلم اعتقاده أيضاً.

نعم، إذا علم أنه ممن يستحل العصير المغلي قبل أن يذهب ثلثاه مثل أن يعتقد أنه يكفي في حلّيته صيرورته دساً، إما اجتهاداً أو تقليداً ففي جواز الاستيمان بقوله إذا اخبر عن حصول التثليث خلاف وإشكال، وأولى بالإشكال جواز الأخذ منه والبناء على أنه طبخ على الثلث إذا احتمل ذلك من دون تفحص عن حاله ، ولكن الأقوى جواز الاعتماد بقوله وكذا جواز الأخذ منه والبناء على التثليث على كراهية.

(١٤) لا يترك.

مسألة ٢٩: يحرم تناول مال الغير وإن كان كافراً محترم المال بدون إذنه ورضاه، حتى ورد: "مَنْ أَكَلَ مِنْ طَعَامٍ لَمْ يَدَعْ إِلَيْهِ فَكَأَنَّمَا أَكَلَ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ".

مسألة ٣٠: يجوز أن يأكل الإنسان ولو مع عدم الضرورة من بيوت من تضمنته الآية الشريفة في سورة النور، وهم: الآباء والأمهات والإخوان والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات، وكذا يجوز لِمَنْ كَانَ وَكَيْلًا عَلَى بَيْتٍ أَحَدٍ مَفُوضًا إِلَيْهِ أُمُورَهُ وَحَفِظَهُ بِمَا فِيهِ أَنْ يَأْكَلَ مِنْ بَيْتِ مَوْلَاهُ، وَهُوَ الْمُرَادُ مِنْ " مَا مَلَكَتُمْ مَفَاتِحَهُ " الْمَذْكُورُ فِي تِلْكَ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ، وَكَذَا يَجُوزُ أَنْ يَأْكَلَ الصَّدِيقُ مِنْ بَيْتِ صَدِيقِهِ، وَكَذَا الزَّوْجَةُ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا، وَالْأَبُ وَالْأُمُّ مِنْ بَيْتِ الْوَالِدِ^(١٥).

وإنما يجوز الأكل من تلك البيوت إذا لم يعلم كراهية صاحب البيت، فيكون إمتيازها عن غيرها بعدم توقف جواز الأكل منها على إحراز الرضا والإذن من صاحبها فيجوز مع الشك، بل ومع الظن بالعدم أيضاً على الأقوى، بخلاف غيرها والاحوط اختصاص الحكم بما يعتاد أكله من الخبز والتمر والادام والفواكه والبقول ونحوها، دون نفائس الأطعمة التي تدخر غالباً لمواقع الحاجة للاضياف ذوي الشرف والعزة، والظاهر التعديدية إلى غير المأكول من المشروبات العادية من الماء واللبن المخيض واللبن الحليب وغيرها.

نعم، لا يتعدى إلى بيوت غيرهم ولا إلى غير بيوتهم، كدكاكينهم وبيساتينهم كما أنه يقتصر على ما في البيت من المأكول فلا يتعدى إلى ما يشتري من الخارج بثمن يؤخذ من البيت.

مسألة ٣١: تباح جميع المحرمات المزبورة حال الضرورة، إما لتوقف حفظ نفسه وسد رمقه على تناوله، أو لعروض المرض الشديد الذي لا يتحمل عادة بتركه، أو لأداء تركه إلى حقوق الضعف المفرط المؤدي إلى المرض أو التلف، أو المؤدي للتخلف عن الرفقة مع ظهور أمانة العطب، ومنها ما إذا خيف بتركه على نفس أخرى محتمة، كالحامل تخاف على جنينها والمرضعة على طفلها، بل ومن الضرورة خوف طول المرض أو عسر علاجه بترك التناول.

والمدار في الكل على الخوف الحاصل من العلم أو الظن بالترتب، لا مجرد الوهم والاحتمال.

مسألة ٣٢: من الضرورات المبيحة للمحرمات الإكراه، والتقوية عمن يخاف منه على نفسه أو نفس محترمة، أو على عرضه أو عرض محترم، أو مال محترم يجب عليه حفظه.

مسألة ٣٣: في كل مورد يتوقف حفظ النفس على ارتكاب محرّم، يجب الارتكاب فلا يجوز له التنزه والحال هذه، ولا فرق بين الخمر والطين وبين سائر المحرمات في هذا الحكم، والقول بوجوب التنزه عن الخمر والطين حتى مع الضرورة وأنه لا يباحان بها ضعيف، خصوصاً في ثانيهما، فإذا أصابه عطش حتى يخاف على نفسه فأصاب خمراً جاز بل وجب شرهما، وكذا إن اضطر إلى أكل الطين.

(١٥) على الأشبه وإن كان فيه تأمل لعدم التصريح به، ولكن بالفحوى والأولوية وأن أطيب المال ما يأكله الوالد من ولده يدل عليه والله العالم.

مسألة ٣٤: إذا اضطر إلى محرم فليقتصر على مقدار الضرورة ولا يجوز له الزيادة، فإذا اقتضت الضرورة أن يأكل الميتة لسد رمقه فليقتصر على ذلك ولا يجوز له أن يأكل حد الشبع إلا إذا فرض أن ضرورته لا تندفع إلا بالشبع.

مسألة ٣٥: جواز أكل المحرم في مورد الضرورة يختص بغير الباغي والعادي، وأما فيهما فيبقى على حرمة ويعاقب عليه وإن أرشده عقله إلى الارتكاب .

مسألة ٣٦: يجوز التداوي لمعالجة الأمراض بكل محرم إذا انحصر به العلاج، ولو بحكم الحذاق والثقات من الأطباء، والمدار على انحصار العلاج به بين ما بأيدي الناس مما يعالج به هذا الداء لا الانحصار واقعاً فإنه مما لا يحيط به إدراك البشر.

مسألة ٣٧: المشهور عدم جواز التداوي بالخمير بل بكل مسكر حتى مع الانحصار. لكن الجواز لا يخلو من قوة بشرط العلم بكونه قابلاً للعلاج، والعلم بأن ترك معالجته يؤدي إلى الهلاك أو إلى ما يدانيه والعلم بانحصار العلاج به بالمعنى الذي ذكرناه.

نعم، لا يخفى شدة أمر الخمر فلا يبادر إلى تناولها والمعالجة بها، إلا إذا رأى من نفسه الهلاك لو ترك التداوي بها ، ولو بسبب توافق جماعة من الحذاق وأولي الديانة والدراية من الأطباء، وإلا فليصطر على المشقة فلعل الباري تعالى شأنه يعافيه لما رأى منه التحفظ على دينه، فعن الثقة الجليل عبد الله بن أبي يعفور أنه قال: "كان إذا أصابته هذه الأوجاع فإذا اشتدت شرب الحسو من النبيذ فسكن عنه فدخل على أبي عبد الله عليه السلام فآخبره بوجعه وأنه إذا شرب الحسو من النبيذ سكن عنه، فقال له: لا تشربه، فلما أن رجع إلى الكوفة هاج به وجعه فأقبل أهله فلم يزالوا به حتى شرب، فساعة شربه منه سكن عنه، فعاد إلى أبي عبد الله عليه السلام فأخبره بوجعه وشربه، فقال له: يا ابن أبي يعفور لا تشرب فإنه حرام، إنما هو الشيطان موكل بك ولو قد يئس منك ذهب، فلما أن رجع إلى الكوفة هاج به وجعه أشد مما كان فاقبل أهله عليه، فقال لهم: لا والله ما أذوق منه قطرة أبداً، فأيسوا منه أهله فكان يهتم على شيء ولا يحلف وكان إذا حلف على شيء لا يخلف، فلما سمعوا أيسوا منه، واشتد به الوجع أياماً ثم أذهب الله به عنه فما عاد إليه حتى مات رحمة الله عليه".

مسألة ٣٨: لو اضطر إلى أكل طعام الغير لسد رمقه وكان المالك حاضراً، فإن كان هو أيضاً مضطراً لم يجب عليه بل لا يجوز له بذله، ولا يجوز للمضطر قهره، وإن لم يكن مضطراً يجب عليه بذله للمضطر، وإن امتنع عن البذل جاز له قهره، بل مقاتلته، والأخذ منه قهراً، ولا يتعين على المالك بذله مجاناً فله أن لا يبذله إلا بالعوض، وليس للمضطر قهره بدونه، فإن اختار البذل بالعوض فإن لم يقدره بمقدار كان له عليه ثمن مثل ما أكله أو مثله إن كان مثلياً، وإن قدره لم يتعين عليه تقديره بثلث المثل أو أقل، بل له أن يقدره بأزيد منه، وحينئذ إذا كان المضطر قادراً على دفعه يجب عليه الدفع إذا طالبه به، وإن كان عاجزاً يكون في ذمته يتبع تمكنه، هذا إذا كان المالك حاضراً وأما إذا كان غائباً فله الأكل منه

بمقدار سد رمقه وتقدير الثمن وجعله في ذمته ولا يكون أقل من ثمن المثل، والاحوط المراجعة إلى الحاكم لو وجد ومع عدمه فيلى عدول المؤمنين.

مسألة ٣٩: يحرم الأكل على مائدة يشرب عليها شيء من الخمر بل وغيرها من المسكرات وكذا الفقاع، بل ذهب بعض العلماء إلى حرمة كل طعام يعصى الله تعالى به أو عليه.

خاتمة

في بعض الآداب المتعلقة بالأكل والشرب، فأما آداب الأكل فهي بين مستحبة ومكروهة، أما المستحبة فأمور:

منها: غسل اليدين معاً قبل الطعام وبعده، مايعاً كان الطعام أو جامداً، وإذا كانت جماعة على المائدة يبدأ في الغسل الأول صاحب الطعام ثم بمن على يمينه ويدور إلى أن يتم الدور على من في يسار صاحب الطعام ثم يدور إلى أن يجتم بصاحب الطعام .

ومنها: المسح بالمنديل بعد الغسل الثاني وترك المسح به بعد الغسل الأول.

ومنها: أن يسمي عند الشروع في الأكل، بل على كل لون على انفراده عند الشروع في الأكل منه، ولا تعتبر العربية بل يكفي التسمية بغيرها أيضاً، ولو كان على المائدة جمعٌ وسمى واحد منهم أجزاءً عن الجميع، وإن كان الأفضل أن يسمي كل واحد منهم، كما لا يعتبر أن تكون التسمية بخصوص البسملة المعهودة بل يجزي لفظ " بسم الله " فقط، ولكن الأفضل الإتيان بها.

ومنها: أن يحمد الله تعالى بعد الفراغ.

ومنها: الأكل باليمين.

ومنها: أن يبدأ صاحب الطعام وأن يكون آخر من يمتنع.

ومنها: أن يأكل بثلاث أصابع أو أكثر ولا يأكل بإصبعين وقد ورد أنه من فعل الجبارين.

ومنها: أن يأكل مما يليه إذا كان مع جماعة على مائدة ولا يتناول من قدام الآخر.

ومنها: تصغير اللقمة.

ومنها: تجويد المضغ.

ومنها: طول الجلوس على الموائد وطول الأكل.

ومنها: لعق الأصابع ومصّها وكذا لطح القصة ولحسها بعد الفراغ.

ومنها: الخلال بعد الطعام وأن لا يكون يعود الريحان وقضيب الرمان والخوص والقصب.

ومنها: التقاط ما يسقط من الخوان خارج السفرة والطبق وأكله فإنه شفاء من كل داء إذا قصد به

الاستشفاء وأنه ينفي الفقر ويكثر الولد، وهذا في غير الصحراء ونحوها وأما فيها فيستحب أن يترك للطير والسبع بل ورد أن ما كان في الصحراء فدعه ولو فخذ شاة.

ومنها: الأكل غداءً وعشياً وعدم الأكل بينهما.

ومنها: أن يستلقي بعد الأكل على قفاه ويجعل رجله اليمنى على اليسرى.

ومنها: الافتتاح بالملح والاختتام به فقد ورد أن فيه: "المعافاة عن اثنين وسبعين من البلاء" وفي خبر آخر " ابدعوا بالملح في أول طعامكم فلو يعلم الناس ما في الملح لاختاروه على التزيق المجرب".

ومنها: حضور البقل والخضروات على المائدة وكرامة ترك ذلك.

ومنها: الأكل من جوانب الغذاء لا من وسطه وذروته بل يكره ذلك.

ومنها: رفع الصوت بالتحميد.

ومنها: غسل الثمار بالماء قبل أكلها ففي الخبر: " إن لكل ثمرة سماً فإذا أتيتم بها اغمسوها في الماء يعني اغسلوها".

وأما المكروه: فمنها الأكل على الشبع.

ومنها: التملي من الطعام ففي الخبر: " ما من شيء أبغض إلى الله من بطن مملوء" وفي خبر آخر: "أقرب ما يكون العبد إلى الله إذا خفّ بطنه، وأبغض ما يكون العبد إلى الله إذا امتلأ بطنه". وفي خبر آخر: "لو أن الناس قصدوا في المطعم لاستقامت أبدانهم". بل ينبغي الاقتصاد على ما دون الشبع ففي الخبر: "أن البطن إذا شبع طغى" وفي خبر آخر عن مولانا الصادق عليه السلام: "إن عيسى بن مريم قام خطيباً فقال: يا بني إسرائيل! لا تأكلوا حتى تجوعوا، وإذا جمعتم فكلوا ولا تشبعوا، فإنكم إذا شبعتم غلظت رقابكم وسمنت جنوبكم ونسيتم ربكم".

ومنها: النظر في وجوه الناس عند الأكل على المائدة.

ومنها: أكل الحار.

ومنها: النفخ على الطعام والشراب.

ومنها: انتظار الخبز إذا وضع الخبز.

ومنها: قطع الخبز بالسكين.

ومنها: أن يوضع الخبز تحت إناء ووضع الإناء عليه.

ومنها: المبالغة في أكل اللحم الذي على العظم.

ومنها: تقشير الثمرة.

ومنها: رمي بقية الثمرة قبل الاستقصاء في أكلها.

وأما آداب الشرب: فهي أيضاً بين مندوبة ومكروهة، أما المندوبة، فمنها: أن يشرب الماء مصاً لا عباً، فإنه كما في الخبر " يوجد منه الكباد" يعني وجع الكبد.

ومنها: أن يشرب قائماً بالنهار، فإنه "أقوى وأصح للبدن ويمرئ الطعام".

ومنها: أن يسمى عند الشروع ويحمد الله بعد ما فرغ.

ومنها: أن يشرب بثلاث أنفاس.

ومنها: التلذذ بالماء ففي الخبر: " من تلذذ بالماء في الدنيا لذذه الله في أشربة الجنة".

ومنها: أن يذكر الحسين عليه السلام وأهل بيته بعد شرب الماء، فعن داود الرقي قال: "كنت عند أبي عبد الله عليه السلام إذ استسقى الماء فلما شربه رأيته قد استعبر واغرورقت عيناه بدموعه، ثم قال لي يا داود -إلى أن قال - فما أنغص ذكر الحسين عليه السلام للعيش، إني ما شربت ماءً بارداً إلا ذكرت الحسين عليه السلام، وما من عبد شرب الماء فذكر الحسين عليه السلام وأهل بيته - إلى أن قال - إلا كتب الله عز وجل له مائة ألف حسنة وحط عنه مائة ألف سيئة ورفع له مائة ألف درجة وكأما أعتق مائة ألف نسمة وحشره الله يوم القيامة تلج الفؤاد".

وأما المكروهة، فمنها: الإكثار في شرب الماء فإنه كما في الخبر: "مادة لكل داء". وكان مولانا الصادق عليه السلام يوصي رجلاً فقال له: "أقل شرب الماء فإنه يمد كل داء، واجتنب الدواء ما احتمل بدئك الداء"، وعنه عليه السلام: "لو أن الناس أقلوا من شرب الماء لاستقامت أبدانهم".

ومنها: شرب الماء بعد أكل الطعام الدسم فإنه كما في الخبر يهيج الداء، وعن الصادق عليه السلام قال: "كان رسول الله إذا أكل الدسم أقل شرب الماء، فقليل له يا رسول الله إنك لتقل شرب الماء قال هو أمرئ لطعامي".

ومنها: الشرب باليسار.

ومنها: الشرب من قيام في الليل فإنه كما في الخبر " يورث الماء الأصفر".

ومنها: أن يشرب من عند كسر الكوز إن كان فيه كسر ومن عند عروته.

تذييل

في الكافي بإسناده عن أبي حمزة الشمالي عن أبي جعفر عليه السلام: "من سقى مؤمناً من ظمأ سقاه الله من الرحيق المختوم"، وعن أبي عبد الله عليه السلام قال: "قال رسول الله صلى عليه وآله وسلم من سقى مؤمناً شربة من ماء من حيث يقدر على الماء، أعطاه بكل شربة سبعين ألف حسنة، وإن سقاه من حيث لا يقدر على الماء فكأما أعتق عشر رقاب من ولد إسماعيل"، وفي الآمالي بإسناده عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: "من أطعم مؤمناً من جوع أطعمه الله من ثمار الجنة، ومن كساه من عري كساه الله من إسترق وحرير، ومن سقاه شربة من عطش سقاه الله من الرحيق المختوم، ومن أعانته أو كشف كربته أظله الله في ظل عرشه يوم لا ظل إلا ظله.

وفي المحاسن قال: "سأل رجل أبا جعفر عليه السلام عن عمل يعدل عتق رقبة، فقال: لأن أدعو ثلاثة نفر من المسلمين فأطعمهم حتى يشبعوا وأسقيهم حتى يرووا أحب إليّ من أن أعتق نسمة ونسمة حتى عدّ سبعة أو أكثر".

كتاب إحياء الموات والمشتركات

وفيه فصول:

الفصل الأول في إحياء الأرض

الموات: هي الأرض المعطلة التي لا ينتفع بها، إما لانقطاع الماء عنها، أو لاستيلاء المياه أو الرمول أو السبخ أو الأحجار عليها، أو لاستيجامها والتفاف القصب والأشجار بها أو لغير ذلك، وهو على قسمين:

الأول: الموات بالأصل، وهو ما لم يعلم مسبوقيته بالملك والإحياء، أو علم عدم مسبوقيته بهما كأكثر المفاوزي والبراري والبوادي وصفحات الجبال وأذيالها ونحوها.

الثاني: الموات بالعارض، وهو ما عرض عليه الخراب والموتان بعد الحياة والعمران، كالأراضي الدارسة التي بها آثار المرور والأنهار والقرى الخربة التي بقيت منها رسوم العمارة.

مسألة ١: الموات بالأصل وإن كان ملكاً للإمام عليه السلام، حيث أنه من الأنفال كما مر في كتاب الخمس، لكن يجوز في زمان الغيبة لكل أحد أحيائه مع الشروط الآتية، والقيام بعمارته وبملكه المحيي على الأقوى، سواء كان في دار الإسلام أو في دار الكفر، وسواء كان في أرض الخراج كأرض العراق أو في غيرها، وسواء كان المحيي مسلماً أو كافراً.

مسألة ٢: الموات بالعارض^(١٦) الذي كان مسبقاً بالملك والإحياء إذا لم يكن له مالك معروف على قسمين:

(١٦) يظهر من أدلة امتلاك المحيي للأرض الموات أنها من محكمات الشريعة التي ترد إليها سائر المشابهات، وهي ذات دلالة واضحة على أن رقبة الأرض لله وللرسول والإمام عليهما صلوات الله وأن الله سبحانه قد أذن أن يمتلكها من أحيائها، فهي ليست لغير الله، مثلاً لمن يقطعها له السلطان ويستولي عليها بقوة، بل هي بإذن الله ملك للمحیی مادامت العمارة فيها فإذا خربت رجعت إلى الملكية المطلقة لله ثم لمن أحيائها، لا فرق في ذلك بين أن يكون من أحيائها سابقاً حياً أو ميتاً، معلوماً أو مجهولاً أو يكون مالكها قد ورثها أو اشتراها ممن أحيائها، فما دامت عامرة، فهي مملوكة أما إذا عادت خراباً فهي لله ولمن يحييها، بلى قد يكون للمالك نوع حق فيها لبقايا آثار الحياة فيها، فعلى من يحييها أن يدفع إليه ذلك الحق حسب العرف والله العالم، ومن هذا التفصيل نعرف أن تفرع فروع المؤلف بلا أثر في الحكم.

الأول: ما باد أهلها وصارت بسبب مرور الزمان وتقادم الأيام بلا مالك، وذلك كالأراضي الدارسة والقرى والبلاد الخربة، وكالقنوات الطامسة التي كانت للأمم الماضين الذين لم يبق منهم اسم ولا رسم، أو نسبت إلى أقوام أو أشخاص لم يعرف منهم إلا الاسم.

الثاني: ما لم يكن كذلك ولم تكن بحيث عدت بلا مالك، بل كانت للمالك موجود ولم يعرف شخصه ويقال لها مجهولة المالك.

فأما القسم الأول، فهو بحكم الموات بالأصل في كونه من الأنفال، وأنه يجوز إحياءه ويملكه المحيي، فيجوز إحياء الأراضي الدارسة التي بقيت فيها آثار الأنهار والسواقي والمرور وتنقية القنوات والآبار المطمومة، وتعمير الخربة من القرى والبلاد القديمة التي بقيت بلا مالك ولا يعامل معها معاملة مجهول المالك، ولا يحتاج إلى الإذن من حاكم الشرع أو الشراء منه، بل يملكها المحيي والمعمّر بنفس الإحياء والتعمير.

وأما القسم الثاني: فلا إشكال في جواز إحيائه والقيام بتعميره والتصرف فيه بأنواع التصرفات، وهل يملكه المحيي عيناً ومنفعةً وليس عليه شيء إلا الزكاة عند اجتماع شرائطها كالقسم الأول أم لا؟ ظاهر المشهور هو الأول^(١٧)، لكنه لا يخلو من إشكال، فالأحوط أن يتفحص عن صاحبه، وبعد اليأس عنه يعامل معه معاملة مجهول المالك، فإذا أن يشتري عينها من حاكم الشرع ويصرف ثمنها على الفقراء وإما أن يستأجرها منه بأجرة معينة، أو يقدر ما هو أجرة مثلها لو انتفع ويتصدق بها على الفقراء. نعم، لو علم أن مالكة قد أعرض عنها أو انجلى عنها أهلها وتركوها لقوم آخرين جاز إحياءها وتملكها بلا إشكال.

مسألة ٣: إذا كان ما طراً عليه الخراب للمالك معلوم، فإن أعرض عنه مالكة كان لكل أحد إحياءه وتملكه، وإن لم يعرض عنه فإن أبقاه مواتاً للانتفاع بها في تلك الحال من جهة تعليف دوابه أو بيع حشيشه أو قصبه ونحو ذلك، فربما ينتفع منها مواتاً أكثر مما يستنفع منها محياً فلا إشكال^(١٨) في أنه لا يجوز لأحد إحياءها والتصرف فيها بدون إذن مالكة، وكذا فيما إذا كان مهتماً بإحيائها عازماً عليه، وإنما أحر الاشتغال به لجمع الآلات وتهيئة الأسباب المتوقعة الحصول أو لانتظار وقت صالح له^(١٩)، وأما لو ترك تعمير الأرض وإصلاحها، وأبقاها إلى الخراب من جهة عدم الاعتناء بشأنها، وعدم الاهتمام والالتفات إلى مرمتها، وعدم عزمه على إحيائها إما لعدم حاجته إليها أو لاشتغاله بتعمير غيرها فبقيت مهجورة مدة معتداً بها حتى آلت إلى الخراب، فإن كان سبب ملك المالك غير الإحياء مثل أنه ملكها بالإرث أو الشراء فليس لأحد وضع اليد عليها وإحياءها والتصرف فيها إلا بإذن مالكة، ولو أحيها

(١٧) وهو الوجه.

(١٨) مع اتصاف الأرض بوصف الموات فيه إشكال.

(١٩) إذا لم يخرج عن المعتاد، وإلا ففيه إشكال.

وتصرف فيها وانتفع بها بزرع أو غيره فعليه أجرتها لملكها^(٨٢٠) وإن كان سبب ملكه الإحياء بأن كانت أرضاً مواتاً بالأصل فأحيائها وملكها ثم بعد ذلك عطلها وترك تعميرها حتى آلت إلى الخراب، فالظاهر أنه يجوز إحيائها لغيره، فلو أحيائها غيره وعمرها كان الثاني أحق بها من الأول وليس للأول إنتزاعها من يده، وإن كان الأحوط أنه لو رجع الأول إليه أعطى حقه إليه ولم يتصرف فيها إلا بإذنه.

مسألة ٤: كما يجوز إحياء القرى الدارسة والبلاد القديمة التي باد أهلها وصارت بلا مالك يجعلها مزرعاً أو مسكناً أو غيرهما، كذا يجوز حياة أجزائها الباقية من أحجارها وأخشابها وآجرها وغيرها ويملكها الحائز إذا أخذها بقصد التملك.

مسألة ٥: لو كانت الأرض موقوفة وطراها الموتان والخراب، فإن كانت من الموقوفات القديمة الدارسة التي لم يعلم كيفية وقفها وأنها خاص أو عام أو وقف على الجهات، ولم يعلم من الاستفاضة والشهرة غير كونها وقفاً على أقوام ماضين لم يبق منهم إسم ولا رسم أو قبيلة لم يعرف منهم إلا الاسم فالظاهر إنها من الأنفال، فيجوز إحيائها كما إذا كان الموت المسبوق بالملك على هذا الحال، وإن علم أنها وقف على الجهات ولم تتعين - بأن علم أنها وقف إما على مسجد أو مشهد أو مقبرة أو مدرسة أو غيرها، ولم يعلم بعينها أو علم أنها وقف على أشخاص لم يعرفهم بأشخاصهم أو أعيانهم، كما إذا علم أن ملكها قد وقفها على ذرية ولم يعلم من الواقف ومن الذرية، فالظاهر أن ذلك بحكم الموت المجهول المالك، الذي نسب إلى المشهور القول بأنه من الأنفال، وقد^(٨٢١) مر ما فيه من الإشكال، بل القول به هنا أشكل، فالأحوط القيام بإحيائها وتعميرها والتصرف فيها والانتفاع بها بزرع أو غيره، وأن يصرف أجرة مثلها في الأول في وجوه البر، وفي الثاني على الفقراء، بل الأحوط خصوصاً في الأول مراجعة حاكم الشرع. وأما لو طرأ الموتان على الوقف الذي علم مصرفه أو الموقوف عليهم فلا ينبغي الإشكال^(٨٢٢) في أنه لو أحياه أحد وعمره وجب عليه صرف منفعته في مصرفه المعلوم في الأول ودفعها وإيصالها إلى الموقوف عليهم المعلومين في الثاني، وإن كان المتولي أو الموقوف عليهم تاركين إصلاحه وتعميره وممرته إلى أن آل إلى الخراب.

مسألة ٦: إذا كانت الموت بالأصل حريماً لعامر مملوك لا يجوز لغير مالكة إحيائه، وإن أحياه لم يملكه، وتوضيح ذلك: إن من أحياء مواتاً لإحداث شيء من دار أو بستان أو مزرع أو غيرها، يتبع ذلك الشيء الذي أحدثه مقدار من الأرض الموت القريبة من ذلك الشيء الحادث مما يحتاج إليها لتمام الانتفاع به ويتعلق بمصالحه عادة، ويسمى ذلك المقدار التابع حريماً لذلك المتبوع، ويختلف مقدار الحرم زيادة ونقصاً باختلاف ذي الحرم، وذلك من جهة تفاوت الأشياء في المصالح والمرافق المحتاج إليها، فما

(٨٢٠) ترجع ملكية الأرض بالنهاية إلى حالة الإحياء، فالتفريق بلا فارق واضح، والاشبه أنها لا تختلف عن سائر الأراضي الموات.

(٨٢١) ومّر أنه الوجه دون ما في المتن.

(٨٢٢) فيه إشكال مرّ وجهه.

يحتاج إليه الدار من المرافق بحسب العادة غير ما يحتاج إليه البئر والنهر مثلاً، وهكذا باقي الأشياء، بل يختلف ذلك باختلاف البلاد والعادات أيضاً، فإذا أراد شخص إحياء حوالي ما له الحريم لا يجوز له إحياء مقدار الحريم بدون إذن المالك ورضاه، وإن أحياه لم يملكه وكان غاصباً.

مسألة ٧: حريم^(٨٢٣) الدار مطرح ترابها وكناستها ورمادها ومصب مائها ومطرح ثلوجها ومسلك الدخول والخروج منها في الصوب الذي يفتح إليه الباب، فلو بنى داراً في أرض موات تبعه هذا المقدار من الموات من حواليها، فليس لأحد أن يحيى هذا المقدار بدون رضا صاحب الدار، وليس المراد إستحقاق الممر في قبالة الباب إستحقاقه على الاستقامة وعلى امتداد الموات، بل المراد أن يبقى مسلك له يدخل ويخرج إلى الخارج بنفسه وعياله وأضيافه وما تعلق به من دوابه وأحماله وأثقاله بدون مشقة بأي نحو كان، فيجوز لغيره إحياء ما في قبالة الباب من الموات إذا بقي له الممر ولو بانعطاف وانحراف. وحريم الحائط لو لم يكن جزءاً من الدار—بأن كان مثلاً جدار حصار أو بستان أو غير ذلك—مقدار ما يحتاج إليه لطرح التراب والآلات وبلّ الطين لو انتقض واحتاج إلى البناء والترميم. وحريم النهر مقدار مطرح طينه وترابه إذا احتاج إلى التنقية والمجاز على حافتيه للمواظبة عليه ولإصلاحه على قدر ما يحتاج إليه.

وحريم البئر ما يحتاج إليه لأجل السقي منها والانتفاع بها من الموضع الذي يقف فيه النازح إن كان الاستقاء منها باليد، وموضع الدولاب ومتردد البهيمة إن كان الاستقاء بهما، ومصب الماء والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية أو الزرع من حوض ونحوه، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منها من الطين وغيره لو اتفق الاحتياج إليه.

وحريم العين ما يحتاج إليه لأجل الانتفاع بها أو إصلاحها وحفظها على قياس غيرها.

مسألة ٨: لكل من البئر والعين والقناة—أعني بئرها الأخيرة التي هي منبع الماء ويقال لها بئر العين وأم الآبار حريم آخر، بمعنى آخر، وهو المقدار الذي ليس لأحد أن يحدث بئراً أو قناة أخرى فيما دون ذلك المقدار بدون إذن صاحبهما، وهو في البئر أربعون ذراعاً إذا كان حفرها لأجل إستقاء الماشية من الإبل ونحوها منها، وستون ذراعاً إذا كان لأجل الزرع وغيرها، فلو أحدث شخص بئراً في موات من الأرض لم يكن لشخص آخر إحداث بئرٍ أخرى في جنبها بدون إذنه، بل ما لم يكن الفصل بينهما أربعين ذراعاً أو ستين فما زاد على ما فصل.

وفي العين والقناة خمسمائة ذراع في الأرض الصلبة وألف ذراع في الأرض الرخوة، فإذا استنبط إنسان عيناً أو قناة في أرض موات صلبة وأراد غيره حفر أخرى تباعد عنه بخمسمائة ذراع، وإن كانت رخوة

(٨٢٣) هذه التحديدات تتوافق مع بعض البلاد ومع بعض الظروف، ومن هنا لا بد أن نرجع في التحديد إلى عرف كل بلد ومدى حاجات مرافقه للحريم.

تباعده بألف ذراع، ولو فرض أن الثانية تضر بالأولى وتنقص ماءها مع البعد المزبور فالأحوط^(٨٢٤) لو لم يكن الأقوى زيادة البعد بما يندفع به الضرر أو التراضي مع صاحب الأولى.

