

مسالك الألفهام

الجزء: ٥

الشهيد الثاني

الكتاب: مسالك الأفهام

المؤلف: الشهيد الثاني

الجزء: ٥

الوفاء: ٩٦٦

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق: مؤسسة المعارف الإسلامية

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٤١٤

المطبعة:

الناشر:

ردمك:

المصدر:

ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٥	كتاب المزارعة والمساقاة
٧	المزارعة
٧	تعريف المزارعة
٨	صيغة المزارعة
١٠	المزارعة عقد لازم
١٠	شروط المزارعة
١١	الأول: أن يكون النماء مشاعا بينهما
١٢	إجارة الأرض للزراعة بما يخرج منها
١٤	إجارة الأرض بأكثر مما استأجرها به
١٤	الثاني: تعيين المدة
١٥	لو عين المزرع ولم يذكر المدة
١٥	لو مضت المدة والزرع باق
١٨	إذا ترك الزراعة حتى انقضت المدة
١٨	الثالث: ان يمكن الانتفاع من الأرض
١٩	لو انقطع الماء في أثناء المدة
١٩	إذا أطلق المزارعة زرع ما شاء
٢١	إن عين الزرع لم يجز التعدي
٢٢	لو زارع على الأرض أو آجرها ولا ماء لها
٢٤	لو استأجر للزراعة مالا ينحسر عنه الماء
٢٦	تعيين مقدار الغرس والزرع
٢٧	إذا كان الغرس مما يبقى بعد المدة غالبا
٢٨	أحكام المزارعة
٢٨	إذا كان من أحدهما الأرض ومن الآخر البذر ونحو ذلك
٢٩	إذا تنازعا في المدة أو قدر الحصص
٣١	لو اختلفا في كون الأرض عارية أو بأجرة
٣٢	إذا ادعى المالك كون العامل غاصبا
٣٢	للمزارع أن يشارك غيره أو يزارع غيره
٣٤	خراج الأرض ومؤنتها على صاحبها
٣٥	إذا حكم ببطلان المزارعة تجب أجرة المثل
٣٥	يجوز لصاحب الأرض الخرص على الزارع
٣٧	المساقاة
٣٧(ش)	تعريف المساقاة
٣٨	صيغة المساقاة

٣٨)ش

المساقاة لازمة

٣٩

هل تصح المساقاة بعد ظهور الثمرة

٤٠

لا تبطل بموت المساقى ولا بموت العامل

٤٢

ما تصح المساقاة عليه

٤٥

يشترط فيها تحديد الزمان

٤٦

ما يجب على العامل مع إطلاق العقد

٤٨

ما يجب على صاحب الأصل

٤٩

العمل الذي يمكن اشتراطه على أحدهما

٥٠

اشتراط العمل على غلام المالك

٥١

اشتراط أجره الاجراء على المالك

٥٣

للعامل جزء من الثمرة مشاعا

٥٥

اشتراط أمر آخر غير الثمرة على العامل

٥٦

أحكام المساقاة

٥٦

للعامل في المساقاة الفاسدة أجره المثل

٥٧

استيجار العامل بحصة من الثمرة قبل بدو الصلاح

٥٨

اشتراط مساقاة في مساقاة أخرى

٥٩

إذا تعدد المالك واتحد العامل والعقد

٦٠

إذا هرب العامل

٦٢

دعوى المالك خيانة العمل أو تفريطه ونحو ذلك

٦٤

إذا تبين ان الأصول ليس لمن أجرى العقد

٦٦

هل للعامل أن يساقى غيره؟

٦٨

خراج الأرض على المالك

٦٨

متى تملك الفائدة وتجب الزكاة؟

٦٩)ش

محاجة ابن إدريس وابن زهرة فيمن تجب عليه الزكاة

٧١

عقد المغارسة وما يستتبع من العمل

٧٥

كتاب الوديعة

٧٧

تعريف الوديعة

٧٨

صيغة الوديعة

٧٩

إذا لم يقبل المستودع لم يلزمه حفظها

٨٠

لو أكره على قبضها

٨١

يجب الحفظ إذا قبل الوديعة

٨٢

الودعي غير ضامن إذا لم يفرض

٨٣

يجب على الودعي دفع الظالم إذا أمكن

٨٤

لو طالبه الظالم باليمين

٨٤

الوديعة عقد جائز

٨٥)ش

بعض أحكام الأمانة الشرعية

٨٦

كيفية حفظ الوديعة

٨٧	وجوب سقي الدابة وعلفها
٨٩	إخراج الدابة من المنزل للسقي والعلف
٨٩	لو قال المالك: لا تعلقها
٩٠	إذا عين المالك موضع الاحتفاظ
٩٢	لو قال: لا تنقلها ولو تلفت
٩٢	لا تصح وديعة الطفل والمجنون
٩٣	لا يضمن الطفل والمجنون إذا استودعا
٩٤	يجب الاشهاد إذا ظهرت امارة الموت للمودع
٩٦	لو لم يشهد المودع وأنكر ورثته
٩٧	تجب إعادة الوديعة مع المطالبة وإن كان كافرا حرييا
٩٩	إذا كان المودع غاصبا
١٠٠	لو كان الغاصب مزجها بماله ثم أودع الجميع
١٠١	موجبات الضمان
١٠١	التفريط والتعدي
(١٠٢) ش	لا يجوز إيداع الوديعة
١٠٣	لا يجوز السفر بالوديعة
١٠٤	بعض أنحاء التفريط
١٠٥	ما يصدق به التعدي
١٠٦	لو طلبت منه فامتنع أو أنكرها
١٠٧	إذا خلطها بماله
١٠٨	إذا فتح ختم الكيس
١٠٩	لو أودعه كيسين فمزجهما
١٠٩	إذا تعدى في إجارة العين عما أمر به
١١٠	إذا أخذ بعض الوديعة
١١١	لو أعاد بدل ما أخذ منها
١١٢	مسائل في الوديعة
١١٢	متى يجوز السفر بالوديعة؟
١١٣	إذا أراد ردها فلم يجد المالك
١١٤	لو قدر على الحاكم فدفعها إلى الثقة
١١٤	إذا أراد السفر فدفنها
١١٥	إذا فرط ثم أعاده إلى الحرز لم يبرأ
١١٧	لو أكره على دفعها إلى غير المالك
١١٧	إذا أنكر الوديعة أو ادعى التلف أو الرد
١١٩	لو دفعها إلى غير المالك وادعى الاذن
١٢٠	إذا أنكر الوديعة ثم صدق بينة المالك ثم ادعى التلف
١٢١	لو عين له حرزا بعيدا عنه
١٢٢	لو سلمها إلى زوجته لتحرزه

١٢٣	إذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهل عينها
١٢٤	إذا كان في يده وديعة فادعائها اثنان
١٢٧	لو فرط واختلفا في القيمة
١٢٧	إذا مات المودع
١٢٩	كتاب العارية
١٣١	تعريف العارية
(١٣٣)ش	هل يتحقق العارية بالاذن
(١٣٤)ش	العارية جائزة وقد تلزم
١٣٦	شروط المعير
١٣٨	المستعير ينتفع بالمعار ولا يضمن
١٣٩	لا يجوز للمحرم استعارة الصيد
١٤٠	يجوز استعارة المحلل للصيد من المحرم
١٤١	الاستعارة من الغاصب
١٤٣	ما يجوز إعارته وتحديد الانتفاع بالمعار
١٤٥	استعارة الأمة والمنحة
١٤٦	تصح الإعارة مطلقة ومدة معينة
١٤٦	إذا أذن في البناء أو الغرس أو الزرع ثم أمر بالإزالة
١٤٩	لو أعاره أرضا للدفن لا يجوز الرجوع
١٤٩	للمستعير أن يدخل إلى الأرض ويستظل بشجرها
١٥١	لو أعاره حائطاً لطرح خشبة عليها
١٥١	لو أذن له في الغرس فأنقلعت الشجرة هل يحتاج في غرس آخر إلى إذن جديد
١٥٢	لا يجوز إعارة العين المستعارة ولا إيجارها
١٥٣	أحكام العارية
١٥٣	متى يضمن المستعير
١٥٥	عارية الذهب والفضة
١٥٨	إذا رد العارية إلى حرزها ولم يسلمه للمالك
١٥٩	لو استعار الدابة إلى مسافة فجاوزها
١٦٠	يجوز للمستعير بيع غروسه وأبنيته
١٦٠	إذا حملت الأهوية حبا إلى ملك إنسان فنبت
١٦٢	لو نقصت العين بالاستعمال ثم تلفت وقد شرط ضمانها
١٦٣	إذا ادعى الراكب الإعارة والمالك الإجارة
١٦٦	إذا انتفع بالعين في غير ما استعارها له
١٦٦	إذا جحد العارية بطل استيمانه
١٦٧	إذا ادعى المستعير التلف أو الرد
١٦٧	إذا فرط في العارية فما الذي يضمنه؟
١٦٨	لو اختلفا في القيمة
١٦٩	كتاب الإجارة

١٧١	تعريف الإجارة
١٧٢	صيغة الإجارة
١٧٤	الإجارة عقد لازم ولا تبطل بالبيع ولا بالعدر
١٧٥	هل تبطل الإجارة بالموت؟
١٧٥	كل ما صح إعارته صح إجارته
١٧٦	تجوز إجارة المشاع
١٧٦	لا يضمن المستأجر إلا بالتعدي أو التفريط
١٧٦	هل يجوز اشتراط ضمان المستأجر؟
١٧٧	خيار المجلس وخيار الشرط في الإجارة
١٧٨	شرائط الإجارة
١٧٨	١ - أن يكون المتعاقدان كاملين جائزي التصرف
١٧٨	٢ - أن تكون الأجرة معلومة
١٧٩	تملك الأجرة بنفس العقد
١٧٩	اشتراط التعجيل والتأجيل
١٨٠	ظهور العيب في الأجرة
١٨٠	إيجار الشيء بأكثر مما استأجره به
١٨١	إذا اشترط نقصان الأجرة مع التقصير أو سقوط الأجرة
١٨٢	إذا قال: آجرتك كل شهر بكذا
١٨٢	لو قال: إن خطته فارسيا فدرهم وروميا فدرهمان
١٨٢	لو قال: إن عملت اليوم فدرهم وغدا فدرهمان
١٨٣	استحقاق الأجرة بنفس العمل
١٨٣	إذا بطل العقد تجب أجرة المثل
١٨٥	يكره استعمال الأجير قبل المقاطعة
١٨٥	يكره تضمينه إلا مع التهمة
١٨٦	٣ - أن تكون المنفعة مملوكة
١٨٦	للمستأجر أن يؤجر العين
١٨٧	الإجارة من غير المالك فضولا
١٨٧	٤ - أن تكون المنفعة معلومة
١٨٨	لو قدر بالمدة والعمل
١٨٩	حكم الأجير الخاص
١٩١	حكم الأجير المشترك
١٩٣	تملك المنفعة بنفس العقد
١٩٣	اتصال مدة الإجارة بالعقد
١٩٤	لو عين شهرا متأخرا عن العقد
١٩٤	متى تلزم الأجرة بعد تسليم العين؟
١٩٥	لو استأجره لقلع ضرسه
١٩٦	إذا تلفت العين المستأجرة

١٩٧	لا بد من تعيين ما يحمله على الدابة
١٩٩	إذا استأجر دابة كفت المشاهدة
١٩٩	ما يجب على مؤجر الدابة
٢٠٠	إذا كانت الدابة لإدارة الدولاب أو الحرث
٢٠١	إجارة الدابة لسفر مسافة معينة
٢٠٢	استئجار اثنين دابة بالنوبة
٢٠٢	إذا سار على الدابة زيادة عن العادة ونحو ذلك
٢٠٣	يشترط في إجارة العقار التعيين
٢٠٣	استئجار الصناع
٢٠٤	إذا استأجر أحدا لحفر البئر
٢٠٥	لو حفر فانهارت
٢٠٥	لو حفر بعض ما قوطع عليه وتعذر الاكمال
٢٠٨	استئجار المرأة للرضاع
٢٠٩	هل يشترط ذكر موضع الرضاع؟
٢١٠	لو مات الصبي أو المرضعة بطل العقد
٢١١	لو استأجر شيئاً لمدة لم يجب تقسيط الأجرة على اجزائها
٢١١	استئجار الأرض للمسجد
٢١٢	استئجار الدراهم والدنانير
٢١٣	إذا استؤجر لحمل شيء فبان أثقل
٢١٥	٥ - أن تكون المنفعة مباحة
(٢١٥) ش	الاستئجار لبيع الخمر أو حفظه أو حمله
٢١٦	استئجار الحائط المزوق للتنزه
٢١٧	٦ - القدرة على تسليم المنفعة
٢١٧	استئجار العبد الآبق
٢١٧	منع المؤجر من الانتفاع بالعين
٢١٨	منع الأجنبي من الانتفاع بالعين
٢١٩	إذا انهدم المسكن
٢٢٠	أحكام الإجارة
٢٢٠	إذا وجد عيب في العين المستأجرة
٢٢١	لو تعدى في العين
٢٢٢	لو تقبل عملاً فقبله غيره بنقيصة
٢٢٢	هل يجوز التسليم بدون إذن المالك؟
٢٢٣	يجب على المستأجر سقي الدابة وعلفها
٢٢٣	إذا أفسد الصانع ضمن
٢٢٤	ضمان الملاح والمكاري
٢٢٤	نفقة الأجير في الطريق
٢٢٥	إذا آجر مملوكه فأفسد

٢٢٦	صاحب الحمام لا يضمن
(٢٢٦)ش	الفرق بين إسقاط الأجرة وإسقاط المنفعة
(٢٢٦)ش	إذا أجر عبده ثم أعتقه
٢٢٨	لو أجر الوصي صبيا إلى ما بعد البلوغ
٢٢٨	لو تسلم الأجير ليعمل له فهلك
٢٢٩	إذا أمر أحدا بعمل من دون استئجار
٢٣٠	كل ما يتوقف عليه المنفعة فعلى المؤجر
٢٣٠	يدخل المفتاح في إجارة الدار
٢٣١	أحكام التنازع في الإجارة
٢٣١	إذا تنازعا في أصل الإجارة
٢٣٢	لو اختلفا في قدر المستأجر أو الأجرة أو رد العين
٢٣٣	إذا ادعى الصانع أو المكارى هلاك المتاع وأنكر المالك
٢٣٣	في اختلاف مالك الثوب والخياط
٢٣٥	كتاب الوكالة
٢٣٧	عقد الوكالة
٢٣٧	تعريف الوكالة
٢٣٨	القبول في الوكالة
٢٣٩	لو تأخر القبول عن الإيجاب
٢٣٩	التعليق في الوكالة
٢٤١	لو وكله في شراء عبد افتقر إلى وصفه
٢٤٢	الوكالة عقد جائز
٢٤٤	لو عزل الموكل ولم يعلمه
٢٤٦	تبطل الوكالة بالموت
٢٤٧	تبطل الوكالة بالجنون والاعماء
٢٤٧	تبطل بالحجر على الموكل
٢٤٧	لا تبطل بالنوم
٢٤٨	تبطل بتلف ما تعلق به الوكالة
٢٤٨	تبطل بفعل ما وكل فيه
٢٤٩	عبارة العزل
٢٤٩	ما يقتضيه إطلاق الوكالة في البيع
٢٥٠	لو أنكر الموكل الاذن في مقدار الثمن
٢٥٢	إطلاق الوكالة في البيع والشراء يقتضي جواز التسليم
٢٥٣	للكيل أن يرد بالعيب
٢٥٥	ما تصح فيه النيابة وما لا تصح
٢٥٥	ضابط ما لا تدخله النيابة
٢٥٧	ضابط ما تدخله النيابة
٢٥٩	لو وكله على كل كثير وقليل

- ٢٦٠ شرائط الموكل
- ٢٦٠ يعتبر فيه البلوغ وكمال العقل
- ٢٦٠ متى يجوز للعبد أن يوكل
- ٢٦١ لو وكله آخر في شراء نفسه
- ٢٦١ ليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن الموكل
- ٢٦٢ لا يوكل المحرم في النكاح وما يتعلق بالصيد
- ٢٦٣ الوكالة في الطلاق
- ٢٦٣ لو قال الموكل: اصنع ما شئت
- ٢٦٤ ما يستحب مراعاته في انتخاب الوكيل
- ٢٦٤ ينبغي للحاكم أن يوكل عن السفهاء ونحوهم
- ٢٦٤ يكره لذوي المروات تولي المنازعات
- ٢٦٦ شرائط الوكيل
- ٢٦٦ يعتبر فيه الكمال والبلوغ وإن كان كافرا
- ٢٦٦ في وكالة المرتد
- ٢٦٦ كل ما له أن يليه بنفسه تصح وكالته
- ٢٦٧ وكالة المرأة في الطلاق والنكاح
- ٢٦٧ وكالة العبد بإذن مولاه
- ٢٦٩ يجوز أن يوكله مولاه في عتق نفسه
- ٢٦٩ لا يشترط عدالة الولي والوكيل في النكاح
- ٢٦٩ توكل الذمي للمسلم وعلى المسلم وبالعكس
- ٢٧٠ لا يتصرف الوكيل إلا بمقدار الاذن وما تشهد له العادة
- ٢٧١ لو أمره ببيعه في سوق مخصوصة فباع في غيرها
- ٢٧٢ لو قال: بعه من فلان فباع من غيره
- ٢٧٢ لو أمره بالشراء بالعين فاشتري في الذمة
- ٢٧٢ إذا ابتاع الوكيل وقع عن الموكل
- ٢٧٣ لو وكل مسلم ذميا في ابتياع خمر
- ٢٧٤ إذا كان الشراء غير جائز للموكل فاشتري الوكيل عنه أو مطلقا
- ٢٧٥ إذا اشترى الوكيل فأنكر الموكل الوكالة
- ٢٧٧ لو وكل اثنين مجتمعين أو منفردا أو أطلق
- ٢٧٨ لو وكل زوجته ثم طلقها أو عبده ثم أعتقه
- ٢٧٨ إذا اذن لعبده في التصرف ثم أعتقه
- ٢٧٩ الوكيل في الخصومة لا يجوز له استيفاء الحق وكذا العكس
- ٢٧٩ لو وكله في قبض حقه من فلان فمات الرجل
- ٢٨٠ إذا وكله في بيع فاسد أو ابتياع معيب
- ٢٨١ إذا وكل المدين أن يبتاع له بدينه متاعا
- ٢٨٢ ما تثبت به الوكالة
- ٢٨٢ لا تثبت بشاهد وامرأتين

٢٨٢	لو اختلف الشاهدان في بعض قيود الوكالة
٢٨٥	إذا ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله
٢٨٨	أحكام الوكالة
٢٨٨	الوكيل أمين لا يضمن إلا بالتفريط والتعدي
٢٨٨	أقسام الوكيل في التوكيل وأحكامها
٢٩٠	إذا لم يسلم المال مع مطالبة الموكل ضمن
٢٩٠	إذا جحد الوكيل الحق أو ادعى رد المال أو تلفه
٢٩٢	لا يجوز مطالبة الاشهاد كشرط للتسليم
٢٩٣	إذا لم يشهد الوكيل في الايداع أو قضاء الدين
٢٩٣	إذا تعدى الوكيل ضمن ولم تبطل وكالته
٢٩٤	لو باع الوكيل ما تعدى فيه
٢٩٤	إذن الموكل في بيع الوكيل من نفسه وكذا النكاح
٢٩٦	"التنازع في الوكالة"
٢٩٦	الاختلاف في الوكالة
٢٩٧	الاختلاف في التلف والتفريط
٢٩٨	الاختلاف في دفع المال إلى الموكل
٢٩٨	اختلاف اليتيم بعد البلوغ مع أوليائه
٢٩٩	إذا ادعى الوكيل التصرف وأنكره المالك
٣٠٠	إنكار الوكالة بعد شراء مدعيها
٣٠٠	الاختلاف في قصد الوكيل الشراء له أو للموكل
٣٠٠	إذا زوجه امرأة فأنكر الوكالة
٣٠٢	الاختلاف في ثمن ما اشتراه
٣٠٢	البائع يطالب الوكيل بالثمن أو الموكل
٣٠٣	إذا أنكر من عليه الحق الوكالة أو ادعى عزل الوكيل أو إبراء نفسه
٣٠٤	متى تقبل شهادة الوكيل لصالح الموكل
٣٠٤	الاختلاف في قبض الدين أو ثمن السلعة الموكل في بيعها
٣٠٦	المبيع المعيب يرد على الوكيل أو الموكل
٣٠٧	كتاب الوقوف والصدقات
٣٠٩	كتاب الوقف
٣٠٩	عقد الوقف
٣٠٩	تعريف الوقف
٣١٠	صيغة عقد الوقف
٣١٤	لا يلزم الوقف إلا بالاقباض
٣١٥	الوقف في مرض الموت
٣١٥	لو وقف ووهب و... ولم يحز الورثة وجهل المتقدم منها
٣١٦	وقف الشاة يشمل الصوف واللبن
٣١٨	"شرائط الموقوف"

٣١٨	يعتبر أن يكون عينا، مملوكة، ينتفع بها مع بقائها، ويصح إقباضها
٣١٨	لا يصح وقف الدين
(٣١٩)ش	لا يصح وقف المبهم والمنفعة
٣٢٠	يصح وقف العقار والثياب والأثاث والآلات المباحة
٣٢٠	يصح وقف الكلب المملوك والسنور
٣٢١	لا يصح وقف العبد الآبق
٣٢١	وقف الدراهم والدنانير
٣٢٢	الوقف الفضولي
٣٢٢	وقف المشاع وكيفية إقباضه
٣٢٣	شروط الواقف
٣٢٣	يعتبر البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف
٣٢٣	وقف من بلغ عشرة
٣٢٤	تعيين الناظر المتولي على الوقف
٣٢٧	" شرائط الموقوف عليه "
٣٢٧	يعتبر فيه الوجود والتعيين وإمكان الملك وجواز الوقف عليه
٣٢٧	لو وقف على حمل لم ينفصل
٣٢٨	وقف المعدوم تبعا للموجود
٣٢٨	لو بدأ بالوقف على المعدوم
٣٣٠	لو بدأ بالوقف على من لا يملك ثم على من يملك
٣٣١	لا يصح الوقف على المملوك
٣٣١	يصح الوقف على المصالح العامة
٣٣٢	وقف المسلم على الكافر الحربي و الذمي
٣٣٤	الوقف على الكنائس والبيع
٣٣٥	الوقف على المعاصي والمحرمات
٣٣٥	الوقف على التوراة والإنجيل
٣٣٦	إلى من ينصرف الوقف على الفقراء؟
٣٣٧	الوقف على المسلمين والمؤمنين
(٣٣٨)ش	كلام في معنى الايمان ومن يشمله العبارة
٣٤٠	الوقف على الشيعة
٣٤٠	إذا وصف الموقوف عليه بنسبة
٣٤١	الوقف على الامامية والزيدية
٣٤٢	الوقف على الطالبين يشمل الإناث
٣٤٣	الوقف على الجيران
٣٤٦	لو وقف على مصلحة فبطل رسمها
٣٤٨	لو وقف في وجوه البر وأطلق
٣٤٩	الوقف على بني فلان
٣٤٩	الوقف على الذمي

- الوقف على المرتد والحربي
 لو وقف ولم يذكر المصرف
 الوقف على غير معين
 من يشمله الوقف على الأولاد والاحوة والأقارب
 الوقف على الأحوال والأعمام
 الوقف على أقرب الناس إليه
 شرائط الوقف
 يعتبر فيه الدوام والتنجز، والاقباض، والاحراج عن نفسه
 لو قرنه بمدة أو علقه بصفة أو جعله لمن ينقرض غالبا
 إذا انقرض الموقوف عليهم
 لو علق الوقف على مجئ رأس الشهر أو قدوم زيد
 لو وقف ولم يقبض حتى مات
 لو مات الموقوف عليه قبل القبض
 القبض فيما لو كان الوقف على الأصغر
 الوقف على نفسه أو على نفسه ثم على غيره أو العكس
 لو وقف واشترط لنفسه منه نفعا
 لو وقف على عنوان ثم شمله العنوان
 لو شرط عوده إليه إذا احتاج
 لو شرط إخراج من يريد أو إدخاله
 لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى غيرهم
 لو وقف على أولاده الأصغر هل يجوز إشراك غيرهم
 يسقط اعتبار القبض في الطبقة الثانية
 كيفية القبض إذا وقف على عنوان أو مصلحة
 كيفية القبض إذا وقف مسجدا أو مقبرة
 أحكام الوقف
 الوقف ينتقل إلى ملك الموقوف عليه
 وقف المسجد ونحوه فك ملك
 لو وقف حصة من عبد ثم أعتقه أو أعتقه الموقوف عليه
 لو أعتق الشريك حصته
 نفقة المملوك الموقوف
 لو صار مقعدا انعتق
 جناية العبد الموقوف
 الجناية على العبد الموقوف وما تصرف فيه ديته أو أرشه
 إلى ما ينصرف الوقف في سبيل الله؟
 الوقف على الموالي وله موال من الأعلى والأسفل
 الوقف على أولاد الأولاد يشمل الذكور والإناث من أولاد البنين والبنات
 الوقف على الأولاد هل ينصرف إلى أولاد صلبه؟

- ٣٩٤ لو قال: على أولادي فإذا انقضوا وانقض أولاد أولادي فعلى الفقراء
- ٣٩٦ إذا وقف مسجدا فخرّب أو خربت القرية
- ٣٩٦ لو أخذ السيل ميتا فيئس منه لمن الكفن؟
- ٣٩٨ لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة من الوقف
- ٣٩٨ بيع الوقف إذا وقع خلف بين أربابه
- ٤٠٠ بيع النخلة الموقوفة إذا انقلعت
- ٤٠١ إذا آجر البطن الأولى الوقف مدة وانقضوا في أثناءها
- ٤٠٢ الوقف على الفقراء ينصرف إلى فقراء البلد وكيفية التوزيع
- ٤٠٣ وطء الأمة الموقوفة وحكم ولدها
- ٤٠٤ هل تصير أم ولد بذلك؟
- ٤٠٦ تزويج الأمة الموقوفة ومن يملك مهرها وولدها
- ٤٠٧ لو وطئها حر بشبهة
- ٤٠٧ لو وطئها الواقف
- ٤٠٨ أحكام الصدقة
- ٤٠٨ يشترط فيها الإيجاب والقبول والقبض ونية القرية
- ٤٠٩ لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض
- ٤٠٩ الصدقة المفروضة محرمة على بني هاشم
- ٤١١ الصدقة المندوبة جائزة على بني هاشم
- ٤١٢ الصدقة على الذمي
- ٤١٣ صدقة السر أفضل من الجهر
- ٤١٥ كتاب السكنى والحبس
- ٤١٧ عقد السكنى يفتقر إلى إيجاب وقبول وقبض
- ٤١٨ فائدتها التسليط على استيفاء المنفعة
- ٤١٨ اختلاف السكنى والعمرى والرقبي
- ٤٢٠ صيغة العقد
- ٤٢١ يلزم السكنى بالقبض
- ٤٢١ لو قال: لك سكنى هذه الدار ما بقيت
- ٤٢٢ لو قال: أعمرتك الدار لك ولعقبك
- ٤٢٣ إذا عين للسكنى مدة أو جعلها عمر المالك أو عمر المعمر
- ٤٢٥ لو أطلق المدة ولم يعينها
- ٤٢٧ كل ما يصح وقفه يصح إعماراه
- ٤٢٧ لا تبطل العمرى بالبيع وحكم المبيع بعد ذلك
- ٤٣١ إطلاق السكنى يشمل الأهل والولد دون غيرهم
- ٤٣٢ حكم الحبس
- ٤٣٢ لو حبس شيئا على رجل ولم يعين وقتا
- ٤٣٢ لو عين مدة للحبس هل يعود العين ميراثا
- ٤٣٢ إذا حبس فرسه في سبيل الله ونحو ذلك

مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الاسلام

تأليف

زين الدين بن علي العاملي (قدس سره)

" الشهيد الثاني " (٩١١ - ٩٦٥ هـ)

الجزء الخامس

تحقيق ونشر

مؤسسة المعارف الاسلامية

(١)

هوية الكتاب

اسم الكتاب: مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الاسلام - ج ٥.
تأليف: زين الدين بن علي العاملي " الشهيد الثاني ".
تحقيق ونشر: مؤسسة المعارف الاسلامية.
صف الحروف: مؤسسة المعارف الاسلامية.
الطبعة: الأولى ١٤١٤ هـ . ق.
المطبعة: دانش.
العدد: ٢٠٠٠ نسخة.

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم

(٣)

جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة
لمؤسسة المعارف الاسلامية
إيران - قم المقدسة
ص.ب ٧٦٨ / ٣٧١٨٥
تلفون ٣٢٠٠٩

(٤)

كتاب المزارعة والمساقاة

(٥)

كتاب المزارعة والمساقاة
أما المزارعة فهي معاملة على الأرض، بحصة من حاصلها.

-
- (١) في ج ٤ : ٣٤٣ .
(٢) الكافي ٥ : ٢٦٨ ح ٢ ، الفقيه ٣ : ١٥١ ح ٦٦٤ ، التهذيب ٧ : ١٩٨ ح ٨٧٦ ، والوسائل ١٣ : ٢٠٣ ب " ١٠ " من أحكام المزارعة والمساقاة ح ٢ ، و ١٧ : ٣٢٧ ب " ١ " من كتاب إحياء الموات ح ٢ .
(٣) حلية العلماء ٥ : ٣٧٨ ، المغني لابن قدامة ٥ : ٥٨١ - ٥٨٨ ، وجواهر العقود ١ : ٢٥٧ .

(٧)

وعبارتها أن يقول: زارعتك، أو ازرع هذه الأرض، أو سلمتها إليك، وما جرى مجراه، مدة معلومة، بحصة معينة من حاصلها.

قوله: " وعبارتها أن يقول: زارعتك أو ازرع... الخ " .
المزارعة من العقود اللازمة، فلا بد فيها من الإيجاب والقبول الدالين على الرضا بتسليم الأرض وتسلمها للزارعة بالحصة المنصوصة، وكونها بالعربية. ولا ريب في الاجتزاء ب " زارعتك، وسلمت إليك، وقبلتك، وعاملتك " ونحوها من صيغ الماضي الدالة على الانشاء صريحا، وأما قوله: " ازرع هذه الأرض " بصيغة الأمر فإن مثل ذلك لا يجيزونه في نظائره من العقود، ولكن المصنف وجماعة (١) أجازوه هنا استنادا إلى روايتي أبي الربيع الشامي (٢) والنضر بن سويد (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام. وهما قاصرتان عن الدلالة على ذلك، فالإقتصار على لفظ الماضي أقوى، إلحاقا له بغيره.

وفي عبارة المصنف تجوز، لأنه قال: " وعبارتها كذا " ولم يذكر القبول، مع أنه أحد ركني العبارة عنها، فلا بد من ذكره. ولعله أشار بما ذكر إلى الاكتفاء بالقبول الفعلي كما اختاره العلامة في القواعد (٤)، فتنحصر العبارة في الإيجاب. والأقوى اعتبار القبول اللفظي كغيره من العقود اللازمة.
واعلم أنه قد استفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها أن المعقود عليه هو الأرض المملوكة المنتفع بها، كما سيتحرر من شرائطها. ويبقى من لوازمها البذر والعمل والعوامل، وهي بحسب ما يتفقان عليه في مقابلة الأرض، أو بعضها مضافا إليها من صاحب الأرض وبعضها على العامل. وصورها المتشعبة منها كلها جائزة. وأنه لا تشرع المزارعة بين المتعاملين إذا لم يكن الأرض ملكا لأحدهما، كما في الأرض

-
- (١) كالعلامة في التحرير ١: ٢٥٦، التذكرة ٢: ٣٣٧، والإرشاد ١: ٤٢٦. ولم نجد له غيره.
(٢) التهذيب ٧: ١٩٤ ح ٨٥٧، الفقيه ٣: ١٥٨ ح ٦٩١، والوسائل ١٣: ٢٠١ ب " ٨ " من أبواب المزارعة ح ١٠.
(٣) الكافي ٥: ٢٦٧ ح ٤، التهذيب ٧: ١٩٧ ح ٨٧٢، والوسائل الباب المتقدم ح ٥.
(٤) القواعد ١: ٢٣٧.

الخراجية، وإن بقي من لواز مهما ما يمكن اشتراكهما فيه، لما قد عرفت أن متعلقها والمعقود عليه فيها هو الأرض، فلو اتفق اثنان على المعاملة في مثل ذلك في الأرض الخراجية فطريق الصحة الاشتراك في البذر بحيث يمتزج على الوجه المقرر في باب الشركة، ويجعلان باقي الأعمال بينهما على نسبة المال. ولو اتفقا على زيادة عمل من أحدهما نوى به التبرع، فلا رجوع له بالزائد. ولو أرادا جعل الحاصل مختلفا مع التساوي في البذر أو بالعكس بني على ما تقرر في الشركة من جواز ذلك. وقد عرفت أن المختار جواز الزيادة في القدر للعامل أو من له زيادة في العمل. فليلاحظ ذلك أو غيره من الحيل الشرعية على تسوية هذه المعاملة، لأنها متداولة في كثير من البلاد التي أرضها غير مملوكة فيحتاج فيها إلى وجه مجوز. ويمكن فرضه بأمور: منها: أن يجعل البذر بينهما على حسب ما يتفقان عليه، والنفقة حينئذ على نسبة الملك، فإن زاد أحدهما واتفقا على التبرع به جاز ولا رجوع به. وقد تقدم. ومنها: أن يكون البذر بينهما كذلك، ويصالح من له العوامل للزارع (١) على منفعة عوامله المقابلة لحصة الزارع بعمل الزارع المقابلة لحصة الآخر مدة معلومة. ومنها: أن يكتري كل منهما الحصة من ذلك العمل بشئ معلوم يتفقان عليه، بأن يستأجر صاحب العوامل الزارع على عمل نصيبه مدة معلومة بألف مثلا، ويستأجر الزارع نصف العوامل (٢) والآلات مثلا بقدر ذلك أو غيره مدة مضبوطة. ولو كان البذر من أحدهما خاصة، فإن كان صاحب العوامل استأجر منه نصف عمله بنصف عمل العوامل ونصف البذر مثلا، أو صالحه كذلك، وإن كان البذر من العامل استأجر نصف العوامل مثلا بنصف عمله ونصف البذر، بشرط الضبط الراجع للجهالة في جميع ذلك. والصلح يجري في الجميع كذلك.

(١) كذا في أكثر النسخ، وفي "م": المزارع ولعل الصحيح: الزارع.

(٢) في "م": نصيب، وفي "س": نصيب عمل العوامل.

وهو عقد لازم لا يفسخ إلا بالتقاييل. ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين.
والكلام إما في شروطه، وإما في أحكامه.
أما الشروط فثلاثة:

قوله: " وهي عقد لازم لا يفسخ إلا بالتقاييل ".
لزوم هذا العقد أمر متفق عليه، ولأن الأصل لزوم العقد إلا ما أخرجه
الدليل، للأمر بالوفاء (١) به، ولقوله صلى الله عليه وآله: " المؤمنون عند
شروطهم " (٢). والمراد من الحصر المستفاد من قوله: " لا تبطل إلا بالتقاييل " البطلان
المستند إلى اختيار المتعاقدين، لأن ذلك هو المفهوم عند اطلاق العقد اللازم والجائز،
وبقرينة التقاييل، فإنه أمر اختياري. وينبه عليه عطفه عدم بطلانه بالموت، بجعله
جملة مستقلة. وإنما احتجنا إلى هذا التكلف لأن هذا العقد قد يبطل بغير التقاييل،
كانقطاع الماء وفساد منفعة الأرض ونحو ذلك.
قوله: " ولا تبطل بموت أحد المتعاقدين ".

هذا مما يترتب على لزوم العقد، ولأصالة الدوام والاستصحاب. ثم إن كان
الميت العامل قام وارثه مقامه في العمل، وإلا استأجر الحاكم عليه من ماله أو على ما
يخرج من حصته. وإن كان الميت المالك بقيت المعاملة بحالها، وعلى العامل القيام
بتمام العمل. وربما استثنى من الأول ما إذا شرط عليه المالك العمل بنفسه، فإنها
تبطل بموته. ويشكل لو كان موته بعد خروج الثمرة، لأنه حينئذ قد ملك الحصّة،
وإن وجب عليه بقية العمل، فخرجها عن ملكه بعد ذلك بعيد. نعم، لو كان قبله
اتجه.

(١) المائدة: ١.

(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ٣، ١٥، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥ والوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ " من أبواب المهور ح ٤.

الأول: أن يكون النماء مشاعا بينهما تساويا فيه أو تفاضلا. فلو شرطه أحدهما، لم يصح. وكذا لو اختص كل واحد منهما بنوع من الزرع دون صاحبه، كأن يشترط أحدهما الهرف والآخر الأفل، أو ما يزرع على الجداول والآخر ما يزرع في غيرها. ولو شرط أحدهما قدرا من الحاصل، وما زاد عليه بينهما، لم يصح، لجواز أن لا تحصل الزيادة.

قوله: " أن يكون النماء مشاعا بينهما - إلى قوله - لم يصح ".
أي يكون مجموع النماء بينهما مشاعا، فيخرج من ذلك ما لو شرط أحدهما شيئا معينا والباقي للآخر، أو لهما، وما لو شرطه أحدهما خاصة، وغير ذلك. والوجه في بطلان الجميع منافاته لوضع المزارعة.
قوله: " كأن يشترط أحدهما الهرف والآخر الأفل، أو ما يزرع على الجداول والآخر على غيرها ".

الهرف - ساكن الوسط - المتقدم من الزرع والتمرة، يقال: أهرفت النخلة أي عجلت إتيانها، قاله الجوهرى (١). والأفل (٢) - بالتسكين أيضا - خلاف الهرف، وهو المتأخر عنه (٣). والجداول جمع جدول، وهو هنا النهر الصغير. وقد يطلق على قطعة من الأرض يجمع حولها التراب. وكلاهما مشتركان في عدم جواز اشتراطهما، لأن اللازم إشاعة المجموع كما مر.
قوله: " ولو شرط أحدهما قدرا من الحاصل - إلى قوله - لا تحصل الزيادة ".

لا فرق في ذلك بين كون القدر المشروط هو البذر وغيره، ولا بين كون الغالب على تلك الأرض أن يخرج منها ما يزيد على المشروط عادة وعدمه، لاشتراك الجميع

(١) الصحاح ٤: ١٤٤٢، مادة: هرف.

(٢) لم نجده بهذا المعنى في كتب اللغة ولعله اصطلاح دارج.

(٣) كذا في النسخ. ولعل الصحيح: منه.

أما لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصة، قيل: يصح، وقيل: يبطل. والأول أشبه. وتكره إجارة الأرض للزراعة بالحنطة أو الشعير، مما يخرج منها. والمنع أشبه.

في منافاة وضع المزارعة، وكون العقد على خلاف الأصل، حيث إن العوض فيه مجهول، فيقتصر فيه على موضع النقل. وخالف في بعض ذلك الشيخ في النهاية (١) وجماعة (٢)، فجوزوا استثناء البذر من جملة الحاصل. وفي المختلف (٣) جواز استثناء شيء منه مطلقاً. والمشهور الأول. قوله: "أما لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه - إلى قوله - والأول أشبه."

المشهور بين الأصحاب جواز هذا الشرط، لعموم الأوامر السابقة (٤)، وخروجه عن النماء الذي إشاعته بينهما من مقتضى العقد. والقول بالمنع لا نعلم القائل به. وعلى القول بالجواز يكون قراره مشروطاً بالسلامة، كاستثناء أرطال معلومة من الثمرة في البيع. ولو تلف البعض سقط منه بحسابه، لأنه كالشريك وإن كانت حصة معينة، مع احتمال أن لا يسقط منه شيء بتلف البعض متى بقي قدر نصيبه، عملاً بإطلاق الشرط.

قوله: "وتكره إجارة الأرض للزراعة بالحنطة أو الشعير مما يخرج منها. والمنع أشبه." مستند المنع رواية الفضيل بن يسار (٥) عن الباقر عليه السلام أنه سأله عن

(١) النهاية: ٤٤٠.

(٢) كما في المهذب ٢: ١٢، والسرائر ٢: ٤٤٤.

(٣) المختلف: ٤٧١.

(٤) لاحظ الهامش (٢) في ص: ١٠.

(٥) الكافي ٥: ٢٦٥ ح ٦، التهذيب ٧: ١٩٥ ح ٨٦٤، الاستبصار ٣: ١٢٨ ح ٤٦٠،

والوسائل ١٣: ٢١٠ ب " ١٦ " من أحكام المزارعة والمساقاة ح ٥.

إجارة الأرض بالطعام، قال: " إن كان من طعامها فلا خير فيه ". ويمكن الاستدلال به على الكراهة، لأن نفي الخير يشعر به.

وعلل مع ذلك بأن خروج ذلك القدر منها غير معلوم، فربما لا يخرج شيئاً، أو يخرج بغير ذلك الوصف. ومن ثم لم يجز السلم في حنطة من قراح معين لذلك. ويشكل فيما لو كانت الأرض واسعة لا تخيس بذلك القدر عادة، فلا يتم اطلاق المنع.

وأما مع الاطلاق أو شرطه من غيرها فالمشهور جوازه على كراهة، للأصل. ومنع منه بعض الأصحاب (١)، بشرط أن يكون من جنس ما يزرع فيها، لصحيحة الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام قال: " لا تستأجر الأرض بالحنطة ثم تزرعها حنطة " والنهي للتحريم.

وأجيب بحمله على اشتراطه مما يخرج منها، لدلالة رواية الفضيل عليه، أو بحمل النهي على الكراهة.

وفيه نظر، لأن النهي مطلق، ولا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بينها بحمله عليه.

والتحقيق: أن المطلق والمقيد متى كانا منفيين لا يلزم الجمع بينهما، بل يحمل المطلق على إطلاقه، بخلاف المثبتين. وبملاحظة ذلك يتخرج فساد كثير مما قرره في مثل هذا الباب. وقد مضى مثله في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه (٣)، مع ورود نص آخر بتحريم بيع المكيل والموزون كذلك، حيث جمع الأكثر بينهما بحمل المطلق على المقيد. وليس بشيء. وتحقيق ذلك في الأصول. مع أنه يمكن هنا حمل الخبر

(١) في هامش " و " و " ن " : " المانع ابن البراج. بخطه رحمه الله " راجع المذهب ٢ : ١٠ .

(٢) الكافي ٥ : ٢٦٥ ح ٣، المقنع : ١٣٠، التهذيب ٧ : ١٩٥ ح ٨٦٣ والوسائل الباب المتقدم ح ٣ .

(٣) في ج ٣ : ٢٤٧ - ٢٤٨ .

وأن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به، إلا أن يحدث فيها حدثا أو يؤجرها بجنس غيرها.
الثاني: تعيين المدة.
وإذا شرط مدة معينة بالأيام أو الأشهر، صح.

الأول على الإطلاق كالثاني، بأن يريد بكونه من طعامها أي من جنسه. ويؤيده ظهور الكراهة منه، ولو كان من نفسه لكان اللازم التصريح بالمنع، فإن عدم الخير لا يبلغ حد المنع، فإن المباح أو المكروه لا يوصف بالخير ولا بضده، وبينه وبين الشر واسطة. وأما النهي فالأصل فيه التحريم، فحمله على الكراهة بغير دليل آخر غير حسن. وقول ابن البراج بالمنع مطلقا لا يخلو من قوة، نظرا إلى الرواية الصحيحة، إلا أن المشهور خلاف قوله.

قوله: " وإن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به... الخ ".
اختلف الأصحاب في جواز إجارة الأرض وغيرها من الأعيان المستأجرة بأكثر مما استأجرها به إذا لم يحدث فيها حدثا، فمنع منها جماعة (١) من الأصحاب استنادا إلى أخبار (٢) دلت باطلاقها على ذلك. وذهب آخرون (٣) ومنهم المصنف إلى الكراهة، لدلالة أخبار آخر على الجواز (٤). وطريق الجمع بينها وبين ما دل على المنع حمل النهي على الكراهة. وهو حسن. واحتج الشيخ (٥) على المنع - مع الأخبار - بأنه ربا. وضعفه ظاهر، لاشتراط الكيل والوزن في الربوي.
قوله: " وإذا شرط مدة معينة بالأيام أو الأشهر صح ".
مقتضى اطلاق العبارة عدم الفرق مع ضبط المدة بين كونها وافية بإدراك الزرع

(١) الإنتصار: ٢٣١، النهاية: ٤٣٩، المهذب ٢: ١١، الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٣٨.
(٢) الوسائل ١٣: ٢٥٩، الأبواب " ٢٠، ٢١، ٢٢ " من أحكام الإجارة.
(٣) المقنعة: ٦٣٦، المراسم: ١٩٥، السرائر ٢: ٤٤٦، المختلف ٢: ٤٦١، جامع المقاصد ٧: ١١٩.

(٤) الوسائل ١٣: ٢٥٩، الأبواب " ٢٠، ٢١، ٢٢ " من أحكام الإجارة.
(٥) لم نعثر عليه في كتب الشيخ قدس سره، ونسبه إليه في الإيضاح ٢: ٢٥٠.

ولو اقتصر على تعيين المزروع، من غير ذكر المدة، فوجهان. أحدهما: يصح، لأن لكل زرع أمداً، فيبنى على العادة كالقراض. والآخر: يبطل، لأنه عقد لازم فهو كالإجارة، فيشترط تعيين المدة دفعا للغرر، لأن أمد الزرع غير مضبوط. وهو أشبه. ولو مضت المدة والزرع باق، كان للمالك إزالته، على الأشبه، سواء كان بسبب الزرع كالتفريط، أو من قبل الله سبحانه، كتأخر المياه أو تغير الأهوية.

فيها وقاصرة ومحتملة. وهو أحد الوجهين في المسألة. والأقوى اعتبار مدة يدرك فيها الزرع علماً أو ظناً غالباً، فلو اقتصر على تعيين دون ذلك بطل العقد، لأن الغرض (١) في المزارعة هو الحصة من النماء، فإذا لم يتحقق في المدة عادة بقي العقد بلا عوض، ولأنه خلاف وضع المزارعة. والاعتذار بإمكان التراضي بعد ذلك على إبقائه لا ينفع، لأن التراضي غير لازم، فلا يعلق عليه شرط اللازم. قوله: " ولو اقتصر على المزروع - إلى قوله - وهو أشبه ". الأقوى اشتراط تعيين المدة على الوجه السابق، لأن مقتضى العقد اللازم ضبط أجله، والفرق بينها وبين القراض واضح، فإنه عقد جائز لا فائدة في ضبط أجل له لو شرط، لجواز الرجوع قبله، بخلاف المزارعة فكان إلحاقها بالإجارة أشبه. قوله: " ولو مضت المدة والزرع باق كان للمالك إزالته على الأشبه ". وجه جواز الإزالة انقضاء المدة التي يستحق عليه فيها التبقية، والأصل تسلط المالك على ملكه كيف شاء، ولأن الزرع بعد المدة لاحق له، فيكون إبقاؤه بدون رضا المالك ظلماً. قيل: وليس له الإزالة، لأنه قد حصل في الأرض بحق، فلم يكن للمالك

(١) في " و " : كتب فوق الكلمة: العوض ظ.

قلعه، ولأن للزرع أمدا معينا غير دائم الثبات، فإذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع، كما لو استأجر مدة للزرع فانقضت قبل إدراكه. مع أن الاحتمال أيضا هناك قائم.

وقيل: له الإزالة بالأرث، جمعا بين الحقين. ويشكل فيما لو كان التأخير بتقصير الزارع. وما اختاره المصنف أقوى، لزوال حق الزارع بانقضاء المدة، فلا أرث له ولا استحقاق.

نعم، لو اتفقا على إبقائه بعوض أو غيره صح، لأن الحق لا يعدوهما، لكن لا يجبر أحدهما عليه، خلافا لظاهر القواعد (١) حيث جعل التأخير في قلعه بالأرث وإبقائه بأجرة إلى المالك. ويشكل بأن إيجاب عوض في ذمة الزارع لا يعقل بدون رضاه.

ثم على تقدير القطع بأرث وغيره فالمقلوع لهما بناء على أن الزارع يملك الحصة وإن لم ينعقد الحب، خلافا لابن زهرة (٢)، ولا أجرة للمالك على ما مضى من المدة لو لم ينتفع بالمقلوع، لأن مقتضى المزارعة قصر الحق على الحصة، مع احتمال وجوبها على الزارع لو كان التأخير بتفريطه، لتضييعه منفعة الأرض على المالك بتأخيره. ويتوجه على هذا الاحتمال وجوب أكثر الأمرين من الحصة وأجرة المثل لو فرض من للمقلوع منفعة ناقصة عن المعتاد، لاستناد النقصان إلى تفريطه أيضا. ولا فرق في كون المقلوع بينهما بين كون البذر من مالك الأرض والزارع، فيتوجه للزارع الأرث، لاستحقاقه فيه الحصة، كما لو كان البذر منه، إلا على قول السابق.

ثم على القول بثبوت الأرث مع قلعه فطريق تحصيله أن يقوم الزرع قائما بالأجرة إلى أوان حصاده ومقلوعا، ويحتمل أن يضاف إلى الأول كونه مستحق القلع

(١) القواعد ١: ٢٣٧.

(٢) الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤٠. حيث صرح بأن الزرع تابع للبذر في الملك وأن ما للمزارع كالأجرة على عمله.

وإن اتفقا على التبقية، جاز بعوض وغيره. لكن إن شرط عوضاً
افتقر في لزومه إلى تعيين المدة الزائدة.
ولو شرط في العقد تأخيرها، إن بقي بعد العدة المشترطة، بطل العقد
على القول باشتراط تقدير المدة.

بالأرش لأن ذلك من جملة أوصافه اللازمة له على هذا القول، إلا أنه لا يخلو من
دور. وكلام الأصحاب في ذلك غير محرز.
قوله: " وإن اتفقا على البقية جاز - إلى قوله - المدة الزائدة ".
متى قلنا بجواز القلع لم يجب على المالك الإبقاء إلا برضاه، بأجرة أو غيرها.
وأما إذا قلنا بوجوب الإبقاء ففي وجوب الأجرة قولان. والقولان للعلامة، أولهما في
التذكرة (١)، وثانيهما في القواعد (٢). وعلى تقدير اتفاقهما على الإبقاء بأجرة تكون
إجارة
للأرض حقيقة، لانقضاء مدة المزارعة، فلا بد من ضبط المدة كالإجارة، وإن جاز
الاطلاق في المزارعة. ولو لم يضبطها، أو اتفقا على إبقائه بأجرة وأطلقا، وجب أجرة
المثل.
قوله: " ولو شرط في العقد تأخيرها - إلى قوله - تقدير المدة ".
وجه البطلان على القول المذكور: أن المدة تصير في الحقيقة هي المجموع من
المذكور وما بعده إلى أن يدرك الزرع، وهي مجهولة، فيبطل العقد للاخلال بالشرط،
وعلى تقدير عدم جهالة الجملة فالمدة المشروطة مجهولة، وشرطها في متن العقد من
جملة العوض، فإذا تضمن جهالة بطل العقد، كما لو كان جميع المدة مجهولاً. ويحتمل
على هذا القول صحة الشرط المذكور، لأن المدة مضبوطة، وما تضمنه الشرط بمنزلة
التابع ذكر احتياطاً، لاحتمال الحاجة، وجهالة التابع غير مضررة كما تقدم غير مرة (٣).
والأول أقوى.

- (١) التذكرة ٢: ٣١٣. وصرح فيه بوجوب الأجرة.
(٢) القواعد ١: ٢٣٣. وفيه أيضاً صرح بوجوب الأجرة. ولم نجد المسألة في سائر كتبه.
(٣) في ج ٣: ١٨٠ و ١٨١ و ٣٥٤ و ٣٥٥ و ٣٥٨.

ولو ترك الزراعة، حتى انقضت المدة، لزم أجره المثل. ولو كان استأجرها
لزمت الأجرة.

الثالث: أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها، بأن يكون لها
ماء، إما من نهر أو بئر أو عين أو مصنع.

قوله: " ولو ترك الزراعة حتى انقضت المدة... الخ ".
لأن منفعتها صارت مستحقة له بحيث لا يتمكن المالك من استيفائها، وقد
فوتها عليه، فيلزمه الأجرة، كما لو كان قد استأجرها مدة معينة ولم ينتفع بها. هذا مع
تمكين المالك له منها وتسليمه إياها، وإلا لم يستحق عليه شيئاً، لأن المنع من قبله.
وحيث يلزمه ضمان الأجرة يلزمه أرشها لو نقضت بترك الزرع، كما يتفق في بعض
الأرضين، لاستناد النقص إلى تفريطه. وهل يفرق فيهما بين ما إذا ترك العامل
الانتفاع اختياراً أو غيره؟ ظاهرهم عدمه، ولا يبعد الفرق، لعدم التقصير في الثاني،
خصوصاً في الأرش، ومقتضى العقد لزوم الحصة خاصة، ولم يحصل منه تقصير
يوجب الانتقال إلى ما لا يقتضيه العقد. نعم، يتوجه الحكم مطلقاً في الإجارة، لأن
حق المالك هو الأجرة عوضاً عن منفعة العين تلك المدة، فإذا فاتت المنفعة فإنما
ذهبت على مالكها، وهو المستأجر، أما المؤجر فلا حق له فيها، إنما حقه في الأجرة،
ولم تفت.

قوله: " أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع - إلى - قوله - أو مصنع ".
الضابط: إمكان الانتفاع بها في الزرع عادة بالماء الذي ذكره وما أشبهه كماء
المطر، والزيادة كالنيل. وحصره في المذكورات ليس بذلك الحسن.
والحاصل: أن من شرط صحة المزارعة على الأرض أن يكون لها ماء معتاد يكفيها
لسقي الزرع غالباً، فلو لم يكن لها ذلك بطلت المزارعة وإن رضي العامل.
وتردد في التذكرة (١) فيما لو كان لها ماء نادراً هل تصح المزارعة عليها أم لا؟ من عدم

(١) التذكرة ٢: ٣٣٨.

ولو انقطع في أثناء المدة، فللمزارع الخيار، لعدم الانتفاع. هذا إذا زارع عليها أو استأجرها للزراعة، وعليه أجره ما سلف، يرجع بما قابل المدة المتخلفة.
وإذا أطلق المزارعة، زرع ما شاء.

التمكن من إيقاع ما وقع عليه العقد غالباً، ومن إمكان الوقوع ولو نادراً، وبملاحظة هذه القاعدة يشكل الحكم في بعض ما يأتي، كما ستقف (١) عليه.
قوله: " ولو انقطع في أثناء المدة فللمزارع الخيار - إلى قوله - المدة المتخلفة "

قد عرفت أن إمكان الزرع شرط صحة المزارعة، فإذا وجد الشرط في الابتداء ثم تجدد انقطاع الماء فمقتضى القاعدة بطلان العقد، لفوات الشرط لباقي المدة. ولكن المصنف - رحمه الله - والعلامة (٢) أطلقا القول بعدم البطلان، بل حكما بتسلطه على الفسخ، وكأنهما نظرا إلى صحة العقد ابتداء فتستصحب، والضرر اللاحق للزارع بانقطاع الماء ينجبر بتسلطه على الفسخ. وفيه نظر. هذا حكم المزارعة. أما الإجارة: فإن كان قد استأجرها للزراعة فكذلك، لاشتراكهما في المعنى، أما لو استأجرها مطلقاً لم يتخير مع إمكان الانتفاع بها بغيره. وقوله: " وعليه أجره ما سلف " من أحكام الإجارة على تقدير فسخه، فإن الفسخ الطارئ عليها يوجب ثبوت أجره ما سلف من المدة والرجوع بما قابل المتخلف، أما المزارعة فلا شيء على العامل، إذ لم يشترط عليه سوى الحصة، وقد فاتت.
قوله: " وإذا أطلق المزارعة زرع ما شاء "

الظاهر أن ضمير " زرع " يعود إلى المزارع العامل. وإنما يتم ذلك لو كان البذر من عنده، أما لو كان من عند صاحب الأرض فالتخيير إليه بطريق أولى، لا إلى المزارع. وإنما تخير مع الاطلاق لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي، وكل فرد من

(١) لاحظ ص: ٢٢ - ٢٤.

(٢) القواعد ١: ٢٣٨ والتحرير ١: ٢٥٧.

من أفراد الزرع يصلح أن يوجد المطلق في ضمنه. وأولى منه لو عمم، لدلالته على الإذن في كل فرد فرد. وقوى في التذكرة (١) وجوب التعيين، لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات، فيلزم بتركه الغرر. ولا ريب أنه أحوط إلا أن في تعيينه نظراً، لدخول المالك على أضر الأنواع من حيث دخوله في الاطلاق، فلا غرر كما لو عمم.

وربما فرق بين الاطلاق والتعميم بأن الاطلاق إنما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الأفراد، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأشد ضرراً من غيره، إذ ليس في اللفظ إشعار بذلك الفرد، ولا دلالة على الإذن فيه والرضا بزيادة ضرره، ولأن الرضا بالقدر المشترك إنما يستلزم الرضا بمقدار الضرر المشترك بين الكل، لا الرضا بالزائد، فلا يتناول المتوسط والأشد، بخلاف العام، فإنه دال على الرضا بكل فرد. وفيه نظر، لأن المطلق لما كان الدال على الماهية بلا قيد صح وجوده في ضمن المفرد والمثنى والمجموع وغيرها، على ما حقق، مع أن لوازمها مختلفة، ولذلك حكموا بأن الأمر بالمطلق كالضرب مثلاً يتحقق امتثاله بجزئي من جزئياته، كالضرب بالسوط والعصا، ضعيفا وقويا ومتوسطا، حتى قيل: إن الأمر به أمر بكل جزئي أو إذن في كل جزئي. وهذا كله يناقض ما ادعاه الفارق. ولو قيل بأن المطلق هو النكرة، كما اختاره الأمدي (٢) وابن الحاجب (٣) حيث عرفاه بأنه: "الوحدة الشائعة" أو "النكرة في سياق الاثبات" فصلاحيته لكل فرد من أفرادها أيضا ظاهرة، وإن اختلفت بالقوة والضعف.

والمراد بالقدر المشترك على هذه التقديرات المعنى المصدرى أو نفس الحقيقة المشتركة بين الأفراد، لا تلك اللوازم اللاحقة لها، وهي في مسألتنا الزرع الصالح

(١) التذكرة ٢: ٣٤٠.

(٢) الاحكام في أصول الأحكام ٣: ٥.

(٣) ورد في مختصره ما يفيد هذا المعنى راجع حاشية التفتازاني على مختصر ابن الحاج ٢: ١٥٥.

وإن عين الزرع، لم يجز التعدي. ولو زرع ما هو أضر والحال هذه، كان لمالكها أجرة المثل إن شاء، أو المسمى مع الأرش.

لكل فرد من أفراد المزروعات، لأنها مشتركة في هذا المعنى وإن لم تشترك في الضرر وغيره.

قوله: " وإن عين الزرع لم يجز التعدي ".

لا فرق في تعيين المعين بين كونه شخصا كهذا الحب، وصنفيا كالحنطة الفلانية، ونوعيا، وغيره، لاختلاف الأغراض باختلافه، فيتعين ما تعلق به الغرض المدلول عليه للتعيين، فلا يجوز العدول عنه مطلقا عملا بالشرط. وهذا هو مقتضى التعيين في كلام المصنف وغيره، إلا أنه قد أتى بما ينافيه بعد ذلك في قوله: " ولو كان أقل ضررا جاز ". والاعتذار بأن الرضا بزرع الأضر بالنسبة إلى الأرض يقتضي الرضا بالأقل ضررا بطريق أولى باطل، لأن غرض مالك الأرض ليس منحصرًا فيما يقلق بمصلحة الأرض، بل القصد الذاتي له إنما هو الانتفاع بالزرع، ومصلحة الأرض تابعة لا مقصودة بالذات، ولا شك أن الأغراض تختلف في أنواع المزروع، فربما كان غرضه في الأشد ضررا من حيث نفعه أو الحاجة إليه وإن حصل للأرض ضرر، ولا يتعلق غرضه بالأخف وإن انتفعت الأرض به، ألا ترى أن الأرض لو انتفعت بترك الزرع رأسا لم يكن ذلك كافيا في جواز ترك المزارع العمل نظرا إلى مصلحة الأرض؟ وحينئذ فالأقوى عدم التعدي لما عين مطلقا. نعم، مثل هذا يجري في إجارة الأرض لزرع نوع معين، فإن عدول المستأجر إلى زرع ما هو أخف ضررا منه متجه، لأن الغرض في الإجارة للمالك تحصيل الأجرة، وهي حاصلة على التقديرين. ويبقى معه زيادة تخفيف الضرر عن أرضه، وأولى منه لو ترك الزرع طول المدة، فإنه لا اعتراض للمالك عليه حيث لا يتوجه ضرر على الأرض، لحصول مطلوبه وهو الأجرة، بخلاف المزارعة، فإن مطلوبه الحصة من الزرع المعين، فلا يدل على الرضا بغيره، ولا يتناوله بوجه. قوله: " ولو زرع ما هو أضر والحال هذه - إلى قوله - مع الأرش ".

ولو كان أقل ضررا، جاز.
ولو زارع عليها أو أجرها للزراعة ولا ماء لها، مع علم المزارع لم يتخير، ومع الجهالة له الفسخ.

أي لو عدل إلى زرع الأضر والحال أنه قد عين غيره مما هو أخف ضررا، فإن المالك يتخير بين ما ذكر من الأمرين. ووجه التخيير أن مقدر المنفعة المعقود عليها قد استوفي بزيادة في ضمن زرع الأضر، فيتخير بين أخذ المسمى في مقابلة مقدار المنفعة المعنية مع أخذ الأرش في مقابلة الزائد الموجب لضرر الأرض بغير إذن مالكيها، وبين أخذ أجره المثل لزرع ذلك الأضر من غير نظر إلى المسمى والأرش، لأن المزروع بتمامه واقع بغير إذن المالك، لأنه غير المعقود عليه. ويشكل الحكم الأول من التخيير بأن الحصة المسماة إنما وقعت في مقابلة الزرع المعين ولم يحصل، والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الإذن، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة، فوجوب أجره المثل خاصة أقوى. قوله: " ولو كان أقل ضررا جاز ".

قد عرفت ما في الجواز. ومن لوازم الجواز - لو تم - ثبوت الحصة للمالك مجانا. وفيه نظر، لأنه غير معقود عليه أيضا، فكيف يستحق فيه شيئا مع أنه نماء بذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه؟! وخير العلامة في كتبه (١) هنا بين أخذ أجره المثل والمسمى لتقريب ما ذكر في الأضر. وفيه النظر السابق. والأقوى ثبوت أجره المثل خاصة.

قوله: " ولو زارع عليها أو أجرها - إلى قوله - له الفسخ ".
قد عرفت فيما تقدم من كلام المصنف وما حققناه أن من شرط صحة المزارعة على الأرض أن يكون لها ماء معتاد للسقي غالبا بحيث يمكن الانتفاع بالزرع، فبدونه لا يصح العقد، لفقد الشرط، وإن رضي كل من المالك والعامل، لأنه تصرف

(١) القواعد ١: ٢٣٨.

أما لو استأجرها مطلقا، ولم يشترط الزراعة، لم يفسخ، لا مكان الانتفاع بها بغير الزرع.

في حكم لم يرد الإذن فيه شرعا. وهو ينافي ما ذكر هنا من جواز المزارعة على ما لا ماء لها، مع العلم بغير تخيير، ولا معه مع التخيير. واللازم من تلك القاعدة بطلان المزارعة هنا، سواء علم أم لم يعلم، ولأن الحكم بالتخيير فرع صحة العقد. وقد شارك العلامة المصنف في كتبه (١) على مثل هذه العبارة، وزاد عليه التصريح بأنه لو ساقاه على ما لا ماء لها غالبا لم يصح العقد. وتردد في التذكرة في الصحة مع ندور الماء كما حكيناه سابقا (٢).

وربما تكلف للجمع (٣) بين الحكمين بحمل هذا التخيير على ما لو كان للأرض ماء يمكن الزرع والسقي به، لكنه غير معتاد من جهة المالك، بل يحتاج معه إلى تكلف وإجراء ساقية ونحوه، والمنع على ما لو لم يكن لها ماء مطلقا. وهو جيد لو ثبت أن مثل هذا القدر يوجب التخيير، وأن الاطلاق يقتضي كون الماء معتادا بلا كلفة، إلا أن اطلاق كلامهم يأباه، فإنهم اقتصروا في الحكم بالجواز على إمكان السقي بالماء من غير تفصيل، وفي التخيير على عدم الامكان. وأيضا فإن إحداث النهر والساقية ونحوهما لازم للمالك، سواء كان معتادا أم لا، كما سيأتي التنبيه عليه (٤)، فلا فرق حينئذ بين كون الماء معتادا وغيره في عدم الكلفة على الزارع. والأقوى عدم الصحة هنا عملا بهذا الاطلاق. ومثله ما لو استأجرها للزراعة.

قوله: "أما لو استأجرها مطلقا - إلى قوله - بغير الزرع".
الحكم بعدم الفسخ يقتضي أن الحكم فيما لو لم يكن المستأجر عالما بحالها، فإن العالم لا معنى لتوهم جواز فسخه، بل إما أن يصح أو يبطل مطلقا. وإنما لم يكن

(١) التذكرة ٢: ٣٣٨، القواعد ١: ٢٣٨.

(٢) في ص: ١٨.

(٣) في هامش "و" و"ن" و"ه": "هذا الجمع لشيخنا الشيخ علي الميسي رحمه الله تعالى. بخطه قدس سره".

(٤) في ص: ٣٤ وتفصيله في المساقاة ص: ٤٨ - ٤٩.

وكذا لو اشترط الزراعة، وكانت في بلاد تسقيها الغيوث غالبا.
ولو استأجر للزراعة ما لا ينحسر عنه الماء، لم يجز، لعدم الانتفاع.

له الفسخ مع الجهل بحالها حينئذ لأنه إذا استأجرها مطلقا لا يقتضي اشتراط إمكان زرعها، لأنه نوع من أنواع الانتفاع، ولا يشترط في استئجار شيء أن يمكن الانتفاع به في جميع الوجوه التي يصلح لها، بل إمكان الانتفاع به مطلقا حيث يطلق، وهو هنا كذلك لا مكان الانتفاع بالأرض المذكورة في وضع المتاع وجعلها مراحا ومسرحا وغير ذلك، وإن كان الغالب في الأرض الزراعة، لأن الغلبة لا تقيد الاطلاق، مع احتمال الرجوع إلى الغالب في تلك الأرض، فإن كان الزرع تسلط على الفسخ حملا على المعتاد.

قوله: " وكذا لو شرط الزراعة، وكانت في بلاد تسقيها الغيوث غالبا "

هذا في الحقيقة من جملة أقسام الأرض التي يعتاد لها ماء يسقيها، إذ لا فرق في العادة بين كون السقي نفسه من قبل الله، أو اجراء الماء من قبله تعالى كالنهر والزيادة. لكن المصنف لما حصر الماء المذكور سابقا في تلك الأقسام الأربعة أعقبها بذكر الغيث.

قوله: " ولو استأجر للزراعة ما لا ينحسر عنه الماء لم يجز، لعدم الانتفاع "

المراد أن الماء لا ينحسر وقت الحاجة إلى الزرع، وإلا فلو كان مستوليا عليها عند العقد ولكن يرتفع وقت الانتفاع عادة صح مع العلم بالأرض، بأن كان قد رآها أولا، أو الماء صافيا لا يمنع رؤيتها. ووجه عدم الصحة في الأول ما ذكره من عدم الانتفاع بها فيما استؤجر عليه من المنفعة. وهو يؤيد ما أسلفناه في المسائل السابقة. واحترز بالاستئجار للزراعة عما لو استأجرها لغيرها مما يمكن استيفائه، أو

ولو رضي بذلك المستأجر، جاز. ولو قيل بالمنع، لجهالة الأرض، كان حسنا. وإن كان قليلا يمكن معه بعض الزرع، جاز. ولو كان الماء ينحسر عنها تدريجا، لم يصح، لجهالة وقت الانتفاع.

مطلقا، فإن الإجارة صحيحة وينتفع بها فيما يشاء ولو باصطياد السمك. ولو فرض تعذر الانتفاع بها مطلقا لم يصح مطلقا، لأن شرط الصحة إمكان الانتفاع. قوله: " ولو رضي بذلك المستأجر جاز. ولو قيل بالمنع لجهالة الأرض كان حسنا "

هذا التعليل لا يدل على البطلان مطلقا، لامكان العلم بالأرض - مع وجود الماء - سابقا، أو مع صفاء الماء كما ذكرناه. ولو فرض الجهل بها على كل حال فالمنع متوجه كما ذكره.

قوله: " وإن كان قليلا يمكن معه بعض الزرع جاز ".
وجه الجواز: إمكان الانتفاع في الجملة، لكن لو لم يعلم المستأجر بذلك تسلط على الفسخ للغيب. هذا إذا كان الزرع ممكنا في جميع الأرض على النقصان، أما لو أمكن في بعضها دون بعض ففي إلحاق غير ما لا ينحسر عنه بالجميع وجه.
قوله: " ولو كان الماء ينحسر عنها تدريجا لم يصح، لجهالة وقت الانتفاع "

مقتضى التعليل أنه لا فرق بين رضا المستأجر بذلك وعدمه، لأن رضاه بما هو فاقد لشرط الصحة غير كاف في الصحة. وفي القواعد (١) قيد المنع بعدم رضا المستأجر، فلو رضي صح. وهذا إنما يتم فيما يكون العيب المنجبر بالرضا والخيار لا في الجهالة. وعلى تقدير الحاقه به، نظرا إلى إمكان الانتفاع في الجملة، فإنما يوجب انقطاعه تدريجا نقصان المنفعة، فلا وجه للحكم بعدم الصحة، بل ينبغي تخيير المستأجر مع الجهل. وما أطلقه المصنف هنا أوضح.

(١) القواعد ١ : ٢٣٢.

ولو شرط الغرس والزرع، افتقر إلى تعيين مقدار كل واحد منهما، لتفاوت ضرريهما. وكذا لو استأجر لزرعين أو غرسين مختلفي الضرر.

وهذه الأحكام آتية في المزارعة على الأرض المذكورة، فكان ذكرها في بابها أولى من استطراد حكم الأجنبي، أو التعميم. وربما قيل في هاتين المسئلتين بأن المنع مخصوص بالإجارة، أما المزارعة عليها فجائزة. والفرق ابتداء الإجارة على المعلومة، لانضباط الأجرة، فلا بد من انضباط المنفعة في مقابلتها، بخلاف المزارعة، فإن المنفعة - التي هي الحصة - لما كانت مجهولة تسومح في مقابلتها من العوض ما لا يتسامح في غيرها. ولا بأس به.

قوله: ولو شرط الغرس والزرع افتقر إلى تعيين مقدار... الخ ".
أي اشترط في استئجار الأرض الغرس فيها والزرع معا، فلا بد من تعيين مقدار كل واحد، لأن الغرس أضر على الأرض، فيمكن أن يدل الاطلاق على الاقتصار من الأخف على مسماة تحقيقا للجمع، وبالعكس، وبينهما في الضرر اختلاف كثير، فلا بد من ضبطه. وكذا القول في شرط الزرعين، كالحنطة والشعير، فإن زرع الحنطة أضر، فلا بد من تعيين المقدار. وكذا الغرسان المختلفان بسريان العروق في الأرض.

ويمكن حمل الاطلاق على جعل كل واحد منهما في نصف الأرض، لأن المتبادر من لفظ التشريك التسوية كما في نظائره، ولأن مقتضى الإجارة لهما أن يكون المنفعة المطلوبة لكل واحد منهما، فعند الجمع يجب التنصيف لئلا يلزم الترجيح من غير مرجح. وهذا هو الأقوى. وحينئذ فلا يجب التعيين.
هذا كله إذا استأجر لهما مطلقا. أما لو استأجرها لينتفع بما شاء منهما صح وتخير، لأن ذلك تعميم في الأفراد، وقدم على الرضا بالأضر. ويبقى الكلام في تعيين النوع الواحد من الزرع والغرس، وإطلاقه ما تقدم.

تفريع
إذا استأجر أرضاً مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالباً،
قيل: يجب على المالك إبقاؤه، أو إزالته مع الأرش، وقيل: له إزالته، كما
لو غرس بعد المدة. والأول أشبه.

قوله: " إذا استأجر أرضاً مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى... الخ ".
وجه الأول: أن المستأجر غير متعد بالزرع، لأنه مالك المنفعة تلك المدة،
فله الزرع، وذلك يوجب على المالك إبقاؤه، لمفهوم قوله صلى الله عليه وآله:
" ليس لعرق ظالم حق " (١). قال الإمام فخر الدين (٢) (رحمه الله): " إن الأصوليين
أجمعوا على دلالة المفهوم في هذا الحديث " وإن اختلفوا في دلالة مفهوم الوصف في
غيره، لكن لما لم يكن له في الأرض حق بعد المدة، لانقضاء الإجارة، جمع بين الحقين
بإبقائه بالأجرة، وهو المراد من اطلاق المصنف إبقائه أو قلعه بالأرش.
ووجه الثاني: أن المستأجر دخل على أن لا حق له بعد المدة، لأن منفعة المدة
هي المبدولة في مقابلة العوض، فلا يستحق بالإجارة شيئاً آخر، فللمؤجر قلعه مجاناً،
كما لو غرس المستأجر بعد المدة. وهذا هو الأقوى. وعدم تعدي المستأجر بزرعه في
المدة لا يوجب له حقاً بعدها مع استناد التقصير إليه، والمفهوم ضعيف، ودعوى
الاجماع على العمل هنا لم يثبت، وعلى تقدير صحته يمنع من كونه بعد المدة غير
ظالم، لأنه واضح عرقه في أرض لا حق له فيها، وإلزام المالك بأخذ الأجرة على
الابقاء أو تكليفه الأرش على خلاف الأصل، فلا يصار إليه بمثل ذلك.
ومثله ما لو استأجر للزرع مدة يدرك فيها غالباً، لكن قصر الزارع في الزرع
إلى أن انقضت المدة. أما لو كان التأخير لا بتقصيره، بل لكثرة الأمطار أو تغير

(١) المجازات النبوية: ٢٥٥، مستدرک الوسائل ١٧: ١١١ ب " ١ " من كتاب إحياء الموات،
وروي أيضاً عن الإمام الصادق عليه السلام. راجع الوسائل ١٧: ٣١١ ب " ٣ " من أبواب
الغصب ح ١.
(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٢٧١ - ٢٧٢.

وأما أحكامه فتشتمل على مسائل:
الأولى: إذا كان من أحدهما الأرض حسب، ومن الآخر البذر والعمل والعوامل، صح بلفظ المزارعة. وكذا لو كان من أحدهما الأرض والبذر ومن الآخر العمل، أو كان من أحدهما الأرض والعمل ومن الآخر البذر، نظر إلى الاطلاق.

الأهوية أو شدة البرد ونحوها، توجه وجوب الصبر إلى بلوغه بالأجرة، فإنهما وإن اشتركا في عدم استحقاق ما بعد المدة، إلا أنه حيث لم يقصر وقد زرع بحق يجمع بين الحقين بالأجرة، بخلاف ما إذا قصر أو قدم على ذلك كالسابق، فإنه يسقط حقه إذ لا معارض له.

واعلم أن هذه المسائل كلها استطرادية كان تأخيرها إلى باب الإجارة أنسب. قوله: " إذا كان من أحدهما الأرض حسب - إلى قوله نظرا إلى الاطلاق ".

الظاهر أن الصور الممكنة في اشتراك هذه الأربعة بينهما كلا وبعضا جائزة، لاطلاق الإذن في المزارعة من غير تقييد بكون بعض ذلك بخصوصه من أحدهما. وهذا هو المراد من قوله: " نظرا إلى الاطلاق ".

هذا إذا كانا اثنين خاصة، فلو جعلنا معهما ثالثا وشرطا عليه بعض الأربعة، أو رابعا كذلك، ففي الصحة وجهان، من عموم الأمر بالوفاء بالعقد (١) والكون مع الشرط (٢)، ومن توقف المعاملة - سيما التي هي خلاف الأصل - على التوقيف من الشارع، ولم يثبت منه مثل ذلك، والأصل في المزارعة قصة خبير، ومزارعة النبي صلى الله عليه وآله وسلم اليهود عليها على أن يزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها وله صلى الله

(١) المائة: ١.

(٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب " ٦ " من أبواب الخيار ح ١، ٢، ٥، ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ " من أبواب المهور ح ٤. وغير ذلك.

ولو كان بلفظ الإجارة، لم يصح لجهالة العوض، أما لو آجره بمال معلوم مضمون في الذمة، أو معين من غيرها، جاز. الثانية: إذا تنازعا في المدة، فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه. وكذا لو اختلفا في قدر الحصة، فالقول قول صاحب البذر،

عليه وآله وسلم شرطه الآخر (١)، وليس فيها أن المعاملة مع أكثر من واحد، وكذلك باقي النصوص التي وردت من طرقنا، ولأن العقد يتم باثنين موجب وهو صاحب الأرض وقابل، فدخل ما زاد يخرج العقد عن وضعه أو يحتاج إثباته إلى دليل. والأجود عدم الصحة.

قوله: " ولو كان بلفظ الإجارة لم يصح لجهالة العوض... الخ ". لا اشكال في عدم وقوعها بلفظ الإجارة، لاختلاف أحكامها، فإن الإجارة تقتضي عوضا معلوما، والمزارعة يكفي فيها الحصة المجهولة. وأما لو آجر الأرض بمال مضمون مقدر، سواء كان من جنس ما يزرع أم من غيره، أم معين من غير ما يخرج منها، صح. وقد تقدم الكلام (٢) في ذلك. ونبه بالمنع من ايقاعها بلفظ الإجارة على خلاف بعض العامة (٣) حيث جوزها بها. قوله: " إذا تنازعا في المدة فالقول منكر الزيادة - إلى قوله - صاحب البذر ".

أما المدة فلأن الأصل عدم زيادتها عما يتفقان عليه، فيقدم قول منكر الزيادة. وأما النماء فلما كان تابعا للأصل في الملك فالقول قول صاحب البذر في حصة الآخر، لأصالة عدم خروجها عن ملكه، وعدم استحقاق الآخر للزائد، ولأن مدعي الزيادة فيها لو ترك المنازعة لترك، فيكون مدعيا بهذا المعنى أيضا. لا يقال: اتفاهما على عقد يضمن حصة ومدة نقل عن الأصل المذكور، وليس

(١) راجع ص: ٧.

(٢) في ص: ١٢ - ١٤.

(٣) راجع الشرح الكبير ٥: ٥٥٧.

فإن أقام منهما بينة، قدمت بينة العامل. وقيل: يرجعان إلى القرعة.
والأول أشبه.

مدعي الزيادة بمتروك إذا ترك، فإنه إذا ترك العمل طالبه به، وإنما يتم هذا إذا وقع الاختلاف عند الانتهاء.

لأننا نقول: العقد المتضمن لهما إنما أخرج عن حكم الأصل في أصل المدة والحصة، أما في قدر معين منهما فلا، فيبقى انكار الزيادة فيهما بحاله لم يخرج عن الأصل شيء. والمراد بـ "من ترك إذا ترك" في نفس ذلك المدعى، وهو هنا المدة الزائدة أو الحصة الزائدة، أما العمل فهو أمر خارج عن الدعوى، فلا أثر للمطالبة به في هذه المنازعة.

قوله: "ولو أقام كل منهما بينة... الخ".

إذا أقام كل منهما بينة بني على تقديم بنية الداخل أو الخارج. والمشهور الثاني. وهو خارج بالنسبة إلى دعوى المدة، لأن مالك الأرض يدعي تقليل المدة، فيكون القول قوله، والبينه بينة العامل. وأما دعوى زيادة الحصة فهي ممن ليس البذر منه، سواء في ذلك العامل ومالك الأرض، فيكون البينة بينة من لا بذر له، لأن الشرط منه حيث إن الجميع نماء ماله، فلا يتم إطلاق تقديم بينة العامل، بل ينبغي أن يقول: "قدمت بينة الآخر" كما صنع غيره (١)، أو يصرح بالمراد.

ووجه القول (٢) بالقرعة أنها "لكل أمر مشكل (٣)". ويشكل بأنه لا اشكال هنا، فإن من كان القول قوله فالبينه بينة صاحبه بمقتضى النص (٤)، فالقول بتقديم

(١) راجع القواعد ١: ٢٣٩، واللمعة الدمشقية: ٩٢.

(٢) في هامش "و" و"ن": "هذا القول مجهول القائل به، نسبه في التذكرة إلى بعض علمائنا، وفي المختلف حكاه بلفظ (قيل). والشراح أبهموه أيضا. منه رحمه الله". راجع التذكرة ٢: ٣٤٠، والمختلف: ٤٧١، وحاشية المحقق الكركي على الشرائع (مخطوط): ٣٦٠.

(٣) الوارد في النصوص (كل مجهول ففيه القرعة) ونحو ذلك راجع الوسائل ١٨: ١٨٩ بـ "١٣" من أبواب كيفية الحكم ح ١١ و ١٨، ومستدرک الوسائل ١٧: ٣٧٣ بـ "١١" من أبواب كيفية الحكم.

(٤) الوسائل ١٨: ١٧٠ بـ "٣" من أبواب كيفية الحكم.

الثالثة: لو اختلفا، فقال الزارع: أعرتنيها، وأنكر ذلك وادعى الحصة أو الأجرة ولا بينة، فالقول قول صاحب الأرض. وتثبت له أجرة المثل مع يمين الزارع. وقيل: تستعمل القرعة. والأول أشبه. وللزارع تبقية الزرع إلى أوان أخذه لأنه مأذون فيه.

بينه المدعي فيهما أقوى.

قوله: " لو اختلفا فقال الزارع أعرتنيها وأنكر المالك... الخ " المراد: أن القول قول صاحب الأرض في عدم الإعارة لا فيما يدعيه، لأنه منكر لها فيقدم قوله فيها. وكذلك القول قول الزارع في عدم المزارعة والإجارة، لأنه منكر لهما. وحينئذ فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر، ويبقى على الزارع أنه انتفع بأرض غيره مع عدم ثبوت التبرع، فيلزمه أجرة المثل لذلك الزرع إلى أوان نزرعه. هذا إذا لم تزد الأجرة عما يدعيه المالك من الحصة أو الأجرة المعينة، وإلا ثبت له ما يدعيه خاصة، لاعترافه بأنه لا يستحق سواه. وهذا إذا وقع النزاع بعد الزرع كما يقتضيه قوله: " الزارع " وقوله: " وللزارع تبقية الزرع "، فلو كان النزاع قبله وتحالفا انتفت العارية والإجارة والمزارعة، فليس للعامل أن يزرع بعد ذلك. واعلم أنه إذا كان الواجب للمالك بعد يمينه أقل الأمرين مما يدعيه وأجرة المثل، وكان الأقل هو ما يدعيه، فلا وجه ليمين الزارع، لأنه لو اعترف له بما يدعيه لم يكن له أزيد منه، وكذا لو حلف أو رد اليمين، وما هذا شأنه لا فائدة فيه. نعم، لو كان ما يدعيه أزيد من أجرة المثل اتجهت فائدة يمين الزارع، لأنها تنفي الزائد مما يدعيه المالك عن الأجرة، ولو ردها أو اعترف للزم الزائد. والقول بالقرعة هنا ضعيف كالأول.

قوله: " وللزارع تبقية الزرع إلى أوان أخذه، لأنه مأذون فيه " .

أي مأذون في زرعه باتفاق الخصمين، وإنما اختلفا فهما في استحقاق عوض في مقابله وعدمه، فهو زرع بحق، فلا يجوز قلعه بغير إذن مالكه. وقد علم أن إبقاءه بأجرة لا مجانا، لأن الأجرة الثابتة من حين زرعه إلى حين أخذه. وإنما عبر بأخذه

أما لو قال: غصبتنيها، حلف المالك وكان له إزالته، والمطالبة بأجرة المثل، وأرش الأرض، إن عابت، وطم الحفر إن كان غرسا. الرابعة: للمزارع أن يشارك غيره، وأن يزارع عليها غيره، ولا يتوقف على إذن المالك. لكن لو شرط المالك الزرع بنفسه لزم، ولم يجز المشاركة إلا بإذنه.

للتنبية على أن أمره إلى الزارع، فإن شاء أخذه قصيلا، وإن شاء أبقاه إلى أوان حصاده، ومهما أبقاه من المدة يلزمه أجرته خاصة، فكان التعبير بالأخذ أولى من التعبير بالحصاد.

قوله: "أما لو قال غصبتنيها حلف المالك وكان له إزالته... الخ". ما سبق من التحالف إنما هو فيما لو ادعى كل منهما عقدا غير ما يدعيه الآخر، أما لو ادعى الزارع الإعارة وأنكرها المالك وادعى غصب الأرض فالقول قول المالك مع يمينه، لأصالة عدم الإعارة، وبقاء منافع أرضه على ملكه، وعدم خروجها بعارية ولا غيرها، فإذا حلف على نفي العارية ثبت وضع الزارع زرعه فيها بغير حق، فيتخير حينئذ المالك بين قلعه ومطالبته بأجرة المثل لما مضى من المدة، وأرش الأرض إن نقصت وطم الحفر، كما يلزم ذلك الغاصب. وإن اتفقا على إبقائه بأجرة جاز. وفي التذكرة (١) قال: "يحلف العامل على نفي الغصب"، ولم يذكر يمين المالك، ورتب باقي الأحكام. والحق ما ذكر هنا من أن الحالف المالك على نفي العارية لا غير.

قوله: "للمزارع أن يشارك غيره وأن يزارع عليها غيره... الخ". لما كانت المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الأرض إلى ملك العامل بالحصاة المخصوصة، كان للعامل نقلها إلى غيره ومشاركته، عليها لأن الناس مسلطون على أموالهم، ولا يتوقف ذلك على إذن مالكيها، إذ لا حق له في المنفعة. نعم، لا يجوز له تسليم الأرض إلا بإذن المالك. وسيأتي مثله إن شاء الله تعالى في

(١) التذكرة ٢: ٣٤٠.

الإجارة (١).

واشترط بعضهم (٢) في جواز مزارعته غيره كون البذر منه، ليكون تملك الحصة منوطاً به. وبه يفرق بينه وبين عامل المساقاة، حيث لا يصح له أن يساقي غيره كما سيأتي (٣). ولأن البذر إذا كان من صاحب الأرض فالأصل أن لا يتسلط عليه إلا مالكة أو من أذن له وهو الزارع.

وهو حسن في مزارعة غيره، أما المشاركة فلا، لأن المراد أن يبيع بعض حصته في الزرع مشاعاً بعوض معلوم، وهذا لا مانع منه، لملكه لها، فيتسلط على بيعها كيف شاء، بخلاف ابتداء المزارعة، إذ لا حق له حينئذ إلا العمل، وبه يستحق الحصة مع احتمال الجواز مطلقاً، لأن لزوم عقدها يقتضي تسلطه على العمل بنفسه وغيره، وملكه للمنفعة، والتصرف في البذر بالزرع وإن لم يكن بنفسه، حيث لا يشترط عليه الاختصاص، فيجوز نقله إلى الغير، كما تجوز الاستنابة. ويضعف بأن البذر حينئذ ليس ملكاً له، وإنما هو مأذون في التصرف فيه بالزرع، وبه يملك الحصة. وقد يقال: إن هذا كاف في جواز مزارعة الغير، لأنها عبارة عن نقل حقه في ذلك إليه وتسلطه على العمل، فيجوز كما يجوز له التوكيل فيه والاستنابة بغيرها من الوجوه.

هذا كله إذا لم يشترط المالك عليه العمل بنفسه، وإلا لم يجز المشاركة ولا المزارعة بحيث يصير العمل أو بعضه متعلقاً بغيره. ولا يرد أن ذلك يقتضي منع المالك من التصرف في ماله، فيكون منافياً للمشروع، لأن الناس مسلطون على أموالهم، لأن ذلك حيث لا يعارضه حق غيره، وإلا لم تتم الكلية، ضرورة تخلفه في كثير كالأهـن والمفلس.

(١) في ص: ١٨٦ - ٢٢٢.

(٢) لم نعثـر عليه، وفي مفتاح الكرامة ٧: ٣٢٤ ما نصه: "إنا تتبعنا كتب الأصحاب من المقنع إلى المسالك فلم نجد أحداً حكاه، ولا نقل حكايته من الخاصة والعامة".

(٣) في ص: ٦٦.

الخامسة: خراج الأرض ومؤنتها على صاحبها، إلا أن يشترطه على
الزارع.

قوله: " خراج الأرض ومؤنتها على صاحبها... الخ ".
أما خراج الأرض فهو على مالكتها، لأنه موضوع عليها. وهو مروى. وروى
أيضا (١) أن السلطان لو زاد فيها زيادة وطلبها من الزارع وجب على صاحب الأرض
دفعها إليهم. قال السائل (٢): " قلت: أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم. قال: إنهم إنما
زادوا على أرضك ". وأما المؤنة فذكرها المصنف والعلامة في بعض كتبه (٣) إجمالا،
ولم

ينبهوا على أن المراد منها، مع إطلاقهم أن العمل على الزارع أو من شرط عليه.
والظاهر أن المراد بمؤنة الأرض هنا ما يتوقف عليه الزرع ولا يتعلق بنفس
عمله وتنميته، كإصلاح النهر، والحائط، ونصب الأبواب إن احتيج إليها، وإقامة
الدولاب، وما لا يتكرر كل سنة، كما فصلوه في المساقاة (٤). والمراد بالعمل الذي على
الزارع ما فيه صلاح الزرع وبقاؤه مما يتكرر كل سنة، كالحرث والسقي وآلاتهما،
وتنقية النهر من الحمأة (٥)، وحفظ الزرع وحصاده، ونحو ذلك. وبالجملة: فكلامهم
في هذا المحل قاصر جدا.

هذا كله إذا لم يشترط ذلك على الزارع، فإن شرط عليه لزم إذا كان القدر
معلوما. وكذا لو شرط بعضه معينا أو مشاعا مع ضبطه. ولو شرط عليه الخراج فزاد
السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناولها، ولم تكن
معلومة، فلا يمكن اشتراطها. ولو شرطا ذلك أو بعضه عليهما، أو إخراجها من

(١) ظاهره وجود روايتين في هذا الباب. ولم نعر على غير ما نقله. راجع التهذيب ٧: ٢٠٨ ح
٩١٥، والوسائل ١٣: ٢١١ ب " ١٦ " من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة ح ١٠.
(٢) في هامش " ه " و " و " و " ن ": " السائل سعيد الكندي، والمسؤول الصادق عليه السلام " منه
رحمه الله.

(٣) القواعد ١: ٢٣٨، والتذكرة ٢: ٣٤٠.

(٤) لاحظ ص: ٤٨.

(٥) الحمأة: الطين الأسود.

السادسة: كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة، تجب لصاحب الأرض أجره المثل.

السابعة: يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع، والزارع بالخيار في القبول والرد، فإن قبل كان استقرار ذلك مشروطاً بالسلامة، فلو تلف الزرع بأفة سماوية أو أرضية، لم يكن عليه شيء.

الأصل والباقي بينهما، فهو كما لو شرط المالك نصفه على العامل، لأنه بمعناه. قوله: " كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة... الخ "

هذا إذا كان البذر من الزارع، فلو كان من صاحب الأرض فهو له، وعليه للعامل والعوامل والآلات أجره المثل، ولو كان منهما فالحاصل بينهما على نسبة الأصل، ولكل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه على نسبة ما للآخر من الحصة، فلو كان البذر لهما بالنصف رجع المالك بنصف أجره أرضه، والعامل بنصف أجره عمله وعوامله وآلاته، وعلى هذا القياس في باقي الأقسام. ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له، وعليه أجره مثل الأرض وباقي الأعمال وآلاتها. قوله: " يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع... الخ "

محل الخرص بعد بلوغ الغلة، وهو انعقاد الحب. وتخيير الزارع في القبول وعدمه لا شبهة فيه. وعلى تقدير قبوله يتوقف نقله إليه على عقد كغيره من الأموال، بلفظ الصلح أو التقبيل، على ما ذكر الأصحاب. والمشهور أن لزوم العوض فيه مشروط بالسلامة، فإن تلفت الغلة أجمع بأفة (سماوية) (١) من قبل الله تعالى فلا شيء على الزارع. ولو تلف البعض سقط بالنسبة. ولو أتلّفها متلف ضامن فهي بحالها، ويطالب المتقبل المتلف بالعوض. ويمكن عموم الآفة الأرضية لهذا أيضاً. والحكم بذلك هو المشهور بين الأصحاب. ومستنده غير واضح. وحكمه لا يخلو من اشكال إن لم يكن انعقد عليه الاجماع، وأنى لهم به؟ وإنما هو شيء ذكره

(١) من "ه".

الشيخ - رحمه الله - في بعض كتبه (١)، وتبعه عليه الباكون (٢) معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم.

ولو كان النقصان بسبب الخطأ في الخرص لم يسقط من المال شيء، عملاً بالأصل. وهو مروى عن الكاظم عليه السلام مرسلًا (٣). ولو زاد فالزائد ملك للزارع عملاً بمقتضى العقد، خصوصاً إذا جعل صلحاً. ولو جعل بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه، مع احتمال العدم. وكيف وقع فهو عقد لازم يجب الوفاء به، وإن لحقته تلك الخواص الخارجة عن مقتضى اللزوم.

وأنكر هذه المعاوضة ابن إدريس (٤)، وجعلها باطلة لأنها إن كانت بيعاً فهي محاكمة، وإن كانت صلحاً فهو لازم سلم أم لا، إن كان بعوض مضمون، وإن كان العوض من الغلة فهو باطل كالبيع. والأقوى الصحة، لكن إثبات اللوازم المذكورة يحتاج إلى دليل. وقد تقدم في البيع جملة من بحث المسألة (٥).

(١) النهاية: ٤٤٢.

(٢) المهذب ٢: ١٤، القواعد ١: ٢٣٨، اللمعة الدمشقية: ٩٢ وجامع المقاصد ٧: ٣٥٥.

(٣) الكافي ٥: ٢٨٧ ح ١، التهذيب ٧: ٨. ٢ ح ٩١٦، والوسائل ١٣: ١٩ ب " ١٠ " من أبواب بيع الثمار ح ٤.

(٤) السرائر ٢: ٤٥٠.

(٥) في مسائل مختلفة في بيع الثمار ج ٣: ٣٥٣.

وأما المساقاة: فهي معاملة على أصول ثابتة، بحصة من ثمرتها.
والنظر فيها يستدعي فصولاً:

قوله: " وأما المساقاة فهي معاملة على أصول ثابتة بحصة من
ثمرها "

المساقاة مفاعلة من السقي. وخص الاشتقاق منه دون باقي الأعمال التي
تتوقف عليه المعاملة لأنه أظهرها وأنفعها في أصل الشرعية، لوقوعه بالحجاز التي
تسقى فيها النخل من الآبار، ولأنه أكثر مؤنة وأشد مشقة من غيره من الأعمال. وعرفنا
ما ذكره المصنف، فالمعاملة فيها بمنزلة الجنس تتناول عقود المعاوضات. وخرج ب
" الأصول " المزارعة، وب " الثابتة " - بالثاء المثلثة - غيرها من الأصول التي لا تبقى
كالخضراوات، والودي غير المغروس، والمغروس الذي لم يستقل في الأرض،
والمغارسة، وب " حصة من ثمرها " خرجت الإجارة، فإنها وإن صحت على الأصول
الثابتة لكن لا بحصة من الثمرة، بل بأجرة معلومة معينة أو مضمونة.
والمراد بالثمرة هنا نماء الشجر وإن لم تكن ثمرته المعهودة، ليدخل فيه المساقاة
على ما يقصد ورده وورقه. ولو قال: " أو ما في حكمها " لادخال ذلك لاستغنيا عن
تكلف إدخالها. ويمكن أن يريد بالثمرة معناها المتعارف خاصة، لتردده فيما يأتي (١)
في جواز المساقاة على ما يقصد ورقه. وربما قرئت " النابتة " بالنون متقدمة، فيخرج بها
الودي والمغارسة دون باقي ما سبق والأول أضبط.

(١) في ص: ٤٢.

الأول

في العقد

وصيغة الايجاب أن يقول: ساقيتك، أو عاملتك، أو سلمت إليك، أو ما أشبهه.

قوله: " وصيغة الايجاب أن يقول: ساقيتك، أو عاملتك، أو سلمت إليك، أو ما أشبهه "

لما كانت المساقاة من العقود اللازمة فلا بد فيها من إيجاب وقبول لفظيين دالين على الرضا الباطني. واللفظ الصريح فيها: " ساقيتك على كذا "، وفي حكمه: " عاملتك، وسلمت إليك، وعقدت معك عقد المساقاة، وقبلتك عملها "، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على الانشاء الواقعة بلفظ الماضي. وزاد في التذكرة (١): " تعهد نخلي بكذا، أو أعمل فيه بكذا ". ويشكل بما مر (٢) في نظائره. من عدم صراحة الأمر في الانشاء. ولا وجه لاجراء هذا العقد اللازم من نظائره. وقد نوقش في الاكتفاء في المزارعة بلفظ الأمر الاستناد فيها إلى النص (٣)، وهو منتف هنا. وجريان المعاطاة هنا بعيد، لاشتمال هذا العقد على الغرر وجهالة العوض، بخلاف البيع والإجارة، فينبغي الاقتصار فيه على موضع اليقين. وترك المصنف ذكر القبول القولي، ولا بد منه، وهو كل لفظ دل على الرضا بذلك الايجاب.

(١) التذكرة ٢: ٣٤٢.

(٢) كما في ج ٣: ١٥٢.

(٣) لاحظ ص: ٨.

وهي لازمة كالإجارة، ويصح قبل ظهور الثمرة.
وهل تصح بعد
ظهورها؟ فيه تردد، والأظهر الجواز، بشرط أن يبقى للعامل عمل وإن
قل، بما يستزاد به الثمرة.

قوله: " وهي لازمة كالإجارة ".
لا خلاف عندنا في لزوم هذا العقد، فلا يجوز لأحدهما فسخه إلا بالتراضي
على وجه الإقالة، لعموم الأدلة (١) التي دلت على لزوم غيره من العقود.
ونبه المصنف بقوله: " كالإجارة " على خلاف بعض العامة (٢) حيث قال: إنه
جائز كالمضاربة لاشتراكهما في كونهما عقدا على جزء من نماء المال، فقال المصنف:
بل هو لازم كالإجارة، لاشتراكهما في كون كل منهما عقد معاوضة، ولعموم الأمر
بالوفاء بالعقود (٣) المقتضي للزوم إلا ما أخرجه الدليل.
قوله: " وهل يصح بعد ظهورها - إلى قوله - يستزاد به الثمرة ".
إذا ساقاه على الشجر والثمرة معدومة مدة يمكن وجودها فيها عادة صح
إجماعا. وإن كان بعد ظهورها ولم يبق للعمل فيها مستزاد لم يصح إجماعا، وإن
احتاجت إلى عمل كالجذاذ والحفظ والنقل ونحو ذلك، لأنها حينئذ يكون قد ملكها
رب الشجر، ولم تحصل بالمساقاة زيادة، فينتفي الغرض الذي اقتضى شرعيتها.
وأما إذا كانت قد ظهرت، ولكن بقي لها عمل يحصل به زيادة في الثمرة
كالسقي، والحرث، ورفع أغصان شجرة الكرم على الخشب، وتأبير ثمرة النخل
ففي جوازها حينئذ وجهان، أجودهما الصحة، تحصيلا لتلك الفائدة، ولأن العقد
حينئذ أبعد عن الغرر، للوثوق بالثمرة، فيكون أولى مما لو كانت معدومة. ووجه عدم
الجواز أن الثمرة إذا ظهرت فقد حصل المقصود، فصار بمنزلة القراض بعد ظهور
الربح، ولأن المقصود من المساقاة ظهور الثمرة بعمله. وفيهما منع ظاهر. ولو كان

(١) الآية ١ من سورة المائدة.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥٦٨ وكتاب الفروع ٤: ٤٠٧.

(٣) الآية ١ من سورة المائدة.

ولا تبطل بموت المساقى، ولا بموت العامل، على الأشبه.

العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة، لكن لا يحصل به زيادة كحفظها من فساد الوحش ونحوه، فمقتضى القاعدة عدم الجواز. وحيث لا تصح المساقاة على ذلك تصح الإجارة على بقية الأعمال بجزء من الثمرة والجعالة والصلح. قوله: " ولا تبطل بموت المساقى ولا بموت العامل على الأشبه ". " الأشبه " راجع إلى حكم موت كل واحد منهما، فقد قال الشيخ في المبسوط (١): " إنه لو مات أحدهما أو ماتا انفسخت المساقاة عندنا كالإجارة " والأقوى

عدم البطلان، لأن ذلك مقتضى لزوم العقد. نعم، لو كان قد شرط على العامل العمل بنفسه بطلت بموته، إن كان قبل ظهور الثمرة. ولو كان بعده ففيه نظر، من سبق ملكه لها فلا يزول بموته، ومن أن ملكه مشروط بإكماله العمل ولم يحصل. وأطلق جماعة من الأصحاب (٢) البطلان إذا شرط عليه العمل بنفسه. والأنسب أن تكون مشتركة حينئذ، فلا يبطل ملكها بالموت. ثم إن كان الميت المالك استمر العامل على عمله، وقاسم الوارث. وإن كان الميت العامل وكانت المساقاة واردة على عينه ولم تظهر الثمرة بطلت. وإن ظهرت ففيه ما مر. وإن كانت واردة على ذمته قام وارثه مقامه، وليس للمالك منعه منه، ولا إجباره عليه لو امتنع من العمل، لأن الوارث لا يلزمه حق لزوم المورث إلا ما أمكنه دفعه من ماله، والعمل ليس بمال المورث، فلا يجب على الوارث، كما لا يؤدي الحقوق من مال نفسه.

ثم إن خلف العامل تركة تخير الوارث بين العمل وبين الاستئجار عليه من التركة، فإن امتنع منهما استأجر الحاكم عليه من التركة، فإن لم يتفق ذلك تخير المالك بين الفسخ والانفاق من ماله بنية الرجوع، كما سيأتي تحقيقه فيما لو هرب العامل (٣).

(١) المبسوط ٣: ٢١٦.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٢٣٣، المهذب البارع ٢: ٥٧٥، وجامع المقاصد ٧: ٣٤٨.

(٣) في ص: ٦٠.

الثاني

في ما يساقى عليه

وهو كل أصل ثابت، له ثمرة ينتفع بها مع بقائه. فتصح المساقاة على النخل، والكرم، وشجر الفواكه، وفيما لا ثمر له إذا كان له ورق ينتفع به كالتوت والحناء على تردد.

قوله: " وهو كل أصل ثابت له ثمرة... الخ ".

احترز به عن نحو البطيخ والبادنجان والقطن وقصب السكر، فإن هذه ليست كذلك وإن تعددت اللقطات وبقي القطن أزيد من سنة، لأن أصول هذه لا بقاء لها غالباً، واضمحلالها عادة، معلوم فلا عبرة بالنادر منها.

قوله: " فتصح المساقاة على النخل والكرم وشجر الفواكه ".

لا يخفى أن النخل والكرم من جملة شجر الفواكه، فعطفه عليهما تعميم بعد التخصيص، وهو جائز، لكن لو قدمه وجعلهما من أمثله كان أوقع.

قوله: " وفيما لا ثمرة له إذا كان له ورق ينتفع به كالتوت والحناء على تردد ".

منشؤه من أن هذه المعاملة باشمالها على ضرب من الغرر بجهالة العوض على خلاف الأصل، فيقتصر بها على محل الوفاق، وهو شجر الثمر، ومن أن الورق

المقصود كالثمرة في المعنى، فيكون مقصود المساقاة حاصلًا به. وفي بعض الأخبار (١) ما

(١) راجع دعائم الاسلام ٢: ٧٣ ح ٢٠٢، مستدرک الوسائل ١٣: ٤٦٦ ب " ٧ " من كتاب

ولو ساقى على ودي، أو شجر غير ثابت، لم يصح، اقتصارا على موضع الوفاق. أما لو ساقاه على ودي مغروس، إلى مدة يحمل مثله فيها غالبا، صح ولو لم يحمل فيها. وإن قصرت المدة المشترطة عن ذلك غالبا، أو كان الاحتمال على السواء، لم يصح.

يقتضي دخوله. والقول بالجواز لا يخلو من قوة. ومثله ما يقصد زهرة كالورد. والمراد بالتوت المبحوث عنه الذكر، وهو الذي لا يقصد ثمرته، أما الأنثى المقصود منه الثمرة فجائز إجماعا. والتوت بالتائين المثنتين من فوق، وفي لغة نادرة بالثاء المثثة أخيرا، ورده الجوهري (١).

قوله: "ولو ساقى على ودي أو شجر غير ثابت لم يصح، اقتصارا على موضع الوفاق".

الودي - بكسر الدال المهملة بعد الواو المفتوحة والياء المشددة أخيرا بوزن غني - فسيل النخل قبل أن يغرس، وفي القاموس (٢) أنه صغار الفسيل. ولا خلاف في عدم جواز المساقاة على غير المغروس منه إلا من بعض العامة (٣).
قوله: "أما لو ساقاه على ودي مغروس إلى مدة يحمل مثله... الخ".

إنما صح في الأول وإن لم يحمل لأن مرجع المساقاة إلى تجويز ظهور الثمرة وظنه بحسب العادة، فإذا حصل المقتضى صح وإن تخلف كما لو ساقاه على الشجر الكبير واتفق عدم ثمره في المدة، وحينئذ فلا أجر له على جميع العمل، لقدومه على ذلك. والمعتبر في صحة المساقاة ظن ثمره ولو في آخر المدة، كما لو ساقاه عليه عشر سنين

المزارعة ح ١، والخلاف ٣: ٤٧٦ مسألة ٣، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥٧.

(١) الصحاح ١: ٢٤٥ مادة (توت).

(٢) القاموس ٤: ٣٩٩.

(٣) المغني لابن قدامة ٥: ٥٧٩.

وكانت الثمرة لا تتوقع إلا في العاشرة، وحينئذ فتكون الثمرة في مقابلة جميع العمل. ولا يقدر خلو باقي السنين، فإن المعتبر حصول الثمرة ظناً في مجموع المدة لا في جميع أجزائها، كما يظهر ذلك في غيره من الشجر. وحيث تقع باطلّة، للعلم بالقصور عادة أو احتمال الأمرين، فللعامل أجره المثل مع جهله بالفساد لا مع علمه على الأقوى. واعلم أنه قد استفيد من ذلك أن عدم الثمرة غير قاذح في صحة المساقاة إذا كان حصولها مظنوناً عادة حين العقد، وحينئذ فيجب عليه إتمام العمل لو علم بالانقطاع قبله. ومثله ما لو تلفت الثمار كلها، أو أكلها الجراد، أو غصبها غاصب، فإنه في جميع ذلك يجب على العامل إكمال العمل، ولا أجر له وإن تضرر، كما يجب على عامل القراض إنضاض المال وإن ظهر الخسران، بل هنا أقوى، للزوم العقد، ووجوب العمل.

واحتمل في التذكرة (١) انفساخ العقد لو تلفت الثمار بأسرها، واستشكل الحكم الأول فارقاً بين العاملين بأن المباشر للبيع والشراء في القراض العامل، فكان عليه انضاض المال، بخلاف عامل المساقاة.

ويندفع بأن المساقاة عقد لازم، فلا يؤثر فيه تلف العوض، بخلاف القراض، فإذا وجب على عامل القراض مع جوازه وكون تغييره للمال بإذن المالك فهنا أولى. ويمكن أن يقال: إن تلف الثمرة هنا يكون كتلف العوض المعين قبل القبض، المقتضي للبطلان في البيع ونحوه. وفيه نظر.

(١) التذكرة ٢: ٣٥١.

الثالث

في المدة

ويعتبر فيها شرطان: أن تكون مقدرة بزمان لا يحتمل الزيادة والنقصان، وأن يكون مما يحصل فيها الثمرة غالبا.

قوله: " الثالث في المدة... الخ "

المشهور بين الأصحاب اشتراط ضبط المدة بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، كقدوم الحاج وإدراك الغلة، وإن كانت هي الغلة المعامل عليها، وقوفا فيما خالف الأصل واحتمل الغرر والجهالة على موضع اليقين. واكتفى ابن الجنيد (١) بتقديرها بالثمرة المساقى عليها، نظرا إلى أنه بالنسبة إلى ثبوته عادة كالمعلوم، ولأن المقصود منها هو العمل إلى اكمالها، ولأن العقد مبني على الغرر والجهالة فلا يقدرحان فيه. والأجود الأول، وإن كان كلامه لا يخلو من وجه.

واعلم أن الاتفاق على اشتراط تقديرها في الجملة كما قررناه، أما تركها رأسا فيبطل العقد قولاً واحداً، ولأن عقد المساقاة لازم كما تقدم. ولا معنى لوجوب الوفاء به دائماً، ولا إلى مدة غير معلومة، ولا سنة واحدة، لاستحالة الترجيح من غير مرجح. نعم، من قال من العامة إنها عقد جائز (٢) لا يعتبر عنده تعيين المدة، لانتفاء المحذور الذي ذكرناه.

(١) راجع المختلف: ٤٧٢.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥٦٨.

الرابع العمل

وإطلاق المساقاة يقتضي قيام العامل بما فيه زيادة النماء، من الرفق وإصلاح الأجاجين، وإزالة الحشيش المضر بالأصول، وتهذيب الجريد،

ولا حد للمدة في جانب القلة إلا بما يغلب فيه حصول الثمرة وإن كان شهرا، كما إذا ساقاه في آخر العمل بحيث بقي ما فيه للثمرة مستزاد يسير، ولا في جانب الكثرة عندنا، خلافا للشافعي (١) حيث شرط أن لا تزيد على ثلاثين سنة. وهو تحكم.

قوله: " وإطلاق المساقاة يقتضي قيام العامل - إلى قوله - وإصلاح الأجاجين "

الضابط أنه يجب على العامل مع الاطلاق كل عمل يتكرر كل سنة مما فيه صلاح الثمرة أو زيادتها، ومنه إصلاح الأرض بالحرث والحفر حيث يحتاج إليه، وما يتوقف عليه من الآلات والعوامل. والأجاجين جمع إجانة بالكسر والتشديد. والمراد بها هنا الحفر التي يقف فيها الماء في أصول الشجر التي تحتاج إلى السقي. قوله: " وتهذيب الجريد "

المراد بتهذيبه قطع ما يحتاج إلى قطعه منه، كالجزم اليابس، ومثله زيادة الكرم، وقطع ما يحتاج إلى قطعه من أغصان الشجر المضر بقاؤها بالثمرة أو الأصل، سواء كان يابسا أم أخضر، وتعريش الكرم حيث تجري عادته به، ونحو ذلك.

(١) حلية العلماء ٥ : ٣٦٩.

والسقي، والتلقيح، والعمل بالناضح، وتعديل الثمرة، واللقاط، وإصلاح موضع التشميس، ونقل الثمرة إليه، وحفظها،

قوله: " والسقي " .

وكذا مقدماته المتكررة، كالدلو، والرشا، وإصلاح طريق الماء، وتنقيتها من الحمأة ونحوها، واستقاء الماء، وإدارة الدولاب، وفتح رأس الساقية، وسدها عند الفراغ على ما تقتضيه الحاجة.

قوله: " وتعديل الثمرة " .

وهو إصلاحها بإزالة ما يضر بها من الأغصان والورق، ليصل إليها الهواء وما يحتاج إليه من الشمس، وليتيسر قطعها عند الإدراك، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صونا لها عن الشمس المضرة بها، ورفعها عن الأرض حيث تضر بها، ونحو ذلك.

قوله: " واللقاط " .

بفتح اللام وكسرهما، وهو لقاط الثمرة بمجرد العادة بحسب نوعها ووقتها، فما يؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاوته في الوقت الصالح له، وما يعمل دبسا فكذا، وما يؤخذ بسرا إذا انتهى إلى حالة أخذه، وما يؤخذ يابسا أخذ وقت يبسه.

قوله: " وإصلاح موضع التشميس ونقل الثمرة إليه " .

هذا فيما يفتقر إلى التشميس. وكما يجب إصلاح موضع التشميس يجب تحري موضع يصلح له عادة، ونقلها إليه، ووضعها فيه على الوجه المعتبر، وتقليبها في الشمس حيث تحتاج إليه، فلو وضعها في غيره فحصل بسببه نقص ضمن.

قوله: " وحفظها " .

أي حفظ الثمرة على أصولها، وفي بيدرها، وفي طريق إيصالها إلى مالكها إن لم يكن المالك قد تولى ذلك. وهل نقلها إلى منزل المالك، أو يده، أو من يقوم مقامه، على العامل؟ يحتمله، لأنه تمام العمل، ولعموم " على اليد ما أخذت حتى

وقيام صاحب الأصل ببناء الجدار، وعمل ما يستقى به من دولاب أو دالية،

تؤدي (١)، وعدمه، لأنه ليس من أعمال الثمرة، وإنما هو قبضها، فلا يجب عليه كالشريك.

والضابط أنه يجب عليه العمل إلى وقت القسمة، فلو أدخل بشيء مما يجب عليه بالشرط تخيير المالك بين فسخ العقد وإلزامه بأجرة مثل العمل، فإن فسخ قبل عمل شيء فلا شيء له، وإن كان بعده فله الأجرة، سواء كان قبل ظهور الثمرة أم بعده، قضية للشرط. أما ما يجب عليه مع الاطلاق فالظاهر أنه كذلك قبل ظهور الثمرة، أما بعده ففيه نظر، وليس ببعيد الجواز. ولو حصل على الأصل نقص بسبب التقصير لزمه الأرش. والظاهر أن الثمرة كذلك. قوله: " وقيام الأصل ببناء الجدار "

ضابط ما يجب عليه ما لا يتكرر كل سنة عادة، وإن عرض له في بعض الأحوال أ يتكرر. وهذه الأمور التي ذكرها منها. ولا فرق في بناء الحائط بين جميعه وبعضه. وفي حكمه وضع الشوك ونحوه على رأسه، قال في التذكرة (٢). ويشكل لو كان مما يتكرر كل سنة عادة، طردا للضابطين. قوله: " وعمل ما يستقى به من دولاب أو دالية "

الضابط: أنه يجب عليه من آلات السقي ما لا يتكرر غالبا في كل سنة، كالدولاب والدالية ونحو ذلك. وفي إلحاق ثور الدولاب به أو ببقر الحرث وجهان. أما ما يتكرر غالبا كالدلو والرشا فهو على العامل، خلافا لابن إدريس حيث أوجب الجميع على العامل (٣).

(١) عوالي اللثالي ١ : ٢٢٤، ومستدرک الوسائل ١٤ : ٧ ب " ١ " من كتاب الودیعة ح ١٢، ومسند أحمد ٥ : ١٢، سنن أبي داود ٣ : ٢٩٦ ح ٣٥٦١ وغيرها.
(٢) التذكرة ٢ : ٣٤٦.
(٣) السرائر ٢ : ٤٥١.

وإنشاء النهر، والكش للتلقيح. وقيل: يلزم ذلك العامل. وهو حسن، لأن به يتم التلقيح.