مسألة ٩: إعتبار البعد المزبور في القناة إنما هو في إحداث قناة أخرى - كما أشرنا إليه آنفاً - وأما إحياء الموات الذي في حوالها لزرع أو بناء أو غيرها فلا مانع منه، إذا بقي من جوانبها مقدار ما تحتاج للزح أو الاستقاء أو الإصلاح والتنقية وغيرها مما ذكر في مطلق البئر، بل لا مانع من إحياء الموات الذي فوق الآبار وما بينها إذا أبقى من أطراف حلقها مقدار ما يحتاج إليه لصالحها فليس لصاحب القناة المنع عن الإحياء للزرع وغيره فوقها إذا لم يضر بها.

مسألة ١٠: الظاهر إن التباعد المزبور في القناة إنما يلاحظ بالنسبة إلى البئر التي هي منبع الماء المسماة بأم الآبار، فلا يجوز لأحد أن يحدث قناة أخرى يكون منبعها بعيداً عن منبع الأخرى بأقل من خمسمائة أو ألف ذراع، وأما الآبار الأخر التي هي مجرى الماء فلا يراعى الفصل المذكور بينها، فلو أحدث الثاني قناة في أرض صلبة وكان منبعها بعيداً عن منبع الأولى بخمسمائة ذراع ثم تقارب في الآبار الأخر التي هي مجرى الماء إلى الآبار الأخرى إلى أن صار بينها وبينها عشرة أذرع مثلاً لم يكن لصاحب الأولى منعه^(٨٢٥).

نعم، لو فرض أن قرب تلك الآبار أضر بتلك الآبار من جهة جذبها للماء الجاري فيها أو من جهة أخرى تباعد بما يندفع به الضرر.

مسألة ١١: القرية المبنية في الموات لها حریم ليس لأحد إحياءه، ولو أحياه لم يملكه وهو ما يتعلق بمصالحها ومصالح أهلها من: طرقها المسلوكة منها وإليها، ومسيل مائها، وجمع ترابها وكناستها، ومطرح سمادها ورمادها وشرعها، وجمع أهاليها لمصالحهم على حسب مجرى عاداتهم، ومدفن موتاهم، ومرعى ماشيتهم ومحتطبهم وغير ذلك، والمراد بالقرية البيوت والمسكن المجتمعة المسكونة، فلم يثبت هذا الحریم للضيعة والمزرعة ذات المزارع والبساتين المتصلة الخالية من البيوت والمسكن والسكنة، فلو أحدث شخص قناة في فلاة وأحيا أرضاً بسيطة بمقدار ما يكفيه ماء القناة وزرع فيها وغرس فيها النخيل والأشجار، لم يكن الموات المجاور لتلك الحياة حريماً لها فضلاً عن التلال والجبال القريبة منها، بل لو أحدث بعد ذلك في تلك الحياة دوراً ومسكن حتى صارت قرية كبيرة، يشكل ثبوت الحریم لها، فالقدر المتيقن من ثبوت الحریم للقرية فيما إذا أحدثت في أرض موات.

نعم، للمزرعة بنفسها أيضاً حریم، وهو ما تحتاج إليه في مصالحها، ويكون من مرافقها من: مسالك الدخول والخروج، ومحل بيادرها وحظائرها، ومجتمع سمادها وترابها وغيرها.

(٨٢٤) الأقوى في كل العيون والآبار الرجوع إلى الخبراء في مدى تأثير البئر الجديدة على القديمة مما قل أو كثر.

(٨٢٥) في مثل هذه الأمور نرجع إلى الخبراء لمعرفة حق كل ذي قناة ومدى تضرره بحفر قناة أو بئر أو ما أشبهه.

مسألة ١٢: حدّ المرعى الذي هو حرّيم للقرية ومحتطبها مقدار حاجة أهاليها بحسب العادة، بحيث لو منعهم مانع أو زاحمهم مزاحم لوقعوا في الضيق والحرج، ويختلف ذلك بكثرة الأهالي وقتلهم، وكثرة المواشي والدواب وقتلتها، وبذلك يتفاوت المقدار سعة وضيقاً، طولاً وعرضاً.

مسألة ١٣: إذا كان موات بقرب العامر ولم يكن من حرّيمه ومرافقه، جاز لكل أحد إحياءه، ولم يختص بمالك ذلك العامر ولا أولوية له، فإذا طلع شاطئ من الشط بقرب أرض محياة أو بستان مثلاً كان كسائر الموات، فمن سبق إلى إحيائه وحيازته كان له وليس لصاحب الأرض أو البستان منعه.

مسألة ١٤: لا إشكال في أن حرّيم القناة المقدر بخمسمائة ذراع أو ألف ذراع ليس ملكاً لصاحب القناة ولا متعلقاً لحقه المانع عن سائر تصرفات غيره بدون إذنه، بل ليس له إلا حق المنع عن إحداث قناة أخرى كما مر، والظاهر أن حرّيم القرية أيضاً ليس ملكاً لسكانها وأهلها، بل إنما لهم حق الأولوية، وأما حرّيم النهر والدار فالظاهر أنه ملك لصاحب ذي الحرّيم^(٨٢٦) فيجوز له بيعه منفرداً كسائر الأملاك.

مسألة ١٥: ما مرّ من الحرّيم لبعض الأملاك إنما هو فيما إذا ابتكرت في أرض الموات، وأما في الأملاك المتجاورة فلا حرّيم لها، فلو أحدث المالك المجاوران حائطاً في البين لم يكن له حرّيم من الجانبين، ولو أحدث أحدهما في آخر حدود ملكه حائطاً أو نهرًا لم يكن لهما حرّيم في ملك الآخر، وكذا لو حفر أحدهما قناة في ملكه كان للآخر إحداث^(٨٢٧) قناة أخرى في ملكه وإن لم يكن بينهما الحد.

مسألة ١٦: ذكر جماعة أنه يجوز لكل من المالكين المتجاورين التصرف في ملكه بما شاء وحيث شاء وإن استلزم ضرراً على الجار.

لكنه مشكل على إطلاقه، بل الحق عدم جواز ما يكون سبباً لعروض فساد في ملك الجار، كما إذا دق دقاً عنيفاً انزعج منه حيطان داره بما أوجب خللاً فيها، أو حبس الماء في ملكه بحيث تنشر منه الندوة في حائطه، أو أحدث بالوعة أو كنيفاً بقرب بئر الجار أوجب فساد مائها، بل وكذا لو حفر بئراً قرب بئر إذا أوجب نقص مائها وكان ذلك من جهة جذب الثانية ماء الأولى، وأما إذا كان من جهة أن الثانية لكونها أعمق ووقعها في سمت مجرى المياه ينحدر فيها الماء من عروق الأرض قبل أن يصل إلى الأولى، فالظاهر^(٨٢٨) أنه لا مانع منه، والمائز بين الصورتين أولوا الحدس الصائب من أهل الخبرة، وكذا لا مانع من إطالة البناء وإن كان مانعاً من الشمس والقمر أو الهواء، أو جعل داره مدبغة أو مخبزة مثلاً

^(٨٢٦) فيه نظر، والأشبه أن الأمر يرجع إلى العرف في كل بلد، وقد تكون ملكاً عاماً للناس.

^(٨٢٧) لدى تضارب المصالح يجب تنظيمها من قبل الدولة.

^(٨٢٨) الظاهر عند تضارب المصالح إقامة العدل الذي يتفق عليه العرف بحيث لا يضار أحد بفعل الآخر، فلا المالك يمنع من حق التصرف في ماله ولا يسمح له أن يضرب بجاره، وإذا لم يتفق العرف ينبغي مراجعة الفقيه الذي سيضع نظاماً لعلاقاتهم وتصرفاتهم وقد يأمرهم بالتصالح الجبري.

وإن تأذى الجار من الريح والدخان إذا لم يكن بقصد الإيذاء، وكذا إحداث ثقبه في جداره إلى دار جاره موجبة للإشراف أو لاجتذاب الهواء، فإن المحرم هو التطلع على دار الجار، لا مجرد ثقب الجدار.

مسألة ١٧: لا يخفى إن أمر الجار شديد، وحث الشرع الأقدس على رعايته أكيد، والأخبار في وجوب كف الأذى عن الجار، وفي الحث على حسن الجوار كثيرة لا تحصى، فعن النبي صلى الله عليه وآله قال: "ما زال جبرئيل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه"، وفي حديث آخر أنه صلى الله عليه وآله أمر علياً عليه السلام وسلمان وأبا ذر -قال الراوي: ونسيت آخر وأظنه المقداد- أن ينادوا في المسجد بأعلى صوتهم بأنه: "لا إيمان لمن لم يأمن جاره بوائقه، فنادوا بها ثلاثاً"، وفي الكافي عن الصادق عليه السلام عن أبيه قال: "قرأت في كتاب علي عليه السلام إن رسول الله صلى الله عليه وآله كتب بين المهاجرين والأنصار ومن لحق بهم من أهل يثرب: إن الجار كالنفس غير مضار ولا آثم وحرمة الجار كحرمة أمه" وروى الصدوق بإسناده عن الصادق عليه السلام عن علي عن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: "من آذى جاره حرّم الله عليه ريح الجنة ومأواه جهنم وبئس المصير، ومن ضيّع جاره فليس مني" وعن الرضا عليه السلام: "ليس منا من لم يأمن جاره بوائقه"، وعن الصادق عليه السلام أنه قال: "والبيت غاص بأهله: "إعلموا أنه ليس منا من لم يحسن مجاورة من جاوره"، وعنه عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: "حسن الجوار يعمر الديار وينسي في الأعمار"، فاللازم على كل من يؤمن بالله ورسوله واليوم الآخر الاجتناب عن كل ما يؤذي الجار وإن لم يكن مما يوجب فساداً أو ضرراً في ملكه إلا أن يكون في تركه ضرراً فاحشاً على نفسه.

ولا ريب إن مثل ثقب الجدار الموجب للإشراف على دار الجار إيذاء عليه وأي إيذاء، وكذا إحداث ما يتأذى من ريحه أو دخانه أو صوته أو ما يمنع عن وصول الهواء إليه أو عن إشراق الشمس عليه وغير ذلك.

مسألة ١٨: يشترط في التملك بالإحياء، أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير، فإن التحجير يفيد أولوية للمحجّر، فهو أولى بالإحياء^(٨٢٩) والتملك من غيره فله منعه، ولو أحياء قهراً على المحجّر لم يملكه، والمراد بالتحجير أن يحدث ما يدل على إرادة الإحياء، كوضع أحجار، أو جمع تراب، أو حفر أساس، أو غرز خشب أو قصب، ونحو ذلك في أطرافه وجوانبه، أو يشرع في إحياء ما يريد إحياءه، كما إذا حفر بئراً من آبار القناة الدارسة التي يريد إحياءها فإنه تحجير بالنسبة إلى سائر آبار القناة، بل وبالنسبة إلى أراضي الموات التي تسقى بمائها بعد جريانه، فليس لأحد إحياء تلك القناة ولا إحياء تلك الأراضي، وكما إذا أراد إحياء أجمة فيها الماء والقصب فعمد إلى قطع مائها فقط، فهو تحجير لها فليس لأحد إحياءها بقطع قصبها.

(٨٢٩) باعتبار سبقه إلى الأرض للإحياء فهو بداية الإحياء.

مسألة ١٩: لا بد من أن يكون التحجير، مضافاً إلى دلالته على أصل الإحياء، دالاً على مقدار ما يريد إحياءه، فلو كان ذلك بوضع الأحجار أو جمع التراب أو غرز الخشب أو القصب مثلاً، لا بد أن يكون ذلك في جميع الجوانب، حتى يدل على أن جميع ما أحاطت به العلامة يريد إحياءه.

نعم، في مثل إحياء القناة البائرة يكفي الشروع في حفر إحدى آبارها، كما أشرنا إليه آنفاً، فإنه دليل بحسب العرف في كونه بصدد إحياء جميع القناة، بل الأراضي المتعلقة بها أيضاً، فإذا حفر بئراً في أرض موات بالأصل لأجل إحداث قناة يمكن أن يقال أنه يكون تحجيراً بالنسبة إلى أصل القناة وإلى الأراضي الموات التي تُسقى بمائها بعد تمامها وجريان مائها، فليس لأحد إحياء تلك الجوانب حتى يتم القناة ويعين ما تحتاج إليه من الأراضي.

نعم، الأرض الموات التي ليست من حریم القناة، ومما علم أنه لا يصل إليها ماؤها بعد جريانه لا بأس بإحيائها.

مسألة ٢٠: التحجير كما أشرنا إليه يفيد حق الأولوية ولا يفيد الملكية، فلا يصح بيعه^(٨٣٠).

نعم، يصح الصلح عنه، ويؤثر، ويقع ثمناً في البيع لأنه حق قابل للنقل والانتقال.

مسألة ٢١: يشترط في مانعية التحجير أن يكون المحجر متمكناً من القيام بتعميره^(٨٣١)، فلو حجر من لم يقدر على إحياء ما حجّره إما لفقره أو لعجزه عن تهيئة أسبابه فلا أثر لتحجيره، وجاز لغيره إحياءه، وكذا لو حجر زائداً على مقدار تمكنه من الإحياء^(٨٣٢) لا أثر لتحجيره إلا في مقدار ما تمكن من تعميمه، وأما في الزائد فليس له منع الغير عن إحيائه، فعلى هذا ليس لمن عجز عن إحياء الموات تحجيره ثم نقل ما حجره إلى غيره بصلح أو غيره مجاناً أو بال عوض، لأنه لم يحصل له حق حتى ينقله إلى غيره.

مسألة ٢٢: لا يعتبر في التحجير أن يكون بالمباشرة بل يجوز أن يكون بتوكيل الغير أو استيجاره، فيكون الحق الحاصل بسببه ثابتاً للموكل والمستأجر لا للتوكيل والأجير، بل لا يبعد كفاية وقوعه عن شخص نيابة عن غيره ثم إجازة ذلك الغير في ثبوته للمنوب عنه، وإن لم يحل عن إشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط.

مسألة ٢٣: لو انمحت آثار التحجير قبل أن يقوم المحجر بالتعمير بطل حقه، وعاد الموات إلى ما كان قبل التحجير.

(٨٣٠) فيه نظر بل يمكن بيعه حسب الظاهر.

(٨٣١) وألا يكون مضراً بغيره مما يريد الإحياء من الناس، كما إذا كانت الأراضي الموات قليلة وأراد الناس إحياءها فلا ينبغي لواحد منهم إحتكار الأراضي لنفسه.

(٨٣٢) وكذا إذا حجر أكثر من حقه في حالة محدودية الأراضي مما يعد إضاعة لحق الناس.

مسألة ٢٤: ليس للمحجّر تعطيل الموات المحجّر عليه والإهمال في التعمير، بل اللازم أن يشتغل بالعمارة عقيب التحجير فإن أهمل وطالت المدة وأراد شخص آخر إحياءه، فالأحوط أن يرفع الأمر إلى الحاكم الشرعي مع وجوده وبسط يده^(٨٣٣) فيلزم المحجّر بأحد أمرين: إما العمارة أو رفع يده عنه ليعمّره غيره، إلا أن يبدي عذراً موجهاً، مثل انتظار وقت صالح له، أو اصطلاح آتاه، أو حضور العملة، فيمهل بمقدار ما يزول معه العذر، وليس من العذر عدم التمكن من تهيئة الأسباب لفقره منتظراً للغنى والتمكن، فإذا مضت المدة ولم يشتغل بالعمارة بطل حقه، وجاز لغيره القيام بالعمارة، وإذا لم يكن حاكم يقوم بهذه الشؤون، فالظاهر أنه يسقط حقه أيضاً لو أهمل في التعمير وطال الإهمال مدة طويلة يعد مثله في العرف تعطيلاً^(٨٣٤) فجاز لغيره إحياءه وليس له منعه، والأحوط مراعاة حقه ما لم تمض مدة تعطيله وإهماله ثلاث سنين.

مسألة ٢٥: الظاهر أنه يشترط في التملك بالإحياء قصد التملك، كالتملك بالحيازة مثل الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش ونحوها، فلو حفر بئراً في مفازة بقصد أن يقضي منها حاجته مادام باقياً لم يملكه، ولم يكن له إلا حق الأولوية مادام مقيماً، فإذا ارتحل زالت تلك الأولوية، وصارت مباحاً للجميع .

مسألة ٢٦: الإحياء المفيد للملك عبارة عن جعل الأرض حيّة بعد الموتان وإخراجها عن صفة الخراب إلى العمران، ومن المعلوم أن عمارة الأرض إما بكونها مزرعاً أو بستاناً، وإما بكونها مسكناً وداراً، وإما حظيرة للأغنام والمواشي، أو لحوائج أحرر كتجفيف الثمار أو جمع الحطب أو غير ذلك، فلا بد في صدق إحياء الموات من العمل فيه وإنهائه إلى حد يصدق عليه أحد العناوين العامة بأن يصدق عليه المزرع أو الدار مثلاً أو غيرها عند العرف، ويكفي تحقق أول مراتب وجودها، ولا يعتبر إنهاؤها إلى حد كمالها، وقبل أن يبلغ إلى ذلك الحد وإن صنع فيه ما صنع لم يكن إحياء، بل يكون تحجيراً، وقد مر أنه لا يفيد الملك بل لا يفيد إلا الأولوية.

فإذا تبين هذه الجملة، فيعلم أنه يختلف ما اعتبر في الإحياء باختلاف العمارة التي يقصدها الحجي، فما اعتبر في إحياء الموات مزرعاً أو بستاناً غير ما اعتبر في إحيائه مسكناً أو داراً، وما اعتبر في إحيائه قنّاة أو بئراً غير ما اعتبر في إحيائه نهرّاً وهكذا، ويشترط في الكل إزالة الأمور المانعة عن التعمير كالمياه الغالبة أو الرمال والحجار أو القصب والأشجار لو كانت مستأجمة وغير ذلك، ويختص كل منها ببعض الأمور عند المشهور ونحن نبينها في ضمن مسائل.

(٨٣٣) الحاجة إلى بسط اليد إنما هي لضمان إجراء فتواه أما إذا كان الطرفان ملتزمين بما يفتي به فيكفي ذلك للرجوع إليه.

(٨٣٤) يكفي في سقوط حقه ألا يعتبره العرف محبباً للأرض، ولا ريب في اختلاف ذلك حسب الأزمنة والأمكنة .

مسألة ٢٧: يعتبر في إحياء الموات داراً ومسكناً بعد إزالة الموانع لو كان أن يدار عليه حائط بما يعتاد في تلك البلاد، ولو كان من خشب أو قصب أو حديد أو غيرها ويسقف ولو بعضها، مما يمكن أن يسكن فيه ولا يعتبر فيه مع ذلك نصب الباب، ولا يكفي إدارة الحائط بدون التسقيف.

نعم، يكفي ذلك في إحيائه حظيرة الغنم وغيره، أو لأن يجفف فيها الثمار أو يجمع فيها الحشيش والحطب، ولو بنى حائطاً في الموات بقصد بناء الدار، وقبل أن يسقف عليه بدا له وقصد كونه حظيرة ملكها، كما لو قصد ذلك من أول الأمر، وكذلك في العكس، بأن يحوِّطه بقصد كونه حظيرة فبدا له أن يسقفه ويجعله داراً.

مسألة ٢٨: يعتبر في إحياء الموات مزرعاً - بعد إزالة الموانع - تسوية الأرض لو كانت فيها حفر وتلال مانعة عن قابليتها للزرع، وترتيب مائها إما بشق ساقية من نهر أو حفر قناة لها أو بئر، وبذلك يتم إحيائها، ويملكها المحمي ولا يعتبر في إحيائها حرثها فضلاً عن زرعها، وإن كانت الأرض مما لا تحتاج في زراعتها إلى ترتيب ماء لأنه يكفيه ماء السماء، كفى في إحيائها أعمال الأمور الأخرى عدا ترتيب الماء، وإن كانت مهياً للزرع بنفسها - بأن لم يكن فيها مانع عنه مما ذكر ولم يحتج إلا إلى سوق الماء - كفى في إحيائها إدارة التراب حولها مع سوق الماء إليها، وإن لم يحتج إلى سوق الماء أيضاً من جهة أنه يكفيه ماء السماء كبعض الأراضي السهلة والتلال التي لا تحتاج في زرعها إلى علاج وقابلة لأن تزرع ديمياً، فالظاهر أن إحياءها المفيد لتملكها إنما هو بإدارة المرز حولها مع حرثها وزرعها، بل لا يبعد الاكتفاء بالحرث في تملكها، وأما الاكتفاء بالمرز من دون حرثه ففيه إشكال.

نعم، لا إشكال في كونه تحجيراً مفيداً للأولوية .

مسألة ٢٩: يعتبر في إحياء البستان كل ما اعتبر في إحياء الزرع بزيادة غرس النخيل أو الأشجار مع سقيها حتى تستعد للنمو إن لم يسقها ماء السماء، ولا يعتبر التحويط حتى في البلاد التي جرت عادتها عليه على الأقوى^(٨٣٥).

مسألة ٣٠: يحصل إحياء البئر في الموات بأن يحفرها إلى أن يصل إلى الماء فيملكها بذلك ، وقبل ذلك يكون تحجيراً لا إحياءً، وإحياء القناة بأن يحفر الآبار إلى أن يجري ماؤها على الأرض ، وإحياء النهر بحفره وإنهائه إلى الماء المباح كالشط ونحوه بحيث كان الفاصل بينهما يسيراً كالمرز والمسناة الصغيرة، وبذلك يتم إحياء النهر فيملكه الحافر ولا يعتبر فيه جريان الماء فيه فعلاً وإن اعتبر ذلك في تملك المياه.

الفصل الثاني في المشتريات

(٨٣٥) إلا إذا كان ذلك من شروط إحياء البستان عندهم.

وهي الطرق والشوارع والمساجد والمدارس والربط والمياه والمعادن.

الطرق والشوارع

مسألة ١: الطريق نوعان: نافذ وغير نافذ، فالأول -وهو المسمى بالشارع العام- فهو محبوس على كافة الأنام والناس فيه شرع سواء، وليس لأحد إحياءه والاختصاص به ولا التصرف في أرضه ببناء دكة أو حائط أو حفر بئر أو غرس شجر أو غير ذلك، وإن لم يضر بالماراة^(٨٣٦).

نعم الظاهر أنه يجوز أن يحفر فيه بالوعة ليجتمع فيها ماء المطر وغيرها لكونها^(٨٣٧) من مصالحه، ومرافقه، لكن مع سدّها في غير أوقات الحاجة حفظاً للمستطرقين والمارة، بل الظاهر جواز حفر سرداب تحته^(٨٣٨) إذا أحكم الأساس والسقف بحيث يؤمن معه من النقص والخسف، وأما التصرف في فضائه بإخراج روشن أو جناح أو بناء ساباط أو فتح باب أو نصب ميزاب ونحو ذلك فلا إشكال في جوازه، كما مر في كتاب الصلح. وأما الثاني: أعني الطريق غير النافذ المسمّى بالسكة المرفوعة وقد يطلق عليه الدريبة، وهو الذي لا يسلك منه إلى طريق آخر أو مباح، بل أحيط بثلاث جوانبه الدور والحيطان والجدران، فهو ملك لأرباب الدور التي أبوابها مفتوحة^(٨٣٩) إليه، دون من كان حائط داره إليه من غير أن يكون بابها إليه، فيكون هو كسائر الأملاك المشتركة، يجوز لأربابه سده وتقسيمه بينهم وإدخال كل منهم حصته في داره، ولا يجوز لأحد من غيرهم بل ولا منهم أن يتصرف فيه ولا في فضائه إلا بإذن الجميع ورضاهم.

مسألة ٢: الظاهر أن أرباب الدور المفتوحة في الدريبة كلهم مشتركون فيها من رأسها إلى صدرها، حتى أنه إذا كانت في صدرها فضلة لم يفتح إليها باب اشترك الجميع فيها، فلا يجوز لأحد منهم إخراج جناح أو روشن أو بناء ساباط أو حفر بالوعة أو سرداب ولا نصب ميزاب وغير ذلك في أي موضع منها إلا بإذن الجميع.

^(٨٣٦) الأصل فيما تتعلق به الملكية العامة مثل الطرق والحدائق والساحات وسائر مرافق المدن، أن لا يجوز التصرف فيها بغير المصلحة العامة، سواء كانت هذه الملكية بسبب الوقف العام من قبل مالكيها أو مشاركة الناس في إنشائها أو تأسيسها من قبل الدولة.

^(٨٣٧) شريطة أن يكون ذلك من مصالحها، ومع إجازة الدولة والعلم برضا الناس عند عدم وجود الدولة ومن دونهما فالأمر مشكل .

^(٨٣٨) إذا كان تحت الطرق من ملحقات الطرق فالجواز مشكل، وكذلك فيما إذا كان فتح المنافذ منها، وفي مثل هذه الأمور تختلف الدول والأزمنة.

^(٨٣٩) الجزم بذلك مشكل، بل الأشبه أنها من مرافق المدينة، وعلى العموم تختلف الأمكنة والأزمنة في ذلك وعلينا دراسة كل حالة بذاتها حسبما تتفق عليه أنظار الناس.

نعم، ^(٨٤٠) لكل منهم حق الاستطراق إلى داره من أي موضع من جداره، فلكل منهم فتح باب آخر، أدخل من بابه الأول أو أسبق، مع سد الباب الأول وعدمه.

مسألة ٣: ليس لمن كان حائط داره إلى الدرية فتح باب إليها إلا بإذن أربابها. نعم، له فتح ثقبه وشباك إليها وليس لهم منعه لكونه ^(٨٤١) تصرفاً في جداره لا في ملكهم، وهل له فتح باب إليها لا للاستطراق بل بمجرد الاستضاءة ودخول الهواء؟ فيه إشكال.

مسألة ٤: يجوز لكل من أرباب الدرية الجلوس فيها والاستطراق والتردد منها إلى داره بنفسه وما يتعلق به من عياله ودوابه وأضيافه وعائديه وزائريه، وكذا وضع الحطب ونحوه فيها لإدخاله في الدار ووضع الأحمال والأثقال عند إدخالها وإخراجها من دون إذن الشركاء ^(٨٤٢)، بل وإن كان فيهم القصر والموتى عليهم من دون رعاية المساواة مع الباقين.

مسألة ٥: الشوارع والطرق العامة وإن كانت معدة لاستطراق عامة الناس، ومنفعتهم الأصلية التردد فيها بالذهاب والإياب، إلا أنه يجوز لكل أحد الانتفاع بها بغير ذلك من جلوس أو نوم أو صلاة، وغيرها بشرط ^(٨٤٣) أن لا يتضرر بها أحد ولم يزعجهم المستطرقين ولم يتضيق على المارة.

مسألة ٦: لا فرق في الجلوس غير المضر، بين ما كان للاستراحة أو النزهة، وبين ما كان للحرفة والمعاملة إذا جلس في الرحاب والمواضع المتسعة لئلا يتضيق على المارة، فلو جلس فيها بأي غرض من الأغراض لم يكن لأحد إزعاجه ^(٨٤٤).

مسألة ٧: لو جلس في موضع من الطريق ثم قام عنه، فإن كان جلوس استراحة ونحوها بطل حقه، فجاز لغيره الجلوس فيه، وكذا إن كان لحرفة ومعاملة وقام بعد استيفاء غرضه وعدم نية العود، فلو عاد إليه بعد أن جلس في مجلسه غيره لم يكن له دفعه، وأما لو قام قبل استيفاء غرضه ناوياً للعود، فإن بقي منه فيه متاع أو رحل أو بساط فالظاهر ^(٨٤٥) بقاء حقه، وإن لم يكن منه فيه شيء ففي بقاء حقه بمجرد نية العود إشكال، فلا يترك الاحتياط.

^(٨٤٠) هذه الأمور عرفية، والعرف مختلف، والإرجاع إليه أحق وأقرب إلى الحكمة.

^(٨٤١) إذا كان ذلك كذلك فنعلم وإلا فمشكل، والإرجاع إلى عرف كل منطقة أشبه.

^(٨٤٢) حسب العرف السائد، والإطلاق في الأمر مشكل.

^(٨٤٣) بشرط أن يكون ذلك من شؤون الطريق الذي وقف له، وليس ضرر المارة وحده المعيار، بل قد يكون جمال الطريق ونظافته، معياراً في نظر الواقف له.

^(٨٤٤) شريطة أن يكون ذلك متوافقاً مع وقف الطريق.

^(٨٤٥) الظاهر الإرجاع إلى عرف المنطقة، والذي نعرفه هو بقاء حقه عندهم، ولكنه قد لا يكون كذلك في سائر الأعراف التي لا نعرفها والله المستعان.

مسألة ٨: كما أن موضع الجلوس حق للجالس للمعاملة، فلا يجوز مزاحمته كذا ما حوله قدر ما يحتاج إليه لوضع متاعه ووقوف المعاملين فيه، بل ليس لغيره أن يقعد حيث يمنع من رؤية متاعه أو وصول المعاملين إليه.

مسألة ٩: يجوز للجالس للمعاملة أن يضل على موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة بثوب أو بارية ونحوهما، وليس له بناء دكة ونحوها^(٨٤٦) فيها.

مسألة ١٠: إذا جلس في موضع من الطريق للمعاملة في يوم، فسبقه في يوم آخر شخص آخر مكانه، كان الثاني أحق به، فليس للأول إزعاجه^(٨٤٧).

مسألة ١١: إنما يصير الموضع شارعاً عاماً بأمور: أحدها: بكثرة التردد والاستطراق ومرور القوافل في أرض الموات كالجادات الحاصلة في البراري والقفار التي يسلك فيها من بلاد إلى بلاد^(٨٤٨).

الثاني: أن يجعل إنسان ملكه شارعاً وبسببه تسبيلاً دائماً لسلك عامة الناس، وسلك فيه بعض الناس فإنه يصير بذلك طريقاً عاماً، ولم يكن للمسبب الرجوع بعد ذلك.

الثالث: أن يجبي جماعة أرضاً مواتاً قرية أو بلدة ويتركوا مسلكاً نافذاً بين الدور والمسكن ويفتحوا إليه الأبواب، والمراد بكونه نافذاً أن يكون له مدخل ومخرج يدخل فيه الناس من جانب ويخرجون من جانب آخر إلى جادة عامة أو أرض موات.

مسألة ١٢: لا حریم للشارع العام لو وقع بين الأملاك، فلو كانت بين الأملاك قطعة أرض موات عرضها ثلاثة أو أربعة أذرع مثلاً، واستطرقها الناس حتى صارت جادة، لم يجب على الملاك توسيعها وإن تضيقت على المارة، وكذا لو سبّل شخص في وسط ملكه أو من طرف ملكه المجاور لملك غيره ثلاثة أو أربعة أذرع مثلاً للشارع، وأما لو كان الشارع محددًا بالموات بطرفيه أو أحد طرفيه فكان له الحریم، وهو المقدار الذي يوجب إحياءه نقص الشارع عن سبعة أذرع^(٨٤٩) فلو حدث بسبب الاستطراق شارع في وسط الموات، جاز إحياء طرفيه إلى حد يبقى له سبعة أذرع ولا يتجاوز عن هذا الحد، وكذا لو كان لأحد في وسط المباح ملك عرضه أربعة أذرع مثلاً، فسبّله شارعاً لا يجوز إيجاء طرفيه بما لم يبق للطريق سبعة أذرع، ولو كان في أحد طرفي الشارع أرض مملوكة وفي الطرف الآخر أرض موات كان الحریم من طرف الموات، بل لو كان طريق بين الموات وسبق شخص وأحيا أحد طرفيه إلى حد الطريق اختص الحریم

^(٨٤٦) كل ذلك حسب العرف الذي يسمح أو لا يسمح بمثل ذلك وهو يختلف حسب المدن والأعراف.

^(٨٤٧) شريطة أن يكون ذلك موافقاً للعرف في ذلك الزمان والمكان.

^(٨٤٨) فيجعل حق الناس هو مشاركتهم جميعاً في استحداث هذا الشارع.

^(٨٤٩) الشوارع مختلفة حسب حاجاتها وطبيعة وقفها، ولا ينبغي تحديدها بصورة مطلقة بل جعل العرف والحاجة معياراً، وحمل الأحاديث المختلفة على اختلاف العرف والحاجة والله العالم.

بالطرف الآخر ، فلا يجوز لآخر الإحياء إلى حد لا يبقى للطريق سبعة أذرع، فلو بنى بناءً مجاوراً لذلك الحد الزم هو يهدمه وتبعيده دون المخيبي الأول.

مسألة ١٣: إذا استأجم الطريق أو انقطعت عنه المارة، زال حكمه بل يرتفع موضوعه وعنوانه فجاز لكل أحد إحياءه كالموات، من غير فرق في صورة انقطاع المارة بين أن يكون ذلك لعدم وجودهم، أو بمنع قاهر إياهم، أو لهجرهم إياهم واستطراقهم غيره أو بسبب آخر.

مسألة ١٤: لو زاد عرض الطريق المسلوك عن سبعة أذرع، فأما المسبّل فلا يجوز لأحد أخذ ما زاد عليها وإحياءه وتملكه قطعاً، وأما غيره ففي جواز إحياء الزائد وعدمه وجهان، أوجههما^(٨٥٠) التفصيل بين الحاجة إليه لكثرة المارة فالثاني، وعدمها لقلتهم فالأول.

المساجد والمشاهد

من المشتركات المسجد، وهو المكان المعد لتعبد المتعبدين وصلاة المصلين، وهو من مرافق المسلمين يشترك فيه عامتهم وهم شرع سواء في الانتفاع به، إلا بما لا يناسبه ونهى الشرع عنه كمكث الجنب فيه ونحوه.

مسألة ١٥: من سبق إلى مكان من المسجد لصلاة أو عبادة أو قراءة قرءان أو دعاء بل وتدريس^(٨٥١) أو وعظ أو إفتاء وغيرها، كان أحق به، وليس لأحد إزعاجه، سواء توافق السابق مع المسبوق في الغرض أو تخالفاً فيه، فليس لأحد بأي غرض كان، مزاحمة من سبق إلى مكان منه بأي غرض كان.

نعم، لا يبعد تقدم الصلاة جماعة أو فرادى على غيرها من الأغراض، فلو كان جلوس السابق لغرض القراءة أو الدعاء أو التدريس، وأراد أحد أن يصلي في ذلك المكان جماعة أو فرادى يجب عليه تخلية المكان له.

نعم، ينبغي تقييد ذلك بما إذا لم يكن اختيار مرید الصلاة في ذلك المكان لمجرد الاقتراح، بل كان إما لانحصار محل الصلاة فيه أو لغرض راجح ديني كالاتحاق بصفوف الجماعة ونحوه. هذا، ولكن أصل المسألة لا تخلو من إشكال، فيما إذا كان جلوس السابق لغرض العبادة كالدعاء والقراءة، لا لمجرد النزهة والاستراحة، فلا ينبغي فيه ترك الاحتياط للمسبوق بعدم المزاحمة وللسابق بتخلية المكان له، والظاهر تسوية الصلاة فرادى مع الصلاة جماعة فلا أولوية للثانية على الأولى، فمن سبق إلى مكان للصلاة

(٨٥٠) في وجاهته إشكال.

(٨٥١) لعله خاص بالدروس التي تعلمها يدخل ضمن العبادة.

منفرداً فليس لمريد الصلاة جماعة إزعاجه لها، وإن كان الأولى له تخلية المكان له إذا وجد مكان آخر له ولا يكون مناعاً للخير عن أخيه.

مسألة ١٦: لو قام الجالس السابق وفارق المكان رافعاً يده منه معرضاً عنه، بطل حقه وإن بقي رحله، فلو عاد إليه وقد أخذه غيره كان هو الأولى، وليس له إزعاجه. وإن كان نائماً للعود فإن كان رحله باقياً، بقي حقه بلا إشكال^(٨٥٢)، وإلا ففيه إشكال، والاحوط شديداً مراعاة حقه، خصوصاً إذا كان خروجه لضرورة كتجديد طهارة أو إزالة نجاسة أو قضاء حاجة ونحوها.

مسألة ١٧: الظاهر أن وضع الرحل مقدمة للجلوس كالجلوس في إفادة الأولوية، لكن إذا كان ذلك بمثل فرش سجادة ونحوها مما يشغل مقدار مكان الصلاة أو معظمه لا يمثل وضع تربة أو سبحة أو مسواك وشبهها^(٨٥٣).

مسألة ١٨: يعتبر أن لا يكون بين وضع الرحل ومجيئه طول زمان بحيث يستلزم تعطيل المكان، وإلا لم يفد حقاً فجاز لغيره أخذ المكان قبل مجيئه، ورفع رحله والصلاة مكانه إذا شغل المحل بحيث لا يمكن الصلاة فيه إلا برفعه، والظاهر^(٨٥٤) أنه يضمنه الرافع إلى أن يوصله إلى صاحبه، وكذا الحال فيما لو فارق المكان معرضاً عنه مع بقاء رحله فيه.

مسألة ١٩: المشاهد كالمساجد في جميع ما ذكر من الأحكام، فإن المسلمين فيها شرع سواء، سواء العاكف فيها والباد، والمجاور لها والمتحمل إليها من بعد البلاد، ومن سبق إلى مكان منها لزيارة أو صلاة أو دعاء أو قراءة كان أحق وأولى به وليس لأحد إزعاجه، وهل للزيارة أولوية على غيرها كالصلاة في المسجد بالنسبة إلى غيرها، لو قلنا بأولويتها لا يخلو من وجه لكنه غير وجيه، كأولوية من جاء إليها من البلاد البعيدة بالنسبة إلى المجاورين وإن كان ينبغي لهم مراعاتهم وحكم مفارقة المكان ووضع الرحل وبقائه كما سبق في المساجد.

المدارس والرُّبُط

من المشتركات المدارس بالنسبة إلى طالبي العلم، أو الطائفة الخاصة منهم.

مسألة ٢٠: إذا خصّ الواقف المدارس بصنف خاص، كما إذا خصها بصنف العرب أو العجم أو طالبي العلوم الشرعية أو خصوص الفقه مثلاً، فهي بالنسبة إلى مستحقي السكنى بها كالمساجد، فمن

(٨٥٢) بل فيه إشكال من باب أن الموارد مختلفة، والمعيار هو نظر العرف ببقاء حقه، أما إذا كان تركه للمكان لا لسبب واضح أو ضروري وكان الزحام شديداً وحاجة الناس إلى المحل جدية فيشكل بقاء حقه مع الترك حتى مع بقاء الرحل.

(٨٥٣) يرجع مثل هذا الأمر إلى العرف أيضاً.

(٨٥٤) إن كان قد أسقط حقه بوضع رحله في غير موقعه وبغير حقه يشكل الحكم بالضمآن، ما لم يفرض في رفع الرحل.

يسبق إلى سكنى حجرة منها فهو أحق بها، ما لم يفارقها معرضاً عنها، وإن طالت مدة السكنى إلا إذا اشترط الواقف له مدة معينة (ثلاث سنين مثلاً) فيلزمه الخروج بعد انقضائها بلا مهلة وإن لم يؤمر به، أو شرط اتصافه بصفة فزالت عنه تلك الصفة، كما إذا شرط كونه مشغولاً بالتحصيل أو التدريس فطراً عليه العجز لمرض أو هرم ونحو ذلك.

مسألة ٢١: لا يبطل حق الساكن بالخروج لحاجة معتادة كإجراء مأكول أو مشروب أو كسوة ونحوها قطعاً وإن لم يترك رحله ولا يلزم تخليف أحد مكانه، بل ولا بالأسفار المتعارفة المعتادة كالزراعة للزيارة أو لتحصيل المعاش أو للمعالجة مع نية العود وبقاء متاعه ورحله، ما لم تطل المدة إلى حد لم يصدق معه السكنى والإقامة عرفاً، ولم يشترط الواقف لذلك مدة معينة كما إذا شرط أن لا يكون خروجه أزيد من شهر أو شهرين مثلاً فيبطل حقه لو تعدى زمن خروجه عن تلك المدة.

مسألة ٢٢: من أقام في حجرة منها ممن يستحق السكنى بها له أن يمنع من أن يشاركه غيره إذا كان المسكن معداً لواحد إما بحسب قابلية المحل أو بسبب شرط الواقف، ولو أعد لما فوّه لم يكن له منع غيره، إلا إذا بلغ العدد الذي أعد له، فللسكنة منع الزائد.

مسألة ٢٣: يلحق بالمدارس الرُّبُط وهي: المواضع المبنية لسكنى الفقراء والملاحظ فيها غالباً الغرباء، فمن سبق منهم إلى إقامة بيت منها كان أحق به وليس لأحد إزعاجه، والكلام في مقدار حقه وما به يبطل حقه وجواز منع الشريك وعدمه فيها كما سبق في المدارس.

المياه والكأ

من المشتركات المياه، والمراد بها مياه الشطوط والأنهار الكبار كدجلة والفرات والنيل، والصغار التي لم يجرها أحد بل جرت بنفسها من العيون أو السيول أو ذوبان الثلوج، وكذلك العيون المنفجرة من الجبال أو في أراضي الموات، والمياه المجتمعة في الوهاد من نزول الأمطار فإن الناس في جميع ذلك شرع سواء، ومن حاز منها شيئاً بآنية أو مصنع أو حوض ونحوها ملكه، وجرى عليه أحكام الملك من غير فرق بين المسلم والكافر.

مسألة ٢٤: مياه العيون والآبار والقنوات التي حفرها أحد في ملكه أو في الموات بقصد تملك مائها هي ملك للحافر، كسائر الأملاك لا يجوز لأحد أخذها والتصرف فيها إلا بإذن المالك، وينتقل إلى غيره بالنواقل الشرعية، قهرية كانت كالإرث أو اختيارية كالبيع والصلح والهبة وغيرها.

مسألة ٢٥: إذا شق نهرًا من ماء مباح كالشط ونحوه ملك ما يدخل فيه من الماء، ويجري عليه أحكام الملك كالماء المحوز في آنية ونحوها، وتتبع ملكية الماء ملكية النهر، فإن كان النهر لواحد ملك الماء بالتمام، وإن كان لجماعة ملك كلٍّ منهم من الماء بمقدار حصته من ذلك النهر، فإن كان لواحد نصفه

ولآخر ثلثه وثلث سدسه ملكوا الماء بتلك النسبة وهكذا، ولا يتبع مقدار إستحقاق الماء مقدار الأراضي التي تسقى^(٨٥٥) منه، فلو كان النهر مشتركاً بين ثلاثة أشخاص بالتساوي كان لكل منهم ثلث الماء وإن كانت الأراضي التي تسقى منه لأحدهم ألف جريب ولآخر جريب ولآخر نصف جريب يصرفان ما زاد على إحتياج أرضهما فيما شاء، بل لو كان لأحدهما رحي يدور به، ولم يكن له أرض أصلاً يساوي مع كل من شريكه في إستحقاق الماء.

مسألة ٢٦: إنما يملك النهر المتصل بالمباح، إما بحفره في أرض مملوكة، وإما بحفره في الموات بقصد إحيائه نهرًا مع نية تملكه إلى أن أوصله بالمباح كما مر في إحياء الموات، فإن كان الحافر واحداً ملكه بالتام، وإن كان جماعة كان بينهم على قدر ما عملوا واتفقوا، فمع التساوي بالتساوي ومع التفاوت بالتفاوت.

مسألة ٢٧: لما كان الماء الذي يفيضه النهر المشترك بين جماعة مشتركاً بينهم كان حكمه حكم سائر الأموال المشتركة، فلا يجوز لكل واحد منهم التصرف فيه وأخذة والسقاية به إلا بإذن باقي الشركاء، فإن لم يكن بينهم تعاسر ويبيع كل منهم سائر شركائه أن يقضي منه حاجته في كل وقت وزمان فلا بحث، وإن وقع بينهم تعاسر فإن تراضوا بالتناوب والمهاياة بحسب الساعات أو الأيام أو الأسابيع مثلاً فهو، وإلا فلا محيص من تقسيمه بينهم بحسب الأجزاء، بأن توضع^(٨٥٦) على فم النهر خشبة أو صخرة أو حديدة ذات ثقب متساوية السعة حتى يتساوى الماء الجاري فيها، ويجعل لكل منهم من الثقب بمقدار حصته، ويجري كل منهم ما يجري في الثقب المختصة به في ساقية تختص به، فإذا كان بين ثلاثة وسهامهم متساوية، فإن كانت الثقب ثلاث متساوية جعلت لكل منهم ثقبه، وإن كان ستاً جعلت لكل منهم ثقبين، وإن كانت سهامهم متفاوتة يجعل الثقب على أقلهم سهماً، فإذا كان لأحدهم نصفه ولآخر ثلثه وثلث سدسه، جعلت الثقوب ستاً، ثلاث منها لذي النصف واثنان لذي الثلث، وواحدة لذي السدس وهكذا، وبعدما أفرزت حصة كل منهم من الماء يصنع بمائه ما شاء، إن شاء إستعمله في الاستقاء أو في غيره، وإن شاء باعه أو أباحه لغيره.

مسألة ٢٨: الظاهر أن القسمة بحسب الأجزاء قسمة إجبار، إذا طلبها أحد الشركاء يجبر الممتنع منهم عليها، وهي لازمة ليس لأحدهم الرجوع عنها بعد وقوعها، وأما المهاياة فهي موقوفة على التراضي وليست بلازمة، فلبعضهم الرجوع عنها حتى فيما إذا استوفى تمام نوبته ولم يستوف الآخر نوبته، وإن ضمن حينئذٍ مقدار ما استوفاه بالقيمة.

مسألة ٢٩: إذا اجتمعت أملاك على ماء مباح من عين أو واد أو نهر ونحوها، بأن أحيها أشخاص عليه ليسقوها منه بواسطة السواقي أو الدوالي أو النواعير أو المكائن المتداولة في هذه الاعصار كان

^(٨٥٥) إلا إذا كان العرف يقضي بذلك أو شرطهم كان ذلك.

^(٨٥٦) هذا نوع، وهناك أنواع أخرى لقياس تدفق المياه لا بد من مراجعة أهل الخبرة فيها.

للجميع حق السقي منه، فليس لأحد أن يشق نحرًا فوقها يقبض الماء كله أو ينقصه عن مقدار إحتياج تلك الأملاك، وحينئذٍ فإن وفي الماء لسقي الجميع من دون مزاحمة في البين فهو، وإن لم يفِ ووقع بين أربابها في التقدم والتأخر التشاح والتعاسر يقدم^(٨٥٧) الأسبق فالأسبق في الإحياء إن علم السابق، وإلا يقدم الأعلى فالأعلى والأقرب فالأقرب إلى فوهة الماء وأصله، فيقضي الأعلى حاجته ثم يرسله لمن يليه وهكذا.

مسألة ٣٠: الأنهار المملوكة المنشقة من الشطوط ونحوها إذا وقع التعاسر بين أربابها - بأن كان الشط لا يفي في زمان واحد بإملاء جميع تلك الأنهار - كان حالها كحال اجتماع الأملاك على الماء المباح المتقدم في المسألة السابقة^(٨٥٨)، فالأحق ما كان شقه أسبق ثم الأسبق، وإن لم يعلم الأسبق فالمدار على الأعلى فالأعلى فيقبض الأعلى ما يسعه ثم ما يليه وهكذا .

مسألة ٣١: لو احتاج النهر المملوك المشترك بين جماعة إلى تنقية أو حفر أو إصلاح أو سدّ حرق ونحو ذلك، فإن أقدم الجميع على ذلك كانت المؤونة على الجميع بنسبة ملكهم للنهر، سواء كان إقدامهم بالاختيار، أو بالإجبار من حاكم قاهر جائر، أو بالزام من الشرع، كما إذا كان مشتركاً بين المولى عليهم ورأى الولي المصلحة الملزمة في تعميره مثلاً، وإن لم يقدم إلا البعض لم يجبر الممتنع^(٨٥٩) وليس للمقدمين مطالبته بحصته من المؤونة، ما لم يكن إقدامهم بالتماس منه وتعهدده ببذل حصته.

نعم لو كان النهر مشتركاً بين القاصر وغيره، وكان إقدام غير القاصر متوقفاً على مشاركة القاصر، إما لعدم اقتداره بدونه أو لغير ذلك، وجب على ولي القاصر مراعاةً للمصلحة تشريكه في التعمير وبذل المؤونة من ماله بمقدار حصته.

مسألة ٣٢: من المشتركات الكلاً النابت في الأرض فإنه تابع للأرض عيناً أو منفعةً أو هما معاً، فمع وجود مالك فعلي في البين ليس لأحد حق رعيه، وإن لم تكن الأرض ملكاً لأحد مطلقاً تكون الكلاً كالأرض في أن جميع الناس فيه شرع سواء.

مسألة ٣٣: يملك الكلاً بالحيازة كما تملك سائر المباحات.

مسألة ٣٤: لا فرق في النباتات بين ما ترعاها الأغنام أو ما يدخرها الأطباء للأدوية والعقاقير.

(٨٥٧) فيه نظر، خصوصاً إذا كان الماء وافياً حين الإحياء ثم نقص كما لعله الغالب فتعلق حق الجميع بالماء فيشكل، لأنه ظلم لهم وقد امرنا بالقسط.

(٨٥٨) سبق الحديث عن الإشكال في ذلك.

(٨٥٩) فيه نظر إذ أنه يسبب الضرر للشريك أو الشركاء، فللحاكم إجباره إما على بيع حصته أو مساهمته في إصلاح حال الشراكة وهو هنا النهر، والله العالم.

مسألة ٣٥: إذا حاز شخص مرعى أو كانت الأرض ملكاً لأحدٍ فنبت فيها كلاً أو نباتات طبيعية لا يجوز للغير الاستفادة منها بالرعي أو بغيره إلا بإذنه^(٨٦٠).

مسألة ٣٦: من المشتركات^(٨٦١) النار، والمراد بها إما البراكين النارية أو النار التي تورى، فإذا ورى أحد حطبه -مثلاً- من نار غيره مع عدم تصرف في ملكه يجوز ذلك.

المعادن

من المشتركات: المعادن، وهي إما ظاهرة وهي مالا يحتاج في استخراجها والوصول إليها إلى عمل ومؤونة -كالمح والقيور والكبريت والموميا والكحل، وكذا النفط إذا لم يحتاج في استخراجها على الحفر والعمل - وإما باطنة، وهي مالا تظهر إلا بالعمل والعلاج كالذهب، والفضة، والنحاس، والرصاص، وكذا النفط إذا احتاج في إستخراجه إلى حفر آبار، كما هو المعمول غالباً في هذه الأعصار.

مسألة ٣٧: المعادن الظاهرة تملك بالحيازة لا بالإحياء، فمن أخذ منها شيئاً ملك ما أخذه، قليلاً كان أو كثيراً، وإن كان زائداً على ما يعتاد لمثله وعلى مقدار حاجته، ويبقى الباقي مما لم يأخذه على الإشتراك، ولا يختص بالسابق في الأخذ، وليس له أن يجوز مقداراً أوجب الضيق والمضارة على الناس. وأما الباطنة، فهي تملك بالإحياء، بأن ينهى العمل والنقب والحفر إلى أن يبلغ نيلها، فيكون حالها حال الآبار المحفورة في الموات لأجل استنباط الماء، وقد مرَّ أنها تملك بحفرها حتى يبلغ الماء ويملك بتبعها الماء، ولو عمل فيها عمالاً لم يبلغ به نيلها كان تحجيراً أفاد الأحقية والأولوية دون الملكية.

مسألة ٣٨: إذا شرع في إحياء معدن ثم أهمله وعطله، أُجبر على إتمام العمل أو رفع يده عنه ولو أبدى عذراً أنظر بمقدار زوال عذره ثم ألزِمَ على أحد الأمرين كما سبق ذلك كله في إحياء الموات.

مسألة ٣٩: لو أحيا أرضاً مزرعاً أو مسكناً مثلاً فظهر فيها معدن ملكه تبعاً^(٨٦٢) لها سواء كان عالماً به حين إحيائها أم لا.

مسألة ٤٠: لو قال ربّ المعدن لآخر: " إعمل فيه ولك نصف الخارج مثلاً" بطل إن كان بعنوان الإجارة^(٨٦٣) وصح لو كان بعنوان الجعالة.

(٨٦٠) كل ذلك شريطة أن تكون حيازته للمرعى باعتبار المرعى، أما إذا حاز أرضاً لغرض لا يتصل بالرعي مثل كونها طريق معدن أو قاعدة عسكرية أو ما أشبهه، فالظاهر أن الرعي هنا يبقى حقاً للناس جميعاً.

(٨٦١) ولعل مراد الشرع مصادر النار مثل النفط والغاز والحطب وما أشبهه لشدة حاجة الناس إليها.

(٨٦٢) شريطة أن يعتبره العرف تابعاً للأرض.

(٨٦٣) إن لم تكن الأجرة معلومة فالإجارة مشكلة.

القطائع

- وهي: ما أقطعه الإمام عليه السلام من الأرض لشخص وهو جائز، وتكون من حيث الكمية والكيفية تابعة لنظر من يُقَطِّعُهَا، فهي من سنخ الهدية والعطية يجري عليها أحكامها.
- مسألة ٤١: القطيعة لا تفيد الملكية وإنما تفيد حق الاختصاص.
- مسألة ٤٢: جواز القطيعة بالنسبة إلى الحاكم الشرعي الجامع للشرائط محل إشكال.
- مسألة ٤٣: بناءً على جوازها للحاكم الشرعي تختص القطيعة بالموات من الأرض فلا تصح في غيرها.
- مسألة ٤٤: يعتبر^(٨٦٤) في المقطع له أن يكون قادراً على الإحياء.

الفصل الثالث في الأحكام العامة للمشتركات

- تقدم بعضها في ضمن المسائل السابقة وهنا مسائل:
- مسألة ١: ثبوت الحق الشخصي للمحيي في موارد الإحياء بشرائطه، وللمحيز في مورد حيازة المشتركات بشرائطها مسلم، وأما الحق النوعي - بأن يستولي أحد على الموات ليفرقها على أشخاص كثيرة يحيونها الأشخاص ويكون اختيار الأرض بيد المستولي - ممنوع^(٨٦٥).
- مسألة ٢: لا فرق في ثبوت الأحقية للسابق في المشتركات بين ما لم يقصد السابق إليها مدة أصلاً أو قصد مدة معينة.
- مسألة ٣: لا يصح إيقاع العقد على مثل مورد التحجير قبل التحجير^(٨٦٦).
- مسألة ٤: لا فرق في جواز الاستفادة من المشتركات بين المسلم وغيره، كما لا فرق فيها بين أن يكون في بلاد الإسلام أو في بلاد الكفر.
- مسألة ٥: لو شك في تصرف خاص أنه يجوز في المشتركات - كالتصرف في بعض الشوارع العامة - أولاً؟ لا يجوز ذلك التصرف إلا مع إحراز^(٨٦٧) الجواز بوجه معتبر.

(٨٦٤) في الشرط نظر، بل هو تابع لنظر الإمام والهدف من الإقطاع.

(٨٦٥) لأنه في الظاهر يخالف لقولهم عليه السلام: الأرض لله.

(٨٦٦) إلا إذا رجع إلى مثل الجعالة، كأن يتعهد بالتحجير لمصلحة شخص في مقابل مكافأة معينة.

(٨٦٧) إذا كان الشك في حدود التصرف بعد إحراز أنه تصرف في حق الغير. أما إذا كان الشك في وجود ذلك الحق فلا، مثل الشك في حرمة شرب الدخان في الحدائق العامة، لأنه من الشك في أنه في حدود حقوق الناس فيها وذلك لأن الأصل حلية كل شيء لم نعرف حرمة.

مسألة ٦: الأثرية^(٨٦٨) التي توجد في المشتركات - كما في الموات من الأرض - تابعة للملكية الأرض.

مسألة ٧: لو علم بأن الأرض كانت لها مالك في العهود القديمة لكنهم بادوا وانقرضوا ولو بوراثهم يجري عليها حكم الموات.

مسألة ٨: إذا جعل المسبّل أطراف الشارع العام لخصوص المشاة - مثلاً - ليس لأحد المرور عليها ركباً بأي مركب كان.

مسألة ٩: لو تعارضت المصلحة الاستطراقية النوعية في الشوارع العامة مع مصلحة نوعية أخرى تقدم الأولى.

مسألة ١٠: لو سبق إثنان إلى محل في المشتركات ولم يمكن الجمع^(٨٦٩) يقرع بينهما.

مسألة ١١: لو إتخذ المسجد ظلماً وجعله محلاً أو مسكناً أو غيرها لا يخرج عن المسجدية ويجري عليه أحكامها.

مسألة ١٢: يحرم إلقاء المعائر والمزالق في الشوارع والطرق مع تضرر العابرين، وكذا إلقاء الزباله وجعلها مزبلة بما لا تجري به العادة المتعارفة.

مسألة ١٣: ليس لأحد أن يوقف مركوبه في أي محل شاء وأراد في الشوارع والطرق العامة إلا إذا أحرز أن ذلك لا يضر بالعابرين.

مسألة ١٤: يجري حكم ضمان المال والنفس فيما يتلف بالمراكب في الطرق والشوارع العامة مباشراً كان التلف أو تسببياً ويجري أحكام القصاص من العمد والخطأ المحض وشبهه وغيرها من الأحكام .

مسألة ١٥: يكره التردد في الأسواق والشوارع العامة المزدهمة .

كتاب اللقطة

اللقطة بمعناها الأعم كل مال ضائع عن مالكه ولم يكن يد عليه ، وهي إما حيوان أو مال صامت أو إنسان، ففيه فصول ثلاثة:

الفصل الأول في لقطة الحيوان

^(٨٦٨) إن لم يثبت أنها من حق الشعب كلهم بل من حق البشرية جميعاً.

^(٨٦٩) ولو بالمهاياة أو ما أشبهه.

وهي: المسماة بالضالة^(٨٧٠).

مسألة ١: إذا وجد الحيوان في العمران لا يجوز^(٨٧١) أخذه ووضع اليد عليه - أي حيوان كان - فمن أخذه ضمنه، ويجب عليه حفظه من التلف والإنفاق عليه بما يلزم، وليس له الرجوع على صاحبه بما أنفق^(٨٧٢).

نعم، لو كان في معرض الخطر لمرض أو غيره جاز له أخذه من دون ضمان ويجب عليه الإنفاق، وجاز له الرجوع بما أنفقه على مالكة لو كان إنفاقه عليه بقصد الرجوع عليه، وإن كان له منفعة من ركوب أو حمل عليه أو لبن ونحوها جاز له استيفائها واحتسابها بأزاء ما أنفق .

مسألة ٢: بعدما أخذ الحيوان في العمران وصار تحت يده، يجب عليه الفحص عن صاحبه في صورتى جواز الأخذ وعدمه، فإذا يئس من صاحبه تصدق به أو بشمنه كغيره من مجهول المالك.

مسألة ٣: ما يدخل في دار الإنسان من الحيوان كالدجاج والحمام مما لم يعرف صاحبه، الظاهر خروجها عن عنوان اللقطة^(٨٧٣)، بل هو داخل في عنوان مجهول المالك، فيتفحص عن صاحبه وعند اليأس منه يتصدق به، والفحص اللازم هو المتعارف في أمثال ذلك بأن يسأل من الجيران والقريبة من الدور والعمران.

نعم، لا يبعد جواز تملك مثل الحمام إذا ملك جناحيه ولم يعرف صاحبه من دون فحص عنه كما مر في كتاب الصيد.

مسألة ٤: ما يوجد من الحيوان في غير العمران من الطرق والشوارع والمفاوز والصحاري والبراري والجبال والآجام ونحوها، إن كان مما يحفظ نفسه بحسب العادة من صغار السباع، مثل الثعالب وابن آوى والذئب والضبع ونحوها، إما لكبر جثته كالبعير، أو لسرعة عدوه كالفرس والغزال، أو لقوته وبطشه كالجاموس والثور، لا يجوز^(٨٧٤) أخذه ووضع اليد عليه^(٨٧٥) إذا كان في كالأوماء، أو كان صحيحاً

(٨٧٠) المعيار في ضالة الحيوان أمور:

أولاً: يكره أخذها إذا كانت مظنة وجدان صاحبها ولم يكن خوف عليها، وقد يحرم إذا كان من أخذ المال بغير إذن صاحبه .
ثانياً: يحسن أخذها لحفظها إذا كان هناك خوف من تلفها لأي سبب، وقد يجب إذا كان حفظ المال للمؤمن واجباً من باب الولاية وما أشبهه.

ثالثاً: يجوز أخذها بعنوان اللقطة إذا كان يخشى عليها.

رابعاً: يجوز أخذها بعنوان الامتلاك إذا كان هناك إعراض أو ما يحكمه، مثل الشاة إذا كانت في فلاة ويخشى عليها التلف، والله العالم.
(٨٧١) بعنوان أنه ضالة، أما أخذه لإيصاله إلى مالكة من باب الإحسان والتعاون على البرّ فلعله جائز بل مندوب بحمل النهي عن أخذ ضوال العمران على أخذها للامتلاك بدليل لفظة الأكل فيها، بلى يشترط ذلك بمعرفة أنها ضالة.

(٨٧٢) إن لم يكن محسناً وإلا فلا شيء عليه

(٨٧٣) فيه نظر لعدم معرفة الفارق.

(٨٧٤) بقصد التملك، أما بقصد إيصالها إلى أصحابها فيأتي فيه الكلام السابق.

(٨٧٥) بقصد التملك.

يقدر على تحصيل الماء والكلاء، وإن كان مما تغلب عليه صغار السباع كالشاة وأطفال البعير والدواب جاز له أخذه، فإذا أخذه عزفه في المكان الذي أصابه وحواليه إن كان فيه أحد، فإن عرف صاحبه رده إليه وإلا كان له تملكه وبيعه وأكله مع الضمان لمالكه لو وجد، كما أن له إبقائه وحفظه لمالكه ولا ضمان عليه.

مسألة ٥: لو أخذ البعير ونحوه في صورة لا يجوز له أخذه، ضمنه ويجب عليه الإنفاق عليه، وليس له الرجوع بما أنفق على صاحبه وإن كان من قصده الرجوع عليه كما مر فيما يؤخذ من العمران.

مسألة ٦: إذا ترك الحيوان صاحبه وسرّحه في الطرق أو الصحاري والبراري، فإن كان بقصد الإعراض عنه جاز لكل أحد أخذه وتملكه، كما هو الحال في كل مال أعرض عنه صاحبه، وإن لم يكن بقصد الإعراض بل كان من جهة العجز عن إنفاقه، أو من جهة جهد الحيوان وكلاله، كما يتفق كثيراً أن الإنسان إذا كلت دابته في الطرق والمفاوز ولم يتمكن من الوقوف عندها يأخذ رحلها أو سرجها ويذهب، فإن تركه في كلاء وماء وأمن ليس لأحد أن يأخذه^(٨٧٦)، فلو أخذه كان غاصباً ضامناً، له وإن أرسله بعدما أخذه لم يخرج من الضمان، وفي وجوب حفظه والإنفاق عليه وعدم الرجوع على صاحبه ما مر فيما يؤخذ في العمران، وإن تركه في خوف وعلى غير ماء وكلاء جاز أخذه والإنفاق عليه وهو للآخذ إذا تملكه.

مسألة ٧: إذا أصاب دابة، وعلم بالقرائن أن صاحبها قد تركها، ولم يدر أنه قد تركها بقصد الإعراض أو بسبب آخر، كان بحكم الثاني، فليس له أخذها وتملكها إلا إذا كانت في مكان خوف بلا ماء ولا كلاء.