ولو شرط شيئاً من ذلك على العامل صح، بعد أن يكون معلوماً. ولو شرط العامل على رب الأصول عمل العامل له، بطلت المساقاة، لأن الفائدة لا تستحق إلا بالعمل.

قوله: " وإنشاء النهر "

ومثله الآبار الجديدة، والتي انهارت دون إصلاحها، وتنقيتها من الحمأة ونحوها، كما مر (١).

قوله: " والكش للتلقيح. وقيل: يلزم ذلك العامل. وهو حسن "

القول بوجوب الكش على المالك للأكثر، لأنه ليس من العمل، وإنما هو من الأعيان التي تصرف إلى مصلحة الثمرة، ولأصالة البراءة من وجوبه على العامل. والقول بوجوبه عليه لابن إدريس (٢)، لأنه مما يتم به نماء الثمرة وصلاحها الواجبان عليه. والأولى الرجوع فيه إلى العادة، ومع عدم اطرادها في شيء فالأولى التعيين. ومثله الخمر الذي يعمل للكرم، والزيت (٣) لعمل الزبيب، وتمهيد (٤) الأرض حيث يحتاج إليه. وفي التذكرة (٥) أن شراء الزبل وأجره نقله على رب المال، لأنه ليس من العمل، فجرى مجرى ما يلحق به، وتفريق ذلك على الأرض على العامل كالتلقيح. وهذا التفصيل مبني على وجوب الكش على المالك، كما أشعر به تعليقه، وإلا فهو محل الاشكال كالأصل الذي ألحقه به.

قوله: " ولو شرط شيئاً من ذلك على العامل صح بعد أن يكون معلوماً "

(١) في ص: ٣٤ و ٤٧.

(٢) السرائر ٢: ٤٥١.

(٣) كذا في النسخ. ولعل الصحيح: التزيب.

(٤) في " و " و " ن ": تسميد، وفي " س " و " م ": تسهيل، وفي " ب ": تشييد.

(٥) التذكرة ٢: ٣٤٦.

ولو أبقى العامل شيئاً من عمله، في مقابلة الحصة من الفائدة،
وشرط الباقي على رب الأصول، جاز.
ولو شرط أن يعمل غلام المالك
معه جاز، لأنه ضم مال إلى مال.

جميع ما ذكر سابقاً مما يجب على العامل والمالك إنما هو اطلاق العقد، ولو شرطاه على من هو عليه كان تأكيداً ولا يقدر في العقد.
ولو شرطاه على أحدهما، فإن شرط ما على المالك على العامل صح بعد أن يكون معلوماً بينهما على وجه لا يحتمل الغرر، وكذا لو شرط بعضه بطريق أولى.
ولو شرط ما يجب على العامل على المالك، فإن كان جميعه بطل، لما ذكره المصنف من أن الحصة إنما يستحقها العامل بالعمل، فإذا رفعه عنه لم يستحق شيئاً، وإن أبقى منه شيئاً فيه مستزاد الثمرة صح، وجعلت الحصة مقابلة له، للأصل، وعموم "المؤمنون عند شروطهم" (١)، ولا فرق بين أن يبقى عليه الأقل والأكثر عندنا.
ولو أبقى العامل ما لا يحصل به مستزاد الثمرة كالحفظ لم يصح أيضاً، لمنافاة وضع المساقاة، كما لو ساقاه وقد بقي من العمل ذلك. نعم، لو جعل ذلك بلفظ الإجارة مع ضبط المدة صح.

قوله: "ولو شرط أن يعمل غلام المالك معه جاز لأنه ضم مال إلى مال".

أشار بالتعليل إلى جواب بعض العامة (٢) المانع من ذلك، محتجاً بأن يده كيد مالكة وعمله كعمله، فكما لا يصح اشتراط عمل المالك فكذا غلامه المملوك، ولأنه مخالف لوضع المساقاة، وهو أن يكون من المالك المال ومن العامل العمل.
وحاصل الجواب: أن عمل غلام المالك مال له، فهو ضم مال إلى مال، كما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها. والفرق بين الغلام وسيدته

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥ والوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ "
من أبواب المهور ح ٤.
(٢) المغني لابن قدامة ٥: ٥٦٧.

أما لو شرط أن يعمل الغلام لخاص العامل، لم يجز، وفيه تردد.
والجواز أشبه.
وكذا لو شرط عليه أجره الأجراء، أو شرط خروج أجرتهم،
صح منهما.

ظاهر، فإن عمل العبد يجوز أن يكون تابعا لعمل العامل، ولا يجوز أن يكون عمل
المالك تابعا لعمله، لأنه هو الأصل، ويجوز في التابع ما لا يجوز في المنفرد، مع أنا
نمنع حكم الأصل، فإننا قد جوزنا أن يشترط على المالك أكثر العمل.
قوله: " أما لو شرط أن يعمل الغلام لخاص العامل لم يجز. وفيه تردد.
والجواز أشبه "

المراد بالشرط هنا أن يعمل الغلام في الملك المختص بالعامل أو العمل
المختص به، أي الخارج عن المال المشترك بينه وبين سيده المساقى عليه.
ووجه الجواز: أنه شرط سائغ فيجوز اشتراطه، ولأنه إذا جاز أن يعمل في
المشترك بينه وبين مولاه جاز في المختص.
ووجه المنع الموجب لتردده أولا: أنه شرط عملا في مقابلة عمله، فصار في قوة
اشتراط جميع العمل على المالك. وفساده ظاهر. والمعروف أن المانع من ذلك
الشافعي (١)، لكن المصنف والعلامة (٢) ذكرا المسألة على وجه يشعر بالخلاف عندنا.
وقد تكرر هذا منهما في مواضع كثيرة.
قوله: " وكذا لو شرط عليه أجره الأجراء... الخ ".
شرط العامل على المالك أجره الأجراء يجري على وجهين:
أحدهما: أن يشترط عليه أجره ما يحتاج إليه العامل من الأجراء مما لا يقدر
على مباشرته أو لا يعتادها ونحو ذلك، بحيث يكون منه عمل في الجملة فيه مستزاد

(١) فتح العزيز (المطبوع بهامش المجموع) ١٢ : ١٣٦.

(٢) التحرير ١ : ٢٥٩ والقواعد ١ : ٢٤٠.

الثمرة. وجواز هذا القسم واضح بعد ما ثبت من جواز اشتراط بعض العمل على المالك، لكن يشترط هنا ضبط ما يشترطه من ذلك حذرا من الغرر. وكذا لو شرط ذلك عليهما بطريق أولى.

وهذا القسم خالف فيه الشيخ رحمه الله (١)، فمنع من اشتراط أجره الأجراء الذين يستعان بهم، لأن موضوع المساقاة أن يكون من رب المال المال ومن العامل العمل، وبالشرط المذكور يكون من رب المال المال والعمل معا. وكذا منع من اشتراط شيء مما على العامل على المالك مطلقا. والأقوى الجواز فيهما. والثاني: أن يشترط العامل على المالك أن يستأجره بأجرة على جميع العمل، ولا يبقى له إلا الاستعمال والثمرة. وفي صحة هذا الشرط وجهان: أحدهما: الجواز، لأن ذلك عمل تدعوا الحاجة إليه، فإن المالك قد لا يهتدي إلى الدهقنة واستعمال الأجراء، ولا يجد من يباشر الأعمال أو يأتمنه، فتدعوه الحاجة إلى أن يساقي من يعرف ذلك، لينوب عنه في الاستعمال. وثانيهما: المنع، للشك في أن مثل ذلك يسمى عملا من أعمال المساقاة الذي هو شرط في صحتها، فإن المتبادر من أعمالها خلاف ذلك، والعقود إنما تكون بتوقيف الشارع، خصوصا في مثل هذا العقد الذي هو على خلاف الأصل. إذا تقرر ذلك، فقول المصنف: " وكذا لو شرط... الخ " يمكن كونه معطوفا على الحكم بالجواز، فيكون إشارة إلى القسم الأول، مع إمكان أن يريد الثاني أيضا. ويمكن عطفه على التردد، فيكون إشارة إلى القسم الثاني، مع إمكان أن يريد به الأول. وإنما قلنا ذلك لأن الأول موضع رجحان مع احتمال المنع، والثاني موضع تردد مع احتمال الجواز.

(١) المبسوط ٣: ٢١٧.

الخامس في الفائدة

ولا بد أن يكون للعامل جزء منها مشاعا. فلو أضرب عن ذكر الحصة، بطلت المساقاة. وكذا لو شرط أحدهما الانفراد بالثمرة، لم تصح المساقاة. وكذا لو شرط لنفسه شيئا معيناً، وما زاد بينهما. وكذا لو قدر لنفسه أرتالاً، وللعامل ما فضل أو عكس. وكذا لو جعل حصة ثمرة نخلات بعينها، وللآخر ما عداها.

قوله: " وكذا لو شرط أحدهما الانفراد بالثمرة لم تصح المساقاة ". لمخالفته لمقتضاها، لأنها تقتضي شرعا التشريك بينهما في الثمرة، فإذا شرطت لأحدهما بطلت، لكن يختلف الحكم حينئذ، فإن شرطها إن كان للعامل فسدت والثمرة بأجمعها للمالك، وعليه للعامل أجره المثل، لدخوله على العمل بال عوض، فإذا لم يسلم له المشروط يرجع إلى أجره عمله. أما إذا شرطت للمالك فقد دخل العامل على التبرع بالعمل، فالأقوى أنه لا أجر له، لأن المتبرع لا أجر له ولا حصة، كما تقدم مثله في القراض (١). ووجه احتمال استحقاقه الأجرة أن المساقاة تقتضي العوض في الجملة، فلا يسقط بالرضا بدونه. وهو ضعيف.

قوله: " وكذا لو شرط بنفسه شيئا معيناً - إلى قوله - نخلات بعينها ". الوجه في جميع ذلك مخالفته لموضوع المساقاة، فإنها مبنية على الاشتراك في

(١) في ج ٤: ٣٦٤ - ٣٦٥.

ويجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر، إذا كان العامل عالما بمقدار كل نوع.
ولو شرط مع الحصة من النماء، حصة من الأصل الثابت لم يصح، لأن مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة. وفيه تردد.
ولو ساقاه بالنصف إن سقى بالناضح، وبالثلث إن سقى بالسايح، بطلت المساقاة، لأن الحصة لم تتعين. وفيه تردد.

الثمرة على سبيل الشيعاء، كما دل عليه النص (١) وفعل (٢) النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ولأنه ربما لا يحصل إلا ذلك القدر المعين فلا يكون للآخر شيء.
قوله: " ويجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة - إلى قوله - بمقدار كل نوع "

لأن الغرض ثبوت حصة معلومة كيف كان، فلو لم يعلم بمقدار أحد الأنواع لم يصح، لجهالة الحصة حينئذ، فإن المشروط فيه أقل الجزئين قد يكون أكثر الجنسين، فيحصل الغرر.

قوله: " ولو شرط مع الحصة من النماء - إلى قوله - وفيه تردد " .
وجه الفساد مما ذكر، وأن الحصة من الأصول تدخل في ملكه، فلا يكون العمل المبذول في مقابلة الحصة واقعا في ملك المالك، ولا واجبا بالعقد، إذا لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه، ومن عموم الأمر بالوفاء بالعقود (٣) " والمؤمنون عند شروطهم " (٤) وأن ذلك يجري مجرى اشتراط شيء غيره من ذهب أو فضة، وهو جائز وإن كره. والقول بالمنع أوجه.

قوله: " ولو ساقاه بالنصف إن سقى بالناضح - إلى قوله - وفيه تردد " .
وجه البطالان واضح، لأن العمل مجهول، والنصيب مجهول، فهو مثل بعثك

(١) لاحظ الوسائل ١٣: ١٩٩ ب " ٨ و ٩ " وغيرهما من أحكام المزارعة والمساقاة.

(٢) لاحظ الوسائل ١٣: ١٩٩ ب " ٨ و ٩ " وغيرهما من أحكام المزارعة والمساقاة.

(٣) المائدة: ١.

(٤) راجع ص: ١٠ ٢٠.

ويكره أن يشترط رب الأرض على العامل مع الحصة شيئاً من ذهب أو فضة، لكن يجب الوفاء بالشرط. ولو تلفت الثمرة لم يلزم.

بدينار مؤجل وبنصفه حال (١). ويحتمل صحة ذلك، لتعيين الحصة على التقديرين، كما يصح الإجارة إذا قال: "إن خطته روميا فلك كذا، وإن خطته فارسيا فلك كذا". ومن ذلك يظهر منشأ التردد. والأقوى البطلان، ومسألة الإجارة إن ثبتت فهي خارجة بدليل خارج.

قوله: "ويكره أن يشترط رب الأرض - إلى قوله - لم يلزم". أما صحة شرط ذلك فلعوموم "المؤمنون عند شروطهم"، وهو مع ذلك غير مناف لمقتضى العقد، لأن الثمرة مشاعة بينهما، وهذا شرط زائد. وأما كراهته فهو المشهور بين الأصحاب لا نعلم بينهم خلافاً في ذلك. والعامّة (٢) أطبقوا على منعه وأبطلوا به المساقاة.

وأما إذا تلفت الثمرة أجمع، ومثله ما إذا لم تخرج، فوجه سقوط المشروط أنه لولاه لكان أكل مال بالباطل، فإن العامل قد عمل ولم يحصل له عوض، فلا أقل من خروجه رأساً برأس. نعم، لو كان الشرط للعامل على رب الأرض اتجه عدم سقوطه، لأن العوض من قبل العامل - وهو العمل - قد حصل، والشرط قد وجب بالعقد، فلا وجه لسقوطه. وربما قيل بمساواته للأول، وهو ضعيف.

ولو كان التالف في الصورة الأولى البعض خاصة فالأقوى عدم سقوط شيء من المشروط، لأصالة العدم، ولأن المعبر حصول عوض العمل، ولا اعتبار بكثرتة وقلته، ومن ثم لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمرة أو أكثرها. ويحتمل أن يسقط منه بالنسبة نظراً إلى مقابلة الأجزاء بالأجزاء حيث قوبلت الجملة بالجملة. وضعفه ظاهر.

(١) في "م" فقط: حلا. والظاهر أن الصحيح: بدينار مؤجلاً وبنصفه حالا.

(٢) راجع بداية المجتهد ٢: ٢٤٨ والمغني لابن قدامة ٥: ٥٧٧.

السادس
في أحكامها
وهي مسائل:
الأولى: كل موضع تفسد فيه المساقاة، فللعامل أجره المثل،
والثمرة لصاحب الأصل.

قوله: " كل موضع تفسد فيه المساقاة... الخ ".
أما كون الثمرة لصاحب الأصل فظاهر، لأنها نماء ملكه، ولم يحصل ما يوجب
نقلها عنه. وأما وجوب أجره المثل للعامل فلأنه لم يتبرع بعمله ولم يحصل له العوض
المشروط، فيرجع إلى الأجرة. ويجب تقييده بما إذا كان جاهلا بالفساد، ولم يكن
الفساد باشتراط جميع الثمرة للمالك، إذ لو كان عالما به لكان متبرعا بالعمل، لأنه
بذل عمله في مقابلة ما يعلم أنه لا يحصل. وأما مع شرط جميع الثمرة للمالك فلدخوله
على أن لا شيء له وإن كان جاهلا وقد تقدم (١) مثله.
لا يقال: إن إيقاع العقد يقتضي أمر المالك له بالعمل، فيلزمه الأجرة مطلقا،
لأنه عمل له أجرة عادة، والعامل ناصب نفسه للأجرة، كما سيأتي (٢) إن شاء
الله تعالى.
لأنا نقول: أمر المالك له بالعمل ليس مطلقا حتى تلزمه الأجرة كما هو

(١) في ص: ٥٣.

(٢) في الصفحة التالية.

الثانية: إذا استأجر أجيرا للعمل بحصة منها، فإن كان بعد بدو
الصالح جاز. وإن كان بعد ظهورها وقبل بدو الصالح بشرط القطع صح
إن استأجره بالثمرة أجمع. ولو استأجره ببعضها قيل: لا يصح، لتعذر
التسليم. والوجه الجواز.

المفروض في القاعدة، وإنما أمره بعضو مخصوص، وهو الجزء من الثمرة، مع علم
العامل بعدم حصول ذلك بسبب الفساد، فيكون كما لو أمره بالعمل بغير أجره،
فإنه لا يستحقها. ومثله ما لو أمره بالعمل مع كون الثمرة بأسرها له، لأن لازم هذه
الإذن وحاصلها تبرع العامل.

نعم، يبقى في المسألة بحث آخر، وهو أنه مع جهله بالفساد، وكونه ليس من
جهة ما يقتضي عدم العوض، ينبغي على ما قررناه أن يثبت للعامل أقل الأمرين من
الحصة المشتركة وأجرة المثل، لأن الأقل إن كان هو الأجرة فظاهر، لأن فساد العقد
أسقط الحصة فيرجع إلى الأجرة، وإن كان الأقل هو الحصة فالعامل قدم على أن لا
يكون له سواها في مقابلة عمله، حتى لو كانت في مقابلة عشر العمل لكان مسقطا
للزائد، فيكون متبرعا بالزائد على هذا التقدير، كما تبرع به على تقدير اشتراط جميع
الثمره للمالك، وعلى تقدير علمه بالفساد.

ويمكن أن يجاب بالفرق بين الموضوعين، فإنه على هذا التقدير لم يقدم على
التبرع بعمله أصلا، بل كما يحتمل أن يكون الحصة قاصرة عن مقابلة العمل يحتمل
مساواتها له وزيادتها عليه أضعافا مضاعفة، فهو قادم على عمل بعوض محتمل
للزيادة والنقصان، فليس متبرعا به مطلقا وإن احتمل قصوره في بعض الأحوال،
بخلاف العالم ومشتراط جميع الحصة للمالك، فإنه قادم في ابتداء الأمر على التبرع
المحض على كل تقدير.

وهذا الفرق لا بأس به، وإن كان ما اقتضاه البحث متوجها أيضا. وأكثر
الأصحاب أطلقوا وجوب أجره المثل مع الفساد. وفيه تردد.
قوله: " إذا استأجر أجيرا للعمل بحصة منها، فإن كان... الخ ".
إذا استأجر على العمل بجزء من الثمرة، فإن كان قبل ظهورها لم يجز قولاً

الثالثة: إذا قال: ساقيتك على هذا البستان بكذا، على أن أساقيتك على الآخر بكذا، قيل: يبطل. والجواز أشبه.

واحدا، لأن عوض الإجارة يشترط فيه الوجود والمعلومية كعوض البيع، وهما منتفیان هنا، بخلاف عوض المساقاة، فإنها جوزت كذلك، وخرجت عن الأصل بالنص (١) والاجماع، وإمساس الحاجة.

وإن كانت موجودة وكان قبل بدو صلاحها بنى على جواز نقلها بالبيع مطلقا أو بشرط القطع. وقد تقدم (٢) أن الأقوى الجواز مطلقا، فيصح هنا كذلك. واشترط المصنف هنا شرط القطع مبني على مذهبه في البيع، وكان عليه أن يضم إليه الضميمة أيضا، فإنه يكتفي بها في البيع عن شرط القطع، فليكن هنا كذلك. ولعله اكتفى بالإشارة إلى تساويهما في الحكم إجمالا.

ويتفرع على ذلك ما لو كان الاستئجار ببعضها، فإنه ينقدح عدم الجواز لأنها تصير حينئذ مشتركة، والشركة تمنع من شرط القطع، ويتعذر التسليم، لتوقفه على إذن الشريك، وقد لا يحصل. والأصح الجواز، لا مكان القطع والتسليم بالإذن كما في كل مشترك. ولو فرض امتناع الشريك يمكن بإذن الحاكم. ولو كان الاستئجار بجميع الثمرة فلا اشكال، لانتفاء المانع. ومع الاكتفاء بالضميمة عن اشتراط القطع يندفع ذلك كله. وحيث لم يعتبر أحدهما فلا اشكال في الموضوعين. قوله: " إذا قال: ساقيتك على هذا البستان... الخ "

القول بالبطلان للشيخ رحمه الله في المبسوط (٣)، محتجا عليه بأنه بيعتان في بيعة، فإنه ما رضي أن يعطيه من هذه الحصة إلا بأن يرضى منه من الآخر بالحصة الأخرى، وهكذا في البيع إذا قال: بعتك عبدي هذا بألف على أن تبيني عبدك بخمسائة، فالكل باطل، لأن قوله: على أن تبيني عبدك، إنما هو وعد لا يلزم الوفاء

(١) لاحظ الوسائل ١٣: ٢٠١ ب " ٩ " من أبواب المزارعة والمساقاة.

(٢) في ج ٣: ٣٥٥.

(٣) المبسوط ٣: ٢١١.

الرابعة: لو كانت الأصول لاثنين، فقلالا لواحد: ساقيناك، على أن لك من حصة فلان النصف، ومن حصة الآخر الثلث، صح بشرط أن يكون عالما بقدر نصيب كل واحد منهما. ولو كان جاهلا بطلت المساقاة، لتجهيل الحصة.

به، والحال أنه قد نقص الثمن لأجله، فإذا بطل ذلك رد إلى الثمن ما نقص منه، وهو مجهول فيتجهل الثمن. قال: " وبهذا فارق ما إذا قال: ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا والثلث من هذا، لأنها صفقة واحدة، كما لو قال: بعثك كذا وبعثك كذا، الأول بمائة والثاني بمائتين ".
وابن الجنيدي (١) عكس الحكم فقال: " لا أختار إيقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرقة، بعضها أشق عملا من بعض، إلا أن يعقد ذلك ويشترط في العقد العقد على الأخرى ".

والأقوى صحة الجميع، ونمنع الجهالة التي ادعاها الشيخ، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود (٢)، وما يتضمنه من الشرط كالجزم منه، ووجوب الوفاء بالشرط. ولو فرض عدم الوفاء لا يقتضي ذلك رد الناقص من الثمن كما ادعاه، بل تسلط المشروط له على الفسخ كما في الإخلال بغيره من الشروط. وأما ابن الجنيدي فلم يذكر على مدعاه دليلا، ومقتضى الأصل جواز الأمرين معا.

قوله: " لو كانت الأصول لاثنين فقلالا لواحد: ساقيناك... الخ ".
إذا تعدد المالك واتحد العامل والعقد، صحت المساقاة مع تساويهما في الحصة المجعولة كالنصف والثلث، سواء علم حصة كل واحد منهما أم لا، لأن حصته معلومة من المجموع، والمجموع معلوم، ولا ضرورة إلى العلم بقدر حصة كل منهما. وإن اختلفتا فلا بد من معرفة العامل بمقدار حصة كل منهما في الملك، لئلا يتجهل حصته من النماء، لأنه حينئذ بمنزلة عقدين.

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٧٢.

(٢) المائة: ١.

الخامسة: إذا هرب العامل لم تبطل المساقاة. فإن بذل العمل عنه باذل، أو دفع إليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه، فلا خيار. وإن تعذر ذلك كان له الفسخ، لتعذر العمل.

ولا فرق على تقدير العلم بحق كل واحد بين الاثنين والزائد عليهما، فلو كان بستان واحد بين ثلاثة بالسوية فساقوا عليه واحدا يعلم بقدر النصيب، على أن له من نصيب واحد النصف، ومن نصيب الثاني الربع، ومن الثالث الثمن، صح. وتصح مسألتهم من أربعة وعشرين مخرج السهام في عدد الشركاء، لكل واحد منهم ثمانية، فللعامل من حصة الأول أربعة، ومن الثاني اثنان، ومن الثالث واحد، والباقي لهم على التفاوت المقرر.

ولو كان البستان لستة ملاك بالسوية، فساقوا عليه واحدا على أن له من نصيب واحد النصف، ومن نصيب الثاني الربع، ومن الثالث الثمن، ومن الرابع الثلثين، ومن الخامس الثلث، ومن السادس السدس، صح. وتصح مسألتهم من مائة وأربعة وأربعين، لكل واحد منهم أربعة وعشرون، فيأخذ العامل ممن شرط له النصف اثني عشر، ومن الثاني ستة، ومن الثالث ثلاثة، ومن الرابع ستة عشر، ومن الخامس ثمانية، ومن السادس أربعة فيجتمع له تسعة وأربعون، وللملاك خمسة وتسعون يتفاوتون فيها على ما تقرر.

وطريق بلوغها ذلك: أن مخارج الثلاثة الأولى متداخلة يكتفى فيها بمخرج الثمن، ومخارج الثلاثة الأخيرة متداخلة يكتفى فيها بمخرج السدس، فتنقى ستة وثمانية، وبينهما موافقة بالنصف، تضرب نصف أحدهما في الآخر، ثم تضرب المرتفع وهو أربعة وعشرون في عدد الشركاء. وقس على هذا ما شئت من فروض المسألة، ذكرنا منها هذا القدر للتدريب.

قوله: " إذا هرب العامل لم تبطل المساقاة، فإن بذل العمل... الخ "

لما كانت المساقاة من العقود اللازمة لم تنسخ بمجرد هرب العامل. ولا يتسلط

ولو لم يفسخ، وتعذر الوصول إلى الحاكم كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه، ويرجع عليه على تردد. ولو لم يشهد لم يرجع.

المالك على فسخها به، كما لا يملك فسخها بامتناعه من العمل بغير هرب. ثم إن تبرع المالك أو غيره عليه بالعمل أو بمؤنته بقي استحقاقه بحاله، وإلا رفع المالك أمره إلى الحاكم إن وجدته ويثبت عنده المساقاة، فينفذ الحاكم في طلبه فإن وجدته أجبره على العمل. وإن لم يجده ووجد له مالا استأجر منه من يتمم العمل، لأنه مستحق عليه، فإن لم يجد له مالا أنفق من بيت المال ولو قرضا إن كان فيه سعة، فإن لم ينفق اقترض عليه الحاكم، أو استأجر بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة. ولو فقد جميع ذلك إما لعدم من يعمل ذلك للحاكم، أو لعدم إمكان إثبات العقد عنده، أو لعدم بسط يده، أو لفقده، تخير المالك بين فسخ المساقاة دفعا للضرر وإبقائها. فإن فسخ صارت الثمرة له وعليه أجرة مثل عمله قبل الهرب، لأنه عمل محترم صدر بإذن المالك في مقابلة عوض وقد فات بالفسخ، فتجب قيمته وهو الأجرة، لكن إنما يفسخ إذا كان ذلك قبل ظهور الثمرة، أو بعده إذا لم يمكن بيعها أو بعضها للانفاق على العمل، أو لم يف به، وإلا باعها أو بعضها إن أمكن الاجتزاء به وأنفق، ولا فسخ لزوال الضرر. ولو لم يوجد راغب في البعض مع الاكتفاء به في العمل باع الجميع وحفظ الباقي للعامل. وإن لم يفسخ والحال أنه قد تعذر إذن الحاكم والمتبرع، أنفق هو بنية الرجوع ورجع على الأقوى. قوله: " ولو لم يفسخ وتعذر الوصول إلى الحاكم... الخ ". الأولى أن يراد بتعذر الوصول إلى الحاكم تعذر الوصول إلى إذنه كما قلناه سابقا، سواء كان موجودا ولم يمكن استيذانه، لعدم إمكان إثبات الحق عنده، أم لغير ذلك. وفي حكم تعذره بعده عنه بحيث يتوقف الوصول إليه على مشقة كثيرة. وحينئذ فهل له أن يشهد ويرجع؟ تردد المصنف في ذلك، من لزوم الضرر بدونه،

السادسة: إذا ادعى أن العامل خان، أو سرق، أو أتلف، أو فرط فتلّف، وأنكر، فالقول قوله مع يمينه.

وهو منفي بالآية (١) والخبر (٢)، ومن أصالة عدم التسلط على مال الغير، وثبوت شيء في ذمته بغير أمره ومن يقوم مقامه. والأقوى الرجوع حينئذ مع نيته. ومقتضى قوله: " ولو لم يشهد لم يرجع " أنه على تقدير القول بجواز الرجوع مع الاشهاد لو لم يشهد لم يرجع، سواء أمكنه الاشهاد أم لم يمكن، لأنه شرط في جواز الرجوع كإذن الحاكم فينتفي بدونه. وهذا أحد الأقوال في المسألة. والثاني: أنه يرجع مع تعذر الاشهاد لا مع إمكانه كما في إذن الحاكم، دفعا للحرص والضرر. والثالث: أنه يرجع مع نيته مطلقا. وهو الأقوى، إذ لا مدخل لشهادة الشاهدين في التسلط على مال الغير وإثبات شيء في ذمته، ولا ولاية لهما على العامل، وإنما فائدتهما التمكن من اثبات الحق، وهو أمر آخر، والمقتضى لعدم الرجوع هو نية التبرع أو عدم نية الرجوع، ولأصالة عدم الاشتراط. فعلى هذا يثبت حقه في ذمته فيما بينه وبين الله تعالى. ويحتمل قويا قبول قوله مع يمينه، لأن الأصل أن الانسان لا يتبرع بعمل يحصل فيه غرامة عن الغير.

قوله: " إذا ادعى أن العامل خان - إلى قوله - مع يمينه " .

أي القول قول العامل في ذلك كله، لأنه أمين ونائب عن المالك في حفظ حصته كعامل القراض، والأصل عدم ذلك كله. قال في التذكرة (٣): " وإنما تسمع دعوى المالك في ذلك كله إذا حرر الدعوى وبين قدر ما خان، فحينئذ يقبل قول العامل مع يمينه إن لم تكن بنية. وهذا بناء منه على أن الدعوى المجهول لا تسمع،

(١) لم نجد في القرآن الكريم ما يدل على نفي الضرر. ولعله أراد نفي الحرج. الحج: ٧٨.
(٢) مصادر هذا المضمون في الأحاديث كثيرة، راجع الوسائل ١٧: ٣١٩ ب " ٥ " من أبواب الشفعة ح ١، وص ٣٤١ ب " ١٢ " من أبواب إحياء الموات، وغير ذلك.
(٣) التذكرة ٢: ٣٥١.

وبتقدير ثبوت الخيانة هل ترفع يده، أو يستأجر من يكون معه من أصل
الثمرة؟ الوجه أن يده لا ترفع عن حصته من الربح، وللمالك رفع يده عما
عداه. ولو ضم إليه المالك أمينا كانت أجرته عن المالك خاصة.

مع أن مذهبه في باب القضاء (١) سماع الدعوى المجهولة، فلو قلنا بسماعها - كما هو
الأجود - كفى في توجه الدعوى مجرد دعوى أحد هذه الأمور من غير احتياج إلى بيان
القدر. وهذه قاعدة بابها أليق، فلا وجه لتخصيص البحث فيها بهذه الدعوى.
قوله: " وبتقدير ثبوت الخيانة - إلى قوله - رفع يده عما عداه ".
الوجه وجيه، لأن الناس مسلطون على أموالهم، فلا وجه لرفع يد مالك عن
ماله لأجل مالك آخر. ووجه الرفع: أن إثبات يده على حصته يستدعي إثباتها على
حصّة المالك، وذلك غير جائز، فيما يتوقف عليه الواجب - وهو رفع يده عن حصّة
المالك - واجب، وهو رفع يده عن حصته. وضعفه ظاهر. وفيه ترجيح لأحد الحقيين
بلا مرجح. وكذلك استتجار من يكون معه من الأصل، فإن ذلك حقه فلا يقع
بدون إذنه، غايته أن المالك إذا لم يرض باستئمانه ضم إليه من شاء يكون أمينا على
حصته. نعم، لو لم يمكن حفظه مع الحافظ توجه رفع يده عن الثمرة أجمع وإخراج
أجرة العامل من البين (٢)، لأن العمل واجب عليه، وقد تعذر فعله بنفسه، فيكون
كما لو هرب. ويحتمل مساواتها للأول، لمنع تعذر العمل من جهته بمجرد خيانتة.
قوله: " ولو ضم المالك أمينا كانت أجرته عن المالك خاصة ".
لأنه نائبه والقائم مقامه في حفظ ماله، وعمله لمصلحته، والعامل إنما يجب
عليه العمل، وهو باذل له، وحيانتة لا ترفع ذلك. وخالف فيه بعض العامة (٣)
فجعلها على العامل، لأن مؤنة الحفظ عليه. وهو ضعيف، لأنه باذل للحفظ.

(١) الارشاد ٢: ١٤٣، التحرير ٢: ١٨٦، القواعد ٢: ٢٠٧.

(٢) في "س" من ماله.

(٣) المنهاج، راجع مغني المحتاج ٢: ٣٣١، الوجيز ١: ٢٢٩.

السابعة: إذا ساقاه على أصول فبانت مستحقة بطلت المساقاة،
والثمرة للمستحق. وللعامل الأجرة على المساق، لا على المستحق. ولو
اقتسما الثمرة وتلفت كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع.
ويرجع الغاصب على العامل بما حصل له. وللعامل على الغاصب أجرة
عمله. أو يرجع على كل واحد منهما بما حصل له. وقيل: له الرجوع على

قوله: " إذا ساقاه على أصول فبانت مستحقة... الخ ".
أما كون الثمرة للمستحق فظاهر، لأنها نماء ملكه، ولم ينتقل عنه بوجه.
وينبغي تقييد ذلك بما إذا لم يجز المساقاة، لأن المساقى الغاصب لا يقصر عن كونه
فضولياً. ولا يقال إن مثل ذلك لا يتصور فيه إجازة المساقاة مع وقوع العمل له بغير
عوض، فكيف يرضى بدفع العوض - وهو الحصة - مع ثبوتها له مجاناً؟! لأن هذا
الاستبعاد إنما يتم لو كان الظهور بعد تمام العمل، والمسألة مفروضة فيما هو أعم منه،
فيمكن أن يبقى من العمل ما يؤثر المستحق معه دفع الحصة في مقابلة الباقي، لأن
الأغراض لا تنضبط.

وأما ثبوت أجرة العامل على المساقى فلأنه استدعى منه عمله في مقابله
عوض ولم يسلم له، فلم يدخل متبرعاً.

وفي قول المصنف: " فبانت مستحقة " إشارة إلى أن العامل جاهل
بالاستحقاق، فلو كان عالماً لم يرجع على المساقى بشئ، كما أسلفناه. والفرق بين
ظهور استحقاق الثمرة وبين هلاكها أو سرقتها - حيث تثبت الأجرة للعامل في الأول
دون الثاني - أن الاستحقاق يوجب فساد العقد حيث لم يجزه المالك، وفساد العقد
يوجب الرجوع إلى الأجرة على ما فصل، بخلاف هلاك الثمرة وسرقتها وما شاكلهما،
فإن العقد معه صحيح، فلا يستحق العامل سوى الحصة وإن فاتته، لأن ذلك
مقتضى عقد المساقاة على تقدير صحته.

قوله: " ولو اقتسما الثمرة... الخ ".
إذا ظهر استحقاق الأصول بعد ظهور الثمرة فلا يخلو: إما أن تكون باقية أو

العامل بالجميع إن شاء، لأن يده عادية. والأول أشبه، إلا بتقدير أن يكون العامل عالما به.

تالفة. وتلفها إما أن يكون في يد العامل أو المساقى، على وجه يضمن لو كان مالكا وعاملا، أو لا معه، بعد القسمة أو قبلها، مع علم كل منهما بكونها مستحقة للغير، أو لا معه، ومع ادعاء المالك الملك وتسليم العامل له ذلك قطعا أو عملا بالظاهر، أو لا معه. فهذه خلاصة أقسام المسألة التي يختلف الحكم باختلافها. وأما حكمها فنقول: إن كانت الثمرة باقية وجب ردها على مالكا الذي قد ثبت ظاهرا، لأنها عين ماله. ومع تلفها فإن كان بعد القسمة وتلف كل حصة في يد المستولي عليها، تخير المالك في الرجوع على كل منهما بالجميع والبعض، لأن كلا منهما ضامن لجميع الثمرة بوضع يده عليها، فإن رجع على الغاصب بالجميع كان للغاصب الرجوع على العامل بنصف الثمرة التي استهلك، لأنه لم يملكها العامل، لفساد العقد ظاهرا، وقد أخذ المالك عوضها من الغاصب، فكانت حقا له، لخروجها عن ملك المالك بأخذ عوضها من الغاصب، فلا يجمع بين العوض والمعوض، وللعامل على الغاصب الأجرة. هذا إذا لم يصرح الغاصب بكونه مالكا، وإلا لم يكن له الرجوع على العامل بشئ، لاستلزام دعواه أنه لا حق له على العامل، لأنه أخذ الحصة باستحقاق، والمدعي ظلمه بأخذ العوض منه، فلا يرجع على غير ظالمه. وكذلك ثبوت أجرة المثل للعامل مقيد بما إذا لم يصرح بملكية المساقى، فإنه يستلزم دعوى كون المدعي مبطلا، والبينة غير صادقة، وأنه لا حق له إلا الحصة. نعم، لو كان اعترافه مبينا على ظاهر اليد قبل رجوعه. وإن رجع على العامل بالجميع، بناء على أنه قد أثبت يده على جميع الثمرة فاستحق المالك الرجوع عليه، رجع العامل على الغاصب بنصف الثمرة التي أتلفها وبأجرة مثله مع جهله. ومع علمه لا يرجع بأجرة بل بحصة الغاصب خاصة، لقرار الضمان على من تلفت في يده. وإن رجع على كل منهما بما صار إليه جاز، لأن قرار ضمانه على من تلف في

الثامنة: ليس للعامل أن يساقي غيره، لأن المساقاة إنما تصح على أصل مملوك للمساقي.

يده، فله الرجوع به من أول الأمر. وحينئذ فيرجع العامل على الغاصب بأجرة مثله لا غير مع جهله.

ولو كان الجميع قد تلف في يد العامل فضمن حصته عليه، وأما حصة الغاصب فإن يده عليها يد أمانة بزعم المالك، لأنه أمينه، فإذا ظهر كونه ضامنا رجع على الغاصب، لغروره. ولو تلف الجميع في يد الغاصب نظر، هل كانت يده عليه يد أمانة أو يد ضمان؟ فيترتب على كل منهما مقتضاه.

إذا تقرر ذلك: فقد اختار المصنف أن المالك ليس له الرجوع على العامل بالجميع بعد حكاية القول بجوازه. ووجه ما اختاره: أن العامل لا تثبت يده على الثمرة بالعمل، وإنما هو مراعى لها وحافظ ونائب عن المساقي، فلا يضمن إلا ما حصل في يده، حتى لو تلفت الثمرة بأسرها بغير فعله قبل القسمة أو غصبت لم يضمن، لأن يده لم تثبت عليه، بل يد العاقد مستدامة حكما.

والأقوى ما اخترناه من جواز الرجوع عليه بالجميع، لأن يده على جميع الثمرة وإن كانت بالنيابة واستدامة يد المساقي لا ترفع يده. قوله: " ليس للعامل أن يساقي غيره... الخ ".

الأصل في هذه المعاملة أن تقع على الأصول المملوكة للمساقي. والعامل لا يملك منها سوى الحصة من الثمرة بعد ظهورها، كما قد علم من تعريفها وبقيتها أحكامها. ومن ثم لم يجز للعامل أن يساقي غيره، بخلاف المزارعة، فإن مبنائها في الأصل على المعاملة على الأرض بحصة من حاصلها. وباقي اللوازم الأصل فيها أن يكون على العامل، إذ لا يقتضي تعريف المعاملة على الأرض أزيد من ذلك. ولما كان المقصود بالذات من المعاملين هو الحاصل، والأرض مقصودة بالعرض، كان لعامل المزارعة أن يزارع غيره، لأن البذر - الذي يتفرع منه الحاصل - منه، فكان البذر في ذلك كالأصول في المساقاة، فيعامل عليه من يملكه، بخلاف المساقاة، فإن عمل

الأصول مقصود بالذات لمالكها أيضا كالثمرة، فلا يجوز أن يعامل عليها بغير إذنه، لاختلاف الناس في العمل، وتفاوت الأغراض فيه. ويعلم من هذا أن البذر لو كان من رب الأرض لم يجز للعامل مزارعة غيره. وقد تقدمت (١) الإشارة إليه. وربما أشكل الحكم فيما لو ظهرت الثمرة وبقي فيها عمل يحصل به زيادة فيها، فإن المساقاة حينئذ جائزة، والعامل يصير شريكا فيها، فتسلطه عليها بالعقد كتسلط المزارع على الأرض، وكلاهما مقصود بالعرض، والمقصود بالذات هو الثمرة، وهي مملوكة للعامل، لأنه إذا ساقى حينئذ لا تحصل (٢) الحصة إلا مما يملكه، إذ ليس له تصرف في مال المالك، وعمله متعين عليه. فإن قيل: إن المعاملة لا تكون إلا على الأصول كما قد علم، وهي ليست مملوكة له، فلا ينفعه ملك النماء.

قلنا: وكذلك المعاملة في المزارعة إنما هي على الأرض، وهي ليست مملوكة له، وتسلطه على البذر كتسلطه على الثمرة هنا، إذ لا ينقل منها إلا ما هو ملكه. وربما قيل بأن ملك الأرض ليس بشرط في صحة المزارعة، بل يكفي فيها اشتراكهما في باقي الثلاثة التي يحصل بها الزرع، وهي البذر والعمل والعوامل. وعلى هذا، الفرق سهل، لأن متعلق المساقاة الأصول فيعتبر من مالكها، ومتعلق المزارعة البذر فيعتبر من مالكة خاصة، إلا أنا قد بينا سابقا أن ملك الأرض معتبر في صحتها، بل حقيقتها شرعا ليست إلا المعاملة عليها على الوجه المذكور، ومع ذلك يقع الاشكال في صورة يكون مالكا للأرض. والأجود ما تحصل من الجواب بأن الأرض لا يقصد عملها بالذات، وإنما يقصد الزرع، فالعبرة فيه بملك البذر. وفي المساقاة يقصد بالعمل الأصول والثمرة معا كلاهما بالذات، فلا يقع إلا من مالكة أو من يأذن له.

(١) في ص: ٣٣.
(٢) في " ن " و " ب ": لا يجعل.

التاسعة: خراج الأرض على المالك، إلا أن يشترط على العامل أو بينهما.
العاشرة: الفائدة تملك بالظهور، وتجب الزكاة فيها على كل واحد منهما إذا بلغ نصيبه نصاباً.

قوله: " خراج الأرض على المالك إلا أن يشترط على العامل أو بينهما ".
الخراج في الأرض الخراجية كالمفتوحة عنوة يكون على الأرض مع خلوها عن الشجر، وعلى الشجر المغروس فيها بواسطة الأرض، لأن حق المسلمين إنما هو في الأرض لا في الشجر. ولذلك أطلق المصنف نسبة الخراج إلى الأرض وإن كان قد يوضع على الشجر. وإنما كان على المالك لأنه بسبب غراسه فيها، إلا أن يشترط على العامل أو عليهما، فيجب حسب ما شرط، لكن يشترط عملهما بقدره ليصح اشتراطه في العقد اللازم، لئلا يتجهل العوض. ولو زاد السلطان بعد ذلك فهو على المالك، لا على حكم ما شرط، وقد تقدم (١) مثله في المزارعة.
قوله: " الفائدة تملك بالظهور... الخ ".

أما كون الفائدة تملك لهما بظهورها فما لا نعلم فيه خلافاً. وفي التذكرة (٢)
أسند الحكم إلى علمائنا، وهو ظاهر في الاجماع عليه، لأنه جمع مضاف يفيد العموم.
والخلاف فيه مع بعض العامة (٣) حيث جعل ملك العامل موقوفاً على القسمة. ووجه المختار - مع الاجماع - أن مقتضى الشرط كون الثمرة بينهما، وصحته تقتضي ثبوت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، والثمره متحققة بالظهور. ويتفرع على ذلك وجوب الزكاة على من بلغ نصيبه منهما نصاباً، لتحقق شرط وجوب الزكاة وهو ملك الثمرة قبل تحقق الوجوب، ونموها في ملكه. والحكم بهذا التفريع لازم بعد ثبوت الأصل.

(١) في ص: ٣٤.

(٢) التذكرة ٢: ٣٤٩.

(٣) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥٧٦، والشرح الكبير ٥: ٥٧٤.

وقد خالف فيه من أصحابنا السيد ابن (١) زهرة رحمه الله فأوجب الزكاة على من كان البذر منه خاصة، محتجا عليه بأن الحصة للآخر كالأجرة. وضعفه ظاهر، لأن الحصة قد ملكت هنا بعقد المعاوضة في وقت يصلح لتعلق الزكاة بها، لا بطريق الأجرة. ثم لو سلم كونها كالأجرة فمطلق الأجرة لا يمنع من وجوب الزكاة، بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب، إذ لو استأجره بزرع قبل بدو صلاحه، أو آجر المالك الأرض بالزرع كذلك، لوجب الزكاة على مالك الأجرة، كما لو اشترى الزرع كذلك.

نعم، لو كان يذهب إلى أن الحصة لا يملكها من لا بذر له بالظهور، بل بعد بدو صلاح الثمرة ونحوه، أمكن ترتب الحكم (عليه) (٢) لكنه خلاف إجماع الأصحاب، ومع ذلك لا يتم تعليقه بالأجرة، بل بتأخر ملكه عن الوجوب.

قال ابن إدريس (رحمه الله): "إني راجعته في هذا الحكم، وكاتبته إلى حلب ونبهته على فساده، فلم يقبل واعتذر بأعذار غير واضحة، وأبان بها أنه ثقل عليه الرد، ولعمري إن الحق ثقيل كله، ومات (رحمه الله) وهو على ما قاله" (٣).

وفي المختلف (٤): إن قول ابن زهرة ليس بذلك البعيد من الصواب. وهو خلاف الظاهر، والظاهر أن الحامل له على ذلك كثرة تشنيع ابن إدريس عليه. إذا تقرر ذلك فنقول: على المشهور تجب الزكاة على المالك في نصيبه إذا بلغ نصابا كيف اتفق، إذ لا مؤنة عليه، وبتقدير أن تحصل بالشرط أو بغيره يعتبر بعدها. وأما العامل فيعبر في الوجوب عليه - على القول باستثناء المؤنة - بقاء قدر النصاب

(١) الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤٠.

(٢) من " و " بعنوان نسخة بدل.

(٣) السرائر ٢: ٤٤٣ و ٤٥٤.

(٤) المختلف: ٤٦٩.

بعدها، أو مطلقاً مع استثنائها، على ما تقدم (١) تفصيله في الزكاة. وعلى قول السيد (رحمه الله) يجب على مالك البذر الزكاة في نصيبه قطعاً، وأما حصة الآخر فهل يجب عليه زكاتها؟ بينى على أن مبنى حكمه ذلك هل هو على تأخر الملك عن بدو الصلاح، أم على ما يظهر من توهمه أنه كالأجرة، وإن قلنا بملكه له بالظهور؟ فعلى الثاني لا يجب زكاتها على مالك البذر، لخروجها عن ملكه حين تعلق وجوب الزكاة. وعلى الأول يكون من جملة المؤن، فإن لم نستثنها وجبت زكاتها عليه، لأن انتقالها عن ملكه حصل بعد تعلق الوجوب، كما تجب الزكاة على البائع لو باع الثمرة بعد بدو الصلاح، وإن استثنينا المؤنة كانت من جملتها. وحكمها في ثلم النصاب وعدمه حكم المؤنة المتأخرة عن بدو الصلاح. والأقوى أنها لا تنضم النصاب، بل يزكى الباقي بعدها وإن قل.

(١) في ج ١: ٣٩٣.

تتمة

إذا دفع أرضاً إلى رجل ليغرسها على أن الغرس بينهما كانت المغارسة باطلة، والغرس لصاحبه. ولصاحب الأرض إزالته. وله الأجرة، نفوات ما حصل الإذن بسببه. وعليه أرش النقصان بالقلع.

قوله: " إذا دفع أرضاً إلى غيره... الخ "

المغارسة معاملة خاصة على الأرض ليغرسها العامل على أن يكون الغرس بينهما. وهي مفاعلة منه. وهي باطلة عندنا وعند أكثر العامة (١)، لأن عقود المعاوضات موقوفة على إذن الشارع، وهي منفية هنا. ولا فرق بين أن يكون الغرس من مالك الأرض ومن العامل، ولا بين أن يشترط تملك العامل جزءاً من الأرض مع الغرس وعدمه.

وحيث كانت باطلة فالغرس لصاحبه، فإن كان لصاحب الأرض فعليه للعامل أجرة مثل عمله، لأنه لم يعمل مجاناً، بل بحصة لم تسلم له. وإن كان للعامل فعليه أجرة المثل للأرض عن مدة شغله لها، ولصاحب الأرض قلعه، لأنه غير مستحق للبقاء فيها، لكن بالأرش، لصدوره بالإذن، فليس بعرق ظالم. والمراد بالأرش هنا تفاوت ما بين قيمته في حالتيه على الوضع الذي هو عليه، وهو كونه حال غرسه باقياً بأجرة ومستحقاً للقلع بالأرش، وكونه مقلوعاً، لأن ذلك هو المعقول من أرش النقصان، لا تفاوت ما بين قيمته قائماً مطلقاً ومقلوعاً، إذ لا حق له في القيام كذلك ليقوم بتلك الحالة، ولا تفاوت ما بين كونه قائماً بأجرة

(١) الاشراف على مذاهب أهل العلم ١: ١٧٥، التنبيه: ١٢١، الوجيز ٢٢٧، وجواهر العقود ١: ٢٤٩.

ومقلوعا، لما ذكرنا، فإن استحقاقه للقلع بالأرث من جملة أوصافه، ولا تفاوت ما بين كونه قائما مستحقا للقلع ومقلوعا، لتخلف بعض أوصافه أيضا كما بيناه، ولا بين كونه قائما مستحقا للقلع بالأرث ومقلوعا، لتخلف وصيف القيام بأجرة.

وهذه الوجوه المنفية ذهب إلى كل منهما بعض (الأصحاب) (١)، اختار الثاني منها الشيخ علي (٢) رحمه الله، والأخير فخر الدين في بعض ما ينسب إليه، والآخرا ذكرهما من لا يعتد بقوله.

والأول مع سلامته من ذلك لا يخلو من دور، لأن معرفة الأرث فيه متوقفة على معرفته حيث أخذ في تحديده. والظاهر أن القيمة لا تختلف باعتباره، وأن تقديره كذلك كتقديره مقلوعا وقائما بأجرة، فلا يضر مثل هذا الدور. ولهذا الأرث نظائر كثيرة تقدم بعضها (٣).

ويجب على العامل مع ذلك أرث الأرض لو نقصت به، وطم الحفر، وخصوصا لو قلعه بغير أمر المالك، وقلع العروق المتخلفة عن المقلوع. ولم يفرق الأصحاب في اطلاق كلامهم بين العالم بالبطلان والجاهل، بل تعليلهم مؤذن بالتعميم. ولا يبعد الفرق بينهما، وأن لا أجرة لصاحب الأرض مع علمه، ولا أرث لصاحب الغرس مع علمه. أما الأول فلاذنه في التصرف فيها بالحصصة مع علمه بعدم استحقاقها، وأما الثاني فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه. ويمكن دفعه بأن الأمر لما كان منحصرًا في الحصصة أو الأجرة لم يكن الإذن من المالك تبرعا، فله الأجرة، لفساد المعاملة. والغرس لما كان بإذن المالك وإن لم يكن بحصصة فعرقه ليس بظالم، فيكون مستحقا للأرث.

(١) من "س" فقط.

(٢) جامع المقاصد ٧: ٣٩٣، حاشيته على الشرائع: ٣٦٢.

(٣) في ص ١٦.

ولو دفع القيمة ليكون الغرس له لم يجبر الغارس. وكذا لو دفع الغارس الأجرة، لم يجبر صاحب الأرض على التبقية.

فرع

لو كان الغرس من مالك الأرض لكن الغارس ركب فيه نوعا آخر، كما في شجر التوت ونحوه، فالمركب للغارس إن كان أصله ملكه، وكذا نماؤه مدة بقاءه. وعليه مع أجرة الأرض أجرة أصول الغرس أيضا، وللمالك إزالة المركب مع الأرش كما مر.

قوله: " ولو دفع القيمة ليكون الغرس... الخ ".
عدم إجبار كل منهما واضح، لأنه معاوضة مشروطة بالتراضي، ولأن ذلك غير لازم في الغصب فهنا أولى. وخالف في ذلك بعض العامة (١)، فخير المالك بين أن يكلف الغارس القلع ويضمن له الأرش، وبين إقرارها ويضمن له القيمة.

(١) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥٨٠.

كتاب الوديعة
والنظر في أمور ثلاثة
الأول
في العقد
وهو استنابة في الحفظ.

- قوله: " وهو استنابة في الحفظ " .

عرف المصنف عقد الوديعة ولم يعرفها نفسها مع أنها أولى به. ولعله جرى على ما أسلفه من أن هذه المفهومات عبارة عن العقد المفيد لتلك الفائدة، كما قد علم (١) من تعريفه البيع بأنه العقد، وكثير (٢) مما بعده، فتكون الوديعة على هذا التقدير هي العقد المفيد للاستنابة في الحفظ، كما عرفه غيره.

ولما كان العقد مركبا من الايجاب والقبول لم يكن العقد هو الاستنابة خاصة، لأنها هنا تفيد فائدة الايجاب، فلا بد من ضميمة تدخل القبول، بأن يقال: هي الاستنابة وقبولها ونحوه ليتم العقد، فإنه يقال: المودع استناب في الحفظ، ولا يقال للمستودع ذلك، إلا إذا جعل بمعنى أناب وهو بعيد. أو نقول: إن القبول هنا بالقبول ليس بشرط، بل يقوم الفعل مقامه، فكان المتوقف عليه العقد هو الايجاب

في ج ٣ : ١٤٤ .

(٢) كالقرض في ج ٣ : ٤٣٩ ، والحوالة في ج ٤ : ٢١٢ .

(٧٧)

ويفتقر إلى إيجاب وقبول. ويقع بكل عبارة دلت على معناه. ويكفي الفعل الدال على القبول.

خاصة، وإن كانت الوديعة لا يتم إلا بهما، إلا أن التعريف هنا للعقد. أو نقول: إن تحقق الاستنابة يستلزم قبولها، إذ لو ردها بطلت ولم يحصل لها أثر، فأطلقها عليها لذلك.

وقد نقض التعريف في طرده بالوكالة، فإنها تقتضي الاستنابة في حفظ ما وكل في بيعه وغيره. وجوابه: أن حقيقة الوكالة ليست هي الاستنابة في الحفظ، بل الإذن فيما وكل فيه، والحفظ تابع من توابعها، بخلاف الوديعة، فإن حقيقتها الاستنابة، والتعريف إنما يكون لذات الشيء لا للوازمه وعوارضه. وأجيب أيضا بالتزام اشتمال الوكالة على الوديعة من حيث تضمنها الحفظ. وما ذكرناه أجود.

قوله: " ويفتقر إلى إيجاب وقبول. ويقع بكل عبارة دلت على معناه ". مقتضى كونه عقدا تركبه من الإيجاب والقبول القولين. ومقتضى جوازه عدم انحصاره في عبارة، بل يكفي كل لفظ دل عليه. ولا يعتبر فيه التصريح، بل يكفي التلويح والإشارة المفهومة لمعناه اختيارا. قوله: " ويكفي الفعل الدال على القبول ".

أطلق المصنف وجماعة (١) هنا أنه يكفي القبول الفعلي مع اعترافهم بكونها عقدا، نظرا إلى أن الغاية منها إنما هو الرضا بالاستنابة، وربما كان الفعل أقوى فيه من القول باعتبار التزامه به ودخوله في ضمانه لو قصر، بخلاف القبول القولي، فإنه وإن لزمه ذلك شرعا إلا أنه ليس صريحا في الالتزام، من حيث إنه عقد جائز فإذا فسخه ولم يكن قبضه لم يظهر أثره. واليد توجب الحفظ إلى أن يرده على مالكه، لعموم " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (٢). وهذا حسن، إلا أن فيه بعض الخروج عن حقيقة العقد. ومن ثم ذهب بعض

(١) منهم العلامة في القواعد ١: ١٨٧، والشهيد في اللمعة: ٩٠.

(٢) تقدم مصادره في ص: ٤٨ هامش (١).

ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها إذا لم يقبلها.

العلماء إلى أنها إذن مجرد لا عقد (١)، وفرع عليه عدم اعتبار القبول القولي، وآخرون (٢) إلى

أن الإيجاب إن كان بلفظ "أودعتك" وشبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظاً، وإن قال: أحفظه ونحوه، لم يفتقر إلى القبول اللفظي كالوكالة. وهو كلام موجه. واعلم أنه لا يجب مقارنة القبول هنا للإيجاب، سواء اعتبرناه قولياً أم اكتفينا بالفعلي.

قوله: "ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها إذا لم يقبلها". المراد بالقبول هنا القبول الفعلي خاصة، لأن القبول اللفظي غير كاف في تحقق الوديعة قطعاً، بل لا بد معه من الإيجاب ولم يحصل هنا بمجرد الطرح. وأما الفعلي فقد عرفت أنه يجب معه الحفظ، سواء تحققت به الوديعة أم لا، نظراً إلى ثبوت حكم اليد.

وحيث يحصل القبول الفعلي هنا إنما يجب حفظها، لا أنها تصير وديعة شرعية. وعبارة المصنف لا تدل على مزيد من ذلك، لأنه قال: لم يلزمه حفظها، ولم يقل: لم تصر وديعة. وذلك لأن طرح المالك لها أعم من اقتترانه بما يوجب الإيجاب، وهو الاتيان بما يدل على الاستنابة. لكن لما عرفت أن الإيجاب يحصل بالقول الصريح والإشارة والتلويح ينظر هنا، فإن حصل مع الطرح ما يفيد ذلك كان القبول في قول المصنف أعم من كونه قولياً وفعالياً، وإن لم يحصل معه ما يدل على الإيجاب فالمعتبر في وجوب الحفظ القبول الفعلي خاصة. لكن قوله: "طرح الوديعة" لا يخلو من قرينة أن يريد بالطرح الأيداع بواسطة تسميتها وديعة، فإنها لغة وعرفاً هي المال المودع، وشرعاً هي العقد المفيد للاستنابة في حفظه، أو نقول: إن القبول يقتضي سبق إيجاب، فيؤذن بأنه استفاد من الطرح الإيجاب، وأما تسلمها بالفعل فلا يسمى قبولاً من دون سبق إيجاب وإن وجب حفظها لذلك (٣)، إلا أنه قد يتوسع في إطلاق القبول من غير سبق إيجاب مطلقاً. ويحصل من ذلك صور:

(١) لم نعر عليه.

(٢) راجع الوجيز ١: ٢٨٤ بالالتفات إلى ص: ١٨٩ منه.

(٣) في "ه" و"س" و"م" كذلك.

وكذا لو أكره على قبضها لم تصر وديعة. ولا يضمنها لو أهمل.

الأولى: أن يضع المال عنده ولا يحصل منه ما يدل على الاستنابة في حفظه، فيقبله قولاً. ولا أثر له في الضمان ولا في وجوب الحفظ.
الثانية: أن يقبله فعلاً بأن يقبضه الموضوع عنده، فيضمنه ويجب عليه حفظه إلى أن يرده على مالكه، للخبر (١).
الثالثة: أن يتلفظ المالك مع الطرح مما يدل على الإيداع، فيقبل قولاً قولياً، فيجب عليه الحفظ باعتبار الوديعة، ولا ضمان إلا مع التقصير.
الرابعة: أن يقبله قبولاً فعلياً، فيتم الوديعة أيضاً كما مر. وأما لو طرحها عنده متلفظاً بالوديعة أم لا، ولم يحصل من الموضوع عنده ما يدل على الرضا قولاً ولا فعلاً، لم يجب عليه حفظها، حتى لو ذهب وتركها فلا ضمان عليه، لكن يَأْتَم إن كان ذهابه بعد ما غاب المالك، لوجوب الحفظ حينئذ من باب المعاونة على البر وإعانة المحتاج، فيكون واجبا على الكفاية. ولو انعكس الفرض بأن تمت الوديعة ولكن غاب المستودع وتركها والمالك حاضر عندها فهو رد للوديعة، ولو كان المالك غائباً ضمن. كذا جزم في التذكرة (٢). ويشكل تحقق الرد بمجرد الذهاب عنها مع حضور المالك، لأصالة بقاء العقد، وكون الذهاب أعم منه ما لم ينضم إليه قرائن تدل عليه.
وقد ظهر بما قررناه فساد ما ذكره بعضهم من أن قول المصنف: "ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها ما لم يقبلها" فيه دلالة على جواز كون الإيجاب فعلياً، لأن مفهومه أنه لو قبلها لزمه الحفظ الدال على تحقق الوديعة، ولم يحصل من المالك إيجاب قولياً بل مجرد الطرح. وأنت قد عرفت أن وجوب الحفظ المرتب على الفرض أعم من كونه بسبب الوديعة، لأنه قد يكون بسبب التصرف في مال الغير.
قوله: "ولو أكره على قبضها لم تصر وديعة. ولا يضمنها لو أهمل".
أي أهمل حفظها، فإنه غير واجب عليه بسبب الإكراه. لكن يجب تقييده بما إذا لم يضع يده عليها بعد زوال الإكراه مختاراً، فإنه حينئذ يجب عليه الحفظ باليد

(١) المتقدم في ص: ٧٨ هامش (٢).

(٢) التذكرة ٢: ١٩٧.

وإذا استودع وجب عليه الحفظ.

الحديدة وإن لم يجب بالاكراه وهل تصير بذلك وديعة أم أمانة شرعية؟ يحتمل الأول، لأن المالك قد أذن له واستنابه في الحفظ، غايته أنه لم يتحقق معه الوديعة، لعدم القبول الاختياري، وقد حصل الآن، والمقارنة بين الإيجاب والقبول غير لازمة، ومن إلغاء الشارع ما وقع سابقا، فلا يترتب عليه أثر. ويشكل بأن إلغائه بالنظر إلى القابض لا بالنظر إلى المالك. ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختيارا بنية الاستيداع وعدمه، فيضمن على الثاني دون الأول، إعطاء لكل واحد حكمه الأصلي.

قوله: "وإذا استودع وجب عليه الحفظ".

أي قبل الوديعة، وإن كان الاستيداع أعم منه. وإنما يجب عليه الحفظ ما دام مستودعا، لأن ذلك هو مقتضى تعليق الحكم على الوصف، وإلا فإن الوديعة من العقود الجائزة، وجواز ردها في كل وقت ينافي وجوب الحفظ. لا يقال: وجوب الحفظ أعم من كونه بسبب الوديعة، وغاية ما يفرض أن يفسخ فيها في الحال، ومع ذلك يجب عليه حفظها إلى أن يردها إلى مالكها، فقد صدق وجوب الحفظ على كل حال في الجملة.

لأننا نقول: وجوب (١) الحفظ إلى أن يرد وإن كان واجبا إلا أنه قد لا يتحقق في الوديعة، بأن يكون المستودع مقيما عند المالك بحيث لا يتوقف الرد على زمان، فلا يتم التقريب إلا بما ذكرناه من وجوبه ما دام مستودعا، أو نقول: إن الوديعة وإن كانت جائزة لكن لا ينافي وجوب الحفظ، فإن الواجب على المستودع أحد الأمرين: إما الحفظ، أو الرد على المالك، فالحفظ واجب مخير يصح إطلاق الوجوب عليه بقول مطلق.

واعلم: أن قبول الوديعة الذي يتفرع عليه حكم الحفظ قد يكون واجبا، كما إذا كان المودع مضطرا إلى الاستيداع، فإنه يجب على كل قادر عليها واثق بالحفظ قبولها منه كفاية، ولو لم يوجد غير واحد تعين عليه الوجوب. وفي هذين الفردين

(١) كذا في النسخ، والصحيح زيادة كلمة: وجوب.

ولا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط، أو أخذت منه قهرا.

وجوب الحفظ واضح. وقد يكون مستحبا مع قدرته وثقته من نفسه بالأمانة وكون المودع غير مضطر، لما فيه من المعاونة على البر الذي أقل مراتب الأمر به الاستحباب، وقضاء حوائج الاخوان. وقد يكون محرما (١)، كما إذا كان عاجزا عن الحفظ أو غير واثق من نفسه بالأمانة، لما فيه من التعرض للتفريط في مال الغير، وهو محرم. ومثله ما لو تضمن القبول ضررا على المستودع في نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين، ونحو ذلك. وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه.

قوله: " ولا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط أو أخذت منه قهرا "

هذا إذا لم يكن سببا في الأخذ القهري، كما لو كان هو الساعي بها إلى الظالم ولم يقدر بعد ذلك على دفعه، فإنه يضمن، لأنه فرط في الحفظ، بخلاف ما لو كانت السعاية من غيره، أو علم الظالم بها من غير سعاية. ومثله ما لو أخبر اللص بها فسرقها. ولو أخبره بها في الجملة ولكن لم يعين له مكانها، قال في التذكرة (٢): إنه لا يضمن. ويشكل مع كونه سببا في السرقة، لأنه تفريط. نعم، لو لم يقصدها اللص فاتفت مصادفته لها توجه ذلك. وهذا بخلاف الظالم، فإن معلمه يضمن مطلقا. والفرق أن الظالم إذا علم بها أخذها قهرا، والسارق لا يمكنه أخذها إلا إذا علم موضعها.

ولا فرق في عدم الضمان مع أخذ الظالم لها قهرا بين أن يتول أخذها من يده ومكانه، وبين أن يأمره بدفعها إليه بنفسه فيدفعها إليه كرها، لانتفاء التفريط. وحينئذ فيرجع المالك على الظالم بالعين أو البدل. وهل للمالك مطالبة المستودع

(١) في هامش " ه " و " و " : " يبقى هنا بحث، وهو أنه على تقدير تحريم القبول هل يحكم بفساد الوديعة أم لا، نظرا إلى أن النهي في غير العبادة لا يقتضي الفساد، وإن وجد في بعض موارد دليل آخر؟ الأظهر الثاني. وتظهر الفائدة - مع اشتراكهما في الإثم وتحريم وضع اليد - في ضمانها بغير تعد ولا تفريط ونحوه من لوازم الوديعة، فعلى الأول يكون وديعة وإن أثم، وعلى الثاني يكون بمنزلة الغاصب. فتأمل. بخطه ".
(٢) التذكرة ٢: ٢٠٥.

نعم، لو تمكن من الدفع وجب. ولو لم يفعل ضمن. ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع، كالجرح وأخذ المال.

بذلك؟ يحتمله، لأنه باشر تسليم مال الغير إلى غير مالكة، واستقر به في التذكرة (١). وعلى هذا معنى عدم ضمانه أنه لا يستقر عليه، بل يرجع بما غرم على الظالم. والأقوى عدم جواز مطالبته، لعدم تفريطه، ولأن الاكراه صير فعله منسوبا إلى المكره، ولأنه محسن فلا سبيل عليه، والتسليم بإذن الشارع فلا يستعقب الضمان.

قوله: " نعم، لو تمكن من الدفع وجب، ولو لم يفعل ضمن ".

أي تمكن من دفع الظالم عنها بالوسائل وغيرها، حتى بالاختفاء عنه، فإنه حينئذ يجب، لقدرته على حفظها به الواجب عليه مطلقا، فيجب ما يتوقف عليه. فلو أهمل ذلك مع قدرته عليه ضمن، لأنه تفريط. ولو أمكن دفعه بشئ من المال منها أو من غيرها - بحيث لا يندفع بدونه عادة - فالأقرب جوازه، ويرجع به على المالك إن لم يمكن استيذانه قبل الدفع أو استيذان وليه وعدم نية التبرع. ولو ترك الدفع عنها ببعضها مع إمكانه ضمن ما يزيد عما يندفع به لا الجميع، لأن مقدار المدفوع ذاهب على التقديرين.

قوله: " ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع وأخذ المال ".

المرجع في كثرة الضرر وقلته إلى حال المكره، فمنهم من يعد الكلمة اليسيرة من الأذى كثيرا في حقه، لكونه شريفا لا يليق بحاله ذلك، ومنهم من لا يعتد بأمثال ذلك. وهكذا القول في الضرب وأخذ المال. ويفهم من قول المصنف أن مطلق أخذ المال ضرر كثير لا يجب تحمله وإن جاز.

ثم إن كان المطلوب الذي لا يندفع عنها بدونه بقدرها لم يحز بذله قطعا، لانتفاء الفائدة. لكن لو بذله بنية الرجوع به هل يرجع؟ يحتمله، لأن الوديعة لولاه ذاهبة، فيكون بذل قدرها كبذلها، وعدمه، لأن القدر المأذون به شرعا ما يترتب عليه مصلحة المالك، وهو هنا منتف، فلا يكون شرعا. وعلى هذا فيمكن عدم

(١) التذكرة ٢: ٢٠٥.

ولو أنكرها، فطولب باليمين ظلما، جاز الحلف موريا بما يخرج به عن الكذب.
وهي عقد جائز من طرفيه، يبطل بموت كل واحد منهما وبجنونه، وتكون أمانة.

الرجوع بجميعة لما ذكر، وبجزء منه ليقصر عنها وتترتب الفائدة، إذ الفرض عدم إمكان ما قصر عنه. ويعد كونه يرجع بمقدار ما ينقص عن قدره بدرهم مثلا، ولا يرجع بشئ أصلا مما يساويها، فإن غير المأذون في المساوي إنما هو القدر الذي تنتفي الفائدة معه لا جميع المبدول. ولم أقف في هذا الحكم على شئ فينبغي تحريره. قوله: " ولو أنكرها فطولب باليمين ظلما جاز الحلف موريا ما يخرج به عن الكذب ".

الجواز هنا بالمعنى الأعم، والمراد منه الوجوب، لأن حفظ الوديعة لما كان واجبا وتوقف على اليمين وجبت من باب المقدمة. وإنما تجب التورية عليه إذا عرفها، وإلا وجب الحلف أيضا بغير تورية، لأنه وإن كان قبيحا إلا أن إذهاب حق الآدمي أشد قبحا من حق الله تعالى في اليمين الكاذبة، فيجب ارتكاب أخف الضررين، ولأن اليمين الكاذبة عند الضرورة مأذون فيه شرعا، كمطلق الكذب النافع، بخلاف مال الغير، فإنه لا يباح إذهابه بغير إذنه مع إمكان حفظه بوجه. ومتى ترك الحلف حيث يتوقف حفظ المال عليه فأخذه الظالم ضمنه للتفريط. قوله: " وهي عقد جائز من طرفيه... الخ ".

لا خلاف في كون الوديعة من العقود الجائزة، فتبطل بما يبطل به، من فسخها وخروج كل منهما عن أهلية التكليف بموت أو جنون أو اغماء. فإذا اتفق ذلك للمودع وجب على المستودع ردها إليه أو إلى وارثه أو وليه. ولو كان ذلك من المستودع وجب ردها عليه في صورة الفسخ، أو على وليه في صورة الجنون والاغماء، أو وارثه في صورة الموت.

ومعنى كونها بعد ذلك أمانة أنها أمانة شرعية، لحصولها في يده بغير إذن

مالكها، لكنها غير مضمونة عليه، لإذن الشارع في وضع اليد عليها إلى أن يردها على وجهه.

ومن حكم الأمانة الشرعية وجوب المبادرة بردها على الفور إلى مالكها أو من يقوم مقامه، فإن آخر عن ذلك مع قدرته ضمن. ولو تعذر الوصول إلى المالك أو وكيله أو وليه الخاص سلمها إلى الحاكم، لأنه ولي الغائب. ولا فرق في ذلك بين علم المالك بأنها عنده وعدمه عندنا.

إذا تقرر ذلك: فلو كان الميت المودع، وطلبها الوارث أو لم يطلبها، وآخر المستودع الدفع مع إمكانه، وادعى عدم علمه بانحصار الإرث في الوارث الظاهر، أو الشك في كونه وارثا، وأراد البحث عن ذلك ولم يكن هناك حاكم يرجع إليه، فالأقوى عدم الضمان، خصوصا مع الشك في كون الموجود وارثا، لأصالة عدمه. وأما مع العلم بكونه وارثا فالأصل أيضا عدم استحقاقه لجميع المال، والقدر المعلوم إنما هو كونه مستحقا في الجملة، وهو لا يقتضي انحصار الحق فيه. وأصالة عدم وارث آخر معارضة بهذا الأصل، فيبقى الحكم في القابض وجوب البحث عن المستحق كظائره من الحقوق.

ومثله يأتي في الاقرار لو أقر بمال لمورث زيد، فإنه لا يؤمر بتسليم جميع المقر به إليه إلا بعد البحث، حتى لو ادعى انحصار الوارث (١) في الموجود مع الجهل ففي جواز تمكنه من دفعه إليه وجهان، من اعترافه بانحصار الحق فيه فيلزم بالدفع إليه، ومن أنه إقرار في حق الغير حيث يمكن مشاركة غيره له. وسيأتي البحث في ذلك إن شاء الله، فإنه هنا عارضي.

ولو أقر تسليم الوديعة إلى الوارث لبحث عن وصية الميت أو اقراره بدين ونحوه فالأقرب الضمان، لأصالة عدمه، بخلاف الوارث. واعلم أن من جملة أحكام الأمانة الشرعية - مع ما تقدم من وجوب المبادرة إلى

(١) كذا في "ن" و"م". وفي "س" و"و" و"ب": الإرث. ووردا معافي "ه".

وتحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها، كالثوب والكتب في الصندوق، والدابة في الإصطبل، والشاة في المراح، أو ما يجري مجرى ذلك.

ردها وإن لم يطالب - أنه لا يقبل قول من هي في يده في ردها إلى المالك مع يمينه، بخلاف الوديعة. والفرق أن المالك لم يستأمنه عليها، فلا يقبل قوله في حقه، مع أصالة عدمه، بخلاف الوديعة، مع ما انضم إليه من الاحسان الموجب لنفي السبيل. ولها صور كثيرة:

أحدها: ما ذكر من الوديعة التي يعرض لها البطلان. وكذا غيرها من الأمانات، كالمضاربة والشركة والعارية.

ومنها: ما لو أطارت الربح ثوبا ونحوه إلى داره.

ومنها: ما لو انتزع المغصوب من الغاصب بطريق الحسبة.

ومنها: ما لو أخذ الوديعة من صبي أو مجنون عند خوف تلفها.

ومنها: ما يصير بأيدي الصبيان من الأموال التي يكتسبونها بالقمار، كالجوز والبيض، وعلم به الولي، فإنه يجب عليه رده إلى مالكة أو وليه.

ومنها: ما لو استعار صندوقا ونحوه، أو اشتراه أو غيره من الأمتعة، فوجد فيه شيئا، فإنه يكون أمانة شرعية، وإن كان المستعار مضمونا.

ومنها: اللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك.

وضابطه ما كان وضع اليد عليها بغير إذن المالك مع الإذن فيه شرعا.

قوله: " وتحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها - إلى قوله - أو ما يجري مجرى ذلك " .

لما لم يكن لحفظ الوديعة كيفية مخصوصة من قبل الشارع كان المرجع فيه إلى العرف، فما عد فيه حفظا لمثل تلك الوديعة كان هو الواجب، ولم يتعقبه ضمان لو فرض تلفها معه. وما ذكره من الأمثلة يدل عليه العرف.

وأشار بقوله: " وما يجري مجرى ذلك " إلى أن ذلك بخصوصه غير متعين، بل

ويلزمه سقي الدابة وعلفها، أمره بذلك أو لم يأمره.

يقوم مقامه ما ساواه في المعنى أو زاد عليه، كما لو وضع الدابة في بيت السكنى، أو الشاة في داره المضبوطة، ونحو ذلك. ولا فرق في وجوب الحفظ بما جرت به العادة بين علم المودع بأن المستودع قادر على تحصيل الحرز المعتبر وعدمه، فلو أودعه دابة مع علمه أنه لا إصطبل له، أو مالا مع علمه أنه لا صندوق له، ونحو ذلك، لم يكن عذرا.

واعلم أنه ليس مطلق الصندوق كافيا في الحفظ، بل لا بد من كونه محرزا عن غيره، إما بأن لا يشاركه في البيت الذي فيه الصندوق يد أخرى، مع كون البيت محرزا بالقفل ونحوه، أو كون الصندوق محرزا بالقفل كذلك، وكونه كبيرا لا ينقل عادة بحيث يمكن سرقة كذلك مقفلا. وهكذا القول في الإصطبل والمراح وغيرهما. قوله: " ويلزمه سقي الدابة وعلفها أمره بذلك أو لم يأمره ".

لما كانت الدابة من الأموال المحترمة التي لا يسوغ إتلافها بغير الوجه المأذون فيه شرعا، وجب على المستودع علفها وسقيها بما جرت العادة به لأمثالها. وينبغي أن يراد بالدابة هنا مطلق الحيوان المحترم، أو يكون ذكرها على وجه المثال. والحكم في الجميع كذلك. وأولى منه ما لو كان آدميا كالعبد. ولو أخل به كان من جملة التفريط، فيلزمه ضمانها إن تلفت، ونقصها إن نقصت. ولو لم يحصل واحد منهما صار ضامنا، وخرج عن كونه أمينا وإن عاد إلى القيام بذلك، كما لو تعدى بغيره ثم رجع إلى الحفظ. ويحصل التفريط تبرك ذلك مرة واحدة أو بعضها.

إذا تقرر ذلك فنقول: إذا أودعه الحيوان المفتقر إلى النفقة فلا يخلو إما أن يأمره بالانفاق عليه، أو ينهاه، أو يطلق. فإن أمره أنفق ورجع عليه بما غرم. والأمر فيه واضح. وإن أطلق توصل إلى إذنه أو إذن وكيله فيه، فإن تعذر دفع أمره إلى الحاكم ليأمره به إن شاء، أو يستدين عليه، أو يبيع بعضه للنفقة، أو ينصب أمينا عليه، فإن تعذر الحاكم أنفق هو وأشهد عليه ورجع مع نيته. وكذا يرفع أمره إلى الحاكم - إلى آخر ما ذكر - مع نهى المالك له عنه. ولو تعذر الاشهاد اقتصر على نية الرجوع.

ويجوز أن يسقيها بنفسه وبغلامه، اتباعا للعادة.

والكلام في اعتبار الاشهاد في جواز الرجوع وعدمه ما تقدم (١) في باب المزارعة وغيرها.

وفي حكم الحيوان، الشجر الذي يفتقر إلى السقي وغيره من الخدمة. وفي حكم النفقة على الحيوان ما يفتقر إليه من الدواء لمرض. وحيث ينفق مع عدم الاشهاد، إما لتعذره أو لعدم اشتراطه، واختلفا في قدره فالقول قوله مع يمينه. ولو اختلفا في مدة الانفاق فالقول قول المودع، عملا بالأصل في الموضوعين. قوله: " ويجوز أن يسقيها بنفس وبغلامه اتباعا للعادة ".

مقتضى العادة جواز تولي الغلام ذلك، سواء كان المستودع حاضرا عنده أم غائبا، وسواء كان الغلام أمينا أم لا. وليس كل ذلك جائزا هنا، بل إنما يجوز تولي الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده ليطلع على قيامه بما يجب، أو مع كونه أمينا، وإلا لم يجز. ولا فرق في ذلك بين وقوع الفعل في المنزل وخارجه، فلو توقف سقيها على نقلها ولم يكن أمينا فلا بد من مصاحبته في الطريق، وإنما تظهر الفائدة في نفس مباشرة الغلام لذلك. وكذا لا فرق في ذلك كله بين الغلام وغيره ممن يستنيبه المستودع.

وعبارة المصنف لا تنافي ما قيدناه، لأنه لم يجوز إلا تولي السقي، وهو أعم من كونها مع ذلك في يد المستودع وعدمه، والعام لا يدل على الخاص، فيمكن تخصيصه إذا دل عليه الدليل، وهو هنا موجود لما أطبقوا عليه من عدم جواز إيداع الودعي مع الامكان، وهذا في معناه. وربما قيل بأن ذلك فيمكن مباشرته لذلك الفعل عادة، أما من لا يكون كذلك فيجوز له التولية كيف كان. وهو ضعيف.

(١) في ص: ٦١.

ولا يجوز إخراجها من منزله لذلك، إلا مع الضرورة، كعدم
التمكن من سقيها أو علفها في منزله، أو شبه ذلك من الأعذار.
ولو قال المالك: لا تعلقها أو لا تسقها لم يجز القبول، بل يجب عليه
سقيها وعلقها. نعم، لو أدخل بذلك والحال هذه أثم ولم يضمن، لأن
المالك أسقط الضمان بنهيه، كما لو أمره بإلقاء ماله في البحر.

قوله: " ولا يجوز إخراجها من منزله - إلى قوله - أو شبه ذلك من
الأعذار "

لا فرق في المنع من إخراجها لذلك بين كون الطريق آمنا وعدمه، لأن النقل
تصرف فيها، وهو غير جائز مع إمكان تركه، ولا بين كون العادة مطردة بالخراج
لذلك وعدمه لما ذكر، ولا بين كونه متوليا لذلك بنفسه وغلामه، مع صحبته له
وعدمه، لاتحاد العلة في الجميع. واستقرب في التذكرة (١) عدم الضمان لو أخرجها مع
أمن الطريق وإن أمكن سقيها في موضعها، محتجا باطراد العادة بذلك. وهو حسن
مع اطراد العادة بذلك، لأن الحكم فيه على العموم، لعدم اطراد العادة بذلك في
بعض الأماكن. وحيث جاز الاخراج فالحكم في مباشرة الغلام أو غيره ما ذكرناه
سابقا.

واعلم أن اطلاق كلامه يقتضي عدم الفرق في جواز إخراجها لذلك - مع عدم
إمكان فعله في موضعها - بين كون الطريق آمنا وعدمه. ووجهه: أن ذلك الفعل من
ضرورات الحيوان لا يعيش بدونه، فالضرر اللاحق بتركه أقوى من خطر الطريق
الذي يمكن وقوعه وعدمه. ولكن يشكل في بعض الصور، كما إذا كان التأخير إلى
وقت آخر أقل ضررا وخطرا من إخراجها حين الحاجة، ونحو ذلك، فينبغي مع
اشتراكهما في الضرر مراعاة أقل الضررين.

قوله: " ولو قال المالك لا تعلقها - إلى قوله - في البحر ".
إنما لم يجز ترك العلف والسقي مع النهي عنهما لأنه حق الله تعالى كما أنه حق

(١) التذكرة ٢: ٢٠٣.

ولو عين له موضع الاحتفاظ اقتصر عليه. ولو نقلها ضمن إلا إلى
أحرز، أو مثله على قول. ولا يجوز نقلها إلى ما دونه، ولو كان حرزا، إلا
مع الخوف من ابقائها فيه.

- للمالك، فلا يسقط حق الله تعالى بإسقاط المالك حقه، ولأن اتلاف المال منهي عنه.
ولا اشكال في وجوبهما مع النهي. إنما الكلام في أمرين: أحدهما: الرجوع بعوضهما
عليه، وقد تقدم (١) الكلام فيه. والثاني: أنه لو تركها حينئذ هل يضمن أم لا؟ وقد
جزم المصنف - رحمه الله - بعدم الضمان وإن حصل الإثم. أما الإثم فتركه حق الله
تعالى، وإيجابه عليه ذلك. وأما عدم الضمان فلأن المالية حق للمالك وقد أسقط عنه
الضمان بنهيه، وكان في ذلك كالإذن في إتلاف ماله فلا يتعقبه الضمان كما لو أمره
بالقاء ماله في البحر ونحوه من ضروب الاتلاف ففعل.

وأولى منه بعدم الضمان لو كانت الوديعة غير حيوان، كشجر يحتاج إلى السقي
والعمارة، وثوب يحتاج إلى النشر ونحوه، فنهاه المالك عن ذلك. وهل يجب حفظه هنا
كالأول؟ يحتمله، لما في تركه من إتلاف المال المنهي عنه (٢). والأقوى عدمه، لأن
حفظ المال إنما يجب على مالكة لا على غيره، وإنما وجب في الحيوان لكونه ذا روح
ويتألم بالتقصير في حقه، فيجب دفع ألمه كفاية. نعم، يكره ترك إصلاحه للتضييع
المذكور. والوجهان أفتى بهما في التذكرة (٣).
قوله: " ولو عين له موضع الاحتفاظ... الخ "

إذا عين موضعا للحفظ لم يجوز نقلها إلى ما دونه إجماعا. وذهب جماعة (٤) إلى
جواز نقلها إلى الأحرز، محتجين بالاجماع ودلالة مفهوم الموافقة عليه. واختلفوا في

(١) في ص: ٨٧.

(٢) كما في الوسائل ١٣: ٢٣١ ب " ٦ " من الوديعة ح ٢. وص ٢٣٤ ب " ٩ " ح ٧.

(٣) التذكرة ٢: ٢٠٣.

(٤) منهم ابن البراج في جواهر الفقه: ١٠٤ مسألة ٣٠٨ والمهذب ١: ٤٢٦، والعلامة في إرشاد الأذهان ١:
٤٣٧، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٦: ٢٩.

المساوي فجوزه بعضهم (١) - وهو القول الذي نقله المصنف - نظرا إلى أن التعيين أفاد الإذن في حفظه فيما لو كان في تلك المرتبة، كما في تعيين نوع الزرع والراكب في الإجارة، فإنهم جوزوا التخطي إلى المساوي، لتوافق المتساويين في الضرر والنفع المأذون فيه.

والأقوى المنع، لعدم الدليل على جواز تخطي ما عينه، وإلحاق مساويه به قياس محض، بل يحتمل قويا ذلك في النقل إلى الأحرز أيضا، عملا بمقتضى التعيين، ومنع دلالة مفهوم الموافقة هنا، فإن الأغراض تختلف في مواضع الحفظ اختلافا كثيرا من غير التفات إلى كون بعضها أحفظ من بعض، والاجماع على جوازه ممنوع، بل ظاهر جماعة (٢) من الأصحاب منع التخطي مطلقا. ويمكن أن يكون القول المحكي في العبارة متعلقا بالأمرين معا. وقريب منها عبارة القواعد (٣)، إلا أن شراحها المتقدمين (٤) صرحوا بأن الخلاف في المساوي خاصة. وفي حواشي الشهيد (رحمه الله) عليها ما يدل على تناول الخلاف للأحرز أيضا، وهو ممن اختار عدم جوازه.

إذا تقرر ذلك: فلو نقلها إلى الأحرز أو إلى المساوي فتلفت، ضمن على القول بعدم الجواز إلا مع الخوف عليها فيهما، فإنه يجوز نقلها إلى غير المعين، مراعى للأصلح أو المساوي مع الامكان، فإن تعذر فالأدون، وإنما جاز المساوي هنا لسقوط حكم المعين بتعذره، فينتقل إلى ما في حكمه وهو المساوي فما فوقه. وعلى هذا فيجب تقييد قول المصنف: "إلا مع الخوف مع إبقائها فيه" فإنه يشمل جواز نقلها إلى الأدون مع الخوف في المعين مطلقا، وليس كذلك.

-
- (١) منهم الشيخ في المبسوط ٤: ١٤٠، والسيوري في التنقيح الرائع ٢: ٢٣٩.
(٢) راجع الكافي للحلي: ٢٣٠، وإصباح الشيعة، راجع سلسلة الينايع الفقهية ١٧: ١٣١، والسرائر ٢: ٤٣٥، والغنية (الجوامع الفقهية): ٥٣٨.
(٣) قواعد الأحكام ١: ١٨٩.
(٤) كما في إيضاح الفوائد ٢: ١١٧.

ولو قال: لا تنقلها من هذا الحرز، ضمن بالنقل كيف كان، إلا أن يخاف تلفها فيه، ولو قال: وإن تلفت. ولا تصح وديعة الطفل ولا المجنون، ويضمن القابض، ولا يبرأ بردها إليهما.

وعلى القول بجواز النقل إلى الأحرز أو المساوي ينبغي أن لا يترتب عليه ضمان، حيث إنه فعل مأذون فيه، كما لا يترتب الضمان لو نقلها إلى الأدون مع الخوف، لكن العلامة (١) - رحمه الله - حكم بجواز النقل إليهما مع الاطلاق، والضمان مع تلفها فيهما. وربما فرق أيضا بين تلفها بانهدامه أو بغيره، فيضمن في الأول دون الثاني. وفيهما معا نظر. والأقوى الضمان مطلقا أو عدمه كذلك على القول بالجواز. قوله: " ولو قال لا تنقلها من هذا الحرز - إلى قوله - وإن تلفت ". إذا نهاه عن نقلها عن المعين لم يجز نقلها إلى غيره وإن كان أحرز اجماعا، إلا أن يخاف عليها في المعين، فإنه حينئذ يجوز نقلها إلى المساوي والأحرز مع الامكان، وإلا إلى الأدون، بل يجب، لأن الحفظ عليه واجب ولا يتم إلا بالنقل، وللنهي عن إضاعة المال (٢) فلا يسقط هذا الحكم بنهي المالك، وإن صرح بقوله: " وإن تلفت " لكن هنا لو ترك نقلها أثم ولا ضمان، لاسقاط المالك له عنه كما مر. واعلم أنه لو نقلها إلى غير المعين وتوقف النقل على أجره فقد قال في التذكرة (٣): إنه لا يرجع بها على المالك، لأنه متبرع بها. وهو حسن، مع احتمال الرجوع مع نيته، لإذن الشارع له في ذلك، فيقدم على إذن المالك، ولأن فيه جمعا بين الحقين مع مراعاة حق الله تعالى في امتثال أمره بحفظ المال. قوله: " ولا تصح وديعة الطفل والمجنون، ويضمن القابض ولا يبرأ بردها إليهما ".

لا شبهة في عدم جواز قبول الوديعة منهما، لعدم أهليتهما للإذن، فيكون وضع

(١) تحرير الأحكام ١: ٢٦٧.

(٢) راجع ص ٩٠ الهامش (٢).

(٣) التذكرة ٢: ٢٠٤.

وكذا لا يصح أن يستودعا. ولو أودعا لم يضمننا بالاهمال، لأن المودع لهما متلف ماله.

يد المستودع على المال بغير حق، فيضمن. ولا فرق في ذلك بين أن يكون المال لهما ولغيرهما، وإن ادعيا إذن المالك لهما في الايداع. وإطلاق حكم المصنف بالضمان يشمل ما لو علم تلفها في أيديهما وعدمه. والأقوى أنه لو قبضها منهما مع خوف هلاكها بنية الحسبة في الحفظ لم يضمن، لأنه محسن و" ما على المحسنين من سبيل " (١)، لكن يجب عليه مراجعة الولي في ذلك، فإن تعذر قبضها وترتب الحكم حينئذ. وأما عدم البراءة برده إليهما على التقديرين فواضح، للحجر عليهما في ذلك وشبهه، فلا يبرأ إلا بردها على وليهما الخاص أو العام مع تعذره. قوله: " ولو استودعا لم يضمننا بالاهمال لأن المودع لهما متلف ماله ". أي سبب في إتلافه حيث أودعه من لا يكلف بحفظه. وهذه علة تقريرية، فإن من دفع ماله إلى مكلف يعلم أنه يتلفه يكون متلفا لماله مع أن قابضه يضمنه. والأولى في التعليل أن الضمان باعتبار إهمالهما إنما يثبت حيث يجب الحفظ، والوجوب لا يتعلق بهما، لأنه من خطاب الشرع المختص بالمكلفين. ولا يعارضه قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (٢) لأن " على " ظاهرة في وجوب الدفع والتكليف بالرد، فيكون مختصا بالمكلف. ويفهم من قوله: " لم يضمننا بالاهمال " أنها لو تلفت بغيره بأن تعديا فيها فتلفت أنهما يضمنان. وهو كذلك على الأقوى، لأن الاتلاف لمال الغير سبب في ضمانه إذا وقع بغير إذنه، والأسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيها الصغير والكبير. ومثله القول في كل ما يتلفانه من مال الغير ويأكلانه منه، فإنهما يضمنانه وإن لم يكن لهما مال حين الاتلاف، لأن تعلق الحق بالذمة لا يتوقف عليه. نعم، إيجاب التخلص من الحق عليهما يتوقف على التكليف كما مر، فقبله

(١) سورة التوبة: ٩١.

(٢) تقدم مصادره في ص: ٤٨ هامش (١).

وإذا ظهر للمودع أمانة الموت وجب الاشهاد بها.

يكون المخاطب بالدفع من مالهما الولي إن كان لهما مال، وإلا كان ديننا عليهما يجب عليهما قضاؤه بعد التكليف. ولو فرض موتهما قبله ولا مال لهما، أو لهما مال ولم يعلم الولي بالحال، لم يؤخذ به في الآخرة، بخلاف المكلف. واعلم أن في مسألة إيداعهما ومباشرتهما الاتلاف وجهين آخرين: أحدهما: عدم الضمان، لعدم التكليف، ولتسليط مالكها لهما عليها، فكان سببا قويا، والمباشر ضعيف. وجوابه يظهر مما سبق. والثاني: الفرق بين المميز وغيره، فيضمن المميز خاصة، لعدم قصد غيره إلى الاتلاف فكان كالدابة.

وفيه نظر، لأن المقتضي للضمان وهو الاتلاف موجود، والمانع غير صالح للمانعية. أما القصد فلأنه لا مدخل له في الضمان وعدمه، كما يعلم من نظائره. وأما تسليط المالك فإنه إنما وقع على الحفظ لا على الاتلاف، غاية ما في الباب أنه عرض ماله له بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ، وهو غير كاف في سقوط الضمان عنهما لو باشراه، بخلاف ما إذا تركا الحفظ. والأقوى الضمان مطلقا. قوله: " وإذا ظهر للمودع أمارات الموت وجب الاشهاد بها ".

لما كان حفظ الوديعة واجب مطلقا وجب كل ما يتوقف عليه، ومن جملته الاشهاد عليها إذا حصل له أمانة الموت لمرض مخوف أو حبس للقتل، ونحو ذلك. وهل يعتبر في الاشهاد الواجب شاهدان، ليحصل بهما إثباتهما حيث ينكر الورثة، أو يكونون أو بعضهم صغارا لثلا يمتنع الوصي من تسليمها إلى مالكها بدون الاثبات، أم يكفي واحد بحيث يجعل وصيا في إيصالها؟ المتبادر من الاشهاد الأول، ولتحقق الغاية المطلوبة منه. ويحتمل الاكتفاء بالثاني، وهو الظاهر من عبارات العلامة (١)، حيث جعل الواجب هو الايضاء بها، وهو يتحقق بدون الاشهاد. وعلى التقديرين فلو أخل بذلك ضمن للتفريط، ولكن لا يستقر الضمان إلى أن يموت، فيعلم

(١) التذكرة ٢: ٢٠١، والقواعد ١: ١٨٨.

التفريط في أول زمان ظهر فيه أمانة الموت، سواء كان ذلك في ابتداء المرض أم في أثنائه.

والظاهر أن الاشهاد أو الايضاء كاف وإن قدر على إيصالها إلى مالكتها أو من يقوم مقامه، لأنه لم يخرج بذلك عن أهلية الأمانة فيستصحب. ووجوب الاشهاد لا ينافيه، لأنه من وجوه الحفظ الواجب عليه. وربما قيل بوجوب الرد حينئذ على المالك أو وكيله، أو الحاكم عند تعذرهما، أو إيداعها الثقة عند تعذره، فإن عجز عن ذلك كله أشهد عليها. وهو الذي اختاره في التذكرة (١) أولاً ثم رجع عنه إلى الاكتفاء بالوصية. ولو فرض موته فجأة لم يضمنها وإن تلفت، إذ لا يعد مقصراً حينئذ، وإلا لوجب الاشهاد عليها على كل ودعي، لا مكان ذلك في حقه، وهو منتف اتفاقاً.

وحيث يكتفى بالوصية يعتبر في الوصي العدالة، ولا فرق فيه بين الوارث والأجنبي. والمراد أن يعلمه بها ويأمره بردها على تقدير الموت، لا أن يسلمها إليه، لأنه إيداع لا يصح ابتداءً. نعم، لو تعذر الوصول إلى المالك أو من يقوم مقامه واضطر إلى ذلك جاز تسليمها له، كما يجوز إيداع الثقة عند الضرورة. ولو أوصى إلى غير الثقة فهو كما لو لم يوص.

إذا تقرر ذلك فنقول: يجب على الودعي على تقدير الاشهاد والايضاء تعيين الوديعة وتمييزها، ببيان جنسها ووصفها الرافعين للجهالة عنها، فلو اقتصر على قوله: عندي وديعة، أو لفلان، أو ذكر الجنس وأبهم الوصف كما لو قال: عندي ثوب لفلان، فهو كما لم يوص.

على تقدير ذكر الجنس خاصة إما أن لا يوجد في تركته ذلك الجنس، أو يوجد متعدد، أو متحد. ففي الأولين لا يحكم للموصى له بشيء، ويضمن

(١) التذكرة ٢: ٢٠١.

ولو لم يشهد، وأنكر الورثة، كان القول قولهم ولا يمين عليهم، إلا أن يدعى عليهم العلم.

الودعي، أما على تقدير عدم وجوده فظاهر، لتقصيره بترك البيان، وأما على تقدير وجود المتعدد فهو بمنزلة خلطها بماله حيث لا يتميز، فيكون تفريطا يوجب الضمان، ولا يكون الموصى له شريكا في الثياب الموجودة، لأصالة عدم استحقاقه شيئا في تركة الودعي وإن كان ضامنا لحقه، فيرجع إلى المثل أو القيمة. ويحتمل كونه شريكا، لأصالة البقاء وإن حكم بالضمان، كما لو مزجه بماله.

ولو وجد ثوب واحد ففي الحكم به للمالك وجهان، مأخذهما: أصالة بقاء حقه الثابت بالاقرار، فيستصحب إلى أن يعلم التلف، وحملا لاطلاقه على الموجود، لأصالة عدم غيره، وأن الموجود محكوم به تركة ظاهرا، وتقصيره في التمييز اقتضى ضمانها، أما كونها الموجود فلا، لاحتمال أن لا يكون هو الودعية، فلا يحكم بها مع قيام الاحتمال وترك العمل بظاهر اليد.

وعلى تقدير عدم الحكم له به هل يحكم بضمان وديعته؟ قيل لا، لجواز تلفها بغير تفريط قبل الموت، والاقرار بها لا ينافيه. وقيل: نعم، لأصالة البقاء. والحق أن الحكم مبني على أن الاجمال المذكور هل يعد تقصيرا يوجب الضمان، كما هو الظاهر من كلامهم، أم لا؟ فإن قلنا به ضمن قطعاً، للتفريط، وإن قلنا بالثاني فلا، لأصالة عدمه وبرائة الذمة منه، وأما أصالة بقاءه فلا تقتضي الضمان، بل هي أعم منه، فلا يدل عليه. وقد مضى (١) مثله، وسيأتي (٢) الكلام على نظيره. قوله: "ولو لم يشهد - إلى قوله - يدعى عليهم العلم".

هذا الحكم واضح، لأصالة عدم الودعية، كما لو أنكرها المورث وكل من يدعى عليه، وإنما لا يجب عليهم اليمين لأن الدعوى متعلقة بمورثهم لا بهم، كما لو ادعى عليه بدين، إلا أن يدعى عليهم العلم بذلك فيلزمهم الحلف على نفي

(١) في ج ٤: ٣٩٨.

(٢) في ص: ١٢٣.

وتجب إعادة الوديعة على المودع مع المطالبة،

العلم لا على البت، لأن ذلك ضابط الحلف على نفي فعل الغير. ومثله ما لو أقر الورثة بالوديعة ولكن لم يوجد في التركة، وادعى المستودع أنه قصر في الاشهاد، وقال الورثة: لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير، فالقول قولهم عملا بظاهر براءة الذمة، ولا يمين أيضا إلا مع دعواه علمهم بالتقصير. ويمكن أن يريد المصنف بمسألته هذا القسم، بأن يكون المراد بإنكار الورثة إنكارهم وجودها في التركة حيث لم يشهد، وحملوا ترك إشهاده على تلفها قبل حصول ما يوجب الاشهاد، وادعى المالك بقاءها وتقصيره في الاشهاد. والحكم في المسألتين واحد. قوله: " وتجب إعادة الوديعة على المودع مع المطالبة " .

إذا طلب المالك الوديعة وهي باقية وجب على الودعي ردها عليه في أول أوقات الامكان، لا بمعنى مباشرته للرد وتحمل مؤنته كما يظهر من العبارة، بل بمعنى رفع يده عنها والتخلية بين المالك وبينها، فإن كانت في صندوق مقفل ففتحها عليه، وإن كانت في بيت محرز فكذلك، وهكذا. والمراد بالامكان ما يعم الشرعي والعقلي والعادي، فلو كان في صلاة واجبة أتمها، أو بينه وبينها حائل من مطر مانع ونحوه صبر حتى يزول، أو في قضاء حاجة فإلى أن ينقضي الضروري منها، ويعتبر في الذهاب مجرى العادة، ولا يجب الزيادة في المشي وإن أمكن. وهل يعد إكمال الطعام والحمام وصلاة النافلة وانقطاع المطر غير المانع عذرا؟ وجهان. واستقرب في التذكرة (١) العدم، مع حكمه في باب الوكالة (٢) بأنها أعمار في رد العين إذا طلبها الموكل، وينبغي أن يكون هنا أولى (٣).

وهل التأخير ليشهد عليه عذر؟ قيل: نعم، ليدفع عن نفسه النزاع واليمين لو أنكر الرد. وقيل: لا، لأن قوله في الرد مقبول فلا حاجة إلى البينة، ولأن الوديعة

(١) التذكرة ٢: ٢٠٦ و ١٤٠.

(٢) التذكرة ٢: ٢٠٦ و ١٤٠.

(٣) في هامش " و " و " ن " : " وجه الأولوية: أن الوديعة محض إحسان، وأما ماهية الوكالة فهي أعم منه، لجوازها بجعل وغيره، وإن كان بعض أفرادها كالوديعة. منه رحمه الله " .

مبنية على الاخفاء غالبا. وفصل آخرون جيدا فقالوا: إن كان المالك وقت الدفع قد أشهد عليه بالايدياع فله مثله، ليدفع عن نفسه التهمة، وإن لم يكن أشهد عليه عنده لم يكن له ذلك. وحيث يؤخر الرد مع إمكانه يكون ضامنا، لأنه من أسباب التقصير. ولو كان العذر وجب المبادرة في أول أوقات زواله. قوله: " ولو كان كافرا " .

يشمل إطلاقه الكافر الحربي وغيره من أنواع الكفار ممن يجوز أخذ ماله، فإن الوديعه مستثناة من ذلك عملا بموجب الأمانة، وقد قال تعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) (١)، ولرواية الفضيل عن الرضا عليه السلام قال: " سألته عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا له قيمة، والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لا يعطيه شيئا، والمستودع رجل خارجي شيطان فلم أدع شيئا، فقال: قل له يرد عليه فإنه ائتمنه عليه بأمانة الله " (٢). وقال الحسين الشيباني للصادق عليه السلام: " إن رجلا من مواليك يستحل مال بني أمية ودماءهم، وإنه وقع لهم عنده وديعة، فقال عليه السلام: أدوا الأمانات إلى أهلها وإن كانوا مجوسا، فإن ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا فيحل ويحرم " (٣). وفي معناها أخبار كثيرة (٤). وقال أبو الصلاح (٥): " إذا كان المودع حربيا وجب على المودع أن يحمل ما أودعه إلى سلطان الاسلام ". والمشهور بين الأصحاب هو الأول، ولا نعلم فيه مخالفا غيره.

(١) النساء: ٥٨.

(٢) التهذيب ٧: ١٨١ ح ٧٩٥، الاستبصار ٣: ١٢٣ ح ٤٣٩، والوسائل ١٣: ٢٢٣ ب " ٢ " من كتاب الوديعه ح ٩، وفي الكافي ٥: ١٣٣ ح ٨ عن الإمام الكاظم عليه السلام.

(٣) الكافي ٥: ١٣٢ ح ٢، التهذيب ٦: ٣٥١ ح ٩٩٣، الوسائل ١٣: ٢٢٢ ب " ٢ " من الوديعه ح ٥.

(٤) راجع الوسائل ١٣ الباب " ٢ و ٣ " من أحكام الوديعه.

(٥) الكافي في الفقه: ٢٣١.

إلا أن يكون المودع غاصبا لها فيمنع منها. ولو مات فطلبها وارثه وجب الإنكار. وتجب إعادتها على المغصوب منه إن عرف. وإن جهل، عرفت سنة، ثم جاز التصديق بها عن المالك. ويضمن المتصدق إن كره صاحبها.

قوله: " إلا أن يكون المودع غاصبا - إلى قوله - صاحبها ". هذا هو المشهور بين الأصحاب. ومستنده رواية حفص بن غياث (١) عن الصادق عليه السلام. والطريق ضعيف، ولكنه عندهم مجبور بالشهرة. وأوجب ابن إدريس (٢) ردها إلى إمام المسلمين، فإن تعذر أبقاها أمانة، ثم يوصي بها إلى عدل إلى حين التمكن من المستحق. وقواه في المختلف (٣). وهو حسن، وإن كان القول بجواز التصديق بها بعد اليأس والتعريف متوجها أيضا، كما في كل مال يئس من معرفة صاحبه، لأن فيه جمعا بين مصلحتي الدنيا والآخرة بالنسبة إلى مالِكها، فإنه لو ظهر غرم له إن لم يرض بالصدقة، فلا ضرر عليه. وذهب المفيد (٤) (رحمه الله) إلى أنه يخرج خمسها لمستحقه والباقي يتصدق به، ولم يذكر التعريف. وتبعه سلار (٥).

والأجود التخيير بين الصدقة بها وإبقائها أمانة، وليس له التملك بعد التعريف هنا وإن جاز في اللقطة. وربما احتمل جوازه بناء على الرواية، فإنه جعلها فيها كاللقطة. وهو ضعيف. ويمكن أن يريد أنها منزلة منزلة اللقطة في وجوب التعريف، لا مطلقا. ولم يذكر من عمل بالرواية جواز التملك. وكما يجب إنكارها على الوارث يجب على المودع أيضا، لاستوائهما في عدم الاستحقاق. وتخصيص المصنف بالوارث لا وجه له. وإنما يجب منع الغاصب منها

(١) الكافي ٥: ٣٠٨ ح ٢١ وفيه: عن رجل، الفقيه ٣: ١٩٠ ح ٨٥٦، التهذيب ٧: ١٨٠ ح

٧٩٤، الاستبصار ٣: ١٢٤ ح ٤٤٠، الوسائل ١٧: ٣٦٨ ب " ١٨ " من أبواب اللقطة ح ١.

(٢) السرائر ٢: ٤٣٥ - ٤٣٦.

(٣) المختلف: ٤٤٤.

(٤) المقنعة: ٦٢٦ - ٦٢٧.

(٥) المراسم: ١٩٣ - ١٩٤.

ولو كان الغاصب مزجها بماله، ثم أودع الجميع، فإن أمكن
المستودع تمييز المالكين رد عليه ماله ومنع الآخر. وإن لم يمكن تمييزهما وجب
إعادتهما على الغاصب.

مع إمكانه فلو لم يقدر على ذلك سلمها إليه. وفي الضمان حينئذ نظر. والذي
يقتضيه قواعد الغصب أن للمالك الرجوع على أيهما شاء، وإن كان قرار الضمان على
الغاصب.

قوله: " ولو كان الغاصب مزجها بماله - إلى قوله - على الغاصب ".
هكذا أطلق المصنف وجماعة (١) من الأصحاب. ووجهه: أن منعه منها يقتضي
منعه من ماله، لأن الفرض عدم التمييز، وهو غير جائز. ويشكل بأن في الرد تسليطا
للغاصب على مال غيره بغير حق، فهو غير جائز أيضا.
والأقوى رده على الحاكم إن أمكن ليقسمه ويرد على الغاصب ماله، فإن تعذر
وكان مثليا وقدر حق الغاصب معلوما احتمل قويا جواز تولي الودعي القسمة جمعا بين
الحقين. والقسمة هنا إجبارية للضرورة، تنزيلا للودعي منزلة المالك حيث قد تعلق
بضمانه، وللحسبة. ولو لم يكن كذلك بأن امتزج على وجه لا يعلم القدر أصلا ففيه
اشكال. ويتوجه حينئذ ما أطلقه الأصحاب إن لم يمكن مدافعة الغاصب على وجه
يمكن معه الاطلاع على الحق. ويحتمل عدم جواز الرد مطلقا مع إمكانه إلى أن
يعترف الغاصب بقدر معين أو يقاسم، لاستحالة ترجيح حقه على حق المغصوب منه
مع تعلق الودعي بالحقين. ولبس في كلام الأصحاب هنا شيء منقح.

(١) منهم المفيد في المقنعة: ٦٢٧، والشيخ في النهاية: ٤٣٦، وأبو الصلاح الحلبي في الكافي:
٢٣٢.

الثاني

في موجبات الضمان

وينظمها قسمان: التفريط والتعدي.

أما التفريط فكأن يطرحها فيما ليس بحرر، أو يترك سقي الدابة أو علفها، أو نشر الثوب الذي يفتقر إلى النشر،

قوله: " في موجبات الضمان وينظمها قسمان: التفريط والتعدي " .

الفرق بينهما أن التفريط أمر عدمي، وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ ونحوه، والتعدي أمر وجودي، وهو فعل ما لا يجوز فعله، كلبس الثوب ونحوه.

قوله: " فكأن يطرحها فيما ليس بحرر " .

أي يطرحها فيه ويذهب عنها، أما لو بقي مراعيًا لها بنظره لم يعد تفريطًا، لأن العين حرر، إلا أن يكون المحل غير صالح لوضعها فيه بحسب حالها، وهو نوع آخر من التفريط.

قوله: " أو يترك سقي الدابة أو علفها أو نشر الثوب الذي يفتقر إلى النشر " .

كما يجب عند الاطلاق سقي الدابة وعلفها وغيره مما فيه بقاؤها، كذا يجب في كل وديعة فعل ما يقتضي بقاؤها ودفع ما يوجب فسادها، كنشر الثوب وطيه وتعريضه للهواء في كل وقت يفتقر إليه بحسب جنسه عادة، حتى لبسه لو لم يندفع ضرره إلا به، فلو أحل بذلك ضمن، سواء أذن المالك فيه أم سكت، لأن الحفظ واجب مطلق، فيجب كل ما يتوقف عليه إذا كان مقدورا. نعم، لو نهاه المالك عن ذلك لم

أو يودعها من غير ضرورة ولا إذن،

يلزمه الضمان وإن جاز فعله حفظا للمال. وقد تقدم (١) مثله في نفقة الدابة. ولو افتقر فعل ذلك إلى أجره فالحكم فيها كالنفقة، من وجوب مراجعة المالك أو الحاكم ثم تولي ذلك بنفسه، والرجوع به مع نيته، إلى آخر ما تقدم (٢). قوله: "أو يودعها من غير ضرورة ولا إذن".

لا فرق في عدم جواز إيداعها من دون إذن مالكيها وعدم الضرورة بين أن يودعها لزوجته وولده وعبدته وغيرهم، ولا بين الثقة وغيره، ولا بين أن يجعل ذلك الغير مستقلا بها وشريكا في الحفظ بحيث تغيب عن نظره. وهو موضع وفاق، ولأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، لأن المالك لم يرض بيد غيره وأمانته. وفي حكم مشاركة غيره في الوديعة وضعها في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظه في سائر الأوقات، سواء كان خارجا عن داره أم غير خارج. نعم، لو كان عند مفارقتة لضروراته يستحفظ من يثق به ويلاحظ المحرز في عوداته (٣)، رجح في التذكرة (٤) اغتفاره، لقضاء العادة به، ولأنه إيداع عند الحاجة. ولو فوض الحفظ إلى الغير لا لضرورة، أو أشركه، أو لم يحرز عنه، ضمن.

واشترط المصنف في الضمان بالايدياع شرطين:

أحدهما: عدم الضرورة، فلو حصل ضرورة إلى الايدياع بأن خاف عليها من حرق أو سرق أو نهب، أو أراد سفرا وتعذر ردها إلى المالك أو وكيله، دفعها إلى الحاكم، ولا يسمى ذلك إيداعا، فإن تعذر أودعها العدل. وهذا هو الخارج بالقيود، فلا يجوز إيداعها للضرورة ابتداء، بل على الوجه الذي فصلناه. وسيأتي (٥) في كلامه التنبيه عليه.

(١) لاحظ ص: ٨٩ - ٩٠.

(٢) لاحظ ص: ٨٧.

(٣) في "ه": "ويلاحظ المحرز إلى عوده فقد رجح...."

(٤) التذكرة ٢: ٢٠٠.

(٥) في ص: ١١٣.

أو يسافر بها كذلك مع خوف الطريق ومع أمنه،

والثاني: إذن المالك في الايداع، فيجوز حينئذ على حسب ما يأذن رتبة ووصفا، فلا ضمان مع الايداع كما، نص لا إذا خالف المعين مطلقا أو الوصف في غيره إلى ما دونه.

قوله: " أو يسافر بها كذلك مع خوف الطريق وأمنه " .

من جملة أسباب التفريط السفر بالوديعة من غير ضرورة ولا إذن المالك، سواء كان الطريق آمنا أم مخوفا، فإذا أراد السفر وجب عليه ردها إلى المالك أو وكيله كما مر، فإن تعذر فعلى الحاكم، فإن تعذر أودعها العدل، فإن فقد فلا يخلو إما أن يخاف عليها مع إبقائها في البلد أو لا، فإن خاف جاز السفر بها كما سيأتي (١)، وهو الموافق لمفهوم العبارة هنا. وإن لم يخف عليها فمفهوم قوله: " كذلك - أي كالسابق، وهو عدم الضرورة والإذن - أنه لا يجوز السفر بها حينئذ. وهو كذلك، لأن الإذن مع الاطلاق إنما يتناول الحفظ في الحضر عملا بالعادة، ولأن السفر لا يخلو من خطر في الجملة، وللخبر (٢).

ولا فرق في الضرورة بين تعلقها بالوديعة كالخوف عليها، وبالودعي كما لو اضطر إلى السفر، فإنه يجوز أن يسافر بها حينئذ مع تعذر إيصالها إلى من ذكر سابقا. وقد ادعى في التذكرة (٣) الاجماع على جواز السفر بها حينئذ. والمعتبر في تعذر الوصول إلى المالك ووكيله والحاكم المشقة الكثيرة، وهو المعبر عنه بالتعذر عرفا، لا معناه لغة، لما في إلزامه بتحمل ما يزيد على ذلك من الحرج والضرر المنفيين. وأما السفر فالأولى حمله على العرفي أيضا لا الشرعي، فعلى هذا يجوز استصحابها في تردداته في حوائجه إلى حدود البلد وما قاربه من القرى التي لا

(١) في ص: ١١٢.

(٢) في هامش " ه " و " و " و " ن ": " أشار بالخبر إلى قوله صلى الله عليه وآله: إن المسافر وماله لعلی قلت إلا ما وقى الله. منه رحمه الله ". راجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٥١، والنهاية لابن الأثير ٤: ٩٨.

(٣) التذكرة ٢: ٢٠٠.

وطرح الأقمشة في المواضع التي تعفنها. وكذا لو ترك سقي الدابة أو علفها مدة لا تصبر عليها في العادة، فماتت به.

يعد الانتقال إليها سفرا مع أمن الطريق، فلا يجوز إيداعها في مثل ذلك مع إمكان استصحابها، كما لا يجب ردها على المالك.

ويفهم من التذكرة (١) أنه لو سافر بغير ضرورة يجوز استصحابها مع التزامه الضمان، وعجزه عن إيصالها إلى المالك ومن يقوم مقامه، وإيداعها الثقة، والأجود المنع.