مسألة ٨: إذا أصاب حيواناً في غير العمران ولم يدر أن صاحبه قد تركه بأحد النحويين، أو لم يتركه بل ضاع، أو شرد عنه كان بحكم الثاني من التفصيل المتقدم فإن كان مثل البعير لم يجز أخذه وتملكه، إلا إذا كان غير صحيح ولم يكن في ماء وكلاء، وإن كان مثل الشاة جاز أخذه مطلقاً.

مسألة ٩: إذا دخل غنم في قطعة من الغنم المملوك المسمى عند الناس بـ (الخلّاطة) يترتب عليه حكم مجهول المالك، وكذا نتاجه قبل التصديق به، ولا يحرم التصرف في ذلك، وهل يجوز إخراجها عنها مع كونه معرضاً للتلف؟. فيه إشكال^(٨٧٧).

الفصل الثاني في لقطة المال الصامت

(٨٧٦) إن لم يتم إعراض قهري، كإعراض من غرقت سفينته في البحر عما فيها قهراً عليه.

(٨٧٧) والأوجه العدم إذا اعتبر عرفاً أنه تحت حمايته وحفظه والله العالم.

ويطلق عليها اللقطة عند الإطلاق واللقطة بالمعنى الأخص، ويعتبر فيها عدم معرفة المالك فهو قسم من المجهول المالك له أحكام خاصة:

مسألة ١: يعتبر فيه الضياع عن المالك، فما يؤخذ من يد الغاصب والسارق ليس من اللقطة لعدم الضياع عن مالكة، بل لا بد في ترتيب أحكامها من إحراز الضياع ولو بشاهد الحال، فالخذاء المتبدل بخذائه في المساجد ونحوها يشكل ترتيب أحكام اللقطة عليه، وكذا الثوب المتبدل بثوبه في الحمام ونحوه لاحتمال تقصد المالك في التبديل، ومعه يكون من المجهول المالك لا من اللقطة.

مسألة ٢: يعتبر في صدق اللقطة وثبوت أحكامها الأخذ والالتقاط، فلو رأى شيئاً وأخبر به غيره فأخذه كان حكمها على الآخذ دون الرائي، وإن تسبب منه، بل لو قال ناولنيه فنوى المأمور الأخذ لنفسه كان هو الملتقط دون الأمر.

نعم، لو أخذه لا لنفسه وناوله إياه الظاهر صدق الملتقط على الأمر المتناول، بل بناءً على صحة الاستنابة والنيابة في الالتقاط كما في حيازة المباحات وإحياء الموات يكفي مجرد أخذ المأمور النائب في صيرورة الأمر ملتقطاً لكون يده بمنزلة يده وأخذه بمنزلة أخذه.

مسألة ٣: لو رأى شيئاً مطروحاً على الأرض فأخذه^(٨٧٨) بظن أنه ماله فتبين أنه ضائع عن غيره صار بذلك لقطة، وعليه حكمها، وكذا لو رأى مالاً ضائعاً فنحاه من جانب إلى آخر. نعم، لو دفعه برجله ليتعرفه، الظاهر عدم صيرورته بذلك ملتقطاً بل ولا ضامناً لعدم صدق اليد والأخذ.

مسألة ٤: المال المجهول المالك غير الضائع لا يجوز أخذه ووضع اليد عليه، فإن أخذه كان غاصباً ضامناً، إلا إذا كان في معرض التلف فيجوز بقصد الحفظ، ويكون حينئذٍ في يده أمانة شرعية لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط، وعلى كلٍ من تقديري جواز الأخذ وعدمه، لو أخذه يجب عليه الفحص عن مالكة إلى أن ييأس من الظفر به، وعند ذلك يجب عليه أن يتصدق به.

مسألة ٥: ما يؤخذ من يد الصبيان -سواء كان الآخذ صبيّاً أيضاً أو بالغاً- يكون من المجهول المالك.

مسألة ٦: كل مال غير الحيوان أحرز ضياعه عن مالكة المجهول ولو بشاهد الحال -وهو الذي يطلق عليه اللقطة كما مر- يجوز أخذه والتقاطه على كراهة، وإن كان المال الضائع في الحرم -أي حرم مكة زادهما الله تعالى شرفاً وتعظيماً- اشتدت كراهية التقاطه، بل نسب إلى المشهور حرمة فلا يترك فيه الاحتياط.

(٨٧٨) المعيار في الضمان وأن يصبح لقطة أن يكون بحيث يتم تسلط الآخذ عليه عرفاً، أما مع عدم ذلك أو الشك فيه فلا ضمان ولا لقطة.

مسألة ٧: اللقطة إن كانت قيمتها دون الدرهم جاز تملكها في الحال من دون تعريفٍ وفحص عن مالكةها ، ولا تملك قهراً بدون قصد التملك على الأقوى، فإن جاء مالكةها بعدما التقطها دفعها إليه مع بقائها وإن تملكها على الأحوط لو لم يكن الأقوى، وإن كانت تالفة لم يضمها الملتقط وليس عليه عوضها إن كان بعد التملك مطلقاً، وكذا إن كان قبله بلا تفريط.

وإن كانت قيمتها درهماً أو أزيد وجب عليه تعريفها والفحص عن صاحبها، فإن لم يظفر به، فإن كان لقطه الحرم تخير بين أمرين: التصديق بها أو إبقائها عنده وحفظها لمالكها وليس له تملكها^(٨٧٩)، وإن كانت لقطه غير الحرم فخير بين أمور ثلاثة: تملكها، والتصديق بها مع الضمان فيهما، وإبقاؤها أمانة بيده من غير ضمان.

مسألة ٨: الدرهم^(٨٨٠) هو الفضة المسكوكة الرائجة في المعاملة، وهو وإن اختلف عياره بحسب الأزمنة والأمكنة، إلا أن المراد هنا ما كان على وزن إثنتي عشر حمصة ونصف حمصة وعشرها، وبعبارة أخرى نصف مثقال وربع عشر مثقال بالمثلث الصيرفي الذي يساوي أربعة وعشرين حمصة معتدلة.

مسألة ٩: المدار^(٨٨١) في القيمة على مكان الالتقاط وزمانه في اللقطة وفي الدرهم، فإن وجد شيئاً في مملكة وكان قيمته في بلد الالتقاط وزمانه أقل من درهم، كما لو وجد في بلاد تكون الرائج فيها الروبية وكان قيمته أقل من الدرهم جاز تملكه في الحال ولا يجب تعريفه.

مسألة ١٠: يجب التعريف فوراً فيما لم يكن أقل من درهم، فلو أخره من أول زمن الالتقاط عصي، إلا إذا كان لعذر، ولو أخره لعذر أو لا لعذر لم يسقط.

مسألة ١١: قيل لا يجب التعريف إلا إذا كان نواياً للتملك بعده، والأقوى وجوبه مطلقاً^(٨٨٢) وإن كان من نيته التصديق أو الحفظ لمالكها أو غير نواٍ لشيء أصلاً.

مسألة ١٢: مدة التعريف الواجب سنة كاملة، ولا يشترط فيها التوالي^(٨٨٣)، فإن عرفها في ثلاثة شهور في سنة على نحو يقال في العرف أنه عرفها في تلك المدة ثم ترك التعريف بالمرّة ثم عرفها في سنة

(٨٧٩) هذا هو المشهور وفي رواية يجوز له التملك والمشهور هو الأحوط.

(٨٨٠) هذا هو المقدار المعروف وقد سبق الحديث عنه في كتاب الزكاة، ولكن الظاهر أن المراد منه في لسان الروايات الدرهم الرائج عندهم في كل عصر، ولعل الأشبه حساب قيمته السوقية في وضعنا والله العالم.

والأشبه أن العفو عن الأقل من الدرهم إنما هو بسبب عدم وجود طالب له (حسب رواية) أو بسبب أن المالك يعرض عن مثله، ومن هنا فإن تم ذلك الإعراض عما هو أكثر من ذلك في بلد بسبب ارتفاع مستوى المعيشة فيه مثل الدينار في الخليج والدولار في أمريكا فحكمه حكم الدرهم.

(٨٨١) لقد سبق وأن بينا المدار.

(٨٨٢) في إطلاقه وشموله لحالة خشية التلف في المال، أو وقوعه في يد غير آمنة نظر ظاهر، وإن كان الأحوط ذلك.

(٨٨٣) الظاهر من التعريف البحث عن المالك مقدمة لإيصال المال إليه، ومن هنا فلا بد أن يتحقق بصورة يصبح مقدمة لذلك، فلو افترضنا أن المالك لا نحصل عليه إلا إذا عرفنا اللقطة كل يوم في أول أسبوع أو أول شهر ثم لا نحصل عليه أبداً، لأن اللقطة قد وجدت في منتجع صيفي أو مزار ديني وإنما للمسافرين الذين يعودون من الموقع ولا يعودون إليه إلا نادراً، ففي مثل هذا الفرض يتم التعريف حسب

أخرى ثلاثة شهور وهكذا إلى أن كمل مقدار سنة في ضمن أربع سنوات مثلاً كفى^(٨٨٤) في تحقق التعريف الذي هو شرط لجواز التملك، وسقط عنه ما وجب عليه وإن كان عاصياً في تأخيره إن كان بدون عذر.

مسألة ١٣: لا يعتبر رضا الملتقط في التعريف فلو، عُرِّفَ ولو من دون علمه ورضاه كفى.

مسألة ١٤: إيصال اللقطة إلى المالك بعد الظفر عليه واجب فوري، ولا تسقط الفورية بالعصيان.

مسألة ١٥: يصدق التعريف على ما تعارف في هذه الإعصار في وسائل الإعلام من الصحف والإذاعات وغيرها.

مسألة ١٦: لا يعتبر في التعريف مباشرة الملتقط، بل يجوز إستنابة الغير مجاناً أو بالأجرة مع الاطمئنان بإيقاعه، والظاهر أن أجرة التعريف على الملتقط إلا إذا كان من قصده أن تبقى بيده ويحفظها لملكها^(٨٨٥).

مسألة ١٧: لو علم بأن التعريف لا فائدة فيه، أو حصل له اليأس من وجدان مالكتها قبل تمام السنة، سقط وتخيّر بين الأمرين في لقطة الحرام والأمر الثلاثة في لقطة غيره، والأحوط^(٨٨٦) في الثاني أن يتصدق بها ولا يتملك.

مسألة ١٨: لو تعذر التعريف في أثناء السنة انتظر رفع العذر وليس عليه بعد ارتفاع العذر استيناف السنة بل يكفي^(٨٨٧) تميمها.

مسألة ١٩: لو علم بعد تعريف سنة أنه لو زاد عليها عشر على صاحبه، فهل يجب الزيادة إلى أن يعثر عليه أم لا؟ وجهان: أحوطهما الأول وإن كان الثاني لا يخلو من قوة.

مسألة ٢٠: لو ضاعت اللقطة من الملتقط ووجدها شخص آخر لم يجب عليه التعريف بل يجب عليه إيصالها إلى الملتقط الأول.

نعم، لو لم يَعْرِفْهَ وجب عليه التعريف سنة طالباً به المالك أو الملتقط الأول، فأيا منهما عشر عليه يجب دفعها إليه من غير فرق بين ما كان ضياعها من الملتقط قبل تعريفه سنة أو بعده.

مسألة ٢١: إذا كانت اللقطة مما لا يبقى سنة - كالبطيخ واللحم والفواكه والخضروات - جاز أن يقومها على نفسه ويأكلها ويتصرف بها، أو يبيعها من غيره ويحفظ ثمنها لملكها، والأحوط أن يكون يبيعها بإذن الحاكم مع الإمكان، ولا يسقط التعريف فيحفظ خصوصياتها وصفاتها قبل أن يأكلها أو

الحاجة وبصورة مركزة، ومن هنا فإن التعريف غير المتوالي قد لا ينفع أبداً، فالأشبه تجنبه وعموماً المعيار في التعريف ما يحقق هدفه وهو إيصال المال إلى صاحبه.

(٨٨٤) في ذلك نظر ظاهر يعرف مما مرّ.

(٨٨٥) لعل المعيار هنا الإحسان وعدمه فليس على المحسن الذي يهدف خدمة المالك شيء.

(٨٨٦) والأقوى عدم الوجوب، بل الأولى به الانتظار سنة حتى من دون تعريف.

(٨٨٧) وجوب التكميل بعد السنة بناءً على الاحتياط.

يبيعها ثم يعرفها سنة، فإن جاء صاحبها وقد باعها دفع ثمنها إليه، وإن أكلها غرمه بقيمتها، وإن لم يبيح فلا شيء عليه.

مسألة ٢٢: يتحقق تعريف سنة بأن يكون في مدة سنة متوالية أو غير متوالية^(٨٨٨) مشغولاً بالتعريف بحيث لم يعد في العرف متسامحاً متساهلاً في الفحص عن مالكة، بل عدوه فاحصاً عنه في هذه المدة، ولا يتقدر ذلك بمقدار معين، بل هو أمر عربي، وقد نسب إلى المشهور تحديده بأن يعرف في الأسبوع الأول في كل يوم مرة ثم في بقية الشهر في كل أسبوع مرة، وبعد ذلك في كل شهر مرة، والظاهر أن المراد بيان أقل ما يصدق عليه تعريف سنة عرفاً، ومرجعه إلى كفاية بضع وعشرين مرة بهذه الكيفية، وفيه إشكال من جهة الإشكال في كفاية كل شهر مرة في غير الشهر الأول، والظاهر كفاية كل أسبوع مرة إلى تمام الحول، والأحوط أن يكون في الأسبوع الأول كل يوم مرة^(٨٨٩).

مسألة ٢٣: محل التعريف مجامع الناس كالأسواق والمشاهد ومحل إقامة الجماعات ومجالس التعازي، وكذا المساجد حين اجتماع الناس فيها وإن كره ذلك فيها فينبغي أن يكون على أبوابها حين دخول الناس فيها أو خروجهم عنها.

مسألة ٢٤: يجب أن يعرف اللقطة في موضع الالتقاط إن وجدها في محل متأهل من بلد أو قرية ونحوها، ولو لم يقدر على البقاء لم يسافر بها بل استناب شخصاً أميناً ثقة ليعرفها، وإن وجدها في المغاوز والبراري والشوارع وأمثال ذلك عرفها لمن يجده فيها، حتى أنه لو اجتازت قافلة تبعهم وعرفها فيهم، فإن لم يجد المالك فيها أتم التعريف في غيرها من البلاد أي بلد شاء مما احتمل وجود صاحبها فيه، وينبغي أن يكون في أقرب البلدان إليها فالأقرب مع الإمكان.

مسألة ٢٥: كيفية التعريف، أن يقول المنادي: "من ضاع له ذهب أو فضة أو ثوب" وما شاكل ذلك من الألفاظ بلغة يفهمها الأغلب، ويجوز أن يقول من: "ضاع له شيء أو مال" بل ربما قيل إن ذلك أحوط وأولى، فإذا ادعى أحد ضياعه سأله عن خصوصياته وصفاته وعلاماته من وعائه وخيطه وصنعتة وأمور يبعد إطلاع غير المالك عليها من عدده وزمان ضياعه ومكانه وغير ذلك، فإذا توافقت الصفات والخصوصيات التي ذكرها مع الخصوصيات الموجودة في ذلك المال فقد تم التعريف، ولا يضر جهله ببعض الخصوصيات التي لا يطلع عليها المالك غالباً ولا يلتفت إليها إلا نادراً، ألا ترى أن الكتاب الذي يملكه الإنسان ويقراه ويطالعه مدة طويلة من الزمان لا يطلع غالباً على عدد أوراقه وصفحاته، فلو لم يعرف مثل ذلك لكن وصفه بصفات وعلامات أخر لا تخفى على المالك كفى في تعريفه وتوصيفه.

مسألة ٢٦: إذا لم تكن اللقطة قابلاً للتعريف، بأن لم تكن لها علامة وخصوصيات ممتازة عن غيرها حتى يصفها من يدعيها ويسأل عنها الملتقط، كدينار واحد من الدينانير المتعارفة غير مصرور ولا مكسور

(٨٨٨) فيه نظر وإشكال سبق.

(٨٨٩) سبق أن التعريف يهدف إيصال الحق إلى أهله وهو يختلف حسب الظروف المتفاوتة.

سقط التعريف، وحينئذٍ هل يتخير بين الأمور الثلاثة المتقدمة من دون تعريف مثل ما حصل اليأس من وجدان مالكة أو يعامل معه معاملة مجهولة المالك فيتعيّن التصديق به؟ وجهان أحوطهما الثاني.

مسألة ٢٧: إذا إلتقط إثنان لقطه واحدة، فإن كان المجموع دون درهم جاز لهما تملكها في الحال من دون تعريف وكان بينهما بالتساوي، وإن كانت بمقدار درهم فما زاد وجب عليهما تعريفها وإن كانت حصة كل منهما أقل من درهم، ويجوز أن يتصدى للتعريف كلاهما أو أحدهما أو يوزّع الحول عليهما بالتساوي أو التفاضل، فإن توافقا على أحد الأنحاء فقد أديا ما هو الواجب عليهما وسقط عنهما، وإن تعاسرا يوزّع الحول عليهما بالتساوي، وهكذا بالنسبة إلى أجرة التعريف لو كانت عليهما، وبعدما تم حول التعريف يجوز إتفاقهما على التملك أو التصديق أو الإبقاء أمانة، ويجوز أن يختار أحدهما غير ما يختاره الآخر بأن يختار أحدهما التملك والآخر التصديق مثلاً كل في نصفه.

مسألة ٢٨: إذا التقط الصبي أو المجنون، فما كان دون درهم ملكاه إن قصدا^(٨٩٠) أو قصد وليهما التملك، وما كان مقدار درهم فما زاد يعرف وكان التعريف على وليهما، وبعد تمام الحول يختار من التملك لهما، والتصديق، والإبقاء أمانة ما هو الاصلح لهما.

مسألة ٢٩: اللقطة في مدة التعريف أمانة لا يضمنها الملتقط إلا مع التعدي أو التفريط، وكذا بعد تمام الحول إن اختار بقاءها عنده أمانة للمالكها، وأما إن اختار التملك أو التصديق فإنها تصير في ضمانه كما تعرفه.

مسألة ٣٠: يجوز للملتقط التصرف^(٨٩١) في اللقطة بما لا ينافي بقاء العين مع ضمان المنفعة بإذن الحاكم الشرعي.

مسألة ٣١: إن وُجدَ المالك وقد تملكه الملتقط بعد التعريف، فإن كانت العين باقية أخذها، وليس له إلزام الملتقط بدفع البدل من المثل أو القيمة، وكذا ليس له إلزام المالك بأخذ البدل، وإن كانت تالفة أو منتقلة إلى الغير ببيع ونحوه أخذ بدله من الملتقط من المثل أو القيمة، وإن وُجدَ بعدما تصدق به فليس له أن يرجع إلى العين وإن كانت موجودة عند المتصدق له، وإنما له أن يرجع على الملتقط ويأخذ منه بدل ماله إن لم يرض بالتصدق، وإن رضي به لم يكن له الرجوع عليه وكان أجر الصدقة له، هذا إذا وُجدَ المالك وأما إذا لم يوجد فلا شيء عليه في صورتين.

مسألة ٣٢: لا يسقط التعريف عن الملتقط بدفع اللقطة إلى الحاكم وإن جاز له دفعها إليه قبل التعريف وبعده، بل إن اختار التصديق بما بعد التعريف كان الأولى أن يدفعها إليه ليتصدق بما.

مسألة ٣٣: لو وُجدَ المالك وقد حصل للقطه نماء متصل يتبع العين^(٨٩٢) فيأخذ العين بنمائه سواء حصل قبل تمام التعريف أو بعده، وسواء حصل قبل التملك أو بعده.

(٨٩٠) مع تمشي القصد مثل قصد الصبي المميز.

(٨٩١) التصرف في مال الغير بغير إذنه بحاجة إلى دليل قوي وغبطة لذلك الغير، فمن دونها يشكل التصرف، والله العالم.

وأما النماء المنفصل فإن حصل بعد التملك كان للملتقط، فإذا كانت العين موجودة تدفعها إلى المالك دون نمائها، وإن حصل في زمن التعريف أو بعده قبل التملك^(٨٩٣) كان للمالك.

مسألة ٣٤: لو حصل لها نماء منفصل بعد الالتقاط فعرف العين حولاً ولم يجد المالك، فهل له تملك النماء بتبع العين أم لا؟ وجهان، بل قولان، أظهرهما الأول وأحوطهما الثاني، بأن يعمل معه معاملة مجهول المالك فيتصدق به بعد اليأس عن المالك.

مسألة ٣٥: لو نوى الملتقط الخيانة في أثناء الحول أو بعده انقلبت يده من الأمانة الشرعية إلى الخيانة، ولو رجع ففي رجوع الأمانة إشكال^(٨٩٤).

مسألة ٣٦: ما يوجد مدفوناً في الخربة الدارسة التي باد أهلها وفي المفاوز وكل أرض لا رب لها فهو لواجده من دون تعريف وعليه الخمس، كما مر في كتابه، وكذا ما كان مطروحاً وعلم أو ظن بشهادة بعض العلائم والخصوصيات أنه ليس لأهل زمن الواجد، وأما ما علم أنه لأهل زمانه فهي لقطعة فيجب تعريفها إن كان بمقدار الدرهم فما زاد، وقد مر أنه يعرف في أي بلد شاء^(٨٩٥).

مسألة ٣٧: لو علم مالك القطة قبل التعريف، لكن لم يمكن الإيصال إليه ولا إلى وارثه، ففي إجراء حكم اللقطة عليه من التخيير بين الأمور الثلاثة، أو إجراء حكم مجهول المالك عليه وتعين التصديق به وجهان، الأحوط الثاني بل لا يخلو من قوة.

مسألة ٣٨: لو مات الملتقط، فإن كان بعد التعريف والتملك ينتقل إلى وارثه، وإن كان بعد التعريف وقبل التملك يتخير وارثه بين الأمور الثلاثة، وإن كان قبل التعريف أو في أثناءه يتولاه وارثه في الأول ويتمه في الثاني، وهو مخير بين الأمور الثلاثة، ولو تعددت الورثة كان حكمهم حكم الملتقط المتعدد مع وحدة اللقطة، وقد مر حكمه في بعض المسائل السابقة.

مسألة ٣٩: لو وجد مالاً في دار معمورة يسكنها الغير، سواء كانت ملكاً أو مستأجرة أو مستعارة بل أو مغصوبة عرفه الساكن، فإن ادعى ملكيته فهو له فليدفع إليه بلا بينة، وكذا لو قال لا أدري^(٨٩٦) وإن سلبه عن نفسه فقد نسب إلى المشهور أنه ملك للواجد، وفيه إشكال فالأحوط إجراء حكم اللقطة عليه، وأحوط منه إجراء حكم مجهول المالك، فيتصدق به بعد اليأس عن المالك.

(٨٩٢) إن كان النماء كثيراً مما يعده العرف تابعاً لمن نماءه، كما إذا وجد فرخاً أو حملاً فرباه حتى أصبح تاماً يشكل هذا الحكم أي التبعية،

بل يجب التحاكم إلى العرف لإيصال كل حق إلى صاحبه

(٨٩٣) فيه ما في النماء المتصل تماماً.

(٨٩٤) بل يكون كاللقطة الجديدة وحينئذ تصبح يده يداً آمنة.

(٨٩٥) مما يحتل وجود المالك فيه إذ التعريف مقدمة لوجدان صاحب الحق.

(٨٩٦) على ما هو المشهور وهو قريب وإن كان الأحوط التراضي بينه وبين الواجد ثم جعله لقطعة.

مسألة ٤٠: لو وجد شيئاً في جوف حيوان قد انتقل إليه من غيره، فإن كان غير السمك كالغنم والبقر عرّفه صاحبه السابق^(٨٩٧) فإن إدعاه دفعه إليه، وكذا إن قال لا أدري على الأحوط.

وإن أنكره كان للواجد، وإن وجد شيئاً لؤلؤة أو غيرها في جوف سمكة اشتراها من غيره فهو له، والظاهر أن الحيوان الذي لم يكن له مالك سابق غير السمك بحكم السمك، كما إذا اصطاد غزالاً فوجد في جوفه شيئاً، وإن كان الأحوط إجراء حكم اللقطة أو المجهول المالك عليه^(٨٩٨).

مسألة ٤١: لو وجد في داره التي يسكنها شيئاً ولم يعلم أنه ماله أو مال غيره، فإن لم يدخلها غيره أو يدخلها آحاد من الناس من باب الاتفاق كالدخانية المعدّة لأهله وعياله فهو له، وإن كانت مما يتردد فيها الناس كالبرّانية المعدّة للاضياف والواردين والعائدين والمضاييف ونحوها فهو لقطعة يجري عليه حكمها، وإن وجد في صندوقه شيئاً ولم يعلم أنه ماله أو مال غيره فهو له، إلا إذا كان غيره يدخل يده فيه أو يضع فيه شيئاً فيعرّفه ذلك الغير فإن أنكره كان له لا لذلك الغير فإن ادعاه دفعه إليه، وإن قال لا أدري فالأحوط التصالح.

مسألة ٤٢: لو أخذ من شخص مالا ثم علم أنه لغيره قد أخذ منه بغير وجه شرعي وعدواناً ولم يعرف المالك يجري عليه حكم^(٨٩٩) مجهول المالك لا اللقطة، لما مر أنه يعتبر في صدقها الضياع عن المالك ولا ضياع في هذا الفرض.

نعم، في خصوص ما إذا أودع عنده سارق مالا، ثم تبين أنه مال غيره ولم يعرفه، يجب عليه أن يمسكه ولا يرده إلى السارق مع الإمكان، ثم هو بحكم اللقطة، فيعرّفها حولاً فإن أصاب صاحبها ردّها عليه وإلا تصدق بها، فإن جاء صاحبها بعد ذلك خيّر بين الأجر والغرم، فإن اختار الأجر فله وإن اختار الغرم غرم له، وكان الأجر له، وليس له أن يملكه بعد التعريف فليس هو بحكم اللقطة من هذه الجهة.

مسألة ٤٣: لو التقط شيئاً، فبعدما صار في يده ادعاه شخص حاضر وقال: "إنه مالي" يشكل دفعه إليه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى البيّنة، إلا إذا كان بحيث يصدق عرفاً أنه في يده أو إدعاه قبل أن يلتقطه^(٩٠٠) فيحكم بكونه ملكاً للمدعي ولا يجوز له أن يلتقطه.

مسألة ٤٤: لا يجب دفع اللقطة إلى من يدعيها إلا مع العلم أو البيّنة، وإن وصفها بصفات وعلامات لا يطلع عليها غير المالك غالباً إذا لم يفد القطع بكونه المالك.

(٨٩٧) إن كان يحتمل أنه له . أما إذا احتمل أنه لغيره مما يحتمل ابتلاع الحيوان ماله فعليه أن يعرفه له، وهكذا يختلف حكم ما في جوف الحيوان حسب الظروف، ولكل حالة حكمها الخاص.

(٨٩٨) فيه التفصيل السابق، وعلى العموم الأحوط تطبيق القواعد العامة على ذلك، وعند فقدها يكون للواجد . والروايات محمولة على هذه الحالة.

(٨٩٩) قد يقال أن حكمه حكم الفرع التالي لوحدة المناط.

(٩٠٠) ولم تكن أمانة بعدم كونه له مثل أن يجد مسافران شيئاً على الأرض فيدعيه أحدهما قبل أن يبادر الآخر بالتقاطه.

نعم، نسب إلى الأكثر أنه إن أفاد الظن جاز دفعها إليه، فإن تبرع بالدفع عليه لم يمنع، وإن امتنع لم يجبر، وفيه إشكال فالأحوط الاقتصار في الدفع على صورة العلم أو البينة^(٩٠١).

مسألة ٤٥: لو تبدل حذاؤه بحذاء آخر في مسجد أو غيره، أو تبدل ثيابه في حمام أو غيره بثياب آخر، فإن علم أن الموجود لمن أخذ ماله جاز أن يتصرف فيه بل يملكه بعنوان التقاص عن ماله، خصوصاً فيما إذا علم بشاهد الحال أن صاحبه قد بدله متعمداً.

نعم، لو كان الموجود أجود مما أخذ يلاحظ التفاوت فيقومان معاً ويتصدق مقدار التفاوت بعد اليأس عن صاحب المتروك، وإن لم يعلم بأن المتروك لمن أخذ ماله أو لغيره يعامل معه معاملة المجهول المالك، فيتفحص عن صاحبه ومع اليأس عنه يتصدق به، بل الأحوط ذلك أيضاً فيما لو علم أن الموجود للآخذ لكن لم يعلم أنه قد بدل متعمداً.

الفصل الثالث في اللقيط

إذا وجد صبي ضائع لا كافل له ولا يستقل بنفسه على السعي فيما يصلحه والدفع عما يضره ويهلكه، ويقال له: "اللقيط" يجوز^(٩٠٢) بل يستحب التقاطه وأخذه، بل يجب إذا كان في معرض التلف، سواء كان منبوذاً قد طرحه أهله في شارع أو مسجد ونحوهما عجزاً عن النفقة أو خوفاً من التهمة أو غيره، بل وإن كان مميزاً بعد صدق كونه ضائعاً تائهاً لا كافل له^(٩٠٣).

مسألة ١: إذا أخذ اللقيط والتقطه يجب عليه حضانته وحفظه والقيام بضرورية تربيته بنفسه أو بغيره، وهو أحق به من غيره^(٩٠٤)، إلى أن يبلغ، فليس لأحد أن ينتزعه من يده ويتصدى حضانته غير من له حق الحضانة شرعاً، بحق النسب كالأبوين والأجداد وسائر الأقارب، أو بحق الوصاية كوصي الأب أو الجد إذا وجد أحد هؤلاء فيخرج بذلك عن عنوان اللقيط لوجود الكافل له حينئذٍ، واللقيط من لا كافل له وكما لهؤلاء حق الحضانة فلهم انتزاعه من يد أخذه، كذلك عليهم ذلك فلو امتنعوا اجبروا عليه.

(٩٠١) أو ما يقوم مقامها من الطمأنينة العرفية.

(٩٠٢) جواز الالتقاط مستند إلى الأصل وإلى الإجماع وكلا الدليلين لا إطلاق لهما، فليرجع في أمر الالتقاط إلى الأصول العامة للفقهاء مثل أصل الإباحة، وحسن الإحسان، وضرورة حفظ النفس وما أشبهه، وكل حكم مخالف لمثل هذه الأصول يجب أن ترد إليها، ومن أبرز الأصول أن الأمور الحسبية ترجع إلى الحاكم العادل مثل ولي الفقيه، أو عدول المؤمنين، أو من اختاره الناس ووكلوه إدارة أمورهم المعاشية، ومن هنا فإن كفالة اللقطاء والمنبوذين من واجبات المجتمع وعند فقد ذلك يجوز لكل إنسان أن يقوم بما احتساباً والله العالم.

(٩٠٣) وكذلك الجنون والمغمى عليه وحتى البالغ العاقل الذي أُلجأته الحياة إلى الضياع بسبب ظلم ظالم أو مرض عضال أو ما أشبهه.

(٩٠٤) كأنه بفحوى كونه قد سبق إلى من لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به، ولكن ذلك لا يلغي دور المجتمع والدولة العادلة من الرقابة عليه منعاً للظلم أو الإهمال.

مسألة ٢: لا يجب^(٩٠٥) تعريف اللقيط على الملتقط.

مسألة ٣: إذا كان للقيط مال من فراش أو غطاء زائد على مقدار حاجته أو غير ذلك جاز للملتقط صرفه في إنفاقه بإذن الحاكم أو وكيله، ومع تعذرهما جاز له ذلك بنفسه ولا ضمان عليه، وإن لم يكن له مال فإن وجد من ينفق عليه من حاكم بيده بيت المال، أو من كان عنده حقوق تنطبق عليه من زكاة أو غيرها أو متبرع، كان له الاستعانة بهم في إنفاقه أو الإنفاق عليه من مال له، وليس له حينئذ الرجوع على اللقيط بما أنفق بعد بلوغه ويساره وإن نوى الرجوع عليه، وإن لم يكن من ينفق عليه من أمثال ما ذكر تعيّن عليه وكان له الرجوع عليه مع قصد الرجوع لا بدونه.

مسألة ٤: يشترط في الملتقط البلوغ والعقل والحرية وكذا الإسلام إن كان اللقيط محكوماً بالإسلام.

مسألة ٥: لقيط دار الإسلام محكوم بالإسلام وكذا لقيط دار الكفر إذا وجد فيها مسلم احتمال تولد اللقيط منه^(٩٠٦)، وإن كان في دار الكفر ولم يكن فيها مسلم أو كان ولم يحتمل كونه منه يحكم بكفره، وفيما كان محكوماً بالإسلام لو أعرب عن نفسه الكفر بعد البلوغ يحكم بكفره، لكن لا يجري عليه حكم المرتد الفطري على الأقوى.

مسألة ٦: اللقيط محكوم بالحرية ما لم يعلم خلافه أو أقرّ على نفسه بالرق بعد بلوغه، حتى فيما لو التقط من دار الكفر ولم يكن فيها مسلم احتمال تولده منه، غاية الأمر أنه يجوز استرقاقه^(٩٠٧) حينئذٍ وهذا غير الحكم برقيته كما لا يخفى.

مسألة ٧: لو مات اللقيط ولم يظهر له نسب يكون وارثه الإمام عليه السلام.

مسألة ٨: إذا اشترك اثنان في التقاط اللقيط يترتب على كل منهما ما تقدم من الأحكام .

مسألة ٩: لا تجب المباشرة في حضانة اللقيط وسائر شؤونه ويجوز فيها الاستنابة بل يصح دفعه إلى ما أعدّ لذلك.

مسألة ١٠: لا يترتب حكم اللقيط على طفل أخذ من الدولة أو من غيرها لتربيته.

مسألة ١١: لو التقط صبي لقيطاً يتعلق الحكم بوليّه.

(٩٠٥) فيه نظر لفحوى تعريف اللقطة حيث ان إيصال الفرد إلى وليه أولى من إيصال المال إلى صاحبه خصوصاً إذا كان إلتقاطه سبباً لانقطاعه عن أهله، وذلك بترجيله عن موقع الالتقاط. والمسألة مشكّلة، لأن ذلك قد يقطع سبيل الإحسان، والأولى أن يتولى التعريف الدولة.

(٩٠٦) فيه نظر، بل المعيار هو تابعة الولد نسبياً إلى الأعم الأغلب في البلد أو البلد المحكوم ببلاد المسلمين شرعاً، ويحتمل أن نعتبر اللقيط تابعاً لمن التقطه وتبناه إن كان مسلماً دون النظر إلى أصله وإن كان إقامة الدليل على ذلك مشكّلة والله العالم.

(٩٠٧) فيه نظر وقد سبق القول فيه في كتاب الجهاد.

خاتمة وفيها مسائل

الأولى: قد مر إعتبار القصد في تملك اللقطة إن لم يوجد صاحبها بعد تعريفها في تمام السنة ويكفي الإجمالي الارتكازي منه.

الثانية: لو ذكر شخص علامات اللقطة ولكن علم الملتقط أنها كانت في يده على نحو غيره مشروع -من الغصب أو السرقة أو المعاوضات الباطلة- ليس له دفع المال إليه وإن ذكر العلائم المعلومة.

الثالثة: إذا تضرر الملتقط بتعريف اللقطة، أو يقع به في الحرج والشدة يسقط التعريف، ويرجع بها إلى الحاكم الشرعي.

الرابعة: لو التقط شيئاً وعليه علامة معتبرة للوقف لا يجوز له التملك ولو بعد التعريف، ويرجع فيه إلى الحاكم الشرعي.

الخامسة: إذا وجد الصبي أو المجنون لقطعة ما دون الدرهم ليس لأحد انتزاعها منه.

السادسة: لو التقط شيئاً وعلم أن صاحبه يأتي ويأخذه منه سقط التعريف.

السابعة: إذا التقط شيئاً وشك في أن المالك أعرض عنه أم لا، يجري عليه حكم الالتقاط.

الثامنة: لا فرق فيما تقدم من الأحكام في المال الملتقط بين احتمال كونه من مسلم أو غيره، كما لا فرق بين أن تكون في بلاد الإسلام أو غيره.

التاسعة: لو تنزلت القيمة للقطعة في مدة التعريف لا ضمان على الملتقط.

العاشرة: يجوز الاستنابة لالتقاط الأشياء بأجرة أو دونها.

الحادية عشر: لو التقط شيئاً وعلم بصاحبه الذي عليه دين له يجوز أخذه تقاصاً إن تحقق شروط التقاص.

وفيه فصول:

الفصل الأول في شرائطه

وهي .. تارة: في الزوج المطلق.

وأخرى: في المطلقة.

وثالثة: في الصيغة.

ورابعة: في الإشهاد.

شرائط المطلق

أما الأولى فهي أربعة..

الأول والثاني: البلوغ والعقل.

مسألة ١: لا يصح طلاق الصبي -لا بالمباشرة ولا بتوكيل الغير- وإن كان مميزاً وله عشر سنين، وإن كان الاحتياط في الطلاق ممن بلغ العشر لا ينبغي تركه، لمكان بعض الأخبار، وفتوى جماعة من الفقهاء بصحته.

مسألة ٢: لا يصح طلاق الجنون مطبقاً وأدوارياً حال جنونه، ويلحق به السكران ونحوه ممن زال عقله.

مسألة ٣: كما لا يصح طلاق الصبي بالمباشرة والتوكيل، كذلك لا يصح طلاق وليه عنه وجده فضلاً عن الوصي والحاكم.

نعم، لو بلغ فاسد العقل أو طراً عليه الجنون بعد البلوغ طلق عنه وليه، مع مراعاة الغبطة والصلاح، فإن لم يكن له أب وجد، فالأمر إلى الحاكم، وإن كان أحدهما صحح الاكتفاء بأحدهما من دون مراجعة الحاكم، وإن كان الأحوط أن يكون الطلاق منه مع الحاكم.

الثالث: القصد فلا يصح طلاق غير القاصد كالنائم والساهي والغالط بل الهازل الذي لا يريد وقوع الطلاق جداً، بل يتكلم بلفظه هزلاً.

مسألة ٤: لو أوقع صيغة الطلاق ثم قال: "إني ما قصدت الطلاق بما" يقبل منه فيما بينه وبين الله تعالى إن لم تكن قرينة على الخلاف.

الرابع: الاختيار بمعنى عدم الإكراه والإجبار، فلا يصح طلاق المكره الذي قد أُلزم على إيقاعه مع التوعيد والتهديد على تركه.

مسألة ٥: الإكراه هو حمل الغير على إيجاد ما يكره إيجاداً^(٩٠٨) مع التوعيد على تركه بإيقاع ما يضر بحاله عليه، نفساً أو عرضاً أو ماله، بشرط كون الحامل قادراً على إيقاع ما توعد به، إما بالعلم أو الظن بإيقاعه على تقدير عدم امتثاله، ويلحق به موضوعاً أو حكماً ما إذا أمره بإيجاد ما يكرهه مع خوف المأمور من عقوبته والإضرار عليه لو خالفه وإن لم يقع منه توعيد وتهديد، ولا يلحق به لا موضوعاً ولا حكماً ما لو أوقع الفعل مخافة إضرار الغير عليه بتركه من دون إلزام منه عليه، فلو تزوج على امرأة ثم رأى أنه لو بقيت في حباله لوقعت عليه وقية من بعض متعلقها - كأبيها أو أخيها فالتجأ إلى طلاقها فطلّقها فإنها يصح طلاقها.

مسألة ٦: لو قدر المأمور على دفع ضرر الأمر ببعض التفصّيات مما ليس فيه ضرر^(٩٠٩) عليه - كالفرار أو الاستعانة بالغير - لم يتحقق الإكراه، فلو أوقع الطلاق مثلاً حينئذٍ وقع صحيحاً. نعم، لو قدر على التورية وأوقع الطلاق من دون تورية فالظاهر وقوعه مكرهاً عليه وباطلاً. مسألة ٧: لو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه فطلّق إحداها المعينة وقع مكرهاً عليه، ولو طلقهما معاً ففي وقوع طلاق إحداها مكرهاً عليه فيعين بالقرعة أو صحة كليهما^(٩١٠)؟ وجهان لا يخلو أولهما من رجحان.

مسألة ٢: لو أكرهه على طلاق كلتا زوجتيه فطلّق إحداها، فالظاهر أنه وقع مكرهاً عليه^(٩١١). مسألة ٩: لو أكرهه على أن يطلق زوجته ثلاث طلاقات بينهما رجعتان، فطلقها واحدة أو اثنتين. ففي وقوع ما أوقعه مكرهاً عليه إشكال، إلا إذا^(٩١٢) كان ذلك بقصد احتمال التخلص عن المكره وأنه لعل المكره اقتنع بما أوقعه وأغمض عما لم يوقعه. مسألة ١٠: لو أوقع الطلاق عن إكراه ثم تعقّبته الرضا، لم يفد ذلك في صحته وليس كالعقد المكره عليه الذي تعقّبته الرضا.

مسألة ١١: لو افترى شخص على امرأة مزوّجة ليطلّقها زوجها فطلّقها وتزوّجها المفترى، ثم بان

الخلاف للزوج، ففي صحة مثل هذا الطلاق وجهان^(٩١٣).

^(٩٠٨) لو اكتفينا في تعريفه بهذا المقدار لكان أولى لاختلاف الناس في الإكراه وفي تنازله عن رأيهم بسبب ضغط معين، ولو كان التعريف الموجود في المتن متين أيضاً.

^(٩٠٩) لو استبدل الخرج عن الضرر لكان أولى.

^(٩١٠) الأشبه بطلان كليهما لعدم التعيين.

^(٩١١) إذا كان غير قاصد للطلاق اختياراً.

^(٩١٢) فالإنسان على نفسه بصيرة فلو عرف أن من قصده الطلاق حقاً وقع وإن عرف من نفسه أنه إنما أوقعه خشية المكره (بالكسر) لم يقع.

^(٩١٣) أوجههما الوقوع مع توفر القصد إليه بالرغم من أن الداعي كان خاطئاً.

مسألة ١٢: لا يعتبر في الطلاق اطلاع الزوجة عليه فضلاً عن رضاها به^(٩٤).

شروط المطلقة

أما الثانية فهي خمسة:

الأول: أن تكون زوجة .

الثاني: أن تكون دائمة فلا يقع الطلاق على التمتع بها.

الثالث: أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس.

مسألة ١٣: لا يصح طلاق الحائض والنفساء، والمراد بهما ذات الدمين فعلاً أو حكماً كالنقاء

المتخلل في البين.

مسألة ١٤: لو نقيت النفساء من الدم أو الحائض كذلك ولم تغتسلا من الحدث، صحّ طلاقهما.

الرابع: أن لا تكون في طهرٍ واقعتها فيه زوجها.

مسألة ١٥: إنما يشترط خلو المطلقة من الحيض في المدخول بها الحائل دون غير المدخول بها، ودون

الحامل، بناءً على مجامعة الحيض للحمل كما هو الأقوى فإنه يصح طلاقهما في حال الحيض.

مسألة ١٦: يشترط الطهر من الحيض والنفاس فيما إذا كان الزوج حاضراً بمعنى كونهما في بلد

واحد- حين الطلاق، ولو كان غائباً عنها صحّ طلاقها وإن وقع في حال الحيض، لكن إذا لم يعلم

حالتها من حيث الطهر والحيض وتعذر أو تعسّر عليه استعلامها، فإذا علم أنها في حال الحيض- ولو من

جهة علمه بعادتها الوقتية على الأظهر أو تمكن من استعلام حالها، وطلّقها فتبين وقوعه في حال الحيض

بطل الطلاق^(٩٥).

مسألة ١٧: إذا غاب الزوج فإن خرج في حال حيضها لم يجز طلاقها إلا بعد مضي مدة يقطع

بانقطاع الحيض^(٩٦) عنها، فإن طلقها بعد ذلك في زمان لم يعلم بكونها حائضاً في ذلك الزمان صحّ

طلاقها وإن اتفق وقوعه في حال الحيض.

مسألة ١٨: لو غاب الزوج وخرج في حال الطهر الذي لم يوقعها فيه طلقها في أي زمان لم يعلم

بكونها حائضاً وصحّ طلاقها وإن صادف زمان الحيض، وأما إن خرج في الطهر الذي واقعتها فيه ينتظر

مضي زمان انتقلت بمقتضى العادة من ذلك الطهر إلى طهر آخر، ويكفي تربص شهر^(٩٧). والأحوط

أن لا ينقص عن ذلك، والأولى تربص ثلاثة أشهر، فإذا أوقع الطلاق بعد التربص لم يضر مصادفة

^(٩٤) ولكن الآيات التي ذكر فيها تفاصيل الطلاق ذكرت آداباً لها مثل النحاكم إلى الأقرباء ثم الطلاق قال الله تعالى: ﴿وإن خِفْتُمْ

شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَاذْعَبُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَ إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (النساء/ ٣٥)

^(٩٥) فيه نظر.

^(٩٦) فيه نظر.

^(٩٧) هذا هو الاحوط، وإن كان الأشبه هو صحة طلاق الغائب مطلقاً.

الحيض في الواقع، بل الظاهر أنه لا يضر مصادفته للطهر الذي واقعها فيه بأن طلقها بعد شهر مثلاً ثم تبين أنها لم تخرج من الطهر الأول إلى ذلك الزمان.

مسألة ١٩: الحاضر الذي يتعذر أو يتعسر عليه معرفة حال المرأة من حيث الطهر والحيض كالغائب، كما أن الغائب لو فرض إمكان علمه بحالها كان كالحاضر.

مسألة ٢٠: يجوز الطلاق في الطهر الذي واقعها فيه في اليائسة، والصغيرة، وفي الحامل، والمستترية - وهي المرأة التي كانت في سن من تحيض وهي لا ترى الحيض لخلقة أو عارض - لكن يشترط في الأخيرة - يعني المستترية - مضي ثلاثة أشهر من زمان الواقعة، فإذا أراد تطليق هذه المرأة إعتزلها ثلاثة أشهر ثم طلقها، فلو طلقها قبل مضي ثلاثة أشهر من حين الواقعة لم يقع الطلاق.

مسألة ٢١: لا يشترط في تريض ثلاثة أشهر في المستترية أن يكون اعتزاله عنها لأجل ذلك وبقصد أن يطلقها بعد ذلك، فلو واقعها ثم لم يتفق له الواقعة بسبب من الأسباب إلى أن مضي ثلاثة أشهر ثم بدا له أن يطلقها، صح طلاقها في الحال ولم يحتج إلى تجديد الاعتزال.

مسألة ٢٢: لو واقعها في حال الحيض، لم يصح طلاقها في الطهر الذي بعد تلك الحيضة، بل لا بد من إيقاعه في طهر آخر بعد حيض آخر، لأن^(١٨) ما هو شرط في الحقيقة هو كونها مستتريةً بحيضة بعد الواقعة لا مجرد وقوع الطلاق في طهر غير طهر الواقعة.

الخامس: تعيين المطلقة بما يرفع الإبهام والإجمال، بأن يقول "فلانة طالق"، أو يشير إليها كذلك.

مسألة ٢٣: لو كانت له زوجة واحدة، فقال: "زوجتي طالق" صح، بخلاف ما إذا كانت له زوجتان أو أكثر وقال: "زوجتي طالق"، فإنه لا يصح. إلا إذا نوى في نفسه معينة، ويقبل تفسيره بمعينة من غير يمين.

مسألة ٢٤: لو كان عنده زوجتان اسم كل واحدة منهما سعيدة مثلاً، فقال: "زوجتي سعيدة طالق"، فإن نوى واحدة منهما المعينة بالخصوص، وقع الطلاق عليها، فإن لم يقصد إلا مجرد اللفظ من دون تعيين خارجي بطل أصل الطلاق.

شروط الصيغة

أما الثالثة فهي أربعة:

الأول: إنشاء الطلاق بصيغة خاصة، وهي قوله: "أنت طالق"، أو "فلانة" أو "هذه"، أو ما شاكلها من الألفاظ الدالة على تعيين المطلقة، فلا يقع بقوله: "أنت - أو هي - مطلقة" أو "طلقت فلانة"، فضلاً عن بعض الكنايات كقوله: "أنت خلية" أو "برية" أو "حبلك على غاربك" أو "الحقي

(١٨) في شرطية ذلك نظر وإن كان الأحوط ما ذكر.

بأهلك" وغير ذلك، فإنه لا يقع به الطلاق وإن نواه حتى قوله: "اعتدي"^(٩١٩) المنوي به الطلاق على الأقوى.

مسألة ٢٥: يجوز إيقاع طلاق أكثر من زوجة واحدة بصيغة واحدة، فلو كانت عنده زوجتان أو ثلاث فقال: "زوجتي طالق" أو "زوجاتي طالق"، صحّ طلاق الجميع.

الثاني: العربية، فلا يقع الطلاق بما يرادف الصيغة المزبورة من لغة غير العربية مع القدرة^(٩٢٠) على إيقاعه بتلك الصيغة بها.

مسألة ٢٦: لو عجز عن العربية يجزي إيقاع الطلاق بما يرادفها من أي لغة كان.

الثالث: النطق بصيغة الطلاق المتقدمة، فلا يقع الطلاق بالإشارة والكتابة^(٩٢١) مع القدرة عليه.

مسألة ٢٧: إذا عجز عن النطق كما في الأخرس، يصح منه إيقاعه بالإشارة والكتابة، والأحوط تقديم الكتابة لمن يعرفها على الإشارة.

مسألة ٢٨: لو أوقع صيغة الطلاق ملحونة - مادة أو هيئة - يقع الطلاق، وإن كان الأحوط خلافه.

مسألة ٢٩: يجوز للزوج أن يوكل غيره في تطليق زوجته، بنفسه بالمباشرة أو بتوكيل غيره، سواء كان الزوج غائباً أم حاضراً، بل وكذا له أن يوكل نفس الزوجة في تطليق نفسها بنفسها أو بتوكيل^(٩٢٢) غيرها.

مسألة ٣٠: يجوز أن يوكلها على أنه لو طال سفره أزيد من ثلاثة أشهر - مثلاً - أو سماح في الإنفاق عليها أزيد من شهر - مثلاً - طلقت نفسها، لكن يشترط أن يكون الشرط قيداً للموكل فيه لا تعليقاً في الوكالة، فتبطل كما مر في كتاب الوكالة.

الرابع: التنجيز، فلو علّق صيغة الطلاق على شرط بطل، سواء كان الشرط مما يحتمل وقوعه كما إذا قال: "أنت طالق إن جاء زيد" أو مما يتيقن حصوله كما إذا قال: "إذا طلعت الشمس"^(٩٢٣).

مسألة ٣١: لا يبعد جواز تعليق الطلاق بما يكون معلّقاً عليه في الواقع كما إذا قال: "إن كانت فلانة زوجتي فهي طالق"، سواء كان عالماً بأنها زوجته أم جاهلاً به.

^(٩١٩) وفي رواية غير معمول بها جواز الطلاق بها، ولعل تلك الكلمة كانت صريحة في الطلاق، أو كانت معبرة عن طلاق سابق بشهود ومع الشروط، وعلى أيّ فإن الأحوط ما جاء في المتن.

^(٩٢٠) هذا هو المشهور بين المتأخرين ولا تساعد عليه الأدلة بالنسبة إلى غير العرب ولكن لا يترك الاحتياط لشدة الاهتمام بالزواج.

^(٩٢١) هذا هو المشهور وهو موافق للاحتياط الوجوبي، وهناك رواية بجواز الطلاق بالكتابة مع القصد والشهود وسائر الشرائط للغائب.

^(٩٢٢) إن كان مآل ذلك إلى جعل الطلاق بيد المرأة فإنه مخالف لشرط الله أنه بيد الرجل، ولذلك ففيه وفي الفرع التالي إشكال.

^(٩٢٣) فيه نظر لأن منافاة التعليق لطبيعة العقد لبية فلا إطلاق لها لمثل هذا الشرط مادام العقد أو الإيقاع متكاملان من حيث الشروط عرفاً.

مسألة ٣٢: لو كرر صيغة الطلاق ثلاثاً فقال: "هي طالق، هي طالق، هي طالق" من دون تحلل رجعة في البين قاصداً تعدد الطلاق تقع واحدة ولغت الأخرى، ولو قال: "هي طالق ثلاثاً" لم تقع الثلاث قطعاً، وهل تقع واحدة كالصورة السابقة أو يبطل الطلاق ولغت الصيغة بالمرّة؟ قولان، أقواهما الثاني، وإن كان الأشهر^(٩٢٤) هو الأول، وعند العامة وقوع الثلاث في صورتين فتبين منه وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره.

مسألة ٣٣: لو كان الزوج من العامة ممن يعتقد وقوع الثلاث بثلاث مرسلّة أو مكررة وأوقع الطلاق ثلاثاً بأحد النحويين، ألزم بذلك، سواء كانت المرأة شيعية أو مخالفة، ونرتب نحن عليها آثار المطلقة ثلاثاً، فلو رجع إليها نحكم ببطلانه، فتنزوج بها بعد انقضاء العدة، وكذلك الزوجة إذا كانت شيعية جاز لها التزوج بالغير، ولا فرق في ذلك بين الطلاق ثلاثاً بغير تحلل الرجوع وغيره مما هو صحيح عندهم فاسد عندنا، كالطلاق المعلق والحلف بالطلاق، والطلاق في طهر الواقعة والحيض وبغير شاهدين، فإن المذكورات وإن كانت فاسدة عندنا فإذا وقعت من رجل منا لا نرتب على زوجته آثار المطلقة، ولكن إذا وقعت من أحد المخالفين القائلين بصحتها نرتب على طلاقه بالنسبة إلى زوجته آثار المطلقة، ولكن إذا فتنزوج بها بعد انقضاء العدة. وهذا الحكم جار في غير الطلاق أيضاً، فنأخذ بالعدل والتعصيب منهم الميراث مثلاً، مع أنهما باطلان عندنا.

مسألة ٣٤: لو كان المطلّق من الخاصة فطلق زوجته بطريق العامة أي: فاقداً لشرط من شرائط الصحة عندنا لا يصحّ، ولو كان بالعكس وحصل منه قصد الإنشاء جامعاً للشرائط صحّ، ولو كان من العامة فطلق زوجته على حسب مذهبه صحيحاً وباطلاً عندنا ثم استبصر بعد العدة فهل له الرجوع حينئذٍ^(٩٢٥)؟

شرائط الإسهاد

الرابع: الإسهاد، فيشترط في صحة الطلاق - زائداً على ما تقدم - الإسهاد. ويشترط فيه أمور أربعة:

الأول: السماع، فيعتبر في صحة الطلاق إيقاعه بحضور شخصين يسمعان الإنشاء، أو يريانه، سواء قال لهما أشهدا أو لم يقل.

الثاني: العدالة.

الثالث: الاجتماع حين سماع الإنشاء.

الرابع: الذكورة والتعدد.

^(٩٢٤) وهو الأظهر إذا كان من نوع تعدد المطلوب، وفي رواية أنه يبطل.

^(٩٢٥) الأشبه لا، والاحتياط حسن في كل أمر.

مسألة ٣٥: لو شهد أحدهما بالطلاق وسمع في مجلس ثم كرر اللفظ وسمع الآخر في مجلس آخر بانفراده، لم يقع الطلاق.

مسألة ٣٦: لو شهدا بإقراره بالطلاق لم يعتبر اجتماعهما لا في تحمل الشهادة ولا في أدائها.

مسألة ٣٧: لا اعتبار بشهادة النساء وسماعهن في الطلاق لا منفردات ولا منضمات إلى الرجل.

مسألة ٣٨: لا يعتبر علم المطلِّق بشخص العادلين، بل يكفي وقوع الطلاق عندهما وسماعهما وإن كانا في ضمن جمع.

مسألة ٣٩: لا يعتبر علم الشاهدين بالمطلِّق ولا المطلَّقة، بل يكفي سماعهما لإنشاء الطلاق جامعاً للشرائط.

مسألة ٤٠: لو طلق الوكيل عن الزوج لا يُكتفى به مع عدل آخر في الشاهدين، كما أنه لا يُكتفى^(٩٢٦) بالموكل مع عدل آخر.

مسألة ٤١: المراد بالعدل في هذا المقام ما هو المراد به في غير المقام ما رتب عليه بعض الأحكام، وهو مَنْ كانت له حالة رادعة عن ارتكاب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، وهي التي تُسمّى بالملكة، والكاشف عنها حسن الظاهر، بمعنى كونه عند الناس حسن الأفعال، بحيث لو سألوا عن حاله قالوا في حقه هو رجل خير لم نر منه إلا خيراً، ومثل هذا الشخص ليس عزيز المنال.

مسألة ٤٢: إذا كان الشاهدان عادلين في اعتقاد المطلِّق - أصيلاً كان أو وكياً - فاسقين في الواقع، يشكّل ترتيب آثار الطلاق الصحيح لِمَنْ يطَّلَع على فسقهما. وكذلك إذا كانا عادلين في اعتقاد الوكيل دون الموكل فإنه يشكّل جواز ترتيب آثار الطلاق على طلاقه، بل الأمر فيه أشكّل من سابقه^(٩٢٧).

الفصل الثاني

في أقسام الطلاق

الطلاق نوعان: بدعي، وسني فالأول هو الطلاق غير الجامع للشرائط المتقدمة، وهو على أقسام فاسدة عندنا صحيحة عند غيرنا، فالبحث عنها لا يهمننا^(٩٢٨).

والثاني: ما جمع الشرائط في مذهبننا، وهو قسمان بائن ورجعي، فالبائن ما ليس للزوج الرجوع إليها بعده سواء كانت لها عدة أم لا، وهو ستة:

(٩٢٦) قد يقال بقبول شهادة الوكيل في الطلاق باعتبار المطلق حقاً هو الزوج، بيد أن ما في المتن أحوط.

(٩٢٧) الطلاق أمر ظاهر لا يمكن أن يعتمد على الواقعيات فالأشبه بقبول شهادة من ظاهره الصلاح وحكم بالطلاق.

(٩٢٨) أي تلك الأقسام كلها كذلك.

الأول: الطلاق قبل الدخول.

الثاني: طلاق الصغيرة، أعني من لم تبلغ التسع وإن دخل بها.

الثالث: طلاق اليائسة، وهذه الثلاث ليست لها عدة كما يأتي.

الرابع والخامس: طلاق الخلع والمباراة مع عدم رجوع الزوجة فيما بذلت، وإلا كانت له الرجعة.

السادس: الطلاق الثالث إذا وقع منه رجوعان في البين بين الأول والثاني وبين الثاني والثالث، وأما إذا

وقعت الثلاث متوالية بلا رجعة صحت ووقعت واحدة كما مر.

مسألة ١: إذا طلقها ثلاثاً مع تحلل رجعتين حرمت عليه ولو بعقد جديد، ولا تحل له إلا بعد أن

تنكح زوجاً غيره، فإذا نكحها غيره ثم فارقها بموت أو طلاق وانقضت عدتها جاز للأول نكاحها.

مسألة ٢: كل امرأة حرة وإن كانت تحت عبد إذا استكملت الطلاق ثلاثاً مع تحلل رجعتين في البين

حرمت على المطلق حتى تنكح زوجاً غيره، سواء واقعها بعد كل رجعة وطلقها في طهر آخر غير طهر

المواقعة، وهذا يقال له: "طلاق العدة". أم لم يواقعها، سواء وقع كل طلاق في طهر أم وقع الجميع في

طهر واحد، فلو طلقها مع الشرائط ثم راجعها ثم طلقها ثم راجعها في مجلس واحد حرمت عليه، فضلاً

عما إذا طلقها ثم راجعها حتى حاضت وطهرت ثم طلقها وراجعها ثم تركها حتى حاضت

وطهرت ثم طلقها، هذا في الحرة، وأما الأمة فإذا طلقت طلاقين بينهما رجعة حرمت على زوجها حتى

تنكح زوجاً غيره وإن كانت تحت حر.

مسألة ٣: العقد الجديد بحكم الرجوع في الطلاق، فلو طلقها ثلاثاً بينها عقدان مستأنفان حرمت

عليه حتى تنكح زوجاً غيره، سواء لم تكن لها عدة - كما إذا طلقها قبل الدخول ثم عقد عليها ثم

طلقها ثم عقد عليها ثم طلقها - أم كانت ذات عدة وعقد عليها بعد انقضاء العدة.

مسألة ٤: المطلقة ثلاثاً إذا نكحت زوجاً آخر وفارقها بموت أو طلاق حلت للزوج الأول وجزاز له

العقد عليها بعد انقضاء العدة من الزوج الثاني، فإذا طلقها ثلاثاً حرمت عليه أيضاً حتى تنكح زوجاً

آخر وإن كان ذلك الزوج الثاني في الثلاثة الأولى، فإذا فارقها حلت للأول، فإذا عقد عليها وطلقها ثلاثاً

حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، وهكذا تحرم عليه بعد كل طلاق ثالث وتحل له بنكاح الغير بعده

وإن طلقت مائة مرة.

نعم، لو طلقت تسعاً طلاق العدة بالتفسير الذي أشرنا إليه حرمت عليه أبداً، وذلك بأن طلقها ثم

راجعها ثم واقعها ثم طلقها في طهر آخر ثم راجعها ثم واقعها ثم طلقها في طهر آخر، وهذا هو طلاق

العدة، فإذا حلت للمطلق بنكاح زوج آخر وعقد عليها ثم طلقها ثلاثاً كالثلاثة الأولى ثم حلت له

بمحلل آخر ثم عقد عليها ثم طلقها ثلاثاً كأوليين حرمت عليه أبداً.

وبالجملية: إنما توجب التسع طلاقات الحرمة المؤبدة إذا وقع طلاق العدة ثلاث مرات، ويعتبر فيه

أمران:

أحدهما: تخلل رجعتين، فلا يكفي وقوع عقدين مستأنفين ولا وقوع رجعة وعقد مستأنف في البين.
الثاني: وقوع الموافعة بعد كل رجعة، فطلاق العدة مركب من ثلاث طلاقات، إثنان منها رجعية
وواحدة منها بائنة، فإذا وقعت ثلاثة منه حتى كملت تسع طلاقات حرمت عليه أبداً. هذا
والأحوط^(٩٢٩) الاجتناب عن المطلقة تسعاً مطلقاً وإن لم تكن الجميع طلاق العدة.
مسألة ٥: إنما يوجب التحريم الطلاقات الثلاث إذا لم تنكح في البين زوجاً آخر، وأما إن تزوجت
للغير انهدم حكم ما سبق وتكون كأنها غير مطلقة، ويتوقف التحريم على إيقاع ثلاث طلاقات مستأنفة.
مسألة ٦: قد مر أن المطلقة ثلاثاً تحرم على المطلق حتى تنكح زوجاً غيره، ويعتبر في زوال التحريم به
أمور ثلاثة:

الأول: أن يكون الزوج المحلل بالغاً، فلا اعتبار بنكاح غير البالغ وإن كان مراهقاً.
الثاني: أن يطأها قُبلاً وطياً موجباً للغسل بغيبوبة الحشفة أو مقدارها من مقطوعها، وهل يعتبر
الإنزال؟ فيه إشكال، الأحوط اعتباره.
الثالث: أن يكون العقد دائماً لا متعة.