واستثنى من عدم جواز السفر بها اختيارا ما لو أودعه حالة السفر، أو كان المستودع منتجعا، فإنه يجوز السفر بها حينئذ من غير ضمان، لقدم المالك على ذلك حيث أودعه ماله على تلك الحالة. وليس على المستودع حينئذ ترك السفر لأجلها، وكان هذا في معنى الإذن في السفر بها بدلالة القرائن الحالية.

قوله: " وطرح الأقمشة في المواضع التي تعفنها ".

أي طرحها كذلك مدة يمكن فيها تعفنها، أما لو وضعها فيها مدة يقطع فيها بعدم الضرر فلا يعد ذلك تفريطا. ومثله وضع الكتب في المواضع التي تفسدها بالنداوة وغيرها. والمرجع في ذلك كله إلى كون مثل ذلك المكان لا يصلح للوديعة عرفا بحسب المدة التي يبقيةا فيها، ويمكن اعتبار كونه حرزا لها مطلقا، فلا يجوز وضع الثوب في موضع يعفنه وإن عزم على نقله قبل الفساد، نظرا إلى أنه ليس بحرر له عادة.

قوله: " وكذا لو ترك سقي الدابة وعلفها مدة لا تصبر عليه في العادة فماتت به ".

احترز بموتها به عما لو ماتت بغيره، فإنه لا يضمنها. وكذا لو كان بها جوع

(١) التذكرة ٢: ٢٠٠ وفي هامش " ه " و " و " : " لأنه قال فيها: لو عزم على السفر من غير ضرورة في وقت السلامة وأمن البلد، وعجز عن المالك ووكيله وعن الحاكم والأمين، فسافر بها فالأقرب الضمان، لأنه التزم الحفظ في الحضر، فليؤخر السفر، أو ليلتزم خطر الضمان. منه قدس سره ".

القسم الثاني: (في) التعدي. مثل أن يلبس الثوب، أو يركب الدابة، أو يخرجها من حرزها لينتفع بها. نعم، لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النية.

سابق وعطش يعلم (١) بهما فماتت بهما بحيث لولا التقصير لما ماتت. ولو كان جاهلا فوجهان. وجزم في التذكرة (٢) بالضمان. ولو لم تمت بل نقصت خاصة ضمن النقص. ولو لم ينقص دخلت في ضمانه بسبب التفريط. واعلم أن الواجب علفها وسقيها بحسب المعتاد لأمثالها، فالنقصان عنه يعد تفريطا، سواء صبرت عليه أم لا، ومتى عد تفريطا صار ضامنا لها وإن ماتت بغيره، هذا هو الذي تقتضيه قواعد الوديعة. وحينئذ فتعليق المصنف الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مدة لا تصبر عليه عادة إن أريد به هذا المعنى فلا اشكال من هذه الحثية، لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها به مع كونها قد صارت مضمونة بالتفريط، ومن شأن المضمون به أن لا يفرق الحال بين تلفه ونقصه بذلك السبب وغيره. وسيأتي له نظائر كثيرة من كلام المصنف وغيره. وإن أراد به معنى آخر أخص مما ذكرناه - كما هو الظاهر - أشكال الحكم، مما سبق، ومن توقف الضمان على ترك ذلك هذه المدة، مع أن الواجب القيام بالمعتاد منه، وبتركه يتحقق التفريط. وفي عبارة العلامة ما هو أبلغ مما هنا، فإنه قال في التذكرة (٣): " لو امتنع المستودع من ذلك - وعنى به العلف والسقي - حتى مضت مدة يموت مثل الدابة في مثل تلك المدة نظر: إن ماتت ضمنها، وإن لم تمت دخلت في ضمانه، وإن نقصت ضمن النقصان، فإن ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها ". هذه عبارته، وقد علق الضمان فيها كما ترى على ترك ذلك مدة تموت فيها عادة، لا تأخيره زيادة عن المعتاد، ولا زيادة على ما تصبر عليه عادة. قوله: " في التعدي مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة ". المراد أنه لبسه للانتفاع به أو من غير قصد. أما لو توقف حفظه على لبسه،

(١) في النسخ: لا يعلم بهما. والصحيح ما أثبتناه لقوله بعد ذلك: ولو كان جاهلا.
(٢) التذكرة ٢: ٢٠٣.
(٣) التذكرة ٢: ٢٠٢.

ولو طلبت منه فامتنع من الرد مع القدرة ضمن. وكذا لو جحدها ثم قامت عليه بينة أو اعترف بها.

كلبس الثوب الصوف ليدفع عنه الدود وحيث لا يندفع بنشره وعرضه على البرد والهواء، لم يكن تعديا، بل يكون واجبا يضمن بدونه. وكذا القول في ركوب الدابة، كما لو توقف نقلها إلى الحرز أو سقيها ونحوه على ركوبها، فإنه يجب فضلا عن الجواز. وفي حكم لبس الثوب الموجب للضمان النظر في الكتاب المودع له. وكذا النسخ منه بطريق أولى.

قوله: " ولو طلب منه وامتنع من الرد مع القدرة ضمن "

قد تقدم (١) أن المراد بالرد الواجب عليه رفع يده عنها وتمكين مالكها منها بفتح القفل والباب ونحو ذلك، لا مباشرة الرد، وأن المراد بالقدرة ما يشمل القدرة شرعا، فإن من كان في فريضة لا يعد قادرا شرعا إلى أن يفرغ، لتحريم قطعها. ولا يعذر في التعقيب المعتاد، ولا في إكمال الناقل، ولا في الليل إلى أن يصبح، إلا أن يكون في محل يشق إخراجها منه فيه عادة، ونحو ذلك.

قوله: " وكذا لو جحدها ثم قامت عليه بينة أو اعترف بها "

إنما كان الجحود تعديا موجبا للضمان لأنه خيانة، حيث إنه بإنكاره يزعم أن يده عليها ليست نيابة عن المالك، فلا يكون أمينه. ويعتبر في تحقق الضمان به أمور: الأول: أن يكون بعد طلب المالك لها منه، فلو جحدها ابتداء أو عند سؤال غيره لم يضر، لأن الوديعة مبنية على الاخفاء، فإنكاره لها بغير طلب يوجب الرد أقرب إلى الحفظ. ولو لم يطلبها المالك لكن سأله عنها، أو قال: لي عندك وديعة فأنكر، ففي الضمان قولان:

أحدهما: العدم. اختاره في التذكرة (٢)، لأنه لم يمسكها لنفسه، ولم يقر يده عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها. ومجرد السؤال لا يبطل الوديعة ولا يرفع الأمانة، بخلاف الطلب.

(١) لاحظ ص: ٩٧.

(٢) التذكرة ٢: ٢٠٥.

ويضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميز.

والثاني: ثبوته، لأن جحوده يقتضي كون يده ليست على المالك، لأن نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث هو لازمه، فلا يكون أمينا عنه فيضمن. واختاره المحقق الشيخ علي (١). وهو متجه.

الثاني: أن لا يظهر لجحوده عذرا بنسيان أو غلط ونحوهما، فإنه لا يضمن إن صدقه المالك على العذر، وإلا ففي الضمان وجهان. واستقرب في التذكرة (٢) الضمان. ووجهه يعلم مما سلف، وإن كان عدم الضمان لا يخلو من وجه. الثالث: أن لا يكون الجحود لمصلحة الوديعة، بأن يقصد دفع ظالم أو متغلب على المالك ونحو ذلك، لأنه به محسن، و (ما على المحسنين من سبيل) (٣). قوله: " ويضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميز " .

لا فرق بين خلطها بأجود ومساو وأردى، لاشتراك الجميع في العدوان الناشئ من التصرف في الوديعة تصرفا غير مشروع، وتعييها بالخلط بالمزج المقتضي للشركة المفضي إلى المعاوضة على بعض ماله عند القسمة بغير رضاه، ولأن الشركة عيب فكان عليه الضمان. ويفهم من قوله: " خلطها بماله " أنه لو خلطها بمال المالك لم يضمن. وليس كذلك، بل يضمن على التقديرين. ولا فرق هنا أيضا بين أن يكون المالان عنده وديعة فيمتزج أحدهما بالآخر، وكون الآخر أمانة بغير الوديعة وغصبا، لصدق التصرف المنهي عنه في ذلك كله. وربما كان للمالك غرض في الامتياز. ويمكن أن يكون الضمير في " ماله " عائدا إلى المودع والمستودع. والحكم فيهما صحيح، إلا أن في عوده إلى كل واحد اخلاصا بالآخر، واستعماله فيهما على وجه الاشتراك بحيث يشملهما معا يحتاج إلى تكلف وتجوز، والأولى عوده إلى المستودع خاصة كما ذكرناه أولا، لأن خلطه بمال المودع سيأتي (٤) الكلام فيه في العبارة في مادة

(١) جامع المقاصد ٦: ٣٩.

(٢) التذكرة ٢: ٢٠٥.

(٣) التوبة: ٩١.

(٤) في ص: ١٠٩.

وكذا لو أودعه مالا في كيس مختوم ففتح ختمه.

مخصوصة، وهو كونهما معا وديعة. ولا فرق في الحكم بين الوديعة وغيرها. ويفهم من قيد الحيثية بعدم التمييز أنه لو تميز المألان لا يضمن. والحكم فيه كذلك إن لم يستلزم المزج تصرفا آخر غير المزج منها عنه، كما لو كان المال في كيس مختوم ونحو ذلك، فالضمان المنفي على تقدير الامتياز من حيث المزج وإن أوجب الضمان من حيثية أخرى.

قوله: " وكذا لو أودعه مالا في كيس مختوم ففتح ختمه " .

لا فرق في فتح الختم بين أن يأخذ شيئا من الكيس وعدمه، ولا في الختم بين أن يكون مشتتملا على علامة للمالك وعدمه، لاشتراك الجميع في هتك الحرز والتصرف المنهي عنه. ومثله الصندوق المقفل، وكذا ما أشبه الختم مما يدل على قصد المالك الاخفاء به كالربط والشد، لا ما يقصد به مجرد المنع من الانتشار، كما في الخيط والربط الذي يشد به رأس كيس الثياب والرزمة ومنها. والفارق بين الأمرين القرائن. وفي حكم القفل والختم الدفن، فلو أودعه شيئا مدفونا فنبشه ضمن. ونبه بقوله: " في كيس مختوم " على أن الختم المانع من تصرف المستودع هو ختم المالك، فلو كان من المستودع لم يضمن، لأنه لا هتك فيه ولا نقصان عما فعله المالك. هذا إذا لم يكن الختم منه بأمر المالك وإلا كان كختم المالك. وحيث يضمن بالفتح يصير ضامنا للمظروف. وفي ضمانه للظرف وجهان، أجودهما ذلك، للتصرف فيه المنهي عنه. واستقرب في التذكرة (١) العدم، لأنه لم يقصد الخيانة في الظرف. ويضعف بأن قصد الخيانة لا دخل له في الضمان، بل التصرف. وقد استشكل فيها حكم ما لو عد الدراهم غير المختومة أو وزنها أو ذرع الثوب مع أن مقتضى تعليقه عدم الضمان. ولو لم يفتح الكيس المختوم لكن خرقة تحت الختم فهو كفض الختم، ويزيد ضمان الظرف أيضا. ولو كان الخرق فوقه لم يضمن إلا نقصان الخرق.

(١) التذكرة ٢: ١٩٨.

وكذا لو أودعه كيسين فمزجهما.
وكذا لو أمره بإجارتها لحمل أخف، فأجرها لأثقل، أو لأسهل
فأجرها لأشق، كالقطن والحديد.

قوله: " وكذا لو أودعه كيسين فمزجهما ".
لم يقيد المزج هنا بكونه على وجه لا يتميز أحد المالكين عن الآخر، إما
لاستسلافه ذلك، أو لكون المزج في الغالب يراد منه ذلك، أو أراد تعميم الحكم
بالضمان بمطلق المزج، لاستلزامه التصرف في المالكين بغير إذن المالك، حيث اقتضى
إخراج أحدهما من كيسه وصبه على الآخر. والظاهر أنه يضمن المخرج مطلقا. وأما
الآخر فإن كان محتوما ضمنه، وإلا فلا مع بقاء التميز، لأنه لم يحدث فيه تصرفا ممنوعا
منه، مع احتمال الضمان مطلقا. وهو قول لبعض الأصحاب (١).
هذا كله إذا كان الكيسان للمودع، أما لو كان للمستودع فلا ضمان مع بقاء
التمييز، لأن له نقل الوديعة من محل إلى غيره، وله تفرغ ملكه، ولا يتعين عليه
الحفظ فيما وضع فيه أولا. وقد تقدم (٢) أنه لا فرق بين كون الكيسين معا ووديعة أو
أحدهما أمانة غيرها أو غصبا.

قوله: " وكذا لو أمره بإجارتها - إلى قوله - والحديد ".
لا اشكال في الضمان هنا مع استعمال المستأجر لها في الأثقل، لأنه تعد محض
من المستودع. وهل يتحقق بمجرد العقد؟ يحتمل ذلك، لتسليطه على الانتفاع
العدواني (٣)، فيخرج عن كونه أمينا، كما يضمن بجحوده - بل بمجرد نيته على قول
- مع عدم فعل ما يوجب الضمان، وعدمه، كما لو نوى الخيانة أو التفريط، أو قال:
إنه يفعل ذلك ولم يفعل. ولم أقف في ذلك على شيء يعتد به. والمراد من الأشق في
المثاليين أن الحديد أشق عند سكون الهواء والقطن أشق عند الهواء. ومن ثم جمع بين
المثاليين.

(١) راجع جامع المقاصد ٦: ١٧.

(٢) لاحظ ص: ١٠٧.

(٣) في النسخ: الانتفاع العدواني.

ولو جعلها المالك في حرز مقفل، ثم أودعها، ففتح المودع الحرز وأخذ بعضها ضمن الجميع، ولو لم تكن مودعة في حرز، أو كانت مودعة في حرز المودع، فأخذ بعضها ضمن ما أخذ.

ثم المضمون على تقدير المخالفة هو الجميع على التقديرين، لتحقق العدوان في ذلك الانتفاع، مع احتمال التقييط خصوصا في حمل الأثقل، لأن القدر المأذون فيه ليس بمضمون وإنما تعدى بالزائد، فيقسط التالف عليهما. وعلى هذا فيعتبر في الأضر ما ساوى (١) المأذون من الضرر، مع احتمال ضمان الجميع هنا وإن قلنا به ثم، لأن مجموع الحمل مغاير للمأذون، بخلاف الأثقل إذا كان الثقل مستندا إلى زيادة المقدار مع اتحاد الجنس، كما إذا أذن له في حمل قفيز فأجرها لقفيزين. وسيأتي (٢) مثل هذا الاشكال في باب الإجارة. وضمن الجميع أقوى مطلقا. قوله: " ولو جعلها المالك في حرز مقفل - إلى قوله - ضمن ما أخذ ". الفرق بين الأمرين واضح، فإنه في الأول تعدى بنفس فتح الحرز المقفل من المالك، فيضمن الجميع - كما تقدم (٣) - وإن لم يأخذ منه شيئا، فإذا أخذ أولى. وأما إذا لم تكن مودعة في حرز فلم يحصل منه تعد إلا فيما أخذ. وكذا إذا كان في حرز للمودع، فإن له فتحه في كل وقت، لأنه لا يعد متصرفا في مال المستودع - بالكسر - بل في ماله، فلا يضمن من هذه الحثية وإنما يضمن من جهة الأخذ، وهو مقصور على المأخوذ. ويستثنى منه ما إذا شده المستودع بأمر المالك، فإنه يصير حينئذ بمنزلة ما أحرزه المالك.

ولا فرق في ضمان المأخوذ بين أن يصرفه في حاجته وعدمه عندنا، لأن الإخراج على هذا القصد خيانة. وعلى هذا فلو نوى التصرف في الوديعة عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مطلقا، لأنه لم يقبضها على وجه الأمانة،

(١) في " ه " : سوى (نسخة بدل)

(٢) في ص: ٢١٣.

(٣) لاحظ ص: ١٠٨.

ولو أعاد بدله لم يبرأ، ولو أعاده ومزجه بالباقي ضمن ما أخذه. ولو أعاد بدله ومزجه ببقية الوديعة مزجا لا يتميز ضمن الجميع.

بل على سبيل الخيانة. وفي تأثير النية في استدامة الأخذ كما تؤثر في ابتدائه وجهان، من ثبوت اليد في الموضوعين مقترنا بالنية الموجب للضمان، ومن أنه لم يحدث فعلا مع قصد الخيانة، والشك في تأثير مجرد القصد في الضمان. وتردد في التذكرة (١). ويتحقق ذلك في صور: منها أن ينوي الأخذ ولم يأخذ، أو الاستعمال ولم يستعمل، أو أن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك ولم يتلفظ بالجحود، وغير ذلك. وقد جزم المصنف فيما سبق (٢) بأنه لو نوى الانتفاع لا يضمن بمجرد النية.

قوله: " ولو أعاد بدله لم يبرأ - إلى قوله - ضمن الجميع ".

إنما لم يبرأ مع إعادة البديل لأنه لم يتعين ملكا للمودع، إذ لا يحصل الملك إلا بقبضه أو قبض وكيله، والمستودع ليس وكيله له في تعيين العوض وإن كان وكيله في الحفظ، فإذا مزج ما جعله بدلا بالباقي بحيث لا يتميز فقد مزج الوديعة بماله. وقد تقدم (٣) أن ذلك يوجب الضمان. ولو بقي متميزا فالباقي غير مضمون، إذ لم يحصل فيه تعد.

ولو أعاد عين المأخوذ لم يزل الضمان عنه، كما لا يزول بالرجوع عن كل تفريط وتعد. ولا يتعدى إلى الباقي وإن مزجه به بحيث لا يتميز، لأن الجميع مال المالك غاية أن بعضه مضمون وبعضه غير مضمون، ولأن هذا الاختلاط كان حاصلًا قبل الأخذ. وعلى هذا لو كان الجميع عشرة دراهم وأخذ منها درهما ثم رده إليها وتلفت بغير تفريط لم يلزمه إلا درهم. ولو تلف منها خمسة لزمه نصف درهم، وهكذا.

(١) التذكرة ٢: ١٩٨.

(٢) لاحظ ص: ١٠٥.

(٣) لاحظ ص: ١٠٧.

الثالث

في اللوائح

وفيه مسائل:

الأولى: يجوز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامة، ثم لا يضمن.

قوله: " يجوز السفر بالوديعة إذا خاف تلفها مع الإقامة، ثم لا يضمن " .

إنما يجوز السفر بها - مع الخوف عليها - مع تعذر ردها على المالك ووكيله والحاكم، وإيداعها الثقة حيث لا يكون في إيداعها خطر عليها، فلو قدر على أحدهم لم يكن له السفر بها وإن خاف عليها. نعم، لو خاف عليها على تقدير إيداعها سقط وجوبه وجاز السفر بها حينئذ، بل يجب أخذها معه، لأن حفظها واجب فإذا لم يحصل إلا بالسفر وجب من باب المقدمة وقد تقدم (١) الكلام في ذلك. والمصنف - رحمه الله - عبر بالجواز، والظاهر أنه أراد به معناه الأعم فلا ينافي الوجوب، إذ لا يجوز تركها حينئذ مع الخوف عليها، إلا أن يقال بأن السفر لا يجب عليه لأجلها وإن خاف تلفها بدونه، بل إن اختار السفر وجب عليه استصحابها، فلا يكون السفر واجبا وإنما يجب مصاحبته لو اختاره، فيصح إطلاق جواز السفر

(١) في ص: ١٠٣.

ولا يجوز السفر بها مع ظهور أمانة الخوف. ولو سافر والحال هذه، ضمن.
الثانية: لا يبرأ المودع إلا بردها إلى المالك أو وكيله. فإن فقدهما فيإلى
الحاكم مع العذر. ومع عدم العذر يضمن. ولو فقد الحاكم وخشي تلفها،
جاز إيداعها من ثقة. ولو تلفت لم يضمن.

حينئذ. وبهذا المعنى صرح بعض الأصحاب (١). والأقوى الأول، بل قال في
التذكرة (٢): إنه لا نعلم فيه خلافاً.

قوله: " ولا يجوز السفر مع ظهور أمانة الخوف. ولو سافر والحال هذه
ضمن ".

هذا من تنمة الحكم السابق. ومحصله: أن السفر بالوديعة حيث يسوغ -
لضرورته أو ضرورتها - إنما يجوز مع أمن الطريق، فلو كان مخوفاً ولو بظهور أمانة
عليه مفيدة لظن الخوف لم يجوز. ولو سافر والحال هذه ضمن، لأنه تغيير، حتى لو
فرض الخوف عليها في الحضر يكون قد تعارض خطران، فيرجح الإقامة، لأن السفر
نفسه خطر، فإذا انضم إليه أمانة الخوف زاد خطره على الحضر.
قوله: " لا يبرأ المودع إلا بردها إلى المالك - إلى قوله - لم يضمن ".
لما كانت الوديعة من العقود الجائزة جاز للمستودع ردها في كل وقت. لكن مع
وجود المالك أو وكيله في قبضها، أو مطلقاً بحيث يتناولها، يردّها عليه، ولا يبرأ حينئذ
بردها إلى الحاكم، لأنه لا ولاية له على الحاضر الرشيد. فإن فقدهما وأراد ردها على
الحاكم، وكان به حاجة إلى ذلك - كأن عجز عن حفظها، أو عرض له خوف يفتقر
معه إلى التستر المنافي لرعايتها، أو خاف عليها من السرقة أو الحرق أو النهب، ونحو
ذلك من الضرورات - جاز دفعها إلى الحاكم، لأن له ولاية على الغائب على هذا
الوجه، فإن تعذر أودعها الثقة. ولا ضمان فيهما، لمكان الحاجة.
ولو لم يكن له عذر لم يجوز دفعها إلى الحاكم ولا إيداعها الثقة وإن كان له فسخ

(١) في هامش " و " و " ن " : هو الشيخ فخر الدين في حاشيته على القواعد. منه رحمه الله ".
(٢) التذكرة ٢: ٢٠٠.

الثالثة: لو قدر على الحاكم فدفعها إلى الثقة ضمن.
الرابعة: إذا أراد السفر فدفنها ضمن، إلا أن يخشى المعاجلة.

الوديعة، لأنه قد التزم الحفظ، فلا يبرأ إلا بدفعها إلى المالك أو وكيله، ولأن المالك لم يرض بيد غيره، ولا ضرورة له إلى إخراجها من يده، فليحفظها إلى أن يجد المالك أو يتجدد له عذر. هكذا ذكره الأصحاب، ولا نعلم فيه خلافا بينهم. ووافقهم جماعة من العامة (١)، وأجاز بعضهم (٢) دفعها إلى الحاكم عند تعذر المالك مطلقاً، لأنه بمنزلة وكيله. وليس بذلك البعيد.

ثم على تقدير جواز دفعها إلى الحاكم، هل يجب عليه القبول كما إذا كان له عذر ولم يجد المالك ولا وكيله؟ وجهان، من أنه نائب عن الغائب حينئذ، وأنه منصوب للمصالح، ولو لم يجب القبض فأتت المصلحة المطلوبة من نصبه، ومن أصالة البراءة. والأقوى الأول. والوجهان آتيان فيما لو حمل إليه المديون الدين مع غيبة المدين، أو الغاصب المغضوب أو بدله عند تلفه، وغير ذلك من الأمانات التي يليها الحاكم.

قوله: " لو قدر على الحاكم فدفعها إلى الثقة ضمن "

حيث يجوز له دفعها إلى غير المالك ووكيله لتعذرهما، سواء كان ذلك لفسخ الوديعة مع العذر أم لإرادة السفر الضروري، يجب تقديم الدفع إلى الحاكم على إيداع الثقة، لأنه وكيل عام عن المالك، فكان أولى، فيضمن لو خالف الترتيب، كما يضمن لو دفعها إلى الحاكم مع إمكان دفعها إلى المالك أو وكيله الخاص. وقد تقدم (٣) مرارا.

قوله: " إذا أراد السفر فدفنها ضمن إلا أن يخشى المعاجلة "

قد عرفت أنه مع إرادة السفر يجب ردها إلى المالك أو وكيله، ثم إلى الحاكم، ثم يودعها الثقة على تفصيل فيه، فإذا ترك ذلك واقتصر على دفنها فإن كان مع وجود

(١) حلية العلماء ٥: ١٧٢.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٧: ٢٨٣.

(٣) راجع ص: ١٠٢، ١٠٣، ١١٣.

الخامسة: إذا أعاد الوديعة بعد التفريط إلى الحرز لم يبرأ. ولو جدد المالك له الاستيمان، برئ. وكذا لو أبرأه من الضمان.

المالك أو وكيله فالضمان ظاهر، لأنه لو دفعها إلى الحاكم أو أودعها الثقة ضمن، فإذا دفنها في مكان يحتمل معه ذهابها رأساً - بأن يتفق موته فلا يصل مالکها إليها - أولى. وإن تعذر الوصول إلى المالك وأمكنه الوصول إلى الحاكم فكذلك. وكذا لو تعذر ودفنها في غير حرز، أو في حرز ولم يعلم بها الثقة، أو أعلمه ولم يكن تحت يده، بأن يكون في منزل المستودع. ولو كان الموضع في يد الأمين فهو كما لو أودعه، مع احتمال عدمه وهو ظاهر اطلاق العبارة، لأنه إعلام لا إيداع، ولأنه لا يلزمه حفظها بمجرد الاعلام، بخلاف ما لو قبل الوديعة، فإنه يترتب عليه وجوب ملاحظتها ونقلها من الموضع عند الخطر، ونحو ذلك من لوازم الأمانة. وقطع في التذكرة (١) بالأول. وفي الثاني قوة.

هذا كله إذا لم يخش المعالجة قبل إيصالها إلى من ذكر من المالك ومن يترتب عليه، وإلا جاز الدفن في موضع أمين. وقد وقعت المعالجة في كلام المصنف والجماعة (٢) مطلقة، وهي تحتمل أمرين: أحدهما: معالجة السراق قبل ذلك. وهو صحيح، لأن حفظها حينئذ لا يكون إلا بالدفن، فيجب ويجزي، لأنه المقدور. ويعتبر كونه في حرز مع الامكان. ولا شبهة حينئذ في عدم الضمان. والثاني: معالجة الرفقة إذا أراد السفر وكان ضرورياً والتخلف عنها مضراً، فإنه حينئذ يدفنها في حرز ولا ضمان عليه، لمكان الحاجة.

قوله: " إذا أعاد الوديعة بعد التفريط... الخ "

إنما لم يبرأ بالرد لأنه قد صار بمنزلة الغاصب بتعديده، فيستصحب الحكم بالضمان إلى أن يحل من المالك ما يقتضي زواله. ويتحقق ذلك بأمور:

منها: أن يرده عليه ثم يجدد له الوديعة. وهذا لا شبهة فيه. لأنه وديعة مستأنفة

(١) التذكرة ٢: ٢٠٠.

(٢) كالعلامة في قواعد الأحكام ١: ١٨٨، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٦: ٢٢.

يترتب عليها حكمها، الذي من جملته كون الودعي أميناً. ويمكن دخوله في قول المصنف: " جدد المالك له الاستئمان "

ومنها: أن يحدده له من غير أن يدفعها إليه، بأن يقول له أذنت لك في حفظها، أو أودعتكها، أو استأمنتك عليها، ونحو ذلك. وقد جزم المصنف بعود الأمانة بذلك، ووجهه أن الضمان إنما كان لحق المالك، وقد رضي بسقوطه بإحداثه ما يقتضي الأمانة.

ويمكن بناء ذلك على أن الغاصب إذا استودع هل يزول الضمان عنه أم لا؟ فإن المستودع هنا قد صار بتعديه بمنزلته. والمسألة موضع اشكال، إذ لا منافاة بين الوديعة والضمان، كما في الفرض المذكور، فلا يزول الضمان السابق بتجدد ما لا ينافيه، مع عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (١) ومن أنه قد أقام يده مقام يده، وجعله وكيلاً في حفظها، وذلك يقتضي رفع الضمان. وقد سلف البحث في نظائرها في مواضع (٢) كالرهن والقراض. والأقوى هنا زوال الضمان، لأن المستودع نائب عن المالك في الحفظ، فكانت يده كيده، وقبضه لمصلحته، فكان المال في يده بمنزلة ما إذا كان في يد المالك، بخلاف الرهن. ومنها: أن يبرئه من الضمان. وقد جزم المصنف ببرائه أيضاً. والوجه فيه ما سبق من أن الضمان كان لحق المالك وقد أسقطه بالبراءة. ويشكل: بأن معنى الضمان أن العين لو تلفت وجب عليه بدلها، والحال أنها الآن لم تتلف، فيكون الإبراء من الضمان إبراء مما لم يجب. ويمكن دفعه: بأن الضمان المسبب عن التعدي معناه جعل ذمة الودعي متعلقة بالمالك على وجه يلزمه بذل المال على تقدير تلفه، ولزوم البدل ثمرة الضمان وفائده لا نفسه، والساقط بالابراء هو الأول لا الثاني. ويدل على أن المراد من الضمان

(١) مسند أحمد ٥: ٨، سنن الدارمي ٢: ٣٤٢ ح ٢٥٩٦، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠.

(٢) في ج ٤: ١٥ - ٣٥٩.

ولو أكره على دفعها إلى غير المالك دفعها ولا ضمان.
السادسة: إذا أنكر الوديعة، أو اعترف وادعى التلف، أو ادعى
الرد ولا بينة، فالقول قوله، وللمالك إحلافه، على الأشبه.

هو المعنى الأول أنهم يحكمون عليه به بمجرد العدوان، فيقولون: صار ضامنا، ولو
فعل كذا ضمن، ونحو ذلك، مع أن لزوم البديل لم يحصل بذلك، وإنما حصل قبول
ذمته له، وهذا معنى يمكن زواله بالبراءة، بل هو متعلق البراءة، وأما نفس البديل
فلا يعبر عنه بالضمان، والبراءة إذا تعلق به فإنما تكون من نفس المال لا من الضمان
الثابت بالعدوان.

واعلم أن ما ذكره من تعليق الحكم على إعادته إلى الحرز بعد التفريط على
سبيل المثال، وإلا فالحكم متعلق بكل موضع يثبت فيه الضمان ثم يزيل ذلك
السبب، بأن يلبس الثوب ثم ينزعه بنية التخلص، أو يأخذ الدراهم لينفقها ثم
يردها، أو ينظر في الكتاب ثم يطبقه ويرده إلى الحرز، وغير ذلك من أسباب التعدي
والتفريط والجحود وغيرها.

قوله: " ولو أكره على دفعها إلى غير المالك دفعها ولا ضمان "

هذا هو المشهور بين الأصحاب، لضعف المباشر وقوة السبب، فيختص به
الضمان، ولأصالة براءة الذمة، ولأن ترك التسليم حينئذ ضرر منفي فيباح، فلا
يستعقب الضمان، لأنه مأذون فيه شرعا. وخالف في ذلك أبو الصلاح - رحمه الله - (١)
فأوجب الضمان إذا سلمها بيده وإن خاف التلف، لا إن أخذها المكروه من الحرز
بنفسه، محتجا بأنه متلف بالتسليم فكان ضامنا. ووافق العلامة في التذكرة (٢).
وجوابه قد علم مما سبق، فإن القهر والإذن الشرعي أسقطا الضمان، ولأن الاكراه
صير فعله منسوباً إلى المكروه، ولأنه محسن فلا سبيل عليه. وعلى تقدير ضمانه فقراره
على المكروه، وإنما تظهر الفائدة في جواز مطالبة المالك له بالعين أو البديل.
قوله: " إذا أنكر الوديعة - إلى قوله - على الأشبه "

(١) الكافي في الفقه: ٢٣٠.

(٢) التذكرة ٢: ٢٠٥.

"الأشبهه" يمكن أن يرجع إلى قبول قوله في الأخير، وهو الرد خاصة، لأنه موضع الاشكال، من حيث إن الأصل عدم الرد، وعموم "البينة على المدعي" (١) ومن حيث إنه محسن وقابض لمحض مصلحة المالك وأمين، والأصل براءة ذمته. والمشهور قبول قوله فيه بيمينه. هذا إذا ادعى ردها على من ائتمنه، أما لو ادعى رده على غير من ائتمنه كالوارث فعليه البينة، لأن الأصل عدم الرد، وهو لم يئتمنه، فلا يكلف تصديقه. ودعوى ردها على الوكيل كدعوى ردها على الموكل، لأن يده كيده. وأما إنكار الوديعة فلا شبهة في قبول قوله فيه، لأنه منكر، والأصل عدمها من غير معارض.

وأما دعوى تلفها مع الاعتراف بها ابتداء فإنه وإن كان فيه مدعيا ومخالفا للأصل إلا أن المشهور قبول قوله فيه مع يمينه، لأنه أمين فيقبل قوله على من ائتمنه. ولا فرق في ذلك بين دعواه التلف بسبب ظاهر كالحرق والغرق وخفي كالسرق، لاشتراكهما في المعنى، خلافا للمبسوط (٢) حيث فرق بينهما فقبل قوله في الثاني دون الأول، إلا أن يكون معلوما بالمشاهدة أو الاستفاضة عاما بحيث يمكن تناوله له. هذا إذا ذكر السبب. ولو أطلق قبل قوله بيمينه أيضا. قال في التذكرة (٣) بعد حكايته عن الشافعي: "ولا بأس بهذا القول عندي". وقال الصدوق في المقنع (٤): "تقبل دعوى التلف والضياع بلا يمين". وعلى هذا فيمكن عود "الأشبهه" إلى قبول قوله في التلف بيمينه مطلقا، فيكون ردا على القولين، وإلى إثبات اليمين خاصة، وإلى قبول قوله مطلقا، وإلى المجموع منهما ومن قبول قوله في الرد.

(١) راجع الوسائل ١٨: ١٧٠ ب "٣" من أبواب كيفية الحكم.

(٢) المبسوط ٤: ١٤١.

(٣) التذكرة ٢: ٢٠٦.

(٤) لم نعثر على ذلك في المقنع المطبوع، وإنما قال في الفقيه ٣: ١٩٤: مضى مشايخنا رضي الله عنهم على أن قول المودع مقبول فإنه مؤتمن، ولا يمين عليه.

أما لو دفعها إلى غير المالك، وادعى الإذن فأنكر، فالقول قول المالك مع يمينه. ولو صدق على الإذن لم يضمن وإن ترك الاشهاد، على الأشبه.

قوله: " أما لو دفعها إلى غير المالك - إلى قوله - مع يمينه ".
لأنه منكر للإذن فيقدم قوله فيه، ولأصالة عدمه، ولأن المدفوع إليه لم يأت منه فلا يقبل قوله في الرد إليه، كما لو ادعى الرد إلى الوارث، وكون المدعى الدفع إليه وكيلا لتكون يده كيد المودع غير معلوم، لأن انكاره الإذن له في الدفع إليه أخرجه عن كونه وكيلا. وحينئذ فإذا حلف المالك نظر: فإن كان من ادعى الدفع إليه مقرا بالقبض وهي باقية ردت على المالك، وإن تعذر ارتجاعها منه لغيبة أو غيرها تخير المالك بين الرجوع عليه وعلى الودعي، فإن رجع على الودعي رجع على المدفوع إليه إن كانت العين باقية، فإذا استرجعها ردها على المالك وأخذ البديل الذي دفعه، وإن كانت تالفة لم يكن له الرجوع عليه، لاعترافه بظلم المالك له في أخذ البديل، فلا يرجع به على غير من ظلمه. وإن كان منكرا للقبض الذي ادعاه المستودع، فالقول قوله بيمينه مع عدم البينة، فيختص الغرم بالمستودع.

قوله: " ولو صدقه على الإذن لم يضمن وإن ترك الاشهاد على الأشبه ".
اختلف الأصحاب في أن من أمر غيره يدفع الوديعة إلى غير المالك أو بقضاء دينه ففعل ولم يشهد فأنكر المدفوع إليه، هل يضمن الدافع أم لا؟ فقليل: يضمن فيهما، لأن اطلاق الإذن يقتضي دفعا ثابتا يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، فإذا ترك الاشهاد فقد قصر، خصوصا الدين، فإن الغرض منه براءة الذمة ولا تظهر إلا بالاشهاد، لأن الغريم إذا أنكر فالقول قوله.

وقيل: لا يجب الاشهاد فيهما ولا ضمان بتركه، لأن المأمور به هو الدفع وقد امتثله، والتوثق عليه (١) أمر آخر لا يدل عليه اطلاق الأمر، وإنما هو مطلوب من

(١) كذا في "س" و"ب". وفي "و" و"ن" و"م": والتوقف عليه. وفي "ه" و"هـ" و"و" نقلا عن (ع ل) أي حفيد المصنف: والتوقف على أمر آخر.

السابعة: إذا أقام المالك البينة على الوديعة بعد الإنكار، فصدقها ثم ادعى التلف قبل الإنكار، لم تسمع دعواه، لاشتغال ذمته بالضمان. ولو قيل: تسمع دعواه وتقبل بينته، كان حسنا.

الآمر. وإلى هذا القول مال في المختلف (١).
وقيل: يجب الإشهاد في قضاء الدين دون الوديعة، أما الدين فلما ذكر، وأما الوديعة فلأنها أمانة، وقول المستودع مقبول في الرد والتلف، فلا معنى للإشهاد، ولأن الودائع حقها الإخفاء، بخلاف قضاء الدين. واختار هذا القول في التذكرة وكثير من كتبه (٢). والمصنف - رحمه الله - اختار هنا عدم وجوب الإشهاد على أداء الوديعة. وفي الوكالة (٣) اختار التفصيل على تردد فيه. والتفصيل حسن. قوله: " إذا أقام المالك البينة على الوديعة... الخ ".
وجه عدم السماع أنه بإنكاره السابق مكذب لدعواه اللاحقة، فلا تسمع لتناقض كلاميه، فلا يتوجه بها يمين عليه ولا على المدعى عليه، وكذا لا تسمع بينته بطريق أولى، لأنه مكذب لها.
ووجه ما حسنه المصنف من سماعها عموم الخبر (٤)، وجواز استناد جحوده إلى النسيان فيعذر. وهو خيرة التذكرة (٥). وفي المختلف (٦) منع من قبول بينته وسماع دعواه، بمعنى قبول قوله بيمينه، لكن قال: إن له إحلاف الغريم، وهو نوع من سماع دعواه. وفي القواعد (٧) منعها معا، فصار للعلامة في المسألة ثلاثة أقوال.

(١) المختلف: ٤٤٥.

(٢) التذكرة ٢: ٢٠٦، القواعد ١: ١٩٠، التحرير ١: ٢٦٨.

(٣) في ص: ٢٩٣.

(٤) الوسائل ١٨: ١٧٠ ب " ٣ " من أبواب كيفية الحكم المتقدم في ص: ١١٨.

(٥) التذكرة ٢: ٢٠٥.

(٦) المختلف: ٤٤٦.

(٧) قواعد الأحكام ١: ١٩٠.

الثامنة: إذا عين له حرزا بعيدا عنه وجب المبادرة إليه بما جرت العادة. فإن آخر مع التمكن ضمن.

وفي المسألة قول رابع (١)، وهو أنه إن أظهر لانكاره تأويلا كقوله: ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها أو ضمانها، ونحو ذلك، قبلت دعواه وسمعت بينته، وإن لم يظهر لها تأويلا لم تقبل. واختار الشهيد رحمه الله (٢). وهو حسن. هذا كله إذا كان الجحود بإنكار أصل الايداع، أما لو كانت صورته: لا يلزمني شيء، أو لا يلزمني تسليم شيء إليك، أو مالك عندي وديعة، أو ليس لك عندي شيء، فقامت البينة بها، فادعى التلف أو الرد، سمعت دعواه وبينته، لعدم التناقض بين كلاميه.

وحيث قلنا بقبول بينته إن شهدت بتلفها قبل الجحود برئ من الضمان، وإن شهدت بتلفها بعده ضمن، لخيانته بالجحود ومنع المالك عنها. قوله: " إذا عين له حرزا بعيدا عنه - إلى قوله - ضمن "

لما كان الواجب على المستودع وضع الوديعة في حرز مع الاطلاق وفي المعين منه مع تعيينه، وذلك شامل لجميع أجزاء الزمان الذي يكون فيه مستودعا، لزم وجوب المبادرة إلى وضعها في الحرز، فلو أمره بوضعها في البيت وكان خارجا عنه أو في الصندوق كذلك لم يصح له إبقاؤها معه إلى أن يصل إليه كيف شاء، بل يجب عليه المبادرة بحسب العادة إلى إيداعها ذلك المحل المعين، فإن آخر عن المبادرة وإن قل ضمن مع التمكن منها.

وينبغي أن يراد بالتمكن هنا ما يعم الشرعي والعقلي، فلو كان في وقت فريضة قد ضاق بحيث يستلزم المبادرة فواتها ونحو ذلك عد غير متمكن، إلا أن يتم الواجب

(١) في هامش " و " و " ن " : الفرق بين هذا القول وبين ما سيأتي من تقييد قول المصنف (رحمه الله) أنه هنا صرح بعدم الاستيداع كقوله: مالك عندي وديعة ونحوه واقتصر عليه، لكن أظهر له بعد ذلك تأويلا عن الوجه المذكور، أما الآخر فإنه أضاف إلى الانكار كلاما أغنى عن التأويل، فمرجع الأمرين إلى أن الأول نوى ما يزيل التنافي، والثاني تلفظ به متصلا به. منه رحمه الله "

(٢) نسبه الشارح في الروضة ٤: ٢٤٩ إلى بعض تحقیقات الشهيد.

ولو سلمها إلى زوجته لتحرزها ضمن.

المضيق، أما قضاء الوطر من الأكل والحمام وقضاء الحاجة التي ليست ضرورية فلا تعد عذرا على ما سبق (١) مع احتمالها. والكلام في بقاء الضمان مع عدم المبادرة وإن وضعها بعد ذلك في المعين كما سبق (٢) في التقصير. ويتفرع على ذلك: أنه لو كان المعين البيت وله بيوت متعددة فوضعها في أحدها جاز نقلها إلى الآخر إن لم يكن بينهما فاصل يعد خارجا عنهما، وإن كان من توابع الدار، وإلا لم يجز، لأن المرور بها في القدر الخارج عنهما خروج عن مقتضى الأمر من غير ضرورة. ولو كان في البيت صناديق جاز نقلها من بعض الصناديق إلى بعض، لأنه لم يخرج بها عن البيت المعين. ولو كان المعين الصندوق ضمن بإخراجها إلى غيره، لما ذكرناه من التعليل في نقلها من بيت إلى آخر. هذا إذا لم يكن التعيين شخصيا، وإلا فحكم الضمان أوضح. كل ذلك مع الاختيار، أما مع الخوف والحاجة (٣) إلى النقل فلا ضمان.

قوله: " ولو سلمها إلى زوجته لتحرزها ضمن "

قد تقدم (٤) أن المستودع لا يجوز له الإيداع اختيارا، ولا مشاركة غيره في الإحراز. ولا فرق في ذلك بين الزوجة وغيرها عندنا، بل يضمن مع إحرازها عنها وإن لم يسلمها إليها إجماعا منا. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث جوز له إيداع زوجته (٥)، وآخرين حيث جوزوا الاستعانة بها وبالخادم (٦)، وثالث حيث جوز إيداع من عليه نفقته، قياسا على ماله (٧). وهو فاسد منقوض بالأجنبي.

(١) لاحظ ص: ٩٧، إلا أن ظاهره هناك الميل إلى ترجيح كونه عذرا.

(٢) لاحظ ص: ١١٥ - ١١٧.

(٣) في "س": أو الحاجة.

(٤) لاحظ ص: ١٠٢.

(٥) راجع بداية المجتهد ٢: ٣١٢، المغني لابن قدامة ٧: ٢٨٣، الشرح الكبير ٧:

٢٩٩، رحمة الأمة: ١٦٦.

(٦) تقدم أنفا تحت رقم ٥.

(٧) تقدم أنفا تحت رقم ٥.

التاسعة: إذا اعترف بالوديعة ثم مات، وجهلت عينها، قيل: تخرج من أصل تركته. ولو كان له غرماء فضاقت التركة حاصهم المستودع. وفيه تردد.

- قوله: " إذا اعترف بالوديعة ثم مات... الخ ".
هذا هو المشهور بين الأصحاب. ووجهه: أن اعترافه بالوديعة في حياته أوجب ثبوت يده عليها والتزامه بها إلى أن يردها إلى مالكها، فإذا لم تعلم كان ضامنا لها، لعموم: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (١) ولأنه بترك تعيينها مفرط فيها فيضمن، ولأن الأصل بقاؤها في يده إلى الموت، وبعده تكون في جملة التركة، فإذا تعذر الوصول إلى عينها وجب البدل، فيكون بمنزلة الدين فيحاص الغرماء. والمصنف تردد في هذا الحكم. وتردده يحتمل أمرين:
أحدهما: أن يكون في أصل الضمان، فإن اعترافه بها في حياته إنما يقتضي وجوب الحفظ، وإلا فذمته بريئة من ضمانها، فإذا مات ولم يعلم أحتمل تلفها قبل الموت بغير تفريط أو ردها إلى المالك، والأصل براءة ذمته من الضمان. وكون التلف على خلاف الأصل معارض بهذا الأصل. وليس متنافيين حتى يتساقطا، إذ لا يلزم من بقائها تعلقها بالذمة.

والثاني: أن يكون التردد في كيفية الضمان، فإن أصالة بقائها اقتضى كونها في جملة التركة، غايتها أن عينها مجهولة، فيكون مالكها بمنزلة الشريك، وكون الشركة قهرية لا يقدح في الحكم، كمن امتزج ماله بمال غيره بغير اختياره ثم مات أحدهما، فإن الشركة تتحقق ويقدم الشريك بالحصة على غيره من الغرماء. والانتقال إلى البدل إذا تعذرت العين إنما يكون مع عدم العلم بوجودها في جملة المال، وإلا منعنا البدل، وأصالة البقاء قد أوجبت ذلك.

والأقوى أنه إن علم بقاء عينها إلى بعد الموت ولم يتميز قدم مالكها على الغرماء، وكان بمنزلة الشريك، وإن علم تلفها بتفريط فهو أسوة الغرماء، وإلا فلا

(١) تقدم مصادره في ص: ٤٨ هامش (١).

العاشرة: إذا كان في يده وديعة، فادعها اثنان، فإن صدق أحدهما قبل، وإن أكذبهما فكذلك. وإن قال: لا أدري، أقرت في يده حتى يثبت لهما مالك. وإن ادعى أو أحدهما علمه بصحة الدعوى كان عليه اليمين.

- ضمان أصلا، لأصالة براءة الذمة. وأصالة بقائها إلى الآن لو سلمت لا يقتضي تعلقها بالذمة. وقد سبق (١) مثل هذا البحث في الرهن والقراض. قوله: " إذا كان في يده وديعة فادعها اثنان... الخ "

إذا ادعى كل من الشخصين على ثالث بأن ما في يده من المال المخصوص وديعة له عنده، فإما أن يقر لأحدهما، أو لهما معا، أو يكذبهما على وجه القطع، أو يقول: لا أدري لأيكما هي مع قطعه بانحصاره فيهما؟ أو يقول: لا أدري لمن هي؟ فإن أقر لأحدهما بعينه حكم بها للمقر له ويحلف للآخر، فإن حلف له سقطت دعواه عنه، وبقيت منازعته مع صاحبه فله إحلافه أيضا، فإن حلف سقطت دعواه أيضا، واستقر ملك المقر له على العين.

ولو نكل الودعي عن اليمين أحلف المدعي على استحقاقها إن لم نقض بالنكول، وأغرم الودعي له المثل أو القيمة، لحيلولته بينه وبينها باقراره الأول، تنزيلا لليمين المردودة منزلة إقرار المنكر، إذ لو أقر بها ثانيا للآخر يغرم له، فكذا إذا حصل ما هو بحكم الاقرار. ولو جعلناها كالبينة من المدعي ففي مساواتها للاقرار أو انتزاع العين من يد المقر له وجهان، من سبق استحقاقه بإقرار من هي في يده فلا يزال بيمين الآخر، لأصالة بقاء الحق، وإمكان الجمع بتغريم المقر البدل، ومن اقتضاء البينة كونها لمن شهدت له. والأول أقوى، لأنها إنما تكون كالبينة بالنسبة إلى المتداعيين لا في حق غيرهما. وكونها كالبينة في حق المدعى عليه يقتضي غرمه له عوضها، لحيلولته بينه وبينها باقراره. واليمين منهما هنا على البت، لأنها ترجع إلى الاستحقاق ونفيه. ولو أقر بها لهما معا على سبيل الاشتراك فقد كذب كل واحد في دعوى الجميع وصدقه في البعض، فيقسم بينهما. ويكون حكم التصديق والتكذيب في النصف كما

(١) ج ٤: ٣٧ - ٣٨ و ٣٩٧ - ٣٩٨.

في الجميع بالنسبة إلى الودعي، وبالنسبة إليهما يبقى النزاع بينهما في النصف، فإن حلفا أو نكلا قسم بينهما، وإن حلف أحدهما خاصة قضي له به، ولا خصومة للناكل مع المستودع.

وإن أكذبهما معا انتفت دعواهما، لأن اليد له، ولكل منهما إحلافه على البت أيضا، فإن نكل عن اليمين ردت عليهما وصارا في الدعوى سواء، لأن يدهما خارجة، فإن حلفا أو نكلا قسمت بينهما، وإن حلف أحدهما خاصة اختص بها.

وإن قال: هي لأحدكما ولا أدري من هو على التعيين؟ فإن صدقاه على عدم العلم فلا خصومة لهما معه، ويبقى الخصومة بينهما، والحكم كالسابق. لكن هنا يحتمل جعلهما بمنزلة ذي اليد لا الخارج، بخلاف الأول، والفرق أنه في الأول لا يد لأحدهما ولا اعتراف لذي اليد لأحدهما أيضا، فهما خارجان عنها على التقديرين، بخلافه هنا، فإن ذا اليد يعترف بأن اليد لأحدهما، وليس أحدهما أولى من الآخر على تقدير الاشتباه. ويحتمل مساواته للأول، لعدم ثبوت اليد لأحدهما. وتظهر فائدة اليد وعدمها عند تعارض البيئات على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وإن كذبا في عدم العلم فادعى كل واحد منهما علمه بأنه المالك فالقول قوله مع يمينه، لكن الحلف هنا على عدم العلم. ويكفي يمين واحدة على الأقوى، لأن المدعى شيء واحد، وهو علمه بكون المال لمعين، بخلاف السابق، لأنه ينفي استحقاق كل واحد فيحلف له.

وقيل: يحلف لكل منهما يمينا، لأن كلا منهما مدع فيدخل في عموم الحديث السابق (١)، فإذا حلف لهما بقيت المنازعة بينهما. واختلف هنا، فقيل: يقرع بينهما فمن خرج اسمه وحلف سلمت إليه. وقيل: توقف حتى يصطلحا. والقولان للشيخ. (٢) والأقوى أنهما يحلفان ويقسم بينهما، لتكافؤ الدعويين، وتساويهما في

(١) لاحظ ص: ١١٨ هامش رقم (١).

(٢) راجع المبسوط ٤: ١٥١، والخلاف ٤: ١٧٨ مسألة ١٥، وإن كان في نسبة القولين إلى الشيخ بملاحظتهما تأمل.

الحادية عشرة: إذا فرط واختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه. وقيل: القول قول الغارم مع يمينه. وهو أشبه.
الثانية عشرة: إذا مات المودع سلمت الوديعة إلى الوارث. فإن كانوا جماعة سلمت إلى الكل، أو إلى من يقوم مقامهم. ولو سلمها إلى البعض من غير إذن ضمن حصص الباقيين.

يترتب عليه رفع الأمانة. والقولان للشيخ (١). والعلامة (٢) اختار ما أطلقه المصنف. واستوجه في المختلف (٣) رد الأمر إلى الحاكم. وهو في القسم الأول حسن. قوله: "إذا فرط واختلفا في القيمة... الخ".
القول الأول للشيخ (٤) (رحمه الله) محتجا بأنه بالتفريط خرج عن الأمانة، فلا يكون قوله مسموعا. وقيل: إن به رواية (٥). ويضعف بأنا لا نقبل قوله من جهة كونه أمينا، بل من حيث إنه منكر للزائد، فيكون القول قوله، كما أن المالك مدع فيكون عليه البينة عملا بعموم الخبر (٦). وهذا حكم لا يختص بالأمين، بل الحق تعديه إلى كل من شاركه في هذا المعنى وإن كان غاصبا. والخبر لم يثبت على وجه يحصل به الحجة. فما اختاره المصنف أقوى، وهو اختيار الأكثر.
قوله: "إذا مات المودع سلمت الوديعة إلى الوارث... الخ".
المراد بـ "من يقوم مقامهم" وكيلهم أجمع، أو وليهم، أو وصي مورثهم لو كانوا أطفالا، أو الحاكم مع غيبتهم أو عدم وجود ولي خاص لهم. وتجب المبادرة إلى التسليم المذكور، لأنها بموت المودع صارت أمانة شرعية. ولا فرق في وجوب المبادرة

(١) المبسوط ٤: ١٥٠، والخلاف ٤: ١٧٨ مسألة ١٥

(٢) القواعد ١: ١٩١.

(٣) المختلف: ٤٤٦.

(٤) النهاية: ٤٣٧.

(٥) راجع الكافي في الفقه: ٢٣١.

(٦) لاحظ ص: ١١٨ الهامش (١).

بين علم الورثة بالوديعة وعدمه عندنا. وقال بعض الشافعية: إنه مع علمهم لا يجب الدفع إلا بعد الطلب، ونفى عنه في التذكرة (١) البأس. وهو وجه، إلا أنه لم يتحقق به قائل منا وإن كان القول به ممكناً، لعدم تحقق الاجماع.

(١) التذكرة ٢: ٢٠٧.

(١٢٨)

كتاب العارية
هي عقد ثمرته التبرع بالمنفعة.

- كتاب العارية

هي - بتشديد الياء - كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب. ذكره الجوهري (١) وابن الأثير في نهايته (٢). وقيل: منسوبة إلى العارة، وهي مصدر من قولك: "أعرتة إعاره" كما قال: "أجاب يجب إجابة وجابة، وأطاق إطاقة وطاقة". وقيل: مأخوذة من "عار يعير" إذا جاء وذهب، ومنه قيل للبطل عيار، لتردده في بطالته، فسميت عارية لتحولها من يد إلى يد. وقيل: مأخوذة من التعاور والاعتوار، وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم. وقال الخطابي في غريبه (٣): إن اللغة العالية العارية، وقد تخفف.

قوله: " وهي عقد ثمرته التبرع بالمنفعة ".

العقد اسم للإيجاب والقبول، وتعليق الثمرة عليه يقتضي أن للقبول مدخلا فيها، مع أن التبرع بالمنفعة يتحقق بالإيجاب خاصة، لأن المتبرع إنما هو باذل العين لا المنتفع بها. ويمكن الجواب بأن القبول لما كان شرطا في صحة العارية لم يتحقق الثمرة بدونه وإن بذلها المعير، فإنه لو تبرع بالعين وأوقع الإيجاب فرده الآخر لم تحصل الثمرة وإن حصل التبرع بالمنفعة، فالمرتب على العقد وهو التبرع على وجه يثمر، وذلك لا يتم بدون القبول.

(١) الصحاح ٢: ٧٦١.

(٢) النهاية ٣: ٣٢٠.

(٣) غريب الحديث ٣: ٢٣٢.

ونقض في طرده بالسكنى والعمرى والحبس والوصية بالمنفعة، فإن هذه كلها عقود تثمر التبرع بالمنفعة.

وأجيب بأنها في معنى العارية وإن كانت لازمة، وغايته انقسام العارية إلى جائزة ولازمة كالإعارة للرهن.

وفيه نظر، لأن هذه العقود في الاصطلاح متباينة مختلفة اللوازم والصيغ، فإدخال بعضها في بعض بمجرد المشاركة في بعض الخواص اصطلاح مردود. ولو أضيف إلى ذلك قيد الجواز فقليل: ثمرته التبرع بالمنفعة مع بقاء الجواز ونحوه، خرجت هذه العقود وبقيت السكنى المطلقة، فإنه يجوز الرجوع فيها متى شاء المسكن، كما سيأتي (١). وقد يلتزم فيها بأنها عارية، لتحقق المعنى فيها مطلقاً. ولا تقدر الصيغة، لأن العارية لا تختص بلفظ بل كلما دل على تسويغ الانتفاع بالعين تبرعاً، والسكنى المطلقة تقتضي ذلك ولكن تبقى العارية اللازمة خارجة، فيحتاج إدخالها إلى قيد آخر، أو التزام جواز الرجوع فيها بالنسبة إلى المستعير وإن لم يؤثر بالنسبة إلى المرتهن. وتظهر الفائدة في وجوب السعي على الراهن في تخليصهما بما أمكن، ووجوب المبادرة إلى ردها عند الفك على الفور بالمطالبة السابقة. ولو قلنا إنه لا أثر لها وأنها لازمة من طرفه مطلقاً انتفت هذه اللوازم. والأول ليس ببعيد من الصواب، إذ لا دليل على لزومها بهذا المعنى.

واعلم أن جعلها عقداً يقتضي اعتبار الإيجاب والقبول اللفظيين، لأن ذلك هو المفهوم من العقد وإن لم ينحصر في لفظ كما هو شأن العقود الجائزة. وقد يتجاوز في القبول فيطلق على ما يكفي فيه القبول الفعلي، كما ذكره في الوديعة والوكالة ونحوهما، لكن يبقى الإيجاب لا يتحقق العقد بدون التلفظ به. وهذا هو الظاهر من عبارة كثير من الأصحاب. لكن صرح في التذكرة (٢) بأنه لا يشترط فيها اللفظ في

(١) في ص: ٤٢٥.

(٢) التذكرة ٢: ٢١١.

الايجاب ولا في القبول، بل يكفي ما يقوم مقامه من الأمور الدالة على الظن بالرضا، محتجا بأنه عقد ضعيف لأنه يثمر إباحة الانتفاع، قال: " وهي قد تحصل بغير عقد، كما لو حسن ظنه بصديقه كفى في الانتفاع عن العقد، وكما في الضيف، بخلاف العقود اللازمة، فإنها موقوفة على ألفاظ خاصة اعتبرها الشرع ". إنتهى. وهو حسن حيث يحصل دلالة على الرضا بغير اللفظ كالكتابة والإشارة، أما مجرد حسن الظن فيكفي في الصديق كما ذكر لا مطلقا. ويمكن الاكتفاء به فيمن تناولته آية الأكل من البيوت (١) حيث تكون المنفعة أقل من الأكل المأذون فيه لدخوله بطريق أولى، حيث إن الأكل يستدعي إتلاف العين والانتفاع بالمكان، فهو عارية وزيادة، إلا أنها محدودة بمدة يسيرة عرفية وإتلاف عين مخصوصة، فلا يدخل فيها إلا ما كان أضعف منها ليدخل من حيث المفهوم، وما خرج عن ذلك يدخل في عموم النهي (٢) عن تناول مال الغير والانتفاع به. والمرجع في الصديق إلى العرف، ولا بد معه من عدم قرينة الكراهة، وإلا فقد تنفق الكراهة لكثير مع تحقق الصداقة. وقال في التذكرة في موضع آخر: " الأقرب عندي أنه لا يفتقر العارية إلى لفظ، بل يكفي قرينة الإذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الإعارة والاستعارة، لا من طرف المعير ولا من طرف المستعير، كما لو رآه عاريا فدفع إليه قميصا فلبسه تمت العارية. وكذا لو فرش لضييفه فراشا أو بساطا أو مصلى أو حصيرا، أو ألقى إليه وسادة فجلس عليها، أو مخدة فاتكأ عليها، كان ذلك إعارة، بخلاف ما لو دخل فجلس على الفرش المبسوطة، لأنه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه قضاء بالظاهر، وقد قال صلى الله عليه وآله: " نحن نقضي بالظاهر " (٣). ثم نقل عن بعض

(١) النور: ٦١.

(٢) البقرة: ١٨٨ وغيرها.

(٣) كذا ورد الحديث في التذكرة ولم نعثر عليه بلفظه، وعده الشوكاني في الفوائد المجموعة من الموضوعات. ولعل المراد به قوله صلى الله عليه وآله: إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان... ونحوه، راجع الوسائل ١٨: ١٦٩ ب " ٢ " من أبواب كيفية الحكم ح ١ و ٣.

ويقع بكل لفظ يشتمل على الإذن في الانتفاع. وليس بلازم لأحد المتعاقدين. والكلام في فصول أربعة:

– الشافعية الافتقار إلى اللفظ، قال: " والأقرب ما تقدم، وقد جرت العادة بالانتفاع بطرف الهدية المبعوثه إليه واستعماله، كأكل الطعام القصعة المبعوث فيها، فإنه يكون عارية، لأنه منتفع بملك الغير بإذنه، وإن لم يوجد لفظ يدل عليها بل شاهد الحال " (١).

قوله: " وليس بلازم لأحد المتعاقدين ".

كون العارية من العقود الجائزة لكل من المتعاقدين فسخه متى شاء موضع وفاق، لكن يستثنى منه مواضع:

الأول: الإعارة للرهن بعد وقوعه. وقد تقدم (٢) الكلام فيه.

الثاني: إعارة الأرض لدفن ميت مسلم ومن بحكمه، فإنه لا يصح الرجوع بعده، لتحريم نبشه وهتك حرمة إلى أن تدرس عظامه. هو موضع وفاق أيضا، نقله في التذكرة (٣). أما لو رجع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت صح. وكذا بعد وضعه وقبل مواراته على الأقوى. قال في التذكرة: ومؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن لازمة لولي الميت (٤). ويشكل فيما لو لم يمكنه الدفن إلا كذلك، إذ لا تقصير منه حينئذ، فينبغي كونه من مال الميت، ولا يلزم ولي الميت الطم، لأن الحفر مأذون فيه.

الثالث: إذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لا يستدرك، كما لو أعاره لوحا يرقع به السفينة فرقعها به ثم لج في البحر، فإنه لا يجوز للمعير هنا الرجوع ما دامت في البحر، لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال أو تلف النفس. ويحتمل جوازه ويثبت له المثل أو القيمة مع تعذر المثل، لما فيه من الجمع بين المصلحتين، أو

(١) التذكرة ٢: ٢١١.

(٢) في ص: ١٣٢.

(٣) التذكرة ٢: ٢١١.

(٤) التذكرة ٢: ٢١١.

يقال بجواز الرجوع وإن لم يجب تعجيل التسليم إليه. وتظهر الفائدة في وجوب المبادرة بالرد بعد زوال الضرر من غير مطالبة جديدة، كما تقدم (١) في الاستعارة للرهن. ولو لم تدخل السفينة البحر أو خرجت جاز الرجوع قطعاً، ولو كانت داخلة لكن أمكن رجوعها إلى الشاطئ وجب إذا لم يتوجه على صاحبها ضرر. الرابع: أن يعيره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه مع كون الطرف الآخر مثبتاً في ملك المستعير، فإنه إذا بنى وأدى الرجوع إلى خراب ما بناه المستعير لم يجز عند الشيخ - رحمه الله - (٢) وإن دفع الأرش، لأنه يؤدي إلى قلع جذوعه من ملكه مجبراً، وهو غير جائز.

الخامس: أن يعيره الأرض للزرع فيزرع، فليس له الرجوع فيها قبل إدراكه - وإن دفع له الأرش، لأن له وقتاً ينتهي إليه، وقد أقدم عليه في ابتداء الإعارة - عند الشيخ (٣) وابن إدريس (٤).

السادس: أن يعيره الأرض ليني فيها أو يغرس مدة معلومة، فإنه لا يجوز الرجوع فيها (مطلقاً) (٥) طول المدة. ولو كانت غير موقته فله الرجوع. ذهب إلى ذلك ابن الجنيد (٦).

والأقوى في هذه الثلاثة جواز الرجوع مطلقاً مع دفع الأرش، وإنما يستثنى من القاعدة الثلاثة الأول خاصة. وسيأتي (٧) ذكر بعضها في كلام المصنف، وكأنه ترك الاستثناء هنا اتكالاً عليه.

-
- (١) في ص: ١٣٢.
 - (٢) المبسوط ٣: ٥٦.
 - (٣) المبسوط ٣: ٥٦.
 - (٤) السرائر ٢: ٤٣٣.
 - (٥) من "ه" فقط.
 - (٦) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٤٨.
 - (٧) في ص: ١٤٩.

الأول

في المعير

ولا بد أن يكون مكلفاً، جائز التصرف. فلا تصح إعارة الصبي،
ولا المجنون. ولو أذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة. وكما لا يليها
عن نفسه كذا لا تصح ولايته عن غيره.

- قوله: " فلا تصح إعارة الصبي ولا المجنون. ولو أذن الولي جاز
للصبي مع مراعاة المصلحة "

قد تقدم (١) في البيع أن عقد الصبي لا عبارة به وإن أذن له الولي، وإنما جاز
هنا لأن العارية لما كانت جائزة، ولا تختص بلفظ بل كل ما دل على رضا المعير وهو
هنا الولي، كان إذنه للصبي بمنزلة الإيجاب، فالعبارة حينئذ بإذنه لا بعبارة الصبي.
وعلى هذا فلا فرق بين المميز وغيره. وينبغي أن يكون المجنون كذلك، لاشتراكهما في
الوجه، فلا وجه لتخصيص الصبي بعد ذكرهما.

والمراد بالمعار هنا ملك الصبي كما يدل عليه مراعاة المصلحة. وتحقق
المصلحة بكون يد المستعير أحفظ من يد الولي في ذلك الوقت، لخوف ونحوه، أو
لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن المنفعة، أو لكون العين ينفعها الاستعمال
ويضرها تركه، ونحو ذلك.

قوله: " وكما لا يليها عن نفسه كذا لا يصح ولايته عن غيره ".
هذا إذا لم يعلم المستعير بكون المالك قد أذن للصبي في الإعارة، وإلا فينبغي

(١) في ج ٣: ١٥٥.

الثاني

في المستعير

وله الانتفاع بما جرت العادة به في الانتفاع بالمعار. ولو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال من غير تعدد لم يضمن، إلا أن يشترط ذلك في العارية.

قوله: " وله الانتفاع بما جرت العادة به في الانتفاع بالمعار ".
المرجع في العادة إلى نوع الانتفاع وقدره وصفته، فلو أعاره بساطا اقتضى الاطلاق فرشه ونحوه من الوجوه المعتادة، أو لحافا اقتضى جعله غطاء فلا يجوز فرشه، لعدم جريان العادة بذلك، أو حيوانا للحمل اقتضى تحميله قدرا جرت العادة بكونه يحمله فلا يجوز الزيادة، أو فرسا من شأنها الركوب فلا يجوز تحميلها، وعلى هذا القياس. ولو تعددت منفعة العين فإن عين نوعا تعين، وإن عمم جاز الانتفاع بجميع وجوهها، وإن أطلق فالأقوى أنه كذلك.
قوله: " ولو نقص من العين شيء - إلى قوله - في العارية ".

لما كان اطلاق الإذن أو تعميمه يقتضي الانتفاع بالعين من غير تقييد بالقليل والكثير اقتضى ذلك جواز استعمالها وإن نقصت، كالثوب يبلى والدابة تضعف على وجه لا يمنع منه، فإذا فرض حصول نقص في العين أو تلف لم يكن ذلك مضمونا، لاستناد التلف إلى مأذون فيه ولو من جهة الاطلاق. وما قطع به المصنف هو أصح القولين في المسألة. وفيه وجه آخر، وهو ضمان المتلف في آخر حالات التقويم، لأن الظاهر عدم تناول الإذن لاستعمال المتلف وإن كان داخلا في الاطلاق. نعم، لو

ولا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيدا، لأنه ليس له إمساكه. ولو أمسكه ضمنه، وإن لم يشترط عليه.

كان قد شرط الضمان في العارية ضمن. وسيأتي (١) الكلام فيه. قوله: " ولا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيدا، لأنه ليس له إمساكه. ولو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه ".
لا شبهة في جواز استعارة المحرم الصيد من المحل والمحرم، لما ذكره

المصنف من تحريم إمساكه عليه. فلو استعاره بعقد العارية فهل يقع العقد فاسدا؟
يحتمله، للنهي (٢)، وعدمه لأن المعاملات لا يبطلها النهي إلا بدليل خارج. وعبارة
المصنف وغيره (٣) لا تدل على أحد الأمرين صريحا، لأن عدم الجواز أعم من الفساد
كما ذكرناه. فعلى تقدير قبضه له إن رده على المالك لزمه الفداء لله تعالى وبرئ من حق
المالك، وإن تلف في يده فلا شبهة في ضمانه الفداء لله تعالى، لأنه ثابت عليه بمجرد
الإمساك، كما في الصيد الذي ليس بمملوك، حتى لو كان المعير محرما أيضا فعلى
كل واحد منهما فداء.

ومقتضى عبارة المصنف وجماعة (٤) أنه يضمنه مع التلف للمالك أيضا بالقيمة،
لأنهم جعلوه من العواري المضمونة وإن لم يشترط فيها الضمان. ودليله غير واضح،
إذ مجرد تحريم استعارته لا يدل على الضمان، سواء قلنا بفساد العقد أم بصحته، أما
مع صحته فالأصل في العارية عندنا أن تكون غير مضمونة إلا أن يدل دليل عليه،
ولم يذكروا هنا دليلا يعتمد عليه، وأما مع فسادها فلان حكم عقد الفاسد حكم
الصحيح في الضمان وعدمه - كما أسلفناه في مواضع - قاعدة كلية.
ويمكن الاستدلال على ضمانه هنا بإطلاق النصوص (٥) بأن المحرم لو أتلف

(١) في ص: ١٥٣.

(٢) راجع الوسائل ٩: ٢٣١ ب " ٣٦ " من أبواب كفارات الصيد وتوابعها ح ٢، ٣.

(٣) كالعلامة في القواعد ١: ١٩١.

(٤) منهم العلامة في تحرير الأحكام ١: ٢٦٩.

(٥) لم نعثر عليها وقد مرت المسألة في ج ٢: ٤٧١ وناقش الشارح حكم المصنف فيها بوجوب الفدية للمالك.

ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل جاز، لأن ملك المحرم زال عنه بالأحرام كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك.

- صيدا مملوكا فعليه فداؤه لمالكه، فيدخل فيه صورة النزاع. وفيه نظر، لمعارضته بالنص الصحيح (١) الدال على أن العارية غير مضمونة، فكما يمكن تخصيص الأول بالصيد المأخوذ بغير إذن المالك يمكن تخصيص الثاني بغير الصيد، فالترجيح غير واضح.

وزاد في التذكرة (٢) أن المحرم إذا قبضه من المالك وجب عليه إرساله وضمن للمالك قيمته، وأنه إن رده على المالك ضمن لله تعالى الفداء وسقطت عنه القيمة للمالك. ووجه الحكم الأول أنه صيد وحكمه بالنسبة إلى المحرم وجوب الإرسال، لكن ذلك في المملوك موضع اشكال، لتعارض حق الله تعالى فيه وحق الآدمي، والقاعدة المعروفة في ذلك تقديم حق الآدمي، فينبغي رده على مالكه وضمن الفداء لله تعالى كما ذكره ثانيا.

قوله: " ولو كان الصيد في يد محرم - إلى قوله - ما ليس بملك ".
إذا حكم بزوال ملك المحرم عن الصيد صار فيه بمنزلة الأجنبي، فإطلاق الجواز على إعارته يشكل من ثلاثة أوجه:
الأول: أن الإعارة شرطها كون المعار ملكا للمعير، وهو هنا منتف، لما ذكره من زوال ملكه عنه.

الثاني: أن تسليمه للمحل إعانة على الصيد وإثبات سلطنة للغير عليه، وهو محرم على المحرم فلا يناسبه إثبات الجواز.

الثالث: أن تسليمه إذا كان محرما على المحرم يحرم قبوله من المحل، لإعانتته له على الإثم والعدوان المنهي عنه في القرآن (٣)، وإن كان للمحل تناول الصيد لولا

(١) الوسائل ١٣: ٢٣٦ ب " ١ " من أبواب كتاب العارية.

(٢) التذكرة ٢: ٢٠٩.

(٣) المائدة: ٢.

ولو استعاره من الغاصب، وهو لا يعلم، كان الضمان على الغاصب، وللمالك إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعة، ويرجع على الغاصب، لأنه أذن في استيفائها بغير عوض. والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب. وكذا لو تلفت العين في يد المستعير.

- ذلك.

والأقوى الحكم بتحريم الإعارة المذكورة، أعني إثبات صورتها وإن كان الملك غير متحقق، وتحريم أخذ المحل له من يده للإعانة على المحرم، لكن لو فعل ذلك لم يلزم المحل سوى الإثم، ولا شئ للمحرم عليه، لزوال ملكه، وعلى المحرم الفداء لو تلف في يد المحل لتعديه بالإعارة، فإنه كان يجب عليه الإرسال، ففي العبارة تساهل في اللفظ واشكال في الحكم.

قوله: " ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم... الخ "

المستعير من الغاصب يده يد ضمان كما في كل من ترتبت يده على يده، سواء كان عالما بالغصب أم جاهلا، على أصح القولين في المسألة، لكن مع جهل المستعير له الرجوع بما أغرمه المالك لدخوله على أن يكون العين والمنفعة غير مضمونة. ويستثنى منه ما إذا كانت العارية مضمونة، فإنه لا يرجع حينئذ على الغاصب بالقيمة لو تلفت في يده، ويرجع بأجرة المنفعة إذا أخذها منه المالك، وكذلك يرجع بعوض النقصان قبل التلف، لأنه غير مضمون عليه وإن كان مضمونة، كما سيأتي (١). ووجه ما اختاره المصنف من اختصاص الضمان بالغاصب - حيث لا تكون العارية مضمونة - أن المستعير مغرور فضعفت مباشرته فكان السبب الغار أقوى. والمشهور الأول.

والحاصل: أن المالك مخير في الرجوع على كل منهما، فإن رجع على المستعير رجع على الغاصب إن لم تكن العارية مضمونة، وإلا رجع عليه بعين (٢) ما قدم على

(١) في ص: ١٦٢.

(٢) في "س" و"ه" بغير.

أما لو كان عالما كان ضامنا ولم يرجع على الغاصب. ولو أغرم الغاصب رجوع على المستعير.

ضمانه. وربما احتتمل هنا ضعيفا رجوعه مطلقا، لأن استحقاق العين أوجب فساد العارية فلا يكون مضمونة، وهو مغرور مع الغصب فيرجع على من غره. ويضعف بأن غروره في الغصب لا مدخل له هنا في الضمان، لأننا لم نضمنه من حيث الغصب بل من حيث كونها عارية مضمونة ودخوله على ذلك، فإذا تبين فسادها لحق حكم الفاسد بالصحيح، كما سلف من القاعدة.

وإن رجع المالك على الغاصب لم يرجع على المستعير إن لم تكن مضمونة، وإلا رجع عليه بما كان يضمنه لو كانت صحيحة. ولا فرق في ذلك كله بين المنفعة والأجزاء والعيّن. وإطلاق المصنف رجوع المستعير على الغاصب أو اختصاص الضمان به غير جيد، بل كان عليه أن يستثني العارية المضمونة. قوله: "أما لو كان عالما كان ضامنا... الخ".

إذا كان المستعير من الغاصب عالما بالغصب فهو بمنزلة الغاصب في جميع الأحكام، ومن حكم ترتب أيدي الغاصبين على المال أن المالك يتخير في الرجوع على أيهما شاء، ويستقر الضمان على من تلفت العين في يده. هذا إذا تساوت قيمتها في أيديهما، أو زادت في يد المستعير، أما لو اختص الغاصب بزيادة فيها ثم ذهبت قبل قبض المستعير اختص بضمان الزائد لاختصاصه بغصبه، فلا يرجع به المالك على المستعير، لا يرجع به الغاصب عليه لو رجوع المالك عليه ابتداء.

الثالث

في العين المعارة

وهي كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه، كالشوب والدابة.
وتصح استعارة الأرض للزراعة والغرس والبناء. ويقتصر المستعير على
القدر المأذون فيه. وقيل: يجوز أن يستبيح ما دونه في الضرر، كأن يستعير
أرضاً للغرس فيزرع. والأول أشبه.

-- قوله: " وهي كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه ".
هذا الحكم بحسب الأصل أو الغالب وإلا فسيأتي (١) جواز إعارة المنحة،
والمستوفى منها أعيان لا منافع، كالصوف والشعر واللبن.
قوله: " ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه - إلى قوله - والأول
أشبه ".

هذه المسألة لم يذكر العلامة (٢) في كتبه أجمع فيها خلافاً. وفي المختلف لم
يذكرها وقطع بجواز الانتفاع بالأدون ضرراً والمساوي. وما اختاره المصنف أوجه
وقوفاً مع الإذن، لأن الأصل عدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه، خرج منه
ما أذن فبقي الباقي. وكون الأدون أولى بالإذن فيدخل من باب مفهوم الموافقة
ممنوع، لجواز تعلق غرض المالك بالنوع الخاص، فالأولوية ممنوعة. نعم، لو علم

(١) في ص: ١٤٥.

راجع تحرير الأحكام ١: ٢٦٩، التذكرة ٢: ٢١١، القواعد ١: ١٩٣.

(١٤٣)

انتفاء الغرض في التخصيص توجه جواز التخطي إلى الأقل، كما أنه لو نهى عن التخطي لم يجز إلى المساوي والأقل قطعا. وكذا لو دل القرائن على تعلق الغرض بالمعين. إذا تقرر ذلك: فلو عدل في الأضر مع النهي أو الاطلاق، أو إلى المساوي والأدون مع النهي أو الاطلاق على ما اختاره المصنف، فهل تلزمه الأجرة لمجموع الزرع، أو يسقط منها مقدار أجرة المأذون فيه ويثبت الزائد خاصة؟ وجهان، من أنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، وهو يستلزم ثبوت الأجرة كملا، ومن أنه قد أباحه المنفعة المخصوصة فلا يجب لها عوض، فإذا تخطى إلى غيرها كان مقدار منفعة المأذون مباحا له فيضمن الزائد إن كان، فعل هذا لا يحصل في المساوي والأقل ضررا إلا الإثم خاصة. والأقوى الأول، لأن المنفعة المأذون فيها لم يستوفها فسقط حقه منها. وما استوفاه وقع بغير إذن المالك فيضمن أجرته كملا، لأنه عدوان محض. والعلامة (١) - رحمه الله - فرق بين النهي عن التخطي وبين الاطلاق، فأوجب الأجرة كملا مع النهي وأسقط التفاوت مع الاطلاق. والفرق غير واضح، لأن التخطي في الحالين غير مأذون فيه، غايته أنه في إحداهما نص على المنع وفي الأخرى جاء المنع من أصل الشرع بواسطة عدم الإذن، وذلك لا يوجب اختلاف الحكم المذكور.

نعم، لو كان المأذون فيه داخلا في ضمن المنهي عنه كما لو أذن له في تحميل الدابة قدرا معيناً فزاد عليه، أو في ركوبها بنفسه فأردف غيره، تحقق إسقاط قدر المأذون قطعا، لأن المأذون فيه بعض المنفعة التي استوفها فلا أجرة له، بخلاف النوع المخالف. ومثله ما لو زرع المأذون فيه وغيره.

(١) راجع ص: ١٤٣، الهامش رقم (٢).

وكذا يجوز استعارة كل حيوان له منفعة، كفحل الضراب، والكلب، والسنور، والعبد للخدمة، والمملوكة، ولو كان المستعير أجنبياً منها. ويجوز استعارة الشاة للحلب، وهي المنحة. ولا يستباح وطئ الأمة بالعارية. وفي استباحتها بلفظ الإباحة تردد. والأشبه الجواز.

– قوله: " والمملوكة وإن كان المستعير أجنبياً منها ".
لا خلاف عندنا في جواز إعاره الجارية للخدمة، سواء كانت حسنة أم قبيحة، وسواء كان المستعير أجنبياً أم محرماً، لكن تكره إعارتها للأجنبي، وتتأكد الكراهة إذا كانت حسنة خوف الفتنة. وخالف في ذلك الشافعي (١) فحرم إعارتها إلا أن تكون صغيرة لا تشتهي أو كبيرة كذلك أو قبيحة المنظر فله وجهان. وأما استعارتها للاستمتاع فغير جائز إجماعاً.

قوله: " ويجوز استعارة الشاة للحلب وهي المنحة ".
الحلب – بفتح العين – مصدر قولك: حلبت الشاة والناقة أحلبها حلباً. والمنحة – بالكسر – الشاة المستعارة لذلك، وأصلها العطية. وجواز إعاره لذلك ثابت بالنص (٢) على خلاف الأصل، لأن اللبن المقصود من الإعاره عين لا منفعة. وعدوا الحكم إلى غير الشاة مما يتخذ للحلب من الأنعام وغيرها. وفي التذكرة (٣):
" يجوز إعاره الغنم للانتفاع بلبنها وصوفها ".
وفي تعدي الحكم عن موضع الوفاق إن كان – وهو إعاره الغنم للبن – نظر، لعدم الدليل مع وجود المانع، وهو أن الإعاره مختصة في الأصل بالأعيان ليستوفى منها المنافع. والنص من طرفنا غير واضح، ومن طرق العامة (٤) لا يدل على غير الشاة.

-
- (١) فتح العزيز ١١: ٢١٢.
(٢) استدلال على ذلك بما ورد في الوسائل ١٢: ٢٦٠ ب " ٩ " من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١، ٤، وفي عوالي اللئالي ٣٣٣: ٢٤١ ح ١، ومستدرک الوسائل ١٢: ٣٩٣ ب " ٤ " من أبواب الدين والقرض ح ٤.
(٣) التذكرة ٢: ٢١٠.
(٤) كنز العمال ٦: ٤١٦ ح ١٦٣٣٠ و ١٦٣٣١، ولكن في ح ١٦٣٣٢ و ١٦٣٣٣ صريحان في غير الشاة.

وتصح الإعارة مطلقة، ومدة معينة. وللمالك الرجوع.
ولو أذن له في البناء أو الغرس، ثم أمره بالإزالة وجبت الإجابة.
وكذا في الزرع ولو قبل إدراكه، على الأشبه.

- قوله: " وتصح الإعارة مطلقة ومدة معينة وللمالك الرجوع ".
الحكم بجواز الرجوع متعلق بما إذا عين المدة. ونبه عليه - مع دخوله سابقا في
كون العارية من العقود الجائزة من الطرفين - على خلاف ابن الجنيد (١) حيث حكم
بلزومها من طرف المعير إذا عين لها مدة، لكنه خص الحكم بإعارة الأرض البراح
للغرس والبناء. وأما تعلق الحكم بالقسمين معا - أعني الاطلاق وتعيين المدة - فلا
نكتة فيه بعد ذكر الجواز مطلقا. ووجه جواز الرجوع مطلقا أن ذلك هو مقتضى
العارية، فلزومها في بعض الأفراد يحتاج إلى دليل صالح. وتعيين المدة لم يخرجها فيها
عن كونها عارية جائزة. نعم، يفيد تعيينها عدم جواز تصرف المستعير بعدها، كما
يفيد تعيين المدة للقراض ذلك، مع جواز الفسخ فيها لكل منهما.
قوله: " ولو أذن له في البناء أو الغرس - إلى قوله - على الأشبه ".
إنما فصل الزرع عنهما لأن الخلاف فيه دونهما إلا مع اقترانهما بمدة، وقد
تقدمت (٢) الإشارة منه إلى حكمه. والمخالف فيه الشيخ (٣) - رحمه الله - حيث
أوجب

على المعير الوفاء بالعارية إلى حين ادراكه، لأن له وقتا ينتهي إليه بخلاف الغرس
والبناء، وتبعه ابن إدريس (٤). ويمكن أن يكون " الأشبه " تنبيها على قول ابن
الجنيد (٥) أيضا، ويكون متعلقا بحكم الغرس والبناء من حيث الاطلاق، فإنه يشمل
ما لو أعاره لهما مدة معينة، إلا أن الأول أقعد وأنسب بفصل الزرع عنهما وعطفه

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٤٨.

(٢) في ص: ١٤٣.

(٣) المبسوط ٣: ٥٦.

(٤) السرائر ٢: ٤٣٣.

(٥) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٤٨.

وعلى الآذن الأرش. وليس له المطالبة بالإزالة من دون الأرش.

عليهما بعد الفراغ من حكمهما.

وكيف كان فالأقوى ما اختاره المصنف من جواز الرجوع مطلقاً، لأن بناء العارية على الجواز إلا ما أخرجه الدليل، وهو منتف هنا. وحديث الضرر والاضرار (١) مشترك بين المعير والمستعير، فيسقط اعتباره للتعارض ويرجع إلى الأصل، مع أنه يمكن الجمع بين المصلحتين واندفاع الضررين بدفع المعير الأرش. قوله: " وعلى الآذن الأرش وليس له المطالبة بالإزالة من دون الأرش. "

أي أرش الزرع والغرس والبناء، وهو تفاوت ما بين كونه منزوعاً من الأرض وثابتاً. وهل يعتبر فيه كونه مجاناً أو بأجرة؟ كلام الشيخ في المبسوط (٢) صريح في الأول. وهو الظاهر من كلام المصنف والجماعة (٣)، مع احتمال اعتبار الثاني، لأن الرجوع في العارية يقتضي كون أرض الغير مشغولة بملك غيره بغير إذنه، فلا بد من اعتبار الأجرة في بقائه.

ويمكن دفعه بأن وضعه في الأرض لما كان صادراً عن إذن المالك تبرعاً اقتضى ذلك بقاءه تبرعاً كذلك، وإنما صير إلى جواز القلع بالأرش جمعاً بين الحقين، فيقوم ثابتاً بغير أجرة، مراعاة لحق المستعير، ويقلع مراعاة لحق المعير. وفيه: أن جواز الرجوع في العارية لا معنى له إلا أن تكون منفعة الأرض ملكاً لصاحبها لا حق لغيره فيها، وحينئذ فلا يستحق الإبقاء فيها إلا برضاه بالأجرة، وحق المستعير يجبر بالأرش، كما أن حق المعير يجبر بالتسلط على القلع وبأخذ الأجرة لو اتفقا

(١) راجع الوسائل ١٧: ٣٤٠ ب " ١٢ " من أبواب إحياء الموات وغيره، ومسنند أحمد ٥: ٣٢٧، والموطأ ٢: ٨٠٥، وسنن ابن ماجة ٢: ٧٨٤.

(٢) لم نعثر عليه صريحاً وإن كان ربما يظهر من عبارته في المبسوط ٣: ٥٥.

(٣) منهم العلامة في قواعد الأحكام ١: ١٩٢، وفخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢: ١٢٦ - ١٢٧، والغنية (الجوامع الفقهية): ٥٣٧، وإصباح الشريعة (سلسلة النبايع الفقهية): ١٧٣.

على إبقائه بها. وهذا هو الأقوى، واختاره في التذكرة (١) في غير محله استطرادا. ولما كان المراد من الأرش هو التفاوت بين الحالين، فحيث ينتفي التفاوت - كما إذا كان الرجوع بعد ادراك الزرع - لا أرش، فلا يضر حكم المصنف بالأرش في جميع ما تقدم الذي من جملته قوله: " وكذا الزرع ولو قبل إدراكه " فإن " لو " الوصلية تقتضي جواز الرجوع بعد ادراكه بطريق أولى، فصارت من جملة الصور المعقبة بثبوت الأرش على الآذن، والحال أنه هنا لا أرش، لعدم الاختلاف. واثبات الأرش إنما يكون في صورة اختلاف حالتي القلع والبقاء، وهو باقي الصور.

وأشار بقوله: " وليس له المطالبة... الخ " إلى أن دفع الأرش شرط في جواز المطالبة، فلا تجب إجابته إلى القلع قبل دفعه وإن بذله، لاحتمال تعذر الرجوع عليه بأفلاس أو غيبة ونحوهما، فيضيع حق المستعير ويلزم الضرر، بخلاف ما لو دفع أولا، فإن غايته أن يهرب المستعير أو يتعذر مباشرته للقلع بوجه، فيباشره المعير بإذن الحاكم مع امكانه، أولا معه مع تعذره وتعدر إذن المالك، فلا يحصل الضرر. لكن هذا الدفع نوع من المعاوضة، ومن شأنها أنهما مع الاختلاف يجبران على التقابض معا من غير أن يسبق أحدهما الآخر، وإنما حكم هنا بسبق دفع الأرش لأن المعية غير ممكنة، وفي بسط الدفع على الأجزاء حرج وعسر، والضرر عن الدافع مندفع، بخلاف العكس، فلذلك حكموا بتقدمه.

واعلم أن المعير لو بذل قيمة الغرس والزرع والبناء لم يجب إجابته، كما لا يجب إجابة المستعير لو بذل قيمة الأرض أو الأجرة، لأن تملك مال الغير واستحقاق منفعة ماله موقوف على رضاه، خلافا للشيخ (٢) - رحمه الله - في الأول، فإنه أوجب على المستعير الإجابة محتجا بانتفاء الضرر عليه. ولا يخفى ضعفه، فإن مجرد انتفاء الضرر على المالك غير كاف في جواز تملك ماله بغير رضاه.

(١) التذكرة ٢: ١٨٤.

(٢) المبسوط ٣: ٥٥.

ولو أعاره أرضاً للدفن لم يكن له إجباره على قلع الميت.
وللمستعير أن يدخل إلى الأرض، ويستظل بشجرها.

– قوله: " ولو أعاره أرضاً للدفن لم يكن له إجباره على قلع الميت ".
المراد بالميت هنا المسلم أو من في حكمه، كولده الصغير والمجنون واللقيط بشرطه، إذ لا حرمة لغيره. وإنما لزم الإعارة هنا لما في النباش من هتك حرمة الثابتة له بعد الوفاة كالحياة. وهو موضع وفاق. وغاية المنع من الرجوع اندراس عظام الميت وصيرورته رميماً. والمرجع في ذلك إلى الظن الغالب بحسب الترب والأهوية. وإنما أطلق المصنف المنع لأنه علقه على القلع، ولا يتحقق إلا مع بقاء شيء من أجزائه، فإذا بلي لم يتحقق القلع، فارتفع المنع.

قوله: " وللمستعير أن يدخل إلى الأرض ويستظل بشجرها ".
إذا استعار الأرض للغرس وغرسها جاز لكل من المعير والمستعير دخول الأرض، أما المعير فلأن الأرض ملكه فله الدخول إليها في كل وقت، وله أن يستظل بشجرها وإن كان ملكاً لغيره، لأنه جالس في ملكه كما لو جلس في غيره من أملاكه واتفق له التظلل بشجر غيره، أو في المباح كذلك. والضابط أنه يجوز له الانتفاع منها بكل ما لا يستلزم التصرف في الغرس. ومثله البناء. وأما المستعير فلأن الشجر ملكه، فله الدخول لأجله بأن يسقيه ويحرسه ويهدبه ونحو ذلك، وليس له أن يدخل لغرض آخر غير ما يتعلق بمصلحة الشجر والثمر كالتفرج، لأن الاستعارة وقعت لمنفعة معينة فلا يتعداها.

واعلم أن الموجود في عبارة الأصحاب وغيرهم في هذه المسألة: أن المعير له الدخول والاستظلال بالشجر معللين بما ذكرناه من أنه جالس في ملكه فلا يمنع منه، وأما المستعير فلم يذكر أحد جواز جلوسه للاستظلال، وإنما شرطوا في دخوله ما ذكرناه من متعلقات الشجر. وعبارة المصنف هنا وقعت فيما وجدناه من النسخ أن للمستعير الدخول والاستظلال، وحقه أن للمعير الدخول للاستظلال، على ما وجدته في سائر كتب الفقه الذي تعرضوا فيها لهذه المسألة من كتبنا وكتب غيرنا.

والنكتة في الاستظلال بالنسبة إلى المعير واضحة كما ذكرناه، وأما المستعير فعلى تقدير جواز استظلاله لا نكتة في تخصيصه من بين الوجوه التي ينتفع بها.

قال في التذكرة (١): "يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها والاستظلال بالبناء والشجر، لأنه جالس على ملكه، وليس له الانتفاع بشئ من الشجر بثمر ولا غصن ولا ورق ولا غير ذلك، ولا بضرب وتد في الحائط، ولا التسقيف عليه. وليس للمستعير دخول الأرض للتفرج إلا بإذن المعير، لأنه تصرف غير مأذون فيه. نعم، يجوز له الدخول لسقي الشجر وممرمة الجدر، حراسة لملكه عن التلف والضياع".

وقال في التحرير (٢): "للمعير الدخول إلى أرضه والاستظلال بالشجر دون الانتفاع به من شد دابة فيه وغيره، وأما المستعير فليس له الدخول لغير حاجة قطعاً، وفي دخوله لحاجة سقي الغرس وجهان".

وفي القواعد (٣): "يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها، والاستظلال بالبناء والشجر، وكل ما لا يضر بالبناء والغرس، وللمستعير الدخول لسقي الشجر وممرمة البناء دون التفرج". وباقي عبارات القوم قريبة من ذلك.

نعم، ذكر الشهيد في اللمعة (٤) جواز استظلال كل منهما بالشجر، وهو أجود من الاقتصار على المستعير، إلا أن يجعل نكتة الاقتصار عليه بيان الفرد الأخصى.

تنبيه: يعلم من قولهم: إن المستعير ليس له الدخول للتفرج أنه لا يجوز لأحد الدخول إلى أرض غيره للتفرج بطريق أولى إلا بإذن المالك. نعم، لو كان صديقاً توجه الجواز مع عدم قرينة الكراهة، كما تقدم (٥) في صدر العارية.

(١) التذكرة ٢: ٢١٣. وفيها: أو حراسة لملكه.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٧٠.

(٣) قواعد الأحكام ١: ١٩٢.

(٤) اللمعة: ٩١.

(٥) لاحظ ص: ١٣٣.

ولو أعاره حائطا لطرح خشبة فطالبه بإزالتها كان له ذلك، إلا أن تكون أطرافها الأخر مثبتة في بناء المستعير، فيؤدى إلى خرابه، واجباره على إزالة جذوعه عن ملكه. وفيه تردد.

ولو أذن له في غرس شجرة فانقلعت جاز أن يغرس غيرها، استصحابا للإذن الأول. وقيل: يفتقر إلى إذن مستأنف. وهو أشبه.

- قوله: " ولو أعاره حائطا لطرح خشبة - إلى قوله - وفيه تردد ".
هذا الحكم ذكره الشيخ (١) - رحمه الله - وتبعه عليه ابن إدريس (٢). ووجهه:
ما أشار إليه المصنف من أن رجوع المعير مستلزم للتصرف في ملك الغير وتخريب بنائه الواقع في ملكه، فيمنع منه، لأن الثابت له شرعا إنما هو تفرغ ملكه من ملك الغير، لا تخريب ملك الغير.

ووجه تردد المصنف فيه مما ذكر، من أنه عارية من لوازمها جواز الرجوع فيها، وما ذكر لا يصلح للمنع، لأن تفرغ مال المستعير مع المطالبة واجب، فإذا توقف على تخريب ملكه كان من باب المقدمة التي لا يتم الواجب إلا بها، فيجب من هذه الحيثية. والمستعير أدخل الضرر على نفسه بينائه في ملكه بناء معرضا للزوال بالرجوع في العارية التي هي مبنية على الجواز. والأقوى الجواز مع الأرش كما مر (٣)، وهو جائز لضرر المستعير.

قوله: " ولو أذن له في غرس شجرة فانقلعت - إلى قوله - وهو أشبه ".
وجه الأول: أن الإذن قائم ما لم يرجع. ويضعف بأنه قائم فيما دل عليه لا في غيره، فعدم الجواز - كما اختاره المصنف - إلا بإذن جديد أقوى. ومثله الزرع والبناء ووضع الجذع. قال في التذكرة (٤): " أما لو انقلع الفسيل المأذون له في زرعه في غير

(١) المبسوط ٣: ٥٦.

(٢) السرائر ٢: ٤٣٣ - ٤٣٤.

(٣) في ص: ١٣٥.

(٤) التذكرة ٢: ٢١٤.

ولا يجوز إعاره العين المستعارة إلا بإذن المالك، ولا إيجارها، لأن المنافع ليست مملوكة للمستعير، وإن كان له استيفؤها.

- وقته المعتاد، أو سقط الجذع كذلك وقصر الزمان جدا، فالأولى أن له أن يعيده بغير تجديد الإذن.

قوله: " ولا يجوز إعاره العين إلا بإذن المالك... الخ ".
أي لأن شرط المعير أن يكون مالكا للمنفعة، ولأن الأصل عصمة مال الغير وصيانتها عن التصرف فيه، والإعارة إنما تناولت المستعير. نعم، يجوز للمستعير أن يستوفي المنفعة بنفسه ووكيله، ولا يعد ذلك إعارة، لأن المنفعة عائدة إلى المستعير لا إلى الوكيل. وهذا موضع وفاق، وخالف فيه بعض العامة (١) فجوزه قياسا على إجازة المستأجر. والفرق واضح.

وحيث يعير المستعير للمالك الرجوع بأجرة المثل عن مدة الإعارة الثانية على من شاء منهما، وببدل العين لو تلفت، فإن رجع على المعير لم يرجع على المستعير الجاهل بالحال، إلا أن تكون العارية مضمونة فيرجع عليه ببطل العين خاصة. ولو كان عالما استقر الضمان عليه كالغاصب. وإن رجع على المستعير رجع على المعير بما لا يرجع عليه به لو رجع عليه لغروره. هذا هو مقتضى القواعد. وقد تقدم (٢) مثله في المستعير من الغاصب.

وفي التذكرة (٣) والقواعد (٤) استشكل رجوع المستعير على المعير لو رجع المالك عليه مطلقا، وفي رجوع المعير على المستعير الجاهل، مع حكمه في المستعير من الغاصب بمثل ما سلف.

ومثله القول في الإجارة بل أولى، لأن الإعارة جائزة، فإذا رجع المعير أمكن

(١) روضة القضاة ٢: ٥٣١، فتح العزيز ١١: ٢١٠ - ٢١١.

(٢) لاحظ ص: ١٤١ - ١٤٣.

(٣) التذكرة ٢: ٢١٦.

(٤) قواعد الأحكام ١: ١٩٣.

الرابع
في الأحكام المتعلقة بها

وفيه مسائل:

الأولى: العارية أمانة، لا تضمن إلا بالتفريط في الحفظ، أو التعدي، أو اشتراط الضمان.

- المستعير الرجوع في إعارته، فقد يتوهم جوازه لذلك ويجعل المستعير كالوكيل، بخلاف الإجارة، للزومها على تقدير صحتها فتنافي الإجارة. قوله: " العارية أمانة - إلى قوله - أو اشتراط الضمان ".
أجمع أصحابنا وأكثر العامة (١) على أن العارية أمانة لا تضمن بالتلف، والنصوص الصحيحة (٢) على ذلك من طرقنا كثيرة. واستثني منه مواضع:
الأول: التعدي والتفريط في الحفظ. وقد كان يستغنى عن استثنائه، لأن معنى عدم ضمان الأمانة في كل موضع أنها لو تلفت بدونهما لم تضمن. والأمر سهل.
الثاني: العارية من غير المالك. والكلام في استثنائها كما مر، فإنه غصب في الحقيقة لا عارية، ولكنها بصورة العارية فأجروا عليها اللفظ.
الثالث: عارية الصيد للمحرم، فإن إمساكه حرام فيكون متعديا وضامنا.

(١) الاشراف على مذاهب العلماء ١: ٢٧٠، المغني لابن قدامة ٥: ٣٥٥، ورحمة الأمة: ١٦٧.
(٢) الوسائل ١٣: ٢٣٦ ب " ١ " من أبواب أحكام العارية ح ١، ٣، ٦، ١٠، وباب " ٣ " أيضا.

وهذا ظاهر بالنسبة إلى حق الله تعالى، أما بالنسبة إلى حق المالك فقد يشكل بما مر (١). الرابع: عارية الذهب والفضة إلا أن يشترط سقوطه. وسيأتي الكلام فيه. الخامس: إذا اشترط ضمانها. وهو صحيح بالنص (٢) والاجماع. السادس: عارية الحيوان، فإن ابن الجنيدي (٣) حكم بكونه مضمونا استنادا إلى رواية (٤) يمنع ضعفها من العمل بها. والأقوى أنه كغيره مما لا يضمن إلا بالشرط. وقد اتضح بذلك أنه لا يستثنى إلا ما استثناه المصنف خاصة. إذا تقرر ذلك فالعارية بالنسبة إلى الضمان وعدمه مع الشرط وعدمه أربعة أقسام:

أحدها ما يضمن وإن اشترط عدم الضمان، وهو الثلاثة الأول من الصور المستثناة. ويحتمل قويا سقوطه في الأول، لأنه في قوة إذن المالك له في الاتلاف مجانا، فلا يستعقب الضمان. أما الآخرين فالأمر فيهما واضح، لأن إسقاط غير المالك الضمان لمال الغير لا عبرة به. وكذا إسقاط الضمان عن المحرم، لأنه ثابت عليه من عند الله تعالى باعتبار كونه صيدا لا باعتبار كونه مملوكا. وثانيها: ما لا يكون مضمونا وإن اشترط الضمان، وهو استعارة المحل الصيد من المحرم. وقد تقدم (٥) تسمية المصنف له استعارة. وثالثها: ما يكون مضمونا إلا أن يشترط عدم الضمان، وهو استعارة الذهب والفضة.

-
- (١) في ص: ١٣٩.
(٢) الوسائل ١٣: ٢٣٩ ب " ٣ " من أحكام العارية، و ح ١ من باب " ١ " أيضا.
(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٤٦.
(٤) الكافي ٥: ٣٠٢ ح ٢، الاستبصار ٣: ١٢٥ ح ٤٤٥، التهذيب ٧: ١٨٥ ح ٨١٤، الوسائل ١٣: ٢٣٨ ب " ١ " من أبواب أحكام العارية ح ١١.
(٥) لاحظ ص: ١٤٠.

وتضمن إذا كانت ذهباً أو فضة وإن لم يشترط، إلا أن يشترط سقوط الضمان.

ورابعها: ما لا يكون مضموناً إلا أن يشترط الضمان، وهو باقي أقسامها. قوله: "وتضمن إذا كانت ذهباً أو فضة... الخ".

هذه إحدى الصور التي تضمن فيها العارية من غير شرط، بل هي الفرد الأظهر كما تقرر. ومستند الحكم النصوص الواردة عن أهل البيت عليهم السلام، كرواية زرارة في الحسن عن الصادق عليه السلام: "قال: قلت له: العارية مضمونة؟ فقال: جميع ما استعرت فتوي فلا يلزمك تواه إلا الذهب والفضة، فإنهما يلزمان إلا أن يشترط أنه متى توي لم يلزمك تواه. وكذلك جميع ما استعرت واشترط عليك لزمك. والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك (١)". وروى ابن مسكان في الصحيح عنه عليه السلام: "لا تضمن العارية إلا أن يكون اشترط فيها ضمان، إلا الدنانير فإنها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً" (٢). وفي حسنة عبد الملك (٣) مثلها إلا أن الاستثناء فيها للدراهم.

وقد علم من ذلك أن عارية الدراهم والدنانير مضمونة. ولا خلاف في ضمانهما عندنا، إنما الخلاف في غيرهما من الذهب والفضة كالحلي المصوغ، فإن مقتضى الخبر الأول ونحوه دخولها، ومقتضى تخصيص الثاني بالدراهم والدنانير خروجها، فمن الأصحاب من نظر إلى أن الذهب والفضة مخصصان من عدم الضمان مطلقاً، ولا منافاة بينهما وبين الدراهم والدنانير، لأنهما بعض أفرادهما، فيستثنى الجميع، ويثبت الضمان في مطلق الجنسين. ومنهم من التفت إلى أن الذهب والفضة مطلقان أو عامان، بحسب إفادة الجنس المعرف العموم وعدمه، والدراهم والدنانير مقيدان أو

(١) الكافي ٥: ٢٣٨ ح ٣، التهذيب ٧: ١٨٣ ح ٨٠٦، الوسائل ١٣: ٢٣٩ ب "٣" من أبواب أحكام العارية ح ٢.

(٢) الكافي ٥: ٢٣٨ ح ٢، الاستبصار ٣: ١٢٦ ح ٤٤٨ وفيهما: عن ابن سنان، التهذيب ٧: ١٨٣ ح ٨٠٤، الوسائل ١٣: ٢٣٩ ب "٣" من أبواب أحكام العارية ح ١.

(٣) التهذيب ٧: ١٨٤ ح ٨٠٨، الوسائل ١٣: ٢٤٠ ب "٣" من أبواب أحكام العارية ح ٣.

مخصصان، فيجمع بين النصوص بحمل المطلق على المقيد أو العام على الخاص. والتحقيق في ذلك أن نقول: إن هنا نصوصا على ثلاثة أضرب: أحدهما: عام في عدم الضمان من غير تقييد، كصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام: " ليس على مستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة (١) مؤتمن ". وقريب منها صحيحة محمد بن مسلم (٢) عن الباقر عليه السلام. وثانيها: بحكمها إلا أنه استثنى مطلق الذهب والفضة. وثالثها: بحكمها إلا أنه استثنى الدنانير أو الدراهم. وحينئذ فلا بد من الجمع، فأخراج الدراهم والدنانير لازم، لخروجهما على الوجهين الأخيرين، فإذا خرجا من العموم بقي العموم فيما عداهما بحاله، وقد عارضه التخصيص بمطلق الجنسيتين، فلا بد من الجمع بينهما بحمل العام على الخاص.

فإن قيل: لما كان الدراهم والدنانير أخص من الذهب والفضة وجب تخصيصهما بهما عملا بالقاعدة، فلا تبقى المعارضة إلا بين العام الأول والخاص الأخير.

قلنا: لا شك أن كلا منهما مخصص لذلك العام، لأن كل منهما مستثنى، وليس هنا إلا أن أحد المخصصين أعم من الآخر مطلقا، وذلك غير مانع، فيخص العام الأول بكل منهما أو يقيد مطلقه، لا أن أحدهما يخصص بالآخر، لعدم المنافاة بين إخراج الذهب والفضة في لفظ والدراهم والدنانير في لفظ حتى يوجب الجمع بينهما بالتخصيص أو التقييد. وأيضا: فإن العمل بالخبرين الأخصيين لا يمكن، لأن

(١) التهذيب ٧: ١٨٢ ح ٧٩٨، الاستبصار ٣: ١٢٤ ح ٤٤١، الوسائل ١٣: ٢٣٧ ب " ١ " من أبواب أحكام العارية ح ٦.

(٢) الكافي ٥: ٢٣٨ ح ٤، الفقيه ٣: ١٩٢ ح ٨٧٥. التهذيب ٧: ١٨٢ ح ٧٩٩، الاستبصار ٣: ١٢٤ ح ٤٤٢، الوسائل ١٣: ٢٣٧ ب " ١ " من أبواب أحكام العارية ح ٧.

الثانية: إذا رد العارية إلى المالك أو وكيله برئ. ولو ردها إلى الحرز لم يبرأ.

- بالدنانير والدراهم، والثاني في زيادة تخصيص العام الأول بمطلق الذهب والفضة على تقدير عدم تخصيصهما بالدنانير والدراهم، فترجيح أحد المجازين على الآخر ترجيح من غير مرجح، بل يمكن ترجيح تخصيص الذهب والفضة، لأن فيه مراعاة قوانين التعارض بينه وبين ما هو أخص منه.

قلنا: لا نسلم التعارض بين الأمرين، لأن استعمال العام الأول على الوجه المجازي حاصل على كل تقدير إجماعاً، وزيادة التجوز في الاستعمال لا يعارض به أصل التجوز في المعنى الآخر، فإن إبقاء الذهب والفضة على عمومهما استعمال حقيقي، فكيف يكافيه مجرد تقليل التجوز مع ثبوت أصله؟! وبذلك يظهر بطلان الترجيح بغير مرجح، لأن المرجح حاصل في جانب الحقيقة. هذا ما يقتضيه الحال من الكلام على هذين الوجهين. وبقي فيه مواضع تحتاج إلى تنقيح.

والمعتمد في الحكم بضمانهما في الجملة على النصوص. وأما تعليل الضمان فيهما بأن المنفعة فيها ضعيفة لا يعتد بها في نظر الشرع، والمقصود منهما الانفاق فكانت مضمونة عملاً بالغاية الذاتية، وأن هذه الحكمة تقوى في المصوغ، لكثرة منفعته بدون إنفاقه، فيختص حكم الضمان بالدنانير والدراهم، فهو ضعيف لا يصلح لتأسيس الحكم الشرعي، فإن إعارتهما إنما تصح لينتفع بهما على تقدير بقائهما، لأنه شرط صحة الإعارة، وضعف المنفعة وقوتها لا مدخل له في اختلاف الحكم، كما لا يختلف حكم استعارة البعير وقطعة من حصير.

قوله: " إذا رد العارية إلى المالك أو وكيله برئ. ولو ردها إلى الحرز لم يبرأ "

أي ردها إلى حرز المالك من غير أن يوصلها إلى يده أو ما في حكمها، كما لو رد الدابة إلى إصطبله، أو رد آلة الدار إليها. وعدم براءته بذلك واضح، لأنه لم

ولو استعار الدابة إلى مسافة فجاوزها ضمن. ولو أعادها إلى الأولى، لم يبرأ.

- يسلمها إلى المالك، و" على اليد ما أخذت حتى تؤدي " (١)، بل لو لم تكن العارية مضمونة صارت مضمونة بذلك، لتفريطه بوضعها في موضع لم يأذن المالك بالرد إليه، كما لو ترك الوديعة في دار صاحبها أو الدابة المودعة في الإصطبل فتلفت قبل أن يتسلمها المالك. وهذا لا خلاف فيه عندنا، وإنما نبه به على خلاف أبي حنيفة (٢) حيث ذهب إلى أن ردها إلى ملك المالك كردها إليه، لأن رد العواري في العادة يكون إلى أملاك أصحابها. وفساده واضح، واطراد العادة بذلك ممنوعة. قوله: " ولو استعار الدابة إلى مسافة فجاوزها ضمن. ولو أعادها إلى الأولى لم يبرأ ".

مبدأ الضمان من حين الأخذ في تجاوز المأذون ويستمر إلى أن يردها إلى المالك. وأما ضمان المنفعة - وهو الأجرة - فيثبت في المسافة المتجاوزة ذهابا وعودا إلى الموضع المأذون فيه خاصة، لأنه فيها غاصب. ولم تبطل الإعارة بذلك فيكون استعمالها بعد عوده إلى المأذون فيه إلى أن يردها على الوجه المأذون جائزا وإن كان الأصل مضمونا بالتعدي السابق. ولو كانت العارية مضمونة في أصلها ضمنها من حين أخذها إلى أن يأخذ في تجاوز المأذون ضمان العارية، وهو ضمان العين دون المنفعة على ما سيأتي (٣)،

وفي المتجاوز ضمان الغصب إلى أن يعود إلى المأذون، ومنه إلى أن يصل إلى المالك ضمان العارية أيضا عندنا (٤).

(١) تقدم مصادره ص: ٤٨ هامش (١).

(٢) المغني لابن قدامة ٥: ٣٥٨ والشرح الكبير ٥: ٣٧٠.

(٣) في ص: ١٦٢.

(٤) في هامش " و " و " ن " : " نبه بقوله: " عندنا " على خلاف أبي حنيفة حيث أبط الإعارة بالتعدي، وجعلها مضمونة بالغصب بعده مطلقا. منه رحمه الله " راجع بدائع الصنائع ٤:

٢١٥.

الثالثة: يجوز للمستعير بيع غروسه وأبنيته في الأرض المستعارة للمعير ولغيره، على الأشبه.
الرابعة: إذا حملت الأهوية أو السيول حبا إلى ملك انسان فنبت كان لصاحب الأرض إزالته، ولا يضمن الأرش، كما في أغصان الشجرة البارزة إلى ملكه.

- قوله: " ويجوز للمستعير بيع غروسه وأبنيته... الخ ".
الخلاف في بيعه لغير المعير (١). ووجه المنع: أنه في معرض الهدم والنقص، وأن ملكه عليه غير مستقر، لأن المعير بسبيل من ملكه (٢). والأقوى الجواز، لأنه مملوك له في حال بيعه، غير ممنوع من التصرف فيه. وكونه متزلزلا لا يمنع من جواز بيعه، كما يجوز بيع الحيوان المشرف على التلف، وهو في معرض الهلاك، ومستحق القتل قصاصا كذلك على ما مر. (٣)
ثم إن كان المشتري جاهلا بالحال فله الفسخ، لأن ذلك عيب، لا إن كان عالما، بل ينزل منزلة المستعير. ولو اتفقا على بيع ملكهما معا بثمن واحد صح، على خلاف ما تقدم (٤) في باب الشركة. ويوزع الثمن عليهما، فيوزع على أرض مشغولة بالغرس أو البناء على وجه الإعارة، مستحق القلع مع الأرش، أو الإبقاء مع الأجرة، أو التملك بالقيمة مع التراضي، وعلى ما فيها من بناء أو غرس مستحق للقلع على أحد الوجوه الثلاثة، فحصة الأرض للمعير، وحصة ما فيها للمستعير.
قوله: " إذا حملت الأهوية والسيول حبا إلى ملك انسان... الخ ".
إذا حملت السيول وشبهها حبا إلى أرض آخر، فلا يخلو إما أنه يكون مما يعرض عنه مالكة أولا. وعلى التقديرين إما أن يعلم المالك أو يجهل، منحصرًا في

- (١) في هامش " و ": " ينظر الخلاف في هذه المسألة لمن هو؟ فإنه لم يذكر في كتب العلامة ولا الشيخ.
وفي التذكرة عزى القول إلى بعض العامة، منه رحمه الله " راجع التذكرة ٢: ٢١٣.
(٢) في " س ": على ملكه.
(٣) في ج ٣: ١٧١.
(٤) في ج ٤: ٣٣٢.

الخامسة: لو نقصت بالاستعمال ثم تلفت، وقد شرط ضمانها، ضمن قيمتها يوم تلفها، لأن النقصان المذكور غير مضمون.

- وفي جميع ذلك لو تركه مالكة لصاحب الأرض التي انتقل إليها فإن قبله فلا كلام، وإلا ففي وجوب إزالته على مالكة وجهان، وقطع في التذكرة (١) بأنه يسقط حينئذ عنه مؤنة نقله وأجرته، لأنه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه، وكان الخيار لصاحب الأرض المشغولة، إن شاء أخذه لنفسه وإن شاء قلعه.

قوله: " ولو نقصت بالاستعمال ثم تلفت وقد شرط ضمانها... الخ ".

إذا شرط ضمان المستعار فقد شرط ضمان عينه على تقدير التلف، وضمان نقصانه على تقديره، وضمانهما على تقديرهما. وقد يطلق اشتراط الضمان. ولا شبهة في اتباع مقتضى شرطه في الثلاثة الأول، فيضمن العين خاصة في الأول، والنقصان خاصة في الثاني إلى أن تنتهي حالات تقويمه باقيا، وضمانهما معا في الثالث.