مسألة ٧: لا فرق في المحلل بين الحر والعبد بعد كونه جامعاً للشرائط، وكذا لا يعتبر فيه العقل،
فيصح أن يكون مجنوناً.

مسألة ٨: لو لم يقدر على الدخول لعنن أو نحوه لا يقع به التحليل، وكذا من ليست له شهوة
كالخصي ونحوه وإن قدر على الدخول.

مسألة ٩: لو كانت المطلقة مسلمة والمحلل غير مسلم لا يقع به التحليل، ولو طُلِّقت الذميمة ثلاثاً، ثم
تزوجت ذمياً آخر وبانت منه بعد الوطي يقع التحليل به، فيصح للزوج الأول تزويجها.

مسألة ١٠: إذا طُلِّقها ثلاثاً وانقضت مدة فادعت أنها تزوجت وفارقها الزوج الثاني ومضت العدة
واحتمل صدقها صدقت ويقبل قولها بلا يمين، فللزواج الأول أن ينكحها بعقد جديد وليس عليه
الفحص والتفتيش، والأحوط^(٩٣٠) الاقتصار على ما إذا كانت ثقة أمينة.

مسألة ١١: لو دخل المحلل فادعت الدخول ولم يكذبها صدقت وحلت للزوج، وإن كذبها لا يبعد
قبول قولها أيضاً، لكن الأحوط^(٩٣١) الاقتصار على صورة حصول الاطمينان بصدقها. ولو ادعت
الإصابة ثم رجعت عن قولها، فإن كان قبل أن يعقد الأول عليها لم تحل له، وإن كان بعد العقد عليها لم
يقبل رجوعها.

(٩٢٩) لا يترك.

(٩٣٠) لا يترك.

(٩٣١) لا يترك.

- مسألة ١٢: لا فرق في الوطئ المعترف في المحلل بين المحرم والمحلل، فلو وطأها محرماً كالوطئ في حال الإحرام أو في الصوم الواجب أو في الحيض ونحو ذلك، كفى في حصول التحليل للزوج الأول .
- مسألة ١٣: لو شك الزوج في إيقاع أصل الطلاق على زوجته لم يلزمه الطلاق، بل يحكم ظاهراً ببقاء علاقة النكاح، ولو علم بأصل الطلاق وشك في عدده بنى على الأقل، سواء كان الطرف الأكثر الثلاث أم التسع، فلا يحكم مع الشك بالحرمة غير المؤبدة في الأول وبالحرمة الأبدية في الثاني.
- نعم، لو شك بين الثلاث والتسع يشكل البناء على الأول بحيث تحل له بالمحلل (٩٣٢).
- مسألة ١٤: لو ارتد المحلل، فإن كان ذلك قبل الوطئ فلا يتحقق التحليل وإن كان بعده حصل.

الفصل الثالث

في أحكام الطلاق

ذكرنا جملة منها في المسائل السابقة إلا أن هنا مسائل:

- مسألة ١: تقدم كراهة أصل الطلاق وتتأكد الكراهة للمريض، وإن طلق صحّ ويترتب عليه جميع أحكامه، وهو يرث زوجته مادامت في العدة الرجعية وترثه هي -سواء كان طلاقها بائناً أم رجعيّاً- ما بين الطلاق وسنة، ما لم تتزوج ولم يبرأ من مرضه الذي طلقها فيه، فلو برئ بعده ثم مرض ثم مات لم ترثه إلا في العدة الرجعية.
- مسألة ٢: لو ادّعى الرجل الطلاق في حال الصحة ثلاثاً، قُبلت منه بالنسبة إلى أصل الطلاق، وهل تقبل بالنسبة إلى إرثها؟ فيه إشكال.
- مسألة ٣: هل يثبت الإرث مع سؤالها الطلاق من المريض، وكذا لو خالعه، أو بارأته؟ وجهان، والظاهر عدم الإرث.
- مسألة ٤: لو اختلفا في زمان وقوع الطلاق مع الاتفاق على أصل وقوعه يقدم قولها (٩٣٣).
- مسألة ٥: إذا ادّعى الزوج أنه طلقها وأنكرت الزوجة الطلاق، ففي تقديم قوله أو قولها، وجهان، بل قولان. والاحوط تجديد الطلاق.
- مسألة ٦: لو ادّعت المطلقة أن الطلاق وقع في حال المرض وأنكر الوارث ذلك، يقدم قول الوارث.
- مسألة ٧: لا يلحق بالمرض الموت بالحوادث المخوفة -كالغرق والحبس والاسارة- ونحو ذلك.
- مسألة ٨: لا يلحق بالطلاق في حال المرض فسخ النكاح.

(٩٣٢) فيه نظر

(٩٣٣) الموارد مختلفة وعلى القاضي أن ينظر في كل مورد مورد حسب الإدعاء.

- مسألة ٩: لو قتل في أثناء المرض الذي طلق فيه، ففي ثبوت الإرث على ما تقدم إشكال.
- مسألة ١٠: لا فرق في ما مر من الأحكام بين الزوج الكبير والصغير، إذا طلقها الولي مع مراعاة المصلحة.
- مسألة ١١: لو طلقها بائناً ثم وطأها شبهةً وجب عليه مهر المثل مع جهله بالحال، ولو كانا عالمين فلا مهر بل يحد.
- مسألة ١٢: لو ادّعت أن زوجها طلقها وأنكر الزوج ذلك، فالقول قوله مع اليمين.
- مسألة ١٣: لو كان له زوجتان فطلق إحداها المعينة، ثم نسيها وجب عليه^(٩٣٤) الاجتناب عنهما إن كان الطلاق بائناً، ولا يجوز لهما التزويج بالغير إلا بالفراق منه على الأحوط، وإن كان الطلاق رجعيًا يصح له الرجوع إلى كليهما، ولو رجع إلى إحداها دون الأخرى فالظاهر حلية الأخرى^(٩٣٥) له.
- مسألة ١٤: لو طلق زوجته ثم شك أنه من الطلاق الرجعي أو البائن لا يجوز له الرجوع إلا بعقد جديد. وفي النفقة لا بد من مرضاتهما عليها.
- مسألة ١٥: إذا كان الطلاق موجباً للضرر^(٩٣٦) نفساً على الزوجة ففي جوازه حينئذٍ إشكال.

فصل في أقسام العدد

يجب الاعتداد بأمر ثلاثة: الفراق بين الزوج والزوجة بطلاق أو فسخ أو انفساخ في العقد الدائم، وانقضاء المدة أو بذلها في المتعة، وموت الزوج، ووطئ الشبهة.

القسم الأول

في عدة الفراق طلاقاً كان أو غيره

- مسألة ١: لا عدة على من لم يدخل بها، ولا على الصغيرة - وهي من لم تكمل التسع وإن دخل بها - ولا على اليائسة، سواء بانث في ذلك كله بطلاق أو فسخ أو هبة مدة أو انقضائها.
- مسألة ٢: يتحقق الدخول بإيلاج تمام الحشفة قبلاً أو دبراً^(٩٣٧) وإن لم ينزل، بل وإن كان مقطوعاً^(٩٣٨) الأنثيين.

(٩٣٤) إن لم تتعين بالقرعة.

(٩٣٥) فيه إشكال.

(٩٣٦) الضرر البالغ درجة الخرج.

مسألة ٣: يتحقق اليأس ببلوغ ستين في القرشية وخمسين في غيرها، والاحوط^(٩٣٩) مراعاة الستين مطلقاً بالنسبة إلى التزويج بالغير وخمسين كذلك بالنسبة إلى الرجوع إليها.

مسألة ٤: لو طلقت ذات الأقراء قبل بلوغ سن اليأس ورأت الدم مرة أو مرتين ثم يئست أكملت العدة بشهر أو شهرين، وكذلك ذات الشهور إذا اعتدت شهراً أو شهرين ثم يئست أتمت ثلاثة.

مسألة ٥: لو ادّعت المرأة أنها يائسة ولا ترى الدم فالظاهر قبول قولها^(٩٤٠).

مسألة ٦: المطلقة ومن ألحقت بها إن كانت حاملاً فعدتها مدة حملها، وتنقضي بأن تضع حملها ولو بعد الطلاق بلا فصل، سواء كان تاماً أو غير تام ولو كان مضغاً أو علقه إن تحقق أنه حمل.

مسألة ٧: إنما تنقضي العدة بالوضع إذا كان الحمل ملحقاً بمن له العدة، فلا عبرة بوضع من لم يلحق به في انقضاء عدته^(٩٤١)، فلو كانت حاملاً من زنا قبل الطلاق أو بعده لم تخرج من العدة بالوضع، بل يكون انقضاءها بالأقراء والشهور كغير الحامل، فوضع هذا الحمل لا أثر له أصلاً لا بالنسبة إلى الزاني، لأنه لا عدة له ولا بالنسبة إلى المطلق، لأن الولد ليس له.

مسألة ٨: لو كان أول الوطئ شبهة وآخره زنا، فهل يكون لهذا الوطئ عدة أو لا؟ الظاهر^(٩٤٢) هو

الثاني.

مسألة ٩: لو زنى^(٩٤٣) بامرأة ثم أراد تزويجها يستحب له الصبر حتى يظهر رحمها من ماء الفجور.

مسألة ١٠: إذا حملت من وطئ الشبهة قبل الطلاق أو بعده بحيث يلحق الولد بالواطئ لا بالزوج فوضعه سبب لانقضاء العدة، لكن بالنسبة إلى الواطئ لا بالنسبة إلى الزوج المطلق^(٩٤٤).

مسألة ١١: لو كانت حاملاً باثنين مثلاً بانث بوضع الأول فلا رجعة للزوج بعده، ولا تنكح زوجاً إلا بعد وضع الأخير على الأحوط^(٩٤٥) فيهما.

مسألة ١٢: لو وطئت شبهة فحملت وألحق الولد بالواطئ لبعد الزوج عنها أو لغير ذلك ثم طلقها الزوج، أو طلقها ثم وطئت شبهة - على نحو يلحق الولد بالواطئ - كانت عليها عدتان^(٩٤٦) عدة

^(٩٣٧) كما هو المشهور ولعله الأحوط وفيه نظر.

^(٩٣٨) على الأشبه.

^(٩٣٩) والأقوى مراعاة حالها بالنظر إلى العادة وعدمها، فالأيسر من الحقائق الخارجية التي لها علاماته الواضحة، وهو مختلف من امرأة لأخرى، فالتحديد تقريبي، والأغلب كما يقال: يقع بين الخمس والأربعين والخمس والخمسين.

^(٩٤٠) في الحالات العادية أما عند التهمة فمشكل.

^(٩٤١) هذا ما عليه المشهور ولكن الآية مطلقة وكذلك بعض الروايات فالعمل بالاحتياط في مثل هذه الأمور أخرى.

^(٩٤٢) بل الأول لأنه يصدق عليه الزنا والشبهة معاً فلكل حكمه والله العالم.

^(٩٤٣) تقدم أن الأحوط ترك الزواج من الزانية إلا بعد توبتها.

^(٩٤٤) فيه نظر سبق نظيره.

^(٩٤٥) بل على الأقوى فيهما.

^(٩٤٦) فيه نظر والعمل بالاحتياط أجدر وأولى.

لوطئ الشبهة تنقضي بالوضع، وعدة الطلاق تستأنفها فيما بعده وكانت مدتها بعد انقضاء نفاسها^(٩٤٧).

مسألة ١٣: إذا ادعت المطلقة الحامل أنها وضعت فانقضت عدتها وأنكر الزوج، أو انعكس فادعى الوضع وأنكرت هي، أو ادعت الحمل وأنكر، أو ادعت الحمل والوضع معاً وأنكرهما، يقدم قولها^(٩٤٨) في الجميع بيمينها.

مسألة ١٤: لو اتفق الزوجان على إيقاع الطلاق ووضع الحمل واختلفا في المتقدم والمتأخر فقال الزوج مثلاً: "وضعت بعد الطلاق فانقضت عدتك" وقالت الزوجة: "وضعت قبل الطلاق، والطلاق وقع وأنا حائل فبعد أنا في العدة" أو انعكس فقال الزوج: "وضعت قبل فأنت في العدة" ويريد الرجوع إليها وادّعت الزوجة خلافه فالظاهر أنه يقدم قول من يدعي بقاء العدة، سواء كان هو الزوج أو الزوجة، من غير فرق بين ما لم يتفقا على زمان أحدهما كما إذا ادّعى أحدهما أن الطلاق كان في شعبان والوضع في رمضان وادّعى الآخر العكس، أو اتفقا على زمان أحدهما كما إذا اتفقا على أن الطلاق وقع في رمضان واختلفا في زمان الوضع فقال أحدهما إنه كان في شوال وادّعى الآخر أنه كان في شعبان أو اتفقا في أن الوضع كان في رمضان واختلفا في أن الطلاق كان في شوال أو شعبان.

مسألة ١٥: إذا طُلقت الحائل أو انفسخ نكاحها وكانت مستقيمة الحيض -بأن تحيض في كل شهر مرة كما هو المتعارف في الأغلب- كانت عدتها ثلاثة قروء، وكذا لو كانت تحيض في كل شهر أزيد من مرة أو ترى الدم في كل شهرين مرة، وبالجملة: كان الطهر الفاصل بين حيضتين أقل من ثلاثة أشهر.

مسألة ١٦: لو طُلقت الحائل أو انفسخ نكاحها وهي لا تحيض وفي سن من تحيض -إما لمرض أو رضاع أو غيرهما- كانت عدتها ثلاثة أشهر، وتلحق بها من تحيض لكن الطهر الفاصل بين حيضتين منها ثلاثة أشهر أو أزيد. هذا كله في الحرة وإن كانت تحت عبد.

مسألة ١٧: لو كانت المعتدة أمة سواء كانت تحت حر أو عبد فعدتها قرءان في مستقيمة الحيض وخمسة وأربعون يوماً إن كانت لا تحيض وهي في سن من تحيض.

مسألة ١٨: المراد بالقرء والقرئين الأطهار والطهران، ويكفي في الطهر الأول مسماه ولو قليلاً، فلو طلقها وقد بقيت من طهرها لحظة يحسب ذلك طهراً، فإذا رأت طهرين آخرين تامين بتخلل حيضة بينهما في الحرة وطهر آخر تام بين حيضتين في الأمة انقضت العدة، فانقضت برؤية الدم الثالث أو الثاني.

نعم، لو اتصل آخر صيغة الطلاق بأول زمان الحيض صح الطلاق، لكن لا بد في انقضاء العدة من أطهار تامة^(٩٤٩)، فتتقضي برؤية الدم الرابع في الحرة ورؤية الدم الثالث في الأمة.

^(٩٤٧) فيه نظر والاشبه ان عدتها الثانية -إذا كانت- تبدء من الوضع.

^(٩٤٨) مع التهمة مشكل، ولا بد من العمل بمقتضى سائر الأصول في القضاء، مثل: البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

مسألة ١٩: بناءً على كفاية مسمى الطهر في الطهر الأول ولو لحظة وإمكان أن تحيض المرأة في شهر واحد أزيد من مرة فأقل زمان يمكن أن تنقضي عدة الحرة ستة وعشرون يوماً ولحظتان - بأن كان طهرها الأول لحظة ثم تحيض ثلاثة أيام ثم ترى أقل الطهر عشرة أيام ثم تحيض ثلاثة أيام، ثم ترى أقل الطهر عشرة أيام، ثم تحيض - فبمجرد رؤية الدم الأخير لحظة من أوله انقضت العدة، وهذه اللحظة الأخيرة خارجة عن العدة، وإنما يتوقف عليها تمامية الطهر الثالث. وهذا في الحرة، وأما في الأمة فأقل ما يمكن انقضاء عدتها لحظتان وثلاثة عشر يوماً.

مسألة ٢٠: عدة المتعة في الحامل وضع حملها، وفي الحائل إذا كانت تحيض قرءان والمراد بهما هنا حيضتان على الأقوى^(٩٠) وإن كانت لا تحيض وهي في سن من تحيض فخمسة وأربعون يوماً. ولا فرق بين كون المتمتع بها حرة أو أمة، والمراد من الحيضتين الكاملتان، فلو وهبت مدتها أو انقضت في أثناء الحيض لم تحسب بقية تلك الحيضة من الحيضتين.

مسألة ٢١: إذا كانت المتمتع بها غير مستقيمة الحيض أو مسترابة يحتمل أن تكون عدتها أسبق العدتين من الأيام أو القرءين، ولكنه مشكل، فالأحوط أبعده الأجلين.

مسألة ٢٢: لو عقد على الحرة متعة فدخل بها ثم تبين فساد العقد فعدتها عدة الطلاق، كما في العقد الدائم إذا تبين فساده بعد الدخول، وإن عقد على الأمة متعة فتبين الفساد بعد الدخول فحكمها الاستبراء كما في الوطئ المجرد عن العقد وكما في العقد الدائم عليها مع تبين الفساد.

مسألة ٢٣: إذا لم يعلم أن العقد كان دائماً أو متعة يجري عليه حكم الدوام^(٩١) في موارد اختلاف حكمهما.

مسألة ٢٤: الحاجة إلى العدة إنما هي فيما لو أراد الغير تزويجها، وأما بالنسبة إلى الزوج فلا إشكال في جواز تجديد العقد عليها بعد انقضاء المدة أو هبتها بلا فصل.

مسألة ٢٥: المدار في الشهور على الهلالية منها، فإن وقع الطلاق في أول رؤيته فلا إشكال، وأما إن وقع في أثناء الشهر ففيه خلاف وإشكال، ولعل الأقوى في النظر جعل الشهرين الوسطين هلاليين وإكمال الأول من الرابع بمقدار ما فات منه.

مسألة ٢٦: لو اختلفا في انقضاء العدة وعدمه قدم قولها بيمينها، سواء ادعت الانقضاء أم عدمه وسواء كانت عدتها بالأقراء أم الأشهر^(٩٢).

(٩٠) هذا هو المشهور بينهم وفرضه صعب وحكمه لعدم دليل صريح أصعب والاحتياط طريق النجاة.

(٩١) بل على الأحوط فإن أحاديث أخرى تدل على أن عدتها حيضة مستقيمة.

(٩٢) مشكل، والاحتياط في أمور مثل هذا الزواج، العمل بما يوجهه العقدان. وإن كان الأقوى كفاية العمل بما هو تكليف مشترك وهو الأقل.

(٩٢) فيه نظر.

مسألة ٢٧: دم النفاس كدم الحيض في باب العدة.

مسألة ٢٨: لو علمت بالطلاق ولم تعلم وقته حتى تحسب من ذلك الوقت، اعتدت من وقت وصول خبر الطلاق إليها، وإذا لم تعلم بالطلاق إلا بعد انقضاء العدة فلا عدة عليها.

مسألة ٢٩: لو نكح الزانية المشهورة بالزنا شخص تمتعاً مع العلم بأنها تزني حين النكاح الصحيح الشرعي وبعده أيضاً فانقضت المدة أو وهبها لها فهل لهذه المرأة عدة لأجل النكاح الشرعي أو لا؟
الظاهر هو الأول.

القسم الثاني من العدد

عدة الوفاة

مسألة ١: عدة الحرة المتوفى عنها زوجها - وإن كانت تحت عبد - أربعة أشهر وعشرة أيام، إذا كانت حائلاً، صغيرة كانت أو كبيرة، يائسة كانت أو غيرها، وسواء كانت مدخولاً بها أو غيرها، دائمة كانت أو منقطعة، وكانت من ذوات الأقران أو غيرها، وأما إن كانت حاملاً فعدتها أبعد الأجلين من وضع الحمل والمدة المزبورة. فلو وضعت قبل تلك المدة لم تنقض العدة، وكذا لو تمت المدة ولما وضعت بعد. هذا في الحرة.

مسألة ٢: الأمة وإن كانت تحت حر ففي عدتها خلاف، والاحوط وجوباً مساواتها للحرة، فتعدت بأربعة أشهر وعشراً إن كانت حائلاً، وأبعد الأجلين منها ومن وضع الحمل إن كانت حاملاً كالحرة، ولو طلقها الزوج رجعية ثم مات وهي في العدة استأنفت عدة الحرة، ولو كان الطلاق بائناً بقيت على عدتها منه.

مسألة ٣: المراد بالأشهر هي الهلالية، فإن مات عند رؤية الهلال اعتدت بأربعة أشهر هلاليات وضمت إليها من الشهر الخامس عشرة أيام. وإن مات في أثناء الشهر فالأحوط أنها تجعل ثلاثة أشهر هلاليات في الوسط وأكملت الأول بمقدار ما مضى منه من الشهر الخامس، حتى صارت ثلاثة أشهر هلاليات وشهراً ملفقاً وتضيف إليها من الشهر الخامس عشرة، وتبين المرأة بعد إكمال أربعة أشهر بغروب الشمس من اليوم العاشر.

مسألة ٤: لو كانت المرأة في حال لا تعرف الهلال لحبس أو غيره حتى بالإخبار من الغير اعتدت بالأيام وهي مئة وثلاثون يوماً.

مسألة ٥: لو طلقها ثم مات قبل انقضاء العدة، فإن كان رجعيّاً بطلت عدة الطلاق واعتدت به من حين موته عدة الوفاة، فإن كانت حائلاً اعتدت بأربعة أشهر وعشراً، وإن كانت حاملاً اعتدت بأبعد

الأجلين منها ومن وضع الحمل كغير المطلقة، وإن كانت بائناً اقتضت على إتمام عدة الطلاق ولا عدة عليها بسبب الوفاة.

مسألة ٦: يجب على المرأة في وفاة زوجها الحداد مادامت في العدة، والمراد به ترك الزينة في البدن بمثل التكحيل والتطيب والخضاب وتحمير الوجه والخطاط ونحوها، وفي اللباس بلبس الأحمر والأصفر والحلي ونحوها.

وبالجملة: ترك كل ما يُعد زينة تتزين بها للزوج في الأوقات المناسبة لها في العادة كالأعياد والأعراس ونحوها، ويختلف ذلك بحسب الأشخاص والأزمان والبلاد، فيلاحظ في كل بلد ما هو المعتاد والمتعارف فيه للتزين.

نعم، لا بأس بتنظيف البدن واللباس وتسريح الشعر وتقليم الأظفار ودخول الحمام والافتراش بالفرش الفاخر والسكنى في المساكن المزينة وتزيين أولادها وخدمها.

مسألة ٧: لو ادعت الضرورة للتكحيل أو الخطاط أو غيرها مما يرجع إلى الزينة جاز ذلك، والاحوط أن تفعل ذلك ليلاً وتمسحه نهاراً.

مسألة ٨: الحداد ليس شرطاً في صحة العدة، بل هو تكليف على حدة في زمانها، فلو تركته عصياناً أو جهلاً أو نسياناً في تمام المدة أو بعضها لم يجب عليها استينافها أو تدارك مقدار ما اعتدت بدونه.

مسألة ٩: لا فرق في وجوب الحداد بين المسلمة والذمية، كما أنه لا فرق على الظاهر بين الدائمة والمنقطعة.

نعم، لا يبعد عدم وجوبه على من قصرت مدة تمتعها كيوم أو يومين أو ساعة أو ساعتين، وهل يجب على الصغيرة والمجنونة أم لا؟ قولان، أشهرهما الوجوب، بمعنى وجوبه على وليهما، فيجنبهما عن التزين مادامت في العدة وفيه تأمل وإن كان أحوط.

مسألة ١٠: لو كانت الزوجة مجنونة أو صغيرة، وتوفي عنها زوجها حينئذ، ففي كون مبدء العدة من حين تحقق السبب وهو الفوت، أو من حين بلوغ الخبر؟ قولان^(٩٥٣).

مسألة ١١: لا فرق في الزوج المتوفى بين البالغ وغيره والمجنون والعاقل.

مسألة ١٢: لا حداد على الأمة لا من موت سيدها ولا من موت زوجها إذا كانت مزوجة.

مسألة ١٣: يجوز للمعتدة بعدة الوفاة أن تخرج من بيتها في زمان عدتها في حوائجها، خصوصاً إذا كانت ضرورية، أو كان خروجها لأمر راجحة كالحج والزيارة وعبادة المرضى وزيارة أرحامها ولا سيما والديها.

(٩٥٣) الاحوط بل الأشبه هو أنه من حين بلوغ الخبر.

نعم، ينبغي بل الأحوط^(٩٥٤) أن لا تبيت إلا في بيتها الذي كانت تسكنه في حياة زوجها، بأن تخرج بعد الزوال وترجع عند العشي أو تخرج^(٩٥٥) بعد نصف الليل وترجع صباحاً.
مسألة ١٤: لا حداد على المطلقة - بائنة كانت أو رجعية - بل يستحب التزين للرجعية وتشوقها لزوجها.

مسألة ١٥: لا إشكال في أن مبدأ عدة الطلاق من حين وقوعه، حاضراً كان الزوج أو غائباً، بلغ الزوجة الخبر أم لا، فلو طلقها غائباً ولم يبلغها إلا بعد مدة ولو كانت سنة أو أكثر فقد انقضت عدتها وليس عليها عدة بعد بلوغ الخبر إليها، ومثل عدة الطلاق عدة الفسخ والانفساخ على الظاهر. وكذا عدة وطئ الشبهة، وإن كان الأحوط الاعتداد من حين ارتفاع الشبهة بل هذا الاحتياط لا يترك^(٩٥٦).
وأما عدة الوفاة فإذا مات الزوج غائباً فعدتها من حين بلوغ الخبر إليها، ولا يبعد عدم اختصاص الحكم بصورة غيبة الزوج، بل يعم صورة حضوره أيضاً إذا خفي عليها موته لمرض أو حبس أو غير ذلك، فتعد من حين إخبارها بموته.

مسألة ١٦: إذا مات الواطئ بالشبهة لا يجري عليه حكم الزوج وتعد المرأة عدة الطلاق.

مسألة ١٧: لا يعتبر في الإخبار الموجب للاعتداد من حينه كونه حجة شرعية، فلا يعتبر أن يكون من عدلين بل ولا عدل واحد^(٩٥٧).

نعم، لا يجوز لها التزويج بالغير ما لم تقم حجة شرعية على موته ولا تكفي بمجرد بلوغ الخبر، وفائدته أنه إذا لم تكن حجة بعدما ثبت موته شرعاً تكفي بالاعتداد من حين البلوغ ولا تحتاج إلى الاعتداد من حين الثبوت.

مسألة ١٨: لو كان له زوجات متعددة وطلق إحداهن المعينة طلاقاً بائناً ومات قبل التعيين لها ظاهراً اعتدت كل واحدة منهن بعدة الوفاة^(٩٥٨).

فصل في أحكام المفقود عنها زوجها

مسألة ١: إذا فقد الرجل وغاب غيبة منقطعة ولم يبلغ منه خبر ولا ظهر منه أثر ولم يعلم موته ولا حياته، فإن بقي له مال تنفق به زوجته، أو كان له ولي يتولى أموره ويتصدى لإنفاقها أو متبرع بالإنفاق

(٩٥٤) استجباً.

(٩٥٥) لم يرد نص بذلك وهو غريب من الناحية العملية وقياس أمرها بأمر الحاج في منى مع الفارق.

(٩٥٦) وإن كان الأشبه عدم وجوبه.

(٩٥٧) نعم يجب أن يوثق بالخبر بأية صورة كانت.

(٩٥٨) وقد تعين بالقرعة التي هي لكل أمر مشكل ولكن الأحوط ما ذكر.

عليها وجب عليها الصبر والانتظار، ولا يجوز لها أن تتزوج أبداً حتى تعلم بوفاة الزوج أو طلاقه^(٩٥٩)، وإن لم يمكن له مال ولا من ينفق عليها فإن صبرت فلها ذلك، وإن لم تصبر وأرادت الزواج رفعت أمرها إلى الحاكم الشرعي، فيؤجلها أربع سنين من حين رفع الأمر إليه^(٩٦٠)، ثم يتفحص عنه في تلك المدة، فإن لم يتبين موته وحياته، فإن كان للغائب ولي - أعني من كان يتولى أموره بتفويضه أو توكيله - يأمره الحاكم بطلاق المرأة، وإن لم يقدم على الطلاق ولم يمكن إجباره عليه طلقها الحاكم، ثم تعدد أربعة أشهر وعشراً عدة الوفاة، فإذا تمت هذه الأمور جاز لها التزويج بلا إشكال، وإن كان اعتبار بعضها محل التأمل والنظر إلا أن الجميع هو الأحوط.

مسألة ٢: ليست للفحص والطلب كيفية خاصة، بل المدار على ما يُعد طلباً وفحصاً وتفتيشاً، ويتحقق ذلك ببعث من يعرف المفقود رعاية باسمه وشخصه أو بجليته إلى مظان وجوده للظفر به، وبالكتابة ونحوها كالتلغراف المتداول في هذه الإحصار إلى من يعرفه ليتفقد عنه في بلده، وبالالتماس من المسافرين كالزوّار والحجاج والتجار وغيرهم بان يتفقدوا عنه في مسيرهم ومنازلهم ومقامهم، وبالاستخبار منهم إذا رجعوا من أسفارهم.

مسألة ٣: لا يشترط في المبعوث والمكتوب إليه والمستخبرين منهم من المسافرين العدالة، بل تكفي الوثاقة.

مسألة ٤: لا يعتبر أن يكون الفحص بالبعث أو الكتابة ونحوها من الحاكم، بل يكفي كونه من كل أحد حتى نفس الزوجة، إذا كان بأمره بعد رفع الأمر إليه، فإذا رفعت أمرها إليه فقال: تفحصوا عنه إلى أن تمضي أربع سنين، ثم تصدت الزوجة أو تصدى بعض أقاربها للفحص والطلب حتى مضت المدة كفى.

مسألة ٥: مقدار الفحص بحسب الزمان أربعة أعوام، ولا يعتبر فيه الاتصال التام، بل هو على الظاهر نظير تعريف اللقطة سنة كاملة يكفي فيه تصدي الطلب عنه بحيث يصدق عرفاً أنه قد تفحص عنه في تلك المدة.

مسألة ٦: المقدار اللازم من الفحص هو المتعارف لأمثال ذلك، وما هو المعتاد فلا يعتبر استقصاء الممالك والبلاد، ولا يعتنى بمجرد إمكان وصوله إلى مكان ولا بالاحتمالات البعيدة، بل إنما يتفحص عنه في مظان وجوده ووصوله إليه وما احتتمل فيه ذلك احتمالاً قريباً.

(٩٥٩) هناك أكثر من معيار للطلاق، وأحد المعايير ما ذكر في المتن من مضي أربع سنين مع عدم المنفق . والثاني العسر والخرج . والثالث البحث عن الزوج في مدة أقل حتى يتأكد الإمام بعدم وجوده . والرابع عدم وجود المنفق خلال الأربع سنين وعدم قدرتها على التحمل ولعله من معيار العسر والخرج .

(٩٦٠) في روايات الباب أن هذا الأمر مشروط بعدم الإنفاق عليها من قبل الولي ولم يذكر في الروايات من ينفق عليها في هذه الفترة (أربع سنين) وقد ذكر الفقهاء أنه الإمام من بيت المال، ولو افترضنا عدمه أو إفلاسه فهل يجوز الطلاق قبل ذلك؟ فيه وجهان، وكذلك إذا كانت هناك مفسدة من بقائها بلا زوج أو كان عليها عسر وخرج والله العالم.

مسألة ٧: إذا علم أنه قد كان في بلد معين في زمان ثم انقطع أثره، يتفحص عنه أولاً في ذلك البلد على المعتاد، فيكفي التفقد عنه في جوامعه ومجماعه وأسواقه ومنتزهاته ومستشفياته والأمكنة المعدة لنزول الغرباء ونحوها، ولا يلزم استقصاء تلك المحال بالتفتيش أو السؤال، بل يكفي بفحص بعضها المعتد به من مشتهراتها، وينبغي ملاحظة زي المفقود وصنعتة وحرفته فيتفقد عنه في المحال المناسبة له ويسأل عنه من أبناء صنفه وحرفته، مثلاً إذا كان من طلبة العلم فالمحل المناسب له المدارس ومجامع العلم وينبغي أن يسأل عنه من أهل العلم في محل العلماء والطلبة، بخلاف ما إذا كان من غيرهم كما إذا كان جندياً مثلاً، فإذا تم الفحص في ذلك البلد ولم يظهر منه أثر ولم يعلم موته ولا حياته، فإن لم يحتمل انتقاله منه إلى محل آخر بقرائن الأحوال سقط الفحص والسؤال، واكتفى^(٩٦١) بانقضاء مدة التربص أربع سنين وإن احتمل الانتقال، فإن تساوت الجهات في احتمال انتقاله منه إليها تفحص عنه في تلك الجهات، ولا يلزم الاستقصاء بالتفتيش في كل قرية قرية ولا في كل بلدة بلدة، بل يكفي الاكتفاء ببعض المحال المهمة والمشتهرة في كل جهة مراعيًا للأقرب ثم الأبعد إلى البلد الأول، وإن كان الاحتمال في بعضها أقوى، جاز اختصاص محل الفحص بذلك البعض والاكتفاء به، خصوصاً إذا بُعد احتمال انتقاله إلى غيره، وإذا علم أنه قد كان في مملكة كالهند أو العراق وغيرهما أو سافر إليها ثم انقطع أثره، كفى أن يتفحص عنه مدة التربص في بلادها المشهورة التي يشد إليها الرحال، وإن سافر إلى بلد معين من مملكة كالعراق إلى المدينة المنورة يكفي الفحص عنه في البلاد والمنازل الواقعة في طريقه إلى ذلك البلد وفي نفس ذلك البلد، ولا ينظر إلى الأماكن البعيدة عن الطريق فضلاً عن البلاد الواقعة في أطراف المملكة، وإذا خرج من منزله مريداً للسفر أو هرب ولا يدرى إلى أين توجه وانقطع أثره تفحص عنه مدة التربص في الأطراف والجوانب مما يحتمل قريباً وصوله إليه، ولا ينظر إلى ما بعد احتمال توجهه إليه.

مسألة ٨: قد عرفت أن الأحوط أن يكون الفحص والطلاق بعد رفع أمرها إلى الحاكم، فإذا لم يمكن الوصول إليه، فإن كان للحاكم وكيل ومأذون في التصدي للأمر الحسبية، فلا يبعد قيامه مقامه في هذا الأمر، ومع عدمه فالظاهر قيام عدول المؤمنين مقامه.

مسألة ٩: إذا علم أن الفحص لا ينفع ولا يترتب عليه أثر فالظاهر سقوط وجوبه، وكذا لو حصل اليأس من الاطلاع على حاله في أثناء المدة، فيكفي^(٩٦٢) مضي المدة في جواز طلاقها ثم زواجها ممن شاءت.

مسألة ١٠: لا فرق فيما مر من الحكم بين كون الزوج حراً أو عبداً، كما لا فرق بين الحرة والأمة.

(٩٦١) إلا إذا تم التأكد من عدم العثور عليه قبلئذ فالظاهر كفايته ولكن لا يترك الاحتياط بانتظار مرور المدة المذكورة (أربع سنين).

(٩٦٢) سبق النظر فيه.

مسألة ١١: يجوز لها اختيار البقاء على الزوجية بعد رفع الأمر إلى الحاكم قبل أن تطلق ولو بعد تحقق الفحص وانقضاء الأجل، فليست هي ملزمة باختيار الطلاق، ولها أن تعدل عن اختيار البقاء إلى اختيار الطلاق، وحينئذٍ لا يلزم تجديد ضرب الأجل والفحص بل يكفي بالأول.

مسألة ١٢: إذا لم يكن للمرأة ما تنفق على نفسها في الأجل المضروب وجب الإنفاق عليها من بيت المال^(٩٦٣)، إلا إذا حصل للمفقود مال أو أمكن الإنفاق من ماله بعد أن لم يكن ممكناً فإن اللازم حينئذٍ الإنفاق من ماله.

مسألة ١٣: إذا كان له زوجات متعددة وواحدة منهن رفعت الأمر إلى الحاكم من طرف نفسها وحصل الفحص ونحوه، كفى ذلك للجميع، فيجوز للحاكم طلاق الكل مع إرادتهن ذلك على إشكال.

مسألة ١٤: يختص الحكم بالدوام فلا يجري في المتعة ولو كان زمان التمتع^(٩٦٤) كثيراً.

مسألة ١٥: إذا أنفق الولي أو الحاكم على الزوجة من مال الزوج المفقود ثم تبين موته قبل هذا تكون ضامنة^(٩٦٥).

مسألة ١٦: لو بان بعد العدة عدم وقوع المقدمات على الوجه الصحيح، بأن تبين عدم تحقق الفحص على وجهه، أو عدم انقضاء المدة، أو عدم تحقق شروط الطلاق أو نحو ذلك وجب التدارك ولو بالاستيناف، ولو كان ذلك بعد تزويجها من الغير كان باطلاً، وإن كان الزوج الثاني دخل بها حرمت عليه أبداً.

مسألة ١٧: لا يسقط الفحص عن حال المفقود لو لم يتمكن منه بل لا بد من الانتظار إلى زمان إمكانه.

مسألة ١٨: لو انقضت المدة ولم يتم الفحص، فالأحوط^(٩٦٦) الإتمام ولو بعد المدة.

مسألة ١٩: لا فرق في المفقود بين ما إذا كان في السفر أو الحضر، أو الفقد في السفينة أو في معركة القتال أو غير ذلك.

مسألة ٢٠: لو تتضرر الزوجة من الصبر على فقد زوجها أو تقع في حرام، فهل للحاكم الشرعي الطلاق حينئذٍ؟ وجهان^(٩٦٧).

(٩٦٣) فإن لم يكن، فهل تطلق قبل انقضاء السنين الأربع حتى من دون العسر والخرج؟ وجهان.

(٩٦٤) فيه نظر، والظاهر شمول النصوص له بالملك، وإن كان الأحوط العمل في المتعة بمعيار العسر والخرج.

(٩٦٥) الأحوط التراضي لأن صبرها عن النكاح كان بسبب الإنفاق عليها فكان الأمر شبه معاوضة والله العالم.

(٩٦٦) بل الأقوى.

(٩٦٧) مرَّ أن الأشبه جواز التطلق، لحكومة أدلة نفي الخرج بل الضرر وما أشبهه.

مسألة ٢١: الظاهر أن العدة الواقعة بعد الطلاق عدة طلاق، وإن كانت بقدر عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، ويكون الطلاق رجعياً، فتستحق النفقة في أيامها، وإذا ماتت يرثها لو كان في الواقع حياً، وإذا تبين موته فيها ترثه، وليس عليها حداد بعد الطلاق.

مسألة ٢٢: لو اعتدت بعد الطلاق الجامع للشرائط وخرجت من العدة ولم تتزوج ثم حضر الزوج فلا سبيل له عليها، إلا بعقد جديد كذلك.

مسألة ٢٣: ليس للولي أن يطلقها ثلاثاً حتى تستبين منه إن لم يطلقها الزوج سابقاً تطليقتين.

مسألة ٢٤: إذا تبين موته قبل انقضاء المدة أو بعده وجب عليها عدة الوفاة، وإذا تبين بعد انقضاء العدة اكتفى بها، سواء كان التبين قبل التزويج أو بعده، وسواء كان موته المتبين وقع قبل العدة أم بعدها أو في أثناءها أو بعد التزويج، وأما لو تبين موته في أثناء العدة، فهل يكتفي بإتمامها أو تستأنف عدة الوفاة من حين التبين؟ وجهان بل قولان؟ أحوطهما الثاني لو لم يكن الأقوى.

مسألة ٢٥: إذا جاء الزوج بعد الفحص وانقضاء الأجل فإن كان قبل الطلاق فهي زوجته، وإن كان بعدما تزوجت بالغير فلا سبيل له عليها، وإن كان في أثناء العدة فله الرجوع إليها، كما أن له إبقاءها حتى تنقضي عدتها وتبين عنه.

مسألة ٢٦: إذا حصل لزوجة الغائب بسبب القرائن وتراكم الأمارات العلم بموته، جاز لها بينها وبين الله أن تتزوج بعد العدة، من دون حاجة إلى مراجعة الحاكم، وليس لأحد عليها الاعتراض ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم.

نعم، في جواز الاكتفاء بقولها واعتقادها لمن أراد تزويجها، وكذا لمن يصير وكيلاً عنها في إيقاع العقد عليها إشكال، والاحوط أن تتزوج ممن لم يطلع بالحال ولم يدر أن زوجها قد فقد ولم يكن في البين إلا دعواها بأنها عاملة بموته، بل يقدم على تزويجها مستنداً إلى دعواها أنها خلية وبلا مانع، وكذلك توكل من كان كذلك.

مسألة ٢٧: لو طلقت المفقود عنها زوجها وكان بعد الدخول استحقت المهر كله، وإن كان قبله تستحق النصف فيؤخذ من أمواله بإذن الحاكم الشرعي.

مسألة ٢٨: الظاهر أن المدة المذكورة لها موضوعية خاصة.

القسم الثالث

عدة الوطئ بالشبهة

المراد من وطئ الشبهة: وطئ الأجنبية بشبهة أنها حليلته، إما لشبهة في الموضوع كما إذا وطأ امرأة باعتقاد أنها زوجته فتبين أنها أجنبية، وإما لشبهة في الحكم كما إذا عقد على أخت الموطوءة معتقداً صحته ودخل بها.

مسألة ١: لا عدة^(٩٦٨) على المزني بها، سواء حملت من الزنا أم لا على الأقوى^(٩٦٩)، وأما الموطوءة شبهة فعليها العدة، سواء كانت ذات بعل أم خلية، وسواء كانت الشبهة من الطرفين أم من طرف الواطئ خاصة، وأما إذا كانت من طرف الموطوءة خاصة ففيه قولان، أحوطهما لزوم العدة بل لا يخلو من قوة.

مسألة ٢: عدة وطئ الشبهة كعدة الطلاق بالأقراء والشهور، وبوضع الحمل لو حملت من هذا الوطئ، على التفصيل المتقدم، ومن لم يكن عليها عدة الطلاق كالصغيرة واليائسة ليس عليها هذه العدة أيضاً.

مسألة ٣: إذا كانت الموطوءة شبهة ذات بعل لا يجوز لزوجها وطئها في مدة عدتها، وهل يجوز له سائر الاستمتاع منها أم لا؟ قولان أحوطهما الثاني وأقواهما الأول، والظاهر أنه لا تسقط نفقتها في أيام العدة وإن قلنا بجرمة جميع الاستمتاع عليه.

مسألة ٤: إذا كانت خلية، يجوز لواطئها أن يتزوج بها في زمن عدتها، بخلاف غيره فإنه لا يجوز له ذلك على الأقوى.

مسألة ٥: لا فرق في حكم وطئ الشبهة من حيث العدة وغيرها بين أن يكون مجرداً أو يكون بعد العقد، بأن وطئ المعقود عليها بشبهة صحة العقد مع فساده واقعاً.

مسألة ٦: إذا كانت معتدة بعدة الطلاق أو الوفاة فوطئت شبهة، أو وطئت ثم طلقها أو مات عنها زوجها، فعليها عدتان عند المشهور، وهو الأحوط لو لم يكن الأقوى^(٩٧٠)، فإن كانت حاملاً من أحدهما تقدم عدة الحمل، فبعد وضعه تستأنف العدة الأخرى، أو تستكمل الأولى، وإن كانت حائلاً يقدم الأسبق منهما، وبعد تمامها استقبلت عدة أخرى من الآخر.

مسألة ٧: تكفي عدة واحدة مع تعدد الوطئ شبهة ولو من أشخاص متعددة.

مسألة ٨: لو كانت معقودة بالعقد الانقطاعي فوطأها العاقد ثم تبين فساده، فهل تعدد عدة المتمتع بها، أو تعدد عدة وطئ بالشبهة؟ جهان.

(٩٦٨) الأشبه وجوب استبراء رحمها كما أن الاحوط عدم نكاح الزانية إلا بعد توبتها كما بينا في كتاب النكاح.

(٩٦٩) لا يترك الاحتياط في ترك الزواج إلا بعد التوبة وبعد استبراء رحمها بحيضة بل بعد وضع حملها إن تبين أنها حامل.

(٩٧٠) لعل كونه موافق للاحتياط غالباً هو الذي جعله مشهوراً عندهم، ولكن كونه الأقوى موضع تأمل، نظر بل الأشبه هو التداخل مثلما مرّ في كتاب النكاح (المسألة ١٢ فصل لا يجوز التزويج في عدة الغير).

مسألة ٩: إذا طلق زوجته بائناً ثم وطأها شبهة اعتدت عدة أخرى على التفصيل الذي تقدم (٩٧١).

مسألة ١٠: الموجب للعدة أمور: الوفاة، والطلاق بأقسامه، والفسخ بالعيوب، والانفساخ بمثل الارتداد أو الإسلام أو الرضاع، والوطئ بالشبهة مجرداً عن العقد أو معه، وانقضاء المدة أو هبتها في المتعة. ويشترط في الجميع كونها مدخولاً بها عدا الأول.

مسألة ١١: قد مر سابقاً أنه لا عدة على من لم يدخل بها، فليعلم أنه إذا طلقها رجعيّاً بعد الدخول ثم رجع ثم طلقها قبل الدخول لا يجري عليه حكم الطلاق قبل الدخول، حتى لا يحتاج إلى العدة من غير فرق بين كون الطلاق الثاني رجعيّاً أو بائناً، وأما إذا طلقها بائناً ثم جدد نكاحها في أثناء العدة ثم طلقها قبل الدخول ففي جريان حكم الطلاق قبل الدخول عليه وعدمه وجهان بل قولان، أحوطهما الثاني، وبحكمه ما إذا عقد عليها بالعقد المنقطع ثم وهب مدتها بعد الدخول ثم تزوجها ثم طلقها قبل الدخول، فيشكل ما ربما يحتال في نكاح جماعة في يوم واحد بل في مجلس واحد، امرأة شابة ذات عدة مع دخول الجميع بها، وذلك بأن يتمتع بها أحدهم ثم يهب مدتها بعد الدخول ثم يعقد عليها ثم يطلقها قبل الدخول ثم يفعل بها الثاني ما فعل بها الأول وهكذا، بزعمهم أنه لا عدة عليها، أما من العقد الأول فبسبب وقوع العقد الثاني، وأما من العقد الثاني فلأنه طلقها قبل الدخول.

مسألة ١٢: يكفي في الأمة الاستبراء من الواطئ بالشبهة بحيضة ولو كانت ذات زوج.

فصل في الرجعة وأحكامها

الرجعة: هي رد المطلقة في زمان عدتها إلى نكاحها (٩٧٢) السابق، فلا رجعة في البائنة ولا في الرجعية بعد انقضاء العدة.

مسألة ١: الرجعة، إما بالقول، وهو كل لفظ دل على إنشاء الرجوع، كقوله: "راجعتك" أو "ارتجعتك إلى نكاحي" أو دل على الإمساك بزوجيتها، كقوله: "رددتك إلى نكاحي" أو امسكتك في نكاحي"، ويجوز في الجميع إسقاط قوله: (إلى نكاحي) و(في نكاحي). ولا يعتبر فيه العربية، بل يقع

(٩٧١) التداخل هنا أقرب فتأخذ العدة بأبعد الأجلين.

(٩٧٢) لو قال إلى زوجها كان أولى ظاهراً.

بكل لغة إذا كان بلفظ أفاد المعنى المقصود في تلك اللغة، وإما بالفعل، بأن يفعل بها ما يحل فعله للزوج بحليلته كالوطئ والتقبيل واللمس بشهوة أو بدونها وفي الأخرس بالإشارة المفهومة، ويصح الرجوع بالكتابة.

مسألة ٢: لا يتوقف حلية الوطئ وما دونه من التقبيل واللمس على سبق الرجوع لفظاً، ولا على قصد الرجوع به، لأن المطلقة الرجعية زوجة أو بحكم الزوجة فيستباح منها للزوج ما يستباح منها، وهل يعتبر في كونه رجوعاً أن يقصد به الرجوع؟ قولان، أقواهما عدم، بل يحتمل قوياً كونه رجوعاً وإن قصد عدم.

نعم، لا عبرة بفعل الغافل والساهي والنائم ونحوها مما لا قصد فيه للفعل، كما لا عبرة بالفعل المقصود به غير المطلقة كما لو واقعها باعتقاد أنها غيرها.

مسألة ٣: لو أنكر أصل الطلاق، وهي في العدة كان ذلك رجوعاً وإن علم كذبه.

مسألة ٤: المطلقة بالطلاق الرجعي زوجة أو بحكم الزوجة مادامت في العدة، فيترتب عليها آثار الزوجية، من استحقاق النفقة والسكنى والكسوة، إذا لم تكن ولم تصر ناشزة، ومن التوارث بينهما لو مات أحدهما في العدة، وعدم جواز نكاح أختها والخامسة، وكون كفنها وفطرتها عليه. وأما البائنة كالمختلعة والمباراة والمطلقة ثلاثاً فلا يترتب عليها آثار الزوجية أصلاً لا في زمن العدة ولا بعده، لانقطاع العصمة بينهما بالمرّة.

نعم، إذا كانت حاملاً من زوجها استحققت النفقة والكسوة والسكنى عليه حتى تضع حملها، كما مر في باب النفقات من كتاب النكاح.

مسألة ٥: نفقة الرجعية أو البائنة الحامل كنفقة الزوجة، بلا فرق فيها بين المسلمة والذمية.

مسألة ٦: قد عرفت أنه لا توارث بين الزوجين في الطلاق البائن مطلقاً، وفي الرجعي بعد انقضاء العدة، لكنه إذا طلقها في حال المرض، فإن كان موته بعد سنة من حين الطلاق ولو يوماً أو أقل لا ترثه، وإن كان بمقدار سنة وما دونها ترثه سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً، على ما تقدم.

مسألة ٧: لا يجوز لمن طلق رجعياً أن يخرج المطلقة من بيتها حتى تنقضي عدتها. إلا أن تأتي بفاحشة، أعلاها ما أوجب الحد، وأدناها أن تؤذي أهل البيت بالشتيم وبذاءة اللسان.

مسألة ٨: لو أخرجت لإقامة الحد فأقيم عليها الحد ففي وجوب الرجوع بعد الإقامة إلى بيتها وعدمه وجهان^(٩٧٣)؟.

مسألة ٩: لو أمكن إقامة الحد عليها في منزلها فالظاهر عدم وجود منشأ للخروج والإخراج عن بيتها^(٩٧٤).

(٩٧٣) والوجه عدم وجوب إيوائها في البيت.

(٩٧٤) ولكن هناك وجه لجواز إخراجها من البيت من قبل الزوج.

- مسألة ١٠: لا يجوز لها الخروج بدون إذن الزوج، إلا لضرورة أو لأداء واجب مضيق.
- مسألة ١١: لو احتاجت إلى الخروج فالأحوط أن تخرج بعد انتصاف الليل وتعود قبل الفجر^(٩٧٥).
- مسألة ١٢: لا يعتبر الإشهاد في الرجعة، وإن استحب دفعاً لوقوع التخاصم والنزاع وحفظ الحق، وكذا لا يعتبر فيها اطلاع الزوجة عليها، فإن راجعها عند نفسه من دون اطلاع أحد صحت الرجعة وعادت إلى النكاح السابق واقعاً، لكن لو ادعاها بعد انقضاء المدة ولم تصدقه الزوجة لم تسمع دعواه، غاية الأمر له عليها يمين نفي العلم لو ادعى عليها العلم بذلك، كما انه لو ادعى الرجوع الفعلي كالوطئ وأنكرته كان القول قولها بيمينها، لكنه^(٩٧٦) على البت لا على نفي العلم.
- مسألة ١٣: إذا اتفقا على الرجوع وانقضاء العدة، واختلفا في المتقدم منهما، فادعى الزوج أن المتقدم هو الرجوع وادعت هي أن المتقدم انقضاء العدة، فإن تعين زمان الانقضاء وادعى الزوج أن رجوعه كان قبله فوقع في محله وادعت هي وقوعه بعده فوقع في غير محله، فالأقرب أن القول قوله بيمينه^(٩٧٧)، وإن كان بالعكس - بأن تعين زمان الرجوع وانه يوم الجمعة مثلاً وادعى أن انقضاء العدة كان في يوم السبت وادعت هي أنه كان في يوم الخميس - فالقول قولها بيمينها^(٩٧٨).
- مسألة ١٤: لو طلق وراجع، فأنكرت هي الدخول بما قبل الطلاق لثلا تكون عليها عدة ولا تكون له الرجعة، وادعى هو الدخول كان القول قولها مع يمينها.
- مسألة ١٥: الظاهر أن جواز الرجوع في الطلاق الرجعي حكم شرعي غير قابل للإسقاط، وليس حقاً قابلاً للإسقاط، كالخيار في البيع الخياري، فلو قال الزوج: "أسقطت ما كان لي من حق الرجوع" لم يسقط وكان له الرجوع بعد ذلك، وكذلك إذا صالح عنه بغير عوض أو غير عوض.
- مسألة ١٦: الظاهر اختصاص الرجعة بخصوص الطلاق، فلا تجزي في الفسخ مطلقاً.
- مسألة ١٧: لا يصح العقد على المطلقة الرجعية مطلقاً.

كتاب الخلع والمباراة

- مسألة ١: الخلع هو: الطلاق بفدية من الزوجة الكارهة لزوجها، فهو قسم من الطلاق، ويعتبر فيه جميع شروط الطلاق المتقدمة، ويزيد عليها بأنه يعتبر فيه كراهة الزوجة لزوجها خاصة، فإن كانت الكراهة من الطرفين كان مباراة، وإن كان من طرف الزوج خاصة لم يكن خلعاً ولا مباراة.

^(٩٧٥) لعل المفهوم من روايات الباب أنها تبكر في الخروج فجراً قبل أن يخرج الناس وتعود متأخراً بعد عودة الناس، وهذا هو الأول.

^(٩٧٦) يمكن تصور وطئها وهي نائمة أو ما أشبهه فلو ادعى ذلك كان عليها أن تحلف على نفي العلم فقط.

^(٩٧٧) فيه إشكال والأشبه إجراء أصالة العدم.

^(٩٧٨) فيه إشكال إلا إذ كانت العدة بالأقراء فالقول قولها.

مسألة ٢: الظاهر وقوع الخلع بكل من لفظي الخلع والطلاق مجرداً كل منهما عن الآخر أو منظماً، بعدما أنشأت الزوجة بذل الفدية ليخلعها مثلاً يجوز أن يقول: (خلعتك على كذا) أو (أنتِ مختلعة على كذا) ويكتفي به. أو يتبعه بقوله: (فأنتِ طالق على كذا) أو يقول: (أنتِ طالق على كذا) ويكتفي به أو يتبعه بقوله: (فأنتِ مختلعة على كذا).

مسألة ٣: الخلع وإن كان قسماً من الطلاق، وهو من الإيقاعات إلا أنه يشبه العقود في الاحتياج إلى طرفين وإنشاءين: بذل شيء من طرف الزوجة ليطلقها الزوج، وإنشاء الطلاق من طرف الزوج بما بذلت، ويقع ذلك على نحوين:

الأول: أن يقدم البذل من طرفها على أن يطلقها فيطلقها على ما بذلت.

الثاني: أن يتدئ الزوج بالطلاق مصرحاً بذكر العوض فتقبل الزوجة بعده، والأحوط أن يكون الترتيب على النحو الأول، بل هذا الاحتياط لا يترك^(٩٧٩).

مسألة ٤: يعتبر في المختلعة الشرائط العامة، وعدم الحجر عليها.

مسألة ٥: يعتبر في صحة الخلع عدم الفصل بين إنشاء البذل والطلاق بما يخل بالفورية^(٩٨٠) العرفية، فلو أدخل بها بطل الخلع، ولم يستحق الزوج العوض، ولكن لم يبطل الطلاق، ووقع رجعيّاً مع فرض اجتماع شرائطه^(٩٨١)، وإلا كان بائناً.

مسألة ٦: يجوز أن يكون البذل والطلاق بمباشرة الزوجين أو بتوكيلهما الغير أو باختلاف، ويجوز لكل منهما أن يوكل الآخر فيما هو من طرفه، فيكون أصيلاً فيما يرجع إليه ووكيلاً فيما يرجع إلى الآخر.

مسألة ٧: يصح التوكيل في الخلع في جميع ما يتعلق به من شرط العوض وتعيينه وقبضه وإيقاع الطلاق، ومن المرأة في جميع ما يتعلق بها من استدعاء الطلاق وتقدير العوض وتسليمه.

فصل في إنشاء صيغة الخلع

مسألة ٨: إذا وقع الخلع بمباشرة الزوجين، فيما أن تبدأ الزوجة وتقول: (بذلت لك، أو أعطيتك ما عليك من المهر، أو الشيء الفلاني، لتطلقني) فيقول فوراً^(٩٨٢): (أنتِ طالق، أو مختلعة -بكسر اللام- على ما بذلت أو على ما أعطيت).

(٩٧٩) فيه تأمل.

(٩٨٠) بحيث يتصل أحد الأنشاءين بالآخر حتى يُسمى عقداً عرفياً، واشتراط ذلك موافق عادة للاحتياط ولكن يصعب التذليل عليه مع تسمية ما وقع خلعاً عرفياً.

(٩٨١) ومن شرائطه قصده مستقلاً عن الخلع على نحو تعدد المطلوب وعند عدم القصد إلى الطلاق المجرد عن البذل كيف يقع الطلاق.

وإما أن يبتدئ الزوج بعدما تواطئا على الطلاق بعوض فيقول: (أنت طالق، أو مختلعة بكذا أو على كذا) فتقول فوراً: (قبلت أو رضيت) ، وإن وقع من وكيلين يقول وكيل الزوجة مخاطباً لوكيل الزوج: (من قبِل موكلتي فلانة بذلت لموكلك ما عليه من المهر أو المبلغ الفلاني ليخلعها وليطلقها)، فيقول وكيل الزوج فوراً: (زوجة موكلي طالق على ما بذلت)، أو يقول: (عن قبِل موكلتي خلعت موكلتك على ما بذلت). وإن وقع من وكيل أحدهما مع الآخر كوكيل الزوجة مع الزوج يقول وكيلها مخاطباً للزوج: (عن قبل موكلتي فلانة، أو زوجتُك بذلت لك ما عليك من المهر أو الشيء الفلاني على أن تطلقها) فيقول الزوج فوراً: (هي، أو زوجتي طالق على ما بذلت) أو يبتدئ الزوج مخاطباً لوكيلها: (موكلتك، أو زوجتي فلانة طالق على كذا) فيقول: (عن قبِل موكلتي قبلت ذلك) وإن وقع ممن كان وكيلاً عن الطرفين يقول: (عن قبِل موكلتي فلانة بذلت لموكلي فلان الشيء الفلاني ليطلقها) ثم يقول فوراً: (زوجة موكلتي طالق على ما بذلت) أو يبتدئ من طرف الزوج ويقول: (زوجة موكلتي طالق على الشيء الفلاني) ثم يقول من طرف الزوجة: (عن قبِل موكلتي قبلت)، لو فرض أن الزوجة وكلت الزوج في البذل يقول: (عن قبِل موكلتي زوجتي بذلت لنفسي كذا لأطلقها) ثم يقول فوراً: (هي طالق على ما بذلت).

مسألة ٩: يعتبر في الوكيل الشروط العامة.

مسألة ١٠: يعتبر في إنشائها للبذل تحقق قصدها به.

مسألة ١١: يجوز أن يكون البذل من طرف الزوجة باستدعائها الطلاق من الزوج بعوض معلوم بأن تقول له: (طلقني أو اخلعني بكذا) فيقول فوراً: (أنت طالق أو مختلعة بكذا) فيتم الخلع، والاحوط اتباعه بالقبول منها بأن تقول بعد ذلك (قبلت).

مسألة ١٢: يشترط في تحقق الخلع بذل الفداء عوضاً عن الطلاق، ويجوز الفداء بكل متمول من عين أو دين أو منفعة قلّ أو أكثر، وإن زاد عن المهر المسمّى ، فإن كان عيناً حاضرة يكفي فيها المشاهدة ، وإن كان كلياً في الذمة أو غائباً ذكر جنسه ووصفه وقدره، فلو جعل الفداء ألفاً ولم يذكر المراد فسد الخلع، ويصح جعل الفداء إرضاع ولده لكن مشروطاً بتعيين المدة وإذا جعل كلياً في ذمتها يجوز جعله حالاً ومؤجلاً مع تعيين الأجل بما لا إجمال فيه.

مسألة ١٣: يصح بذل الفداء منها ومن وكيلها، بأن يبذل وكالة عنها من مالها الموجود أو من مال في ذمتها، وهل يصح ممن يضمه في ذمته بإذنها فيرجع إليها بعد البذل بأن تقول لشخص: (أطلب من زوجي أن يطلقني بألف درهم مثلاً عليك وبعدها دفعتها إليه إرجع إليّ) ففعل ذلك وطلقها الزوج على ذلك؟ وجهان بل قولان لا يخلو أولهما من رجحان (٩٨٣).

(٩٨٢) الفورية التي تذكر هنا وفيما يلي هي العرفية بنحو ما ذكرناه آنفاً.

(٩٨٣) إذا صدق على الأمر أنها افتدت نفسها، وإلا فالأمر مشكل.

نعم، الظاهر أنه لا يصح من المتبرع الذي يبذل من ماله من دون رجوع إليها فلو قالت الزوجة لزوجها: (طلّقني على دار زيد أو ألف في ذمته) فطلّقها على ذلك وقد أذن زيد في ذلك أو أجاز بعد ذلك لم يصح الخلع، وكذا لو وكّلت زيدا على أن يطلب من زوجها أن يطلقها على ذلك فطلّقها على ذلك.

مسألة ١٤: إذا قال أبوها: طلقها وأنت برئ من صداقتها وكانت بالغة رشيدة فطلّقها صح الطلاق^(٩٨٤) وكان رجعيًا، ولم تبرأ ذمته بذلك ما لم تبرئ، ولم يلزم عليها الإبراء، ولا يضمنه الأب.

مسألة ١٥: لو جعلت الفداء مال الغير أو مالا يملكه المسلم - كالخمر - مع العلم بذلك بطل البذل فبطل الخلع وكان الطلاق رجعيًا، وأما لو جعلته مال الغير مع الجهل بأنه مال الغير فالمشهور صحة الخلع وضمانها للمثل أو القيمة، وفيه تأمل^(٩٨٥).

مسألة ١٦: يشترط في الخلع أن تكون الزوجة كارهة للنزوح من دون عكس كما مر ، والاحوط أن تكون الكراهة شديدة بحيث يخاف من قولها أو فعلها أو غيرها الخروج عن الطاعة والوقوف في المعصية.

مسألة ١٧: الظاهر أنه لا فرق بين أن تكون الكراهة المشترطة في الخلع ذاتية ناشئة من خصوصيات الزوج - كقبح منظره وسوء خلقه وفقره وغير ذلك - وبين أن تكون ناشئة من بعض العوارض مثل وجود الضرة وعدم إيفاء الزوج بعض الحقوق المستحقة أو الواجبة كالقسم والنفقة.

نعم، إن كانت الكراهة وطلب المفارقة من جهة إيذاء الزوج لها بالسب والشتم والضرب ونحوها، فتريد تخليص نفسها منه فبذلت شيئاً ليطلقها فطلّقها لم يتحقق الخلع وحرم عليه ما يأخذ منها، ولكن الطلاق صح رجعيًا^(٩٨٦).