وإنما الكلام عند اطلاق اشتراط الضمان، وهو مسألة الكتاب. والمصنف (رحمه الله) جزم بأن الاطلاق منزل على ضمان العين خاصة، فيضمن قيمتها يوم التلف، لأن النقص حصل بفعل مأذون فيه فلا يكون مضمونا، ولأنها لو لم تلف وردها على تلك الحال لم يجب شيء، فإذا تلفت وجب مساويها في تلك الحال. ويمكن الفرق بين تلف الأجزاء الموجب للنقص بالاستعمال وغيره، فيضمن على الثاني دون الأول، لأن تلفها بأمر مأذون فيه فلا يستعقب ضمانا.

وقد يمنع أصل هذا الوجه ويحكم ضمان النقص وإن ردها، فإن ذلك من مواضع النزاع، إذ لمانع يمنع أن من كون النقص غير مضمون في المضمونة، سواء تلفت أم ردها، لأن مقتضى تضمين العين تضمين أجزائها، لأنها مركبة منها، والإذن في أصل الاستعمال لا ينافي الضمان والحال أنه مشروط، إذ ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص، فيجوز أن يكون الاستعمال مأذونا فيه والنقص مضمونا.

(١) التذكرة ٢: ٢١٤.

السادسة: إذا قال الراكب: أعرتنيها، وقال المالك: آجرتكها، فالقول قول الراكب، لأن المالك مدع للأجرة. وقيل: القول قول المالك في عدم العارية. فإذا حلف سقطت دعوى الراكب، ويثبت عليه أجرة المثل، لا المسمى، وهو أشبه.

- وفي القواعد (١) استشكل الحكم، وفي التذكرة (٢) وافق على ما ذكره المصنف. والقول بالضمان لا يخلو من قوة، فإن قلنا به ضمن أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف، إن كان اختلافها من حيث الأجزاء، كالثوب يلبس وينسحق على التدريج. ولو كان الاختلاف من حيث قيمة السوق لم يضمن الزائد بسببه، لأن ذلك ليس من مدلول ضمان العين، خصوصا إن لم نوجبه على الغاصب (كما هو المنصور) (٣). وإن قلنا بعدم الضمان ضمن قيمة آخر حالات التقويم. واحترز بقوله: "وقد شرط ضمانها" عما لو كان موجب الضمان التفريط أو التعدي، فإنه يوجب ضمان الأجزاء المتأخرة عن وقت الضمان، دون الذاهبة قبله بالاستعمال ونحوه من الوجوه التي هي غير مضمونة. وفي القواعد (٤) ساوى بين الأمرين في الحكم بالضمان وعدمه، في الأجزاء المتقدمة على التفريط والمتأخرة عنه. وليس بجيد.

قوله: "إذا قال الراكب أعرتنيها... الخ".

القول الأول للشيخ (رحمه الله) في الخلاف ووجهه أنهما متفقان على أن تلف المنافع وقع على ملك المستعير، لأن المالك يزعم أنه ملكها بالإجارة، والمستعير يزعم أنه ملكها بالاستيفاء المستند إلى الإعارة، لأن المستعير يملك بذلك الاستيفاء، فيده شرعية على القولين.

(١) قواعد الأحكام ١: ١٩٣.

(٢) التذكرة ٣: ٢١٥.

(٣) كذا في "س". وفي "م": المتصور. وهو تصحيف. وفي "و" كتب على هذه الجملة حرف (ز) إشارة إلى زيادتها. ولم ترد في سائر النسخ.

(٤) قواعد الأحكام ١: ١٩٣.

(٥) الخلاف ٣: ٣٨٨ مسألة ٣ من كتاب العارية.

ثم المالك يدعى عليه عوض ما استوفاه من ملكه، وهو ينكر استحقاقه. والأصل يقتضي عدم وجوبه، وبراءة ذمة الراكب منه، فيكون القول قوله. والمالك يدعى شغلها، فيحتاج إلى البينة. ويشكل بأن المنافع أموال كالأعيان، فهي بالأصالة لمالك العين، فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل. وأصالة براءة ذمته إنما تصح من خصوص ما ادعاه المالك، لا من مطلق الحق، بعد العلم باستيفائه المنفعة التي هي من جملة أموال المالك وحقوقه، والأصل يقتضي عدم خروجها عن ملكه مجاناً، فمن ثم ذهب المصنف وقوله ابن إدريس (١) إلى تقديم قول المالك في عدم العارية، وإن لم يقبل قوله فيما يدعيه من الإجارة، لأنه مدع أيضاً فيحتاج إلى البينة، كما أن الراكب مدع للعارية فلا يقبل قوله فيها، فإذا حلف المالك على نفي العارية لم تثبت الإجارة، ولكن يثبت كون الراكب تصرف في ملكه بغير تبرع منه، فيثبت عليه أجره المثل.

ويشكل بما لو كان ما يدعيه من الأجرة أقل من أجره المثل، لاعترافه بنفي الزائد، فينبغي أن يثبت له يمينه أقل الأمرين مما يدعيه وأجره المثل، لأن الأقل إن كان ما يدعيه من الأجرة فهو يعترف بعدم استحقاقه سواء، وإن كان الأقل أجره المثل فلم يثبت يمينه سواها، إذا لم تثبت الإجارة، وإنما لزم تصرف الراكب في ماله بغير إذن المالك على وجه التبرع.

وهذا هو الذي اختاره العلامة في القواعد (٢)، وهو أجود من السابق، إلا أنه يشكل بأن المالك يدعي الزائد من الأجرة عن أجره المثل على تقدير كون المسمى أكثر، والراكب ينفيه، فلا بد من وجه شرعي يقتضي نفيه، وحلفه على نفي الإجارة لم يدل على نفي الإجارة، كما لم يدل على إثباتها. وإثبات أقل الأمرين باليمين مسلم

(١) السرائر ٢: ٤٣١ و ٤٣٢.

(٢) قواعد الأحكام ١: ١٩٤.

لكن يبقى النزاع في الزائد على تقديره، فلا يندفع إلا بحلف الراكب على نفي الإجارة، أو نكوله فيحلف المالك على الإجارة ويأخذ الزيادة. ومن ثم ذهب العلامة في المختلف (١) والشهيد (٢) (رحمه الله) في بعض تحقیقاته - وتبعهما جماعة (٣) - إلى أنهما

يتحالفان، لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه، فيحلف المالك على نفي ما يدعيه الراكب وهو الإجارة، ويحلف الراكب على نفي ما يدعيه المالك من الإجارة، وحينئذ يثبت أقل الأمرين، لانتهاء الزائد من المسمى يمين المستعير، وانتهاء الزائد من أجره المثل باعتراف المالك. وهذا هو الأقوى.

وللشيخ (٤) قول خامس، وهو القرعة، بناء على أنه أمر مشتبه. ويضعف بأنه لا اشتباه مع القاعدة المتفق عليها من حكم المدعي والمنكر. هذا كله إذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مدة يدعي المالك كونها مدة الإجارة، أو مضي مدة لها أجره عادة، أما لو وقع الاختلاف قبل ذلك فحكمه ما سذكروه. ولا فرق بين أن يكون هذا النزاع مع بقاء العين وتلفها، لأنها إن كانت باقية ردها بعد التحالف إلى المالك ويثبت الأقل من الأجرتين، أو من أجره المثل وقسط المسمى لو كان في أثناء المدة، وبطلت الإجارة في الباقي إن كان. ولو اكتفينا بحلف المالك على نفي الإجارة ففي انتزاع العين نظر، من انكار المستعير الإجارة، وإذن المالك على وجه التبرع قد انتفى بانكاره فيرتجع، ومن اعتراف المالك بعدم استحقاقه ارتجاعها إلى أن تنقضي المدة التي يدعيها. وهذا مما يؤيد القول بالتحالف، لأن هذا نزاع آخر لم يتحرر من يمين المالك كالنزاع في الزائد من المسمى.

(١) المختلف: ٤٤٧.

(٢) ذكره في غاية المراد: ١٢٨ في مسألة المزارعة.

(٣) منهم الشيخ علي في جامع المقاصد ٦: ٩١.

(٤) المبسوط ٣: ٢٦٦، والخلاف ٣: ٥٢١ مسألة ١١.

ولو كان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع، كان القول قول الراكب، لأن المالك يدعي عقدا وهذا ينكره.

السابعة: إذا استعار شيئا لينتفع به في شيء، فانتفع به في غيره ضمن. وإن كان له أجره، لزمته أجره مثله.

الثامنة: إذا جحد العارية بطل استيمانه، ولزمه الضمان مع ثبوت الإعارة.

- وإن كانت العين تالفة فحكم الأجرة ما ذكر، وأما العين فإن كانت أمانة، كما لو كانت الإعارة التي يدعيها الراكب غير مضمونة، فلا شيء على الراكب، لاتفاقهما على كونها في يده أمانة، إما بالإجارة أو الإعارة. وإن كانت مضمونة فمدعي الإعارة يعترف بثبوت القيمة في ذمته، والمالك ينكره، لعدم اقتضاء الإجارة الضمان، فتوقف إلى أن يتفقا عليه.

قوله: " ولو كان الاختلاف عقيب العقد... الخ "

هذا التعليل آت بإطلاقه في الأول، فلا بد من اقترانه بأمر آخر، وهو أن المالك لا يدعي على مدعي الإعارة بشيء من عوض المنافع، وإنما يدعي ثبوت الإجارة ووجوب الأجرة في ذمته وإن كان قبل الاستيفاء، والآخر ينكرهما، فيقدم قوله لأصالة براءة ذمته من تعلق الإجارة وما يلزمها بها، فالدعوى هنا متمحضة للمالك، فيقدم قول مدعي الإعارة ويسترد العين.

قوله: " إذا استعار شيئا... الخ "

وجه الضمان ظاهر، لتعديه في العين حيث انتفع بها في غير المأذون، فيلزمه أجره مثل ذلك العمل لوقوعه بغير إذن المالك، ولا يسقط منه مقدار تفاوت المأذون، لأنه لم يستوف تلك المنفعة، فكأنه أسقط حقه مما يملكه وانتفع بما لا يملك. ولا فرق بين كون المنفعة التي استوفها أشق من المأذون فيها ومساوية وأدنى إذا كانت مخالفة لها في الجنس. ولو اتفقا في الجنس كأنواع الزرع ففيه ما مر من الاشكال. (١) قوله: " إذا جحد العارية بطل استيمانه... الخ "

(١) في ص: ١٤٣ - ١٤٤.

التاسعة: إذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه. ولو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه.
العاشرة: لو فرط في العارية كان عليه قيمتها عند التلف، إذا لم يكن لها مثل. وقيل: أعلى القيم من حين التفريط إلى وقت التلف. والأول أشبه.

- القول في جحود العارية كالقول في جحود الوديعة حكما وشرايط، فراعته ثم (١). ومبدأ الضمان الجحود، لأنه بمنزلة التعدي. قوله: "إذا ادعى التلف... الخ".

أما الأول فلأنه وإن كان مدعيا ما يخالف الأصل إلا أنه يمكن صدقه، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس. وقد تقدم نظيره وما يرد عليه في أبواب الأمانات (٢). وأما الثاني فلأن الأصل عدم الرد، فيكون القول قوله منكره وهو المالك، ولأن المستعير قبض لمصلحة نفسه، وبذلك فارق الودعي، لأنه إنما قبض لمصلحة المالك فهو محسن محض و" ما على المحسنين من سبيل " (٣). واعلم: أن هذه العلة تجري في كثير من أبواب تنازع المستأمنين، إلا أنها تقتضي قبول قول الوكيل في الرد لو كان بغير جعل، وهو مشكل لمخالفته للأصل، وكون هذه العلة ليست منصوصة وإنما هي مناسبة. قوله: " لو فرط في العارية - إلى قوله - إلى وقت التلف. والأول أشبه ".

وجه الأول: أن الواجب على المستعير مع بقاء العين ردها دون القيمة، وإنما ينتقل إليها مع التلف، وحينئذ فالمعتبر القيمة وقت التلف. وهذا هو الأقوى.

(١) لاحظ ص: ١١٧ - ١١٨.

(٢) كما في ج ٤: ٣٧٥.

(٣) التوبة: ٩١.

ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المستعير. وقيل: قول المالك. والأول أشبه.

- ووجه الثاني: أن العين لما كانت مضمونة فكل واحدة من القيم المتعددة في وقت كونها مضمونة مضمونة، إذ معنى ضمان العين كونها لو تلفت ضمن قيمتها، وهو حاصل في جميع الوقت، فيضمن أعلى القيم، لدخول الباقي فيها. وموضع الخلاف ما لو كان الاختلاف بسبب السوق، أما لو كان بسبب نقص في العين فلا اشكال في ضمانه، لأن ضمان العين يقتضي ضمان أجزائها. وفي المسألة قول ثالث، وهو أن المعتبر قيمتها وقت الضمان، لتعلقها بالذمة حينئذ على تقدير التلف. وقد تقدم (١) الكلام في هذه المسألة غير مرة. قوله: " ولو اختلفا في القيمة... الخ ". أي اختلفا في قيمة المستعار على تقدير تلفه بتفريط أو كونه مضمونا بأمر آخر، فالقول قول المستعير، لأنه منكر للزائد، فيدخل في عموم (٢) الخبر. وقال الشيخ (٣) وجماعة (٤): قول المالك، لخروج المستعير عن الأمانة، خصوصا على تقدير التفريط، فلا يقبل قوله. والأقوى الأول، لأن قبول قوله من حيث كونه منكرا، لا من حيث كونه أمينا.

(١) لاحظ ج ٤: ٧٣.

(٢) لاحظ الوسائل ١٨: ١٧٠ ب " ٣ " من أبواب كيفية الحكم ح ١، ٢، ٣، ٥، ٦.

(٣) النهاية: ٤٣٨.

(٤) منهم المفيد في المقنعة: ٦٣٠، وسلا في المراسم ١٩٤، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٧٦.

كتاب الإجارة
وفيه فصول أربعة
الأول
في العقد

وثمرته تملك المنفعة بعوض معلوم. ويفتقر إلى إيجاب وقبول.

- كتاب الإجارة

الإجارة من الألفاظ المنقولة شرعا عن موضوعها لغة، لأنها في الشرع عبارة عن تملك المنفعة خاصة بعوض معلوم لازم لماهيتها، أو العقد المفيد لذلك على ما تقرر سابقا. وهي في اللغة (١) اسم للأجرة، وهي كراء الأجير، لا مصدر " آجر يؤجر " فإن مصدره الأيجار، بخلاف باقي العقود، فإنه يعبر عنه بمصدر الفعل أو باسم المصدر، فلا يتغير عن موضوعه إلا بشروط زائدة وتغيير سهل، والمطابق لغيرها التعبير بالأيجار، لكنها قد اشتهرت في هذا اللفظ على وجه لا يرتاب في تحقق النقل، إذ لا يتبادر غيره.

قوله: " في العقد. وثمرته تملك المنفعة بعوض معلوم ".
عدل عن تعريف الإجارة بذكر ما يفيد فائدة التعريف لسلامته مما يرد على التعريف، إذ لو قال: " هي عقد ثمرته تملك المنفعة... إلخ " كما عرف به بعضهم لانتقض في طرده بالصلح على المنافع بعوض معلوم، وبهبتها مع شرط العوض. وأما جعل المصنف ذلك ثمرة هذا العقد فلا ينافي ثمرة عقد آخر، لكن يبقى فيه أن تملك المنفعة المذكورة ليس ثمرة العقد، بل ثمرة الإيجاب، لأن المؤجر

(١) انظر القاموس المحيط ١: ٣٦٢، معجم مقاييس اللغة ١: ٦٢.

والعبارة الصريحة عن الايجاب: " آجرتك " ولا يكفي " ملكتك ".
أما لو قال: " ملكتك سكنى هذه الدار سنة مثلا " صح.

- هو المملك لا المستأجر، فإن التمليك مصدر ملك - بالتشديد - لا ملك أو تملك،
لأن مصدرهما الملك والتملك. ويمكن اندفاعه بأن الايجاب لما كان جزء السبب
المصحح للتمليك نسبت الثمرة إليهما، فإن التمليك وإن وقع من الموجب خاصة إلا
أنه لا يتم ثمرته بانفراده، بل لا بد من مصاحبته لبقية الشرائط وغيرها مما تتوقف عليه
الصحة.

قوله: " والعبارة الصريحة من الايجاب " آجرتك " - إلى قوله - صح ".
لما كانت الإجارة من العقود اللازمة وجب انحصار لفظها في الألفاظ المنقولة
شرعا، المعهودة لغة. والصريح منها في الايجاب " آجرتك " و " أكريتك ". أما الأولى
فقد تقدم الكلام فيها، وأما الثانية فهي من الألفاظ المستعملة أيضا لغة وشرعا في
الإجارة، يقال: أكريت الدار، فهي مكرأة، ويقال: اكرتت واستكرتت وتكرتت
بمعنى، ومنه أخذ المكارى، لأنه يكرى دوابه ونفسه.

وأما التمليك فيفيد نقل ما تعلق به، فإذا ورد على الأعيان أفاد نقل ملكها،
وليس ذلك مورد الإجارة، لأن العين تبقى على ملك المؤجر، بل إذا أراد إقامته مقام
الإجارة تعين إضافته إلى المنافع، لأن التمليك في الإجارة بالعوض إنما هو للمنفعة
لا للعين. ولا بد حينئذ من وقوع الايجاب ابتداء بلفظه، كأن يقول: " ملكتك منفعة
هذه الدار مدة كذا مثلا بكذا ".

أما لو عبر في الايجاب بلفظ " آجرت " و " أكرت "
فإنهما إنما يردان على العين، فلو أوردتهما على المنفعة بأن قال: " آجرتك منفعة هذه
الدار مثلا... الخ " لم يصح، بخلاف ملكتك.

وأما القبول فضابطه كل لفظ يدل على الرضا بالايجاب، ك " قبلت،
واستأجرت، واكرتت، واستكرتت " كما سبق. ولو تقدم القبول على الايجاب صح
بما عدا الأول.

وكذا " أعرتك " لتحقق القصد إلى المنفعة.
ولو قال: " بعتك هذه الدار " ونوى الإجارة، لم تصح. وكذا لو
قال: " بعتك سكنها سنة " لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان. وفيه
تردد.

- قوله: " وكذا أعرتك، لتحقق القصد إلى المنفعة ".
المشبه به سابقا المشار إليه ب " ذا " هو الحكم بالصحة إذا قال: " ملكتك
سكنها سنة " أي وكذا يصح لو قال: " أعرتك هذه الدار سنة بكذا ". ووجه الصحة
ما أشار إليه بقوله: " لتحقق القصد إلى المنفعة ". والمراد أن الإجارة لما كانت لا تقتضي
ملك المستعير للعين، وإنما تفيد تسليطه على المنفعة وملكه لاستيفائها، كان إطلاقها
بمنزلة تملك المنفعة، فتصح إقامتها مقام الإجارة، وكما يصح ذلك بلفظ الملك.
والحق: أن العارية إنما تقتضي إباحة المنفعة لا تملكها، وال عوض لا يدخل في
ماهيتها، بخلاف التمليك، فإنه يجمع العوض. ولا يخفى أن التجوز بمثل ذلك
خروج عن مقتضى العقود اللازمة.
قوله: " ولو قال: " بعتك هذه الدار ونوى الإجارة " لم يصح - إلى قوله
- وفيه تردد "

وجه المنع: ما ذكره من أن البيع موضوع لنقل الأعيان والمنافع تابعة لها، فلا
يشتر الملك لو تجوز به في نقل المنافع منفردة، وإن نوى الإجارة. وظاهر التذكرة (١) أن
ذلك إجماعي، لأنه نسبه إلى علمائنا، ولكن المصنف تردد. وفي التحرير جعل المنع
أقرب (٢).

ووجه تردد المصنف: ما ذكر، ومن أنه بالتصريح بإرادة نقل المنفعة - مع أن
البيع يفيد نقلها أيضا مع الأعيان وإن كان بالتبع - ناسب أن يقوم مقام الإجارة إذا
قصدتها. والأصح المنع.

(١) التذكرة ٢: ٢٩١.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٤١.

والإجارة عقد لازم، لا تبطل إلا بالتقاييل، أو بأحد الأسباب المقتضية للفسخ. ولا تبطل بالبيع، ولا بالعدر، مهما كان الانتفاع ممكناً.

– قوله: " والإجارة عقد لازم لا تبطل إلا بالتقاييل أو بأحد الأسباب المقتضية للفسخ ".

لزوم عقد الإجارة موضع وفاق، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود (١) يتناوله. وحينئذ فندخله الإقالة كغيره من العقود المعاوضات. وأما الأسباب المقتضية للفسخ فستأتي (٢) مفصلة، إن شاء الله تعالى. قوله: " ولا تبطل بالبيع ".

لعدم المنافاة، فإن الإجارة تتعلق بالمنافع، والبيع بالعين، والمنافع تابعة، لكن إن كان المشتري عالماً بالإجارة تعين عليه الصبر إلى انقضاء المدة، وإن كان جاهلاً تخير بين فسخ البيع وإمضائه مجاناً مسلوب المنفعة إلى آخر المدة، لأن إطلاق العقد وقع على اعتقاد التسليم والانتفاع نظراً إلى الغالب. ولو فسخ المستأجر بعد البيع لحدوث عيب ونحوه عادت المنفعة إلى البائع لا إلى المشتري. ولو كان المشتري هو المستأجر صح البيع. وفي انفساخ الإجارة وجهان، أحدهما بقاءها، فيجتمع عليه الثمن والأجرة. والثاني: الانفساخ، لأن ملك العين يستدعي ملك المنافع، لأنها نماء الملك. ويضعف بأن العين إنما تستتبع المنافع إذا لم يسبق ملكها بسبب آخر.

قوله: " ولا بالعدر مهما كان الانتفاع ممكناً ".

أي الانتفاع الذي تضمنه عقد الإجارة بالتعيين أو الإطلاق، فلا عبرة بإمكان الانتفاع بغير المعين، كما لو استأجر الأرض للزراعة فغرقت وأمكن الانتفاع بها بغيرها، فإن ذلك كتلف العين. وعدم منع العذر الانتفاع أعم من بقاء جميع المنفعة المشروطة وبعضها، وعدم البطلان حاصل على التقديرين، لكن مع حصول

(١) المائدة: ١.

(٢) في ص: ١٨٠ و ٢١٨ - ٢٢١.

وهل تبطل بالموت؟ المشهور بين الأصحاب نعم. وقيل: لا تبطل بموت المؤجر، وتبطل بموت المستأجر. وقال آخرون: لا تبطل بموت أحدهما. وهو الأشبه. وكل ما صح إعارته صح إجارته.

– الانتفاع ناقصا يتخير المستأجر بين الفسخ والامسك بتمام الأجرة. قوله: " وهل تبطل بالموت؟ – إلى قوله – وهو الأشبه ". القولان الأولان للشيخ رحمه الله (١). والأقوى ما اختاره المصنف رحمه الله، وعليه المتأخرون أجمع، لأن الإجارة من العقود اللازمة، ومن شأنها أن لا تبطل بالموت، ولعموم الأمر بالوفاء بالعقود (٢)، وللاستصحاب. نعم، يستثنى منه مواضع تبطل فيها الإجارة بالموت: أحدها: ما لو شرط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه، فإنها تبطل بموته. وثانيها: أن يكون المؤجر موقوفا عليه، فيؤجر ثم يموت قبل انتهاء المدة، فإنها تبطل بموته أيضا، إلا أن يكون ناظرا على الوقف وآجره لمصلحة العين بالنسبة إلى البتون، أو إلى الجميع، فلا تبطل بموته، لكن الصحة حينئذ ليست من حيث إنه موقوف عليه بل من حيث إنه ناظر. وثالثها: الموصى له بالمنفعة مدة حياته لو آجرها مدة ومات في أثناءها، فإنها تبطل أيضا، لانتهاء استحقاقه. قوله: " وكل ما صح إعارته صح إجارته ". أي ما صح إعارته بحسب الأصل لثلا ترد المنحة، لأنه تصح إعارتها ولا تصح إجارته، لكن حكمها ليس ثابتا بحسب الأصل، أي القاعدة المعروفة، فإنها تقتضي أن المستعار ما صح الانتفاع به مع بقاء عينه، وهي ليست كذلك، فحكمها مخالف للأصل، أو أراد الكلية بحسب الغالب.

(١) الخلاف ٣: ٤٩١ مسألة ٧، والمبسوط ٣: ٢٢٤.

(٢) المائة: ١.

وإجارة المشاع جائزة كالمقسوم. والعين المستأجرة أمانة،
لا يضمنها المستأجر
إلا بتعد أو تفريط.
وفي اشتراط ضمانها من غير ذلك تردد، أظهره المنع.

– قوله: " وإجارة المشاع جائزة كالمقسوم ".
إذ لا مانع منه باعتبار عدم القسمة، لا يمكن تسليمه واستيفاء منفعته بموافقة
الشريك. ولا فرق بين أن يؤجره (١) من شريكه وغيره. وهو موضع وفاق. وخالف فيه
بعض العامة (٢)، فمنع من إجارته لغير الشريك.
قوله: " والعين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلا بتعد أو
تفريط ".

لا فرق في ذلك بين مدة الإجارة وبعدها، قبل طلب المالك لها وبعده في أثناء
الرد بحيث لم يؤخره. أما كونها أمانة في المدة فظاهر، لأنها مقبوضة بإذن المالك لحق
القباض. وأما بعده فلأنه لا يجب على المستأجر رد العين إلى المؤجر ولا مؤنة ذلك،
وإنما يجب عليه التخلية بين المالك وبينها كالوديعة، لأصالة براءة ذمته من وجوب
الرد، ولأنها أمانة قبل انقضاء المدة فيستصحب. ولا يجب ردها إلا بعد المطالبة،
والواجب بعدها تمكنه منها كغيرها من الأمانات.
وخالف في ذلك جماعة منهم الشيخ (٣) وابن الجنيد (٤) (رحمه الله)، لأن ما بعد
المدة غير مأذون فيه فيضمنها، ويجب عليه مؤنة الرد. وتردد العلامة في المختلف (٥)،
وجزم في غيره (٦) بعدم الضمان وعدم وجوب الرد.
قوله: " وفي اشتراط ضمانها من غير ذلك تردد، أظهره المنع ".

(١) فيما لدينا من النسخ: يأجره.

(٢) راجع روضة القضاة ١: ٤٧٦، المغني لابن قدامة ٦: ١٥٢.

(٣) المبسوط ٣: ٢٤٩.

(٤) نقله عن العلامة في المختلف: ٤٦٥.

(٥) المختلف: ٤٦٥.

(٦) التذكرة ٢: ٣١٨، القواعد ١: ٢٣٤.

وليس في الإجارة خيار المجلس. ولو شرط الخيار لأحدهما أو لهما جاز، سواء كانت معينة كأن يستأجر هذا العبد أو هذه الدار، أو في الذمة كأن يستأجره لبيني له حائطا.

- أي اشتراط ضمانها مع التلف من غير تعد ولا تفريط، ففي صحة الشرط والعقد تردد، من عموم "المؤمنون عند شروطهم" (١)، ومن مخالفته لمقتضى الإجارة فيفسد. ثم على تقدير فساده، هل يتبعه العقد في الفساد؟ قولان تقدم (٢) نظيرهما في مواضع. والأقوى بطلانها معا لفساد الشرط، ولا رضا بالعقد إلا به. قوله: "وليس في الإجارة خيار المجلس... الخ".

لأن خيار المجلس مختص بالبيع عندنا، فلا يثبت فيها مع الاطلاق. ولو شرط ففي صحته قولان أحدهما: نعم، اختاره في المبسوط (٣)، لعموم "المؤمنون عند شروطهم". ويشكل بأنه شرط مجهول، لأن المجلس يختلف بالزيادة والنقصان، وإنما لم يقدح في البيع لأنه ثابت فيه بالنص. نعم، لو ضبطه بمدة صح إلا أنه يخرج عن وضع خيار المجلس، ويصير خيار الشرط مقيدا بالمجلس، ولا شبهة في جوازه لعموم الخبر، سواء شرط لهما أم لأحدهما أم لأجنبي، وسواء كانت معينة كأن يستأجر هذه العين، أم كان موردها الذمة كأن يستأجره لعمل مطلق غير مقيد بشخص كبناء حائط، لعموم الخبر في الجميع.

ونبه بقوله: "سواء كانت معينة... الخ" كلامه على خلاف بعض العامة (٤) حيث جوز خيار الشرط في المطلقة لا المعينة. وهو تحكم.

- (١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، والاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ "
- من أبواب المهور ح ٤.
- (٢) في ج ٣: ٢٧٣ و ج ٤: ٥٥ و ٣١٣ و ٣٩٥.
- (٣) المبسوط ٣: ٢٢٦.
- (٤) جواهر العقود ١: ٢٧٢.

الثاني
في شرائطها

وهي ستة:

الأول: أن يكون المتعاقدان كاملين جائزي التصرف. فلو آجر
المجنون لم تنعقد إجارته. وكذا الصبي غير المميز. وكذا المميز إلا بإذن
وليه. وفيه تردد.
الثاني: أن تكون الأجرة معلومة بالوزن أو الكيل فيما يكال أو
يوزن، ليتحقق انتفاء الغرر. وقيل: تكفي المشاهدة. وهو حسن.

- قوله: " وكذا المميز إلا أن يأذن وليه. وفيه تردد ".
قد تقدم (١) الكلام في نظير هذه، وأن الأقوى البطلان مطلقا، لأن عبارته
مسلوبة بالأصل، فلا يصححها الإذن ولا الإجازة، لرفع القلم عنه، وهو يقتضي
عدم الاعتداد بعبارته شرعا في حال، وإذن الولي لا يصير الناقص كاملا. نعم، يؤثر
في الكامل المحجور عليه بسبب عرضي كالسفه.
قوله: " أن تكون الأجرة معلومة بالوزن أو الكيل - إلى قوله - وهو
حسن "

وجه الحسن انتفاء معظم الغرر بالمشاهدة، وأصالة الصحة. وهو اختيار
جماعة منهم الشيخ (٢) والمرتضى (٣). والأقوى المنع، لأنها معاوضة لازمة مبنية على
المغابنة والمكايسة، فلا بد فيها من نفي الغرر عن العوضين، وقد ثبت من الشارع
اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون في البيع، وعدم الاكتفاء بالمشاهدة، فكذا
في الإجارة، لاتحاد طريق المسألتين، ولنهي النبي صلى الله عليه وآله عن

(١) في ج ٣: ١٥٥.

(٢) المبسوط ٣: ٢٢٣.

(٣) الناصريات (الجوامع الفقهية): ٢٥٣.

وتملك الأجرة بنفس العقد.
ويجب تعجيلها مع الاطلاق، ومع اشتراط التعجيل. ولو شرط التأجيل صح، بشرط أن يكون معلوما. وكذا لو شرطها في نجوم.

- الغرر (١) مطلقا، وهو يتناول صورة النزاع. ومثله القول في المعدود.
قوله: " وتملك الأجرة بنفس العقد "

لأن المعاوضة إذا صحت اقتضت نقل الملك في كل من العوضين إلى الآخر، والإجارة من العقود اللازمة فيحصل انتقال الملك في العوضين بمجرد العقد كالبيع، لكن لا يجب تسليم الأجرة إلا بتسليم العين المؤجرة، أو بالعمل إن كانت الإجارة على عمل، حتى لو كان المستأجر وصيا لم يجز له التسليم قبله إلا مع الإذن صريحا أو بشاهد الحال. ولو فرض توقف الفعل على الأجرة كالحج وامتنع المستأجر من التسليم فالظاهر جواز فسخ الأجير.

قوله: " ويجب تعجيلها مع الاطلاق ومع اشتراط التعجيل "

المراد بتعجيلها مع الاطلاق في أول أوقات وجوب دفعها، وهو تمام العمل وتسليم العين المؤجرة، لأن تسليم أحد العوضين يسلط على المطالبة بالآخر بمقتضى المعاوضة الموجبة للملك. وأما مع اشتراط التعجيل فأولى. وفائدة الشرط - مع أن الاطلاق يقتضيه - مجرد التأكيد. وقد تفيد فائدة أخرى، وهو تسلط المؤجر على الفسخ لو شرط التعجيل في مدة مضبوطة فأخل به. وكذا لو شرطا القبض قبل العمل، أو قبل تسليم العين المؤجرة، صح ووجب الوفاء به، لعموم الخبر (٢).
قوله: " ولو شرط التأجيل صح بشرط أن يكون معلوما. وكذا لو شرطها في نجوم "

إذا شرط المستأجر تأجيل الأجرة إلى أمد بحيث لا يطالب بها وإن تسلم العين المؤجرة إلى ذلك الأمد، أو شرط ذلك على المؤجر لعمل وإن عمله صح، لعموم الخبر (٣)، لكن يشترط كون الأجل مضبوطا بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من

(١) لم نثر عليه في كتب العامة والخاصة وإنما الوارد النهي عن بيع الغرر.

(٢) تقدم في ص ١٧٧.

(٣) تقدم في ص ١٧٧.

وإذا وقف المؤجر على عيب في الأجرة، سابق على القبض، كان له الفسخ أو المطالبة بالعرض، إن كانت الأجرة مضمونة. وإن كانت معينة كان له الرد أو الأرش. ولو أفلس المستأجر بالأجرة فسخ المؤجر إن شاء. ولا يجوز أن يؤجر المسكن ولا الخان ولا الأجير بأكثر مما استأجره، إلا أن يؤجر بغير جنس الأجرة، أو يحدث فيه ما يقابل التفاوت. وكذا لو سكن بعض الملك لم يجز أن يؤجر الباقي بزيادة عن الأجرة والجنس واحد، ويجوز بأكثرها.

- الآجال. ولا فرق بين المتحد كشهري، والمتعدد بأن يجعلها نجومًا فيقسطها ويجعل لكل أجل قسطًا معلومًا منها. وكذا لا فرق في ذلك بين الإجارة الواردة على معين شخصي والمطلقة الواردة على الذمة، لعدم المانع عندنا، خلافاً لبعض العامة (١) حيث منع من التأجيل في الثاني، قياساً على السلم الذي يجب فيه قبض العوض. وفساده واضح، وتعليقه فاضح.

قوله: " وإذا وقف المؤجر - إلى قوله - أو الأرش " .

إنما يجوز الفسخ في المطلقة مع تعذر العوض، لأن الإطلاق إنما يحمل على الصحيح، وهو أمر كلي لا ينحصر في المدفوع إليه، فلا يجوز الفسخ ابتداءً. نعم، لو تعذر العوض توجه الفسخ، وله حينئذ الرضا بالمعيب، فيطالب بالأرش عوض الفأنت بالعيب، لتعين المدفوع إليه لأن يكون عوضاً بتعذر غيره، وأما المعينة فيتخير مع ظهور عيبه كما ذكر، لاقتضاء الإطلاق السليم، وتعيينه مانع من البديل كالبيع. قوله: " ولا يجوز أن يؤجر المسكن - إلى قوله - بأكثرها " .

هذا قول أكثر الأصحاب استناداً إلى روايات (٢) حملها على الكراهة طريق الجمع بينها وبين غيرها، وفي بعضها تصريح بها. والأقوى الجواز في الجميع. وأما تعليل المنع باستلزامه الربا كما ذكره بعضهم ففساده واضح.

(١) جواهر العقود ١: ٢٩٤.

(٢) أنظر الوسائل ١٣: ٢٥٩ ب " ٢٠ " و ب " ٢٢ " من أبواب أحكام الإجارة.

ولو استأجره ليحمل له متاعا إلى موضع معين، بأجرة في وقت معين، فإن قصر عنه نقص من أجرته شيئا، جاز. ولو شرط سقوط الأجرة إن لم يوصله فيه لم يحجز، وكان له أجرة المثل.

- قوله: " ولو استأجره ليحمل له متاعا - إلى قوله - أجرة المثل ".
هذا قول الأكثر. ومستنده روايتان صحيحة وموثقة عن محمد بن مسلم (١) والحلي (٢) عن الباقر عليه السلام. ويشكل بعدم تعيين الأجرة، لاختلافهما على التقديرين، كما لو باعه بثمانين على تقديرين. ومن ثم ذهب جماعة (٣) إلى البطلان. ويمكن حمل الأخبار على الجعالة. ومتى حكم بالبطلان ثبت أجرة المثل إلا أن يشترط إسقاط الجميع فلا شيء مع عدم الاتيان به في المعين. ولو أتى به فيه فكغيره. ويمكن القول بصحة الإجارة على التقدير الثاني، وهو شرط سقوط الأجرة مع الاخلال بالمعين، لا بجعله أحد شقي المستأجر عليه، لخلوه عن الأجرة، بل بيانا لنقيض (٤) الإجارة، فإنها إذا عينت بوقت فأخل الأجير بالفعل فيه بطلت، فإذا فعله في غيره لم يستحق شيئا، فيكون التعرض لذلك بيانا لنقيض الإجارة (وشرطا لمقتضاها) (٥)، فلا ينافيها. وحينئذ فيثبت المسمى إن جاء به في المعين، ولا شيء في غيره، للاخلال بمقتضاها. وهذا مما نبه عليه الشهيد (رحمه الله) في اللمعة (٦).

- (١) الكافي ٥: ٢٩٠ ح ٤، الفقيه ٣: ٢٢ ح ٥٧، التهذيب ٧: ٢١٤ ح ٩٤١، الوسائل ١٣: ٢٥٣ ب ١٣ " من أبواب أحكام الإجارة ح ١.
(٢) الكافي ٥: ٢٩٠ ح ٥، الفقيه ٣: ٢٢ ح ٥٨، التهذيب ٧: ٢١٤ ح ٩٤٠، الوسائل ١٣: ٢٥٣ ب ١٣ " من أبواب أحكام الإجارة ح ٢.
(٣) كالعلامة في المختلف: ٤٦٣، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٧: ١٠٧.
(٤) في هامش " ه " : لمقتضى.
(٥) من " ه " و " و " .
(٦) اللمعة الدمشقية: ٩٥.

وإذا قال: آجرتك كل شهر بكذا، صح في شهر، وله في الزائد
أجرة المثل إن سكن. وقيل: تبطل، لجهل الأجرة. والأول أشبه.
تفريعان

الأول: لو قال: إن خطته فارسيا فلك درهم، وإن خطته روميا
فلك درهمان، صح.
الثاني: لو قال: إن عملت هذا العمل في اليوم فلك درهمان، وفي
غد درهم، فيه تردد، أظهره الجواز.

- قوله: " وإذا قال: " آجرتك كل شهر بكذا " صح - إلى قوله - والأول
أشبه "

وجه الأشبه أن الشهر معلوم وكذا أجرته، فلا مانع من الصحة فيه. نعم،
يبطل الزائد، لعدم انحصاره في وجه معين، والأجرة تابعة له. والأقوى البطلان
مطلقا، للجهالة المقتضية للغرر، إذ لا يلزم من مقابلة جزء معلوم من المدة بجزء
معلوم من العوض كون مجموع العوضين معلومين، فإن العوض هنا المجموع، وهو
مجهول.

قوله: " لو قال: إن خطته فارسيا - إلى قوله - أظهره الجواز ".
وجه الصحة فيهما أن كلا من الفعلين معلوم، وأجرته معلومة، والواقع لا يخلو
منهما، وأصالة الجواز. ويشكل: بمنع معلوميته، إذ ليس المستأجر عليه المجموع ولا
كل واحد وإلا لوجبا، فيكون واحدا غير معين، وذلك غرر مبطل للإجارة، كالبيع
بثمنين نقدا ونسيئة، أو إلى أجلين، فالأجود البطلان.
نعم، لو وقع ذلك جعالة صح، وفاقا لابن إدريس (١). ورده في المختلف بأن
الجعالة أيضا تفتقر إلى تعيين الجعل (٢). وفيه: أن مبنى الجعالة على الجهالة في العمل

(١) السرائر ٢: ٤٧٨.

(٢) المختلف: ٤٦٦.

ويستحق الأجير الأجرة بنفس العمل، سواء كان في ملكه أو ملك المستأجر. ومنهم من فرق. ولا يتوقف تسليم أحدهما على الآخر. وكل موضع يبطل فيه عقد الإجارة تجب فيه أجرة المثل، مع استيفاء المنفعة أو بعضها، سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه.

– والجعل، ك " من رد عبدي فله نصفه، ومن رد عبدي فله كذا " ومحلّه غير معلوم، وكذا: " من رد عبدي من موضع كذا، ومن موضع كذا فله كذا " مع الجهالة فيهما.

وفسر الرومي بما كان بدرزين والفراسي بما كان بدرز واحد. قوله: " ويستحق الأجير الأجرة بنفس العمل – إلى قوله – على الآخر ".

قد تقدم (١) أن الأجير يملك الأجرة بالعقد، فالمراد باستحقاقها هنا استحقاق المطالبة بها بعد العمل. ووجه ما اختاره المصنف – رحمه الله – من عدم توقف استحقاق المطالبة بها على تسليم العين مطلقاً أن العمل إنما هو في ملك المستأجر أو ما يجري مجراه، فيكون ذلك كافياً عن التسليم، وإن كان موضع العمل ملكاً للأجير. ويضعف بأن المعاوضة لا يجب على أحد المتعاضين فيها التسليم إلا مع تسليم الآخر، فالأجود توقف المطالبة بها على تسليم العين وإن كان العمل في ملك المستأجر. وما نقله من الفرق قول ثالث بأنه إن كان في ملك المستأجر لم يتوقف على تسليمه، لأنه بيده تبعاً للملك، ولأنه غير مسلم للأجير، في الحقيقة، وإنما استعان به في شغله كما يستعين بالوكيل، وإن كان في ملك الأجير توقف. وهو وسط أوجه من إطلاق المصنف. والأوسط الذي اخترناه أوجه. قوله: " وكل موضع يبطل فيه عقد الإجارة... الخ ".

إنما كان الثابت مع الفساد أجرة المثل لأن مقتضاه رجوع كل عوض إلى

(١) في ص: ١٧٩.

مالكه، ومع استيفاء المنفعة يمتنع ردها فيرجع إلى بدلها، وهو أجره مثلها. واستثنى الشهيد (رحمه الله) من ذلك ما لو كان الفساد باشتراط عدم الأجره في العقد، أو متضمنا له كما لو لم يذكر أجره، فإنه حينئذ يقوى عدم وجوب الأجره، لدخول العامل على ذلك. وهو حسن.

وربما استشكل الحكم فيما لو كانت الإجارة متعلقة بمنفعة عين كدار مثلا، فاستوفاهما المستأجر بنفسه، فإن اشتراط عدم العوض إنما كان في العقد الفاسد الذي لا أثر لما تضمنه من التراضي، فحقه وجوب أجره المثل، كما لو باعه على أن لا ثمن عليه. وأما لو كان مورد الإجارة منفعة الأجير، فعمل بنفسه مع فسادها، فوجه عدم استحقاقه لشيء ظاهر، لأنه متبرع بالعمل، وهو المباشر لا تلاف المنفعة.

ويندفع الاشكال فيها (١) بأنه مع اشتراط عدم الأجره يكون اللفظ الوارد في ذلك دالا على إعاره العين المؤجره، فإن الإعاره لا تختص بلفظ مخصوص، بل ولا على لفظ مطلقا كما تقدم (٢). ولا شك أن اشتراط عدم الأجره صريح في الإذن في الانتفاع من غير عوض، باللفظ فضلا عن القرينة، فلا يترتب عليه ثبوت أجره.

ويرد على القسم الثاني الذي اعترف فيه بعدم ثبوت أجره، وهو ما لو عمل الأجير بنفسه، أنه قد لا يكون متبرعا كما لو أمره المستأجر، فإن مقتضى الفساد عدم تأثير ما وقع من اللفظ، وحينئذ فلا يتحقق التبرع إلا مع عمل الأجير من غير سؤال، وإلا فينبغي مع عدم ذكر الأجره ثبوت أجره المثل، كما هو شأن الأمر لغيره بعمل من غير عقد.

فإن قلت: أي فائدة في تسميته عقدا فاسدا مع ثبوت هذه الأحكام، وإقامته مقام العارية؟

قلت: فساده بالنسبة إلى الإجارة بمعنى عدم ترتب أحكامها اللازمة لصحيح

(١) في "س" و"ب" و"م": فيهما.

(٢) في ص: ١٣٢ - ١٣٣.

ويكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطع على الأجرة،
وأن يضمن، إلا
مع التهمة.

- عقدها، كوجوب العمل على الأجير ونحوه، لا مطلق الأثر.
قوله: " ويكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطعه على الأجرة ".
لما روي عن الصادق عليه السلام: " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا
يستعمل أجيرا حتى يعلمه ما أجره " (١). وفي حديث طويل عن الرضا عليه السلام
يتضمن النهي عن ذلك و " أنه ما من أحد يعمل لك شيئا بغير مقاطعة ثم زدته لذلك
الشيء ثلاثة أضعافه على أجرته إلا ظن أنه قد أنقصته أجرته، وإذا قاطعته ثم أعطيته
أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبة عرف ذلك ورأي أنك قد زدته " (٢).
قوله: " وأن يضمن إلا مع التهمة ".

فيه تفسيرات:

الأول: أن يشهد شاهدان على تفريطه، فإنه يكره تضمينه للعين إذا لم يكن
متهما.

الثاني: لو لم يقم عليه بينة وتوجه عليه اليمين يكره تحليفه ليضمنه كذلك.
الثالث: لو نكل عن اليمين المذكور وقضينا بالنكول (حينئذ) (٣) كره تضمينه
كذلك.

الرابع: على تقدير ضمانه وإن لم يفرض، كما إذا كان صانعا على ما سيأتي (٤)،
يكره تضمينه حينئذ مع عدم تهمته بالتقصير.

الخامس: أنه يكره له أن يشترط عليه الضمان بدون التفريط، على القول
بجواز الشرط.

-
- (١) الكافي ٥: ٢٨٩ ح ٤، التهذيب ٧: ٢١١ ح ٩٣١، الوسائل ١٣: ٢٤٥ ب " ٣ " من أبواب
أحكام الإجارة ح ٢.
(٢) الكافي ٥: ٢٨٨ ح ١، التهذيب ٧: ٢١٢ ح ٩٣٢، الوسائل الباب المتقدم ح ١.
(٣) من " س " فقط.
(٤) في ص: ٢٢٣.

الثالث: أن تكون المنفعة مملوكة، إما تبعا لملك العين، أو منفردة، وللمستأجر أن يؤجر، إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه.

- السادس: لو أقام المستأجر شاهدا عليه بالتفريط كره له أن يحلف معه ليضمنه مع عدم التهمة.

السابع: لو لم يقض بالنكول يكره له أن يحلف ليضمنه كذلك. والأربعة الأول سديدة: والخامس مبني على صحة الشرط، وقد بينا فساده وفساد العقد به. والأخيران فيهما: أن المستأجر لا يمكنه الحلف إلا مع العلم بالسبب الذي يوجب الضمان، ومع فرضه لا يكره تضمينه، لاختصاص الكراهة بعدم تهتمته، فكيف مع يتقن ضمانه؟! قوله: " وللمستأجر أن يؤجر إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه " .

هذا من جملة صور ملك المنفعة منفردة. وحيث يجوز له الايجار يتوقف تسليم العين على إذن المالك، إذ لا يلزم من استحقاقه استيفاء المنفعة والإذن له في التسليم جواز تسليمها لغيره، فلو سلمها بغير إذنه ضمن. كذا ذكره العلامة (١) وجماعة (٢). وقوى الشهيد (٣) (رحمه الله) الجواز من غير ضمان، لأن القبض من ضرورات الإجارة للعين، وقد حكم بجوازها، والإذن في الشيء إذن في لوازمه. ورد بمنع كون القبض من لوازمها، لا مكان استيفاء المنفعة بدونه. والأقوى عدم الضمان لصحيفة علي بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (٤) في عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم إلى الغير، وغيرها أولى.

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٢٦.

(٢) كالصيمري في تلخيص الخلاف ٢: ١٩٨ مسألة (١١)، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٧:

١٢٥، وحاشيته على الشرائع: ٣٦٤.

(٣) غاية المراد: ١٢٦.

(٤) الكافي ٥: ٢٩١ ح ٧، التهذيب ٧: ٢١٥ ح ٩٤٢، الوسائل ١٣: ٢٥٥ ب " ١٦ " من أبواب

أحكام الإجارة ح ١.

ولو شرط ذلك، فسلم العين المستأجرة إلى غيره، ضمنها.
ولو آجر غير

المالك تبرعا، قيل: تبطل، وقيل: وقفت على إجازة المالك. وهو حسن.
الرابع: أن تكون المنفعة معلومة، إما بتقدير العمل كخياطة الثوب
المعلوم، وإما بتقدير المدة كسكنى الدار، أو العمل على الدابة مدة معينة.

- وما ذكره المصنف من منع إجازة غيره إذا شرط عليه الاستيفاء بنفسه، ينبغي
تقييده بما إذا لم يشترط المستأجر الأول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه على جهة
الوكالة، إذ لو شرط ذلك لم يقدح في صحة الإجازة، لعدم منافاته لشرط الاستيفاء
بنفسه، فإن استيفاءه بنفسه أعم من استيفاءه لنفسه.

قوله: " ولو شرط ذلك فسلم العين المستأجرة إلى غيره ضمنها ".
قيد الضمان بتسليم العين، لأنه لا يضمن بمجرد إيجارها، وإن شرط عليه
الاستيفاء بنفسه، لعدم التعدي، إذ يمكن مع ذلك أن يستوفيه بنفسه على الوجه
الذي ذكرناه سابقا ونحوه.

قوله: " ولو آجر ذلك غير المالك تبرعا... الخ ".

الإشارة ب " ذلك " إلى ما دل عليه الكلام السابق من العين الصالحة للإجازة.
والمراد أنه لو آجر غير المالك شيئا مما يصح للمالك إيجاره فضولا هل يقع باطلا أو يقف
على الإجازة؟ قولان، ولا خصوصية لهما بالإجازة، بل الخلاف وارد في جميع عقود
الفضولي، ولكن قد تختص الإجازة عن البيع بقوة جانب البطلان، من حيث إن
قصة عروة البارقي مع النبي صلى الله عليه وآله في شراء الشاة دلت على جواز
بيع الفضولي وشرائه (١)، فقد يقال باختصاص الجواز بمورد النص. والأقوى توقفه
على الإجازة مطلقا.

قوله: " إما بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم - إلى قوله - مدة
معينة ".

ليس التخيير في ذلك كليا، بل المراد أن كل منفعة يمكن ضبطها بالعمل أو

(١) عوالي اللثالي ٣: ٢٠٥ ح ٣٦، سنن الترمذي ٣: ٥٥٩ ح ١٢٥٨.

ولو قدر بالمدة والعمل، مثل أن يستأجره ليخيط هذا الثوب في هذا اليوم، قيل: يبطل، لأن استيفاء العمل في المدة قد لا يتفق. وفيه تردد.

- بالزمان يكفي تقديرها بأيهما كان، وذلك كاستئجار الآدمي والدابة، فإنه يمكن استئجارهما بالزمان كخياطة شهر وركوب شهر، وبالعمل كخياطة هذا الثوب وركوبها إلى موضع معين. وما لا يمكن ضبطه إلا بالزمان كالعقارات والأرضاء فلا بد من تقديره به وضبطه. والضابط العلم بالمنفعة على أحد الوجهين. ومدار العلم على ما فصلناه. وجعل في التحرير (١) ضابط ما يجوز بهما ما كان له عمل كالحيوان، وما يختص بالزمان ما ليس له عمل كالدار والأرض. وينتقض الأول باستئجار الآدمي للأرضاء، فإنه عمل ولا ينضبط إلا بالزمان. قوله: " ولو قدر بالمدة والعمل مثل أن يستأجر... الخ "

المراد من هذا التعليل أن استيفاء العمل في المدة المعينة على وجه التطابق بحيث يتمان معا قد لا يتفق غالبا، لأن هذا هو الذي علل به القائل بالبطلان، لا ما يشعر به ظاهر تعليل المصنف من كون المدة ظرفا للفعل بحيث يستوفي فيها، فإن هذا يمكن جعله متفقا اتفاقا غالبا، أو معلوما عادة بتكثير المدة. وتقرير وجه البطلان على الوجه المشهور: أن الجمع بينهما على وجه المطابقة يستلزم الغرر، فإنه يمكن انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل، وبالعكس، فإن أمر بالاكتمال في الأول لزم العمل في غير المدة المشروطة، وإلا كان تاركا للعمل الذي وقع عليه العقد، وإن أمر في الثاني بالعمل إلى أن ينتهي المدة لزم الزيادة على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تاركا للعمل في المدة المشروطة. واختار في المختلف (٢) الصحة محتجا بأن الغرض إنما يتعلق في ذلك غالبا بفراغ العمل، ولا ثمرة مهمة في تطبيقه على الزمان، والفراغ أمر ممكن لا غرر فيه. فعلى هذا إن فرغ قبل آخر الزمان ملك الأجرة لحصول الغرض. وإن خرجت المدة قبله

(١) تحرير الأحكام ١: ٢٤٥.

(٢) نسبه إلى مختلف العلامة المحقق الثاني في جامع المقاصد ٧: ١٦٢. ولم نجده فيه.

والأجير الخاص، وهو الذي يستأجره مدة معينة، لا يجوز له العمل لغير المستأجر إلا بإذنه.

– – فللمستأجر الفسخ، فإن فسخ قبل عمل شيء فلا شيء، أو بعد شيء فأجرة مثل ما عمل، وإن اختار الامضاء ألزم الاكمال خارج المدة، وليس له الفسخ. والحق: أن ما ذكره إنما يتم لو لم يقصد المطابقة، وهو خلاف موضع النزاع، فلو قصدناها بطل كما قالوه. ومع ذلك يشكل لزوم أجرة المثل مع زيادتها على المسمى، فإن الأجير ربما يجعل التواني في العمل وسيلة إلى الزائد، فينبغي أن يكون له أقل الأمرين من المسمى إن كان أتم العمل، وما يخصه منه على تقدير التقييد إن لم يتم، ومن أجرة مثل ذلك العمل. والأقوى البطلان، إلا مع إرادة الظرفية المطلقة وإمكان وقوع العمل فيها. قوله: " والأجير الخاص... الخ "

الأجير الخاص هو الذي يستأجر للعمل بنفسه مدة معينة، أو عملاً معيناً مع تعيين أول زمانه، كعمل شيء معين أول زمانه اليوم، بحيث لا يتوانى في فعله حتى يفرغ منه.

ثم إن كان العمل مطلقاً اقتضى استيجاره على هذا الوجه ملك جميع منافعه في الوقت الذي جرت العادة بالعمل فيه، فليس له أن يعمل لغيره فيه عملاً إلا بإذن المستأجر، وله ذلك فيما لم تجر العادة بالعمل فيه للمستأجر كالليل، إذا لم يؤد إلى ضعف في العمل المستأجر عليه.

وهل يجوز عمله في الوقت المعين عملاً لا ينافي حق المستأجر، كإيقاع عقد ونحوه في حال اشتغاله أو تردده في الطريق بحيث لا ينافيه؟ وجهان من شهادة الحال بالإذن في مثل ذلك، والنهي عن التصرف في ملك الغير بغير إذنه (١). ومثله يأتي في استعمال عبد الغير بغير إذنه على هذا الوجه. وسيأتي (٢) تحقيقه في الوكالة. وأولى

(١) السنن الكبرى ٦: ١٠٠، مجمع الزوائد ٤: ١٧٢، كنز العمال ١: ٩٢ ح ٣٩٧.

(٢) في ص: ٢٦٧ - ٢٦٨.

ولو كان مشتركاً جاز، وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المدة.

- بها من هي في يده، وإن كانت مطلقة فإن أجاز القبض أيضاً فالمطالب الأجير، وإلا فالمطالب المستأجر، ثم المستأجر يرجع على الأجير بما قبض مع جهله، أو علمه وبقاء العين. وأطلق العلامة (١) القول بتخير المستأجر بين مطالبة الأجير والمستأجر في جميع هذه المواضع. وهو غير واضح.

وإن عمل بجعالة تخير مع عدم الفسخ بين إجازته فيأخذ المسمى منه أو من الجاعل بتقريب ما تقدم، وعدمه فيرجع بأجرة المثل.

وإن عمل تبرعاً فإن كان العمل مما له أجرة في العادة تخير مع عدم فسخ عقده بين مطالبة من شاء منهما بأجرة المثل، لتحقق العدوان فيهما وإلا فلا شيء. وفي معنى التبرع عمله لنفسه، فلو حاز شيئاً من المباحات ونوى تملكه لنفسه ملكه، وكان حكم الزمان المصروف في ذلك ما تقدم.

قوله: " ولو كان مشتركاً جاز وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المدة "

الأجير المشترك هو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة، أو عن المدة مع تعيين المباشرة، أو مجرد عنهما. فالأول كأن يستأجره على تحصيل الخياطة يوماً مثلاً، والثاني كأن يستأجره ليخيط له ثوباً بنفسه من غير تعرض إلى وقت، والثالث كأن يستأجره على تحصيل خياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان. وسمي مشتركاً لعدم انحصار منفعته في شخص معين، إذ له أن يعمل لنفسه وغيره. وصدق الاشتراك عليه حقيقة بسبب استحقاقه العمل لغير المستأجر، لا لأن منفعته مشتركة بالفعل بين المستأجر وشخص آخر غير الأجير. ولو سماه مطلقاً كما صنع الشهيد (٢) (رحمه الله) كان أولى، لأنه في مقابلة المقيد وهو الخاص، وهو

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٢٨ - ٢٢٩.

(٢) اللعة: ٩٥.

باعتباره الثلاثة مباين للخاص بقول مطلق، إذ الأول مطلق بالنسبة إلى المباشر، والثاني بالنسبة إلى المدة، والثالث فيهما معا. وحكمه جواز العمل لغير المستأجر مع عدم مطالبته له بالمبادرة مطلقا، ووجوب تحصيل العمل معها بنفسه وبغيره في الأول والثالث، وبنفسه في الثاني. والفرق بين الأول والثالث وجوب تحصيل العمل على الأول في المدة المعينة إن كان معينا وقلنا بجوازه أو مطلقا.

واعلم أن الشهيد (رحمه الله) حكم في بعض تحقیقاته بأن الاطلاق في كل الإجراءات يقتضي التعجيل، وأنه تجب المبادرة إلى ذلك الفعل، فإن كان مجردا عن المدة خاصة فبنفسه، وإلا تخير بينه وبين غيره، وحينئذ فيقع التنافي بينه وبين عمل آخر في صورة المباشرة. وفرع عليه منع صحة الإجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع المباشرة، كما منع في الأجير الخاص. وما تقدم (١) في الإجارة للحج مؤيد لذلك، فإنهم حكموا بعدم صحة الإجارة الثانية مع اتحاد زمان الايقاع نصا أو حكما، كما لو أطلق فيهما، أو عين في إحداهما بالسنة الأولى وأطلق في الأخرى. ولا ريب أن ما ذكره أحوط، وإن كان وجهه غير ظاهر، لعدم دليل يدل على الفورية، وعموم الأمر بالايفاء بالعقود (٢) ونحوه لا يدل بمطلقه على الفور عندهم وعند غيرهم من المحققين، سلمنا لكن الأمر بالشئ إنما يقتضي النهي عن ضده العام، وهو الأمر الكلي، لا الأفراد الخاصة، سلمنا لكن النهي في غير العبادة لا يدل على الفساد عندهم، والاستناد إلى ما ذكر من الحج ليس حجة بمجرده. ويتفرع على ذلك وجوب مبادرة أجير الصلاة إلى القضاء بحسب الامكان، وعدم جواز إجارته نفسه ثانيا قبل الاتمام. وأما تخصيص الوجوب بصلاة مخصوصة وأيام معينة فهو من الهذيان الباردة والتحكمات الفاسدة.

(١) في ج ٢: ١٧٤.

(٢) المائة: ١.

وتملك المنفعة بنفس العقد، كما تملك الأجرة به. وهل يشترط اتصال مدة الإجارة بالعقد؟ قيل: نعم. ولو أطلق بطلت. وقيل: الاطلاق يقتضي الاتصال. وهو أشبه.

- قوله: " وتملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الأجرة به ".
قد تقدم (١) أن الأجرة تملك بالعقد. والغرض هنا بيان كون المنفعة تملك به أيضا. ووجهه ما تقدم (٢) من أن صحة المعاوضة تقتضي انتقال كل من العوضين إلى الآخر، والعوض من جانب الأجير أو المؤجر هو المنفعة، فيلزم انتقالها إلى المستأجر بنفس العقد وإن كان إنما يستوفيها على التدرج، فإن معنى ملكه لها كونها حقا من حقوقه، فيصح له استيفائها ونقلها إلى غيره، وغير ذلك من لوازم الحقوق المالية وإن لم يكن عينها، ولا معنى للملك إلا ذلك، فإن كونها مملوكة للمؤجر قبل الإجارة معناه أن له أن يتصرف فيها كتصرفه في العين، فلما آجرها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها كما يملكه المؤجر.

وخالف في ذلك بعض العامة (٣) فزعم أن المستأجر لا يملك المنفعة بالعقد، لأنها معدومة حينئذ، بل يملكها على التدرج شيئا فشيئا بعد وجودها وحدوثها على ملك المؤجر. وملك الأجرة تابع لملك المنفعة، فلا يملكها المؤجر إلا تدرجاً كذلك. وليس بشيء.

قوله: " وهل يشترط اتصال مدة الإجارة بالعقد - إلى قوله - وهو أشبه ".

القول بالبطلان مع الاطلاق والتصريح بعدم الاتصال للشيخ (٤) (رحمه الله). والأقوى الجواز مع الاطلاق إن دل العرف على اقتضائه الاتصال، وإلا فلا، للجهالة. وأما القول بأن الاطلاق يقتضي الاتصال مطلقا، ففيه أنه أعم فلا يدل

(١) في ص: ١٧٩.

(٢) في ص: ١٧٩.

(٣) راجع المغني لابن قدامة ٦: ١٧.

(٤) المبسوط ٣: ٢٣٠، والخلاف ٣: ٤٩٦ مسألة ١٣.

ولو عين شهرا متأخرا عن العقد، قيل: يبطل. والوجه الجواز. وإذا سلم العين المستأجرة، ومضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة، لزمته الأجرة. وفيه تفصيل.

- على الخاص إلا بقرينة، ونحن نسلم الحكم مع وجودها لا مطلقا. قوله: " ولو عين شهرا متأخرا عن العقد قيل: يبطل. والوجه الجواز ". القول بالبطلان للشيخ (١) (رحمه الله) محتجا بأن الإجارة تقتضي استحقاق التسليم بالعقد، وهو منتف في الفرض، وبأنه لا دليل على الصحة. وجوابه: منع كون مطلق الإجارة يستحق بها التسليم بالعقد، فإنه عين المتنازع. ودليل الصحة عموم الأدلة الدالة على الأمر بالوفاء بالعقد (٢) وصحة هذه المعاملة. وأيضا فإن شرط الاتصال يقتضي عدمه، لأن كل واحد من الأزمنة التي تشتمل عليها مدة الإجارة معقود عليه، وليس متصلا منها بالعقد سوى الجزء الأول. ومتى كان اتصال باقي الأجزاء غير شرط فكذا اتصال الجميع. قوله: " وإذا سلم العين المستأجرة - إلى قوله - وفيه تفصيل ". المراد بالمدة التي يمكن استيفاء المنفعة فيها ما تعينت شرعا للاستيفاء، إما بالتعيين أو ما في حكمه، كما إذا عينت المنفعة بالعمل، فإن مدتها هي الزمان الذي يسعها عادة. وإنما قيدناها بذلك ليخرج منها ما لو سلمها قبل المدة المشروطة متأخرة عن العقد، فإنها لا تستقر بهذا التسليم. ولا فرق في ثبوت الأجرة عليه بالتسليم بين كون الإجارة صحيحة وفسادة، لأن المنافع إذا كانت مضمونة بالقبض الصحيح فكذا الفساد، لتبعيته له في ذلك، كما سلف (٣) مرارا، لكن مع الفساد يلزم أجرة المثل عما فات من المنافع في يده. وفي حكم التسليم ما لو بذل العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة، أو مضت مدة يمكنه الاستيفاء، فتستقر الأجرة، لكن

(١) المبسوط ٣: ٢٣٠، والخلاف ٣: ٤٩٦ مسألة ١٣.

(٢) المائة: ١.

(٣) كما في ج ٣: ١٥٤.

وكذا لو استأجر دارا وسلمها، ومضت المدة ولم يسكن، أو استأجره لقلع
ضرسه، فمضت المدة التي يمكن انتفاع ذلك فيها، فلم يقلعه المستأجر
استقرت الأجرة. أما لو زال الألم عقيب العقد، سقطت الأجرة.

هنا لا بد من تقييده بالصحيحة.

وأما التفصيل الذي أشار إليه المصنف فيمكن أن يشير به إلى ما ذكره الشيخ
في المبسوط (١) من أن الأجرة إنما تستقر في المعينة لا المطلقة، كما يفهم الأول من
كلامه

صريحا والثاني فحوى. ويمكن أن يريد به أن الحكم إنما يكون إذا كانت العين
المستأجرة غير حر، فلو كانت الإجارة على عمل الحر فسلم نفسه فتسلمه، أو لم
يتسلمه ولكن خلى بينه وبين العمل في المدة، لم تستقر، لأن منافع الحر لا تدخل تحت
اليد، بخلاف غيره. ويمكن أن يكون إشارة إلى الفرق بين المعينة بوقت والمتعلقة
بالذمة مجردة عن الزمان، فتستقر في الأول دون الثاني، لأن جميع الأزمنة صالح لها.
والحق عدم الفرق في ذلك كله، وأن الحكم على ما قررناه. وبخط شيخنا
الشهيد (رحمه الله) على شرايعه بعد أن ذكر التفصيل الأول، قال: " والاحتمالات
متكثرة في التفصيل من غير استناد إلى حجة "

قوله: " أو استأجره لقلع ضرسه - إلى قوله - سقطت الأجرة "

المراد أن الأجير سلم نفسه للعمل وامتنع المستأجر من غير عذر، فإن الأجرة
تستقر بالتمكين المذكور. ونبه بذلك على أن الأجير في هذا ونظائره بمنزلة العين
المبحوث عن تسليمها سابقا. وفيه رد على التفصيل بالمعنى الثاني.
واعلم: أن المستأجر للقلع لا يجب عليه تسليم نفسه بالاستئجار، بل له
الامتناع منه تشهيا وإن استقرت الأجرة. وإنما سقطت الأجرة بالبئر لبطلان الإجارة
من حيث تعلقها بمنفعة لا يجوز استيفاؤها شرعا، إذ لا يجوز قلع الضرس وإدخال
الألم على النفس لغير ضرورة، فلا يصح الاستئجار عليه، كما لو استأجر لقلعه

(١) المبسوط ٣: ٢٣١ - ٢٣٢.

ولو استأجر شيئاً، فتلف قبل قبضه، بطلت الإجارة. وكذا لو تلفت عقيب قبضه. أما لو انقضى بعض المدة ثم تلف، أو تجدد فسخ الإجارة، صح فيما مضى، وبطل في الباقي، ويرجع من الأجرة بما قابل المتخلف من المدة.

- ابتداء من غير ألم، أو لقطع يده من غير سبب يوجهه، أما لو كانت متأكلة يخاف من سريان المرض فهي كالضرس الفاسد والمرجع في ذلك إلى ظن أهل الخبرة أو التجربة.

قوله: " ولو استأجر شيئاً فتلف - إلى قوله - وبطل في الباقي ". المراد بالتالف المعين في عقد الإجارة استيفاء المنفعة منه، كما يرشد إليه ظاهر العبارة. وبطلان الإجارة حينئذ واضح، لأنه أحد العوضين، فإذا فات قبل قبضه بطل كالبيع. والاستيفاء هنا للمنفعة بتمامها قائم مقام القبض في المبيع، كما أن استيفاء البعض كقبض بعضه. ولو كان الإجارة في الذمة وتسلم عينا للاستيفاء منها فتلفت فالإجارة باقية.

والمراد بتلفها عقيب القبض وقوعه بغير فصل بحيث لم يمض زمان يمكنه استيفاء بعض المنفعة، كما يرشد إليه قوله: " أما لو انقضى بعد المدة " فإن المراد منها ما هو أعم من المعينة بخصوصها وما في حكمها. وحيث يبطل في البعض يقسط المسمى على جميع المدة ويثبت للماضي ما قابله منها، فإن كانت متساوية الأجزاء فظاهر، وإلا فطريق التقسيط أن يقوم أجرة مثل جميع المدة، ثم تقوم الأجزاء السابقة على التلف وينسب إلى المجموع، فيؤخذ من المسمى بتلك النسبة.

ولو تلف بعض العين خاصة فالحكم في التالف كما مر، ويتخير في الباقي بين الفسخ لتبعض الصفقة وإمساك الحصاة بقسطها من الأجرة. ولو لم يتلف شيء لكن نقصت المنفعة بطرو عيب بأن نقص ماء الأرض أو الرحي، أو عرجت الدابة، أو مرض الأجير، ونحو ذلك ثبت للمستأجر الفسخ.

ولا بد من تعيين ما يحمل على الدابة، إما بالمشاهدة، وإما بتقديره بالكيل أو الوزن، أو ما يرفع الجهالة.
ولا يكفي ذكر المحمل مجردا عن الصفة، ولا راكب غير معين،
لتحقق الاختلاف في الخفة والثقل. ولا بد مع ذكر المحمل من ذكر طوله وعرضه وعلوه، وهل هو مكشوف أو مغطى؟ وذكر جنس غطائه.

- قوله: " ولا بد من تعيين ما تحمله الدابة - إلى قوله - أو ما يرفع الجهالة ".

لما كان الضابط التوصل في معرفة المحمول (١) إلى ما يرفع الجهالة لم يكف مطلق المشاهدة، ولا مطلق الاعتبار بأحد الأمرين، بل مع قيود زائدة. أما في المشاهدة فلا بد معها من امتحانه باليد تخميناً لوزنه إن كان في ظرف، لما في الأعيان من الاختلاف في الثقل والخفة مع التفاوت في الحجم. وأما في الاعتبار بأحد الأمرين فلا بد معه من ذكر جنسه، للاختلاف الفاحش باختلافه، فإن القطن يضر من جهة انتفاخه ودخول الريح فيه فيزداد ثقله في الهواء، والحديد يجتمع على موضع من الحيوان فربما عقره، وتحميل بعض الأجناس أصعب من بعض، والحفظ في بعضها كالزجاج أصعب، فلا بد من ذكر الجنس مع التقدير.

واعلم: أنه متى ذكر قدراً معيناً من جنس كالحنطة فظرفه خارج عن التقدير، لتخصيصه القدر بكونه من الجنس، فالظرف خارج مدلول عليه بالالتزام حيث يفتقر إليه. ويجيء على إطلاق المصنف الاكتفاء بالكيل أو الوزن من غير اعتبار ذكر الجنس: أنه لو قدر بمائة رطل وأطلق، دخل الظرف فيه. وعلى ما ذكرناه من الاشتراط لا يتوجه الإطلاق، لبطلان العقد معه.

قوله: " ولا يكفي ذكر المحمل ولا راكب غير معين، لتحقيق الاختلاف ".

المحمل - بكسر الميم الأخيرة، كمجلس - واحد المحامل، وهو شقان على

(١) في " س " و " م ": المجهول.

وكذا لو استأجر دابة للحمل، فلا بد من تعيينه بالمشاهدة، أو ذكر جنسه وصفته وقدره.
وكذا لا يكفي ذكر الآلات المحمولة، ما لم يعين قدرها وجنسها.
ولا يكفي اشتراط حمل الزاد، ما لم يعينه. وإذا فني ليس له حمل بدله، ما لم يشترط.

- البعير يحمل فيهما العديلان. واعتباره إما بالمشاهدة أو الوزن مع ذكر الطول والعرض، لاختلافه باختلافهما في السهولة والصعوبة وإن اتفق وزنه، ولو عهد اتفاق المحامل أو اتفاق جنس منها كفى ذكر ذلك الجنس. وكذا يعتبر معرفة مقدار وطائه وغطائه لاختلافهما.

وأما الراكب فيعتبر بالمشاهدة، أو الوزن مع عدمها. وفي الاكتفاء فيه بالوصف من نحافة وضحامة وطول وقصر وحركة وبطء ونحوها وجهان، أجودهما ذلك، مع إفادته للوصف التام الرافع للجهالة.
قوله: " وكذا لا يكفي ذكر الآلات المحمولة ما لم يعرف قدرها وجنسها "

المراد بالآلات هنا ما يصحبه معه المستأجر في السفر من نحو السفرة والقربة والإداوة والقدر، فإنه إذا شرط حملها وجب معرفتها بالمشاهدة أو الوزن أو الوصف

الرافع للجهالة، لاختلافهما على وجه تحصل بإجمالها الجهالة والغرر. ولو لم يشترطها لم يدخل في الاطلاق إلا مع جريان العادة بها بحيث لا يحصل القصد بدونها، فيتوجه بطلان الإجارة لو لم يعرف قدرها، لأن ذلك بمنزلة الشرط المجهول.
قوله: " وكذا لا يكفي اشتراط حمل الزاد - إلى قوله - ما لم يشترط ".
إنما لم يكن له إبدال الزاد مع فنائه - مع أنه قد شرط حمل القدر المعين - لأن المتبادر من الزاد ما يفنى في الطريق بالأكل، فيرجع فيه إلى المتعارف. والمراد فناؤه بالأكل المعتاد، فلو فني بغير ذلك كضيافة غير معتادة، أو أكل كذلك، أو ذهب بسقوط أو سرقة، فله إبداله تنزيلا للاطلاق على المعتاد المتعارف، ويكون حكم

وإذا استأجر دابة اقتصر على مشاهدتها. فإن لم تكن مشاهدة فلا بد من ذكر جنسها ووصفها. وكذا الذكورة والأنوثة، إذا كانت للركوب. ويسقط اعتبار ذلك إذا كانت للحمل. ويلزم مؤجر الدابة كل ما يحتاج إليه في إمكان الركوب، من الرحل والقتب وآلته والحزام والزمَام.

- البديل حكم المبدل منه في ذلك، ويعلم من ذلك أنه لو شرط حمل زاد زائد على العادة فليس للزائد حكم المعتاد، بل له إبداله، لأنه كالمحمول المطلق، إلا أن يريد جعل الجميع زادا توسعة. ولو شرط الإبدال في الجميع فلا ريب في الصحة عملا بالشرط. قوله: " وإذا استأجر دابة افتقر إلى مشاهدتها - إلى قوله - إذا كانت للركوب ".

فيذكر في الوصف الجنس كالإبل، والنوع كالعراق، والذكورة أو الأنوثة، فإن الأنثى أسهل والذكر أقوى إن استؤجر للركوب، وإلا لم يفتقر إلى أحدهما. ويحتمل عدم اعتبار الوصف الأخير مطلقا، لأن التفاوت بينهما يسير، فلم يكن معتبرا في نظر الشارع، ولأن أحد النوعين ربما اختلف أفراده أزيد مما بين النوعين. وكذا يجب ذكر كل وصف يختلف السير والركوب به، سواء أشار إلى معين غائب أم جعل متعلقها الذمة غير مقيدة بعين شخصية.

قوله: " ويلزم مؤجر الدابة كل ما يحتاج إليه - إلى قوله - والزمَام ". الضابط وجوب كل ما جرت العادة بالتوطئة به للركوب، أو الاستعانة به بالنسبة إلى نوع الدابة المعينة، فيجب السرج لذات السرج، والبرذعة (١) لمن يعتاده، ونحو ذلك. وكذا اللجام والزمَام وغيرهما من الآلات. وكذا يعتبر السائق والقائد مع اقتضاء العادة لهما أو لأحدهما. وكذا يجب إعانتته على الركوب والنزول، إما برفعه إن كان يمكنه ذلك، وهو من أهله، أو بروك الجمل إن كان عاجزا، أو قادرا ولكن لا تقضي العادة له بذلك، كالمراة والشيخ الكبير والمريض.

(١) البرذعة: كساء يلقى على الدابة.

وفي رفع المحمل وشده تردد، أظهره اللزوم.
ولو أجرها للدوران بالدولاب، افتقر إلى مشاهدته، لاختلاف
حالته في الثقل.

ولو أجرها للزراعة، فإن كان الحرث جريب معلوم، فلا بد من
مشاهدة الأرض أو وصفها، وإن كان لعمل مدة، كفى تقدير المدة.

- ولو كان المستأجر قويا يتمكن من فعل ذلك بنفسه لم يجب إعانته. كل ذلك
مع اشتراط المستأجر على الأجير المصاحبة، أو قضاء العادة بها، أو كانت الإجارة
للكوب في الذمة، أما لو كانت مخصوصة بدابة معينة ليذهب بها كيف شاء ولم تقض
العادة بذلك، فجميع الأفعال على الراكب.

قوله: " وفي رفع المحمل وشده تردد أظهره اللزوم "

هذا هو الأقوى، لقضاء العادة به، ولأنه من أسباب التهيئة والتحميل
الواجب على المؤجر، فيجب. نعم، لو شرط خلاف ذلك اتبع شرطه.

قوله: " ولو أجرها للدوران بالدولاب افتقر إلى مشاهدته "

ولو أمكن الوصف الراجع للجهالة كفى. وكذا يشترط معرفة عمق البئر
بالمشاهدة أو الوصف إن أمكن الضبط به، وتقدير العمل بالزمان كالיום، أو بملء
بركة معينة بالمشاهدة أو المساحة، لا بسقي البستان وإن شوهد للاختلاف بقرب
عهده بالماء وعدمه، وحرارة الهواء وبرودته.

قوله: " فإن كان الحرث جريب معلوم - إلى قوله - كفى تقدير المدة "

اكتفى المصنف في معرفة الأرض بالوصف. وهو الظاهر، بل ربما كان أبلغ
من المشاهدة، لأن صاحب الأرض قد يطلع من باطنها ما لا يظهر بمشاهدة
ظاهرها.

وفي التذكرة اعتبر المشاهدة ولم يكتف بالوصف محتجا بأنها تختلف، فبعضها
صلب يتصعب حرثه على البقر ومستعملها، وبعضها رخو يسهل، وبعضها فيه
حجارة يتعلق بها السكة، ومثل هذا الاختلاف إنما يعرف بالمشاهدة دون

وكذا في إجارة دابة لسفر مسافة معينة، فلا بد من تعيين وقت السير ليلا أو نهارا، إلا أن يكون هناك عادة فيستغنى بها.

- الوصف (١).

وفيه ما مر، مع أن مشاهدة ظاهر الأرض لا يفيد ذلك، وإنما يظهر بالعمل، وهو متوقف على صحة الإجارة، ويبعد أن يريد بالمشاهدة معرفة ما يصل إليه العمل بها، لما في اعتبار ذلك من الحرج. ولأن المراد من ذلك رفع الجهالة العارية لا الضبط الكلي. ويمكن التوصل إلى ذلك باختبارها بالحفر في مواضع على وجه يرفع الغرر. هذا إذا قدر بالعمل. ولو قدر بالمدة لم يعتبر معرفة الأرض، لكن يعتبر تعيين الدابة التي تستعمل في الحرث، إما بالمشاهدة أو الوصف الرافع للجهالة. ولو قدره بالأرض لم يحتج إلى معرفة الدابة، وهل يعتبر معرفة السكة؟ وجهان، أجودهما الاكتفاء فيها وفي نزولها في الأرض بالعادة. قوله: " فلا بد من تعيين وقت السير ليلا أو نهارا إلا أن يكون هناك عادة فيستغنى بها " .

إنما وجب تعيين الوقت لاختلاف الناس في ذلك، الموجب للجهالة بسبب اختلافه، فيجب التعيين مع عدم العادة المعينة لتلك الطريق. ويشكل الحكم فيما إذا اختلف السير ولم يكن (٢) التعيين إليهما كطريق الحج، فإن مقتضى تحقيق بيان السير عدم صحة الاستئجار فيها، إلا أن تستقر العادة بسير مخصوص في تلك السنة بحسب ما يناسبها عادة من السنين. وفي التذكرة منع من الاستئجار في الطريق التي ليس لها منازل مضبوطة، إذا كانت مخوفة لا يمكن ضبطها باختبارهما (٣).

(١) التذكرة ٢: ٣١١.

(٢) في " م " و " و " : ولم يمكن. وعلى هذه النسخة فلعل الصحيح: ولم يمكن التعيين لهما.

(٣) التذكرة ٢: ٣٠٩.

ويجوز أن يستأجر اثنان جملاً أو غيره للعقبة، ويرجع في التناوب إلى العادة.

وإذا اكرى دابة، فسار عليها زيادة عن العادة، أو ضربها كذلك، أو كبحتها باللجام من غير ضرورة، ضمن.

– قوله: " ويصح أن يستأجر اثنان جملاً أو غيره للعقبة ويرجع في التناوب إلى العادة " .

العقبة – بضم العين – النوبة، وهما يتعاقبان على الراحلة: إذا ركب هذا تارة وهذا أخرى (١). فإن كان هناك عادة مضبوطة إما بالزمان أو المسافة حمل الاطلاق عليها، وإلا وجب التعيين. ولو اتفقا في المنضبط بالعادة على خلافها وضبطاه صح. ويعتبر تعيين مبدأ الركوب ومن يركب منهما أولاً. واكتفى في التذكرة (٢) بالقرعة في تعيين المبتدئ إن لم يعينه في العقد، لأن محلها الأمر المشكل. ويشكل بأنه لا اشكال هنا، فإن عقد المعاوضة لا يبنى على الجهالة المفضية إلى التنازع مع إمكان رفعها.

قوله: " وإذا اكرى دابة – إلى قوله – ضمن " .

أي أسرع السير زيادة على عادة أمثالها بحسب نوعها ووصفها في تلك الطريق، فإن ذلك لا يجوز فيضمن. والتقيد في الضرب بالزيادة عن العادة يدل بمفهومه على أنه لو ضربها بما جرت العادة لم يضمن، حملاً على المعتاد، فإن ذلك مما اقتضاه عقد الإجارة وإن لم يأذن فيه صريحاً، خلافاً للتذكرة حيث حكم بالضمن بالضرب مطلقاً، محتجاً بأن الإذن مشروط بالسلامة (٣). وما اختاره المصنف أوجه. والمراد بكبح الدابة باللجام جذبها به لتقف، قال الجوهري: " كبحت الدابة إذا جذبتها إليك باللجام لكي تقف، ولا تجري. يقال: أكمحتها، وأكفحتها، وكبحتها هذه وحدها بلا ألف، عن الأصمعي " (٤).

(١) راجع النهاية لابن الأثير ٣: ٢٦٨، والقاموس ١: ١٠٦.

(٢) التذكرة ٢: ٢٩٨.

(٣) التذكرة ٢: ٣١٨.

(٤) الصحاح ١: ٣٩٨ مادة " كبح " .

ولا تصح إجارة العقار، إلا مع التعيين بالمشاهدة أو بالإشارة إلى موضع معين، موصوف بما يرفع الجهالة، ولا تصح إجارته في الذمة، لما يتضمن من الغرر، بخلاف استئجار الخياط للخياطة، والنساج للنساجة.

وإذا استأجره مدة فلا بد من تعيين الصانع، دفعا للغرر الناشئ من تفاوتهم في الصنعة.

- قوله: " ولا تصح إجارة العقار - إلى قوله - بما يرفع الجهالة ".
العقار - بالفتح - الأرض والبيوت والشجر. والمراد هنا ما يجوز استئجاره منه، فيجب مشاهدة الأرض المستأجرة للزرع أو الغرس أو غيرهما أو ما هو أعم، أو وصفها بما يرفع الجهالة.

واشترط المصنف في الموصوف أن يكون عينا شخصية، فلا يكفي إيجار عقار موصوف في الذمة، محتجا بلزوم الغرر. وفيه نظر، فإن الوصف الرافع للجهالة كيف يجامع الغرر؟ والفرق بينه وبين المعين الموصوف غير واضح. نعم، لو علل بعسر تحصيل الموصوف، لاختلاف العقارات في الخواص والأوصاف اختلافا كثيرا يعسر معه الوقوف على ما عينه، أمكن. ووافقه على هذا التفصيل في التحرير (١)، وأطلق في القواعد (٢) والتذكرة (٣) والإرشاد (٤) الاكتفاء بالوصف.
قوله: " وإذا استأجره مدة - إلى قوله - في الصنعة ".

أي إذا استأجره لعمل من الأعمال التي يختلف فيها الصانع بالخفة والبطء كالخياطة والكتابة لم يصح جعله في الذمة بحيث يحصله بمن شاء، لما في ذلك من الاختلاف الكثير الموجب للغرر، بل لا بد من تعيين الصانع، سواء كان هو المؤجر أم غيره، مع إمكان تحصيل المنفعة منه للانضباط حينئذ.

(١) تحرير الأحكام ١: ٢٤٦.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٢٥.

(٣) التذكرة ٢: ٣٠٦.

(٤) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٣.

ولو استأجر لحفر البئر، لم يكن بد من تعيين الأرض، وقدر نزولها وسعتها،

- ويفهم من تقييده المنع بالمدة أنه لو وقع الاستئجار على عمل معين، كنسخ الكتاب (١) المعين أو خياطة الثوب المخصوص، صح وإن لم يعين الصانع، لأن الاختلاف في الخفة والبطء الموجب للزيادة في العمل والنقيصة غير قادح، لحصول المطلوب وهو العمل المعين. وهو جيد على الوجه الذي قيدناه من أن منشأ الاختلاف المانع من جهة الزيادة والنقيصة. أما من حيث الظاهر من العبارة - أن المانع هو تفاوتهم في الصنعة الشامل للاختلاف فيها بحسب الجودة والرداءة - فلا فرق فيه بين المعين بالعمل والمدة. لكن الأول أوفق، ليحصل الفرق. وأما ضبط الأوصاف التي يحصل باختلافهما الغرض (٢) في العمل فلا بد منه في صحة الإجارة، كغيره من الأمور التي يعتبر ضبطها. وحينئذ يرتفع الغرر من هذه الجهة. أما التقدير بالعمل المعين في المدة المعنية فلا ينضبط، بل لا يصح التعرض له كما سبق (٣)، فلا بد من تعيين الصانع على وجه يرتفع به هذا النوع من الغرر. وهذه المسألة قل من تعرض لها غير المصنف. نعم، ذكرها الشافعية في كتبهم، وجعلوا في صحة الاطلاق مع تعيين المدة وجهين. قوله: " ولو استأجر لحفر البئر لم يكن بد من تعيين الأرض وقدر نزولها وسعتها "

اطلاق التعيين يشمل المشاهدة والوصف الرافع للجهالة. وقد سبق (٤) مثله في أرض الحرث. وفي التذكرة (٥) والقواعد (٦) اعتبر هاهنا المشاهدة خاصة. وفي

(١) في " و " و " م " : كنسخ الكتان.

(٢) في " س " : التي تختلف باختلافها العوض في العمل.

(٣) في ص: ١٨٨.

(٤) في ص: ٢٠٠.

(٥) التذكرة ٢: ٣٠٣.

(٦) قواعد الأحكام ١: ٢٢٩.

ولو حفرها فانهارت أو بعضها، لم يلزم الأجير إزالته، وكان ذلك إلى المالك.

ولو حفر بعض ما قوطع عليه، ثم تعذر حفر الباقي إما لصعوبة الأرض أو مرض الأجير أو غير ذلك، قوم حفرها وما حفر منها، ويرجع عليه بنسبته من الأجرة. وفي المسألة قول آخر مستند إلى رواية مهجورة.

- الإرشاد (١) عكس فاعتبر المشاهدة خاصة في أرض الحرث، واكتفى هنا بمطلق التعيين كما أطلق المصنف.

ويمكن أن يريد بالتعيين المشاهدة، لأنها أدخل في تحققه، إلا أن المشاهدة لما كان المراد منها الاطلاع على ظاهر الأرض دون باطنها - إذ لا يمكن معرفة الباطن إلا بالعمل تاما - لم تكن المشاهدة أضبط من الوصف، بل ربما كان الوصف أضبط منها، لا مكان اطلاع المستأجر على الباطن بكثرة الممارسة.

هذا. وإنما يعتبر تعيين النزول والسعة مع تقدير العمل بتعيين المحفور، أما لو قدره بالمدة لم يفتقر إلى ذلك، مع احتمال، لاختلاف العمل بذلك سهولة وصعوبة.

قوله: " ولو حفر فانهارت أو بعضها لم يلزم الأجير إزالته وكان ذلك إلى المالك "

أي انهدمت من جميع جوانبها أو بعضها. وعدم وجوب إزالته ظاهر، لامتنال الأجير ما يجب عليه، وعدم تضمن عقد الإجارة لذلك. وضمير " إزالته " يعود إلى التراب المتساقط المدلول عليه بالانهيار. ولو وقع من التراب المرفوع شيء وجب على الأجير إزالته، لاستناده إلى تقصيره في الوضع، إذ يجب نقله عن المحفور بحيث لا يرجع إليه. والمرجع في قدر البعد إلى العرف.

قوله: " ولو حفر بعض ما قوطع عليه - إلى قوله - رواية مهجورة ".
ضمير " عليه " يعود إلى الأجير، والراجع هو المستأجر. هذا هو الظاهر من

(١) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٣.

سياق العبارة، فضمير " بنسبته " يرجع إلى التفاوت المستفاد من نسبة المحفور إلى ما قوطع عليه أجمع، لأن ذلك هو الذي يرجع المستأجر من الأجرة بنسبته، لأنه المتخلف من العمل. وهذا مبني على أنه دفع الأجرة وأن المراد بالرجوع عود ذلك القدر إلى ملك المستأجر بعد أن كان قد ملكه الأجير بالعقد كما سبق (١). ويمكن أن يكون " يرجع " مبنيا للمعلوم، وفاعله ضمير عائد إلى الأجير المذكور مرارا، وضمير " عليه " عائد على المستأجر المدلول عليه بالمقام، وضمير " بنسبته " راجع إلى المذكور سابقا، وهو ما حفره منها. والأمر متقارب من جهة التركيب اللفظي، لأن في كل واحد تقدير من يعود إليه الضمير من دون أن يكون ملفوظا.

والمراد من الأجرة أجرة المثل، لأنها هي المعتبر في النسبة، والمرجوع به هو جزء من المسمى بتلك النسبة. ويجوز أن يريد بالأجرة المسمى، والجار يتعلق ب " يرجع "، والتقدير أنه يرجع من المسمى بنسبة ما حفر أو ما بقي إلى أجرة مثل المجموع. والحاصل: أن الأجير المذكور إذا حفر بعض ما استؤجر عليه وتعذر عليه الاكمال فله من المسمى بنسبة ما عمل إلى المجموع. وطريق معرفته: أن تنسب أجرة مثل ما عمل إلى أجرة المثل المجموع، بأن يقوم جميع العمل المستأجر عليه، ويقوم ما عمل منفردا وينسب إلى المجموع، فيستحق الأجير من المسمى بتلك النسبة، ويرجع المستأجر بالباقي. ولو فرض تساوي أجرة الأجزاء فله من الأجرة على قدر ما عمل. فلو استأجره على حفر بئر عشرة أذرع طولاً و عرضاً وعمقاً، فحفر خمسا في الأبعاد الثلاثة فهو ثمن القدر المشروط، فمع التساوي له ثمن الأجرة، ومع الاختلاف بالحساب. وإنما كان ذلك ثمنا لأن مضروب العشرة في الأبعاد الثلاثة ألف، ومضروب الخمسة في الأبعاد الثلاثة كذلك مائة وخمسة وعشرون، وهو ثمن الألف.

(١) في ص: ١٧٩.

وطريق معرفته بالاعتبار: أنه لم يحفر من النصف الأسفل شيئاً، ولا من نصف النصف الأعلى، ولا من نصف نصفه، وذلك سبعة أثمان، وعلى هذا الحساب قياس الباقي من الفروض.

والقول الآخر الذي أشار إليه المصنف للشيخ في النهاية (١) مستند إلى رواية أبي شعيب المحاملي عن الرفاعي قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قبل رجلاً أن يحفر له بئراً عشر قامات بعشرة دراهم، فحفر له قامة ثم عجز، قال: تقسم عشرة على خمسة وخمسين جزء، فما أصاب واحداً فهو للقامة الأولى، والاثنتين للثنتين، والثلاث للثلاث، وهكذا إلى العاشرة " (٢)، وفي ذلك استيفاء الخمسة والخمسين. ولكن في بلوغ العدد هذا المقدار طريقان: أحدهما: أن يزداد أقل الأعداد على أكثرها، وتضرب نصف المجتمع منها في الأكثر. ففي المثال تجمع واحداً أقل الأعداد مع عشرة، وتضرب نصف المجتمع - وهو خمسة ونصف - في الأكثر - وهو عشرة - يبلغ خمسة وخمسين. والثاني: أن تضرب العدد الأكثر - وهو العشرة عدد القامات - في نفسه، فما بلغ زدت عليه جذره - وهو عشرة - ونصفته. ففي المسألة مضروب العشرة في نفسها مائة، وجذر ذلك عشرة، وإذا نصفتها كانت خمسة وخمسين، وذلك مجموع الأعداد المقسوم عليها.

وهذه الرواية محمولة على ما إذا تناسبت القامات على هذا الوجه بحيث يكون نسبة القامة الأولى إلى الثانية أنها بقدر نصفها في المشقة والأجرة، وهكذا. وهو مع ذلك حكم في واقعة معينة فلا يتعدى. مع أن الشيخ لم يذكرها في النهاية على جهة الفتوى، وإنما نقلها بلفظ الرواية. وفي المبسوط (٤) ذكر الحكم كما اختاره المصنف

(١) النهاية: ٣٤٨ - ٣٤٩.

(٢) الكافي ٧: ٤٣٣ ح ٢٢، التهذيب ٦: ٢٨٧ ح ٧٩٤، الوسائل ١٣: ٢٨٤ ب " ٣٥ " من

أبواب أحكام الإجارة ح ٢. وهناك اختلاف بين المصادر وما هنا في السند والمتن.

(٣) المبسوط ٣: ٢٣٧.

ويجوز استئجار المرأة للرضاع مدة معينة بإذن الزوج، فإن لم يأذن فيه تردد، والجواز أشبه، إذا لم يمنع الرضاع حقه.

- والجماعة، وقال: " وقد روى أصحابنا في مثل هذا مقدرًا ذكرناه في النهاية " فلا يتعين لذلك قولًا. وعلى تقدير العمل بمضمونها لا يتعدى، لما ذكرناه. ولو قيل بالتعدي وكان المستأجر عليه خمسة قسمت على خمسة عشر، والأربعة على عشرة، وهكذا، عملاً بما ذكرناه من الضابط. وكذا في طرف الزيادة. قوله: " ويجوز استئجار المرأة للرضاع - إلى قوله - حقه ".

يجوز للزوجة إجارة نفسها للارضاع وغيره مع إذن الزوج مطلقاً عندنا، لأنها حرة مالكة لمنافعها، فجاز لها صرفها إلى غيرها بعوض وغيره. ولو لم يأذن الزوج، فإن منع شيئاً من حقوقه توقف على إجازته قطعاً، للمنافاة، وسبق حقه. وإن لم يمنع ففي الصحة قولان، أحدهما - وهو الذي اختاره المصنف - الصحة، لأصالتها، وعموم الأمر بالوفاء (١) بالعقود، ولما ذكرناه من التعليل، فإنها مالكة للمنافع التي لا تعلق للزوج بها، فلها نقلها إلى الغير. ومتى منع شيئاً من حقوقه فله الفسخ لا أنه يقع باطلاً، خلافاً للعلامة في القواعد (٢) حيث حكم بطلانه حينئذ. والقول الآخر للشيخ (٣) (رحمه الله) وجماعة (٤) المنع من دون إذنه مطلقاً، محتجاً بأنه لا دليل على الصحة، وقد عرفت. وربما احتج عليه بأن الزوج مالك لمنافعها بالعقد، فلا يجوز لها نقلها إلى غيره. وهو ضعيف، لأنه إنما يملك منافع الاستمتاع لا مطلقاً.

ولو فرض تقدم الاستئجار على النكاح فلا اعتراض للزوج قطعاً (٥)، لسبق حق المستأجر، وله الاستمتاع بها فيما فضل عن وقت الارضاع. وليس لولي الطفل

(١) المائة: ١.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٢٧.

(٣) المبسوط ٣: ٢٣٩، والخلاف ٣: ٤٩٨ مسألة (١٨).

(٤) منهم ابن إدريس في السرائر ٢: ٤٧١.

(٥) في "ه": مطلقاً.

ولا بد من مشاهدة الصبي.
وهل يشترط ذكر الموضع الذي ترضعه فيه؟
قيل: نعم. وفيه تردد.

- منع الزوج عن الوطئ مع عدم تضرر الولد به، ومعه له المنع، لسبق حقه. وكذا القول فيما لو آجر أمته للارضاع ثم زوجها، وكل موضع يمنع الزوج فيه من الوطئ لحق الارضاع تسقط فيه النفقة عنه في تلك المدة، لعدم التمكين التام.
قوله: " ولا بد من مشاهدة الصبي " .

لاختلاف الأولاد في هذه المنفعة كبيرا وصغيرا، ونهمة وغيرها. والوصف لا يفي بضبطه. وفي حكم الصبي الصبية، وتخصيصه محبة طبيعية.
قوله: " وهل يشترط ذكر الموضع الذي ترضعه؟ قيل: نعم. وفيه تردد " .

وجه الاشتراط اختلاف محال الارضاع في السهولة والصعوبة والنفع، فإن بيت المرضعة أسهل عليها، وبيت الولي أوثق له، ومن أصالة عدم الاشتراط. والأقوى الاشتراط. وكذا القول في كل موضع يختلف فيه الفعل.
واعلم أن حكم الاستئجار للارضاع ثابت على خلاف الأصل، لأن متعلق الإجارة الأعيان لتستوفى منها المنافع، والركن الأعظم في الرضاعة اللبن وهو عين تالفة بالارضاع، فتكون المعاوضة عليه بالإجارة خارجة عن موضوعها. ومثلها الاستئجار للصبغ والبئر للاستقاء منها. ومن ثم ذهب بعضهم (١) إلى أن المنفعة المستحقة هنا - التي هي متعلق الإجارة - المرضعة من حيث حملها للولد ووضعها في حجرها ووضع الثدي في فيه ونحو ذلك من الأعمال الصادرة عنها، لا نفس اللبن. ويضعف بأن المقصود بالذات هو اللبن. وهذه الأمور كلها تابعة أو مقدمة. والأجود أن المقصود مجموع ما ذكر من المنافع مع عين اللبن. وجوازه حينئذ - مع أن بعض متعلقها عين ذاهبة - للنص وهو قوله تعالى: (فإن أرضعن لكم فآتوهن

(١) راجع الشرح الكبير لابن قدامة ٦: ١٩.

وإن مات الصبي أو المرضعة بطل العقد. ولو مات أبوه، هل تبطل؟
يبني على القولين: كون الإجارة هل تبطل بموت المؤجر والمستأجر أم لا؟
والأصح عدم البطلان.

- أجورهن (١)، وفعل النبي صلى الله عليه وآله ومن بعده من الأئمة عليهم السلام. ويمكن أن يقال على تقدير كون المراد المجموع: إن اللبن يكون تابعاً، لكثرة قيمة غيره من المنافع وقلة قيمة اللبن، وإن كان اللبن مقصوداً من وجه آخر، ويثبت للتابع من الحكم المخالف ما لا يثبت للمتبوع. ومثله القول في الصبغ. قوله: " ولو مات الصبي أو المرضعة بطل العقد... الخ ".
أما موت الصبي فلا اشكال في بطلان الإجارة به، لفوات ما تعلق العقد باستيفائه المنفعة. وأما موت المرضعة فقد أطلق المصنف البطلان به. ووجهه فوات المنفعة بهلاك محلها، فتبطل الإجارة، كما لو ماتت الدابة المستأجرة.
وهذا يتم مع كونها معينة للارضاع بنفسها، كما هو الظاهر من القطع بالحكم، فلو كانت مضمونة في ذمتها فالأقوى عدم البطلان كغيرها من الإجازات المتعلقة بالذمة، لأن الارضاع حينئذ في ذمتها بمنزلة الدين، فينتقل إلى مالها إذا فاتت ذمتها، فتخرج أجرة المثل لما بقي من المدة من أصل تركتها، لأنها قيمة الواجب في الذمة، ويدفع إلى وليه. ويحتمل وجوب استئجار وليها عليه من تركتها، لأن الواجب في ذمتها هو الارضاع ولم يتعذر، وإلا لانفسخت الإجارة.
وأما موت أبيه فيبني على القولين في أن موت المستأجر هل تبطل به الإجارة أم لا؟ وقد تقدم (٢) أن الأقوى عدم. نعم، لو كان الولد معسراً واستأجر الأب عليه بمال في ذمته أو في ذمة الأب ولم يخلف تركته توجه جواز فسخها، لا أنها تبطل بذلك. وفي قول المصنف: (يبني على القولين) إشارة لطيفة إلى الرد على ابن إدريس

(١) الطلاق: ٦.

(٢) في ص: ١٧٥.

ولو استأجر شيئاً مدة معينة لم يجب تقسيط الأجرة على أجزائها،
سواء كانت قصيرة أو متطاولة.
ويجوز استئجار الأرض ليعمل مسجداً.

حيث حكم في مسألة موت أحد المؤجرين أنها لا تبطل (١)، وحكم هنا (٢) أنها تبطل بموت أبي المرتضع، محتجاً بالاجماع على أن موت المستأجر يبطلها، والحال أن المسألة واحدة، وفيها القولان، ففصلها كما ذكره تحكّم أو تناقض.
قوله: " ولو استأجر شيئاً مدة معينة - إلى قوله - أو متطاولة "

هذه المسألة لا تختص بنوع من الإجارة، بل هي مستقلة بنفسها آتية في جميع مواردّها. ولا خلاف عندنا في حكمها، وإنما نبه به على خلاف بعض العامة (٣) حيث أوجب تقسيط الأجرة في متن العقد على أجزاء المدة إن كانت سنتين فصاعداً، حذراً من الاحتياج إلى تقسيط الأجرة على المدة على تقدير لحوق الانفساخ بتلف العين وغيره، وذلك مما يشق أو يتعذر. ويبطله الاجماع على عدم وجوب التقسيط في السنة الواحدة فما دون مع ورود ما ذكره فيه. وإلى رده أشار المصنف بقوله: " سواء كانت قصيرة أم طويلة " لأن موضع النزاع الطويلة على الوجه المذكور.

واعلم أنه متى قسطت الأجرة على أجزاء المدة جاز، سواء تفاوتت في التقسيط أم اتفقت. فلو تلفت العين في أثناء المدة كانت أجرة ما مضى بحسب ما شرط. ولو كان التلف في أثناء جزء منها بعد مضي أجزاء ثبت ما سمي لتلك الأجزاء وقسط المسمى لذلك الجزء على أجزائه. ولو لم يقسط في متن العقد قسط المسمى على جميع المدة ورجع بحصته.

قوله: " ويجوز استئجار الأرض ليعمل مسجداً "
لأن ذلك غرض مقصود راجح فضلاً عن إباحته متقوم فتصح الإجارة له.

(١) السرائر ٢: ٤٤٩ و ٤٧١.

(٢) السرائر ٢: ٤٧١.

(٣) يراجع الفتح العزيز ١٢: ٣٤٠ - ٣٤١.

ويجوز استئجار الدراهم والدنانير إن تحققت لها منفعة حكومية مع بقاء عينها.

- نعم، لا يثبت حرمة المسجد بذلك، لأن شرطه أن يكون موقوفاً، والوقف شرطه التأييد، والإجارة، ينافيها التأييد، فإذا تنافيا في الحكم تنافيا في الخاصية، وهي من جملة الأحكام. وإطلاق المسجدية على الأرض المذكورة بسبب إعدادها للصلاة، إما بحسب المجاز لهذه المناسبة، أو بجعل المسجد مشتركا بين ماله حرمة وغيره، كمسجد يتخذه الانسان في بيته لصلاته و صلاة أهله. وقد تقدم في بابه. قوله: " ويجوز استئجار الدراهم والدنانير... الخ "

لما كان شرط العين المؤجرة امكان الانتفاع بها مع بقاء عينها، وكان الغرض الذاتي من هذين التقديين لا يتم إلا بذهابهما، وربما فرض لهما منافع أحر مع بقاء عينها، بأن يتزين بهما ويتحمل، ويدفع عن نفسه ظاهر الفقر والفاقة، فإن دفع ذلك غرض مطلوب شرعا حتى كان الأئمة عليهم السلام يقترضون أموالا ويظهرونها للناس أو يدفعونها إلى عمال الصدقة مظهرين أنها زكاة أموالهم ليظهر بذلك غناؤهم، ومن جملة الأغراض المقصودة بها أيضا نثرها في الأعراس ونحوها ثم تجمع، والضرب على سكتها ونحو ذلك، فكان القول بجواز إيجارها قويا. وربما أشعر كلام المصنف بتردد في أن هذه المنافع هل يعتد بها وتتقوم بالمال على وجه تجوز الإجارة أم لا؟ لتعليقه الجواز على شرط تحقق المنفعة مع أنها مشهورة، وما ذلك إلا للشك في الاكتفاء بها. وقد صرح العلامة بالاشكال فيها في بعض كتبه (١)، وجزم بالجواز في بعضها (٢)، واحتج للمنع الذي هو أحد شقي الاشكال بانتفاء قصد هذه المنافع شرعا، ولهذا لا تضمن منفعتها بالغصب.

وفيه نظر، لأن ضمانها بالغصب فرع تقومها، وهو موضع النزاع، فلا يجعل دليلا فيه، فإن من جوز إيجارها فقد جعل الأجرة في مقابلة هذه المنافع، وهي متقومة بالمال، فتضمن بالغصب.

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٢٦.

(٢) التذكرة ٢: ٢٩٤، والتحرير ١: ٢٤٣.

تفريع

لو استأجره لحمل عشرة أفقر من صبرة فاعتبرها، ثم حملها فكانت أكثر، فإن كان المعبر هو المستأجر لزمه أجره المثل عن الزيادة، وضمن الدابة إن تلفت، لتحقق العدوان. وإن اعتبرها المؤجر لم يضمن المستأجر أجره ولا قيمة. ولو كان المعبر أجنبيا لزمته أجره الزيادة.

- وحيث جاز استئجارها لا يشترط تعيين جهة الانتفاع كغيرها من الأعيان، لأن المعبر صلاحية العين للمنفعة المقصودة لا ذكرها في العقد. وكذا يجوز استئجار الشمع للتزوين به لا للضوء، والتفاح للشم، والأشجار للاستظلال، وإن لم يعين المنفعة المقصودة. والضابط جواز استئجار العين المشتملة على منفعة تحسن مقابلتها بمال.

قوله: " لو استأجره لحمل عشرة أفقر... الخ "

إذا شرط في عقد الإجارة حمل الدابة قدرا معينا فبان الحمل أزيد، فلا يخلو: إما أن يكون المتولي للكيل هو المؤجر، أو المستأجر، أو أجنبيا. ثم إما أن يكون المحمل على الدابة المؤجر، أو المستأجر، أو أجنبيا (١). وعلى التقادير التسعة: إما أن تكون الزيادة في الكيل وقعت عمدا أو غلطا. وعلى التقادير الثمانية عشر: إما أن يكون المحمل عالما بالزيادة أو جاهلا. ثم إما أن يكون الزيادة مما يقع التفاوت فيها بين المكائيل أو أزيد من ذلك. فالصور اثنان وسبعون صورة. وأما حكمها فنقول: إن كانت الزيادة مما تتفاوت فيها المكائيل فلا عبرة بها، ولا توجب ضمانا. وإن كانت أكثر، فإن كان المستأجر هو الذي كال الطعام وحمله بنفسه ضمن الدابة لتعديده، وللزائد عن المشروط أجره المثل. وإن لم يكن حمله بل سلمه إلى المؤجر حتى حمله هو، فإن كان جاهلا بالحال بأن دلس عليه المستأجر أنه غير زائد فظهر كذبه فكالأول. ومثله ما لو أمر أجنبيا بالتحميل. ولو لم يدلس عليه بل سكت ولم يخبر بشئ فتولى المؤجر حملها جاهلا ففي ضمان المستأجر وكونه غارا بذلك نظر. ويمكن القول بالضمان، لأن إعداد الحمل وتسليمه بمنزلة الأمر

(١) في ما لدينا من النسخ: أو أجنبيا.

بالحمل، كما في تقديم طعام الغير إليه للأكل فيأكله.
ولو كان المستأجر مع كيله زائدا قد ذهب في بعض أغراضه بغير قصد فحمله
المؤجر في غيبته فلا شيء على المستأجر، لعدم الغرور، ولا مكان كونه غرضه التكلم
معه على الزيادة بخصوصها على وجه من الوجوه.
ولو كان المؤجر عالما بالزيادة، فإن لم يقل المستأجر شيئا وباشر المؤجر التحميل
فلا شيء على المستأجر. ولا فرق بين أن يضعه المستأجر على الأرض فيحمله المؤجر
على الدابة، وبين أن يضعه على ظهرها فيسيرها المؤجر، وإن أثم المستأجر في الثاني،
مع احتمال الفرق. وإن قال المستأجر: حمل هذه الزيادة، فأجابه لزمه الأجرة لها.
وإن كان المتولي للكيل هو المؤجر وحمله على الدابة فلا أجرة له عن الزيادة،
سواء كان المستأجر عالما بها أم لا، لأن سكوته مع علمه ليس بإذن، وللمستأجر هنا
مطالبة المؤجر برد الزيادة إلى الموضع المنقول منه، وليس للمؤجر ردها بدون إذنه. ولو
لم يعلم المستأجر حتى أعادها المؤجر إلى البلد المنقول منه فله أن يطالبه بردها إلى
المنقول إليه.

ولو كان المتولي للحمل هو المستأجر، فإن كان عالما بالزيادة فهو كما لو كان
بنفسه وحمل، لأنه لو علم بها كان عليه أن لا يحملها إلا بإذنه. وإن كان جاهلا، فإن
أمره المؤجر بالحمل فلا ضمان عليه، وعلى المؤجر رد الزيادة للغرور. وإن لم يأمره ففي
كون المستأجر مغرورا بفعل المؤجر التردد السابق، وقوى في التذكرة (١) عدم الضمان
وعدم الأجرة.

ولو كان المتولي للحمل أجنبيا غير المؤجر والمستأجر، فإن كان بإذن من فعل
الزيادة فالضمان على فاعلها مع جهل الأجنبي لا مع علمه. وكذا لو كان بأمر الآخر
إن كان مجرد التهيئة غرورا.
وإن كان المتولي للكيل أجنبيا وحمل على الدابة بغير إذن ولم يعلمهما فهو متعد

(١) التذكرة ٢: ٣٢١ - ٣٢٢.

الخامس: أن تكون المنفعة مباحة. فلو أجره مسكنا ليحرز فيه خمرا، أو دكانا ليبيع فيه آلة محرمة، أو أجيرا ليحمل له مسكرا، لم تنعقد الإجارة. وربما قيل بالتحريم، وانعقاد الإجارة، لامكان الانتفاع في غير المحرم. والأول أشبه، لأن ذلك لم يتناوله العقد.

- عليهما، فيضمن الدابة وأجرة الزيادة، وعليه ردها إلى الموضع المنقول منه إن لم يرض المالك. ولو تولى الحمل بعد كيل الأجنبي أحد المتعاقدين، فإن كان عالما فهو كما لو كان بنفسه، وإن كان جاهلا لم يتعلق به حكم.

إذا تقرر ذلك فنقول: على تقدير ضمان المستأجر الدابة ما الذي يضمن منها؟ يحتمل النصف، لأن تلفها مستند إلى فعلين: أحدهما مأذون فيه وهو غير مضمون، والآخر غيره، ولا ينظر إلى التفاوت، كما لو جرح نفسه جراحات وجرحه غيره جراحة واحدة، فسرى الجميع، فإنه يجب نصف الدية على فاعل الجراحة الواحدة. ويحتمل التوزيع على الأصل والزيادة فيضمن بقسط الزيادة، لأن التلف مستند إلى الجملة فلا ترجيح، ولاستلزام الأول مساواة الزائد للناقص، وهو محال، والتوزيع على المحمول ممكن، بخلاف الجراحات. ويحتمل ضمان جميع القيمة، لأنه متعد فيضمن كما لو انفرد باليد، وظاهر حكم المصنف وتعليقه اختياره. وهذا هو الأقوى. فهذه جملة أحكام أقسام المسألة، وقد ظهر منها ما فات العبارة.

قوله: " فلو أجره مسكنا ليحرز فيه خمرا - إلى قوله - لم يتناوله العقد ". المراد بالخمير هنا المحرمة، وهي المتخذة للشرب، فلو كان الاتخاذ للتخليل أو طراً قصده قبل الإجارة صحت. ومثل إيجارها لذلك العلم بكون المستأجر يفعل فيها ذلك، لأنه معاون على الإثم والعدوان، وقد روى الشيخ في التهذيب بإسناده إلى الصادق عليه السلام في الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر، قال: " حرام أجره " (١) ولا أقل من حمله على العالم بذلك. وروى أيضا عنه عليه السلام في مكاتبة ابن أذينة

(١) التهذيب ٦: ٣٧١ ح ١٠٧٧. راجع أيضا الكافي ٥: ٢٢٧ ح ٨، والاستبصار ٣: ٥٥ ح ١٧٩، والوسائل ١٢: ١٢٥ - ١٢٦ ب " ٣٩ " من أبواب ما يكتسب به ح ١.

وهل يجوز استئجار الحائط المزوق للتنزه؟ قيل: نعم. وفيه تردد.

- له: " يسأله عن الرجل يؤاجر سفينته ودابته ممن يحمل فيها أو عليها الخمر، فقال: " لا بأس " (١). وجمع الشيخ بينهما بكون النهي في الأول متوجها إلى من يعلم والثاني إلى من لا يعلم (٢). والحق أنه لو لم يكن للثاني معارض من الأخبار لكانت الآية (٣) مخصوصة له بغير العالم، مع أنه مكاتبة تقصر عن دلالة الأول إن تساويا سندا. وأما القول المحكي فتعليقه يرد عليه، لأن المفروض إيجاره لهذه المنفعة، فلا يجوز التعدي لو صحت الإجارة.

قوله: " وهل يجوز استئجار الحائط المزوق للتنزه؟ قيل: نعم. وفيه تردد " .

القول بالجواز لابن إدريس (٤) محتجا بأنه يشتمل على منفعة متقومة كتعليم الصنعة المحكمة منه، كما يجوز استئجار كتاب فيه خط جيد للتعلم منه، لأن فيه غرضا صحيحا. ومنعه الشيخ (٥) وجماعة (٦)، لأن ذلك يمكن استفادته بدون إذن المالك، كما يجوز الاستئجار بحائطه بدونه. وبهذا يفرق بينه وبين الكتاب. وهذا الوجه إنما يتم لو كان الحائط ظاهرا للمستأجر إلى مكان يملك فيه المقام، فلو كان داخلا في ملك المؤجر لم يملك التوصل إليه بدون إذنه، فما ذكره ابن إدريس حسن مع توقف تحصيل المنفعة على الاستئجار.

(١) التهذيب ٦: ٣٧٢ ح ١٠٧٨، راجع أيضا الكافي ٥: ٢٢٧ ح ٦، والاستبصار ٣: ٥٥ ح

١٨٠، والوسائل ١٢: ١٢٦ ب " ٣٩ " من أبواب ما يكتسب به ح ٢.

(٢) التهذيب ٦: ٣٧٢، والاستبصار ٣: ٥٦.

(٣) المائدة: ٢.

(٤) السرائر ٢: ٤٧٩.

(٥) المبسوط ٣: ٢٤٠.

(٦) كالطبرسي في المؤلف من المختلف ١: ٦٥٨، والعلامة في المختلف: ٤٦٦.

السادس: أن تكون المنفعة مقدورا على تسليمها،
فلو آجر عبدا

أبقا لم تصح ولو ضم إليه شيء. وفيه تردد.
ولو منعه المؤجر منه سقطت الأجرة. وهل له أن يلتزم ويطالب
المؤجر بالتفاوت؟ فيه تردد. والأظهر نعم.

– قوله: " فلو آجر عبدا أبقا لم يصح ولو ضم إليه. وفيه تردد ".
وجه التردد من عدم القدرة على تسليم المنفعة، ومن جواز بيعه مع الضميمة
للنص (١)، وكذا إجارته بطريق أولى، لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله البيع. وكذا
تردد في التحرير (٢) والتذكرة (٣)، وأطلق المنع في الارشاد (٤)، وقيده في القواعد (٥)
بعدم
الضميمة، ومفهومه جوازها معها، وهو الذي اختاره الشهيد (٦) (رحمه الله) محتجا
بالأولوية. والأولى الاقتصار بالحكم على موضع النص والوفاق. نعم، لو كان
المستأجر يتمكن من تحصيله جاز من غير ضميمة كالبيع. وكذا القول في المغصوب
لو آجره للغاصب أو لمن يتمكن من قبضه.
وعلى القول بالجواز مع الضميمة يعتبر كونها متمولة يمكن أفرادها بالمعاوضة.
وفي اعتبار أفرادها بجنس ما يضم إليه، ففي البيع تفرد بالبيع، وفي الإجارة
بالإجارة، أو يكفي كل واحد منهما في كل واحد منهما، وجهان، من حصول المعنى،
ومن أن الظاهر ضميمة كل شيء إلى جنسه. وقوى الشهيد (رحمه الله) الثاني.
قوله: " ولو منعه المؤجر منه سقطت الأجرة - إلى قوله - والأظهر نعم ".
الظاهر أن سقوطها مشروط بالفسخ لتعذر حصول العين المطلوبة، فإذا فسخ

-
- (١) الوسائل ١٢: ٢٦٢ - ٢٦٣ ب " ١١ " من أبواب عقد البيع.
(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٤٨.
(٣) التذكرة ٢: ٢٩٦.
(٤) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٤.
(٥) قواعد الأحكام ١: ٢٢٧.
(٦) حكاة المحقق الكركي في جامع المقاصد ٧: ١٣٤.

ولو منعه ظالم قبل القبض كان بالخيار بين الفسخ والرجوع على الظالم بأجرة المثل.

سقط المسمى إن لم يمكن دفعه وإلا استرجعه. وبهذا صرح في القواعد (١). ويحتمل ضعيفا كون سقوطها غير متوقف على الفسخ تنزيلا لتعذر تسليمها منزلة التلف، فكما أنه مع التلف ليس له غير الأجرة المسماة فكذا هنا. واختار هذا الاحتمال في التذكرة (٢)، لكن قيده بمنع المؤجر المستأجر من العين من غير أن يستوفي المنافع، وقرب ثبوت الخيار لو استوفى.

وما اختاره المصنف من التخيير حسن، لأن المنفعة صارت حقه وقد غصبها المؤجر فيجب عليه عوضها كالأجنبي، فيتخير المستأجر بين الفسخ فيسقط المسمى، ولا رجوع حينئذ بالتفاوت بين المسمى وأجرة المثل، وبين البقاء على الإجارة وأخذ عوض المنفعة، وهو أجرة مثلها فيرجع بالتفاوت وهو زيادة أجرة المثل عن المسمى إن كان.

قوله: " ولو منعه ظالم قبل القبض - إلى قوله - بأجرة المثل ".
وجه التخيير أن العين قبل القبض مضمونة على المؤجر، فللمستأجر الفسخ عند تعذرها ومطالبة المؤجر بالمسمى، لفوات المنفعة عليه، وله الرضا بذلك ومطالبة الغاصب بأجرة المثل، لأنه باشر الاتلاف عدوانا. وهل للمستأجر مع عدم الفسخ مطالبة المؤجر بأجرة المثل؟ يحتمله، لكونها مضمونة عليه حتى يتحقق القبض. ويضعف: بأن الثابت عليه على تقدير تضمينه إنما هو المسمى إن كان قبضه. ولا يسقط هذا التخيير بعود العين إلى المستأجر في أثناء المدة، بل له الفسخ في الجميع وأخذ المسمى، لفوات المجموع من حيث هو مجموع، ولأصالة بقاء الخيار السابق، وله الامضاء واستيفاء باقي المنفعة ومطالبة الغاصب بأجرة مثل ما فات في

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٢٨.

(٢) التذكرة ٢: ٣٢٦.

ولو كان بعد القبض لم تبطل، وكان له الرجوع على الظالم. وإذا انهدم المسكن كان للمستأجر فسخ الإجارة، إلا أن يعيده صاحبه ويمكنه منه. وفيه تردد. ولو تمادى المؤجر في إعادته، ففسخ المستأجر، رجع بنسبة ما تخلف من الأجرة إن كان سلم إليه الأجرة.

- يده من المنافع، وليس له الفسخ في الماضي خاصة والرجوع بقسطه من المسمى على المؤجر واستيفاء الباقي من المنفعة، لاقتضائه تبعض الصفقة على المؤجر، وهو خلاف مقتضى العقد، بل إما أن يفسخ في الجميع أو يمضيه، مع احتمال، لأن فوات المنفعة في هذه الحالة يقتضي الرجوع إلى المسمى، وقد حصل في البعض خاصة فاستحق الفسخ فيه.

قوله: " ولو كان بعد القبض لم تبطل وكان له الرجوع على الظالم ". كان حقه أن يقول: لم يكن له الفسخ، لأن البطلان منتف على التقديرين، فليس هو موضع الاستدراك. وإنما لو لم يكن له الفسخ حينئذ لاستقرار العقد بالقبض وبراءة المؤجر، فيستحق المستأجر على الغاصب أجرة مثل المنفعة الفائتة في يده لا غير. ولا فرق في الغصب بعد القبض بين كونه في ابتداء المدة وفي خلالها، لحصوله في الموضوعين. ولو كان الغاصب المؤجر فالظاهر عدم الفرق. قوله: " وإذا انهدم المسكن - إلى قوله - وفيه تردد ".

مقتضى جواز الفسخ أن العقد لا يفسخ بنفسه، ولا بد من تقييده بإمكان إزالة المانع أو بقاء أصل الانتفاع، فلو انتفيا معا انفسخت الإجارة، لتعذر المستأجر عليه.

والمراد بإعادة المالك المستثناة لرفع الخيار ما كانت بسرعة بحيث لا يفوت شيء من المنافع وإن قل، وإلا بقي الخيار بغير تردد. ومنشأ التردد على تقدير إعادته كذلك من زوال المانع من عدم فوات شيء من المنافع، ومن ثبوت الخيار بالانهدام فيستصح، إذ لم يدل دليل على سقوطه بالإعادة. وهو قوي.

الثالث

في أحكامها

وفيه مسائل:

الأولى: إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبا كان له الفسخ أو الرضا بالأجرة من غير نقصان، ولو كان العيب مما يفوت به بعض المنفعة.

- قوله: " إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة... الخ ".
وجه التخيير - مع أن المعيب هو العين وحقه منها هو المنفعة - أن مورد الإجارة هو العين ليستوفى منها المنفعة، وهي تابعة في المالية للعين، فيلزم من نقص العين نقص مالية المنفعة، فعيب العين في قوة عيب المنفعة، فله الفسخ وإن استوفى بعضها. ولا يرد أنه مع استيفاء البعض يكون قد تصرف، وهو يسقط خيار العيب، لأن المراد بالتصرف حقيقة في العوض الذي صار للمتصرف وهو هنا المنفعة، وما لم يستوفه منها لم يتصرف فيه إنما حصل التصرف في المستوفى، ولأن الصبر على العيب ضرر منفي.

وقوله: " من غير نقصان " أي من غير أرش. وبهذا صرح جماعة (١). وكان وجهه أن العقد إنما جرى على هذا المجموع وهو باق، فإما أن يفسخ أو يرضى بالجميع. ويضعف بأن الاطلاق لما كان منزلا على الصحيح كان الجزء الفائت أو الوصف مقصودا للمستأجر ولم يحصل، وهو يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد

(١) كالعلامة في القواعد ١: ٢٢٤ - ٢٢٥.

الثانية: إذا تعدى في العين المستأجرة ضمن قيمتها وقت العدوان. ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المالك إن كانت دابة. وقيل: القول قول المستأجر على كل حال. وهو أشبه.

- العوضين، فثبوت الأرش متجه. وطريق معرفته أن ينظر إلى أجره مثلها سليمة ومعيبة، وينظر إلى التفاوت بينهما، ويرجع من المسمى بتلك النسبة. ولو اختار الفسخ، فإن كان قبل أن يمضي من المدة ماله أجره فلا شيء عليه، وإن كان بعد مضي بعض المدة واستيفاء منفعتها فعليه من المسمى بقدر ما مضى. ثم إن تساوت المنفعة في المدة قسطت على أجزاء المدة، وإن اختلفت كدار أجرتها في الشتاء أكثر منها في غيره، ودابة أجرتها في بعض المواسم أكثر أو الطريق مختلفة، رجع في التقويم إلى أهل الخبرة، ويسقط المسمى على حسب قيمة المنفعة، كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع.

واعلم أن القسم المسكوت عنه المدلول عليه ب " لو " الوصلية في قوله: " ولو كان العيب ما يفوت به بعض المنفعة " هو ما إذا كان العيب لا يفوت به شيء منها، لا ما إذا كان يفوت به الجميع، لأن ذلك يفسد العقد. هذا كله إذا كان الإجارة واردة على العين، فلو وردت على الذمة فدفعت إليه عينا فظهرت معيبة لم يكن له الفسخ، بل على المؤجر إبدالها. نعم، لو تعذر الإبدال لعجزه عنه أو امتناعه ولم يمكن إجباره عليه تخير المستأجر، لتعذر ما جرت عليه المعاوضة، فيرجع إلى ماله. قوله: " إذا تعدى في العين المستأجرة ضمن قيمتها وقت العدوان " .

لأنه يصير حينئذ بمنزلة الغاصب، وهو مبني على أن الغاصب يضمن قيمة المغصوب يوم الغصب. وهو اختيار الأكثر. وقيل: يضمن أعلى القيم من حين العدوان إلى حين التلف. والأقوى ضمان قيمتها يوم التلف. وقد تقدم (١) مرارا. قوله: " ولو اختلفا في القيمة - إلى قوله - وهو أشبه " . القول بالتفصيل للشيخ (٢) (رحمه الله). والأقوى ما اختاره المصنف من تقديم

(١) كما في ج ٤ : ٧٣ وغيرها.

(٢) راجع النهاية: ٤٤٦ .

الثالثة: من تقبل عملا لم يجر أن يقبله غيره بنقيصة، على الأشهر، إلا أن يحدث فيه ما يستيح به الفضل. ولا يجوز تسليمه إلى غيره، إلا بإذن المالك. ولو سلم من غير إذن ضمن.

– قول المستأجر مطلقا، لأنه منكر.

قوله: " من تقبل عملا - إلى قوله - يستيح به الفضل. " هذا هو المشهور، ومستنده أخبار (١) حملها على الكراهة أولى جمعا. ولا فرق في الجواز على تقدير الحدث بين قليله وكثيره. ولا يخفى أن الجواز مشروط بعدم تعيين العامل في العقد، وإلا فلا اشكال في المنع والضمان لو سلم العين. قوله: " ولا يجوز تسليمها إلى غيره إلا بإذن المالك. ولو سلم من غير إذن ضمن. "

يمكن أن يريد بالتسليم المنهي عنه على تقدير عدم جواز تقبيلها لغيره. والحكم حينئذ واضح. ويمكن أن يريد به في صورة الجواز أو الأعم. والوجه حينئذ أنه مال الغير فلا يصح تسليمه إلى غير من استأمنه عليه، وجواز إجارته لا ينافيه، بل يستأذن المالك، فإن امتنع رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر احتمال جواز التسليم حينئذ، لتعارض حق المعامل الثاني وحق المالك، فيقدم العامل وفاء بالعقد. ويحتمل تسلطه على الفسخ لا غير، لأن المالك مسلط على ماله يعطيه من شاء ويمنعه من شاء، والحال أنه لم يرض بأمانته.

ولو قيل بجواز التسليم مطلقا حيث يجوز التقبيل كان حسنا، لصحيفة علي بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام (٢) في عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم إلى الغير إذا لم يشترط عليه ركوبها بنفسه. وإذا كان الضمان ساقطا مع تسليمها لاستيفاء المنفعة لغير المالك فسقوطه مع كون المنفعة للمالك أولى. وإليه مال في

(١) راجع الوسائل ١٣: ٢٦٥ ب " ٢٣ " من أبواب أحكام الإجارة ح ١، ٤، ٧.
(٢) الكافي ي ٥: ٢٩١ ح ٧، التهذيب ٧: ٢١٥ ح ٩٤٢، الوسائل ١٣: ٢٥٥ ب " ١٦ " من أبواب أحكام الإجارة ح ١.

الرابعة: يجب على المستأجر سقي الدابة وعلفها. ولو أهمل ضمن.
الخامسة: إذا أفسد الصانع ضمن، ولو كان حاذقا، كالقصار
يحرق الثوب أو يخرق، أو الحجام يحني في حجامته، أ الختان يختن فيسبق
موساه إلى الحشفة، أو يتجاوز حد الختان. وكذا البيطار، مثل أن يحيف
على الحافر، أو يفصد فيقتل، أو يحني ما يضر الدابة، ولو احتاط واجتهد.
أما لو تلف في يد الصانع لا بسببه من غير تفريط ولا تعد، لم يضمن على
الأصح.

المختلف (١). وابن الجنيدي (٢) جوز التسليم من غير ضمان مع كون المتسلم مأمونا.
ولكن ينبغي تقييده بكون المدفوع إليه ثقة، وإلا فالمنع أوجه.
قوله: " يجب على المستأجر سقي الدابة وعلفها، ولو أهمل ضمن ".
المراد أن ذلك لازم للمستأجر بدون الشرط من ماله من غير أن يرجع به على
المالك. وهو مذهب جماعة (٣) من الأصحاب. والأقوى وجوبهما على المالك إلا مع
الشرط، لأصالة عدم وجوبهما على غيره.
ثم إن كان حاضرا معه وإلا استأذنه في الانفاق ورجع عليه، فإن تعذر استأذن
الحاكم، فإن تعذر أنفق بنية الرجوع وأشهد عليه ورجع به، ولو لم يشهد إما لتعذره
أو مطلقا فالحكم ما سبق (٤) في الرهن والوديعة وغيرهما. وحيث يجب عليه الانفاق
لغيبية المالك لو أهمل ضمن لتفريطه.
قوله: " إذا أفسد الصانع ضمن - إلى قوله - على الأصح ".
أما الضمان فيما يتلف بيده فهو موضع وفاق. ولا فرق في ذلك بين الحاذق
وغيره، ولا بين المختص والمشارك، ولا بين المفطر وغيره، ولأن التصرف في مال الغير

(١) راجع المختلف: ٤٦٢.

(٢) راجع المختلف: ٤٦٢.

(٣) راجع إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥. ولم نعثر على غيره. واستظهره في الجواهر من عبارة النهاية
والسرائر وما وجدناه من عبارتهما لا تدل عليه راجع النهاية: ٤٤٦ والسرائر ٢: ٤٦٥.

(٤) ج ٤: ٤١، وهنا: ٦١، ٨٧ - ٨٨.

وكذا الملاح والمكاري، ولا يضمنان (١) إلا ما يتلف عن تفريط على الأشبه.
السادسة: من استأجر أجيرو لينفذه في حوائجه كانت نفقته على
المستأجر، إلا أن يشترط على الأجير.

- بالاتلاف من غير إذن يقتضي الضمان، ولا يدفعه عدم التفريط. وأما عدم الضمان
لو تلف من غير تفريط بغير فعله فقليل: إنه كذلك، بل ادعى عليه المرتضى (٢)
الاجماع. وما اختاره المصنف أقوى، لأصالة البراءة، ولأنهم أمناء فلا يضمنون بدون
التفريط. وفي كثير من الأخبار دلالة عليه. والاجماع ممنوع.
قوله: " وكذا الملاح والمكاري لا يضمنان... الخ ".
هذا هو الأقوى، لما تقدم، ولعدم دخولهما في اسم الصانع الذي وقع عليه
الاجماع. والشيخ (٤) استند في ضمانهما إلى رواية (٥) ضعيفة السند.
قوله: " من استأجر أجيرو لينفذه في حوائجه... الخ ".
مستند ذلك رواية سليمان بن سالم عن الرضا عليه السلام (٦)، ولاستحقاق
منافعه المانع من ثبوت النفقة، واختاره جماعة من الأصحاب (٧). والأقوى أنه كغيره
لا تجب نفقته إلا مع الشرط، ويمكن حمل الرواية على تقدير سلامتها عليه.

(١) يلاحظ أن في نسخة الشرايع لدى الشارح (رحمه الله): لا يضمنان (بدون الواو) وعليه بيتي
الشرح بخلاف الجواهر.

(٢) الإنتصار: ٢٢٥.

(٣) الوسائل ١٣: ٢٧١ ب " ٢٩ " من أبواب أحكام الإجارة ح ٦، ١١، ١٤، ١٦، ١٧، ١٨.

(٤) النهاية: ٤٤٧.

(٥) الوسائل ١٣: ٢٧٧ ب " ٣٠ " من أبواب أحكام الإجارة ح ٢، ٩، ١٠.

(٦) الكافي ٥: ٢٨٧ ح ٢، التهذيب ٧: ٢١٢ ح ٩٣٣، الوسائل ١٣: ٢٥٠ ب " ١٠ " من أبواب
أحكام الإجارة ح ١.

(٧) منهم الشيخ في النهاية: ٤٤٧، والكيدري في إصباح الشريعة (سلسلة الينابيع الفقهية) ١٧:
٣٣١، والعلامة في القواعد ١: ٢٢٥، ونسبه الشهيد في اللمعة: ٩٥ إلى المشهور.

السابعة: إذا آجر مملوكا فأفسد، كان ذلك لازما لمولاه في سعيه.
وكذا لو آجر نفسه بإذن مولاه.

- واستحقاق منافعه لا يمنع من وجوب النفقة في ماله الذي من جملته الأجرة. وحيث يشترط على المستأجر فلا بد من بيان قدرها ووصفها، بخلاف ما لو قيل بوجوبها عليه ابتداء، فإنه يجب عليه القيام بعادة أمثاله.
قوله: " إذا آجر مملوكا كان ذلك... الخ "

لما كان الصانع ضامنا لما يفسده في ماله وكان العبد لا مال له، تعلق الضمان بكسبه إن كان العقد صادرا عن إذن مولاه أو الإذن مطلقا، لأن ذلك من مقتضى الإجارة، فيكون الإذن فيها التزاما بلوازمها، لكن لو زادت الجناية عن الكسب لم يلزم المولى، كما تقدم (١) نظيره في تصرف المأذون. هكذا اختاره جماعة (٢). وقال أبو الصلاح: " إن ضمان ما يفسده العبد على المولى مطلقا " (٣). وتبعه الشيخ (رحمه الله) في النهاية (٤)، لرواية زرارة في الحسن عن الصادق عليه السلام (٥).
والأصح إن الفساد إن كان في المال الذي يعمل فيه بغير تفريط تعلق بكسبه كما ذكره، وإن كان بتفريط تعلق بذمته يتبع به إذا أعتق، لأن الإذن في العمل لا يقتضي الإذن في الفساد. نعم، لو كان بإذن المولى تعلق به. وعليه تحمل الرواية. وإن كان بجناية على نفس أو طرف تعلق برقبة العبد. وللمولى فداه بأقل الأمرين من القيمة والأرث، سواء كان بإذن المولى أم لا.

(١) في ج ٣: ٤٦٨.

(٢) منهم العلامة في التحرير ١: ٢٥٥، والقواعد ١: ٢٣٥.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٤٧.

(٤) النهاية: ٤٤٨.

(٥) الكافي ٥: ٣٠٢ ح ١، التهذيب ٧: ٢١٣ ح ٩٣٦، الوسائل ١٣: ٢٥١ ب " ١١ " من أبواب أحكام الإجارة ح ٢.

الثامنة: صاحب الحمام لا يضمن، إلا ما أودع وفرط في حفظه أو تعدى فيه.

التاسعة: إذا أسقط الأجرة بعد تحققها في الذمة صح. ولو أسقط المنفعة المعينة لم تسقط، لأن الإبراء لا يتناول إلا ما هو في الذمم. العاشرة: إذا أجر عبده ثم أعتقه، لم تبطل الإجارة، ويستوفي المنفعة التي تناولها العقد. ولا يرجع العبد على المولى بأجرة مثل عمله بعد العتق.

- قوله: "صاحب الحمام لا يضمن... الخ".
لأنه على تقدير الإيداع أمين فلا يضمن بدون التفريط. ومع عدمه فالأصل براءة ذمته من وجوب حفظ مال الغير مع عدم التزامه به، حتى لو نزع المغتسل ثيابه وقال له: احفظها، فلم يقبل لم يجب عليه الحفظ وإن سكت. ولو قال: دعها، ونحوه مما يدل على القبول، كفى في تحقق الوديعة.
قوله: "إذا أسقط الأجرة بعد تحققها في الذمة... الخ".
المراد بتحقيق الأجرة في الذمة تعلقها بها وإن لم يستحق المطالبة بها، ويتحقق ذلك بالعقد كما مر (١). والمراد بإسقاطها البراءة منها، سواء كان بلفظ الإسقاط أم الإبراء أم بما شاكله من الألفاظ الدالة عليه. ولما كان الإبراء عبارة عن إسقاط ما في الذمة لم يصح تعلقه بالأعيان ولا بالمنافع المتعلقة بها، ومنها الأجرة لو كانت عينا. ويصح عما في الذمة، سواء كان أجرة أم منفعة، كما لو استأجره ليخيط له ثوبا ونحوه.

قوله: "إذا أجر عبده... الخ".
لما كانت منافع العبد ملكا للمولى كالرقبة، ونقلها إلى غيره في زمن ملكه نقلا لازما، وجب أن لا يبطل بالعتق، لأن العتق حينئذ لم يصادف إلا رقبته دون منفعه

(١) في ص: ١٧٩.

مدة الإجارة، فتزول السلطنة عن رقبته وعن المنافع التي لم يتناولها عقد الإجارة، ويجب على العبد القيام بإيفاء المنافع باقي المدة، لأنه حق وجب عليه بمقتضى الإجارة السابقة فيستصحب، حتى كأنه رقيق بالنسبة إلى تلك المنافع. وهل يرجع على مولاه بأجرة مثل عمله في تلك المدة؟ قطع المصنف بعدمه، لأنها مملوكة له زمن الإجارة كالرقبة، وقد استحقها المستأجر قبل العتق، فلا وجه لرجوعه على المولى بها، لأنه إنما أزال الرق عنه مسلوب المنافع تلك المدة، فلم ينصرف إلا إلى الرقبة. وقريب منه ما لو أعتقه وشرط عليه خدمة مدة معينة، بل مسألة الإجارة أولى بعدم اعتراض العبد وعدم استحقاقه شيئاً، لسبق ملك المستأجر لها على العتق.

وربما قيل برجوعه على السيد بأجرة المثل عن تلك المدة، لأن إزالة الرق تقتضي ملك العبد للمنافع، فإذا سبق نقل المولى لها فانت العين، فيرجع العبد على المولى بعوضها، وهو أجرة المثل. وضعفه يعلم مما سبق.

إذا تقرر ذلك: فنفقته تلك المدة إذا لم تكن مشروطة على المستأجر هل تجب على مولاه، أو في كسبه، أو في بيت المال إن كان؟ أوجه من انتفائها عن العبد، لاستغراق وقته (١) في الخدمة، وعن المستأجر، لانتفاء الشرط، فلم يبق لها محل إلا السيد، ولأنه ملك عوض منفعة تلك المدة. ومن انتفاء المقتضى للانفاق، إذ هو الملك وقد زال. ومن أن النفقة مقدمة على حق كل أحد كما في المديون والمعسر، فيخرج من الكسب مقدمة على حق المستأجر.

والأقوى الأخير، لزوال ملك السيد، وعجزه عن نفسه، ولبطلان الحصر، وعدم استلزام تملك عوض نفعه تلك المدة النفقة، وإنما تقدم النفقة على حق الغير من مال المكتسب، وهو منفي هنا، وبيت المال معد للمصالح وهو من جملتها. ومع

(١) في "م" و"و" و": رقبته.

ولو آجر الوصي صبيا مدة يعلم بلوغه فيها، بطلت في المتيقن وصحت في المحتمل، ولو اتفق البلوغ فيه. وهل للصبى الفسخ بعد بلوغه؟ قيل: نعم. وفيه تردد.
الحادية عشرة: إذا تسلم أجيروا لي عمل له صنعة فهلك لم يضمنه، صغيرا كان أو كبيرا، حرا كان أو عبدا.

– تعذره فهو من الواجبات الكفائية على سائر المكلفين.
قوله: " ولو آجر الوصي صبيا... الخ "

لما كان زمان الولاية على الصبي هو ما قبل البلوغ والرشد فإذا آجره مدة يقطع بلوغه في أثنائها، كما لو آجر ابن العشرة ست سنين وكان رشيدا، فإن الإجارة تلزم إلى وقت الكمال، ثم هي موقوفة على إجازة الصبي. وقيدنا بوجود الرشد لأنه لو لم يكن موجودا بل أمكن تجرده فإنه يكون كما لو آجره مدة يمكن فيها بلوغه وعدمه، لأن الرشد أحد الشرطين في زوال الولاية، وتجرده ممكن في كل وقت وإن طعن في السن.

وعلى تقدير عدم القطع ببلوغه في المدة أو بلوغه وعدم رشده يصح في الجميع صحت لازمة إلى حين اجتماع الشرطين قطعاً، لانتفاء المانع. وهل يتوقف بعد ذلك على إجازة الصبي؟ قيل: نعم، لأن زمان الولاية هو ما قبل الكمال فيكون نفوذ التصرف مقصورا عليه. ويحتمل العدم، لوقوع الإجارة من أهلها في محلها في وقت لم يعلم لها مناف فيستصحب. والأقوى الأول. وحكم المجنون بعد الإفاقة مطلقا حكم الصبي إذا بلغ في الوقت المحتمل.
قوله: " إذا تسلم أجيروا... الخ "

هذا الحكم موضع وفاق منا ومن العامة، ولأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها، ولأنه مستحق للمنفعة ولا يمكن استيفائها إلا بإثبات اليد فكانت أمانة. ولا فرق بين هلاكه في مدة الإجارة وبعدها، إذ لا يجب على المستأجر رد العين إلى مالكيها على تقدير كونها مملوكة، بل الواجب عليه التخلية بينه وبينها، فإذا كان

الثانية عشرة: إذا دفع سلعة إلى غيره ليعمل فيها عملاً، فإن كان ممن عادته أن يستأجر لذلك العمل كالغسال والقصار، فله أجره مثل عمله. وإن لم تكن له عادة وكان العمل مما له أجره، فله المطالبة، لأنه أبصر بنيته. وإن لم يكن مما له أجره بالعادة، لم يلتفت إلى مدعيها.

حراً أولى. نعم، لو حبسه مع الطلب بعد انقضاء المدة صار بمنزلة المغصوب. وسيأتي (١) أن الحر البالغ لا يضمن بذلك. وما عليه من الثياب تابع له، لأنها تحت يده، والحر لا يدخل تحت اليد. ولو كان صغيراً أو عبداً ضمنه. قوله: "إذا دفع سلعة إلى غيره فيها عملاً... الخ".

لما كان الأمر بالعمل يقتضي استيفاء منفعة مملوكة للمأمور متقومة بالمال وجب ثبوت عوضها على الأمر كالأستيجار معاطاة. وقد شرط المصنف في لزوم الأجرة أحد الأمرين، إما كون العامل من عادته أن يستأجر لمثل ذلك العمل، أو كون العمل له أجره في العادة. والعلامة (رحمه الله) (٢) اعتبر في لزومها كون العمل ذا أجره عادة خاصة. ويتخرج على ذلك صور أربع:

الأولى: أن يكون العمل مما له أجره عادة والعامل مما يستأجر لذلك كذلك، كما لو دفع إلى القصار ثوباً ليقصره، أو جلس بين يدي حلاق معد نفسه لذلك فحلق له، فله الأجرة على القولين.

الثانية: انتفاؤهما معاً، ولا أجره عليهما. ولا فرق بين كون العمل حينئذ متقوماً بأجره وعدمه، إذا لم يكن له في العادة أجره ولا أعد العامل نفسه لها. الثالثة: أن يكون العمل مما له أجره في العادة، ولكن العامل ليس من عادته الاستئجار له، فيثبت على القولين أيضاً، لوجود الشرط وهو المذكور عند العلامة، وأحد الأمرين عند المصنف. الرابعة: عكسه فتثبت الأجرة عند المصنف دون العلامة. ومختار المصنف

(١) كتاب الغصب، النظر الأول في السبب.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥، والقواعد ١: ٢٣٥.

الثالثة عشرة: كل ما يتوقف عليه توفية المنفعة فعلى المؤجر، كالخيوط في الخياطة، والمداد في الكتابة. ويدخل المفتاح في إجارة الدار، لأن الانتفاع لا يتم إلا بها.

- أوضح، لما تقدم من أنه استيفاء عمل محترم بالأمر، فلا يحل بدون العوض إلا بإباحة مالكة ولم يتحقق.

قوله: " كل ما يتوقف عليه... الخ "

ما يتوقف عليه الانتفاع على أقسام: منه ما يجب على المالك بغير خلاف، كعمارة الحيطان والسقوف، وعمل الأبواب، ومجرى الماء، ونحو ذلك. ومنه ما هو على المستأجر بغير اشكال، كالحبل لاستقاء الماء، والدلو، والبكرة. ومنه ما ليس على أحدهما، كالتحسين، والتزويق. ومنه ما اختلف فيه، وهو الخيوط للخياطة، والمداد للكتابة، والصبغ للصياغة، والكش للتليق.

وقد جزم المصنف بأنها على المؤجر، لتوقف إيفاء المنفعة الواجبة عليه بالعقد اللازم، فيجب من باب المقدمة. ويحتمل كونها على المستأجر، لأن الواجب على المؤجر إنما هو العمل، لأن ذلك هو المقصود من إجارة العين، أما الأعيان فلا تدخل في مفهوم الإجارة على وجه يجب إذهابها لأجلها، إلا في شواذ يثبت على خلاف الأصل كالرضاع والاستحمام. والأقوى الرجوع إلى العرف المطرد، فإن انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر.

قوله: " ويدخل المفتاح في إجارة الدار، لأن الانتفاع يتم بها "

التعليل بتمامية الانتفاع لا يتم، لما قد عرفت بعض ما يتم به الانتفاع ليس لازماً للمؤجر. ولا يتم الاستدلال إلا إذا جعل الحكم كلياً، خصوصاً مع تأيده بأن المنقول لا يدخل في إجارة العقار الثابت إلا مع العادة أو التبعية. والأولى التعليل بأنه تابع للغلق المثبت، بل هو كالجزم منه. وهذا بخلاف مفتاح القفل، فلا يجب تسليمه ولا تسليم القفل، لانتفاء التبعية، ولما ذكر.

الرابع
في التنازع
وفيه مسائل:

الأولى: إذا تنازعا في أصل الإجارة، فالقول قول المالك مع يمينه.

– قوله: " إذا تنازعا في أصل الإجارة فالقول قول المالك مع يمينه ".
لأنه منكر لها، فيكون القول قوله كما في كل منكر. وكان الأولى التعبير بتقديم
قول المنكر مطلقا، لجواز كونه غير المالك. ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شيء من
المنافع رجع كل مال إلى صاحبه. وإن كان بعد استيفاء شيء من المنافع، أو استيفاء
الجميع الذي يزعم من يدعي وقوع الإجارة أنه متعلق العقد، فلا يخلو إما أن يكون
المدعي للإجارة المالك أو المتصرف.
فإن كان المالك وحلف المنكر انتفت الإجارة ووجب عليه أجره المثل، فإن
كانت أزيد من المسمى بزعم المالك لم يكن له المطالبة به إن كان دفعه، لاعترافه
باستحقاق المالك، ووجب عليه دفعه إن لم يكن دفعه، وليس للمالك قبضه،
لاعترافه بأنه لا يستحق أزيد من المسمى إلا أن يكذب نفسه في دعواه الأولى على
قول. وإن زاد المسمى عن أجره المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد إن كان دفعه،
وسقط عنه إن لم يكن. والعين ليست مضمونة عليه في هذه الصورة، لاعتراف المالك
بكونها أمانة بالإجارة.
وإن كان المدعي للإجارة هو المستأجر، فإن أنكر المالك مع ذلك الإذن في
التصرف في العين فالقول قوله فيهما مع يمينه، فإذا حلف استحق أجره المثل، فله

وكذا لو اختلفا في قدر المستأجر. وكذا لو اختلفا في رد العين المستأجرة.
أما لو اختلفا في قدر الأجرة، فالقول قول المستأجر.

– المطالبة بها إن لم يكن قبض قدرها، وإن زادت عن المسمى بزعم المتصرف. وإن كان المسمى أكثر فليس له المطالبة بالزائد، وإن كان المتصرف يعترف له به، إلا أن يكذب نفسه على قول. ولو كان المتصرف قد أقبض المسمى وهو أزيد من أجرة المثل فليس له المطالبة بالزائد، وإن كان المالك يعترف بعدم استحقاقه، لزعم المتصرف أنه لا حق له في الزائد. ويضمن العين هنا لانكار المالك الإذن. ولو اعترف به فلا ضمان.

قوله: " وكذا لو اختلفا في قدر المستأجر "

هو بفتح الجيم، أي في قدر العين المستأجرة، بأن قال: آجرتني الدار بأجمعها بمائة، فقال: بل البيت منها خاصة بالمائة، فإن القول قول المنكر، لأصالة عدم وقوع الإجارة على ما زاد عما يعترف به.

وربما قيل هنا بالتحالف، لأن كلا منهما مدع ومنكر. والأقوى ما اختاره المصنف، لاتفاقهما على وقوع الإجارة على البيت، وعلى استحقاق الأجرة المعينة، وإن كان توزيعها مختلفا بحسب الدعوى، إنما الاختلاف في الزائد فيقدم قول منكره. وضابط التحالف أن لا يتفقا على شيء، كما لو قال: آجرتك البيت الفلاني، فقال: بل الفلاني، أو قال: آجرتك البيت، فقال: بل الحمام. ومثله ما تقدم (١) في البيع إذا اختلفا في قدر المبيع، وفي تعيينه، فالقول بالتحالف هنا دون البيع ليس بجيد.

قوله: " وكذا لو اختلفا في رد العين المستأجرة "

فإن القول قول المالك، لأنه منكر، والأصل عدم الرد، والمستأجر قبض لمصلحة نفسه، فلا يقبل قوله في الرد، مع مخالفته للأصل.
قوله: " أما لو اختلفا في قدر الأجرة فالقول قول المستأجر "

(١) في ج ٣: ٢٦٦.

الثانية: إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكاري هلاك المتاع، وأنكر المالك، كلفوا البينة. ومع فقدتها يلزمهم الضمان. وقيل: القول قولهم مع اليمين، لأنهم أمناء. وهو أشهر الروايتين. وكذا لو ادعى المالك التفريط، فأنكروا.

الثالثة: لو قطع الخياط ثوبا قباء، فقال المالك: أمرتك بقطعه قميصا، فالقول قول المالك مع يمينه. وقيل: قول الخياط، والأول أشبه. ولو أراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك، إذا كانت الخيوط من الثوب أو من المالك. ولا أجره له، لأنه عمل لم يأذن فيه المالك.

لأنكاره الزائد منهما مع اتفاقهما على وقوع العقد وعلى العين والمدة. وقيل بالتحالف هنا أيضا، لأن كل واحد منهما مدع ومنكر. وهو ضعيف (جدا) (١). قوله: " إذا ادعى الصانع أو الملاح... الخ "

القول بضمنانهم مع عدم البينة هو المشهور، بل ادعى عليه الاجماع. والروايات (٢) مختلفة. والأقوى أن القول قولهم مطلقا، لأنهم أمناء، وللأخبار الدالة عليه (٣). ويمكن الجمع بينهما وبين ما دل على الضمان بحمل تلك على ما لو فرطوا أو أخرجوا المتاع عن الوقت المشترك، كما دل عليه بعضها. قوله: " لو قطع الخياط ثوبا قباء... الخ "

القولان للشيخ (٤) رحمه الله، وأقواهما ما اختاره المصنف، لأنه منكر لما يدعيه الخياط من التصرف في ماله. والخياط يدعي الإذن في قطعه على الوجه الذي يزعمه، والأصل عدمه. ويدعي أيضا المسقط لضمنانه بتصرفه في مال الغير، وهو إذن المالك،

(١) نسخة بدل من " و " فقط.

(٢) لاحظ الوسائل ١٣: ٢٧١ ب " ٢٩ " و ب " ٣٠ " من أبواب أحكام الإجارة.

(٣) راجع ص: ٢٢٤ هامش (٣).

(٤) الخلاف ٣: ٣٤٨ مسألة " ١١ " كتاب الوكالة، و ٥٠٦ مسألة " ٣٤ " كتاب الإجارة.

ولأن قول المالك مقدم في أصل الإذن فكذا في صفته، لأن مرجعه إلى الإذن على وجه مخصوص.

ووجه تقديم قول الخياط: أن المالك يدعي عليه حقا وهو الأرش، فهو غارم، فيقدم قوله في نفيه وإن لم يثبت له الأجرة.

فعلى المختار من تقديم قول المالك لا أجرة للخياط على عمله، وعليه أرش الثوب ما بين كونه مقطوعا قميصا ومقطوعا قباء، فعلى هذا لا أرش لما يصلح لهما من القطع، لكونه من جملة المأذون. ويحتمل كونه تفاوت ما بين قيمته صحيحا و مقطوعا، لأن القطع على الوجه الذي يدعيه الخياط عدوان.

ثم لو أراد فتح القباء (١) ليرفع ما أحدثه من العمل لم يكن له ذلك إن كانت الخيوط للمالك، سواء كانت من الثوب أم من غيره، إذ ليس له عين يمكنه انتزاعها، ولا يمكن تخليص العمل، لأنه ليس عينا وقد صدر عدوانا، فكان كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى آخر عدوانا، فإنه ليس له رده إلى محله الأول إلا بمطالبة المالك. ولو كانت الخيوط للخياط ففي تمكينه من أخذها وجهان أصحهما ذلك، لأنها عين ماله وهي باقية، فكانت كالصبغ في الثوب المغصوب. ووجه المنع: استلزام أخذها التصرف في ملك الغير بغير إذنه، وأنه يزعم أنها للمالك بناء على أن الخيوط على الخياط، وأنه إنما يستحق الأجرة وقد ظلمه المالك بإنكاره.

وعلى المختار لو طلب المالك أن يشد في طرف كل خيط خيطا حتى إذا سل الخياط خيوطه صار خيط المالك في مكانه لم يجب على الخياط إجابته، لأنه تصرف في مال الغير يتوقف على إذنه، كما لا يجب عليه القبول لو بذله المالك قيمة الخيوط وتبقيتها، لأنه مسلط على ماله. وكذا لو بذل للمالك قيمة الثوب.

(١) كذا في هامش " و " و " ن " وهو الصحيح وفي سائر النسخ: القميص.

كتاب الوكالة
وهو يستدعي بيان فصول
الأول
في العقد

وهو استنابة في التصرف. ولا بد في تحققه من ايجاب دال على
القصد، كقوله: " وكتلك " أو " استبتك " أو ما شاكل ذلك. ولو قال:
" وكتلني " فقال: نعم، أو أشار بما يدل على الإجابة، كفى في الايجاب.

- قوله: " في العقد وهو استنابة في التصرف ".
الوكالة - بفتح الواو وكسرهما - استنابة في التصرف. فالاستنابة بمنزلة الجنس
يشمل الأمانات المالكية كالوديعة والعارية والقراض وغيرها. وخرج بقيد التصرف
الوديعة، فإنها استنابة في الحفظ خاصة. والوصية إحداث ولاية لا استنابة، فهي
خارجة من أول الأمر. وبقي نحو القراض والمزارعة والمساقاة مندرجا في التعريف.
وكأنه أراد الاستنابة في التصرف بالذات فتخرج هذه، لأن الاستنابة فيها ضمنية أو
التزامية، والمقصود بالذات غيرها. ولو صرح بالقيود كان حسنا.
قوله: " ولا بد في تحققه من ايجاب دال على القصد - إلى قوله - كفى في الايجاب ".
لما كان عقد الوكالة من العقود الجائزة صح بكل لفظ يدل على الاستنابة في
التصرف، وإن لم يكن على نهج الألفاظ المعبرة في العقود. وبينه عليه قول النبي صلى

وأما القبول فيقع باللفظ كقوله: " قبلت " أو " رضيت " أو ما شابهه.
وقد يكون بالفعل كما إذا قال: " وكلتك في البيع " فباع.

– الله عليه وآله وسلم لعروة البارقي: " اشتر لنا شاة " (١) وقوله تعالى حكاية عن أهل الكهف: " فليأتكم برزق منه " (٢). ومنه: بع واشتر وأعتق، وأذنت لك في كذا، و " نعم " عقيب الاستفهام التقريري ك " وكلتني في كذا؟ " لأنها نائبة مناب وكلتك. وكذا الإشارة الدالة على المراد الواقعة جواباً، فإنها وإن لم تعد (٣) إيجاباً صريحاً ولم يحصل النطق به إلا أنه بمنزلته في الدلالة، فيكفي فيه التوسع في مثل هذا العقد. قوله: " وأما القبول فيقع باللفظ – إلى قوله – فباع ".

إنما اكتفى بالقبول الفعلي بهذا المعنى، لأن المقصود الأصلي من الوكالة الاستنابة والإذن في التصرف، وهو إباحة ورفع حجر فأشبهه إباحة الطعام ووضع بين يدي الآكل، فإنه لا يفتقر إلى القبول اللفظي.

وما ذكره المصنف من كون القبول الفعلي هو فعل ما تعلق به الوكالة هو الظاهر من عبارة كثير من الأصحاب، ومنهم العلامة في غير التذكرة (٤)، أما فيها (٥) فقال: " إن القبول يطلق على معنيين: أحدهما: الرضا والرغبة فيما فوض إليه، ونقيضه الرد. والثاني: اللفظ الدال عليه على النحو المعبر في البيع وسائر المعاملات. ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأول دون الثاني، حتى لو رد وقال: لا أقبل ولا أفعل، بطلت. ولو أراد أن يفعل أو يرجع فلا بد من استئناف إذن مع علم الموكل " . والأصل في ذلك أن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وآله لم ينقل عنهم سوى امتثال أمره. قال: " وإن لم يشترط القبول اللفظي كفت الكتابة والرسالة، وكان مأذوناً في التصرف " انتهى. وهذا يدل على أن القبول الفعلي بمعنى فعل ما وكل فيه

(١) ثاقب المناقب: ١١٢ ح ١٠٨، سنن الدارقطني ٣: ١٠ ح ٢٩.

(٢) الكهف: ١٩.

(٣) في " ه " : تفد.

(٤) تحرير الأحكام ١: ٢٣٢، والقواعد ١: ٢٥٢.

(٥) التذكرة ٢: ١١٤.

ولو تأخر القبول عن الايجاب لم يقدر في الصحة، لأن الغائب
يوكل والقبول يتأخر.
ومن شرطها أن تقع منجزة، فلو علق بشرط متوقع، أو وقت
متجدد، لم تصح.

- لا يكفي مطلقا، بل مع اقترانه بالرضا والرغبة ووقوعه قبل أن يرد. والمراد بقوله:
" كفت الكتابة " أي في الايجاب. وإنما رتب الاكتفاء بهما على عدم اشتراط القبول
اللفظي، لأنه لو اشترط كان عقدا محضاً، فلا يكفي فيه الكتابة. أما إذا لم يعتبر فهي
إباحة يكفي كل ما دل عليها.
وما ذكره المصنف والجماعة (١) من الاكتفاء في الايجاب بالإشارة اختياراً يقتضي
الاكتفاء بالكتابة أيضاً، لاشتراكهما في الدلالة مع أمن التزوير.
قوله: " ولو تأخر القبول عن الايجاب - إلى قوله - يتأخر ".
ظاهر العلامة في التذكرة (٢) أن هذا الحكم إجماعي، لأنه أسنده إلى أصحابنا،
وجوز تراخيه وإن كان إلى سنة. وتعليل المصنف الجواز بتوكيل الغائب مع تأخر
القبول لا يخلو من دور، لأن جواز توكيل الغائب مع تأخر القبول فرع جواز التراخي،
إذ لو قلنا بوجوب فوريته لم يصح توكيل الغائب. ولو أراد توكيل الغائب جائز
إجماعاً فيدل على جواز التراخي أمكن الاستدلال بالاجماع أيضاً على جواز التراخي
من غير قيد الغائب، إلا أن يقال الاجماع واقع في الغائب خاصة. ولم يذكره أحد.
قوله: " ومن شرطها أن تقع منجزة - إلى قوله - لم تصح ".
من شرط الوكالة وقوعها منجزة عند علمائنا، فلو علقها على شرط متوقع وهو
ما يمكن وقوعه وعدمه، أو صفة وهي ما كان وجوده في المستقبل محققاً كطلوع
الشمس - وإليها أشار بقوله: أو وقت متجدد - لم يصح. واحتراز بتعليقها على الشرط
عما لو قرنها بشرط لا يقتضي التعليق كـ " وكتك في كذا، وشرطت عليك كذا " مما لا

(١) منهم العلامة في التذكرة ٢: ١١٤، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٨: ١٧٨.

(٢) التذكرة ٢: ١١٤.

نعم، لو نجز الوكالة، وشرط تأخير التصرف، جاز.

- مانع منه، فإنه جائز.

واعلم أنه متى فسد العقد لتعليقه على الشرط فهل يصح التصرف بعد حصول الشرط؟ قرب في التذكرة ذلك محتجا بأن الإذن حاصل لم يزل بفساد العقد، وصار كما لو شرط في الوكالة عوضا مجهولا فقال: بع كذا على أن لك العشر من ثمنه، تفسد الوكالة، ولكن إن باع يصح (١). ولأن المقتضي للصحة حاصل وهو الإذن، إذ الغرض حصول المعلق عليه، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا رفع الوكالة، وهي أخص من مطلق الإذن، ورفع الخاص لا يستلزم رفع العام. فعلى هذا فائدة الفساد سقوط الجعل المسمى في عقد الوكالة إن كان والرجوع إلى أجره المثل، كما في المضاربة الفاسدة حيث حكم فيها بعدم استحقاق الحصة المشروطة ووجب للعامل أجره المثل.

وفيه: أن الوكالة ليست أمرا زائدا على الإذن، والجعل المشروط ليس جزء منها، وإنما هو شرط زائد عليها، لصحتها بدونه، بخلاف المضاربة، فإن اشتراط الحصة شرط في صحتها. ولأنه لو تملك ذلك لزم الحكم بحصة التصرف مع فسادها بوجه آخر، كعزل الوكيل نفسه مع علم الموكل به وسكوته، فإن الإذن حاصل منه فلا يرتفع بفسخ الوكيل. ولأن العقد حينئذ فاسد قطعا، ولا معنى للفساد إلا ما لا يترتب عليه أثره. ولأن الإذن المطلق إنما وجد في ضمن الوجه المخصوص، إذ لا وجود للكلي إلا في ضمن جزئياته، ولم يوجد منها إلا هذا الجزئي، فإذا ارتفع ارتفع الكلي. وللتوقف في هذا الحكم مجال.

قوله: " نعم، لو نجز الوكالة وشرط تأخير التصرف جاز ".
كأن يقول: وكلتك في كذا ولا تتصرف إلا بعد شهر مثلا، فإنه يجوز بلا خلاف. نقله في التذكرة (٢). والوجه أن منعه من التصرف في الوقت المعين شرط زائد

(١) التذكرة ٢: ١١٤.

(٢) التذكرة ٢: ١١٤.

ولو وكله في شراء عبد افتقر إلى وصفه، لينتفي الغرر.

– على أصل الوكالة المنجزة، وهي قابلة للشروط السايغة (١). وهذا وإن كان في معنى التعليق إلا أن العقود لما كانت متلقاة من الشارع نيطت بهذه الضوابط، وبطلت فيما خرج عنها وإن أفاد فائدتها.

قوله: " ولو وكله في شراء عبد افتقر إلى وصفه لينتفي الغرر ".
لما كان العبد المطلق متوغلا في الابهام، صادقا على أصناف مختلفة في الأوصاف والرغبات، لم يكن اطلاق التوكيل في شرائه كافيا، بل لا بد من وصفه من بعض الوجوه، كقوله: عبدا تركيا ونحوه، لينتفي الغرر. ولا يجب الاستقصاء في الوصف بحيث ترتفع الجهالة عنه اتفاقا. كذا ذكره المصنف وجماعة (٢).
ويشكل بأن الغرر يندفع بمراعاة الوكيل المصلحة في شرائه، فإن الاطلاق محمول شرعا على الاستنابة في شراء عبد يكون شرائه مشتملا على مصلحة للموكل، فيتخير الوكيل حيث توجد المصلحة في متعدد. ويكون ذلك كالقراض حيث أمره المالك بشراء شيء فإنه أشد توغلا في الابهام. فالجواز مطلقا قوي، وإن كان اعتبار الوصف أحوط.

ولا فرق بين المقصود من العبد التجارة والقنية، لأن رعاية المصلحة معتبرة في الموضوعين. واحتمل الشهيد (٣) " رحمه الله " التفصيل فيجب الوصف في الثاني دون الأول، لأن دائرة التجارة أوسع، فإن الغرض منها الاسترباح وهو يتحقق في ضمن أي فرد كان. ويندفع بأن المصلحة معتبرة في كل شيء بحسبه، والأعيان متفاوتة في الموضوعين.

(١) في هامش " و " و " ن " : " يستفاد من حصر الشرائط فيها أن الوكالة لا يشترط فيها الدوام، فلو وقتها بآمد معلوم صح وامتنع تصرف الوكيل بعده. صرح به في التذكرة. منه رحمه الله ". راجع التذكرة ٢: ١١٤.

(٢) منهم الشيخ في المبسوط ٢: ٣٩١، والعلامة في قواعد الأحكام ١: ٢٥٤.

(٣) حكاه عنه المحقق الثاني في جامع المقاصد ٨: ٢٢٢.

ولو وكله مطلقا لم يصح على قول. والوجه الجواز. وهي عقد جائز من طرفيه، فللوكيل أن يعزل نفسه، مع حضور الموكل ومع غيبته.

- قوله: " ولو وكله مطلقا لم يصح على قول. والوجه الجواز ".
القول بعدم جوازه مع الاطلاق للشيخ (١) رحمه الله، لاشتماله على الغرر. ووجه الجواز يعلم مما سبق، فإن فعل الوكيل لما كان مقيدا بالمصلحة، والجهالة تنتفي بالرجوع إلى المتعارف المناسب للموكل، انتفى المانع.
وفي حكم المصنف بجواز الوكالة مطلقا مع الاطلاق وعدم جوازها في شراء العبد مطلقا نوع تنافر، لأن دائرة المطلق أوسع من العبد المطلق، لأنه فرد من أفراد، فكان أولى بالجواز. ومثله اتفق لفتوى القواعد (٢)، فإنه ذكر الاطلاق بعد مسألة العبد وأنه لا بد من وصفه ليرتفع الغرر، إلا أن الشراح (٣) ذكروا أنه يريد بالاطلاق في الثانية الاطلاق في وكالة شراء العبد، وجعلوه رجوعا عن السابق. وعبارة التحرير (٤) تؤيد ما ذكروه، لأنه صرح فيها بأن الاطلاق في وكالة شراء العبد، وهو مناسب أيضا لنقل القول بالبطلان، فإن الشيخ منع في مسألة العبد كذلك (٥). فإن أريد من العبارة هذا المعنى كان الحكم بتجويزه بعد اعتبار الوصف رجوعا صريحا، أو يريد بالافتقار الأولوية ونحوها. ويحتمل أن يريد هنا مطلق الوكالة الشاملة لشراء العبد، وغيره أولى. وعلى التقديرين فالأقوى الصحة.
قوله: " وهي عقد جائز من طرفيه، فللوكيل أن يعزل نفسه مع حضور الموكل ومع غيبته ".

انزال الوكيل بعزله نفسه وجعل الوكالة من أبواب العقود يقتضي أرجحية ما

(١) المبسوط ٢: ٣٩١.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٥٤.

(٣) راجع إيضاح الفوائد ٢: ٣٤٠، وجامع المقاصد ٨: ٢٢١.

(٤) تحرير الأحكام ١: ٢٣٢.

(٥) المبسوط ٢: ٣٩١.

فسر به في التذكرة سابقا (١) في القبول الفعلي من أنه الرغبة في الفعل والرضا به لا مجرد الفعل، وإلا لكان إباحة محضة وإذنا خالصا، وهو لا يبطل برده، فإن من أذن لغيره في تناول طعامه أو أخذ شيء من ماله فلم يقبل ذلك لا يبطل الإذن له، بل يجوز له التصرف بعد ذلك، لأن المسوغ وهو إذن المالك موجود، والقبول إذا لم يكن شرطا في الإباحة لم يكن ردها مانعا.

ولا فرق في بطلان وكالته بعزل نفسه بين إعلام الموكل وعدمه، بخلاف عزل الموكل له كما سيأتي (٢). والفارق النص (٣). فعلى هذا لو تصرف بعد عزله نفسه وقبل أن يعلم الموكل بذلك لم ينفذ تصرفه، لابطاله العقد الجائز الذي هو مناط جواز التصرف.

ويحتمل توقف انعزاله على علم الموكل، فيجوز له التصرف قبل بلوغه عملا بالإذن العام الذي تضمنته الوكالة، بل يحتمل ذلك مع بلوغه أيضا، لأصالة بقاء الإذن، ومجرد علمه بالرد لا يدل على بطلانه من قبل الآذن. ولو اكتفينا في قبول الوكيل بفعله مقتضاها كيف كان قوي هذا الاحتمال جدا، لأنها تصير حينئذ مجرد إذن وإباحة، ويجوز مع ذلك اطلاق العقد عليها من حيث إن قبولها بالقول يصح، ويترتب عليه أثر في الجملة. وبهذا الاحتمال قطع في القواعد (٤) مع جهل الموكل بالرد، واستشكل مع علمه. وليس ببعيد.

ويمكن الجمع بين كونها عقدا جائزا يبطل بالرد وعدم بطلان التصرف بالرد، بأن يحكم ببطلان الوكالة الخاصة وما يترتب عليها من الجعل لو كان، وبقاء الإذن العام.

(١) راجع ص: ٢٣٨.

(٢) في ص: ٢٤٤.

(٣) الوسائل ١٣: ٢٨٦ ب " ٢ " من أبواب كتاب الوكالة.

(٤) قواعد الأحكام ١: ٢٥٩.

وللموكل أن يعزل، بشرط أن يعلمه العزل.
ولو لم يعلمه لم يعزل بالعزل. وقيل: إن تعذر إعلامه فأشهد،
انعزل بالعزل والاشهاد. والأول أظهر.

- ويمكن بناء هذا الحكم على ما تقدم (١) من أن بطلان الوكالة هل يقتضي بطلان الإذن العام أو لا؟ وقد مر تحقيقه، لاشتراكهما في بطلان الوكالة هناك بعدم التنجيز وهنا بعدم القبول، إلا أن الحكم هنا لا يخلو من رجحان على ذلك، من حيث إن الإذن هنا صحيح جامع للشرائط، بخلاف السابق، فإنه معلق. وفي صحته ما قد عرفت. ومن ثم جزم في القواعد ببقاء صحته هنا، وجعل الصحة هناك احتمالاً (٢). وفي التذكرة (٣) عكس، فاستقرب هناك بقاء الإذن الضمني وجعل بقاءه هنا احتمالاً. وفي التحرير (٤) والإرشاد (٥) أطلق القول بالبطلان فيهما كما هنا. فقد صار للعلامة " رحمه الله " في المسألتين ثلاثة أقوال.
قوله: " وللموكل أن يعزله بشرط أن يعلمه بالعزل - إلى قوله والأول أظهر ".

ما اختاره المصنف هو المشهور بين الأصحاب خصوصاً بين المتأخرين.
ومستنده أخبار عن أئمة الهدى عليهم السلام، كصحيحة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام (٦): " عن رجل وكل آخر وكالة في إمضاء أمر من الأمور، وأشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لامضاء الأمر، فقال: اشهدوا أنني قد عزلت فلانا عن الوكالة. فقال: إن كان الوكيل قد أمضى الأمر الذي وكل عليه قبل

(١) لاحظ ص: ٢٤٠.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٥٢.

(٣) التذكرة ٢: ١١٤ و ١٣٣.

(٤) تحرير الأحكام ١: ٢٣٢.

(٥) إرشاد الأذهان ١: ٤١٧.

(٦) الفقيه ٣: ٤٩ ح ١٧٠، التهذيب ٦: ٢١٣ ح ٥٠٣، والوسائل ١٣: ٢٨٦ ب " ٢ " من كتاب الوكالة ح ١.

أن يعزل عن الوكالة فإن الأمر ماض، كره الموكل أم رضي. قلت: فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم العزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر ماض على ما أمضاه؟ قال: نعم. قلت له: فإن بلغه العزل قبل أن يمضي الأمر ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء؟ قال: نعم، إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة أو يشافهه بالعزل عن الوكالة". ولاستلزام انعزاله قبل العلم ضرراً عظيماً، كما إذا وكله في بيع جارية فيطؤها المشتري قبله، أو طعام فيأكله، ونحو ذلك. وفي رواية العلاء بن سبيبة عنه عليه السلام (١) نحو ذلك، وفيها أنه لا عبرة بالاشهاد على العزل من دون أن يعلم به الوكيل قبل الفعل.

والقول بالاكْتفاء في انعزاله بالاشهاد للشيخ (٢) وجماعة من الأصحاب (٣). واختار في القواعد (٤) انعزاله بالعزل مطلقاً، نظراً إلى أنه عقد جائز، ومن حقه أن يفسخ بالفسخ على جميع الأحوال، وإلا كان على بعضها لازماً. والأخبار (٥) التي بعضها صحيح حجة عليهما. ومقتضى قول المصنف هنا - ومن وافقه على قوله كالعلامة في سائر كتبه (٦)،

-
- (١) الفقيه ٣: ٤٨ ح ١٦٨، التهذيب ٦: ٢١٤ ح ٥٠٦، الوسائل ١٣: ٢٨٦ ب " ٢ " من أبواب أحكام الوكالة ح ٢.
(٢) النهاية: ٣١٨.
(٣) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٣٨، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٣، وابن إدريس في السرائر ٢: ٩٣.
(٤) قواعد الأحكام ١: ٢٥٨.
(٥) أنظر الوسائل ١٣: ٢٨٥ كتاب الوكالة ب " ١ " و ب " ٢ ".
(٦) في هامش " و " و " ن ": " أي ما فيها بعد القواعد، فإن اللغة الفصيحة في " سائر " استعمالها بمعنى الباقي، ومنه قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لابن غيلان لما أسلم على عشرة نسوة: أمسك أربعاً وفارق سائرهن، أي باقيهن. منه رحمه الله ". راجع التذكرة ٢: ١٣٢، وتحريير الأحكام ١: ٢٣٢، والإرشاد ١: ٤١٧.

ولو تصرف الوكيل قبل الاعلام، مضى تصرفه على الموكل. فلو
وكله في استيفاء القصاص ثم عزله، فاقتصر قبل العلم بالعزل، وقع
الاقتصاص موقعه.
وتبطل الوكالة بالموت،

حيث قيدوا الانعزال بعلمه - وعدم الاكتفاء ببلوغه له بما لا يفيد العلم وإن كان
بعدل، بل وإن كان بعدلين، لأنهما يفيدان ظنا يجوز التعويل عليه شرعا ولكن لا
يفيدان العلم، لأن مناطه من جهة الأخبار التواتر أو الخبر المحفوف بالقرائن إن قلنا
بإفادته العلم، وهو منفي فيهما، فلا ينزل على مقتضى ظاهر كلامهم إلا بمشافهته
به أو بلوغه الخبر بمن يفيد قوله التواتر. والظاهر أنهم لا يريدون هذا المعنى قطعاً،
لما قد علم من مستند الحكم، خصوصاً إخبار الشاهدين، فإنه حجة شرعية فما هو
أقوى من ذلك.

والأقوى انعزاله بما دل عليه الخبر الصحيح (١) من إخبار الثقة وإن كان واحداً،
ولا عبرة بإخبار غير العدل وإن تعدد ما لم يثمر العلم.
قوله: " ولو تصرف الوكيل - إلى قوله - موقعه ".
هذا من فروع عدم انعزاله بعزله من دون الاعلام، والحكم حينئذ ظاهر.
وكان الأنسب عطفه عليه بالفاء ليفيد التفريع، إلا أن النسخ المعتبرة - كنسخة شيخنا
الشهيد التي قابلها بنسخة مصنفه (٢) - بالواو.
قوله: " وتبطل الوكالة بالموت " .

أي موت كل من الوكيل والموكل. أما موت الوكيل فظاهر، وأما موت الموكل
فتبطل به وكالة الوكيل، فيكون تصرفه بعد الموت باطلاً وإن لم يعلم بموته، لأن ذلك
هو الأصل، وإنما خرجت مسألة العزل بالنص. ولا تبطل الأمانة ببطلان الوكالة

(١) الفقيه ٣: ٤٩ ح ١٧٠، التهذيب ٦: ٢١٣ ح ٥٠٣، والوسائل ١٣: ٢٨٥ ب " ٢ " من
أبواب أحكام الوكالة ح ١.

(٢) كذا في " و " وفي " س " و " ن " و " ه " : بنسخ معظمه. وفي " ب " معظمه.

والجنون، والاعماء، من كل واحد منهما.
وتبطل وكالة الوكيل بالحجر على
الموكل، فيما يمنع الحجر من التصرف فيه.
ولا تبطل الوكالة بالنوم وإن
تطاول.

– هنا، فلو تلفت العين الموكل فيها في يده بغير تفريط لم يضمن. وكذا لو كان وكيلا
في قبض حق قبضه بعد موت الموكل قبل العلم به وتلف في يده بغير تفريط، لكن
يجب عليه المبادرة إلى إيصال العين إلى الوارث، فإن أصر ضمن كالوديعة.
قوله: " والجنون والاعماء من كل واحد منهما ".
هذا موضع وفاق، ولأنه من أحكام العقود الجائزة. ولا فرق عندنا بين طول
زمان الاعماء وقصره، ولا بين الجنون المطبق والأدوار. وكذا لا فرق بين أن يعلم
الموكل بعروض المبطل وعدمه. ويجيء على احتمال جواز تصرفه مع رده ومع بطلان
الوكالة بتعليقها على شرط جواز تصرفه هنا بعد زوال المانع بالإذن العام.
قوله: " وتبطل وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من
التصرف فيه ".

– لأنه إذا منع من مباشرته فمن التوكيل فيه أولى، ولسلب الحجر للسفه والفلس
أهلية التصرف المالي مطلقا. وفي حكم الحجر طرو الرق على الموكل بأن كان حربيا
فاسترق. ولو كان هو الوكيل صار بمنزلة توكيل عبد الغير. وسيأتي (١) الكلام فيه.
قوله: " ولا تبطل الوكالة بالنوم وإن تطاول ".
لبقاء أهلية التصرف، ومن ثم لا تثبت عليه به ولاية. ومثله السكر إلا أن
يشترط في الوكيل العدالة، كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف العام ووكيل الوكيل مطلقا،
فتبطل وكالته بالسكر الاختياري. وكذا لو فعله الموكل الذي تشترط عدالته. وقيد
في اللمعة (٢) النوم المتطاول بأن لا يؤدي إلى الاعماء. وهو حسن إلا أنه خروج عن
موضع الفرض.

(١) في ص: ٢٦٧.

(٢) اللمعة الدمشقية: ٩٧.

وتبطل الوكالة بتلف ما تعلقت الوكالة به، كموت العبد الموكل في بيعه، وبموت المرأة الموكل بطلاقها.
وكذا لو فعل الموكل ما تعلقت الوكالة به.

قوله: " وتبطل الوكالة - إلى قوله - بطلاقها ".
المراد بمتعلق الوكالة ما دل عليه لفظها مطابقة أو تضمنا. فالأول كما ذكره المصنف من موت العبد الموكل في بيعه والمرأة الموكل في طلاقها، والثاني كتلف الدينار الموكل في الشراء به، فإن متعلق الوكالة حينئذ الشراء وكونه بالدينار المعين، فإذا تلف الدينار بطلت الوكالة، لفوات متعلقها في الموضوعين. ولا فرق بين أن ينص على الشراء بعينه ويطلق بأن يقول: إشتهر به، لاقتضائه دفعه ثمنا فلا يتناول بدله كما لو كان تلفه موجبا لضمانه. وفي حكم التلف انتقاله عن ملكه كما لو أعتق العبد الموكل في بيعه، أو باع الموكل في عتقه، أو نقل الدينار عن ملكه كذلك وإن كان باقراضه للوكيل وإقباضه إياه.
قوله: " وكذا لو فعل الموكل ما تعلقت به الوكالة ".

كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه، وبطلان الوكالة ظاهر، لامتناع تحصيل الحاصل. وفي حكمه فعل الموكل ما ينافي الوكالة. وفي كون وطئ الزوجة الموكل في طلاقها والسرية الموكل في بيعها منافيا وجهان، من دلالة الوطئ على الرغبة ظاهرا، ولهذا دل فعله على الرجوع في المطلقة رجعية، فرفعه للوكالة أولى، ومن ثبوت الوكالة. ومنافاة الوطئ لها غير معلوم، وثبوت الفرق بين الطلاق والوكالة، فإن الطلاق يقتضي قطع علاقة النكاح فينافية الوطئ، بخلاف التوكيل، فإنه لا ينافي انتفاع الموكل بالملك الذي من حملته الوطئ بوجه. نعم، فعل مقتضى الوكالة ينافية، والأولية ممنوعة. وهذا أقوى. وأولى بعدم البطلان فعل المقدمات.
وفي القواعد (١) فرق بين الزوجة والسرية، فقطع في الزوجة بالبطلان وفي السرية بخلافه. والفرق ضعيف. وفي التذكرة (٢) توقف في حكم الوطئ والمقدمات

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٥٨.

(٢) التذكرة ٢: ١٣٤.

والعبارة عن العزل أن يقول: " عزلتك " أو " أنزلت نيابتك " أو " فسخت " أو " أبطلت " أو " نقضت " أو ما جرى مجرى ذلك. وإطلاق الوكالة يقتضي الابتياح بثمن المثل، بنقد البلد، حالا، وأن يتناع الصحيح دون المعيب. ولو خالف لم يصح، ووقف على إجازة المالك.

- معا.

قوله: " والعبارة عن العزل أن يقول: عزلتك... الخ ". هذا بيان للعزل القولي، أما الفعلي فقد تقدم ما يدل عليه. ولو نهاه عن فعل ما وكله فيه فهو عزل قولي أيضا، وهو داخل في " ما جرى مجراه ". قوله: " وإطلاق الوكالة يقتضي الابتياح بثمن المثل بنقد البلد حالا ". يستثنى من ثمن المثل النقصان عنه بالشئ اليسير الذي يتسامح الناس بمثله ولا يناقشون به، كدرهم ودرهمين في ألف. ويجب تقييد جواز البيع به بعدم وجود باذل لأزيد منه، وإلا لم يجز الاقتصار عليه، حتى لو باع بخيار لنفسه فوجد في مدة الخيار باذل زيادة وجب عليه الفسخ إن كانت وكالته متناولة لذلك. وليس كذلك ما لو عين له قدرا فوجد باذلا لأزيد، فإنه لا يجب عليه هنا بيعه بالأزيد، مع احتمالته. والفرق أنه في الأول مخاطب بالعمل بالأمر المتعارف، وهنا بالعمل بما عين له. وأما نقد البلد فإن اتحد حمل عليه، لأنه المعهود عند الاطلاق، وإن اختلف باع بالأغلب، فإن تساوت النقود في المعاملة باع بما هو أنفع للموكل، فإن استوت نفعاً ومعاملة تخير.

قوله: " وأن يتناع الصحيح دون المعيب - إلى قوله - إجازة المالك ". لا خلاف عندنا في أن اطلاق الوكالة بالشراء يقتضي شراء الصحيح دون المعيب، ولأنه المعهود عرفاً، خصوصاً فيما يشتري للقنية، وبهذا فارتت الوكالة القراض. فإذا خالف الوكيل فاشترى المعيب عالماً كان فضولياً. وإن كان جاهلاً وقع

ولو باع الوكيل بضمن فأنكر المالك الإذن في ذلك القدر، كان القول قوله مع يمينه، ثم تستعاد العين إن كانت باقية، ومثلها أو قيمتها إن كانت تالفة. وقيل: يلزم الدلال إتمام ما حلف عليه المالك. وهو بعيد.

- عن الموكل، لأنه مكلف بالظاهر، والوقوف على الباطن قد يعجز عنه، بخلاف ما لو اشترى بأزيد (١) من ثمن المثل، فإنه لا يقع عن الموكل وإن كان جاهلا، لأن نقص القيمة أمر ظاهر مستند إلى تقصيره في تحرير القيمة، بخلاف العيب. كما قرره. ويشكل فيهما على الإطلاق، فإن من العيب ما هو أظهر من الغبن كالعور والعرج، ومن الغبن ما هو أخفى على كثير من أهل الخبرة من (٢) كثير من العيوب كما في الجواهر ونحوها. والذي يقتضيه الفرق ويوافقه النظر أن العيب والغبن معا إن كانا مما يخفى غالبا وقع الشراء عن الموكل مع الجهل بهما، وإلا وقف على الإجازة، فينبغي تأمل ذلك.

قوله: " ولو باع الوكيل بضمن - إلى قوله - وهو بعيد ". هذا الاختلاف راجع إلى صفة الوكالة، وكما يقبل قول الموكل في أصلها فكذا في صفتها، لأنه فعله وهو أعرف بحاله ومقاصده الصادرة عنه، ولأصالة عدم صدور التوكيل على الوجه الذي يدعيه الوكيل. ونبه بقوله: " ولو باع الوكيل " على أن فائدة هذا الاختلاف إنما هو مع وقوع التصرف، لأن الوكالة قبله تندفع بمجرد الإنكار. لا يقال: إن دعوى الموكل حينئذ تستلزم جعل الوكيل خائنا، لتصرفه على غير الوجه المأمور به، فيكون القول قوله، لأنه أمين والأصل عدم الخيانة كما سيأتي. لأننا نقول: إن ذلك إنما يتم لو كان تصرفه بالوكالة والخيانة في بعض متعلقاتها، كما لو ادعى الموكل عليه - بعد تلف الثمن الذي باع به بمقتضى الوكالة

(١) كذا في " ن ". وفي غيرها: بدون ثمن المثل. ولا يتم في فرض المسألة وإن كان يناسبه قوله فيما بعد: لأن نقص القيمة....
(٢) كذا في " ه " وفي غيرها: في.

فإن تصادق الوكيل والمشتري على الثمن، ودفع الوكيل إلى المشتري السلعة فتلفت في يده، كان للموكل الرجوع على أيهما شاء بقيمته. لكن إن رجع على المشتري، لا يرجع المشتري على الوكيل، لتصديقه له في الإذن. وإن رجع على الوكيل، رجع الوكيل على المشتري بأقل الأمرين، من ثمنه وما اغترمه.

تأخر قبضه عن تقبيل المبيع أو التعدي فيه بوجه. وهنا ليس كذلك، لأن اختلافهما في صفة التوكيل يؤل إلى الاختلاف في أصله، لأن الموكل منكر لأصل الوكالة على الوجه الذي يدعيه الوكيل. وبالجملة فالوجه الذي يقتضي القبول في أصلها يقتضيه في صفتها. والقول الذي نقله المصنف ضعيف، ولا سند له. قوله: " فإن تصادق الوكيل - إلى قوله - وما اغترمه ".

إذا حلف الموكل على نفي ما ادعاه الوكيل بطل البيع بالنسبة إلى الوكيل. وأما المشتري فإن صادق (١) على الوكالة ثبت في حقه كذلك، وإلا فلا، بل يلزمه اليمين على نفي العلم إن ادعي عليه، فإن نكل ردت على الموكل، وتوقف ثبوت البطلان بالنسبة إليه على يمين أخرى.

ثم إما أن تكون العين باقية أو تالفة. فإن كانت باقية وثبت قول الموكل بالنسبة إلى المشتري استرجعها، ورجع المشتري بالثمن إن كان دفعه ولم يصدق الوكيل في دعواه، وإلا رجع بأقل الأمرين من الثمن وقيمة المبيع، لأن الثمن إن كان أقل فليس في يد الوكيل من مال الموكل الذي هو ظالم للمشتري بزعمه سواء، فيأخذه قصاصاً، وإن كان أكثر لم يرجع بأزيد من القيمة، لأنه المظلوم فيها بزعمه، ويبقى الزائد في يد الوكيل مجهول المالك.

وإن كانت تالفة فحكمه ما ذكره المصنف من تخيير الموكل في الرجوع على أيهما شاء. أما المشتري فلتلف ماله في يده، وأما الوكيل فلعدوانه ظاهراً.

(١) في س: تصادقا.

وإطلاق الوكالة في البيع يقتضي تسليم المبيع، لأنه من واجباته.
وكذا إطلاق الوكالة في الشراء يقتضي الإذن في تسليم الثمن. لكن لا
يقتضي الإذن في البيع قبض الثمن، لأنه قد لا يؤمن على القبض.

- فإن رجع على المشتري بالقيمة وكان مصدقا للوكيل فيما يدعيه لم يرجع المشتري
على الوكيل، لتصديقه له في صحة البيع وزعمه أن الموكل ظالم في رجوعه عليه، فلا
يرجع على غير ظالمه. هذا إذا لم يكن قد قبض الوكيل الثمن منه، وإلا لم يتوجه عدم
الرجوع عليه، لأن الوكيل لا يستحق الثمن، والموكل لا يدعيه، لعدم تعيينه ثمنًا له،
وقد أغرم المشتري عوض المال فرجع على الوكيل بما دفعه إليه، لكن إن كان بقدر
القيمة أو أقل فالرجوع به ظاهر، وإلا رجع بقدر ما غرم، ويبقى الباقي في يد الوكيل
مجهول المالك.

وإن لم يكن المشتري مصدقا على الوكالة رجع على الوكيل بما غرمه أجمع
لغروره. ولو كان الثمن أزيد وقد دفعه إلى الوكيل رجع به، لفساد البيع ظاهرا. وإن
رجع على الوكيل رجع الوكيل على المشتري بالأقل من ثمنه وما اغترمه، لأن الثمن
إن كان أقل فهو يزعم أن الموكل لا يستحق سواه وأنه ظالم بأخذ الزائد من القيمة،
فلا يرجع به على المشتري، وإن كانت القيمة أقل فلم يعزم سواها، لكن يبقى الزائد
مجهول المالك ظاهرا، لأن الموكل لا يستحقه بزعمه، وموافقة الظاهر له، والوكيل قد
خرج عن الوكالة بإنكار الموكل فليس له قبضه، فينتزعه الحاكم ويتوصل إلى تحصيل
ماله.

واعلم أن مقتضى السياق كون الوكيل لم يقبض الثمن بعد وإن كان أول
الكلام أعم، وحينئذ فيرجع كل واحد من الوكيل والمشتري على الآخر بأقل الأمرين
مع تصادقهما، ويبقى الزائد مجهول المالك. ولو فرض القبض كانت الزيادة في يد
الوكيل أيضا مجهولة إن اتفقت.

قوله: " وإطلاق الوكالة في البيع - إلى قوله - على القبض ".
إنما كان من واجباته لأن البيع يقتضي إزالة ملك البائع عن المبيع ودخوله في

وللوكيل أن يرد بالعيب، لأنه من مصلحة العقد، مع حضور الموكل وغيبته

- ملك المشتري، فيجب على مدخل الملك التسليم، لأنه من حقوقه، لكن لا يسلمه حتى يقبض الثمن هو أو من يكون له قبضه رعاية لمصلحة الموكل، أو يتقابضا معا، فلو سلم المبيع قبله فتعذر أخذه من المشتري ضمن، لتضييعه إياه بالتسليم قبله. ووجه الثاني مستفاد مما ذكر، وقبض المبيع فيه كقبض الثمن، فلا يقتضي التوكيل في الشراء تسليم الوكيل المبيع، لأنه قد يستأنم على الشراء من لا يستأنم على المبيع.

نعم، لو دلت القرائن على الإذن فيهما - كما لو وكله في شراء عين من مكان بعيد يخاف مع عدم قبض الوكيل لها ذهابها - جاز قبضه، بل وجب، كما أنه لو أمره بالبيع في موضع يضيع الثمن بترك قبضه - كسوق غائب عن الموكل، أو البيع على متغلب على الموكل بحيث تدل القرينة على أنه لم يأمره ببيعه إلا رجاء قبضه - جاز القبض كما مر. فلو أدخل الوكيل بالقبض فتعذر الوصول إلى الثمن ضمن لتضييعه له. قوله: " وللوكيل أن يرد بالعيب... الخ "

لأن الموكل قد أقامه مقام نفسه في هذا العقد، والرد بالعيب من لوازمه، ولأن التوكيل لما لم ينزل إلا على شراء الصحيح، فإذا ظهر العيب كان له الرد وشراء الصحيح. ويشكل الأول: بأنه إنما أقامه مقام نفسه في العقد لا في اللوازم، إذ من جملة القبض والإقالة وغيرهما وليس له مباشرتها إجماعا. والثاني: بأن مقتضاه وقوف العقد على الإجازة كما مر لا ثبوت الرد.

وعلله في التذكرة (١) بأنه إنما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر، وليس مكلفا بالسلامة في الباطن، لأن ذلك لا يمكن الوقوف عليه، فلا يجوز تكليفه به، يعجز

(١) التذكرة ٢: ١٢٣.

ولو منعه الموكل لم يكن له مخالفته.

– عن التحرز عن شراء معيب لا يظهر عليه، فيقع الشراء للموكل. وهذا التعليل لا دلالة له على جواز الرد أيضا، لأنه مغاير للشراء، والتوكيل إنما اقتضى الشراء لا الرد، ويمكن الاستفادة جواز الرد من القرائن الخارجية لا من نفس الصيغة.

وربما فرق بين ما لو أطلق الموكل كما لو قال: " اشتر لي عبدا هنديا " وبين ما لو عينه كـ " هذا العبد " فيجوز للتوكيل بالعيب في الأول لما مر دون الثاني، لأنه بتعيينه له قد قطع نظر الوكيل واجتهاده.

والأجود عدم جواز الرد مطلقا وفاقا للتذكرة، لأن الوكالة في الشراء إنما اقتضت إدخال المبيع في ملكه، والرد يقابله ويضاده فلا يدخل فيها. قوله: " ولو منعه الموكل لم يكن له مخالفته ".

لا شبهة في بطلان رده بالنهي المذكور، لأنه إبطال للوكالة فيما تضمنته وعزل له فيه، وإذا جاز عزله عن الوكالة فعن بعض مقتضياتها أولى. وفي حكمه إظهاره الرضا بالمعيب، فإنه في معنى النهي عن الرد. وأراد بذلك الفرق بين الوكيل وعامل المضاربة حيث إنه قد سلف (١) أنه ليس للمالك منعه من الرد بالعيب وإن رضي به، مع كون العامل في معنى الوكيل، والفارق انحصار الحق هنا في الموكل واشتراكه في العامل.

(١) في ج ٤ : ٣٥٠.

الثاني

في ما لا تصح فيه النيابة وما تصح فيه
أما ما لا تدخله النيابة فضابطه: ما تعلق قصد الشارع بايقاعه من
المكلف مباشرة كالطهارة مع القدرة - وإن جازت النيابة في غسل الأعضاء
عند الضرورة - والصلاة الواجبة ما دام حيا،

- قوله: " فضابطه ما تعلق قصد الشارع بايقاعه من المكلف مباشرة ".
المرجع في معرفة غرض الشارع في ذلك إلى النقل، إذ ليس له قاعدة كلية لا
تنحرم وإن كانت بحسب التقريب منحصرة فيما ذكر. أما العبادات فالمقصود منها
فعل المكلف ما أمر به وانقياده وتذله، وذلك لا يحصل إلا بالمباشرة. ولا يفترق الأمر
في ذلك بين حالتي القدرة والعجز غالبا، فإن العاجز عن الصلاة الواجبة ليس له
الاستنابة فيها بل يوقعها بنفسه على الحالات المقررة، وقريب منها الصوم. وقد تخلف
الحكم في مواضع أشار المصنف إلى بعضها:
منها: غسل أعضاء الطهارة ومسحها إذا عجز عنها المكلف، فإنه يجوز له
الاستنابة فيه، سواء في ذلك المائية والترابية، ويتولى هو النية، إذ لا عجز عنها مع
بقاء التكليف. وليس هذا توكيلا حقيقيا، ومن ثم يقع بتولي من لا يصح توكيله
كالمجنون. وأما تطهير الثوب والبدن وغيرهما مما يجب تطهيره فإنه يجوز الاستنابة فيه،
لكن كما يمكن جعل هذا النوع عبادة كذلك يمكن اخراجه، إذ النية ليست شرطا
في صحته، فإن الغرض منه هجران النجاسة وزوالها كيف اتفق، وإن توقف حصول

وكذا الصوم والاعتكاف، والحج الواجب مع القدرة، والأيمان والندور،
والغضب والقسم بين الزوجات لأنه يتضمن استمتعا،

– الثواب على فعله والتحاqqه بالعبادة على النية.
ومنها: الصلاة الواجبة، وذلك في ركعتي الطواف حيث يجوز استنابة الحي في
الحج الواجب، والمندوبة كصلاة الزيارة، والطواف المندوب حيث يناب فيه، وأما
غيرهما من النوافل ومطلق الصوم المندوب ففي جواز التوكيل فيه نظر، وإطلاق
جماعة (١) من الأصحاب المنع من الاستنابة في العبادات يشملهما وإن تقيد الاطلاق
في غيرهما. والاعتكاف كالصوم، لاشتراطه به.
ومنها: أداء الزكاة، فإن الاستنابة فيه جائزة بغير اشكال.
ومنها: عتق العبد عن كفارة وجبت عليه بإذنه أو مطلقا على تفصيل يأتي إن
شاء الله تعالى.
ومنها: الحج المندوب مطلقا، والواجب عند العجز عنه، على ما تقدم (٢)
تفصيله.

ومنها: تولية الإمام غيره في القضاء. وكذا تولية منصوبه الخاص لغيره مع
الإذن له في ذلك. وتسمية هذا النوع وكالة مجاز، واستثناؤه من هذا الباب لكونه
عبادة، بل من أكمل العبادات، وما تقدم في الطهارة آت هنا. وإنما قيدنا تولية
القضاء بالإمام أو نائبه الخاص لعدم إمكان تولية منصوبه العام – وهو الفقيه في زمان
الغيبة – لغيره فيه، لأن غيره إن كان جامعا لشرائط الفتوى كان مساويا للأول في كونه
نائبا للإمام فيه أيضا، وإلا لم يتصور كونه قاضيا، لما اتفق عليه الأصحاب من
اشتراط جمع القاضي لشرائط الفتوى. نعم، يمكن الاستنابة في الحلف بعد توجه
اليمين عنده.
قوله: " والقسم بين الزوجات، لأنه يتضمن استمتعا "

(١) كما في الارشاد ١: ٤١٦، والتنقيح الرائع ٢: ٢٨٥.

(٢) في ج ٢: ١٦٢.

والظهار واللعان وقضاء العدة والجنابة والالتقاط والاحتطاب والاحتشاش وإقامة الشهادة، إلا على وجه الشهادة على الشهادة. وأما ما تدخله النيابة فضابطه: ما جعل ذريعة إلى غرض لا يختص بالمباشرة، كالبيع وقبض الثمن والرهن والصلح والحوالة والضمان والشركة والوكالة والعارية وفي الأخذ بالشفعة والابراء والوديعة وقسم الصدقات وعقد النكاح وفرض الصداق والخلع والطلاق واستيفاء القصاص وقبض الديات وفي الجهاد على وجه وفي استيفاء الحدود مطلقا،

- هو - بفتح القاف - مصدر قولك: قسمت الشيء. ولا فرق فيه بين توكيل محرم الزوجة وغيره، وإن كان يكفي فيه مجرد الإقامة عندهن، لما نبه عليه بقوله: " لأنه يتضمن استمتعا " أي تلذذا وانتفاعا للزوجة به، ولا يتم بدون الزوج. قوله: والالتقاط والاحتطاب والاحتشاش ".
بناء على كونه يملك بمجرد الحيازة، فلا يتصور فيه الاستنابة على وجه يفيد ملكية الموكل. وقد تقدم (١) أن الأقوى جواز التوكيل فيه وملك الموكل مع نية الوكيل الملك للموكل.

قوله: " إلا على وجه الشهادة على الشهادة ".
الأولى كون الاستثناء منقطعا، لأن الشهادة على الشهادة ليست بطريق الوكالة، بل هي شهادة بكون فلان شاهدا. نعم، فيها مشابهة للوكالة من حيث الصورة بسبب استناد الجواز إلى قول الشاهد الأصل (٢)، وبسبب هذه الملامحة (٣) يمكن

كون الاستثناء متصلا بجعلها من أفرادها مجازا.

قوله: وفي استيفاء الحدود مطلقا ".
أي سواء كانت حدود الآدميين كحد السرقة والقذف أم حدود الله تعالى كحد

(١) تقدم في ج ٤ : ٣٣٨.

(٢) في غير " س " : الأصلي.

(٣) في " ه " الملاحظة. وفي " م " : المشابهة.

وفي إثبات حدود الآدميين، أما حدود الله سبحانه فلا، وفي عقد سبق
والرماية والعتق والكتابة والتدبير وفي الدعوى وفي إثبات الحجج والحقوق.

– الزنا. والمراد استيفؤها بعد ثبوتها عند الحاكم بمعنى مباشرتها أو تحصيلها. ولا فرق
في ذلك بين حضور المستحق وغيبته. ونبه بقوله: "مطلقا" على خلاف بعض
العامة (١) المانع من التوكيل في استيفاء حدود الآدميين في غيبة المستحق، لأنه لا يتيقن
بقاء الاستحقاق لجواز العفو، ولأنه ربما رق قلبه بحضوره فيعفو. ويضعف بأن
الأصل البقاء، والاحتمال لا أثر له مع حضوره ولا ينهض مانعا، لأن الغرض
استحقاقه الآن ومطالبته به نيابة (٢).

قوله: " وفي إثبات حدود الآدميين، أما حدود الله سبحانه فلا ".
هكذا أطلق المصنف والعلامة في غير التذكرة (٣). ووجه المنع في حدود الله أنها
مبنية على التخفيف، ولأمره صلى الله عليه وآله (٤) بادرائها بالشبهات، والتوكيل
توصل إلى اثباتها. والأقوى جواز، لأن جواز الاستنابة في الأحكام على العموم
يدخل الحدود فمع التخصيص أولى وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله
وكل أنيسا في إثبات الحد واستيفائه جميعا، وقال: " فإن اعترفت فارجمها " (٥). وهذا
يدل

على أنه لم يكن قد ثبت. والأمر بادرائها بالشبهات لا ينافي جواز التوكيل، لأن للتوكيل
أن يدرأها بالشبهة.

(١) المهذب. راجع المجموع ١٤ : ٩٨.

(٢) في " و " : بنائبه.

(٣) قواعد الأحكام ١ : ٢٥٤.

(٤) الفقيه ٤ : ٥٣ ح ١٩٠، والوسائل ١٨ : ٣٣٦ ب " ٢٤ " من أبواب مقدمات الحدود ح ٤.

(٥) مسند أحمد ٤ : ١١٦، سنن البيهقي ٨ : ٢٢٦.

ولو وكل على قليل وكثير، قيل: لا يصح، لما يتطرق من احتمال الضرر. وقيل: يجوز، ويندفع الحال باعتبار المصلحة. وهو بعيد عن موضع الفرض. نعم لو وكله على كل ما يملكه صح، لأنه يناط بالمصلحة.

- قوله: " ولو وكل على كل قليل - إلى قوله - يناط بالمصلحة ".
القولان للشيخ (١) (رحمه الله). والجواز مذهب الأكثر، لانتفاء الغرر، واندفاع الضرر بمراعاة المصلحة في فعل الوكيل مطلقا. والمصنف - رحمه الله - رد هذا القيد بأنه بعيد عن موضع الفرض، فإن الفرض كونه وكيلا في كل شيء فيدخل فيه عتق عبده وتطليق نسائه وهبة أملاكه ونحو ذلك مما يوجب الضرر، والتقييد خروج عن الكلية. وجوابه: أن القيد معتبر وإن لم يصرح بهذا العموم، حتى لو خصص بفرد واحد تقييد بالمصلحة فكيف بمثل هذا العام المنتشر؟.
وفرق المصنف بين هذا العام وبين ما لو خصصه بوجه كقوله: وكلتك على ما أملك، ونحوه، لاندفاع معظم الغرر نظرا إلى أن رعاية المصلحة في الأمور المنتشرة أمر خفي جدا، فإذا خصص متعلقها سهلت. وهو غير واضح، لأن رعاية المصلحة تضبط الأمرين، وانتشار الأمور لا يمنع من ذلك، فإن مرجع المصلحة إلى نظر الوكيل، فما علم فيه المصلحة يفعله وما اشتبه يمتنع فعله، ولأنه لو فصل ذلك العام المنتشر فقال: وكلتك في عتق عبدي وتطليق زوجاتي وبيع أملاكي، صح، لأن كل واحد منها منضبط برعاية المصلحة على ما اعترفوا به، وذلك مشترك بين الأمرين. والأقوى الجواز مطلقا.

(١) النهاية: ٣١٧، الخلاف ٣: ٣٥٠ مسألة ١٤، والمبسوط ٢: ٣٩١.

الثالث

في الموكل

يعتبر فيه البلوغ وكمال العقل، وأن يكون جائز التصرف فيما وكل فيه، مما تصح فيه النيابة. فلا تصح وكالة الصبي، مميزا كان أو لم يكن. ولو بلغ عشا جاز أن يوكل فيما له التصرف فيه، كالوصية والصدقة والطلاق، على رواية. وكذا يجوز أن يتوكل فيه. وكذا لا تصح وكالة المجنون. ولو عرض ذلك بعد التوكيل، أ بطل الوكالة.

وللمكاتب أن يوكل، لأنه يملك التصرف في الاكتساب. وليس للعبد القن أن يوكل إلا بإذن مولاه.

– قوله: " ولو بلغ عشر جاز أن يوكل فيما له التصرف فيه ".
بناء على جواز تصرفه في هذه الأشياء مباشرة فجازت الاستنابة. والأقوى المنع منهما (١).

قوله: " وليس للعبد القن أن يوكل إلا بإذن مولاه ".
القن إن قلنا إنه يملك فلا يجوز توكيله فيما يملكه إلا بإذن مولاه، لثبوت الحجر عليه، وإن أحلنا ملكه فتوكيله إنما يكون في حق مولاه، فإن لم يكن مأذونا لم

(١) في " و ": منها.

ولو وكله إنسان في شراء نفسه من مولاه صح.
وليس للوكيل أن يوكل إلا
بإذن من الموكل.

- يصح توكيله مطلقا، إذ ليس له التصرف مباشرة، فلا يجوز وكالته. نعم، يجوز له التوكيل فيما يملك مباشرة بدون إذنه كالطلاق. وإن كان مأذونا جاز له التوكيل فيما جرت العادة فيه بالتوكيل خاصة. وسيأتي.
قوله: " ولو وكله إنسان في شراء نفسه من مولاه صح ".
المراد أنه وكله بإذن مولاه، لما سيأتي (١) من توقف وكالته على إذنه. وخص هذه الصورة لدفع احتمال البطالان هنا من حيث إن الشراء يستدعي مغايرة المشتري للمبيع، ويندفع بأن المغايرة الاعتبارية كافية. ويمكن أن يكون مبنيا على جواز توكيله بغير إذن مولاه إذا لم يمنع منه شيئا من حقوقه كما سيأتي (٢) تحقيقه، والأمر هنا كذلك، إذ لا منع من حقوق المولى حيث إنه بحضرته وكلامه معه.
قوله: " وليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن من الموكل... الخ ".
لأن الوكيل لا يملك المباشرة لنفسه ولا ولاية له، وإنما هو نائب فيقتصر على ما دل عليه اللفظ، فإن أذن له في التوكيل صريحا فلا اشكال. وكذا لو دل اللفظ بإطلاقه أو عمومته على ذلك كـ " اصنع ما شئت أو مفوضا " ونحوه. ولو لم يأذن له صريحا ولا ضمنا ولكن دلت القرينة على الإذن - كما لو وكله فيما لا يباشره مثله لرفعه عنه، أو عجزه عنه أو عن بعضه لاتساعه، كالزراعة في أماكن متعددة لا يقوم جميعها إلا بمساعد - فالأجود جوازه، لكن يجب تقييده بعلم الموكل بترفعه وعجزه، فلو لم يعلم بهما لم يجز له التوكيل، لانتفاء القرينة من جانب الموكل التي هي مناط الإذن. ويقتصر في التوكيل في الأخير على ما يعجز عنه، لأن توكيله خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع الحاجة. وحيث أذن له في التوكيل فإن صرح بكونه وكيلا عن الوكيل لحقه أحكام الموكل، وإن صرح بكونه وكيلا عن الموكل وأطلق كان وكيلا آخر عنه.

(١) لاحظ ص: ٢٦٧ - ٢٦٨.

(٢) لاحظ ص: ٢٦٧ - ٢٦٨.

ولو كان المملوك مأذونا له في التجارة، جاز أن يوكل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه، لأنه كالمأذون فيه. ولا يجوز أن يوكل في غير ذلك، لأنه يتوقف على صريح الإذن من مولاه، وله أن يوكل فيما يجوز أن يتصرف فيه، من غير إذن مولاه، مما تصح فيه النيابة كالطلاق. وللمحجور عليه أن يوكل فيما له التصرف فيه، من طلاق وخلع وما شابهه. ولا يوكل المحرم في عقد النكاح، ولا ابتياع الصيد.

– وسيأتي (١) تفصيله.

قوله: " ولا يوكل المحرم في عقد النكاح ولا إيداع الصيد ". هذا الحكم صالح لدخوله في باب الموكل والوكيل، فإنه كما لا يجوز للمحرم أن يوكل في العقد كذا لا يصح له التوكيل فيه. والمحرم عليهما من ذلك إيقاع العقد في حال الاحرام والتوكيل فيه كذلك. أما لو حصلت الوكالة في حالته ليوقع في حال الاحلال فظاهر العبارة منه أيضا، والأولى الجواز. وهل التحريم مشروط بكون العقد للموكل كما هو ظاهر الكلام والنص (٢)، أم هو أعم من ذلك حتى يحرم على الأب والجد وشبههما التوكيل حال الاحرام في إيقاع عقد المولى عليه، وكذا الوكيل الذي يسوغ له التوكيل؟ كل محتمل، وطريق الاحتياط واضح.

وفي حكم التوكيل في إيداع الصيد التوكيل في شرائه وبيعه، لامتناع إثبات المحرم يده على الصيد. وفي حكم المحرم المعتكف في عقد البيع حيث لا يجوز له ذلك. وفي بعض النسخ: ابتياع الصيد بدل إيداعه. وهو أجود

(١) في ص: ٢٨٨ - ٢٩٠.

(٢) راجع الوسائل ٩: ٨٩ ب " ١٤ " من أبواب تروك الاحرام.

وللأب والجد أن يوكلا عن الولد الصغير.
وتصح الوكالة في الطلاق للغائب إجماعاً، وللحاضر على الأظهر.
ولو قال الموكل: اصنع ما شئت، كان دالاً على الإذن في التوكيل،
لأنه تسليط على ما يتعلق به المشيئة.

– قوله: "وتصح الوكالة في الطلاق عن الغائب إجماعاً، وللحاضر على الأظهر".

هذا هو المشهور، بل ادعى عليه ابن إدريس الإجماع (١)، ولأن الطلاق قابل للنيابة وإلا لما صح توكيل الغائب، ولعموم صحيحة سعيد الأعرج عن الصادق عليه السلام: "في رجل يجعل أمر امرأته إلى رجل يطلقها أيجوز ذلك؟ فقال عليه السلام: نعم (٢) من غير استفصال، وهو يفيد العموم. ومنع منه الشيخ (٣) وجماعة (٤) جمعا بين ما تقدم وبين اطلاق رواية زرارة عنه عليه السلام: "لا تجوز الوكالة في الطلاق" (٥) بحملها على الحاضر. وهي مع ضعفها قاصرة عن الدلالة. قوله: ولو قال الموكل: اصنع ما شئت كان دالاً على الإذن في التوكيل، لأنه تسليط على ما يتعلق به المشيئة".
تقرير الاستدلال على جواز توكيل الوكيل بذلك: أن "ما" من صيغ العموم وقد أذن له في أن يفعل كل ما شاء، فإذا شاء أن يوكل فقد دخل في عموم الإذن. وهو

(١) السرائر ٢: ٩٥.

(٢) الكافي ٦: ١٢٩ ح ١ و ٢، الاستبصار ٣: ٢٧٨ ح ٩٨٦ و ٩٨٧، التهذيب ٨: ٣٨ - ٣٩ ح ١١٥ و ١١٦، الوسائل ١٥: ٣٣٣ ب "٣٩" من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ١.

(٣) النهاية: ٣١٩.

(٤) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٣٧، وابن البراج في المهذب ٢: ٢٧٧.
(٥) الكافي ٦: ١٣٠ ح ٦، التهذيب ٨: ٣٩ ح ١٢٠، الاستبصار ٣: ٢٧٩ ح ٩٩١، الوسائل ١٥: ٣٣٤ ب "٣٩" من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ٥.

ويستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة فيما وكل فيه، عارفا باللغة التي يحاور بها. وينبغي للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يتولى الحكومة عنهم. ويكره لذوي المروات أن يتولوا المنازعة بنفوسهم.

- جيد في موضعه. وخالف في ذلك العلامة في التذكرة (١) محتجا بأنه إنما يستلزم التعميم

فيما يفعله بنفسه، فلا يتناول التوكيل. وجوابه يعلم من التقرير، فإن العموم تناول فعله بنفسه وبنائبه حيث يشاء النيابة، وفي الحقيقة مدلول العام كمدلول الخاص في الحجة وإن اختلفا في القوة والضعف، فهذا إذن له في التوكيل من حيث العموم فيدخل فيما تقدم (٢) إلا أنه أعاده للتنبيه على أنه موضع شبهة كما ذكره العلامة. قوله: " ويستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة فيما وكل فيه عارفا باللغة التي يحاور بها "

أي يكون له بصيرة تامة ومعرفة باللغة التي يتعلق بعين ما وكل فيه ليكون مليا بتحقيق مراد الموكل. وقال ابن البراج: إن ذلك واجب (٣). وهو ظاهر أبي الصلاح (٤). وهو ضعيف.

قوله: " وينبغي للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يتولى الحكومة عنهم "

وكذا يوكل من يباشر عنهم جميع ما يقتضيه الحال من التصرف الذي يمنعون منه، وكذا غير السفهاء ممن للحاكم عليه ولاية كالصبيان والمجانين. وكذا الحكم في الوصي إلا أن ينص له الموصي على عدم التوكيل. قوله: " يكره لذوي المروات أن يتولوا المنازعة بنفوسهم "

(١) التذكرة ٢: ١١٦.

(٢) لاحظ ص: ٢٦١.

(٣) نقله عن العلامة في المختلف: ٤٣٦.

(٤) الكافي في الفقه: ٣٣٧.

المراد بهم أهل الشرف والمناصب الجليلة الذين لا يليق بهم الامتهان. وروي أن عليا عليه السلام وكل عقيلا في خصومة وقال: " إن للخصومة قحما وإن الشيطان ليحضرها، وإني لأكره أن أحضرها (١) ". قال في الصحاح: " القحمة - بالضم - المهلكة، وللخصومة قحم أي أنها تقحم بصاحبها على ما لا يريد " (٢).

-
- (١) المغني لابن قدامة ٥: ٢٠٥، المجموع ١٤: ٩٨، النهاية لابن الأثير ٤: ١٩.
(٢) الصحاح ٥: ٢٠٠٦ مادة " قحم " .

الرابع
في الوكيل
الوكيل يعتبر فيه البلوغ، وكمال العقل، ولو كان فاسقا أو كافرا أو
مرتدا.

ولو ارتد المسلم لم تبطل وكالته، لأن الارتداد لا يمنع الوكالة
ابتداء، وكذلك استدامة.

وكل ما له أن يليه بنفسه، وتصح النيابة فيه، صح أن يكون فيه
وكيلا. فتصح وكالة المحجور عليه لتبذير أو فلس. ولا تصح نيابة المحرم
فيما ليس للمحرم أن يفعله، كابتياح الصيد وإمساكه وعقد النكاح.

- قوله: " ولو ارتد المسلم لم تبطل... الخ ".
المراد عدم بطلانها من حيث الارتداد كما يدل عليه تعليقه، وذلك لا ينافي
بطلانها من جهة أخرى، ككونه وكيلا على مسلم، فإنه بحكم الكافر في هذه الجهة
على الظاهر. ولا فرق بين المرتد عن فطرة وغيره كما يقتضيه إطلاقهم. وأراد بذلك
دفع توهم بطلان وكالته، لحكمهم ببطلان تصرفاته. ووجه خروج الوكالة أن تصرفه
الممنوع ما كان لنفسه، ووكالته لغيره ليست منه.

قوله: " وكل ماله أن يليه بنفسه وتصح النيابة فيه صح أن يكون فيه وكيلا ".
هذا ضابط ما يجوز الوكالة فيه بمعنى أن يكون وكيلا. واحترز بقوله: " وتصح

ويجوز أن تتوكل المرأة في طلاق غيرها. وهل تصح في طلاق نفسها؟
قيل: لا، وفيه تردد. وتصح وكالتها في عقد النكاح، لأن عبارتها فيه
معتبرة عندنا.
وتجوز وكالة العبد إذا أذن مولاه.

– النيابة فيه " عما يصح أن يليه بنفسه من العبادات وما وافقها من الأحكام التي لا تصح
النيابة فيها مع أن للانسان أن يليها بنفسه، ودخل فيه المحجور عليه لسفه وفلس،
فإنهما يريان لأنفسهما بعض الأفعال فتصح وكالتهما فيها بل في غيرها أيضا. وخرج
توكل المحرم في حفظ الصيد وشرائه، إذ ليس له أن يليه لنفسه كما مر (١).
قوله: " ويجوز أن تتوكل المرأة في طلاق غيرها - إلى قوله - وفيه تردد ".
أما وكالتها في طلاق غيرها - سواء كانت زوجة لزوجها أم لأجنبي فلا اشكال
فيه، لأن الطلاق يقبل النيابة في الجملة. وأما طلاق نفسها فممنع منه الشيخ (٢) وابن
إدريس (٣) لاشتراط المغايرة بين الوكيل والمطلقة. وهو ضعيف، لأنه يكفي فيه المغايرة
الاعتبارية.
قوله: " وتصح وكالتها في عقد النكاح، لأن عبارتها فيه معتبرة
عندنا " .

نبه بذلك على خلاف الشافعي (٤)، فإنه منع من توكلها فيه ايجابا وقبولا
كالمحرم. وليس بشيء.
قوله: " وتجوز وكالة العبد إذا أذن مولاه ".
لأن عبارته معتبرة، والمانع كون منفعه مملوكة لمولاه فمع إذنه يزول المانع.
ومقتضى اطلاق توقف توكيله على إذن المولى - في كلام المصنف وغيره - عدم الفرق

(١) لاحظ ص: ٢٦٢ و ج ٢: ٢٤٧.

(٢) المبسوط ٢: ٣٦٥ و ٥: ٢٩.

(٣) السرائر ٢: ٨٧.

(٤) الأم ٥: ١٩، ومختصر المزني: ١٦٦.

بين أن يمنع ما وكل فيه شيئاً من حقوق سيده المطلوبة منه وعدمه، كما لو وكله في إيجاب عقد أو قبوله في حال خلوة من أمر السيد بشئ أو في حال اشتغاله بأمره أو مقدماته حيث لا منافاة. ويدل على حكم الاطلاق كون منافعه بأجمعها ملكاً للسيد، فلا فرق بين قليلها وكثيرها.

وذهب العلامة في التذكرة إلى جواز توكيله بغير إذنه إذا لم يمنع شيئاً من حقوقه (١)، وهو متجه لشهادة الحال وانتفاء الضرر.

وأورد عليه: أن المنافي إن كان هو أن منافعه بجميعها ملك المولى فلا يجوز الانتفاع بها بدون إذنه، ولا يعتد بها في نظر الشارع بدونه. وإن كان المانع هو منافاة التوكيل لانتفاع المولى وجب أن لا يفرق بين قليل المنافع وكثيرها، فيجوز أن يستغزله ويستنسجه حيث لا يمنع انتفاع المولى، كأن يغزل وهو يتردد في حوائج المولى، وذلك باطل.

وجوابه: أنا نختار الأول، والقليل غير المنافي خارج من العموم مستند إلى قرائن الأحوال، بل ربما استند بعضها إلى الضرورة، كالاتطال بحائط الغير والاستناد إليه والاستئذان بمصباحه حيث لا يتجه عليه ضرر، وقد تقرر في الأصول أن الإذن في ذلك وأشباهه مستند إلى العقل. وأيضاً فإن ذلك يستلزم تحريم محادثة عبد الغير ومحاورته بما يستلزم تكلمه، فإن ذلك من جملة منافعه التي منع من استيفائها، وهو ظاهر البطالان. والفرق بين ما حكم بجوازه وبين ما أورده من الاستغزال ونحوه شواهد الأحوال والقرائن التي تلحق الأمور المشتبهة بالمعلوم. فإن قيل: تكليمه خرج بإطباق الناس عليه، وجريان العادة المطردة به، كالشرب من ساقية الغير بغير إذنه.

قلنا: المستند واحد، وهو القرائن المقترنة بعدم المفسدة، مع أن إيقاعه لصيغة العقد إيجاباً أو قبولاً أو هما من جملة الكلام، فتخصيص بعضه دون بعض تحكّم.

(١) التذكرة ٢: ١١٧.

ويجوز أن يوكله مولاه في إعتاق نفسه.
ولا تشترط عدالة الولي، ولا
الوكيل في عقد النكاح.
ولا يتوكل الذمي على المسلم للذمي ولا للمسلم، على القول
المشهور. وهل يتوكل المسلم للذمي على المسلم؟ فيه تردد. والوجه الجواز
على كراهية. ويجوز أن يتوكل الذمي على الذمي.

ولا يخفى أن تكليمه أيضا مشروط بعدم منافاته لشيء من حقوق السيد، كابطائه عن
غرض مطلوب منه ونحوه، وإلا حرم أيضا.
قوله: " ويجوز أن يوكله مولاه في إعتاق نفسه ".
الكلام في توليه إعتاق نفسه كالكلام في توكيله في شراء نفسه من مولاه، فإنه
يحتمل المنع من حيث إن المعتق مغاير للمعتق. والحق الجواز والاكتفاء بالمغايرة
الاعتبارية.

قوله: " ولا يشترط عدالة الولي ولا الوكيل في عقد النكاح ".
الجار متعلق بالفعل، وهو متناول للولي والوكيل، أي لا يشترط عدالة الولي
وهو الأب والجد له في النكاح، فلهما أن يزوجا الولد وإن كانا فاسقين، ولهما أن يوكلا
غيرهما فيه. وكذا الوكيل في عقد النكاح لا يشترط أن يكون عدلا، بل يصح توكيل
الفاسق فيه إيجابا وقبولا، لقبوله النيابة، وأصالة عدم اشتراط العدالة، إذ لا يتضمن
ذلك استيمانا على أمر خفي كالمال، خلافا لبعض الشافعية (١) حيث اشترط العدالة
فيهما. وأما اشتراط عدالة الولي في ولاية المال ففيه خلاف بين أصحابنا. وفي التذكرة
قطع بأن الفاسق لا ولاية له حتى لو كان عدلا ففسق انتزع المال منه (٢). واستشكل
في القواعد في باب الوصايا (٣).
قوله: " ولا يتوكل الذمي على المسلم... الخ ".
مدار الوكالة بالنسبة إلى إسلام الوكيل والموكل عليه وكفرهم والتفريق

(١) راجع المهذب (المجموع) ١٤ : ١٠٣، وحلية العلماء ٥ : ١١٦.
(٢) التذكرة ٢ : ٥١١.
(٣) قواعد الأحكام ١ : ٣٥٣.

ويقتصر الوكيل من التصرف على ما أذن له فيه، وما تشهد العادة بالإذن فيه. فلو أمره ببيع السلعة بدينار نسيئة، فباعها بدينارين نقدا صح. وكذا لو باعها بدينار نقدا، إلا أن يكون هناك غرض صحيح يتعلق بالتأجيل. أما لو أمره ببيعه حالا، فباع مؤجلا لم يصح، ولو كان بأكثر مما عين، لأن الأغراض تتعلق بالتعجيل.

– ثمانية، فإن الموكل إما مسلم، أو كافر. وعلى التقديرين: فالوكيل إما مسلم، أو كافر. وعلى التقادير الأربعة: فالموكل عليه إما مسلم أو كافر. فمنها صورتان لا تصح الوكالة فيهما عندنا، وهما ما نسب المصنف الحكم فيهما إلى المشهور، وفي التذكرة (١) ادعى الاجماع عليهما، وهما وكالة الكافر على المسلم لكافر أو مسلم، لاستلزامه السبيل للكافر على المسلم المنفي بالآية (٢). وباقي الصور تصح الوكالة فيها من غير كراهة إلا في صورة واحدة، وهي وكالة المسلم للكافر على المسلم، فإن المشهور فيها الكراهة، بل ادعى في التذكرة الاجماع عليها (٣). والمصنف تردد فيها ثم حكم بها. ويظهر من الشيخ في النهاية (٤) عدم الجواز. واعلم أن المصنف والجماعة (٥) عبروا عن الكافر بالذمي، ولا فرق من حيث الحكم، بل إذا ثبت المنع في الذمي ثبت في غيره بطريق أولى، وكذا الكراهة. وصور الجواز مشتركة من غير أولوية، فلذلك عدلنا إلى التعبير بالعام. قوله: "ويقتصر الوكيل... الخ".

أما اقتصاره على ما أذن فيه فلا شبهة فيه. وأما تجاوزه إلى ما تشهد العادة بالإذن فيه فهو جائز مع اطرادها أو دلالة القرائن على ما دلت عليه، كما لو أذن له في البيع بقدر نسيئة فباع به نقدا أو بأزيد بطريق أولى، لأنه قد زاده خيرا. ومثل بيع

(١) التذكرة ٢: ١١٧.

(٢) النساء: ١٤١.

(٣) التذكرة ٢: ١١٧.

(٤) النهاية: ٣١٧.

(٥) منهم العلامة في القواعد ١: ٢٥٣، والشهيد في اللمعة: ٩٧.

ولو أمره ببيعه في سوق مخصوصة، فباع في غيرها بالثمن الذي عين له، أو مع الاطلاق بثمن المثل صح، إذ الغرض تحصيل الثمن.

– النسيئة نقدا البيع بأزيد مما عين له مع المماثلة في النقد والنسيئة، والشراء بأنقص. ويجب تقييد ذلك كله بعدم الغرض فيما عين، وإلا لم يجز التعدي وإن لم يصرح بالنهي، فإن الأغراض تختلف والمصالح لا تنضب. ويمكن كون الغرض في البيع نسيئة أن يخاف على الثمن قبل الأجل، أو يخاف ذهابه في النفقة مع احتياجه إليه بعده، فلا يجوز تعدي أمره إلا مع القطع بعدم الغرض، فإن الغرض هنا ليس نادرا حتى يحمل على الغالب. ومثله الشراء نسيئة بمثل ما أذن فيه نقدا، لا مكان أن يتضرر ببقاء الثمن معه، أو يخاف تلفه قبل الأجل وعدم حصوله بعده أو صعوبته، فلا يجوز التعدي وإن جهل الحال إلا مع تحقق عدم الغرض.

وأما الثمن المعين فيمكن كون الاقتصار عليه إرادة إرفاق المشتري إن كان معينا، فلا يجوز بيعه بأزيد. ولو لم يكن معينا جاز البيع بالأكثر مع عدم العلم بالغرض وعدم التصريح بالنهي عن الزائد، لندور الغرض في الفرض المذكور وأغلبية إرادة الأزيد، مع إمكان أن يريد الإرفاق المطلق، أو عدم الاضطراب في البيع، أو سهولة المعاملة، فإنه مندوب إليه شرعا، وعدم زيادة الربح عن مقدار معين لغرض شرعي، أو غير ذلك، إلا أن هذه الأمور نادرة في المطلق فلا يلتفت إليها مع الاشتباه.

قوله: " ولو أمره ببيعه في سوق مخصوصة... الخ "

الكلام هنا نحو ما سبق، فإن الغالب على ما ذكره المصنف، مع إمكان تعلق الغرض بالسوق بسبب جودة النقد أو كثرته أو حله أو صلاح أهله أو مودة بين الموكل وبينهم. والمصنف أطلق جواز التعدي، ولا بد من تقييده بعدم العلم بالغرض. واشترط في التذكرة (١) العلم بعدم الغرض، فلا يجوز التخطي مع الجهل به، لأن ذلك ليس نادرا. ولو علم انتفاء الغرض صح البيع في غيره قطعا، لكن لا يجوز نقل

(١) التذكرة ٢: ١٢٥.

أما لو قال: بعه من فلان، فباعه من غيره، لم يصح ولو تضاعف الثمن، لأن الأغراض في الغرماء تتفاوت.
وكذا لو أمره أن يشتري بعين المال، فاشترى في الذمة، أو في الذمة فاشترى بالعين، لأنه تصرف لم يؤذن فيه، وهو مما تتفاوت فيه المقاصد. وإذا ابتاع الوكيل وقع الشراء عن الموكل، ولا يدخل في ملك الوكيل، لأنه لو دخل في ملكه لزم أن ينعق عليه أبوه وولده لو اشتراهما، كما ينعق أبو الموكل وولده.