مسألة ١٨: لو طلقها بعوض مع عدم الكراهة وكون الأخلاق ملتزمة لم يصح الخلع، ولم يملك العوض^(٩٨٧)، ولكن صح الطلاق، فإن كان مورده الرجعي كان رجعيًا وإلا كان بائناً.

مسألة ١٩: طلاق الخلع بائن، لا يقع فيه الرجوع ما لم ترجع المرأة فيما بذلت، ولها الرجوع فيه مادامت في العدة، فإذا رجعت كان له الرجوع إليها.

مسألة ٢٠: الظاهر اشتراط جواز رجوعها في المبدول بإمكان رجوعه بعد رجوعها، فلو لم يجوز له الرجوع كالمطلقة ثلاثاً وكما إذا كانت المختلعة ممن ليست لها عدة - كاليائسة والصغيرة وغير المدخول بها - لم يكن لها الرجوع في البذل، بل لا يبعد عدم صحة رجوعها فيما بذلت مع فرض عدم علمه

(٩٨٤) فيما لو قصده مستقلاً عن الإبراء وإلا فمشكل.

(٩٨٥) المنصور هو المشهور من دون تأمل .

(٩٨٦) لأنه قد نواه وإن كان الداعي إليه المال الحرام.

(٩٨٧) إن وهبت ذلك المال للخلع أما لو وهبت لأصل الطلاق ولو كان رجعيًا فالظاهر صحة الهبة لعدم دليل على بطلانها؟

أما كون هذا يجعل الطلاق بائناً ويكون شبيهاً بالخلع ففيه نظر وإن ادعاه بعض.

بذلك إلى انقضاء محل رجوعه، فلو رجعت عند نفسها ولم يطلع عليه الزوج حتى انقضت العدة لا أثر لرجوعها.

مسألة ٢١: لو رجعت المرأة إلى الفداء فللزوج حينئذٍ حق الرجوع كما مر، فهل يصير الطلاق رجعيًا بمجرد رجوعها ويترتب عليه آثاره - من وجوب النفقة والتوارث وغيرها - وإن لم يرجع الزوج إلى النكاح بعد أو لا؟ وجهان: الأوجه هو الأول.

مسألة ٢٢: لو انشأ الرجوع جاهلاً برجوعها في الفداء فصادف سبق رجوعها صح رجوعه^(٩٨٨).

مسألة ٢٣: لو خالعتها وشرط الرجوع في الخلع لم يصح، وكذا لم يصح الطلاق إن لم يعقبه به^(٩٨٩).

مسألة ٢٤: لو اتفقا في الكمية واختلفا في الجنس أو بالعكس، يقدم قول المرأة فيهما مع يمينها، وكذا لو اختلفا في المراد واتفقا في القدر.

مسألة ٢٥: إذا اتفقا في الطلاق واختلفا في الاختلاع فأنكرته المرأة وادعاه الرجل، قدّم قول المرأة مع يمينها.

مسألة ٢٦: لو اختلفا في الرجوع فادعى الرجل رجوعها بالفداء وأنكرت يقدم قولها مع اليمين.

مسألة ٢٧: يكفي في الكراهة الموجبة للخلع مجرد دعواها ذلك وفداؤها للطلاق ولا يتوقف على إثباتها لدى الحاكم الشرعي.

مسألة ٢٨: المباراة قسم من الطلاق، فيعتبر فيها جميع شروطه المتقدمة، ويعتبر فيها ما يشترط في الخلع من الفدية والكراهة، فهي كالخلع طلاق بعوض ما تبذله المرأة، وتقع بلفظ الطلاق مجرداً بأن يقول الزوج بعدما بذلت المرأة له شيئاً ليطلّقها: (أنتِ طالق على ما بذلتِ) ولفظ (بارتئكِ) متبعاً بلفظ الطلاق بأن يقول الزوج: (بارتئكِ على كذا فأنتِ طالق) ولا يقع بلفظ بارتئكِ مجرداً^(٩٩٠).

مسألة ٢٩: المباراة وإن كانت كالخلع لكنها تفارقه بأمر ثلاثة:

أحدها: أنها تترتب على كراهة كل من الزوجين لصاحبه بخلاف الخلع فإنه يترتب على كراهة الزوجة خاصة كما مر.

ثانيها: أنه يشترط فيها أن لا يكون الفداء أكثر من مهرها، بل الأحوط^(٩٩١) أن يكون أقل منه بخلاف الخلع فإنه فيه على ما تراضيا به ساوى المهر أو زاد عليه أو نقص عنه.

^(٩٨٨) شريطة تمثلية قصد الرجوع في مثل هذه الحالة وهو يزعم انه ليس له ذلك.

^(٩٨٩) وكذا لو أعقبه به بقصد الخلع بنحو وحدة المطلوب وليس متعدده.

^(٩٩٠) هذا هو المشهور بين الفقهاء وهو كذلك إذا لم تكن صراحة في لفظة المباراة على الطلاق عند العرف أما إذا كانت فيها صراحة أو ظهور فالأشبه وقوع الطلاق بما تبعاً للروايات.

^(٩٩١) استحباباً.

ثالثها: (*) أنه إذا وقعت بلفظ (بارئت) يجب فيها اتباعه بالطلاق بقوله: (فأنت، أو هي طالق) بخلاف الخلع، إذ يجوز أن يوقعه بلفظ (الخلع) مجرداً كما مر، وإن قيل فيه أيضاً بوجوب اتباعه بالطلاق لكن الأقوى خلافه كما مر.

مسألة ٣٠: طلاق المباراة بائن كالخلع ليس للزوج فيه رجوع إلا أن ترجع الزوجة في الفدية قبل انقضاء العدة، فله الرجوع حينئذٍ إليها كما تقدم في الخلع.

مسألة ٣١: هل (٩٩٢) تجري المباراة في الفسخ فيما إذا كان جائزاً أو يختص بالطلاق، وجهان، وكذا في الخلع.

مسألة ٣٢: تعدد المباراة والمختلعة حيث شاءت ولا نفقه لها عليه فيها، ويجوز للزوج تزويج أخت كل منهما أو الخامسة.

كتاب الظهار والإيلاء واللعان

الظهار

أما الظهار فهو كان طلاقاً في الجاهلية وموجباً للحرمة الأبديّة وقد غير شرع الإسلام حكمه وجعله موجباً لتحريم الزوجة المظاهرة منها ولزوم الكفارة بالعود كما ستعرف تفصيله.

مسألة ١: صيغة الظهار أن يقول الزوج مخاطباً للزوجة: (أنتِ عليّ كظهر أمي) (٩٩٣)، أو يقول بدل أنتِ (هذه) مشيراً إليها أو (زوجتي فلانة)، ويجوز تبديل (عليّ) بقوله: (ميتي) أو (عندي) أو (لدي)، بل الظاهر عدم اعتبار ذكر لفظة (عليّ) وأشباهاها أصلاً، بأن يقول: (أنتِ كظهر أمي)، وواو شبيهها بجزء آخر من أجزاء الأم غير الظهر كرأسها أو يدها أو بطنها، ففي وقوع الظهار قولان: أحوطهما ذلك، بل لا يخلو من قوة، ولو قال: (أنتِ كأمي) أو (أنتِ أمي) قاصداً به التحريم لا علو المنزلة والتعظيم أو كبر السن وغير ذلك لم يقع وإن كان الأحوط خلافه، بل لا يترك الاحتياط.

(*) سبق ما فيه آنفاً.

(٩٩٢) الوجه صحته ومع الشك في أنه خلع أو مباراة يمكن أن يكون صلحاً أو هدية معوضة أو جعلالة أو ما أشبهه أو حتى عقداً جديداً.

(٩٩٣) الظاهر أن الظهار يقع بكل عبارة ظاهرة فيه مثل تشبيه زوجته بظهر أمه أو بشيء منها محرم أو ظهر أخته أو إحدى المحارم أو شيء منها محرم عليه يريد بذلك الظهار المعروف فإنه يقع به على الأحوط بل على الأقوى فيها جميعاً.

مسألة ٢: لو شبَّهها بإحدى المحارم النسبية غير الأم كالبنت والأخت ، فمع ذكر الظهر بأنه قال مثلاً: (أنتِ عليّ كظهر أُختي) يقع الظهر على الأقوى، وبدونه كما إذا قال (كأختي) أو (كرأس أُختي) لم يقع على إشكال .

مسألة ٣: لا يتحقق الظهر لو شبَّهها بالرضاعيات من المحارم (٩٩٤).

مسألة ٤: لو شبَّهها بالحرمة بالمصاهرة لم يقع الظهر، وكذا لو شبَّهها بما يحرم في حال كُأخت الزوجة وعمتها أو شبَّهها بالرجال.

مسألة ٥: الظهر الموجب للتحريم ما كان من طرف الرجل، فلو قالت المرأة لزوجها: (أنتِ عليّ كظهر أبي أو أختي) لم يؤثر شيئاً.

مسألة ٦: يشترط في الظهر وقوعه بحضور عدلين يسمعان قول المظاهر كالطلاق، وفي المظاهر البلوغ والعقل والاختيار، فلا يقع من الصبي والمجنون ولا المكروه والساھي، بل ولا مع الغضب السالب للقصد، وفي المظاهرة خلوها عن الحيض والنفاس، وكونها في طهر لم يواقعها فيه على التفصيل المذكور في الطلاق، وفي اشتراط كونها مدخولاً بها قولان، أصحهما ذلك.

مسألة ٧: يعتبر في إنشاء الظهر التنجيز، فلو علَّقه بانقضاء الشهر أو دخوله لم يقع، ويجوز تعليقه على شرط (٩٩٥).

مسألة ٨: لو جعل الظهر يمينا لم يقع وكذا لو جعله ضراراً.

مسألة ٩: لا يصح التوقيت في الظهر زماناً أو مكاناً بأن يظاهر منها شهراً مثلاً ثم يزول.

مسألة ١٠: الأقوى عدم اعتبار دوام الزوجة في المظاهرة، فيقع على المتمتع بها بل وعلى المملوكة.

مسألة ١١: يصح الظهر من الكافر والخصي والمجبوب (٩٩٦) وكذا من العبد، وكفارته نصف ما على الحر.

مسألة ١٢: لا يحتاج الظهر إلى اتباعه بالطلاق، ولو ظاهر ونوى الطلاق لم يقع (٩٩٧)، وإن ظاهر ورادفه بالطلاق وقع الطلاق إن قصده دون الظهر.

مسألة ١٣: الظهر حرام، ولكن قد يقال: أنه معفو كالصغائر التي يكفر بإتيان ما يزيلها.

مسألة ١٤: إذا تحقق الظهر بشرائطه حرم على المظاهر وطئ المظاهرة ولا يحل له حتى يكفر، فإذا كفر حل له وطؤها، ولا تلزم كفارة أخرى بعد وطئها، ولو وطأها قبل أن يكفر كانت عليه

(٩٩٤) الاحتياط يقتضي وقوعه به إن كان يقصد بذلك الظهر وكان تعبيره ظاهراً عرفاً فيه، كذلك في الفرع الثاني .

(٩٩٥) الظاهر أن الشرط المذكور في الأحاديث هو شرط الموافقة، فإذا اشترطها فعليه أن يكفر بعدها وإلا قبلها وليس ذلك من شرط شيء آخر حيث قد انتفى ذلك بأدلة ذكرت في نفي اليمين فيه.

(٩٩٦) مع القول بأن الظهر يحرم الوطئ فقط، يصعب تصور الظهر من الأخيرين بل الأول أيضاً الذي لا يلتزم بمباني ديننا الحنيف.

(٩٩٧) ولو ظاهر ثم طلق وقع الطلاق ولا شيء عليه.

كفارتان^(٩٩٨)، وهل يجرم عليه قبل التكفير غير الوطئ من سائر الاستمتاع كالقبلة والملازمة؟ فيه إشكال^(٩٩٩).

مسألة ١٥: إذا طلقها رجعيًا ثم راجعها لم يحلّ له وطؤها حتى يكفر، بخلاف ما إذا تزوجها جديدًا بعد انقضاء العدة أو في العدة إذا كان الطلاق بائنًا، فإنه يسقط حكم الظهار ويجوز له وطؤها بلا تكفير.

مسألة ١٦: كفارة الظهار كما مر في كتاب الكفارات أحد أمور ثلاثة مرتبة: عتق رقبة، وإذا عجز عنه فصيام شهرين متتابعين، وإذا عجز عنه فإطعام ستين مسكينًا.

مسألة ١٧: لو عجز عن الكفارة ولم يقدر عليها ولو بالاستدانة ثم الأداء يجزيه الاستغفار.

مسألة ١٨: لو ظاهر من واحدة مرارًا تعددت الكفارة^(١٠٠٠)، وكذا لو ظاهر من أربع بلفظ واحد.

مسألة ١٩: تقدم أن الظهار على قسمين مطلق ومعلق على شرط، فلو أطلق حرم عليه الوطئ حتى يكفر، وأما لو علق جاز له الوطئ ما لم يحصل الشرط وإن كان^(١٠٠١) الشرط هو الوطئ.

مسألة ٢٠: يجب على الزوج الإنفاق على المظاهرة وإن حرم عليه الوطئ.

مسألة ٢١: إذا صبرت المظاهرة على ترك وطئها فلا اعتراض، وإن لم تصبر رفعت أمرها إلى الحاكم، فيحضره ويخيره بين الرجعة بعد التكفير وبين طلاقها، فإن اختار أحدهما وإلا أنظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة، فإن انقضت المدة ولم يختار أحد الأمرين حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يختار أحدهما ولا يجبره على خصوص أحدهما ولا يطلق عنه.

مسألة ٢٢: الظاهر اعتبار العربية في الظهار كما مر في الطلاق^(١٠٠٢).

مسألة ٢٣: لو اختلف الزوجان في تحقق الظهار وعدمه، فادعاه الرجل وأنكرته المرأة يقدم قولها مع اليمين إلا إذا أقام الرجل البينة فيقدم قوله حينئذٍ، ولو انعكس يقدم قوله.

الإيلاء

وهو الحلف على ترك وطئ الزوجة الدائمة المدخول بها أبدأً أو مدة تزيد عن أربعة أشهر للإضرار بها، فلا يتحقق الإيلاء بالحلف على ترك وطئ المملوكة، ولا المتمتع بها، ولا لغير المدخول بها، ولا بالحلف

(٩٩٨) فيه نظر والأشبه أن يجعل الثانية ندباً وهو موافق للاحتياط أيضاً.

(٩٩٩) والاجتناب أولى.

(١٠٠٠) الأشبه إن تعدد الكفارة منوط بعدم التأكيد على الظهار الأول بل إنشاء ظهار جديد، ولذلك وردت رواية أنه لو ظاهر من امرأته في مجلس واحد أربع مرات أن عليه كفارة واحدة، والاحتياط حسن.

(١٠٠١) بل الظاهر أن الشرط هو الوطئ لا غيره.

(١٠٠٢) الحكم فيه كالحكم في الطلاق لأنه شبيه له.. والله العالم.

على ترك وطئها مدة لا تزيد على أربعة أشهر، ولا في ما إذا كان لملاحظة مصلحة كإصلاح لبنها أو كونها مريضة أو غير ذلك، وإن انعقد اليمين في جميع ذلك، ويترتب عليه آثاره إذا اجتمعت شروطه.

مسألة ١: لا ينعقد الإيلاء كمطلق اليمين إلاّ باسم الله تعالى المختص به أو الغالب إطلاقه عليه، ولا يعتبر فيه العربية ولا اللفظ الصريح في كون المحلوف عليه ترك الجماع في القبل كإدخال الفرج في الفرج، بل المعتبر صدق كونه حالفاً على ترك ذلك العمل بلفظ له ظهور في ذلك، فيكفي قوله: (لا أطأك) أو (لا أجامعك) أو (لا أمسك) بل وقوله: (لا جمع رأسي ورأسك وسادة أو مخدة) إذا قصد بذلك ترك الجماع.

مسألة ٢: إذا تم الإيلاء بشرايطه، فإن صبرت المرأة مع امتناعه عن المواقعة فلا كلام، وإلا فلها المرافعة إلى الحاكم، فيحضره وينظره أربعة أشهر، فإن رجع وواقعها في هذه المدة فهو، وإلا أجبر على أحد الأمرين، إما الرجوع أو الطلاق، فإن فعل أحدهما وإلا ضيق عليه وحبس حتى يختار أحدهما، ولا يجبره على أحدهما معيناً.

مسألة ٣: المشهور أن الأربعة التي ينظر فيها ثم يجبر على أحد الأمرين بعدها هي من حين الترافع، وقيل من حين الإيلاء، فعلى هذا لو لم ترافع حتى انقضت المدة الزمه بأحد الأمرين من دون إمهال وانتظار مدة، وفيه تأمل.

مسألة ٤: يزول حكم الإيلاء بالطلاق البائن، فلو عقد عليها جديداً في العدة أو بعدها كانت كأن لم يؤل عليها بخلاف ما إذا طلقها رجعيّاً، فإنه وإن خرج بذلك من حقها فليست لها المطالبة والترافع إلى الحاكم، لكن لا يزول حكم الإيلاء إلاّ بانقضاء العدة، فلو راجعها في العدة عاد إلى الحكم الأول فلها المطالبة بحقها والمرافعة.

مسألة ٥: متى وطأها الزوج لزمته الكفارة، سواء كان في مدة التبرص أو بعدها أو قبلها لو جعلناها من حين المرافعة، لأنه قد حنث اليمين على كل حال، وإن جاز له هذا الحنث بل وجب بعد انقضاء المدة ومطالبتها وأمر الحاكم به تخييراً، وبهذا يمتاز هذا اليمين عن سائر الإيمان، كما أنه يمتاز عن غيره بأنه لا يعتبر فيه ما يعتبر في غيره من كون متعلقه مباحاً تساوى طرفاه أو كان راجحاً ديناً أو دينياً.

مسألة ٦: لو أسقطت حقها لا يسقط أصل المطالبة.

مسألة ٧: لو كان عذر في البين من الوطئ بعد انقضاء مدة التبرص فإن كان من قبلها كالمرض أو الحيض ونحوهما لم يكن لها المطالبة بالفئة وإن كان من قبله فالظاهر أن لها المطالبة^(١٠٠٣).

مسألة ٨: كفارة الإيلاء مثل كفارة اليمين اجتمع فيها التخيير والترتيب، وهي عتق رقبة أو إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم، فإن عجز صام ثلاث أيام متواليات.

(١٠٠٣) فيه تردد ونظر، فإن التخيير دليل عدم القدرة على الجبر عند عدم إمكانية طرف منه.

- مسألة ٩: لو آلى مددة معينة تزيد عن أربعة أشهر فعليه الكفارة سواء خرجت المددة أو لا .
- مسألة ١٠: لو ادعى الوطاء وأنكرت يقبل قوله مع يمينه.
- مسألة ١١: إذا اختلفا في انقضاء المددة، يقدم قول من يدعي بقاءها وكذا لو اختلفا في زمان إيقاع الإيلاء أو المرافعة فالقول قول من يدعي تأخره.
- مسألة ١٢: لو اختار الزوج الطلاق بعد المرافعة كان الطلاق رجعيًا ما لم يقتض البيئونة.
- مسألة ١٣: لا تتكرر الكفارة بتكرر اليمين إن كان المحلوف عليه واحداً والزمان واحداً وإلا تتكرر.
- مسألة ١٤: لو وطأ المؤلى في حال عدم التكليف -من سهو أو نسيان أو جنون أو اشتباه بحليلة أو نحو ذلك- في مدة التربص فلا كفارة عليه.
- مسألة ١٥: يصح الجمع بين الظهار والإيلاء، ولا تستباح بدون الكفارتين.

اللعان

- وهي مباحلة خاصة بين الزوجين أثرها دفع حد أو نفي ولد كما تعرف تفصيله.
- مسألة ١: إنما يشرع اللعان في مقامين: أحدهما فيما إذا رمى الزوج زوجته بالزنا، الثاني: فيما إذا نفى وُلْدِيَّةً مَنْ وُلِدَ في فراشه مع إمكان لحوقه به.
- مسألة ٢: لا يجوز للرجل قذف زوجته بالزنا مع الريبة ولا مع غلبة الظن ببعض الأسباب المرية، بل ولا بالشياع ولا بإخبار شخص ثقة.
- نعم يجوز^(١٠٠٤) مع اليقين، لكن لا يصدق إذا لم تعترف به الزوجة ولم يكن بيّنة، بل يحد حد القذف مع مطالبتها، إلا إذا أوقع اللعان الجامع للشروط الآتية فيدراً عنه الحد.
- مسألة ٣: يشترط في ثبوت اللعان بالقذف أن يدعي المشاهدة، فلا لعان فيمن لم يدعها ومن لم يتمكن منها كالأعمى، فيحذف مع عدم البيّنة، وأن لا يكون له بيّنة، فإن كانت له بيّنة تتعين إقامتها لنفي الحد ولا لعان.
- مسألة ٤: يشترط في ثبوت اللعان أن تكون المقذوفة زوجة دائمة، فلا لعان في قذف الأجنبية بل يحد القاذف مع عدم البيّنة، وكذا في المنقطعة على الأقوى، وان تكون مدخولاً بها، فلا لعان فيمن لم يدخل بها، وأن تكون غير مشهورة^(١٠٠٥) بالزنا، وإلا فلا لعان بل ولا حد حتى يدفع باللعان، بل عليه التعزير لو لم يدفعه عن نفسه بالبيّنة، كما يشترط فيها الكمال بالبلوغ والعقل، والسلامة من الصمم والخرس.

(١٠٠٤) إن لم يتسبب في إشاعة الفاحشة.

(١٠٠٥) بناء على اشتراط الإحصان في اقتضاء القذف بالزنا للحد كما ذكر تفصيله في كتاب الحدود وإلا فمشكل إضافة هذا الشرط لأن إطلاق الأدلة ينفيه.

مسألة ٥: يعتبر في الزوج الملاحن: البلوغ، والعقل والاختيار، ولا يعتبر فيه الحرية، ويصح لعان الأخرس إن كان له إشارة مفهومة.

مسألة ٦: لا يجوز للرجل أن ينكر ولدية من تولد في فراشه مع إمكان لحوقه به، بأن دخل في أمه وقد مضى منه إلى زمان وضعه ستة أشهر فصاعداً ولم يتجاوز عن أقصى مدة الحمل، حتى فيما إذا فجر أحد بها فضلاً عما إذا اتهمها، بل يجب عليه الإقرار بولديته، فعن النبي صلى الله عليه وآله: "أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الخلائق".

نعم يجب^(١٠٠٦) عليه أن ينفيه ولو باللعان مع علمه بعدم تكونه منه، من جهة علمه باختلال شروط الالتحاق به إذا كان بحسب ظاهر الشرع لحوقه به لولا نفيه، لئلا يلحق بنسبه من ليس منه فيترب عليه حكم الولد في الميراث والنكاح ونظر محارمه وغير ذلك.

مسألة ٧: إذا نفى ولدية من ولد في فراشه، فإن علم أنه دخل بأمه دخولاً يمكن معه لحوق الولد به أو أقر هو بذلك ومع ذلك نفاه لا يسمع منه هذا النفي ولا ينتفي منه لا باللعان ولا بغيره، وأما لو لم يعلم ذلك ولم يقر به وقد نفاه - إما مجرداً عن ذكر السبب بأن قال: هذا ليس ولدي، أو مع ذكر السبب بأن قال: أني لم ادخل بأمه أصلاً - أو أنكر دخولاً يمكن تكونه منه فحينئذٍ وإن لم ينتف عنه بمجرد نفيه لكن باللعان ينتفي عنه .

مسألة ٨: إنما يشرع اللعان لنفي الولد إذا كانت المرأة منكوحه بالعقد الدائم، وأما ولد المتمتع بها فينتفي بنفيه^(١٠٠٧) من دون لعان، وإن لم يجز له نفيه إن لم يعلم بالانتفاء.

نعم لو علم أنه قد دخل بها دخولاً يمكن تكون الولد منه أو أقر بذلك ومع ذلك قد نفاه لم ينتف عنه بنفيه ولم يسمع منه ذلك كما هو كذلك في الدائمة، والمتمتع بها، إنما هو فيما إذا كانت المرأة تحته وولدت ولداً ولم يعلم^(١٠٠٨) دخول الرجل بها دخولاً يمكن تكون الولد منه، ولم يقر الزوج بذلك، وقد نفاه الزوج واحتمل صدقه وكذبه، ففي ولد الدائمة لم ينتف إلا باللعان ويشرع اللعان لنفيه، وفي ولد المتمتع بها ينتفي عنه بمجرد نفيه بحسب ظاهر الشرع ولا يشرع فيه اللعان.

مسألة ٩: لا فرق في مشروعية اللعان لنفي الولد بين كونه حملاً أو منفصلاً.

مسألة ١٠: من المعلوم أن انتفاء الولد عن الزوج لا يلزم كونه ولد زنا، لاحتمال تكونه عن وطئ شبهة أو غيره، فلو علم الرجل بعدم التحاق الولد به، وإن جاز له بل وجب عليه نفيه عن نفسه، لكن لا يجوز أن يرميها بالزنا وينسب ولدها بكونه ولد زنا.

(١٠٠٦) لا دليل على وجوب النفي إلا من باب دفع المفسدة والنهي عن المنكر وعدم الإقرار على الباطل، نعم لا يجوز له إلحاقه بنفسه ولعل سكوته ينم عن رضاه، وعلى أي حال فوجوب النفي خصوصاً باللعان مشروط بعدم تحقق مفسدة أكبر عليه به.

(١٠٠٧) فيه نظر وتفصيل يأتي.

(١٠٠٨) أي لم يتحقق الفراش وإلا فإن الولد له.

مسألة ١١: لو أقر بالولد لم يسمع إنكاره له بعد ذلك سواء كان إقراره بالصريح أو بالكناية، مثل أن يشتر به، ويقال له: بارك الله لك في مولودك، فيقول: آمين أو إن شاء الله تعالى، بل قيل أنه إذا كان الزوج حاضراً وقت الولادة ولم ينكر الولد مع ارتفاع العذر لم يكن له إنكاره بعد ذلك، بل نسب ذلك إلى المشهور^(١٠٠٩).

مسألة ١٢: لا يقع اللعان إلا عند الحاكم الشرعي أو من نصبه لذلك، وصورته أن يبدأ الرجل ويقول بعد ما قذفها أو نفى ولدها:

(أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما قلت من قذفها أو من نفى ولدها) يقول ذلك أربع مرات، ثم يقول مرة واحدة: (لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين)، ثم تقول المرأة بعد ذلك أربع مرات: (أشهد بالله أنه لمن الكاذبين في مقالته من الرمي بالزنا أو نفى الولد) ثم تقول مرة واحدة: (إن غضب الله عليّ إن كان من الصادقين).

مسألة ١٣: يجب أن تكون الشهادة واللعن على الوجه المذكور^(١٠١٠)، فلو قال أو قالت أحلف أو أقسم أو شهدت أو أنا شاهد أو بدّلا لفظ الجلالة بالرحمن أو بخالق البشر أو بصانع الموجودات أو قال الرجل: إني صادق أو لصادق أو من صادقين من غير ذكر اللام أو قالت المرأة إنه لكاذب أو كاذب أو من الكاذبين لم يقع، وكذا لو أبدل الرجل اللعنة بالغضب والمرأة بالعكس.

مسألة ١٤: يجب أن يكون إتيان كل منهما باللعان بعد إلقاء الحاكم إياه عليه، فلو بادر به قبل أن يأمر الحاكم به لم يقع.

مسألة ١٥: يجب^(١٠١١) أن يكون النطق بالعربية مع القدرة ويجوز غيرها مع التعذر.

مسألة ١٦: يجب^(١٠١٢) أن يكونا قائمين عند التلفظ بألفاظهما الخمسة، وهل يعتبر أن يكونا قائمين معاً عند تلفظ كل منهما أو يكفي قيام كل منهما عند تلفظه بما يخصه؟ أحوطهما الأول. وكذا يجب أن يبدأ الرجل أولاً بالتلفظ المذكور ثم المرأة كذلك.

مسألة ١٧: يجب أن يعينها بما يرفع الاشتباه إن كان له زوجات متعددة، ولا يجب عليها تعيين الرجل.

مسألة ١٨: يستحب في اللعان أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة، وأن يقف الرجل عن يمينه والمرأة والولد عن يمين الرجل، ويحضر مجلس اللعان من يسمعه وأن يعظه الحاكم قبل اللعان وكذا المرأة قبل ذكر الغضب، وأن يغلظ^(١٠١٣) اللعان بالقول والمكان والزمان.

(١٠٠٩) ولكن إذا كان سكوته عند العرف اعتراف فهو وإلا فلا.

(١٠١٠) هذا هو المشهور وهو موافق للاحتياط.

(١٠١١) على الأحوط.

(١٠١٢) حسب المشهور وهو موافق للاحتياط.

مسألة ١٩: إذا وقع اللعان الجامع للشرائط منهما يترتب عليه أحكام أربعة:

الأول: انفساخ عقد النكاح والفرقة بينهما.

الثاني: الحرمة الأبديّة، فلا تحل له أبداً ولو بعقد جديد، وهذان الحكمان ثابتان في مطلق اللعان سواء كان للقذف أو لنفي الولد .

الثالث: سقوط حد القذف عن الزوج بلعانه، وسقوط حد الزنا عن الزوجة بلعانها، فلو قذفها ثم لاعن ونكلت هي اللعان، تخلص الرجل عن حد القذف وتحد المرأة حد الزانية، لأن لعان الرجل بمنزلة البيّنة في إثبات زنا الزوجة.

الرابع: انتفاء الولد عن الرجل دون المرأة إن تلاحنا لنفيه، بمعنى أنه لو نفاه وادعت الزوجة كون الولد له فتلاحنا لم يكن توارث بين الرجل والولد، فلا يرث كل منهما عن الآخر، وكذا بين الولد وكل من انتسب إليه بالأبوة كالجد والجدة والأخ والأخت للأب وكذا الأعمام والعمات بخلاف الأم ومن انتسب إليه بها، حتى أن الاخوة للأب والأم بحكم الاخوة للأم.

مسألة ٢٠: إذا كذب نفسه بعدما لاعن لنفي الولد لحق به الولد فيما عليه لا فيما له، ولا يرثه الأب ولا من يتقرب به.

مسألة ٢١: لو أحل أحدهما بشيء من شرائط اللعان المعتبرة لم يصح ولو حكم به الحاكم لم ينفذ.

مسألة ٢٢: تقدم أن لعان الزوجين يوجب انفساخ النكاح الذي بينهما وليس الطلاق، فلا يعتبر شرائط الطلاق فيه.

نعم يصح لعان المطلقة الرجعية وأثره أنها تحرم أبداً بخلاف البائن فلا يصح اللعان فيه.

مسألة ٢٣: لو قذفها فماتت قبل تحقق اللعان سقط اللعان وورثها الزوج، ولوارثها استيفاء حد القذف منه إن لم يلاعن، وإلا لا يرثها.

مسألة ٢٤: إذا شهد أربعة بالزنا والزوج أحدهم ترجم المرأة^(١١٤).

مسألة ٢٥: يجرم رمي الولد بالزنا بعد اللعان مطلقاً ولو رماه أحد حد.

مسألة ٢٦: لو تمّ اللعان وفُرق بينهما يجب على الزوج دفع المهر إن كان على ذمته.

(١١٣) في استجابته نظر ولا بأس به.

(١١٤) وهناك رواية بأن الثلاثة يحدون حد القذف وأما الزوج فإنه يلاعن وحيث أن البعض قد عمل بالرواية وإن الحدود تدرء بالشبهات فإن للتوقف مجالاً واسعاً.