- المبيع إليه فلو نقله كان ضامنا، وإنما الفائدة صحة المعاملة لا غير. قوله: "أما لو قال: بعه من فلان... الخ".
الغرض في تعيين الأشخاص أكثرى فلا يجوز التخطي مع الاطلاق قطعا، سواء علم الغرض أم جهل الحال أم علم انتفاء الغرض على ما يظهر من إطلاقهم، لندور الفرض، ووقفا مع الإذن.
قوله: "وكذا لو أمره أن يشتري... الخ".
أي لا يصح التعدي مطلقا كما مر، لاختلاف الأغراض في ذلك غالبا، فإنه يجوز أن يتعلق الغرض بالشراء بالعين بسبب حل المال وخلوصه من الشبهة، وتعيين الثمن فيبطل البيع بتلفه قبل القبض، لاحتمال أن لا يريد بدل غيره أو لا يقدر عليه. والعكس في شراء الذمة، لشبهة في المال أو تحريمه ونحو ذلك. ويتحقق الأمر بأحدهما بالنص عليه يقينا كـ "اشتر بعين هذا المال، أو: اشتر في الذمة". والأمر بالعين بالتعيين بما يدل عليه لغة وإن لم يصرح به كـ "اشتر بهذا المال" فإن "الباء" تقتضي المقابلة ولو أطلق له الأمرين أو أتى بعبارة تشملهما - بأن سلم إليه ألفا وقال: "اصرفها في الثمن" أو قال: "اشتر كذا بألف" ولم يشر إلى المعين ونحو ذلك - تخير. ومتى قيل بعدم صحة العقد في هذه الصور فالمراد كونه فضوليا يقف على الإجازة.
قوله: "وإذا ابتاع الوكيل وقع الشراء... الخ".

ولو وكل مسلم ذميا في ابتياع خمر لم يصح.

- هذا موضع وفاق، ووجهه مع ذلك: أن الوكيل إنما قبل لغيره فوجب أن ينتقل الملك إلى ذلك الغير دونه عملا بالقصد، كما لو اشترى الأب والوصي للمولى عليه. ونبه بذلك على خلاف أبي حنيفة (١) حيث حكم بأنه ينتقل أولا إلى الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل، محتجا بأن حقوق العقد تتعلق به، كما لو اشتراه بأكثر من ثمن مثله ولم يذكر الموكل لفظا، فإنه يدخل في ملكه ولا ينتقل إلى الموكل، ولأن الخطاب إنما جرى معه.

ويضعف بمنع تعلق الأحكام به في نفس الأمر، وإنما تعلقت به في المثال ظاهرا لعدم العلم بقصده، والخطاب إنما وقع معه على سبيل النيابة. ويعارض بشراء الأب والوصي، فإنه وافق فيه على وقوعه للطفل ابتداء. ويلزمه ما ذكره المصنف - رحمه الله - من لزوم انعقاد أب الوكيل ونحوه من ينعقد عليه لو اشتراه للموكل، ولم يقل به أحد.

قال العلامة رحمه الله: "أوردت ذلك على بعض الحنفية فأجاب: بأنه في الزمن الأول يقع للوكيل وفي الزمن الثاني ينتقل إلى الموكل، فألزمته بأنه لم رجح الانتقال في الزمن الثاني إلى الموكل دون العتق؟ فلم يجب بشئ" (٢). والحق أنه لو انتقل إلى الوكيل كان اللازم ترجيح العتق، لأنه مبني على التغليب باعترافهم. وله نظائر كثيرة.

قوله: "ولو وكل مسلم ذميا في ابتياع خمر لم يصح".
كما يشترط كون الوكيل قادرا على أن يلي الفعل لنفسه يشترط كون الموكل كذلك، فلا يكفي جواز تصرف أحدهما دون الآخر. وحينئذ فلا يصح توكيل المسلم الذمي في بيع خمر وابتياعه وإن كان الذمي يملك ذلك لنفسه. وقد تقدم (٣) مثله في توكيل المحرم محلا في شراء صيد وبيعه.

(١) المغني لابن قدامة ٥: ٢٦٣.

(٢) التذكرة ٢: ١٣٠ - ١٣١.

(٣) لاحظ ص: ٢٦٢.

وكل موضع يبطل الشراء للموكل، فإن كان سماه عند العقد لم يقع عن أحدهما. وإن لم يكن سماه قضي به على الوكيل في الظاهر.

– قوله: " وكل موضع يبطل الشراء للموكل... الخ "

أما عدم وقوعه عن الوكيل فلأن العقد تابع للقصد وقد خص الشراء بالموكل لفظاً ونية فلا يقع عنه. وأما عدم وقوعه عن الموكل فلمخالفة أمره، فلا يكون ما وكل فيه واقعا فيكون فضوليا. وأما مع عدم ذكر الموكل فيقع للوكيل، لأن الخطاب معه. هذا بحسب الظاهر، بمعنى أن البائع يأخذ منه الثمن، ويلحقه بالنسبة إليه جميع الأحكام، لعدم تكليفه بالأموال الباطنة.

وأما الوكيل في نفس الأمر مع عدم إجازة الموكل فيجب عليه التخلص بحسب الامكان. وسيأتي تفصيله (١). ولا بد من تقييد ذلك أيضا بعدم الشراء بعين مال الموكل، وإلا بطل العقد مع عدم إجازته وإن لم يذكره، لأنه يصير كظهور استحقاق أحد العوضين المعينين. هذا بالنسبة إلى نفس الأمر، وأما بحسب الظاهر فإن صدق البائع على ذلك أو قامت به البيينة ثبت البطلان ظاهرا وباطنا، ووجب عليه رد ما أخذه، وإلا ثبت ظاهرا ووجب على الوكيل عوض المدفوع للموكل، لتعذر تحصيله (٢) شرعا، لاعترافه بالتفريط بسبب المخالفة، وعلى البائع الحلف على نفي العلم بالحال إن ادعى عليه ذلك وإلا فلا.

واعلم أن المراد بتسمية الوكيل للموكل التصريح بعقد الشراء له مع موافقة القصد على ذلك، إذ لو ذكره لفظا ولم يقصده باطنا وقع البيع له ظاهرا ووقف على إجازته للمخالفة، لكن يكون الشراء في الباطن للوكيل إن لم يشتر بعين مال الموكل ولم يكن للبائع غرض في تخصيص الموكل، فيكون الحكم مبني على الظاهر في الموضوعين.

(١) في ص: ٢٧٦.

(٢) في "س": تحليصه.

وكذا لو أنكر الموكل الوكالة. لكن إذا كان الوكيل مبطلا فالملك له،
ظاهرا وباطنا، وإن كان محقا كان الشراء للموكل باطنا.

- قوله: " وكذا لو أنكر الموكل الوكالة لكن... الخ ".
هذه المسألة قد تقدمت في مواضع جزئية كثيرا، وهنا أتى فيها بضابط كلي.
وتفصيل المسألة: أن الوكيل إذا اشترى ولم تثبت وكالته في ذلك - إما لدعوى
المخالفة، أو لانكار أصل الوكالة - فلا يخلو: إما أن يكون قد اشترى بعين مال الموكل
ولو بحسب الدعوى، أو في الذمة. وعلى الأول: إما أن يكون البائع عالما بكون
التمن لمالكه، أو تقوم البيئة بذلك، أو لا. وعلى التقادير: فإما أن يصرح بكون
الشراء للموكل، أو ينوى ذلك خاصة. ثم إما أن يكون الوكيل صادقا بحسب الواقع
أو كاذبا.

وحكمها: أنه متى كان الشراء بالعين فهو فضولي، سواء ذكر الموكل أم لا،
وسواء نوى الشراء للموكل أم لا. فإن لم يجز المالك وقد ذكره صريحا أو كان له بنية
أن العين له أو البائع عالما بذلك، فإن كان الوكيل صادقا فالعقد صحيح باطنا فاسد
ظاهرا. فإن رجع المالك في العين وأخذها من البائع رجع إليه مبيعه، وإن رجع
بالعين على الوكيل لتعذر أخذها من البائع أخذ الوكيل المبيع قصاصا، وتوصل إلى
رد ما فضل منه عن حقه إن كان هناك فضل. وإن تلفت تخير في الرجوع، فإن رجع
على البائع رجع على الوكيل، وإن رجع على الوكيل لم يرجع على البائع، لاعترافه
بظلم الموكل في الرجوع. ولو لم يعلم البائع بالحال ولم يحصل الوصفان الآخران لم
يجب عليه الدفع، بل يحلف على نفي العلم إن ادعي عليه ثم يغرم الوكيل ويأخذ
العين قصاصا كما مر.

وإن كان الوكيل كاذبا بحسب الواقع بطل الشراء بالعين مطلقا، وأتى فيه
التفصيل، لكن إن كانت العين قد تلفت عند البائع وجب على الوكيل رد المبيع إليه،
وإن كانت باقية عنده فخلاص الوكيل أن يصالح الموكل عليها بما دفعه من المثل أو
القيمة ثم يصالح البائع على العين إن أمكن.

وطريق التخلص أن يقول الموكل: إن كان لي فقد بعته من الوكيل، فيصح البيع ولا يكون هذا تعليقا للبيع على الشرط ويتقاصان. ولو امتنع الموكل من البيع جاز أن يستوفي عوض ما أداه إلى البائع عن موكله من هذه السلعة، ويرد ما يفضل عليه أو يرجع بما يفضل له.

وإن كان الشراء في الذمة وذكر الموكل وقع له باطنا إن كان محقا وبطل ظاهرا فيأخذه قصاصا. وإن لم يذكره لفظا ولا نية فالشراء للوكيل ظاهرا وباطنا. وإن كان مبطلا وذكر الموكل بطل البيع مطلقا. وإن نواه خاصة فالسلعة للبائع باطنا، فيشتريها منه بالثمن إن كان باقيا، وإلا دفعها إليه ولا شيء عليه. وإن لم ينو وقوع الشراء للوكيل. قوله: " وطريق التخلص أن يقول الموكل - إلى قوله - ويتقاصان ". إنما لم يكن ذلك شرطا مع كونه بصيغته لأن الشرط المبطل ما أوجب توقف العقد على أمر يمكن حصوله وعدمه، وهذا أمر واقع يعلم الموكل حاله، فلا يضر جعله شرطا. وكذا القول في كل شرط علم وجوده، كقول البائع يوم الجمعة مع علمه به: " إن كان يوم الجمعة فقد بعتك كذا " ومثله قول منكر التزويج أو الوكالة عقيب دعوى الزوجة: " إن كانت زوجتي فهي طالق ". وكذا لو أوقع البيع أو الطلاق من غير تعليق على الشرط صح أيضا ولم يكن إقرارا بالتوكيل وفاقا للتذكرة (١).

قوله: " وإن امتنع الموكل من البيع... الخ ". ويكون ذلك على سبيل المقاصة، ومن ثم توقف على امتناع الموكل. والمراد بالرجوع بما يفضل الرجوع بالزائد عن قيمة المبيع لو كانت أقل من الثمن المدفوع، والرجوع أيضا على وجه المقاصة على تقدير ظفره بمال للموكل وأمكنه وضع يده عليه. ولا يجوز له التصرف في المبيع قبل أحد الأمرين، لخروج الملك عنه على كل تقدير، لأنه إن كان صادقا في دعوى الوكالة فهو للموكل، وإن كان كاذبا فهو للبائع.

(١) التذكرة ٢: ١٣٦.

ولو وكل اثنين، فإن شرط الاجتماع لم يجز لأحدهما أن ينفرد بشيء من التصرف. وكذا لو أطلق. ولو مات أحدهما بطلت الوكالة. وليس للحاكم أن يضم إليه أمينا. أما لو شرط الانفراد جاز لكل منهما أن يتصرف غير مستصحب رأي صاحبه.

ولو رفع أمره إلى الحاكم أمر من أخبره الوكيل أنه له (١) ببيعه منه برفق، وليس له إجباره على ذلك لانتفاء الملك عنه ظاهرا. ولو باعه الحاكم بالقيمة بعد الامتناع صح وإن لم يعلم الحال، لأن الوكيل إن كان صادقا فالموكل ممتنع من إيفاء الحق، فللحاكم البيع عليه، وإن كان كاذبا فالملك له، فتلغو الصيغة. قوله: " ولو وكل اثنين فإن شرط الاجتماع... الخ ". لأن توكيله إياهما على هذا الوجه يؤذن بعدم رضاه برأي أحدهما وتصرفه منفردا. وإذا كان الاطلاق مؤديا لمعنى الاجتماع فشرطه على الخصوص لمجرد التأكيد. والمراد باجتماعهما على العقد صدوره عن رأيهما وأمرهما معا، لا إيقاع كل منهما الصيغة وإن كان ذلك جائزا أيضا. فلو وكل أحدهما في إيقاع الصيغة أو وكلا ثالثا صح إن اقتضت وكالتهما جواز التوكيل، وإلا تعين عليهما إيقاع الصيغة مباشرة، فيوقعها كل واحد مرة. ويمكن أن يكون هذا من مواضع جواز توكيل الوكيل ولو يكون أحدهما يوكل الآخر، لدلالة القرائن على أنه لا يريد مباشرة الصيغة مرتين غالبا. وهذا بخلاف الوصيين على الاجتماع، فإن توكيل أحدهما للآخر وتوكيلهما لثالث جائز. والفرق بين الوصي والوكيل أن الوصي يتصرف بالولاية كالأب، بخلاف الوكيل، فإنه يتصرف بالإذن فيتبع مدلوله. ونبه بقوله: " وليس للحاكم أن يضم إليه " على الفرق أيضا بين الوصي والوكيل حيث إن موت أحد الوصيين على الاجتماع يجوز للحاكم الضم، والفرق أنه لا ولاية للحاكم هنا على الموكل، بخلاف الموصي، لأن النظر في حق الميت واليتيم إليه، وإذا تعذر أحد الوصيين صار الآخر بالنسبة إلى التصرف بمنزلة عدم الوصي، إذ لم يرض

(١) في " س " و " ب " : أنه ماله.

ولو وكل زوجته، أو عبد غيره، ثم طلق الزوجة وأعتق العبد، لم تبطل الوكالة.

أما لو أذن لعبد في التصرف بماله، ثم أعتقه، بطل الإذن، لأنه ليس على حد الوكالة، بل هو إذن تابع للملك.

- برأيه منفردا فيشاركه الحاكم بنصب شريك.

قوله: " ولو وكل زوجته أو عبده ثم طلق الزوجة وأعتق العبد لم تبطل الوكالة " (١).

إذ لا مدخل للعبودية والزوجية في صحة الوكالة. نعم، لو باعه توقف فعله على إذن المشتري كما لو وكل عبد غيره ابتداء حتى لو رد الوكالة بطلت. قال في التذكرة: " ولو لم يستأذن المشتري نفذ تصرفه وإن ترك واجبا " (٢). قوله: " أما لو أذن لعبد في التصرف... إلخ ".

قد عرفت في أول الوكالة أن صيغتها لا تنحصر في لفظ، بل تصح بكل ما دل على الإذن في التصرف. وحينئذ فيشكل الفرق بين توكيل العبد والإذن له في التصرف حيث لا تبطل الوكالة بعته وتبطل الإذن، إلا أن يستفاد ذلك من القرائن الخارجية الدالة على أن مراده من الإذن ما دام في رقه ومراده من الوكالة كونه مأذونا مطلقا. وحينئذ فلا فرق بين كون الإذن بصيغة الوكالة وغيرها، مع احتمال الفرق، فيزول مع الإذن المجرد لا مع التوكيل بلفظها، حملا لكل معنى على لفظه. ويضعف بما مر، فإن الوكالة ليست أمرا مغايرا للإذن، بل يتأدى بكل ما دل عليه، فلا فرق بين الصيغتين.

واحتمل في القواعد (٣) بطلانها مع البيع دون العتق، لانتقاله إلى التأهل للوكالة على وجه أقوى من الحالة الأولى، بخلاف البيع، لانتقال منافعه لشخص

(١) يلاحظ الفرق بين نسخة الشرائع لدى الشارح رحمه الله والنسخة التي لدينا. ولعل الجمع بينهما في عبارة الجواهر من جهة اختلاف نسخ الشرائع.

(٢) التذكرة ٢: ١٣٤.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢٥٣.

وإذا وكل إنسانا في الحكومة لم يكن إذنا في قبض الحق، إذ قد يوكل من لا يستأمن على المال. وكذا لو وكله في قبض المال، فأنكر الغريم، لم يكن ذلك إذنا في محاكمته، لأنه قد لا يرتضى للخصومة.

فرع

لو قال: وكلتك في قبض حقي من فلان فمات، لم يكن له مطالبة الورثة. أما لو قال: وكلتك في قبض حقي الذي على فلان، كان له ذلك.

-- آخر فيمتنع بقاؤها من دون إذنه.

ويضعف بأنه لا يقصر عن توكيل عبد الغير، فإنها لا تبطل ببيعه وإن كان للثاني فسخها، فكذا هنا. نعم، لو صرح المالك بالإذن التابعة للملك أو الوكالة التي لا تتوقف على بقائه فلا ريب في اتباعه، وتحقق الفرق بين الإذن والوكالة، ووجب الحكم بزوال الإذن بالعتق والبيع معا، وبقاء الوكالة في الأول مطلقا وفي الثاني موقوفا على إجازة المشتري.

قوله: " وإذا وكل إنسانا في الحكومة... الخ " .

لما كان اطلاق الإذن مقتضيا لفعل ما دل عليه من غير أن يتجاوز إلا مع دلالة خارجية على التجاوز كما مر كان اطلاق الإذن في كل من الخصومة والاستيفاء غير متناول للآخر، إذ لا يدل الإذن في أحدهما على الآخر بإحدى الدلالات، أما المطابقة والتضمن فظاهر، وأما الالتزام فلما ذكره المصنف من التعليل، فإنه لا يلزم من الإذن في الخصومة الإذن في القبض، لجواز أن يكون المأذون عارفا بأحكام الخصومة ودقائقها وليس بأمين على المال، كما هو واقع في كثير، ولا بالعكس، لجواز كونه أمينا وليس بعارف في أحكام المنازعات، كما هو الأغلب في كثير من الصالحين الذين يستأمنون على المال ولا يصلحون للحكومة.

قوله: " لو قال وكلتك في قبض حقي من فلان فمات... الخ " .

الفرق بين الصيغتين أن " من " متعلقة بفعل الأمر وهو " اقبض "، ومبدؤها

ولو وكله في بيع فاسد لم يملك الصحيح. وكذا لو وكله في ابتياح معيب.

– المديون، ففيها تعيين لمبدأ القبض ومنشئه وهو فلان المديون، فلا يتعدى الأمر إلى وارثه، لأن قبضه من الوارث ليس قبضا من المديون. نعم، له القبض من وكيل المديون لأن يده يده وهو نائب عنه، بخلاف الوارث، فإن الملك لم ينتقل إليه بحق النيابة، ومن ثم يحث لو حلف على فعل شيء بفعل موكله له لا بفعل وارثه. وأما "الذي على فلان" فإن جملة الموصول والصلة فيه صفة للحق وليس فيه تعيين للمقبوض منه بوجه، بل الإذن تعلق بقبض الحق الموصوف بكونه في ذمة زيد، فالوكيل يتبع الحق حيث ما انتقل.

فإن قيل: وصف الحق بكونه على فلان يشعر بحصر القبض فيه، لأن الصفة إذا زالت بموته لم يكن الحق المتعلق بالوارث موصوفا بكونه في ذمة فلان، فلا يكون هو الموكل فيه.

قلنا: الوصف إنما يفيد الاحتراز به عن دين آخر له في ذمة شخص آخر، ولا إشعار له بتخصيص القبض. وبتقدير أن لا يكون له دين آخر على غيره فالصفة هنا لمجرد التوضيح، فيكون كما لو قال: بع عبدي النائم أو الآكل، وما شاكلهما من الأوصاف، فإن له بيعه وإن انتبه وترك الأكل.

قوله ولو وكله في بيع فاسد لم يملك الصحيح".
كما لو قال له: اشتر لي كذا إلى إدراك الغلات، أو مقدم الحاج، أو بعه كذلك، وما شاكله. ولا فرق في ذلك بين أن يكونا عالمين بالفساد وجاهلين وبالتفريق. وإنما لم يملك الصحيح لعدم التوكيل فيه فيقع فضوليا. ورد بذلك على أبي حنيفة (١) حيث زعم أنه يقتضيه. وكما لا يملك الصحيح لا يملك الفاسد، لأن الله تعالى لم يأذن فيه، والموكل لم يملكه فالوكيل أولى. فلو اشترى به وسلم الثمن أو باع كذلك وسلمه المبيع ضمن.
قوله: "وكذا لو وكله في ابتياح معيب".

(١) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٢٥٢.

وإذا كان لانسان على غيره دين، فوكله أن يتناع له به متاعا جاز،
ويبرأ بالتسليم إلى البائع.

– أي لا يملك به ابتياع الصحيح وقوفا مع الإذن، لكن هنا له أن يشتري
المعيب، لأنه أمر مشروع والأغراض تتعلق به كما تتعلق بالصحيح. ثم إن عين
المعيب لم يجز التخطي إلى غيره، سواء ساواه أم قصر أم زاد عليه، وإن أطلق صح
شراء ما يطلق عليه اسم المعيب.
قوله: " وإذا كان لانسان... الخ "

إنما توقفت البراءة على التسليم إلى البائع لأن الدين لا يتعين إلا بتعيين مالكة
أو من يقوم مقامه، ومالكة لم يعينه إلا على تقدير جعله ثمنا، لأن الباء تقتضي
المقابلة، ولا يصير ثمنا مع كونه في الذمة بحيث يتحقق البراءة منه إلا بقبض البائع
له. وبتقدير إفرازه قبل الشراء وصحته لا تتحقق البراءة منه إلا بقبض المالك له أو
من يقوم مقامه وليس هنا إلا قبض البائع، إلا أن هذا القسم خارج عن موضع
الفرض، لما تقرر من أن مقتضى الشراء بالدين جعله عوضا ولا دلالة في اللفظ على
إفرازه، فيقتصر على موضع اليقين. ولا مانع من جعله على هذا الوجه ثمنا للمبيع
في الجملة.

الخامس

في ما به تثبت الوكالة
ولا يحكم بالوكالة بدعوى الوكيل، ولا بموافقة الغريم، ما لم يتم
بذلك بينة، وهي شاهدان.
ولا تثبت بشهادة النساء، ولا بشاهد واحد
وامرأتين، ولا بشاهد ويمين، على قول مشهور.
ولو شهد أحدهما بالوكالة
في تاريخ، الآخر في تاريخ آخر، قبلت شهادتهما نظر إلى العادة في
الاشهاد، إذ جمع الشهود لذلك في الموضوع الواحد قد يعسر. وكذا لو شهد

- قوله: " ولا بشاهد وامرأتين... الخ "

هذا هو المذهب ولا نعلم فيه مخالفا، ولأن متعلق الشاهد واليمين والشاهد
والمرأتين الحقوق المالية، والغرض من الوكالة الولاية على التصرف، والمال قد يترتب
عليها لكنه غير مقصود بالذات من ماهيتها. ويشكل الحكم فيما لو اشتملت الدعوى
على الجهتين، كما لو ادعى شخص على آخر وكالة بجعل وأقام شاهدا وامرأتين أو
شاهدا وحلف معه. والظاهر حينئذ أنه يثبت المال لا الوكالة، ولا يقدر في ذلك
تبعض الشهادة. ومثله ما لو أقام ذلك بالسرقة، فإنه يثبت المال لا القطع. ولأن
المقصود بالذات هنا المال لا الولاية. نعم، لو كان ذلك قبل العمل اتجه عدم
الثبوت، لأن انكار الولاية أبطلها والمال لم يثبت بعد. ويمكن أن يكون نسبة المصنف
القول إلى الشهرة المشعر بتوقفه فيه لأجل ذلك، فيكون التوقف في عموم الحكم لا
في أصله.

قوله: " ولو شهد أحدهما بالوكالة في تاريخ - إلى قوله - شهدا في

أحدهما أنه وكله بالعجمية، والآخر بالعربية، لأن ذلك يكون إشارة إلى المعنى الواحد. ولو اختلفا في لفظ العقد، بأن يشهد أحدهما أن الموكل قال: وكتك، ويشهد الآخر أنه قال: استنتك، لم تقبل، لأنها شهادة على عقدين، إذ صيغة كل واحد منهما مخالفة للآخرى. وفيه تردد، إذ مرجعه إلى أنهما شهدا في وقتين. أما لو عدلا عن حكاية لفظ الموكل واقتصرا على إيراد المعنى جاز، وإن اختلفت عبارتهما. وإذا علم الحاكم بالوكالة حكم فيها بعلمه.

- وقتين "

المشهور في عبارات الأصحاب وغيرهم أن الشاهدين بالوكالة إذا اختلف تاريخ ما شهدا به لم يثبت الوكالة بذلك، لأن كل صيغة واقعة في وقت منهما لم يقيم بهما شاهدان، وإحدهما غير الأخرى. أما لو شهدا باقراره بها في وقتين قبلت. والمصنف - رحمه الله - لم يفرق في اطلاق كلامه بينهما، بل ظاهره في الأول أن شهادتهما

بنفس الوكالة في تاريخين. ولكن تعليقه بعسر جميع الشهود في الوقت الواحد قد يستفاد منه أن المتأخر وقع على جهة الاقرار، لأن الصيغة إذا وقعت مرة بقي ما بعدها إقرارا بها. وعلى هذا فيكفي شهادة أحدهما بالانشاء والآخر في وقتين، كما يقبل لو شهدا معا بالاقرار في الوقتين. ويبقى قوله " ولو اختلفا في لفظ العقد " صريحا في إنشاء الوكالة. ومع ذلك اختلاف العبارة يقتضي تعدد الانشاء كما لو تعدد الوقت وإن اتفقت العبارة.

ومرجع تردده في ذلك وتعليقه الجواز بقوله: " إذ مرجعه إلى أنهما شهدا في وقتين " يدل على أن اختلاف الوقت في العقد نفسه لا يضر، لأنه فرض المسألة في اختلافهما في نفس العقد، وإنما يضر لو تكاذبا في لفظه بأن شهد أحدهما أن العقد الواقع منه في الوقت المعين كان بلفظ " وكتك " وشهد الآخر أنه بعينه كان بلفظ " استنتك "، وهنا لا اشكال في عدم الثبوت. والذي يظهر من العبارة أن ما عدا صورة التناقض المحض يثبت به وإن اختلف الوقت مطلقا. وهو مشكل، لعدم ثبوت كل واحدة من الصيغتين، وإنما الشك فيما لو شهدا بالاقرار في الوقت

تفريع
لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله من غريم، فإن أنكر
الغريم فلا يمين عليه. وإن صدقه، فإن كانت عينا لم يؤمر بالتسليم. ولو
دفع إليه كان للمالك استعادتها. فإن تلفت كان له إلزام أيهما شاء، مع
إنكاره الوكالة. ولا يرجع أحدهما على الآخر.
وكذا لو كان الحق ديناً. وفيه تردد. لكن في هذا لو دفع لم يكن
للمالك مطالبة الوكيل، لأنه لم ينتزع عين ماله، إذ لا يتعين إلا بقبضه أو
قبض وكيله، وهو ينفي كل واحد من القسمين.
وللغريم أن يعود على الوكيل إن كانت العين باقية، أو تلفت
بتفريط منه. ولا درك عليه لو تلفت بغير تفريط.
وكل موضع يلزم الغريم التسليم لو أقر به يلزمه اليمين إذا أنكر.

- واعلم أن العلامة - رحمه الله - نقل في التذكرة (١) عن بعض العامة عدم الثبوت
بذلك مطلقاً، لقيام الاحتمال. ولا يخلو من وجه، لكن الظاهر عدم الخلاف عندنا
وعند معظم العامة (٢) في الثبوت مع تعدد الاقرار.
قوله: " لو ادعى الوكالة عن غائب إلى قوله - وفيه تردد ".
إذا ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله، فإن أقام بينة وجب تسليمه
مطلقاً، وإن لم يكن بينة فإن أنكر الغريم وكيلاً فالقول قوله بغير يمين، لأن اليمين
إنما يتوجه إذا كان المنكر بحيث لو أقر نفذ إقراره، وليس هنا كذلك. وفي بعض هذه
المقدمات نظر يأتي.
وإن صدق الغريم مدعي الوكالة، فإن كان الحق عينا لم يؤمر بالتسليم إليه
قطعا، لأن اقراره متعلق بحق المالك فلا تسمع. نعم، يجوز له حينئذ تسليمه، إذ

لم نعثر عليه.
(٢) راجع المغني لابن قدامة وكذا الشرح الكبير ٥: ٢٦٥ و ٢٦٦.

لا منازع غيرهما الآن، ويبقى المالك على حجته. فإذا حضر وصدق الوكيل برئ الدافع، وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه، فإن كانت العين موجودة أخذها، وله مطالبة من شاء منهما بردها، لترتب أيديهما على ماله، وللدافع مطالبة الوكيل بإحضارها لو طولب به دون العكس. وإن تعذر ردها لتلف أو غيره تخير في الرجوع على من شاء منهما، فإن رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقاً، لاعترافه ببراءته بدفعها إليه، وإن رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل إن تلفت في يده بغير تفريط، لأنه بتصديقه له أمين عنده، وإلا رجع عليه.

وإن كان الحق ديناً ففي وجوب التسليم إليه مع تصديقه وجهان: أحدهما مساواته للعين، لأن تسليمه إنما يكون على الموكل، ولا يثبت بإقرار الغريم عليه استحقاق غيره لقبض حقه (١)، ولأن التسليم لا يؤمر به إلا إذا كان مبرئاً للذمة، ومن ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من تسليمه لمالكه حتى يشهد عليه، وليس هنا كذلك، لأن الغائب يبقى على حجته، وله مطالبة الغريم بالحق لو أنكر الوكالة. والثاني وجوب الدفع هنا، لأن هذا التصديق إنما اقتضى وجوب التسليم من مال نفسه وإنكار الغائب لا يؤثر في ذلك، فلا مانع من نفوذه لعموم: "إقرار العقلاء على أنفسهم جائز" (٢). وتوقف وجوب التسليم على كونه مبرئاً مطلقاً ممنوع، والبراءة بزعمه هنا حاصلة. والاحتجاج بجواز الامتناع للاشهاد إنما يقتضيه على المدفوع إليه وهو ممكن بالنسبة إلى مدعي الوكالة، فوجوب الدفع هنا أوجه.

(١) كذا في إحدى الحجريتين. وفي ما لدينا من النسخ الخطية: ولا يثبت إقرار الغريم عليه باستحقاق غيره... وفي هامش " و " : " ولا ينفذ (ظاهراً). وعلى هذا صح إصاق الباء بالاستحقاق. وبخط ع ل (أي الشيخ علي حفيد الشارح) كما في المتن ". وفي الجواهر ٢٧: ٤١٩ مثل هذه العبارة وفيه أيضاً: ولا ينفذ... والظاهر أن الصحيح إما ما أثبتناه ورجحناه لاطباق النسخ على كلمة يثبت، وإما ولا ينفذ بإقرار الغريم عليه استحقاق. (٢) عوالي اللئالي ١: ٢٢٣ ح ١٠٤، الوسائل ١٦: ١١١ ب " ٣ " من أبواب الاقرار ح ٢.

السادس

في اللواحق

وفيه مسائل:

الأولى: الوكيل أمين، لا يضمن ما تلف في يده، إلا مع التفريط أو التعدي.

الثانية: إذا أذن لو كي له أن يوكل، فإن وكل عن موكله كانا وكيلين له. وتبطل وكالتهما بموته. ولا تبطل بموت أحدهما، ولا بعزل أحدهما صاحبه. وإن وكله عن نفسه كان له عزله. فإن مات الموكل بطلت وكالتهما. وكذا إن مات وكيل الأول.

قوله: " إذا أذن لو كي له أن يوكل... الخ "

إذا أذن له أن يوكل فلا يخلو: إما أن يأذن له في التوكيل عن نفسه أو عن الموكل أو يطلق، فالأقسام ثلاثة. وقد يكون التوكيل مستفادا من القرائن الحالية، كاتساع متعلق الوكالة، وترفعه عن المباشرة، أو المقالية كـ " أنت وكيل مفوض ". ففي القسم الأول لا اشكال في كون الوكيل الثاني يكون نائبا عن الأول، فتبطل وكالته بعزل كل من الوكيل والموكل له، وبموته، وبانعزال الأول، لأنه فرعه ونائبه.

وفي القسم الثاني يكون الثاني وكيلا عن الموكل كالأول، فليس لأحدهما عزل الآخر، ولا يعزل بموته ونحوه من أسباب العزل، وإنما يعزل بعزل الموكل وخروجه

عن أهلية الوكالة.

وفي الثالث أوجه:

أحدها: أنه وكيل عن الوكيل، لأن الغرض من ذلك تسهيل الأمر عليه.
وثانيها: أنه يكون وكيلا للموكل، لأن التوكيل تصرف يتولاه بإذن الموكل
فيقع عن الموكل، ولأن ذلك هو المتبادر حيث إن الحق بالأصالة للموكل، فالنيابة
عنه (١). وبهذا الوجه قطع في القواعد (٢) والتحرير (٣) وتوقف في التذكرة (٤)، لأنه
نقل

الوجهين عن الشافعية ولم يرجح شيئا.

وثالثها: أنه يتخير بين أن يوكل عن نفسه وعن موكله. وهو ظاهر عبارة
الكتاب، لأنه فرض الإذن مطلقا ثم قال: " فإن وكل عن نفسه... وإن وكل عن
موكله ". ووجه التخيير: صلاحية الاطلاق لهما، لصدق الوكيل المأذون فيه على
التقديرين.

وهذا الوجه قريب إن كان قولاً، فإن العبارة - على تقدير انحصار الأمر في
الوجهين الأولين - يمكن حملها على ما يوافقهما، بأن يجعل قوله: " فإن وكل عن
موكله " بأن كان مضمون توكيل الموكل له ذلك، وكذا القسم الآخر إلا أنه لا
ضرورة إلى ذلك، فإن المسألة محتملة، والوجه ليس أبعد منهما.
وفي القسم الرابع - وهو ما كان مستند الإذن في التوكيل القرائن الحالية -
يحتمل الأوجه الثلاثة. وتوقف في التذكرة. (٥) وقطع في التحرير (٦) بأن الثاني يكون

(١) كذا في " ن " و " م " وهو الصحيح. وفي " س ": للموكل وللوكيل بالنيابة عنه وفي سائر النسخ
الموكل بالنيابة عنه.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٥٣.

(٣) تحرير الأحكام ١: ٢٣٤.

(٤) التذكرة ٢: ١١٦.

(٥) التذكرة ٢: ١١٦.

(٦) تحرير الأحكام ١: ٢٣٤.

الثالثة: يجب على الوكيل تسليم ما في يده إلى الموكل مع المطالبة وعدم العذر. فإن امتنع من غير عذر ضمن. وإن كان هناك عذر لم يضمن. ولو زال العذر وأخر التسليم ضمن. ولو ادعى بعد ذلك أن تلف المال قبل الامتناع، أو ادعى الرد قبل المطالبة، قيل: لا تقبل دعواه ولو أقام بينة. والوجه أنها تقبل.

- وكيلا للوكيل. وهو متجه.

وفي القسم الخامس - وهو القرينة المقالية - يكون كما لو أطلق قوله: "ويجب على الوكيل تسليم ما في يده... الخ".

ما بيد الوكيل من المال الذي وكله في بيعه، وثنمه على تقدير البيع، والمبيع الذي اشتراه للموكل وغيرها أمانة في يده بإذن المالك، فلا يجب عليه إيصاله قبل طلبه، وإنما يجب مع الطلب وإمكان الدفع. وليس المراد به القدرة العقلية بحيث يدخل فيها فعل ما يمكنه فعله من المبادرة وإن كان على خلاف العادة، بل يرجع ذلك إلى المعروف شرعا ثم إلى العرف العام، ويعذر بما عد عذرا فيهما وإن كان مقدورا، كما في الصلاة عند الطلب في أثنائها وإن كانت نفلا، والتشاغل بها عند ضيق الوقت - وإن كان الطلب قبل الشروع فيها - عذر شرعي، والفراغ من الحمام وأكل الطعام ونحو ذلك من الأعذار العرفية، صرح به في التذكرة (١). والعجب أنه في الوديعة منها (٢) حكم بأنه لا يعذر في ردها مع الطلب إلا بتعذر الوصول إلى الوديعة، وإكمال صلاة الفرض دون النفل وغيره من الأعذار العرفية، مع أن الأمر في الوديعة أسهل على الودعي، لأنها مبنية على الاحسان المحض الذي يناسبه التسهيل، بخلاف الوكالة، إذ قد يدخلها أغراض للوكيل، كالجعل وغيره، فلا أقل من المساواة.

قوله: "ولو ادعى بعد ذلك... الخ".

(١) التذكرة ٢: ١٣٨.

(٢) التذكرة ٢: ٢٠٦.

إذا امتنع من رد المال على الموكل فقد يكون امتناعه مجرد تقصير ومطل، وقد يكون للجحود. وعلى تقدير الجحود: فقد يكون جحوده بقوله: " لا حق لك عندي"، أو: " لا يلزمني دفع شئ إليك" وما في معناه، أو: " ما قبضت منك شيئاً". وفي الأولين لو ادعى تلف المال قبل الامتناع أو رد المال قبل المطالبة فسماع دعواه وقبول بينته ظاهر، لأنه لم يكذبها بامتناعه الأول، بل هو مؤكد لدعواه، فإنه إذا رد فله الامتناع من الإجابة بعده، والجحود بمعنى قوله: لا حق لك، ونحوه. وإن كان صيغة جحوده إنكار عدم تسليمه (١) أصلاً فهنا قد كذب بدعواه الثانية الأولى، وكذب بدعواه الأولى بينته على الرد أو التلف. فهذا وجه القول بعدم سماعها. ووجه ما اختاره المصنف من القبول جواز استناد إنكاره إلى سهو ونسيان، وعموم: " البينة على المدعي واليمين على من أنكر" (٢) ويقوى ذلك إن أظهر لانكاره هذا التأويل ونحوه. ولو ادعى على الموكل العلم بصحة دعواه فالظاهر أن له إحلافه وإن لم تسمع دعواه.

واعلم أن عبارة المصنف تقتضي عدم الفرق بين الأقسام الثلاثة، وأن الخلاف واقع فيها أجمع من حيث إطلاقه الامتناع. والاشكال في الأولين ضعيف. ويفهم من قوله: " فادعى تلف المال قبل الامتناع أو الرد" أنه لو ادعى ذلك بعد الامتناع أن قوله يسمع وبينته تقبل. وهو حسن إذ لا تكذيب حينئذ، بل غايته أن يكون بامتناعه متعدياً وغاصباً وذلك لا ينافي سماع دعواه ولا قبول بينته. وأطلق العلامة - رحمه الله - في غير الارشاد (٣) عدم سماع دعواه في الصورتين، وفي الارشاد (٤) السماع هنا. وعلى

(١) كذا في "س" وفي غيرها تسلمه.

(٢) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب "٢٥" من أبواب كيفية الحكم ح ٣. وفيه: "البينة على من ادعى... وراجع أيضاً ص ١٧٠ ب "٣" وعوالي اللغالي ١: ٢٤٤ ح ١٧٢، والمستدرک ١٧: ٣٦٨ ب "٣" من أبواب كيفية الحكم ح ٤ و ٥.

(٣) تحرير الأحكام ١: ٢٣٦.

(٤) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٠.

الرابعة: كل من في يده مال لغيره، أو في ذمته، فله أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض. ويستوي في ذلك ما يقبل قوله في رده، وبين ما لا يقبل إلا ببينة، هربا من الجحود المفضي إلى الدرك أو اليمين. وفصل آخرون بين ما يقبل قوله في رده وما لا يقبل، فأوجبوا التسليم في الأول، وأجازوا الامتناع في الثاني إلا مع الاشهاد. والأول أشبه.

- هذا الحكم في الرد واضح، وأما في دعوى التلف فتقبل من جهة العين ويلزمه المثل أو القيمة، لأنه ضامن بجحوده.

قوله: " كل من في يده - إلى قوله - والأول أشبه " .

وجه التفصيل: أن ما يقبل قول الدافع في رده لا يتوجه عليه ضرر بترك الاشهاد، لأن قبول قوله يدفع الغرم عن نفسه، بخلاف ما لا يقبل. وربما فصل بعضهم هذا القسم بأنه إن كان بالحق بينة فله الامتناع حتى يشهد وإلا فلا، لأنه وإن لم يقبل قوله لو أقر لكن يمكنه إنكار أصل الحق على وجه يصدق، بأن يقول: إنه لا يستحق عنده شيئا، فيقبل قوله كالقسم الأول.

والأقوى ما اختاره المصنف، لأن تكلف اليمين ضرر عظيم وإن كان صادقا، وإذن الشارع فيها وترتب الثواب عليها لا يدفع أصل الضرر، خصوصا في بعض الناس من ذوي المراتب، فإن ضرر الغرامة عليهم أسهل من اليمين. واعلم: أن في قول المصنف: " حتى يشهد صاحب الحق بالقبض " تجوزا، لأن الغريم إذا كان له الامتناع من الاقباض حتى يشهد كيف يمكن المستحق الاشهاد بالقبض ولم يقع؟ فإنه ليس بصحيح، وكان حقه أن يقول: " حتى يشهد على القبض ". والأحسن في الجواب أن يجعل " الباء " بمعنى " على " فإنه واقع لغة، ومنه قوله تعالى: (ومنهم من إن تأمنه بقنطار) (١) أي على قنطار.

(١) آل عمران: ٧٥. والآية في المصحف الكريم: " ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار " .

الخامسة: الوكيل في الايداع إذا لم يشهد على الودعي لم يضمن.
ولو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن. وفيه تردد.
السادسة: إذا تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه، ولا تبطل
وكالته، لعدم التنافي.

- وقوله: " كل من في يده... أو في ذمته " يشمل نحو الحقوق الواجبة كالزكاة،
فإنها حق في الذمة أو في يده على تقدير عزلها، وليس له التأخير إلى أن يشهد على
دفعها.

قوله: " الوكيل في الايداع - إلى قوله - وفيه تردد " .
الفرق: أن الايداع مبني على الاخفاء وهو فيها أمر مطلوب، بخلاف قضاء
الدين، بل هو على الضد. ولأن الودعي قوله مقبول في الرد والتلف فلا يؤثر الاشهاد
في تغريمه، بخلاف المديون. ووجه التردد في الحكم مما ذكرناه، ومن عدم دلالة
مطلق الأمر على الاشهاد، فيحصل الامتثال بدونه.
وتردد المصنف يمكن كونه في مجموع الحكم في المسألتين، أو في المسألة الثانية،
وهي مسألة الدين خاصة، فلا ينافي ما سبق (١) في الوديعة من حكمه بعدم الضمان
بترك الاشهاد. ويمكن كونه في كل واحدة من المسألتين، فيكون رجوعا عن السابق.
والظاهر هو الأول. ولا بد من تقييد الحكم بكون الأداء بغير حضرة الموكل وإلا انتفى
الضمان، لأن التفريط حينئذ مستند إلى الموكل.
قوله: " إذا تعدى الوكيل في مال الموكل ضمنه. ولا تبطل وكالته،
لعدم التنافي " .

نبه بذلك على خلاف بعض العامة (٢) حيث زعم أنها تبطل بالتعدي، لأنها
أمانة، فترتفع بزوالها كالوديعة. وبطلانه ظاهر، لما ذكره المصنف من عدم التنافي بين
الضمان والإذن. وتحريره: أن الوكالة تضمنت شيئين: الأمانة والإذن في التصرف،

(١) في ص: ١١٩.

(٢) راجع المغني لابن قدامة والشرح الكبير ٥: ٢٤٤ و ٢١٤، والمهذب (المجموع) ١٤: ١٥٥.

ولو باع الوكيل ما تعدى فيه، وسلمه إلى المشتري، برئ من ضمانه، لأنه تسليم مأذون فيه، فجرى مجرى قبض المالك.
السابعة: إذا أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز.
وفيه تردد. وكذا في النكاح.

فإذا تعدى زالت الأمانة وبقي الإذن بحاله، كما أن الرهن لما اشتمل على شيئين أيضا: الأمانة والتوثق، لم يبطل الثاني ببطان الأول بالتعدي عند الجميع. وبهذا يحصل الفرق بينها وبين الوديعة، فإن الوديعة لم تشتمل إلا على الأمانة، فإذا ارتفعت بقيت مضمونة، مع أنا نمنع بطلان الوديعة مطلقا.
قوله: " ولو باع ما تعدى فيه... الخ "

لا خلاف في زوال الضمان عنه بالتسليم إلى المشتري، لما ذكره المصنف، ولأن المشتري قد ملكه، فإذا وصل إليه بإذن المالك زال الضمان. وإنما الكلام في زواله بمجرد البيع، فإنه يحتمل ذلك، لخروجه عن ملك الموكل به ودخوله في ملك المشتري وضمانه، وعدمه، لأنه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري فيكون التلف على ملك الموكل. وهذا أقوى. وتردد في التذكرة (١). ولو قبض ثمنه في موضع الجواز لم يكن الثمن مضمونا عليه وإن كان أصله مضمونا، لقبضه بإذن الموكل ولم يتعد فيه. ومثله ما لو تعدى في الثمن ثم اشترى به وقبض المبيع. ولو رد عليه بعيب ففي عود الضمان وجهان، أجودهما العدم، لانتقال الملك إلى المشتري بالعقد، وبطلان البيع من حينه لا من أصله. وموضع الاشكال على تقدير جواز رده عليه.
قوله: " إذا أذن الموكل لوكيله... الخ "

القول بالجواز للأكثر، لوجود المقتضي وهو إذن المالك له في البيع المذكور وانتفاء المانع، إذ ليس إلا كونه وكيلا وذلك لا يصلح للمانع. ووجه التردد مما ذكر، ومن قول الشيخ (٢) وجماعة بالمنع منه للتهمة، ولأنه يصير موجبا وقابلا عند المانع عنه.

(١) التذكرة ٢: ١٣٠.

(٢) هكذا نسبه إليه المحقق الثاني في جامع المقاصد ٨: ٢٢٩. والظاهر أنه نظر إلى اطلاق كلام

ولا ريب في قوة جانب الجواز، لمنع التهمة مع الإذن، ومراعاة المصلحة المعتبرة في كل وكيل، وجواز تولي الواحد الطرفين عندنا.

ولو أطلق له الإذن ففي جواز بيعه من نفسه القولان، وأولى بالمنع هنا. وقد ذهب جماعة (١) من مجوزي الأول إلى المنع مع الاطلاق لما تقدم، ولأن المفهوم من الاستنابة في البيع البيع على غيره، فلا يتناوله الاطلاق. وقد ورد مع ذلك روايات (تدل) (٢) على المنع من شراء الوكيل من نفسه. منها: رواية هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلام: " إذا قال لك الرجل: اشتر لي، فلا تعطه من عندك، وإن كان الذي عندك خيرا منه ". (٣) وفي حديث آخر عنه عليه السلام نحوه، وتلا: (إننا عرضنا الأمانة على السماوات والأرض) الآية (٤). ويمكن الاحتجاج به على منع البيع أيضا، لعدم الفرق والقائل به.

وذهب في المختلف (٥) إلى الجواز للأصل، ولجوازه في الأب والجد فكذا في الوكيل، والمغايرة الاعتبارية هي المصححة في الجميع. وقد ظهر بذلك: أن الخلاف في هذه المسألة ليس باعتبار تولي الواحد طرفي العقد، لأن جماعة قائلون بجوازه مع منعهم هنا، ولأنه يمكن المغايرة بتوكيله في القبول إن لم يجز في الايجاب. نعم، يزيد الحكم بالجواز بعدا عند القائل بمنع تولي

الشيخ رحمه الله في المبسوط ٢: ٣٨١ ولكنه في نفس الصفحة بعد أسطر صرح بالجواز إذا أذن الموكل فيه صريحا.

(١) منهم الشيخ في المبسوط ٢: ٣٨١، وابن إدريس في السرائر ٢: ٩٧.

(٢) من "س" فقط.

(٣) الكافي ٥: ١٥١ ح ٦، التهذيب ٧: ٦ ح ١٩، الوسائل ١٢: ٢٨٨ ب "٥" من أبواب آداب التجارة ح ١.

(٤) التهذيب ٦: ٣٥٢ ح ٩٩٩، الوسائل ١٢: ٢٨٩ ب "٥" من أبواب آداب التجارة ح ٢، والآية في سورة الأحزاب: ٧٢.

(٥) المختلف: ٣٤٩ و ٤٣٨.

السابع
في التنازع
وفيه مسائل:
الأولى إذا اختلفا في الوكالة فالقول قول المنكر، لأنه الأصل.

– الطرفين.
والخلاف في المسألة في موضعين وينحل إلى ثلاثة:
أحدها: أن الوكيل هل يدخل في إطلاق الإذن أم لا؟
الثاني: مع التصريح بالإذن هل له أن يتولاه لنفسه إن وكل في القبول أم لا؟
الثالث: على القول بالجواز مع التوكيل هل يصح تولي الطرفين أم لا؟
والشيخ (١) على المنع في الثلاثة، والعلامة في المختلف (٢) على الجواز في الثلاثة، وفي غيره (٣) في الأخيرين، والمصنف يجوز الأخير، (٤) ويمنع الأول، وقد تردد في الوسط.
قوله: " إذا اختلفا في الوكالة... الخ ".
لا فرق في ذلك بين كون منكر الوكالة الموكل والوكيل، للأصل، ومن ثم أطلق المنكر. وتوجه كون منكرها الموكل ظاهر. وأما إنكار الوكيل فيمكن فرضه فيما لو كان

-
- (١) المبسوط ٢: ٣٨١، الخلاف ٣: ٣٤٦. وقد مر في ص ٢٩٤ هامش (٢) أن الشيخ صرح بخلاف ما فهم من إطلاقه.
(٢) المختلف: ٣٤٩ و ٤٣٨.
(٣) راجع القواعد ١: ٢٥٥، التحرير ١: ٢٤٠، والإرشاد ١: ٤١٧.
(٤) تقدم في ج ٣: ١٦٥.

ولو اختلفا في التلف فالقول قول الوكيل، لأنه أمين. وقد يتعذر إقامة
البينة بالتلف غالبا، فاقتنع بقوله، دفعا لالتزام ما تعذر غالبا. ولو اختلفا
في التفريط، فالقول قول منكره، لقوله عليه السلام: " واليمين على من
أنكر "

التوكيل في بيع شيء مشروطا في عقد لازم، وشرط إيقاعه في وقت معين، وحصل
الاختلاف بعد انقضائه في حصول التوكيل، فادعاه الموكل ليخرج عن العهدة ويصير
العقد لازما وأنكره الوكيل، ونحو ذلك.
قوله: " ولو اختلفا في التلف - إلى قوله - غالبا "

المراد تلف المال الذي بيده على وجه الأمانة، ليدخل فيه العين الموكل في بيعها
قبله، وثنها حيث يجوز له قبضه بعده، والعين الموكل في شرائها كذلك. ووجه
القبول - مع مخالفته للأصل - بعد الاجماع ما ذكره المصنف. ولا فرق بين أن يدعي
تلفها بسبب ظاهر كالغرق والحرق وخفي كالسرقة عندنا. وفي حكمه الأب والجد
والحاكم وأمينه والوصي. وقد تقدم (١) الخلاف في قبول قول بعض الأمراء.
قوله: " ولو اختلفا في التفريط... الخ "

يمكن أن يريد بالتفريط ما يشمل التعدي، إما لاشتراكهما في الحكم واستعمال
أحدهما في الآخر كثيرا، وإما لأن التفريط إذا عدي ب " في " ضمن معنى التقصير وإذا
عدي ب " على " ضمن معنى التعدي كما نص عليه الجوهري (٢). ومن الثاني قوله
تعالى: (إننا نخاف أن يفرط علينا) (٣). وقد ذكره هنا خاليا من حرف التعدي
فيحتمل الأمرين.

(١) في ص: ١١٧ - ١١٨.

(٢) الصحاح ٣: ١١٤٨ مادة " فرط " .

(٣) طه: ٤٥ .

الثانية: إذا اختلفا في دفع المال إلى الموكل، فإن كان بجعل، كلف البينة، لأنه مدع. وإن كان بغير جعل، قيل: القول قوله كالوديعة وهو قول مشهور. وقيل: القول قول المالك. وهو الأشبه. أما الوصي فالقول قوله في الانفاق، لتعذر البينة فيه، دون تسليم المال إلى الموصى له.

وكذا القول في الأب والجد والحاكم وأمينه مع اليتيم، إذا أنكر القبض عند بلوغه ورشده. وكذا الشريك والمضارب ومن حصل في يده ضالة.

- قوله: " إذا اختلفا في دفع المال إلى الموكل - إلى قوله - وهو الأشبه ".
وجه عدم قبول قوله مطلقا واضح، لأصالة عدم الرد، وعموم " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " (١) والتفصيل يقطع الاشتراك. والقائل بالتفصيل نظر إلى أنه مع عدم الجعل أمين، وقد قبض المال لمحض مصلحة المالك فكان محسنا محضا، وكل ما دل على قبول قول الودعي يدل عليه، كقولهم: إنه يؤدي إلى الاعراض عن قبول النيابة في ذلك، وهو ضرر منفي.
وفيه: أن الأمانة لا تستلزم القبول كمن قبض لمصلحة نفسه مع كونه أمينا، والضرر مندفع بالشهاد، والتقصير في تركه منه، والاحسان لا ينافي عدم قبول قوله في الرد. وكونه من جملة السبيل (٢) المنفي عنه يندفع بأن اليمين عليه سبيل أيضا وليس بمندفع. ويمكن الجواب بأن السبيل المنفي نكرة منفية فتعم إلا ما أخرجه الدليل، واليمين ثابت بالاجماع فكان خارجا فيبقى الباقي. والحق: أن قبول قول الودعي إن كان خارجا بالاجماع فهو الفارق وإلا فلا فرق، وفي الاجماع بعد. وقد تقدم (٣) الكلام على ذلك.
قوله: " أما الوصي فالقول قوله في الانفاق - إلى قوله - ورشده ".
ظاهرهم هنا عدم الخلاف في تقديم قول الموصى له واليتيم في عدم القبض،

(١) مر ذكر مصادره في ص: ٢٩١ هامش (٢).

(٢) التوبة: ٩١.

(٣) في ص: ١١٧ - ١١٨.

الثالثة: إذا ادعى الوكيل التصرف، وأنكر الموكل، مثل أن يقول: بعث أو قبضت، قيل: القول قول الوكيل، لأنه أقر بماله أن يفعله. ولو قيل: القول قول الموكل أمكن. لكن الأول أشبه.

- وهو يؤيد تقديم قول الموكل فيه، للاشتراك في العلة، بل ربما كان الاحسان هنا أقوى. أما الانفاق فخرج من ذلك - مع أن الأصل عدم ما يدعيه المنفق - لعسر إقامة البيئة عليه في كل وقت يحتاج إليه فيستلزم العسر والجرح المنفيين (١)، بخلاف تسليم المال.

قوله: " إذا ادعى الوكيل التصرف - إلى قوله - أشبه ".
وجه الأشبه أنه أمين، وقادر على الانشاء، والتصرف إليه، ومرجع الاختلاف إلى فعله وهو أعلم به. ووجه تقديم قول الموكل ظاهر، لأصالة عدم الفعل. وقد اختلفت كلام العلامة - رحمه الله - في هذه المسألة، فجزم في الإرشاد (٢) بتقديم قول الوكيل من غير نقل خلاف، وقربه في القواعد (٣)، وجزم في التذكرة (٤) بتقديم قول الوكيل إن كان النزاع بعد عزل الوكيل، واستقرب كون الحكم قبل العزل مثله، لأصالة عدم التصرف، وأصالة بقاء الملك على مالكه، وتوقف في التحرير (٥). والأجود الأول.

واعلم: أنه لا يحتاج إلى تقييد التصرف في فرض المسألة بكون الثمن قد تلف في يد الوكيل، بأن يقول مثلاً: بعث وقبضت الثمن وتلف في يدي، كما ذكره بعضهم تبعاً لتقييده بذلك في التحرير (٦)، لأن الكلام في دعوى الوكيل التلف قد ذكر سابقاً (٧) مطلقاً، وهو أمر خارج عن هذه المسألة، وإنما حاصل هذه دعوى الموكل

(١) سورة البقرة: ١٨٥، وسورة الحج: ٧٨.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٠.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢٦١.

(٤) التذكرة ٢: ١٣٧.

(٥) تحرير الأحكام ١: ٢٣٦.

(٦) تحرير الأحكام ١: ٢٣٦.

(٧) في ص: ٢٩٧.

الرابعة: إذا اشترى انسان سلعة، وادعى أنه وكيل لانسان فأنكر، كان القول قوله مع يمينه، ويقضى على المشتري بالثمن، سواء اشترى بعين أو في ذمة، إلا أن يكون ذكر أنه يتناح له في حالة العقد. ولو قال الوكيل: ابتعت لك، فأنكر الموكل، أو قال: ابتعت لنفسى، فقال الموكل: بل لى، فالقول قول الوكيل، لأنه أبصر بنيتة. الخامسة: إذا زوجه امرأة، فأنكر الوكالة ولا بينة، كان القول قول الموكل مع يمينه، ويلزم الوكيل مهرها، وروي نصف مهرها. وقيل: يحكم ببطلان العقد في الظاهر، ويجب على الموكل أن يطلقها، إن كان يعلم صدق الوكيل، وأن يسوق لها نصف المهر. وهو قوي.

عدم التصرف بالبيع ونحوه ليرتجع العين والوكيل يدعي الفعل، سواء ترتب عليه مع ذلك دعوى التلف أم لا.

قوله: " إذا اشترى انسان سلعة - إلى قوله - حالة العقد ".
إذا حلف المنكر اندفع الشراء عنه وحكم به للمشتري ظاهرا وألزم بالثمن.
ويجب تقييده زيادة على ما استثناه المصنف - رحمه الله - بعدم اعتراف البائع بكونه وكيلًا، أو كون العين التي اشترى بها ملكا للمنكر، أو قيام البينة بذلك، وإلا بطل أيضا، كما لو ظهر استحقاق أحد العوضين المعينين.
قوله: " ولو قال الوكيل: ابتعت لك... الخ ".
الوجه في المسألتين: أن الاختلاف راجع إلى قصده، ولا يعرف إلا من قبله، فيرجع إليه فيه. وهل يلزمه مع ذلك يمين؟ الظاهر ذلك، إما بناء على سماع دعوى التهمة، أو لامكان اطلاع الموكل على الحال بإقراره قبل ذلك. نعم، لو صرح بكون قصده ذلك من غير وجه محتمل أحتمل عدم سماع الدعوى.
قوله: " إذا زوجه امرأة - إلى قوله - وهذا قوي ".
وجه الأول: أن المهر يجب بالعقد كاملا، وإنما ينتصف بالطلاق وليس، وقد

فوته الوكيل عليها بتقصيره بترك الاشهاد فيضمنه. وهو اختيار الشيخ في النهاية (١).
والثاني هو المشهور بين الأصحاب، واختاره الشيخ أيضا في المبسوط (٢).
ومستنده ما رواه عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام في رجل قال لآخر:
اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قالت من صداق أو ضمنت من شيء أو
شرطت فذلك رضى لي، وهو لازم لي، ولم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له وبذل
عنه الصداق وغير ذلك مما طلبوه وسألوه، فلما رجع إليه أنكر ذلك كله، قال: " يغرم
لها نصف الصداق عنه، وذلك أنه هو الذي ضيع حقها، فلما أن لم يشهد لها عليه
بذلك الذي قال له حل لها أن تتزوج، ولا تحل للأول فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن
يطلقها لأن الله تعالى يقول: (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)، فإن لم يفعل
فإنه مأثوم فيما بينه وبين الله عز وجل، وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام قد أباح
لها أن تتزوج " (٣). ولأنه فسخ قبل الدخول فيجب معه نصف المهر كالطلاق. وفي
الأخير منع، وفي سند الحديث ضعف، ولو صح لم يكن العدول عنه.
والقول الثالث الذي اختاره قوي، ووجهه واضح، فإنه إذا أنكر
الوكالة وحلف على نفيها انتفى النكاح ظاهرا، ومن ثم يباح لها أن تتزوج وقد صرح
به في الرواية، فينتفي المهر أيضا، لأن ثبوته يتوقف على لزوم العقد، ولأنه على تقدير
ثبوته إنما يلزم الزوج، لأنه عوض البضع والوكيل ليس بزواج. نعم، لو ضمن الوكيل المهر
كله أو نصفه لزمه حسب ما ضمن، ويمكن حمل الرواية عليه. وأما
وجوب الطلاق على الزوج مع كذبه في نفس الأمر ووجوب نصف المهر عليه فواضح.
واعلم: أن المرأة إنما يجوز لها التزويج مع حلفه إذا لم تصدق الوكيل عليها وإلا

(١) النهاية: ٣١٩.

(٢) المبسوط ٢: ٣٨٦.

(٣) الفقيه ٣: ٤٩ ح ١٦٩، التهذيب ٦: ٢١٣ ح ٥٠٤، الوسائل ١٣: ٢٨٨ ب " ٤ " من أبواب
أحكام الوكالة ح ١، والآية في سورة البقرة: ٢٢٩.

السادسة: إذا وكله في ابتياع عبد، فاشتره بمائة، فقال الموكل: اشترته بثمانين، فالقول قول الوكيل، لأنه مؤتمن. ولو قيل: القول قول الموكل، كان أشبه، لأنه غارم.
السابعة: إذا اشترى لموكله كان البائع بالخيار، إن شاء طالب الوكيل، وإن شاء طالب الموكل. والوجه اختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكالة، واختصاص مطالبة الوكيل مع الجهل بذلك.

- لم يجز لها التزويج قبل الطلاق، لأنها باعترافها زوجة، بخلاف ما إذا لم تكن عالمة بالحال. فلو امتنع من الطلاق لم يجبر عليه، لانتفاء النكاح ظاهرا. وحينئذ ففي تسلطها على الفسخ دفعا للضرر، أو تسلط الحاكم على الطلاق، لأن له ولاية الاجبار على الممتنع، أو بقائها كذلك حتى يطلق أو يموت، أوجه.
قوله: " إذا وكله في ابتياع عبد... الخ ".
التقدير أن المبيع يساوي مائة كما ذكره في التحرير (١) وإلا لم يكن الشراء صحيحا، لما تقدم (٢) من حمل اطلاق الإذن على الشراء بثمان المثل. ووجه تقديم قول الوكيل: أن الاختلاف في فعله، وهو أمين، وأن الظاهر أن الشيء إنما يشتري بقيمته. وهو قول. ووجه تقديم قول الموكل: أصالة براءته من الزائد، ولأن في ذلك إثبات حق للبائع على الموكل فلا يسمع. ولا فرق في ذلك بين كون الشراء بالعين وفي الذمة، لثبوت الغرم على التقديرين.
قوله: " إذا اشترى لموكله كان البائع بالخيار... الخ ".
أما مع الجهل فلأن العقد وقع معه، والتمن لازم له ظاهرا، فله مطالبته. وأما مع العلم بكونه وكيلا فلأنه يكون نائبا عن غيره، فلا حق له عنده، بل عند الموكل. والمراد بالجهل بالوكالة كونه مستمرا إلى أن حصل القبض، فلو كان جاهلا وقت العقد معه بكونه وكيلا ثم ثبتت وكالته فالمطالب الموكل. ويحتمل بقاء استحقاق

(١) تحرير الأحكام ١: ٢٣٦.

(٢) في ص: ٢٤٩.

الثامنة: إذا طالب الوكيل، فقال الذي عليه الحق لا تستحق المطالبة، لم يلتفت إلى قوله، لأنه مكذب لبينة الوكالة. ولو قال عزلك الموكل، لم يتوجه على الوكيل اليمين، إلا أن يدعي عليه العلم. وكذا لو ادعى أن الموكل أبرأه.

- المطالبة للوكيل، استصحابا لما كان، ولا يمكن عدم رضاه بمطالبة الموكل لو علم ابتداء. ولا يكفي في ثبوت الوكالة اعتراف الموكل بها، لا يمكن تواطؤها على إسقاط حق البائع (١) عن مطالبة الوكيل، لكن هنا له الرجوع على من شاء منهما، صرح به في التذكرة (٢). ووجه التخيير مطلقا: أن الحق على الموكل والعقد مع الوكيل، وهو ضعيف. والمذهب هو الأول.

واعلم: أن الحكم بمطالبة الموكل مع العلم والوكيل مع الجهل لا يتم أيضا على إطلاقه، لأن الثمن لو كان معيناً لم يكن له مطالبة غير من هو في يده، بل الأولى أن يقال في المسألة: إن الثمن إما أن يكون معيناً، أو مطلقاً. وعلى التقديرين: فإما أن يسلم إلى الوكيل أو لا. وعلى التقادير: فإما أن يكون البائع عالماً بوكالته، أو غير عالم.

وحكمها: أنه متى كان الثمن معيناً فالمطالب به من هو في يده، سواء في ذلك الوكيل والموكل. وإن كان في الذمة ودفعه الموكل إلى الوكيل تخيير البائع في مطالبة أيهما شاء مع علمه بالوكالة، أما الوكيل فلأن الثمن في يده، وأما الموكل فلأن الشراء له، وما دفع لم ينحصر في الثمن بعد. وإن لم يكن دفعه إلى الوكيل فله مطالبة الوكيل مع جهله بكونه وكيلاً وعدم البينة عليها، والموكل مع علمه. وهذا القسم الأخير يصلح مسألة الكتاب.

قوله: " إذا طالب الوكيل... الخ "

وجه التأكيد: أن مقتضى إقامة البينة استحقاق المطالبة، فنفيه ذلك رد

(١) في ما لدينا من النسخ: المشتري.

(٢) التذكرة ٢: ١٣١.

التاسعة: تقبل شهادة الوكيل لموكله، فيما لا ولاية له فيه. ولو عزل قبلت في الجميع، ما لم يكن أقام بها أو شرع في المنازعة.
العاشرة: لو وكله بقبض دينه من غريم له، فأقر الوكيل بالقبض وصدقه الغريم، وأنكر الموكل، فالقول قول الموكل. وفيه تردد.

- لمقتضاها، فلا يلتفت إليه.

ويشكل: بأن نفي الاستحقاق أعم من تكذيب البيعة، لجواز كون سببه طرو العزل أو الإبراء عن الحق أو الأداء إلى الموكل أو إلى وكيل آخر، فينبغي أن تسمع دعواه، ومن ثم استشكل الحكم في القواعد (١).
ويمكن دفع الاشكال: بأن نفي الاستحقاق لما كان مشتركاً بين ما تسمع وما لا تسمع لم تسمع، لأنه لا يعد دعوى شرعية حتى تحرر.
قوله: " تقبل شهادة الوكيل لموكله فيما لا ولاية له فيه ".
لعدم المانع، بخلاف ماله فيه ولاية، لأنه يثبت لنفسه حقاً. ولو شهد عليه قبل مطلقاً.

قوله: " ولو عزل قبلت... الخ " .

لانتفاء المانع من القبول حينئذ، خلافاً لبعض العامة حيث ردها مطلقاً، نظراً إلى أن مجرد عقد الوكالة أوجب الخصومة. وبطلانه واضح.
قوله: " لو وكل بقبض دينه - إلى قوله - وفيه تردد " .
منشأ التردد من الاختلاف في فعل الوكيل فيقدم قوله فيه، ولأنه أمين، ومن أصالة بقاء حق الموكل عند الغريم. والأقوى تقديم قول الوكيل.

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٦٠.

أما لو أمره ببيع سلعة وتسليمها وقبض ثمنها، فتلف من غير تفريط، فأقر الوكيل بالقبض، وصدقه المشتري وأنكر الموكل، فالقول قول الوكيل، لأن الدعوى هنا على الوكيل من حيث إنه سلم المبيع ولم يتسلم الثمن، فكأنه يدعي ما يوجب الضمان، وهناك الدعوى على الغريم. وفي الفرق نظر.

- قوله: "أما لو أمره ببيع سلعة... الخ".

نبه أولاً على الفرق بين المسألتين - مع اشتراكهما في موجب تقديم قول الوكيل والموكل - بأن الموكل يدعي على الوكيل ما يوجب الخيانة، وهو تسليم المبيع قبل قبض الثمن، فيكون القول قول الموكل (١). ووجه التردد في الفرق: اشتراكهما في كون النزاع في تصرف الوكيل، وقد تقدم (٢) أن قوله مقبول فيه، فينبغي أن يقدم قوله في الصورتين. فإن المصنف قد تردد في الحكم الأول وجزم في الثاني، فيكون الاستشكال في الفرق راجعاً إلى رد الأول إلى الثاني لا إلى عكسه وإن أمكن من حيث اشتراكهما في أصالة عدم القبض، لأن دعوى الخيانة في الثانية لا راد لها، وهي أمر زائد على ما توجه في تقديم كل منهما.

وهذا كله إنما يتم مع كون التسليم متوقفاً على القبض، كما لو وكله في البيع حالاً ولم يصرح له بالإذن في تسليم المبيع قبل قبض الثمن، أما مع الإذن أو كون الثمن مؤجلاً فلا فرق في تقديم قول الموكل بين تسليم المبيع وعدمه، إلا أنه يشكل بما قلناه من أن مرجع ذلك إلى دعوى الوكيل التصرف والتلف، وقوله مقدم فيهما، وغايته أن يتوجه في دعوى القبض هنا الخلاف. وقد يندفع الثاني بأن التلف الذي تسمع دعواه فيه ما كان بعد تحقق وصول المال إليه، وهو منتف هنا. وأما التصرف فكما يكون بعد وصول المال إليه كذا يكون قبله، بل قد لا يجامعه كالوكيل في البيع

(١) كذا في النسخ، والظاهر أن الصحيح: الوكيل.

(٢) في ص: ٢٩٩.

ولو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل، لأنه لم يثبت وصول الثمن إليه. ولو قيل برد المبيع على الموكل كان أشبه.

– خاصة، وقد يكون التصرف هو القبض كما إذا كان وكيلا فيه خاصة. واعلم أنه متى قدم قول الوكيل في القبض فهل يحصل بذلك براءة المشتري من الثمن؟ الظاهر ذلك لأن الحق واحد، فإذا قبل قول الوكيل في قبضه كيف يتوجه إيجابه على المشتري؟! ويحتمل عدم براءته بذلك، لأصالة عدم الأداء، وإنما قبل في حق الوكيل لاستثمانه، وهذا المعنى مفقود في المشتري، إذ لا يقبل قوله في ذلك لو كان النزاع معه ابتداء. ونفى العلامة عن هذا الاحتمال البأس في التذكرة (١). قوله: " ولو ظهر في المبيع عيب... الخ "

القول الأول للشيخ – رحمه الله – (٢) معللا بما ذكر. وموضع الخلاف ما إذا علم كونه وكيلا كما يرشد إليه التعليق. والأقوى ما اختاره المصنف – رحمه الله – لأن الملك له والوكيل نائب عنه، والبائع في الحقيقة هو الموكل، ووصول الثمن إليه وعدمه لا مدخل له في هذا الحكم أصلا، بل لا يجوز رده على الوكيل، لأنه ينزل بالبيع إن لم يكن وكيلا في قبض المبيع على تقدير رده بالعيب. وكيف كان فقول الشيخ ضعيف، وكذا تعليقه.

(١) التذكرة ٢: ١٣٨.

(٢) المبسوط ٢: ٤٠٤.

كتاب الوقوف والصدقات
كتاب الوقف
والنظر في العقد والشرائط واللواحق
الأول
الوقف عقد ثمرته تحبب الأصل وإطلاق المنفعة.

– قوله: "الوقف عقد ثمرته تحبب الأصل وإطلاق المنفعة".
عرف الوقف ببعض خواصه تبعا للحديث الوارد عنه صلى الله عليه وآله
أنه قال: "حبس الأصل وسبل الثمرة" (١). والمراد بتحبب الأصل المنع من التصرف
فيه تصرفا ناقلا لملكه، وبتسبيل الثمرة إباحتها للجهة الموقوف عليها بحيث يتصرف
فيها كيف شاء كغيرها من الأملاك. وعدل المصنف عنه إلى إطلاق المنفعة لأنه أظهر
في المراد من التسبيل. ومع ذلك فليس تعريفا حقيقيا وإلا لانتقض بالسكنى
وقسيميها، لأنها تقتضي الخاصتين، وإرادة تحبب الأصل على الدوام لتخرج تلك
الثلاثة خروج عن إطلاق معنى التحبب، فإنه أعم من المؤبد، مع أن إرادة ما لا
يدل عليه ظاهر التعريف معيب فيه. ولانتقاضه أيضا بالوقف المنقطع الآخر، فإنه
صحيح وليس بمؤبد، إلا أن يقال: إنه حينئذ يصير حبسا كما عبر به بعضهم، وهو
ممنوع وإن كان في معناه.

(١) سنن ابن ماجه ٢: ٨٠١ ح ٢٣٩٧، سنن البيهقي ٦: ١٦٢، عوالي اللثالي ٢: ٢٦٠ ح ١٤.

واللفظ الصريح فيه: "وقفت" لا غير. أما "حرمت وتصدقت" فلا يحمل على الوقف إلا مع القرينة، لاحتمالها مع الانفراد غير الوقف. ولو نوى بذلك الوقف من دون القرينة، دين بنيته. نعم، لو أقر أنه قصد ذلك، حكم عليه بظاهر الاقرار.

- وقريب من تعريف المصنف ما عرف به الشهيد في الدروس (١) من أنه الصدقة الجارية، تبعا لما ورد في الحديث عنه صلى الله عليه وآله: "إذا مات المؤمن انقطع عمله إلا من ثلاثة، ولد صالح يدعو له، وعلم ينتفع به بعد موته، وصدقة جارية" (٢). قال العلماء: المراد بالصدقة الجارية الوقف. وهو تعريف ببعض الخواص أيضا، وإلا فإنه صادق على نذر الصدقة كذلك والوصية بها. قوله: "واللفظ الصريح فيه: وقفت لا غير".

لما كان الوقف من العقود الناقلة للملك على وجه اللزوم إما للعين أو المنفعة افتقر إلى لفظ يدل عليه صريحا كغيره من التملكيات، ليكون دالا على القصد القلبي الذي هو العمدة في النقل. ولا خلاف في أن لفظ "وقفت" صريح فيه، لأنه اللفظ الموضوع له لغة وشرعا. وفي لغة شاذة: أوقفت، بزيادة الهمزة. والظاهر أن الصيغة بها صحيحة وإن كانت غير فصيحة.

قوله: "أما" حرمت وتصدقت" فلا يحمل على الوقف إلا مع القرينة... إلخ".

كما لا خلاف في أن الصيغة الأولى صريحة لا خلاف في عدم صراحة هاتين الصيغتين فيه. ومثلهما "أبدت". وإنما هي كناية عنه تفتقر في الدلالة عليه إلى قصده أو انضمام لفظ آخر إليهما يدل عليه منضمما إليها صريحا كقوله: "صدقة موقوفة، أو محبسة، أو دائمة، أو مؤبدة، أو لا تباع ولا توهب" ونحو ذلك. وإنما لم تكن صريحة

(١) الدروس: ٢٢٨. وفي هامش "و": "وجه القرب من جهة كونه راعى الحديث في التعريف لا من جهة مفاده، للفرق الظاهر بينهما، منه رحمه الله".

(٢) سنن البيهقي ٦: ٢٧٨، عوالي اللئالي ٢: ٥٣ ح ١٣٩

فيه بدون الضميمة لاشتراكهما في الاستعمال بينه وبين غيره كالتمليك المحض وإخراج الزكوات والصدقات المطلقة والهبات ونحوها.

هذا كله بالنظر إلى دلالة ظاهر اللفظ بحيث يحكم عليه به لو سمع منه ظاهراً، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فإن نوى به الوقف تعين وإلا فلا. والفرق بينه وبين الصريح - مع اشتراكهما في اعتبار القصد إلى اللفظ - أن الصريح يحمل عليه ظاهراً كما قررناه وإن لم يكن قصده في نيته، بخلاف الكناية، فإنه لا يحكم عليه به إلا باعترافه بكونه قد قصده به، وهو معنى كونه بدين بنيته، وهو في لفظ المصنف بضم الدال وتشديد الياء مكسورة بالبناء للمفعول، ومعناه: أنه يوكل إلى دينه إذا ادعى بغير الصريح الوقف أو ضده.

وفي قوله: " ولو نوى بذلك الوقف دين بنيته " ثم قوله: " نعم، لو أقر أنه قصد ذلك حكم عليه... الخ " حزازة، لأن ظاهره أن إدانته بالنية على تقدير النية وأن إقراره بقصده ليس من الإدانة ومن ثم استدركه ب " نعم ". والأولى أن يقول - كما أشرنا إليه - إنه يدين بنيته لو ادعى إرادة الوقف أو ضده.

بقي هنا أمور:

الأول أنه فرق في التذكرة (١) بين إضافة لفظ الصدقة إلى جهة عامة كقوله: " تصدقت بهذا على المساكين " وإضافته إلى جهة خاصة كقوله لمعين: " تصدقت عليك أو عليكم "، وجعل الأول ملحقاً بالصريح ويكون وقفاً، بخلاف الثاني، فإنه يرجع فيه إلى نيته كما أطلقه غيره. والفرق غير واضح.

الثاني: أن ظاهر العبارة وغيرها وصريح القواعد (٢) والتذكرة (٣) أن كل واحد من الألفاظ الثلاثة كناية عن الوقف يقع به مع نيته أو انضمام غيره إليه على ما قرر. والأمر فيه كذلك، ولكن ذكر الشهيد في الدروس أن ظاهر الأصحاب يدل على أن

(١) التذكرة ٢: ٤٢٧.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٦٦.

(٣) التذكرة ٢: ٤٢٧.

ولو قال: " حبست وسبلت "، قيل: يصير وقفا وإن تجرد، لقوله صلى الله عليه وآله: " حبس الأصل وسبل الثمرة ". وقيل: لا يكون وقفا إلا مع القرينة، إذ ليس ذلك عزمًا مستقرًا، بحيث يفهم مع الاطلاق. وهذا أشبه.

- " تصدقت وحرمت " صيغة واحدة، فلا تغني الثانية عن الأولى وتغني الأولى مع القرينة (١). وما ادعاه من الظاهر غير ظاهر.

الثالث: ألحق فيها (٢) بالصريح ما لو قال: " جعلته وقفا أو صدقة مؤبدة محرمة " فاكتفى بها بدون دعوى النية. وهو حسن لصراحته فيه، إلا أن فيه خروجًا عن صيغة الوقف المنقولة، وظاهرهم عدم المسامحة في مثل ذلك، وإن كان الأقوى الاكتفاء بكل لفظ يدل على المطلوب صريحًا.

قوله: " ولو قال: حبست وسبلت قيل يصير وقفا... الخ ".
قد استفيد من ذلك وما قبله أن صيغ الوقف خمسة وبما ذكرناه ستة، واحدة لا تتوقف على الضميمة إجماعًا، واثنان تتوقفان إجماعًا، واثنان تتوقفان على خلاف، وهما " حبست وسبلت "، فذهب جماعة منهم العلامة في التذكرة (٣) والقواعد (٤) إلى أنهما

صريحان كـ " وقفت " - ومثلهما " أحبست " بزيادة الهمزة - بغير اشكال، نظرًا إلى الاستعمال العرفي لهما فيه مجردين كما ورد في الخبر الذي نقله المصنف، فإنه أطلق عليه تحبيس الأصل. وفيه: أن مجرد الاستعمال أعم من المطلوب، والظاهر وجود القرينة في هذا الاستعمال، ومعها لا اشكال، وقد وقع اطلاق الصدقة عليه في وقف أمير المؤمنين عليه السلام لداره في بني زريق (٥)، وحمل على الوقف لانضمام القرائن

(١) الدروس: ٢٢٨.

(٢) الدروس: ٢٢٨.

(٣) التذكرة ٢: ٤٢٧.

(٤) قواعد الأحكام ١: ٢٦٦.

(٥) الفقيه ٤: ١٨٣ ح ٦٤٢، التهذيب ٩: ١٣١ ح ٥٦٠، الاستبصار ٤: ٩٨ ح ٣٨٠،

الوسائل ١٣: ٣٠٤ ب " ٦ " من أبواب الوقوف والصدقات ح ٤.

اللفظية بعده، فكذا هنا.

والأقوى ما اختاره المصنف من افتقارهما إلى القرينة اللفظية أو النية، وهو اختيار العلامة أيضا في غيرهما (١)، لاشتراكهما في الاستعمال بينه وبين غيره، والموضوع للمشترك لا يدل على شيء من الخصوصيات، ولأصالة بقاء الملك إلى أن يحصل الناقل الشرعي، وهو غير معلوم.

واعلم: أن ظاهر كلامه حيث اعتبر الإيجاب ولم يتعرض للقبول أنه غير معتبر في الوقف مطلقا، وهو ظاهر الأكثر وأحد الأقوال في المسألة. ووجهه: أصالة عدم اشتراطه، إذ ليس في النصوص ما يدل عليه، ولأنه كالإباحة خصوصا إذا قلنا إن الملك فيه ينتقل إلى الله تعالى، ولأنه فك ملك فيكفي فيه الإيجاب كالعقود، واستحقاق الموقوف عليه المنفعة كاستحقاق المعتق منافع نفسه.

والقول الثاني: اعتباره مطلقا، لا طباقهم على أنه عقد فيعتبر فيه الإيجاب والقبول كسائر العقود، ولأن ادخال شيء في ملك الغير بدون رضاه بعيد، ولأصالة بقاء الملك على مالكه بدونه.

وفصل ثالث فاعتبره إن كان الوقف على جهة خاصة كشخص معين أو جماعة معينين، لما ذكر، ولا مكان القبول حينئذ، وإن كان على جهة عامة كالفقراء والمسجد لم يعتبر، لأنه حينئذ فك، ملك ولأن الملك ينتقل فيه إلى الله تعالى، بخلاف الأول، فإنه ينتقل إلى الموقوف عليه. وقد يظهر من المصنف فيما يأتي (٢) اختياره. ولعله أقوى. وحيث يعتبر القبول مطلقا أو على بعض الوجوه يعتبر فيه ما يعتبر في غيره من العقود اللازمة، من اللفظ الصحيح العربي المطابق للإيجاب المتعقب له بغير فصل يعتد به، إلى غير ذلك من الشروط. ويتولاه في المصالح العامة على تقدير القول باعتباره الناظر عليها كالحاكم ومنصوبه، كما يتولى غيره من المصالح. وعلى القولين لا يعتبر

(١) التحرير ١: ٢٨٤، الارشاد ١: ٤٥١.

(٢) لاحظ ص: ٣٧٢.

ولا يلزم إلا بالاقباض. وإذا تم كان لازما لا يجوز الرجوع فيه، إذا وقع في زمان الصحة.

قبول البطن الثاني لو (١) كان متعددا، ولا رضاه، لتمامية الوقف قبله فلا ينقطع، ولأن قبوله لا يتصل بالايجاب، فلو اعتبر لم يقع له كغيره من العقود اللازمة. قوله: " ولا يلزم إلا بالاقباض " .

لا خلاف بين أصحابنا في أن القبض شرط لصحة الوقف، فلا ينعقد بدونه كما لا ينعقد بالايجاب مجردا عن القبول أو بالعكس، فيكون القبض جزء السبب الناقل للملك. وعبارة المصنف بنفي اللزوم قد لا يفيد ذلك، ولكنه فيما سيأتي (٢) سيصرح بما ذكرناه، حيث يقول في القسم الرابع: " والقبض شرط في صحته " . وتظهر الفائدة في النماء المتخلل بين العقد والقبض على تقدير حصوله، فإنه للواقف على ما حققناه، وعلى ظاهر كونه شرطا في اللزوم لا ينافي أن يكون للموقوف عليه، لتحقق الوقف وإن لم يلزم، فإن اللزوم غير معتبر في ملك النماء حيث يتحقق العقد الناقل وإن كان جائزا عند المصنف وغيره من المحققين، كما ينه عليه البيع بخيار ونحوه. ولعله حاول بنفي لزومه بدون القبض الرد على بعض العامة (٣) حيث جعله لازما بمجرد الصيغة وإن لم يقبض، فأتى بعبارة ترد عليه بالصريح ولم يعتبر دلالة مفهومها ثم صرح بمراده بعد ذلك. قوله: " وإذا تم كان لازما لا يجوز الرجوع فيه " . لا خلاف في لزوم الوقف حيث يتم عند علمائنا أجمع، وإنما نبه بذلك على

(١) في إحدى الحجريتين: ولو كان متعددا.

(٢) في ص: ٣٥٨.

(٣) في هامش " و " : " هو الشافعي وأبو يوسف وجماعة من الفقهاء أنه يلزم بمجرد العقد من غير إقباض، ولم يجعلوا القبض شرطا في صحته ولا في لزومه، محتجين بأنه تبرع بمنع البيع والهبة، والتبرعات يلزم بمجرد كالعق. وفيه: أن الفارق موجود، فإن العتق ليس عقدا ولا يفتقر إلى قبول ولا قبض، سلمنا لكن العتق قد ملك العبد المقبوضة له حقيقة فافترقا. منه قدس سره " . راجع مختصر المزني: ١٣٣، الباب ٢: ١٨٠، وحلية العلماء ٦: ٧، وجواهر العقود ١: ٣١٨.

أما لو وقف في مرض الموت، فإن أجاز الورثة، وإلا اعتبر من الثلث كالهبة والمحابة في البيع. وقيل: يمضي من أصل التركة، والأول أشبه. ولو وقف ووهب وأعتق وباع وحابى، ولم يجز الورثة، فإن خرج ذلك من الثلث صح. وإن عجز، بدئ بالأول فالأول، حتى يستوفي قدر الثلث، ثم يبطل ما زاد. وهكذا لو أوصى بوصايا. ولو جهل المتقدم، قيل: يقسم على الجميع بالحصص، ولو اعتبر ذلك بالقرعة كان حسنا.

خلاف أبي حنيفة (١) حيث زعم أنه لا يلزم بمجرد، وللواقف الرجوع فيه ولورثته بعده إلا أن يرضوا به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم. قوله: " وقيل يمضي من أصل التركة والأول أشبه ". هذا هو الأشهر (٢). وقد تقدم الكلام فيه (٣)، وسيأتي تحقيقه في الوصايا (٤). قوله: " ولو جهل المتقدم... الخ "

وجه الأول أصالة عدم كل منهما على الآخر فيحكم بالاقتران، لأن ذلك قضية كل حادثين اشبهه سبق كل منهما بالآخر وتأخره عنه. ووجه القرعة أنها لكل أمر مشتبه أو معلوم عند الله مشتبه عندنا، وهو هنا كذلك. وهذا هو الأقوى، لكن إن احتمل السبق والاقتران في كل منها (٥) افتقر إلى رقاغ توضح الحال على جميع التقادير الممكنة، وهي سبق كل واحد ولحوق الباقي مترتبا ومقترنا واقتران الجميع. وإن علم عدم الاقتران اقتصر على كتابة رقاغ بسبق كل واحد، فإذا خرج واحد قدم ثم أخرج على الباقي إلى أن يبقى واحد فيكون هو المتأخر. وكيفية القرعة على الأول لا تخلو من اشكال، لأن الغرض استخراج ما يمكن

- (١) اللباب ٢: ١٨٠، المبسوط للسرخسي ١٢: ٢٧، حلية العلماء ٦: ٨، ورحمة الأمة: ١٨٣.
(٢) في " ب " و " م " : الأظهر.
(٣) في ج ٤: ١٥٦.
(٤) في ج ٦: القسم الثاني من الفصل السادس في اللوائح.
(٥) في ما لدينا من النسخ: منهما.

وإذا وقف شاة، كان صوفها ولبنها الموجود داخلا في الوقف، ما لم يستثنه، نظرا إلى العرف، كما لو باعها.

من الفروض، وهي هنا على تقدير كون الواقع وقفا وعتقا وبيعا بمحابة كما فرضه المصنف أولا ثلاثة عشر، ترتبها مع سبق الوقف ثم العتق ثم البيع، أو مع تقدم البيع على العتق، وسبق المعتق ثم الوقف ثم البيع، ومع تقدم البيع، وسبق البيع مع الصورتين، فهذه ست، ومقارنة اثنين منها وهي ست أيضا: اقتران الوقف والعتق سابقين وتأخر البيع، ولاحقين له، وتقارن الوقف والبيع سابقين على العتق، ولاحقين له، وتقارن العتق والبيع سابقين على الوقف، ولاحقين له، واقتران الثلاثة، فتفتقر القرعة إلى كتبه رقاع تصح على جميع الاحتمالات.

وحينئذ فيكتب سبع رقاع في إحداها الوقف، وفي الثانية العتق، وفي الثالثة البيع، وفي الرابعة الوقف والعتق، وفي الخامسة الوقف والبيع، وفي السادسة العتق والبيع، وفي السابعة اجتماع الثلاثة، ثم يخرج واحدة فإن ظهرت بأحد المنفردين قدم، وأخرج أخرى فإن ظهر منفرد آخر أو مجتمع مع غيره عمل به ثانيا واستغني عن الثالث، وإن ظهر السابق مع غيره أو الثلاثة اطرح وأخرج غيرها كما ذكر. وإن ظهر أولا رقعة الثلاثة أفاد الاجتماع أو رقعة اثنين جمع بينهما سابقا وحكم بتأخر الثالث. ولو كتب ابتداء ثلاث عشرة رقعة بعدد الاحتمالات وأخرج على الوجه الذي صورناه فالظاهر الاجزاء. هذا هو الذي يقتضيه تحقيق حال القرعة وإلا فكلام الأصحاب خال عن تحريره.

قوله: " إذا وقف شاة كان صوفها ولبنها... الخ "

نبه بالنظر إلى العرف على أن حقهما أن لا يدخل في الوقف، لأنهما منافع خارجة عن حقيقة الشاة التي تعلق صيغة الوقف بها، لكن لما دل العرف على كونهما كالجزم منها تناولهما العقد كما يتناولهما البيع، بخلاف الحمل، فإنه وإن كان بمثابة في الاتصال الذي هو في قوة الانفصال إلا أن العرف لم يجعله كالجزم، والأصل عدم

دخوله كغيره لولا دليل خارج لغيره (١). والمراد أن الصوف واللبن موجودان (٢) على الظهر وفي الضرع، فلو احتلب اللبن أو جز الصوف لم يدخل قطعا. ولا يرد: أن تناول العقد لهما يقتضي كونهما من جملة الموقوف عملا بمقتضى العقد، فلا يجوز التصرف فيهما كالأصل. لأننا نمنع من كون تناول العقد يقتضي ذلك، وإنما يقتضي تحبيس الأصل وإطلاق الثمرة، وهما من جملة الثمرة فيلحقهما حكمها، كما يشملهما اسم الثمرة إذا تجدد، وإنما دخلا في العقد تبعا بدلالة العرف كما قررناه. ولو كان الموقوف شجرة فنماؤها الموجود للواقف، والمتجدد للموقوف عليه كالحمل. وحكم الأغصان المعتادة للقطع حكم الثمرة بالنسبة إلى المنفعة، لكنها تدخل في الوقف مطلقا كالصوف على الظهر. ولا فرق في الثمرة بين النخل وغيره، فلا يدخل الموجود وإن لم يؤبر، فإن ذلك التفصيل حكم مختص بالبيع كما سلف.

(١) في "س، ب": كغيره.

(٢) كذا في النسخ، والأولى: والمراد من الصوف واللبن الموجودان.

النظر الثاني
في الشرائط
وهي أربعة أقسام:
الأول: في شرائط الموقوف.
وهي أربعة: أن يكون عينا، مملوكة، ينتفع بها مع بقائها، ويصح
إقباضها.
فلا يصح وقف ما ليس بعين كالدين.

– قوله: " أن يكون عينا مملوكة... الخ ".
يطلق العين على ما يقابل الدين فيقال: المال إما عين أو دين، وعلى ما يقابل
المبهم، وعلى ما يقابل المنفعة فيقال: إما عين أو منفعة. ويجوز الاحتراز بالعين هنا
عن كل واحد من الثلاثة، لعدم جواز وقفها. وقد أشار في التفصيل إلى الأولين منها
وترك الثالث.

أما عدم جواز وقف الدين فظاهر، لأن الوقف يقتضي أصلا يحبس ومنفعة
تطلق، وذلك يقتضي أمرا خارجيا يحكم عليه بالتحبس، والدين في الذمة أمر كلي
لا وجود له في الخارج، فوقفه قبل التعيين كوقف المعدوم، ومن ثم اختاروا عدم جواز
هبة الدين لغير من هو عليه لما ذكرناه. ولا يقدر تجويز هبته لما هو عليه، لأنه حينئذ
إبراء وإسقاط لما في الذمة فلا يتوقف على عين خاصة بخلاف الوقف، فإنه يقتضي
عينا يديم ثباتها ويقيدها عن التصرف.

ولكن يشكل ذلك عند القائل بجواز هبة الدين لغير من هو عليه مع توقفه على قبضه، فإنه يلزم الجواز هنا كذلك. وما يقال في الفرق - من أن الوقف شرطه التنجيز، ومع عدم تعيينه يكون تحققه موقوفاً على أمر آخر بعد العقد، وهو ينافي تنجيزه - يندفع بأن الهبة شرطها التنجيز كذلك ولم يمنع صحتها تأخر القبض فكذا الوقف، ولأن المتأخر فيه حقيقة هو القبض وهو غير مناف لتنجيز الصيغة كما لو تأخر مع تعيينها، خصوصاً على ما تقدم (١) نقله في البيع عن الشهيد - رحمه الله - في بيع السلم قبل القبض على غير من هو عليه من أن العقد إذا كان متعلقه ماهية كلية ثم عين في عين شخصية انصب العقد عليها وكانت كأنها المعقود عليها ابتداءً، إلا أنا قد بينا ضعفه ثم. ونزيد هنا أن الماهية الكلية لما لم يكن لها وجود في الخارج لم يكن الموقوف موجوداً حال العقد، فكان في معنى وقف المعدوم وإن وجد بعد ذلك. واعلم: أنه لا فرق في الدين بين الحال والمؤجل، على الموسر والمعسر، لاشتراك الجميع في المعنى المبطل.

وأما عدم جواز وقف المبهم - سواء استند إلى معين كفرس من هذه الأفراس أم إلى غير معين كفرس - فلما ذكر في الدين من أن غير المعين باعتبار كليته غير موجود، ويزيد الثاني أنه غير مملوك أيضاً، وهما مناط الوقف.

وأما المنفعة فوقها مناف للغاية المطلوبة من الوقف من الانتفاع مع بقاء عينه، لأن الانتفاع بها يستلزم استهلاكها شيئاً فشيئاً، ولا يكفي مجرد إمكان الانتفاع مع عدم بقاء العين محتبسة، ولجواز التصرف في العين ففتبعها المنافع فيفوت الغرضان معاً. ولو قيل: إن استحقاق الانتفاع المؤبد بالعين يمنع من التصرف فيها كالعمري وأختيها التزمنا أن ذلك عمري لا وقف إن جوزناها بما دل عليها من الألفاظ مطلقاً، وإلا منعنا الأمرين وإن شاركته العمري في هذا المعنى حيث يصرح بها.

(١) في ج ٣: ٢٥٠.

وكذا لو قال: وقفت فرسا أو ناضحا أو دارا ولم يعين.
ويصح وقف العقار
والثياب والأثاث والآلات المباحة. وضابطه كل ما يصح الانتفاع به منفعة
محللة مع بقاء عينه.
وكذا يصح وقف الكلب المملوك والسنور، لامكان الانتفاع به.

– وبالجمللة: فمتعلق الوقف هو العين لينتفع بها لا المنفعة وحدها وإن تبعتها
العين في المنع من التصرف فيها.
قوله: " وكذا لو قال: وقفت فرسا أو ناضحا أو دارا ولم يعين ".
أي لم يعينها بالشخص وإن عينها بالوصف الرافع للجهالة مع بقائها كلية.
والمراد بالناضح البعير الذي يستقى عليه. قاله الجوهري (١).
قوله: " ويصح وقف العقار والثياب والأثاث... الخ ".
الوجه في ذلك كله وجود المقتضي للصحة وهو تحبب الأصل وإطلاق المنفعة،
وانتفاء المانع، فيثبت الصحة. وهو محل وفاق. ونبه به على خلاف أبي حنيفة (٢) حيث
منع من وقف الحيوان والكتب، ومالك (٣) حيث منع من وقف المنقول مطلقا.
ويبطله ما تقدم، وقوله صلى الله عليه وآله: " أما خالد فإنه قد احتبس أذراعه وأعبده
في سبيل الله " (٤) وإقراره أبا معقل حيث وقف ناضحة في سبيل الله (٥).
قوله: وكذا يصح وقف الكلب المملوك والسنور ".
أراد بالمملوك أحد الكلاب الأربعة، فإنه لا مانع من وقفه متى جوزنا وقف
الحيوان. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة (٦) المانع من وقفه بناء على أنه لا يملك
مطلقا.

(١) الصحاح ١: ٤١١.

(٢) راجع بدائع الصنائع ٦: ٢٢٠، الإنصاف ٧: ٧، حلية العلماء ٦: ١١ - ١٢، رحمة
الأمة: ١٨٣، وجواهر العقود ١: ٣١٨.

(٣) راجع بدائع الصنائع ٦: ٢٢٠، الإنصاف ٧: ٧، حلية العلماء ٦: ١١ - ١٢، رحمة
الأمة: ١٨٣، وجواهر العقود ١: ٣١٨.

(٤) صحيح البخاري ٢: ١٥١، صحيح مسلم ٢: ٦٧٧ ح ١١.

(٥) راجع الشرح الكبير والمغني لابن قدامة ٦: ٢١٠ و ٢٦٥.

(٦) راجع الشرح الكبير ٦: ٢١٢، والإنصاف ٧: ٩ - ١٠.

ولا يصح وقف الخنزير، لأنه لا يملكه المسلم.
ولا وقف الآبق، لتعذر التسليم.
وهل يصح وقف الدنانير والدرهم؟ قيل: لا، وهو الأظهر،
لأنه لا نفع لها إلا بالتصرف فيها، وقيل: يصح، لأنه قد يفرض لها نفع
مع بقائها.

– قوله: " ولا وقف الآبق لتعذر التسليم ".
لما تحقق أن القبض شرط في صحة الوقف وكان الآبق المتعذر تسليمه لا يمكن
قبضه لم يصح وقفه. ومثله الجمل الشارد ونحوه. لكن يشكل بأن القبض المعتبر في
الصحة غير فوري، وحينئذ فلا مانع من وقوع الصيغة صحيحة وصحة الوقف مراعاة
بقبضه بعد ذلك وإن طال الزمان، فإن تعذر بطل. وهذا بخلاف البيع، فإنه
معاوضة من الجانبين، وشرطه إمكان تسليم العوضين في الحال بالنص (١)، فلا
يتعدى إلى غيره للأصل. ولو قدر الموقوف عليه على تحصيله فأولى بالصحة لزوال
المانع.

ولا عبرة بالضميمة هنا، لأن شرط الوقف القبض ولا يكفي قبض بعض
الموقوف وهو هنا الضميمة عن الباقي. وعلى هذا فبين حكم البيع والوقف بالنسبة
إلى الآبق عموم وخصوص من وجه.

قوله: " وهل يصح وقف الدنانير والدرهم... الخ ".
وذلك النفع هو التحلي بها، وتزيين المجلس، والضرب على سكتها، ونحو
ذلك. ووجه

الخلاف مع ذلك الشك في كون هذه المنفعة مقصودة للعقلاء عادة أم
لا، فإن أظهر منافعها انفاقها وهو لا يتم إلا بإذهاب عينها المنافي لغاية الوقف.
والأقوى الجواز، لأن هذه المنافع مقصودة ولا يمنع قوة غيرها عليها. نعم، لو انتفت
هذه المنافع عادة في بعض الأزمان أو الأمكنة اتجه القول بالمنع.

(١) انظر التهذيب ٧: ٢٣٠ ح ١٠٠٥، والوسائل ١٢: ٣٦٨ ب " ٢ " من أبواب أحكام العقود
ح ٤.

ولو وقف ما لا يملكه لم يصح وقفه. ولو أجاز المالك، قيل: يصح،
لأنه كالوقف المستأنف. وهو حسن.
ويصح وقف المشاع، وقبضه كقبضه
في البيع.

- قوله: " ولو وقف ما لا يملكه لم يصح وقفه - إلى قوله - وهو حسن ".
الصحة المنفية في الأول بمعنى اللزوم لئلا ينافي ما استحسنته بعده. ويمكن
أن يريد بها معناها المتعارف ويجعل ذلك جارياً على مذهب الغير ثم ذكر ما يختاره.
ومرجع الخلاف إلى أن تصرف الفضولي الملحق بالإجازة قد وقع شرعاً في مثل البيع
بالنص، وغيره من العقود مساو له في المعنى وأن الوقف عقد صدر من صحيح
العبرة ولا مانع فيه إلا وقوعه بغير إذن المالك وقد زال المانع بإجازته فدخل تحت الأمر
العام بالوفاء بالقعد (١)، فتصير الإجازة كالوقف المستأنف من المالك. وهذا هو الذي
حسنه المصنف. وأن عبارة الفضولي لا أثر لها من حيث عدم الملك وقبح التصرف في
ملك الغير فلا يترتب عليه أثر، وتأثير الإجازة غير معلوم في غير موضع النص،
وتحقق الفرق بين الوقف والبيع، لأن بعض أقسامه فك ملك كالعقود فلا يقبل
الفضول، فما هيته من حيث هو مغايرة للبيع وإن وافقه في بعض الأفراد لو قيس
عليه. وتوقف العلامة في التذكرة (٢) والشهيد رحمه الله في الدروس (٣) لذلك. وله وجه
وإن كان ما اختاره أوجه.

قوله: " ويصح وقف المشاع وقبضه كقبضه في البيع ".
لا خلاف عندنا في صحة وقف المشاع كغيره، لتحقيق الغاية المقصودة من
الوقف فيه، ولا مكان قبضه، كما يجوز بيعه وغيره من العقود. ونبه بذلك على خلاف
بعض العامة (٤) حيث منع من وقفه بناء على دعواه عدم إمكان قبضه. والأصل

-
- (١) المائدة: ١.
(٢) التذكرة ٢: ٤٣١.
(٣) الدروس: ٢٢٩.
(٤) الباب ٢: ١٨١، والمبسوط للسرخسي ١٣: ٣٧، وبدائع الصنائع ٦: ٢٢٠.

القسم الثاني: في شرائط الوقف.
ويعتبر فيه البلوغ، وكمال العقل، وجواز التصرف.
وفي وقف من
بلغ عشرا تردد. والمروي جواز صدقته. والأولى المنع، لتوقف رفع الحجر
على البلوغ والرشد.

– ممنوع، فإن المشاع يصح قبضه كما يصح قبض المقسوم، لأنه إن كان هو التخلية
فإمكانه واضح، وإن كان هو النقل فيمكن وقوعه بإذن الواقف والشريك معا. وقد
تقدم (١) تحقيقه في البيع وأن المختار توقفه على إذن الشريك إن كان منقولا وعدمه إن
كان عقارا.

قوله: " وفي وقف من بلغ عشرا تردد... الخ ".
أشار بقوله: " والمروي جواز صدقته " بعد ترده في جواز وقفه إلى أن وقفه لم يرد
به نص بخصوصه وإنما ورد بجواز صدقته، لكن الشيخ (٢) وجماعة (٣) عدوه إلى الوقف
نظرا إلى أنه بعض أفراد الصدقة بالمعنى الأعم والرواية رواها زرارة عن الباقر عليه
السلام قال: " إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز في ماله ما أعتق أو تصدق أو
أوصى على حد معروف وهو جائز (٤) "، وقريب منه رواية سماعة (٥). ومثل هذه
الأخبار

الشاذة المخالفة لأصول المذهب بل إجماع المسلمين لا تصلح لتأسيس هذا الحكم.
وفي قول المصنف: " والأولى المنع " رائحة الميل إليه، لأن لفظ الأولى لا يمنع
النقيض. واستدلالة بتوقف رفع الحجر على البلوغ والرشد نوع من الاستدلال

- (١) في ج ٣: ٢٤٠.
(٢) قال في النهاية: ٥٩٦: والوقف والصدقة شيء واحد.
(٣) نقل ابن فهد الحلبي في المهذب البارع ٣: ٥٩ ذلك عن التقي وأبي علي.
(٤) الكافي ٧: ٢٨ ح ١، الفقيه ٤: ١٤٥ ح ٥٠٢، التهذيب ٩: ١٨١ ح ٧٢٩، الوسائل ١٣:
٣٢١ ب " ١٥ " من أبواب كتاب الوقوف والصدقات ح ١.
(٥) الكافي ٦: ١٢٤ ح ١، الفقيه ٣: ٣٢٥ ح ١٥٧٥، الاستبصار ٣: ٣٠٣ ح ١٠٧٣، الوسائل
١٥: ٣٢٥ ب " ٣٢ " من أبواب مقدمات الطلاق ح ٧.

ويجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه ولغيره، فإن لم يعين الناظر، كان النظر إلى الموقوف عليه، بناء على القول بالملك.

- بالمتنازع، لأن المجوز لا يسلم الحجر عليه في هذا التصرف الخاص، لكن لما كان الحجر عليه في النصوص والفتاوى مطلقاً بل الاجماع عليه في الجملة أقامه مقام الدليل على المنع، وإن كان لا يخلو من شيء.

قوله: " ويجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه... الخ " .

الأصل في حق النظر أن يكون للواقف، لأنه أصله وأحق من يقوم بإمضائه وصرفه في أهله. فإذا وقف فلا يخلو: إما أن يشترط في عقد الوقف النظر لنفسه أو لغيره أو لهما أو لا يشترط شيئاً. فإن شرط لنفسه صح ولزم. وإن شرطه لغيره صح بحسب ما عينه عملاً بمقتضى الشرط المشروع، وقد شرطت فاطمة عليها السلام النظر في حوائطها السبعة التي وقفها لأمير المؤمنين عليه السلام ثم الحسن ثم الحسين ثم الأكبر من ولدها (١)، وشرط الكاظم عليه السلام النظر في الأرض التي وقفها للرضا عليه السلام وأخيه إبراهيم فإذا انقضى أحدهما دخل القاسم مع الباقي منهما الخ (٢)، وهذا كله مما لا خلاف فيه.

وإن أطلق ولم يشترط النظر في متن العقد لأحد بني الحكم على انتقال الملك، فإن جعلناه للواقف أو للموقوف عليه مطلقاً فالنظر له، وإن جعلناه للموقوف عليه إن كان معيناً ولله تعالى إن كان على جهة عامة - كما هو الأقوى - فالنظر في الأول إلى الموقوف عليه وللحاكم الشرعي في الثاني، لأنه الناظر العام حيث لا يوجد خاص، ويصير الواقف في ذلك بعد العقد كالأجنبي. ثم إن تعدد الناظر الثابت بالخصوص أو بالعموم اشتركوا فيه، فليس لأحد منهم التصرف بدون إذن الباقيين، وإن اتحد

(١) الكافي ٧: ٤٨ ح ٥، الفقيه ٤: ١٨٠ ح ٦٣٢، التهذيب ٩: ١٤٤ ح ٦٠٣، الوسائل ١٣:

٣١١ ب " ١٠ " من أبواب كتاب الوقوف والصدقات ح ١.

(٢) الكافي ٧: ٥٣ ح ٨، الفقيه ٤: ١٨٤ ح ٦٤٧، عيون أخبار الرضا عليه السلام ١: ٣٣ ب

" ٥ " ح ١، التهذيب ٩: ١٤٩ ح ٦١٠، الوسائل ١٣: ٣١٤ ب " ١٠ " من أبواب كتاب

الوقف والصدقات ح ٥.

اختص به.

إذا تقرر ذلك فنقول: متى قلنا إن النظر إلى الواقف ابتداء أو مع شرطه فالنظر إليه، سواء كان عدلا أم لا، لأنه إنما نقل ملكه عن نفسه على هذا الوجه فيتبع شرطه. وإن كان إلى غيره بشرطه اشترطت عدالته، فإن لم يكن عدلا أو خرج عنها خرج عن النظر، وكان الحكم فيه كما لو أطلق. ويشترط فيه - مضافا إلى ذلك - الاهتداء إلى كيفية التصرف كما يعتبر ذلك في الوصي. ولو عادت إليه العدالة بعد خروجها عاد إليه إن كان مشروطا من الواقف وإلا فلا. وبما ذكرناه من عدم اشتراط عدالته إن شرطه لنفسه قطع في التذكرة (١)، مع احتمال اشتراطها مطلقا، لخروجه بالوقف عن الملك ومساواته لغيره، فلا بد من اعتبار الثقة في التولية كما يعتبر في غيره. ثم الناظر المشروط في نفس العقد لازم من جهة الواقف لا يجوز له عزله مطلقا، لعموم الأمر (٢) بالكون مع الشرط. ولو كان منصوبا من قبله بعده بالنظر المتناول له جاز له عزله متى شاء، لأنه حينئذ كالوكيل. ولا يجب على المشروط له النظر القبول، للأصل. ولو قبل لم يجب عليه الاستمرار، لأنه غير واجب في الأصل فيستصحب. فإذا رد صار كما لا ناظر له ابتداء، فيتولاه الحاكم أو الموقوف عليه، ويحتمل الحاكم مطلقا، لخروج الموقوف عليه عن استحقاق النظر بشرطه، فعوده إليه يحتاج إلى دليل، بخلاف الحاكم، فإن نظره عام. وكما يجوز شرط النظر لواحد ومتعدد موجود يجوز جعله لمعدوم تبعا، كسوقه (٣) في بطون وذرية وما شاكل ذلك، عملا بعموم الأمر بالوفاء بالشرط. ثم إن شرط للناظر شيئا من الريع جاز، وكان ذلك أجرة عمله ليس له أزيد منه وإن كان أقل من

(١) التذكرة ٢: ٤٤١.

(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٠٥٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ "

من أبواب المهور ح ٤ وغيرها.

(٣) في " س " : لسوقه.

الأجرة. وإن أطلق فله أجرة مثل عمله على الأقوى.
واعلم أن وظيفة الناظر في الوقف العمارة له أولاً، وتحصيل الربع، وقسمته على المستحق، وحفظ الأصل والغلة، ونحو ذلك من مصالحه. هذا كله مع الاطلاق، ولو فوض إليه بعضها اختص به، ولو شرك معه غيره مطلقاً اشتراكاً على الاجتماع كما مر، أو خص كلا بمصلحة اختص بحسب ما عين، أو فوض لكل منهما الاستقلال على الاجتماع والانفراد اتباع. ولو اختص أحدهما بالعدالة أو بقي عليها ضم إليه الحاكم حيث لا يكون منفرداً، أو انضم إلى الموقوف عليه إن انتقل إليه النظر كما تقدم.

وحيث يتحقق الناظر بوجه لا يجوز التصرف في شيء من الأعمال المذكورة ولا في شيء من الغلة إلا بإذنه، وإن كان المتصرف هو المستحق لها والناظر غير مستحق، عملاً بالشرط. هذا هو الذي يقتضيه اطلاق النص (١) والفتوى إلا أن فيه إشكالا من وجهين:

أحدهما: ما لو كان الموقوف عليه متحداً إما ابتداءً أو لاتحاده في بعض الطبقات اتفاقاً، فإنه مختص بالغلة، فتوقف تصرفه فيها على إذن الناظر بعيد، لعدم الفائدة، خصوصاً مع تحقق صرفها إليه بأن تكون فاضلة عن العمارة وغيرها مما يقدم على القسمة يقيناً. نعم، لو أشكل الحال توقف على إذنه قطعاً، لاحتمال أن يحتاج إليها أو إلى بعضها في الأمور المتقدمة على اختصاص الموقوف عليه. وثانيهما: الأوقاف العامة على المسلمين ونحوهم التي يريد الواقف انتفاع كل من الموقوف عليه بالثمرة إذا مر بها كأشجار الثمار، فإن مقتضى القاعدة أيضاً عدم جواز تصرف أحد منهم في شيء منها إلا بإذن الحاكم. ولا يخلو من اشكال وتفويت لكثير من أغراض الواقف، بل ربما دلت القرينة على عدم إرادة الواقف النظر

(١) الوسائل ١٣: ٢٩٥ ب " ٢ "، و ٣١١ ب " ١٠ " من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

القسم الثالث: في شرائط الموقوف عليه.
ويعتبر في الموقوف عليه شروط ثلاثة: أن يكون موجودا، ممن يصح
أن يملك، وأن يكون يكون معيناً، وأن لا يكون الوقف عليه محرماً.
ولو وقف على معدوم ابتداء لم يصح، كمن يقف على من سيولد
له، أو على حمل لم ينفصل.

– على هذا الوجه، بل يريد تفويض الانتفاع إلى كل واحد من أفراد تلك الجهة العامة،
فكأنه في قوة جعل النظر إليه. لكن هذا كله لا يدفع الاشكال، لما تقدم من أنه بعد
الوقف حيث لا يشترط النظر لأحد يصير كالأجنبي وينتقل الحكم إلى الحاكم، فلا
عبرة بقصده خلاف ذلك حيث لا يوافق القواعد الشرعية. وجعل مثل هذا الاطلاق
نظراً لكل واحد في حيز المنع. وبالجملة. فهذه القواعد الشرعية المتفق عليها لا تدفع
بمثل هذا الخيال.

وينبغي أن يقال: إن المتصرف على هذا الوجه يأثم خاصة، ويملك حيث لا
يجب صرف الثمرة في الأمور المتقدمة على صرفها إلى الموقوف عليه. وكذا القول في
تصرف الموقوف عليه المتحد، أما المتعدد فلا، لأن قسمتها وتميز حق كل واحد من
الشركاء يتوقف على الناظر، وحينئذ فيكون كالتصرف في مال المشترك بغير إذن
الشريك، فيستقر في ذمته حصة الشريك من ذلك. ولم أقف في هذه الأحكام
للأصحاب على شيء فينبغي تحرير النظر فيه.
: " قوله أو على حمل لم ينفصل "

تفريع الحمل على المعدوم لا يخلو من تجوز، لأنه في نفسه موجود غاية
استتاره، وإنما يشاركه في الحكم بعدم صحة الوقف عليه من جهة أخرى وهي أهلية
الموقوف عليه للتملك، فإنها شرط من حيث إن الوقف إما تملك العين والمنفعة إن
قلنا إن الوقف يملكه الموقوف عليه وإما تملك المنفعة إن لم نقل به، والحمل لا يصلح
لشئ منهما. والفرق بين الوقف عليه والوصية له أن الوصية تتعلق بالمستقبل وليس

أما لو وقف على معدوم تبعاً لموجود فإنه يصح.
ولو بدأ بالمعدوم ثم
بعده على الموجود، قيل لا يصح، وقيل يصح على الموجود. والأول أشبه.

- فيها نقل في الحال، بخلاف الوقف، فإنه تسليط على الملك في الحال فيشترط أهلية المنتقل إليه له.

قوله: "أما لو وقف على معدوم تبعاً لموجود فإنه يصح".
إنما يصح تبعية المعدوم للموجود إذا أمكن وجوده عادة وكان قابلاً للوقف، كما لو وقف على أولاده الموجودين ومن يتجدد منهم، أو عليهم وعلى من يتجدد من أولادهم، ونحو ذلك. أما لو جعل التابع من لا يمكن وجوده كالميت أو لا يقبل الملك لم يصح مطلقاً (١)، فيكون مع جعله آخراً كمنقطع الآخر، أو وسطاً فكمقطع (٢) الوسط، أو أولاً فكمقطع (٣) الأول، أو ضمه إلى الموجود بطل فيما يخصه خاصة على الأقوى.

قوله: "ولو بدأ بالمعدوم ثم بعده على الموجود... الخ".
هذا هو المنقطع الأول، وصوره كثيرة يجمعها عدم صحة الوقف على الطبقة الأولى، سواء كانت معدومة كما مثل أم موجودة ولكن لا يقبل الملك كما ذكره في المسألة الأخرى بعدها.

وقد اختلف الأصحاب في حكمه فذهب المصنف والمحققون (٤) منهم إلى بطلان الوقف رأساً، لأنه لو صح لزم إما صحة الوقف مع عدم موقوف عليه أو مخالفة شرط الواقف وجريانه على خلاف ما قصده، والتالي بقسميه باطل فالمقدم مثله، والملازمة ظاهرة، لأنه مع الصحة إن لم يجب إجراؤه على من يصح الوقف عليه المذكور أو غيره لزم الأول، وإن انصرف إلى من يصح الوقف عليه وينزل الآخر منزلة غير المذكور

(١) في "س": قطعاً.

(٢) في الموضوعين "س، ش": كمنقطع (بدون فاء).

(٣) في الموضوعين "س، ش": كمنقطع (بدون فاء).

(٤) المختلف: ٤٩٥، إيضاح الفوائد ٢: ٣٨٠ - ٣٨١، التنقيح الرائع ٢: ٣٠٨ - ٣٠٩،

تلخيص الخلاف ٢: ٢١٩ مسألة ٨، جامع المقاصد ٩: ٢١.

لزم الثاني. ويدل على بطلان الثاني قول العسكري عليه السلام في مكاتبة محمد بن الحسن الصفار: "الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها". (١) ولا شبهة في أن الواقف لم يقصد الموجود ابتداء فلا ينصرف إليه، بل يكون كالمعلق على شرط وهو باطل. وبهذا يبطل ما قيل في جوابه: بأنا نلتزم أن هناك موقوفا عليه، ثم إن أمكن انقراض الأول اعتبر انقراضه، فيكون انقراضه شرطا في تجويز الانتفاع لا في نفوذ الوقف، والنماء للواقف أو ورثته كمنقطع الوسط أو يساوي من لا يمكن انقراضه، ويقال فيهما: إنه لما كان المصدر به محالا كان شرط الواقف له كلا شرط، فلا يلزم بمخالفته محال، واتباع شرط الواقف إنما يلزم لو كان سايعا، وبطلان الوقف إنما يلزم لو لم يكن هناك موقوف عليه، لكنه موجود قطعاً، والواسطة غير صالحة للمانعية. هذا غاية ما أجابوا به، وفساده يظهر مما قلناه. ويزيده بيانا أن انقراض الأول إذا جعل شرطا في انتفاع الثاني وجعل النماء للواقف زمانه لم يتحقق إخراج الوقف عن نفسه مطلقاً فلم يقع صحيحاً، وقد قطع الأصحاب بأنه لو نجز الوقف وشرط لنفسه فيه شرطا من الغلة أو وفاء دين ونحوه وإن كان معلوماً لم يصح، مع أنه شرط مضبوط غير مناف لتنجيز الوقف بخلاف المتنازع (فيه) (٢). وبناءً على منقطع الوسط رد إلى المتنازع (فيه) (٣)، فإنه بمثابة منقطع الأول فيما بعد الانقطاع، وإن أراد فيما قبله فالفرق واضح. وجعل ما لا يقرض انقراضه كشرط المحال فيكون كلا شرط ضعيف، لأن مرجعه إلى أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد بل يقتصر على إلغائه، وهو قول ضعيف. وقد تقدم (٤) الكلام في ضعفه وأن ذلك خلاف المقصود الذي لا يتم العقد بدونه. وقوله: "إن الموقوف عليه موجود" إن أراد به ابتداء فممنوع أو بعد

(١) الكافي ٧: ٣٧ ح ٣٤، الفقيه ٤: ١٧٦ ح ٦٢٠، التهذيب ٩: ١٢٩ ح ٥٥٥، الوسائل ١٣: ٢٩٥ ب "٢" من أبواب أحكام الوقوف والصدقات.

(٢) من الحجريتين.

(٣) من الحجريتين.

(٤) في ج ٣: ٢٧٣.

وكذا لو وقف على من لا يملك، ثم على من يملك. وفيه تردد، والمنع أشبه.

– حين فلا ينفعه، فصلحت الوسطة للمانعية.

والقول بالصحة للشيخ في الخلاف (١) وموضع من المبسوط (٢)، محتجا بأصالة الصحة وأنه ضم صحيحا إلى فاسد فلا يفسده. وقد عرفت أن الأصالة انقطعت، والضميمة مبطلّة.

إذا عرفت ذلك: فعلى المختار من بطلان الوقف لا بحث. وعلى القول بالصحة فهل تصرف منفعة الوقف في الحال إلى من يصح في حقه أم لا؟ وجهان، وقد ظهر من خلال دليل المجوز.

وفصل الشيخ في المبسوط فقال: ينظر فإن كان الذي بطل الوقف في حقه لا يصح اعتبار انقراضه مثل أن يقف أولا على مجهول أو ميت فإنه يكون في الحال لمن يصح الوقف في حقه، فيكون الأول بمنزلة المعدوم الذي لم يذكر في الوقف، لأن وجوده كعدمه، وإن كان الموقوف عليه أولا يمكن اعتبار انقراضه كالعبد فمنهم من قال: يصرف إليهم في الحال، لأنه لا مستحق غيرهم، وهو الصحيح، ومنهم من قال: لا يصرف إليهم في الحال، لأنه إنما جعل منفعة الوقف لهم بشرط انقراض من قبلهم، والشرط لم يوجد فيصرف إلى الفقراء والمساكين مدة بقاء الموقوف عليه أولا، ثم إذا انقضى رجعت إليهم (٣).

ولا يخفى عليك ضعف هذه الوجوه لعدم الدليل عليها، وعدم قصد الواقف لها، فالمصرف على تقدير الصحة مشكل.

قوله: " وكذا لو وقف على من لا يملك ثم على من يملك. وفيه تردد. والمنع أشبه "

الحكم فيه كما تقدم. ويزيد القول بالصحة هنا ضعفا لو كان من لا يملك لا

(١) الخلاف ٣: ٥٤٤ مسألة ١٠.

(٢) المبسوط ٣: ٢٩٣ - ٢٩٤.

(٣) المبسوط ٣: ٢٩٣ - ٢٩٤.

ولا يصح على المملوك، ولا ينصرف الوقف إلى مولاه، لأنه لم يقصده بالوقفية.

ويصح الوقف على المصالح كالقناطر والمساجد، لأن الوقف في الحقيقة على المسلمين، لكن هو صرف إلى بعض مصالحتهم.

– يفرض انقراضه كالوقف على الميت أو الحائط، أو يجهل وقت انقراضه كالوقف على الملك، فإن انصراف الوقف ابتداء إلى من يصح الوقف عليه خلاف الشرط، ولا مدة معلومة ترتقب حتى يكون هناك شرط منضم إلى وقف منجز كما قالوه. لكن الشيخ (١) هنا جزم بانتقال الوقف إلى من يصح عليه ابتداء كما حكيناه عنه. ولا يخفى ما فيه.

قوله: " ولا يصح على المملوك... الخ "

بناء على أن المملوك لا يملك شيئاً أو يملك ما لا يدخل فيه الوقف كفاضل الضريبة، ولو قلنا بملكه مطلقاً صح الوقف عليه وإن كان محجوراً عليه إذا قبل مولاه. ونبه بقوله: " ولا ينصرف الوقف إلى مولاه " على خلاف بعض العامة (٢) حيث جوز الوقف عليه وجعله مصروفاً إلى مولاه. ونبه بقوله: " لأنه... الخ " على وجه رده، فإن الوقف عقد والعقد تابع للقصد فكيف ينصرف إلى مولاه وهو غير مقصود؟!.

قوله: " ويصح الوقف على المصالح... الخ "

أشار بالتعليل إلى جواب سؤال يرد على صحة الوقف المذكور من حيث إن هذه المصالح المذكورة وشبهها لا تقبل التملك، وهو شرط صحة الوقف كما سلف. وتقرير الجواب: أن الوقف وإن كان لفظه متعلقاً بالجهات المذكورة إلا أنه في الحقيقة وقف على المسلمين القابلين للتملك، غاية ما هناك أنه وقف على المسلمين باعتبار مصلحة خاصة، لأنهم المنتفعون بها، فإن الغرض من المسجد تردهم إليه للعبادة

(١) المبسوط ٣: ٢٩٤.

(٢) الوجيز ١: ٢٤٥، جواهر العقود ١: ٣١٤.

ولا يقف المسلم على الحربي لو كان رحما. ويقف على الذمي، ولو كان أجنبيا.

وإقامة شعار الدين ونحوه، فكأنه وقف عليهم بشرط صرفه على وجه مخصوص، وهو جائز. ومثله الوقف على أكفان الموتى ومؤنة حفر قبورهم ونحو ذلك. قوله: " ولا يقف المسلم على الحربي... الخ ". هنا مسألتان:

إحدهما: الوقف على الحربي. والمشهور عدم جوازه مطلقا لقوله تعالى: (لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم) (١) الآية، والوقف نوع مودة فيكون منهيًا عنه، خصوصا إذا اشترطنا في الوقف القربة فإن النهي ينافيها. ولأن الوقف إذا تم وجب الوفاء به وحرّم تغييره ونقله عن وجهه، ومال الحربي فئ للمسلم يصح أخذه وبيعه، وهو ينافي صحته. وربما قيل بجوازه لعموم قوله صلى الله عليه وآله: " على كل كبد حري أجر " (٢) وعموم قوله عليه السلام: " الوقوف على حسب ما يقفها أهلها " (٣)، وغيره من

الأخبار الدالة باطلاقها عليه، مع القدح في دليل المنع، فإن الظاهر من النهي عن المودة له من حيث كونه محادا لله وإلا يحرم محادثتهم على وجه اللطف ونحوه من الاكرام، وتحريم تغييره من حيث الوقف لا ينافيه من حيثية أخرى وهي جواز التصرف في مال الحربي بأنواع التصرفات المستلزم لتغييره. وكيف كان فالمذهب المنع.

والثانية: وقف المسلم على الذمي. وفيه أقوال:

(١) المجادلة: ٢٢.

(٢) عوالي اللثالي ١: ٩٥ ح ٣.

(٣) تقدم مصادره في ص ٣٢٩ هامش (١).

أحدها: المنع مطلقا للآية المتقدمة. وهو قول سلار (١) وابن البراج (٢).
والثاني: الجواز مطلقا. وهو الذي اختاره المصنف، للعموم السابق، وقوله
تعالى: (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن
تبروهم) (٣) الآية، وللخبر السابق.
والثالث: الجواز إذا كان الموقوف عليه قريبا دون غيره. وهو مختار الشيخين (٤)
وجماعة (٥)، جمعا بين ما ذكر وبين الأوامر العامة الدالة على وجوب صلة الرحم الدال
على الجواز، بتخصيص ذلك النهي بغير الرحم.
والرابع: الجواز للأبوين خاصة. اختاره ابن إدريس بعد اضطراب كثير في
فتوى المسألة، فإنه قال بعد حكاية كلام الشيخ بجوازه على ذي الرحم: "قد قلنا ما
عندنا في هذه المسألة: إنه لا يجوز الوقف على الكفرة إلا أن يكون الكافر أحد
الوالدين" (٦). ووجهه ما سبق مضافا إلى قوله تعالى: (وصاحبهما في الدنيا
معروفا) (٧) (ووصينا الإنسان بوالديه حسنا) (٨)، فإنه ليس من الصحبة بالمعروف
ترك صلتهم مع حاجتهما، فيجب الجمع بين الأدلة. وكيف كان: فالقول بالمنع
مطلقا ضعيف، وقول المصنف لا يخلو من وجه.
واعلم أنه لم يرد في عبارة المتقدمين إلا الوقف على الكافر، غير المبسوط (٩) فإنه

-
- (١) المراسم: ١٩٨.
(٢) المهذب ٢: ٨٨.
(٣) الممتحنة: ٨.
(٤) المقنعة: ٦٥٣، المبسوط ٣: ٢٩٤.
(٥) راجع الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤١، الكافي في الفقه: ٣٢٦، الوسيلة: ٣٧٠، وجامع
المقاصد: ٩: ٤٩ - ٥٠.
(٦) السرائر ٣: ١٦٧.
(٧) لقمان: ١٥ والعنكبوت: ٨.
(٨) لقمان: ١٥ والعنكبوت: ٨.
(٩) المبسوط ٣: ٢٩٤.

ولو وقف على الكنائس والبيع لم يصح.

- صرح بالذمي، ولعل مرادهم ذلك. قوله: "ولو وقف على الكنائس والبيع لم يصح".
لما حكم بجواز الوقف على أهل الذمة وجواز الوقف على المساجد ونحوها، وحمله على كونه وقفا على المسلمين، لأنه من أهم مصالحهم، أحتمل كون الوقف على الكنائس والبيع جائزا إذا كانت لأهل الذمة، بناء على أن الوقف عليها وقف على أهل الذمة وإن اختص ببعض مصالحهم، فنبه على خلاف ذلك للفرق بين الجهتين، فإن الوقف على المساجد مصلحة للمسلمين، وهي مع ذلك طاعة وقربة، فهي جهة من جهات المصالح المأذون فيها. وكذا الوقف على أهل الذمة أنفسهم، فإنه بذاته لا يستلزم المعصية، إذ نفعهم - من حيث الحاجة وأنهم عباد الله، ومن جملة بني آدم المكرمين، ومن حيث يجوز أن يتولد منهم المسلمون - لا معصية فيه. وما يترتب عليه من إعاتهم به على المحرم - كشرب الخمر، وأكل لحم الخنزير، والذهاب إلى الجهات المحرمة - ليس مقصودا للواقف حتى لو فرض قصده حكما ببطالانه. ومثله الوقف عليهم لكونهم كفارا، بل على فسقة المسلمين من تلك الحيشية، بخلاف ما لو وقف على المسلم فصرفه في المعصية، فإنه لا يقدح نظرا إلى القصد الأصلي، فكذا هنا. وهذا بخلاف الوقف على الكنائس ونحوها، فإنه وقف على جهة خاصة من مصالح أهل الذمة لكنها معصية محضة، لأنه إعانة لهم على الاجتماع إليها للعبادات المنسوخة والمحرمة والكفر، فالمعصية حاصلة له ابتداء وبالذات فلم يقع الوقف صحيحا.
وأما تعليل المنع من الوقف على الكنائس ونحوها - بأن من جملة مصارف الوقف عمارتها وهي محرمة، بخلاف عمارة المساجد وباقي مصالح أهل الذمة - فغير مطرد، لأن من الكنائس ما يجوز لهم عمارته، بل هو الأغلب في بلاد الإسلام. وتخصيصه بكنيسة لا يجوز إحداثها - كالمحدثثة في أرض الإسلام أو أرضهم - بعيد عن الاطلاق من غير ضرورة.

وكذا لو وقف في معونة الزناة أو قطاع الطريق أو شاربي الخمر.
وكذا
لو وقف على كتب ما يسمى الآن بالتوراة والإنجيل لأنها محرفة. ولو وقف
الكافر جاز.

- قوله: " وكذا لو وقف في معونة الزناة أو قطاع الطريق أو شارب
الخمر ".

المراد أنه وقف عليهم من حيث هم كذلك بأن جعل الوصف مناط الوقف.
ووجه عدم الصحة حينئذ ظاهر، لأنه معصية من حيث الإعانة على فعل المحرم. أما
لو وقف على شخص متصف بذلك لا من حيث كون الوصف مناطه صح، سواء
أطلق أم قصد جهة محللة.
قوله: " وكذا لو وقف على كتب ما يسمى الآن بالتوراة والإنجيل،
لأنها محرفة ".

نبه بقوله " يسمى الآن " على أن ما بأيديهم ليس هو الذي أنزله الله تعالى وإن
كان منسوخا يحرم الوقف من هذه الجهة. والمراد أنه بجملة ليس هو الذي أنزله
الله وإن كان بعضه منه، للقطع بأنهم لم يحرفوا جميع الكتاب بل بعضه.
وتحريم الوقف على الكتابين ظاهر، للتحريف والنسخ، فيحرم كتبهما
وحفظهما لغير النقض والحجة، وقد روى العامة أن النبي صلى الله عليه وآله
خرج إلى المسجد فرأى في يد عمر صحيفة فيها شيء من التوراة، فغضب صلى الله
عليه وآله وسلم لما رأى الصحيفة في يده وقال له: " أفي شك أنت يا بن الخطاب، ألم
أت بها بيضاء نقية؟ لو كان أخي موسى حيا لما وسعه إلا اتباعي " (١). وهذا يدل على
أن النظر إليها معصية أيضا وإلا لما غضب منه لذلك. وينبغي جواز الوقف عليهما
على الوجه الذي يجوز إمساكهما لأجله وهو النقض والحجة، لأن الجهة حينئذ طاعة،
إلا أن الفرض لما كان نادرا أطلقوا المنع من الوقف عليهما.
قوله: " ولو وقف الكافر جاز ".

(١) المغني لابن قدامة ٦: ٢٦٨.

والمسلم إذا وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء المسلمين، دون غيرهم. ولو وقف الكافر كذلك، انصرف إلى فقراء نحلته.

– أي وقف الكافر على أحد الكتابين، وفي معناه وقفه على البيع والكنائس، إلا أن عوده إليها في العبارة بعيد، لتوسط ما ليس بمراد بين الحكمين وهو الوقف على العصاة المذكورين. ووجه الجواز حينئذ اعتقادهم شرعيته، وإقرارهم على دينهم. وهو يتم إن لم يشترط في الوقف القربة كما هو ظاهر كلام المصنف – رحمه الله – حيث لم يتعرض لاشتراطها، وإلا أشكل من حيث إن ذلك معصية في الواقع فلا يتحقق معنى القربة فيها، إلا أن يراد قصدها في الجملة وإن لم يحصل، أو قصدها ممن يعتقد حصولها. وهذا هو الظاهر.

قوله: " والمسلم إذا وقف على الفقراء... الخ "

لما كان الفقراء جمعا معرفا مفيدا بصيغته العموم الشامل للمسلمين والكفار كان مدلول الصيغة من هذه الحيثية شمول الوقف على الفقراء الجميع، إلا أن ذلك مفهوم لغوي والعرف يخالفه، فإنه يدل على إرادة المسلم فقراء المسلمين وإرادة الكافر فقراء نحلته، فتخصص به، لأن العرف مقدم.

وهذا يتم مع تحقق دلالة العرف

وشهادة الحال عليه، فلو انتفت فلا معارض للغة، إلا أن ثبوتها لما كان ظاهرا أطلق – كغيره – الحمل على ما دلت عليه الآن. ولا فرق بين الوقف على الفقراء مطلقا – كما مثل – وفقراء بلده أو بلد مخصوص.

نعم، لو لم يكن في البلد المعين إلا فقراء الكفار حيث يكون الواقف المسلم أو بالعكس وعلم الواقف بذلك انصرف إلى الموجود كيف كان، عملا بالإضافة، وحذرا من بطلان الوقف حيث لا مصرف له مع إمكان حمله على الصحة، ولانتفاء القرينة. ولو لم يعلم بذلك ففي كون الحكم كذلك وجهان، من وجود الإضافة والعموم المتناول للموجود، ومن أنه بعدم العلم لا توجد القرينة الصارفة عن المتعارف. ولعل إلحاقه بالأول أولى.

ولو وقف على المسلمين، انصرف إلى من صلى إلى القبلة. ولو وقف على المؤمنين انصرف إلى الاثني عشرية، وقيل: إلى مجتنبى الكبائر. والأول أشبه.

– قوله: " ولو وقف على المسلمين انصرف إلى من صلى إلى القبلة ".
أي من اعتقد وجوب الصلاة إليها حيث تكون الصلاة واجبة. والمراد:
انصرافه إلى من دان بالشهادتين، واعترف من الدين بما علم ضرورة، ومنه الصلاة إليها وإن لم يصل حيث لا يكفر بذلك. ويلحق به أطفاله ومجانينه تبعاً، لاندراجهما معه عرفاً، وشموله لهما تبعاً، كما تدخل الإناث في صيغة الذكور. ويخرج بما ذكرناه من فرق المسلمين من حكم بكفره من الخوارج والنواصب والغلاة والمجسمة وغيرها. وإطلاق دخول المصلي إلى القبلة لا يخرج له لكنه مراد، مع احتمال العموم نظر إلى شمول المفهوم عرفاً.

ولا فرق بين كون الواقف من المسلمين محققاً وغيره عملاً بالعموم. وقيل: إن كان الواقف محققاً يختص الوقف بقبيله، لشهادة الحال كما لو وقف على الفقراء. ورد بأن تخصيص عام لا يقتضي تخصيص آخر، وشهادة الحال ممنوعة. والفرق بين المسلمين والفقراء قائم، فإن إرادة الوقف على جميع الفقراء على اختلاف آرائهم وتباين مقالاتهم ومعتقداتهم بعيد، بخلاف إرادة فرق المسلمين من إطلاقهم، فإنه أمر راجح شرعاً مطلوب عرفاً. والأقوى المشهور.

نعم، لو كان الواقف من إحدى الفرق المحكوم بكفرها لم يخرج قبيله من وقفه ولا غيره ممن يحكم بكفره أيضاً حيث لا يشهد حاله باخراجه. ويحتمل اختصاص عدم الحرمان بقبيله خاصة اقتصاراً في التخصيص على محل اليقين، وهو حسن إلا مع شهادة الحال بخلافه.

قوله: " ولو وقف على المؤمنين... الخ ".

الايمان يطلق على معينين: عام وخاص. فالعام هو التصديق القلبي بما جاء به النبي صلى الله عليه وآله، والاقرار باللسان كاشف عنه، وهو أخص من الاسلام مطلقاً، وهذا المعنى معتبر عند أكثر المسلمين. والخاص قسمان: أحدهما: أنه كذلك مع العمل الصالح، بمعنى كون العمل جزءاً منه، وصاحب الكبيرة عليه

ليس بمؤمن، وهذا مذهب الوعيدية، وقريب منه قول المعتزلة بأن للفاسق منزلة بين المنزلتين.

والثاني: اعتقاد إمامة الاثني عشر إماما عليهم السلام، وهذا هو المعنى المتعارف بين الإمامية.

فإذا وقف واقف على المؤمنين وأطلق فإن كان من الإمامية انصرف الوقف إلى الاثني عشرية، لأنه المعروف عندهم من هذا الاطلاق، وإن كان من غيرهم فظاهر المصنف والأكثر كونه كذلك. وهو مشكل، لأن ذلك غير معروف عنده ولا قصده متوجه إليه فكيف يحمل عليه؟! وليس الحكم فيه كالمسلمين في أن لفظه عام فينصرف إلى ما دل عليه اللفظ وإن خالف معتقد الواقف كما تقدم، لأن الايمان لغة (١) هو مطلق التصديق وليس بمراد هنا، واصطلاحا يختلف بحسب المصطلحين، والمعنى الذي اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العام، فلو قيل بحمله عليه إذا كان الواقف غير إمامي كان حسنا، أو يقال: إذا كان من الوعيدية يحمل على معتقده، أو من الإمامية فعلى معتقده، أو من غيره فعلى معتقده، عملا بشهادة الحال ودلالة العرف الخاص والقرائن الحالية. ولو كان الواقف إماميا وعيدا كما اتفق لكثير من قدمائنا تعارض العرفان عنده، ولعل حمله على المعنى المشهور - وهو الأخير - أوضح، لأنه أعرف.

إذا تقرر ذلك: فهل يشترط مع الاعتقاد المذكور في المعنى المشهور اجتناب الكبائر؟ قال الشيخ (٢): نعم، فلا يجوز للفساق من الإمامية أخذ شيء منه، وتبعه جماعة (٣). ولعل مبناه على أن العمل جزء من الايمان كما هو مأثور عن السلف وورد في كثير من الأخبار (٤)، وأنه مركب من ثلاثة أشياء: اعتقاد بالجنان وإقرار باللسان

(١) راجع الصحاح ٥: ٢٠٧١ مادة (أمن).

(٢) النهاية: ٥٩٧ - ٥٩٨.

(٣) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٨٩، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٧١.

(٤) راجع الوسائل ١١: ١٢٧ ب " ٢ " من أبواب جهاد النفس ح ٣ و ٤ و ٥ وغير ذلك.

وعمل بالأركان (١)، فيكون العمل ثلث الايمان. والمشهور - وهو الأصح - عدم اعتباره، وإليه ذهب الشيخ (٢) - رحمه الله - في التبيان أيضا، لما تحقق في الكلام من أن الايمان هو التصديق بالقلب والاقرار باللسان على الوجه السابق وأن العمل ليس بجزء منه ولا شرط.
بقي هنا أمران:

أحدهما: أن القائل بحرمان الفاسق عبر باشتراط اجتناب الكبائر وفرع عليه حرمان الفاسق من المؤمنين، وبين الأصل والفرع تغاير كثير، فإن الفسق يحصل بارتكاب الكبائر وبالاصرار على الصغائر وبمخالفة المروة وإن لم يكن الفعل محرما، لأن الفسق يقابل العدالة فإذا أزلتها مخالفة المروة ثبت الفسق. ولا شبهة في أن ترك المروة لا يخرج عن الايمان، لأنه ليس من الأعمال السيئة على أصل القائل، كما لا شبهة في أن ارتكاب الكبائر عنده مخرج، وبقي أمر الاصرار على الصغائر فعلى تفريعه يخرج دون أصله. ويمكن إدراجه بأن الاصرار على الصغيرة يلحقها بالكبيرة كما ينه عليه قوله: " ولا صغيرة مع إصرار " (٣)، أو يجعل جميع الذنوب كبائر وأن صغرها وكبرها

إضافي كما ذهب إليه جماعة (٤).

والثاني: أن المعروف من اطلاق القائل بالمذهب المشهور أن المؤمن معتقد لإمامة الاثني عشر كما ذكرناه دون غيرهم، ولم يذكروا اشتراط أمر آخر، ولكن الشهيد في الدروس (٥) صرح باشتراط اعتقاد عصمتهم بناء على أنه لازم المذهب. وفي اشتراطه نظر وإن كان أولى، ويلزمه اشتراط اعتقاد أفضليتهم على غيرهم وغيره من

(١) أصول الكافي ٢: ٢٧ ح ١.

(٢) التبيان ٢: ٨١.

(٣) أصول الكافي ٢: ٢٨٨ ح ١.

(٤) كالحلي في السرائر ٢: ١١٨، ونسبه الطبرسي في مجمع البيان ٣: ٣٨ يقرب إلى أصحابنا.

(٥) الدروس: ٢٣٢.

ولو وقف على الشيعة، فهو للإمامية والجارودية دون غيرهم من فرق الزيدية.
وهكذا إذا وصف الموقوف عليه بنسبة، دخل فيها كل من أطلقت عليه،

معتقدات الإمامية المجمع عليها عندهم، والفتاوى خالية عنه، والظاهر يشهد بخلافه.

قوله: " ولو وقف على الشيعة فهو للإمامية... الخ ".
اسم الشيعة يطلق على من قدم عليا عليه السلام في الإمامة على غيره بعد النبي صلى الله عليه وآله. ولا شبهة في كون الإمامية منهم، وكذا الجارودية من فرق الزيدية، وكذا الإسماعيلية حيث لا يكونوا ملاحدة، وأما باقي فرق الشيعة كالكيسانية والواقفية والفضحية فداخلة لكن لانقراضهم استغني عن ذكرهم. والقول بانصرافه إلى من ذكر هو المشهور بين الأصحاب تبعاً للشيخ (١).
وفصل ابن إدريس فقال (٢): إن كان الواقف من إحدى فرق الشيعة حمل كلامه العام عليه على شاهد حاله وفحوى قوله، وخصص به، فصرف في أهل نحلته دون من عداهم عملاً بشاهد الحال. ونفى عنه في التذكرة (٣) البأس، وهو حسن مع قيام القرينة على إرادته لفريقه، ومع اشتباه الحال فالحكم لعموم اللفظ، كالمسلمين. وربما قيل باختصاص الاسم بالإمامية، وهو غريب.
وخص الجارودية من فرق الزيدية لأنه لا يقول منهم بإمامة علي عليه السلام دون غيره من المشايخ سواهم، فإن الصالحية منهم والسليمانية والبترية يقولون بإمامة الشيخين وإن اختلفوا في غيرهما. والجارودية نسبة إلى الجارود واسمه زياد بن المنذر. قوله: " وهكذا إذا وصف الموقوف عليه بنسبة دخل فيها كل من أطلقت عليه ".

(١) النهاية: ٥٩٨.

(٢) السرائر ٣: ١٦٢.

(٣) التذكرة ٢: ٤٣٠.

فلو وقف على الإمامية كان للاثني عشرية. ولو وقف على الزيدية، كان للقائلين بإمامة زيد بن علي عليه السلام. وكذا لو علقهم بنسبة إلى أب، كان لكل من انتسب إليه بالأبوة، كالهاشميين: فهو لمن انتسب إلى هاشم من ولد أبي طالب عليه السلام والحرث وأبي لهب.

- هذا هو الضابط في جميع هذه المسائل، لكن مع اتفاق العرف أو الاصطلاح على الاطلاق لا كلام في انصرافه إليه، ومع التعدد يحمل على المتعارف عند الواقف، وبهذا يتخرج الخلاف والحكم في الجميع.

قوله: " فلو وقف على الإمامية كان للاثني عشرية ".
أي القائلين بإمامتهم المعتقدين لها. والكلام في اعتقاد عصمتهم كما سبق في المؤمنين، فإن الشهيد - رحمه الله - شرط في الدروس (١) ذلك فيهما. ويظهر منه أن الخلاف في اشتراط اجتناب الكبائر آت هنا، وليس كذلك. والفرق يظهر من دليل القائل باشتراطه، فإن مفهوم الإمامية لا مدخل له في العمل مطلقاً، بخلاف المؤمنين.

قوله: " ولو وقف على الزيدية كان للقائلين بإمامة زيد بن علي ".
الزيدية ينسبون إلى زيد بن علي بن الحسين عليهما السلام، ويجعلون الإمامة بعده لكل من خرج بالسيف من ولد فاطمة عليهم السلام من ذوي الرأي والعلم والصلاح، هكذا حكم الشيخان (٢) وتبعهما الأكثر. وقال ابن إدريس (٣): هذا الاطلاق ليس بجيد، بل إذا كان الواقف زيدياً كان كذلك وإن كان إمامياً كان الوقف باطلاً، بناءً منه على أن وقف المحقق على غيره باطل. وهو باطل.

(١) الدروس: ٢٣٢.

(٢) المقنعة ٦٥٥، النهاية: ٥٩٨.

(٣) السرائر ٣: ١٦٢ - ١٦٣.

والطالبين: فهو لمن ولده أبو طالب عليه السلام. ويشترك الذكور والإناث المنسوبون إليه من جهة الأب نظرا إلى العرف. وفيه خلاف للأصحاب.

- قوله: " ويشترك الذكور والإناث المنسوبون إليه... الخ " لا اشكال في دخول الذكور والإناث في المنسوب وإن وقع بلفظ المذكر كالهاشميين والعلويين، لأن اللفظ حينئذ يشمل الإناث تبعا كما يتناولهن في جميع الخطاب الواقع في التكليف في الكتاب والسنة، ولصدق إطلاقه على الإناث يقال: فلانة علوية أو هاشمية أو تميمية وغيره. والخلاف الذي أشار إليه بين الأصحاب في اختصاص النسبة إليه بالأب أو عمومها للأب والأم، فالمشهور بينهم الاختصاص بالأب، لأنه المعروف منه لغة وشرعا قال تعالى: (أدعوهم لآبائهم) (١)، وقال الكاظم عليه السلام: " من كانت أمه من بني هاشم وأبوه من سائر قريش فإن الصدقة تحل له وليس له من الخمس شيء، فإن الله تعالى يقول: " أدعوهم لآبائهم " (٢). وقال الشاعر: بنونا بنو أبنائنا وبناتنا* بنوهن أبناء الرجال الأبعاد (٣) وذهب المرتضى (٤) إلى دخول أبناء البنات، لاستعماله فيه، والأصل فيه الحقيقة. أما الأول فلقول النبي صلى الله عليه وآله مشيرا إلى الحسن والحسين عليهما السلام: " هذان ابناي إمامان قاما أو قعدا " (٥)، ولقوله تعالى: (ومن ذريته داود - إلى قوله - وعيسى) (٦) مع عدم انتساب عيسى إليه بالأب. وأما الثاني فقد

(١) الأحزاب: ٥.

(٢) الكافي ١: ٥٤٠ ذ ح ٤، التهذيب ٤: ١٢٩ ذ ح ٣٦٦، الوسائل ٦: ٣٥٩ ب " ١ " من أبواب قسمة الخمس ذ ح ٨.

(٣) خزائن الأدب ١: ٤٤٤ - ٤٤٥.

(٤) راجع رسائل الشريف المرتضى ٣: ٢٦٢ - ٢٦٥، و ٤: ٣٢٨ مسألة (٥).

(٥) إعلام الوري: ٢٠٨.

(٦) الأنعام: ٨٤ - ٨٥.

ولو وقف على الجيران رجوع إلى العرف. وقيل: لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً. وهو حسن، وقيل: إلى أربعين داراً من كل جانب. وهو مطرح.

- حقق في الأصول. وأجيب بتسليم الاستعمال لكنه أعم من الحقيقة، وقد حقق فيه أيضاً. ولاستلزامه الاشتراك، والمجاز خير منه. ويمكن دفع الأخير بجعله للقدر المشترك بين الأمرين، وهو خير منهما.
قوله: " ولو وقف على الجيران رجوع إلى العرف... الخ ".
وجه الأول واضح، لأنه المرجح حيث لا يكون اللفظ حقيقة شرعية. والثاني قول الأكثر ومنهم الشيخان (١) وأتباعهما (٢)، وابن إدريس (٣)، والشهيد (٤) - رحمه الله -

ومال إليه العلامة في التحرير (٥). ومع ذلك لم نقف لهم على مستند خصوصاً لمثل ابن إدريس الذي لا يعول في مثل ذلك على الأخبار الصحيحة ونحوها، والعرف لا يدل عليه فكيف فيما لا مستند له، ولعله عول على ما تخيله من الاجماع عليه كما اتفق له ذلك مراراً.

وأما الثالث فلم أعلم قائله. وجماعة من باحثي مسائل الخلاف كالإمام فخر الدين في الشرح (٦) والمقداد في التنقيح (٧) والشيخ علي (٨) أسندوا دليلاً إلى رواية العامة

عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله سئل عن حد الجوار فقال: " إلى أربعين

(١) المقنعة: ٦٥٣، النهاية: ٥٩٩.

(٢) راجع المهذب ٢: ٩١، الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤١، إصباح الشيعة (سلسلة الينابيع الفقهية) ١٢: ٢٠٢.

(٣) السرائر ٣: ١٦٣.

(٤) الدروس: ٢٣٢.

(٥) تحرير الأحكام ١: ٢٨٨.

(٦) إيضاح الفوائد ٢: ٣٨٦.

(٧) التنقيح الرائع ٢: ٣٢٠.

(٨) جامع المقاصد ٩: ٤٥.

دارا " (١)، مع أن الكليني - رحمه الله - ذكر في الكافي ثلاث روايات بذلك معتبرات الاسناد: إحداها رواها عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن جميل بن دراج، عن أبي جعفر عليه السلام قال: " حد الجوار أربعون دارا من كل جانب من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله " (٢). والثانية بالاسناد عن ابن أبي عمير، عن معاوية بن عمار، عن عمرو بن عكرمة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: كل أربعين دارا جيران من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله " (٣). والثالثة عن عمرو بن عكرمة أيضا، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل في آخره: " إن رسول الله صلى الله عليه وآله أمر عليا وسلمان وأبا ذر أن ينادوا في المسجد بأعلى أصواتهم بأنه لا إيمان لمن لم يأمن جاره بوائقه، فنادوا بها ثلاثا، ثم أومأ بيده إلى كل أربعين دارا من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله " (٤). والرواية الأولى من الحسن. ولولا شذوذ هذا القول بين أصحابنا لكان القول به حسنا لكثرة رواياته من الطرفين، وكثيرا ما يثبت الأصحاب أقوالا بدون هذا المستند، والعامّة عاملون برواياتهم في ذلك. إذا تقرر ذلك فنقول: إن رجعنا في ذلك إلى العرف فالأمر واضح، فما حكم بدخوله يدخل وما لا فلا. وإن رجعنا إلى الأذرع فالمعتبر منها الشرعية، وهي أربعة وعشرون إصبعا. ثم إن انتهى العدد إلى آخر دار أو بين دارين فالحد متميز، وإن انتهى في أثناء دار هل يدخل في الحد أم لا؟ يبنى على دخول الغاية في المغيا مطلقا أم لا، بالتفصيل بالفصل (٥) المحسوس فلا يدخل وعدمه فيدخل. والأقوى تفريعا

- (١) الجامع الصغير للسيوطي ١: ٥٧٠ ح ٣٦٨٧، كنز العمال ٩: ٥٢ ح ٢٤٨٩٥.
(٢) الكافي ٢: ٦٦٩ ح ٢ و ١، الوسائل ٨: ٤٩١ ب " ٩٠ " من أبواب أحكام العشرة ح ١ و ٢.
(٣) الكافي ٢: ٦٦٩ ح ٢ و ١، الوسائل ٨: ٤٩١ ب " ٩٠ " من أبواب أحكام العشرة ح ١ و ٢.
(٤) الكافي ٢: ٦٦٦ ح ١، الوسائل ٨: ٤٨٧ ب " ٨٦ " من أبواب أحكام العشرة ح ١.
(٥) كذا في " م "، وفي غيرها: بالمفصل.

عليه حينئذ الدخول. ولو وصل المقدار إلى باب داره خاصة بني علي ما ذكر، وأولى بعدم الدخول هنا. وصرح ابن البراج بدخوله في عبارة ردية (١)، وقواه في الدروس (٢). ولو اعتبرنا في الدور العدد رجوع إليه. ولا فرق حينئذ بين الدار الصغيرة والكبيرة في الجوانب وإن اختلفت المسافة في الجوانب كثيرا، عملا بمسمى العدد. ولو كان من أهل البادية اعتبر من ينزل حوله ويسمى جاره عرفا أو مساحة أو عددا بالنسبة إلى البيوت المخصصة.

بقي في المسألة أمور:

الأول: لا يعتبر في الجار ملكية الدار، فلو كان مستأجرا أو مستعيرا استحق على الأقوى. ويحتمل اعتبار الملكية، وعليه لا يستحق المالك ولا الساكن. أما الأول فلعدم المجاورة، وأما الثاني فلعدم الملك. وفي إلحاق الغاصب بمستوفي المنفعة بحق وجهان، من صدق الجوار به عرفا، ومن العدوان فلا يترتب على مجاورته أثر. وفيه نظر، لعدم المنافاة. ورجح في التحرير (٣) هنا عدم الاستحقاق مع عدم توقفه في استحقاق المستأجر والمستعير.

الثاني: لو خرج الجار عن الدار فإن بقي مالكا لها اعتبر في بقاء استحقاقه صدق اسم الجار عليه عرفا وإن لم يعتبر العرف ابتداء. فإن خرج عنه بأن انتقل إلى دار أخرى وهجر الأولى ونحو ذلك خرج عن الاستحقاق. ولو لم يكن مالكا بل مستأجرا تمت مدته أو مستعيرا ونحوهما خرج عن الاستحقاق، فإن عاد عاد. الثالث: لو باع صاحب الدار داره التي يسكنها خرج الوقف ودخل المشتري عوضه إن سكن، فإن استعادها البائع عاد إليه الاستحقاق، وهكذا.

(١) المهذب ٢: ٩١. وفي هامش " و " : " وجه ردها أنها تدل على انحصار الجار فيما كان على رأس الأربعين، وليس كذلك. وقد نبه على فسادها في المختلف. منه رحمه الله "

(٢) الدروس: ٢٣٢.

(٣) التحرير ١: ٢٨٨.

ولو وقف على مصلحة فبطل رسمها، صرف في وجوه البر.

- الرابع: لو لم يسكن الدار لم يستحق، لانتفاء الاسم عرفا وإن اعتبرت الدار، إذ المعتبر عدد الدور مع صدق اسم الجوار، مع احتمال، للاطلاق. أما لو كانت موطنه لكن غاب عنها بسفر بنية العود لم يخرج عن الاستحقاق، سواء كان الوقف متقدما على سفره أم اتفق في غيبته.

الخامس: لو كان له داران يتردد إليهما في السكنى فهو جار لأهلها، فيستحق بسببهما معا، لصدق الاسم مع وجود القدر المعتبر عند معتبره. لو كان يسكنهما على التناوب أو بحسب الفصول استحق زمن السكنى خاصة.

السادس: يقسم حاصل الوقف على عدد رؤوس الجيران مطلقا إن اعتبرنا فيه العرف أو الأذرع، ويستوي فيه الصغير والكبير والذكر والأنثى، دون العبد، لعدم أهلية الملك. والظاهر عدم الفرق بين صاحب الدار ومن في عيلولته من ولد وزوجة وغيرهما، لتناول الاسم للجميع وإن كان تناوله له أقوى. ولو اعتبرنا عدد الدور ففي قسمته على رؤس أهلها أو على عدد الدور وجهان. وعلى الثاني يقسم على الدور أولا ثم يقسم حصة كل دار على رؤس أهلها أو على عدد الدور وجهان. وعلى الثاني يقسم على الدور أولا

ثم يقسم حصة كل دار على رؤوس أهلها.

قوله: " ولو وقف على مصلحة فبطل رسمها صرف في وجوه البر ".
هذا الحكم ذكره الشيخ (١) - رحمه الله - وتبعه عليه الجماعة (٢)، ولم أقف فيه على راد منهم إلا المصنف في النافع (٣) فإنه نسبه إلى قول مشعرا برده (٤).
ووجه الحكم: أن الملك خرج عن الواقف بالوقف الصحيح أولا فلا يعود إليه، والقربة الخاصة قد تعذرت فيصرف إلى غيرها من القرب، لاشتراك الجميع في أصل القربة. ولأنها أقرب شيء إلى مراد الواقف، ولا أولوية لما أشبه تلك المصلحة

(١) النهاية: ٦٠٠.

(٢) الوسيلة: ٣٧١، راجع السرائر ٣: ١٦٦، الجامع للشرائع: ٣٧٠، القواعد ١: ٢٦٩.

(٣) المختصر النافع: ١٥٨.

(٤) في "س": بترده.

التي بطل رسمها، لاستواء القرب كلها في عدم تناول عقد الوقف لها وعدم قصد الواقف لها بخصوصها، ومجرد المشابهة لا دخل له في تعلقه بها، فيبطل القيد ويبقى أصل الوقف من حيث القربة. هذا غاية ما قرروه لتوجيهه.

وفيه نظر: فإنه لا يلزم من قصد القربة الخاصة وإرادتها قصد القربة المطلقة، فإن خصوصيات العبادات مقصورة ولا يلزم بعضها من إرادة بعض. والدعوى المشهورة - من أن المطلق جزء من المقيد (١) فقصده يستلزم قصده كما أن العلم به يستلزم العلم به - ممنوعة.

والتحقيق: أن المصلحة المذكورة الموقوف عليها لا يخلو: إما أن يكون مما ينقرض غالبا، أو ما يدوم غالبا، أو يشتهبه الحال.

فالأول: كالوقف على مصلحة شجر مخصوص كالتين والعنب. وهذا الوقف يكون كمنقطع الآخر أو هو بعض أفرادها، فيرجع بعد انقضائه إلى الواقف أو ورثته على الخلاف حيث لا يجعله بعده لمصلحة أخرى يقتضي التأييد.

والثاني: كالوقف على مصلحة عين من ماء مخصوص ونحوه مما تقتضي العادة بدوامه فيتفق غوره، أو على قنطرة على نهر فيتفق انقطاعه أو انتقاله عن ذلك المكان حيث لا يكون العادة قاضية بذلك. والمتجه فيه ما ذكره الأصحاب، لخروج الملك عن الواقف بالوقف فعوده إليه يحتاج إلى دليل، وهو منتف. وصرفه في وجوه البر أنسب بمراعاة غرضه الأصلي إن لم يجز صرفه فيما هو أعم منه.

والثالث: كالوقف على مسجد في قرية صغيرة أو على مدرسة كذلك بحيث يحتتمل انقطاع مصلحته كما يحتتمل دوامها. وفي حملها على أي الجهتين نظر، من أصالة البقاء فيكون كالمؤبد، والشك في حصول شرط انتقال الملك عن مالكة مطلقا الذي هو التأييد فيحصل الشك في المشروط، فلا يحكم إلا بالمتيقن منه وهو خروجه عن ملكه مدة تلك المصلحة، ويبقى الباقي على أصالة البقاء على ملك مالكة.

(١) في "م، و": المقيد جزء من المطلق. وفي "ب": القيد.

ولو وقف في وجوه البر وأطلق، صرف في الفقراء والمساكين، وكل مصلحة يتقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى.

- ويمكن أن يقال هنا: إن الوقف على المصالح الخاصة (١) في الحقيقة وقف على المسلمين، إلا أنه مخصص ببعض مصالحهم كما نبه عليه في الوقف على المساجد (٢)، وذلك هو المصحح للوقف على تلك المصالح التي لا تقبل الملك. وحينئذ فلا يلزم من بطلان المصلحة بطلان الوقف، بل يصرف إلى سائر مصالح المسلمين أو يتعين الأقرب إلى تلك المصلحة فالأقرب، فيصرف وقف المسجد إلى مسجد آخر، والمدرسة إلى مدرسة أخرى، والقنطرة إلى مثلها، وهكذا، نظرا إلى تعلق غرض الواقف بذلك الصنف، فإذا فات الشخص كان باقي أفراد الصنف أقرب إلى مراده. ولعل هذا أقرب إلا أنه يشكل بالمصلحة التي يعلم انقطاعها، فإن الدليل آت فيها وحكم منقطع الآخر متناول لها، إلا أن يخص هذا بما لا يتعلق بمصلحة المسلمين بل بمثل الوقف على أولاده من غير أن يسوقه في باقي البطون ونحو ذلك. وليس بذلك البعيد. وللتوقف مجال.

واعلم أنه على تقدير صرف الوقف في وجوه البر مع بطلان المصلحة الخاصة لو عادت بعد انقطاعها وجب عوده إليها، لوجوب الوفاء بالعقد السابق، خرج منه ما إذا تعذر فيبقى الباقي. وعلى هذا القياس (٣). قوله: " ولو وقف في وجوه البر وأطلق... الخ ". البر - بالكسر - يطلق على معان منها الطاعة، والاحسان، والخير. وهذه الثلاثة تصلح هنا، فمعنى وجوه البر وجوه الخير أو وجوه الطاعة لله ونحوه، فيصرف إلى القربات كلها كنفع الفقراء والمساكين وطلبة العلم وعمارة المسجد والمدارس والقناطر والمشاهد وإعانة الحاج والزائرين وأكفان الموتى ونحو ذلك. وفي جواز صرفه

(١) في ما لدينا من النسخ الخطية: خاصة.

(٢) لاحظ ص: ٣٣١.

(٣) كذا في " و " وفي " س ": وعلى هذا، وفي غيرهما: على هذا.

ولو وقف على بني تميم صح، ويصرف إلى من يوجد منهم. وقيل:
لا يصح، لأنهم مجهولون. والأول هو المذهب.
ولو وقف على الذمي جاز، لأن الوقف تمليك، فهو كإباحة المنفعة.
وقيل: لا يصح، لأنه يشترط فيه نية القرابة إلا على أحد الأبوين. وقيل:
يصح على ذوي القرابة. والأول أشبه.

– في مطلق نفع المسلمين وإن كانوا أغنياء وجه، لأنه من جملة وجوه الخير وإن كان غيره

من الوجوه أكمل، فإن المذكورة سابقا متفاضلة أيضا، ولا يجب تحري الأكمل منها للأصل وصدق المعنى الموقوف عليه.

قوله: " ولو وقف علي بني تميم صح... الخ "

القائل بعدم الصحة ابن حمزة فإنه قال: " لا يصح الوقف علي بني فلان وهم غير محصورين في البلاد " (١). وهو مذهب الشافعي (٢)، للجهل بالمصرف حيث إنه يتعذر استيعابهم وحصرهم. وهو مدفوع بالأخبار (٣) والاجماع الدالين على صحة الوقف على الفقراء والمساكين وعلى المسلمين والمؤمنين مع انتشارهم وعدم حصرهم. ونبه بقوله: " والأول هو المذهب " على ندور المخالف وضعف قوله بحيث لا يكاد تخرج المسألة بسبب خلافه عن الاجماع. وفي التذكرة (٤) أسند القول إلى علمائنا مشعرا بالاجماع عليه.

قوله: " ولو وقف على الذمي جاز... الخ "

أشار بقوله: " لأن الوقف تمليك " إلى دليل الجواز، وحاصله: أن الوقف – كما سلف – تمليك عين أو منفعة، والذمي قابل للتمليك والإباحة. وأشار إلى أن عدم الصحة مبني على اشتراط القرابة. وقد علم من عدم اشتراطها فيما سبق، ومن جعله

(١) الوسيلة: ٣٧٠.

(٢) أنظر المغني لابن قدامة ٦: ٢٦١.

(٣) راجع الوسائل ١٣: ٣٠٨ ب " ٨ " من أبواب الوقوف والصدقات.

(٤) التذكرة ٢: ٤٣٠.

وكذا يصح على المرتد. وفي الحربي تردد، أشبهه المنع.
ولو وقف ولم يذكر المصرف، بطل الوقف.

- تمليكا، ومن قوله بعد نقله اشتراط القربة: " والأول أشبه " أن مختاره عدم اشتراطها في الوقف، وهو الوجه، لعدم دليل صالح على اشتراطها وإن توقف عليها حصول الثواب، وعموم الأدلة على صحته وأن الوقوف على حسب ما يقفها أربابها (١) يدل على عدمه. وقد تقدم الكلام (٢) في تحقيق هذه الأقوال، ولعله أعاد المسألة لينبه على الخلاف، فقد ذكر الحكم فيما سبق مجردا عنه.
قوله: " وكذا يصح على المرتد ".

المراد به المرتد عن ملة والمرأة المرتدة عن فطرة. أما الرجل المرتد عن فطرة فلا يصح الوقف عليه، لأنه لا يقبل التملك، وهو شرط صحة الوقف. ووجه صحة الوقف على المرتد ما تقدم (٣) من وجه الصحة على الكافر، لأنه بمعناه.
قوله: " وفي الحربي تردد أشبهه المنع ".

قد تقدم (٤) الكلام في ذلك وما يدل على القولين، وكأنه أعاد للتنبيه على الخلاف. وكان الأولى الاكتفاء بذكره مرة واحدة، وكذا الذمي.

قوله: " ولو وقف ولم يذكر المصرف بطل الوقف ".

هذا هو المشهور بين الأصحاب، ولم أقف فيه على مخالف إلا ابن الجنيد (٥)، وخلافه غير قادح هنا على قاعدة الأصحاب. ويدل عليه أيضا أن الوقف تمليك كما مر فلا بد من مالك كالبيع والهبة، فإنه لو قال: " بعت داري بكذا أو وهبتها " ولم يذكر المصرف بطلا اتفاقا، ولأنه لو وقف على مجهول كـ " وقفت على جماعة " بطل فإذا أطلق كان أولى بالبطلان، لأن علة البطلان جهالة المصرف وهي متحققة فيهما مع

(١) الوسائل ١٣: ٢٩٥ ب ٢ " من أبواب الوقوف والصدقات.

(٢) في ص: ٣٣٢ - ٣٣٣.

(٣) في ص: ٣٣٢ - ٣٣٣.

(٤) في ص: ٣٣٢ - ٣٣٣.

(٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٩٦.

وكذا لو وقف على غير معين، كأن يقول: على أحد هذين، أو على أحد المشهدين، أو الفريقين، فالكل باطل. وإذا وقف على أولاده أو إخوته أو ذوي قرابته، اقتضى الاطلاق اشتراك الذكور والإناث، والأدنى والأبعد، والتساوي في القسمة، إلا أن يشترط ترتيباً أو اختصاصاً أو تفصيلاً.

- زيادة في هذا. وقال ابن الجنيد: " لو قال: صدقة لله ولم يذكر من يتصدق بها عليه جاز ذلك وكانت في أهل الصدقات الذين سماهم الله تعالى، لأن الغرض من الوقف الصدقة والقربة وهو متحقق " (١). ورد بأن الغرض من الوقف ليس مطلق القربة بل القربة المخصوصة كما ذكر.

قوله: " وكذا لو وقف على غير معين... الخ ". الوجه فيه ما تقدم من أنه تمليك فلا بد من مالك معين ولو في ضمن عام أو مطلق، ولا يعقل تمليك ما ليس بمعين. ولأن الوقف حكم شرعي فلا بد له من محل معين يقوم به كما يفتقر مطلق العرض إلى المحل الجوهرى، وأحد الأمرين أمر كلي لا وجود له خارجاً وإن كان كل واحد منهما موجوداً خارجاً. قوله: " وإذا وقف على أولاده أو إخوته - إلى قوله - أو تفضيلاً " .

وجه الاشتراك في الجميع تناول اسم القرابة والأولاد ونحوهما للجميع على السواء، والإناث يدخل تبعاً في اللفظ المختص بالذكر في مثل هذه الاطلاقات كما يدخلن في الأوامر الشرعية المختصة بالذكر إجماعاً. وحيث ينتفي المقتضى للتفصيل فالحكم بالاشتراك في الاستحقاق يقتضى التسوية بين الجميع، وخالف في ذلك ابن الجنيد (٢) وجعله مع الاطلاق للذكر مثل حظ الأنثيين حملاً على الميراث. وهو ضعيف.

(١) المختلف: ٤٩٦.

(٢) راجع المختلف: ٤٩٣.

ولو وقف على أخواله وأعمامه تساوا جميعا.
وإذا وقف على أقرب الناس إليه، فهم الأبوان والولد وإن سفلوا،
فلا يكون لأحد من ذوي القرابة شيء، ما لم يعدم المذكورون، ثم
الأجداد والأخوة وإن نزلوا، ثم الأعمام والأخوال على ترتيب الإرث، لكن
يتساوون في الاستحقاق، إلا أن يعين التفضيل.

– قوله: " ولو وقف على أخواله وأعمامه تساوا جميعا ".
لاشترائهم في أصل الوقف، والأصل يقتضي التسوية إلا ما أخرجه الدليل
الخارجي كالإرث أو الخاص كما لو شرطه تفضيل بعضهم على بعض، وحينئذ فلا
ينحصر في المفضل في الإرث بل على حسب ما شرط، لعموم الأمر بالوفاء به (١).
ويفهم من تعليل ابن الجنيد في الذكور والإناث كون الأعمام والأخوال متفاضلين
كذلك. وسيأتي في الوصية قول بأن إطلاقها للأخوال والأعمام يقتضي أن يكون
للأعمام الثلثان وللأخوال الثلث. وهو ضعيف.
قوله: " وإذا وقف على أقرب الناس إليه... الخ ".
الضابط: أنه ينزل على مراتب الإرث، فيبدأ أولا بالآباء والأولاد، ثم مع فقد
الأولاد للصلب والبطن فلاولادهم، ويشاركون آباء الواقف دون آبائهم وإن كانت
العبارة قد تشعر بخلافه، ثم ينتقل إلى الإخوة والأجداد، ويقدم الأقرب إلى الواقف
فالأقرب، ثم إلى الأعمام والأخوال كذلك. ويتساوون في الاستحقاق في كل مرتبة،
لأن ذلك هو الأصل إلا أن يشترط خلافه فيتبع شرطه، لأنه شرط لا ينافي مقتضى
الوقف فيجب الوفاء به.

ومقتضى هذه القاعدة أنه لو اجتمع الإخوة المتفرقون أو الأخوال أو الأعمام
كذلك اشتركوا في الاستحقاق واستووا فيه. والأمر فيه كذلك. وللشيخ (٢) قول بأن

(١) راجع الوسائل ١٣: ٢٩٥ ب " ٢ " من أبواب الوقوف والصدقات.

(٢) المبسوط ٣: ٢٩٧.

القسم الرابع: في شرائط الوقف.
وهي أربعة: الدوام، والتنجيز، والاقباض، وإخراجه عن نفسه.
فلو قرنه بمدة بطل. وكذا لو علقه بصفة متوقعة. وكذا لو جعله
لمن ينقرض غالباً، كأن يقفه على زيد ويقتصر، أو يسوقه إلى بطون تنقرض
غالباً، أو يطلقه في عقبه ولا يذكر ما يصنع به بعد الانقراض. ولو فعل
ذلك، قيل: يبطل الوقف، وقيل: يجب إجراؤه حتى ينقرض المسمون.
وهو الأشبه.

- المتقرب بالأبوين أولى من المتقرب بأحدهما حتى بالأم، فيكون الأخ للأبوين أولى
من الأخ للأم، وهكذا. وقواه العلامة في المختلف (١) في الإخوة وقطع به في
التحرير (٢) مطلقاً من غير فرق بين الإخوة وغيرهم ممن يتقرب بالأبوين. والأقوى
المشهور.

قوله: "فلو قرنه بمدة بطل - إلى قوله - وهو الأشبه".
هنا مسألتان:

إحدهما: أن يقرن الوقف بمدة كسنة مثلاً. وقد قطع المصنف ببطلانه، لأن
الوقف شرطه التأيد، فإذا لم يحصل الشرط يبطل. وقيل: إنما يبطل الوقف ولكن
يصير حبساً كالثانية، لوجود المقتضي وهو الصيغة الصالحة للحبس، لاشتراك الوقف
والحبس في المعنى فيمكن إقامة كل واحد مقام الآخر، فإذا قرن الوقف بعدم التأيد
كان قرينة إرادة الحبس، كما لو اقترن الحبس بالتأيد، فإنه يكون وقفاً كما مر (٣). وهذا
هو الأقوى، لكن هذا إنما يتم مع قصد الحبس، فلو قصد الوقف الحقيقي وجب
القطع بالبطلان لفقد الشرط.

(١) المختلف: ٤٩٧.

(٢) التحرير ١: ٢٨٨.

(٣) لاحظ ص: ٣١٢.

والثانية: أن يجعله لمن ينقرض غالبا ولم يذكر المصرف بعده، كما لو وقف على أولاد واقتصر، أو على بطون تنقرض غالبا. وفي صحته وقفا أو حسبا أو بطلانه من رأس أقوال أشار إليها المصنف واختار أولها. ويمكن أن يكون اختار الثاني، لأن وجوب إجرائه حتى ينقرض المسمون يشملهما.

ووجه الأول: أن الوقف نوع تمليك وصدقة فيتبع اختيار المملك (١) في التخصيص وغيره. ولأصالة الصحة، وعموم الأمر بالوفاء بالعقد (٢). ولأن تمليك الأخير لو كان شرطا في تمليك الأول لزم تقدم المعلول على العلة. ولرواية أبي بصير عن الباقر عليه السلام أن فاطمة عليها السلام أوصت بحوائطها السبعة إلى علي عليه السلام ثم إلى الحسن ثم إلى الحسين عليهما السلام ثم إلى الأكبر من ولدها (٣). ولعموم ما سلف من توقيع العسكري عليه السلام: "الوقف على حسب ما يقفها أهلها" (٤).

وأجيب عن الأول بأن التمليك لم يعقل موقتا، وكذا الصدقة. وأصالة الصحة متوقفة على اجتماع، شرائطها وهو عين المتنازع، لأن الخصم يجعل منها التأييد. والأمر بالوفاء بالعقد موقوف على تحقق العقد، وهو موضع النزاع. وكون تمليك الأخير شرطا غير لازم، وإنما الشرط بيان المصرف الأخير ليتحقق معنى الوقف. وفعل فاطمة عليها السلام لا حجة فيه من حيث إنها لم تصرح بالوقف بل بالوصية، ولا اشكال فيها. ولو سلم إرادتها الوقف فجاز علمها عليها السلام بتأييد ولدها، للنص على الأئمة عليهم السلام وأنهم باقون بقاء الدنيا (٥)، وقوله صلى الله عليه وآله

(١) في "س" و"و" و"و": المالك.

(٢) المائة: ١.

(٣) الكافي ٧: ٤٨ ح ٥، الفقيه ٤: ١٨٠ ح ٦٣٢، التهذيب ٩: ١٤٤ ح ٦٠٣، الوسائل ١٣:

٣١١ ب ١٠ "من أبواب الوقوف والصدقات ح ١.

(٤) تقدم مصادره في ص ٣٢٩ ١٥.

(٥) يدل عليه ما ورد في باب الاضطرار إلى الحجة. راجع البحار ٢٣: ١ - ٥٦.

وسلم: " حبلان متصلان لن يفترقا حتى يردا علي الحوض " (١). وقول العسكري عليه السلام متوقف على تحقق الوقف، وهو المتنازع. وفيه نظر، لأن التمليك الموقت متحقق في الحبس وأخويه، وهذا منه. واشتراط التأييد متنازع مشكوك فيه، فيجوز التمسك بالأصل وعموم الأمر بالوفاء بالعقد، إذ لا شبهة في كونه عقدا غايته النزاع في بعض شروطه. والاستدلال بعدم افتراق الحبلين إلى أن يردا الحوض على بقاء الذرية إلى آخر الزمان، فيه: أن افتراقهما لازم بعد الموت إلى البعث، فعدم الافتراق إما كناية عن الاجتماع باعتبار بقاء النفوس الناطقة أو على ضرب من المجاز، ومعهما لا يفيد المطلوب. والقول بالصحة حسن، ولكن لا يظهر الفرق بين كونه وقفا أو حبسا بدون القصد، فالأولى الرجوع إليه فيه. ولا يقدح في الحبس استعماله فيه على وجه المجاز، إما لأنه شائع في هذا الاستعمال، أو لمنع اختصاص كل بصيغة خاصة بل بما أفاده وهو حاصل. والقول باستلزام الصحة انتقال الملك عن الواقف وإلا فهو الحبس فيجب أن لا يعود عين النزاع. وبالجملة فالقول بالصحة في الجملة متجه. وفائدة الفرق بين الحبس والوقف على هذا الوجه نادرة.

وأما القول بالبطلان فنقله الشيخ (٢) عن بعض الأصحاب، واحتج له بأن الوقف شرطه التأييد، فإذا لم يرد له إلى ما يدوم لم يتحقق الشرط. ولأنه يكون منقطعا فيصير الوقف على مجهول. وفيه: أن المجهول إن أريد به في الابتداء فظاهر فساده، وإن أريد به بعد الانقراض فليس هناك موقوف عليه أصلا، فلا يحكم بالجهالة، إذ بعد انقراضه يصير موروثا كما سيأتي لا موقوفا. والكلام في اشتراط التأييد قد سمعته.

(١) لم نثر عليه بهذا اللفظ، والذي ورد من الفريقين بألفاظ أخر. راجع البحار ج ٢٣ من

ص ١٠٤ إلى ص ١٦٦.

(٢) المبسوط ٣: ٢٩٢، راجع أيضا الخلاف ٣: ٥٤٣ مسألة ٩، و ٥٤٨ مسألة ١٦.

فإذا انقرضوا رجع إلى ورثة الواقف، وقيل: إلى ورثة الموقوف عليهم.
والأول أظهر.

- قوله: " فإذا انقرضوا رجع إلى ورثة الواقف، وقيل: إلى ورثة الموقوف عليه. والأول أظهر "

هذا الخلاف متفرع على القول بصحته وقفا، إذ لا شبهة في كونه مع وقوعه حبسا يرجع إلى الواقف أو إلى ورثته، كما أنه مع البطلان لا يخرج عنه. وإنما الكلام على القول بصحته وقفا. وقد اختلف الأصحاب في انتقاله بعد انقراض المسمين على أقوال:

أحدها: وهو قول الأكثر ومنهم العلامة (رحمه الله) في أكثر كتبه (١) - : رجوعه إلى ورثة الواقف، لأنه لم يخرج عن ملكه بالكلية، وإنما تناول أشخاصا فلا يتعدى إلى غيرهم. ولظاهر قول العسكري عليه السلام: إن الوقف على حسب ما يقفه أهله (٢)، وإنما وقفوه هنا على من ذكر فلا يتعدى، ويبقى أصل الملك لهم كالحبس أو هو عينه. واستدل له أيضا برواية جعفر بن حيان (٣) عن الصادق عليه السلام. وهي مع تسليم سندها لا دلالة لها على المطلوب، فلذا لم نطل الكلام بذكرها. والثاني: انتقاله إلى ورثة الموقوف عليه. اختاره المفيد (٤) وابن إدريس (٥)، وقواه العلامة في التحرير (٦) لانتقال الملك إليه (٧) قبل الانقراض فيستصحب. ولأن عوده

(١) كالتواعد ١: ٢٦٧، والمختلف: ٤٩٢، والتذكرة ٢: ٤٣٣، والتبصرة: ١٢٦.

(٢) تقدم في ص: ٣٥٤ هامش رقم (٤).

(٣) الكافي ٧: ٣٥ ح ٢٩، الفقيه ٤: ١٧٩ ح ٦٣٠، التهذيب ٩: ١٣٣ ح ٥٦٥، الوسائل ١٣:

٣٠٦ ب " ٦ " من أبواب الوقوف والصدقات ح ٨، وفي اسم أبي الراوي اختلاف في كتب الحديث بل في نسخ الكتاب الواحد وفي الروايات المختلفة. وهنا أيضا وفي " و " و " ش: حيان، وفي غيرهما: حنان.

(٤) المقنعة: ٦٥٥.

(٥) السرائر ٣: ١٦٥.

(٦) التحرير ١: ٢٨٥.

(٧) في " و " م " و " ب: إليهم.

ولو قال: وقفت إذا جاء رأس الشهر أو إن قدم زيد، لم يصح.

إلى الواقف بعد خروجه يفتقر إلى سبب ولم يوجد، ولأنه نوع صدقة فلا يرجع إليه. والثالث: أنه يصرف في وجوه البر. ذهب إليه السيد أبو المكارم بن زهرة (١)، ونفى عنه البأس في المختلف (٢). لخروج الملك عن الواقف فلا يعود إليه، وعدم تعلق العقد بورثة الموقوف عليه، وعدم القصد إليهم فلا ينتقل إليهم، وأقرب شيء إلى مقصوده وجوه البر.

وضعف القولين ظاهر، وأصحهما الأول. والمعتبر وارثه عند انقراض الموقوف عليه، كالولاء، ويحتمل وارثه عند موته مسترسلا إلى أن يصادف الانقراض. وتظهر الفائدة فيما لو مات الواقف عن ولدين ثم مات أحدهما عن ولد قبل الانقراض، فعلى الأول يرجع إلى الولد الباقي خاصة، وعلى الثاني يشترك هو وابن أخيه لتلقيه من أبيه كما لو كان حيا.

قوله: " ولو قال: وقفت وقفت إذا جاء رأس الشهر أو إن قدم زيد لم يصح " .

هذا تفريع على اشتراط التنجيز رتبة مشوشا، إذا كان حقه الابتداء بتفريعه. ونبه بالمثاليين على أنه لا فرق بين تعليقه بوصف لا بد من وقوعه كمجئ رأس الشهر، وهو الذي يطلق عليه الصفة، وبين تعليقه بما يحتمل الوقوع وعدمه كقدوم زيد، وهو المعبر عنه بالشرط.

واشترط تنجيزه مطلقا موضع وفاق كالبيع وغيره من العقود، وليس عليه دليل بخصوصه. نعم، يتوجه على قول الشيخ (٣) بجواز الوقف في المنقطع الابتداء - إذا كان الموقوف عليه أولا ممن يمكن انقراضه (أو يعلم) (٤) كنفسه وعبدته، بمعنى صحته

(١) الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤١.

(٢) المختلف: ٤٩٣.

(٣) المبسوط ٣: ٢٩٣، الخلاف ٣: ٥٤٤ مسألة ١٠.

(٤) كذا في " و " وفي " ب " و " م ": ويعلم. ولم ترد الكلمة في " س " و " ش " .

والقبض شرط في صحته، فلو وقف ولم يقبض، ثم مات كان ميراثا.

- بعد انقراض من بطل في حقه - جواز المعلق على بعض الوجوه. وقد تقدم (١) ضعفه. ويستثنى من بطلانه بتعليقه على الشرط ما لو كان الشرط واقعا والواقف عالما بوقوعه كقوله: وقفت إن كان اليوم الجمعة، فلا يضر كغيره. قوله: " والقبض شرط في صحته، فلو وقف ولم يقبض ثم مات كان ميراثا "

لا خلاف عندنا في اشتراط القبض في تمامية الوقف بحيث يترتب عليه أثره، بمعنى كون انتقال الملك مشروطا بالعقد والقبض، فيكون العقد جزء السبب الناقل وتمامه القبض، فقبله يكون العقد صحيحا في نفسه لكنه ليس بناقل للملك، فيجوز فسخه قبله، ويبطل بالموت قبله، والنماء المتخلل بين العقد والقبض للواقف. وبهذا يظهر أن القبض من شرائط صحة الوقف كما عبر به المصنف وجماعة (٢). ولكن بعضهم (٣) عبر بأنه شرط اللزوم، ولا يريدون به معنى غير ما ذكرناه، وإن كان من حيث اللفظ محتملا لكونه عقدا تاما ناقلا للملك نقلا غير لازم كالملك في زمن الخيار للبايع، فإن النماء المتخلل على هذا التقدير للمنتقل إليه وليس كذلك هنا اتفاقا، وإنما أراد بكونه شرطا في اللزوم أن العقد لا يتم ولا يلزم بحيث يترتب عليه أثره، أو أن الانتقال لا يلزم ولا يتحقق بدونه، ونحو ذلك. ويدل على جواز الرجوع فيه قبل القبض - مع الاجماع - صحيحة صفوان بن يحيى عن أبي الحسن عليه السلام قال: " سألته عن الرجل يوقف الضيعة ثم يبدو له

(١) في ص: ٣٣٠.

(٢) كالعلامة في القواعد ١: ٢٦٦، والمقداد السيوري في التنقيح الرائع ٢: ٣٠٢، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٩: ١١.

(٣) راجع الخلاف ٣: ٥٣٩ مسألة ٢، الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤١، إصباح الشيعة (سلسلة الينايع الفقهية) ١٢: ٢٠٢.

أن يحدث في ذلك شيئاً، فقال: إن كان أوقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع، وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا كباراً ولم يسلمها إليهم ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها، لأنهم لم يحوزوها وقد بلغوا " (١) وعلى بطلانه بموت الواقف قبله رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا فقال عليه السلام: " إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذي يلي أمره " (٢) وقد فهم الأصحاب من الحديث أن المراد بالصدقة الوقف واستدلوا به على ما ذكرناه، مع احتمال أن يريد بالصدقة معناه الخاص فلا يكون دليلاً. ويؤيده قوله في آخر الحديث: وقال: " لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله تعالى " فإن هذا الحكم من خواص الصدقة الخاصة لا الوقف.

والظاهر أن موت الموقوف عليه قبل القبض كموت الواقف، لأن ذلك هو شأن العقد الجائز فضلاً عن الذي لم يتم ملكه، ولكنهم اقتصروا على المروي. ويحتمل هنا قيام البطن الثاني مقامه في القبض، ويفرق بينهما بأن موت الواقف ينقل ماله إلى وارثه، وذلك يقتضي البطلان كما لو نقله في حياته، بخلاف موت الموقوف عليه فإن المال بحاله ولم ينتقل إلى غيره، لعدم تمامية الملك. وفي التحرير (٣) توقف في صحته إذا قبض البطن الثاني، ولم يذكره في غيره ولا غيره. وفي معنى الموت الجنون والاعماء. إذا تقرر ذلك فالقبض المعتبر هنا هو المعتبر في البيع وقد حققناه ثم (٤).

(١) الكافي ٧: ٣٧ ح ٣٦، التهذيب ٩: ١٣٤ ح ٥٦٦، الاستبصار ٤: ١٠٢ ح ٣٩٢، الوسائل ١٣: ٢٩٨ ب " ٤ " من أبواب الوقوف والصدقات ح ٤.

(٢) الفقيه ٤: ١٨٢ ح ٦٣٩، التهذيب ٩: ١٣٧ ح ٥٧٧، الاستبصار ٤: ١٠٢ ح ٣٩٠، الوسائل ١٣: ٢٩٩ ب " ٤ " من أبواب الوقوف والصدقات ح ٥.

(٣) التحرير ١: ٢٨٥.

(٤) راجع ج ٣: ٢٣٨.

ولو وقف على أولاده الأصغر، كان قبضه قبضا عنهم. وكذا الجد للأب. وفي الوصي تردد، أظهره الصحة.

والأقوى أنه لا يشترط فيه الفورية للعقد، للأصل ولانتقاء دليل يدل عليه. وفي الروايتين السابقتين إرشاد إليه حيث علق البطلان بعدم القبض إلى أن يموت، فإن مقتضاه الاكتفاء به قبل الموت متى حصل. ويحتمل اعتبار الفورية، لأنه ركن في العقد فجرى مجرى القبول، خصوصا على القول بعدم اشتراط القبول. وبهذا يفارق قبض البيع، فإن الملك والعقد يتم بدونه، فلا يشترط في تحقق حكمه فوريته قطعا. قوله: " ولو وقف على أولاده الأصغر - إلى قوله - أظهره الصحة ".
لما كان المعتبر من القبض رفع يد الواقف ووضع يد الموقوف عليه وكانت يد الولي بمنزلة يد المولى عليه كان وقف الأب والجد وغيره - ممن له الولاية على غير الكامل

لما في يده - على المولى عليه متحققا بالايجاب والقبول، لأن القبض حاصل قبل الوقف فيستصحب وينصرف إلى المولى عليه بعده لما ذكرناه. والظاهر عدم الفرق بين قصده بعد ذلك القبض عن المولى عليه للوقف وعدمه، لتحقيق القبض الذي لم يدل الدليل على أزيد من تحققه. ويحتمل اعتبار قصده قبضا عنه بعد العقد، لأن القصد هو الفارق بين القبض السابق الذي كان لغير الوقف وبنيه.

ولا فرق في هذا الحكم بين أصناف الولي كالأب والجد والحاكم والوصي على أصح القولين. ولكن المصنف تردد في إلحاق الوصي وغيره من الأولياء في ذلك، وكذا العلامة في التحرير (١)، نظرا إلى ضعف يده وولايته بالنسبة إلى غيره. ولا وجه للتردد، فإن أصل الولاية كاف في ذلك، والمعتبر هو تحقق كونه تحت يد الواقف مضافا إلى ولايته على الموقوف عليه، فيكون يده كيده، ولا يظهر لضعف اليد وقوتها أثر في ذلك. وفي معنى ما ذكر ما لو كان الموقوف تحت يد الموقوف عليه قبل الوقف بوديعة وعارية ونحوهما، لوجود المقتضي للصحة وهو القبض، فإن استدامته كابتدائه إن لم يكن أقوى، ولا دليل على اعتبار كونه واقعا مبتدأ بعد الوقف.

(١) التحرير ١: ٢٨٥.

ولو وقف على نفسه، لم يصح. وكذا لو وقف على نفسه ثم على غيره. وقيل: يبطل في حق نفسه، ويصح في حق غيره. والأول أشبه.

ولو كان القبض واقعا بغير إذن المالك كالمقبوض بالقصب والشراء الفاسد ففي الاكتفاء نظر، من صدقه في الجملة كما ذكر، والنهي عنه غير قادح هنا، لأنه ليس بعبادة خصوصا إذا لم يشترط فيه القربة، ومن أن القبض ركن من أركان العقد والمنهي عنه لا يعتد به شرعا. ولهذا لو قبض الموقوف عليه بدون إذن الواقف لغى، فلو اعتبر مطلق القبض لكفى وإن أتم. وقد مضى مثله في باب الرهن (١). واختلف كلام العلامة في التذكرة (٢) فقطع هنا بالاكتفاء بقبض الغاصب، وفي الرهن (٣) بعدمه وأنه يشترط الإذن ومضي زمان يمكن فيه تجديد القبض. وسيأتي مثله في الهبة (٤) وأن كلام المصنف يؤذن بالاكتفاء بقبض الغاصب، ولعله أجود. وحيث لا يعتبر تجديد القبض لا يعتبر مضي زمان يمكن فيه إحداثه وإن اعتبر اعتبر، لأن الإذن فيه يستدعي تحصيله ومن ضروراته مضي زمان، بخلاف ما لا يعتبر فيه التجديد. وقد تقدم له مزيد تحقق في الرهن. (٥)

قوله: " ولو وقف على نفسه لم يصح... الخ "

لا خلاف بين أصحابنا في بطلان وقف الانسان على نفسه. ولأن الوقف إزالة ملك وتمليك من الواقف وإدخال ملك على الموقوف عليه، والملك هنا متحقق ثابت لا يعقل إدخاله وتجديده مع ثبوته ولا اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة. ولأنه تمليك منفعة وحدها أو مع الرقبة، ولا يعقل تمليك الانسان نفسه. وخالف في ذلك بعض العامة (٦) فصححوه بناء على أن استحقاق الشيء وقفا غير استحقاقه ملكا، وقد

(١) في ج ٤: ١٥ - ١٦.

(٢) التذكرة ٢: ٤٣٢ و ٢٥.

(٣) التذكرة ٢: ٤٣٢ و ٢٥.

(٤) في ج ٦ النظر الأول في حقيقة الهبة.

(٥) في ج ٤: ١٥ - ١٦.

(٦) في هامش " و ": " هو الشافعي في أحد قوليه وأحمد وأبو يوسف وجماعة. منه رحمه الله ". لاحظ المبسوط للسرخسي ١٢: ٤١، واللباب ٢: ١٨٥ - ١٨٦، والشرح الكبير والمغني لابني قدامة ٦: ٢١٥، ٢١٩، وكفاية الأختار ١: ١٩٩.

يقصد حبسه ومنع نفسه من التصرف المزيل للملك.
إذا تقرر ذلك، فلو وقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الأول، لبطلانه في حق نفسه. وهل يصح في حق غيره؟ قولان تقدم (١) الكلام فيهما وأن الأقوى البطلان مطلقاً. وعلى تقدير الصحة هل يصح لغيره من حين الوقف أو بعد موت الواقف؟ وجهان وقد تقدم اختيار الشيخ (٢) للأول. وهو مشكل، لأنه خلاف مقصود الواقف. وقد قال العسكري عليه السلام: "إن الوقوف على حسب ما يقفها أهلها" (٣) وأهلها هنا لم يقصدوا ذلك الغير ابتداء فكيف يصرف إليه؟ والأقوى تفريعا على الصحة انصرافه إليه بعد موت الموقوف عليه، وبهذا يسمى منقطع الأول. ولو انعكس الفرض بأن وقف على غيره ممن ينقرض ثم على نفسه فهو منقطع الآخر، وقد تقدم (٤) اختيار صحته حبسا على ذلك الغير. ولو عقب ذلك بعد نفسه بالوقف على آخر فهو منقطع الوسط، وحكمه فيما بعد نفسه كالأول. ولو عطف الغير في الأول على نفسه بالواو فليس بمنقطع الأول، لبقاء موقوف عليه ابتداء وهو الغير، فإن الموقوف عليه ليس هو المجموع منه ومن الغير من حيث هو مجموع بل كل واحد منهما. والأقوى صحة الوقف على غيره في نصفه وبطلان النصف في حقه، لعدم المانع من نفوذ الوقف في النصف مع وجود المقتضي للصحة وهو الصيغة مع ما يعتبر معها.
ويحتمل ضعيفا أن يكون الكل للغير خصوصا ولو جعلناه للغير في السابق كما مر نظر إلى أن الموقوف بالنسبة إليهما هو المجموع من حيث هو مجموع، والحكم بالتصنيف إنما نشأ من امتناع كون المجموع وقفا على كل منهما كمنقطع الأول، فإذا

(١) في ص: ٣٢٨ - ٣٣٠.

(٢) في ص: ٣٢٨ - ٣٣٠.

(٣) تقدم مصادره في ص ٣٢٩ ٥ ١.

(٤) في ص: ٣٥٣ - ٣٥٥.

وكذا لو وقف على غيره، وشرط قضاء ديونه أو إدرار مؤنته لم يصح.
أما لو
وقف على الفقراء ثم صار فقيراً، أو على الفقهاء ثم صار فقيهاً، صح له
المشاركة في الانتفاع.

امتنع الوقف على أحدهما خاصة انصرف وقف المجموع إلى الآخر.
ويضعف بأنه إنما وقف عليهما بحيث يكون لكل منهما حصة، فإذا بطل في
أحدهما لم ينصرف الموقوف كله إلى الآخر، لأن ذلك خلاف مدلول الصيغة وخلاف
مراد الواقف، والعقد تابع للقصد.
قوله: " وكذا لو وقف على غيره... الخ "

لما كان قاعدة مذهب الأصحاب اشتراط إخراج الوقف عن نفسه بحيث لا
يبقى له استحقاق فيه - من حيث إن الوقف يقتضي نقل الملك والمنافع عن نفسه -
فإذا شرط الواقف قضاء ديونه أو إدرار مؤنته أو نحو ذلك فقد شرط ما يناهض مقتضاه
فبيطل الشرط والوقف معاً. ولا فرق بين أن يشترط قضاء دين معين وعدمه، ولا بين
اشتراط إدرار مؤنته مدة معينة ومدة عمره. ومثله شرط الانتفاع به مدة حياته أو مدة
معلومة، وسواء قدر ما يؤخذ منه أو أطلقه، لوجود المقتضي في الجميع. ومن جوز
الوقف على نفسه جوز اشتراط هذه الأشياء مطلقاً.

ومنع الاشتراط المذكور مختص بنفسه فلو شرط أكل أهله منه صح الوقف
والشرط، كما فعله النبي صلى الله عليه وآله (١) في صدقته، وشرطته فاطمة
عليها السلام (٢) كذلك. وكذا لو شرط أن يأكل الناظر منه أو يطعم غيره، فإن كان
وليه الواقف كان له ذلك عملاً بالشرط، ولا يكون ذلك شرطاً للنفع على نفسه.
قوله: " أما لو وقف على الفقراء... الخ "
الفرق أن ذلك ليس وقفاً على نفسه ولا على جماعة هو منهم، فإن الوقف على

(١) الكافي ٧: ٤٨ ح ١، ٥، ٦، الفقيه ٤: ١٨٠ ح ٦٣٢، ٦٣٣، التهذيب ٩: ١٤٤
ح ٦٠٣، ٦٠٤، الوسائل ١٣: ٣١١ ب " ١٠ " من كتاب الوقوف والصدقات ح ١، ٢، ٣.
(٢) تقدم آنفاً تحت رقم ١.

ولو شرط عوده إليه عند حاجته، صح الشرط وبطل الوقف، وصار
حيسا يعود إليه مع الحاجة ويورث.

- مثل ذلك ليس وقفا على الأشخاص المتصنين بهذا الوصف بل على الجهة
المخصوصة، ولهذا لا يعتبر قبولهم ولا قبول بعضهم ولا قبضهم وإن أمكن، ولا
ينتقل الملك إليهم وإنما ينتقل إلى الله تعالى، ولا يجب صرف النماء في جميعهم. ومثل
هذا يسمى وقفا على الجهة، لأن الواقف ينظر إلى جهة الفقر والمسكنة مثلا ويقصد
نفع موصوف بهذه الصفة لا شخص بعينه. ولا فرق في صحة المشاركة بين أن يكون
الواقف متصفا بالصفة التي هي مناط الوقف حالة الوقف وبعده.
وخالف في أصل الحكم ابن إدريس (١) فمنع من انتفاع الواقف بالوقف في
ذلك ونظائره، لخروجه عنه فلا يعود. وقد عرفت جوابه. وفي بعض فتاوى (٢) الشهيد
- رحمه الله - أنه يشارك ما لم يقصد منع نفسه أو إدخالها. وهو حسن، فإنه إذا قصد
إدخال نفسه فقد وقف على نفسه ولم يقصد الجهة، وإذا قصد منع نفسه فقد خصص
العام بالنية، وهو جائز فيجب اتباع شرطه للخبر السابق (٣)، وإنما الكلام عند
الاطلاق.

قوله: " ولو شرط عوده إليه عند حاجته... الخ "

البحث هنا يقع في موضعين:

الأول في صحة هذا الشرط. وفيه قولان:

أحدهما: - واختاره المعظم بل ادعى المرتضى (٤) عليه الاجماع - صحة العقد
والشرط، ولعموم " أوفوا بالعقود " (٥) " والمؤمنون عند شروطهم " (٦) وقول العسكري

(١) السرائر ٣: ١٥٥.

(٢) حكاة المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩: ٢٨.

(٣) المتقدم في ص: ٣٢٩ الهامش (١).

(٤) الإنتصار: ٢٢٦ - ٢٢٧.

(٥) المائدة: ١.

(٦) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ "

من أبواب المهور ح ٤.

عليه السلام: " الوقوف على حسب ما يقفها أهلها " (١)، ولخصوص رواية إسماعيل بن الفضل قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، وقال: إن احتجت إلى شيء من مالي أو من غلته فإنني أحق به، أله ذلك وقد جعله لله، وكيف يكون حاله إذا هلك الرجل، أيرجع ميراثا أو تمضي صدقته؟ قال: يرجع ميراثا على أهله " (٢) والمراد بالصدقة في الرواية الوقف بقريئة الباقي، ولأن الوقف تمليك للمنافع فجاز شرط الخيار فيه كالإجارة. وثانيهما: البطلان. ذهب إليه الشيخ في أحد قولييه (٣) وابن إدريس (٤) والمصنف في النافع (٥)، لأن هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف، لأن الوقف إذا تم له يعد إلى المالك على حال، فيكون فاسدا ويفسد به العقد. وأجابوا عن الأول بأن وجوب الوفاء بالعقد والكون مع الشرط مشروط بوقوعه على الوجه الشرعي، وهو عين المتنازع. فيه وصحة الشرط المذكور ممنوعة، فإنها عين المتنازع. والرواية الخاصة في طريقها أبان، والظاهر أنه ابن عثمان، وحاله معلوم. وفيه: أنه لا شبهة في كون الواقع عقدا صح أم فسد، والحاصل فيه شرطا فيتناولهما العموم حيث لا اتفاق على بطلانهما وإن كان من المتنازع. وهذا آت في كثير من نظائره من مسائل الخلاف. وأما أبان بن عثمان فقد اتفقت العصابة على تصحيح ما يصح عنه، فلا يقدر الطعن في مذهبه كيف وقد انضاف إلى ذلك اتفاق الأصحاب أو أكثرهم على العمل بمضمون حديثه. ومن ذلك يظهر بطلان حجة

(١) تقدم مصادره في ص ٣٢٩ ١٥.

(٢) التهذيب ٩: ١٤٦ ح ٦٠٧، الوسائل ١٣: ٢٩٧ ب " ٣ " من أبواب الوقوف والصدقات ح ٣.

(٣) راجع لقوله بالبطلان المبسوط ٢: ٨١، و ٣: ٣٠٠، ولقوله بالصحة النهائية: ٥٩٥.

(٤) السرائر ٣: ١٥٥ - ١٥٧.

(٥) المختصر النافع: ١٥٦.

المانع. والعجب أن ابن إدريس ادعى الاجماع على البطلان مع تصريح المرتضى عنه بالاجماع على خلافه، ووافقه المفيد (١) والشيخ في النهاية (٢) وابن البراج (٣) وسالار (٤)

وغيرهم ممن سبقه. وحينئذ فالعمل بالمشهور أجود.

الثاني: على تقدير الصحة والحاجة يجوز له الرجوع ويصير ملكا ويبطل الوقف. وإن لم يرجع أو لم يحتج حتى مات هل يبطل الوقف لصيرورته بالشرط المذكور حبسا، أم يستمر الوقف على حاله؟ قولان اختار المصنف هنا والعلامة (٥) وجماعة (٦) الأول، عملا بمقتضى الرواية الخاصة، ولاشتراك الوقف والحبس في كثير من الأحكام، ولأن الوقف لما كان شرطه التأيد والشرط ينافيه حمل على الحبس ولم يخرج عن ملك المالك بل يورث عنه بعد موته وإن لم يحتج إليه. فإن قيل: إذا كان قد جعل نهاية الحبس حصول الحاجة فإذا مات قبل حصولها ورجوعه وجب أن يبقى على ما كان عملا بمقتضى الغاية، وإلا لزم جعل ما ليس بغاية غاية.

قلنا: الحاجة تتحقق بالموت، لانتقال المال فيصير الميت فقيرا. وأيضا فإن الحبس لا بد أن يكون له نهاية، وحيث لم يكن له نهاية في هذه الصورة جعل موته النهاية، لأنه محل انتقال الملك إلى الوراث، ولا يعقل بقاء الحبس بعد الموت، والرواية تؤيد ذلك.

(١) المقنعة: ٦٥٢.

(٢) النهاية: ٥٩٥.

(٣) المهذب ٢: ٩٣.

(٤) المراسم: ١٩٧.

(٥) قواعد الأحكام ١: ٢٦٧.

(٦) منهم الشهيد في الدروس: ٢٣٠، والسيوري في التنقيح الرائع ٢: ٣٠٥ - ٣٠٦.

وذهب المرتضى (١) والعلامة في المختلف (٢) إلى الثاني، لأن صحة الشرط تقتضي العمل بمقتضاه ومقتضى العقد، فإن رجع الواقف بمقتضى شرطه بطل الوقف عملاً بالشرط، وإن لم يرجع ومات كان على حاله عملاً بمقتضى العقد. وهذا حسن إن لم نعتبر الرواية، وإلا فالأول أحسن. بقي هنا أمور:

أحدها: أن الحاجة التي شرط عوده عندها، إن بين الواقف كميتها من قصور ماله عن قدر معين أو عن قوت السنة أو غيره اتباع، وإن أطلق رجع فيها إلى العرف. ولا شك أن مستحق الزكاة لفقره وغرمه محتاج شرعاً وعرفاً فينصرف إليه. واحتمل في الدروس (٣) تفسيرها بقصور ماله عن قوت يوم وليلة وبسؤاله لغيره. والأشبه (٤) الأول.

والثاني: أن قول المصنف: " ويعود إليه مع الحاجة ويورث " لا يريد بكونه يورث مع عوده، إذ ليس ذلك موضع شبهة، ولأنه يصير مستدركا، لأن عوده إلى ملكه يستلزم كونه موروثاً إن بقي على ملكه. بل المراد أنه يورث على تقدير عدم حاجته إليه بناء على صيرورته حبساً كما ذكرناه، ومن شأن الحبس أن يبطل بالموت ويورث، فيكون ذلك إشارة إلى القول الأول من الموضوع الثاني. الثالث: قوله: " صح الشرط وبطل الوقف " لا يخلو من تجوز، لأن الوقف لم ينعقد بعد حتى يحكم ببطلانه، وإنما المراد أن العقد الواقع بصيغة الوقف يقع حبساً لا وقفاً، فبطلان الوقف منزل على ذلك. الرابع: قوله: " ويعود إليه مع الحاجة " يقتضي أنه مع تحققها لا يتوقف عوده

(١) الإنتصار: ٢٢٧.

(٢) المختلف: ٤٩٠.

(٣) الدروس: ٢٣٠.

(٤) في " و " : والأولى خ ل.

ولو شرط إخراج من يريد، بطل الوقف. ولو شرط إدخال من سيولد مع الموقوف عليهم جاز، سواء وقف على أولاده أو على غيرهم.

- إليه على فسخ العقد بل يفسخ بمجرد ظهورها. وهذا هو الظاهر من لفظ شرطه، لأن شرطه عوده بها لا إعادته. وبهذا عبر الأكثر. ويحتمل عدم عوده بمجرد ظهورها بل يتوقف على اختيار العود، لأن ذلك بمنزلة شرط الخيار لنفسه في الرجوع، ومن شأن هذه الشروط إفادة التسلط على الفسخ لا الانفساخ بنفسه، بل لو شرط الانفساخ بنفسه لم يصح، لأن ذلك غير معهود شرعا. وقد يستدل للجواز والانفساخ بنفسه بظاهر الشرط، فإن مقتضاه عوده مع الحاجة بالفعل فيدخل في عموم: "المؤمنون عند شروطهم" (١) ويفرق بين ما لو شرط ذلك بهذا اللفظ وبين ما لو شرط تسلطه عليه مع الحاجة، فيفسخ بنفسه في الأول دون الثاني. ولا يرد عليه أن هذا العقد لا يقبل الخيار، فإن هذا النوع من الخيار مستثنى بالنص (٢) والفتوى دون غيره.

قوله: "ولو شرط إخراج من يريد بطل الوقف".

هذا عندنا موضع وفاق، ولأن وضع الوقف على اللزوم وإذا شرط إخراج من يريد من الموقوف عليهم كان منافيا لمقتضى الوقف، إذ هو بمنزلة اشتراط الخيار، وهو باطل. وخالف في ذلك بعض العامة (٣) فسوغ هذا الشرط، كما سوغ شرط صرف الربع مدة إلى غير الموقوف عليه، أو صرفها مدة إليه ومدة إلى آخر، ونحو ذلك، والأصل ممنوع.

قوله: "ولو شرط إدخال من يريد (٤) مع الموقوف عليهم جاز..."

سواء وقف على أولاده أو على غيرهم".

لأن هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف، فإن بناءه على جواز إدخال من

(١) راجع ص: ٣٦٤ ٦٥.

(٢) راجع ص: ٣٦٥ ٢٥.

(٣) شرح فتح القدير ٥: ٤٣٩.

(٤) يلاحظ الفرق بين نسخة الشرايع التي عندنا والتي عند الشارح، وعليه يتني الشرح.

أما لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيولد، لم يجز وبطل الوقف.

– سيوجد وسيولد مع الموجود، واشتراط إدخال من يريد إدخاله في معناه بل أضعف، لأنه قد يريد فيكون في معنى اشتراط دخوله وقد لا يريد فيبقى الوقف على أصله، فإذا جاز الأول اتفاقاً جاز الآخر كذلك بطريق أولى. وما يقال من أن إدخال من يريد يقتضي نقصان حصة الموقوف عليهم فيكون إبطالا للوقف في ذلك البعض، غير قادح، لأن ذلك وارد في شرط إدخال المولود ونحوه، ولأن العقد لما تضمن الشرط لم يكن للموقوف عليه حق إلا مطابقاً له فلا تغيير، ولأن الوقف لازم في حق الموقوف عليه في الجملة، وإنما المختلف الحصة وذلك غير قادح كما لو وقف على بطون فرادت تارة ونقصت أخرى. قوله: "أما لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيولد لم يجز وبطل الوقف".

هذا هو المشهور بل ادعى عليه الشيخ الاجماع (١)، ولما تقدم من أن بناء الوقف على اللزوم، فإذا شرط نقله عن الموقوف عليه إلى غيره فقد شرط خلاف مقتضاه، فيبطل الشرط والعقد.

وفي القواعد (٢) استشكل الحكم بالبطلان مما ذكرناه، ومن عموم "المؤمنون عند شروطهم" (٣) وقول العسكري عليه السلام السابق (٤)، وأنه يجوز الوقف على أولاده سنة ثم على المساكين وقد ادعى في التذكرة (٥) على صحته الاجماع وهو يقتضي منع منافاة الشرط لمقتضى الوقف، ولأنه يصح الوقف باعتبار صفة للموقوف عليه كالفقر، فإذا زالت انتقل عنه إلى غيره إن شرط، وهو في معنى النقل بالشرط.

(١) المبسوط ٣: ٣٠٠.

(٢) القواعد ١: ٢٦٧.

(٣) راجع ص: ٣٦٤ ٥٦.

(٤) راجع ص: ٣٦٥ ١٥.

(٥) التذكرة ٢: ٤٣٤.

وقيل: إذا وقف على أولاده الأصغر، جاز أن يشرك معهم وإن لم يشترط. وليس بمعتمد.

- واستقره في الدروس (١).

ويمكن الفرق بين ما هنا وبين الوقف باعتبار الصفة، فإنه حينئذ ليس على الموقوف عليه مطلقا بل على المتصف بها خاصة، فإذا زالت كان في معنى عدم الموقوف عليه بموت ونحوه، بخلاف نقله عنه بالاختيار. وأما الاجماع الذي نقله في التذكرة فقد رجع عنه في القواعد (٢) إلى الاشكال كهذه المسألة.

قوله: " وقيل: إذا وقف على أولاده الأصغر... الخ "

القول المذكور للشيخ في النهاية (٣)، وتبعه عليه تلميذه القاضي (٤) لكن شرط عدم قصره على ابتداء الموجودين. ومستند القول صحيحة عبد الرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئا وهم صغار ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده، قال: " لا بأس " (٥). وقريب منها رواية محمد بن سهل، عن أبيه قال: " سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده، قال: لا بأس به " (٦). ومثلها صحيحة علي بن يقطين عن الكاظم عليه السلام (٧).

(١) الدروس: ٢٣٢.

(٢) القواعد ١: ٢٦٧.

(٣) النهاية: ٥٩٦.

(٤) المهذب ٢: ٨٩.

(٥) الكافي ٧: ٣١ ح ٩، التهذيب ٩: ١٣٥ - ١٣٦ ح ٥٧٢، الاستبصار ٤: ١٠٠ ح ٣٨٥، الوسائل ١٣: ٣٠١ ب " ٥ " من أبواب الوقوف والصدقات ح ٣.

(٦) التهذيب ٩: ١٣٦ ح ٥٧٤، الاستبصار ٤: ١٠١ ح ٣٨٨، الوسائل الباب المذكور آنفا ح ٢.

(٧) الاستبصار ٤: ١٠١ - ١٠٢ ح ٣٨٩، التهذيب ٩: ١٣٧ ح ٥٧٥، الوسائل الباب المذكور ح ١.

والقبض معتبر في الموقوف عليهم أولاً، ويسقط اعتبار ذلك في بقية الطبقات.

- وأجيب بمنع دلالتها على الوقف، لأن الجعل والصدقة أعم منه فربما كان السبب غير مقتضى للزوم.

والمشهور عدم الجواز إلا مع الشرط في عقد الوقف، لعموم الأدلة السابقة. ويؤيدها رواية جميل بن دراج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل يتصدق على ولده بصدقة وهم صغار أله أن يرجع فيها؟ قال: " لا، الصدقة لله " (١).

وصحيحة علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده وبينه لهم أله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقة؟ قال: " ليس له ذلك إلا أن يشترط أنه من ولده فهو مثل من تصدق عليه فذلك له " (٢).

والخبر الأول لا دلالة على مطلوبهم، لأنه سأله عن الرجوع فيها. واشترك غيرهم معهم ليس برجوع. وأما صحيحة علي بن يقطين فمعارضة بصحيحته السابقة. ويمكن التوفيق بينهما بأمرين: أحدهما: أن يكون في الثاني قد شرط قصره على الأولين كما يشعر به قوله: " بعد أن أبانهم " ويحمل الأول على ما لو لم يشترط ذلك كما يدل عليه إطلاقه، فيكون ذلك كقول القاضي. والثاني: حمل النفي في الثاني على الكراهة جمعاً. وكلاهما متجه إلا أن الأول من التأويلين أوجه. أما دلالة الصدقة على الوقف وعدمه فمشترك، إلا أن الظاهر إرادته في أكثر الأخبار في هذا الباب بالقرائن.

قوله: " والقبض معتبر في الموقوف عليه أولاً، ويسقط اعتبار ذلك في بقية الطبقات " .

لأنهم يتلقون الملك عن الأول وقد تحقق الوقف ولزم بقبضه، فلو اشترط قبض

(١) الكافي ٧: ٣١ ح ٥، التهذيب ٩: ١٣٧ ح ٥٧٨، الاستبصار ٤: ١٠٢ ح ٣٩١،

الوسائل ١٣: ٢٩٨ ب " ٤ " من أبواب الوقوف والصدقات ح ٢.

(٢) ذيل الحديث المتقدم في ص: ٣٧٠ ٥٧٠.

ولو وقف على الفقراء أو على الفقهاء، فلا بد من نصب قيم لقبض الوقف. ولو كان الوقف على مصلحة، كفى إيقاع الوقف عن اشتراط القبول، وكان القبض إلى الناظر في تلك المصلحة.

- الثاني لانقلب العقد اللازم جائزا بغير دليل، وهو باطل. قوله: "ولو وقف على الفقراء أو على الفقهاء فلا بد من نصب قيم لقبض الوقف".

لما كان القبض معتبرا في صحة الوقف، وكان الوقف على مثل الفقراء والفقهاء وقفا على الجهة كما سلف، لم يمكن اعتبار قبض بعض مستحقي الوقف، لأنه ليس هو الموقوف عليه في الحقيقة وإن كان الوقف على جهة من جهات مصالحه، فلا بد من قابض للوقف، ولما كان الحاكم هو الذي يرجع إليه حكم هذه المصالح كان نصب القيم لقبض وقفها إليه، وهو المراد من اطلاق نصب القيم. وأولى منه لو قبض بنفسه. ولو نصب المالك بنفسه قيما للقبض فالأقرب الاجزاء خصوصا مع فقد الحاكم ومنصوبه. ومحل نصبه قبل إيقاع صيغته إن اعتبرنا فوريتها، وإلا فقبله أو بعده. وهو الأقوى.

قوله: "ولو كان الوقف على مصلحة كفى إيقاع الوقف عن اشتراط القبول وكان القبض إلى الناظر في تلك المصلحة".
هنا حكمان:

أحدهما: أن الوقف على المصالح العامة كالقناطر والمساجد لا يشترط فيه القبول. ووجهه ظاهر، لأن القبول يكون من الموقوف عليه، وقد عرفت أن الموقوف عليه في مثل ذلك هو الجهة، ولا يعقل اعتبار قبولها، بخلاف ما لو كان الوقف على معين، فإن قبوله ممكن فيمكن القول باعتباره. ويفهم من قول المصنف أن القبول معتبر في غير الجهة، ولم يتقدم منه ما يدل على اعتباره.

والثاني: قبض الوقف في مثل ذلك، ولا ريب في اعتباره مطلقا. ثم إن كان لتلك المصلحة ناظر شرعي من قبل الواقف تولى القبض من غير اشتراط مراجعة

ولو وقف مسجدا صح الوقف ولو صلى فيه واحدا. وكذا لو وقف مقبرة تصير وقفا بالدفن فيها ولو واحدا.

الحاكم، لأن الناظر مقدم عليه، فإن لم يكن لها ناظر خاص فالحق إلى الحاكم. قوله: " ولو وقف مسجد صح الوقف... الخ ".
أطلق المصنف تحقق قبض المسجد بصلاة واحد فيه بعد الوقف وقبض المقبرة بدفن واحد فيها. ويجب تقييده لوقوع ذلك بإذن الواقف ليتحقق القبض الذي هو شرط صحة القبض. وقيده آخرون (١) بإيقاع الصلاة والدفن بنية القبض أيضا، فلو أوقعا ذلك لا بنيته - كما لو وقع قبل العلم بالوقف، أو بعده قبل الإذن في الصلاة، أو بعدها لا بقصد القبض - إما لذهوله عنه أو لغير ذلك لم يلزم، ومثله الدفن. وإنما اختص هذا الوقف بنية القبض ولم يشترط في مطلقه لأن المقصود هنا صرفه إلى الجهة الموقوف عليها، وقبض بعض المستحقين كقبض الأجنبي بالنسبة إلى قبض الموقوف عليه، فلا بد من نية صارفة له إلى الوقف، بخلاف الوقف على معين، فإن قبضه متحقق لنفسه، والمطلوب صرفه إليه وهو حاصل، فلا حاجة إلى قصد تعيينه. ومن الفرق يظهر أن القابض لو كان وكيفا عن الموقوف عليه اعتبر قصده القبض عن الغير. وكذا لو وقف الأب أو الجد ما بيدهما على المولى عليه اعتبر قبضهما عن الطفل، ولا يكفي استصحاب يدهما، لأن القبض السابق محسوب لنفسه لا لغيره. هذا كله إذا لم يقبضه الحاكم الشرعي أو منصوبه وإلا فالأقوى الاكتفاء به إذا وقع بإذن الواقف، لأنه نائب المسلمين وهذا في الحقيقة وقف عليهم وإن اختص بجهة المسجد والمقبرة، ولأنه والي المصالح العامة لو سلم عدم كونه وقفا على المسلمين، فيعتبر قبضه. وربما كان قبضه أقوى من قبض المصلي والدفن، لأن الصلاة والدفن تصرف في الوقف، وهو فرع صحة الوقف التي هي فرع تحقق القبض، بخلاف قبض الحاكم، لأنه نفس حقيقته. واعلم أنه لا فرق في الصلاة بين الواجبة والمندوبة، ولا بين الواقعة من الواقف

(١) كالعلامة في القواعد ١: ٢٦٧، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٩: ٢٤.

ولو صرف الناس في الصلاة في المسجد أو في الدفن ولم يتلفظ بالوقف لم يخرج عن ملكه. وكذا لو تلفظ بالعقد ولم يقبضه.

وغيره. ويشترط كونها صحيحة ليتحقق مسماها شرعا. وكذا لا فرق في المدفون بين الصغير والكبير. ويعتبر كونه واقعا على وجهه الشرعي جامعا لشرائطه، وكون المدفون من جملة الموقوف على دفنهم، كالمسلم فيما يوقف على المسلمين. وفي حكمه من يتبعه من طفل ومجنون. وفي الصغير المسيبي الوجهان. قوله: " ولو صرف الناس في الصلاة في المسجد أو في الدفن... الخ".

صرف - بالتشديد - أي أذن لهم في التصرف. ووجه عدم الاكتفاء - بعد كون الوقف من العقود اللازمة المتوقفة على صيغة مخصوصة - ظاهر، وأصالة بقاء الملك على مالكه ما لم يثبت المزيل. وكذا القول فيما لو تلفظ بالصيغة ولم يقبضه، لأن القبض أحد أركان صحته. وهذا موضع وفاق، وإنما نبه به على خلاف أبي حنيفة (١) حيث جعل الوقف متحققا بالإذن مع الصلاة وبالدفن كذلك، محتجا بالعرف، وقياسا على تقديم الطعام للضيف. والعرف ممنوع، والفرق ظاهر.

(١) راجع الشرح الكبير والمغني لابني قدامة ٦: ٢٠٧ و ٢١٣.

النظر الثالث

في اللوائح

وفيه مسائل:

الأولى: الوقف ينتقل إلى ملك الموقوف عليه، لأن فائدة الملك موجودة فيه، والمنع من البيع لا ينافيه كما في أم الولد.

- قوله: "الوقف ينتقل إلى ملك الموقوف عليه... الخ".

الكلام يقع هنا في موضعين:

أحدهما: أن الموقوف هل ينتقل عن ملك الواقف أم يبقى على ملكه؟ والمشهور

- وهو اختيار المصنف - انتقاله عنه، لأن الوقف سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة

فيزيل الملك كالعق، ولأنه لو كان باقيا على ملكه لرجعت إليه قيمته كالمملك المطلق.

ويظهر من أبي الصلاح (١) من علمائنا - وهو اختيار جماعة من العامة (٢) - لا ينتقل عن

ملكه، لقول النبي صلى الله عليه وآله: "حبس الأصل وسبل

الثمرة" (٣) وسيأتي (٤) أن الحبس على الآدمي لا يخرج عن الملك. ولجواز إدخال من

يريد مع صغر الأولاد، ولو انتقل لم يحز ذلك. ودليل الصغرى قد تقدم (٥)، والكبرى

(١) الكافي في الفقه: ٣٢٥.

(٢) المهذب للشيرازي انظر المجموع ١٥: ٣٤٠، المغني لابن قدامة ٦: ٢٠٩.

(٣) سنن ابن ماجه ٢: ٨٠١ ح ٢٣٩٧، سنن البيهقي ٦: ١٦٢.

(٤) في ص: ٤٣٢.

(٥) في ص: ٣٧٠.

ظاهرة.

وأجيب عن الأول بأن المراد بتحبس الأصل أن يكون محبوسا على ملك الموقوف عليه وما في معناه، لا يباع ولا يوهب ولا يورث، والملك إنما زال على هذا الحد من الشرائط. ومطلق الحبس لا يدل على عدم الخروج، فإن منه ما يخرج عن الملك، مع أن هذا الحبس ليس هو ذاك، لأنه قسيمه، فلا يكون قسما منه، بل هذا حبس أقوى. وإدخال من يريده مع أولاده إن سلم فبدليل خارج. والأقوى الأول. والثاني: على تقدير القول بانتقاله عن ملكه إلى من ينتقل؟ فذهب الأكثر ومنهم المصنف إلى أنه ينتقل إلى الموقوف عليه، لما أشار إليه المصنف من أنه مال مملوك، لوجود فائدة الملك فيه، وهي ضمانه بالمثل أو القيمة، وليس الضمان للواقف ولا لغيره فيكون للموقوف عليه. ومنعه من بيعه لا ينافي الملك، كأم الولد، فإنها مملوكة للمولى مع عدم جواز بيعها. وقد يجوز بيعه على بعض الوجوه. وسيأتي نقض ذلك ببواري المسجد وآلاته، فإنها تضمنن بالقيمة وملكها لله تعالى لا للناس. ورد بأن النقض إنما يتم إذا جعلنا المضمون في الوقف على المعين وقفاً، ولو جعلناه للموقوف عليهم لم يتم. وفيه نظر، لأن جعله للموقوف عليهم طلقاً ربما يؤكد النقض من حيث إن ذلك أكد في تحقق الملك، بخلاف جعله وقفاً، فإنه يبقى على أصل الشبهة.

واحتج الإمام فخر الدين (١) على الانتقال إليه برواية علي بن سليمان النوفلي (٢) المتضمنة للسؤال عن أرض موقوفة على قوم منتشرين متفرقين في البلاد، فأجاب أبو جعفر الثاني - عليه السلام - بأنها لمن حضر البلد الذي فيه الملك. ووجه الاستدلال من اللام المفيدة للملك، وأن المحكوم عليه هو الأرض لا منفعتها، لأنها

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٠.

(٢) الكافي ٧: ٣٨ ح ٣٧، الفقيه ٤: ١٧٨ ح ٦٢٧، التهذيب ٩: ١٣٣ ح ٥٦٣، الوسائل ١٣: ٣٠٨ ب " ٨ " من أبواب الوقوف والصدقات ح ١.

المذكورة سابقا.

وفيه نظر، لأن الحكم لو كان على الأرض لما استحق من غاب عن البلد منهم شيئا منها، وهو خلاف الاجماع، وإنما الحكم أنه لا يجب تتبع من غاب، مع أنه لو تتبع جاز. ومثله ما لو ذهب فريق من البلد وحضر فريق آخر، فإن الحكم ينعكس، وهو ينافي الملك المذكور.

وكيف كان فالأقوى الانتقال إليه كما ذكر، لكن هذا إنما يتم في الموقوف عليه المعين المنحصر. أما لو كان على جهة عامة أو مسجد ونحوه فالأقوى أن الملك فيه لله تعالى، لتساوي نسبة كل واحد من المستحقين إليه، واستحالة ملك كل واحد أو واحد معين أو غير معين، للاجماع واستحالة الترجيح، ولا المجموع من حيث هو مجموع، لاختصاص الحاضر به.

والمصنف أطلق الحكم بانتقاله إلى الموقوف عليهم، فيمكن أن يريد به مطلقا كما أطلقه الشيخ (١) - رحمه الله - وجماعة (٢)، نظرا إلى ما تقدم، وجواز كون الموقوف

عليه هو الأمر الكلي مقيدا بمن حضر. وما يقال في جوابه - من أن المالك لا بد أن يكون موجودا في الخارج، لاستحالة ملك من لا وجود له ولا تعيين - عين المتنازع، وجاز أن يكون الموقوف عليه الجهة، والملك لها. ونمنع من عدم قبولها للملك، فإنه كما يجوز الوقف عليها يجوز نسبة الملك إليها كذلك.

والأقوى التفصيل، خصوصا في الوقف على المسجد والمقبرة، لأنه فيهما فك ملك كتحرير العبد، ومن ثم لا يشترط فيه القبول من الحاكم ولا من غيره، ولا يشترط القبض من الحاكم، بل كل من تولاه من المسلمين صح قبضه بالصلاة كما مر. ومثله المقبرة. أما الجهات العامة فلما اشترط فيها قبض القيم أو الحاكم وقيل

(١) المبسوط ٣: ٢٨٧.

(٢) راجع فقه القرآن ٢: ٢٩٣، والسرائر ٣: ١٥٤، والدروس: ٢٣٤، والتنقيح الرائع ٢:

٣١١.

وقد يصح بيعه على وجه. فلو وقف حصة من عبد ثم أعتقه، لم يصح العتق لخروجه عن ملكه. ولو أعتقه الموقوف عليه لم يصح أيضا، لتعلق حق البطون به.

- باشرط القبول فيها كانت الشبهة فيها أقوى.
والمراد بكون الملك لله تعالى انفكاك الموقوف عن ملك الآدميين واختصاصهم، لا كونه مباحا كغيره مما يملكه الله تعالى. وتظهر فائدة الخلاف في مواضع سيفرع المصنف بعضها.
قوله: " فلو وقف حصة من عبد ثم أعتقه لم يصح العتق، لخروجه عن ملكه ".
هذا من جملة الفروع على انتقال الملك عن الواقف. ولا فرق بين كون الموقوف حصة من العبد وجميعه، لاشتراكهما في المعنى. وإنما فرضه في الصحة ليتفرع عليه ما سيأتي من وقف (١) الشريك حصته.
قوله: " ولو أعتقه الموقوف عليه لم يصح أيضا، لتعلق حق البطون به ".
لما كان الحكم بانتقال الملك إلى الموقوف عليه ربما أوهم جواز تصرفه في العين بالعتق وغيره والأمر ليس كذلك نبه على منعه أيضا. وعلله بأنه وإن كان مالكا إلا أن الحق ليس منحصر فيه بل مشتركا بينه وبين ما بعده من البطون وإن لم تكن موجودة بالفعل، فتصرفه فيه بالعتق يبطل حقهم منه فلا يصح.
وهذا التعليل لا يتم مطلقا، إذ ليس من شرط الوقف أن يكون بعده على بطون، بل قد يكون مختصا به، لما تقدم (٢) من حكمه بصحة الوقف المنقطع الآخر، وقد يكون بعده لجهات عامة دائمة ولا تسمى بطونا. ويمكن السلامة من الأول بجعل الوقف المنقطع حبسا - كما هو أحد الأقوال في المسألة - وإن لم يكن صرح به،

كذا في النسخ. والظاهر أن الصحيح: عتق الشريك. وسيأتي في الصفحة التالية.
(٢) في ص: ٣٥٣.

ولو أعتقه الشريك مضى العتق في حصته ولم يقوم عليه، لأن العتق لا ينفذ فيه مباشرة، فأولى أن لا ينفذ فيه سراية. ويلزم من القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم افتكاكه من الرق، ويفرق بين العتق مباشرة وبينه سراية، بأن العتق مباشرة يتوقف على انحصار الملك في المباشر، أو فيه وفي شريكه، وليس كذلك افتكاكه، فإنه إزالة للرق شرعا فيسري في باقيه، فيضمن الشريك القيمة، لأنه يجري مجرى الاتلاف. وفيه تردد.

- والكلام هنا ليس في الحبس، والجهات الدائمة بعده في حكم البطون. وكيف كان فلا تخلو العبارة عن تجوز. والأولى تعليل عدم صحة عتقه بكون الوقف يقتضي تحبيس الأصل على الموقوف عليه مطلقا والعتق ينافيه. وحينئذ فالقول بملكه له لا يقتضي جواز تصرفه في الأصل، لمنعه من كل تصرف ناقل للملك من العتق وغيره.

قوله: " ولو أعتقه الشريك مضى العتق في حصته... الخ ".
هذا أيضا من جملة ما يتفرع على الخلاف السابق. وتحرير القول في ذلك أن نقول: العبد الذي بعضه وقف وبعضه طلق لو أعتق صاحب الطلق حصته هل يسري عليه فيعتق أجمع أم لا؟ بينى على أن الملك في الوقف هل يبقى للواقف، أم ينقل إلى الله تعالى، أم إلى الموقوف عليه؟ فعلى الأولين لا يسري، لأنه إذا انتقل إلى الله تعالى كان في معنى التحرير الذي لا يقبل التغيير، وإذا لم ينتقل عن الواقف كان في معنى اعتاقه، وهو ممتنع أيضا، لما يستلزم من إبطال حق الموقوف عليه. وعلى القول بانتقاله إلى الموقوف عليه ففي السراية وجهان أشار إليهما المصنف، فذهب الأكثر بل كاد يكون إجماعا إلى عدم السراية، لما أشار إليه المصنف من العلة، وهو أن العتق لا ينفذ في الحصبة الموقوفة مباشرة كما سبق (١) فالأولى أن لا ينفذ فيها سراية. ووجه الأولوية: أن العتق مباشرة أقوى من العتق بالسراية، لأنه

(١) في ص: ٣٧٨.

يؤثر في إزالة الرق بلا واسطة وهي إنما تؤثر فيه بواسطة المباشرة، ولأنها من خواص عتق المباشرة وتوابعه، فإذا لم يؤثر الأقوى المتبوع وذو الخاصة فالأضعف والتابع أولى. ووجه السراية ما أفاده المصنف بقوله: " ويلزم من القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم افتكاكه من الرق، ويفرق بين العتق مباشرة وبينه سراية بأن العتق مباشرة يتوقف على انحصار الملك في المباشرة أو فيه وفي شريكه، وليس كذلك افتكاكه، فإنه إزالة للرق شرعا ".

وتقرير الفرق: أن المانع من نفوذ العتق فيه مباشرة فقد شرط من شرائط العتق مباشرة، وهو انحصار الملك في المباشرة أو فيه وفي شريك منحصر، فتخلف لأجله تأثير المباشرة لفوات هذا الشرط. وليس هذا الشرط معتبرا في عتق السراية، إذ هو إزالة الرق شرعا بطريق القهر، فهي افتكاك محض بمثابة إتلاف الحصاة، فيغرم قيمتها للموقوف عليه. فحينئذ لا منافاة بين عدم نفوذ الأقوى لفقد شرط ونفوذ الأضعف لاجتماع شرائطه. ويؤيده عموم قول النبي صلى الله عليه وآله: " من أعتق شركا من عبد وله مال قوم عليه الباقي " (١).

وهذا الفرق مبني على أن المانع من عتق الموقوف عليه إنما هو حق الشركاء كما تقدم (٢) تقريره منه بقوله: " لتعلق حق البطون به ". وقد عرفت أنه غير جيد، وأنه ممنوع من التصرف سواء كان معه شريك أم لا، لاقتضاء الوقف تحبيس الأصل مطلقا. وحينئذ فلا فرق بين العتق مباشرة وسراية، وإنما يتم الفرق في بعض الفروض، وهو ما لو كان الوقف على بطون متعددة أو جهات كذلك لا مطلقا. وأما عموم النص بالسراية فمعارض بمثله في المنع من التصرف في أصل الوقف، فيبقى معنا استصحاب حال الوقف إلى أن يثبت الناقل الخالي عن المعارض، ولاقتضاء

(١) راجع عوالي اللغالي ٣: ٤٢٧ ح ٢٤، سنن ابن ماجه ٢: ٨٤٤ ح ٢٥٢٨، مسند أحمد بن

حنبل ١: ٥٦.

(٢) في ص: ٣٧٨.

السراية سلطنة على مال الغير فيقتصر فيها على موضع الوفاق. واعلم أن ما بيناه من الحكم على الأقوال الثلاثة هو ظاهر كلام المصنف: لأنه قال: " ويلزم من القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم افتكاكه ". ومفهومه أنا إذا لم نقل بذلك - سواء قلنا بانتقاله إلى الله تعالى أم بقاءه على ملك الواقف - لا يفك. وبهذا المفهوم صرح الشهيد - رحمه الله في الدروس فقال: " إن الوجهين مبنيان على المالك، فإن قلنا هو الله تعالى أو الواقف فلا سراية، وإن جعلناه الموقوف عليه فالأقرب عدم السراية " (١). وفي شرح الارشاد جعل الاحتمال قائما عليهما فقال: " إن احتمال تقويمه يضعف على تقدير القول بانتقال الموقوف إلى الله تعالى، ويقوى على تقدير القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم " (٢). هذا لفظه، ولم يذكر حكمه على القول بعدم انتقاله عن ملك الواقف.

والحق: أن الاحتمال قائم على الجميع، لأن عموم خبر السراية شامل للجميع، والمنع مباشرة لعارض موجود كذلك، وقد قررناه سابقا (٣). والفرق بين ملك الواقف والموقوف عليه ضعيف جدا، فإن كلا منهما ممنوع من التصرف إما لحق الموقوف عليه مطلقا أو لباقي البتون، أو لعموم اقتضاء الوقف تحييس الأصل عن مثل هذا التصرف. وأما القول بانتقاله إلى الله تعالى فقد عرفت أن المراد منه قطع سلطنة المالكين من الواقف والموقوف عليه، وذلك أيضا لا ينافي إمكان عتقه حيث يدل عليه دليل، وليس هو في معنى التحرير مطلقا. ولهذا جاز بيعه في بعض الموارد، بخلاف التحرير، وإن كان الحكم على تقدير انتقاله إلى الموقوف عليه أوضح. واعلم أنه على القول بالسراية ودفع القيمة يكون بمنزلة إتلاف الوقف على وجه مضمون. وفي شراء حصة من عبد بها يكون وقفا أو اختصاصا البطن الموجود

(١) الدروس: ٢٣٤.

(٢) غاية المراد: ١٤١.

(٣) في ص: ٣٨٠.

الثانية: إذا وقف مملوكا، كانت نفقته في كسبه، اشترط ذلك أو لم يشترط. ولو عجز عن الاكتساب كانت نفقته على الموقوف عليهم. ولو قيل في المسألتين كذلك، كان أشبه، لأن نفقة المملوك تلزم المالك. ولو صار مقعدا اعتق عندنا، وسقطت عنه الخدمة وعن مولاه نفقته.

- بها قولان يأتي الكلام فيهما (١).

قوله: إذا وقف مملوكا كانت نفقته في كسبه... الخ "

هذا الحكم أيضا متفرع على مالك الوقف، فإن جعلناه للموقوف عليه - كما اختاره المصنف - ففي نفقته وجهان، أحدهما: أنه من كسبه، لأن نفقته من شروط بقائه كعمارة العقار وهي مقدمة من غلته على حق الموقوف عليه، ولأن الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه وهو موقوف على بقاء عينه، وإنما يبقى بالنفقة فيصير كأنه شرطها من كسبه. والثاني - وهو الأقوى - : وجوبها على الموقوف عليه، لأنه ملكه والنفقة تابعة للملك.

وأما إذا قلنا بأن الملك لله تعالى فيبني على أن نفقة مستحق المنافع كالأجير الخاص والموصى بخدمته على مستحقها أم لا، فإن جعلناها عليه فهي على الموقوف عليه أيضا وإلا ففي كسبه، فإن تعذر ففي بيت المال. ويحتمل كونها في بيت المال مطلقا على القول بكون المالك هو الواقف. فالنفقة على الموقوف عليه على الأول وعلى الواقف على الثاني، فإن تعذر لاعسار أو غيره ففي كسبه، فإن قصر ففي بيت المال. ويحتمل تقديم كسبه وتقديم بيت المال. وأما عمارة العقار فحيث يشترط وإلا ففي غلته، فإن قصرت لم يجب على أحد، بخلاف الحيوان، لوجوب صيانة روحه. ولو مات العبد فمؤنة تجهيزه كنفقته في حياته.

قوله: " ولو صار مقعدا اعتق... الخ "

إنما يسقط عن مولاه نفقته من حيث هو مملوك، لأنه قد صار حرا، ولكن نفقته

(١) راجع ص: ٣٨٤ - ٣٨٦.

الثالثة: لو جنى العبد الموقوف عمدا، لزمه القصاص، فإن كانت دون النفس بقي الباقي وقفا. وإن كانت نفسا، اقتص منه وبطل الوقف، وليس للمجني عليه استرقاقه. وإن كانت الجناية خطأ، تعلقت بمال الموقوف عليه، لتعذر استيفائه من رقبته، وقيل: يتعلق بكسبه، لأن المولى لا يعقل عبدا، ولا يجوز له إهدار الجناية، ولا طريق إلى عتقه فيتوقع. وهو أشبه.

- حينئذ تجب - مع عجزه وعدم وجود باذل لها - على المسلمين كفاية كغيره من المضطرين، والموقوف عليه من الجملة فيجب عليه لكن من هذه الحثية لا من حيث المملوكية.

قوله: " ولو جنى العبد الموقوف عمدا لزمه القصاص " .

إذا جنى العبد الموقوف عمدا لزمه القصاص، لتناول أدلة ثبوته له وإن استلزم إبطال الوقف. وهو موضع وفاق ثم إن كانت الجناية دون النفس بقي الباقي وقفا، لوجود المقتضي فيه، إذ لا يبطل الوقف بتلف بعض الموقوف. وإن كانت نفسا واختار الولي القصاص فالأمر واضح. وإن اختار الاسترقاق - الذي هو أحد فردي الحقين المخير فيهما ولي المجني عليه إذا كان الجاني عمدا عبدا - فقد قطع المصنف رحمه الله بأنه ليس له استرقاقه. ووجهه: أن الوقف يقتضي التأيد ما دامت العين باقية، وهو ينافي استرقاقه، لاستلزامه بطلان الوقف مع بقاء عينه، وخروجه عن الوقف في بعض الموارد لدليل خارج لا يقتضي التعدي حيث لا دليل.

وقيل: له الاسترقاق أيضا، لأن المجني عليه استحق إبطال الوقف وإخراجه عن ملك الموقوف عليهم بالقتل قطعا، والعفو عنه مطلوب شرعا، وفي استرقاقه جمع بين حق المجني عليه وفضيلته العفو وابقاء النفس المحترمة بالأصل فيكون أولى من القتل. والتأيد الواجب في الوقف إنما هو حيث لا يطرأ عليه ما ينافيه، وهو موجود هنا فيما هو أقوى من الاسترقاق. وهذا أقوى.

قوله: " وإن كانت الجناية خطأ - إلى قوله - وهو أشبه " .

أما لو جني عليه، فإن أوجبت الجناية أرشاً، فللموجودين من الموقوف عليهم. وإن كانت نفساً توجب القصاص فإنهم، وإن أوجبت دية أخذت من الجاني. وهل يقام بها مقامه؟ قيل: نعم، لأن الدية عوض رقبته، وهي ملك للبطون. وقيل: لا، بل تكون للموجودين من الموقوف عليهم. وهو أشبه، لأن الوقف لم يتناول القيمة.

– القول الأول للشيخ (١) وجماعة (٢) ووجهه. ما ذكره المصنف من تعذر استيفائها من رقبته، إذ لا يتعلق (الأرش) (٣) إلا برقبة من يباع، وقد امتنع ذلك لحق الموقوف عليه، فكان عليه أن يفديه بالأرش. والأقوى ما اختاره المصنف، لأن فيه جمعا بين الحقيين. نعم، لو لم يكن كسوبا اتجه تعلق الجناية برقبته وجواز بيعه كما يقتل في العمد، والبيع أدون من القتل، بل احتمال في المختلف (٤) التعلق بالرقبة وجواز البيع مطلقا لما ذكرناه. وهذا كله مبني على انتقال الملك إلى الموقوف عليه، أما لو قلنا بعدم انتقاله أو انتقاله إلى الله تعالى تعلق بكسبه قطعاً. ويحتمل تعلقها بمال الواقف لو لم نقل بانتقاله عنه، وتعلقها ببيت المال لو قلنا بالانتقال إلى الله تعالى. قوله: "أما لو جني عليه فإن أوجبت الجناية... الخ".

أما استحقاقهم للأرش فلا شبهة فيه، لأنه عوض عن جزء فائت أو صفة، وكلاهما من توابع العين التي هي مستحقة لهم أو مملوكة. وأما استحقاقهم القصاص على تقدير فوات نفسه فينبغي تفريعه على القول بانتقال الملك إليهم ليكونوا هم الأولياء. كما لو كان المقتول عبدهم. أما لو قلنا بانتقاله إلى الله تعالى احتمال أن يكون حكم القصاص إلى الحاكم، لأنه ولي هذه المصالح المتعلقة بالله تعالى. ويحتمل ضعيفا استحقاق الموقوف عليهم من حيث تعلقهم به واستحقاقهم منفعته، ولاحتمال

(١) المبسوط ٣: ٢٨٩.

(٢) راجع التذكرة ٢: ٤٤٣، وغاية المراد: ١٤٢.

(٣) ساقط من " و ".

(٤) المختلف: ٤٩٥.

أن يصلح القاتل على مال فيرجع نفعه إليهم طلقاً أو وقفاً على ما سيأتي. وعلى كل حال فعلاقة الملك متعلقة بهم وإن لم نقل بملك نفس الرقبة. ولو قلنا ببقائه على ملك الواقف فحق القصاص إليه.

والمراد بكونها نفساً توجب القصاص: أن يكون القاتل عبداً مثله، وبكونها موجبة للمال: أن يكون القتل خطأً، أو القاتل حراً، أو فيه شيء من الحرية. إذا تقرر ذلك: فإذا أخذت الدية على تقدير ثبوتها أو صلحهم عليها في العمد فهل يجب إقامة عبد مقامه أو بعض عبد يكون وقفاً، أو يختص بها الموجودون من الموقوف عليهم وقت الجناية؟ قولان أشار المصنف إلى وجههما: ووجه الأول: أن الدية عوض رقبتة، والرقبة ليست ملكاً تاماً للموجودين، بل للبطون اللاحقة فيها (١) حق وإن لم يكن بالفعل لكنه بالقوة القريبة منه، لحصول السبب المملك والمعدات للملك، ولم يتخلف منها سوى وجودهم، وحينئذ فلا سبيل إلى ابطال حقهم، وحينئذ فيجب أن يشتري به عبد أو بعض عبد يكون وقفاً، إبقاء للوقف بحسب الامكان، وصيانة له عن الابطال، وتوصلاً إلى غرض الواقف. ولأن الوقف تابع لبقاء المال، ولهذا يجب الشراء بقيمته حيث يجوز بيعه ويكون (٢) وقفاً. ووجه الثاني: أن الوقف ابتداءً متعلق بالعين، لأن موضوعه العين الشخصية لا غير، وقد بطلت بإتلافه فامتنع أن يكون لمن سيوجد من البطون فيه حق، لأنهم حال الجناية غير مستحقين، ووقت صيرورتهم مستحقين قد خرج التالف عن كونه وقفاً. ويضعف بأن القيمة بدل عن العين فيملكها من يملكها على حد ما يملكها، ويتعلق بها حق من يتعلق حقه بها. والوقف وإن لم يتناول القيمة مطابقة لكنه يتناولها اقتضاءً من حيث إنها قائمة مقام العين. ولأن حق الوقف أقوى من حق الرهن، وهو يتعلق بالقيمة فالوقف أولى وحينئذ فالأقوى الأول.

(١) في "س، و": منها.

(٢) في "س، م": فيكون، وفي غيرهما: يكون.

بقي هنا مباحث:

الأول: يظهر من العبارة أن الخلاف مختص بالدية، أما الأرش فقد قطع بكونه للموجودين. والذي يقتضيه الدليل وصرح به غيره أن حكمه كالدية والخلاف واقع فيهما، والضابط إيجاب الجناية المال.

الثاني: على تقدير شراء بدله من يتولى شراءه؟ يبنى على القاعدة السابقة، فإن قلنا الملك للموقوف عليهم فحق الشراء لهم، لأنهم المالكون، والبطون اللاحقة تابعة لهم. ويحتمل الحاكم نظرا إلى مشاركة البطون اللاحقة، وليس السابق ولاية عليهم، بخلاف الحاكم. وإن جعلنا الملك لله تعالى فالحاكم ليس إلا ولو أبقيناه على الواقف فالوجهان. وحيث يتعذر الحاكم يتولاه الموقوف عليه قطعا، فإن تعذر (أو كان منتشرا) (١) فبعض المؤمنين حسبة.

الثالث: هل يصير وقفا بمجرد الشراء، أم يفتقر إلى الصيغة؟ كل محتمل وإن كان الأول أقوى، لأنه بالشراء يصير بدلا عن العين كالرهن. وعلى الثاني يباشره من يباشر الشراء.

الرابع: لو لم تف القيمة لعبد كامل اشترى شقص بها امتثالا للأمر بحسب الامكان. ولو فضل منه فضل عن قيمة عبد اشترى معه ولو شقص آخر بالباقي.

الخامس: هل للموقوف عليهم العفو عن القصاص، أو عن الأرش، أو الدية؟ يبنى على أن البطون اللاحقة هل تشارك فيه أم لا؟ فعلى الأول ليس لهم العفو، وعلى الثاني لهم، لانحصار الحق فيهم.

السادس: على تقدير المشاركة لو عفى الأول فللثاني أن يستوفي، لوجود سبب الاستحقاق من حين الجناية وإن لم يثبت بالفعل مع احتمال العدم، لتجدد استحقاقهم بعد سقوط الحق بالعفو. وعلى تقدير جواز استيفاء الثاني هل له القصاص كأول لو كانت الجناية توجهه، أم يختص بالدية؟ وجهان، من مساواته

(١) ساقط من "س، ش".

الرابعة: إذا وقف في سبيل الله، انصرف إلى ما يكون وصلة إلى الثواب، كالغزاة والحج والعمرة وبناء المساجد والقناطر. وكذا لو قال في سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير كان واحدا، ولا يجب قسمة الفائدة أثلاثا.

– للأول في الاستحقاق، ومن تغليب جانب العفو بحصوله من الأول. والأقوى الأول.

السابع: لو كان الجاني عبدا واسترق أو بعضه ففي اختصاص الأول به أو مشاركة البطون قولان مبنيان. والأقوى المشاركة لما قد علم. قوله: " إذا وقف في سبيل الله - إلى قوله - والقناطر ". لما كان السبيل هو الطريق فسبيل الله كل ما كان طريقا إليه، أي إلى ثوابه ورضوانه، لاستحالة التحيز عليه كالقربة إليه. وحينئذ فالموقوف في سبيل الله مصرفه كل مصلحة يتقرب بها إلى الله تعالى كما ذكر من الأمثلة وغيرها من نفع المحاويج وغير ذلك. وقال الشيخ - رحمه الله -: " يختص الوقف في سبيل الله بالغزاة المطوعة ودون العسكر المقاتل على باب السلطان وبالحج والعمرة، فيقسم أثلاثا " (١) وقال ابن حمزة: " سبيل الله المجاهدون " (٢). والأقوى المشهور وإن كان اطلاقه على ما ذكره أقوى، فإن ذلك لا يمنع من تناول غيره مما يدخل في مفهومه. قوله: " وكذا لو قال: في سبيل الله... الخ ".

المشهور بين الأصحاب أن هذه المفهومات الثلاثة ترجع إلى معنى واحد وهو سبيل الله بالمعنى العام المتقدم، واللغة والعرف يرشدان إليه. ونبه بقوله: " ولا يجب قسمة الفائدة أثلاثا " على خلاف الشيخ - رحمه الله - حيث ذهب إلى قسمته ثلاثة أقسام: ثلثه إلى الغزاة والحج والعمرة وهو سبيل الله، وثلثه إلى الفقراء والمساكين ويبدأ بأقاربه وهو سبيل الثواب، وثلثه إلى خمسة أصناف من الذين ذكرهم الله تعالى

(١) راجع الخلاف ٣: ٥٤٥ مسألة ١٢، المبسوط ٣: ٢٩٤.

(٢) الوسيلة: ٣٧١.

الخامسة: إذا كان له موال من أعلى، وهم المعتقون له، وموال من أسفل، وهم الذين أعتقهم، ثم وقف على مواليه، فإن علم أنه أراد أحدهما، انصرف الوقف إليه، وإن لم يعلم انصرف إليهما.

- في آية (١) الصدقات، وهم الفقراء والمساكين وابن السبيل والغارمون وفي الرقاب (٢)، وهو

سبيل الخير (٣). ودعوى هذا التفصيل لا يخلو من التحكم. والأقوى أن الثلاثة بمعنى، وهو قول آخر (٤) للشيخ رحمه الله. قوله: "إذا كان له موال من أعلى... الخ".

اسم المولى يطلق بالاشتراك اللفظي على معنيين: على السيد الذي أعتق أو انتهى إليه ولاء العتق ويقال له: المولى من أعلى، وعلى العبد الذي أعتقه سيده ويقال له المولى من أسفل بالنسبة إلى المعتق ومن انتقل إليه ولاؤه. فإذا وقف على مواليه فإن كان له موال من أحد الجانبين خاصة انصرف الوقف إليه قطعاً. ولو اجتمع له الصنفان فإن دلت القرينة على إرادة أحدهما أو كليهما صرف الوقف بحسب القرينة، وهذا أيضاً لا اشكال فيه. وإن انتفت القرائن رجع إلى تفسيره، لأنه أعلم بما أراد، فإن تعذر الرجوع إليه، أو قال: إنه لم يقصد شيئاً بخصوصه وإنما وقف على مدلول هذا اللفظ، ففي بطلان الوقف أو صرفه إليهما أو إلى أحدهما أقوال. وتحقيق القول فيها يتوقف على مقدمتين:

إحدهما: أنه هل يشترط في الجمع اتحاد معنى أفراده حتى يمتنع ثنية المشترك باعتبار معانيه والحقيقة والمجاز وجمعهما أم لا؟ فيه للنحاة مذهبان أشهرهما - كما قاله في الارتشاف - (٥) وأصحهما - على ما اقتضاه كلام ابن مالك في التسهيل (٦) - أنه لا يشترط، لأن ألف الثنية في المثني وواو الجمع في المجموع بمثابة واو العطف، فإذا

(١) التوبة: ٦٠.

(٢) في "ب، س": في الرقاب.

(٣) راجع الخلاف ٣: ٥٤٥ مسألة ١٢، المبسوط ٣: ٢٩٤.

(٤) راجع الخلاف ٣: ٥٤٥ مسألة ١٢، المبسوط ٣: ٢٩٤.

(٥) لم نعثر عليهما.

(٦) لم نعثر عليهما.

قلت: جاء الزيدون كأنك قلت: جاء زيد وزيد وزيد، وكما يصح عطف المتفق في المعنى بالواو صح عطف المختلف.

والثانية: أن المشترك عند تجرده عن القرينة الدالة على إرادة معانيه أو بعضها هل يحمل على الجميع أو يبقى مجملا إلى أن تظهر إرادة أحدها، أو يحمل على الجميع، إذا كان جمعا خاصة؟ فيه أقوال للأصوليين أشهرها الثاني. وتحقيقه في الأصول.

إذا تقرر ذلك فنقول: إذا وقف على مواليه وله موال من الجانبين ولم يحصل أحد الأمرين فإن قلنا بجواز جمع المشترك وحمله على معانيه مطلقا أو مع جمعه صح الوقف وصرف إليهما كما اختاره المصنف وجماعة (١). (وكذا إن قلنا بحمل المجموع عليهما خاصة، لأنه وقع هنا مجموعا) (٢) وإن قلنا بعدم حمله على معانيه حقيقة بطل، لعدم تعيين مصرفه، سواء جوزنا جمع المشترك بجميع معانيه أم لا. أما على الأول فظاهر، وأما على الثاني فلأنه حينئذ بمنزلة المفرد المشترك وحكمه كذلك. وبقي في المسألة قولان آخران (ووجه آخر) (٣):

أحدهما: الصحة لا لما ذكر بل لأن المولى يتناول للجميع كالأخوة، فإن إطلاقها يتناول الإخوة من الأبوين ومن أحدهما، وهو قول الشيخ (٤). وظاهر هذا التعليل يقتضي دعوى أن المولى مشترك اشتراكا معنويا كالأخ. وبطلانه ظاهر، لأن الإخوة يجمعها معنى (واحد) (٥) وهو اتصال الشخصين بالتولد عن ثالث متصل

(١) راجع المبسوط ٣: ٢٩٥، الخلاف ٣: ٥٤٦ مسألة ٤، السرائر ٣: ١٦٧، ونسبه في

الدروس: ٢٣٢ - ٢٣٣ إلى المشهور.

(٢) هذه العبارة لم ترد في "س" و"ش". وإنما تصح هذه الجملة إذا حذفنا قوله: "أو مع جمعه" وهو وارد في جميع النسخ.

(٣) لم ترد في "س" و"ش".

(٤) الخلاف ٣: ٥٤٦ مسألة ١٤، المبسوط ٣: ٢٩٥.

(٥) من "م" و"و" و"و".

بهما، وهذا المعنى يشترك فيه كثيرون، كاشتراك الانسان بين أفراده من حيث اشتراكها في معنى الانسان وهو الحيوان الناطق، بخلاف المولى، فإن فرديه وهما المعتقد والمعتقد لا يجمعهما معنى واحد بل هما متباينان وإنما اشتركا في اللفظ خاصة، ولنص أهل اللغة على اشتراكهما لفظيا (١).

والثاني: أنه إن جمع اللفظ - كما ذكر هنا - حمل على الموليين وإن أفردته حمل على الأعلى خاصة. وهو قول ابن حمزة (٢)، ولعل قرينته الاحسان إليه فحمل على المكافأة.

قيل: (٣) وهو مبني على أن لفظة المولى مقولة بالتشكيك، ومقوليتها على الذي أعتقه أولى من ولي نعمته، وأنه يحمل لفظ الجمع عليهما كما هو أحد الأقوال. وفيه: أن مقوليته بالتشكيك يتوقف على كون اشتراكه معنويا وقد عرفت فساده. وأما الجمع فلا يفيد ادخال أفراد المشترك بخصوصه وإن كان هنا قد وقع مضافا وهو من صيغ العموم المستغرق لما يصلح له وهو صالح للكل، لأن العام هو اللفظ المستغرق الجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد فخرج المشترك. وبالجملة: فتعريف العموم منزل على مذاهب القوم في جواز استعمال المشترك في كلا معنييه، فمن جوزه في الجمع اكتفى في تعريف العام بأنه اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له، ومن منع زاد: " بوضع واحد " ليخرج المشترك، وحينئذ فلا فرق بين المفرد والجمع. والوجه الآخر في المسألة: أنه يحمل على الموالي من أسفل خاصة، بقرينة كونه

(١) راجع الصحاح ٦: ٢٥٢٩، والقاموس ٤: ٤٠١ مادة (ولي) وغيرهما حيث عدوهما معا من معاني المولى ولم نجد تصريحاً بالاشتراك.

(٢) الوسيلة: ٣٧١.

(٣) في هامش " و " و " س " : " القائل الشيخ فخر الدين رحمه الله في الشرح. منه رحمه الله " راجع إيضاح الفوائد ٢: ٤٠٤.

السادسة: إذا وقف على أولاد أولاده اشترك أولاد البنين والبنات، ذكورهم وإناثهم، من غير تفضيل.

محتاجا غالبا فيتوجه النفس إلى الوقف عليهم لشدة حاجتهم، بخلاف الأعلى، فإنه على العكس غالبا. وهذا الوجه لا نعلم به قائلًا من أصحابنا، نعم هو قول للشافعية (١).

هذا كله إذا وقع بلفظ الجمع. ولو وقع بلفظ الافراد بأن وقف على مولاه وتعدد ففي بطلانه أو صرفه إليهما أو إلى أحدهما الأوجه أيضا، إلا أن بعض المقدمات والتعليقات مختلف هنا كما لا يخفى. والأصح البطلان في الجميع. قوله: " إذا وقف على أولاد أولاده اشترك أولاد البنين والبنات ذكورهم وإناثهم من غير تفضيل " .

أما اشترك الجميع فلصدق الأولاد على الذكور والإناث قطعا، فيصدق على أولادهم مطلقا أنهم أولاد أولاد وإن لم يصدق على أولاد الأولاد بأنهم أولاد بطريق الحقيقة، على ما قد وقع فيه من الخلاف. وأما اقتسامهم بالسوية فلاقتضاء الاطلاق وذلك مع اشتراكهم في سبب الاستحقاق واستواء نسبتهم إليه. واعلم أنه كما يدخل الإناث في الأولاد يدخل الخنثى لشمول اسم الولد لهم، سواء حصرناهم في البنين والبنات أم جعلناهم طبقة ثالثة، بخلاف ما لو وقف على البنين خاصة أو على البنات خاصة وأولادهم.

أما لو جمع بينهما ففي دخولهم قولان للعلامة في القواعد (٢)، والتحرير (٣) منشؤهما أنهم ليسوا بذكور ولا إناث، وأنهم لا يخرجون من الصنفين في نفس الأمر، ولهذا يستخرج أحدهما بالعلامات ومع فقدها ترث نصف النصيبين.

(١) لم نظفر على قائل به من الشافعية، وإنما نسبه في الشرح الكبير لابن قدامة ٦ : ٢٦١ إلى ابن القاسم، وفي الانصاف ٧ : ٩٣ إلى الحارثي. ولم ترد العبارة في " س " و " ش " .

(٢) القواعد ١ : ٢٧١ .

(٣) التحرير ١ : ٢٨٩ .

أما لو قال: من انتسب إلي منهم، لم يدخل أولاد البنات.
ولو وقف على
أولاده، انصرف إلى أولاده لصلبه، ولم يدخل معهم أولاد الأولاد. وقيل:
بل يشترك الجميع. والأول أظهر، لأن ولد الولد لا يفهم من اطلاق لفظ
الولد.

وفيه نظر: إذ لا كلام فيه مع وجود العلامة، ولا دلالة لنصف النصيبين على
حصره فيهما، بل يمكن دلالاته على عدمه، وجاز كون الطبيعة الثالثة متوسطة النصب
كما أنها متوسطة الحقيقة. وأما الاستدلال على الانحصار فيهما بمثل قوله تعالى:
(يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور) (١) الآية... فغير مفيد.
قوله: " أما لو قال: من انتسب إلي منهم لم يدخل أولاد البنات ".
هذا هو الأشهر وقد تقدم (٢) خلاف المرتضى (٣) - رضي الله عنه - في ذلك،
وأنه قد حكم بدخولهم في الأولاد حقيقة، وهو يقتضي انتسابهم إليه بطريق أولى.
قوله: " ولو وقف على أولاده انصرف... الخ ".
إذا وقف على أولاده أو أولاد فلان وأطلق فلا يخلو: إما أن يكون هناك قرينة
حالية تدل على تناول أولاد الأولاد كأولاد هاشم، أو مقالية كقوله: الأعلى فالأعلى أو
بطنا بعد بطن، أو يقف على ولد فلان وهو يعلم أنه ليس له ولد لصلبه ونحو ذلك،
أو لا، فإن وجدت عمل بمقتضاها وشمل أولاد الأولاد فنازلا بغير اشكال، وإلا
ففي اختصاصه بأولاد الصلب أو شموله لأولادهم قولان أصحهما عند المصنف
والأكثر الأول، لما أشار إليه المصنف - رحمه الله - من الدليل، فإن ولد الولد غير
مفهوم من اطلاق لفظ الولد، ولهذا يصح سلبه عنه فيقال: ليس ولدي بل ولد
ولدي، وأصل إطلاقه عليه أعم من الحقيقة، ولا نزاع في الاستعمال المجازي.
وأما الاستدلال على عدم دخولهم بقوله تعالى: (ووصى بها إبراهيم بنيه

(١) الشورى: ٤٩.

(٢) في ص: ٣٤٢.

(٣) راجع رسائل الشريف المرتضى ٣: ٢٦٢ - ٢٦٥.

ويعقوب) (١) في قراءة من قرأ بالنصب عطفًا علي بنيه وهو ابن ابنه، والعطف يقتضي المغايرة، فدل على عدم تناولهم له (٢)، ففيه أنه يكفي - مع شذوذ هذه القراءة - مغايرة الجزء لكل كما جاء في قوله تعالى: (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل) (٣) مع أن جبرئيل من جملة الملائكة، وكون المغايرة هنا بالشرف لا ينفي جواز أصل العطف كذلك، فإنه غير مشروط به وإن كان أظهر. ويجوز إرادته هنا أيضاً بتفخيم شأن يعقوب على أبيه وأولاده. والمقروء " ويعقوب " بالرفع عطفًا على إبراهيم، ولا اشكال حينئذ.

وذهب جماعة من الأصحاب منهم المفيد (٤) والقاضي (٥) وابن إدريس (٦) إلى دخول أولاد الأولاد، لقوله تعالى: (يا بني آدم) (يا بني إسرائيل) وللإجماع على تحريم حليلة ولد الولد من قوله تعالى: (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) (٧) ولدخولهم في مثل قوله تعالى: (يوصيكم الله في أولادكم) (٨) (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) (٩) (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم) (١٠) ونحو ذلك، ودخولهم في إطلاق كلام الله تعالى يقتضي دخولهم في غيره، ولقول النبي صلى الله عليه وآله: " لا ترموا ابني " (١١) لما بال الحسن عليه السلام في

(١) البقرة: ١٣٢.

(٢) في النسخ: لهم. والتصحيح من نسخة الشيخ علي حفيد الشارح على ما في هامش " و " .

(٣) البقرة: ٩٨.

(٤) المقنعة: ٦٥٣ - ٦٥٤.

(٥) المهذب: ٢: ٨٩.

(٦) السرائر: ٣: ١٥٧.

(٧) النساء: ٢٣.

(٨) النساء: ١١.

(٩) النساء: ١١.

(١٠) النساء: ٢٣.

(١١) معاني الأخبار: ٢١١، الوسائل ٢: ١٠٠٨ ب " ٨ " من أبواب النجاسات ح ٤.

ولو قال: على أولادي وأولاد أولادي، اختص بالبطنين. ولو قال: على أولادي فإذا انقضوا وانقض أولاد أولادي فعلى الفقراء، فالوقف لأولاده، فإذا انقضوا، قيل: يصرف إلى أولاد أولاده، فإذا انقضوا فإلى الفقراء، وقيل: لا يصرف إلى أولاد الأولاد، لأن الوقف لم يتناولهم، لكن يكون انقضاهم شرطاً لصرفه إلى الفقراء. وهو أشبه.

– حجره، أي لا تقطعوا عليه بوله، والأصل في الاستعمال الحقيقة. وأجيب بأن دخولهم ثم بدليل خارج لا من حيث هذا الإطلاق، ومطلق الاستعمال أعم من الحقيقة، وقد حقق في الأصول. واستدل بأن اسم الولد لو كان شاملاً للجميع حقيقة لزم الاشتراك، وإن عورض بلزوم المجاز فهو أولى من الاشتراك. وفيه نظر، لجواز أن يكون مستعملاً في القدر المشترك بأن يكون متواطئاً أو مشككاً، وهو أولى منهما. والأقوى عدم الدخول إلا مع القرينة. قوله: " ولو قال: على أولادي وأولاد أولادي اختص بالبطنين ". هذا متفرع على السابق، فعلى القول بدخول أولاد الأولاد ثمة يدخلون هنا في كل من اللفظين. والأصح الاختصاص (١) بمن ذكره. قوله: " ولو قال: على أولادي فإذا انقضوا... الخ ".

البحث في هذه المسألة يقع في موضعين:
أحدهما أن أولاد الأولاد هل يدخلون في الوقف أم لا؟ فالذي ذهب إليه الشيخ (٢) – رحمه الله – الدخول عملاً بالظاهر والقرينة المقالية، فإن الوقف لما شرط انقضاهم في انتقال الوقف إلى الفقراء اقتضى أنه وقف عليهم، ولأنه عطف الانقراض على الانقراض والفريق الأول داخل في الوقف فيدخل الآخر، ولأنه لولاه كان الوقف منقطعاً مع أن شأنه الدوام. ورد بانتفاء دلالة اللفظ على ذلك بإحدى الدلالات، أما المطابقة والتضمن

(١) في هامش " و " : الاختصاص هنا.

(٢) المبسوط ٣: ٢٩٦.

السابعة: إذا وقف مسجدا فحرب، أو خربت القرية أو المحلة لم يعد إلى ملك الواقف، ولا تخرج العرصة عن الوقف. ولو أخذ السيل ميتا، فيئس منه، كان الكفن للورثة.

ويكون ذكرهما قرينة لإرادة تخصيصهما بالأولين وإن كان كل منهما متناولا لما بعده أبدا لولا القرينة. والأظهر عدم دخول أولاد الأولاد في هذا الوقف، فيكون منقطع الوسط، وقد تقدم (١) أنه يبطل ما بعد الانقطاع ويصير حسبا على ما قبله. الثاني: على تقدير عدم دخول أولاد الأولاد في الوقف وصحته على الفقهاء بعدهم فالنماء المتخلل بين موت الأولاد وأولادهم هل هو لورثة الواقف أم لا؟ اشكال يبنى على انتقال الوقف وعدمه، فإن قلنا ببقائه على ملك الواقف فلا شبهة في كونه لورثته، وإن قلنا بانتقاله إلى الله تعالى فالمتجه صرفه في وجوه البر. وعلى القول بانتقاله إلى الموقوف عليه يشكل أيضا من حيث انتقال الملك عن الواقف فلا يعود إليه إلا بدليل، فيكون لورثة البطن الأول، لانتقاله إليه فيستصحب إلى أن يعلم المستحق، ومن أن الوقف في حكم ملك الواقف، لأن البطن الثاني إنما يتلقى منه حقيقة وبموت البطن الأول زال ملكه، وليس ثم موقوف عليه غيره إلى أن ينقرض البطن الثاني، ويمتنع بقاء الملك بغير مالك، فيكون لورثة الواقف.

وفيها نظر، لأن ورثة الأول لا يستحقونه بالوقف لانتفاء مقتضيه، ولا بالإرث لأن الوقف لا يورث، ولانقطاع تملك مورثهم من الوقف بموته فكيف يورث عنه؟! ولأن خروج الملك عن الواقف يوجب عدم العود إليه وإلى ورثته إلا بسبب جديد ولم يوجد. نعم، إذا قلنا بكونه حسبا لبطلانه بانقطاع وسطه اتضح عوده إلى ورثة الواقف على وجه الملك، ثم لا ينتقل عنهم إلى الفقراء. وهذا هو الأقوى. قوله: " إذا وقف مسجدا فحرب أو خربت القرية... الخ "

(١) في ص: ٣٦٢.

لما كان الوقف مقتضيا للتأييد ووقف المسجد فكا للملك - كما تقدم (١) -
كتحرير العبد لم يكن خرابه ولا خراب القرية التي هو فيها ولا المحلة موجبا لبطلان
وقفه، لعدم منافاة ذلك الوقف استصحابا لحكم ما ثبت، ولبقاء الغرض المقصود من
إعداده للعبادة لرجاء عود القرية وصلاة من يمر به.
وهذا كله يتم في غير المبني في الأرض المفتوحة عنوة حيث يجوز وقفها (٢) تبعا
لآثار المتصرف، فإنه حينئذ ينبغي بطلان الوقف بزوال الآثار، لزوال المقتضي
للاختصاص، وخروجه عن حكم الأصل، اللهم إلا أن يبقى منه (٣) رسوم ولو في
أصول الحيطان بحيث يعد ذلك أثرا في الجملة كما هو الغالب في خراب البناء،
فيكفي في بقاء الحكم بقاء الأثر في الجملة وإن ذهب السقف وبعض الحائط، لأن
ذلك لا مدخل له في تحقق المسجدية، بل ربما كان الباقي أكمل فيها من السقف على
ما يقتضيه النص (٤) والفتوى. وقول المصنف: " لا تخرج العرصة عن الوقف " لا يتم
إلا في المملوك بالأصل، إذ (٥) لم يعتبر في الوقف إلا العرصة وهي أرض المسجد وإن
زالت الآثار أجمع.

وهذا بخلاف ما لو فقد الميت ويئس من عوده وبقي الكفن، فإنه يرجع إلى
الورثة، لأنه كان ملكا لهم، لأن التركة تنتقل إلى الوارث بالموت وإن وجب صرفه في
التكفين، فإذا زال الموجب عاد إلى ما كان. وهذا إنما يتم في الكفن الذي يكون من
التركة، أما لو كان من الزكاة أو من الوقف رجع إلى أصله، ولو كان من باذل متبرع
رجع إليه. هذ كله مع اليأس من الميت كما ذكرناه لا كما أطلقه (٦).

(١) في ص: ٣٧٧.

(٢) في النسخ الخطية التي لدينا: وقفه.

(٣) كذا في " ب " و " م ". وفي غيرهما: فيه.

(٤) الوسائل ٣: ٤٨٧ ب " ٩ " من أبواب أحكام المساجد.

(٥) في ما عدا " و ": إذا.

(٦) يلاحظ أن نسخة الشرايع لديه يختلف عما لدينا.

الثامنة: لو انهدمت الدار، لم تخرج العرصة عن الوقف، ولم يجز بيعها.

ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف، بحيث يخشى خرابه، جاز بيعه. ولو لم يقع خلف، ولا يخشى خرابه، بل كان البيع أنفع لهم، قيل: يجوز بيعه، والوجه المنع.

- ونبه المصنف بكون عرصة المسجد لا تخرج عن الوقف بالخراب على خلاف بعض العامة (١) حيث حكم ببطان الوقف قياسا على عود الكفن إلى الوارث بجامع تعذر المصرف في الموضوعين. وقد عرفت الفرق الموجب لبطان القياس على أصله لو صح. وهذا هو الموجب لذكر المصنف مسألة الكفن عقيب مسألة المسجد. قوله: " ولو انهدمت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف ولم يجز بيعها ". هذا الحكم واضح بعد ما قررناه، فإن الخراب لا يصلح لنقض الوقف وإبطاله مع بنائه على التأييد وعدم جواز بيعه في غير ما استثنى، ولأن العرصة من جملة الموقوف وهي باقية. وهذا في غير الأرض الخراجية كما تقدم في المسجد. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة (٢) حيث جوز بيع الدار الموقوفة إذا انهدمت ولم يمكن عمارتها كالمسجد.

قوله: " ولو وقع بين الموقوف عليهم خلف... الخ ". هذه المسألة تقدم (٣) الكلام عليها في البيع. والقول بجواز البيع في الجملة للأكثر، ومستنده صحيحة علي بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام وسأله عن ضيعة موقوفة على قوم بينهم اختلاف شديد، وأنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان يرى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كل انسان منهم ما كان وقف له من ذلك، فأجابه أنه " إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع

(١) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٢٥١، وحلية العلماء ٦: ٣٧ - ٣٨.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٢٥١، وحلية العلماء ٦: ٣٧ - ٣٨.

(٣) في ج ٣: ١٦٩.

الوقف أمثل، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس " (١). ومن فهم هذه الرواية اختلف أقوال المجوزين، فمنهم من شرط في جواز بيعه حصول الأمرين، وهو اختلاف بين الأرباب وخوف الخراب كما ذكره المصنف، ومنهم من اكتفى بأحدهما. والأقوى العمل بما دلت عليه ظاهرا من جواز بيعه إذا حصل بين أربابه خلف شديد، وأن خوف الخراب مع ذلك أو منفردا ليس بشرط، لعدم دلالة الرواية عليه.

وأما مجوز بيعه مع كون بيعه أنفع للموقوف عليهم وإن لم يكن خلف فاستند فيه إلى رواية جعفر بن حيان (٢): " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلة له على قرابته من أبيه وقرابته من أمه، أفللورثة أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة؟ قال: نعم إذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم باعوا " (٣). ومال إلى العمل بمضمونها من المتأخرين الشهيد في شرح الإرشاد (٤) والشيخ علي (٥) - رحمهما الله - مع أن في طريقها جعفر بن حيان وحاله مجهول عند الأصحاب، ولم يذكره أحد من علماء الرجال بمدح ولا غيره، فالعمل بخبره فيما خالف الأصل والاجماع في غاية الضعف. وأما ابن إدريس (٦) فسد باب بيعه مدعيا الاجماع عليه والأخبار، وهي مطلقة أو عامة فيجب تقييدها أو تخصيصها بما ذكرناه جمعا.

(١) الكافي ٧: ٣٦ ح ٣٠، الفقيه ٤: ١٧٨ ذيل ح ٦٢٨، التهذيب ٩: ١٣٠ ح ٥٥٧،

الاستبصار ٤: ٩٨ ح ٣٨١، الوسائل ١٣: ٣٠٥ ب " ٦ " من أبواب الوقوف والصدقات ح ٦.

(٢) في اسم أبي الراوي اختلاف في نسخ الكتاب وكتب الحديث والرجال وأنه حنان أو حيان.

(٣) الكافي ٧: ٣٥ ح ٢٩، الفقيه ٤: ١٧٩ ح ٦٣٠، التهذيب ٩: ١٣٣ ح ٥٦٥، الاستبصار

٤: ٩٩ ح ٣٨٢، الوسائل ١٣: ٣٠٦ ب " ٦ " من أبواب الوقوف والصدقات ح ٨.

(٤) غاية المراد: ١٤٦.

(٥) جامع المقاصد ٩: ٧٠.

(٦) السرائر ٣: ١٥٣ و ١٦٧.

ولو انقلعت نخلة من الوقف، قيل: يجوز بيعها، لتعذر الانتفاع إلا بالبيع، وقيل: لا يجوز، لامكان الانتفاع بالإجارة للتسقيف وشبهه، وهو أشبه.

واعلم أن المصنف - رحمه الله - قد صرح في أول كلامه بأن شرط جواز البيع اجتماع الشرطين، وهما وقوع الخلف بين أربابه بحيث يخشى خرابه، ثم عقبه بقوله: "ولو لم يقع خلف ولا خشى خرابه" ومفهومه الاكتفاء بأحد الأمرين، وكان حق نفي المركب أن يكتفي بأحد جزأيه بأن يقول: ولو لم يقع خلف أو لم يخش خرابه ونحو ذلك، ليكون المنتفي هو ما حكم بجواز البيع معه. وقد تقدم (١) في البيع تجويزه ببيعه بثلاثة شرائط: الشرطين المذكورين مع كون ببيعه أعود فلم يكتف بهما. وقد تقدم (٢) الكلام فيما يصنع بثمنه على تقدير بيعه. قوله: "ولو انقلعت نخلة من الوقف... الخ".

المجوز لبيعها حينئذ هو الشيخ (٣) محتجا بما حكاه المصنف، ورده ابن إدريس (٤) بإمكان الانتفاع المذكور. وهو في موضعه حيث يمكن، وإلا فكلام الشيخ جيد. وأما ما ادعاه العلامة (٥) من أنه لا نزاع بينهما إلا في اللفظ، حيث إن الشيخ فرض سلب منافعها كما يقتضيه دليله، وابن إدريس فرض وجودها غير الثمرة، فلا يخلو من حيف على ابن إدريس، لأن دليل الشيخ اقتضى ادعاء عدم المنافع حينئذ لا على تقدير عدم المنافع، ففيه قصور بين. وحينئذ فالتفصيل أجود. ومثله ما لو انكسر جذع من الشجرة، أو زمنت الدابة، ونحو ذلك. ومتى جاز البيع وجب أن يشتري بثمنه ما يكون وقفا على الأقوى، مراعيًا للأقرب إلى صفة الأول فالأقرب.

(١) في ج ٣: ١٦٩.

(٢) في ج ٣: ١٧٠.

(٣) المبسوط ٣: ٣٠٠.

(٤) السرائر ٣: ١٦٧.

(٥) مختلف الشيعة ٢: ٤٩٤.

التاسعة: إذا آجر البطن الأول الوقف مدة، ثم انقضوا في أثنائها، فإن قلنا: الموت يبط الإجارة فلا كلام، وإن لم نقل فهل يبطل هنا؟ فيه تردد، أظهره البطلان، لأننا بينا أن هذه المدة ليست للموجودين، فيكون للبطن الثاني الخيار بين الإجازة في الباقي وبين الفسخ فيه، ويرجع المستأجر على تركة الأولين بما قابل المتخلف.

– قوله: " إذا آجر البطن الأول الوقف مدة... الخ ".
أشار بالتعليل إلى الفرق بين إجارة المالك والموقوف عليه مع اشتراكهما في إيقاع عقد لازم من الطرفين، ومن شأنه أنه لا يبطل بالموت. ووجه الفرق: أن ملك الموقوف عليه غير تام، فإن باقى البطون لهم استحقاق في الملك بأصل الصيغة لا بالتلقي عن الموقوف عليه، بحيث لو تصرف قبل الانتفاع صح، فبموت المؤجر من البطون تبين انتهاء حقه بموته، فيكون إجارته بالنسبة إلى بقية المدة تصرفاً في حق غيره فيتوقف على إجازته، بخلاف إجارة المالك، فإن له نقل ماله صحيحاً وإتلافه كيف شاء من غير مراعاة الوارث مطلقاً، وإنما يتلقى الوارث عنه ما كان ملكاً له حين موته أو في مرضه على بعض الوجوه، فلا يتبين بموته أنه متصرف في حق غيره. ويحتمل عدم البطلان، لأن المتصرف حينئذ كالمالك فكان ماضياً. ويضعف بأنه تصرف مراعى كما تقرر.

نعم، لو كان البطن المؤجر ناظراً على الوقف وآجر لمصلحة الوقف لا لمصلحته لم يبطل. وكذا لو كان المؤجر هو الناظر ولم يكن موقوفاً عليه. والمراد بالبطلان وقوفه على إجازة البطن المتلقي له كما يدل عليه قوله بعد ذلك: " فيكون للبطن الثاني الخيار... الخ ".

ولا يخفى أنه إنما يرجع المستأجر على تركة الأولين إذا كان قد دفع الأجرة. والمراد بمقابلة المتخلف أن ينسب أجرة مثله إلى أجرة مثل مجموع المدة، ويرجع من المسمى بمثل تلك النسبة. فلو كان قد آجره سنة بمائة مثلاً ومات بعد انقضاء نصفها، وفرض أن أجرة مثل النصف المتخلف تساوي ستين وأجرة مثل النصف

العاشرة: إذا وقف على الفقراء، انصرف إلى فقراء البلد ومن يحضره.
وكذا لو وقف على العلويين، وكذا لو وقف على بني أبي منتشرين، صرف
إلى الموجودين، ولا يجب تتبع من لم يحضر، لموضع المشقة.

- الماضي تساوي ثلاثين، رجع بثلاثي المائة المسماة، وهكذا.
قوله: " إذا وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد... الخ ".
قد عرفت أن الوقف على غير المنحصر وقف على الجهة المخصوصة لا على
أشخاصها، ومصرف الجهة من اتصف بوصفها من فقر وفقه وغيرهما، وحينئذ فلا
يجب صرف النماء إلى جميع الأشخاص الداخلين في الوصف، بل يجب صرفه إلى من
كان موجودا ببلد الوقف عند تفرقه من أهله وغيرهم، ولا يجب تتبع من غاب عنه
من أهله ولا من غيره، ولكن لو تتبع جاز.

وهل يجب استيعاب جميع من بالبلد، أم يجوز الاقتصار على بعضه؟ ظاهر
العبرة الأول، ويؤيده رواية (١) علي بن سليمان النوفلي عن أبي جعفر الثاني عليه
السلام أنه كتب إليه في ذلك فأجاب: " بأن الوقف لمن حضر البلد الذي هو فيه،
وليس لك أن تتبع من كان غائبا ". (٢) وقيل: يحزي الاقتصار على ثلاثة مراعاة
للجمع مع ما علم من أن الجهة لا تقتضي الأشخاص. وقيل: يكتفى باثنين بناء
على أنه أقل الجمع.

ويحتمل جواز الاقتصار على واحد نظرا إلى أن الأشخاص مصرف الوقف لا
مستحقون، إذ لو حمل الاستحقاق وعمل بظاهر اللفظ لوجب الاستيعاب، لأنه
جمع معرف مفيد للعموم فيجب التتبع ما أمكن. وعلى اعتبار الجمع لو لم يوجد في
البلد ثلاثة وجب أن يكمل من خارجه.
واعلم أن المراد من قوله: " انصرف إلى فقراء البلد " انصراف نماء الوقف لا

(١) في هامش " و " : " الرواية مجهولة السند فتصلح شاهدا لا دليلا. منه رحمه الله ".
(٢) الكافي ٧: ٣٨ ح ٣٧، الفقيه ٤: ١٧٨ ح ٦٢٧، التهذيب ٩، ١٣٣ ح ٥٦٣، الوسائل ١٣:
٣٠٨ ب " ٨ " من أبواب الوقوف والصدقات.

ولا يجوز للموقوف عليه وطئ الأمة الموقوفة، لأنه لا يختص بملكها. ولو أولدها، كان الولد حراً ولا قيمة عليه، لأنه لا يجب له على نفسه غرم.

انصراف الوقف كما قد يظهر من العبارة، فإن الوقف لو انصرف إلى من بالبلد لم يستحق غيره ممن غاب عنه من أهله وغيرهم، ولا يستحق من كان بالبلد وإن خرج بعد ذلك. والاتفاق على خلافه، وأنه لا فرق بين كون الوقف على من لا ينحصر في ابتداء الوقف واستدامته، وأنه لا يجب التسوية بين المقسوم عليهم في النصيب، سواء وجب استيعاب من بالبلد أم اكتفي بعدد خاص، للأصل.

قوله: " ولا يجوز للموقوف عليه وطئ الأمة الموقوفة... الخ ". أشار بقوله: " لا يختص بملكها " إلى جواب ما يقال: إنا إذا قلنا بانتقال الملك إلى الموقوف عليه ينبغي الجواز، لأنه انتفاع بملكه كغيره من وجوه الانتفاع فأجاب بأنه وإن كان مالكا إلا أن للبطون اللاحقة له حقا، ووطؤه وإن كان انتفاعا في زمن تملكه إلا أنه يغير غيره من وجوه الانتفاعات، من حيث إنه معرض للحمل الموجب لصيرورتها أم الولد المانع من دوام وقفها على البطون، لانعتاقها بموته، ولأن الملك غير تام.

وإنما كان الولد حراً على تقدير حملها لأن وطأه غير معدود زنا من حيث إنه مالك في الجملة. ولا يجب عليه قيمته لمن بعده من البطون، لأنه المستحق له الآن، والولد بمنزلة كسبها وثمره البستان، فيملكه زمن ملكه لأمه. وفي هذا دلالة على أن قيمة الولد حيث تجب لا يشتري بها عبد يكون وقفا، بل هو للموجودين كالنماء، وهو أحد القولين في المسألة. والآخر: أنه يكون وقفا كأمه، كما يتبع الولد أمه المرهونة والمدبرة. وزعم القائل أن الحكم كلي. وفي الكلية منع، وعلى تقديره يجب أن يشتري بقيمته عند سقوطه حيا ما يكون وقفا.

وكما لا يجب المهر لا يجب الحد، لما تقدم من أنه ليس بزان وإن فعل حراما، كنظائره من وطئ الحليلة محرما. وعلى القول بأن الملك لا ينتقل إليه ينبغي وجوب الحدان إن لم يكن له شبهة يدرأ بها الحد، للعموم. ولكن قال في التذكرة: إنه لا حد

وهل تصير أم ولد؟ قيل: نعم وتنعتق بموته، وتؤخذ القيمة من تركته لمن يليه من البطون. وفيه تردد.

أيضا، لأن شبهة الملك فيه ثابتة (١). والمراد أن شبهة كونه مالكا متحققة وإن رجحنا عدم الملك، لأنها مسألة اجتهادية لا يندفع بترجيح أحد جانبيها أصل الشبهة عن الجانب المخالف، وهو كاف في درء الحد. ولا بأس به. هذا كله إذا لم يكن له شريك بأن انحصر أهل طبقتة فيه، وإلا وجب عليه قيمة حصة الشريك. وفي حده بنسبة حصته وجه قوي، لأن ملكها مشترك بينهما على حد سواء، ووطئ الأمة المشتركة يوجب ذلك، ولكن لم يتعرضوا له هنا. قوله: " وهل تصير أم ولد؟ قيل: نعم... الخ ". الكلام هنا يقع في موضعين، وهما أيضا موضع التردد: أحدهما: هل تصير أم ولد أم لا؟ فيه قولان: ووجه الأول: تحقق علوقها منه في ملكه على القول بانتقال الملك إليه، لأنه مبني عليه. وهذا هو السبب في صيرورتها أم ولد بالنص والاجماع. ووجه الثاني: أن السبب هو وقوعه في الملك التام المختص بالملك المعين، ولا اختصاص هنا، لأن حق باقي البطون متعلق بها الآن فلا يجوز إبطاله. وهذا راجع إلى منع دعوى سببية ما ادعي سببته. ولأنها تقوم عليه كلها بعقدها بالاستيلاء، ولا شيء من أم الولد يقوم كلها على المولى بدليل الاستقراء. ولمنافاة الوقف الاستيلاء. والحق: أنه تعارض هنا عموم النهي عن ابطال الوقف وتغييره والحكم بدوامه ولزومه وعموم دليل ثبوت الاستيلاء لها، فيرجع إلى المرجح، فيحتمل أن يكون هو الثاني، لأن الاستيلاء مبني على التغليب كالعق، ويحتمل الأول، لسبقه فيستصحب حكمه إلى أن يثبت المزيل. ومثله تقديم حق المرتهن لو أولدها الراهن، وقد تقدم (٢). وهذا متجه.

(١) التذكرة ٢: ٤٤١.

(٢) في ج ٤: ٤٩.

الثاني: على تقدير صيرورتها أم ولد هل تؤخذ القيمة من تركته للبطون الباقية؟ وجهان منشؤهما أن عوض الموقوف هل يكون للبطن الذي حصل العوض في زمانه، أو بيم البطون؟ فعلى الأول لا تؤخذ، لاستحالة ثبوت العوض عليه لنفسه، وعلى الثاني تؤخذ، لأن الواطئ متلف لها فيلزمه ضمانها في تركته، كما إذا أتلف مالا على غيره.

وربما قيل بأن التردد ليس إلا في الأول، فإنما متى حكمنا بكونها أم ولد تنعتق بموته كسائر أمهات الأولاد، وتؤخذ من تركته قيمتها قولاً واحداً. والفرق بين القيمة هنا وغيرها من عوض الوقف الذي يجري فيه الخلاف إذا باشره الموقوف عليه: أن الواطئ هنا إنما أتلفها على من بعده من البطون بعد موته، فحال الاتلاف لم يكن في ملكه، بخلاف ما لو أتلفها في حياته، لأنه أتلفها على نفسه، ولا يستحق وارثه في القيمة شيئاً، لأنها حال الضمان لم تكن ملكه، بل ضمانها لغيره. وأجيب بأنها إذا صارت أم ولد يحكم عليه بقيمتها في الحال، كما في وطئ أحد الشريكين وعلوقها منه. قال الشهيد - رحمه الله - في الشرح: وهذا وارد على عبارة القوم، ولعلمهم أرادوا ذلك، لكن لما كان أحد الاحتمالين صرفها إلى من يليه من البطون وهو الآن لا يملك، تأخر الدفع إلى بعد الموت. ولا يلزم منه تأخير الحكم بنفوذ الاستيلاء ولزوم القيمة في الجملة إلى بعد الموت (١). ويمكن أن يكون سبب حكم الأصحاب بتأخير الحكم بعقها ولزوم القيمة إلى بعد الموت احتمال موت الولد في حياة الواطئ، فلا يتحقق سبب العتق المقتضي لبطلان الوقف بعد لزومه وتمامه. ويمكن حينئذ الجمع بين الحكمين بجعل الموت كاشفاً عن نفوذ الاستيلاء من حينه جمعاً بين حق الوقف والاستيلاء. وهذا كله إذا لم يكن في الطبقة غير الواطئ، فلو كان معه شريك احتل

(١) غاية المراد: ١٤١.

ويجوز تزويج الأمة الموقوفة، ومهرها للموجودين من أرباب الوقف، لأنه فائدة كأجرة الدار.

تعجيل غرامته القيمة، لوجود المستحق حينئذ وقد حال بينه وبينها بالاستيلاء، وإلحاقه بالسابق، لاحتمال موت الولد، وهذا أولى. وعلى ما بيناه من وقوع العتق بالاستيلاء وإن تأخر الحكم يعلم أنه لا فرق في الولد بين كونه من أهل الوقف وعدمه، وأنها (١) تنعتق عليه لدخولها في ملك الواطئ، وقد انكشف بالموت نفوذ الاستيلاء من حينه، لوجود السبب وانتفاء المانع باستمرار حياة الولد. إذا تقرر ذلك، فمتى قلنا بنفوذ الاستيلاء فالأقوى لزوم القيمة بعد الموت يشتري بها ما يكون وقفاً، وتنعتق من نصيب ولدها على كل حال. ويجب في البديل مساواته للمبدل في الصفات بحسب الممكن. قوله: " ويجوز تزويج الأمة الموقوفة... الخ ". لا خلاف عندنا في جواز تزويجها، لأنه عقد على بعض منافعها يجري مجرى الإجارة، وفيه تحصين لها، وهو غرض مطلوب شرعاً. وإنما منع منه بعض الشافعية (٢) من حيث إنها إذا حبلت منعت عن العمل، وربما ماتت في الطلق. وظاهر أن مثل هذا لا يمنع. وأما كون المهر للموجودين فلما أشار إليه المصنف من العلة من أنه فائدة من فوائدها وعوض عن منفعتها المختصة بهم، فيكون عوضها كذلك. ويتولى تزويجها الموقوف عليه إن قلنا بانتقالها إليه. وعلى الانتقال إلى الله تعالى يزوجه الحاكم، لأنه المتولي لنحو ذلك، وقول الشيخ أنها تزوج نفسها ضعيف (٣). ولو كانت موقوفة على جهة عامة زوجها الحاكم أيضاً. ولو قيل ببقاء الوقف على ملك الواقف تولى هو التزويج.

(١) في " ب " و " م " وهامش " و " : في أنها.

(٢) المهذب راجع المجموع ١٥ : ٣٤١، والوجيز ١ : ٢٤٨.

(٣) المبسوط ٣ : ٢٩٠.

وكذا ولدها من نمائها إذا كان من مملوك أو من زنا، ويختص به البطن الذين يولد معهم. فإن كان من حر بوطنٍ صحيح كان حراً، إلا أن يشترطوا رقيته في العقد.

ولو وطئها الحر بشبهة، كان ولدها حراً، وعليه قيمته للموقوف عليهم.

ولو وطئها الواقف كان كالأجنبي.

قوله: " وكذا ولدها من نمائها إذا كان من مملوك... الخ ".
هذا هو الأشهر (١) بين الأصحاب، فإن الولد من جملة النماء، فأشبهه الكسب وثمره البستان وولد الدابة. وذهب جماعة من الأصحاب منهم الشيخ (٢) وابن الجنيد (٣) إلى أنه يكون وقفا كأمه، لأن كل ولد ذات رحم حكمه حكم أمه كالمدبرة والمرهونة على قول. وفي الكلية منع. وأما تبعية الولد لأبيه في الحرية إذا كان من وطئ صحيح فلا شبهة فيه، إلا مع اشتراط رقيته في العقد ففيه خلاف يأتي في بابه (٤) - إن شاء الله تعالى - وأن الأقوى عدم صحة الشرط.
قوله: " ولو وطئها الحر بشبهة كان ولدها حراً، وعليه قيمته للموقوف عليهم " .

أما كونه حراً فلأن ولد الشبهة تابع لحال أبيه في الرقية والحرية. وأما لزوم القيمة فلأنه فوت على الموقوف عليهم ولد أمة بغير استحقاق. والمراد كون القيمة للموقوف عليهم على وجه الملك التام لا على وجه الوقف على أصح القولين، كالولد الرقيق.

قوله: " ولو وطئها الواقف كان كالأجنبي " .
بناء على انتقال الملك عنه، فإنه أصح الأقوال مطلقاً، فيترتب على وطئه ما يترتب على وطئ الأجنبي. ولا فرق حينئذ بين أن نقول بانتقال الملك إلى الله تعالى أو إلى الموقوف عليه، لاشتراكهما في المعنى الموجب لخروجه عن الاستحقاق وكونه

(١) في " م " : المشهور.

(٢) المبسوط ٣ : ٢٩٠ .

(٣) حكاة عنه العلامة في المختلف ٢ : ٤٩٥ .

(٤) في كتاب النكاح، القسم الثالث نكاح الإمام، المسألة الثانية من الباب الأول.

وأما الصدقة فهي عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول وإقباض. ولو قبضها المعطى له من غير رضا المالك، لم تنتقل إليه. ومن شرطها نية القرية،

كالأجنبي. ولو قلنا ببقاء ملكه فلا حد عليه لشبهة الملك. وفي نفوذ الاستيلاء الخلاف في استيلاء الراهن، لتعلق حق الموقوف عليه، وأولى بالمنع هنا. قوله: في الصدقة: " ولو قبضها المعطى له... الخ ". لأن القبض المترتب عليه أثره هو المأذون فيه شرعا، والمنهي عنه غير منظور إليه. ومثله غيرها من العقود المفتقرة إلى القبض كالوقف والهبة. وأما مثل البيع فقد يفيد القبض بدون إذن البائع في بعض الفوائد كانتقال الضمان، لكن لا من حيث إنه قبض المبيع، بل من حيث اليد المقتضية له، ويبقى غيره من فوائد القبض. قوله: " ومن شرطها نية القرية ".

ظاهرهم أنه وفاقي، ويدل عليه أيضا رواية هشام وحماد وابن أذينة وابن بكير وغير واحد كلهم قالوا: " قال أبو عبد الله عليه السلام: لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى " (١). وقد يلوح من بعض كلامهم عدم الاتفاق عليه حيث استدلوا على أن الإبراء لا يحتاج إلى القبول بقوله تعالى: (وأن تصدقوا خيرا لكم) (٢) وفسروا الصدقة هذا بالإبراء مع أنه غير مفتقر إلى القرية. ويلزم منه عدم افتقارها إلى القبول أيضا لذلك (٣). إلا أن يقال: إنها تطلق على معينين خاص وعام، وأن الإبراء صدقة بالمعنى العام، وكلامهم هنا في المعنى الخاص. وقد تقدم (٤) في الوقف أنه صدقة،

(١) الكافي ٧: ٣٠ ح ٢، التهذيب ٩: ١٣٩ ح ٥٨٤، الوسائل ١٣: ٣٢٠ ب " ١٣ " من أبواب الصدقات ح ٣.
(٢) سورة البقرة: ٢٨٠.
(٣) في " و " و " ب " : كذلك.
(٤) في ص: ٣١٠.

ولا يجوز الرجوع فيها بعد القبض على الأصح، لأن المقصود بها الأجر وقد حصل، فهي كالمعوض عنها.
والصدقة المفروضة محرمة علي بني هاشم، إلا صدقة الهاشمي أو صدقة غيره عند الاضطرار،

والأخبار (١) مشحونة به، مع أن الأصح عدم اعتبار نية القربة فيه، وهذا يؤيد اعتبار المعنى العام.

قوله: " ولا يجوز الرجوع فيها بعد القبض... الخ " .
خالف في ذلك الشيخ - رحمه الله - فقال: " إن صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الأحكام، ومن شرطها الإيجاب والقبول، ولا يلزم إلا بالقبض، وكل من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة عليه " (٢).
ونبه المصنف بقوله: " لأن المقصود بها الأجر وقد حصل " على رد قول الشيخ لو سلم مساواتها للهبة، لأن الهبة إذا حصل لها عوض لا يجوز الرجوع فيها مطلقاً، والصدقة تستلزم العوض دائماً، وهو القربة، فكانت كالمعوض عنها. وهذا هو الأقوى، حتى لو فرض في الهبة التقرب كان عوضاً كالصدقة ولم يجز الرجوع فيها. ويدل عليه أيضاً من الأخبار قول الصادق عليه السلام في صحيحة عبد الله بن سنان وقد سأله عن الرجل يتصدق بالصدقة ثم يعود في صدقته فقال: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: إنما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي يقى ثم يعود في قيته " (٣) والعود في القى غير جائز فكذا العود في الصدقة. والحاصل: أن قول الشيخ إما ضعيف جداً أو مبنى على عدم اشتراط نية القربة فيها، فيكون قولاً في المسألة.
قوله: " والصدقة المفروضة محرمة علي بني هاشم... الخ " .

(١) لاحظ الوسائل ١٣: ٢٩٢ ب " ١ و ٤ و ٥ " من أبواب الوقوف والصدقات.

(٢) المبسوط ٣: ٣١٤.

(٣) التهذيب ٩: ١٥١ ح ٦١٨، الوسائل ١٣: ٣١٦ ب " ١١ " من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٢.

لا خلاف في تحريم الصدقة الواجبة علي بني هاشم في الجملة عدا ما استثنى، ولكن اختلفوا في عمومها أو تخصيصها بالزكاة، والأكثر أطلقوا كالمصنف، وكذلك ورد تحريم الصدقة من غير تفصيل عليهم (١) فيعم. ولكن ظاهر جملة من الأخبار أن الحكم مختص بالزكاة، فيكون ذلك تقييدا لما أطلق منها، فمما صرح بالتخصيص رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصدقة التي حرمت علي بني هاشم ما هي؟ قال: الزكاة قلت: فتحل صدقة بعضهم علي بعض؟ قال: نعم " (٢).

ومما دل بظاهره علي ذلك صحيحة العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " إن أناسا من بني هاشم أتوا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فسألوه

أن يستعملهم علي صدقات المواشي، وقالوا: يكون لنا هذا السهم الذي جعله الله تعالى للعاملين عليها فنحن أولى به، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: يا بني عبد المطلب إن الصدقة لا تحل لي ولا لكم " (٣) الحديث. وحسنة محمد بن مسلم وأبي بصير وزرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالوا: " قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إن الصدقة أوساخ أيدي الناس، وإن الله حرم علي منها ومن غيرها ما قد حرمه، وإن الصدقة لا تحل لبني عبد المطلب " (٤). فإن الأوساخ ظاهرة في الزكاة بقرينة أنها مطهرة للمال فأخرجت وسخه معها، كما حقق في باب

(١) راجع الوسائل ٦: ١٨٥ ب " ٢٩ " من أبواب المستحقين للزكاة، وأيضا مستدرك الوسائل ٧: ١٢٠ ب " ١٦ " من أبواب المستحقين للزكاة.

(٢) الكافي ٤: ٥٩ ح ٥، التهذيب ٤: ٥٨ ح ١٥٦، الاستبصار ٢: ٣٥ ح ١٠٧، الوسائل ٦: ١٩٠ ب " ٣٢ " من أبواب المستحقين للزكاة ح ٥.

(٣) الكافي ٤: ٥٨ ح ١، التهذيب ٤: ٥٨ ح ١٥٤، الوسائل ٦: ١٨٥ ب " ٢٩ " من أبواب المستحقين للزكاة ح ١.

(٤) الكافي ٤: ٥٨ ح ٢، التهذيب ٤: ٥٨ ح ١٥٥، الاستبصار ٢: ٣٥ ح ١٠٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

ولا بأس بالصدقة المندوبة عليهم.

- الزكاة.

وروى جعفر بن إبراهيم الجعفري الهاشمي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " قلت له: أتحل الصدقة لبني هاشم؟ فقال: إنما تلك الصدقة الواجبة على الناس لا تحل لنا، فأما غير ذلك فليس به بأس، ولو كان كذلك ما استطاعوا أن يخرجوا إلى مكة، هذه المياه عامتها صدقة " (١). وهذه الرواية (٢) تحتل إرادة الزكاة

وإرادة مطلق الواجبة، ولعل الأول منها أظهر بقريته إشارته إلى الفرد الأظهر. وكيف كان فالأقوى اختصاص المنع بالزكاة، لعدم دليل صالح على العموم. قوله: " ولا بأس بالصدقة المندوبة عليهم ".

يفهم من هذا التخصيص تحريم غير المندوبة مطلقا عليهم مضافا إلى إطلاق تحريم الواجبة، فيشمل المندوبة والكفارة وغيرهما. وفي القواعد أطلق أولا تحريم الصدقة المفروضة كما هنا، ثم عقبه بقوله: " ولا بأس بالمندوبة وغير الزكاة كالمندوبة " (٣) فدل تخصيصه على خلاف ما دلت عليه هذه العبارة، وهو اختصاص المفروضة أولا وثانيا. وهو أجود.

واعلم أنه لا خلاف في إباحة المندوبة لمن عدا النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام منهم، والأخبار بحث النبي صلى الله عليه وآله على صلتهم وصنائع الخير معهم كثيرة (٤). واستثنى في التذكرة (٥) من بني هاشم النبي صلى الله عليه وآله وسلم، فمال إلى تحريم الصدقة المندوبة عليه وإلى إلحاق الأئمة عليهم السلام به في ذلك، لما فيه من الغض والنقص وتسلط المتصدق وعلو مرتبته على

(١) الكافي ٤: ٥٩ ح ٣، التهذيب ٤: ٦٢ ح ١٦٦، الوسائل ٦: ١٨٩ ب " ٣١ " من أبواب المستحقين للزكاة ح ٣.

(٢) في " س " : هذه الروايات.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢٧٣.

(٤) راجع الوسائل ١١: ٥٥٦ ب " ١٧ " من أبواب فعل المعروف

(٥) تذكرة الفقهاء ١: ٢٣٥.

مسائل ثلاث:

الأولى: لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض، سواء عوض عنها أو لم يعوض، لرحم كانت أو لأجنبي، على الأصح.
الثانية: يجوز الصدقة على الذمي وإن كان أجنبياً، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: " على كل كبد حري أجر "، ولقوله تعالى: (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين).

- المتصدق عليه، ومنصب النبوة أرفع من ذلك وأجل وأشرف، بخلاف الهدية، فإنها لا تقتضي ذلك، ونسب الرواية بشريهم من سقايات مكة إلى رواية العامة. وقد عرفت أنا روينا مثلها في الصحيح، فإن الرواية التي نقلناها سابقاً في ذلك من الكافي، وهي بمعنى ما رواه العامة في ذلك، وهما معا يدلان على عدم تحريم المندوبة عليهم مطلقاً.

قوله: " لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض... الخ ".

هذا هو الأقوى، وقد تقدم (١) ذلك وأن المخالف الشيخ رحمه الله. ولا وجه لإعادة المسألة مرة أخرى عن قرب.

قوله: " يجوز الصدقة على الذمي وإن كان أجنبياً... الخ ".

هذا هو الأشهر (٢)، ودلالة الآية (٣) والخبر (٤) عليه ظاهرة. ويظهر من بعض الأصحاب (٥) أن الخلاف في الصدقة على الذمي كالخلاف في الوقف عليه، وقد تقدم (٦) أن فيه أقوالاً. ونقل في الدروس (٧) عن الحسن المنع من الصدقة على غير

(١) في ص: ٤٠٩.

(٢) في "س": المشهور.

(٣) الممتحنة: ٨.

(٤) عوالي اللئالي ١: ٩٥ ح ٣، مسند أحمد بن حنبل ٢: ٢٢٢، ٢٢٣.

(٥) راجع جامع المقاصد ٩: ١٣٢.

(٦) في ص: ٣٣٢ - ٣٣٣.

(٧) الدروس: ٦٧.

الثالثة: صدقة السر أفضل من الجهر، إلا أن يتهم في ترك
المواساة، فيظهرها دفعا للتهمة.

- المؤمن مطلقا، وقد روى الكليني - رحمه الله - ما يؤيده، فروى عن سدير الصيرفي
قال: " قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أطعم سائلا لا أعرفه مسلما؟ قال: نعم أعط
من لا تعرفه بولاية ولا عداوة للحق، إن الله تعالى عز وجل يقول: (وقولوا للناس حسنا)
ولا تطعم من نصب لشيء من الحق أو دعا إلى شيء من الباطل " (١). ولكن روى
أيضا عن عمرو بن أبي نصر: " قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن أهل
البوادي يقتحمون علينا وفيهم اليهود والنصارى والمجوس فتصدق عليهم؟ فقال:
نعم " (٢). ويمكن حمل الأول على الكراهة جمعا.
قوله: " صدقة السر أفضل من صدقة الجهر... الخ ".
أما أفضلية صدقة السر فموضع وفاق، والكتاب والسنة ناطقان به، قال الله
تعالى: (وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) (٣)، وقال رسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم: " صدقة السر تطفى غضب الرب " (٤)، وقال الصادق عليه
السلام: " الصدقة والله في السر أفضل منها في العلانية " (٥).
هذا إذا لم يستلزم إخفاؤها اتهام الناس له بترك المواساة وإلا فإظهارها أفضل،
لأنه لا ينبغي أن يجعل عرضه عرضة للتهم، فقد تخرج من ذلك النبي صلى الله عليه
وآله وسلم مع بعده عنه فغيره أولى. وكذا لو قصد بالإظهار متابعة الناس له في ذلك
واقترادهم به لما فيه من التحريض على نفع الفقراء.

- (١) الكافي ٤: ١٣ ح ١، الوسائل ٦: ٢٨٨ ب " ٢١ " من أبواب الصدقة ح ٣ والآية في سورة
البقرة: ٨٣.
(٢) الكافي ٤: ١٤ ح ٣، الوسائل ٦: ٢٨٩ ب " ٢١ " من أبواب الصدقة ح ٧.
(٣) سورة البقرة: ٢٧١.
(٤) الوسائل ٦: ٢٧٥ ب " ١٣ " من أبواب الصدقة ح ١ و ٢ و ٧ و ١٠.
(٥) الكافي ٤: ٨ ح ٢، الفقيه ٢: ٣٨ ح ١٦٢، الوسائل ٦: ٢٧٥ ب " ١٣ " من أبواب
الصدقة ح ٣.

هذا كله في الصدقة المندوبة. أما المفروضة فيإظهارها مطلقا أفضل، جزم به في الدروس (١)، ورواه علي بن إبراهيم في تفسيره (٢) عن الصادق عليه السلام، ولأن الرياء لا يتطرق إليها غالبا كما يتطرق إلى المندوبة، ولا استحباب حمل الواجبة إلى الإمام المنافي للكتمان غالبا. وروي (٣) عن ابن عباس أن صدقة السر في التطوع تفضل علانيتها بسبعين ضعفا، وصدقة الفريضة علانيتها أفضل من سرها بخمسة وعشرين ضعفا. وقيل: الاخفاء أفضل مطلقا عملا بعموم الآية إلا مع المحذورين. وله وجه.

(١) الدروس: ٦٧.

(٢) تفسير القمي ١: ٩٢ - ٩٣.

(٣) جامع البيان (تفسير الطبري) ٣: ٦٢.

كتاب السكنى والحبس
وهي عقد يفتقر إلى الايجاب والقبول والقبض.

- قوله: " وهي عقد "

الضمير يعود إلى السكنى بقريئة التأنيث وإن كان الحكم في الحبس كذلك،
وكان الأولى عوده إليهما. وفي تغليب السكنى على ما يعم العمرى والرقبى تجوز (آخر)
(١)

فإنهما أعم منها من وجه، فلو جعل عنوان الكتاب السكنى وتوابعها أو يصرح بالجميع
- كما فعل جماعة - كان أولى.

قوله: " يفتقر إلى الايجاب والقبول والقبض "

لا اشكال في افتقار السكنى وقسيميها إلى الايجاب والقبول حيث يقترن بمدة
أو عمر. أما مع اطلاقها فظاهره - كغيره - أنها كذلك، لأن الأصل أن لا ينتقل شئ
إلى ملك الغير بدون قبوله، وهنا المنتقل المنفعة في الجملة. ويمكن القول بعدم
اشتراط القبول هنا، لأنها حينئذ بمعنى إباحة السكنى، لجواز الرجوع فيها متى شاء
كما سيأتي (٢). ويمكن الجواب حينئذ بأنها تصير عقدا جائزا، وذلك لا يمنع من
اشتراط القبول كظائره. أو نقول: إنها مع الاطلاق لازمة في مسمى الاسكان، وإنما
يجوز الرجوع فيها بعد تحقق المسمى، كما صرح به في التذكرة (٣)، وحينئذ فلا اشكال
في اعتبار القبول، لأنها من العقود اللازمة في الجملة وإن طرأ عليها الجواز بعد
انقضاء المسمى.

(١) لم ترد في " ب "

(٢) في ص: ٤٢٥.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٠.

وفائدتها التسليط على استيفاء المنفعة، مع بقاء الملك على مالكه.
ويختلف
عليها الأسماء بحسب اختلاف الإضافة. فإذا اقترنت بالعمر قيل عمرى،
وبالاسكان قيل سكنى، وبالمدة قيل: رقبى، إما من الارتقاب أو من رقبة
الملك.

ويستفاد من مفهوم افتقارها إلى الثلاثة أنها لا تفتقر إلى قصد القرية، وهو
أصح القولين في المسألة، للأصل، وإن توقف عليه حصول الثواب. وفي القواعد (١)
جزم بافتقارها إلى نية التقرب، وظاهره أنها شرط لصحتها كالثلاثة. ووجهه غير
واضح. وبعض النسخ المقروءة على المصنف خالية منه. وربما حمل على إرادة حصول
الثواب، بمعنى أنها لا تكون قرية بدونه. وهو خلاف الظاهر.
قوله: " وفائدتها التسليط على استيفاء المنفعة مع بقاء الملك على
مالكه "

هذا مما لا خلاف فيه عندنا. ونبه به على خلاف بعض العامة (٢) حيث جعلها
مفيدة فائدة الهبة على بعض الوجوه، فينتقل ملك العين إلى الساكن.
قوله: " وتختلف عليها الأسماء بحسب اختلاف الإضافة... الخ ".
اختلاف الأسماء الثلاثة عليها إنما يتم إذا تعلق بالمسكن، وحينئذ فتكون
السكنى أعم منهما، لشمولها ما لو أسكنه مدة مخصوصة أو عمر أحدهما أو أطلق.
ولكن سيأتي (٣) أن كل ما صح وقفه صح إعمارها، والرقبى بمعناها فلا تختصان
بالمسكن، فتكونان أعم منها من هذا الوجه.
وإنما كانت السكنى أعم منهما في عبارته لأنه جعل مناط اطلاق العمرى اقتران
السكنى بالعمر ومناط الرقبى اقترانها بالمدة والسكنى ذكر الاسكان، وذلك يتحقق
بذكر ما اعتبر اقترانه في العقد كيف كان، فإذا قال: أسكنتك هذه الدار مدة عمرى،

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٧٢.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٣٣٥ - ٣٣٦، رحمة الأمة: ١٨٥.

(٣) في ص: ٤٢٧.

تحققت السكنى لاقترانها بها والعمرى لاقترانها بالعمر، وإن قال: أعمرتكها عمرك، تحققت العمرى خاصة، وإن قال: أسكنتكها مدة كذا، تحققت السكنى والرقبى، وإن قال: أرقبتكها، تحققت الرقبى خاصة. فبينهما عموم وخصوص من وجه، وبين العمرى والرقبى تباين. فيجمع السكنى مع العمرى فيما لو أسكنه الدار عمر أحدهما، وتنفرد السكنى بما لو أسكنه إياها لا كذلك بل إما مدة أو مطلقا، وتنفرد العمرى بما لو كان المعمر غير مسكن أو لم يقرنها بالاسكان. ويجتمع السكنى مع الرقبى فيما لو أسكنه الدار مدة مخصوص، وتنفرد عنها السكنى بما لو أسكنها لا كذلك، والرقبى بما لو كان غير مسكن أو لم يقرنها به. وأما العمرى والرقبى فإنهما وإن اشتركا في المورد لكن يمتازان بالتقييد بالعمر أو بمدة مخصوصة. وحينئذ فاختلاف الأسماء عليها كما ذكره المصنف إنما يتم مع تعلقها بالمسكن لا مطلقا. هذا هو الذي تقتضيه عبارة المصنف والأكثر، ولكن في التحرير (١) ما يخالف هذا الاصطلاح، فإنه خص العمرى بما لا يشتمل عقدها على لفظ السكنى بأن يقول: أعمرتكها مدة عمرك، والرقبى بما لا يشتمل على السكنى كذلك بل على المدة بأن يقول: أرقبتكها مدة كذا، فإن ذكر الاسكان فهي سكنى خاصة وإن قرنها بالعمر أو بمدة. وحينئذ فبينهما بهذا الاعتبار تباين وإن اختصا عن السكنى بتعلقهما بغير المسكن.

واعلم أن اطلاق اسم السكنى بالمعنى الأعم والعمرى مطابق للمعنى، وأما الرقبى فأخذها من الارتقاب - وهو انتظار الأمد الذي علقت عليه، أو من رقبة الملك بمعنى اعطاء الرقبة للانتفاع بها المدة المذكورة - لا ينافي المعنيين الأخيرين، لأن كلا من الساكن والمسكن أو مطلق المعطى في الأقسام الثلاثة يرتقب المدة التي يرجع فيها، وذلك في العمرى ظاهر، وفي السكنى المطلقة يتم في أخذها من رقبة الملك مطلقا،

(١) تحرير الأحكام ١: ٢٩٠.

والعبارة عن العقد أن يقول: أسكنتك أو أعمرتك أو أرقبتك أو ما جرى مجرى ذلك، هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا المسكن، عمرك أو عمري أو مدة معينة.

وفي أخذها من ارتقاب المدة من جهة القابل، فإنه يرتقب في كل وقت أخذ المالك العين، لكن وقع الاصطلاح على اختصاص الرقبى بما قرن بالمدة المخصصة. وفي التذكرة (١) أن العرب كانت تستعمل العمرى والرقبى في معنى واحد، فالعمرى مأخوذ من العمر، والرقبى من الرقوب، كأن كل واحد منها يرتقب موت صاحبه. وحكى عن علي عليه السلام أنه قال: "العمرى والرقبى سواء" (٢). وبهذا المعنى صرح الشيخ في المبسوط فقال: "صورتها صورة العمرى إلا أن اللفظ يختلف، فإنه يقول: أعمرتك هذه الدار مدة حياتك أو مدة حياتي، والرقبى يحتاج إلى أن يقول: أرقبتك هذه الدار مدة حياتك أو مدة حياتي. قال: ومن أصحابنا من قال: الرقبى أن يقول: جعلت خدمة هذا العبد لك مدة حياتك أو مدة حياتي وهو مأخوذ من رقبة العبد، والأول مأخوذ من رقبة الملك" (٣). وبمعنى ما ذكره الشيخ أفتى ابن البراج (٤) وأبو الصلاح (٥). والأول أشهر. قوله: "والعبارة عن العقد أن يقول... الخ".

مما جرى مجراه قوله: هذه الدار لك عمرك، أو هي لك مدة حياتك ونحوه. وزاد في التذكرة: "وهبت منك هذه الدار عمرك على أنك إن مت قبلي عادت إلي وإن مت قبلك استقرت عليك" (٦). والظاهر أنه أراد بقوله: استقرت عليك أي بقية عمرك لا مطلقاً، لأنه هو المعروف في المذهب. ونقل عن بعض العامة أنها حينئذ

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٤٨.

(٢) دعائم الاسلام ٢: ٣٢٤ ح ١٢٢٤

(٣) المبسوط ٣: ٣١٦.

(٤) المهذب ٢: ١٠٠ - ١٠١.

(٥) الكافي في الفقه: ٣٦٣.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٤٨.

فيلزم بالقبض، وقيل: لا يلزم، وقيل: يلزم إن قصد به القرية. والأول أشهر.

ولو قال: لك سكنى هذه الدار ما بقيت أو حيت، جاز ويرجع إلى المسكن بعد موت الساكن، على الأشبه. أما لو قال: فإذا مت رجعت إلي، فإنها ترجع قطعاً.

لأخيرهما موتاً. وظاهر كلامه يدل عليه، لأن استقرارها للمعطى إذا تأخرت حياته يدل ظاهراً على ملكه لها مستقراً.
قوله: " فيلزم بالقبض... الخ "

المعروف من مذهب الأصحاب هو القول الأول، ووجهه عموم الأمر بالوفاء بالعقود (١) المتناول لموضع النزاع. ولا يرد تناوله لما قبل القبض، للاجماع على أنه حينئذ غير لازم، ورواية الحسين بن نعيم (٢) عن الكاظم عليه السلام المتضمنة لكون البيع لا ينقض السكنى، ورواية أبي الصباح عن الصادق عليه السلام: " إن كان جعل السكنى في حياته فهو كما شرط، وإن جعلها له ولعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا ثم ترجع الدار إلى صاحبها الأول " (٣).
والقولان الآخران لم نقف على قائلهما، ومستند الثاني منهما أصالة عدم اللزوم، وهي مرتفعة بما ذكرناه، والثالث أن هذا العقد في معنى الهبة المعوضة والقرية في معناه. وحيث يثبت اللزوم مطلقاً فلا حاجة بنا إلى اشتراط أمر آخر.
قوله: " ولو قال لك سكنى هذه الدار - إلى قوله - قطعاً ".
هذه المسألة لم ينقل أصحابنا فيها خلافاً، بل ظاهرهم الاتفاق على رجوعها

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) الكافي ٧: ٣٨ ح ٣٨، الفقيه ٤: ١٨٥ ح ٦٤٩، التهذيب ٩: ١٤١ ح ٥٩٣، الاستبصار

٤: ١٠٤ ح ٣٩٩، الوسائل ١٣: ٢٦٧ ب " ٢٤ " من أبواب الإجارة ح ٣.

(٣) الكافي ٧: ٣٣ ح ٢٢، الفقيه ٤: ١٨٧ ح ٦٥٣، التهذيب ٩: ١٤٠ ح ٥٨٨، الاستبصار

٤: ١٠٤ ح ٣٩٧، الوسائل ١٣: ٣٢٦ ب " ٣ " من أبواب السكنى والحبيس ح ١.

ولو قال: أعمرتك هذه الدار لك ولعقبك، كان عمري ولم تنتقل إلى المعمر، وكان كما لو لم يذكر العقب، على الأشبه.

إلى المسكن مطلقاً، لكن الشيخ في المبسوط نقل فيها قولين: الصحة والبطلان، ثم نقل عن القائلين بالصحة أنهم اختلفوا فذهب قوم منهم إلى أنها يكون للمعمر مدة بقائه ولورثته بعده، وقال آخرون منهم: إنه إذا مات رجعت إلى المعمر أو إلى ورثته إن كان مات. قال: وهذا هو الصحيح على مذهبنا (١). وهذا الخلاف كله للمخالفين - كما هي عادة الشيخ في هذا الكتاب - لأصحابنا، ويؤيده قوله في آخره: " وهذا هو الصحيح في مذهبنا " لأن عاداته اختيار ما يوافق مذهبه من أقوال المخالفين بعد حكايتها.

واعلم أن الضمير المستتر في قوله: " ترجع " يرجع إلى السكنى لا إلى الدار، لأن السكنى هي المنتقلة إلى ملك الساكن أما الدار فباقية على ملك مالكها لم تزل، بخلاف المنفعة، فإنها انتقلت زماناً مخصوصاً ثم رجعت إلى المالك. قوله: " ولو قال أعمرتك هذه الدار لك... الخ "

كما يجوز تعليق العمري على عمر المعمر، يجوز إضافة عقبه إليه بحيث يجعل حق المنفعة بعده لهم مدة عمرهم أيضاً، والنصوص (٢) دالة عليه، وأولى منه لو جعله لبعض معين من العقب. ومثله ما لو جعله له مدة عمره ولعقبه مدة مخصوصة، والعقد حينئذ مركب من العمري والرقبي. ثم على تقدير جعله لعقبه بعده لا يخرج عن حقيقة العمري، بل يستحق العقب على حسب ما شرط له، ثم يرجع الحق بعده إلى المالك المعمر، كما لو أعمار الأول ولم يذكر عقبه. هذا هو الذي يقتضيه أصول المذهب وعموم الأدلة وخصوص النصوص في ذلك كرواية أبي الصباح المتقدمة (٣).

(١) المبسوط ٣: ٣١٦.

(٢) راجع الوسائل ١٣: ٣٢٥ " ٢ " و " ٣ " من أبواب السكنى والحيس.

(٣) في ص: ٤٢١ ٣٥.

وإذا عين للسكنى مدة، لزمتم بالقبض. ولا يجوز الرجوع فيها إلا بعد انقضائها. وكذا لو جعلها عمر المالك لم ترجع، وإن مات المعمر، وينتقل ما كان له إلى ورثته حتى يموت المالك. ولو قرنها بعمر المعمر ثم مات، لم تكن لوارثه ورجعت إلى المالك.

ونبه بالأشبه على ظاهر خلاف الشيخ في المبسوط حيث حكم بجواز شرط العمرى للعقب (١)، واحتج له بما رواه جابر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "أيما رجل أعمر عمري له ولعقبه فإنما هي للذي يعطاها، لا ترجع إلى الذي أعطاها، فإنه أعطى عطاء وقعت (٢) فيه المواريث". وظاهر احتجاجه بالحديث لفتواه عمله بمضمونه، إذ لولا ذلك لكان احتجاجه بالأخبار التي ذكرها هو في التهذيب كرواية أبي الصباح وغيرها أولى، مع احتمال أن يريد الاحتجاج بالرواية على أصل المشروعية، وهو القدر الذي أفتى به خاصة، ومن ثم لم يذكر كثير في المسألة خلافاً. وبعض نسخ الشرائع خالية من قوله: "على الأشبه" ووجهه ما ذكرناه من عدم صراحة الخلاف في المسألة، مع أن الرواية عامية، وأخبارنا خالية من ذلك، بل مصرحة بخلافه.

قوله: "وإذا عين للسكنى لزمتم بالقبض... الخ".
لما كان الأصل في العقود اللزوم، وكان هذا العقد غير ناقل لملك الرقبة بل للمنفعة على وجه مخصوص، فاللازم منهما لزوم العقد بحسب ما نقله، فإن كان مدة معينة لزم فيها، وإن كان عمر أحدهما لزم كذلك، فلا يبطل العقد بموت غير من علق على موته. فإن كانت مقرونة بعمر المالك استحقها المعمر كذلك، فإن مات المعمر قبل المالك انتقل الحق إلى ورثته مدة حياة المالك كغيره من الحقوق والأموال. وهذا مما لا خلاف فيه.

(١) المبسوط ٣: ٣١٦.

(٢) عوالي اللثالي ٣: ٢٦٣ ح ١٥، مستدرک الوسائل ١٤: ٦٦ ب "٢" من أبواب كتاب السكنى ح ٤. وراجع أيضاً مسند أحمد ٣: ٣٦٠، وصحيح مسلم ٣: ١٢٤٥ ح ١٦٢٥.

أما لو انعكس بأن قرنت بعمر المعمر فمات المالك قبله فالأصح أن الحكم كذلك، وليس لورثة المالك إزعاجه قبل وفاته مطلقاً، لما ذكرناه من المقدمتين. وفصل ابن الجنيد هنا فقال: " إن كانت قيمة الدار يحيط بها ثلث الميت لم يكن لهم إخراجها، وإن كان ينقص عنها كان ذلك لهم " (١). استناداً إلى رواية خالد بن نافع (٢) عن الصادق عليه السلام الدالة على ذلك، إلا أن في سندها جهالة أو ضعفاً، وفي متنها خللاً يمنع من الاستناد إليها، فالمذهب هو المشهور. نعم، لو وقع العقد في مرض موت المالك اعتبرت المنفعة الخارجة من الثلث لا جميع الدار. واعلم أن الموجود في عبارة المصنف - رحمه الله - وغيره (٣) ومورد الأخبار (٤) أن العمرى مختصة بجعل الغاية عمر المالك أو عمر المعمر، ويضاف إلى ذلك عقب المعمر كما سلف. وهل يتعدى الحكم إلى غير ذلك بأن يقرنها بعمر غيرهما؟ يحتمله، وهو الذي أفتى به الشهيد - رحمه الله - في بعض فوائده، للأصل، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود (٥)، وأن المسلمين (٦) عند شروطهم وهذا من جملته، ولصدق اسم العمرى في الجملة المدلول على شرعيتها في بعض الأخبار من غير تقييد بعمر أحدهما (٧)، وهذا لا بأس به. ويحتمل عدم التعدي إلى غير ما نص عليه، لاشتمال

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف ٢: ٤٩٨.

(٢) الكافي ٧: ٣٨ ح ٣٩، الفقيه ٤: ١٨٦ ح ٦٥٠، التهذيب ٩: ١٤٢ ح ٥٩٤، الاستبصار

٤: ١٠٥ ح ٥، الوسائل ١٣: ٣٣١ ب " ٨ " من أبواب السكنى والحبيس ح ١.

(٣) يراجع المبسوط ٣: ٣١٦، المهذب ٢: ١٠٠، الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤١، الجامع

للشرائع: ٣٦٨، القواعد ١: ٢٧٣، الدروس: ٢٣٥.

(٤) الوسائل ١٣: ٣٢٨ ب " ٢ " و " ٣ " من أحكام السكنى والحبيس.

(٥) سورة المائدة: ١.

(٦) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب " ٦ " من أبواب الخيار ح ١، ٢، ٥.

(٧) راجع الوسائل ١٣: ٣٢٦ ب " ٣ " من أبواب السكنى والحبيس ح ١ ص ٣٢٧ ب " ٤ " ح ١،

٢.

ولو أطلق المدة ولم يعينها، كان له الرجوع متى شاء.

- هذا العقد على جهالة من حيث عدم العلم بغاية وقت المنفعة المستحقة، والأصل يقتضي المنع من ذلك في غير محل الوفاق. ويتفرع على الأول حكم ما لو مات أحدهما في حياة من علفت بعمره، فإن كان الميت المالك فالحكم كما لو مات في حياة المعمر، وإن كان هو المعمر رجعت إلى المالك. ولو مات من علفت على عمره عادت إلى المالك أيضا مطلقا، عملا بالشرط.

قوله: " ولو أطلق المدة ولم يعينها كان له الرجوع متى شاء " .

هذا تنمة حكم السكنى من حيث اللزوم وعدمه. والحاصل: أنها من العقود اللازمة مطلقا إلا في صورة واحدة، وهي ما لو أطلق السكنى ولم يعين لها وقتا، فإنها حينئذ من العقود الجائزة مطلقا، كما يظهر من العبارة كعبارة الأكثر. ويدل عليه ظاهر الأخبار كحسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام وفي آخرها: " قلت: فرجل أسكن داره ولم يوقت، قال: جائز ويخرجه إذا شاء " (١).

ودلالاتها من حيث الجواز ومن

حيث المشية، ودلالة الثاني أظهر، وفي معناها غيرها (٢).

وقال في التذكرة: " إنه مع الاطلاق يلزمه الاسكان في مسمى العقد ولو يوما.

والضابط ما يسمى اسكانا، وبعده للمالك الرجوع متى شاء " (٣). وتبعه على ذلك المحقق الشيخ علي (٤) - رحمه الله - واحتج له برواية الحلبي. وقد عرفت أنها دالة على ضده. بل يمكن الاحتجاج له بما دل على لزوم غيره من العقود كعموم: " أوفوا بالعقود " فلا بد من الحكم هنا بلزومه وقتا ما عملا بالدليل ثم يرجع إلى الجواز، جمعا بين الآية ورواية الحلبي وغيرها.

(١) الكافي ٧: ٣٤ ح ٢٥، التهذيب ٩: ١٤٠ ح ٥٩٠، الاستبصار ٤: ١٠٤ ح ٣٩٨، الوسائل

١٣: ٣٢٧ ب " ٤ " من أبواب السكنى ح ١.

(٢) راجع الوسائل ١٣: ٣٢٧ ب " ٤ " و " ٥ " من أبواب الحبيس.

(٣) التذكرة ٢: ٤٥٠.

(٤) جامع المقاصد ٩: ١٢٤.

وفيه نظر، لأن الرواية مخصصة للآية، لدلالاتها على جوازه مطلقا، كما خصصت الآية بسائر العقود الجائزة بدليل من خارج.

هذا حكم اطلاق السكنى، ولم يتعرض لحكم الرقبى والعمرى لو أطلقهما. ويمكن القول بفساد العمرى حينئذ مع الاطلاق، لاقتضائها الاقتران بعمر إما لأحدهما كما هو المشهور أو مطلقا كما قررناه، فإذا لم يعينه بطلت للجهاالة، كما لو عين مدة غير مضبوطة حيث يعتبر تعيينها، والصحة إقامة لها مقام السكنى، لاشتراكهما في كثير من المعاني والأحكام ومناسبتهما على الوجه الذي قررناه سابقا (١)، فيكون كاستعمال لفظ السلم في مطلق البيع. وكذا القول في الرقبى وأولى بالصحة هنا، لأن إطلاقها باعتبار رقبة الملك أو ارتقاب المدة التي يرتضيها المالك ممكنة هنا بطريق الحقيقة، فاستعمالها في السكنى يكون كاستعمال أحد المترادفين مكان الآخر وإن اختلفا من جهة أخرى. وهذا قوي (٢).

وفي الدروس (٣) قطع ببطان العمرى مع الاطلاق، ولم يتعرض للرقبى. وفي التحرير (٤) قطع بأنه مع اطلاق العمرى والرقبى يصح، ويكون للمالك إخراجه متى شاء كالسكنى. وهو في الرقبى حسن، وفتوى الدروس في العمرى أحسن. ويتفرع على ذلك ما لو أعمره مدة معينة، فعلى جواز اطلاق العمرى لا شبهة في الجواز هنا، لانضباطها بالمدة، فهي أولى من الاطلاق، وعلى المنع يحتمل هنا، لاختصاصها بالعمر ولم يحصل هنا، والجواز هنا وإن منع من الاطلاق.

والفرق أنها مع الاطلاق محمولة على عمر أحدهما أو عمر مطلق، ولم يعين فبطلت للجهاالة، بخلاف ما لو عين المدة، فإنه صريح في إقامتها مقام السكنى أو

(١) لاحظ ص: ٤١٨ - ٤٢٠.

(٢) في "س" و"ش" أقوى.

(٣) الدروس: ٢٣٦.

(٤) التحرير ١: (٢٩٠ - ٢٩١).

وكل ما يصح وقفه يصح إعمارها من دار ومملوك وأثاث.
ولا تبطل
بالباع، بل يجب أن يوفى المعمر ما شرط له.

- الرقبي فيصح، كما يصح إقامة السلم مقام غيره من أفراد البيع الحال مع التصريح بإرادة الحلول، إقامة للنوع مقام الجنس، وأقل مراتبه أنه مجاز مشهور. وليس بجيد، لأن المعتبر في العقود اللازمة الألفاظ الحقيقية الصريحة، وهو منتف هنا. وفي التحرير (١) قطع بجواز العمرى كذلك، وهو مناسب لأصله السابق (٢). قوله: " وكلما يصح وقفه يصح اعمارها من دار أو مملوك أو أثاث ".
لما كانت العمرى تشارك السكنى في كثير من الأحكام، وتقوم مقامها في العقد على وجه يوهم اختصاصها بدار سكنى نبه على دفعه وأن مورد العمرى أعم من مورد السكنى. وضابطها ما يصح وقفه وهو العين المملوكة التي يمكن إقباضها وينتفع بها مع بقاء عينها، فتدخل في ذلك الدار والأثاث والحيوان وإن كان جارية، لكن إنما يستتبع منفعتها واستخدامها دون وطئها، لأن استباحة البضع منوطة بلفظي الإباحة والتحليل (٣)، والواقع هنا لا يدل عليهما (٤).
والحاصل: أن العمرى نوع من الصدقة مختصة بالمنافع المباحة فيعم جميع ما ذكر. وفي معناه الرقبي، وكان عليه أن يذكرها.
قوله: " ولا تبطل بالبيع، بل يجب أن يوفى المعمر ما شرط له ".
الضمير المستتر في " تبطل " يرجع إلى العمرى بقرينة السياق وقوله: " بل يجب أن يوفى المعمر ما شرط له ". وإنما خصها بالذكر لأن جواز البيع فيها يقتضي جوازه في أختيها بطريق أولى كما سنحرره، ولأنها مورد النص الذي هو مستند جواز البيع، وهو حسنة الحسين بن نعيم عن الكاظم عليه السلام: " قال: سألته عن رجل جعل

(١) التحرير ١: (٢٩١).

(٢) لاحظ ص: ٤١٩.

(٣) في " س " و " ش " : بألفاظ خاصة.

(٤) في " س " و " ش " و " م " : عليها.

دارا سكنى لرجل أيام حياته، أو جعلها له ولعقبه من بعده، هل هي له ولعقبه كما شرط؟ قال: نعم. قلت: فإن احتاج، يبيعها؟ قال: نعم. قلت: فينقض بيعه الدار السكنى؟ قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي عليه السلام قال: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى، ولكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشترى حتى تنقضي السكنى على ما شرط. وكذا الإجارة " (١). الحديث.

وحيث يصح البيع في العمرى مع جهالة وقت انتفاع المشتري يصح في الرقبى المقترنة بمدة معينة، لارتفاع الجهالة فيها بطريق أولى. ولو كانت السكنى مطلقة والعمرى والرقبى حيث نجوزهما كذلك صح البيع أيضا، وبطلت السكنى وما في معناها كما هو شأن العقد الجائر إذا طرأ عليه لازم ينافيه.

وما اختاره المصنف من الحكم بصحة البيع في العمرى مذهب جماعة من الأصحاب منهم ابن الجنيد (٢) قاطعا به كالمصنف والشهيد في الدروس (٣) ناقلا فيه الخلاف. واختلف كلام العلامة ففي الارشاد (٤) قطع بجواز البيع كما هنا، وفي التحرير (٥) استقرب عدمه لجهالة وقت انتفاع المشتري، وفي القواعد (٦) والمختلف (٧)

والتذكرة (٨) استشكل الحكم بعد أن أفتى في التذكرة بالجواز للرواية.

(١) الكافي ٧: ٣٨ ح ٣٨، الفقيه ٤: ١٨٥ ح ٦٤٩، التهذيب ٩: ١٤١ ح ٥٩٣، الاستبصار

٤: ١٠٤ ح ٣٩٩، الوسائل ١٣: ٢٦٧ ب " ٢٤ " من أبواب الإجارة ح ٣.

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٩٩.

(٣) الدروس: ٢٣٦.

(٤) إرشاد الأذهان ١: ٤٥٦.

(٥) تحرير الأحكام ١: (٢٩١).

(٦) قواعد الأحكام ١: ٢٧٣.

(٧) المختلف: ٤٩٩.

(٨) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥١.

ومنشأ المنع والاشكال: أن الغرض المقصود من البيع هو المنفعة، ولهذا لا يجوز بيع ما لا منفعة فيه، وزمان استحقاق المنفعة في العمرى مجهول، وقد منع الأصحاب من بيع المسكن الذي تعدد فيه المطلقة بالأقراء، لجهالة وقت الانتفاع به فهنا أولى، لا يمكن استثناء الزوج مدة بقطع بعدم زيادة العدة عليها، بخلاف المتنازع فيه.

وفيه نظر، لأن الانتفاع بالبيع في الجملة متحقق، وإنما تخلف عنه نوع خاص منها، وذلك لا يقدح، ومنع الأصحاب من بيع مسكن المعتدة مبني على ما منعهه هنا، لا اشتراكهما في المعنى، ويلزم القائل بالصحة هنا القول به ثم إن لم يتحقق الاجماع فيه، مضافاً إلى النص المعتبر بالجواز صريحاً. ويمكن الفرق بجواز هذا بالنص، فلا يلزم مثله في ذلك إن لم يدع اتحاد الطريق أو يقال بخروج ذلك بالاتفاق إن تم.

وكيف كان فالقول بالصحة هنا أوجه مؤيداً بما ذكر من النص والاعتبار بعموم "أوفوا بالعقود" (١) و"المؤمنون عند شروطهم" (٢) وعدم المنافاة بين البيع والسكنى، فإن

مورد البيع العين ليستوفى منها المنفعة المستحقة للبائع لا مطلقاً، ومورد السكنى المنفعة المملوكة له حالة الاسكان وما في معناه.

وربما فرق بين بيعه على المعمر وغيره، وجوز الأول دون الثاني، نظراً إلى استحقاق المعمر المنفعة ابتداءً واستمرار استحقاقه فتقل الجهالة، بخلاف غيره. وفساده واضح، فإن الاعتبار العلم بالمنفعة المطلوبة في البيع إن كان مما ينافيه هذا الفئات منها زمن العمر المجهول بطل مطلقاً وإلا صح مطلقاً، لاختلاف الاستحقاقين فلا يبنى أحدهما على الآخر. وأما الأولوية التي ادعوها في بيع مسكن

(١) المائدة: ١.

(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب " ٢٠ " من أبواب المهور ح ٤.

المطلقة باستثناء قدر يقطع بانقضاء العدة قبله فمثله آت في العمرى نظرا إلى العمرى الطبيعي الذي لا يعيش المعمر بعده قطعا أو عادة، ومن ثم يحكم بموت المفقود حينئذ ويقسم ماله وتعتد زوجته عدة الوفاة اتفاقا.

بقي هنا شيء: وهو أن المشتري لو كان هو المعمر جاز له بيع العين حينئذ بجميع منافعتها، لأنها بأجمعها مملوكة، له ولا مانع من نقلها إلى غيره بوجه، وإن كان قبل الشراء ما كان يمكنه بيع هذه المنفعة، فإن المانع لم يكن الجهالة بل عدم جواز أفراد المنفعة بالبيع. وليس ببيد جواز الصلح عليها، لاحتماله من الجهالة ما لا يحتمله البيع، وصحته على العين والمنفعة. فعلى هذا لو كان مشتري العين غيره وجوزناه جاز له أن يصلح المشتري على تلك المنفعة المستحق له مدة عمره بمال معلوم، ويصير المشتري حينئذ مالكا للجميع كما لو كان هو المعمر. إذا تقرر ذلك، فالمشتري - حيث يجوز شراؤه مسلوب المنفعة في المدة المعينة أو العمر - إن كان عالما بالحال فلا خيار له، بل يصبر حتى تنقضي المدة أو العمر ثم ينقل إليه المنفعة، وله قبل ذلك أن يبيع ويهب ويعتق وغير ذلك مما لا يتعلق بالمنفعة المستحقة. وإن كان جاهلا تخير بين الصبر مجانا إلى انقضاء المدة وبين الفسخ، لأن فوات المنفعة عيب يجوز الفسخ.

واعلم أن العلامة في المختلف (١) قال بعد أن حكى عن ابن الجنيد صحة البيع: " وللشيخ قول يناسب ما قاله ابن الجنيد في المبسوط، وهو أنه إذا أوصى بخدمة عبده على التأييد جاز لورثة الموصي بيع الرقبة على الأقوى، ونقل المنع عن قوم، لأنها رقبة مسلوقة بالمنفعة، فهو كبيع الجعلان ". انتهى.

وفي مناسبة هذا القول لما نحن فيه نظر بين، لأن المنفعة المسلوقة في العمرى ليست دائمة بل إلى أمد مجهول كما تقرر، وبعدها ينتقل إلى المشتري، وهو أعظم

(١) مختلف الشيعة: ٤٩٩.

وإطلاق السكنى يقتضي أن يسكن بنفسه وأهله وأولاده. ولا يجوز أن يسكن غيرهم إلا أن يشترط ذلك. ولا يجوز أن يؤجر السكنى، كما لا يجوز أن يسكن غيره، إلا بإذن المسكن.

- المنافع المقصودة من المبيع، فكان المقصود من المنفعة مجهولا، بخلاف الموصى به على

التأييد، لأن منفعة الخدمة حينئذ غير ملحوظة للمشتري أصلا، وإنما غرضه باقي المنافع التي لم تدخل في الوصية كالعقق، وهذه منفعة معلومة له، والمجهولة قد قطع النظر عنها وعن انتقالها إليه، لعدم إمكانه، فلا يلزم من تجويز بيعه تجويزه لبيع المعمر الذي يرتقب منفعته المقصودة من الشراء عادة.

قوله: " وإطلاق السكنى يقتضي أن يسكن بنفسه... الخ "

هذا هو المشهور بين الأصحاب محتجين على ذلك بأن الأصل عصمة مال الغير من التصرف فيه بغير إذنه، خرج من ذلك ما أذن فيه وهو سكناه بنفسه ومن في معناه فيبقى الباقي على أصل المنع. وخالف ابن إدريس (١) في ذلك فجوز له إسكان من شاء وإجارته ونقل الملك كيف شاء، لملكه إياها بالعقد اللازم فساغ له التصرف فيها كيف شاء، كما لو تملكها بالإجارة، وكغيرها من أمواله. وأجيب بمنع ملكه لها مطلقا بل على الوجه المخصوص فلا يتناول غيره. وفيه نظر. وكيف كان فالعمل على المشهور وإن كان كلام ابن إدريس لا يخلو من قوة.

وإنما جاز عند الأصحاب إسكان أهله وأولاده مع اقتضاء الصيغة عندهم سكناه بنفسه لدلالة العرف على ذلك. وألحق به العلامة في التذكرة (٢) من جرت العادة بإسكانه معه كغلامه وجاريته ومرضعة ولده. وهو حسن، لدلالة العرف عليه أيضا. وكذا الضيف والدابة إذا كان في الدار موضع يصلح (لهما) (٣) عادة. وكذا إحراز الغلة فيها كذلك، ونحوه.

(١) السرائر ٣: ١٦٩.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٠.

(٣) في النسخ: لها. والتصحيح من نسخة الشيخ علي حفيد الشارح على ما في هامش " و ".

وإذا حبس فرسه في سبيل الله تعالى، أو غلامه في خدمة البيت أو المسجد، لزم ذلك. ولم يجز تغييره ما دامت العين باقية. أما لو حبس شيئاً عن رجل، ولم يعين وقتاً، ثم مات الحابس كان ميراثاً، وكذا لو عين مدة وانقضت، كان ميراثاً لورثة الحابس.

قوله: " وإذا حبس فرسه في سبيل الله... إلخ ".
هذه الأحكام مختصة بالحبس الذي عقد الكتاب له مع السكنى، ولم يتعرض لحكمه إلا هنا، ولم يستوفها جيدة ولا غيره، فإنه لم يتعرض لعقده وافتقاره إلى القبض وعدمه ولضابط ما يصح حبسه، فإنه إنما ذكر أموراً مخصوصة من المال، وكذا ما يجوز الحبس عليه، فإنه ذكر وجوهاً خاصة أيضاً، وكذا فعل الأكثر.
وخلاصة ما ذكر هنا من حكمه: أنه إن وقع على غير آدمي كالجهاث المذكورة من سبيل الله ونحوه لزم أبداً، ولم يصح الرجوع فيه مطلقاً، وإن كان على آدمي فإن أطلق بطل بموت الحابس، وإن عين مدة لزم فيها أجمع.
والموجود من النصوص في هذا الباب ما روي من قضاء أمير المؤمنين عليه السلام برد الحبس وإنفاذ المواريث (١). والأصحاب حملوا رده على القسم الثاني، وهو ما إذا وقع مع آدمي، فإنه يرد إلى الحابس بعد موته، ولم يذكروا على الأول سنداً، وكأنه وفاقى، ولكن يعتبر فيه مع العقد القبض، صرح به في التذكرة (٢). واعتبر في التحرير (٣) القربة أيضاً.
وظاهر العبارة أنه لا يخرج عن ملك المالك حيث حكم بلزومه وعدم جواز تغييره ما دامت العين، وصرح به في الدروس (٤) بخروجه عن ملكه بالعقد، بخلاف

(١) الكافي ٧: ٣٤ ح ٢٧، الفقيه ٤: ١٨١ ح ٦٣٥، التهذيب ٩: ١٤٠ ح ٥٩١، الوسائل ١٣: ٣٢٨ ب ٥ " من أبواب السكنى والحبس ح ١.
(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٠.
(٣) تحرير الأحكام ١: (٢٩١).
(٤) الدروس: ٢٣٦.